



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الإخوة منتوري - قسنطينة-1-
كلية الحقوق
قسم القانون العام

تأثير قانون الضبط الاقتصادي على النظرية العامة للعقد

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه الطور الثالث LMD في الحقوق
تخصص قانون الضبط الاقتصادي

تحت إشراف

أ.د. سالي وردة

إعداد الطالب

بوتبوتة إدريس

رئيسا	جامعة قسنطينة-01- الإخوة منتوري	أستاذ التعليم العالي	أ.د. بلعابد سامي
مشرفا ومقررا	جامعة قسنطينة-01- الإخوة منتوري	أستاذ التعليم العالي	أ.د. سالي وردة
ممتحنا	جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية	أستاذ التعليم العالي	أ.د. بري نورالدين
ممتحنا	جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية	أستاذ التعليم العالي	أ.د. عيساوي عزالدين
ممتحنا	جامعة محمد الصديق بن يحيى - جيجل	أستاذ التعليم العالي	أ.د. موكة عبد الكريم
ممتحنا	جامعة قسنطينة-01- الإخوة منتوري	أستاذ محاضر - أ-	د. بوحلايس إلهام

السنة الجامعية: 2024/2023

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

ج
يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ

الآية 01 من سورة المائدة

يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ
تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا

الآية 29 من سورة النساء

إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى:

والدي العزيزين

إخوتي وأخواتي

زوجتي الكريمة التي ساندتني في إتمام هذه الأطروحة

زوجة أخي الكريمة

مدلتي العائلة

ابنة أخي "رهف" وابنتي "أنفال"

وإلى كل الزملاء في المسار الدراسي والمهني

أخص بالذكر/ كمال حمادة، محمد فرخي وعتمان طالي

شُكْرُكَ يَا رَبِّ

الحمد لله الذي بنعمته تم الصالحات، أما بعد:

أتقدم بأسمى عبارات الشكر والتقدير لكل من:
أستاذ التعليم العالي/ سالمي وردة لقبولها
الإشراف والتوجيه لإعداد هذه الأطروحة،
أستاذ التعليم العالي/ بري نور الدين عميد كلية
الحقوق جامعة بجاية، أستاذ التعليم العالي/
عيساوي عز الدين على دعمهم لي لإتمام هذه
الأطروحة.

قائمة أهم المختصرات

أولاً: باللغة العربية

ج.ج.ج.ج: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية

ق.م: القانون المدني

ق.ن.ق: قانون النقد والقرض

موفم: المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية

ق.م.ف: القانون المدني الفرنسي

د ط: دون طبعة

م.ج.ع.ق.إ.س: المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية

ثانياً: باللغة الفرنسية

AJCA :Actualité juridique Contrats d'affaires

APD : Archives de philosophie du droit Bull.

Civ : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)

CA : Cour d'appel Chr : Chronique

Civ: Cour de cassation civile

Com: Cour de cassation commerciale

CCC: Revue contrats, concurrence, consommation D Recueil Dalloz

JCP.ed. G Juris-Classeur périodique, édition Générale

LGDJ : Librairie générale de droit et de jurisprudence

LPA : Les petites affiches

N : Numéro

PUAM : Presses universitaires d'Aix-Marseille

PUF : Presses universitaires de France

PSP : Presses de Sciences Politique

RASJEP : Revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques

RD banc. Et fin. : Revue de droit bancaire et financier

RDC : Revue des contrats

REI : Revue d'économie industrielle RID

Comp: Revue internationale de droit comparé

RLC: Revue Lamy de droit de la concurrence

RTD civ : Revue trimestrielle de droit civil

RTD com : Revue trimestrielle de droit commercial

مقدمة

لقد قامت النظرية العامة للعقد في ظل المذهب الفردي " الكلاسيكي " على فلسفة مبدأ سلطان الإرادة، الذي يطلق العنان لحرية الأفراد في إنشاء العقود وتضمنها ما يشاؤون من حقوق والتزامات تتحقق عندها نوع من المصالحة، تكون بمثابة شريعة وقانون، يضمن خلالها المساواة و العدالة التعاقدية، حتى قيل أنك " من قال عقد فقد قال عدلاً"، الذي لم يكن خطأ نظراً لبساطة التعاملات التعاقدية الناتجة عن بساطة الحياة الاقتصادية، بحيث يمكن للأطراف الدفاع عن مصالحهم نظراً لتساوي مراكزهم التعاقدية، دونت في مدونة نابليون 1804م واعتبرت من التراث الفرنسي.

لكن هذا المفهوم القائم على فلسفة مبدأ سلطان الإرادة بدأ يتراجع في ظل التطورات السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية، التي أدت إلى تطور و اتساع وتنوع العلاقات التعاقدية، فلم يعد تصور العقد يخضع لإرادة أطرافه الناتجة عن فرضية الحرية و المساواة، التي سيطرت فيها فكرة أن المتعاقدون أحرار و مسؤولون و متساوين، بل أصبح تظهر إرادة المشرع في العقد نتيجة توجيهه وتنظيمه حتى سميت بمرحلة التوجيه خلال القرن 20، أما القرن 21 فهو وقت التجريد من العالم التعاقدية نحو أكثر توازن عبر إعادة النظر العلاقة التعاقدية من بداية تكوين العقد إلى غاية تنفيذه لضمان تحقيق الفعالية اللازمة، وهنا تعرض مبدأ سلطان الإرادة للكثير من النقد في أسسه و تصورات و مبادئه¹.

كما تعرضت النظرية العامة للعقد لعدة اضطرابات وأزمات كان ولا يزال الفقه و التشريع مصدر لها، فكان الاضطراب الأول حول مدى قداسة مبدأ سلطان الإرادة، أما الاضطراب الثاني فهو حول مدى صموده في ظل التغيرات الاجتماعية و التحولات الاقتصادية و التطورات التكنولوجية، أما الاضطراب الثالث فهو الأكثر جدل و الأكثر حدة، بحيث أصبح العقد مؤسسة قانونية في خدمة الظاهرة الاقتصادية، التي تختلف من الدولة المتدخلة (المقاولة) ذات الاجتماعي

¹ تجلى في النقد الموجه للحرية العقدية التي تراجعت في ظل التطورات الاقتصادية و الاجتماعية و السياسية، بحيث قيدت إلى حد كبير نتيجة توجيه العقد من طرف المشرع و القاضي ليتوافق مع سياسة الدولة، اين ظهرت عقود جديدة تتجلى فيها إرادة الدولة بدل إرادة الأطراف، كما تم إضعاف مبدأ القوة نتيجة خرقها و تطويع العقد لتأدية الوظائف الجديدة:

إلى الدولة الضابطة المحررة للسوق على المنافسة الحرة، أين كان العقد يتدرج ما بين الذاتية و الموضوعية، ما بين الفردية و الاجتماعية، التنازع ما بين المصلحة العامة و المصلحة الخاصة، التنازع بين القانون العام و الخاص، باعتبار العقد في قلب الخطة الاقتصادية.

لكن رغم الإنتقادات و الأزمات التي تعرض إليها مبدأ سلطان الإرادة، إلا المشرع الجزائري¹ و المشرع الفرنسي²، كرسه كأصل عام ضمن النظرية العامة للعقد دون الالتفاف لهذه الانتقادات و الأزمات، و أكد عليه في مختلف التعديلات القانونية في الوقت السابق و الحاضر، في ظل تطور القوانين و ازدهار في العلاقات التعاقدية بفعل تطور النظام العام إلى النظام العام الاقتصادي الذي تطورت معه التقنيات التعاقدية الكلاسيكية، بحيث يؤسس العقد ضمن القانون المدني الجزائري على الإرادة الحرة للأطراف طبقاً للمواد 59 و 60 من ق.م، تكون بمثابة شريعة و قانون يلتزم به أطراف العقد عند تنفيذ واجباتهم طبقاً للمادة 106 و 107 من ق.م، لا تسري إلى عليهم طبقاً للمادة 108 و 109 من ق.م³.

إلا أن هذا التكريس لمبدأ سلطان الإرادة ضمن النظرية العامة للعقد، لم يكن بالمفهوم المطلق لدى المذهب الفردي، الذي يطلق العنان للمتعاقدين في البحث عن مصادر القوة للسيطرة على العلاقة التعاقدية، و توجيهها لتحقيق مصالحهم الشخصية ولو على حساب مصالح الآخرين مما قد يؤدي إلى اختلال توازن العقد، نتيجة بحث كل طرف في العقد على تحقيق مصالحه الخاصة دون الاكتراث للآخر، وهو الأمر الذي جعل الدولة تتدخل للتوفيق بين إطلاق الحريات و المبادرات من جهة و الحفاظ على التوازنات بين الأفراد و الجامعات من جهة أخرى، للحد من غلو هذه الحرية عبر فكرة النظام العام الاقتصادي، الذي يعتبر أحد أهم الوسائل القانونية التي

¹ لقد اشارات مؤلفات كثيرة عن تكريس مبدأ سلطان الإرادة كأصل عام، أنظر منها فيلالي علي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، الطبعة الثالثة، سنة 2013، ص ص 52-53.

² G.Lahlou- khia, la protection du contractant faible : entre le droit commun des obligations et le droit de la consommation.RASJEP, 2013, p 19.

³ أنظر المواد 59 و 60 و 106 و 107 و 108 و 109، من أنظر المادتين 60 و 106 من القانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، المعدل و المتمم للأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم، ج ر عدد 14 لسنة 2005.

تمكن الدولة من التدخل في العلاقة التعاقدية وتوجيهها بما يتوافق مع مقتضياتها السياسية، التي تختلف من الدولة المتدخلة (المقاولة) ذات الطابع الاجتماعي إلى الدولة الضابطة ذات الطابع الرأسمالي.

كما سمحت أيضا فكرة النظام العام الاقتصادي بتدخل كل من المشرع و القاضي لتوجيه إرادة الأطراف من خلال فكرة العقد الموجه الذي تفتن لها أول مرة الفقيه **L.Josserand** ضمن مقاله المشهور "العقد الموجه"، عبر قواعد آمرة تقيد قدر الإمكان من المبادئ التي كان يعول عليها مبدأ سلطان الإرادة، خاصة الحرية التعاقدية التي صارت نحو التقييد، نتيجة فرض شروط وإجراءات أدت إلى إثراء مضمون العقد بالتزامات جديدة لم يكن متفق عليها، كانت سبب لخرق القوة الملزمة للعقد لتطويع العقد للحد الذي يمكن تنفيذه، مما يضمن تنفيذ سياسة الدولة التي تختلف باختلاف الأهداف التي تسعى لتحقيقها للتوافق مع سياستها الاجتماعية للدولة المتدخلة إلى الاقتصادية للدولة الضابطة.

وبهذا تأثر مفهوم العقد بحسب الوظائف التي أصبح يؤديها، من أداة تداولية يسعى من خلالها الأفراد لتلبية حاجياتهم وتحقيق مصالحهم الخاصة النابعة عن إرادتهم الحرة والصریحة، إلى أداة توجيهية ممتازة من أجل ضبط العلاقات الاقتصادية والاجتماعية، وهو امتداد لما ندى به الفقيه **L.Josserand** في مقاله "العقد الموجه"، بأن "هناك أسئلة كثيرة تبادر لأذهان مند سنين حول الاقتصاد الموجه، وقد حان الوقت للحديث عن العقد الموجه، وطريقة توجيهه التي لم تكن حصرا على الميدان الإقتصادي بل حتى الميدان القانوني"¹، يضيف إلى ذلك انشغال التوجيه العقد بحمية التعاقد الضعيف و البحث عن المساواة و التوازن بالشكل المطلوب و الكافي، و من هنا صار التوجيه يحاول تغطية قصور اهتمام النظرية العامة للعقد بمعالجة مظاهر عدم المساواة و التوازن، وبالتالي و كأن التوجيه أخذ مكان النظرية في معالجة هذا الانشغال.

¹ M. Vasseur, Un nouvel essor du concept contractuel, R.T.D.civ, 1964, p10. M. Sobhy Khalil, Le Dirigisme économique et les contrats, étude de Droit comparé, France- Égypte – U.R.S.S, thèse de doctorat, Université de Paris, 1966, p102. R. Savatier, Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'Aujourd'hui, 3em éd, Dalloz, Paris, 1964, p27 et 30 et 31

ولمعالجة هذه الانشغالات المتزايدة للعقد نتيجة تحرير الأسواق على المنافسة الحرة، تغير مفهوم العقد من أداة توجيهية إلى أداة ضبطية يسعى من خلاله المشرع لتنفيذ سياسة الدولة في ظل تحقيق التوازنات العقدية التي تضمن توازن السوق، لما له من دور فعال في توجيه الغايات المطلوبة، نظرا لاستعماله على نطاق واسع ومجالات متنوعة كالتجارة والاستثمار والمقاولاتية، عبر ضبط العلاقات داخل السوق المفتوح على المنافسة باسم النظام العام التنافسي والضبطي، الذي يسمح بتدخل فاعلين جدد ضمن العلاقة التعاقدية لتوجيه العقد وفق مقتضيات السوق المفتوح على المنافسة الحرة لضمان تنفيذه، بما يحقق تنفيذ سياسة الدولة الضابطة التي تضمن التوازنات العقدية لضمان توازن السوق المفتوح على المنافسة الحرة عبر فلسفة الضبط الاقتصادي.

الذي يقوم على فكرة توازن السوق المفتوح على المنافسة الحرة، القائم على فلسفة النظرية الليبرالية التي تهدف لتصحيح مساوئ السوق ومحو نقائصه، ليكون بذلك نمط تدخل خارجي بعيد النظر في فكرة توازنه التلقائي، بحيث يجمع ويوازن ما بين أهداف اقتصادية متعلقة بحماية المنافسة باعتبارها أداة ليبرالية لسير السوق وأهداف غير اقتصادية كحماية المستهلك، أي التوازن بين مصالح المتعاملين الاقتصاديين ومصالح المستهلك، كما يعتبر ميكانيكيزم يمكن من خلاله التوفيق بين المصالح المختلفة لضمان تحرير المرافق العامة المحررة على المنافسة، عبر انشاء هيئات إدارية مستقلة ضامنة لرقابة السوق وتطبيق القاعدة القانونية بكل حياد واستقلالية.

كما إن إنشاء هذه الهيئات الإدارية المستقلة هو استجابة قانونية حتمية لسياق اقتصادي، يتعلق بالانتقال من مفهوم الدولة المتدخلة المحتكرة للنشاط الاقتصادي إلى الدولة الضابطة المحررة للسوق على المنافسة، وتعويض الدولة في رقابة وضبط الأسواق من خلال اطلاعها بمهمة جد حساسة تتعلق بإنجاح السياسة الاقتصادية للدولة، عبر إرساء قواعد المنافسة والضبط الاقتصادي الذي يعبر عن نظام ليبرالي حقيقي، يمكنها من ذلك موقعها في النظامين الإداري والاقتصادي، والانتقال من الضبط الإداري عن طريق قواعد القانون العام إلى نمط جديد يقوم على التعاقدية

والفعالية، عبر ادخال منطق السوق في ظل نموذج اقتصادي هجين يتميز بتكريسه للحرية الاقتصادية والتنفسية الذي كان له أثر على العقد.

اعتبره بعض الفقه أزمة جديدة للنظرية العامة للعقد، بينما اعتبره فقه آخر دافع للتجدد والتعايش مع فلسفة تدخل الدولة لمواجهة المتغيرات الاجتماعية والتحويلات الاقتصادية¹، خاصة بعدما تجلّى قصور مبدأ سلطان الإرادة في ضمان توازن العلاقة التعاقدية، من خلال إعادة النظر في المبادئ الراسخة لدى الفكر القانوني، كانت بدايتها تجاوز التقسيم الكلاسيكي لفروع القانون عبر فروع القانون العام وفروع القانون الخاص، اللذان أصبحا يتدخلان في بعضهما فلم تعد هناك حدود فاصلة بينهما²، بما يعرف اليوم بالقانون الاقتصادي الذي يمزج بين خصائص القانون العام وخصائص القانون الخاص، وهذا حال القوانين المتعلقة بضبط السوق والسلطات الإدارية المستقلة التي تسهر على ذلك مثل قانون المنافسة والضبط الاقتصادي الذي يعبر عن المصالح العامة للدولة من جهة و مصالح الأفراد من جهة أخرى.

هذا ما صاحبه انفتاح على مصادر القانون بصفة عامة و مصادر قانون العقود بصفة خاصة، أين ظهرت السلطات الإدارية المستقلة كمصدر جديد للقانون العقود، تسعى لسد قصور مبدأ سلطان الإرادة في ضمان توازن العقد و المصالح العامة و الخاصة، عبر القوانين الخاصة التي لعبت دورا كبيرا في التقليل من فكرة التباعد و التنافر بين الجانب النظري للنظرية العامة للعقد، و الجانب الواقعي للعلاقات التعاقدية، كما ساهم الإجهاد القضائي في استمرار النظرية بفعل التكيف المتواصل للقواعد والحلول للإشكالات التي يتعرض لها تنفيذ العقد من عهد نابليون إلى يومنا هذا، لكن يختلف هذا التدخل بين زمن ازدهار مبدأ سلطان الإرادة وتراجعها.

¹ راجع كل من: حجازي عبد الحي، النظرية العامة للإلتزام وفقا للقانون الكويتي، المجلد الأول، نظرية الإلتزام، مطبوعات جامعة الكويت، سنة 1982، ص 267 ص 286، الكلابي حيسن عبد الله، النظام العام العقدي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار السنهوري، لبنان، 2016، ص 119.

² بن عباس بديع، النظرية العامة للعقد في القانون المدني المعاصر، مجمع الأطرش للكتاب المختص، الطبعة 01، سنة 2017، تونس، ص 25.

من هذه التصورات و المقربات صار لنظرية العقد انشغالات جديدة عما كان يحملها في السابق التي تمثل في تحقيق المصالح الخاصة، إلى كيفية تأمين الحماية للمتعاقد الضعيف هذا من جهة، ومن جهة أخرى كيفية إيجاد الأليات المناسبة لضبط السوق عن طريق العقد لضمان تنفيذ سياسة الدولة، خاصة بعد اعتراف الفقيه G.Farjat بتطور الوظيفة وحصرها في الوظيفة الإقتصادية الجديدة للدولة من خلال توجيه العقد في مناسبتين الأولى تأثير وضغط المجموعات الاجتماعية الممثلة لأصناف معينة من التعاقد كالمستهلكين و العمال، يظهر كإهتمام بالبحث عن الحماية للمتعاقد الضعيف، من جراء اللامساواة وعدم التوازن، و الثانية الاعتراف للدولة بالدور الضبطي للسوق المفتوح على المنافسة عبر تقنية القعد.

أهمية الموضوع

من القيمة القانونية و المالية و الاقتصادية التي يصنعها العقد في حد ذاته، لارتباطه بشتى مجالات الحياة، إذ يعتبر الأداة الأولى لكل التعاملات القانونية و الاجتماعية و الاقتصادية ذو الطبيعة الخاصة، لتفيد سياسة الدولة الاجتماعية و الاقتصادية وحتى السياسة، ومن حداثة قانون الضبط الاقتصادي الذي يهدف إلى الانتقال اقتصاد السوق من خلال فتح الأسواق على المنافسة الحرة، وعهدة هيئات إدارية مستقلة تتولي ضبطه، عبر قواعد آمرة ذات النطاق العام التي تصنعها هذه الهيئات المستقلة، ومن هذا الاختلاف القانوني و الفقهي للقانون بين عام وخاص، بين الثابت و المتغير بين القديم و الحديث، يكتسي الموضوع أهمية علمية كبيرة للبحث كيف كان هذا التأثير بين القواعد القانونية للضبط الاقتصادي و مبادئ النظرية العامة للعقد، التي تبث على مقارنة تجددية تعائشه تكاملية حتى يمكن ضبط السوق وتنفيذ سياسة الدولة عن طريق العقد.

أهداف الدراسة:

نهدف من خلال هذه الدراسة لهذا الموضوع البحث عن التعائش والتجاوب بين مبادئ العقد وقواعد الضبط الاقتصادي، الذي كان دافع لتجدد مبادئه حتى يتمكن من أداء الوظائف

الجديدة المتمثلة في ضمان مختلف التوازنات العقدية، لضمان ضبط السوق وتحقيق المصالح العامة والخاصة، من خلال التعرّيج لتوضيح وتفسير النقاط التالية:

- التأثير العميق الذي أصاب مبادئ النظرية العامة للعقد جراء المهام للعقد في ضبط السوق الذي أدى إلى بعث انشغالات جديدة ضمن النظرية العامة للعقد.
- الأساس الذي تمكن منه المشرع التدخل في العقد لتوجيه العلاقة العقدية وفق مقتضيات السوق المفتوح على المنافسة (فكرة النظام العام التنافسي والضبطي).
- قواعد مبادئ النظرية العامة للعقد في مواجهة قواعد قانون الضبط الاقتصادي.
- مدى التوافق بين الحرية العقدية و فلسفة الضبط التي المحررة للحرريات والمبادرات الفردية التي كانت سبب في إعادة بعثها من جديد.
- حقيقة ما إذا كان تدخل إرادة الدولة في العلاقة العقدية بطبعها الإداري سواء في مرحلة تكوين العقد أو تنفيذه دور في تعزيز الرضائية.
- الآليات الحمائية الجديدة التي أعتمد عليها لإعادة التوازن للعقد.
- كيف لدور توسع مفهوم حسن النية في مرحلة التكوين ضمان إرادة الأطراف وتعزيز رضاهم خاصة بعدما تم تكريسه من قبل الفقه الحديث.
- أساس خرق القوة الملزمة بحيث أصبحت يسمح بتدخل كل من المشرع والقاضي وحتى سلطات الضبط الاقتصادي لتطويع العقد وفق مقتضيات السوق لضمان تنفيذه، (من فكرة النظام العام الاقتصادي إلى فكرة النظام العام التنافسي والضبطي) عبر مرونية القوة الملزمة.
- على مدى أعتمد لإدخال الغير ضمن العلاقة العقدية، حتى أصبح يحسب له ولمصلحته.
- الآليات التي اعتمدت للتدخل في العلاقة العقدية وخرق قداستها لضمان التوازن العقدي، الذي بدوره يضمن توازن السوق و الامن و الاستقرار التعاقدي.

أسباب إختيار الموضوع

تجلى اختياري لدراسة هذا الموضوع ما بين أسباب ذاتية متعلقة بي شخصيا و أسباب موضوعية تتعلق بقيمة الأهداف الموضوع:

ذاتية: رغبتى للموضوعات التي يكون فيها نوع من دراسة تشمل التحليلات الاستنتاجات و المقارنات ذات الطابع الحيوي التي يمكن من خلالها للباحث إطلاق العنان لنفسه في التحليل من أجل إعطاء رأيه خلالها، ميولي للقانون المدني الذي يعتبر الشريعة العامة ودراستي السابقة له، تخصصي في مجال الضبط أعطني دافعا لأقوم بهذه الدراسة وربط بين قانونين مختلفين أحدهما عام والأخر خاص.

موضوعية: نظرية العقد من أهم المواضيع التي اهتم بها الفقهاء و الدارسين من عهد نابليون إلى اليوم، مع حداثة قانون الضبط الإقتصادي إذ يعد مزال تجربة فنية في الجزائر تقل الدراسات والبحوث العلمية فيه، واعتماد فلسفة هذا الأخير على العقد لضبط السوق المفتوح على المنافسة وتنفيذ سياسة، الذي قد يحث من جراء تفاعلات التأثير و التأثير نظرا لاختلاف طبيعة القانونية لهما بين عام وخاص، جعله من يعتبر ذو قيمة علمية و اقتصادية وحتى سياسية لارتباطه بسياسة الدولة.

الصعوبات

لعل أهم الصعوبات التي يمكن موجهتها ليس قلة المراجع بالنسبة للنظرية العامة للعقد، فلقد اهتم بها الفقه و الباحثين من عهد نابليون إلى غاية اليوم، إنما قلت الدراسات و الأبحاث بالنسبة لموضوع الضبط الإقتصادي الذي يعتبر تجربة حديثة في الجزائر لم تصل حتى للتجسيد الفعلي، مما حتم علينا اللجوء إلى الكتب الأجنبية خاصة الفرنسية التي كرس هذا الموضوع لإسقاطها على الجزائر، كما ليس من السهل تحديد مدى تأثير هذا القانون على النظرية العامة للعقد نظرا لاختلاف طبيعتهما القانونية، أيضا ليس من السهل تحديد موقف اتجاه هذا التأثير هل كان لصالحها أم

ضدها خاصة في ظل الاختلاف الفقهي بهذا الشأن، كذا توسع العلاقات العقدية في شتى مجالات الحياة مما يصعب الإحاطة بهذا الموضوع من جميع الجوانب.

من خلال هذه التأثيرات و الفرضيات التي أحثها قانون الضبط الإقتصادي على مفهوم العقد، بحيث أصبح يؤدي وظائف جديدة تمثل في ضبط السوق و تنفيذ سياسة الدولة، كانت بمثابة انشغالات جديدة لمحاولة بعث تجاوب و تعايش لمبادئه مع فلسفة قانون الضبط لضمان التوازنات و المصالح العامة و الخاصة، وهذا ما دفع ل طرح الإشكال التالي:

كيف أثر قانون الضبط الاقتصادي على النظرية العامة للعقد حتى أصبح باعثا على مقارنة تعايشية تجددية لمبادئها؟

وللإجابة على هذا الإشكال و إشكالات قد يطرحها الموضوع في حد ذاته، اعتمدت على عدة مناهج بحث نظرا لتساع الموضوع وتنوعه وارتباطه بشتى مجالات الحياة، لكن بدرجات متفاوتة منها المنهج الاستقرائي الذي يسمح بالتأصيل في تطور مفهوم العقد، و المنهج التحليلي الوصفي الذي يمكن من خلاله تحليل التعايش و التجاوب و التعاون و التكامل بين قواعد النظرية العامة وقواعد الضبط الاقتصادي، كذا المنهج المقارن لتحاكي و الاستئناس مع النموذج الفرنسي و الاجتهادات القضائية.

لذلك تواجه اليوم النظرية العامة للعقد، تحديات التكيف و التعايش و التجدد مع الانشغالات الناتجة عن الوظائف الجديدة للعقد، المتمثلة في ضبط السوق و ضمان التوازنات مع تحقيق المصالح العامة و الخاصة، التي نحاول معالجتها من خلال تقسيم هذا البحث إلى فكرتين:

في الباب الأول نعالج مسألة توجيه العقد لتنفيذ سياسة الدولة الضابطة، بعدما تطور مفهومه الذي يسمح بتدخل قواعد الضبط و المنافسة في العلاقة التعاقدية، كانت دافع لتطور مبادئ النظرية العامة للعقد في مرحلة التكوين "فلسفة جديدة".

في الباب الثاني نعالج مسألة ضمان تنفيذ العقد، من خلال علاقة تكاملية تعاونية بين قواعد الضبط الاقتصادي ومبادئ النظرية العامة للعقد، حتى يضمن توازن السوق لتحقيق الفعالية اللازمة التي يطلبها تنفيذ سياسة الدولة "توازن السوق".

الباب الأول

قانون الضبط الاقتصادي دافع لتطور مبادئ نظرية
العقد في مرحلة التكوين "فلسفة جديدة"

الباب الأول: قانون الضبط الاقتصادي دافع لتطور مبادئ نظرية العقد في مرحلة التكوين "فلسفة جديدة"

يعتبر مفهوم الضبط الاقتصادي مفهوم حديث، يقصد به فتح بعض الأنشطة الاقتصادية على السوق المفتوح على المنافسة، و عهده ضبط هيئات إدارية مستقلة (سلطات الضبط الاقتصادية)، كرس مؤخرا كنتيجة حتمية بعد تنبي الجزائر نظام اقتصاد السوق الحر، للتصدي للأزمات الاقتصادية التي حدثت في ظل الدولة المتدخلة وثبت عجز سياستها عن تسيير النشاط الاقتصادي، لكن اعتماد الدولة على تقنية العقد في توجيه و تنظيم النشاطات الاقتصادية، أدى إلى إحداث أثر كبير على هذا العقد، يختلف هذا التأثير باختلاف مفهوم الدولة من المتدخلة إلى الضابطة، بحيث تطور مفهومه من أداة تداولية يسعى من خلالها الأشخاص إلى تلبية حاجياتهم و تحقيق مصالحهم الخاصة، إلى أداة توجيهية "العقد الموجه" الذي توجه الدولة المتدخلة من خلاله إرادة المتعاقدين قصد تسيير النشاط الاقتصادي، ثم أداة ضبطية يسعى من خلالها إلى ضبط السوق المفتوح على المنافسة الحرة، سواء كان ضبط سابق للدخول إلى السوق، عبر تدخل إداري في العلاقة التعاقدية لضمان إختيار المتعاقد الأفضل القادر على تنفيذ سياسة الدولة، أو ضبط اللاحق للسوق لمراقبه مدى توافق الممارسات التعاقدية مع مقتضيات المنافسة و الضبط، لضمان تنفيذها وتحقيق الفعالية اللازمة، إلا أن هذه المفاهيم الجديدة للعقد الناتجة عن المهام الجديدة المنوطة به، لا يمكن قبولها في ظل المبادئ العامة للنظرية العقد التي تقوم على مبدأ سلطان الإرادة، الذي يطلق العلانية لحرية التعاقد و يقدر القوة الملزمة، مما دافع بهذه المبادئ لتجدد و التعايش مبادئه مع فكرة الضبط الاقتصادي حتى يتمكن العقد من أداء هذه الوظائف الجديدة. (الفصل الأول).

و لهذا وجب في هذا الصدد البحث عن مدى تجدد و تعايش مبادئ العقد مع فكرة الضبط، التي تجلت في مرحلة التكوين في الحرية العقدية التي تلاقت فلسفتها مع فلسفة الضبط المشجعة للحرية و المبادرات الفردية، فكانت قواعد الضبط بمثابة باعث جديد لإعادة انبعاث الحرية العقدية التي تم تقيدها خلال ما يعرف بالعقد الموجه في ظل زمن التخطيط و الاحتكار

الباب الأول: قانون الضبط الاقتصادي دافع لتطور مبادئ نظرية العقد في مرحلة التكوين "فلسفة جديدة"

العمومي للدولة المتدخلة، لتوافقها مع مقتضيات السوق المفتوح على المنافسة، التي تحمل في طياتها مراعاة فكرة النظام العام الاقتصادي بفرعيه التوجيهي والحمايئي، كذا مبدأ الرضائية الذي يهدف إلى تعزيزه من خلال البحث عن آليات حمايه جديدة تدعم الحماية المقررة لحماية صفة المتعاقد ضمن القواعد العامة، الناتجة عن تفاعلات التدخل الإداري أو المقررة ضمن القوانين الخاصة الأخرى التي تنضم السوق المفتوح على المنافسة. (الفصل الثاني).

الفصل الأول

العقد وسيلة لتنفيذ سياسة الدولة :
المهام الجديدة للعقد

يحدد مفهوم الدولة بمتدخلة أو ضابطة نسبة إلى مدى تدخلها في النشاط الاقتصادي، فإذا ساهمت بطريقة مباشرة عن طريق آلياتها القانونية في تسيير النشاط الاقتصادي اعتبرت دولة متدخلة، أما إذا كانت تنسحب من النشاط الاقتصادي وتعمل به لهيئات إدارية مستقلة اعتبرت ضابطة، إلا أنه في كلي المفهومين لجئ إلى العقد ك تقنية و وسيلة سواء لتنفيذ سياسة الدولة و تحقيق التنمية الاقتصادية، سواء من خلال توجيه النشاط الاقتصادي عبر فكرة العقد الموجه، أو فكرة ضبط السوق المفتوح على المنافسة، مما جعل العقد يتخبط ظروف اقتصادية و مفاهيم جديدة، اختلفت من الدولة المتدخلة المحتكرة للنشاط الاقتصادي، و المقيدة للحريات و المبادرات الفردية التي أثرت على مبادئ العقد من حيث تقيدها و توجيهها حتى أصبح الفقه يتحدث عن العقد الموجه، و الدولة الضابطة المحررة للنشاط الاقتصادي و المشجعة لسياسة السوق المفتوح على المنافسة، التي توافقت معها مبادئ العقد تجلت في إعادة البعث من جديد لفلسفة مبدأ سلطان الإرادة، مما يسمح بتجدد و تطور مفهوم العقد عبر فكرة المرونة التي تسمح بتكريس قواعد الضبط الاقتصادي في العلاقة التعاقدية من أجل تجاوز محدودية و قصور قواعد، في ضمان المساواة و التوازن العقدي، الذي بدوره يضمن مقتضيات السوق، وهذا ما يدفع للبحث عن تعايش نظرية العقد مع فكرة الضبط الاقتصادي (المبحث الأول).

من جهة أخرى يظهر الجانب الإجرائي للعقد و مساهمة في ضبط السوق، عبر الرقابة السابقة التي تقوم بها الهيئات الإدارية المستقلة، على العلاقات التعاقدية من خلال الشروط و الإجراءات الإدارية لمنح صفة المتعاقد، للبحث عن المتعاقد المناسب و المؤهل القادر على تنفيذ التزاماته بما يضمن تنفيذ سياسة الدولة، كذا رقابة لاحقة بعد منح صفة التعاقد و الاعتماد لممارسة النشاط، عبر آليات تضمن تطويع العقد وفق مقتضيات السوق المفتوح على المنافسة، سواء كانت تنظيمية أو قضائية أو عقابية تضمن تنفيذ العقد و تحقيق الفعالية اللازمة، لضمان تنفيذ سياسة الدولة الضابطة (المبحث الثاني).

المبحث الأول

البحث عن تعايش نظرية العقد مع فكرة الضبط

يعتبر لجوء الدولة إلى تقنية العقد لضبط السوق المفتوح على المنافسة، أحسن وسيلة لتحقيق ذلك باعتباره نواة كل التعاملات الاقتصادية، مما يمكن للدولة التحكم في السوق وتوجيهه وفق السياسات والإيديولوجيات الاقتصادية والاجتماعية، التي تختلف من الدولة المتدخلة (المقاولة) ذات الطابع الاجتماعي، المحتكرة للنشاط الاقتصادي والمقيدة للمبادرة الفردية، إلى الضابطة التي تنسحب من النشاط الاقتصادي من خلال تحرير السوق على المنافسة الحرة، وتكتفي بضبطه من خلال إنشاء هيئات إدارية مستقلة حيادية متخصصة، تتولى مهمة ضبط السوق بنوع من السلاسة والمرونة تراعى فيه الأهداف والمصالح العامة للدولة من جهة والمصالح الخاصة للمتعاقدين من جهة أخرى، هذا التعاقب في السياسات والإيديولوجيات على الصعيد الاقتصادي والاجتماعي تطور معه مفهوم العقد (المطلب الأول).

إن تعاقب السياسات والإيديولوجيات بين الدولة المتدخلة (المقاولة) التي سيطرت على النشاط الاقتصادي ووجهت العقد لتحقيق السياسة الاجتماعية، عبر التضيق قدر الإمكان على الإرادة والحرية أدت إلى تراجع مبادئ العقد، وتعذر عليها التعايش والتجدد معها، لكن عكس ذلك في ظل الدولة الضابطة التي تعتبر فرصة لتجدد وتعايش مبادئ العقد، من خلال تلاقي الحريات الاقتصادية والتنافسية مع الحرية التعاقدية، عبر قبول قواعد الضبط الاقتصادي ضمن القواعد العامة للعقد، التي تضمن التوازنات في السوق عبر المراقبة لكل مراحل العلاقة التعاقدية لضمان توافقها مع مقتضيات السوق المفتوح على المنافسة، من خلال أسلوب مرن وفعال يحمل في طياته خلفيات جديدة تجسد في مصلحة السوق التي تحقق أهداف السياسة الضبطية، دون إهمال المصالح الخاصة للمتعاقدين مما يضمن التوافق والملائمة بين فلسفة الضبط و المبادئ العامة للعقد (المطلب الثاني).

المطلب الأول

العقد في ظل التطورات الاقتصادية الحديثة

يعتبر العقد في ظل المذهب الفردي أداة تداولية للثروات والخدمات يسعى من خلاله الأفراد لتلبية حاجياتهم وتحقيق مصالحهم الخاصة، بكل حرية وعدالة نظرا لتساوي مراكزهم القانونية، مما يسمح لهم بالدفاع عن مصالحهم الخاصة، لكن هذا المفهوم تأثر إلى حد كبير بالتغيرات الاجتماعية والتحويلات الاقتصادية والتطورات التكنولوجية، خاصة بعد لجوء الدولة إلى تقنية العقد لتوجيه النشاط الاقتصادي عبر توجيه العلاقة التعاقدية، الذي يختلف باختلاف سياسة الدولة من المتدخلة (المقاولة) المحتكرة للنشاط الاقتصادي، الذي يضمن تحقيق الفلسفة الاجتماعية عبر ما يسمى عيممة العقد، إلى الدولة الضابطة التي تفتح السوق على المنافسة الحرة، أين تتوافق فيه الحريات والمبادرات الفردية مع الحريات الاقتصادية والتنافسية، لكن تحت رقابة إدارية هيئات إدارية مستقلة، تتمتع باختصاصات استشارية تنظيمية تحكيمية وحتى عقابية تضمن مرافقة العملية التعاقدية، لضمان توازن التعاقد الذي يضمن من خلاله توازن السوق (الفرع الأول)، حتى أصبحت بمثابة طرف جديد في العلاقة التعاقدية كانت سبب في تطور مفهوم العقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تطور وظيفة الدولة دافع لإنشاء الهيئات الإدارية المستقلة

ارتبط مفهوم الدولة بالوظيفة التي تؤديها، بحيث سميت قديما بالدولة الحارسة التي تسهر على تحقيق الأمن وتأمين حدودها، إلى الدولة المتدخلة والضابطة المرتبطتين بالجدل النظري والفقهني القائم في النظرية الاقتصادية بين التصور الاشتراكي الذي تعتمد فيه الدولة على التدخل المباشرة لتسيير نشاط الاقتصادية، من خلالها مؤسساتها العمومية التي تسهر على تلبية الحاجيات المختلفة لأفراد المجتمع، مما يضمن تنفيذ سياستها الاجتماعية، والتصور الليبرالي المشجع للمبادرة والحريات الفردية التي تتوافق مع الحريات الاقتصادية والتنافسية، عبر انسحاب الدولة وتحرير

السوق على المنافسة الحرة، لكن تحت رقابة هيئات إدارية مستقلة، التي تضمن نوع من الاستقلالية والحياد والمساواة بين الدولة والأفراد، والجزائر ليست بمنأى عن هذه التصور نتيجة انتقالها من دولة متدخلة (المقاولة) إلى دولة ضابطة "أولا"، كانت دافعا لإنشاء هيئات الإدارية مستقلة "ثانيا".

