

تحديث النظرية العامة للعقد (في ضوء ظاهرة التخصيص التشريعي)

الدكتور / زمام جمعة

أستاذ محاضر بجامعة التكوين المتواصل (الجزائر)

ملخص

تعد النظرية العامة للعقد اليوم نظرية معاصرة ومستحدثة، وذلك بالنظر لمجموع التحولات التي مست المبادئ التقليدية للعقد: الرضائية، القوة الملزمة وغيرها ما يفقدها بذلك طابعها المطلق، لكن من جهة أخرى راحت تبعث في القانون المدني وجها من المرونة والملاءمة مع مختلف العقود، وذلك على ضوء التطورات المختلفة التي فرضتها الظروف (الاقتصادية، الاجتماعية وحتى الأخلاقية) في حياة الأعمال. ومع أنها عرفت تراجعا للإرادية، فذلك لم يمنع من استبدال المبادئ التقليدية بتعددية من الأسس الجديدة جاءت لترجم في أفكار: المنفعة، الأخوة، التضامن والتوازن العقدي، إذ تمثل مجموعا من الأدوات الضرورية والتكميلية. وفي سياق آخر يعد تنامي فئة العقود الخاصة على تنوع أشخاصها، مواضيعها وغاياتها مصدرا لإثراء مجال المرونة الذي أصبح يميز قانوننا المدني المعاصر بواسطة مجموع ما يكمله من نصوص تشريعية وتنظيمية خاصة، ساهم في كله بتحديث كل من النظرية العامة للعقد ونظرية العقود الخاصة.

Résumé

La théorie générale du contrat est aujourd'hui une théorie moderne et renouvelée, par le fait de constater l'émergence des principes classiques: consensualisme, force obligatoire en perdant tout leur caractère absolu mais en revanche, ils ont conduit le droit civil à la souplesse et l'adaptation des différents contrats aux évolutions des circonstances (économiques, sociales et même morales) dans la vie des affaires. Hormis que cette théorie a connu un recul de volontarisme ça n'a pas empêché à la substitution d'une pluralité des nouveaux fondements traduisant en: utilité, fraternité, solidarité, et équilibre contractuelle qui présentent à ce stade un ensemble des instruments nécessaires et complémentaires. Dans un autre contexte, la croissance des contrats spéciaux vue la diversité de leur sujets, de leur objet et de leur finalité vient d'enrichir le champ de souplesse contractuelle dont notre code civil et le corpus des règles législatives et réglementaires particuliers ont contribué dans la rénovation approfondie des deux théories (du contrat et de contrats spéciaux).

مقدمة

تعتبر النظرية العامة للعقد، نظرية "تجريدية فقهيّة خالصة" مما دعا البعض (Saveaux(E), 1997, n°532) إلى إنكار "وضعية" « positivité » هذه النظرية ويطالعا رأي في الفقه (Marie J.E., 1999, p 16 et s) أنه أثناء الأزمة السياسية تبرز فكرة تغيير المنظومات القانونية مستطردًا أنه في هذه الحالة يُعد " القانون العام " هو كل شيء ولكن عند زوال هذه الأزمة يغدو الاهتمام بالقانون المدني بوصفه المُنظم للعلاقات الخاصة هو محل تحديث وتجديد، وأعتبر بعض الفقه (Jean Gey Belley, 1988, p 281 et ss) أن النظرية العامة للعقد بمثابة " تمثال " Monument " وهو الأكثر قربًا من المنطق القانوني الموروث عن القانون الروماني وتم تهذيبه على يد رجال القانون في القرون الوسطى. وتعزى صياغة هذه النظرية أيضا إلى الفقيه " Planiol " الذي إستطاع بإستعماله " المنهج التركيبي " **Esprit Synthétique** " جمع ما كان متفرقا من قواعد في إطار " نظرية عامة للأعمال القانونية " (محمد حمودة، 2014، ص 227).

إن عبارة " النظرية العامة للعقد تستعمل عادة أو ترادف الشريعة العامة للعقود، وإن كان الفقيه (Savaux) يميز الشريعة العامة للعقود (الواقع الوضعي) عن النظرية العامة للعقد (التفكير الواقعي) (Saveaux E., 1997, p238)، ضف إلى ذلك أنها تتميز بالشمولية والتجريد (محمد حمودة، 2014، ص 242)، حيث راح الفقيه " Saleilles " إلى تأكيد طابعها " النظري والمجرد " والمضمون العلمي (Saveaux, 1997, n°8)، ويعد هذا مظهرًا من مظاهر " كونية " العقد باعتبارها رؤية علمية للقانون ومقاربة فلسفية للعقد " (محمد حمودة، 2014، ص 231).

كما أنها تعتبر جزءًا من النظرية العامة للالتزامات، بإعتبارها مجموع القواعد التي تتوخى تنظيم العقود، يراد بها من الوجهة العلمية على وجه الخصوص " البناء الفكري والمنهجي المنظم بغية الوصول بالفكر القانوني الذي يتصل بالعقد إلى مستوى الافتراض " **Hypothétique** " والتلخيص " **Synthétique** " (Jean Louis Bergel, 1999, p 3).

إن تطور الحياة الاقتصادية أثر على نظرية العقد بحكم ظهور أشكال ونماذج جديدة من العقد تتسم بالتعدد والتخصص والتكتل في مجموعات بعد أن كانت تعبيرًا عن الإرادة الحرة لأطرافه أصبح موجهًا ومفروضًا، وبات الفقه المعاصر يتحدث عن " أزمة العقد " (Batiffol H., 1968, p 13 et s)، وعن ظاهرة إنفجار العقود (Servatier R., 1952, p 19 et s) و " فقر الشريعة العامة (Bérengrer F., 2007, p15) وشيخوختها " وعن "العقد غير المستقر" (Armand – Prevot et Richard R., 1979, p 2952)، وراح الفقه يتحدث عن مبادئ جديدة لقانون العقود مثل الأخوة

العقدية (Mazeaud P., 1999, p63) التوازن العقدي (Fin-Langer L., 2002, p 1 et s) التناسبية (زمام جمعة، 2013-2014، ص 203)، التضامن العقدي ومبدأ العدل والمنفعة (Ghestin J., 1982, p1) وأخيراً هناك ما يعرف بأزمة النموذج الاجتماعي للعقد (نساخ فاطمة، 2012-2013، ص 1).

والتساؤل عن جوهر التجديد الذي جاءت به فكرة القوانين الخاصة وتنامي ظاهرة العقود الخاصة خارج مجال القانون المدني ؟ وهل مثل إثراء " للنظرية العامة للعقد أو خروجاً عن جمود المبادئ والقواعد المستمدة منه تكريسا للواقعية الاقتصادية والإنسانية التي أصبحت البيئة العقدية تفرضها واستدعت تجميع المنظومة القانونية للعقود من جديد؟ وللإجابة عن هذا التساؤل يستوجب طرحها كالآتي:

المبحث الأول: تحديث المبادئ المنظمة للنظرية العامة للعقد

يطرح التساؤل في هذا السياق عن دور المبادئ العامة في إطار المستجدات الاقتصادية والاجتماعية وخاصة القانونية التي تهددها الظاهرة التعاقدية، لاسيما أن القانون المدني يُعد أقدم فروع القانون يوصفه "الشرعية العامة" يتسم على مستوى مبادئه العامة بالاستقرار ولذلك فإنّ التحوّلات مسّت " الفروع " وليس المبادئ العامة في هذا المعنى يرى البعض (محمد حمودة، 2014، ص 229). أن تلك " المبادئ " تتميز " بالثبات " و " الدوام " رغم التحوّلات الاقتصادية والاجتماعية، وهذا لم يكن عائقا في بروز " التشريعات الخاصة " أو ما درج الفقه على تسميته بـ " القانون الحي " " **Le Droit Vivant** " (Lequette Suzanne, 2016, p1148) يلبي الحاجات التشريعية المتطورة. وفعالية المبادئ المنظمة للنظرية العامة للعقد يضمني الوحدة والوضوح على المنظومة التعاقدية رغم تعدد ووفرة التشريعات الخاصة، غير أنّ التطور الاجتماعي والاقتصادي أفضى إلى بروز مبادئ جديدة.

