

النظرية العامة للعقود الخاصة: حقيقة أم خيال؟ The general theory of special contracts : reality or imagination ?

أحمد بعجي

كلية الحقوق، جامعة الجزائر-1-

ah.baadji@univ-alger.dz

تاريخ الاستلام: 2023/08/01 ؛ تاريخ القبول: 2024/12/06 ؛ تاريخ النشر: مارس 2025

ملخص:

تمثل النظرية العامة للعقود الخاصة تصوّرًا فقهيًا، و تحدّيًا تشريعيًا في الأنظمة اللاتينية، بحكم الاعتبارات التاريخية التي شكّلت فكرة النظرية العامة، والاتجاهات القانونية المعاصرة، قضائيا و تشريعيًا و عمليا التي كوّنّت معالم حقيقية نحو نظرية عامة، دفعت بالفقه اللاتيني إلى طرح محاولة تنظير العقود الخاصة، إلا أنّ هذا الطرح ليس على عمومته بفعل الإدماج العشوائي للقواعد التعاقدية، و محاولة جمعها في قواعد مشتركة، دون النظر إلى خلفياتها أو خصوصياتها، و هذا يمسّ بانسجام النظام القانوني للعقود الخاصة، و يضرّ باستقرار قواعده، نتيجة ظاهرة التهجين القانوني، التي تجعل من اقتراح النظرية العامة للعقود الخاصة مجرّد تصوّر خيالي.

الكلمات المفتاحية: النظرية العامة؛ العقود الخاصة؛ تصوّر فقهي؛ الانسجام؛ التهجين.

Abstract :

The general theory of special contracts represents a doctrinal conception, and a legislative challenge in Latin systems, by virtue of the historical considerations that shaped the idea of general theory, and contemporary legal trends, judicially, legislatively and practically that have formed real features towards general theory, this led latin jurisprudence to put forward the attempt to conceptualization special contracts, But this is not on his general proposition because of the random integration of contractual rules, and an attempt to combine them into common rules, without regard to their backgrounds or specifics, and this affects the harmony of the legal system. For special contracts, and harms the stability of its rules, as a result of the phenomenon of legal hybridization, which makes the Proposal of the general theory of special contracts just imagination.

Keywords : The general theory; special contracts; doctrinal conception; harmony; Hybridization.

اسم ولقب المؤلف المرسل: أحمد بعجي

مقدمة:

ارتبطت فكرة النظرية العامة من الناحية الفكرية و النظرية بالتصوّر اللاتيني الفرنسي، الذي يغلب التجريد و العمومية على قواعده¹، ذلك أنّه من الناحية التاريخية، كان قانون نابليون 1804 أوّل من سارع إلى إيجاد نظرية عامة للعقد، فعمل جاهدا على لم شتات القواعد التعاقدية التي كانت متناثرة في القانون الروماني²، وإعطائها بعدا عاما و تجريديا، باستعمال التقنية اللاتينية التقنية، فخلص إلى وضع نظرية عامة للعقد، و إلى تنظيم بعض العقود الخاصة³، و لعلّ هذا حال المشرع الجزائري، الذي سلك مسلك القانون المدني الفرنسي في وضع نظرية عامة⁴ و تنظيم طائفة من العقود المسماة⁵، لذلك كان قانون العقود الخاصة، نموذجا تطبيقيا للنظرية العامة للعقد، لتوافق قواعد العقود الخاصة مع ما تفترضه النظرية العامة من تصوّر، و ما تقرّره من قواعد.

لكن هذه الاعتبارات السابقة قد أعيد النظر فيها جملة و تفصيلا، فمن جهة لم تعد النظرية العامة للعقد تلقى قبولا واسعا سواء نظريا أو عمليا، عبر الدعوة إلى تجديدها لدخولها في أزمة⁶، نتيجة التوجيه التشريعي المتزايد⁷، حتى تساءل الفقه عن حقيقتها من خيالها؟⁸، في حين أنّ قانون العقود الخاصة الذي كان نموذجا تطبيقيا للنظرية العامة لم يعد هو الآخر ينسجم مع قواعدها، ولم تعد يدين لها بالكثير، بفعل حلولها الكلاسيكية، مقارنة مع ظهور عقود خاصة جدّا بفعل الآلة الابتكارية للأفراد، الذي أحدث عقودا جديدة، تخالف قانون العقود الخاصة⁹، شكلا¹⁰، و مضمونا¹¹، بحيث صارت مصادره متنوّعة داخليا¹²، و خارجيا¹³، و أكثر تخصّصا¹⁴، و أكثر انفتاحا على الأنظمة القانونية، و هذا ما يصدق أساسا على القانون الجزائري، حين أعاد الاعتبار للشريعة الإسلامية في تنظيم بعض المعاملات¹⁵، ممّا أدخل التمييز بين العقود غير المسماة و المسماة في نسبية حتمية، نتيجة عدم التناسب ما بين القواعد، و من هنا بدأت النظرية العامة تفقد انسجامها مع قانون العقود الخاصة.

لذلك نشهد اليوم جهودا معتبرة تدعو مرة أخرى، إلى إيجاد "نظرية عامة جديدة للعقود الخاصة"¹⁶ مماثلة للنظرية العامة للعقد، حتى و ان اختلفت أسبابها و ظروفها و زمانها، لكن اتّحدت في غايتها الانتمائية و التنظيرية، بناء على سياق تطوّر متزايد للتقنيات التعاقدية ميدانيا، و بدعم قضائي غير منقطع بدأ بظهور النزعة الاجتماعية بدل النزعة الفردية¹⁷، مستمر إلى يومنا الحاضر من أجل محاولة تعميم الالتزامات التعاقدية على كافة العقود، و لعلّ اصلاح قانون العقود الفرنسي لسنة 2016 لخير دليل¹⁸، في ظل اعتراف تشريعي لا بأس به، و كل هذا يجري في سياق فقهي فرنسي

حديث متشبع بالروح الانتمائية اللاتينية الذي يدعو بقوة نحو النظرية العامة للعقود الخاصة¹⁹، في حين يقرأ البعض هذا الطرح بمعقولية معتدلة، بناءً على قناعات متعدّدة، أبرزها نسبية إيجاد قواعد مشتركة مع بين العقود الخاصة.²⁰

لذا نحن أمام تحدي آخر، وهو احتواء العقود الخاصة الجديدة على شكل قواعد عامة و مشتركة، لوجود عدة دوافع من وجهات نظر مختلفة (قضائية، تشريعية، عملية) يتزعمها الطرح الفقهي اللاتيني، لكن و بنظرة أكثر واقعية، يستوجب علينا قياس هذا الطرح، من زوايا قانونية مختلفة، أبرزها قدرة النظرية العامة للعقود الخاصة على الحفاظ على ثبات و استقرار قواعدها القانونية، و ضمان تمريرها إلى عديد كبير من العقود، مثلها مثل أي نظرية عامة، فضلاً عن ضمان انسجام قواعدها القانونية، و هذا ما يجعل الطرح الرامي لتشكيل نظرية عامة محل نظر. بناءً على ذلك، نقوم من خلال هذا المقال بعرض طرحين متعارضين، نظهر فيهما حجج و براهين كل طرح، و في الأخير نتوصل للطرح الذي يبدو في نظرنا مناسباً.

1- النظرية العامة للعقود الخاصة: معالم حقيقة

يرتبط هذا الطرح مع عدة دعائم مختلفة تصبو لوضع نظرية عامة للعقد الخاصة، بوجود ملامح قضائية و تطبيقية، و كذا تشريعية (أولاً) لحقتها مبادرات لتشكيل تلك النظرية (ثانياً).

أولاً: العقود الخاصة نحو نظرية عامة: ملامح في الوجود

ظهرت العديد من المؤشرات من وجهات نظر مختلفة تدعو بقوة إلى تشكيل نظرية عامة للعقود الخاصة، بداية من دور الاجتهاد القضائي المستمر(1) يدعم ذلك ممارسات تعاقدية متزايدة تبحث عن تعميم قواعدها(2) و ما هذا ما تمّ الاعتراف به تشريعياً(3).

1- دور الاجتهاد القضائي في تعميم القواعد: محاولات مستمرة

بحكم الطابع الكلاسيكي الذي كان يسيطر على العقد، فيما عرف بمبدأ سلطان الإرادة، كان لا يتصور أي دور ابداعي للقاضي، لكن ذلك لم يمنع الاجتهاد القضائي الفرنسي من صياغة بعض القواعد القانونية، معتمداً في ذلك على مخرجات النظرية العامة للعقد، عبر نظرية مستلزمات العقد، ثم يعيد بعثها في شكل قواعد قانونية ذات تطبيق عام، من ذلك نرى الالتزام بالسلامة، و الإعلام، و كذلك واجب التعاون²¹، و هذا ما أعطى دافعا قويا لمحاولة تشكيل مبادئ جديدة، يوعد لها في مستقبل قانون العقود، بحكم طابعها العام و الشامل لمجموعة كبيرة من العقود، فهناك:

أ- مبدأ النزاهة:

يحمل هذا المبدأ قيما أخلاقية و تضامنية ما بين أطراف العقد، عبر التعاون في العلاقة التعاقدية²²، كما هو الشأن في علاقات العمل، أين أكدت الغرفة الاجتماعية لمحكمة النقض الفرنسية، بأن هناك مبدأ النزاهة يترأس علاقات العمل²³، و أكدت الغرفة التجارية هي أخرى، بأن هناك واجب النزاهة من جانب مسير الشركة في مواجهة كل الشركاء²⁴، خاصة أن مصدر هذا الالتزام هو مبدأ حسن النية²⁵، الذي يعدّ كمنبع تاريخي و معاصر للعديد من الواجبات و الالتزامات التعاقدية، الذي كثيرا ما يستند عليه الاجتهاد القضائي لفرض الالتزامات.²⁶

ب- الالتزام بالتسبيب:²⁷

واصل الاجتهاد القضائي دوره الابتكاري في إيجاد التزامات جديدة تغذي المحتوى التعاقدية، و لعلّ هذا الحال بالنسبة لإيجاد الالتزام بالتسبيب في العلاقة التعاقدية (*l'obligation de motiver*)، الذي ظهر عبر قرارات محكمة النقض الفرنسية، بخصوص الصعوبات التي يجدها المتعاقدين في نهاية العلاقات التعاقدية، و هذا ما دفع القضاة الى فرض وجود رقابة سابقة للتعسف في معناه الواسع، كما هو الحال في قطع العلاقات التجارية بشكل مفاجئ²⁸، و هذا ما يظهر عموما في عقود التوزيع، أين تظهر مظاهر التعسف في التبعية الاقتصادية في تحديد الثمن بصورة انفرادية.

ج- مبدأ التناسب:

ظهر أيضا هذا المبدأ التعاقدية الجديد، من خلال العديد من القرارات القضائية الفرنسية، أين لجأت إلى تحديد محتوى العقد في العلاقات التجارية، من أجل استبعاد انفراد الطرف المهيمن في تحديد السلع²⁹، و أحيانا أخرى أوجد القضاء فكرة التناسب في الكفالة في عقد الاستهلاك، كما جاء عبر قرار (Macron)³⁰، و أحيانا أخرى اعتمد الاجتهاد القضائي على فكرة الالتزام الأساسي و السبب لتبرير فكرة التناسب، كما جاء القرار الشهير و المعروف بقضية (Chronopost).³¹

د- الالتزام بالسلامة:

كانت بدايات الالتزام بالسلامة في الاجتهاد القضائي، تبحث عن استخلاص ضمني لهذا الالتزام، و ذلك بالارتكاز على نظرية تكملة العقد، أو من خلال تأسيس الالتزام بالسلامة على ضمان البائع العيوب الخفية لصالح المشتري³²، و أخيرا اتجاه الاجتهاد القضائي الفرنسي لفرض الالتزام بالسلامة نتيجة المنتجات المعيبة، التي مدّت الحماية الى كل شخص متضرر، كما اتجه إلى ذلك أيضا الاجتهاد القضائي الجزائري³³، نحو إلغاء التفرقة بين المسؤولية التقصيرية و المسؤولية العقدية.³⁴

ساهمت الابتكارات القضائية السابق ذكرها، في تقليص فعالية و مجال تطبيق النظرية العامة للعقد و كذا أحكام العقود الخاصة، و بالتالي ضرورة تعميم الحلول الموضوعية من جانب الاجتهاد القضائي، في حين تنبأ البعض بالعودة إلى النظرية العامة من خلال العقود الخاصة، لكن عبر بوابة الاجتهاد القضائي، الذي كان أكثر جرأة من التشريع عبر الاعتراف بعمومية الحلول المبتكرة.³⁵

2- الممارسات التعاقدية الحديثة: حقيقة ثابتة نحو التعميم

يلجأ أطراف العلاقة العقدية غالبا للقاعدة الأكثر حماية، و هذا ما توقّره القاعدة الخاصة، التي تغني عن الرجوع للقاعدة العامة، ممّا يزيد من قوّتها (أ) خاصة بوجود الأفراد يراد بهم تشكيل قواعد خاصة بهم (ب) و هذا ما سمح بتعميم القاعدة الخاصة، و تخصيص القاعدة العامة (ج).