أولا: من الدولة المتدخلة (المقاولة) إلى الدولة الضابطة:

لقد تطور مفهوم الدولة في الجزائر بتطور وظائفها منذ الاستقلال إلى غاية اليوم بمرحلتين، الأولى وصفت بأنها دولة متدخلة (مقاولة) مقيدة لكل المبادرات الفردية نظرا لتدخلها المباشر في تسير النشاط الاقتصادي، بواسطة مؤسساتها العمومية التي تضمن تحقيق سياستها الاجتماعية (01)، أما الثانية الحالية فتعتبر دولة ضابطة تشجع المبادرات الفردية من خلال الانسحاب من النشاط الاقتصادي وفتح السوق على المنافسة، لكن تحت رقابة إدارية سابقة ولاحقة تضمن توازن السوق و تنفيذ سياسة الدولة عبر تحقق المصالح العامة والخاصة (02).

01-الدولة المتدخلة (المقاولة) : الاحتكار العمومي لتسيير النشاط الاقتصادي

يقصد بالدولة المتدخلة (المقاولة) التي تقوم على أساس الحكومات المركزية، بحيث تتدخل مباشرة في تسيير وتوجيه النشاط الاقتصادي بما يتوافق مع سياستها الاجتماعية، عبر مؤسساتها العمومية الاقتصادية سواء كان ذلك مرفق عام صناعي أو تجاري¹، وتعتمد في ذلك على نظامين أو أسلوبين، مباشر بمؤسساتها العمومية أو غير مباشر بما يسمى المساهمة عبر صناديق المساهمة التي تمول أغلب الأنشطة الاقتصادية، مثل ممارسة الإيجار النقدي بصورة غير مباشرة عبر وسطاء المؤسسات البنكية لرقابة وتوجيه القرض البنكي².

¹ بوجملين وليد، الضبط الإقتصادي في الجزائر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر-1، سنة 2017/2016، ص 24.

² M. Sobhy Khalil, Le Dirigisme économique et les contrats, étude de Droit comparé, FranceÉgypte – U.R.S.S., thèse de doctorat, Université de Paris, 1966, p88.

كما يمكن أن تتدخل الدولة لتوجيه النشاط الاقتصادي الذي يقدمه المتعاملون الاقتصاديون، من خلال عرض مساعدات و مزايا اقتصادية لهذه الفئة، تكون في شكل امتيازات جبائية كالإعفاء من الضرائب أو التخفيض منها، تضمنها عقود خاصة تبرم مع الإدارة بهدف تحقيق اعتبارات سياسية واجتماعية، تحت رقابة إدارية اقتصادية و مالية من طرف الدولة و أجهزتها مباشرة، مما يجعل المتعاملون ملزمون بتنفيذ التزاماته بما يضمن تحقيق المصلحة العامة و تنفيذ سياسة الدولة، لذلك تعتبر هذه العقود وسيلة من وسائل الدولة الغير المباشرة التي تعتمد فيها على أطراف خاضعة للقانون الخاص، في توجيه و تسيير النشاط الاقتصادي لكن تحت إشرافها¹.

لكن الفقه يرى أن لهذه العقود الخاصة دور كبير في توجيه إرادة المتعاملين لتنفيذ سياسة الدولة، من خلال الرقابة الإدارية عليها التي تضمن تنفيذها وفق ما يتوافق مع سياسة الدولة، فنجد مثلا في مجال المصرفي تمارس رقابة سابقة و لاحقة على البنوك و المؤسسات المالية من حيث الإنشاء أو التسيير، عبر نظام الرخص الإدارية التي تسمح بالتقييم المسبق للقدرات الذاتية التقنية و المالية و حتي الفنية للمتعاملين الاقتصاديين، لتأكد من أنهم قادرين على تنفيذ واجباتهم التعاقدية و تحقق الأهداف المرجوة، كما يرى فقه اخر بأن العقد بهذه الأوضاع القانونية السابقة يمثل أداة فعّالة في يد الدولة لتنظيم النشاط الاقتصادي من خلال فكرة العقد الموجه أو المنظم².

من جهة أخرى يرى بعض الفقه أن العقد الموجه أو العقد المنظم، هو الوسيلة التي تمكن الدولة فيه أفراد القانون الخاص في المساهمة في تسيير النشاط الاقتصادي، وفق شكل وإطار قانوني محدد مسبقا يتوافق مع سياستها الاقتصادية، الناتجة عن حتمية تطور وظائف الدولة و تزايد انشغالها بالسياسة الاجتماعية، فمن جهة نجد أن فئات معينة من المتعاقدين تضغط من أجل

1 M. Sobhy Khalil, idb, p 89 et 93.

2 بعجي أحمد، تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1-، سنة 2019/2018، ص 05.

حث السلطات العمومية على التدخل، لأن هؤلاء المتعاقدين ليسوا سعداء من دور العقد في السوق، و من جهة أخرى اعترافا للدولة بالدور التوجيهي للاقتصاد¹.

ولهذه الأسباب كان العقد من صلب النظام العام الاقتصادي كونه يمثل عنصرا جوهريا في سياسة توجيه الدولة للاقتصاد، فبرغم من احتكارها في تسيير النشاط الاقتصادي، بواسطة مؤسساتها العمومية الخاضعة للقانون العام، لتحقيق أهدافها و تنفيذ سياستها الاقتصادية ذات الطابع الاجتماعي، إلا أنها لم تتمكن من ذلك إلا بعد إشراك أطراف من القانون الخاص عبر العقود المنظمة و الموجهة، خاصة مع التطور الاقتصادي التي أظهرت ضعف الدولة المتدخلة في تحقيق التنمية الاقتصادية و الرفاهية، التي كانت دافع لتوجه نحو تكريس مفهوم الدولة الضابطة.

02- الدولة الضابطة: ضبط السوق المفتوح على المنافسة

يرتبط تكريس مفهوم الدولة الضابطة في الجزائر بتحول وظيفة تسيير النشاط الاقتصادي من الاحتكار العمومي إلى تحرير على المنافسة الحرة، بعد الأزمة الاقتصادية نهاية الثمانيات وانهيار أسعار البترول، الناتجة عن فشل الفكر الاشتراكي في تحقيق الأهداف المرجوة، التي كانت دافع لتبني النظام الليبرالي المشجع للاقتصاد السوق الحر، الذي تبعه إنشاء قواعد قانونية جديدة تضمن التوفيق والتوازن بين الحقوق و الواجبات بين أشخاص القانون الخاص و العام، تتوافق مع تكريس مبدأ حرية التجارة و الصناعة "أ"، المتضمن للحقوق الاقتصادية الأساسية ضمن التعديلات الدستورية المختلفة "ب"، ثم حتمية تكريس مبادئ السوق الحر الخاضع لحرية المنافسة و الاسعار "ج".

1 بعجي أحمد، المرجع نفسه، ص 250.

أ- تكريس مبدأ حرية التجارة والصناعة: تحرير لنشاط الاقتصادي

بعد فشل الجزائر في ضمان تسيير النشاط الاقتصادي وفق نظام الاحتكار العمومي، الذي أدى إلى تدهور الأوضاع السياسية الاقتصادية والاجتماعية، التي كانت دافع للانتقال من النظام الاشتراكي إلى النظام الليبرالي، القائم على فكري تحرير النشاط الاقتصادي على المبادرة الفردية وفتح السوق على المنافسة، مما حتم على المشرع الجزائري توفير بيئة قانونية لهذا الانتقال، حتى لا تتعارض فيها المفاهيم مع التحولات العالمية الكبرى التي يقوم عليها اقتصاد السوق، تجلت أولا في تكريس مبدأ حرية الصناعة والتجارة دستوريا من خلال المادة 37 من دستور 1996 التي تنص على أن " حرية التجارة والصناعة مضمونة وتتمارس في إطار القانون"، وهذا ما يضمن للأشخاص الطبيعيين والمعنويين حرية ممارسة التجارة والصناعة لكن بما يتوافق مع القانون، غير أنه كان تكريس محتشم نظرا لظروف التي كانت تمر بها البلاد، فلم يحقق أي انتعاش اقتصادي ملموسا آنذاك، لكن شهد بداية تحرير بعض المرافق الاقتصادية الاستراتيجية على المنافسة، التي كانت محتكرة بصفة كاملة من قبل الدولة، مثل قطاع الكهرباء والغاز، قطاع الاتصالات قطاع المناجم والمحروقات، كذا تحرير قطاع التجارة الخارجية...¹

بعد تحرير هذه القطاعات الاستراتيجية على المنافسة الحرة، بدأ يظهر نوع من الانتعاش الاقتصادي نتيجة مساهمة الخواص في النشاطات الاقتصادية، غير أنه ضئيل مقارنة بالأهداف المرجوة منه، بسبب تخوف المشرع الجزائري من التحرير الكلي لهذه الأنشطة، نتيجة الحذر الذي تذل عليه عبارة " وتمارس في إطار القانون"، التي تجد معني واسعا عند تفسيرها وتطبيقاتها، مما يفتح المجال لتدخل كل من السلطة التشريعية والتنفيذية الذي يقيد من حرية ممارسة التجارة والصناعة، لكن المشرع تفتن لهذا التقييد الذي قد يؤدي إلى أزمات اقتصادية أخرى، نتيجة عدم توافقه مع اقتصاد السوق المتأثر بالأحداث الدولية، من خلال محاولة جديدة في إرساء نموذج

¹ بوحلايس إلهام، الحماية القانونية للسوق في ظل قواعد المنافسة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة -1-، سنة 2016/2017، ص 25.

اقتصاد متنوع يخرج عن التبعية للريع النفطي، تجلت في التعديل الدستوري لسنة 2016، اين أولى عناية بالغة في بناء اقتصاد منتج تنافسي يحقق التنمية المستدامة و يحافظ على البيئة¹، طبقا للمادة 43 من القانون 01/16 المتضمن التعديل الدستوري، التي تنص على أن " حرية الاستثمار و التجارة معترف بها، و تمارس في إطار القانون"، المعدلة للمادة 37 من دستور 1996².

يلاحظ أن المشرع الجزائري أعادة صيغة المادة 43 من دستور 2016، بحذف مصطلح "الصناعة" و الإبقاء على مصطلح "التجارة"، نظرا لشمولية مفهوم التجارة على كل من مصطلح التجارة الصناعة فلم يكن داعي لذكر كليهما، لأنه مجرد زيادة في المصطلحات دون إضافة أي معني، مع إدراج مصطلح جديد يتمثل في "الاستثمار" لمسيرة التوجه الرامي إلى النفاذ أكثر لاقتصاد السوق لمواكبة للتحويلات الناتجة عن الظروف الاقتصادية المستجدة، تزامنا مع التحول التدريجي و الحتمي من مفهوم الدولة المتدخلة نحو الدولة الضابطة³، التي تفتح السوق على المنافسة الحرة لكن تضمن ضبطه و توازنه، بقواعد قانونية تحقق المساواة بين الأشخاص الطبيعية و المعنوية، عدم دون تمييز سواء كان وطني أو أجنبي، حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية كالمستهلك، مع مراعاة البعد النظام العام للدولة في ممارسة مختلف الحريات الاقتصادية، لضمان تنفيذ سياسة الدولة.

كما يهدف التعديل الدستوري لسنة 2016 إلى الارتقاء بالاقتصاد الوطني، من خلال تكريس ترسانة من القواعد القانونية التي تكفل ضبط السوق المفتوح على المنافسة، و تضيي الشرعية

1 كما ورد في المادة 37 من دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996، منشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438، مؤرخ في 07 ديسمبر سنة 1996، معدل و متمم بالقانون رقم 02-03، مؤرخ في 10 أبريل سنة 2002، يتضمن التعديل الدستوري، ج.ر.ج. عدد 25، صادر في 14 أبريل 2002، معدل و متمم بالقانون رقم 98-19، مؤرخ في 15 نوفمبر سنة 2008، يتضمن التعديل الدستوري، ج.ر.ج. عدد 63، صادر في 16 نوفمبر سنة 2008، معدل و متمم بالقانون رقم 16-01، مؤرخ في 06 مارس سنة 2016، يتضمن التعديل الدستوري، ج.ر.ج. عدد 14، صادر في 07 مارس سنة 2016، معدل بالتعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر سنة 2020 في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، صادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 20-442، مؤرخ في 30 ديسمبر سنة 2020، ج.ر.ج. عدد 82، صادر في 30 ديسمبر 2020.

2 المادة 43 من دستور الجزائر 2016.

3 زييري بن فويدير، قراءة في المادة 43 من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الأغواط، الجزائر، مجلة معارف، المجلد 14/ العدد 01 (جوان 2019)، ص ص 28-29.

لتدخل الهيئات الضابطة "الهيئات الإدارية المستقلة" المكلفة بضبط السوق وتنظيم النشاط الاقتصادي، التي لم يتطرق إليها في المشرع صراحة في دستور 1996، رغم اعتبارها جزء من النظام المؤسساتي للدولة، تبعه فتح المجال لتكريس قواعد قانونية أخرى تتعلق بالنشاط الاقتصادي، وتهدف إلى تطوير الاقتصاد وتحقيق التنمية المستدامة، إلا أن الحقيقة غير ذلك كون هذه ترسانة القانونية لم تحقق الآمال المرجوة في الواقع، فنجد مثال عن ذلك قانون تطوير الاستثمار الذي لم يكن في المستوى والآمال المرجوة منه¹، مما دفع بالمشرع للتعديل أحرس فيه الشق الاقتصادي في دستور سنة 2020 لتفادي شكلية هذه النصوص القانونية و تفعيلها عمليا بما يحقق فعليتها، خاصة بعدما تم تبني فكرة الحقوق الأساسية.

ب- تبني فكرة الحقوق الأساسية:

يقتضي مفهوم الدولة الضابطة الانسحاب من النشاط الاقتصادي، وتحرير السوق على المنافسة الحرة مما يشجع المبادرات والحريات الفردية، باتباع تنظيم ورقابة جديدة عهد بها لصالح الهيئات الإدارية المستقلة، التي تضمن ممارسة الحقوق الحريات دون اللجوء إلى التنظيم الجامد بواسطة المعايير القمعية، لكن لا يعبر عن تراجع لدور الدولة في تقليص حجم التنظيم والرقابة بل ظهور تنظيم جديد بعيد عن العشوائية، يضمن من خلاله التوازنات في الحقوق والواجبات، و تراعي فيها المصالح المكتسبة الخاصة والعامة، من خلال مراعاة فكرة الحقوق الأساسية المرتبطة بالنظام العام، التي كانت دافعا لتكريسها دستوريا².

أدرج المشرع الجزائري بعض الحقوق الأساسية التي تم تكريسها واحترامها في المجال الاقتصادي، في الفصل الأول من الباب الثاني، تحت عنوان الحقوق والحريات العامة و الواجبات الأساسية في الدستور الجزائري، في مجالات مختلفة و متنوعة يمكن ممارستها بكل حرية في ظل الجمهورية الجزائرية، كما إنه لا يمكن بأي حال من الأحوال تقييدها إلا بموجب نص

¹ بوحلايس إلهام، المرجع السابق، ص ص 26-27.

² مرابطين سفيان، مستقبل العقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر-1، سنة 2021/2020، ص 38.

قانوني صريح لمراعاة هدف أو ظرف معين، أو كانت مرتبطة بالنظام العام طبقا لما جاء في المادة 34 من دستور 2020¹.

يهدف المشرع الجزائري من خلال دسترة هذه الحقوق و الحريات الاقتصادية، إلى الاهتمام الكبير بالبعد الاقتصادي لضمان تنفيذ سياسة الدولة، القائمة على ضمان التوازنات في السوق المفتوح على المنافسة، من خلال تحقيق حماية قانونية بين المتعاملين في السوق سواء كانوا اشخاص طبيعيين أو معنويين وطنيين أو أجنب، في إطار ممارستهم للأنشطة الاقتصادية، لضمان الامن و الاستقرار القانوني، فالمساواة في الحقوق بين الأفراد كرسها المادة 37 من دستور 2020، و الملكية الفكرية و الصناعية بموجب المادتين 51 و 52 من نفس الدستور.... وغيرها²، كذا المادة 62 التي تضمن الأمن و السلامة و الصحة التي منها ما يتعلق بحماية المستهلك، لكن ما يهمننا في هذا الصدد هي المادة 61 من نفس الدستور التي نصت على أن "حرية التجارة و الاستثمار و المقاوله"³، المعدلة للمادة 43 من دستور 2016، التي تهدف إلى توسيع دائرة ممارسة النشاط الاقتصادي من التجارة و الاستثمار إلى المقاوله، التي أصبحت ضمن الأنشطة الاقتصادية مع إمكانية رجوع الدولة لممارسة هذه الأنشطة لكن وفق مقتضيات السوق لا امتيازات السلطة العامة، بعدما تعيد تنظيم مؤسساتها وفق متطلبات السوق الحر.

ج- تكريس مبادئ السوق الحر:

يقتضي بعد تكريس مفهوم الدولة الضابطة، ترسانة قانونية تنظم السوق المفتوح على المنافسة، تجلت أولا في قانون المنافسة الذي يعتبر الوسيلة التي تضمن المرور السلس من الاقتصاد الموجه نحو اقتصاد السوق الحر، الذي يندرج في إطار العام لتدخل الدولة في تنظيم الأسواق و مراقبة

1 المادة 34 من دستور الجزائر 2020، صادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 20-442، مؤرخ في 30 ديسمبر سنة 2020، ج.ر.ج.ج، عدد82، المؤرخة في 15 جمادى الاولى عام 1442، الموافق 30 ديسمبر 2020.

2 مرابطين سفيان، المرجع السابق، ص 39.

3 المادة 61 من دستور الجزائر 2020.

المنافسة، القائم على مبدأ المنافسة الحرة و مبدأ حرية الأسعار اللذان يعتبرا أساس السوق المفتوح على المنافسة:

ج-01- مبدأ المنافسة الحرة:

إن المقولة الشائعة في الوسط الاقتصادي أن " قانون المنافسة منشؤه الاقتصاد و ليس القانون"، تجد أساسا لها ضمن التأثيرات المختلفة التي أحدثتها مختلف نظريات التحليل الاقتصادي عبر العصور في نشأة التشريعات المتعلقة بالمنافسة، سواء بطريقة مباشرة عندما جسدت هذه التشريعات رد فعل ضد الأفكار المتضمنة هذه النظرية، و القائمة على المنافسة في النشاط الاقتصادي، الناتجة عن الحرية الاقتصادية بعد تكريس حرية الصناعة و التجارة، مما يسمح للخصائص بممارسة الأنشطة الاقتصادية في إطار تنافسي حر، بحيث لا يمكن للدولة التدخل بامتيازاتها العامة في السوق سواء كان بطريقة مباشرة عن طريق الأوامر و التعليمات، أو بطريقة غير مباشرة عن طريق دعم بعض المؤسسات على حساب مؤسسات أخرى¹.

نضمت الجزائر الانتقال إلى السوق التنافسية بالأمر 06/95 الذي تبناه المجلس الوطني الانتقالي يوم 25 جانفي 1995، في إطار الانتقال من الاقتصاد الموجه إلى اقتصاد السوق الحر، و الذي يعتبر أساس تنظيم المنافسة في الجزائر باعتباره فرعا قانونيا جديد يضع قواعد قانونية تحكم سلوك المتعاملين الاقتصاديين، تجمع بين قواعد حماية المنافسة و حماية المستهلك من الممارسات المنافية للمنافسة، ولم يتم الفصل بين حرية الأسعار و المنافسة إلا بعد صدور الامر 03/03 سنة 2003 الذي يحدد الأدوات و الهيئات المكلفة بترقية المنافسة و ضمان حماية السوق و حرية الدخول إليه، و مجال تطبيقه المتعلق بفروع الإنتاج و التوزيع و الخدمات، تبعه تعديل سنة 2008 ثم تعديل 2010 لتتوافق مع المتغيرات التي تحدث في السوق.

¹ Delvolvé Pierre. Droit public de l'économie, daloz, paris, 1998, p115

ج-02- مبدأ حرية الأسعار:

يرتبط مبدأ حرية الأسعار ارتباطا وثيقا بمبدأ حرية المنافسة، لدرجة أن الفقه لم يتمكن من التمييز بينهم، كون كلاهما متفرعين عن مبدأ حرية التجارة والصناعة، فلا يمكن الحديث عن اقتصاد حر في ظل نظام أسعار منظمة ومقننة بصفة إدارية من طرف الدولة، بل يجب أن تترك حرة خاضعة لقاعدة العرض والطلب، فكما زاد العرض وقل الطلب انخفض السعر في السوق، وكما قل العرض وازداد الطلب زاد السعر، وهذا ما يمنح للسعر دورا كبيرا في اللعبة التنافسية، التي تدفع المتعاملين الاقتصاديين إلى التنافس في استغلال للموارد المسخرة بأقل تكلفة ممكنة لتقديم أفضل سعري يغري الزبائن في السوق¹.

كما لم يرد أي تعريف لحرية الأسعار ضمن النصوص القانونية في الجزائر، لكن عرف عدة تطورات تاريخية ابتداء من الأمر 06/95 الملغي وصولا إلى القانون 05/10 المتعلق بالمنافسة، حيث أقر الأمر 06/95 مبدأ حرية الأسعار بمفهوم التحرر وليس الحرية، واستعمال المشرع لمصطلح التحرر للدلالة على الانتقال من النظام الموجه القائم على تقنين الأسعار إلى نظام حري يقوم على تحرير الأسعار، تجلى أولا في رفع دعم الاسعار، ثانيا الابتعاد عن التدخل الإداري المقدم من طرف الحكومة في أسعار السلع والخدمات، وتركها حرة تحدد وفق قاعدة العرض والطلب، أما الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة فقد كرس مبدأ حرية الأسعار الخاضعة لقانون العرض و الطلب و اعتبره أحد أهم مبادئ المنافسة، من خلال المادة 01/04 منه التي نصت على أنه "تحدد أسعار السلع والخدمات بصفة حرة اعتمادا على قواعد المنافسة"، غير أن الفقرة الثانية من نفس المادة أشارت إلى إمكانية تقييد الدولة لهذه الأسعار وفقا للمادة 05 من نفس الأمر، لكن القانون 05/10 تم تعديل المادة 04 بحيث تم الاحتفاظ بالفقرة الأولى وأضاف مصطلح الحرية

¹ يتورسي محمد، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر، دار هومة، الجزائر، 2013، ص 105.

و النزاهة للمنافسة، وحذفت الفقرة الثانية التي تنص على تقييد الأسعار لكن بمراعاة بعض الضوابط القانونية¹.

ثانيا: إنشاء الهيئات الإدارية المستقلة:

تم إنشاء الهيئات الإدارية المستقلة كاستجابة لحتمية تتطلب مسيرة تغيير دور الدولة من متدخلة (مقولة) إلى ضابطة، استتبعه تغيير على مستوى منظومتها القانونية و المؤسساتية بما يتماشى مع الدور الجديد، الذي يضمن متطلبات الحياد و الاستقلالية لبعض القطاعات المهمة و الحساسة، بعيدا عن تعقيدات التدخل المباشر لتسيير النشاط الاقتصادي، الخاضع لسلطة الرئاسية أو الوصائية، لكن حداثة هذه الهيئات من جهة و غموضها من جهة أخرى بسبب امتلاكها لعدة سلطات تنظيمية، رقابية عقابية أدى إلى إثارة جدل فقهي كبير حول تحديد طبيعتها القانونية ضمن النظام الدستوري و الإداري للدولة، مما حتم علينا التعرّيج على مختلف مفاهيمها لتحديد تعريفها (01)، ثم مراحل إنشائها (02)، و تكريسها في القانون الجزائري (03).

01-تعريفها

تعددت التسميات و المفردات التي تدل على الهيئات الإدارية المستقلة، كاللجنة، الوكالة، الجمعية أو المجلس،...إلخ، كما اختلفت تشكيلاتها و تنوعت مجالات تدخلاتها مما جعلها تختلف في طبيعتها و القانون الذي يحكمها، أدت إلى صعوبة كبيرة في وضع تعريف جامع و مانع لهذه الهيئات، إلا بعض التعريفات التي تطرق إليها بعض الفقهاء من خلال اجتهاداتهم منهم :

• الفقيه "هوريو" الذي عرف هذه الهيئات الإدارية المستقلة، على انها سلطات تشبه المحاكم دون أن تكون لها الصفة القضائية، تتمتع بنوع من الاستقلال بحيث تخول لها سلطة القرار،

1- بوحلايس إلهام، المرجع السابق، ص ص44-45.

لكنه ليس كلي بل تبقي دائما مرتبطة بالدولة، لأنها جزء من الإدارة و تخضع لمبدأ السلطة التسلسلية بحيث تكون تابعة لوزارة معينة بالذات.

- كذا عرفها الفقيهان GAUDE et CHAPUS على أنها يكان لا يتمتع بالشخصية المعنوية وله القدرة على إتخاذ قرارات نافذة رغم عدم خضوعه للرقابة التسلسلية أو الوصائية.
- أيضا الفقيه MAITRE على انها وسيلة لممارسة السلطة التنفيذية من خلال هيئة عامة مستقلة عن السلطتين السياسية و الاقتصادية.
- كما عرفها مجلس الدولة الفرنسي أيضا، على أنها منشآت إدارية تتصرف باسم الدولة و تتمتع بسلطة حقيقية دون أن تخضع بذلك إلى سلطة الحكومة¹.

لكن رغم حداثة مفهوم هذه الهيئات الإدارية المستقلة و صعوبة تحديد تعريف لها، إلا أنه تم تكريسها في الجزائر لضمان الدور الجديد للدولة الضابطة، تحت مفهوم سلطات إدارية لا تخضع للسلطة الرئاسية ولا للوصاية الإدارية، تتمتع باستقلالية عضوية و وظيفية سواء عن السلطة التنفيذية أو التشريعية لكنها تخضع للرقابة القضائية، لكن هذا التكريس كان عبر مراحل.

02- مراحل إنشائها في الجزائر: من الهيئات العمومية إلى سلطات الضبط

إن إنشاء هذه السلطات الإدارية المستقلة في الجزائر يندرج ضمن إشكالية المرور من الاقتصاد الموجه إلى اقتصاد السوق المفتوح على المنافسة، و الذي يقضي انسحاب الدولة من ممارسة النشاط الاقتصادي و التخلي عن سياسة الاحتكار العمومي، مع ضمان نوع من الحياد و الاستقلالية نظرا للطبيعة التي تمتاز بها هذه الهيئات، إلا أن اللجوء لهذه الهيئات طرح إشكالات قانونية و دستورية نتيجة الطبيعة القانونية المهمة لهذه الهيئات، نتيجة سأتراها مباشرة من القانون الفرنسي بحيث قام المشرع بعملية نقل للقانون الغربي الليبرالي نموذج سلطة الضبط تقليدا حرفيا، دون النظر إلى الإشكالات التي يحدثها هذا النقل الحرفي أو الاستناد للقاعدة القانونية، لكن

¹ خرشى إلهام، السلطات الإدارية المستقلة في ظل الدولة الضابطة، أطروحة دكتوراه، جامعة سطيف-2، سنة 2015/2014، ص 93.

الأستاذ "زوايمية رشيد"¹، حاول تجاوز هذا الإشكال من خلال أنه اعتبار ظهور هذه السلطات الضبطية في الجزائر وتحويلها من نموذج الهيئة إلى السلطة، من خلال تقليص مكانة الهيئة العمومية في النظام المؤسسي، وكذا حجم تدخلها والسماح بمجال أوسع من الحرية لصالح المبادرة الخاصة، واللجوء إلى أشكال جديدة في تسيير المرافق العامة، عبر إنشاء سلطات الضبط في مجال المرافق العمومية الصناعية والتجارية لمرافقة الانتقال إلى اقتصاد السوق ومن الاحتكار إلى المنافسة، من أجل تطوير السوق والوقاية من الممارسات المنافية في وضعيات الهيمنة، لتسهيل عملية دخول المتعاملين الجدد إلى السوق، إضافة إلى حماية المستهلك²، تم تأكيدها من خلال التكريس القانوني لهذه السلطات.

03-تكريس سلطات الضبط في القانون الجزائري:

كرس المشرع الجزائري الهيئات الإدارية المستقلة ضمن القانون الجزائري، متأثرا بنظيره الفرنسي بعدما حرر النشاط الاقتصادي بفتح الأسواق على المنافسة الحرة، لكن هذا التكريس كان وفق مرحلتين، الأولى قبل تعديل دستور 2016 والثانية بعد التعديل، إذ نجد أن المؤسس الدستوري الجزائري سكت ولم يتطرق إطلاقا إلى هذه الهيئات إلى غاية دستور سنة 1989 أين تم استحداث أول هيئة إدارية مستقلة تتولى السهر على تنظيم و ضبط قطاع الصحافة و الإعلام، تحت اسم المجلس الأعلى للإعلام، ثم مجلس النقد والقرض الذي ينظم النشاط المصرفي في تعديل 1996، أما التعديل الدستوري لسنة 2016 الذي يؤكد الرغبة الصريحة للدولة في الانتقال الصريح على اقتصاد السوق المفتوح على المنافسة باحتفاظها للمكتسبات التي جاء بها تعديل 1996 و هو تكريس حرية التجار والاستثمار طبقا للمادة 43، وتوسيع دسترة بعض السلطات الإدارية لإزالة غموضها القانوني طبقا لنص المادة 202 التي دسترة الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد و مكافحته بموجب القانون 01/06، كذا اللجنة الوطنية الاستشارية لترقية حقوق الإنسان تحت مسمى جديد

1 Rachid.zouaimia:les instruments juridiques de la régulation économique, éditions belkeise, Alger, 2012, p21.
« Les autorités administratives indépendantes sont nées en Algérie par suite d'un phénomène de macro-mimétisme ».

² بوجملين وليد، المرجع السابق، ص46-47.

- ضبط سوق المواد الصيدلانية¹.
- ضبط قطاع الإعلام².
- السلطة الوطنية لحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي³.

زود المشرع هذه السلطات الإدارية المستقلة، بسلطات واسعة منها سلطة التنظيم وإصدار القرارات وسلطة التحقيق والتحكيم وسلطة القمع وتوقيع الجزاء، حتى تتمكن من أداء دورها في ضبط السوق المفتوح على المنافسة، بما يحقق التوازنات والمصالح المتضاربة في ظل النظام العام الاقتصادي، فانسحاب الدولة من الحقل الإقتصادي في ظل مفهوم الدولة الضابطة لا يعني الانسحاب الكلي منه وتركه دون تنظيم، بل تغير أسلوبها باعتماد على هذه الهيئات الذي يضمن نوع من الحياد والاستقلالية، كما أعتمد على العقد كأداة لضبط السوق، باعتباره وسيلة تبادل الثروات والخدمات لتحقيق المصالح العامة والخاصة، الذي كان له أثر كبير على مفهومه.

الفرع الثاني

تطور مفهوم العقد

العقد ك مفهوم قانوني يجد أصوله البعيدة لدى سكان أمريكا الشمالية وأمازيغ المغرب الكبير، أما كمصطلح فظهر في القرن الميلادي الأول، غير أن شيوعه كان بعد اعتماده في مجموعة جوستنيان في القرن السادس للميلاد، التي تعتبر من أهم مصادر مدونة نابليون، ويقتضي أنه الوسيلة أو الأداة التي يسعى من خلالها الأفراد لتلبية حاجياتهم وتحقيق مصالحهم الخاصة، وفقا لمبدأ سلطان الإرادة الذي يضمن الحرية المطلقة للمتعاقدين في انشاء العقود وتضمينها ما يشاؤون، إلا أن هذا المفهوم تأثر بتغير وظائف الدولة الناتجة عن التطورات الاقتصادية والتحولات الاجتماعية للدولة، بعدما تم إشراكه في المساهمة في تنفيذ سياسة الدولة، من أداة تداولية إلى أداة توجيهية

1 بموجب المادة 07 من القانون رقم 13/08 المؤرخ في 20 جويلية 2008 المعدل و المتمم للقانون رقم 05/85 المؤرخ في 16 فيفري 1985 المتعلق بحماية وترقية الصحة العمومية، ج ر ج ج العدد 44.
 2 من خلال القانون العضوي رقم 05/12 المؤرخ في 12 جانفي 2012، المتعلق بالإعلام، ج ر ج ج العدد 02.
 3 أنشأت مؤخرا بموجب المادة 22 من القانون رقم 07/18 المؤرخ في 10 يونيو 2018 المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، ج ر ج ج العدد 11.

ثم أداة ضبطية "أولا"، نتيجة الانتقال من التوجيه الاقتصادي إلى الضبط الاقتصادي "ثانياً"، ومن العقد الموجه هل نحو العقد المضبوط "ثالثاً"؟.

أولاً: من أداة تداولية إلى أداة توجيهية ثم أداة ضبطية:

العقد في ظل المذهب الفردي أداة تداولية يسعى من خلالها الأفراد إلى تلبية حاجياتهم و تحقيق مصالحهم الخاصة، لكن تغير وظائف الدولة من المتدخلة إلى الضابطة، أثر على هذا المفهوم بحيث لجأت الدولة المتدخلة لتوجيه وتنظيم السوق عبر العقد الموجه، الذي يسمح بتوجيه العلاقة التعاقدية وفق مقتضيات السياسة الاقتصادية، القائمة على الأسلوب المباشر والسلطوي في تسيير النشاط الاقتصادي، الذي يعتمد على المؤسسات العمومية أو متعاملين اقتصاديين خاضعين لسلطاتها، المستمدة من النظام العام التوجيهي الذي يضمن تنفيذ السياسة الاجتماعية، بقواعد الآمرة التابعة عن امتيازات السلطة العامة، التي ضيقت من الحريات والمبادرات في جميع القطاعات، انعكست في تقييد وتوجيه الحرية العقدية، من خلال سياسة التنظيم والتوجيه التي أسفر عنها كثرة العقود الجبرية والمفروضة¹.

لكن هذا المفهوم تغير في ظل الدولة الضابطة التي لجأت للعقد كأداة لضبط السوق، مما يسمح للمشرع والقاضي التدخل في العلاقة التعاقدية عبر فكرة المرونية، بغية توجيهها وتطويعها بما يحقق التوازنات في السوق ويضمن تنفيذ سياستها الاقتصادية، مع مراعاة الحقوق والواجبات بين المتعاقدين²، التي تضمنه سلطات الضبط الاقتصادية بوظائفها المتنوعة، بحيث تتولى تأطير عملية الدخول والتواجد في السوق التنافسية، لتكون أكثر إيجابية وفعالية تحقق من خلالها أهداف الضبط الاقتصادي، المتمثلة في تحقيق التوازنات بين المتعاقدين في السوق، مع حماية المنافسة و تطوير النشاط الاقتصادي الذي يعود بالفائدة على المستهلك، هذا ما يؤكد أن فلسفة الضبط تقوم

¹ بعجي أحمد، المرجع السابق، ص 256.

² M. Hervieu, Les Autorités Administratives indépendantes et le renouvellement du Droit commun des contrats, thèse de doctorat, université panthéon- ASSAS(PARIS II), dalloz, 2012,p 81

على فكرة المرونة بعيدة عن الإجبار، يسعى من خلالها تحقيق التوازنات و المصالح المتضاربة العامة و الخاصة¹.

تتجاوز مبادئ العقد مع فلسفة الضبط الاقتصادي المشجع للحريات و المبادرات الفردية، التي تتلاقى فيه الحريات التعاقدية مع حرية المنافسة، مما يعتبر دافع لإعادة انبعاث الحرية العقدية من جديد بعدما تراجعت وقيدت في ظل الدولة المتداخلة، بحيث أصبح يوجه الحريات التعاقدية بأسلوب مرن محترف بعيدا عن السلطة و الإجبار، عن طريق تغليب فكرة الإقناع و التحفيزات، وتشجيع الحريات التعاقدية من خلال ضمان حرية المنافسة التي بدورها تتوافق مع الحرية التعاقدية، كما يبتعد عن الأسلوب العقابي الذي ينفر من التعاقد تحت الضغط و الرهبة، و بهذا يكون العقد أداة ضبطية يستعملها قانون الضبط الاقتصادي، في مهامه الأساسية المتمثلة في مواجهة كل العوامل التي تؤدي إلى اختلال السوق، و ضمان الاستقرار في السوق عبر استقرار التعاملات العقدية².

ثانيا: من فكرة التوجيه الاقتصادي إلى فكرة الضبط الاقتصادي:

أكد الكثير من الفقه الكلاسيكي أن فكرة التوجيه الاقتصادي كانت لصيقة بالنظام الاشتراكي، الذي يحمل أفكار تصب في مجملها في تغليب الاجتماعية على الفردية و الموضوعية على الذاتية و المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، الناتج عن أسلوب السلطة الرأسية و الوصاية الإدارية، بعيدا عن أسلوب التحاور التشاور و التعاون، بغية تحقيق أهداف اقتصادية و اجتماعية مسطرة مسبقا من طرف الدولة، التي غلب عليها في هذه الفترة الطابع الاجتماعي على حساب الطابع الاقتصادي، وهذا ما أكده بعض الفقه عبر انتقال العقد من الطابع الفردي الهادف لتحقيق المصالح الخاصة، إلى الطابع الجماعي الذي يغلب المصلحة العامة على الخاصة بغية تحقيق

¹ M. Hervieu, op.cit.p21et35.