المطلب الأول : مظاهر التطور في المبادئ المنظمة للنظرية العامة للعقد

يرى الأستاذ " Mekki (M) (Mekki M., 2015, p 651) أنّ ثمة مبدئين حيث يمكن اعتبارهما " كمبادئ عامة " وهي " الحرية العقدية " و " مبدأ حسن النية " كما أعتبر البعض الآخر (Cécile Pérès, 2015, p 647) أن الحرية العقدية ومبدأ حسن النية لم يتم تكييفهما كمبادئ توجيهية (**Principes Directeurs**) وترتبت على أساس الحرية العقدية معظم القواعد المنظمة للنظرية العامة للعقد مثل العقد شريعة المتعاقدين (م 106 من ق.م)، كما أن غالبية التشريعات المعاصرة تعتبر مبدأ حسن النية (م 1/107 من ق.م) "مبدأ توجيهيا" من شأنه

إيجاد الحلول المنصفة للإشكاليات الجديدة التي أحدثتها تطور الواقع التعاقدى بفعل التطور الاقتصادي والاجتماعي، كما يمكن اعتبار المبدأين المذكورين كمرجعية جوهرية للقانون المدني الجزائري على وجه العموم وقانون العقود على وجه الخصوص.

لذلك يبقى التساؤل مطروحا بشأن تنوع وتعدد القوانين الخاصة وتأثيرها على المبادئ العامة التي تحكم العقد وقد تمس الاستقرار القانوني، ويبدو أن التجديد الذي قام به المشرع لم يطل أمد المبادئ الكلاسيكية المنظمة للعقد وهما مبدأ أي "الحرية العقدية" ومبدأ "حسن النية".

أولاً: مبدأ الحرية العقدية

لقد ترجم مبدأ الحرية العقدية على ضوء ثلاثة حقوق وهي: حق الشخص في التعاقد من عدمه، ثم حقه في إختيار المتعاقد الآخر، فحقه في إختيار مضمون العقد (Carbonnier, 1985, p 46 et 47) وكل عقد حر حتماً "عقد عادل" "Qui dit contrat dit Juste" بحكم كون المتعاقد لا يمكن أن يتصرف خلافا لمصالحه. بوصفه حراً ومن ثمة فإن الالتزامات التي ارتضاها تكون حتماً عادلة. كما أن "حرية الإرادة هي مصدر العدالة والتوازن العقدي" (Carbonnier, J., 1985, pp 46 et 47).

ارتبط مبدأ سلطان الإرادة بالحرية العقدية للدلالة على التفاعل بين مرحلة تكوين العقد وعيوب الرضا، ولكن لم يقترن هذا المبدأ بالنظرية العامة للعقد بصفة شاملة (محمد حمودة، 2014، ص 229).

ورغم أن الحرية العقدية تعتبر إحدى أسس النظرية العامة للعقد إلا أن الأستاذ Mekki (M) (Mekki M., 2015, p 651) قد تأسف لعدم ضمّ القوة الملزمة للعقد وإعتبارها مكملًا ضرورياً لمبدأ الحرية العقدية وأقترح في إطار إصلاح قانون العقود الفرنسي وجوب إدماج القوة الملزمة للعقد في الفقرة الثانية من المادة 1103 (من ق.م.ف. جديد) أما الفقرة الأولى فقد نصّت على مبدأ حسن النية.

ويترب على مبدأ الحرية العقدية جملة من الأحكام التي تتكوّن منها النظرية العامة للعقد من ضمنها "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون (م 106 من ق.م.)"، وقد أورد المشرع جملة من الاستثناءات بشأن هذا المبدأ من ضمنها، نظرية الظروف الطارئة (م 3/107 من ق.م.) التي تعد انتهاكاً لمبدأ القوة الملزمة للعقد (علي فيلاي، 2013، ص 394 و 395)، كما أن هناك حالات أخرى تتمثل في الشروط

التعسفية الواردة في عقد الإذعان (م 110 من ق.م)، كما يجوز للقاضي مراعاة هذا المبدأ عند تفسيره للعقد (م 11/2 من ق.م).

فضلا عن كون الشكلية في العقود يعد استثناء على مبدأ الرضائية أو الحرية العقدية بوجه عام (م 59 من ق.م)، ولكن ظهور ما يسمى " بالحضارة الكتابة " وصدور العديد من القوانين الخاصة التي تقيّد نطاق ومجال الإرادة وتستوجب شكليات جديدة مثل فرض الرسمية في العقود (م 324 مكرر من ق.م) بشأن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية...إلخ. أو التنازل عن حقوق النشر والاستغلال (م 87/ من الأمر 2003)

كما تطور الأمر في إطار ضمان شفافية في العلاقات التجارية المتعلقة بالمنتجات والخدمات التي أصبح فيها إعلام الزبائن من المتعاملين الاقتصاديين بالأسعار المعلومات الأساسية بالمنتج والخدمة من مقومات المعاملات التعاقدية التي تجري على يد المستهلك في عقود الاستهلاك تتميز في حد ذاتها بالتنوع والتعدد (من المواد 3 إلى 8 من قانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية).

وبناء على ما تقدم أصبح للقواعد الإجرائية بروز أكبر في قانون العقود، مما أنتج نظام "الإجرائية العقدية " (زمام جمعة، 2013-2014، ص 34).

ولعل "الشكلية الإعلامية " الإطار القانوني للالتزام بالإعلام (م 17 من قانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك) بواسطة الوسم ووضع العلامات أداة إجرائية بتوقف عليها المعاملة مع المهني وكذلك تكريس الالتزام بالإعلام بالأسعار تكملة لمبدأ حرية الأسعار وضبطها على حد سواء. كما أصبحت تشترط الفوترة (**La Facturation**) (م 100 من قانون 04-02) ومن ثمة استوعبت الشكلية مرحلة متقدمة حولت العقد الذي يعتبر أداة تنظيم خاصة.

نتبنى رأي الفقه المعاصر(منير العياري، 2014، ص 144) الذي يعتبر "الحرية العقدية مزيجا من "الإرادة والعقل" لكون الفعل الإرادي إذا لم يكن مطابقا للعقل لا يعد عملا حُرّا لكونه يقضي إلى اختلال العقد على مستوى التوازن والمساواة على حد سواء وثمة تطبيقات كثيرة في القانون المدني منها حالة صغر السن أو العته أو الجنون (م 42 من ق.م)، وكذلك توجد حرية في حالة توجيه الإرادة نحو " تصرف " لم يقصده مثل الغلط (من المواد 81 إلى 85 من ق.م) والتدليس (المادة 86 و87 من ق.م) والإكراه (المادة 88 و89 من ق.م) والاستغلال (م 90 من ق.م).

وعلى مستوى آخر تتواءم الإرادة الجاهلة مع الحرية العقدية شأن ما نصّ عليه المشرع في المادة 352 من ق.م بشأن قاعدة العلم الكافي بالمبيع في عقد البيع، بحيث لا يمكن أن

يكون التصرف حُرًا إذا كانت الإرادة جاهلة، وكذلك تعد الحرية العقدية إرادة واعية ومن ذلك ما جاء في المادة 198 من القانون المدني بشأن العقد الصوري لكون العقل يقترن بحرية الفرد. كما أنّ التعبير عن الإرادة الصريحة يعد بمثابة الإرادة الحقيقية والمقصودة في الفعل الإرادي الحر (م 111 من ق.م.).

وفي رأينا أنه لا يمكن في كل الحالات أن يتدخل المشرع بنصوص خاصة وإلا أوقعنا فيما يصطلح على تسميته بظاهرة "التضخم التشريعي" لأنّ المبادئ العامة كافية لإيجاد الحلول بنفسها ولكون "القوانين تُفسر من بعضها البعض بطريقة متناسقة" (منير العياري، 2014، ص 148) ضمانا "للأمن القانوني لمجابهة تعدد المصادر واضطراب المرجعيات بشأن العقد". (محمد حمودة، 2014، ص 227).

وفي هذا يرى **Lachieze Christophe** (Lachieze Christophe, 2012, p 4) أنّ القضاء يؤدي دورًا كبيرًا في تخريج الحلول من النظرية العامة للعقد وذلك بتفويض المشرع سلطة تقديرية للقاضي.

ثانيا: مبدأ حسن النية

إنّ مبدأي الحرية العقدية وحسن النية يشكلان روح قانون العقود وأحد دعائم الظاهرة العقدية ودليل (**Guide**) من أجل تفسير التقنين (Mekki M., 2015, p 651).

إنّ مبدأ حسن النية هو تعبير عن الواقع المتطور المرن عكس " القانون " الذي يظل أحيانا ثابتا ومستقرا ولا يتفاعل مع الواقع، لذلك يُعتمد على آلية المبدأ القانوني باعتباره يحتوي المستجدات الاجتماعية والاقتصادية ولا أدل على ذلك أن شروط تطبيق حسن النية تبقى " مفتوحة " باعتباره مفهوم " الغير محدد النطاق " إلا أنه " يمكن الاستفادة من الحماية القانونية بموجب المادة 107 من ق.م ما لم يتحلى الشخص بالنية الحسنة " (علي فيلاي، 2013، ص 394-395).