أ- التمسك بالقاعدة الخاصة: تدجّ تلقائي نحو العمومية

لم يكن للمتعاقدین العديد من الخيارات التعاقدية في معاملاتهم، بفعل عددها المحدود و بفضل الانسجام و التكامل الكبير الذي كان بين القواعد، و عليه فلم يكن الخروج عن القواعد العامة أمرا مألوفا، لكن في الوقت الحالي صارت هناك منافسة شديدة بين القواعد العامة و القواعد الخاصة. و هذا ما أثار نقاشا فقهيّا، بين مؤيّد لاستمرارية القواعد العامة للعقد، و بين داعم لفاعلية القواعد الخاصة و تدرجها نحو الشمولية، فرأى بعض الفقه، بأنّ قانون الاستهلاك مثلا هو مصدر تهديد مباشر للنظرية العامة للعقد، بفعل طابعه الريادي في مقابل الطابع البديل للنظرية، لأنّ القواعد الحمائية صارت أغلبها خارج القانون المدني، عبر قواعد أكثر تخصّصا و بصورة أمرّة³⁶، في حين رأى البعض الآخر³⁷، بأنّ هناك إمكانية لتطبيق القانون العام للعقود، و ذلك خارج صرامة مجال القواعد الخاصة، لكن في نظر البعض الآخر، تبقى أولوية التطبيق للتشريعات الخاصة، لأنّها تتوقّر على حلول كثيرة، سواء من الناحية النظرية أو العملية، فالقواعد العامة لا تتمتع إلاّ بأصوات هزيلة، و تتخلّى عن مهمتها في مواجهة تعدّد مصادر التشريع الخاص³⁸، و في اعتقادنا أنّ هذه التبريرات المقدّمة غير كافية، للاعتبارات الآتية: فأوّلًا: على الصعيد النظري يمكن التمسك بفكرة الاختيار بين القواعد العامة أو الخاصة ثانيا: على الصعيد العملي، فمبدئيّا لا يمكن تخيل أنّ المتعاقد يترك التنظيم المفصل و الدقيق للقاعدة الخاصة و يتمسك بالقاعدة العامة³⁹، ثالثًا: إنّ التمسك بالقاعدة الخاصة يجعلها بمثابة القاعدة المستمرة في الممارسة، مع أنّها منظّمة في النص التشريعي كقاعدة خاصة، لكنها تصير قاعدة عامة بصورة عفوية من الناحية العملية.

ب- تشكيل تكتلات تعاقدية خاصة بأبعاد عامة:

منذ زمن ليس ببعيد، كان قانون العقود الخاصة ضمن القانون المدني يشمل كل المعاملات التعاقدية مع بعض الإحالات إلى القانون التجاري و كذا قانون العمل، بحكم فرضية أنّ غالبية العقود الخاصة المنظّمة هي الأكثر انتشارا في المجتمع، لكن حاليا وبتطوّر الفكر القانوني، الذي يكشف يوما بعد يوم عن ظواهر جديدة أصابت فكرة القانون بحدّ ذاتها، من حيث مصدره و فروعها و طبيعة قواعده و أنظمتها، ألقى ذلك الأمر بظلاله على المجال التعاقدي، أي عرف انفجارا لم يسبق له مثيل، بعد منح حرية كبيرة لإبداعات الأفراد، بتشكيل عدة قواعد قانونية تحكم علاقاتهم التعاقدية، في شكل مجموعات، عبر وضع بنود تعاقدية تسري عليهم جميعا للدفاع عن مصالحهم (المصرفيين⁴⁰، العمال⁴¹، المهنيين⁴²..). فهذا يفضي لإفراز نظرية عامة للعقود الخاصة، حتى و إن كانت تطبيقاتها لا تزال منخفضة، لكن رآها بعض الفقه فرصة لتشكيل نظرية عامة في ظل ظهور مفاهيم معاصرة و أجنبية عن النظرية العامة، تدعّم النظرية الخاصة⁴³، و في اعتقادنا أنّ هذا التكتّل قد ازاح كثيرا نطاق تطبيق القواعد العامة، و هذا ما قلب المعادلة رأسا على عقب.

ج- ظهور معادلة جديدة: القاعدة التعاقدية بين "العمّمة والخصّصة"

نتج عن الممارسات التعاقدية معادلة جديدة معاكسة تماما لفرضية الغلبة للقواعد العامة، فما كان يسمى بالمجال العام سابقا أصبح مجاله خاص (ج-1) و ما كانت تسمى بالقاعدة الخاصة صارت تدعى بالقاعدة العامة نظرا لتطبيقاتها المتزايدة (ج-2).

ج-1-القواعد العامة: من التعميم إلى الخصّصة

كانت العقود الخاصة عبارة عن قاعدة خاصة بالنسبة للقواعد العامة، أمّا حاليا فقد صارت العقود الخاصة ذو الأصناف الكبرى المنظّمة بمثابة قواعد عامة، لعقود أكثر تخصّصا، فهناك القاعدة العامة كنظرية عيوب الرضا، ثم القاعدة الخاصّة و هي العلم الكافي بالمبيع، و نضيف إليها قاعدة جدّ خاصة، و هي الالتزام بالإعلام، و عليه تصبح قاعدة العلم الكافي، بمثابة قاعدة عامة بالنسبة لعقد الاستهلاك أو البيوع الأخرى، و بمعنى آخر إذا لم توجد قاعدة في النص الأكثر خصوصية رجعنا بالتدرّج إلى الورا، و بمفهوم المخالفة فتوسيع نطاق قانون العقود الخاصة كان على حساب النظرية العامة، و يرجع ذلك لأسباب: فأوّلا: إنّ ثغرات القواعد العامة و قصورها عن مواكبة الممارسات التعاقدية حديثا، كشف عجزا نظريا أعادها إلى الورا، ثانيا: فإنّ حاجيات الافراد المتزايدة فضّلت القواعد الخاصة الجديدة، و لكن هذه القواعد هي الأخرى تفتقد لمرتكز عام

يجمع كل العقود الخاصة، و هذا ما يشكّل في نظر الفقه، تحدّيًا لصياغة النظرية العامة للعقود الخاصة.⁴⁴

ج-2- القواعد الخاصة: من الخصّصة إلى التعميم

يجري اليوم العمل على توسيع نطاق الخصوصية نحو التعميم، فهذه من الابداعات الميدانية المعاصرة، فمن الناحية النظرية، نلاحظ أنّ القاعدة الخاصة تتعمم يوما بعد يوم، عبر العمل على تقليص فعالية العقود الرئيسية، فنظرية عيوب الرضا، لم تعد قادرة حقا على حساب تعدّد التقنيات الموجهة لحماية رضا الطرف الضعيف كالمستهلك، (عبر مهلة التفكير، حق التراجع، الالتزام المسبق بالإعلام)، كما أنّ القاعدة تصير خاصة بالنظر للقاعدة العامة، فمثلا قانون البيع هو خاص بالنسبة للنظرية العامة للعقد، وله خصوصيته في هذا الصدد، لكنّه قانون عام يحكم كل البيوع⁴⁵ (التجارية⁴⁶، الإسلامية أو الشرعية⁴⁷، العقارية⁴⁸، الاجتماعية⁴⁹، الترقية⁵⁰... الخ) ومن الناحية النظرية، فإنّ هذا التزايد للعقود الخاصة هو إضرار بالنظرية العامة، عبر هذا التخصّص، فالتطوّر المعاصر لهذا القانون، يكشف عن حركة جدلية جديدة "نظرية عامة للعقود الخاصة"⁵¹، الحال كذلك بالنسبة لعقد التجارة الإلكترونية، الذي صار قاعدة عامة للعديد من المعاملات، من بينها بيع الكتاب بالطريقة الإلكترونية كما جاء في القانون رقم 13-15 المتعلّق بأنشطة و سوق الكتاب، و المرسوم التنفيذي رقم 22-271 الذي يحدّد كيفيات بيع الكتاب بالطريقة الإلكترونية.

3- ملامح تشريعية ملموسة:

من الناحية التاريخية، دوما ما كانت تسبق النشأة القضائية و الابتكار الميداني، الصياغة التشريعية للقاعدة القانونية، و هذا حال الكثير من القواعد التي كرسّت في إطار التشريعات الخاصة، التي وجدت فيها ملامح لوجود قواعد عامّة تحكم تلك التشريعات، فكانت على صورتين:

أ- اعترافات تشريعية صريحة:

لم يكن ينشغل القانون بتحديد مجال تطبيق أي عقد من العقود، فسمّة العمومية كان لها الأثر الكبير على طبيعة القواعد، فلم يكن يحتاج في تعريف عقد البيع إلى تحديد مجاله، بل كانت طبيعة العقد البيع باعتباره من عقود المعاوضة هي التي تميّزه عن باقي العقود، و لكن بعدما صارت القواعد الخاصة أكثر حضورا في المشهد التشريعي الحديث، صار تحديد مجال تطبيقها من إحدى الأولويات، فنرى ذلك في إطار العلاقة الاستهلاكية حين سارع القانون رقم 03/09 المعدّل و المتمم، إلى تحديد نطاقه الشخصي، عبر اهتمامه بصفة المستهلك، فعلى سبيل المثال جاء في المادة الأولى

(يهدف هذا القانون إلى تحديد القواعد المطبقة في مجال حماية المستهلك وقمع الغش). و قد دعم كذلك هذه الحماية، بتعريف لصفة المتدخل الذي يجب عليه الالتزام بالواجبات المفروضة، وبالملاحظة فإن عقود الاستهلاك تشمل عدة عقود، منها البيع، القرض، التأمين، الاشتراك... الخ، و كل هذه العقود تشترك في نوعية الحماية الموجهة لصفة المستهلك (الاعلام، المطابقة، السلامة) و على إثر ذلك صار تشريع الاستهلاك يحقق الانسجام بين قواعده للسير نحو النظرية العامة، بفعل تشكيل تدريجي لوحدة قانونية متجانسة تجمع عدة عقود كلاسيكية في نموذج لعقد واحد.

ب- اعترافات تشريعية ضمنية:

إلى جانب تلك الملامح التي تبدو صريحة، فهناك ملامح تشريعية ضمنية، تتلخص في الإنشاء المتعدد للقواعد مناقضة القواعد العامة (ب-1) وكذا الاعتراف بمبادئ جديدة (ب-2).

ب-1- إنشاء متعدد للقواعد الخاصة مناقضة للقواعد العامة:

لم تتوقف التشريعات الخاصة عن إيجاد قواعد قانونية تختلف كلياً و جزئياً عن القواعد العامة، فبدل القواعد المكتملة، صارت الريادة للقواعد الآمرة⁵²، و بدل الاكتفاء بالجزاءات المدنية، تم إضافة الجزاءات الجنائية والإدارية⁵³، و هذا ما أهلك الانسجام بين النظرية العامة للعقد و أحكام العقود الخاصة في القانون المدني، و هذا ما يعني ضمناً بداية الخروج عن السيطرة التقليدية للقواعد العامة، نحو إعادة تشكيل قواعد خاصة جديدة بطابع عام، تجتمع و تشترك فيها العديد من العقود الخاصة الجديدة، و يفهم من ذلك أنّ إنشاء قواعد جديدة تناقض القواعد العامة، هو اقضاء لها بطريقة غير مباشرة، و تدعيماً للقواعد الخاصة فيما بينها.