² خرشي إلهام، المرجع السابق، ص 239.

التنمية الاقتصادية، وبهذا يعتبر النظام الاشتراكي صاحب الفضل في إيجاد فكرة العقود الموجهة لما لها من أهمية في تنفيذ السياسة الاقتصادية للدولة¹.

إلا أن توجيه السلطات العمومية للعقد يعني بجانبين، فمن جهة توجيه وإدارة الاقتصاد ومن جهة أخرى حماية بعض الفئات الفردية، فكانت الدولة تلعب دور الحاكم والمحكم، ما أدى إلى التضييق على مبادئ العقد من خلال تقييد على حرية المتعاقدين و توجيهها من خلال العقود التوجيهية، عقود الإذعان، كذا ظهور طرف ضعيف في العلاقة التعاقدية، كل هذا و أفكار المصلحة العامة ساعد على بروز نظام حمائي آخر لمواجهة هذا التضييق على المتعاقد الضعيف، وبهذا يكون النظام العام التوجيهي أو حمائي مشترك بين النظام الاشتراكي والليبرالي، لكن درجة الأخذ بهم تختلف من نظام إلى آخر²، هذه الأفكار تدرجت إلى أن صارت اليوم في مظهرها الحالي، وهو الضبط الاقتصادي.

لكن فلسفة الضبط تختلف بحيث استخدمت العقد كوسيلة للتدخل لضبط السوق المفتوح على المنافسة، بعدما تم الانتقال من التوجيه و التخطيط إلى التحرر عبر فكرة المرونية، بعيدا عن منطق الاحتكار و السلطة بما يعبر اليوم باليد الخفية للدولة، تضمنه سلطات الضبط المستقلة التي تتميز بنوع من الحياد و الاستقلالية، من خلال تنظيمها القانوني المتميز أو آلياتها الغير مألوفة ضمن قواعد القانون الخاص، التي تضمن تدخل مرن و محترف لتنظيم السوق التنافسية، لتنظيم و توجيه العلاقة التعاقدية بأسلوب مرن تحقيق التوازنات و المصالح المتضاربة العامة و الخاصة، لتجسيد السياسة الاقتصادية للدولة³.

¹حجازي عبد الفتاح، أزمة العقد، كلية القانون- بغداد- العراق، 1998، ص 289.

² الكيلابي حسين عبد الله، النظام العام العقدي، دراسة مقارنة الطبعة الأولى، دار السنهوري، لبنان، سنة 2016، ص 109.

³ ختال إلياس، الإطار القانوني للضبط المالي في الجزائر، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر -1، 2012/2013 ص 35 و مايليها.

ثالثا: من العقد الموجه هل نحو العقد المضبوط:

يعتبر الفقيه جوسران **Josserand**، أول من أشار إلى فكرة العقد الموجه من خلال مقولته " أن هناك أسئلة كثيرة تبادر للأذهان منذ سنين حول الاقتصاد الموجه، وقد حان الوقت للحديث أيضا عن العقد الموجه، ولا يقتصر على الميدان الاقتصادي بل يظهر كذلك في الميدان القانوني"¹، كما أشار الفقيهان **Haorio et Ranard** إلى توجيه الاقتصاد عبر العقد الذي يضمن تنفيذ الخطة الاقتصادية والاجتماعية للدولة²، ويقصد بذلك أن للأشخاص الطبيعية و المعنوية الحرية في ممارسة كل ما يشاؤون من الأنشطة سواء كانت صناعة أو التجارة أو ممارسة أي نشاط اقتصادي، لكن تحت منظور و تصور الخطة التوجيهية التي تضعها الدولة مسبقا التي لا ينبغي الحياد عنها، فنجد أن كل عمليات الإنتاج والتوزيع في السوق تكون وفق الخطة الاقتصادية، التي ترسمها الدولة مسبقا لتحقيق أهداف الاجتماعية و الاقتصادية، كما تظهر الدولة كطرف متعاقد من خلال حرصها على توجيه العقود بما يخدم الخطة المسطرة مسبقا من طرف الدولة.

من أجل هذا يستوجب توجيه العقود بصورة عامة لخدمة المصالح الوطنية للدولة، بعيدا عن النظرة الفردية التي تهدف لتحقيق المصالح الخاصة، بحيث يجب حماية المصلحة العامة و العليا للدولة على المصالح الخاصة بالأفراد، من خلال تقييد الحريات الفردية في ممارسة الأنشطة الاقتصادية، سواء كانت عمليات الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات، كما يجب قبل ممارسة هذه الانواع من الانشطة الاقتصادية أن تحظى بالموافقة من جانب السلطات العمومية ، كما يجب ان تكون تسيير وفق مقتضيات الخطة المرسومة مسبقا من طرف الدولة³.

¹ L.Josserand, le contrat dirigé, D, hebdo, 1933, chr. p89.

² R. Savatier, Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'Aujourd'hui, 3emeed, Dalloz, Paris, 1964, p85

³ الكيلابي حسين عبد الله، المرجع السابق، ص137.

من جهة أخرى أثر الاقتصاد الموجه على العقود، فظهر ما يعرف بالعقد المرخص و العقد المنظم، فالأول يتدخل فيه المشرع بصورة مسبقة من خلال شرط الحصول على رخصة من السلطة المختصة التي تراعي فيه المصلحة العامة، بحيث تظهر كطرف ثالث في العقد، أما الثاني التي تكون القواعد الآمرة فيه الصفة الغالبة تضيق حرية الفرد، مثل عقد العمل و عقد الاستهلاك¹، تم اعتماد هذه الأفكار في الجزائر في كثير من المواثيق الأساسية، بعد تبني الخيار الاشتراكي الهادف لتحقيق المصلحة العامة، من خلال توجيه و تنظيم العقد بترسانة من القواعد القانونية المتعلقة بالنشاط الاقتصادي، التي قيدت الاستثمار خاصة بعدما فصل بين الاستثمارات العادية و النفطية، كما كرس مبدأ الرقابة على الأنشطة الاقتصادية لضمان سياسة التوجيه من خلال العقد.

إن اللجوء إلى أسلوب الضبط في تسيير و توجيه النشاط الاقتصادي، كان نتيجة فشل الأسلوب المباشر لتسيير النشاط الاقتصادي في ظل الدولة المتدخلة، ويقصد به انسحاب الدولة من السوق المفتوح على المنافسة، وإعهاد هذه المهمة إلى سلطات الضبط الاقتصادية، التي تشارك الدولة في مهمة ضبط السوق المفتوح على المنافسة من خلال فكرة النظام العام الاقتصادي، المكرس لمبدأ حرية التجارة و الصناعة و المقولة، الذي أصبحت تعتمد على المتعامل الاقتصادي في السوق، مما يجعلنا نطرح التساؤل التالي: هل لا يزال العقد موجه لتنفيذ السياسة الاقتصادية في ظل الدولة الضابطة أم تغير مفهومه نحو الضبط العقدي بتغير سياسة الدولة؟

تحتل الإجابة على هذا التساؤل التأكيد و النفي في نفس الوقت، بحيث يذهب أصحاب الفقه المؤيدين لفكرة الضبط أننا اليوم أمام حتمية تكريس مفهوم الضبط العقدي، ويستندون في ذلك إلى تدخل الدولة في العقد عن طريق سلطات الضبط الإدارية، لكن بتحليل كلمة العقد الموجه أو التوجيهي و الضبط العقدي، نجد أن الجواب هو العقد الموجه نظرا لمفهومه الواسع، الذي يحمل المعنيين في نفس الوقت سواء لخدمة السياسة التنظيمية الناتجة عن الفكر الاشتراكي

¹ R. Savatier, op.cit, p24 et 25.

الخادم لمفهوم الدولة الاجتماعية، أو لتنفيذ الخطة الاقتصادية و الاجتماعية للدولة الضابطة، لكن أغلب الفقه اليوم يقر تجدد مبادئ النظرية العامة للعقد مع فلسفة الضبط.

المطلب الثاني

تجدد مبادئ النظرية العامة للعقد مع فلسفة الضبط

إذا تعذر على مبادئ النظرية العامة للعقد التعايش و التجاوب مع التوجهات الاقتصادية و الاجتماعية في زمن التخطيط والتوجيه الاقتصادي، بداعي تشديد الخناق على الحريات و المبادرات الفردية، فالفرصة موجودة في ظل الدولة الضابطة، التي تتلاقى فيها الحرية الاقتصادية و التنافسية مع الحرية الفردية و التعاقدية، بالإضافة إلى محاولة تقريب النظرية العامة للعقد مع المتغيرات المتلاحقة من الجانب الاقتصادي و الاجتماعي، عبر تغليب فكرة المرونية التي تسمح بالتعايش و التجدد بعيدا عن فكرة التنافر، لسد قصور مبدأ سلطان الإرادة في ضمان التوازن العقدي، نتيجة الاختلال الظاهر في المراكز القانونية للأطراف العقد، لكن لا يتسنى هذا إلا بعد تراجع فلسفة سلطان الإرادة لتكريس مفهوم الضبط الاقتصادي (الفرع الأول)، مما يسمح بتجاوب و تجدد نظرية العقد مع فلسفة الضبط (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تراجع فلسفة سلطان الإرادة دافع لتكريس مفهوم الضبط الاقتصادي

لقد غالى المناهضون لمبدأ سلطان الإرادة في الاعتزاز به، وأنكروا أي تدخل في العقد بحجة أن العلاقة التعاقدية مقدسة يسعى من خلالها الأشخاص لتلبية حاجياتهم وتحقيق مصالحهم، مما يضمن العدالة والاستقرار التعاقدية، إلا أنه أنتقد من طرف الفقه الحديث نظرا لقصوره في ضمان التوازن التعاقدية في ظل التحولات الاقتصادية و التغيرات الاجتماعية و التطورات التكنولوجية، الذي صاحبه اختلال المراكز القانونية المتعاقدين، نتيجة ظهور الضعف و القوة في بينهم، مما انعكس سلبا على مبادئ النظرية العامة للعقد، بحيث أصبح لبد من تطويع الإرادة مع المعطيات

و الأوضاع الجديدة للحياة القائمة على اقتصاد السوق الحر، لتجاوز تعارض فلسفة سلطان الإرادة مع مقتضيات السوق التنافسي «أولاً»، الذي كان دافع لتكريس مفهوم الضبط الاقتصادي "ثانياً".

أولاً: تعارض فلسفة سلطان الإرادة مع مقتضيات السوق التنافسي:

كان لبسطة الحياة الاجتماعية في القرن 19 دور كبير في ازدهار مبدأ سلطان الإرادة وتقديسه لدى الفقه الكلاسيكي، بحيث يمكن للمتعاقدين إنشاء العقود و تضمينها ما يشاؤون من حقوق و التزامات، تتحقق فيها نوع المصالحة تكون بمثابة شريعة و قانون بينهم، تلزم كل طرف بتنفيذ ما عليه من واجبات بكل أمانة و إخلاص، لكن هذه الفلسفة الناتجة عن مبدأ سلطان الإرادة تعارضت مع مقتضيات السوق المفتوح على المنافسة، بحيث عمقت الهوة بين الاختلال في المراكز القانونية للمتعاقدين نظراً لعدم تأقلها وقصورها، ولهذا وجب التعرّيج أولاً على المقصود بمبدأ سلطان الإرادة (01)، ثم تكريسه ضمن القانون المدني الجزائري (02)، وابن يكمن هذا القصور (03)؟.

01-المقصود بمبدأ سلطان الإرادة كأساس لنظرية العامة للعقد:

حظي مبدأ سلطان الإرادة باهتمام كبير لدى الفقه، وعرف بعدة تعريفات كل حسب توجهاته لكنها في مجملها قائمة على إطلاق العنان لحرية أطراف العقد في التعاقد، منها: "أنه قدرة الإرادة وحدها على إنشاء العقود و التصرفات و أثارها و القدرة على إنهاؤها، دون تدخل أي جهة لفرض ما يخالف هذه الإرادة، مادامت في حدود النظام العام و الآداب العامة"¹، إلا أن هذا التعريف لا يعتبر تعريف دقيق بسبب أولاً نسبية الآداب العامة التي تختلف من مجتمع لآخر، ثانياً التراجع الذي عرفه هذا المبدأ في العصر الحديث بعد الانتقادات التي يتعرض إليها، نتيجة

1 فودة على عبد الحميد، مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الروماني و الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ص 14.

عدم توافقه مع مقتضيات التطورات الاقتصادية والتحويلات الاجتماعية، ولهذا وجب التطرق لنشأته "أ"، ثم الأسس الذي يقوم عليه "ب".

أ- نشأته:

عرف مبدأ سلطان الإرادة اهتمام كبيراً في الشريعة الإسلامية، من خلال القرآن الكريم في عدة مواقع وآيات تحث على حماية وحرمة الإنسان، سواء في نفسه أو أهله أو تعاملاته وهي من تمام الإيمان بالله عزوجل، وتصديقاً لنبيه صلى الله عليه وسلم، نجد قوله تعالى: (يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيماً)¹، التي يبين فيها حكيم أساسيين الأول تحريم أكل المال بين الناس بالباطل، والثاني جواز ممارسة التجارة و التعاقد بشرط الرضا بين المتعاقدين، وهذا ما يدل على أن القرآن الكريم تطرق لمفهوم سلطان الإرادة قبل 14 قرن بشرط الرضا و الشرعية، لكن هذه الأخيرة مدلولها واسع يقتضي التصرف وفق ما يرضي الله تعالى، كما أكدت عليه السنة النبوية في قول الرسول صلى الله عليه وسلم، (المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو شرطاً أحل حراماً) وفي رواية أخرى (المسلمون عند شروطهم ما لم يعص الله)²، والمعنى من الحديث هو حرية التعامل و الوفاء بما اتفقوا عليه بإرادتهم شرط أن لا يخالف مقاصد الشريعة الإسلامية، كل هذا دليل على تطرق الشريعة الإسلامية لمبدأ سلطان الإرادة وتحريره، لكن بما يوافق الشريعة الإسلامية، لتكون الشريعة الإسلامية أول من تطرق لمبدأ سلطان الإرادة.

أما في الشرائع الوضعية فنجد جدور مبدأ سلطان الإرادة للقانون الروماني الذي يعتبر مهد كل القوانين الغربية الحديثة، لكنه كان يقوم على أوضاع مادية وشكليات معقدة اقتضتها معتقداتهم الدينية، كانت لها تأثيراً عميقاً على معاملاتهم وعقودهم بحيث أصبح لبد من إفراغها في شكليات

¹ الآية 29 من سورة النساء.

² رواه البيهقي في السنن الكبرى ج7 ص249 ح 14213، والدار قطني في سننه ج3 ص27 ح98، وصححه الالباني انظر إرواء الغليل ج7 ص 191 ح2212.

معقدة كانت حركات أو إشارات أو تكّابات¹، ولهذا عرف مبدأ سلطان الإرادة في هذه الفترة بمبدأ سلطان الشكلية، كون العقود كانت تستمد صحتها من الشكلية لا من الموضوعية².

لكن أمام تعقد الحياة وتزايد الحاجة للتعاقد من أجل تلبية الحاجيات و المصالح المختلفة، في ظل التطورات المتسارعة الاقتصادية والاجتماعية، الذي كان دافعا للتحرر من قيود الشكلية التي يفرضها القانون الروماني والتوجه نحو العقود الرضائية، بحيث وجب التمييز بين الشكل و الإرادة في العقد، من أجل إعطاء الإرادة قسطا من الأثر في العقد، بدأت بالاعتراف بصحة العقد الرضائي الذي يحدث أثره بمجرد الاستلام والتسليم بين المتعاقدين، تلتها الاعتراف بـ (04) أربعة عقود رضائية: البيع - الإيجار- الشركة- الوكالة، ليستقر عندهم مبدأ سلطان الإرادة في دائرة العقود الرضائية³.

لكن رغم هذا الاعتراف ببعض العقود الرضائية ضمن القانون الروماني، إلا أنه لم يقر بمبدأ سلطان الإرادة في العقود بوجه عام، سوى تغير فكرة العقوبة إلى الإلزام المدني التي نادى به الكنيسة، بحيث اعتبرت أن إرادة الطرفين هي التي يجب أن تحترم لأنها تلزم صاحبها، والقانون لا يملك التدخل في حرية إنشاء هذا الالتزام أو في تحديد أثاره⁴، لكن مع الزمن ترسخت إرادة الطرفين المنشأة للعقد الذي يلتزم به الطرفين دون قيد ما عدا قيد واحد متعلق بالنظام العام و الآداب العامة، ليدخل مبدأ سلطان الإرادة في التكريس ضمن التشريعات الأوروبية، في القرن 18 نتيجة تأثير الفلاسفة المذهب الفردي كأمثال جون دوما الذي قال " بأنه إذا تم الاتفاق فكل ما اتفق عليه يقوم مقام القانون لمن تعاقد"، بناء على عدة أسس.

¹ السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر و الأخير، التأمينات الشخصية و العينية، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1967، ص 154.

² فرج رضا، تاريخ النظم القانونية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر د ط ، 1976، ص 70.

³ السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 155.

⁴ السنهوري عبد الرزاق، المرجع نفسه، ص 155.

ب- أساس تكريس مبدأ سلطان الإرادة:

لقد تأثر مبدأ سلطان الإرادة بالمحيط المكاني والزمني و الأفكار الفقهية، التي كانت تدعو لتكريسه كنظام قانوني يحكم العلاقة التعاقدية، كان بداية بالاعتماد على أفكار القانون الطبيعي الذي يطلق العنان للأشخاص في حرية التصرف، ثم افكار النظرية الاجتماعية ذات الطابع التضامني المهتم بحماية الأطراف الضعيفة في المجتمع، كون جميع أفراد المجتمع متساوون في الحقوق و الواجبات، تبعهما أفكار النظرة الليبرالية الاقتصادية التي تشجع الحرية و المبادرات الفردية بشرط توافقها مع مقتضيات السوق الحر:

ب-01- القانون الطبيعي:

وفقا لقانون الطبيعة فإن الإنسان يولد حرا، كامل الحرية في التصرف وإنشاء العلاقات مع الآخرين كيفما يشاء و قتما يشاء دون قيد أو شرط، تكون نابعة من إرادته التي تعتبر المصدر الحقوق التي يكتسبها أو الوجبات التي يتحملها، والأساس في إنشاء العقد و تنفيذه عبر التقيد بما ارتضاه المتعاقدان بكل حرية¹، التي انتشرت قبل الثورة الفرنسية و اكتمل ازدهارها في بداية القرن التاسع عشر (19)، مع ازدهار حرية الإنسان الطبيعية و اتساع نشاط الحرية الاقتصادية في عهد نابليون².

ب-02- نظرية العقد الاجتماعي:

جاءت هذه النظرية على أعقاب نظرية القانون الطبيعي، التي أدت إلى اختلال العلاقة التعاقدية و ظهور الطبقة في المجتمع التي كانت تتعسف في استعمال الثروة من جهة، و من جهة أخرى الأفكار التضامنية الاجتماعية التي دعا إليه الفقهاء من بينهم الفقيه "جون جاك روسو"

¹ سعدون ياسين، أثر الظروف الاقتصادية على العقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، سنة 2017/2018، ص 12.

² نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص، منشأة المعارف الإسكندرية، سنة 2000، مصر، ص

الذي يعتبر أن الإنسان كائن اجتماعي لا يقبل العزلة ولا يستطيع العيش لوحده، لأنه دائماً يعيش في شكل جماعات و ينظم للعيش معهم بإرادته، ما يجعله يتخلى عن جزء من حريته المطلقة لصالح حرية الجماعة، هذه الأخيرة تضمنها قوانين و التزامات لتحقيق النظام العام بكل قواعده، وبهذا يترتب على تكريس هذه النظرية أمرين أساسيين، الأول هو سلطة وصلاحيه سن القواعد القانونية التي يتقيد بها الأفراد في المجتمع، أما الثاني هو التزام الأفراد بالخضوع لهذه القوانين يجب احترامها التي تسن لأنها تعبر عن سلطة المجتمع، هنا عرف مبدأ سلطان الإرادة تراجعاً لصالح المجتمع لكنه كان خفيفاً نظراً لبساطة التعاملات في السوق¹.

ج- نظرية الليبرالية الاقتصادية:

لم تظهر الليبرالية الاقتصادية كأساس لمبدأ سلطان الإرادة إلا بعد قيام الثورة الفرنسية سنة 1789، التي حاربت كل أشكال التميز و الأرستقراطية التي كانت تتسلط بها طبقة معينة من المجتمع، نظراً لاستحواذها على وسائل الإنتاج و الخدمات، لتشجع حرية المبادرة الفردية و إزالة القيود الواردة التي تعيق كل المبادلات التجارية التي بدورها المشجعة لتكريس مبدأ سلطان الإرادة²، الذي توافق مع أفكار الحياة البسيطة أنداك، التي تعتمد على بساطة التعاملات التجارية و الاقتصادية، بحيث يستبعد كل ما يعيق الحرية التعاقدية في ظل المذهب الفردي حتى وصف العقد بالعدل، إذ يقول الفقيه فوييه أن " كل ما هو تعاقدية فهو عدل"، وتبعه آدم سميث من خلال مقولته المشهورة " دعه يعمل أتركه يمر"، التي سارت عليه كل الدراسات الليبرالية الاقتصادية في نطاق القانون الخاص³.

1 سعدون ياسين، المرجع السابق، ص 12.

2 نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 36.

3 خليفاتي عبد الرحمان، مدى إعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقود و تنفيذه، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر، 1987، ص 40.

لكن هذه الفلسفة تغيرت بعد نهاية الحرب العالمية الثانية الناتجة عن التحولات الاقتصادية والتغيرات الاجتماعية والتطورات التكنولوجية، التي أدت ساهمت في ظهور سياسة اقتصادية ليبرالية جديدة تشجع فيها الحريات والمبادرات الفردية في إطار السوق الحر، لكن بما يتوافق مع مقتضيات السوق واهتمامات الدولة في حماية الطرف الضعيف و تنفيذ سياستها، كانت بمثابة زيادة لانشغالات النظرية العامة للعقد وتراجع لمبدأ سلطان الإرادة¹، لكن السؤال المطروح هل كرس المشرع الجزائري مبدأ سلطان الإرادة ضمن القانون الجزائري؟.

02-تكريس مبدأ سلطان الإرادة في القانون الجزائري:

بدون تحليل وإجابة مباشرة للتساؤل السابق فقد كرس المشرع الجزائري مبدأ سلطان الإرادة كأصل عام، طبقا للمادتين 60 و 106 من الأمر 75-58 المؤرخ في 26 ديسمبر 1975 المتضمن القانون المدني، لكنه هذا المبدأ قد يتسع أو يضيق حسب النظام الاقتصادي المكرس في الدولة²، بدءا بالنظام الاشتراكي الذي يضيق من الحريات والمبادرات الفردية، إلى النظام الليبرالي الذي يحرم النشاط الاقتصادي، مما يشجع الحريات والمبادرات الفردية، تجسدت في البداية بقانون رقم 90-70 المتعلق بالإعلام الذي فتح المجال أمام الخواص طبقا للمادة 03 منه التي تنص "يمارس حق الإعلام بحرية مع احترام كرامة الشخص"³، أما دستوريا فقد كرس المشرع الجزائري صراحة الحرية العقدية في نص المادة 37 من دستور 1996 المعدلة بالمادة 43 من دستور 2016 وأخر تعديلها بالمادة 61 من دستور 2020، لتتوافق مع حرية الصناعة و التجارة و المقاول⁴، لكن رغم هذا التكريس فإن الفقه انتقده كونه قاصرا ضمان توازن العقد في ظل التطورات الاقتصادية والتغيرات الاجتماعية.

¹ سعدون ياسين، المرجع السابق، ص 15.

² أنظر المادتين 60 و 106 من ق.م.

³ قانون 90-70 المتعلق بالإعلام، ج ر عدد 14 ، مؤرخة 04 أبريل 1990 المعدل و المتمم بالقانون العضوي 12-05، ج ر عدد 02 مؤرخة في 15 يناير 2012 الذي حرر نشاط السمعي البصري.

⁴ أنظر المادة 61 من دستور الجزائر لسنة 2020.

03-قصور مبدأ سلطان الإرادة في ضمان توازن العقد:

وبهذا يكون تكريس مبدأ سلطان الإرادة في التشريعات المدنية المختلفة، بما فيها المشرع الجزائري مدنيا و دستوريا رغم كل الانتقادات التي تعرض في ضل الفقه الحديث، من جانب الفقه الاجتماعي كونه ينادي يطلق العنان للحرية الفردية ويتجاهل فكرة التضامن الاجتماعي فهو ينظر لمصلحة الفرد دون مصلحة الجماعة، كما يعترف بالحرية التعاقدية لكن وفق مقتضيات السوق الحر، الذي يحقق المصالح المتعارضة سواء عامة أو خاصة مما يحقق سياسة الدولة، إضافة إلى كثرة تدخل كل من المشرع والقاضي في العقد، لإعادة اختلالاته الناتجة عن الأزمات الاقتصادية، وفقا قواعد العدالة مما جعل المقولة المشهورة "من قال عقد قال عدلا"، لا أساس لها في الواقع و خير دليل ظهور عقود الإذعان و التبعية الاقتصادية¹.

إلا أن هذه الانتقادات التي قوبل بها مبدأ سلطان الإرادة و العيوب التي تعتره، لم تكن لتقوضه من أساسه و هو ما يتضح باستقراء التشريعات و القوانين المعاصرة التي أخذت به مع ملامة ذلك لقواعد العدالة و الصالح العام، ما فتح المجال لتدخل القوانين الخاصة من أجل أهداف اجتماعية و اقتصادية مثل قانون الضبط الاقتصادي.

ثانيا: تقييد مبادئ نظرية العقد لتكريس قواعد الضبط الاقتصادي:

انتقد الفقه الحديث مبدأ سلطان الإرادة نظرا لقصوره في التأقلم و التعايش مع التحولات الاقتصادية و التغيرات الاجتماعية و التطورات التكنولوجية، الذي صاحبه فقدان توازن العقد الناتج عن اختلال المساواة التعاقدية و مراكز المتعاقدين، خاصة في ظل السوق المفتوح على المنافسة، التي كانت دافعا لتكريس قواعد الضبط الاقتصادي ذات الطبيعة الآمرة، من أجل إعادة هذا التوازن العقدي وفقا قواعد العدالة والنظام العام، لضمان الأمن الاستقرار التعاقدية،

أحمد منصور، النظرية العامة للإلتزام- مصادر الإلتزام، دار الثقافة، عمان، الطبعة السابعة، سنة 2015، ص 1.27

فإذا نقصد بالضبط الاقتصادي (01)، وفيما تتمثل مقتضياته (02)، وقوة قواعده القانونية مقارنة بالقواعد العامة للعقد (03)؟.

01- مفهوم الضبط الاقتصادي

مفهوم الضبط الاقتصادي مفهوم جديد ضمن المنظومة القانونية، يدخل ضمن إطار الحوكمة مثل الحكم الراشد، بحيث نجده يقوم على فكرة توزيع الاختصاص بين الدولة والأشخاص الطبيعيين والمعنويين من أجل تحقيق التنمية الاقتصادية، يرتبط بشتى مجالات الحياة الاقتصادية والسياسية والاجتماعية وحتى العلمية، لكنه تحصل على قيمة أكبر في العلوم القانونية، نظرا للحمية التي فرضتها مفهوم الدولة الضابطة لتفسير تدخلها في النشاط الاقتصادي، ولتوضيح هذا المفهوم أكثر ينبغي من التعرّيج على تعريفات لهذا المصطلح "أ"، ثم تأصيله القانوني "ب"، حتى نتمكن من تحديد مقتضياته وأهدافه "ج".

أ- تعريف الضبط الاقتصادي:

لا يمكن تحديد تعرف شامل لمفهوم الضبط الاقتصادي، قبل التطرق إلى التعريف اللغوي والاصطلاحي لكلمة الضبط على حدى ثم إسقاطها على المجال الاقتصادي في محاولة للوصول للتعريفات المقاربة له:

أ-01- التعريف اللغوي للضبط :

تدل كلمة الضبط في اللغة العربية عدة معاني، وحسب موقعها في الجملة أو ارتباطها بكلمة أخرى، فقد تأتي بمعنى لزوم الشيء وحبسه، كما قد تأتي بمعنى لزوم الشيء ولا يفارقه في كل شيء، ومنها ما يأتي بمعنى ضبط الشيء حفظه بالحزم والرجل الضابط أي حازم¹.

¹ ابو الفضل جمال الدين الإفريقي المصري، لسان العرب، الجزء السابع، دار صادر بيروت، بدون سنة نشر، ص 340.

أما كلمة الضبط في اللغة الفرنسية مشتقة من الفعل اللاتيني (*réguler*)، أي بمعنى ضبط (*régler*)، و الضبط بمعنى (*régulation*)، العمل الذي يضبط آلة معينة و يصحح سيرها، كما يفيد عدة معاني أخرى إذا كان ملتصق بمجالات مختلفة من الاقتصاد أو الاجتماع أو القانون فالمعنى القانوني مرتبط بظهور سلطات الضبط الاقتصادية، أما أصل الكلمة فهو لاتيني *réglais* والذي يعني ما يصدر الملك *ce qui provient du roi*، ومن هنا يمكن قياس درجة الربط بين فكرة الضبط مع مصطلح *régalien* و التشابه بين الضبط *régulation* و التنظيم المرتبط بالدولة *réglementation* تتجلى في المعنى الاصطلاحي¹.

أ-02- التعريف الاصطلاحي للضبط:

المعنى الاصطلاحي يترجم الفكرة السابقة التي تربط بين الحاكم و التنظيم، فالضبط مرتبط بممارسة السيادة من خلال تدخل الدولة الغير المباشر في النشاط الاقتصادي، عبر سلطات أو هيئات مستقلة، قصد تحرير النشاط الاقتصادي وتحرير الأسواق على المنافسة الحرة، مع ضمان توازن السوق بين الفاعلين الاقتصاديين، قصد تحقيق الفعالية الاقتصادية².

ب- أصل مصطلح الضبط:

مصطلح الضبط مشتق من كلمة *Régulation*، وهي كلمة شائعة في الحياة الاقتصادية السياسية و حتى الإدارية، لكن هذا المصطلح ازدهر في المجال القانوني، الذي تزامن مع ميلاد سلطات الضبط الاقتصادية، التي تعتبر الشكل الجديد لتدخل الدولة في ضبط و تسير النشاط الاقتصادي.

¹ بوجملين وليد، قانون الضبط الإقتصادي في الجزائر، بلقيس للنشر، دار البيضاء، الجزائر، بدون سنة نشر، ص 16.
² بوجملين وليد، المرجع السابق، ص 26.

كما يؤكد أن أصل المصطلح لاتيني من الفعل **Reger** التي تعني توجيه **Diriger** و **Régula** التي تعني الخط المستقيم، أما المعنى الاستعمالي للمصطلح فهو من أصل اقتصادي، تطور مع تطور البلدان الأنجلوسكسونية، التي تراقب نشاطاتها الاقتصادية عبر الهيئات العامة أو ما يعرف بفيدراليات المراقبة العامة، الذي انتشر في أمريكا ثم إنجلترا مع مشروعات الخوصصة، و تحرير المرافق العامة الكبرى على المنافسة، إلا أن هذا المصطلح تم ترجمته إلى الفرنسية بمعنى **Réglementation** بمعنى التنظيم، ومن هنا جاء الخلط بين التنظيم والضبط، بعد تبني الدول الفرنسية لنظام الضبط الاقتصادي¹.

أما استعمال مصطلح الضبط الاقتصادي في الجزائر فلم يعرف إلا في أواخر القرن 20، بعد انتقال الدولة من مفهوم الدولة المتدخلة نحو مفهوم الدولة الضابطة، التي تحرر النشاط الاقتصادي وتفتح الأسواق على المنافسة الحرة، وتكتفي بضبطه من خلال هيئات إدارية سميت "سلطات الضبط الاقتصادية"، التي ارتبطت اسمها بمفهوم الضبط الاقتصادي، تبعه بداية تحرير المرافق التقليدية على المنافسة، مثل المواصلات السلكية واللاسلكية والغاز.....إلخ².

02- مقتضيات الضبط الاقتصادي:

يتطلب لشرعية القوانين أن تصاغ وفق مقتضيات النصوص الدستورية، بحيث يجب أن تصدر من هيئات متخصصة، و في قالب أو شكل معين يضمني عليها نوع من الدقة والوضوح و التناسق و الانسجام، كما يجب أن تكون آمرة موجهة للجميع دون استثناء، يرجي منها تنظيم أو تحقيق مقتضيات معينة تتوافق مع النظام العام والآداب العامة، مع تحديد مجال تطبيقها من حيث الزمان والمكان و الاختصاص، ولهذا وجب تحديد مجال قانون الضبط الاقتصادي "أ"، و الأهداف المنشودة منه "ب".

¹ عيساوي عز الدين، العقد كوسيلة لضبط السوق، مجلة المفكر، العدد الثالث، جامعة محمد خيضر بسكرة، ص 207.

² أنظر مثلا القانون رقم 03-2000، المعدل بالقانون 04/18 المرجع السابق.

أ- مجال الضبط الاقتصادي:

في الحقيقة ليس من السهل تحديد مجال الضبط الاقتصادي في البداية، نظراً لتكريس المحتشم لقواعده التي لم يكن إلا في بعض القطاعات الاقتصادية التي تتصف بجانبها التقني المعقد، من أجل ضمان نوع من التوازن بين تكريس مبدأ المنافسة من جهة، و فكرة المحافظة على سير المرافق العامة بانتظام من جهة أخرى، لكن مع تكريس النظام الليبرالي و فتح الأسواق على المنافسة الحرة، بدأت تتسع فكرة الضبط في التكريس في مجالات عديدة، خاصة بعد تحرير العديد من المرافق العمومية التقليدية على المنافسة خاصة التقنية، تبعة إنشاء هيئات إدارية مستقلة تتولى مهمة ضبط هذه النشاطات الاقتصادية وتحقيق التوازنات بين فكرة المنافسة و تحرير المرافق العامة، لضمان الاستقرار و التوازن في السوق، هذا ما يستلزم قواعد وهيئات خاصة تضمن هذه التوازنات¹.

ب- أهداف الضبط الاقتصادي:

تهدف القوانين في مجملها إلى تنظيم الحياة داخل المجتمع مما يضمن العدالة و المساواة، لكن ارتباطها بمجال معين جعلها تحقق أهداف معينة، فقانون الضبط الاقتصادي في مجمله يهدف لمرافقة تحرير النشاط الاقتصادي وفتح الأسواق على المنافسة الحرة، الذي تبعة تحرير المرافق العمومية المحتكرة من طرف المتعامل التقليدي "الدولة" و انسحابها بشكل كلي من التسيير، و يبقى دورها في الرقابة لضمان المنافسة و حسن سير الأسواق، و بهذا تتمثل أهداف الضبط الاقتصادي فيهما فيما يلي:

¹ عيساوي عز الدين، المرجع السابق، ص 207.

- تكريس المنافسة الحرة في المجال الاقتصادي، عبر فتح القطاعات "المرافق العامة" الاقتصادية المحتكرة من طرف المتعامل التاريخي "الدولة" على المنافسة، وتضييق مجال الاحتكار في الحدود الطبيعية، خاصة في المجال الاتصال البيني والتنظيم الشبكي، مجال الكهرباء و الغاز، البريد و الاتصالات السلكية و اللاسلكية.....إلخ، عبر إدخال متعاملين اقتصاديين جدد في السوق.
- ضمان توازن السوق المفتوح على المنافسة، من خلال ضمان التوازنات العقدية بين المتعاقدين في الحقوق و الواجبات بين كل الفاعلين في السوق من جهة، وتحقيق المصالح العامة و الخاصة، مما يحقق العدالة و الشرعية.
- لكن المعنى الواسع لتوازن السوق، ينبغي ضمان حماية العلاقة العقدية، لضمان الاستقرار و الأمن التعاقدية، من خلال حماية السوق من كل أنواع الاختلالات سواء التعسفات أو الاحتكارات، التي تضمن حرية المنافسة و مقتضيات المرافق العامة، المتمثلة في التوفيق بين تحقيق المصالح العامة و الخاصة، إلا أن هذا المعنى للضبط عرف مراحل لتكريسه في الجزائر.

03-القوة القانونية لقواعد العقد في مواجهة قواعد الضبط:

تتمتع الهيئات الإدارية المستقلة المكلفة بضبط السوق، بسلطة واسعة استشارية تنظيمية رقابية وحتى قمعية، بالإضافة إلى سلطة سن القواعد العامة و المجرية ذات الطبيعة الآمرة، بحيث لا يمكن للأشخاص الطبيعيين و المعنويين خرقها، مما قد ينشئ التزامات و تمنح حقوق للأعوان الاقتصاديين، لكن لمعرفة مدى قوتها في مواجهة القواعد القانونية التي يصنعها العقد، حتى سمحت هذه الأخيرة بتدخلها لإعادة التوازن التعاقدية، ولهذا يجب اظهار القيمة التنظيمية للقواعد الضبط "أ"، في مواجهة قواعد العقد "ب".

أ- القيمة التنظيمية لقواعد الضبط:

يمنح القانون للهيئات الإدارية المستقلة في إطار أداء مهامها المتعلقة بضبط السوق المفتوح على المنافسة، خاصة بعد تكريسها دستوريا صلاحيات متنوعة استشارية تنظيمية رقابية و عقابية تمكنها من سن القواعد القانونية العامة و مجردة ذات طبيعة أمر، تنشئ التزامات و حقوق يجب التقيد بها، بحيث يتعرض كل من يتجرأ على مخالفتها للعقاب، إلا ان هذا الاختصاص في صناعة القواعد القانونية ليس مطلقا إذ يجب في بعض الأحيان الخضوع للمصادقة السلطة الرئاسية المتمثلة في الوزير المختص بالنشاط الاقتصادي، كمصادقة وزير المالية عن الأنظمة التي تصدرها لجنة تنظيم و مراقبة عمليات البورصة في إطار ضبط و تطوير سوق المصرفي¹.