عندما تفرض المادة 1/107 تنفيذ العقد بحسن النية لكون هذا الأخير هو تواصل لمبدأ القوة الملزمة للعقد.

وعلى اعتبار حسن النية مبدأ قانوني متغير في مضمونه مُتطور في إحتواء الواقع الجديد، لذلك يطرح في الفقه المعاصر (Mekki(M), 2007, p 653) فكرة " تجديد مبدأ حسن النية في قانون العقود " عن طريق توسيع مجال تطبيقه فضلا عن بروز ما يصطلح على تسميته بـ اجتماعية حسن النية "Socialisation de la bonne Foi".

إن مبدأ حسن النية باعتباره مبدأ عاماً له وظيفتان توجيهية، وتصحيحية أما الأولى فيقدم حلولاً وتكون الأسبقية للمصلحة العامة على المصلحة الخاصة، أما الثانية فتبني المبادئ الخاصة أي تقوم بالوظيفة التصحيحية للمبدأ القانوني حتى يكون الحل عادلاً بمعنى التوفيق بين النظام التشريعي والمحيط الجديد.

وقد طرح تساءل بشأن الطبيعة القانونية لمبدأ حسن النية هل يعتبر "إلتزاماً" أو "واجباً" أم يعد "قاعدة عامة للسلوك وقد فسره البعض (Mekki M., 2015, p 652) ب: واجب عام، وبالنظر إلى غياب الطبيعة الآمرة لمبدأ حسن النية (المادة 1/107 من ق.م) لاسيما يكون من الصعوبة بمكان إخضاع التعاقدية (Contractualisation) برمتها لمبدأ حسن النية لهذا اقترح البعض مبدأ عدم القابلية للتجزئة (Avant-projet présenté par François Terré) بمعنى لا يمكن للأطراف استبعاد أو تحديد مبدأ حسن النية (L'avant)، ولكن فكرة الجزاء المترتب عن هذا الإخلال طرحت لدى محكمة النقض الفرنسية (Mekki(M), 2007, p 653) وتتمثل في صعوبة التمييز بين الإستعمال التعسفي للصلاحيات العقدية وهو الميدان الوحيد الذي رتب عليه المحكمة جزاءً في حالة الإخلال بالمبدأ المذكور وبين المساس بجوهر الحقوق والتزامات الأطراف.

ونرجح أنه يجب ألا نتخذ موقفاً بشأن الجزاء المترتب عن هذا الإخلال ونترك المجال للقاضي لتفعيل المادة 1/107 وتكييف كل حالة على حدة **Adapter au Cas par Cas**.

ويرى بعض الباحثين (علي فيلاي، 2008، ص 68) وجوب "تنفيذ العقد بحسن النية من طرف المتعاقد، وهذا يقتضي نزاهة المتعاقد وإخلاصه من جهة وتعاونه من جهة ثانية تسهيلاً لتنفيذ العقد". يمكن التأكيد على قاعدية normativité الالتزام بالنزاهة في النظرية العامة للعقود من خلال تطبيقات متنوعة لهذا الالتزام، فالالتزام البائع بما هو لازم لنقل الملكية وامتناعه عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق عسير أو مستحيلاً (المادة 361 من ق.م)، ووجوب أن يكون سلوك المؤجر نزاهة وخالياً من الغش لأنه يجوز تعديل أحكام الضمان، شريطة ألا يكون المؤجر على علم بالعيب وأخفاه غشاً (المادة 490 من ق.م).

كما أن الإخلاص التعاقدية la sincérité contractuelle بوصفه صورة خاصة للنزاهة ومن تطبيقاته "الصورية في العقود"، حيث توجد إرادتين في نفس الوقت، الأولى إرادة كاذبة وهو ما يعرف بالعقد الظاهر أو الصوري والثاني إرادة صادقة أو مخلصنة ولكنها مستترة وهما تعرف بورقة الضد أو العقد المستتر (المواد 198 و 199 من ق.م)، واعتبار المبيع من

صنف متوسط إذا لم تحدد ولم يكن من الممكن استخلاص ذلك من العرف (المادة 2/94 من ق.م)، وكذلك أخبار المستهلك (...). بالمعلومات النزيهة والصادقة (المادة 8 من قانون 02-04). كما أنه يكون من الضروري الاعتراف بقانونية (juridicité) واجب التعاون devoir de collaboration باعتبارها صورة مدعمة لمبدأ حسن النية، فواجب التعاون "واجب تعاقدى" وتم تكريس هذا الواجب في العديد من النصوص فيقع على المشتري واجب القيام بالإجراءات اللازمة في حالة دعوى استحقاق التزامه بالضمان (المادة 372 ق.م)، والتزام المؤجر بضمان التعرض القانوني الصادر من الغير بسبب حق يتعارض مع ما للمستأجر من حقوق بموجب عقد الإيجار، وذلك بإخطار المؤجر على سبيل التعاون بكل أمر يستوجب تدخله (المادة 484 معدلة من ق.م)، ووجوب موافاة المؤمن له (l'assuré) بالتصريح الدقيق بتغير الخطر أو تفاقمه (المادة 3/15 من قانون 07-95).

ومن بين مظاهر حسن النية، النزاهة l'obligation de loyauté والمقصود منها البعد عن الغش أثناء تنفيذ العقد، حيث نصت المادة الأولى من قانون (02-04): "يهدف هذا القانون إلى تحديد قواعد ومبادئ شفافية ونزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين وبين المستهلكين..."، لذلك اهتم قانون 02-04 اهتماما كبيرا للالتزام بالنزاهة، ففي الفصل الأول من ذات القانون ثم عنوانته بـ: "الممارسات التجارية غير الشرعية" (المواد من 14 إلى غاية 21)، بينما الفصل الثاني بـ: ممارسة أسعار غير شرعية، (المواد 22 إلى 23)، والفصل الثالث بـ: الممارسات التجارية التدليسية (المواد 24 إلى 25)، أما الفصل الرابع بـ: الممارسات التجارية غير النزيهة (المواد 26 إلى 28)، والفصل الخامس بـ: الممارسات التعاقدية التعسفية (المادة 29 من ذات القانون).

ولكن هل هناك مبادئ أخرى ما وراء مبدأ حسن النية ؟ يجيب الفقه المعاصر (Mekki M., 2015, p,653) بوجود مبدئين وهما: مبدأ التعاون (Le Principe de Collaboration) ومبدأ التنسيق (Le Principe de Cohérence).

بشأن مبدأ التعاون يؤكد الفقه على وجوب ضمّه إلى جانب مبدأ حسن النية لكون هذا الأخير لا يكون ذا فعالية في بعض الحالات، لذلك يُطلب من الأطراف سلوك تعاقدى أكثر إيجابية للحفاظ على المصلحة المشتركة للمتعاقدين وقد اقترحت مؤسستين علميتين وهما:

" De La Législation Comparée L'association Henri Capitant et la Société"

مبادئ تعاقدية " من ضمنها مبدأ التزام الأطراف بـ " التعاون " عندما تقتضي الضرورة في تنفيذ العقد (Mekki(M,2015,p,653) وتعني الضرورة أن الأمر لا يتعلق بواجب عام يُطبق على جميع العقود.

أما مبدأ التنسيق فهو يستوجب أن ينفذ الالتزام بالتوافق مع روح العقد، ومنع التناقض في التعبير أو في تصريحات المتعاقد (Mekki M., 2015, p653) هدفه حماية المتعاقد الذي عوّل على سلوك موضوعي (المقاربة الموضوعية للمبدأ) فضلاً عن تأمين الحد الأدنى من المرونة في السلوك المتعاقد الآخر (Mahmoud Mohammed,sans année, p,1081)، ويشير البعض (بناسي شوقي، 2015-2016، ص 458). أن هذا المبدأ يمكن إدراجه ضمن " ترقية المبادئ الجديدة خاصة في مجال تشريعات الإستهلاك.