ب-2- تكريس واجبات تعاقدية على نطاق واسع:

لم تبقى الابتكارات القضائية للعديد من الواجبات التعاقدية رهينة الأحكام القضائية و فقط، بل كانت محل تكريس تشريعي في العديد من العقود، فنرى الالتزام بالسلامة الذي تم تقنينه في العديد من العقود، و يتجه تدريجياً نحو التعميم، فنرى ذلك في مجال العمل⁵⁴، و في مجال النقل⁵⁵، و في مجال حماية المستهلك⁵⁶، كما تم تعميم الالتزام بالتسبب في العديد من العقود، سواء في علاقة العمل⁵⁷، أو في عقود التوزيع⁵⁸، الأمر كذلك لتعميم الالتزام بالإعلام، فنجد في إطار قانون حماية المستهلك⁵⁹، و قانون الممارسات التجارية⁶⁰، و تزايد مسألة الشروط التعسفية في الكثير من العقود⁶¹، فضلاً عن تزايد نقض العقد بالإرادة المنفردة⁶²، و من هنا بدأ البحث نحو تشكيل قواعد عامة سبق تطبيقها على العديد من العقود الخاصة.⁶³

ثانيا: العقود الخاصة نحو نظرية عامة: مبادرات في التشكيل

إنّ اجتماع كل الملامح لبعض القواعد المشتركة في العقود الخاصة، تأييده اعتبارات تاريخية في نشأته (1) فضلا عن النظرة الفقهية المشجّعة (2).

1- النظرية العامة: نحو إعادة التشكيل

يستند الجانب التاريخي إلى أسبقية ظهور العقود غير المسماة على النظرية العامة للعقد (أ) و كذا الامداد الحديث الذي تغذّى به القواعد العامة من العقود الخاصة (ب).

أ- أسبقية ظهور العقود عن النظرية العامة:

قبل تشكيل النظرية العامة للعقد لم يكن هناك تنظيم للعقود المسماة، و هذا إبان القانون الروماني، لكن حاليا و بفعل التخصّص المتطوّر للعقود الخاصة، أبان ذلك عن ازدهار طائفة جديدة من تلك العقود، بدا معها الأمل نحو إعادة تشكيل نظرية عامة لهذه العقود الخاصة، بفعل قواعدها و مبادئها المشتركة (مبدأ المساواة، مبدأ التوازن، القواعد الآمرة، الجزاءات... الخ)، و هذا ما لمّح إليه البعض، بفعل دوران الحركة التاريخية، عبر المرور أوّلا من العقد الخاص إلى العام، ثم من العام إلى الخاص، من أجل الرجوع ضروريا من الخاص إلى العام، في حضور إعادة البناء التعاقدية⁶⁴، و بالتالي العودة إلى الماضي أي إلى بداية ظهور العقود الخاصة و قبل وضع النظرية العامة للعقد، و لما لا إعادة تشكيلها من جديد؟

ب- التّغذية الموضوعية للنّظرية العامة:

زيادة على الجانب التاريخي، فإنّه من الناحية العلمية و الموضوعية، فإنّ أي تشكيل للنظرية العامة لا يمكن أن يقوم بدون دعائم موضوعية قويّة، وعليه فالحال اليوم لم يتغيّر، فالكثير من التطبيقات الموجودة في العقود الخاصة تم نقلها للقواعد العامة للعقد، و هذا حال اصلاح قانون العقود الفرنسي⁶⁵، و من جهة أخرى، فإنّ الممارسات الموجودة في العقود لخاصة، أصبحت تشكّل تكتّلا خاصا يراد به التعميم على سائر العقود الأخرى⁶⁶، مع أنّه من الفقه من يحصر مساهمة القواعد الخاصة في تغذية القواعد العامة للعقد فقط⁶⁷، لكن في اعتقادنا أنّ التغذية الحديثة للقواعد ستكون نحو نظرية عامة للعقود الخاصة و ليس الرجوع مباشرة إلى النظرية العامة للعقد.

2- المبادرات الفقهية: محاولات مشجّعة

إنّ الدعائم القضائية و البوادر التشريعية و كذا التأكيدات الميدانية السابق بينها، تعطي لنا لبنة أولية انطلق منها الفقه القانوني لمحاولة تأصيل النظرية العامة للعقود الخاصة، من خلال تيار

فقمي معتبر قام بعدة محاولات مشجعة كالمشروع الفرنسي⁶⁸، و البعض الآخر، بقي كتابات نظرية متعدّدة، نستعرض أهمها كالآتي:

أ-التنظير في شكل مجموعات تعاقدية:

خلف التشعب المفرط في قانون العقود، خلفيات جدية انطلق منها بعض الفقه، لمحاولة تجميع عدة مبادئ مشتركة في شكل مجموعات تعاقدية، أو ما يعرف بعائلة العقود *la familles de contrats* من أجل دعم " النظرية العامة للعقود الخاصة"، فرأى البعض⁶⁹، أنّ هذا المسلك يمر عبر تقنية قانونية، تتمثل في إعادة التصنيف الدقيق للعقود و محاولة جمعها في مبادئ مشتركة وفقا لأوجه التشابه (التكيف، المحل)، كما يمكن الاعتماد على المعيار الاجتماعي، عبر عقود كثيرة تقوم على الثقة ما بين الافراد، كما هو الحال بالنسبة لعقد الوديعة، الوكالة، أو على معيار اقتصادي الذي يدمج العقود في طائفته بحسب الغاية الاقتصادية له، كما هو الحال في عقود التوزيع...الخ، في حين ذهب البعض الآخر⁷⁰، أنّه يمكن التجميع التعاقدي في شكل مجموعات بناءا على طبيعة المجال، فهناك عقود ذات الطابع الاجتماعي، و عقود الأعمال، و العقود البحرية، و العقود الفلاحية...الخ لكن تبقى هذه المبادرة محل نظر، فأولاً: هذا المعيار سيلقى اعراض تشريعي صادم، ففي المجال الاقتصادي على سبيل المثال، فالأفراد لا يرضون بتقييد ممارستهم التعاقدية بنص تشريعي يجمعهم جميعا، لأنّ الفعالية الاقتصادية هي الأولى، ثانياً: إنّ هذا التجميع لا يأخذ بعين الاعتبار اختلاف الأنظمة القانونية في تلك العقود، ثالثاً: كما أنّ هذا التجميع يخضع لحقيقة نسبية، لأنّه ليس كل عقد يشترك في الغاية أو المجال مع عقود أخرى، بالضرورة يشترك معه في القواعد.

ب-التنظير حول مبادئ مشتركة:

لقي التكريس التشريعي لبعض الواجبات التعاقدية الحديثة صدا لدى الفقه القانوني من أجل تأصيل النظرية العامة للعقود الخاصة، فرأى البعض من الفقه⁷¹، أنّ تنظير تلك النظرية يمكن أن يكون حول مبادئ عامة ضمنية تطبّق على العديد من العقود، من جهة أخرى أدى تدفق المنتجات الى استحداث مبادئ أخرى أكثر أمناً، عبر مبدأ التتبع في ق. الاستهلاك⁷²، لكن يبقى من الصعب الاعتراف بتشكيل نظرية عامة للعقود الخاصة في ظل عدم اكتمال القواعد القانونية المشتركة.

ج-التنظير حول التزامات مشتركة:

طرح بعض الفقه إمكانية تنظير النظرية العامة للعقود الخاصة، بناءا على التزامات المشتركة بين الكثير من العقود، فمثلا نقل الملكية، و الالتزام بالتسليم، ضمان التعرض و الاستحقاق و ضمان العيوب الخفية، هي التزامات مشتركة في الكثير من العقود، سواء العقود الناقلة للملكية (البيع،

المقايضة، القرض) أو الانتفاع (الإيجار، الوديعة، العارية) و من هنا كان من الأفضل تخصيص قسم خاص بهذه الالتزامات المشتركة، دون تكرارها⁷³، كما لاحظ بعض الفقه الحديث⁷⁴، التعددية في التزامات البائع (الضمان، الاستعلام و الاعلام، المطابقة، السلامة) التي لا تثير نقاشا على مستوى الأكاديمي فقط، لكن تنتج أيضا نتائج على مستوى السياسة التشريعية، فالتعددية في الالتزامات تنمو يوم بعد يوم، وتؤكد التوجّه نحو الوحدة.

د- التنّظير حول طبيعة الأموال:

طرح تيار فقهي آخر⁷⁵، مسألة التنّظير بناء على طبيعة الأموال، نظرا لتعدّدها و اختلافها، انطلاقا من تاريخ ظهور التمييز بين المنقول و العقار، و ظهور تمييز آخر بين الأموال المادية و الأموال المعنوية التي تحمل نظاما خاصا بها، كمجال الملكية الفكرية⁷⁶، كما ينبغي التمييز أيضا بين طبيعة الأموال المنقولة و تفكيكها إلى أنظمة أكثر خصوصية، كما هو التمييز بين المنتجات و الخدمات، ثم التمييز بين المنتجات بحد ذاتها، فهناك منتجات غذائية⁷⁷، و أخرى منتجات للتجميل و التنظيف البدني⁷⁸ و حتى المنتجات الصيدلانية.⁷⁹

هـ- التنّظير حول صفة المتعاقدين:

بناء على التصنيف الفقهي الجديد للعقود الخاصة، و المؤسّس على معيار صفة المتعاقدين، الذي اقترحه الأستاذ "PH. Malaurie"⁸⁰، الذي يدعو بصورة أساسية للتمييز بين العقود المبرمة بين المستهلكين و المحترفين من جهة، و من جهة أخرى بين العقود المبرمة بين المحترفين أنفسهم، ذهب جمع من الفقه الحديث إلى اقتراح التنّظير حوله، عبر البحث عن إعادة تجميع عائلة العقود و إعادة تركيبها، لكن يتحقّق بعض الفقه بشأن تنّظير النظرية العامة للعقود الخاصة⁸¹، الذي يتطلّب تعديلا مشترك لقواعد قانون العقود، و ق. العقود الخاصة، مع وجود صعوبات عديدة.

الفرع الثاني: النّظرية العامة للعقود الخاصة: تصوّر خيالي

على نقيض من الطرح السابق، الداعي إلى تشكيل نظرية عامة للعقود الخاصة، فإنّ هذا الطرح ينظر إلى تلك الفكرة بوجهة نظرة مختلفة، تكشف عن قصور كبير في محاولة التنّظير (أولا) و لأجل ذلك توصلنا إلى إمكانية إقامة قانون للعقد مستقل عن فكرة قانون العقود الخاصة (ثانيا).

أولا: تنّظير العقود الخاصة: قصور متعدّد الأوجه

إن قياس مدى معقولية الطرح الرامي إلى نظرية عامة، يمر عبر مقارنة علمية تبحث عن انسجام القواعد التعاقدية من عدمها (1) مضاف إليها مقارنة نظرية تبحث عن ثبات و استقرار القواعد (2) فضلا عن تحديد مجال تطبيق تلك القواعد القانونية (3).

1- المقاربة العلمية لمحاولة التنظير: انسجام مفقود

يحول هذا الأمر بين إنشاء نظرية عامة، لأنّ هناك تصوّر قانوني وجب احترامه بكل قواعده، فتزايد العقود الخاصة زاد في تشتّت وحدة النظام القانوني مع إعادة الاعتبار لأنظمة قانونية أخرى في التشريع الجزائري، فينتج عن ادماج الأنظمة القانونية فيما بينها، تضخم في المصطلح القانوني (أ) وتعدّد في القواعد القانونية (ب) و اختلاف في طريقة تصويرها (ج).