أما بالنسبة للسلطة التنفيذية فقد حاول المشرع إبعادها عن التدخل في مهمة الضبط، حتي يسمح بتحقيق الانسحاب من النشاط الاقتصادي، مما يعطي شعورا بالارتياح لدى المتعاملين الاقتصاديين أن السوق حقيقة مفتوح على المنافسة، و يخضع لمراقبة الهيئات الإدارية المستقلة التي تضمن نوع من الاستقلالية و الحياد، وهذا ما أكده الفقيه **Chevallier** في دراسة قام بها حول رهانات إزالة التنظيم، أين لاحظ أن الهيئات الإدارية المستقلة تستخلف السلطة التنفيذية في جملة من المجالات الحساسة، واعتبرها ظاهرة لنقل مركز ممارسة السلطة التنظيمية، بحيث يظهر اللجوء إلى هذه الهيئات على أنها توزيع وتكريس لتعدد مراكز القرار و المسؤولية، غير أن تحويل هذه الهيئات الإدارية المستقلة (لجنة تنظيم و مراقبة عمليات البورصة و مجلس النقد و القرض) سلطة تنظيم عوض السلطة التنفيذية، قد يطرح مشكلا دستورية هذه الهيئات بالنظر إلى نص المادة 02/125 من دستور 1996² الذي سنعالجه لاحقا.

¹ أنظر المرسوم التنفيذي رقم 96-102 المؤرخ في 11 مارس 1996 يتعلق بتطبيق المادة 32 من المرسوم التشريعي 93-10 المؤرخ في 23 ماي 1993 يتعلق ببورصة القيم المنقولة، ج ر عدد 18 لسنة 1996.
² أنظر المادة 125 من دستور الجزائر لسنة 1996.

يعتبر المجلس الدستوري الفرنسي أول من أقر بالسلطة التنظيمية لهذه الهيئات الإدارية المستقلة في العديد من المرات، حيث استبعد الدفوع المثارة بشأن المادة 21 من دستور الفرنسي، والتي تخول السلطة التنظيمية لرئيس الحكومة، لكن حين نتسأل عن مدى دستورية هذه السلطة التنظيمية في الجزائر، وأن الدستور الجزائري لم يخول أي اختصاص تنظيمي لغير رئيس الحكومة، خاصة إذا علمنا أن أنظمة مجلس النقد و القرض لا تخضع لعملية التصديق من طرف الوزير، يبرر هذا من قبل فقهاء القانون و من بينهم الأستاذ زوايمية رشيد في أبحاثه عن مدى دستورية الهيئات الإدارية المستقلة، إذ لا يمكن إسناد الاختصاص التنظيمي للهيئات الإدارية المستقلة إلا باسترجاع فكرة التنازل عن السلطة، فيجب أولا الاعتراف الدستوري للهيئات المستقلة لتقبل السلطات المخولة لها¹.

نخلص من خلال هذا التحليل أن قانون الضبط الاقتصادي يعطي مقاربة جديدة لمصادر القانون و القاعدة القانونية، انطلاقا من أن الدولة التي كانت الفاعل الوحيد في إنشاء و صنع القانون، سواء من خلال سلطتها التشريعية أو التنفيذية، و لا تقبل أي مشاركة في ذلك من غير أجهزتها التنفيذية، لكن اليوم وبعد فكرة الانسحاب من السوق وعهد ضبطه إلى الهيئات الإدارية المستقلة، التي دسترة أغلبها في التعديل الدستوري الاخير لتجنب الإشكالات القانونية، لتتمكن من ممارسة هذه الصلاحيات وفق متطلبات ضبط النشاط الاقتصادي، لكن في إطار معين نسبي يضمن شرعيتها من جهة و تحقيق الأهداف المرجوة منها من جهة اخرى.

ب- القيمة القانونية لقواعد العقد في السوق:

قبل التطرق للقيمة القانونية التي يصنعها العقد، نحاول أن نقدم تعريفا قانونيا للعقد له يمكننا تحديد هذه القواعد ضمن النظرية العامة للعقد، إذ عرفته المادة 54 من ق.م على أنه " اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء

¹ عيساوي عز الدين، المرجع السابق، ص 209.

ما¹، و ينعقد مباشرة بتطابق الإيجاب و القبول نصت عليه المادة 59 من ق.م " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية"، ليخلص أن العقد هو اتفاق يهدف إلى إحداث آثار قانونية تتوافق مع النصوص القانونية، إلا أنها تعتبر قواعد شاملة غير محددة بشخص معين.

إلا أن الفقه اعتبر قواعد العقد مجرد أفكار فلسفية ناتجة عن معتقدات اجتماعية سادت في فترة معينة، نتيجة تأثر بالوازع الديني أو الأخلاقي حتى أصبح المتعاقدون يعتقدون أنها واجب ديني أخلاقي يجب الوفاء بها، تكرست تحت مفهوم مبدأ سلطان الإرادة الذي يطلق العنان للأفراد في حرية إنشاء العقود وتضمينها ما يشاؤون، تكون بمثابة شريعة و قانون بينهم و لا تنصرف إلى إلهما، الذي كرسه المشرع الجزائري من خلال المواد 60 و 106 من القانون المدني²، لكن التدخل المستمر في العلاقة التعاقدية سواء من المشرع أو القاضي لتوجيه و تطويع العقد وفق لمقتضيات الشرعية و العدالة، والتي تعتبر تعدي على مبدأ القوة الملزمة، شكك في القيمة القانونية لقواعد التي يصنعها هذا العقد، زيادة على الانتقادات التي تعرض لها مبدأ سلطان الإرادة نظرا لقصوره و عجزه في مواكبة التطورات الاقتصادية و التغيرات الاجتماعية، بعدما تراجعت الحرية التعاقدية و اختلت المراكز القانونية للمتعاقدين، كانت دافعا لتكريس قواعد الضبط الاقتصادي لإعادة هذا التوازن المفقود.

من خلال هذا يتجلى أن نظرية العامة للعقد صنعت قواعد قانونية كانت كفيلة لتحقيق التوازن التعاقدية، و الاستقرار القانوني في ظل المذهب الفردي، ووفق في ذلك نظرا لبساطة التعاملات الناتجة عن سهولة الحياة الاقتصادية، لكنها عجزت في ظل التحولات الاقتصادية و التغيرات الاجتماعية، خاضعة بعد الاختلال الظاهر للعلاقة العقدية، الذي كان دافعا لتدخل قواعد الضبط الاقتصادي ذات الطبيعة القانونية الآمرة، الصادرة عن السلطة العامة يجعلها تسمو

¹ أنظر المادة 54 من ق.م.

² أنظر المادتين 60 و 106 من ق.م.

على القواعد التي يصنعها العقد الناتجة عن إرادة المتعاقدين في احترام أفكار فلسفية أو واجب أخلاقي أو ديني، لنصل في الأخير إلى الإقرار بسمو القواعد القانونية التي يصنعها قانون الضبط الاقتصادي على القواعد التي يصنعها العقد، لكن ما يدفنا للتساؤل من جديد هل العلاقة بينهم علاقة تنافر و تضارب أدت إلى اضطراب و تراجع النظرية العامة للعقد، أم هي علاقة تعايش و تجاوب و تجدد و تكامل لإعادة التوازنات العقدية لضمان توازن السوق؟.

الفرع الثاني

ضرورة تجاوب و تعايش نظرية العقد مع فلسفة ضبط السوق

لقد استعصى على مبادئ النظرية العامة للعقد التعايش و التجاوب مع التوجهات الاقتصادية و الاجتماعية في زمن التوجيه و التخطيط الاقتصادي، من خلال تشديد الخناق على الحريات و المبادرات الفردية في ظل مفهوم الدولة المتدخلة، فالفرصة موجودة في ظل مفهوم الدولة الضابطة، أين تتلاقى الحريات التعاقدية و المبادرات الفردية مع الحريات الاقتصادية و التنافسية، بالإضافة إلى التوافق بين فلسفة الضبط و مبادئ النظرية العامة للعقد، مما يحتم تغليب فكرة التعايش أكثر من فكرة التنافر من خلال العديد من الأفكار التي نحاول بها تغليب التعايش، التي نستخلص في جانبين، الجانب الأول هو محاولة بعث خلفيات جديدة "أولاً"، أما الجانب الثاني هو السعي إلى تكييف تلك القواعد الجديدة مع النظرية العامة للعقد "ثانياً".

أولاً: بعث خلفيات جديدة:

إن تراجع مبادئ النظرية العامة للعقد لصالح قانون الضبط الاقتصادي، كان دافعا لسد قصورها و ضمان التوازنات العقدية في السوق، لكنه جعلها تواجه تحديات جديدة بفعل ظهور مصادر جديدة لقانون العقود، نتيجة تغلغل قواعد الضبط الاقتصادي ضمن مبادئ العقد، تلخصت في ظهور السلطات الإدارية المستقلة كمصدر جديد لقانون العقود (01)، لضمان المصلحة العامة (السوق) (02).

01-السلطات الإدارية مصدر جديد لقانون العقود:

إن اكتساح القواعد التي تصنعها سلطات الضبط الاقتصادية للعلاقة التعاقدية بكل مراحلها، أثناء ممارستها لوظائفها الضبطية على السوق المفتوح على المنافسة سمح بتطور وتجدد مصادر النظرية العامة للعقد، نتيجة التفاعلات القانونية بين مبادئه وقواعد الضبط الاقتصادي، بحيث دفع إلى بحث خلفيات جديدة و متعددة أهمها المرونة لأداء المهام الجديدة التي تحقق التوازن الذي يضمن حماية السوق و المنافسة¹، بحيث لم تعد الدولة هي الوحيدة في مجال صنع القانون بعدما تم دسترة السلطات الإدارية التي أصبحت تشارك الدولة في مجال صنع القاعدة القانونية.

وهذا ما يعني أن الدولة لم تعد الوحيدة في صنع القاعدة القانونية بعدما أصبحت تشاركها الهيئات الإدارية المستقلة لها في ذلك، من خلال تفويض الدولة اختصاصاتها العادية لتمكين من القيام بمهمة ضبط السوق المفتوح على المنافسة، و التدخل في العلاقة العقدية من خلال فكرة التعايش و المرونة بين النظرية العامة للعقد و فكرة الضبط كوجه جديد للتوجيه العقدي، أشار إليه الفقه و أكد عليها انطلاقاً من فكرة التخطيط ونظام الخطة وأسلوب النظام، الذي كان يتعارض مباشرة مع الحرية العقدية، أما في الوقت الراهن مع فكرة الضبط التي تتوافق فيها الحريات و المبادرات الفردية مع الحرية التعاقدية، إلا في حالة المساس بقواعد السوق أين يتم استبعاد هذه الحرية².

02-المصلحة العامة ضمن العقد: اتساع لمفهوم المصلحة

توالت التأكيدات الفقهية منذ وقت طويل على أن تداخل القانون العام و القانون الخاص، باسم العديد من الغايات إلى أن صار يتحدث عن فكرة المصلحة ضمن العقد، لكن ليس في نطاق القانون العام كما هو معلوم على فكرة المصلحة العامة، بل ظهور وتغلغل المصلحة العامة في نطاق

¹ M. Hervieu, op.cit, p 30 Et 31et .36.

² بعجي أحمد، المرجع السابق، ص 266.

القانون الخاص، أين أصبح هناك تلاق بين سلطات القاضي و سلطات الضبط المستقلة في عدة مجالات، التي تفرض بقوة في القانون الخاص للمصلحة العامة، بحيث أن تحليل العقد في القانون الخاص يطابق انسجام كبير مفهوم التطور الحديث للمفهوم المصلحة العامة في العقد، من جهة أخرى فإن فكرة تقسيم القانون العام و القانون الخاص، أو بين المجال الخاص و المجال العمومي، أصبحت فكرة نسبية بفعل تداخل فروع القانون فيما بينهما، التي أنتجت قانون الاستهلاك ، قانون المنافسة، قانون الأعمال... الخ، و التي يعبر عنها بالقوانين الاقتصادية، الناتجة عن تغلغل فروع القانون العام في الخاص و العكس صحيح، بحيث أن اغلب الفقه اعتبرها دافع لظهور القانون الاقتصادي الذي يعتبر قانون مختلط بين العام و الخاص، لإزالة الإبهام القانوني بين تداخل القوانين.

هذا التحليل ظهر بعد ظهور إيديولوجية و فلسفة السوق في النظام القانوني، لأن النموذج الجديد للسوق سهل من عملية التقارب بين المصلحة العامة و المصلحة الخاصة، وصار هناك انسجاما بين المصلحتين، و من جهة أخرى فإن هذه النتيجة تؤدي إلى مسعى آخر، و هي محاولة إدماج العقد ضمن المصلحة العامة وهو ما أراد تأكيده الأستاذ M.Mekki من خلال التركيز على بعض الآليات، منها شروط الصحة و الفعالية للعقد، كروابط للمصلحة فصحة العقد تكون بعد اختبار شكل المساواة، كما أعطى تعدد مصادر القانون القابلية لتعدد الفاعلين، التي ظهرت بصورة خاصة في سلطات الإدارية المستقلة عبر ما يسمى بالضبط العقدي، غير أنه في ظل تزايد الفاعلين في ضبط السوق الذي يؤدي لا محالة إلى عدم التوقع و الأمن القانوني، بفعل تدخل عدة هيئات سواء في إطار الرقابة السابقة و اللاحقة على المجال التعاقد¹.

¹ بعجي أحمد، المرجع السابق، ص 267.

ثانياً: التكيف مع القواعد الجديدة:

بعد الوظائف الجديدة التي أسندت للعقد لضمان ضبط السوق المفتوح على المنافسة الحرة، أصبح لبدا من البحث عن إمكانية تكيف مبادئ النظرية العامة للعقد مع قواعد المنافسة والضبط الاقتصادي، لإيجاد تعايش ملائم بينهم يتوافق مع مسعى النظام العام التنافسي (01)، غير أنه ليس ببعيد نظراً لتوافق قواعد الضبط والمنافسة مع النظرية العامة للعقد (02).

01- مسعى النظام العام التنافسي والضبطي:

بعدما أصبح الفقه يتحدث عن فكرة النظام العام التنافسي والضبطي، تبعا لفكرة تلازم قواعد المنافسة وقواعد الضبط، اللذان يشكلان صلب النظام العام الاقتصادي، الذي يدافع عن المنافسة وهي بدورها تعد قلب الضبط الحريص على احترام قواعد المنافسة ضمانا للحفاظ على النظام العام الاقتصادي، إذ يعتبر التأمين الأحسن للضبط الذي يحقق معه أحسن حماية للسوق، وأبعد من ذلك بأن هناك علاقة القوة بين القانون والاقتصاد، تتجسد في النظام العام الاقتصادي بمعنييه الحمائي والتوجيهي هذا الأخير يكون إما حارس الأسواق، نظام مرقى الأسواق، ونظام عام مهندس الأسواق، وفي كل الأحوال فهذا النظام العام يعاكس الحرية التعاقدية، كذا تطور المفهوم الاقتصادي مع بروز فكرة الضبط والمنافسة الذي يؤثر في طريقته وأسلوبه القانوني على تطور النظرية العامة للعقد.

أكد الفقه على التوافق الموجود بين قواعد العقد وقواعد الضبط والمنافسة داخل الأسواق، كون العقد الأداة التي يلجأ إليها لضبط السوق المفتوح على المنافسة، من خلال إقصاء الانفرادية في وضع القواعد القانونية - الذي كان في أسلوب المخطط والتوجيه - وإعطاء الضبط السلطة في القيام بالتكيفات المناسبة مع الاتفاقيات، ولأجل ذلك صار العقد وسيلة يستعملها المشرع لفتح

المنافسة في بعض الأسواق، وهنا صار التلاقي بين المتعاملين في السوق، كمسيرى الشبكة و العون الذي يحتاج لتنمية نشاطه¹.

من جهة أخرى، إن تأثير قواعد المنافسة على العقد دور كبير في توضيح العلاقة بين النظام العام الاقتصادي والحرية الاقتصادية كونهما مفهومين غير قابلين للفصل، لوجود رابط قوي بين النظام العام الاقتصادي والنظام العام التنافسي، فالوظيفة التنافسية للسوق هي أول مكمل للنظام العام الاقتصادي، تظهر بصورة خاصة في رقابة التركيزات والتجميعات، وهو ما ذهب إليه المجلس الدستوري ومجلس الدولة الفرنسي في العديد من القرارات التي في محتواها دائما عبارة (أن الأهداف تلتخص في الحفاظ على النظام العام الاقتصادي)، وكذلك الرقابة على عمليات التركيز من أجل (هدف تأمين الوظيفة التنافسية للسوق في القطاع المحدد) وأيضا (تحسين الوظيفة التنافسية في السوق)²، هذا الأمر يعد دافع لظهور قواعد جديدة ضمن العقد، سيتم عرضها و تناولها في مرحلة تنفيذ العقد خاصة من خلال تأثر مبدأ القوة الملزمة للعقد.

02-تغليب فكرة تعايش منطق المنافسة والضبط مع قانون العقود:

لقد اهتم جل الفقه في العصر الحديث بتأثيرات التي مست النظرية العامة للعقد، جراء التحولات الاقتصادية و التغييرات الاجتماعية و التطورات التكنولوجية، التي أدت إلى فتح الأسواق على المنافسة ومحاولة ضبطها عن طريق العقد، بحيث أصبح من الموضوعات الحديثة التي

¹ L. VILLABLANCA ép. Hecker, Nouvelles formes de régulation et marchés financiers. Étude de droit comparé, Thèse de doctorat en droit privé, Université Panthéon-Assas, 2013, p408

² « ... Si elle n'est pas la première à mentionner l'ordre public économique- décision n° 2011-126 QPC du 13 mai 2011, Société Système U Centrale Nationale et autre. , la décision n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012, Société Groupe Canal Plus et autre, est probablement la plus significative. Le Conseil constitutionnel rapproche« les objectifs de préservation de l'ordre public économique » et le contrôle des opérations de concentration qui a « pour objet d'assurer un fonctionnement concurrentiel du marché dans un secteur déterminé ». Le « fonctionnement concurrentiel du marché » apparaît comme la première composante de l'ordre public économique. Le juge s'approprie ainsi les termes de la loi selon laquelle l'Autorité de la concurrence « apporte son concours au fonctionnement concurrentiel des marchés aux échelons européen et international » et « peut également recommander au ministre [...] de mettre en œuvre les mesures nécessaires à l'amélioration du fonctionnement concurrentiel des marchés ». La décision du 12 octobre 2012 inaugure un courant jurisprudentiel qui n'a cessé de s'enrichir et dans lequel d'autres juges se sont rapidement inscrits. Le Conseil constitutionnel en a repris les termes et le Conseil d'État s'y réfère expressément... » Voir, Th. Pez, op.cit, p 45.

لقت نقاشات ثرية، نظرا للارتباط الوثيق بين المنافسة و الضبط الإقتصادي، الا انها حصرت في زاويتين:

الزاوية الأولى: أن قانون المنافسة اصبح مطلبا معاصرا ضمن النظام الاقتصادي بين الدول، و بالتالي تتأثر الأنظمة القانونية بهذا المسلك بما في ذلك نظام العقد و النظرية العامة للعقد.

الزاوية الثانية: يعبر قانون المنافسة عن نظام جديد لتنظيم السوق، مثله مثل العقد في خاصية تنظيم العلاقات التعاقدية، فبالنسبة للعقد هو تنظيم العلاقات بين الأفراد، أما بالنسبة لقانون المنافسة فهو وسيلة لتنظيم العلاقات بين المتنافسين و الفاعلين في السوق و بصورة عامة هو وسيلة لتنظيم السوق، و بالتالي يعبر هذا عن تلاقي طريقتين للتنظيم.

من هذه الزاوية، يرى الفقه أن قواعد قانون المنافسة تتعارض مع قواعد العقد، وذلك بالنظر لفلسفة كل نظام عن الآخر، خاصة فلسفة قانون المنافسة الذي يهدف بالدرجة الاولى للحفاظ على السوق، و من أجل ذلك فهو ليس بغني عن العقد، بل العقد وسيلة أساسية تدار بها قواعد السوق، وهو ما يشكل تعارضا واضحا بين أهداف المنافسة و العقد، الأول للمصلحة العامة و الثاني للمصلحة الخاصة أي مصلحة الأفراد¹.

لكن عند مقارنة قانون الضبط الاقتصادي بالنظرية العامة للعقد، نجد أن هذه الأخيرة بمثابة بناء فكري و ذهني يواجه قانون متجدد و متغير باستمرار، كما أنها تمتاز بميزتين أساسيتين الأمن القانوني و التنسيق بين القواعد، ما يعني أنها ليست جامدة بل قابلة للتكيف، مما يسهل اختراقها من جانب قواعد الضبط التي تتحرك باستمرار لتستوعب المتغيرات الخارجية، كما يعتبر العقد الرابط بين المنافسة و الضبط في السوق الواحدة أين تداخل قواعدهم من أجل تحقيق توازن هذا الأخير، هذه المميزات للعقد جعلت المشرع يلجأ إليه كأداة ممتازة لضبط السوق المفتوح على المنافسة، بمثابة اشغالات و مهام جديدة له.

¹ بعجي أحمد، المرجع السابق، ص 275.

المبحث الثاني

العقد أداة لضبط السوق: المهام الجديدة للعقد

إن تطور وظائف الدولة من المتدخلة إلى الضابطة صاحبه تطور مفهوم العقد ووظائفه، بحيث يعتبر أفضل وسيلة لدخول و التواجد في السوق من اجل إرساء توازنه، التي اعتمد عليها المشرع لضبط وتوجيه السوق المفتوح على المنافسة في ظل الدولة الضابطة، من خلال التدخل الإداري في العلاقة التعاقدية لاختيار المتعاقد الأفضل القادر على تنفيذ سياسة الدولة، الذي يستهدف البحث في صفة المتعاقد لمدى توفرها على الشروط الإدارية التي يتطلب توفرها مسبقاً، للحصول على الإعتمادات والرخص الإدارية التي تمكنه من ممارسة نشاط اقتصادي معين، و التي تعتبر بمثابة رقابة سابقة التعاقد، أو بما يعرف بالضبط السابق للسوق المفتوح على المنافسة الحرة (المطلب الأول).

لم يكتفي المشرع بالضبط السابق للسوق عن طريق التدخل الإداري في العلاقة التعاقدية لاختيار المتعاقد، عبر الرقابة التي فرضها على المتعاقدين بضرورة الحصول على الرخص و الإعتمادات و الرخص الإدارية للولوج إلى السوق التنافسية، بل توسع أكثر من ذلك من خلال مرافقة العملية التعاقدية في مرحلة ما بعد الدخول إلى السوق، لضمان عدم تجاوز مقتضيات السوق و المنافسة الحرة، وتحقيق الأهداف المنشودة من خلال التدخل المرن لسلطات الضبط المستقلة، الذي يضمن توازن المصالح و مقتضيات توازن السوق المفتوح على المنافسة، من خلال آلياتها المتنوعة تنظيمية، تحقيقية وعقابية، تضمن مهمة الضبط اللاحق للسوق (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الضبط السابق للسوق: تدخل إداري لاختيار المتعاقد الأفضل

ترتب على تبني النظام الليبرالي وتكريس مفهوم الدولة الضابطة، فتح الأسواق على المنافسة الحرة و الاقتصار على ضبطها وفق مقتضيات النظام العام التنافسي، من خلال إنشاء هيئات عمومية جديدة تسمى سلطات الضبط الاقتصادية التي تختلف عن الهيئات العمومية التقليدية في تنظيمها و تسييرها، نظرا لتمتعها بسلطات واسعة تنظيمية استشارية تحكيمية وحتى عقابية، تمكنها من أداء وظائفها بكل مرونة وسلسلة بنوع من الاستقلالية والحيادية، معتمدة في ذلك على العقد الذي يعتبر أهم الوسائل للدخول و التواجد في السوق، مما يسمح بالتدخل المسبق في العلاقة التعاقدية لفرض شروط و إجراءات إدارية تكون بمثابة أركان جديدة لصحة للعقد، للحصول على ترخيص مسبق بالتقاعد والدخول إلى السوق التنافسية، تكون في شكل رخص إدارية (الفرع الأول)، أو تدخل إداري مباشر او غير مباشر (الفرع الثاني).

الفرع الأول

آليات الضبط السابق للسوق (الرخص الإدارية)

تعتبر الرخص الإدارية آليات قانونية إدارية يمنحها المشرع للهيئات الإدارية المستقلة من أجل أداء مهمة ضبط السوق، بحيث يمكن لهذه الأخيرة فرض شروط وإجراءات إدارية صارمة سابقة على المتعاملين الاقتصاديين الراغبين بممارسة نشاط اقتصادي معين، ما يمكنها من الاطلاع على وضعيتهم مسبقا و تأكد من قدرتهم على تنفيذ التزاماتهم التعاقدية لضمان تنفيذ السياسة التوجيهية للدولة، لكن هذه الرخص لتكون وفق الشرعية يجب أن تراعى فيها الحقوق والحريات بما يتوافق مع مقتضيات النظام العام التنافسي و الضبطي، ولهذا وجب تحديد مدلول الرخص الإدارية "أولا"، ثم مرادفاتها "ثانيا".

أولاً: مدلول الرخص الإدارية:

لا يمكن إعطاء مفهوم الرخص الإدارية بدقة، في ظل تنوع الإدارات والهيئات المصدرة لها، والمجالات والأهداف الواسعة التي تهدف إلى تحقيقها، ولذلك سنحاول أن نتطرق إلى عدة تعريفات للخروج بتعرف شامل مانع لهذه الرخص الإدارية منها:

- " نظام الرخصة هو الوسيلة المعتمدة لتمكين الإدارة من مراقبة النشاطات الخطيرة و التحكم في مستعملي هذه النشاطات"، ويقصد بذلك أن هذه الرخص تصدر كأداة رقابة على استعمال المواد الخطيرة¹.
- " الترخيص وسيلة من وسائل تدخل الدولة في ممارسة النشاط الفردي للوقاية مما قد ينشأ عنه من ضرر، و ذلك بتمكين الهيئات الإدارية بفرض ما تراه ملائماً من أجل أخذ الاحتياطات التي من شأنها تجنب هذا الضرر، أو رفض الإذن بممارسة النشاط إذا كان لا يكفي للوقاية منه اتخاذ الاحتياطات المذكورة أو كان غير مستوف للشروط التي قررها المشرع سلفاً"²، هنا عرف الترخيص وفقاً لهدفه و هو الوقاية مما قد ينشأ من ضرر منه.
- " الترخيص هو إجراء يمكن للإدارة من خلاله أن تمارس رقابة صارمة على بعض الأنشطة، حيث تخضع هذه الأخيرة إلى دراسة مدققة و مفصلة من أجل الحصول على الترخيص بممارسة النشاط"³، بحيث يعتبر وفق هذا التعريف وسيلة للمراقبة على نشاط معين.
- " الترخيص إجراء بوليسي وقائي يقوم على السلطة الضابطة، و مقرر لوقاية الدولة و الأفراد من الأضرار التي قد تنشأ عن ممارسة الحريات و الحقوق الفردية، أو لوقاية النشاط الفردي

¹ سعيدان علي، حماية البيئة من التلوث بالمواد الإشعاعية و الكيماوية في القانون الجزائري، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص 280.

² العزاوي عبد الرحمان، الرخص الإدارية في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، سنة 2007، ص 280.

³ شاكي عبد القادر، التنظيم البنكي الجزائري في ظل اقتصاد السوق، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص قانون أعمال، جامعة الجزائر، 2003، ص 57.

- نفسه مما قد يعوق تقدمه فيما لو ترك دون تنظيم، ولهذا السبب يعتبر نظاما ضروريا وذلك لأن الحرية التي تمارس في ظل النظام العقابي فقط قد تؤدي إلى وضعية كارثية اجتماعية"¹.
- " الترخيص أيضا الإذن الصادر من الإدارة المختصة بممارسة نشاط معين لا يجوز ممارسته بغير هذا الإذن، و تقوم الإدارة بمنح هذا الترخيص إذا توفرت الشروط اللازمة التي يحددها القانون، و تكاد تقتصر سلطتها التقديرية على التحقق من توفر هذه الشروط و اختيار الوقت المناسب لإصدار هذا الترخيص"²، بمعنى حق لطالبه متى توفرت الشروط القانونية المطلوبة.
- " الترخيص الإداري هو عمل إداري يتخذ شكل القرار الإداري باعتباره عملا إداريا أحادي الطرف صادر أصلا بموجب تأهيل تشريعي من جهة إدارية سواء من سلطات إدارية أو من منظمات أو هيئات، بحيث يتوقف على منحه أو تسليمه على توفر شروط معينة، بعد دراسة هذه الأخير للطلب"³.
- يعتبر الترخيص الإداري قرار إداري فردي يخاطب فرد معين أو مجموعة من الأفراد بذاتهم، وبهذا يتميز الترخيص الإداري عن العقد الإداري، في أن الترخيص الإداري لا تظهر فيه إلا إرادة الإدارة وحدها، و يقتصر دور طالب الترخيص على تقديم الطلب و الانتظار قبول أو رفض الإدارة، في حين أن العقد هو تلاقي و توافق لإرادتين في التعاقد.
- من خلال هذه التعريفات يتجلى أن الترخيص الإداري قرار إداري فردي، تصدره جهة إدارية أو شبه إدارية مختصة بمنح طالبه إمكانية ممارسة تلك الحرية أو النشاط المرخص به بعد حظر جزئي أو مؤقت أو تقييد، ذو طابع الزامي مما يضمن تنفيذه في ظل الشرعية،

¹ عادل السعيد محمد أبو الخير، الضبط الإداري و حدوده، ب ط، الهيئة العامة للكتاب، مصر، 1995، ص 224.

² ماجد راغب الحلو، قانون حماية البيئة في ضوء الشريعة، د ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص 138.

³ جديد حنان، الرخص الإدارية و دورها في الضبط الإقتصادي، أطروحة دكتوراه في القانون العام الإقتصادي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة غرداية، سنة 2017/2018، ص 16.

لكن من جهة أخرى يكون عليه انعكاسات على العلاقة العقدية يتراجع معها فلسفة مبدأ سلطان الإرادة.

ثانياً: مفردات مستخدمة للدلالة عن الرخص الإدارية:

الرخص الإدارية في القانون هي عمل إداري تصدره الإدارة بإرادتها المنفردة، يكون بمثابة إذن لطالبه بممارسة نشاط اقتصادي معين، لكن الإدارة قد تستعمل مصطلحات ومفردات متنوعة ومختلفة بتنوع واختلاف مجالاتها وأهدافها وحتى الهيئات الإدارية التي تصدرها، لكن المشرع أوجزها تحت مفهوم الرخص الإدارية منها ما يلي:

01- الترخيص أو الرخصة الإدارية:

يقابل كلمة الترخيص أو الرخصة في اللغة الفرنسية **autorisation , permis** ، وهي الأكثر استعمالاً في المجال الإداري، إذ يعتبر تقنية قانونية أو تدير يتخذ قبل ممارسة نشاط معين، عبر تقديم طلب بالإذن لسلطة المختصة التي يجيز لها القانون تقدير هذا الطلب، في منح الرخصة أو عدم منحها، وقد استعمال هذا المصطلح في عدة مجالات منها ما جاء في المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 306/15 المتعلق بتنظيم رخص الإستاد والتصدير، التي تسلمها القطاعات الوزارية المعنية بناء على طلب مرفوق بوثائق يثبت مطابقة المنتوجات والبضائع حسب طبيعتها، وكذا الوضعية القانونية للمتعاملين الاقتصاديين¹.

أيضاً في محتوى المادة 64 من القانون 03-2000 "يمنح الترخيص لكل شخص طبيعي أو معنوي يلتزم باحترام الشروط التي تحددها سلطة الضبط والتي يمكن وفقها إنشاء أو استغلال أو تقديم الخدمات الخاضعة لنظام الترخيص"²، التي تدل على أن الدخول إلى سوق البريد و

¹ أنظر المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 306/15، المؤرخ في 09 ديسمبر 2015، الذي يحدد شروط و كفاءات تطبيق أنظمة رخص الإستراد أو التصدير للمنتوجات والبضائع، ج. ر. ج. ج. عدد 66، صادرة في 09 ديسمبر 2015.

² أنظر المادة 64 من القانون 04/18 المرجع السابق.

الاتصالات الالكترونية لا يتم إلا بعد الحصول على رخصة أو ترخيص مسبق من قبل سلطة ضبط البريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية (قانون ملغي)، مما يتبين أن المشرع الجزائري استعمل المصطلحين معا سواء الرخصة و الترخيص، غير أنه أخضع كل نوع من النشاطات لنظام معين و مجال معين، كقطاع البريد و المواصلات الذي أستعمل فيه المصطلحين معا.

02- الاعتماد

يقصد بالاعتماد " الموافقة المسبقة التي يتحصل عليها الشخص من الإدارة، والتي من خلالها يمكن للأشخاص تحقيق المشاريع الاقتصادية و استفادتهم من نظام مالي أو ضريبي متميز"¹، غير أن الاعتماد يختلف عن الترخيص بحيث أن هذا الأخير إجراء يسمح بممارسة نشاط معين دون أن يمتاز صاحبه من امتيازات خاصة سواء كانت جبائية أو قانونية، عكس الاعتماد الذي يستفيد صاحبه منهم.

إلا أنه لا يمكن منح الاعتماد إلا بعد توفر شروط مسبقة، و للإدارة كامل الحق في أن تسحبه في حالة عدم احترام هذه الشروط، التي يقتضي منها تحقيق مقتضيات المصلحة العامة²، و بهذا يكون الاعتماد صورة من صور الترخيص الإداري، إذ يستعمل كرخصة في يد السلطة الإدارية لضبط مشاركة المبادرات الخاصة في تنفيذ سياسة اقتصادية معينة، مثل ما جاء في المادة 41 من القانون 03-2000 الملغي بالقانون 04/18 يخضع للاعتماد المسبق كل تجهيز مطرفي أو منشأة لا سلكية كهربائية مخصص لأن يكون:

- موصولا بشبكة عمومية للمواصلات السلكية.
- مخصصا للبيع أو معروض للبيع.

¹ بن مدخن ليلي، تأثير النظام المصرفي على حركة الإستثمار في الجزائر، شهادة ماجستير في القانون تخصص قانون الإصلاحات الاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة جيجل، سنة 2007، ص 34 .

² عديش ليلي، إختصاص منح الإعتماد لدى السلطات الإدارية المستقلة، مذكرة ماجستير في القانون تخصص تحولات الدولة، جامعة تيزي وزو، 2010، ص 15.

- موزعا على أساس مجاني أو بمقابل أو أن يكون موضوع إشهار.

كما أن الاعتماد الذي يمنح من قبل سلطات الضبط الاقتصادية، أو من قبل مخبر تجارب و قياسات معتمدة قانونا من طرف هذه السلطة وفق شروط محددة عن طريق التنظيم¹، كما يستعمل في شكل الترخيص الإداري قبل ممارسة بعض الأنشطة المنظمة، مثل قطاع التبغ الذي يتم الاعتماد من طرف الوزير المكلف بالمالية، بحيث أصبح هذا الأخير المختص بمنح الاعتماد حسب قانون المالية التكميلي لسنة 2009²، بعدما كانت تمنحها سلطة ضبط التبغ و المواد التبغية بموجب المرسوم التنفيذي رقم 331/04 المتضمن تنظيم نشاطات صنع المواد التبغية و سأترادها و توزيعها³.

03- البطاقة المهنية

تعتبر البطاقة المهنية من الرخص الإدارية لممارسة و احتراف مهنة معينة، حيث تتميز عن الترخيص و الاعتماد كونها لا تربط الشخص بطريقة تعاقدية أو تنظيمية، مثلا البطاقات المهنية الخاصة بالعمال، فالمهنة في هذه الحالة تمارس بصفة حرة و مستقلة الغرض منها تنظيم ممارسة النشاطات و مراقبتها على نحو يكفل مشروعية هذه الممارسات، حيث كرسها المشرع الجزائري في المرسوم التشريعي رقم 10/93⁴، حيث يمكن للمسير أو مجلس الإدارة لكل وسيط في عمليات البورصة أن يؤهل أعوانا أكفاء من بين مستخدميهم لإجراءات المفاوضات الخاصة بالقيم المنقولة في البورصة و يسجلون لدى لجنة تنظيم عمليات البورصة و مراقبتها و تسلمهم بطاقات مهنية، حيث

¹ أنظر المادة 41 من القانون 04/18، المرجع السابق.

² أنظر المادة 19 التي تعدل المادة 298 من قانون الضرائب الغير مباشرة، للأمر 01/09 المؤرخ في 22 جويلية 2009، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج. ر. ج. ج.، عدد 44، صادرة في 26 جويلية 2009، ص 08.

³ المرسوم التنفيذي رقم 331/04، المؤرخ في 18 أكتوبر 2004، المتضمن تنظيم نشاطات صنع المواد التبغية و إسترادها و توزيعها، ج. ر. ج. ج.، عدد 66، الصادرة في 20 أكتوبر 2004.

⁴ المرسوم التشريعي 10/93 المتعلق ببورصة القيم المنقولة، المؤرخ في 23 ماي 1993، ج. ر. ج. ج.، عدد 34، صادر في 23 ماي 1993، المعدل و المتمم بموجب الأمر رقم 10/96 المؤرخ في 10 جانفي 1996، ج. ر. ج. ج.، عدد 03، صادر في 14 جانفي 1996، المعدل و المتمم بموجب القانون 04/03، المؤرخ في 17 فيفري 2003، ج. ر. ج. ج.، عدد 11، صادر في 19 فيفري 2003.