المطلب الثاني : المستلزمات الجديدة المهيمنة على الحياة العقدية

إن تغير الظروف الاقتصادية أوجد الحاجة إلى تجديد روح العقد ورغم أن مبدأ سلطان الإرادة يُشكل أهم جوهر للنظرية العامة للعقد إلا أنه ليس وحده بل ظهرت مبادئ جديدة من أجل عالم عقدي جديد يمكن أن نذكر أهمها:

أولاً: نظرية الرغبة المشروعة

اعتبر " Gino Gorla " (Lachière CH., 2012, p 157) أنّ أساس القوة الملزمة للعقد هي " الرغبة المشروعة " " L'attente Légitime "، وهي ذات طابع موضوعي واجتماعي وتُعرف بأنها رغبة معقولة. ويعتبر الغلط في الصفات الجوهرية مرجعاً هاماً للكشف عن وجود هذا العيب، لأنه يتعلق بالمساس بالرغبة المشروعة. وهو ما جاء به القانون الجزائري بتكريسه له في إطار قانون 03-09 حيث يعتبر ضمن أوجه تطور " بمطابقة المنتجات " (المادة 11- من قانون 03-9)، فالمستهلك في مجال المطابقة ينتظر المطابقة مع التصريحات العمومية المعروضة من طرف المهني. إنّ ما يبرر قانونية الثقة المحمية في إطار قانون المستهلك هو اعتبار النصوص المتعلقة بالمطابقة والأمن مكونة الرغبة المشروعة كمصدر هام يفترض الثقة المرجعية للقانون الوضعي.

وحتى الأستاذ " Mekki " (Mekki M., 2004, p 776) في سياق عرضه لمبدأ الوفاء العقدي اعتبر مسألة الوفاء هي بمثابة " الرغبة المشروعة " لدى الغير، كما فسّر الأستاذ " Bencheneb (A) " (Bencheneb(A), 2013, p 280) مفهوم الثقة الواردة في المادة 2/111 من ق.م (المتعلقة بالتفسير العقد) بالرغبة المشروعة للدائن بالالتزام، وقد تأسف عليه

Cornu (G) (Anynes (L), 2008, p158) وأصبح يُشجع نحو ضرورة طرحه في القانون صراحة، وقد تساءل **Anynés (L)** فيما إذا كان يمكن اعتبار الثقة مبدأ قانونيا (Anynes(L),2008,p158).

ثانيا: مبدأ التضامن العقدي

كما أن بعض الفقه (Lachière CH., 2012, pp, 159 et 160) يقترح التصور القائم على النزاهة والتضامن أو ما يعرف بـ "فلسفة التضامن العقدي"، حيث أن العقد ليس منتوجا مؤسسا على المصالح المتعارضة بل هو أداة ترقية للمصلحة المشتركة للمتعاقدين. إن "التضامنية" في القانون الوضعي هو تطور لمبدأ حسن النية (المادة 107 / 1 من ق.م).

بالرجوع إلى قانون المستهلك سنلاحظ تأثير التضامن بشكل واضح على مستوى الجزاءات التي أقرها المشرع، فالأمر لا يتعلق بالبطان كجزاء كلاسيكي، بل بالمفاهيم التضامنية التي تم إدراجها في قانون الاستهلاك. فالطبيعة الآمرة لقواعد هذا الأخير، وتكييفها بالنظام العام ملحقة بنص خاص يربط عن إخلال بهذه القواعد جزاء جنائيا وإداريا وهذا مندرج في العديد من نصوص قانون 03-09 منه: حظر وضع مواد غذائية للاستهلاك بكمية غير مقبولة. والعقوبات المقررة في حالة الخداع والغش (المادتين 4 و 5 من قانون 03-09) وكما أن تكريس مبدأ المسؤولية عن الإخلال بالالتزام بالأمن من المنتوجات المضرة والخطيرة هو انبثاق مباشر عن مبادئ التضامن العقدي.

ويظهر تأثير التضامن العقدي على عقود الاستهلاك من خلال مسألة حظر البنود التعسفية (المادة 29 من قانون (02-04) وتأطيرها على يد المشرع، عن طريق تدخل القاضي بتعديلها أو الإعفاء منها (المادة 110 من ق.م).

ونرى أيضا أنه في مجال نظرية الظروف الطارئة أن سلطة القاضي تتمثل في مراجعة العقد وليس فسخه باعتبار الوظيفة المنوطة بهذه النظرية هو تعديل اقتصادية العقد بإعادة التوازن العقدي وتنفيذ العقد بموجب مبدأ حسن النية (م 1/107 من ق.م) وتنفيذا لواجب التضامن العقدي (زمام جمعة، 2014-2015، ص 402)، وفي هذا السياق يُطالعا رأي في الفقه (علي فيلاي، النظرية العامة للعقد، ص 246) أنه بموجب المادة 90 من ق.م التي تستوجب "الضعف النفسي" علم المتعاقد بهذا الضعف ولكن في حالة عدم العلم وتعاقده معه بحسن النية وهنا طرحت تساؤلات فيما إذا كان "إرضاء المتعاقد المغبون سليما واعتبرت هذه الحالة مظهرا من مظاهر التكافل التعاقدية".

ثالثا: مبدأ العادل والنافع (الفقه القسطيني)

وقد نص المشرع الجزائري على العديد من التطبيقات بشأن مبدأ المنفعة والعدل متبنيا الفقه القسطيني (Ghestin(J),1982,pp1-5) في العديد من المواد القانون المدني، هذا الفقه الذي يعتبر اتفاق الأطراف ما هو إلا إجراء ضروري أثناء كافة مراحل العقد، وأن القوة الملزمة له لا تتحقق إلا إذا كانت مفيدة اجتماعيا وعادلة اقتصاديا، فالعقد بنية أساسية في تركيبة السوق ومن ثمة أصبحت "المنفعة" و"العدل" مبادئ جوهرية في النظرية العامة للعقد (زمام جمعة، 2015، ص 402) (زمام جمعة، 2015، ص 402) مكرسا التبادل الاقتصادي المؤسس على التوازن وتراجع مبدأ الرضائية بحكم تطور النظام العام الاقتصادي، وهذا ما نتلمسه في نصوصنا، فالمادة 103/2 ق.م، عندما تقضي بآثار البطلان كحكم عام وهو إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد، فهي تقصى ناقص الأهلية بعدم إلزامية رد هذا الشخص إلا ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد، كما مر تكريس هذا المبدأ في إطار نظرية فوات المنفعة (م 182 ق.م) وبشأن هلاك المبيع قبل تسليمه بسبب لابد للبائع فيه جاز للمشتري إما الفسخ أو الإبقاء على البيع مع إنقاص الثمن وهذا الحل الأخير يمثل تحديدا للمنفعة المتوخاة في هذا التصرف (م 370 من ق.م) (زمام جمعة، 2014-2015).

رابعا: مبدأ التناسبية

إن ثبات وعدم تغير المؤسسات الكلاسيكية للعقود (كالسبب، التعسف في استعمال الحق وحسن النية... إلخ) والتي تفضل حماية أمن نقل الحقوق على التوازن الاقتصادي أو السعي للحفاظ على التناسب الذاتي الذي قصده أطراف العقد ولو تسبب في اللاتوازن الفاضح في الحقوق والالتزامات مما أستوجب تدخلاً من المشرع المعاصر والقاضي لدعم التناسب الموضوعي. ويمكن إدراج "القياس العادل أو مبدأ الملاءمة والاعتدال" في مضمون ملموس للتناسب

واتجاه أكثر بـ "عصرية للعلاقات العقدية" (زمام جمعة، 2015، ص 206) وإلا ما الذي يفسر الحل التناسبي في العديد من نصوص القانون المدني حيث جاء في المادة 477 منه بشأن تسليم العين المؤجرة في حالة لا تكون فيها صالحة للانتفاع، حيث يمنح المستأجر حق الخيار بين " طلب فسخ الإيجار أو إنقاص الأجرة، بقدر ما نقص من الانتفاع مع التعويض في الحالتين إذا أقتضى الحال " وكذلك في المادة 489 في وجود عيب يجوز للمستأجر حسب الظروف طلب فسخ العقد وإنقاص الثمن.."، وإذ نلاحظ أن من خلال هذه النصوص

الواردة في عقد الإيجار وورود عبارة "حسب الظروف" أو "بقدر ما" للدلالة على مبدأ التناسب الموضوعي".

وكذلك من التطبيقات الواردة بشأن هذا المبدأ حظر الممارسات التعسفية في قانون حماية المستهلك مثلما ورد في المادة 29 من قانون 04-02 والتي من بين صورها أخذ حقوق و/ أو امتيازات لا تقابلها حقوق أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك، رفض حق المستهلك في فسخ العقد أو تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة أو غيرها في هذا المجال.