أ- تضخم في المصطلح:

من المعلوم لدى الفقه القانوني⁸²، أنّ المصطلحات القانونية هي بطاقة تعريفية للنظام القانوني السائد في البلد، و عليه فمن البديهي أن يحافظ كل نظام قانوني على مصطلحاته و لغته القانونية التي يعبر بها عن مضمون قواعده بصورة دقيقة، و كل أمر يعاكس تلك المسألة هو من قبيل العشوائية، و لعلّ هذا واضح من الانفتاح المتزايد على الظاهرة التعاقدية، دون الحفاظ على وحدة المصطلح، فعلى سبيل المثال، تأثرت العديد من الدول على غرار القانون الجزائري و حتى الفرنسي، بالنموذج الأمريكي في مجال الأعمال، أين اعترفت بطائفة كبيرة من العقود ذات الأصل الأنجلوسكسوني، من ذلك عقود الـ *Leasing*، الفرانشيز (*franchising*)، الفاكترينغ (*Factoring*)⁸³، ممّا جعل الفقه⁸⁴، يعيب عن الغزو اللغوي الإنجليزي، و جعله ينتقد الظاهرة اللغوية المدمجة، و التي تسببت في مشاكل عديدة منها صعوبة تفسير القواعد التي يحملها العقد بحدّ ذاته، نضيف إلى ذلك ما ظهر مؤخراً في القانون الجزائري باسم الصيرفة الإسلامية، التي أثارت هي الأخرى مسألة انسجام المصطلح، كاستعمال مصطلح الاجارة⁸⁵، في وجود مصطلح الايجار في القانون المدني⁸⁶، فهل لهما نفس الدلالة و القواعد؟ أكيد، لا.

ب- تعدّد قواعد الأنظمة القانونية: توافق أم اختلاف؟

تمثّل ظاهرة تعدّد الأنظمة القانونية، أمراً ايجابياً في أيّ بلد، بحكم أنّها تضيف تجارب تشريعية هائلة، و تقدّم حلولاً متنوّعة، و مع ذلك فلها أبعادها السلبية، في حال الافراط في الأخذ بالحلول الأجنبية و الابتعاد تدريجياً عن منهجية النظام القانوني المتّبع في البلد، و لنا في العقود الخاصة أروع الأمثلة، ففي القانون الجزائري، فبعد ظهور عقود الصيرفة الإسلامية، التي تنتمي إلى نظام الشريعة الإسلامية - كأصل-، و من البديهي القول بأنّ لهذا النظام تصورات و قواعده الخاصة التي هي بعيد كل البعد عن القانون الوضعي، من جهة أخرى، فقد بدى التأثير أيضاً بالشريعة الأنجلوسكسونية، من خلال الأخذ ببعض الممارسات التعاقدية المعاصرة و إدماجها في القانون الجزائري،

كعقد الاعتماد الايجاري⁸⁷، و هي الأخرى لها بعدها الاقتصادي بالأساس، و بعيدة كل البعد عن السياسة التشريعية اللاتينية في تنظيم العقود الخاصة.

و هذا ما أدى بالفقه الحديث⁸⁸، إلى التحذير من الإفراط في هذا الانفتاح المتعدد و المتزايد، بحيث يصعب وضعها في فئة موجودة مسبقا من أجل الانسجام، لأن القانون المدني قائم على الفردية والليبرالية، و العقود الحديثة قائمة على أنظمة قانونية مختلفة، فمن هنا يصعب التسليم بالتعايش بينهما، عبر إدماج العديد من المفاهيم المختلفة جوهرًا و شكلًا، و هنا نطرح التساؤل هل هذا عامل يدعم تشكيل النظرية العامة للعقود الخاصة أم يزيد في تعقيد نشأتها؟ و في اعتقادنا أنّ الأمر يرجع إلى عدّة جوانب، أولاً: إنّ التسليم بإيجابية هذا التعدّد أمر نسبي للغاية، لأنّ الحفاظ على الانسجام في النظام القانوني الواحد يتطلّب جهداً معتبراً، فمن الناحية النظرية لا يمكن بلوغ الانسجام المطلوب بين القواعد لاختلافها في الكليات و الجزئيات، ثانياً: كما لا يمكن من الناحية الميدانية تحقيق النظرية، في غياب استقرار قانوني لقواعد واضحة المعالم لدى ممارسي القانون، من محامين و قضاة و مهنيين... الخ. ثالثاً: إنّ فكرة النظرية العامة هي فكرة لاتينية بحتة يشهد عليها تاريخ ظهورها، و حاضرها المنادى به من قبل الفقه الفرنسي، بحكم التصرّو النظري المجردّ و العام للقاعدة القانونية في ذلك النظام، رابعاً: إنّ التشريع الجزائري و ان كان لا يزال كمبدأ تابعاً للشريعة اللاتينية سواء من الناحية الموضوعية أم الشكلية، لكنه بدأ الانفتاح على أنظمة أخرى، و هذا ما يسمح له بتغيير نظامه القانوني نحو الأفضل، خاصة مع نظام الشريعة الإسلامية.

ج- اختلاف في تصوير القواعد القانونية:

لاشك في أنّ أي نظام قانوني يحمل تصوريا فنيا لقواعده المعبّرة عنها، فعلى سبيل المثال فالعقود الخاصة ذات النشأة الأنجلوسكسونية تحمل طابعا مهنيا و اقتصاديا بالأساس، و هذا ما عبّر عنه الفقه الحديث ب: "اقتصادية العقد"⁸⁹، و الذي يطمح إلى بلوغ الغاية الاقتصادية لأي عقد خاص، فمثلا عقد الاعتماد الايجاري، هو ليست فقط عملية تبادلية و فقط بمنظور النظام اللاتيني، بل هو عملية اقتصادية تمويلية و تبادلية، و يزداد الأمر وضوحا لدى مقارنة الأنظمة القانونية بنظام الفقه الإسلامي، و تخريجه و تصويره للقواعد، التي تختلفا اختلافا جذريا عن القانون الوضعي، فبينما يراد بالعقود الخاصة كالبيع، تنظيم المعاملات بين الناس، و اجتناب الرّبا و الغرر و الظلم ما بين المتعاقدين⁹⁰، و مطابقة البيع لحكم الشرع⁹¹، فإنّ العقود الخاصة في الأنظمة القانونية خاصة اللاتينية منها، تسعى إلى مساعدة المتعاقدين في تنظيم شؤونهم⁹²، و كذا حماية المتعاقد الضعيف في بعض الأحيان، و بعبارة أخرى، فإنّ الاعتبارات القانونية في تنظيم العقود الخاصة

تتغير باستمرار، فمن كان الأمس ينتصر للقواعد المكتملة، يسعى اليوم لاستبدالها بالقواعد الآمرة، بينما نظرة الفقه الإسلامي دائما و ابدأ ما كانت و لا تزال دقيقة في التصوير و المقصد.

2-المقاربة النظرية لتعدد القواعد: توافق نسبي

تفرز ظاهرة تعدد القواعد القانونية مشكل التوافق فيما بينها، خاصة صعوبة الوصول إلى التكييف الدقيق للعقد (أ) و توسيع قاعدة النص الخاص إلى درجات دنيا كثيرة (ب).
أ-تعدد القواعد التعاقدية:

كانت و لا زالت عملية تكييف العقد من بين أولويات دور القاضي في المجال التعاقدي، مع أنها في السابق و نظرا لوضوح العمليات التعاقدية كالبيع و الهبة و الايجار و الوكالة، كانت أمرا سهلا نوعا ما، و ذلك بالنظر إلى طبيعة الالتزامات الرئيسية الناتجة عن ذلك العقد، لكن حاليا أصبحت عملية التكييف عقبة أمام تطوّر العقود الخاصة، و ذلك بسبب تداخل القواعد التي صارت أمرة، و كثرة الروابط التعاقدية في العملية القانونية الواحدة، يضاف إليها تداخل الأنظمة القانونية، الأمر الذي جدّد مشكلة التكييف⁹³، فقد تغلّبت الغاية الاقتصادية على عملية التكييف، بحيث صار العقد تقنية للعديد من العمليات الاقتصادية و الاجتماعية، تمويلية، تبادلية، اسلامية...الخ.

في هذا الشأن، رأى بعض الفقه⁹⁴، بأنّ مسألة تكييف العقد تحتّم الرجوع إلى القواعد العامة في عقد البيع، و ذلك بالنظر للبيوع جدّ الخاصة، كالبيع الاستهلاكي، و البيع بالإيجار، البيع بالمربحة، فكل هذه العقود الخاصة و إن صارت جدّ خاصة، فإنّها تكيّف على أساس أنّها عقد بيع، بالنظر للالتزامات المترتبة عنها، لكن و مع ذلك، فإنّ هذه النظرة تبقى كلاسيكية، فلا يمكن اخفاء الطابع الجديد للعقود الحديثة و ما تحمله من الاستقلالية، تدفع بعدم الرجوع للقواعد العامة، و تدعو لفكرة تأسيس قانون خاص بكل عقد، و هذا ما رآه بعض الفقه هروبا من مسألة التكييف، و أصبح يطلق عليه بالعقد غير قابل للتكييف⁹⁵، بينما البعض الآخر اختار معايير جديدة للتكييف، تعبّر بصدق عن تعدد الروابط التعاقدية، تطرح معها صعوبة التكييف، و اقترحوا التكييف الحصري (*Qualification exclusive*) و التكييف التوزيعي (*Qualification distributive*).

ب- توسيع قاعدة الرجوع إلى النصّ الخاص: نقد مزدوج

إن التمعّن الجيّد في طبيعة القواعد الخاصة التي حملتها العقود الحديثة، يكشف عن حقيقة لا نقاش فيها، و هي التخصّص المفرط في القواعد الخاصة الذي أفقد معالم القواعد العامة في بعض الأحيان، كالتوسّع في أحكام البيوع الخاصة جدا كالبيع الاستهلاكي، و توسيع الفارق بين القاعدة العامة و القاعدة الخاصة، فسابقا كانت مقتصرة على درجتين، أمّا الآن فهناك تدرّج لا متناهي،

فكلّما تقدمنا وصادفنا عقد خاص إلّا أصبح العقد الذي قبله قاعدة عامة للعقد الذي يليه، و في اعتقادنا، أنّ هذا الأمر يكشف عن تلاشي وحدة العقود الخاصة⁹⁶، و ليس عن توحيد القواعد الخاصة، فكلّما زدنا في تدرّج القواعد الخاصة كلّما ابتعدنا شيئا فشيئا عن تجميع القواعد الخاصة، كما أنّ فتوسيع القاعدة في الرجوع ليس دليلا قاطعا عن اختلاف القواعد، بل هناك تشابه كبير بين الأصناف الكبرى للعقود و بعض الأصناف الصغرى، فقانون البيع يشترك معه العديد من البيوع جدّ الخاصة، لأنّ الاختلاف يكمن في التفاصيل و فقط، و هذا يعني أنّ العقود الخاصة لا تزال مرتبطة بالقواعد الكبرى، و هذا يحول ضمنيا دون تشكيل قواعد عامة خاصة بها.

3- المقاربة الميدانية في تطبيق القواعد: مجال محدود

لكي تنجح محاولة تنظير نظرية عامة للعقود الخاصة، و جب أنّ تكون ذات تطبيق واسع، و هذا الذي لم يحصل بفعل بقاء الصلة مع القواعد العامة (أ) و التناقض التشريعي في تحديد مجال التطبيق (ب).