حدد التنظيم الشروط الواجب توفرها في الأعوان المؤهلين، لئتم تسجيلهم للقيام بتداول القيم المنقولة في البورصة¹، فالطلب الذي يقدم للجنة تنظيم عمليات البورصة و مراقبتها و الذي يكون عن طريق الوسطاء في عمليات البورصة لا بد أن يدرس من قبل اللجنة و أن تتوفر في مقدم الطلب جميع الشروط التي حددها التنظيم لئتم بعد ذلك تسليم هذه البطاقات التي تعتبر بمثابة رخصة للممارسة هذه المهنة.

04- الإجازة

أيضا تعتبر الإجازة ترخيص مسبق لازم لممارسة أنشطة تجارية و صناعية أو مهنية خاصة معينة، من أجل مراقبة نوعية و كمية المواد لاسيما في مجال استيراد و تصدير بعض السلع التي يندرج الإتجار ضمن التجارة المنظمة²، بحيث يستعمل هذا الترخيص في ممارسة بعض الأنشطة المرعبة كاستغلال النقل بواسطة سيارات الأجرة، الذي يخضع للحصول المسبق لرخصة الاستغلال حددها المرسوم التنفيذي رقم 320/12³، الذي يضمن تنظيم النقل بواسطة سيارات الأجرة.

يتضح أن المشرع الجزائري قد استعمل مصطلح الإجازة "licence" الخاصة باستغلال خدمة سيارة الأجرة التي تسلم من قبل الوالي المختص إقليميا وفقا للإجراءات التي تقررها في هذا المجال لجنة الولاية المكلفة بحماية المجاهدين.

¹ أنظر النظام 02/97 الخاص بلجنة تنظيم عمليات البورصة و مراقبتها، المؤرخ في 18 نوفمبر 1997، المتعلق بشروط تسجيل الأعوان المؤهلين للقيام بتداول القيم المنقولة في البورصة، ج. ر. ج. ج.، عدد 87، صادر بتاريخ 19 فيفري 2003.

² العزاوي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 179.

³ المرسوم التنفيذي رقم 320/12، المؤرخ في 24 ماي 2012، المتضمن تنظيم النقل بواسطة سيارات الأجرة، ج. ر. ج. ج.، عدد 33، صادرة في 06 رجب 1433، الموافق لـ 27 ماي 2012.

05- التأشيرة

التأشيرة مصطلح تستعمله الإدارة للتوقيع على القرار الإداري أو المستند الإداري و يدماغن به للمصادقة وإضفاء القيمة القانونية عليهما، وقد توسع هذا المصطلح في حالات كثيرة في مجال النشاط الاقتصادي، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 2/02 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 01 أوت 2004 المحدد لشروط و كفيات اقتناء المواد و المنتجات الكيميائية الخطيرة من أنه ".....يخضع اقتناء المواد و المنتجات الكيميائية الخطرة من السوق الخارجية لتأشيرة تعدها الوزارة المكلفة بالطاقة و المناجم بعد رأي المصالح المكلفة بالصناعة"¹، و في مجال البورصة تختص لجنة تنظيم و مراقبة عمليات البورصة بفرض التأشيرة، تمارس من خلال اللجنة رقابة دخول سوق القيم المنقولة حيث أن كل شركة أو مؤسسة عمومية تصدر القيم المنقولة بالتجائها إلى التوفير علنا أن تنشر قبل ذلك مذكرة لإعلام الجمهور مشروع هذه المذكرة يخضع للتأشيرة المسبقة التي من خلالها تحوز المذكرة على إمكانية النشر بحيث أن اللجنة تقوم بدراسة هذا المشروع و يمكن لها طلب توضيحات أو تبريرات فيما يخص المعلومات الواردة في المذكرة، كما أن ترفض التأشير على المذكرة².

من هنا فإن هذه التقنية عندما تدخل في مجال الضبط الاقتصادي، تعتبر إجراء رقابي وقائي قبلي على نشاطات الافراد بما في ذلك مجال العقود التي تعتبر الوسيلة الأولى للدخول إلى السوق، كما إن جل هذه المفردات تدل على الحصول على ترخيص أو اعتماد مسبق من اجل ممارسة نشاط معين، مما جعل الفقه يدرجها تحت عنوان الرخص والإعتمادات الإدارية، كانت سبب في توسع التدخل الإداري في العقود.

¹ العزاوي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 181.

² أنظر المادة 41 و 42 من المرسوم التشريعي رقم 10 /93 المتعلق ببورصة القيم المنقولة، المؤرخ في 23 ماي 1993، المعدل و المتمم.

الفرع الثاني

التدخل الإداري في العقد

كان لجوء الدولة الضابطة للأسلوب الإداري ضمن العلاقة التعاقدية أثر كبير على العقد، خاصة في مرحلة تكوينه أين أصبحت تتطلب شروط وإجراءات معقدة، يهدف من ورائها المشرع لضمان التوازنات في السوق وتحقيق المصالح المتضاربة سواء كانت عامة أو خاصة، تتوافق مع مقتضيات النظام العام الاقتصادي التنافسي والضبطي "أولاً"، بالاعتماد على ضبط صفة التعاقد وتحديداتها من خلال تقييد الحصول عليها لضمان انتقاء المتعاقد الأفضل والمناسب القادر على تنفيذ واجباته "ثانياً"، عبر مراقبة مدى مطابقة سلوكيات المتعاقد لمقتضيات السوق الحر "ثالثاً".

أولاً: التقييد بالإجراءات الإدارية قبل التعاقد: ضمان للهدف العام الاقتصادي

إن استعمال الدولة للعقد لضبط السوق المفتوح على المنافسة، جعل القانون العام يكتسح القانون الخاص جراء الاعتماد على الأسلوب الإداري الذي يعتمد على الاجراءات المعقدة للحصول على الرخص والإتمادات لممارسة نشاط اقتصادي، وبذلك أصبح العقد الخاص كالعقد الإداري يحمل في مقتضياته الوظائف الجديدة في توجيه النشاط الاقتصادي بما يتوافق مقتضيات النظام العام التنافسي، حتى تضمن إضفاء الشرعية على العملية التعاقدية من جهة (01)، و حماية السوق والمصلحة العامة من جهة أخرى (02).

01-التدخل الإداري في العقد: إضفاء للشرعية

بعد تحول وظيفة الدولة من المتدخلة إلى الضابطة، أصبح الاهتمام الأول ضبط التعاملات الاقتصادية في السوق المفتوح على المنافسة، بأسلوب إداري يضمن المصلحة العامة ويضفي الشرعية، التي كانت دافع لتحرير المرافق العامة الاقتصادية، لكن بالخضوع للمتعاملين الاقتصاديين

الراغبين في الدخول إلى السوق التنافسية لشروط خاصة، من أجل إختيار المتعاقد المناسب و الأفضل القادر على مقتضيات السياسة الاقتصادية للدولة¹.

كذلك أقر المشرع الجزائري على إلزام المتعاقد الحصول على الرخص الإدارية "رخصة، اعتماد..."، كشرط ضروري قبل مباشرة بعض الأنشطة الاقتصادية ذات طابع استراتيجي بالنسبة للدولة، من أجل التأكد من صفة المتعاقد و مؤهلاته التي تمكنه من تنفيذ التزاماته و واجباته التعاقدية، حتى يضمن تنفيذ العقد و تحقيق الفعالية اللازمة منه، قصد ضمان المصلحة العامة و عدم عرقلة سير المرافق العامة في تلبية حاجيات المجتمع، ولهذا تعتبر الرخص الإدارية المسبقة بمثابة رقابة سابقة للدخول إلى السوق و ممارسة النشاط الاقتصادي².

وكمثال عن هذه الرخص الإدارية في مجال التأمين التي تأخذ شكل اعتماد في يد الدولة لمراقبة و ضبط هذا المجال، الحصول على الاعتماد المسبق من طرف وزير المالية من أجل إنشاء شركات التأمين و إعادة التأمين³، الذي يتطلب شروط تحددها المادة 218 من الأمر رقم 07/95 "يسلم الاعتماد المنشأ بموجب المادة من نفس الأمر، بقرار من الوزير المكلف بالمالية، بعد إبداء رأي (المجلس الوطني للتأمينات...)"، الذي يسلمه الوزير بعد توفر الشروط و رأي المجلس الوطني للتأمينات⁴.

كذا ممارسة النشاط المصرفي الذي نظمه المشرع الجزائري، من خلال إتباع إجراءات إدارية صارمة، تفرض تطلب توفر شروط معينة من أجل الحصول على الترخيص أو الاعتماد بممارسة هذا النوع من النشاط، حددتها المواد من المادة 82 إلى غاية المادة 91 من ق.ن.ق، التي اعتبرت أن الاعتماد قرار إداري صادر عن هيئة إدارية مركزية تتمثل في مجلس النقد و القرض، بغرض إنشاء البنوك و المؤسسات المالية، التي لا تمارس العمليات المصرفية إلا بعد

¹ بو جملين وليد، المرجع السابق، ص ص 121-122.

² دومة نعيمة، النشاطات المقننة في الجزائر، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر-1، سنة 2016/2015، ص 42.

³ فاضل خديجة، عيممة العقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر-1، سنة 2015/2014، ص 94.

⁴ بعجي أحمد، المرجع السابق، ص 280.

اكتساب صفة المصرف¹، إلا أن البعض يرى أن هذا إجراء أولي يتبعه الحصول على الاعتماد الصادر من محافظ بنك الجزائر، بعد استفتاء شروط منحه المتعلقة بالتسجيل البنك ضمن قائمة البنوك².

كما فرض أيضا المشرع الجزائري التراخيص الإدارية لممارسة بعض الأنشطة الاقتصادية، والتي تعد آلية رقابة مسبقة لضمان فتح المرافق الاقتصادية ذات الطابع الاستراتيجي والحيوي على المنافسة، من أجل تحقيق المصلحة العامة من جهة وحماية الاقتصاد الوطني من جهة أخرى، أدت إلى تعقيد مرحلة تكوين العقد بحيث أصبحت أكثر تنظيم، فمثلا نجد المشرع الجزائري من أجل تنظيم النشاط المصرفي شدد من الرقابة للدخول إلى السوق المصرفي، بحيث أصبح لاكتساب صفة المصرف ضرورة المرور بمرحلتين، الأولى الحصول على الترخيص بإنشاء المصرف والثانية الاعتماد لمباشرة العمليات المصرفية، التي تعتبر مرحلة إبرام العقد³، اين أصبحت أكثر تعقيدا من خلال التدخل التنظيم الإداري.

لكن يشترط في هذا التدخل المسبق في العلاقة العقدية الذي يهدف إلى تنظيم وتوجيه السوق، أن يكون وفقا لقواعد الشرعية التي تضمن فيه حماية المصالح كانت عامة أو خاصة، من خلال حصر هذه الهيئات والسلطات الإدارية المؤهلة لممارسة هذا التنظيم المسبق للتعاقد وفقا للمقتضيات الدستورية، لأنه قد يمس وتحد من الحريات الفردية التي تضمنها أغلب القوانين و الدساتير، كما يجب على الإدارة من خلالها التأكد من أن الترخيص بالتعاقد سيحقق المصلحة العامة بأبعادها الاقتصادية والاجتماعية والسياسية من جهة، وضبط السابق للسوق من جهة أخرى⁴.

1 شامي ليندة، الإلتئان المصرفي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر-1، سنة 2010/2011، ص38.
2 تفاصيل أكثر أنضر المقرر رقم 01/16، المؤرخ في 22 ربيع الأول 1437 الموافق لـ 03 يناير 2016، ج.ر. ج. ج.، عدد 28، يتضمن نشر قائمة البنوك وقائمة المؤسسات المالية المعتمدة في الجزائر، وعلى سبيل المثال الملحق الاول يتضمن قائمة البنوك المعتمدة إلى غاية 03 يناير 2016، و الملحق الثاني يتضمن قائمة المؤسسات المالية المعتمدة إلى غاية 03 يناير 2016.

3 شامي ليندة، المرجع السابق، ص 41.

4 العزاوي عبد الرحمان، المرجع السابق ص 07.

02- التدخل الإداري في العقد: ضمان للمصلحة العامة

يبرر أغلب الفقه شرعية التدخل الإداري من قبل الهيئات المستقلة في العلاقة العقدية لأنها تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، عبر الأسلوب المرن الذي تمتاز به هذه الهيئات الإدارية المستقلة، لمسيرة التغيرات الاجتماعية والتطورات الاقتصادية، قصد بلوغ الأهداف الاقتصادية والاجتماعية وحتى السياسية، وبهذا لم يعد للأفراد السلطة الوحيدة لوضع القانون العقدي، إذ أصبحت سلطة أعلى من سلطة المتعاقدين تتمثل في سلطات الضبط الاقتصادي التي تشارك في وضع شروط التعاقد، عبر التدخل الإداري في فرض إجراءات الرخص الإدارية لمراقبة الدخول إلى السوق، التي تنسم بالقوة الآمرة للقواعد القانونية و الإلزامية لتمتعها بامتيازات السلطة العامة لتحقيق المصلحة العامة¹.

من بين أهم التطبيقات والأمثلة عن هذا التدخل الإداري لهذه الهيئات الإدارية المستقلة في العلاقة العقدية، الإجراءات الإدارية للحصول على الرخص الإدارية لإنشاء شركات التأمين أو إعادة التأمين، التي تتوقف على الحصول المسبق لمباشرة هذا النشاط، التي تتأكد الإدارة من خلالها على أن شركة التأمين قادرة على ممارسة النشاط التأميني للأشخاص سواء الطبيعيين أو المعنويين، كذلك ما نصت عليه المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 18/09 المؤرخ في 20 يناير 2009 المحدد لتنظيم المتعلق بممارسة مهنة الوكيل العقاري على أنه " تخضع ممارسة مهنة الوكيل العقاري للحصول المسبق على الاعتماد..."، في العقود المتعلقة بالترقية العقارية التي تعتبر تحقيق المصلحة العامة من جهة، و ضمان للمستفيد و المتعاقد الآخر وبهذا تحقيق المصلحة الاجتماعية².

¹ العزاوي عبد الرحمان، المرجع نفسه، ص 02.

² نساخ فاطمة، الوظيفة الاجتماعية للعقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر-1، سنة 2013/2012، ص

لكن تزايد هذا التدخل الإداري من قبل هذه الهيئات في العلاقة العقدية بغرض الصحة العامة، اعتبره بعض الفقه تراجع لقواعد العقد لصالح القانون العام أو القانون الإداري¹، بحيث أصبح العقد موجهاً و منظماً بشروط وإجراءات إدارية مسبقة، أدت إلى تراجع فلسفة مبدأ سلطان الإرادة القائم على حرية المتعاقدين في إنشاء العقود و تضمينها ما يشاؤون من التزامات تحقق مصالحهم الخاصة، لصالح قانون الضبط الذي يهدف لمصلحة العامة وتقديمها المصلحة الخاصة للأفراد²، لكن من جهة أخرى اعتبر بعض الفقه هذا التدخل الإداري في العلاقة العقدية دافع لتطور وازدهار العقد في صورته الحديثة، بعد التجاوب و التعايش مع فكرة الضبط الاقتصادي بعد بعث خلفيات جديدة ضمن قواعد و مبادئ العقد³.

ثانياً: تقييد صفة المتعاقد: انتقاء للمتعاقد الأفضل و ضمان للتنافسية داخل السوق

يهدف المشرع من خلال التدخل الإداري في العلاقة العقدية بفرض شروط و إجراءات إدارية معقدة و صارمة على المتعاقدين، حتى يتمكنوا من الحصول على الرخص الإدارية و الإعتمادات، على حرصه الشديد في التحري في صفة المتعاقد حتى يتمكن من اختيار المتعاقد الأفضل المناسب القادر على تنفيذ واجباته و التزاماته، بما يضمن تنفيذ سياسة الدولة الضابطة و تحقيق أهدافها، ولهذا وجب أولاً تحديد مفهوم صفة المتعاقد (01)، حتى يمكن حصرها (02).

02- تحديد مفهوم صفة المتعاقد

حرص المشرع الجزائري كل الحرص على التحري الجيد لصفة المتعاقد، لأنه لا يريد التوسع فيها وإنما يريد تحديدها في فئات معينة، يرجي منها تنفيذ واجباتها التعاقدية، لكن ينبغي لتحديد المفهوم القانوني لصفة المتعاقد و هذه الفئات التطرق إلى التعريفات الفقهية و القانونية لصفة

¹ H. Dannouni-Bancheikh El Hocine, Droit public et droit privé quelques aspects de l'évolution de la législation algérienne, R.A.S.J.E.P, 1991- N° 1 .p81.

² L.Josserand, Aperçu Général des tendances Actuelles La Thorie Des contrats, RTD civ, 1937. p29.

³ فاضل خديجة، المرجع السابق، ص 04.

المتعاقد "أ"، حتى يتمكن من التفصيل في نوعية هذه الصفة "ب"، لاختيار صفة المتعاقد الأفضل داخل السوق "ج".

أ- تعريف صفة المتعاقد:

لجأ المشرع الجزائري لتعريف صفة المتعاقد لما لها خصوصية وأهمية ضبط ممارسة الأنشطة الاقتصادية، بحيث تعتبر وسيلة يمكن من خلالها التفرقة بين المتعاقدين المؤهلين و الغير مؤهلين لممارسة بعض النشاطات الاقتصادية الاستراتيجية، بأسلوب إداري يسمح بمعرفة مسبقة لمؤهلات المتعاقدين، من خلال قدرتهم على استقاء الشروط المطلوبة مسبقا، التي تحدد مدى إمكانياتهم في تنفيذ التزاماتهم لضمان تنفيذ السياسة الاقتصادية للدولة الضابطة، نذكر كمثال عن صفة تعاقدية التي حددها المشرع في مجال الاتصالات التي تعتبر من المجالات الحيوية في الوقت الحاضر عبر تزايد الطلب على هذه الخدمة:

فقد جاء على سبيل المثال لتعريف صفة المتعاقد في القرار المؤرخ في 18 فبراير 2016 الذي يتضمن الموافقة على منح تقديم الخدمة العامة للموصلات السلكية و اللاسلكية لشركة اتصالات الجزائر ذات أسهم، التي حددت بها سلطة الضبط للبريد و المواصلات و الاتصالات الإلكترونية دفتر الشروط لتقديم الخدمة، ومن بين أهم صفات المتعاقد التي تطرقت إليها صفة المشترك في الخدمات العامة " يقصد به كل شخص طبيعي أو معنوي يكتتب اشتراكا في إطار عقد، مقابل خدمات مقدمة مع الدفع المسبق أو الدفع البعدي من طرف متعامل المواصلات السلكية و اللاسلكية صاحب الرخصة"، و يدل على أن المتعامل هو الشخص المرخص له من طرف سلطة الضبط لمباشرة النشاط، كما عرفها أيضا صاحب الخدمة العامة " يقصد به المتعامل الذي تم اتقاؤه لتقديم الخدمة العامة في مجال المواصلات السلكية و اللاسلكية موضوع دفتر الشروط"، كما تعتبر هذه التعريفات دليل على حرص المشرع على خصوصية صفة التعاقد¹.

¹ بعجي أحمد، المرجع السابق 287.

ب- نوعية صفة المتعاقد:

شدد المشرع الجزائري على التدخل الإداري من قبل الهيئات الإدارية المستقلة، الذي يعتبر كضمان لانتقاء المتعاقد الأفضل و الأنسب القادر على تنفيذ التزاماته مما يجسد سياسة الدولة، بحيث يتنسى من خلاله فرض إجراءات وشروط على المتعاقدين من أجل حصولهم على التراخيص و الإعتمادات، و التي يتمكن من خلالها البحث في نوعية المتعاقدين، عبر التحليل المسبق لمؤهلاتهم للدخول لممارسة نشاط اقتصادي معين، سواء كان هذا البحث و التحليل على أساس الاعتبار الشخصي أو المادي أو التقني إذا تطلب ذلك، و لذي يكون من طرف سلطات الضبط المستقلة.

لوصول إلى تحديد نوعية صفة المتعاقد مثلا في مجال ضبط سوق المالية، وبالضبط مراقبة عمليات البورصة التي تختص بها لجنة التنظيم و مراقبة عمليات البورصة، نجد أن هذه الأخيرة تقوم بفرض رقابة سابقة على الأعوان الاقتصاديين، أين تشترط فيها شروط معينة من أجل الحصول على اعتماد مسبق، مما يمكن من معرفة نوعية المتعاقد ومدى قدرته على احترام قواعد المنافسة في السوق¹، وكل عملية تداول القيم المنقولة دون المرور أو الاستعانة بصفة الوسيط المالي يكون مصير العقد البطلان، لكون صفة الوسيط لا يمكن الاستغناء عنها بفعل أن تلك الصفة تتوفر لديها الدراية و الكفاءة و المهارة اللازمة في مجال العمليات المالية²، هنا يظهر تشديد و حرص المشرع الجزائري على اختيار المتعاقد الأفضل، بعد التحقق من قدراته المالية و المؤهلات الشخصية و التقنية لتحقيق ضبط أفضل للسوق.

¹ حمليل نواررة، النظام القانوني للسوق المالية الجزائرية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، ص 84 ص 188.

² تواتي نصيرة، المركز القانوني للوسيط المالي في بورصة القيم المنقولة، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص 2017، بجاية ص ص 116-129.

ج- شرط صفة المتعاقد لضمان التنافسية في السوق:

حرص المشرع الجزائري على اختيار المتعاقد المناسب الأفضل القادر على تنفيذ سياسة الدولة، خاصة بعد تحرير السوق على المنافسة، مما يتطلب تدخل سلطات الضبط الاقتصادية التي تمتاز بالخبرة والتقنية في مجالها، حيث تتحرى هذه الأخيرة عبر فحص مرحلة تكوين العقد بفرض شروط وإجراءات سابقة للتعاقد، من أجل اختيار الشخص المناسب الذي يريد الدخول إلى السوق، لأن نتائج هذا الاختيار ستعكس إيجابيا أو سلبيا على تحقيق الفعالية الاقتصادية والسير الحسن للسوق، كون المتعاقد الذي تتوفر فيه الشروط والقدرات الكافية يقدم أحسن الخدمات، مما يؤدي إلى استقرار السوق، فعلى سبيل المثال في السوق الخاضعة لضبط إذا وجد متعاملين أو أكثر غير قادرين على تلبية الحاجيات مما قد يؤدي إلى استفراد المتعامل القادر بالسوق وبذلك غياب المنافسة وعدم تحقيق الفعالية الاقتصادية¹.

من جهة أخرى يظهر أن الإجراءات الإدارية لسلطات الضبط الاقتصادية، المتمثلة في الرخص والاعتماد لها دور فعال في ضمان حرية المنافسة داخل السوق، بعد اختيار المتعامل القادر على المنافسة مما يولد تنافس بين المتعاقدين يكون المستهلك المستفيد منه بصفته صاحب صفة المتعاقد الضعيف في العلاقة التعاقدية، وللتفريق بين المستهلكين والمنافسين في السوق وجب حصر صفة المتعاقد.

01- حصر صفة التعاقد

طبقا لقواعد العقد فإن صفة التعاقد تنشأ مباشرة مع بداية العملية التعاقدية وتكون لصيقة بكل من كان طرفا في العقد، إلا أن المشرع الجزائري قيد من هذه الصفة في قانون الضبط الاقتصادي الذي حصرها في صفة في المتعاقد المؤهل القادر على الوفاء بالتزاماته مما يضمن تجسيد

¹ دومة نعيمة، المرجع السابق، ص 249.

سياسة الدولة الضابطة، ولهذا وجب ضرورة التمييز بين المتعاقدين لضمان الهدف العام من العقد هذا من جهة "أ"، ومن جهة أخرى يفرض موافقة الإدارة على مباشرة النشاط "ب".

أ- ضرورة التمييز بين المتعاقدين: لضمان الهدف العام من العقد

إن المشرع الجزائري من خلال تمييزه بين المتعاقدين حصر صفة المتعاقد في المتعاقد القادر على تنفيذ سياسة الدولة، الذي لم يكن عبثاً أو إقصاءً أو حتى نزع لصفة المتعاقد على المتدخلين في السوق، وإنما كان بهدف ضمان المصلحة العامة، لأن ترك المجال مفتوح للمشاركة في تنفيذ برامج الدولة، قد يكون له أثر سلبي ولا يحقق الهدف المنشود¹، فتنفيذ برامج الدولة يتطلب المتعاقد المناسب القادر على تنفيذ واجباته والتزاماته، فمثلاً نجد في مجال الاستثمار البنكي أو المصرفي كثرة الشروط والموصفات والإجراءات لممارسة هذا النشاط، الذي يعتبر من النشاطات الحيوية والحساسة في الجزائر، والذي مزال محتكراً في يد الدولة²، من أجل الاختيار للمتعاقد الأفضل ذليل على حرص المشرع في مرافقة عملية تحرير السوق المالية على المنافسة التي لاتزال لم تر النور بعد، نأمل أن يتحقق ذلك في ظل القانون الجديد للاستثمار لسنة 2023، لكن كل هذا التضييق هو الحرص الشديد للمشرع الجزائري على حماية الأموال العامة وتحقيق الفعالية الاقتصادية، وذلك تحقيق المصلحة العامة والهدف العام.

حقيقة حرص المشرع الجزائري على التمييز بين المتعاقدين في بعض النشاطات، لحماية المصلحة العامة و ضمان الفعالية الاقتصادية، وأفضل مثال على ذلك التمييز بين المتعاقد الوطني و المتعاقد الأجنبي في مجال الاستثمار، على الرغم من حرص قانون الاستثمار رقم 09/16³ على الحرية في الدخول إلى سوق الاستثمار وعدم التمييز بين المستثمر الوطني و الأجنبي، لكن من جهة أخرى

¹ حجازي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 296.

² أعميور فرحات، تنظيم الإلتحاق بالمهنة البنكية في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر باتنة-01-، 2016/2017، ص 10.

³ قانون 09/16 المؤرخ في 03 أوت 2016 المتعلق بالإستثمار، ج. ر. ج. ج، عدد 46، الملغي للقانون رقم 03/01 بإستثناء المواد 22/18/06 منه.

نجد المشرع قد أشرط شرط الجنسية للدخول إلى سوق الاستثمار فهل هذا تناقض في القوانين أم تخوف و حماية من المشرع الجزائري للاستثمار في مجال حساس دو طابع استراتيجي، عالجها في قانون الاستثمار وفقا لقاعدة رابح لكن بشروط تضمن ذلك.

ب- موافقة الإدارة شرط واقف لاكتساب صفة المتعاقد:

بعد استفتاء المتعاقد الراغب في دخول السوق للممارسة نشاط معين، للشروط المالية و التقنية والإجراءات القانونية التي حددتها الهيئات الإدارية مسبقا، تقوم هذه الأخيرة بتحليلها و التحقق من مدى ملائمة هذا المتعاقد في تنفيذ سياسة الدولة، قبل منح الترخيص أو الاعتماد لمباشرة النشاط قيد الطلب¹، علما أن منح هذه التراخيص أو رفضها يعتمد على مدى اقتناع الإدارة بالشخص و الشروط المتوفرة فيه، فقد تقتنع وتمنح له الرخصة أو الاعتماد، و قد لا تقتنع فترفض الطلب، إلا أن المشرع منح إمكانية الطعن في قرار الرفض أمام الجهات المختصة، وبهذا تكون موافقة الإدارة شرط واقف لاكتساب صفة المتعاقد.

من خلال شرط موافقة الإدارة لاكتساب صفة المتعاقد، التي تعتبر وسيلة لمراقبة طالبي الدخول إلى السوق، تتجلى أن المشرع الجزائري رغم تبنيه لفكرة تحرير السوق على المنافسة، ومحاولة تشجيعها عبر قانون المنافسة، إلا أنه في حقيقة الأمر يقيد بها من جهة عبر تشديد الرقابة على المتدخلين الجدد للسوق، لكن من جهة أخرى مزال يعتبر الإجراءات كقواعد للحد و التأكد قبل تحرير مرفق معين على المنافسة، خاصة الاستراتيجية منها كالبنوك، لحماية المصالح العامة.

¹ بعجي أحمد، المرجع السابق، ص 296.

ثالثا: رقابة سلوكيات المتعاقد عبر قواعد الضبط ضمن قانون المنافسة:

طالما لم يكن من السهل التمييز بين قواعد الضبط و قواعد المنافسة، نظرا لاشتراكهما في عدة أهداف ذات بعد اقتصادي، فكلاهما من القانون العام الاقتصادي، الذي يسعى إلى تنظيم السوق الحر، لكن الحد الفاصل بينهم يكمن في وقت التدخل فنجد قواعد الضبط تتدخل بصفة سابقة قبل دخول المتعاملين الاقتصاديين، من أجل الانتقاء الأفضل للمتعاملين القادرين على تنفيذ سياسة الدولة، ويستمر هذا التدخل حتى بعد دخولهم للسوق، بينما ينحصر دور قواعد المنافسة في التدخل اللاحق للسوق، من خلال مراقبة الممارسات المقيدة للمنافسة، إلا أن قواعد المنافسة أيضا تتضمن بعض القواعد ذات الصبغة الضبطية من خلال تدخلها السابق في الرقابة، بفرض الترخيص المسبق على المتعاملين لممارسة بعض السلوكيات التي قد تؤدي إلى اختلال و الإضرار بالسوق، و تظهر هذه الأحكام على وجه الخصوص في الترخيص بعمليات التركيز الاقتصادي (01)، الترخيص ببعض الممارسات المنافية للمنافسة (02)، الترخيص بعمليات التركيز الاقتصادي رغم تجاوزها الحد القانوني المسموح به (03)، التصريح بعدم التدخل بخصوص بعض الممارسات (04).

01- الترخيص بعمليات التركيز الاقتصادي:

تنص المادة 17 من الأمر 03/03 المعدل و المتمم، على أنه " كل تجميع من شأنه المساس بالمنافسة، و لاسيما بتعزيز وضعية هيمنة مؤسسة في سوق ما، يجب أن يقدم أصحابه طلب بالترخيص إلى مجلس المنافسة، الذي يبت فيه في أجل (03) أشهر"¹، يتضح من خلال هذا النص أن مجلس المنافسة يتدخل مسبقا برقابة سابقة، للنظر في عمليات التركيز الاقتصادي في السوق، دون استثناء من خلال عبارة " كل تجميع" الواردة ضمن المادة السابقة، كما تدل عبارة "

¹ أنظر المادة 17 من الأمر رقم 03/03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، ج.ر.ج.ج، العدد 43، المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 12/08 المؤرخ في 25 جوان 2008، ج.ر.ج.ج، العدد 36، المعدل و المتمم بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 15 أوت 2010، ج.ر.ج.ج، العدد 46.

من شأنه المساس بالمنافسة"، الطابع الوقائي لتدخل مجلس المنافسة بخصوص عمليات التركيز الاقتصادي.

كذا تنصب عمليات التركيز الاقتصادي على خلق كيان جديد، لم يكن موجود في السوق من قبل، مما يؤثر على موازن القوى داخله، ولهذا تسهر قواعد المنافسة الحفاظ عليه، من خلال هذا فإن قواعد المنافسة كالعادة تهدف إلى حماية السوق، لكن من خلال رقابة سابقة مما يجعلها تقترب من قواعد الضبط.

02- الترخيص ببعض الممارسات المنافية للمنافسة:

يمنع قانون المنافسة كل الممارسات المنافية للمنافسة في السوق، لكن هذا المنع ليس كلي، بل ترد عليه استثناءات مبررة تكون في صالح التعاقد الضعيف أو تساهم في تطوير السوق و تحقيق التنمية الاقتصادية، نصت عليها المواد 06 و 07 و 09 من الأمر 03/03 المعدل و المتمم، تحقيق المصلحة العامة الاقتصادية، إلا أن هذه الاستثناءات ليست ذات طابع عام وإنما هي ذات طابع خاص، بحيث يستوجب لتطبيقها الحصول على ترخيص مسبق من قبل مجلس المنافسة، إذ نجد ما ورد في المادة 2/09 من الأمر 03/03 " لا تستفيد من هذا الحكم، سوى الاتفاقيات و الممارسات، التي كانت محل ترخيص من مجلس المنافسة"¹، وبهذا تكون رقابة سابقة من قانون المنافسة على التعاقد، هذا ما يعطي الصبغة الضبطية لبعض قواعد المنافسة.

03- الترخيص بعمليات التركيز الاقتصادي رغم تجاوزها الحد القانوني:

كذا يخضع قانون المنافسة التجميعات لشرط الحصول على ترخيص مسبق من مجلس المنافسة التي يعتبر سلطة ضبط مستقلة، ورد في المادة 09 من الامر 03/03 المعدل و المتمم، و المادة 21 مكرر من نفس الأمر المضافة بموجب المادة 08 من القانون 12/08، أنه يمكن لمجلس

¹ أنظر المواد 07 و 08 و 09 من الأمر 03/03 المعدل و المتمم.

المنافسة الترخيص بالتجميعات التي يثبت أصحابها أنها تساهم في تطوير السوق المفتوح على المنافسة و تحقيق التنمية الاقتصادية، من خلال تحسين التنافسية لتحقيق الأهداف الاجتماعية و الاقتصادية العامة، مثل تحسين التشغيل، تحسين الوضعية التنافسية للمؤسسات الصغيرة و المتوسطة، كذا المتعاقد الضعيف المتمثل في المستهلك¹.

04- التصريح بعدم التدخل بخصوص بعض الممارسات:

كما ذهب في نفس السياق المادة 08 من الأمر 03/03 المعدل و المتمم بشأن التصريح بعدم التدخل بخصوص بعض الممارسات، إذ تنص على أنه " يمكن أن يلاحظ مجلس المنافسة، بناء على طلب المؤسسات المعنية، و استنادا إلى المعلومات المقدمة له أن اتفاقا ما أو عملا مدبرا أو اتفاقية أو ممارسة، كما هي محددة في المادتين 06 و 07 المذكورتين سابقا لا تستدعي تدخله، و يمارس مجلس المنافسة هذه الصلاحية، بموجب تصريح بعدم تدخله، بناء على طلب يقدمه المعني بالأمر"²، كما اعترف المشرع الجزائري لمجلس المنافسة صراحة بالمهمة الضبطية حيث ورد في نص المادة 34 من الأمر 03/03 المعدل و المتمم، بأنه " يتمتع مجلس المنافسة..... وضمان الضبط الفعال للسوق.....أو اتخاذ القرار في كل عمل من شأنه ضمان السير الحسن للمنافسة و ترقيتها.....في سبيل تحقيق مهمته الضبطية"، كما زود المشرع مجلس المنافسة بسلطة تنظيمية بموجب الفقرة الثانية من المادة 34 التي ورد فيها أنه " يمكن لمجلس المنافسة إتخاذ كل تدبير في شكل نظام أو تعليمة أو منشور ينشر في النشرة الرسمية للمنافسة المنصوص عليها في المادة 49 من هذا الأمر"، كما أشارت أيضا المادة 13 من المرسوم التنفيذي 241/11 المحدد لتنظيم مجلس المنافسة وسيره³،

¹ بوحلايس إلهام، المرجع السابق، ص 74.

² للمزيد أنظر المرسوم التنفيذي رقم 175/05 المؤرخ في 12 ماي 2005، الذي يحدد كليات الحصول على التصريح بعدم التدخل بخصوص وضعية الهيمنة في السوق، ج. ر. ج. ج، عدد 35، سنة 2005.

³ المرسوم التنفيذي رقم 241/11، المؤرخ في 10 جويلية 2011، الذي يحدد تنظيم مجلس المنافسة و سيره، ج. ر. ج. ج، عدد 39، لسنة 2011، المعدل و المتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 75/15 المؤرخ في 08 مارس 2015، ج. ر. ج. ج، عدد 13 لسنة 2015.

على أن "يرسل المجلس إلى الوزير المكلف بالتجارة، القرارات التي يتخذها ولاسيما منها الأنظمة و التعليمات و المنشورات".

بعيدا عن الأحكام المتعلقة بالتدخل المسبق لمجلس المنافسة، عبر قواعده ذات الطابع الضبطي، بتقيد المتعاقدين بضرورة الحصول على الرخص المسبقة من مجلس المنافسة، نجد كذلك نظرية التسهيلات الأساسية (*la théorie des facilites essentielles*)¹ حيث ترتبط هذه الأخيرة بوضعية الهيمنة، بحيث لا تستطيع أي مؤسسة الدخول إلى سوق معينة إلا بتطبيق هذه النظرية².

هذه المهام الضبطية التي تقرب قانون المنافسة من قانون الضبط، تأكدها الأستاذة Laurence boy أن مسألة الفصل بين قواعد المنافسة و قواعد الضبط قد تجاوزها القانون، خاصة بعد منح مجلس المنافسة صلاحية تعديل العقد أو إعادة تنظيمه من خلال الأوامر و التوجيهات³، وهو ما يقترب من الضبط و يختلف عن دور القاضي العادي الذي يتوقف عند تقرير بطلان العقود و مختلف الالتزامات التعاقدية المرتبطة بالممارسات المنافية للمنافسة وبالتالي من شأنه أن يساهم في بناء المنافسة.

كما اعتبر أيضا الإجراءات التفاوضية التي تضمنها قانون المنافسة، اتجاه جديد نحو تغليب منطق المرونة و التكيف التي تتميز بهما قواعد الضبط عن منطق القمع الذي يتميز به قانون المنافسة، إلا أنه ورغم التصورات و الأحكام هناك موقف مناقض تبرز من خلاله السمات التي تتميز كلا النظامين التنافسي و الضبطي، هذه التصورات نابعة أساسا من ارتباط مصطلح "الضبط" بسلطات الضبط القطاعية و تطور مفهومه في ظلها⁴، ولكن رغم ما تقدمه هذه الرقابة من ضمان إختيار

¹Marie-anne frison-roche, ambition et efficacite de la regulation economique, revue de droit bancaire et financier N 06.novembre 2010, etude 34, dispo site www.lexis360.fr.

² سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة إستغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص ص 174 - 175.

⁹⁹ بوحلايس إلهام، المرجع السابق، ص 76.