ويمكن تكريس نظرية التناسب حسب بعض الفقه (علي فيلاي، النظرية العامة، ص 246) من خلال "توسيع الاستحالة المطلقة". حيث تتوخى هذه النظرية تصحيح العقد لأسباب اقتصادية ولاعتبارات العدالة العقدية ومبدأ حسن النية يستوجبان تعاون المتعاقدين ولذلك يجب أن يكون الالتزام الذي يتحمله المدين معقولاً وإلا نكون بصدد حالة استحالة يترتب عليها بطلان العقد".

المبحث الثاني: التنافس بين النظرية العامة للعقد ومجال العقود الخاصة

إنّ النصوص الخاصة قد مسّت بالمبادئ الجوهرية للعقد، فالتحولات الاقتصادية والاجتماعية جعلت المشرع يصدر العديد من التشريعات الخاصة أهمها قانوني حماية المستهلك والمنافسة اللذين كان لهما الأثر العميق على المبادئ الكلاسيكية للعقد.

ويبدو أن القوانين الخاصة بقدر ما نالت من مبدأ الحرية العقدية بقدر ما أسهمت في تكريس المساواة الفعلية والعدالة العقدية على حد سواء، وهذا ما جعل قانون العقود يُثري بمجموع الآليات أي بمعنى أنه تمّ إحتواء كل تعقيد أو خصوصيات متعددة في تطور قانون العقود بواسطة تشريعات جديدة إما تدعيمية "**Renforçatrices**" أو تحديدية "**Limitatrices**" في نطاق تطبيقها كما ظهرت العديد من العقود الخاصة ولاسيما منها الحديثة النشأة على حساب النظرية العامة للعقد مما يثير تساؤلات عن مستقبل هذه النظرية.

المطلب الأول: أثر التشريعات الخاصة على النظرية العامة للعقد

إننا نُعاصر ثورة القانون ضد التقنين وفي هذا السياق تمكّن جانب كبير من الفقه من معاناة آثار تجديد معتبر في الشريعة العامة للعقود في هذا التطور العام إلى درجة أنّ العميد "**Carbonnier**" (Carbonnier J., 1986, p31) رأى وجوب إدماج قانون الاستهلاك دونما صعوبة مادام العمل فيهما على نفس المنحى وذهب إلى أبعد من ذلك للتأكيد أن قانون الاستهلاك هو في "طور التكوين"، غير أن القانون المدني يظل هو الشريعة العامة التي تنظم

أكبر قدر ممكن من العلاقات القانونية بين الأفراد بحكم كون أن القانون المدني لم يكن يوما من الأيام عائقا في وجه تطور القوانين الخاصة مثل القانون التجاري وقانون النقل وقانون العمل (Filali A., 2013, p1).

ولقد أثرت القوانين الاقتصادية على الشريعة العامة للعقود وهي تشكل مصادر جديدة له حيث ظهر ما يصطلح على تسميته بـ " النظام العام الاقتصادي " لحماية الطرف الضعيف في العقد وهذا يعد بمثابة إثراء للنظرية العامة للعقد لكونه قائما على " الحياد وفرضية المساواة " ومن مكونات القوانين الاقتصادية، قانون حماية المستهلك الذي أحدث تغييرا في المفاهيم الكلاسيكية للعقد فضلا عن قانون المنافسة وعلاقته بقانون العقود بوجه خاص.

أولا: أثر قانون حماية المستهلك على النظرية العامة للعقد

يبدو جوهريا في المسألة أن القانون الخاص بالاستهلاك قد أسهم في العديد من مظاهر التطور في النظرية العامة للعقد.

ومما يثبت باليقين أن قانون حماية المستهلك يُمثل فئة فرعية " **Sous-Catégorie** " من النظرية العامة للعقد، فهو يُمثل أداة تزويد " **Ressourcement** " وإعادة إرساء " **Restauration** " وإعادة إحياء " **Régénérescence** " لتلك الالتزامات (Calais Auloy, 1994, p, 29).

عندما يتعلق الأمر بـ: التقنيات المستخدمة من قبل قانون الاستهلاك فقد راح الأستاذ **Calais Auloy** (Calais – Auloy J., 1994, p 29) يعتبرها من قبيل التحديثات " **Les Innovations** " التي جاء بها هذا القانون في المجال التعاقدي، والتي تستهدف تحسين رضا المستهلك (الإعلام والتفكير) واستبعاد اللاتوازن (بمكافحة الشروط التعسفية). فضلا عن دعم الالتزامات المهني (عن طريق الالتزام بالمطابقة والضمان والأمن) والتي تعتبر عوامل لتطور النظرية العامة للعقد. ويظهر هذا التطور في الملامح الآتية:

- من حيث تحسين رضا المستهلك حيث تبين محدودية الالتزام التقليدي بالإعلام بموجب أحكام القانون المدني وإحاقه بالفعل التدليسي (م 2/86 من ق.م) إذ ظل الالتزام بالإعلام مفهوماً محايداً، حيث تعامل مع مختلف العقود دون أن يأخذ بعين الاعتبار ذلك التفاوت في المراكز العقدية كانت محاولات لتأسيس هذا الالتزام على أساس حسن النية وقواعده (المادة 2+1/107 من ق.م)، وتأسيسا على ما تقدم جاء قانون 03-09 للتكريس

القاعدي للالتزام بالإعلام بموجب المادة 17 منه. فبات التزاما قانونيا يستمد قوته الإلزامية من الشخص المعنى بالحماية وهو المستهلك.

وحيث أن الالتزام بالإعلام من شأنه التأثير على شفافية السوق ونزاهتها، فضلا عن تكريس قواعد المنافسة ولعل المادة 17 من قانون 03-09 فضلا عن نصوص جاءت في قانون 02-04 المتعلق بتحديد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية خاصة المادة 4 منه والناصة على ما يلي: "يتولى البائع وجوبا إعلام الزبائن بأسعار وتعريفات السلع والخدمات وبشرط البيع".

كما نصّ المشرع على آلية أجل التفكير حق التراجع عن حماية الرضا المتعاقد، ليس أي نوع من الرضا، لأنّه يتعلق بالمستهلك ومن ذلك ما نصّ عليه في المادة 4/119 مكرر 1 من الأمر رقم 04-10 المعدل والمتمم لأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض والناصة على ما يلي: "يمكن لأي شخص أكتب تعهدًا أن يتراجع عنه في أجل ثمانية (8) أيام من تاريخ التوقيع على العقد". ونصّ على حق التراجع في المادة 90 مكرر من قانون 04-06 المتعلق بالتأمينات. كما نصّ على أجل العدول بثمانية (8) أيام وبسبعة أيام (07) من خلال المرسوم التنفيذي المؤرخ في 12 ماي 2015 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي.

ويرى البعض (Filali(A).2013 p 25) أن قانون الاستهلاك ما هو إلا تكييف للنظرية العامة للعقد وتطورها الاجتماعي والاقتصادي، وهذا التكييف كُرس في الانتقال من المساواة المجردة إلى المساواة الفعلية، من العدالة التبادلية إلى العدالة التوزيعية ومن ثمة فإنّ نسبة النظرية العامة للعقد تأكد بصدور النصوص الخاصة ولاسيما منها قانون حماية المستهلك والذي جاء كنتيجة حتمية لانعدام المساواة وتكريس المساواة الفعلية والعدالة العقدية على حد سواء.

وحيث أن المشرع على ضوء المادة 110 لا يعرف الشروط التعسفية بل تضمنت "شرط الأسد" " Les Clauses Lemoines " (Ibid)، غير أنه في المادة 05 من قانون 02-04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية من خلال معيار الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد والتي تعد أساسا لأعمال حماية المستهلك في مثل هذه الشروط الواردة في عقود الاستهلاك المختلفة، كما أن المادة 29 من هذا القانون (أي قانون 02-04) تضع سردًا لتلك البنود كل هذه النصوص وغيرها هي بمثابة تدعيم للشرعية العامة للعقود لكونها جاءت لتحقيق التوازن العقدي. أما من حيث تدعيم الالتزام بالضمان فيمكن القول أن النظرية العامة للعقد لا توفر الحماية الكافية للمستهلك كما هو الشأن في مجال ضمان العيوب الخفية (المادة 379 من ق.م) حيث اشترط المشرع أن ينقص العيب من قيمة

المبيع نقصاً محسوساً ووجوب إثبات المشتري هذه الأمور وفقاً للقواعد العامة. كما يجوز وفقاً الحرية العقدية الاتفاق على تعديل الضمان بالزيادة أو النقصان أو إسقاطه (م 384 من ق.م)، فضلاً عن انتفاء الضمان في البيوع القضائية والإدارية (المادة 385 من ق.م). ولهذا أحدث في قانون حماية المستهلك الضمان القانوني (المادة 13 من قانون 09-03) وقرر بطلان كل شرط مخالف للضمان وألحقه بالجزاء الجنائي بالمقابل. كما استحدثت المشرع " مسؤولية خاصة تتجاوز الإطار التقليدي وهي مسؤولية المنتج في إطار المادة 140 مكرر من ق.م حيث " يكون المنتج مسؤولاً عن الضرر الناتج عن عيب في منتج حتى ولو لم تربط بالمتضرر علاقة تعاقدية ".