أ- بقاء الصلة مع القواعد العامة:

يستند مؤيدو النظرية العامة للعقود الخاصة، إلى الالتفاف حول نقاط مشتركة عديدة، لكن يبدو الأمر بعيدا، نظرا لمحدودية مجال تطبيق بعض العقود، و الاقتصار على حد أدنى دون توسيعها ليشمل عددا كبيرا، فمبدأ نزاهة الممارسات التجارية يطبّق على العقود التي طرفاها الأعوان الاقتصاديين، و كذلك بصورة ضمنية في عقود الاستهلاك، لكن المبدأ السابق لا تصوّره في عقود أخرى مثلا في عقود الترقية العقارية، و بهذا يتحتّم علينا الرجوع الى القواعد العامة في تنفيذ العقد بحسن نية، و هذا يعني بقاء الرجوع إلى النص العام، فضلا عن خضوع العقود الخاصة إلى النظرية العامة للعقد، من حيث أركانها و شروط صحتها، و بعبارة أخرى فإنّ اكتمال بعض قواعد العقود الخاصة جدا لا تزال في طور الانجاز، و هذا ما اعترف به الفقه⁹⁷، بأنّ دعم النظرية العامة للعقود الخاصة يقع تحت فكرة خاطئة، هي أنّ العقد الخاص يهيمن على القواعد العامة، فعقد البيع مثلا لم يكن أبدا عقد موحدًا، فهو مزيج بين القواعد الخاصة للبيع، و القواعد العامة للبيع.

ب- التناقض التشريعي في تحديد مجال التطبيق:

يقع المشرع الجزائري أحيانا في تناقض حول تحديد مجال تطبيق بعض العقود الخاصة جدا⁹⁸، و لنا مثال عن عقد الاستهلاك، أين لا يتمتّع كل المستهلكين بالحماية، فهناك اعتراف بمهلة التفكير لفئة من المستهلكين دون فئات أخرى⁹⁹، في حين أنّ الصفة الأخرى من المستهلكين يعترف لهم بحق التراجع، كما جاء مؤخرا عبر تعديل قانون حماية المستهلك و قمع الغش¹⁰⁰، و أكده قانون رقم

05/18 المتعلق بالتجارة الالكترونية¹⁰¹، و قد أشار المشرع إلى أنّ هذا الحق سيكون قاصراً على بعض المنتوجات، و هذا ما يحدّد من مجال التطبيق، و عليه التساؤل كيف يراد تنظير نظرية عامة للعقود الخاصة في ظل استمرار التناقض و عدم التحديد الدقيق لمجال تطبيقها؟

ثانياً: قانون العقود الخاصة: من قانون العقود نحو قانون العقد

إنّ الانضباط القانوني و في نفس الوقت الأمن القانوني، يحتمّ علينا النظر إلى الظاهرة التعاقدية، بنظرة واقعية و أكاديمية في نفس الوقت، تعطي الانسجام المطلوب و لا تهمل طبيعة القاعدة التعاقدية، و هو في نظرنا يتجسّد في الاتجاه نحو قانون العقد بدل قانون العقود، للحفاظ على فعالية القاعدة من جهة (1) و على خصوصيتها من جهة أخرى (2).

1- الحفاظ على فعالية القاعدة القانونية:

يقتضي الحفاظ على فعالية القاعدة القانونية احترام طبيعة النظام القانوني، فيصعب التنظير مثلاً حول مبادئ مشتركة، فإذا كانت عقود التوزيع من العقود المتعامل بها بكثرة في السوق بين المتعاملين، و هذا الأمر يتطلب قياس فعالية العقد من الناحية الاقتصادية، و مدى مساهمته في ضبط السوق، فصحة شرط عدم المنافسة يخضع لتقديرات مختلفة بين قانون المنافسة و القانون المدني، فقد يمسّ العقد بالمنافسة لكنه صحيح من منظور القانون المدني¹⁰²، لذلك فإنّ محاولة التنظير وفق نظرية عامة يهلك فعالية و روح القاعدة القانونية، و يجعلها مقيّدة بنظام غير النظام الذي نشأت فيه، و غير الغاية التي خصّصت لها، هل هي غاية اقتصادية أم الغاية التبادلية و فقط؟ و ذلك لبعض الاعتبارات: أولاً: محاولة التنظير ستعيق فعالية الممارسة الميدانية بتقييدها بقواعد قانونية، كما أنّ تقنين القواعد القانونية يفوّت عليها الكثير من الابتكارات و التقنيات التعاقدية، ثانياً: لا يمكن تقييد الممارسات التعاقدية ذات المرونة الأنجلوسكسونية، بالتحكّم التقني للنظام اللاتيني الذي يميل أكثر إلى التعميم، و الجمود الذي يبعده عن المرونة.

2- الحفاظ على خصوصية القاعدة القانونية:

إنّ انفتاح البلدان على الكثير من الأنظمة القانونية المختلفة، سمح بتنوّع مصادر قانون العقود، الذي يستحيل معه وضع قواعد تربط كل تلك التشريعات ببعضها البعض، كما يستحيل الاتفاق على عدد كبير من النقاط المشتركة، و لكن يسهل وضع نظرية عامة لكل تشريع معيّن، فمثلاً النظام الأمريكي يعطي كامل الحرية للممارسة التعاقدية، التي تتميز بالمرونة و الفعالية في نفس الوقت، بينما النظام اللاتيني يميل إلى التنظيم و التصنيف و التعميم و التجريد، بينما يميل الفقه الإسلامي إلى تنظيم كل عقد على حدا بأحكامه الخاصة وفق ضوابط شرعية دقيقة، فمثلاً لا يمكن تجميع

الالتزامات في أحكام مشتركة، كحال الالتزام بنقل الملكية، الذي يعتبره القانون المدني الجزائري كأثر لعقد البيع يرتب التزاما على البائع¹⁰³، في حين يعتبره الفقه الإسلامي كحكم أصلي للبيع و ليس التزاما على البائع¹⁰⁴، كما لا يعتبر شرط قبض المبيع قبل التصرف فيه مانعا في القانون المدني، في حين هو شرط لابد منه في الفقه الإسلامي.¹⁰⁵

كما لا يمكن التنظير حول طبيعة الأموال بصورة مطلقة، و القانون الوضعي يعترف بالمال المنقول و المال العقاري، في حين أنّ الفقه الإسلامي يفصل في طبيعة الأموال المنقولة بصورة دقيقة، و يزيد إذا كان مالا من ذهب أو فضة فيجب التقابض يدا بيد مع التماثل¹⁰⁶، فهذا لا اعتبار له في القانون، كما أنّ الفقه الإسلامي يتحرى منع و تحريم الربا، كالبيع بالمربحة¹⁰⁷، فإنّ عقد البيع في القانون المدني لا يقيم اعتبارا لذلك، و في نفس العقد أيضا، يشترط فيه الفقه الإسلامي بيان الثمن الأصلي مع مقدار الزيادة قبل قيام البيع، و هو ما يسمى ببيع الأمانة، و كذلك بالنسبة لبيع السلم¹⁰⁸ الذي يشترط فيه هو الآخر، بيان جنس المبيع، و بيان نوعه، و صفته، و مقداره، و تحديد زمان تسليمه و مكانه¹⁰⁹، و في هذه الأحوال السابقة لا نرى تفصيلا أو حرصا كبيرا من طرف القانون المدني، الذي لا يشترط على المشتري بيان ثمن الشراء السابق، لأنّه لا يقيم اعتبارا لفكرة الخيانة أو الكذب في البيع.¹¹⁰

و لأجل ذلك دعا الفقه الحديث إلى تشكيل نظرية عامة لكل عقد¹¹¹، كنظرية البيع للحفاظ على الاستقلالية، لكن هذه الدعوة هي الأخرى ليست كاملة، و لعلّ هذا يذكّرنا بتقسيم المعاملات المالية في الفقه الإسلامي، إلى المعاوضات و التبرّعات، و في المعاوضات نجد كتاب البيوع، بصيغة الجمع و ليس بصيغة المفرد "البيع"¹¹²، و لعلّ هذا فيه الكثير من الدقة في التنظيم و التنظير، و الذي يوحي بوجود قواعد عامة بالبيع و قواعد خاصة بكل عقد بيع، و هذا دلالة عميقة على دقة تصوير الفقه الإسلامي للقواعد، و جعل لكل عقد خصوصيته لكي يتحرى الضوابط (منع الغرر، الربا، الضّرر) مع بقاء الصلة بالقواعد العامة للعقد في الفقه الإسلامي (الإباحة أو الحرية) يأتي هذا بعد نظرة قيّمة متأصلة، ليعترف بعض الفقه الحديث¹¹³، بأنّه لا توجد نظرية عامة العقود الخاصة، بل سلسلة من الأنظمة الخاصة، عقد عبر عقد، و كل هذه الأنظمة تتمتع بمزاياها.

أمّا من الناحية النظرية و العلمية، فإنّ الحفاظ على خصوصية القاعدة القانونية المتأتية من أنظمة قانونية مختلفة، يبعدنا عن الوقوع في التناقض في الأحكام و التصوّرات، بحيث يسمح بتحقيق الانسجام ما بين القواعد ذات التصوّر الواحد، و هذا ما يخلق التعايش في ظل احترام

خصوصية كل نظام، و ليس التعايش بإدماج عشوائي للقواعد القانونية، و عليه فإنّ الدعوة نحو تشكيل النظرية العامة هو خطر في حد ذاته يهدّد فعالية القواعد القانونية، و ينقص من مدلولها.

الخاتمة:

ننتهي في الأخير إلى القول، بأنّ محاولة ايجاد " نظرية عامة للعقود الخاصة" تبقى مبادرات فقهية، بالأساس، سواء أخذ بها التشريع أم لم يأخذ، كما أنّ هذه المبادرات تعبّر عن قوّة الانتماء تصوّري للنظام القانوني اللاتيني، و عليه فإنّ هذا الأمر يبقى خيال تصوّري مزيج بين التقاليد التاريخية من جهة، و بين الروح اللاتينية الانتمائية من جهة أخرى، لكن هذا يصطدم بالواقعية المعاصرة و بالروح الانفتاحية المتعدّدة، و هذا يعطينا بعض النتائج:

- إن البحث عن قواعد مشتركة ذات تطبيق واسع، غير ممكن بحكم اختلاف الأنظمة للقواعد التعاقدية يوما بعد يوم، و عليه التوافق يكون على حد أدنى من العقود دون الأخرى.
- هناك فرصة علمية للمشرع الجزائري، من أجل إعادة النظر في التصوّر اللاتيني و استبداله بالتصور الفقه الاسلامي ، نظرا لثراء هذه الشريعة الربانية بالكثير من القواعد التي تسدّ الفراغات و تتصدّى للمستجدات، و هذا من أجل تجاوز التذبذب في المنهجية التشريعية التي وقعت أمام صعوبة المواصلة في تنظيم العقود الخاصة على الطريقة اللاتينية.
- نرى أخيرا، تفضيلنا لقانون العقد على فكرة قانون العقود، هو تفضيلنا لمنهج الفقه الإسلامي في تنظيم كل عقد على حدا، مع ترك المرونة للممارسة العملية وفق ضوابط شرعية بالأساس.

¹ "...إنّ القانون المدني الروماني أو الروماني-الجرماني، بالشكل الذي اتّخذه في القرن التاسع عشر، هو قانون عام و استنباطي إنّّه ينطلق من المبادئ العامة المؤدية إلى استنباط الحلول الخاصة، تتموضع القواعد اذا في الأغلب على مستوى عالٍ من العمومية. ما تبقى لا ينتهي إلّا للتطبيق و لا يتم الاهتمام به إلّا بشكل أقل بكثير من اهتمامنا بالمبادئ..." برنار أودي B.Audit، مدخل، مقال ضمن سلسلة، فرانسوا تيريه Francois Terré، أمركة القانون، ترجمة د.محمد وطفه، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، 2008، ص 09.

² F. Terre, Ph. Simler et Y. Lequette et Francois Chénéde, Les obligations, Dalloz, 12 éd, 2019, p 38 et 39. PH. Malaurie, L. Aynes et PH. Stoffel-Munck, Droit des obligations, LGDJ 7^e édition, 2015, p 190.

³ PH. Malaurie, L. Aynes et Pierre-Yves Gautier, Droit des contrats spéciaux, LGDJ, 8^e édition, 2016, p 39.

⁴ أنظر: علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، الطبعة الثالثة، موفم للنشر، الجزائر، 2013، ص 19.

⁵ راجع الكتاب الثاني من القانون المدني.

⁶ Ch. Jamin , D. Mazeaud, la nouvelle crise du contrat. _ Acte du colloque du 14, mai, 2001 , organisé par le centre René Demogue de l'université de Lille II ; Dalloz- Sirey, collection thème et commentaire, paru le 30/1/2003.