¹⁰⁰ إعتد المشرع الجزائري هذه الإجراءات ضمن نص المادة 60 من الأمر 03/03 المعدل و المتمم.

المتعاقد الافضل الذي ينفذ سياسة الدولة، إلا أنها لم تستطع تحقيق ضبط كامل للسوق مما دفع بالمشرع لمرافقة كامل العملية التعاقدية حتى مرحلة التنفيذ، عن طرق ما يعرف بالضبط اللاحق للسوق.

المطلب الثاني

الضبط اللاحق للسوق: رقابة مشتركة بين قواعد الضبط والمنافسة

تهدف قواعد قانون الضبط الاقتصادي من خلال التدخل السابق في العلاقة التعاقدية، إلى تكريس رقابة إدارية سابقة على الدخول للسوق من أجل إختيار المتعاقد الأفضل و الأنسب القادر على الوفاء بواجباته و التزاماته مما يضمن تنفيذ العقد وتجسيد سياسة دولة، إلا أن هذه الرقابة المتمثلة في فرض شروط إدارية على المتعاقدين من أجل حصولهم على الترخيص بممارسة نشاط اقتصادي، لم تتمكن من تحقيق الضبط التام للسوق نظرا لاقتنارها على مرحلة التكوين، التي تعتبر أبسط مقارنة بمرحلة تنفيذه الأكثر تعقيداً أين يظهر التحايل و التقاعس و عنصر المفاجأة خلال تنفيذ هذه الالتزامات، بحيث يفقد الفعالية اللازمة من العقد وعدم تحقيق الهدف المرجو منه، مما دفع بالمشرع بتكريس ضمن قواعد المنافسة والضبط الاقتصادي، رقابة لاحقة للسوق مشتركة تضمنها سلطات الضبط الاقتصادية، خاصة بعد إقرار هذه الأخيرة دستوريا لإضفاء نوع من الشرعية على تدخلها في العلاقة التعاقدية (الفرع الأول)، كما تم تزويدها بآليات تحقيقية و عقابية مساعدة تضمن الضبط اللاحق للسوق (الفرع الثاني)

الفرع الأول

الرقابة اللاحقة للسوق: إضفاء للشرعية في تنفيذ العقد

تسعى سلطات الضبط المستقلة من خلال فرض شروط وإجراءات على المتعاملين الاقتصاديين، لضمان الضبط السابق للسوق بحيث تحري في إختيار المتعامل الأفضل و الأنسب القادر على تنفيذ واجباته و التزاماته بما يضمن تحقق أهداف الدولة الضابطة، إلا ان لم تكن كافية في ضمان الضبط الأمثل للسوق نظرا لاقتنارها على مراقبة مرحلة تكوين العقد للدخول إلى

السوق، دون مرحلة التنفيذ والدخول و التواجد فيه التي تثار فيها إشكالات التقاعس أو التآمر أو المخالفة أو التحايل... إلخ في تنفيذ الواجبات و الالتزامات التعاقدية، التي تنعكس سلبا على توازن العقد و السوق، التي كانت دافع لإقرار رقابة لاحقة تراقب مدى احترام قواعد الضبط "أولا" شرعية رؤوس الأموال "ثانيا" شمولية النشاط "ثالثا"، وأخيرا رقابة الحذرة "قواعد الحذر" "رابعا".

أولا: رقابة مدى احترام قواعد الضبط:

أسند المشرع الجزائري للدولة مهمة ضبط السوق طبقا للمادة طبقا للمادة 43 من دستور 2016، التي كانت دافع لإنشاء سلطات الضبط المستقلة باختصاصاتها الاستشارية التنظيمية و الرقابية، تفرض على المتعاقدين ضرورة التقيد واحترام قواعد الضبط الاقتصادي، فوجد مثلا الوكالة الوطنية للمواد الصيدلانية أسند إليها في إطار السياسة الوطنية للدولة في مجال المواد الصيدلانية مهمة ضبط هذا السوق الخاص بهذه المواد، من خلال مراقبتها لمدى احترام القوانين و التنظيمات المتعلقة بهذا المجال، إضافة إلى مراقبة حتى الإشهار و الإعلام الطبي، من أجل حماية المستهلكين و حتى المتعاملين في هذا المجال من الغش و التخليط، خاصة أن هذا المجال من المجالات الحساسة التي تؤثر على الصحة البشرية أحد أهم أركان النظام العام¹، ومن هذا تأخذ قواعدها قوتها الآمرة و واجب احترامها و التقيد بها عند ممارسة هذا النشاط.

أيضا الرقابة اللاحقة للجنة المصرفية في المجال المصرفي، التي تمارسها من خلال مراقبة العمليات المصرفية و المالية التي تتم بدون ترخيص، عبر توقيع جزاءات على المخالفين مثل ما نصت عليه المادة 105 من الأمر 11/03 المتعلق بالنقد و القرض²، الذي يخول للجنة المصرفية التحري

1 المادة 03/173 من القانون رقم 05/85 المؤرخ في 1985/02/16 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها، ج. ر. ج. ج، عدد 08، المؤرخة في 1985/02/17، المعدل و المتمم بموجب القانون 13/08، المؤرخ في 2008/07/20، ج. ر. ج. ج، عدد 44، المؤرخة في 2008/08/03.

2 للمزيد أنظر المادة 105 من الأمر 11/03 المتعلق بالنقد و القرض، المؤرخ في 2003/08/26، المعدل و المتمم.

والتحقيق في المخالفات في الممارسات المالية و المصرفية و توقع الجزاء، من أجل ضمان سير المرفق العام، مع حماية المصالح العامة و الخاصة¹.

ثانيا: رقابة شرعية على رؤوس الأموال:

بعد منح سلطات الضبط الترخيص للمتعاملين سواء للتعاقد أو للتسيير مرفق عمومي، الذي يضمن الشرعية و المشروعية على كل الأعمال التي يقوم بها المتعاملون داخل السوق، لكن المشرع الجزائري اشترط أن تكون الأموال التي يعتمد عليها سواء لدخول إلى السوق و الاستثمار في مختلف المجالات الاقتصادية شرعية، فمثلا نجد في مجال التأمينات لجنة الإشراف على التأمينات التي تراقب مصدر رأس أموال المشاريع إذا لم يكن مصدرها تبيض الأموال أو تمويل الإرهاب، و لهذا تطلب كل الوثائق التي تؤكد ذلك، كما لها أن تطلب في إطار جهاز المراقبة الداخلية، برنامجا خاصا للوقاية و اكتشاف و مكافحة تبيض الأموال²، كما تراقب اللجنة التغيير في رأس مال الشركة، ففي حالة إجراء أية عملية يمكن أن تؤدي إلى الزيادة أو الإنقاص منه لا بد أن يكون عن طريق لجنة الإشراف على التأمينات، ففي حالة المساهمة بالزيادة في رأس مال شركة التأمين و إعادة التأمين التي تفوق 20 بالمئة تشترط المادة 228 مكرر من الأمر 07/95 أن تكون بالموافقة المسبقة للجنة³.

ثالثا: رقابة شاملة على النشاط:

من بين مهام الهيئات الإدارية المستقلة مراقبة شاملة على النشاط، التي نجدها في من خلال إنشاء الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد و مكافحته، خاصة بعد تفشي ظاهرة الفساد في الدولة وهي حلقة وصل بين جميع سلطات الضبط الاقتصادية، نظرا لانتشار الفساد في جميع الأنشطة

1 لعشب محفوظ، القانون المصرفي، المطبعة الحديثة للفنون المطبعية، الجزائر، 2001، ص 48.

2 أنظر المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 113/08 المؤرخ في 2008/04/09، يوضح مهام لجنة الإشراف على التأمينات، ج. ر. ج. ج. عدد 20، مؤرخ في 2008/04/13.

3 أنظر المادة 09 من المرسوم التنفيذي 113/08.

الاقتصادية، إلا أنها تتبع في عملها الأسلوب الوقائي أكثر من الأسلوب العقابي أو العلاجي¹، الذي يظهر من خلال ما أشارت إليه المادة 18 من القانون رقم 01/06، المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته، المعدل و المتمم، الذي يعمل على :

- جمع و تركيز و استغلال المعلومات التي يمكن أن تساهم في الكشف عن أعمال الفساد و الوقاية منها
- التقييم الدوري للأدوات القانونية و الإجراءات الإدارية الرامية إلى الوقاية من الفساد و مكافحته، و النظر في مدى فعاليتها.
- تلقي التصريحات بالامتلاك الخاصة بالموظفين العموميين، بصفة دورية و دراسة استغلال المعلومات الواردة فيها و السهر على حفظها.

كمثال عن الوقاية من الفساد في مجال التأمين، الذي يتطلب لممارسة هذا النشاط التأميني من طرف شركة ما، أن تتعامل هذه الأخيرة وفق تعليمات محددة مسبقا من طرف اللجنة كما هو الشأن للتعريفات الإجبارية، و أن تعمل وفق شروط مضبوطة في وثائق تعرض على اللجنة لتوافق عليها، كما تتلقي كل سنة تقريرا عن نشاطها، لذلك نجد أن للجنة دور هام في مراقبة وثائق النشاط تشمل هذه المراقبة، على وثائق تجارية الموجهة للجمهور، مراقبة التعريفات، كما تراقب التقارير السنوية²، إلا أن هذا المثال على اساس الاستدلال لا الحصر لأن الفساد يشمل جميع القطاعات ولهذا نجد المشرع الجزائري يتصدى له بكل الطرق القانونية، كما يعتبر من بين أهداف سلطات الضبط الاقتصادية في الحماية السوق.

¹ شيخ ناجية، "المركز القانوني للهيئة الوطنية من الفساد و مكافحته"، الملتقى الوطني حول سلطات الضبط المستقلة، جامعة بجاية، يومي 23 و 24 ماي 2007، ص95.

² حابت أمال، "دور لجنة الإشراف على التأمينات في إكتشاف المخالفات"، الملتقى الوطني حول سلطات الضبط المستقلة، جامعة بجاية، ليومي 23 و 24 ماي 2007.

رابعاً: رقابة الحذرة "قواعد الحذر"

تعتبر رقابة الحذرة رقابة خاصة تتولها الهيئات الإدارية المكلفة بضبط المجال المالي، أين تهدف للتأكد من قدرة البنوك و الشركات على أنها قادرة من أداء التزاماتها المالية اتجاه الزبائن، فنجد في ذلك لجنة الإشراف على التأمينات التي تتولى مراقبة مدى قدرة شركات التأمين، و التأكد من أنها تستطيع الوفاء بالتزاماتها اتجاه المؤمن لهم، كما لها حق التدخل في السوق عندما يكون هناك مؤشرات خطيرة على مستوى السوق و الشركات أثناء ممارسة هذه المهنة¹، من أجل حماية مصالح المؤمن لهم و المستفيدين من عقد التأمين من جهة، وتحقيق المصلحة العمومية عبر تطهير السوق الوطنية للتأمينات و العمل على ترقيتها قصد تطوير النشاط الاقتصادي و الاجتماعي من جهة أخرى.

كما تهدف هذه الرقابة أيضاً في المجال المصرفي، إلى مراقبة الملائمة في التعاملات البنكية لضمان القدرة دفع البنك للوفاء بالتزاماته، بحيث نجد أن مجلس النقد و القرض حدد نوعين من هذه القواعد، التي تهدف أولاً إلى ضمان الإخطار و ثانياً إلى ضمان توزيع الإخطار، أما قواعد السيولة فيقصد بها القدرة على تحويل الأصول القابلة للتحويل الفوري، مثل السندات العامة لتجنب من أي عجز مفاجئ عن أداء التزاماته خاصة طلب السحب الآنية و رقابة اللجنة المصرفية على مؤسسات القرض تهدف إلى التزامها بحجم كاف من الأموال السائلة و المتشكلة بسرعة².

يهدف إقرار المشرع للرقابة اللاحقة للسوق لضمان توازنه و استقراره، من خلال رقابة مشتركة لقواعد المنافسة و الضبط الاقتصادية، التي تضمن ممارسة النشاط الاقتصادي في ظل الشرعية و المشروعية، التي يتوافق فيها تدخل الدولة بما يعرف باليد الخفية في ممارسة النشاط الاقتصادي، و تنفيذ المتعاملين الاقتصاديين لواجباتهم التعاقدية في جو من المنافسة و العدالة التي

1 أوديع نادية، "صلاحيات سلطة الضبط في مجال التأمين (لجنة الإشراف على التأمينات)"، الملئقي الوطني جول سلطات الضبط المستقلة، جامعة بجاية، يومي 23 و 24 ماي 2007.

2 شمون علفية، مركز سلطات الضبط المستقلة بين أشخاص القانون العام في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة أمحمد بوقرة بومرداس، سنة 2018، ص 138.

تضمن تحقق التوازنات المختلفة بين سواء كانت عامة أو خاصة، لكن هذه الرقابة ضمنها آليات مختلفة.

الفرع الثاني

آليات ممارسة الرقابة اللاحقة

يسعى المشرع الجزائري من خلال إقراره للرقابة اللاحقة للسوق، لمتابعة مدى احترام المتعاملين الاقتصاديين للشروط و الإجراءات المتفق عليها عند تنفيذ واجباتهم و التزاماتهم التعاقدية، لمنع التعسفات و الممارسات المقيدة للمنافسة و حرية الدخول إلى السوق، لتولها سلطات الضبط الاقتصادية خاصة بعد ما زودها بسلطات واسعة تنظيمية استشارية تحكيمية و حتى عقابية، تضمن مراقبة السوق و تنفيذ العقود وفقا مقتضيات السوق المفتوح على المنافسة، لتحقيق الفعالية اللازمة و تنفيذ سياسة الدولة الضابطة، من خلال التحقيقات الدورية المباشرة و الغير المباشرة "أولا"، و إمكانية التدخل الإداري من القرارات و الأوامر الإدارية ضد كل من يخالف هذه المقتضيات "ثانيا".

أولا: سلطة التحقيق

أقر المشرع الجزائري لسلطات الضبط الاقتصادية صلاحية التحقيق، في كل التعاملات الاقتصادية داخل السوق، التي هي كأصل من اختصاص القاضي، لكن شريطة أن تكون في مجال تنسم بالحساسية و الاستراتيجية، فيسمح من خلالها لهذه السلطات و أعوانها الحصول على المعلومات و الوثائق أو أجزاء منها، مع إجراء الاستماع و التحقيق في الأماكن الغير المهنية بناء على إذن من القاضي¹.

¹ Epron Quentin, le statut des autorités de régulation et séparation des pouvoir, cit, p1011.

كما نجد أن المشرع في الامر 03/03 المعدل و المتمم المتعلقة بالمنافسة أعطي لمجلس المنافسة باعتباره سلطة ضبط أفقية، سلطة التحقيق و النظر في الشكاوي المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة، و الاطلاع على كل الوثائق التي تهم التحقيق مع المطالبة بتسليمها، و كذا الحق في طلب المعلومات لدي المؤسسات المعنية أو الأشخاص في الآجال المحددة قانونيا¹.

أيضا في مجال التأمين كذلك الحماية المقررة لهذا النشاط، إذ يمكن لسلطة الضبط التأمينات الاطلاع عن كذب بواسطة مفتشين و محلفين تأمين مؤهلين للتحقيق في أي وقت و مكان وفي جميع القضايا المتعلقة بهذا المجال، من خلال تحرير محاضر المخالفات بالنسبة للمخالفين داخل السوق، في نفس الوقت يتمتع المفتشون بضمانات تتمثل في إباء الملاحظات و التحفظات الضرورية، التي تقدم للجنة الإشراف على التأمينات²، هذا على سبيل المثال لا الحصر.

كذلك التحقيقات القصرية و التي تشبه العمل القضائي، بعدما تقوم تكتشف الجرائم سواء بالمعينة و الإخطار، أين تنتقل للبحث عن الجرائم من خلال سلطة التفتيش و المحجز، المنصوص عليها في المادة 51 من الأمر 03/03 المعدل و المتمم المتعلق بالمنافسة³، التي ترخص لمجلس المنافسة الاطلاع على الوثائق المهمة في التحقيق المكلف بها، بحيث يطلب تسليمها و كل المعلومات من المؤسسات المعنية، كما رخص له أيضا استلام الوثائق و حجز المستندات و التقرير التي تساعده في أداء مهامه حتى نهاية التحقيق، إلا الفقه اعتبر أن هذه السلطة مبالغ فيها تمارس خارج سلطة القاضي مما يشكل خرقا للقواعد الأساسية المقررة في قانون الإجراءات الجزائية فيما يخص المحجز و التفتيش و الجرد⁴، كما يمكن أن يطلب من الجهات القضائية أن ترسل له محاضر و تقارير التحقيق ذات الصلة بالقضايا المخطر بها من طرفه.

¹ Rachid Zouaimia, le droit de la concurrence, op ; cit, p202-203.

² انظر المادة 212 مكرر، من الأمر 07/95 المرجع السابق.

³ أنظر المادة 51 من الأمر 03/03 المعدل و المتمم، المرجع سابق.

⁴ لخضاري أعمار، "دراسة نقدية لبعض القواعد الإجرائية في قانون المنافسة"، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية، عدد 02، 2007، ص 78.

ثانيا: الإجراءات الإدارية " القرارات الإدارية":

منح المشرع الجزائري للهيئات الادارية المستقلة، سلطة اتخاذ إجراءات و تدابير إدارية لضبط السوق تكون بشكل تحفظي، من خلال قرارات إدارية ردعية ضد كل من يخالف الشروط و الإجراءات التنظيمية للسوق المفتوح على المنافسة، يكون هدفها وقائي أو علاجي عقابي، في شكل أوامر إدارية (01) أو في شكل حلول الحلول (02).

01-الأوامر الإدارية

لا يمكن حصر مفهوم الأوامر التي تتخذها الهيئات الإدارية المستقلة أثناء ممارسة عملية ضبط السوق، سواء بعد اكتشاف ما يخلف مقتضيات السوق ضمن العلاقة التعاقدية، سواء تم اكتشافها أثناء ممارسة المهام الدورية أو بعد التحقيق منها، لكن يمكن تحليل المادة 45 من الأمر 03/03 المعدل و المتمم المتعلق بالمنافسة، التي تمكن مجلس المنافسة من أن يتخذ أوامر معللة تهدف إلى وضع للحد من الممارسات المقيدة للمنافسة، هذه الأوامر تكون خلافا للتدابير المؤقتة، و خلافا للعقوبة لأن لها دور تصحيحي، من خلال توقيف الممارسة المخالفة و المقيدة للمنافسة مع الأمر بالعودة إلى الحالة الطبيعية، وهذه الأوامر نوعان فيمكن أن تكون أوامر المنع أو أوامر الإجبار، نجد مجلس المنافسة يأمر المؤسسات المخالفة بتعديل أو التوقف عن الممارسات المقيدة للمنافسة¹، نجد أيضا المادة 2/35 من المرسوم التشريعي 10/93 للجنة عملية البورصة و مراقبتها أن تأمر الشركات المرخص لها التعامل في السوق المالية نشر استدراقات لاحظت سهو في الوثائق المنشورة أو المقدمة بغرض إعلام الجمهور، كذا البيانات الإجبارية الواردة في المدكرة الإعلامية غير واضحة².

¹ Rachid Zouaimia, le droit de la concurrence, op ; cit, p202-209.

² زقطوط فريد، دور لجنة تنظيم عمليات البورصة و مراقبتها في ترقية الإستثمار في المجال البورصي، المجلة الأكاديمية للباحث القانوني، عدد 01 لسنة 2014.

02-الحلول

الحلول يقصد به حلول الهيئات الإدارية المستقلة محل أحد المتعاملين الاقتصاديين لضمان سير المرفق العمومي، بحيث يمكن لهذه الأخيرة أن تتخذ قرارات تكون في الأصل للمتعامل، يمكن تفسيرها من خلال تحليل المادة 06 من نظام لجنة ضبط الإعلام رقم 02/2000، التي تقتضي حماية المستثمرين وحسن سير السوق، من خلال مطالبة المصدر بالنشر لبعض المعلومات حسب الشكل و الآجال المحددة قانوناً، وفي حال عدم احترام المصدر و الإخلال بواجباته، يمكن للجنة القيام أن تطلب من الوسيط القيام بالنشر حسب الشكل و الآجال المحددة، وفي حالة عدم الاستجابة تحل محله و على نفقته، كضمان لحماية المستثمر و حماية للسوق.

من خلال هذا يتبين أن المشرع لضمان مهمة سلطات الضبط في ضمان ضبط السوق المفتوح على المنافسة، أقر لها سلطات وآليات واسعة حتى تتمكن من أداء هذه المهمة باعتماد على العقد، الذي يسمح لها بالتدخل في مرحلة تكوينه لفرض شروط وإجراءات إدارية لضمان إختيار المتعامل الأفضل و الأنسب القادر على تنفيذ التزاماته وواجباته، ثم مرحلة تنفيذه لمراقبة مدى احترام المتعاملين للشروط و الإجراءات التي تطلبها قواعد المنافسة و الضبط، التي تضمن أن تتم هذه التعاملات في ظل الشرعية و المشروعية لتوفيقها مع النظام العام التنافسي، بحيث تتحقق المصالح المختلفة عامة أو خاصة في ظل ضمان توازن العقد و السوق، كانت بمثابة دافع لتجدد وتعايش مبادئ نظرية العقد مع قواعد الضبط الاقتصادي.

الفصل الثاني
تعایش وتجدد مبادئ العقد في
مرحلة التكوين

يقوم الفكر الكلاسيكي للعقد على قداسة مبادئ العقد، ويرفض أي تدخل تشريعي في قواعده، لكن نتيجة التأثيرات وجه نحو فلسفة الضبط جعل هذا الفكر يقبل التعايش معه، من خلال تطور وتجدد مبادئ العقد مع قواعد الضبط الإقتصادي، التي تشجع الحريات الاقتصادية والمبادرات الفردية التي تتوافق و مفهوم سلطان الإرادة، الذي ضيق في زمن التوجيه و التخطيط عبر فكرة العقد الموجه، و إعادة فلسفته من خلال إعادة بعث الحرية العقدية عبر النظام العام الإقتصادي، الذي يضمن إخضاع الحرية التعاقدية في حدود معينة، وفق إخضاع محدود ومضروب تراعى فيه معايير الشرعية الضرورة و التناسب و العدالة، التي تكفل ضمان حرية المتعاقدين في ممارسة العمليات التعاقدية وفق مقتضيات السوق بكل حرية، و هذا ما اعتبره الفقه الحديث إعادة لبث حرية التعاقد من جديد، لذا وجب البحث في دوافع و مقتضيات إعادة هذه الحرية عبر قواعد الضبط الاقتصادي (المبحث الأول).

أما مبدأ الرضائية فلا نلاحظ اهتمام قواعد الضبط به، قدر اهتمامها بضبط السابق و اللاحق للسوق من خلال فرض الشروط و الإجراءات إدارية على صفة المتعاقد، لضمان تنفيذ العقد الذي يضمن تنفيذ سياسة الدولة، لكن نلحس من خلال هذه الشروط و الإجراءات على صفة المتعاقد من أجل إختيار المتعامل الأفضل الذي ينفذ التزاماته التعاقدية، اهتمامه بالتوازن العقدي الذي يضمنه من خلال ضمان الحماية بين صفة المتعاقدين و توريهم بقدرات المتعاقد الأخر، كما نلحس عدم تعارض قواعد الضبط و مبدأ حسن الذي وسع من تكريس قيم التضامن، كالإعلام الذي وسع من مرحلة التنفيذ إلى مرحلة التكوين، الذي أعتبر تعزيز لمبدأ الرضائية (المبحث الثاني).

المبحث الأول

إعادة بعث الحرية العقدية في ظل فلسفة الضبط الإقتصادي

يعتبر مبدأ الحرية التعاقدية مبدأ عاماً تقوم عليه العقود، ازدهر في ظل إنشار فلسفة المذهب الفردي المقدس لمبدأ سلطان الإدارة، ولا تعرف هذه الحرية حدود إلا إذا ما تعلق بمقتضيات النظام العام، هذا الأخير الذي توسع في تقييد هذه الحرية في ظل الدولة المتدخلة المحتكرة للنشاط الإقتصادي والمقيدة للمبادرات الفردية، نتج عنه توجيه الحرية العقدية وفق مقتضيات النظام العام الاجتماعي الهادف لتحقيق العدالة الاجتماعية، لكن مع تحرير السوق على المنافسة وظهور مع الدولة الضابطة المشجعة للحرية والمبادرات الفردية، التي تتوافق مع الفكر الليبرالي أين بدأت تتجلى في إعادة بعث الحرية العقدية من جديد، يتجلى في التقييد المخفف للحرية العقدية باسم النظام العام التنافسي الذي يعتبر إخضاع للحرية التعاقدية وفق مقتضيات السوق (المطلب الأول).

كما إن هذا الإخضاع للحرية العقدية لم يكن بصفة كلية، يوصل الحرية التعاقدية إلى درجة الإعدام إنما هو تقييد مضبوط ومحدود، بأسلوب مرن ترعي فيه مقتضيات السوق والمصالح العامة من جهة، والمصالح الفردية من جهة أخرى لضمان الشرعية والعدالة، يضمن إعادة بعث الحرية التعاقدية من خلال فكرة التعايش والتجاوب مع قانون الضبط الإقتصادي (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تأطير الحرية العقدية وفق مقتضيات السوق

يقضي مبدأ سلطان الإرادة قدرة الإرادة وحدها على إنشاء العقود والتصرفات مادامت في حدود النظام العام والآداب العامة، ومعناه إطلاق العنان لحرية الأفراد في إنشاء العقود وتضمينها ما يشاءون من حقوق والتزامات، لكن الحقيقة أن هذه الحرية لطالما تراجعت لقواعد العدالة والنظام العام، هذا الأخير بمفهومه الواسع والمتغير باستمرار لا ستعاب التحولات الاقتصادية والتغيرات الاجتماعية والتطورات التكنولوجية، وصولاً اليوم للنظام العام التنافسي

و الضبطي، الذي يسمح بتدخل قواعد الضبط و المنافسة ذات الطبيعة العامة و الآمرة، في العلاقة التعاقدية من أجل تأطير وتوجيه الحرية العقدية وفق مقتضيات السوق المفتوح على المنافسة الحرة، للحد الذي يضمن تحقيق التوازنات العقدية و المصالح العامة و الخاصة، ولهذا وجب التعرّيج على كيف تم هذا التأطير للحرية العقدية لتكريس قواعد المنافسة و الضبط الإقتصادي (الفرع الأول)، ثم دور أسلوب الجديد في توقيع الجزاء الذي يضمن هذا التأطير للحرية وفق مقتضيات السوق الحر (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تأطير الحرية العقدية لتكريس قواعد المنافسة و الضبط:

الحرية العقدية أهم نتائج تكريس فلسفة مبدأ سلطان الإرادة، وهي حرية الأفراد في انشاء العقود وتضمينها ما يشاؤون من حقوق والتزامات، اعترف بها في ظل المذهب الفردي نظرا لبساطة التعاملات العقدية الناتجة عن بساطة الحياة الاقتصادية، لكنها تراجعت وتقيدت بعدما أصبح العقد في خدمة الظاهرة الاقتصادية، لمسيرة التحولات الاقتصادية و التغيرات الاجتماعية، إلا أن هذا التراجع و التقييد يختلف في موضوعه وحدته من المتدخلة التي تقيّد المبادرات و الحريات الفردية، إلى الدولة الضابطة التي تشجعها بما يتوافق مع الحرية العقدية باسم النظام العام التنافسي و الضبطي "أولا"، في صور جديدة "ثانيا".

أولا: تقييد الحرية العقدية باسم النظام العام التنافسي و الضبطي:

إن مبدأ الحرية العقدية وفكرة النظام مفهومان متضادان، لا يمكن التوسع أو التقليل منهما في نفس الوقت، ولهذا كانت فكرة النظام العام الاداة الممتازة في يد الدولة لكبح مبدأ سلطان الارادة و الحد من اثره، فإذا وسع من النظام العام ضيق من الحرية العقدية والكس صحيح، فنجد أن هذه الحرية قيدت وضيقت لحد كبير في ظل الدولة المتدخلة باسم النظام العام التوجيهي والحمايئي، اين تقيّد كل المبادرات الفردية لتحقيق الأهداف الاجتماعية، لكن هذا التضييق والتقييد كان أقل حدة في ظل الدولة الضابطة التي تكرس النظام العام التنافسي و الضبطي،

المشجع للحريات و المبادرات الفردية التي تتوافق مع فلسفة السوق المفتوح على المنافسة، ويكتفي فقط بمنع وتقييد الحرية عندما يمس بالمنافسة في السوق، كمنع السلوكيات التي تضر بالمنافسة بغية تحقيق التوازن التعاقدية¹، وحماية المنافسة الحرة بغض النظر عن حماية المنافسين في السوق²، عبر آليات النظام العام التنافسي و الضبطي³، الذي يتحقق من خلاله المصلحة العامة على الخاصة⁴.

كما يعتبر قانون المنافسة قيد على الحرية العقدية، لكن باعتراف محدود مقارنة بالقوانين التي تحكم السوق في ظل الدولة المتدخلة، لتوافق مفهوم النظام العام التنافسي و الضبطي المشجع للحريات و المبادرات الفردية التي تتوافق مع الحرية التعاقدية، بحيث يمنع الممارسات المنافية للمنافسة فقط، من أجل ضمان حماية السوق خاصة التي تظهر في العلاقات التعاقدية، سواء بين الأشخاص أو بين المؤسسات ولهذا تأمل الأستاذة **M.-A. Frison-roche**، أن التوازن المأمول يوجد عبر التوازن بين الحرية العقدية والسوق التنافسية⁵.

أيضا النظام العام الحمائي و التوجيهي في ظل الدولة المتدخلة، الذي يهدف لتحقيق السياسة الاجتماعية، بتدخل الدولة في ممارسة النشاط الإقتصادي إما التدخل المباشر او الغير المباشر، الذي ينتج عنه تقييد و تراجع الحرية العقدية إلى حد كبير، تتجلى في ظهور العقود المنظمة و الجبرية كعقود الإذعان...إلخ، إلا أن هذا التقييد و التراجع للحرية العقدية ليس بنفس الحدة في ظل الدولة الضابطة، التي تشجع الحريات و المبادرات الفردية من خلال فتح السوق على المنافسة الحرة، التي تتلقى فيه الحريات الاقتصادية كحرية التجارة والصناعة و الاستثمار مع الحرية التعاقدية⁶، بحيث نجد أن قانون المنافسة يهتم بالعلاقة التعاقدية و ضمان توازنها لضمان توازن السوق، فيتدخل فقط لمنع الاتفاقيات و الشروط التي من شأنها المساس بالمساواة التعاقدية من

¹ **J.Rochefeld**, nouvelles régulations économiques et droit commun des contrats, RTDciv, 2001, p 672.

² **M.-Anne Frison-Roche**, Contrat, concurrence, régulation, RTD civ. 2004, n°13.

³ **F. Dreifuss-Netter**, Droit de la concurrence et droit commun des obligations, R.T.D. Civ, 1990, p.369.

⁴ **J. P. Chazal**, politique jurisprudentielle : absence incohérence ou non-dit, R.D.C, octobre 2003, n° 44.

⁵ **M.-Anne Frison-Roche**, op.cit, n°31.

⁶ **سامي بن حملة**، قانون العقود في مواجهة قانون المنافسة، مداخلة مقدمة في إطار الملئقي الدولي " القانون المدني بعد أربعين سنة " أيام 24 و 25 أكتوبر 2016، عدد خاص من حوليات جامعة الجزائر-1، العدد 2016/05، ص 281 و 282.

جهة و الماسة بالمنافسة من جهة أخرى،¹، وهذا ما يؤكد على أن النظام العام التنافسي و الضبطي دافع لإعادة بعد الحرية العقدية من جديد لأنه تقييد محدود و مضبوط.

ثانيا: صور تقييد الحرية التعاقدية: تقييد محدود

بعد تأكيد سمو القوة القانونية للقواعد الضبط الإقتصادي و المنافسة، على قوة القواعد القانونية للنظرية العامة للعقد لارتباطها بالنظام العام التنافسي و الضبطي، أصبح حماية مقتضيات السوق و المنافسة على حساب حماية الحرية التعاقدية، و الذي كان بشكل واضح في التعدي و المساس بالحرية التعاقدية سواء المساس بحرية التعاقد و عدم التعاقد (01) أيضا التدخل لتحديد مضمون العقد حتى يتوافق مع مقتضيات السوق المفتوح على المنافسة (02)، كذا توجيه حرية التعاقد في إختيار التعاقد الآخر (03).

01- المساس بحرية التعاقد وعدم التعاقد:

وفقا لفلسفة مبدأ سلطان الإرادة فإن الأشخاص أحرار في إبرام العقود أو عدم إبرامها، بحيث لا يمكن إلزامهم بإبرامها أمام حريتهم في عدم التعاقد، كما لا يمكن منعهم من التعاقد عندما تكون رغبتهم في التعاقد، لكن هذه الفلسفة تراجعت عندما أصبح يتدخل لتوجيه العقد وفق مقتضيات السوق المفتوح على المنافسة، الذي نتج عنه تقييد الحرية العقدية من خلال الإجبار على التعاقد من جهة "أ"، أو المنع من التعاقد من جهة أخرى "ب".

¹ صاري نوال، قانون المنافسة و القواعد العامة للإلتزامات، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجليلي اليابس – سيدي بلعباس،- سنة 2010/2009، ص 14.

أ- الإلزام على التعاقد:

يراد بفكرة الإلزام على التعاقد في فلسفة السوق المفتوح على المنافسة، ليس العقود المنظمة أو عقود الإذعان أو العقود النموذجية، بل محاربة الهيمنة و السيطرة على السوق التي يسعى لها المتعامل الاقتصادي القوي، قصد منع دخول المتعاملين الاقتصاديين الجدد، مما يؤثر على المنافسة وسيرق السوق، ولهذا تمنع قواعد الضبط الاقتصادي و المنافسة كل الممارسات المنافية و المقيدة للمنافسة طبقاً للأمر 03/03 المعدل و المتم المتعلقة بالمنافسة، على غرار الممارسات المقيدة للمنافسة التي حصرها المشرع في إطار ضيق طبقاً للقانون رقم 02/04 إذ تتعلق بحالة رفض البيع، رفض البيع التمييزي، دون مبرر اقتصادي، بحيث يجب الاستجابة و التعاقد رغم أنهم لا يرغب في التعاقد¹.

في ذات السياق عن فكرة الإلزام على التعاقد، ما نصت عليه المادة 15 من القانون رقم 02/04، التي تمنع منعاً باتاً رفض بيع سلعة أو رفض تأدية خدمة معروضة أمام الجمهور بدون مبرر شرعي، إلا ما أستثنى بنص مثل أدوات التزين للمحلات و المنتوجات المعروضة بمناسبة المعارض و التظاهرات، كما يعتبر تقييد الحرية التعاقدية و إجبار على التعاقد كل ممارسة نتيجة عن وضعية الهيمنة في السوق، نصت عليه المادة 11 من الأمر 03/03 المعدل و المتم المتعلقة بالمنافسة، في فحواها على أنه " يحظر على كل مؤسسة التعسف في استغلال وضعية التبعية لمؤسسة أخرى بصفتها زبوناً او مموناً إذا كان يخل بقواعد المنافسة"، بحيث يفهم منها جل الاعمال و الممارسات الأتية لكن على وجه الذكر لا الحصر فيما يلي:

- رفض البيع دون مبرر شرعي
- البيع المتلازم أو التمييزي
- الإلزام بإعادة البيع بسعر أدنى

¹ Muriel. Chongny, droit de la concurrence et droit commun de l'obligation, thèse de doctorat, université panthéon-sorbonne (paris), 2002, dalloz, p294.

- قطع العلاقة التجارية لمجرد رفض المتعامل الخضوع لشروط تجارية غير مبررة.
- كل عمل من شأنه أن يقلل أو يلغي منافع المنافسة داخل السوق.
- إضافة إلى وضعية الهيمنة والتعسف في التبعية الاقتصادية التي يفرض فيها قانون المنافسة، على المتعاقد المهيمن الرفض للتعاقد مع المتعاقد الطالب للسلعة أو الخدمة، والاستجابة لذلك من خلال فرض البيع لمن رفض البيع.
- اشارات كذلك في ذات السياق المادة 17 من القانون 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية، إلى البيع المشروط أو المتلازم الذي يفرض فيه المورد على البائع إعادة البيع بأسعار محدودة، أو اشتراط البيع سلعة بسلعة أخرى، أو خدمة بخدمة أخرى، والتي قد يمارس في إطار التعسف في استعمال وضعية التبعية الاقتصادية¹، غير أن هذه التصرفات تظهر في العلاقات التعاقدية بكثرة بين المحترفين، كما قد يفرض الصانع أو الموزع عملية البيع اتجاه زبونه من أجل أن لا يشتري إلا من عنده، أو رفض البيع بذريعة وجود شبكة توزيع كاملة التي تمثل الموزع الوحيد، هذا ما يشكل ممارسة مقيدة للمنافسة².
- أيضا المادة 07 من الأمر 03/03، التي أشارت إلى التعسف في وضعية الهيمنة، بحيث تمنع حق رفض البيع بحجة أن ممارسة هذا الحق، سيؤدي إلى منع دخول الاعوان الاقتصاديين الجدد، مما يجعله تعسف في وضعية الهيمنة³، و المادة 15 من القانون 02/04 التي أشارت للالتزام بالتعاقد، عبر منعها لرفض البيع من بحجة المحافظة على المنافسة، الا أن القانون قد يجيز رفض البيع إذا كان مشروع ويخدم المنافسة والمصلحة العامة، ويؤدي إلى تطور اقتصادي او تقني او يساهم في تحسين التشغيل⁴.

1 قابلية صورية، الآليات القانونية لحماية المستهلك، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر-1، سنة 2016/2017، ص 111.

2 أنظر، قوسم غالية، المرجع السابق، ص 177.

3 صاري نوال، المرجع السابق، ص 112.