ثانياً: أثر قانون المنافسة على النظرية العامة للعقد

إنّ صدور الأمر 03-03 والمعدل والمتمم بقانون 08-12 من خلال الهدف الذي جاء من أجله حيث تنص المادة الأولى منه: " يهدف هذا الأمر إلى تحديد شروط ممارسة المنافسة في السوق، وتفاذي كل ممارسات مقيدة للمنافسة، ومراقبة التجمعات الاقتصادية لزيادة الفعالية الاقتصادية وتحسين معيشة المستهلكين "، وذلك حماية للمتعاملين الاقتصاديين والمستهلكين على حد سواء تغييراً في بعض المفاهيم الكلاسيكية للعقد من خلال تجديد عيب الإكراه من خلال الاستعمال التعسفي لوضعية التبعية، حيث أعتبر فيه أن مظاهر الاستغلال التعسفي بموجب المادة 11 من (أمر 03-03) هي: رفض البيع بدون مبرر شرعي، (م 1/11)، البيع التمييزي (م 2/11)، البيع المشروط باقتناء كمية دنيا (م 3/11)، الإلزام بإعادة البيع بسعر أدنى (م 4/11)، قطع العلاقة التجارية لمجرد رفض المتعامل الخضوع لشروط تجارية غير مبررة (م 4/11).

إن نص المادة 11 المذكور أعلاه يتوخى حماية الطرف الضعيف عقدياً بعدما تبين عدم فعالية المادة 124 مكرر من ق.م والمتعلقة بـ " التعسف في استعمال الحق. لذلك يمكن القول أنّ " تجديد عيب الإكراه يكون من خلال " الاستعمال التعسفي لوضعية التبعية "، اذ يلاحظ أن المشرع الجزائري قد فضّل أن يجعل من نظام الاستغلال التعسفي لوضعية التبعية في قانون المنافسة (03-03). ومن ضمن الحالات التي جاء به قانون المنافسة والذي كان له الأثر على قانون العقود بوجه عام هي وضعية التعسف في استعمال وضعية هيمنة والتي تهدف لحماية مصالح المتعاملين الاقتصاديين وكذلك المستهلكين وضمان حسن سير وضبط السوق وشفافية الممارسات من خلال المادة 07 من الأمر 03-03 ونذكر على وجه الأخص من بين

مظاهرها... " إخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات إضافية لا صلة لها بموضوع العقود... " (م 2/7).

ومن أجل تحسين صورة التكريس التشريعي لما هو " قانوني -اقتصادي " وخاصة إذا كان الأمر يتعلق بفهم وضعية الهيمنة الاقتصادية بين قانون المنافسة وقانون العقود، التي تستند على الضغط التنافسي " الذي تعيشه المؤسسة، لكون الصورة المعاصرة لحياة الأعمال بالنسبة لها (أي المؤسسة) هي " الإكراه الاقتصادي " عموماً، وبالذات " الإكراه التنافسي " مؤسسا على " النظام العام التنافسي " كأحد الأشكال الجديدة للنظام العام الاقتصادي.

ويبدو على ذلك ما تقدم أن تدخل التشريعات الخاصة بفعل التحولات الاقتصادية والاجتماعية ولاسيما قانوني الاستهلاك والمنافسة حيث مسّت بمبدأ الحرية العقدية والاستقرار العقدي هذه من جهة، ومن جهة أخرى كانت لهذه النصوص الخاصة دوراً في تكريس المساواة الفعلية وتحقيق العدالة العقدية على حد سواء.

المطلب الثاني : اتساع العقود الخاصة

إن ظاهرة تنامي الحركة التعاقدية، نوع معه آليات وتقنيات تنظيم العقود بفعل التطور الاقتصادي والاجتماعي الذي أنتج نماذج تعاقدية جديدة كما ساعد على ظهور عقود خاصة جداً " **Les Contrats Très Spéciaux** " وبات في وقتنا الحاضر العقد بإعتبار مفهوم عالمياً منفتحاً على كل المجتمعات وكل منظومة قانونية في العالم بفعل تطور ظاهرة "العولمة" ومن مظاهره هيمنة قانون الأعمال والمعاملات (Yakout Akroune, 2013, p 331 et ss) عن طريق رفع الحدود بين ما هو قانون مدني، قانون تجاري، قانون البنوك، والبورصة، قانون المنافسة والشركات والملكية الفكرية.

أولاً: دور تدخل الدولة في مجال العقود الخاصة

ويبدو أنّ تدخل الدولة في مجال العقد اتخذ أشكالاً مستحدثة أحدثت صيغاً جديدة للشكلية العقدية (مثل الرخص والمصادقة...ألخ) تكريسا النظام العام التوجيهي، حيث أصبحت وظيفة الدولة ضبط النشاط الاقتصادي عن طريق ظهور سلطات إدارية مستقلة باعتبارها آلية لضبط اقتصاد السوق وتجديد قانون العقود ولعل مجلس المنافسة هو الإطار المؤسساتي المحوري المعنى بمهمة " حراسة حرية المنافسة من كل الانتهاكات (Zouaiimid (R),2013,pp,803 et ss).

وبات التعاقد يُباشر بواسطة جماعات (علي فيلاي، 2013، ص 59)، فتتصرف آثاره إلى أطراف كثيرة كاتفاقيات العمل الجماعية المنصوص عليها في المادة 114 من قانون 90-11 المتعلقة بعلاقات العمل، حيث يتم الاتفاق بين رب العمل أو مجموعة من المؤسسات من جهة وممثلي العمال من جهة أخرى عن طريق التفاوض الجماعي الذي يعد مساسا بمبدأ الأثر النسبي للعقد.

كما ظهرت أنماط تعاقدية جديدة نابعة من المعطيات الاجتماعية وأخص بالذكر عقود الإدماج أو ما يصطلح على تسميته بـ "عقود ما قبل التشغيل باعتباره آلية لمجابهة أزمة البطالة أطرافه: الوكالة الوطنية للتشغيل التي "تعتبر وسيطا بين المستخدم والمستفيد من الإدماج، وهو عقد محدد المدة في شكل نموذجي يتم تحديده بموجب قرار وزاري كالقرار المتعلق بنماذج عقود الإدماج والتكوين الصادر في 24/07/2008)، فضلا عن أن استعمال عقد الإدماج من طرف الدولة يعد بمثابة ضبط السوق وإضفاء الطابع الاجتماعي للعقد الذي يُسهم في تطوير وتجديد نظرية العقد.

وقد أستاذت المشرع الجزائري أنماط جديدة من العقود منها بيع البناية في طور الإنجاز وهو عقد بيع يلتزم بموجبه المرقى العقاري بتحقيق وجود بناية مستقبلا خلال أجل محدد، فهو عقد بيع، محله يقع على بناية مستقبلية ومن أهم إلزام يقع على عاتق المرقى هو "الالتزام بالبناء" (حامي حياة، 2015-2016، ص 45). ومن صور عقد بيع البناية في طور الإنجاز، عقد حفظ الحق (م 27 من قانون 04-11) والبيع على التصاميم (م 28 من قانون 04-11).

كما أنشأ المشرع الجزائري حقا عينيا على الأملاك الوطنية العمومية بموجب قرار أو اتفاقية حيث أجاز للخواص إقامة المنشآت والبنيات والتجهيزات ذات الطابع العقاري في الملكية العمومية لمدة لا تتجاوز خمسا وستين (65) سنة (م 69 مكرر من قانون 08-14) ويمكن التنازل عن الحقوق والمنشآت ذات الطابع العقاري أو تحويلها في إطار نقل الملكية بين الأحياء أو اندماج أو انفصال شركات (م 69 مكرر 2 من قانون 08-14)، فضلا عن إمكانية رهن الحقوق والمنشآت وهذا فقط لضمان القروض (المادة 69 مكرر 3 من قانون 08-14). كما نصت المادة 1 من أمر رقم (08-04) على منح الامتياز على الأراضي التابعة للأموال الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية كلها حققت ترشيد للعقود العقارية.