⁷ أنظر مثلاً: فطيمة نساخ، الوظيفة الاجتماعية للعقد، دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1، 2013، فاضل خديجة، عيممة العقد، دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1، 2015، شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1، 2016، أحمد بعجي، تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقد، دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1، 2019.

⁸ E. Savaux, La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ? LGDJ, 1994, p 05.

⁹ أنظر في الفقه الجزائري: علي فيلاي، العقود الخاصة - البيع -، موفم للنشر، 2018، ص 20 و 21.

Francois Collart Dutilleul et Philippe Delebeque, Contrats civils et commerciaux, Dalloz, 11 e édition, 2019, p 08. PH. Malaurie, L. Aynes et Pierre-Yves Gautier, op.cit, p 41.

¹⁰ و يظهر ذلك في عدة أشكال، فمن جهة في تنظيم العقود الخاصة الحديثة في شكل تشريعات خاصة مستقلة عن القانون المدني، و من جهة أخرى، لجوء المشرع الجزائري الى تنظيم بعض العقود الخاصة الجديدة في شكل عقود نموذجية، كما هو الحال بالنسبة لعقد الإدماج، طبقاً للقرار المؤرخ في 24 يوليو 2008، يحدّد نماذج عقود الإدماج و عقود تكوين تشغيل و عقود العمل الدائم، ج.ر العدد 49.

¹¹ من ذلك استبدال القواعد المكتملة بالقواعد الآمرة في الكثير من العقود الخاصة الحديثة، فمثلاً ما جاءت به المادة 06 من ق.ح.المستهلك "يجب أن تكون المنتوجات الموضوعة للاستهلاك مضمونة..." أو ما جاء في القانون رقم 02/04 في المادة 4 " يتولى البائع وجوباً إعلام الزبائن بأسعار و تعريفات السلع و الخدمات، و بشروط البيع."

¹² أنظر على سبيل المثال: القانون رقم 10/03 المؤرخ في 19 يوليو يتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، ج.ر العدد 43، و القانون رقم 03/09 المؤرخ في 25 فبراير 2009، يتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، ج.ر العدد 15، المعدل و المتمم، بالقانون رقم 09/18 المؤرخ في 10 يونيو 2018، ج.ر 35. و الأمر رقم 06-95 مؤرخ في 25 يناير 1995 يتعلق بالمنافسة، ج ر 1995، ع 9، مؤرخة في 22 فبراير 1995 (الملغى)، والقانون الساري المفعول هو الأمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 يوليو 2003 يتعلق بالمنافسة، ج ر 2003، ع 43، مؤرخة في 20 يوليو 2003 المعدل و المتمم، و القانون رقم 02-04 مؤرخ في 23 يونيو 2004 يحدّد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية. ج ر، عدد 41، مؤرخة في 27 يونيو 2004، المعدل و المتمم بالقانون رقم 06-10 مؤرخ في 5 أوت 2010، ج ر، عدد 46، و القانون رقم 04/11 المؤرخ في 17 فبراير 2011، يحدّد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، ج.ر العدد 04. القانون رقم 05/18 المؤرخ في 24 شعبان 1439 الموافق ل 10 مايو سنة 2017، يتعلق بالتجارة الالكترونية، ج.ر العدد 28. و النظام رقم 02/20 المؤرخ في 20 رجب 1441 الموافق 15 مارس 2020، المحدّد للعمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية. ج.ر العدد 16.

¹³ J. HUET , Les sources communautaires du droit des contrats, LPA 1997, n° 35.

¹⁴ فمثلاً اهتم المشرع بتفاصيل الالتزام بالإعلام في المادة 17 من قانون 03/09، و تفاصيل أكثر في المرسوم التنفيذي رقم 13/378 المؤرخ في 09 نوفمبر 2013، يحدّد الشروط و الكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، ج.ر العدد 58.

¹⁵ كما جاء النظام رقم 02/20 المحدّد للعمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية.

¹⁶ وهذا ما ظهر بصورة مباشرة في النقاش الفقهي الذي نشرت أعماله مجلة قانون العقود الفرنسية:

Jacques Raynard, Pour une théorie générale des contrats spéciaux : des insuffisances respectives du droit général et du droit spécial, RDC 2006/2, Francois Collart Dutilleul, La théorisation des contrats spéciaux : du droit des contrats au droit des biens. RDC ,2006/2, Pierre-Yves Gautier, Prolégomènes à une théorie générale des contrats spéciaux, RDC ,2006/2, Daniel Mainguy, Pour une théorie générale des contrats spéciaux ? , RDC, 2006/2, Jean- Jacques Barbiéri, Pour une théorie spécial des relations contractuelles , RDC, 2006/2.

¹⁷ L. Josserand, Aperçu Général des tendances Actuelles La Thorie Des contrats, RTDciv , 1937, p 24.

¹⁸ Voir : **L. Aynès**, le juge et le contrat : nouveaux roles ?, colloque, la réforme du droit des contrats : quelles innovations ?, R.D.C, avril 2016/hors-série, **Th. Revet**, une philosophie générale ? , colloque, la réforme du droit des contrats : quelles innovations ?, R.D.C, avril 2016/hors-série,n°02.**H. Barbier**, Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10février 2016, RTDciv, n° 2, avril- juin.

¹⁹ Voir : **E. Saveaux**, exciste-t-il une thérie générale des contrats spéciaux, LPA , 28 novembre 2012, n°238, **N. Balat**, Réforme du droit des contrats: et les conflits entre droit commun et droit spécial?, chro,D, 2 Avril 2015, n°13. **N. Delegove**, Le droit commun et le droit spécial, th. Paris II, 2011. **Ch. Goldie-Genicon**, Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats, LGDJ, 2009, **Balat**, Essai sur le droit commun, LGDJ, 2016.

²⁰ **Daniel Mainguy**, op.cit, p616.

²¹ **J. P. Chazal** , Les Nouveaux devoirs des contractants:est-on alle trop loin ? La nouvelle crise du contrat, Ch. Jamin et D. Mazeaud, Dalloz, 2001.p 100.

²² **D. Mazeaud**, Le nouvel ordre contractuel, RDC, 2003.p297.

²³ Voir , cass.soc,16 janvier.1991, bull.civ.v,n°15.

²⁴ Voir, cass.com, 27 février .1996, bull.civ.IV.n°65.

²⁵ « ...parmi ces principes généraux, on voit apparaitre tout les élément fédérateurs que nous avons déjà soulignés, bonne foi, comportement la colonne vertébrale du droit spécial des contrats... » **Jean- Jacques Barbiéri**, op.cit , p626.

²⁶ Cass.com.13 sept,2016, n°14-26713.

²⁷ **M. Fabre- Magnan**, Pour la reconnaissance d'une obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance économique, RDC ,n° 2, 2004, **D. Ferrier**, une obligation de motiver , RDC ,n° 2, 2004.

²⁸ **D. Savova** et **A. Kennedy**, la gestion contractuelle de la rupture, AJCA , janvier 2015, p 8 et 10.

²⁹ Cass.com.6 mai 2002, porvoin°99-14.993

³⁰ Cass. com, 17 juin 1997, Bull. civ. IV, n°188

³¹ CIV 1ere, 3 juill. 1996, Bull. civ. I, N°286.

³² **J. Calais-Auloy**, L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats, RTD civ. 1994.p252.

³³ لقد سائر القضاء الجزائري، فكرة عدم التمييز بين المسؤولية العقدية و المسؤولية المفترضة القائمة على أساس المادة 138/2 ق.م، بصدد الالتزام بنقل الأشخاص في عقد النقل، بحيث أن عدم تحصل أو حصول الضحية على تذكرة السفر، و بالتالي اعتباره مسافرا من الناحية القانونية، لا يحول دون قيام المسؤولية، انظر قرار بتاريخ 20/10/2011، الصادر عن الغرفة المدنية الملف رقم 688491، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول 2012.

³⁴ انظر: شوقي بناسي، المسؤولية التقصيرية و المسؤولية العقدية: تمييز نحو زوال؟، م.ج.ع.ق.س.ا، المجلد 57، العدد 02، 2020.

³⁵ **PH. Malaurie, L. Aynes et Pierre-Yves Gautier**,op.cit ,p41.

³⁶ **E. Saveaux**, exciste-t-il une thérie générale des contrats spéciaux,op.cit, p02.

³⁷ **N. Balat**, Réforme du droit des contrats: et les conflits entre droit commun et droit spécial?, chro,D, 2 Avril 2015, n°13.p 700.

³⁸ **F. Terre, Ph. Simler et Y. Lequette et Francois Chénéde**, op.cit, p 151.

³⁹ أنظر: بعجي أحمد، المرجع السابق، ص 70 و ما يليها.

⁴⁰ و هذا تشير اليه صراحة المادة 105 من القانون رقم 09/23 الذي يتضمن القانون النقدي و المصرفي، المؤرخ في 21 يونيو 2023، ج.ر العدد 43 ، الذي ألغى الأمر رقم 11/03 (تؤسس البنوك و المؤسسات المالية وفق التشريع المعمول به ، جمعية للمصرفيين الجزائريين ، و يتعين على كل بنك او مؤسسة مالية عاملة في الجزائر الانخراط فيها وجوبا.... تدرس هذه الجمعية النظرية العامة للعقود خاصة: حقيقة أم خيال؟

المسائل المتصلة بممارسة المهنة، لا سيما تحسين تقنيات البنوك و القروض، و تحفيز المنافسة و محاربة العراقيل التي تعترض المنافسة، و ادخل تكنولوجيايات جديدة...).

⁴¹ أنظر على سبيل المثال، ما جاء به القانون رقم 90-11 في المادة 114 "الاتفاقية الجماعية اتفاق مدون يتضمن مجموع شروط التشغيل و العمل فيما يخص فئة أو عدة فئات مهنية....".

⁴² كعقود التوزيع الاتفاقي و الحصري التي تتم بين مجموعة من المهنيين فيما بينهم، و لعلّ هذا ما يفهم من النصوص القانونية التي تحظر كل التعسفات الناتجة عن وضعية الهيمنة في السوق ما بين المتعاملين، كما جاء على في المادة 7 من الأمر رقم 03/03 المعدل و المتمم (...)-الحد من الدخول إلى السوق أو في ممارسة النشاطات التجارية فيها....-تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات تجاه الشركاء التجاريين، مما يحرمهم من منافع المنافسة....".

⁴³ Jacques Raynard, op.cit,p599.

⁴⁴ Jacques Raynard,op.cit, p 598.

⁴⁵ أنظر في نفس الفكرة: شوقي بناسي، قانون العقود، - الجزء الأول: عموميات في العقد، بيت الأفكار، 2022، ص158.

⁴⁶ أنظر على سبيل المثال: ما جاء في الفصل الأول: الإعلام بالأسعار و التعريفات و شروط البيع، من الباب الثاني: شفافية الممارسات التجارية.

⁴⁷ كما جاء في المادة 4 من النظام رقم 02/20 (تخص العمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية، المنتجات الآتية: - المراجعة، - المشاركة، - المضاربة، - الاجارة، -السلم، - الاستصناع، - حسابات الودائع، - الودائع في حسابات الاستثمار).

⁴⁸ خاصة ما تعلق الأمر بتكوينه عبر اشتراط الشكلية الرسمية لدى الموثق، كما جاء في المادة 324 مكرر 1 ق.م، و العمل على الشهر العقاري في المحافظة العقارية، كما جاء في المادة 793 ق.م.

⁴⁹ كعقد البيع بالإيجار طبقا للمرسوم التنفيذي رقم 105/01.

⁵⁰ عرفته المادة 28 من القانون رقم 04/11 (عقد البيع على التصاميم لبنانية أو جزء من بناية مقرر بنائها أو في طور البناء، هو العقد الذي يتضمن و يكرّس تحويل حقوق الأرض و ملكية البنايات من طرف المرقى العقاري لفائدة المكتتب موازاة مع تقدم الأشغال . و في المقابل، يلتزم المكتتب بتسديد السعر كلما تقدّم الإنجاز).