4 صاري نوال، المرجع نفسه، ص 111.

هنا يري الفقه الكلاسيكي أن التدخل في العلاقة التعاقدية، والإجبار على التعاقد بما يضمن توافق مقاصد العقد مع مصالح وأهداف سياسة الدولة الضابطة، بمبرر ضمان السير الحسن للسوق المفتوح على المنافسة، هو تعدى وتقييد صريح وواضح على أحد أهم مبادئ النظرية العامة للعقد المتمثل في حرية التعاقد، بحيث يقيد هذه الحرية بفكرة الإجبار على التعاقد لمنع وضعية الهيمنة و التبعية الاقتصادية، من أجل ضمان السير المنتظم للسوق المفتوح على المنافسة،¹ إلا أن هذا التعدي لم يتوقف عند فكرة الإجبار على التعاقد بل تعدى ذلك إلى فكرة أخرى تتمثل في المنع من التعاقد.

ب- المنع من التعاقد

يمنع و يحضر قانون المنافسة كل الاتفاقيات والممارسات سواء الصريحة أو الضمنية، التي تحمل في طياتها مبادئ غير شرعية مخالفة للنظام العام التنافسي، التي قد تعيق حرية المنافسة والسير الحسن و المنتظم للسوق المفتوح على المنافسة، مما يجعل صحة العقود مقترن بتوافقها مع مقتضيات المنافسة، بحيث يمنع كل العقود و الاتفاقيات التي تقيد المنافسة وحسن سير السوق، نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر ما يلي:

- يمنع قانون المنافسة كل الاتفاقيات والممارسات المقيدة للمنافسة، و وضعيات الهيمنة المذكورة في المادتين 06 و 07 من الأمر 03/03 و المادتين 14 و 18 من قانون 02/04، التي تتعارض مع النظام العام التنافسي و تؤثر على السير الحسن للسوق².
- يمنع قانون المنافسة كل التمييزات و التجميعات الاقتصادية، المذكورة في المادة 15 و 17 من الأمر 03/03 المعدل و المتمم المتعلق بالمنافسة، بحيث يجب أن لا تمس كل عملية تجميع أو تركيز بالمنافسة الحرة والسير الحسن للسوق، خاصة إذا كانت ستعزز وضعية الهيمنة لمؤسسة أو متعامل داخل السوق التنافسية، بحيث يتدخل مجلس المنافسة في البث في

¹ M. Malaurie-Vignal, Droit de la concurrence et droit des contrats, Dalloz, 1995, chron.51, p 52.

² قابة صورية، المرجع السابق، ص 59.

وضعية الهيمنة في أجل 03 أشهر، لقبول الترخيص أو منعه طبقا للمادة 19 من الامر 03/03¹ المعدل و المتمم المتعلق بالمنافسة.

هنا أيضا راءى الفقه الكلاسيكي أن هذا التدخل في العلاقة التعاقدية، عبر فكرة المنع من التعاقد بما يضمن توافق العقد وأهداف الدولة الضابطة، تعدى صريح و واضح على حرية التعاقد، لكن بدرجة أقل من فكرة الإجبار على التعاقد، نظرا لأنه يستهدف فئة المحترفين فقط، بما يضمن تعاملاتهم وفق مقتضيات السوق المفتوح على المنافسة، إلا أنه تعدى ذلك إلا فكرة أخرى تمثل في التدخل تحديد مضمون العقد.

02- التدخل في تحديد مضمون العقد:

تقتضي أيضا حرية التعاقد الحرية للمتعاقدين في تضمين العقد ما يشاؤون من حقوق والتزامات تحقق مصالحهم الخاصة، لكن قانون المنافسة يقيد من هذه الحرية من خلال التدخل في العلاقة العقدية لتحديد مضمون العقد²، بفرض واجبات والتزام أو شروط لم تكن ضمن بنود العقد، حتى توجيه العقد وفق مقتضيات السوق المفتوح على المنافسة، باسم النظام العام التنافسي، الذي يضمن تحقيق السياسة الاقتصادية للدولة الضابطة، كالتدخل لتحديد الاسعار مثلا.

حيث نجد أن المادة 04 من الأمر 03/03 المعدل و المتمم المتعلق بالمنافسة تنص على " أن الاسعار والخدمات حرة وفقا لقواعد المنافسة"، إلا أنه يرد عليها استثناءات تخدم نظرا لظروف أو سياسات معينة تضمن من خلالها تحقيق المصلحة العامة، مثل تحديد الاسعار للمواد الاستراتيجية والخدمات ذات الاستهلاك الاستراتيجي الواسع، أو في حالة الظروف الاستثنائية كالحروب أو الأزمات، أيضا ما جاء في نص المادة 11 نفس الأمر التي أشارت إلى كل من قطع العلاقات التجارية و الالتزام بإعادة البيع بسعر أدني باعتبارهما يشكلان استغلالا تعسفيا لوضعية التبعية،

¹ صاري نوال، المرجع السابق، ص 110.

² Y. Guyon, rapport de synthèse, colloque organisé 24-25 octobre 1997, droit du marché et droit commun des obligations ; RTD.Com, 1998, n°1, p124.

منع إعادة البيع بصورة مفروضة، منع الأسعار منخفضة بصورة غير مألوفة، فرض شفافية التعريفات وتوضيحها¹.

أيضاً في ذات السياق نجد المادة 12 من الأمر 03/03 المعدل و المتمم المتعلق بالمنافسة، التي يمكن من خلالها حظر البيع بأسعار منخفضة إذا مست بالمنافسة وكان لها تأثير سلبي يعيق تنظيم وسير السوق المفتوح على المنافسة، من خلال التعسف في وضعية الهيمنة بفرض الاسعار الدنيا إذا مست بالمنافسة و دخول المتعاملين للسوق، كمن يفرض على المتعامل التابع احترام تسعيرة معينة من قبل المتبوع، الأمر الذي يؤدي إلى تضيق المنافسة بين الموزعين²، الناتج عن البيع بأسعار منخفضة، ويراد منه تقييد المنافسة من خلال منع دخول المتعاملين الجدد للسوق³.

من خلال هذا ايضاً يتجلى أن قانون المنافسة بقواعده الأمرة، الخادمة للنظام العام التنافسي يبحث دائماً عن تحقيق المصلحة العامة، عبر تقييده للحرية العقدية وتوجيهها مع ما يضمن مقتضيات السوق المفتوح للمنافسة، إلا أنه لا يفقد شيء من خصوصيته عبر دمج الانشغال الاصيل للحرية التعاقدية، في تحقيق المصلحة الخاصة عبر البحث عن تحقيق التوازن بين فئة المحترفين⁴، وإعادة الاستقرار المفقود للأسس والمبادئ الكلاسيكية في قانون العقود، مما يملكه قانون العقود من النشاط الحركية و القوة الأمرة مع التوحيد والتوسع المسير للتطورات الاقتصادية.

لكن الفقه الكلاسيكي يرى عكس ذلك، بحيث اعتبر التدخل في تحدد مضمّن العقد بما يضمن التوافق مع مقتضيات السوق المفتوح على المنافسة، لضمان تنفيذ السياسة الاقتصادية للدولة الضابطة، تعدى وتقييد واضح وصريح على حرية التعاقد في تحديد مضمون عقده، حتى وإن كان لا يتم التدخل إلا في الحالات و الظروف الاستثنائية، ليتوسع هذا التقييد أكثر والوصول إلى توجيه هذه الحرية في إختيار التعاقد الذي يتعاقد معه.

¹ صاري نوال، المرجع السابق، ص 123.

² صاري نوال، المرجع السابق، ص 124.

³ قابة صورية، المرجع السابق، ص 126.

⁴ J.Rochefeld, op.cit, p 476.

03- توجيه الحرية العقدية في إختيار المتعاقد الآخر:

وفقا لمبدأ سلطان الإرادة فإن للمتعاقد كامل الحرية في إختيار المتعاقد الذي يتعاقد معه، بحيث لا يمكن إجبار أي شخص على التعاقد مع شخص محدد مسبقا، إلا أن هذه الحرية قيدت في ظل قانون الضبط الاقتصادي، أين أصبح صحة العقد في بعض النشاطات ذات طابع الاستراتيجي، مرتبطة بضرورة التعامل و التعاقد مع شخص محدد مسبق قد يكون طبيعي أو معنوي، باعتباره المتعاقد الأفضل و المناسب الذي يستطيع تنفيذ واجباته و التزاماته مما يضمن تنفيذ السياسة الاقتصادية للدولة الضابطة، بحيث تتمكن من تنفيذ البرامج الاجتماعية و الاقتصادية للدولة المرتبطة بتنفيذ العقد¹، عبر التدخل الإداري في العلاقة العقدية يضمن توفر شروط و إجراءات إدارية مسبقة²، ليكون بذلك توجيه العلاقة التعاقدية عبر توجيه حرية المتعاقدين في عدة نشاطات اقتصادية منها ما يلي:

أ- مع صفة البنك أو المؤسسة المالية:

يعتبر النشاط المصرفي من أخطر الأنشطة الاقتصادية، بحيث نجده يقوم على قاعدة الشهرة و الائتمان لجلب زبائنه، التي تتأثر بمجرد تتأثر سمعة المتعامل الاقتصادي الناتجة عن أعماله، ورغم أن المشرع الجزائري حرر النشاط الاقتصادي على السوق المفتوح على المنافسة الحرة، إلا أنه استثنى النشاط المصرفي من هذا التحرير، الذي بقي خاضع لسياسة التخطيط و التوجيه الناتج عن تدخل المباشر للدولة، التي على مؤسساتها العمومية المصرفية و البنكية لتسييره، مما يقيد ويوجه حرية التعاقد مع هذه المؤسسات العمومية التي يرها المشرع المتعاقد الأفضل و المناسب لتنفيذ السياسة الاقتصادية للدولة، فهنا لا يعترف بالحرية العقدية و يجب على من يرغب بالتعاقد في المجال المصرفي

¹ حجازي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 293.

² حجازي عبد الفتاح، المرجع نفسه، ص 271.

ترك الحرية العقدية على جانبها، و الانقياد نحو التحديد والتوجيه المسبق المحدد من طرف البنك أو المؤسسة المالية¹.

فمثلا نجد في عقد الائتمان المصرفي حدد المشرع المتعاقد الذي يجب التعاقد مسبقا طبقا للمادة 70 من قانون النقد والقرض والمتمثل في البنك، بحيث يخول له حصريا تلقي الودائع من الجمهور²، كما خولت له المواد 66 إلى 68 القيام بجميع العمليات المصرفية، كما أضافت المادة 71 من نفس القانون أنه لا يمكن للمؤسسات المالية تلقي الأموال من العموم، و لا إدارة وسائل الدفع أو وضعها تحت تصرف زبائنها، و المادة 76 منعت على كل شخص طبيعي أو معنوي، من غير البنوك أو المؤسسات المالية، القيام بالعمليات التي تجرئها البنوك و المؤسسات بشكل اعتيادي. يتبين من خلال هذا أن المشرع الجزائري احتكر ممارسة النشاط المصرفي، للمؤسسات العمومية المصرفية وفقا لقواعد الحذر و التسيير المباشر، المتمثلة في البنك و المؤسسات المالية و المصرفية المحددة بقانون النقد والقرض، من أجل ضمان تنفيذ سياسة الدولة من جهة و حماية الأموال العامة من جهة أخرى، عن طريق تقنية العقد الذي يعتبر أفضل وسيلة لضبط السوق، بحيث يمكن من خلاله توجيه العلاقة التعاقدية وتقييد حرية المتعاقدين، مع المتعامل المحدد مسبقا باعتباره المتعامل الوحيد في السوق الذي تتوفر فيه جميع الشروط القانونية، و المؤهل القادر على تنفيذ سياسة الدولة وتحقيق الأهداف الاقتصادية للدولة³.

أيضا نجد أن المشرع الجزائري في الأمر 09/96 المتعلق بالاعتماد الإيجاري⁴، قيد حرية التعاقد و حصرها في أشخاص معينة، بحيث لا يمكن التعامل إلا مع 03 أصناف من المتعاقدين فقط، وفقا لما جاء في المادة 01 الفقرة 02 من الأمر السابق، التي اشترطت أن العمليات التجارية و المالية في هذا المجال، لا يمكن أن تتم إلا من خلال البنوك المؤسسات المالية أو

1 بعجي أحمد، المرجع السابق، ص 324.

2 شامي ليندة، المرجع السابق، ص 31.

3 شامي ليندة، المرجع نفسه، ص 43.

4 الأمر 09/96 المتعلق بالإعتماد الإيجاري، ج.ر.ج. ج، عدد 03 صادر بتاريخ 14 جانفي 1996.

شركات تأجير مؤهلة قانونا و المعتمدة صراحة بهذه الصفة من طرف الدولة، بحيث تضمن هذه المؤسسات المالية تنفيذ سياسة الدولة و حماية الأطراف المتعاقدة¹.

من خلال هذا يتضح أن المشرع الجزائري رغم تحريمه للنشاط الاقتصادي على السوق المفتوح على المنافسة، إلا أنه تحفظ من هذا التحرر بخصوص بعض الأنشطة الاقتصادية ذات الطابع الاستراتيجي، كالنشاط المصرفي الذي اعتمد فيه التسيير المباشر عن طريق المؤسسات العمومية وفقا لقواعد الحذر، مما يضمن حماية للمتعاقد و أمواله من مخاطر البنوك والعمليات المصرفية من جهة، بحيث تخضع هذه المؤسسات التي تمارس النشاط المصرفي للرقابة المسبقة المتمثلة في التراخيص و الإعتمادات، و الرقابة اللاحقة التي تعتمد على اللجان المختصة، و تنفيذ سياسة الدولة الاقتصادية من جهة أخرى عبر حصر التعامل مع المتعامل الأفضل القادر على ذلك، إلا أنه في الحقيقة يعتبر تقييد و توجيه لحرية المتعاقدين التي تستدعي الحرية المطلقة للمتعاقد في إختيار المتعاقد

¹ **بجعي أحمد**، تحديد صفة المتعاقد في عقود الاعمال، مداخلة قدمت في الملتقى الوطني، الموسوم بمبدأ سلطان الإرادة في عقود الأعمال بين الحرية و التقييد، كلية الحقوق- أحمد بوقرة- جامعة بومرداس، يومي 06 و 06 نوفمبر 2017، ص 07. أيضا للمزيد أكثر في فرض التعامل مع الوكيل العقاري: يعتبر المشرع الجزائري نشاط الترقية العقارية من الأنشطة ذات الطابع الاستراتيجي، بحيث أعدت عدة برامج و خطط رئاسية ذات أولوية للقضاء على مشكل السكن و العدد المتزايد لطلب الحصول عليه، و لضمان تنفيذ ذلك فقد أشترط على المتعاقدين في هذا المجال ضرورة التعامل مع الوكيل، بحيث لا يعتبر العقد صحيحا و يكون له أثر قانوني إلا إذا كان وفق الشروط و الإجراءات القانونية و الشكلية، التي يشترطها المرسوم التنفيذي رقم 18/09 المتعلق بتنظيم مهنة الوكيل العقاري، حيث أن المادة 02 منه تحدد على أنه " يعد وكيلا عقاريا كل شخص طبيعي أو معنوي يقدم خدمات طابع تجاري كوسيط في الميدان العقاري، و التسيير العقاري لحساب و لفائدة المالكين"، كما نصت المادة 05 من نفس المرسوم على أن نشاط الوكيل العقاري، تخضع لشروط و إجراءات إدارية صارمة تضمن قيامها بمهام الموكلة لها، و هي تشمل شمل ثلاث وظائف هي الوكالة العقارية، الوسيط العقاري، القائم بإدارة الأملاك العقارية، لكن رغم أنها تحقق و تضمن هذه المهام إلا انها تعتبر في ظل المفهوم التقليدي لنظرية العقد، تعدى و تقييد لحرية المتعاقد في إختيار المتعاقد الذي يتعاقد معه.

كذا فرض التعاقد مع المرقى العقاري: بعدما فرض المشرع الجزائري ضرورة التعامل مع الوكيل العقاري التي تشمل مهنة المرقى العقاري، أتبعه بالقانون رقم 04/11 المتعلق بالترقية العقارية، من أجل ضمان تطوير نشاط الترقية العقارية لتنفيذ الخطط و البرامج الرئاسية للقضاء على مشكل السكن، فجدد المادة 02 الفقرة 04 منه تنص على أنه " يهدف هذا القانون في إطار الأهداف السياسية الوطنية لتطوير نشاطات العقارية الترقية العقارية، إلى ما يأتي: تحديد قانون أساسي للمرقى العقاري و ضبط مضمون العلاقات بين المرقى و المقتني..."، يفهم من هذا النص على أن المشرع يهدف لتحقيق السياسة العقارية للدولة و تنفيذ برامج رئيس الجمهورية، لكن مع أخذ بعين الاعتبار الحماية القانونية للمقتني او المشتري للعقار، بحيث يؤكد على أن الشخص الوحيد المرخص له و تسيير النشاط العقاري، هو المرقى العقاري الذي أكدت عليه المادة 04 من نفس القانون، في نصها على أنه "يرخص للمرقين العقاريين المعتمدين و المسجلين في السجل التجاري، بالمبادرة بالمشاريع العقارية، لا يمكن أيا كان أن يدعي صفة المرقى العقاري أو يمارس هذا النشاط، مالم يكن حاصلا على اعتماد و مسجلا في الجدول الوطني المرقين العقاريين حسب الشروط و الكيفيات المحددة في هذا القانون".

الذي يرغب ب في التعاقد معه، ايضا مجالات أخرى غير خاضعة للضبط لكن تؤثر في السوق منها فرض التعامل مع الوكيل العقاري¹، وفرض التعاقد مع المرفق العقاري².

ب - فرض التعامل مع الوكالة الوطنية لتشغيل الشباب:

تعتبر الوكالة الوطنية لتشغيل الشباب مرفق عمومي جديد، ظهرت مع نهاية عام 2006 طبقا للمرسوم التنفيذي 77/06 المؤرخ في 18 فبراير 2006، الذي ينظم تسيره عن طريق مؤسسة عمومية ذات تسيير خاص، بحيث تلعب هذه المؤسسة دور الوساطة بين عروض العمل وطلبات العمل المسجلة على مستوى بطاقتها والتي يطلبها السوق الجزائري في شتي المجالات الإدارية و الاقتصادية، كما تساهم في وضع سوق العمل الوطنية و تطويره، إذ تعتبر الأداة الفعلية للدولة في أداء مهامها كوسيط في سوق الشغل، للترقية الشغل و محاربة البطالة³.

نجد أن سوق الشغل كانت مفتوحة و حرة بالنسبة للموظفين أو العمال، إذ كان التعاقد مباشرة بين المؤسسات العمومية أو الاقتصادية، والمتعاقد الطالب للشغل دون الرجوع إلي الوكالة الوطنية للتشغيل، لكن المشرع بعد إنشاء هذه الوكالة الوطنية لتشغيل، اشترط على كل طالب للشغل أن يمر على الإجراءات التي تطلبها هذه الوكالة حتي يتمكن من الحصول على عمل، حيث تعمل هذه الأخيرة على تشغيل الشباب بما يعرف بعقود ما قبل التشغيل، لتسعي بعدها لإدماج المتعاقد المحددة مسبقا بموجب قرار وزاري، يضم ثلاثة أطرف المستفيد، المستخدم و الوكالة الوطنية لتشغيل الشباب، هذا الطرف الاخير الاكثر أهمية لأنه يسهر على تقريب طالبي العمل مع أربابه⁴، ثم إدماجهم في المناصب الشاغرة بالمؤسسات، عبر عقود الادمج الذي تقيد فيه حرية

1 بوصوفة الزهرة، الوكيل العقاري كنشاط إقتصادي مقنن، مذكرة ماجيستير، جامعة الجزائر-1، سنة 2013/2012، ص 06.

2 بعجي أحمد، المرجع السابق، ص 326.

3 أنظر القانون رقم 19/04 المؤرخ في 25 ديسمبر 2004، المتعلق بتنصيب العمال و مراقبة التشغيل، ج.ر، العدد 83، الذي يعدل المرسوم التنفيذي رقم 77/06 المؤرخ في 18 فيفري 2006، يحدد مهام الوكالة الوطنية لتشغيل الشباب وتنظيمها، ج.ر. ج. ج، العدد 09.

4 أنظر القانون رقم 19/04 المرجع السابق.

إختيار المتعاقد بوجوب التعاقد عكس رغبة طالب الشغل، إلا أن هذا التقييد او الاجبار نسبي لأن تبقي الموافقة على التعاقد في طالب الشغل، إن اراد قبلها وإن لم يرده رفضها، إلا أنه ايضا اصبح لا يمكن الحصول على منصب شغل دون علم وموافقة الوكالة الوطنية للتشغيل ANAM، التي اصبحت طرف ثالث في العقد¹.

من خلال كل ما سبق يتضح أن المشرع الجزائري يسعى من خلال التدخل في العلاقة التعاقدية، لتوجيهها وفق مقتضيات السوق المفتوح على المنافسة، باسم النظام العام التنافسي الهادف لتحقيق الأهداف الاقتصادية للدولة الضابطة، إما عبر التدخل المباشر في هذه العلاقة عن طرق المنع أو الإجبار و حتى تحديد مضمون العقد، أو لتوجيه حرية التعاقد في إختيار المتعاقد الذي يتعاقد معه، حماية بعض الأنشطة ذات الطابع الاستراتيجي لضمان تنفيذ العقد و تنفيذ سياسة الدولة، إلا أنه لم يكتفي بالتدخل فقط لتوجيه هذه العلاقة لضمان توافقها مع مقتضيات السوق، بل جعل كل تجاوز أو تعدى أو مخالفة للشروط و الإجراءات التي حددها مسبقا مقرونة بجزاء متنوع بحسب تنوع درجة المخالفة حتى يضمن هذا التوجيه.

الفرع الثاني

الجزء كضمان لتوجيه الحرية العقدية لمقتضيات السوق

يعتبر الجزاء ردة فعل يقرها القانون على كل شخص يخالف قاعدة قانونية أمره، بسلوك أو فعل أو تصرف معين، في زمن ومكان محدد، توقعه سلطة أو هيئة مختصة، يرجي منه تنظيم مجال معلوم ومحدد مسبقا، أقره المشرع الجزائري في المجال التعاقدية كأصل بما يسمى الجزاء المدني، لكن بعد خضوع العلاقات التعاقدية للشروط و الإجراءات الإدارية التي تتطلبها الأنشطة الخاضعة للضبط الاقتصادي، كالترخيص و الإعتمادات التي تعتبر بمثابة إذن بالتعاقد من سلطات الضبط الاقتصادية، اصبح هذا الجزاء يتنوع ويختلف حسب درجة المخالفة و مدى تأثيرها على السوق

¹ فاضل خديجة، المرجع السابق، ص ص 174 - 188.

وتوازنه، بحيث أصبح الجزء المدني يتجه من الصرامة إلى الليونة "أولاً"، وظهور الجزء الجنائي كألية جديدة ضمن مبادئ النظرية العامة للعقد "ثانياً".

أولاً: الجزء المدني: من الصرامة إلى الليونة

يعتبر البطلان ضمن القانون المدني حل وفك للرابطة العقدية، وهو أخطر الآليات القانونية لا يقرره القانون إلا إذا تخلف ركن من أركان العقد، أو شرط من شروط صحته¹، لكنه يختلف عن البطلان الذي يقرره قانون المنافسة والضبط الاقتصادي والذي يمتاز بنوع الليونة، بحيث يقتصر على ابطال الركن أو الشرط المخالف في العقد، مما يسمح بإنقاذ من شبح الزوال لضمان تنفيذه، فما هي طبيعة البطلان في كل من قانون المنافسة (01)، و قانون الضبط الاقتصادي (02)؟.

01- طبيعة البطلان في قانون المنافسة:

لتحديد طبيعة البطلان في قانون المنافسة، يجب أولاً تحديد طبيعة النظام الذي تؤسسه قواعد المنافسة، حيث يميز الفقه في النظام العام الاقتصادي بين النظام العام الاقتصادي الصرف أو الموجه، و النظام العام الاجتماعي أو الحميائي، وهذا لتحكم مسألة تحديد هذا الأخير في تحديد الجزء المترتب عن مخالفة قانون المنافسة، بحيث ترافقها صعوبة تحديد المصلحة المحمية في القوانين الاقتصادية، ومن تم صعوبة تحديد طبيعة البطلان، تتمثل في فهم ما تقصده هذه القوانين من مصلحة للسوق، فهي مصلحة عامة تتمثل في حسن تنظيم وسير السوق المفتوح على المنافسة، أم هي مصلحة خاصة تتمثل في مصلحة المتنافسين، و حتى المحاولات للترقية بين المصلحتين لم تحل هذه الصعوبة أو الإشكال، لأن إقصاء المنافس ينقص المنافسة في السوق و من تم يمس بحسن سير السوق، ولهذا فالترقية بين المصلحة العامة و الخاصة هي تفرقة نسبية، لأن إحداها تؤدي

¹ خليل أحمد حسين قادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة 2010، ص 81.

للأخرى، بحيث نجد قواعد تتحقق فيها مصلحة جماعية تجتمع فيها مصلحة عامة و مصلحة خاصة، مما يجعلها أحيانا غامضة وعاجزة عن حل المشاكل المتعلقة بها مما يؤدي في الأخير إلى المساس بتناسق القانون.

في هذا الصدد تعتبر الأستاذة **M-A Frison-Roche** النظام العام التنافسي نظاما عاما توجيها، مستخلصة هذا الطابع من أن قانون المنافسة لا يحمي المنافسين وإنما يحمي المنافسة، بطريقة مباشرة في السوق لضمان المصلحة العامة، ويعتبر هذا الطابع صحيح إلى حد ما، إذا ما رجعنا إلى تحليل منع الممارسات المقيدة للمنافسة، التي تمنع الأعمال المدبرة والتعسفات في وضعية الهيمنة و رقابة التجميعات، لضمان سيادة قواعد التنافس السليم في السوق من أجل تحقيق المصلحة العامة، التي تترجم في تحقيق رفاهية المستهلك عبر جودة السلع والخدمات المقدمة مقابل سعر منخفض، لكن يرى كل من الفقهاء **CI. Lucas de Leysac** و **G.Parléani** في النظام العام التنافسي أنه نظاما عاما حميا، يتولى حماية السوق و المنافسين كونه لا يفرق بين حماية المنافسة و حماية المنافسين و دون أن يفرق بين المصلحة العامة والخاصة.

في الأخير لا تسعى هذه الدراسة إلى تحديد الاختلاف في طبيعة النظام العام التنافسي، وإنما لتقييم المعايير المعتمدة لتمكين من التمييز بين النظام العام التوجيهي و الحمائي، وسنحاول للخروج من هذه المسألة عن طريق إبراز مكانة هذه القواعد في القانون الجزائري، هل يشكل قانون المنافسة الجزائري ركيزة لنظام عام موجه أو حمائي، و بطبيعة الحال لن تكون الإجابة عن هذا التساؤل بمعزل عن الظروف الاقتصادية و الاجتماعية و السياسية السائدة في الجزائر، خاصة بعدما تم الاعتراف بضرورة فتح السوق على المنافسة الحرة، بعد تبني النظام الليبرالي في ظل الدولة الضابطة.

ولكن حتى يتم ربط بين الوضع السياسي و الاجتماعي و الاقتصادي مع التشريعات المتعلقة بفتح السوق على المنافسة، التي تسعى لتحسين شروط ممارسة المنافسة في السوق، على نحو بعيد فيه "للسوق دوره في حث الأنشطة المنتجة و توسيع طابعه التنافسي عن طريق تدعيم القواعد الهادفة

إلى توقع و تصحيح السلوكيات و الممارسات التي من شأنها عرقلة أو الإخلال بحرية المنافسة"، وهو ما يوحى دائما إلى فكرة النظام العام الموجه، لأن الهدف من المنافسة، هو خلق سوق يضم مجموعة من المتنافسون ويعمل وفق آليات السوق الطبيعية، التي تسمح بتكوين أسعار ناتجة عن التزاحم في تقديم سلع وخدمات قادرة على مواجهة المنافسة الدولية، ليرجع ذلك بالمنفعة على المستهلك.

هنا نصل إلى فكرة أن البطلان يتأثر بنوعية النظام العام الاقتصادي المراد حمايته عبر قواعد المنافسة و الضبط الاقتصادي، بحيث يترتب على طبيعة البطلان وفقا لقانون المنافسة طبقا للمادة 13 من الامر 03/03 المعدل و المتمم المتعلق بالمنافسة، على أنه بطلان مطلق يخضع لأحكام و نظام البطلان كما وضحته القواعد العامة، و بموجبها يمكن إثارته من قبل كل شخص له مصلحة في إبطال العقد أو الشرط التعاقدى المخالف للنظام العام التنافسي، و تمتد هذه الصلاحية بطبيعة الحال لأطراف العقد المعني بالمنع، وللقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه وحتى على كل شخص يهيمه السير الحسن للسوق، كما تشكل المادة 49 من الأمر السابق أساسا قانونيا يجيز للغير مباشرة رفع دعوى البطلان، وإن كان النص يتعلق بدعوى التعويض عن الأضرار المترتبة عن الممارسات المقيدة للمنافسة، إلا ان تفسيره الواسع يسمح للمتنافسين و المستهلك طلب بطلان العقود و الشروط التعاقدية التي تشكل تقييدا للمنافسة¹.

لكن للتمييز بين البطلان في قانون المنافسة و البطلان طبقا للقواعد العامة للعقد، يجب التفريق بينهم في كون هذا الأخير جزاء يرتبه القانون على عدم توفر أركان العقد، أو شرط من شروط صحته، اما البطلان في قانون المنافسة فهو جزاء يرتبه القانون على اثار العقد دون الاهتمام بشروط تكوينه، بحيث خول القانون أنه يمكن رفع دعوي البطلان إما من طرف مجلس المنافسة

¹ شفار نبيلة، الجرائم المتعلقة بالمنافسة في القانون الجزائري و المقارن، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2012-2013، ص 141.

أو ذي مصلحة، أمام القضاء المدني للمطالبة بإبطال الممارسات و الاتفاقيات المقيد للمنافسة داخل السوق، كذلك بالنسبة لذي مصلحة طبق للقواعد العامة¹.

الحقيقة أن العقد إذا أنشأ صحيحاً وفقاً للقواعد العامة، فإنه يستوجب آثاره لكل من المتعاقدين ولا يمكن التدخل في العلاقة التعاقدية، إلا إذا تعارض مع النظام العام، لكن هذا الأخير متغير و متطور مع التغيرات الاجتماعية و الاقتصادية، وصولاً إلى النظام العام الاقتصادي سواء التوجيهي أو الحميائي، الذي يسمح لكل من المشرع و القاضي التدخل في العلاقة العقدية من أجل توجيهها وفق ما يضمن تنفيذ السياسة الاقتصادية للدولة، لكن هذا التدخل له تأثير عميق على الحرية الفردية، من خلال فرض و التدخل في الإرادة التعاقدية قصد توجيهها بما يخدم النظام العام التنافسي.

02-البطلان في قانون الضبط الاقتصادي:

يرتبط قانون الضبط الاقتصادي ارتباطاً وثيقاً بالمنافسة، مما يجعل المنافسة قلب الضبط و الضبط حامي المنافسة، وبذلك يعتمد هذا الأخير على القواعد القانونية للمنافسة في تنظيم السوق المفتوح على المنافسة، مما يجعل مسألة البطلان في قانون المنافسة هي نفسها في قانون الضبط الاقتصادي، غير انه لا يمنع أن يتطرق إلى بعض نماذج إبطال العقد بما يخص الإجراءات الإدارية للممارسة بعض الأنشطة الاقتصادية، كتخلف بعض شرط الاعتماد و الترخيص التي تعتبر بمثابة شكلة للعقد، بحيث يسعى من خلالها المشرع إلى التأكد من قدرة المتعاقد خاصة في المجالات الحساسة، كالبنوك - شركات التأمين- المرقى العقاري... الخ، وكل تخالف لهذه الشروط يعتبر العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً، كما جاء في نص المادة 245 من الأمر 07/95²،

¹ موساوي ظريفة، دور الهيئات القضائية العادية في تطبيق المنافسة، مذكرة ماجيستير، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2010، ص 18.

² أنظر الأمر 07/95 المتعلق بالتأمينات، المرجع السابق.

كذلك نص المادة 244 من نفس الأمر "...تعتبر عقود التأمين المكتتبة حسب الشروط الواردة في المادة 244 باطلة..."، لعدم توفر الأهلية.

لكن المشرع الجزائري خفف من حدة البطلان، الناتج عن تخلف الاعتماد و الترخيص، إذا كانا المتعاقد بحسن نية كما جاء في نص المادة 245 من الامر السابق "...غير أنه لا يحتاج بهذا البطلان في حق المؤمن لهم و المكتتبين و المستفيدين إذا كانوا بحسن نية..."، أي إذا أبرموا عقود تأمين مع المؤمن دون علمهم بعدم حصوله على الاعتماد، الذي يرخص له بممارسة نشاط التأمين¹، الذي يعتبر تأكيد من المشرع الجزائري على التخفيف حدة ممارسة الحكم بالبطلان عن طريق تقرير مبدأ حسن النية لكنه أما إشكال قانوني آخر و هو كيف يتأكد من حسن نية المتعاقد، و الذي اختلف فيه الفقهاء عن طريقة الأخذ به، ليتوسع المشرع أكثر في الضغط عن الإرادة التعاقدية و توجيه حرية التعاقد بما يتوافق مع مقتضيات السوق المفتوح على المنافسة، عندما نص على الجزاء الجزائي.

ثانيا: الجزاء الجزائي

الأصل أن الجزاء الجزائي لا معني له ضمن القواعد العامة لنظرية العقد، لكن المشرع لضمان ضبط السوق المفتوح على المنافسة، بهدف الوصول إلى تجسيد سياسة الدولة الاقتصادية، من خلال تطوير هذا السوق لتحقيق الأهداف الاقتصادية و الاجتماعية، أقر عقوبات ضد من يخالف الشروط و الإجراءات التعاقدية المنصوص عليها، أكثر خطورة تمس الذمة المالية للمتعاقد، وقد تصل حتي إلى سلب الحرية، باسم النظام العام التنافسي الضبطي، هذه العقوبات تكون في شكل غرامات مالية أو عقوبات سالبة للحرية.

¹ عمرو جويوة، حماية مستهلكي التأمين، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر -1، سنة 2013/2014، ص 225.

بحيث يمكن لمجلس المنافسة تطبيق عقوبات تتمثل في غرامات مالية على العون أو المتعامل الذي لم يحترم شروط المنافسة، كعدم التبليغ عن التجميعات رغم إلزامية التبليغ، نصت عليه المادتين 63 و 64 من الامر 03/03، كذلك المادة 56 تسليط غرامة مالية لا تتجاوز 12 بالمئة من رقم الاعمال لأخر سنة مالية، ويمكن لمجلس المنافسة تخفيفها لشروط واعتبارات تناولتها المادة 60 من نفس الامر السابق، تتوافق مع مقتضيات السوق¹.

العقاب في قانون الضبط الاقتصادي هو جزاء لتصرف خاطئ، أو ردة فعل تصحيحية كما هو الحال لنص المادة 244 من الامر 07/95، التي تنص على أنه في حالة إذا لم يتحصل الشخص على الاعتماد، وقام بتقديم وعود للجمهور، سواء لحسابه الخاص أو لحساب شركة التأمين، يتعرض لعقوبة الاحتيال المنصوص عليه في المادة 372 من قانون العقوبات، المتمثلة في الحبس من سنة على الأقل إلى 05 سنوات، وبغرامة مالية من 500 إلى 20.000 دج.

كذلك في مجال الاعمال المصرفية المادة 134 من قانون النقض والقرض... تطبق العقوبات السارية على النصب، على كل شخص خالف في تصرفه، سواء لحسابه أو لحساب شخص اخر معنوي، أحد أحكام المواد 76 و 80 و 81 من هذا الامر...، على أنه يطبق على من يستعمل الاسم المصرفي دون الحصول على الاعتماد، عقوبة النصب و الاحتيال المنصوص عليها في قانون العقوبات، خاصة مخالفة الأحكام التي جاءت بها المادة 81 من قانون النقض والقرض.

كما نص القانون رقم 04/11 على العقوبة المقررة لمخافة المرقى العقاري، لشرط الحصول على الاعتماد، ومباشرة الترقية العقارية دون الحصول على الاعتماد، جاء في المادة 77، كذلك ضبط مجال الاتصالات الإلكترونية في المادة 171 من القانون رقم 04/18 .. يعاقب بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات وبغرامة مالية من 1.000.000 دج إلى 5.000.000 دج أو بإحدى العقوبتين ، كل من ينشئ أو يستغل شبكة اتصالات إلكترونية مفتوحة للجمهور دون رخصة،

¹ شروط حسين، شرح قانون المنافسة على ضوء الأمر 03/03 المعدل و المتمم، دار الهدى للنشر و التوزيع، 2012، ص 66.

المنصوص عليها في المادة 123 من هذا القانون أو مواصلة ممارسة النشاط خرقا لقرار التعليق أو سحب هذه الرخصة"¹.

تشديد المشرع الجزائري في توجيه الحرية العقدية، إلى غاية تقرير الجزاء لمن يخالف الشروط والتنظيمات، التي تقتضى ضمان حرية المنافسة والسر الحسن للسوق، هو تحقيق الاهداف المرجوة من السياسة الضبط القطاعية، خاصة في المجالات الحساسة و الاستراتيجية التي لم يفتحها على المنافسة .

من خلال كل هذا يتضح أن الحرية العقدية انتقلت من التقييد إلى التأيير، نتيجة توافقها مع فلسفة الضبط الاقتصادي المشجع للحريات و المبادرات الفردية الناتجة عن تحرير الحريات الاقتصادية و التنافسية، بحيث تتدخل للحد و التقييد من هذه الحرية باسم النظام العام التنافسي و الضبطي، لضمان توجيهها وفق مقتضيات السوق المفتوح على المنافسة الحرة، والتوجه نحو الليونة في إقرار الجزاء بما يضمن محاربة الشروط التعسفية التي تقييد المنافسة، بالإضافة إلى أن هذا التقييد و التأيير ليس عشوائى بل تراعى في أسس وضوابط كانت دافع لإعادة بعثها من جديد.