أما في المجال البنكي وبالنظر لعدم كفاية القانون المدني في ضبط العقود المتعلقة بالعمليات البنكية ولاسيما بالنسبة لفكرة الضمانات الواجب تحقيقها مثلما يتعلق الأمر بعقود

الكفالة، الوديعة وقروض الاستهلاك فإن الأمر المؤرخ في 26 أوت 2003 المتعلق بالنقد والقرض رقم (11-03) الذي أصبح مصدرا ومرجعا للقانون الواجب التطبيق من أجل تغطية عقود وهي بـ " صفة عمليات " للقرض الإيجاري واكتتاب الأسهم والقروض البنكية... إلخ. وبالنظر إلى البعد النفعي لعقود التجارة الدولية وديمومة حياة العقد، فإن فكرة القوة القاهرة لا تؤدي دائما إلى انقضاء العقد كما هو الشأن في العقود الداخلية وإنما إلى تعليق تنفيذ العقود ذات الطابع الدولي وهذا أثر مستحدث للقوة القاهرة يجد أساسه في اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي " **Convention de Vienne** " لسنة 1980 ونتيجة تطور المبادلات وما ترتب عن ذلك من حرص على ملاءمة هذه العقود مع القواعد القانونية الداخلية استوجب صياغة بنود خاصة وإخضاع العقد لقانون دولة بعينها أو لاتفاقية الدولية أو الأعراف التجارية وفي هذا الإطار ورد في عرض أسباب مشروع تعديل القانون المدني 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005: "... لا يمكن أن تتجاهل أحكام القانون المدني هذه التطورات خاصة وأن السياسة الحالية للدولة تسعى إلى جلب المستثمرين الأجانب. وقد حان الوقت لتكييف القانون المدني الجزائري مع الاتفاقيات الدولية التي انضمت إليها الجزائر...". وقد استطاع النظام الوضعي في الجزائر من جهة أخرى التجديد والتكيف مع ظاهرة " العقود المدمجة " أو " المجموعات العقدية " وهو أحد الأشكال الجديدة الذي فرضه الواقع الاقتصادي الجديد، مثلما يرى الفقيه " **Teyssie** " (Tyssie B., 1975, p280) أن مجموعات من العقود وإن نشأت مستقلة عن بعضها إلا أن ثمة إرتباط بينها ترجع لوحدة المحل والسبب ويتشكل منها مجموعات عقدية واحدة تفرض وجودها في المحيط القانوني وشكلت هذه الظاهرة مساسا بمبدأ الأثر النسبي للعقد، وهي أيضا ترجمة لاقتصادية العقد " **L'économie du Contrat** ".

وتمّ تكريس " المجموعات العقدية " في القانون الجزائري من خلال فكرة " الارتباط بين العقود " وخاصة بين عقود البيع والقرض في إطار ما أقره المشرع في المرسوم التنفيذي رقم 114-1 المتعلق بشرط كفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي. وذهب البعض (بناني شوقي، نفس المرجع، ص 545) في السياق إلى وجوب منح دعوى مباشرة للمستهلك ضد أي متدخل دونما حاجة إلى نص قانوني، رغم أن المشرع في القانون المدني يُقر بأنه لا دعوى مباشرة بغير نص قانوني (زمام جمعة، 1996) وخاصة في المقابلة الفرعية (م 565 من ق.م).

والإيجار الفرعي (م 507 من ق.م)، وفي التأمين من المسؤولية المدنية (م 55 من قانون التأمينات 07-25).

يرى "Michel Prieur" أن قانون البيئة واجه في بداية القرن 20م تطورا كبيرا على مستويين: الأول، بروز فكرة دولية قانون البيئة « L'internationalisation » والثاني، دستورية قانون البيئة (Azzouz Kerdoun, 2013, p 418) « constitutionnalisation » ومن ثمة ليس من الغريب أن يرتبط قانون البيئة ويتقاطع مع النظرية العامة للعقد لكونه بتوخى حماية مصالح بيئية في مواجهة مصالح اقتصادية، وترتبت عن ذلك ظهور "عقود بيئية" (قانون 03-10 المتعلق بالبيئة) وتكريس الالتزام بالإعلام البيئي، وتفعيل بطلان الاتفاقات تحت طائلة النظام العام البيئي (Mazeaud D., 2014, p 291 et s)، وقد تأثر أيضا مبدأ الحرية التعاقدية بالمعطيات البيئية وفي هذا السياق نصت المادة 4 من أمر 06-08 المؤرخ في 15 جويلية 2006 والمتعلق بقانون الاستثمار: "تنجز الاستثمارات في حرية تامة مع مراعاة التشريع والتنظيمات المتعلقة بالنشاطات المقننة وحماية البيئة...".

ثانيا: العقود الإلكترونية

تشكل "المعلوماتية" وشبكة "الإنترنت" نموذجا لأسلوب جديد في التعاقد يمكن من التواصل عبر فضاء افتراضي "لا مادي" (ححو يمينه، 2011-2012، ص 1)، ومع بروز التجارة الإلكترونية وجد المشرع الجزائري نفسه ملزما بوضع الإطار القانوني له ذلك عند تعديل القانون المدني في 2005 حيث نصّ على الكتابة الإلكترونية (المادة 323 مكرر من ق.م) وأيضا على التوقيع الإلكتروني (المادة 323 مكرر 1 من ق.م)، وفي مجال آخر استخدام وسائل الدفع الإلكتروني المنصوص عليه في المادة 69 من قانون 03-15 المتضمن الموافقة على الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض الصادر في 26 أوت 2003. وفي ظل البيئة الرقمية طرحت عدّة تساؤلات بشأن التعاقد الإلكتروني من حيث ضمان سلامة انعقاده عبر الإنترنت لاسيما في فضاء لا مادي والتقاء حكمي للمتعاقدين غير ملموس وأيضا فكرة الإرادة الرقمية حيث تكشف أن هذا التطور لا تواكبه القواعد العامة الكلاسيكية في القانون المدني (ححو يمينه، 2011-2012، ص 6).

وقد جاء في عرض أسباب المشروع التمهيدي للقانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل المتمم للأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن التقنين المدني المعدل والمتمم ما يلي: "هناك اعتبارات خارجية تستلزم إعادة النظر في القانون المدني، فإن

الأحداث تجاوزته خاصة في ميدان التكنولوجيا لاسيما التعامل عن طريق الإنترنت واستعمال الوثائق والسندات الإلكترونية بدلا من استعمال الورق ...

ثالثا: آفاق إصلاح الفصل الثاني من الكتاب الثاني من القانون المدني الجزائري

تساءل البعض بشأن مستقبل النظرية العامة للعقد لكونها أصبحت لا تلبي الواقع التعاقدي الجديد، ولاسيما مع تطور القوانين الخاصة، وبروز منظومة تعاقدية جديدة بات يهدد ديمومة النظرية ووجودها. ومن هنا يطرح تساؤل بشأن إعادة التقنين " Recodification " وتبني مشروع إصلاح قانون العقود (حمادي الرئيس، بدون سنة، ص 207) على غرار ما فعله نظيره الفرنسي حديثا حيث تم إجراء إصلاح " **Reforme** " العنوان الثالث من الكتاب الثالث من القانون المدني الفرنسي وذلك بأمر رقم 131-2016 المؤرخ في 10 فيفري 2016 الذي يبد أسريانه في 1 أكتوبر 2016. وما يلاحظ في مسألة الآليات الممكنة لإعادة تقنين قانون العقود في القانون المدني الجزائري أن التعديلات التي طرأت في القانون المدني الجزائري لم تتجاوز الإمضاء الإلكتروني وبعض المواد المتعلقة بالمادة الإيجارية، بالمقابل عرفت القوانين الخاصة تجاوزا للنظرية وتنامي العقود الخاصة على حساب النظرية العامة للعقد، لذلك يستوجب من المشرع التفكير بوجوب إجراء إصلاحات في القانون المدني الجزائري على وجه العموم وقانون العقود على وجه الخصوص، لأن إبقاء النظرية العامة للعقد على حالها ودون إصلاحات من شأنها أن يطالها العجز وعدم الكفاية أمام ظهور العقود الحديثة النشأة، ولاسيما أن فلسفة العقد إبان نشأة هذه النظرية قائمة على فكرة " التبادل " " **échange** " ومع التطور الاقتصادي والاجتماعي بات من المؤكد التفكير في إجراء هذه الإصلاحات بغية عصنة أسس النظرية العامة للعقد. ثم إن إعادة التقنين يشكل نفسا جديدا لفكرة قديمة (Cabrillac(R), sans année, p, 211) ومن ثمة ألا يجب إعادة تقنين قانون العقود في الجزائر ؟