⁵¹ PH. Malaurie, L. Aynes et Pierre-Yves Gautier, op.cit, p 41 et 47 et 48.

⁵² أنظر مثلا: المادة 4 ق.ح.المستهلك " يجب على كل متدخل في عملية وضع المواد الغذائية للاستهلاك احترام الزامية سلامة هذه المواد، و السهر على ان لا تضر بصحة المستهلك".

⁵³ راجع على سبيل المثال: ما جاء في ق.ح.المستهلك في الباب الرابع المعنون: "قمع الغش" الذي يضم الفصل الثاني: "المخالفات والعقوبات". كما جاء في القانون رقم 02/04 في الباب الرابع "المخالفات و العقوبات".

⁵⁴ نصت المادة 6 من قانون علاقات العمل " يحق للعمال أيضا، في اطار علاقة العمل ما يأتي: - التشغيل الفعلي، - احترام السلامة البدنية و المعنوية و كرامتهم....".

⁵⁵ كما نصت المادة 62 تجاري: "يجب على ناقل الأشخاص أن يضمن سلامة المسافرين وأن يوصله إلى وجهته....".

⁵⁶ أشارت الى ذلك المادة 10 من القانون رقم 03/09 المعدل و المتمم: "يجب أن تكون المنتوجات الموضوعة للاستهلاك مضمونة وتتوفر على الأمن بالنظر إلى الاستعمال المشروع المنتظر منها، وأن لا تلحق ضررا بصحة المستهلك وأمنه ومصالحه..).

⁵⁷ أنظر على سبيل المثال ما جاء في المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 290/90 المؤرخ في 29 سبتمبر 1990 يتعلق بالنظام الخاص بعلاقات العمل بمسيرى المؤسسات، ج.ر العدد42". اذا وضع حد لعقد العمل بإرادة من مسير المؤسسة فإنه يتعين على هذا المسير احترام فترة اشعار مسبق تحدد في العقد، الا اذا صدرت من الطرف الآخر مخالفة خطيرة لبنود العقد".

⁵⁸ كما جاء في المادة 11 من الأمر رقم 03/03 المعدل و المتمم في الفقرة 6 (...-قطع العلاقة التجارية بمجرد رفض المتعامل الخضوع لشروط تجارية غير مبررة ...).

⁵⁹ كما نصت على ذلك المادة 17.

⁶⁰ مثلما جاء في المادة 07.

⁶¹ سواء في القانون المدني أو في القانون رقم 02/04 و المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر لسنة 2006، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبررة بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية، ج.ر عدد 56.

⁶² لقد اعترف المشرع الجزائري بحق التراجع في بعض المجالات، من ذلك عبر قانون التأمينات بموجب المادتين 70 و 90 مكرر بخصوص التأمين على الأشخاص، و أيضا كرسه في قانون النقد و القرض بموجب المادة 119 مكرر الفقرة الثالثة، و أيضا بموجب المرسوم التنفيذي رقم 15/114 المتعلق بالقرض الاستهلاكي، عبر المادة 11 الفقرة 2، أنظر، بدري جمال، نقض العقد بالإرادة المنفردة، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015-2016، ص 80 و ما يليها.

⁶³ E. Saveaux, .op.cit, p03. Pierre-Yves Gautier, op.cit,p611.

⁶⁴ Jean- Jacques Barbiéri, op.cit , p621.

⁶⁵ مثلا: المادة 1143 ق.م الخاصة بالإكراه الاقتصادي، و المادة 1171 ق.م الخاصة بعقد الإذعان، أنظر:

Th. Revet, une philosophie générale ? , colloque, la réforme du droit des contrats : quelles innovations ?, R.D.C, avril 2016/hors-série,n°02.

⁶⁶ "... فقد انقلبت المعادلة، فبعدما كانت القواعد العامة هي التي تعطي النماذج القانونية و تمد التشريعات الخاصة، أصبحت هذه الأخيرة هي التي تبتكر و تطوّر القواعد الجديدة ملائمة للعلاقات التعاقدية، و ما تفرضه من إقامة توازن، و عليه انتقلنا من فكرة الإنتاج إلى فكرة الاستيراد..." بعجي أحمد، من أجل إصلاح النظرية العامة للعقد، مجلة بحوث، جامعة الجزائر 1، الجزء الأول، العدد 14، 2020، ص 237.

⁶⁷ M. changny , réforme du droit des contrats et droit de la concurrence : sur le titre : des filiations multiples le droit des pratiques restrictives de concurrence et la réforme du droit commun des contrats, RTD.Com, n°3, 2016, p 458.

⁶⁸ فقد حاولت جمعية الاستاذ (l'Association Henri Capitant) اقتراح مشروع تعديل قانون العقود الخاصة، عبر انشاء باب رابع من الكتاب الثالث تحت عنوان "الحقوق و الالتزامات الخاصة" « Des droits et obligations spéciaux », من أجل ايجاد التكامل بين القواعد العامة للعقد و قانون العقود الخاصة، من خلال الاعتماد على الالتزامات المشتركة (كتسليم الملكية نجدها في البيع كما في الايجار)، اما المرحلة الثانية، و هي الخاصة بالتقسيم الداخلي للعقود الخاصة، فاقترحوا بالنسبة للبيع مثلا قسمين: القسم الأول: يحتوى على القواعد العامة الخاصة لكل البيوع (التكوين و التنفيذ) ثم القسم الثاني: القواعد الخاصة ببعض البيوع (البيع العقاري، و البيع في طور الإنجاز)، كما جاء في الباب الرابع: عقد البيع، راجع أكثر:

<http://henricapitant.org/storage/app/media/pdfs/travaux/avant-projet-de-reforme-du-droit-des-contrats-speciaux-26juin2017.pdf>

⁶⁹ Francois Collart Dutilleul et Philippe Delebeque, op.cit, p 31 et 32 et 33.

⁷⁰ Francois Collart Dutilleul, La théorisation des contrats spéciaux .op.cit,p606.

⁷¹ Francois Collart Dutilleul,op.cit,p608.

⁷² راجع المرسوم التنفيذي رقم 12/203 المؤرخ في 14 جمادى الثانية 1433، الموافق 6 مايو 2012، يتعلق بالقواعد المطبقة في مجال أمن المنتجات، ج.ر العدد 28، من خلال المادة 5 منه(يجب أن تستجيب السلعة و /أو الخدمة بمجرد وضعها رهن الاستهلاك، للتعليمات التنظيمية المتعلقة بها في مجال أمن و صحة المستهلكين و حمايتهم، لا سيما:-التدابير الملزمة الموضوعة قصد ضمان تتبع مسار السلعة أو الخدمة).

⁷³ "و من المنطقي تنظيم أحكامه في القسم الخاص بالالتزامات بدلا من النص عليه بمناسبة عقد معين من العقود، و لكن لما كان منشأ هذا الضمان يرجع الفضل فيه الى عقد البيع، فقد تأثر المشرع في مصر و لبنان بهذه الفكرة و استمر على تنظيمه ..." أنور سلطان، العقود المسماة، شرح عقدي البيع والمقايضة، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1980، ص 207.

⁷⁴ PH. Malaurie, L. Aynes et Pierre-Yves Gautier, op.cit, p 188.

⁷⁵ Francois Collart Dutilleul, op.cit, p 606.

⁷⁶ كحقوق الملكية الفكرية، كحق المؤلف على مصنفه، كما جاء في المادة 13 من الأمر رقم 05/03 مؤرخ في 19 يوليو 2003 يتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة. ج ر 2003، عدد 44، و كما جاء أيضا في الأمر رقم 06/03 المتعلق بالعلامات، المؤرخ في 19 يوليو 2003، ج.ر العدد 44، و الأمر رقم 07/03 يتعلق ببراءة الاختراع، المؤرخ في 19 يوليو 2003، ج.ر العدد 44.

⁷⁷ على سبيل المثال: المرسوم التنفيذي رقم 140/17 المؤرخ في 14 رجب 1438 الموافق 11 ابريل 2017، يحدد شروط النظافة و النظافة الصحية أثناء عملية وضع المواد الغذائية للاستهلاك البشري، ج.ر العدد 24.

⁷⁸ و قد صدر المرسوم التنفيذي رقم 37/97 المؤرخ في 14 جانفي 1997 المحدد لشروط و كفاءات صناعة مواد التجميل و التنظيف البدني و توضيها و استيرادها و تسويقها في السوق الوطنية، ج.ر العدد 4.

⁷⁹ و هذا ما أشار إليه قانون الصحة الجديد رقم 11/18 المؤرخ في 2 يوليو 2018، يتعلق بالصحة، ج.ر العدد 03، كما جاء الباب الخامس تحت عنوان: المواد الصيدلانية و المستلزمات الطبية.

⁸⁰ PH. Malaurie, L. Aynes et PH. Stoffel-Munck, op.cit, p208 et 209.

⁸¹ Daniel Mainguy, op.cit, p620.

⁸² انظر: أشغال الملتقى الوطني، المفردات القانونية: مصطلحات أصلية و أخرى مقترضة، مجلة بحوث، جامعة الجزائر1، 2019، عدد خاص، راجع أيضا: شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 176.

⁸³ لكن التشريع الجزائري، نظم بعضها و اختار لها تسمية، فمثلا سعى عقد الاعتماد الاجاري بالفرنسية (Crédit-bail)، و سعى عقد تحويل فاتورة، بالفرنسية (Factoring)، و لم ينظم عقد فرانشير، بينما سماها التشريع الفرنسي على التوالي: (Crédit-bail) و (Affacturage) و (Franchisage).

⁸⁴ PH. Malaurie, L. Aynes et Pierre-Yves Gautier, op.cit, p46.

⁸⁵ المادة 8 من النظام رقم 20/ الصادر عن بنك الجزائر 02 (الاجارة هي عقد ايجار يضع من خلاله البنك أو المؤسسة المالية، المسمى المؤجر، تحت تصرف الزبون المسمى المستأجر، و على أساس ايجار، سلعة منقولة أو غير منقولة، يملكها البنك أو المؤسسة المالية، لفترة محددة مقابل تسديد ايجار يتم تحديده في العقد).

⁸⁶ حسب ما جاء في المادة 467 ق.م.

⁸⁷ لقد عرّف الأمر رقم 09/96 المؤرخ في 10 جانفي 1996 بتعلق بالاعتماد الاجاري، ج.ر العدد 03، عقد الاعتماد الاجاري بأنه (يعتبر الاعتماد الاجاري موضوع هذا الأمر عملية تجارية و مالية: يتم تحقيقه من قبل البنوك و المؤسسات المالية أو شركة تأجير مؤهلة قانونا و معتمدة صراحة بهذه الصفة، مع المتعاملين الاقتصاديين الجزائريين أو الأجانب، أشخاص طبيعيين كانوا أم معنويين تابعين للقانون العام أو الخاص....).

⁸⁸ Francois Collart Dutilleul et Philippe Delebeque, op.cit, p06.

⁸⁹ J. moury , une embarrassante notion : l'économie du contrat, chroniques, dalloz, 22 Juin 2000.

⁹⁰ "فإن من أهم سمات أحكام الشريعة الإسلامية في المعاملات المالية: التوسعة على المتعاقدين، و ترك الخيار لهم للتوافق على ما يحقق مصالحهم، شريطة ان يكون نيل هذه المصالح بشكل عادل إذ الأصل في المعاملات المالية التي يتراضى عليها العاقدان الإباحة، شريطة أن تخلو المعاملة من الباطل و الظلم، و هذا أصل عظيم ترجع إليه جميع أحكام المعاملات المالية، قال الله عز

و جلّ " يأتى الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم " سورة النساء، الآية 29).
أنظر: خالد بن عبد العزيز بن سليمان آل سليمان، العلل الأساسية للمعاملات المالية المحرمة، مطبوعات الجمعية الفقهية السعودية، دار كنوز اشبيليا للنشر و التوزيع، المملكة العربية السعودية، ص 05.