توجد جملة من المناهج المتعلقة بعملية إعادة التقنين (Cabrillac R., p 211) يتعين اختيار أحدها ويمكن حصرها في ثلاثة مناهج: 1- إعادة التقنين بالتعديل الشامل، 2- إعادة التقنين بالتعديل الجزئي والتدرجي، 3- إعادة التقنين على مجرّد التجميع، كما يبدو ما هو معمول به حاليا في الجزائر هو منهج إعادة التقنين بالتعديل الجزئي والتدرجي، وفعلا حيث تم إجراء تعديلات جزئية وتدرجية في عامي 2005 و2007، حتى أن بعض الفقه (حمادي الرئيس، ص 207) يرى في أن إعادة التقنين لا تعني " الهدم الكلي " ولا " الإبقاء الكلي " وإنما تطوير

وتحديث النظرية العامة للعقد شكلاً و مضموناً، مما يكرس هدفين، أولهما يتعلق بالأمن القانوني وثانيهما بالحيوية الاقتصادية وتطوير مجال المال والأعمال، حتى أنه حصلت تطورات هامة لعدد من العقود المنعوتة بـ " **aminus Cooperandi** " أو العقود ذات المصلحة المشتركة (Lequette (S), 2016, p 1154) مثل عقد النشر وعقد الفرنشاير " **Contrat de Franchise** " أو عملية معاوضة فقط بل هي عقود تنظيم وضعية واقعية، وتنوع اللجوء إلى عقود الخدمات والعقود النموذجية ذات المصلحة المشتركة.

ويبدو أن الفقيه **Didier** هو أول من إقترح فكرة " عقود وضعية " إلى جانب " عقود تبادل " بحجة إدماج النموذج الاجتماعي في البيئة التعاقدية (Lequette (S), 2016, p 1149).

خاتمة

نخلص من كل ما تقدم أن النظرية العامة للعقد، هي الشريعة العامة لجميع العقود حتى التي تنظمها القوانين الخاصة، لكونها تساهم في فضّ الإشكالات القانونية التي تُعرض بمناسبة تطبيق العقود الخاصة التي تستلهم بعض من المبادئ النظرية العامة النظرية العامة مثل مبدأ القوة الملزمة للعقد (م 106 من ق.م) ومبدأ حسن النية (م 1/107 من ق.م) ومبدأي الحرية العقدية ومبدأ حسن النية من المبادئ المتأصلة في النظرية العامة للعقد، بينما القوة الملزمة للعقد تُعد استكمالاً للمبدأين.

أما القوانين الخاصة تظل تحتفظ بطابعها الاستثنائي ولا تسمو إلى العمومية كما هو الشأن بالنسبة للنظرية العامة للعقد التي تعتبر نظرية لجميع العقود. وإن صدور ترسانة من القوانين الخاصة مسّت ببعض المبادئ الجوهرية للعقد وهو النيل من مبدأ الحرية العقدية من جهة، ولكنها حققت المساواة الفعلية والعدالة العقدية من جهة ثانية. ومن أجل إضفاء مقاربة مستحدثة للنظرية العامة للعقد بسبب التطور الاقتصادي والاجتماعي يكون من الضروري إجراء إصلاحات على المنظومة التعاقدية في القانون المدني الجزائري على غرار ما فعله نظيره الفرنسي بشأن إصلاح قانون العقود تحت رقم 131-2016 المؤرخ في 10 فيفري 2016 الذي يبدأ سريانه في 1 أكتوبر 2016. وفي الأخير، نختم ببعض العبارات التي جاء فيها عرض أسباب مشروع تعديل القانون المدني 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 "....هناك اعتبارات خارجية تستلزم إعادة النظر في القانون المدني لاسيما ما يتعلق بالتقدم العلمي والتكنولوجي من جهة والتحويلات التي يعرفها العالم من جهة أخرى".

المراجع

- 1- بناسي شوقي، " أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد "، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر 01، كلية الحقوق، 2015-2016.
- 2- حمادي الرئيس، القانون المدني: إلى أين، مجمع الأطرش للكتاب المختص، بحث دون سنة نشر.
- 3- حوحو يمينه، " عقد البيع الإلكتروني، دراسة مقارنة "، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2011-2012
- 4- علي فيلالي، الدين والقانون، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2008،
- 5- علي فيلالي، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2013.
- 6- محمد حمودة، النظرية العامة للعقد. منشورة مجمع الأطرش للكتاب المختص، 2014.
- 7- محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات، مجمع الأطرش للكتاب المختص، ط 2، 1997،
- 8- نساخ فاطمة، " الوظيفة الاجتماعية للعقد "، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2012-2013
- 9- زمام جمعة، " الدعوى المباشرة وتطبيقاتها في القانون التجاري "، ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 1996.
- 10- زمام جمعة، " العدالة العقدية في القانون الجزائري "، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2015.

11- Amand – Prevot et Richard (R), Le Contrat déstabilisé: De L'autonomie de la volonté au dirigisme contractuelle » J.C.P, 1979, I, 2952.

12-Anynes (L), « La Confiance en droit privée des contrats acte du colloque. Université de Versailles, Dalloz, 2008.

13- Akroune(Y), « Le Droit des Affaires en Algérie, 50 Ans Apres l'indépendance Quelle Configuration ? Algérie Cinquante ans Apres – La Part du droit, T(1) Ouvrage Collectif. (Sous la Dir) Walid Laddoune, ed. Ajed, 2013.

14-Batiffol (H), La crise du contrat et Ses Portée, Archives de Philosophie du droit , 1968.

15- Belley (Jean – Guy), « Max Weber et la Théorie du droit des contrats , Rev.Droit et Société » , 1988, n°8.

16-Bénédicté (D.L), La Transmission des accessoires du Droit D'action dans Chaines des Contrats Translatifs, R.R.J, 2011-4, PUAM, Paris, 2011.

17-Bencheneb (A), Le Contrat en droit Algérienne entre Texte (s) et in texte(s), Algérie cinquante ans après -la part du droit- ouvrage collectif sous la direction de Walid Laggoun, T(1), ed Ajed, 2013.

18-Béranger (F), Le Droit Commun des Contrats de l'épreuve du droit Spécial de la Consommations «Renouvellement du Substitution», Thèse, T(1), PUAM, 2007.

19-Bergel(J-L) ,Théorie générale du Droit , Paris, Dalloz, Coll, Méthodes du Droit, 3 emeed, 1999..

20- Bureau (P), Remarques sur la codifications du contrat de Consommations », sans source. 1994.

21- Calais- Auloy (J), « Influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats » RTD. Civ , 1994.

- Carbonier (J), « Droit Civil, Les Obligations » T (4), 1985.22

23-Didier (Martin), Dossier, La Notion Général, Son Applications en droit des Contrats et Théorie Général des Contrats Spéciaux, Petits Affiches, 8 Novembre 2012.

24- Filali (A) , « une Adaptation du Droit Commune des Contrats » Colloque international Organisé par Université D'Oran, de Droit et Laboratoire de droit Economique et Environnement, les 15 et 16 Mai 2013.

25- Fin- Langer(L). L'équilibre Contractuelle » L.G.D.J, 2002

26- Ghestin (J), «L'utile et le Juste, dans les contrats ». 1982.

27- Lâchieze (Ch),Droits des Contrats , Ellipses, 3ème ed.2012.

28- Lequette Suzanne, Réforme du droit commun des contrats.Rec.Dalloz, Juin 2016.

29-Mazeaud (P), Loyauté, Solidarité, Fraternité »: La nouvelle devise contractuelle, in L'avenir du Droit, Mélanges en Hommage a (F) Terré », Dalloz, 1999.

30- Mekki (M), La Reforme au Milieu de Gué, Les Notions Absents ? Les Principes généreux droit des Contrats- Aspects Substantielles.Rev Contrat 2015/3.

31- Mekki (M), « L'intérêt Général dans le contrat, Delta, L.G.D.J, 2004, N°1131,

31- Pérès(C).Observations Sur L'Absence des principes directeurs à la lumière de Projet D' ordonnance Portant Réforme du droit des Contrats.Rev Contrat 2015/3.

33- Savaux (E), La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ? L.G.D.J, Bibliothèque de droit privé, T 264, 1997,

34 -Servatier (R), Les Métamorphoses économiques et Sociales du Droit Civil D'aujourd'hui », 2 ed, 1952.

35- Tyssie (B), « Les Groupes des Contrats » Thèse Montpellier, L.G.D.J 1975.