⁹¹ أنظر على سبيل المثال ما ألزم به النظام رقم 02/20، في المادة 14 " قبل تقديم طلب الترخيص لدى بنك الجزائر لتسويق منتجات الصيرفة الإسلامية، يجب على البنك أو المؤسسة المالية أن يحصل على شهادة المطابقة لأحكام الشريعة، تسلم له من طرف الهيئة الشرعية الوطنية للإفتاء للصناعة المالية الإسلامية. "

⁹² أنظر على سبيل المثال ما جاء في المادة 394 ق.م.

⁹³ "...la deuxième difficulté que rencontre le juriste est la diversification des contrats spéciaux. Il y a profusion car ci certaines créations peuvent provenir de la loi elle-même , nombreuses sont celles qui résultent des travaux des contractants, Or , dans la technique législative moderne, o, voit apparaitre des nouveautés qui tantôt constituent des hybrides....." **Jean- Jacques Barbiéri**, op.cit, p 623.

⁹⁴ **Jacques Raynard**, op.cit, p 602.

⁹⁵ **PH. Malaurie, L. Aynes et Pierre-Yves Gautier**, op.cit, p29.et

⁹⁶ أنظر أيضا في نفس الاتجاه، "...فأصبح لكل عقد فرعي جديد نظام قانوني خاص به يجعله مستقلا عن غيره، ففقدت الأصناف الكبرى من قيمتها و لم تعد لها فائدة تذكر..." علي فيلاي ، المرجع السابق، ص 26.

⁹⁷ **Daniel Mainguy**,op.cit.p 618.

⁹⁸ أنظر: أحمد بعجي، الرسالة السابقة، ص 63 و ص 64.

⁹⁹ كما نصت عليه المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 إذ تنص: "يتعين على العون الاقتصادي إعلام المستهلكين بكل الوسائل الملائمة بالشروط العامة والخاصة لبيع السلع و/أو تأدية الخدمات ومنحهم مدة كافية لفحص العقد وإبرامه". أو في إطار القرض الاستهلاكي عبر المرسوم التنفيذي رقم 15/114، من خلال المادة 06 " يجب أن يسبق كل عقد قرض بعرض مسبق للقرض، من شأنه السماح للمقترض بتقييم طبيعة و مدى الالتزام المالي الذي يمكنه اكتتابه و كذا شروط تنفيذ العقد".

¹⁰⁰ كما جاء في القانون رقم 18/09 المعدل للقانون رقم 09/03، الذي كرس صراحة حق العدول، حين نص على ذلك في المادة 19 الفقرة 2 (... العدول هو حق المستهلك في التراجع عن اقتناء منتج ما دون وجه تسببب. للمستهلك الحق في العدول عن اقتناء منتج ما ضمن احترام شروط التعاقد ، و دون دفعه مصاريف إضافية. تحدّد شروط و كفاءات ممارسة حق العدول و كذا أجل وقائمة المنتوجات المعنية ، عن طريق التنظيم).

¹⁰¹ كما أشار إليه في المادة 11 بصدد الحديث عن المعلومات مقترنة بالعرض التجاري الالكتروني المسبق (... شروط و آجال العدول، عند الاقتضاء،).

¹⁰² فعلى سبيل المثال نرى ذلك في نص المادة 13 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل و المتمم، " دون الاخلال بأحكام المادتين 8 و 9 من هذا الأمر، يبطل كل التزام أو اتفاقية أو شرط تعاقدى يتعلّق بإحدى الممارسات المحظورة بموجب المواد 6 و 7 و 10 و 11 و 12 أعلاه".

¹⁰³ تنص المادة 351 ق.م " البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع ان ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي".

¹⁰⁴ ينشأ عن عقد البيع نوعين من الأحكام، أولا: الحكم المباشر الأصلي لعقد البيع، و هو حكم البيع أي جوهره، هو تبادل الملكية في المبيع و الثمن، فيملك المشتري المبيع، و البائع الثمن، ثانيا: الواجبات أو الالتزامات التبعية التي يقتضيها تنفيذ العقد

بين المتبايعين، و هي التزامات المشتري، التزامات البائع، أنظر: مصطفى أحمد الزرقا، العقود المسماة في الفقه الإسلامي، عقد البيع، دار القلم، الطبعة الثانية، 2012، دمشق، ص 101.

¹⁰⁵ "لأن الأصل جواز التصرف في المعقود عليه قبل قبضه بالبيع أو الهبة أو الإجارة، إلا عقد البيع، فيمنع من بيع السلعة المعقود عليها قبل قبضها فقط دون سائر التصرفات....فالذي يمنع منه من العقود هو بيع السلعة قبل قبضها في البيع فقط، و ما عدا ذلك من التصرفات في السلعة المباعة فجائز، لأن النبي صلى الله عليه وسلم، نهى من ابتاع بيعاً أن يبيعه حتى يقبضه، كما في حديث ابن عمر (البخاري: 2133، و مسلم: 1526، و حديث ابن عباس (مسلم: 1525) ﷺ" أنظر: خالد بن علي المشيقح، قواعد العقد، الطبعة الثانية، صدى الخير للإنتاج الفني و الدعاية و إعلان و النشر و التوزيع، 2014، المملكة العربية السعودية، ص 40.

¹⁰⁶ "لحديث النبي صلى الله عليه وسلم" الذهب بالذهب، و الفضة بالفضة، و البر بالبر، و الشعير بالشعير و التمر بالتمر، و الملح بالملح مثلاً بمثل، سواء بسواء، يدا بيد، فمن زاد أو استزاد فقد أرباً" رواه مسلم في الصحيح.

¹⁰⁷ كما جاء النص عليه في النظام رقم 02/20 في المادة 2 " في مفهوم هذا النظام، تعد عملية بنكية متعلقة بالصيرفة الإسلامية كل عملية بنكية لا يترتب عنها تحصيل أو تسديد فوائد."

¹⁰⁸ و قد عرّفه نظام رقم 02/20 في المادة 9 (السلم عقد يقوم من خلاله البنك أو المؤسسة المالية الذي يقوم بدور المشتري بشراء سلعة، التي تسلم له أجلاً من طرف زبونه، مقابل الدفع الفوري و النقدي).

¹⁰⁹ أنظر: أحمد الزرقا، المرجع السابق، ص 40.

¹¹⁰ و الظاهر أيضاً أن النظام رقم 02/20 لدى تعريفه لعقد البيع بالمرابحة، قد أشار إلى بيان الثمن الأصلي قبل البيع، كما جاء في المادة 5: "المرابحة هي عقد يملكها البنك أو المؤسسة المالية، بتكلفة اقتنائها مع إضافة هامش ربح متفق عليه مسبقاً، ووفقاً لشروط الدفع المتفق عليها بين الطرفين."

¹¹¹ Pierre-Yves Gautier, op.cit, p 614.

¹¹² مصطفى أحمد الزرقا، المرجع السابق، ص 19.

¹¹³ PH. Malaurie, L. Aynes et Pierre-Yves Gautier, op.cit, p39.

❖ المصادر والمراجع:

➤ الكتب:

- 1- الزرقا مصطفى أحمد، 2012، العقود المسماة في الفقه الإسلامي، عقد البيع، ط.2، دار القلم، دمشق .
- 2- برنار أودي B.Audit ، 2008 ، مقال ضمن سلسلة، فرانسوا تيرييه Francois Terré ، أمركة القانون، ترجمة د.محمد وطفه، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، لبنان.
- 3- بناسي شوقي، 2022، قانون العقود، - الجزء الأول: عموميات في العقد، بيت الأفكار، الجزائر.
- 4- بن علي المشيقح خالد، 2014، قواعد العقد، ط.2 صدى الخير للإنتاج الفني و الدعاية و إعلان و النشر و التوزيع، المملكة العربية السعودية.
- 5- سلطان أنور، 1980، العقود المسماة، شرح عقدي البيع و المقايضة، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان.

6- فيلالي علي، 2013، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، ط.3، موفم للنشر، الجزائر.

➤ الرسائل الجامعية

1- بدري جمال، 2016، نقض العقد بالإرادة المنفردة، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، الجزائر.

2-بعجي أحمد، 2019، تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقد، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، الجزائر.

➤ المقالات في مجلة علمية

1-بعجي أحمد ، 2020، من أجل إصلاح النظرية العامة للعقد، مجلة بحوث، جامعة الجزائر 1، الجزء الأول، العدد 14، (ص22-ص22). الجزائر.

2-بناسي شوقي، 2020، المسؤولية التقصيرية و المسؤولية العقدية: تمييز نحو زوال؟، م.ج.ع.ق.س.ا، المجلد 57، العدد02، (ص22-ص22) الجزائر.

➤ Les Ouvrages :

- 1-E. Savaux, 1994 ,La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ? LGDJ, France.
- 2-Francois Collart Dutilleul et Philippe Delebeque,2019, Contrats civils et commerciaux, 11 e édition, Dalloz, France.
- 3-F. Terre, Ph. Simler et Y. Lequette et Francois Chénéde,2019, Les obligations, 12 éd ,Dalloz, France.
- 4- PH. Malaurie, L. Aynes et PH. Stoffel-Munck,2015, Droit des obligations, 7°édition ,LGDJ, France.
- ⁵PH. Malaurie, L. Aynes et Pierre-Yves Gautier, 2016, Droit des contrats spéciaux, 8°édition, LGDJ, France.

➤ Les Articles :

- 1- Daniel Mainguy,2006, Pour une théorie générale des contrats spéciaux ?, RDC, N° 2,(pp.615-620), France.
- 2-D. Ferrier,2004, une obligation de motiver , RDC ,n° 2.(pp.560-565), France.
- 3-D. Mazeaud,2003, Le nouvel ordre contractuel, RDC, (pp. 295-321), France.
- 4-D. Savova et A. Kennedy, 2015 , la gestion contractuelle de la rupture, AJCA , janvier 2015 (pp.08-11), France.
- 5-E. Saveaux, 2012,exciste-t-il une thérie générale des contrats spéciaux, LPA , 28 novembre, n°238.(pp .04-10), France.
- 6-Francois Collart Dutilleul, 2006,La théorisation des contrats spéciaux : du droit des contrats au droit des biens.RDC , N° 2 (pp.604-610), France.
- 7-H. Barbier,2016, Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10février 2016, RTDciv, n° 2, avril- juin. (pp. 247-261), France.

- 8-Jacques Raynard**, 2006, Pour une théorie générale des contrats spéciaux : des insuffisances respectives du droit général et du droit spécial, RDC ,N° 2, (pp .597-604), France.
- 9-Jean- Jacques Barbière**,2006, Pour une théorie spécial des relations contractuelles , RDC, N° 2,(pp.621-630), France.
- 10-J. Calais-Auloy**, 1994,L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats, RTD civ. (pp.239-254), France.
- 11-L. Aynès**,2016, le juge et le contrat : nouveaux roles ? colloque, la réforme du droit des contrats : quelles innovations ?, R.D.C, avril /hors-série. (pp.14-16), France.
- 12-L.Josserand**, 1937,Aperçu Général des tendances Actuelles La Thorie Des contrats, RTDciv , (pp.24-34), France.
- 13-M. changny** ,2016, réforme du droit des contrats et droit de la concurrence : sur le titre : des filiations multiples le droit des pratiques restrictives de concurrence et la réforme du droit commun des contrats, RTD.Com, n°3,(pp.451-480), France.
- 14-M. Fabre- Magnan**, 2004, Pour la reconnaissance d'une obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance économique , RDC ,n° 2,(pp.573-580), France.
- 15- N. Balat**,2015, Réforme du droit des contrats: et les conflits entre droit commun et droit spécial? chro,D, 2 Avril, n°13.(pp.699-701), France.
- 16- Pierre-Yves Gautier**, 2006,Prolégomènes à une théorie générale des contrats spéciaux, RDC , N° 2,(pp.610-614), France.
- 17- Th. Revet**,2016, une philosophie générale ? colloque, la réforme du droit des contrats : quelles innovations ?, R.D.C, avril 2016/hors-série,n°02.(pp. 05-13) France.