المطلب الثاني

أسس وضوابط تأيير الحرية العقدية دافع لإعادة بعثها

عرفت الحرية التعاقدية تراجعاً وتقييداً كبيراً في ظل الدولة المتدخلة، نتيجة التدخل المباشر للدولة في تسيير النشاط الاقتصادي، الذي قيدت معه الحريات و المبادرات من خلال فكرة العقد الموجه، عكس ذلك في ظل الدولة الضابطة التي تشجع الحريات و المبادرات الفردية التي تتلاقى مع الحرية التعاقدية، كانت فرصة لإعادة بعثها من جديد من خلال تعايشها وتجدها مع قواعد الضبط الاقتصادي و المنافسة، بحيث تتراجع للحد الذي يضمن مقتضيات المنافسة و السوق فقط، لكن هذا التراجع و التقييد نسبي و محدود تراعى فيه ضوابط الشرعية و المشروعية،

¹ بعجي أحمد، المرجع السابق، ص ص 333-334.

تضمن من خلالها تحقيق المصالح العامة ممن جهة و حماية الطرف الضعيف من جهة أخرى تتجسد فيها العدالة التعاقدية (الفرع الأول)، عن طريق فكرة المرونية التي تسمح بهذا التعايش و التجدد (الفرع الثاني).

الفرع الأول

أسس تقييد حرية التعاقد

يتفق جل الفقه الحديث على أن العقد يقوم على مبدئين أساسين هما الحرية و العدالة، فلا يمكن أن يحد من الحرية العقدية إلا لمقتضيات العدالة، التي تضمن خلالها مقتضيات النظام العام و الآداب العامة، التي تختلف من الدولة المتدخلة إلى الضابطة، التي تعتمد على النظام العام التنافسي و الضبطي للتدخل في العلاقة العقدية، للحد و التقييد من الحرية التعاقدية قصد توجيهها وفق مقتضيات السوق المفتوح على المنافسة، لكن ضوابط و اسس تضمن حماية المصالح العامة في ظل العدالة من جهة "أولاً"، و حماية الطرف الضعيف من جهة أخرى "ثانياً".

أولاً: لحماية المصلحة العامة:

تأثر مبدأ سلطان الإرادة مع المتغيرات الاقتصادية و التوجهات السياسية للدولة، من مبدأ ذاتي يقدر الحرية الفردية في تحقيق الملحة الخاصة، إلى مبدأ موضوعي تراعي و تقدم فيه المصلحة العامة على الخاصة، فانتقلت من الإرادة من الذاتية إلى الموضوعية، و من الانفرادية إلى الاجتماعية التي تراعي فيه مقتضيات النظام العام التنافسي و الضبطي، يعني تراجع الحرية العقدية و قبول فكرة التقييد لتحقيق المصلحة العامة بذل الخاصة¹، حتى يتسنى التقييد من الحرية العقدية بدافع تجسيد العدالة العقدية.

¹ بسام مجيد سليمان و أكرم محمود حسين، أثر موضوعية الإدارة، مجلة كلية الحقوق، جامعة الموصل العراق ب ن، ص 14.

01- تجسيد العدالة العقدية

كما يجب أن نثقيد الحرية العقدية ضمن إطار قانوني، ووفق مقتضيات النظام العام الذي يفرزه الواقع الاجتماعي والاقتصادي، بحيث يرتبط موضوع العقد أن يتوافق مع مضمون النظام العام لضمان مشروعيته (أ)، ومطابقة محله وسببه لمبدأ المشروعية لضمان فعاليته (ب).

أ- النظام العام أساس للمشروعية:

كرس المشرع الجزائري مبدأ حرية الصناعة والتجارة ففتح باب المبادرة الحرة للممارسة حرية النشاط الاقتصادي، لكن رسم حدود وقيود على الحرية العقدية، عبر توجيهها لتنظيم وتحقيق الهدف الاجتماعي والاقتصادي، فكانت هذه الحرية وسيلة في يد المشرع وليس هدفا¹، وعلى هذا يمكن الحد من الحرية العقدية لتحقيق المتطلبات الاقتصادية والاجتماعية.

يتمتع النظام العام بخصيتين مهمتين تمكنه من تقييد الحرية العقدية، الاولى غير ثابتة و متغيرة تكمن في تعرفه ونطاقه الواسع، والثانية في غايته المتغيرة والمتسعة حسب التطورات والتحويلات الحاصلة، إذ لا يمكن حصرها في تعريف واحد أو مجال ضيق²، فمن حيث وظيفته هو احترام القانون أما غايته فهو حماية المصلحة العامة³، فهو يحقق الأمن والاستقرار التعاقدية.

للنظام العام آلية تتدخل بها الدولة للتوفيق بين حرية المبادرة الخاصة وحماية المصلحة العامة، من خلال جعل العقد صحيحا وفقا لمقتضيات القانونية السياسية الاقتصادية أو الاجتماعية، فيكون بذلك نظام عام سياسي أو اجتماعي أو اقتصادي⁴، هذا الأخير الذي تطور من النظام العام الاقتصادي إلى النظام العام التنافسي ثم النظام العام التنافسي والضبطي، هذا الأخير الذي

¹ عليان عدة، فكرة النظام العام وحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري و الفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد-تلمسان-، سنة 2015/2016، ص 151.

² فيلالي علي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، الطلعة الثالثة، موفم للنشر، الجزائر، 2013، ص 210.

³ حليس لخضر، دور الإرادة في ظل تطور العقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد-تلمسان-، سنة 2015/2016، ص 109.

⁴ نساخ فطيمة، المرجع السابق، ص 68.

تلتزم الدولة بمقتضاه بترقية الحياة الاقتصادية عبر تطويع الحرية التعاقدية لخدمة حرية المنافسة والضبط الاقتصادي.

ب- مشروعية المحل والسبب في العقد:

من الحدود التي تعتبر ضابطة وتقيدا على الحرية العقدية، ضرورة موافقة ركني المحل و السبب في العقد لمقتضيات النظام العام، وبالتالي أي مخالفة في محل العقد يكون العقد غير مشروعاً وفقاً لنص المادة 93 من القانون المدني، فإذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته أو مخالفاً للنظام العام والآداب العامة، كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً، كذلك ضرورة وجود المحل وقت العقد أو على الأقل تحقق ودوده مستقبلاً¹.

01- الاجبار والمنع من التعاقد لتحقيق المصلحة العامة

يتدخل المشرع عبر قواعد المنافسة والضبط الاقتصادي الآمرة، في العلاقة التعاقدية باسم النظام العام التنافسي والضبطي، لتأطير الحرية لصالح السوق من خلال التدخل للإجبار والمنع من التعاقد لمنع كل الاتفاقيات والممارسات المقيدة للمنافسة، ووضعيات الهيمنة التركيزات و التجميعات الاقتصادية، تحديد الاسعار لل مواد ذات الاستهلاك الواسع، للحد الذي يحفظ مظاهر التنافسية في قانون العقود، لكن التأطير الحقيقي للحرية لمسه في تقييد المشرع لحرية التعاقد في اختياره للمتعاقد الذي يتعاقد معه، في بعض المجالات الحساسة، مثل الاتصالات التي تغيب فيه مظاهر التنافس نتيجة نقص عدد المتعاملين في السوق جيزي موبيلس نجمة، صفة البنك، شركات التأمين في عقود التأمينات الالزامية، كعقود التأمين على السيارات من حوادث المرور، التي يجب الاستجابة لها التي حددتها نص المادة 08 من الأمر رقم 15/74².

1 دنيدي سليمة، الحرية التعاقدية و الحماية القانونية في ظل التحولات الاقتصادية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر -1-، سنة 2021/2022، ص 69.

2 الأمر رقم 15/74، المؤرخ في 30 جانفي 1974 المتعلق بالزامية التأمين على السيارات ونظام التعويض عن حوادث المرور، المعدل والمتمم، ج.ر، العدد 15.

02- المنع من التعاقد من مقتضيات النظام العام:

يلجأ المشرع الجزائري كذلك إلى أسلوب المنع من التعاقد، في بعض المجالات الحساسة التي قد تمس باستقرار النظام العام، بأركانه الثلاثة الامن العام، الصحة العامة و السكنية العامة، كمنع بعض الفئات من التعاقد، طبقا للمادة 612 من القانون المدني، التي يحظر فيها كل عقود الغرر و التعامل بالقمار، لصعوبة ضبط هذه العقود والرقابة عليها، مما قد يولد الشحنةاء و البغضاء بين المتعاقدين، قد تمس بالاستقرار التعاقدي، وحتى النظام العام، غير ان المشرع أجاز هذه العقود بين المؤسسات العمومية "الرهان الرياضي الجزائري"، لسهولة الرقابة عليها، هنا تظهر ان النظام العام من يلعب دور في كل العقود و يجب أن تركز العقود توافق مقتضياته¹.

ثانيا: حماية الطرف الضعيف:

أيضا من بين أهم الأسس التي يمكن من خلالها تقييد الحرية حماية الطرف الضعيف، خاصة بعد زعزعة المساواة التعاقدية الناتجة عن اختلال المراكز التعاقدية، والتي تقدمها قواعد المنافسة والضبط الاقتصادي للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، من خلال تدخلها لتحديد موضوع العقد في مجالات معينة (01)، والبحث عن صفة الضعف في العلاقة التعاقدية (02).

01- حماية الطرف الضعيف عبر تحديد مضمون العقد: الحماية في مجالات معينة

يتم التدخل لتحديد مضمون العقد من قبل المشرع، عبر تحديد الحقوق و الوجبات، لضبط السوق وحماية الطرف الضعيف، فقد لجأ المشرع إلى تحديد مضمون العقد ببعض الحقوق و الالتزامات، وبرز مثال هو الالتزام بالسر المهني في المعاملات المصرفية، حيث حددت المادة 117 من قانون النقض والقرض، الاشخاص الملزمين بهذا الالتزام " يخضع للسر المهني، تحت طائلة العقوبات المنصوص عليها في قانون العقوبات:

¹ فاضل خديجة، المرجع السابق، ص 33.

كل عضو في مجلس إدارة وكل محافظ حسابات وكل شخص يشارك بأي وسيلة كانت في تسيير بنك أو مؤسسة مالية أو كان أحد مستخدميها.

كل شخص يشارك أو شارك في الرقابة البنوك و المؤسسات المالية وفقا للشروط المنصوص عليها، من هذا النص يفهم أن المشرع الجزائري وسع من دائرة الأشخاص الملزمين بهذا الالتزام، وهذا للحفاظ على السرية والخصوصية المصرفية للزبائن، ومن لهم علاقة بالتعاملات المصرفية¹.

نفس الشيء في مجال الاتصالات السلكية و اللاسلكية، التي نص المشرع عليها في مجال التعامل بالهاتف النقال، من خلال الحفاظ على سرية الاتصالات و المرسلات الصادرة أو المرسله أو المستقبله، اين نصت المادة 21 من المرسوم التنفيذي رقم 235/16 المؤرخ في 04 سبتمبر 2016، على التعرف على المرتفقين و حمايته، التي يضمنها صاحب الرخصة، بعد التعرف على زبائنه الحائزين على بطاقة SIM، وأكد على ذلك من خلال المادة 160 من القانون 04/18²، وغيرها التي تضمن سرية الاتصالات حتى عبر الجيل الربع والخامس القادم، ومنع كل ترتيبات من شأنها اعتراض الاتصالات، من هذا يتجلى اساس التدخل في تحديد مضمون العقد هو حماية الطرف الضعيف سواء كان متعامل او مستهلك، مما ينتج عنه استقرار السوق.

02- حماية الطرف الضعيف من خلال صفته:

تبعا لتعدد العلاقات العقدية وتعدد مجالاتها ومراحلها، لجأ المشرع الجزائري إلى تعريف صفة المتعاقد الضعيف، لتبيان الاشخاص المتعاقدة التي تستحق هذه الحماية، فجدد حماية مباشرة للمستهلك عبر قانون المستهلك و حماية عرضية للمحترف عبر قانون المنافسة، إلا ان المحترف تشمله صفة الاستهلاك في بعض المجالات، وأهداف قانون المنافسة هي تحقيق التنافسية داخل السوق وبللك تحقيق العرض مما يؤدي الى انخفاض الاسعار، وهذا يخدم المستهلك أو عبارة عن حماية

¹ لتفصيل أكثر، انظر شامبي ليندة، المرجع السابق، ص 49 ص 52.

² أنظر القانون 04/18. المرجع السابق.

عارضيه في قانون المنافسة، يتجسد من خلال هذا صعوبة تحديد الطرف الضعيف، وبهذا تقوم الحماية للمحترف على الاعتبار الموضوعي لا الذاتي عكس المستهلك التي تقوم على اساس المعيار الذاتي، كما ان المشرع لا يسعى لتحقيق التوازن العقدي بل يسعى إلى تنظيم وضبط العلاقات التنافسية، وفق معيار المنافسة، مع إمكانية إدراج الحماية القانونية للطرف الضعيف بالتصدي لمظاهر القوة العقدية داخل السوق، لكن كاهتمام عارضي فقط¹.

الفرع الثاني

فكرة المرونة للتعايش والتجدد

تمتاز قواعد قانون الضبط الاقتصادي بنوع من المرونة والسهولة، حتى تتمكن من التدخل في العلاقة التعاقدية و توجيهها وفق مقتضيات السوق المفتوح على المنافسة الحرة، بما يضمن استقرار و توازن هذا الأخير في ظل التحولات الاقتصادية و التغيرات الاجتماعية و التطورات التكنولوجية، التي ساهمت في التقليل من فكرة الإلزام على التعاقد الناتجة عن سياسة الخطة و التنظيم، والانتقال من سياسة التقييد و التخطيط نحو سياسة التحرير و الانفتاح "أولاً"، التي كانت دافع للتعايش و التجدد بين القوانين "ثانياً".

أولاً: مساهمة التغيرات الاقتصادية في التقليل من فكرة الإلزام على التعاقد:

بعد تقييد و تراجع الحرية العقدية في زمن الاحتكار و غياب المنافسة، أين ظهرت العقود التنظيمية و الجبرية كعقود الإذعان نتيجة السياسة الاحتكارية للدولة، بحيث أصبح التعاقد مجبر على التعاقد مع من يختاره القانون لا الحرية التعاقدية، مما قيد من حرية اختيار التعاقد الذي يرغب في التعاقد معه هذا من جهة، و من جهة أخرى يجد المتعاقد المدعى نفسه مجبوراً للدخول في العلاقة العقدية المحدد مضمونها مسبقاً من الجانب الأخر، و لهذا يري الفقه أن قانون السوق أعاد النظر في أعمدة و مبادئ العقد من ذلك الحرية التعاقدية، لكن ليست بصورة مباشرة لأنه

¹ بعجي أحمد، تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر -1، سنة 2018/2019، ص 39.

ضمن قانون المنافسة لا يوجد فرض و لا يفرض إبرام عقد معين، فقط منع العقود التي تمس وتقيّد المنافسة مثل منع رفض البيع دون سبب مبرر.

أيضا مما سبق التعرض إليه فيما يخص ارتباط تحديد مضمون العقد، و الإيجاب و المنع من التعاقد بتحديد صفة المتعاقد أن لهذه الأخيرة جانبين:

فن جهة يؤكد الفقه، أن النظام العام الحديث يشمل شقين، يرتبطان بتطور المجتمع اجتماعيا و اقتصاديا، فأحيانا يجبر الفرد على المساهمة في الغاية الاقتصادية و الاجتماعية و لو لم يكن يرغب فيها، وهذا عن طريق توجيه حرية الفرد لكي تتوافق مع السياسة الاقتصادية، وهو ما يعرف بالنظام العام الاقتصادي التوجيهي، من جهة أخرى، يضيف بعض الفقه، أن النظام في صورته الحالية تجاوز الدور السلبي المحسد في مراقبة المشروعية و تقيّد الحرية العقدية، بل أضيف له دور إيجابي تمثل في إنشاء العقود و تحديد مضمونها.

يظهر أنه في الوقت الحاضر عبر قانون المنافسة و الضبط الاقتصادي، أن فلسفتهما بعيد عن الاحتكار من خلال ومحاربة الاحتكارات و التعسفات، ما أدى يتراجع الخوف من فكرة الإيجاب على التعاقد، سواء من جانب المشرع أو جانب المتعاقد، من جهة أخرى ظهر التعايش بين الحرية التعاقدية و الحرية التنافسية أو الاقتصادية، وبالتالي زالت معها تلك التقييدات المكثفة و صار هناك تفاوت في مراكز الريادة على ميزات الحرية العقدية، كما أظهر هذا المنطق الجديد التقليل من بعض الاساليب في النظام العام المعروفة بتقييد الحرية التعاقدية، ولم تساهم في إقصائها بصورة نهائية بل هو تقليل متفاوت الدرجات تبعا للتفاعلات القانونية، وأيضا السياسة المتبعة على الصعيد الاقتصادي و الاجتماعي هي التي تفرض زيادة اسلوب على الأخر.

ثانيا: التفاعلات القانونية بين القوانين : دافع لتطور و التعایش

نظرا لاختلاف القانونين بين النظرية العامة للعقد و قانون الضبط الاقتصادي و المنافسة، بين عام و خاص ذاتي و موضوعي، التنازع بين المصلحة العامة و الخاصة، فقد كان تأثير و تأثر كبير بين القوانين نتيجة التفاعلات القانونية بين قواعدهم، لكن بتقارب فلسفة الضبط و المنافسة المشجعة للحريات و المبادرات الفردية التي تتوافق مع الحريات التنافسية و الاقتصادية، التي كانت دافع لتعایش و التطور لمبادئ العقد من هذا من جهة، و من جهة أخرى نجد أن المشرع لا يلجأ كثيرا إلى العقود الجبرية من أجل تقييد حرية الافراد على المساهمة في الأهداف الاقتصادية و الاجتماعية، بل يحرر الأنشطة الاقتصادية على المنافسة ففي مجال الضبط القطاعي ينتهج أسلوب الترغيب كما رأينا في حالة القرض الاستهلاكي.

لذلك فالمشرع انتهج أسلوب أكثر فعالية و نجاعة وهو تحديد صفة المتعاقد، لأن هذا التحديد هو أقل تقييد الحرية العقدية من جهة، عكس ما رأينا من خلال أساس تحديد مضمون العقد، وأحيانا الاجبار على التعاقد و المنع من التعاقد الذي ينبثق كله من تقييد حرية المتعاقد في إختيار المتعاقد معه، من خلال التقليل من الأساليب و الحالات المتعارف عليها في تقييد الحرية التعاقدية لصالح تحديد صفة المتعاقد، لذلك فالتغيير الذي حدث إنما يرجع إلى سببين:

السبب الأول: هو سياسة الضبط القطاعي في تحديد الشخص المناسب للقطاع الخاضع للضبط بصورة مسبقة، لضمان عمومية الغاية و تأكيد خصوصية الصفة كما هو الحال أيضا في الحرص على الغاية الاجتماعية، مثلا عبر التركيز على صفة مدير البنك.

السبب الثاني: أن هذه السياسة المتبعة تبقى تعبر عن إختيار معين يتبعه المشرع في توجيه العقد.

إن هذه الحالات السابقة تكشف عن التطور المتلاحق للنظام العام، وعدم إمكانية حصره في أسلوب معين دون الأخر، هنا يمكن القول أن تحديد صفة المتعاقد أصبحت في مركز ريادي في تقييد الحرية العقدية، على حساب الأساليب السابقة في تقييد الحرية العقدية، وأحسن مثال في هذا الشأن أن المشرع بشأن حماية لصفة المتعاقد الضعيف، يلجأ بصورة مباشرة في التدخل في مضمون العقد من حيث فرض الالتزامات ومنح الحقوق بناء على معيار صفة المتعاقد، أما في هذا الشأن فالفكرة تختلف أي يستعمل النظام العام من خلال أساليبه بدرجات متفاوتة، وفي الوقت الحاضر يمكن القول أن أسلوب تحديد صفة المتعاقد هو الأسلوب الغالب، و الأكثر من ذلك فهو فرصة جديدة لتجديد مفهوم الطرف المتعاقد في العقد، وهذا ما أشار إليه بعض الفقه، بأن حالات الالتزام بالتعاقد المفروض من جانب المشرع، تظهر توسع مجال العقود الإجبارية من خلال التزايد المستمر لها، وذلك بفعل أن هذا الأسلوب هو إحدى الوسائل فعالة في سياسة التوجيه من خلال التعويل على صفة المتعاقد، لأن منطق المنافسة وقواعد السوق تبعث على الحرية في التبادل و التوزيع، وتشجيع الحريات الاقتصادية ومن تم التعاقدية، وهو وما يساعد نظرية العقد من خلال تجديد مفهوم المتعاقد الذي يعد من بين السبل الفعالة في تحقيق الغاية الاقتصادية والاجتماعية، لما لهذه الصفة من تكوين مركب بين الخصوصية والعمومية.

من خلال كل ما سبق تحليله في هذا المبحث، يتضح أن الحرية العقدية انتقلت من التقييد إلى التأطير، نتيجة تكريس النظام العام التنافسي والضبطي بذل النظام العام الحميائي والتوجيهي، المشجع للحريات والمبادرات الفردية التي تتوافق فيها الحريات التعاقدية مع الحريات الاقتصادية والتنافسية، مما يسمح بتعايش وتجديد مبادئ النظرية العامة للعقد عبر فكرة المرونية الناتجة عن فلسفة الضبط، التي كان دافع لإعادة بعث الحرية العقدية من جديد، غير أن هذا التأثير لقواعد الضبط توسع أكثر لشمول مبدأ الرضائية من خلال تدخل إداري لتعزيزها .

المبحث الثاني

تعزيز مبدأ الرضائية: ضمان للتوازن السوق

من الناحية النظرية، يظهر أنه لا علاقة بين قانون الضبط الاقتصادي و مبدأ الرضائية ضمن قواعد النظرية العامة للعقد نظرا لاختلاف طبيعتها القانونية، لكن من الناحية الواقعية التحليلية أنه توجد علاقة تعاونية تكاملية يتأثر فيها مبدأ الرضائية بصفة مباشرة، من خلال التدخل الإداري في العلاقة التعاقدية لفرض شروط على صفة المتعاقد، تراقب فيهم مدى أهلية المتعاقد للدخول للسوق ومدى قدرته على تنفيذ التزاماته لضمان الفعالية اللازمة في ظل توازن السوق، هذه الرقابة للأهلية المتعاقدين تعزز من رضاهم من خلال تنويرهم بالمعلومات المتعلقة بالعقد أو بالمتعاقد الآخر، مما يسمح بالتعاقد في جو تسوده الشفافية و التعاون بعيدا عن الطرق الاحتيالية، تكرست في شكل تدخل إداري يضمن أهلية المتعاقد (المطلب الأول).

كذا بالنسبة لمبدأ حسن النية المكرس قانون المدني، الذي لقي ترحيب كبيرا من طرف الفقه من خلال دوره في ضمان تنفيذ العقود و تفسير الإشكالات التعاقدية في مرحلة التنفيذ جعله يتوسع إلى غاية مرحلة التكوين لحماية رضا الطرف الضعيف، لكن انتقد من طرف نظرا لغموضه في التفسير و الإثبات، لكن يتلاقى مع قانون الضبط الاقتصادي في ضمان تنفيذ العقد الذي يسهر عليها قانون الضبط الاقتصادي من خلال بعد روح الأخلاق في العلاقة التعاقدية، وتجسيد لهذه القيم من طرف قانون الضبط الاقتصادي لعدم تعارضها مع مقتضيات السوق المفتوح على المنافسة كالاتزام بالإعلام... إلخ، دفت بتكريس التضامن كحماية إضافية لرضا المتعاقد (المطلب الثاني).

المطلب الأول

التدخل الإداري في العقد: توسيع لشروط التعاقد

لم تعد شروط التعاقد بالأمر السهل والبسيط مثلما كانت ضمن القواعد العامة لنظرية العقد، بل أحاطها المشرع بمجموعة من الشروط والإجراءات الإدارية (التدخل الإداري في العقد) الواجب إتباعها من أجل الدخول إلى السوق التنافسية، مع فرض على المتعاقدين التمتع ببعض الموصفات والمؤهلات سواء الشخصية أو المالية وتقنية لتحديد صفة المتعاقد المناسبة، من أجل إختيار المتعاقد الافضل و الأنسب القادر على تنفيذ التزاماته وواجباته، مما يضمن توجيه العملية التعاقدية بما يتوافق مع الأهداف المرجوة من السياسة الاقتصادية للدولة الضابطة، خاصة في ظل التطور المتسارع في المعاملات التعاقدية، الذي خلف وراءه الاختلال في المراكز القانونية للمتعاقدين وتراجع مفهوم الرضائية، الذي كان دافع لتدخل الإداري في العقد كان سبب في إثراء و توسيع في أهلية المتعاقد (الفرع الأول)، عبر فرض شكلية جديدة تكمن في التدخل الإداري (الفرع الثاني).

الفرع الأول

إثراء وتوسيع لأهلية المتعاقد: ضمان رضا المتعاقد

بعد فتح السوق على المنافسة الحرة، أصبحت العلاقات التعاقدية أكثر سرعة وأكثر تعقيد مما كانت عليها، نتج عنها اللامساواة التعاقدية بسبب اختلال في المراكز القانونية للمتعاقدين، مما حتم على المشرع فرض شروط وإجراءات إدارية مسبقة لمنح صفة المتعاقد، التي يمكن من خلالها المتعاقد مباشرة العملية التعاقدية والدخول إلى السوق التنافسية، وسعت هذه الشروط من أهلية المتعاقد من خلال الانتقال من ضرورة الإدراك والتميز إلى ضرورة الرخص الإدارية، "أولا"، و أضاف إلى الموانع المدنية للأهلية الموانع الجنائية "ثانيا".

أولاً: من ضرورة الإدراك والتميز إلى ضرورة الرخص الإدارية:

طبقاً للقواعد العامة لنظرية العقد فإن العقد ينعقد بمجرد تقابل الإيجاب و القبول بين المتعاقدين، ويكون صحيح بمجرد خلو إرادة المتعاقدين من عيوب الرضا وكامل الأهلية، كما نصت عليها المادة 40 من القانون المدني قد نصت على أنه "كل شخص بلغ سن الرشد و متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة"¹، كما يشترط أيضاً أن يكون واعياً مميّزاً ومدركاً لنتائج إقدامه على التعاقد و قادر على الوفاء بالتزاماته²، مما يدل على أن المشرع الجزائري طبقاً للقواعد العامة في القانون المدني ربط عنصر الرضا في العقود بتوفر أهلية التي تمكنه من القدرة على الإدراك و التميز بصحة العقد، التي هي الأصل جوانب ذاتية مرتبطة بشخص المتعاقد.

إلا أن هذا المفهوم تغير في ظل قواعد الضبط الاقتصادي، خاصة بعد ظهور مساوئ الرضاية التقليدية، الناتجة عن سلوك المتعاقدين كالتسرع وقلة الخبرة في تقدير ما هو مقدم عليه في العقد، كذا الاختلالات التي حدثت في المراكز القانونية الناتجة عن تطور التعاملات التعاقدية، خاصة بعد تطور التعاملات الاقتصادية في السوق المفتوح على المنافسة، التي سمحت للمشرع الجزائري بفرض شروط وإجراءات إدارية في العقد، يراقب من خلالها يراقب ويفحص مدى أهلية المتعاقدين الإدارية، التي يجب توفرها لممارسة نشاط اقتصادي معين، مما يدل على توسيع المشرع الجزائري للأهلية التي تقوم على الإدراك و التميز إلى ضرورة الحصول أيضاً على الرخص الإدارية³.

1 أنظر المادة 40 ق.م.

2 فيلالي علي، المرجع السابق، ص 99.

3 دومة نعيمة، المرجع السابق، ص 40.

من جهة أخرى أصبح يعتمد على العقد لمراقبة أهلية المتدخلين للسوق، من خلال التدخل الإداري المسبق في العلاقة التعاقدية، الذي يسمح بمراقبة و فحص حالة و أهلية طالب الحصول على الترخيص بالتعاقد مسبقا من الإدارة المعنية لممارسة نشاط معين، لضمان إختيار المتعاقد الأكفأ و المناسب القادر على تنفيذ التزاماته وواجباته، مما يضمن تجسد سياسة الدولة الضابطة، فمثلا نجد أن من يمارس نشاط التأمين خارج الإطار القانوني و يخالف أهداف النظام العام الاقتصادي التنافسي و الضبطي، يتعرض لمتبعات قانونية و جزائية¹، ما يؤكد أن للإدارة السلطة في منح الحق بممارسة من عدمه لنشاط معين، وبصيغة أخرى التعاقد من عدمه، فحصوله على الرخصة يعني الأهلية للتعاقد و عدم حصوله عليها يعني فقدان الأهلية².

لكن في الحقيقة أنه لا يمكن لهذه الرخص الإدارية أن ترتقي لتكون كركن في العقد طبقا للقواعد العامة، إلا أن بعض الفقه يذهب في تبرير هذه الرخص أو التدخل الإداري في العقد، لمقتضيات النظام العام الاقتصادي التنافسي و الضبطي، التي يهدف من خلالها تنفيذ سياسة الدولة الضابطة، عبر ضمان ضبط السوق المفتوح على المنافسة، فوجد أن سلطات الضبط الاقتصادية تتدخل لضبط المجالات الاقتصادية لضمان توازن السوق، عبر فرض الحصول على الرخص الإدارية خاصة الاعتماد الذي يعتبر بمثابة الأهلية للتعاقد، مما يؤكد ضرورة الحصول على الرخص لاكتمال الأهلية³.

كما تؤكد أيضا على ذلك المادة 204 من الأمر رقم 07/95 المتعلق بالتأمين وإعادة التأمين في الجزائر، على ضرورة الحصول على الاعتماد للممارسة نشاط التأمين مهما كان شكل الشركة أو نوعها أو اختصاصها، وكل نشاط خارج إطار الاعتماد المسبق من قبل الجهات الوصية، يعتبر مخلف للتشريع و التنظيم المعمول به، يؤدي حتما إلى جزاء أو عقاب، كذا المادة 3/218 من

¹ العزاوي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 168.

² أحمد شرف الدين، فكرة القانون الإقتصادي، القاهرة، مصر، ص 80.

³ A, Gougeou, L'intervention du tiers à la formation du contrat, thèse doctorat, universite du droit de la sante, lille-2-2016, p22.

نفس الأمر التي تنص على أنه "يجب أن يتضمن الاعتماد عملية التأمين وإعادة التأمين التي أهلت الشركة لممارستها"¹، التي اعتبرت الاعتماد شرط اساسي لتأهيل شركات التأمين وإعادة التأمين لممارسة نشاط التأمين، والذي يعتبر قرار إداري فردي صادر عن السلطات الإدارية المختصة²، وبهذا يرودنا التساؤل التالي: هل الأهلية انتقلت من القانون المدني إلى القانون الإداري، ولماذا سلطات الضبط مكلفة برقابة هذه الأهلية؟

لا يمكن الإجابة على هذا التساؤل إلا بعد التطرق إلى تحليل على الطبيعة القانونية للرخص الإدارية ومدى وجوبها أو اعتبارها كركن في العقد:

01- الطبيعة القانونية للرخص الإدارية في العقد:

يعتبر الترخيص الإداري وسيلة توفيقية بين عاملين أساسيين عامل الحرية و عامل السلطة، بغية تحقيق الموازنة بين نشاط السلطة العامة و كفالة الحريات الفردية دون تضحية أحدهما في سبيل الآخر، ففي النشاط الاقتصادي يدور الترخيص في كونه يلعب دورا وقائيا من خلال تقييد بعض الحريات لضمان تحقيق مقتضيات النظام العام و المصلحة العامة، و بمأن الترخيص الإداري يكتسي هذه الأهمية و جب البحث حول الطبيعة القانونية لترخيص الإداري:

لقد ظهرت عدة نظريات لتحديد الطبيعة القانونية لترخيص الإداري غير أن هذه النظريات غامضة و غير واضحة، من بينهم النظرية الألمانية التي تقوم على أساس أن النشاط الذي يمكن للأفراد القيام به في إطار القانون تعبير " العمل القانوني" و هذا العمل يحتمل مظاهر متعددة، لكنها ذات أساس واحد فالفقه الألماني قائم على " نظرية العمل المركب" من منظور العدد الذي يمكن أن يصدر عنه التعبير عن الإرادة فهذه النظرية تقوم على فكرتين جانب سلبي في النظرية و الذي يقوم على ان تلك الأعمال القانونية ليست بمثابة عقود بالرغم من انها تعبير عن عدة إرادات

1 فاضل خديجة، المرجع السابق، ص 97.

2 العزاوي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 160.

أسهمت في إنشائها، أما الجاني الإيجابي في النظرية و الذي يذهب أصحابه إلى القول أن التعارض بين العمل المركب و العقد هو حقيقة قائمة، فالعمل المركب هو ناتج مجموعة التغيرات الفردية عن الإرادة و التركيبة ليست إلا عارضا لقيام هذا العمل¹.

من خلال هذا فإن الحالات التي يحتاج فيها التعبير أن يكمل بواسطة تعبيرات عن الإرادة تابعة ولاحقة حتي تكون له قيمة قانونية، مثل الترخيص الإداري فهو من قبيل الأعمال المركبة بإرادة طالب الترخيص و إرادة الجهة الإدارية المتمثلة في سلطات الضبط الاقتصادية، تشتركان من أجل تحقيق هدف قانوني واحد و هو القيام بالعمل المرخص به، و لذا فالإرادات تندمجان معا و تختفيان لينشأ مكنهما تعبير جديد مستقل يعبر عن الإرادة ليس بعقد و ليس بعمل فردي، و بالتالي فهذه النظرية حاولت أن تجعل من الترخيص الإداري نوعا جديدا من الاعمال القانونية، غير ان هذه النظرية منتقدة نظرا لغربتها و غموضها و عدم وضوحها²، غير أن نظرية العمل الشرطي هي التي نجحت في تكييف الترخيص الإداري.

بعد نجاح نظرية العمل الشرطي في تكييف الطبيعة القانونية للترخيص الإداري، وهي وليدة أفكار الفقيه ليون دوجي DUJUIT، و جيز Jaze، فالفقيه دوجي يذهب في تحليله النفسي للعمل القانوني إلى أنه عمل إداري، لكن ليس أي عمل إداري هو عمل قانوني فقد تكون هناك نتائج قانونية دون أن تكون نتيجة عمل إداري مثل حوادث الاصطدام، ويرها على أنها وقائع وليس أعمال قانونية و بهذا سيكون فرق بين الأعمال القانونية و الوقائع.

كما يعرف الفقيه دوجي العمل القانوني على أنه " كل عمل للإدارة المتدخلة عن عمد بنية إحداث تحويل أو تغيير في النظام القانوني الموجود وقت حدوث هذا العمل أو الذي سيوجد في زمن مستقبل معين"، و عليه فإن العمل الذي يقوم به شخص دون نية إحداث تغيير في النظام

¹ محمد جمال عثمان جبريل، الترخيص الإداري (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه دولة، كلية الحقوق، عين شمس، 1992، ص 20.

² محمد جمال عثمان جبريل، المرجع نفسه ص 20-26.

القانوني لا يعتبر عملاً قانونياً مع أنه عمل إداري، وبذلك يقسم الأعمال القانونية إلى (03) أقسام: المشروعة و الشرطية و الشخصية، وهي جمعها أعمال إدارية تهدف إلى إحداث تغيير في النظام القانوني، لكن اغلب الفقه أتفق على أن الترخيص الإداري يدخل ضمن الأعمال الشرطية وذلك من خلال أحامه الهادفة لتطبيق التدابير الوقائية حتى يضمن توفر شروط معينة من أجل عملية تعاقدية أو ممارسة نشاط منظم وفقاً لقانون معين¹.

من خلال التحليل للطبيعة القانونية للرخص الإدارية، يتضح أنها تكيف من قبيل الأعمال الشرطية، و بالتالي فهو ليس بعقد وإنما قرار إداري فردي يصدر عن الإدارة المتمثلة في هيئاتها المختلفة، بعد توفر الشروط لقبول طلب الترخيص ومباشرة النشاط الاقتصادي، لكن يدعنا لتساؤل مرة اخرى هل هذا الترخيص الإداري شرط لأهلية التعاقد أم شرطاً واقفاً؟.

02- اعتبار الترخيص الإداري شرطاً لأهلية التعاقد أم شرط واقف:

للإجابة على الإشكال السابق وجب التعرّيج على تحليل الترخيص باعتباره شرطاً لأهلية التعاقد، ثم باعتباره شرط واقف لأهلية التعاقد:

أ- اعتبار الترخيص الإداري شرطاً لأهلية التعاقد:

إن أركان العقد طبقاً للقواعد العامة في القانون المدني هي التراضي و المحل و السبب و الشكلية اللازمة إذا كانت مشروطة في القانون، فالنسبة لشروط صحة الرضا هي أن يكون رضا المتعاقدين خالي من العيوب أو نقص في الأهلية، مما يذل على أن العقد كأصل عام خالي من أي إجراء إداري، لذلك فالتراخيص الإدارية المشروطة من قبل الهيئات الإدارية المستقلة ليست بركن في العقد و ليس شرط لصحته، لكن التساؤل الذي يدور في ذهننا لماذا ألزم المشرع ضرورة

¹ جديد حنان، الرخص الإدارية و دولارها في الضبط الإقتصادي، أطروحة دكتوراه، تخصص القانون العام الإقتصادي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة غرداية، سنة 2017/2018، ص 29.

الحصول على هذا الرخص الإدارية قبل ممارسة بعض الأنشطة الاقتصادية الخاضعة لقانون الضبط الاقتصادي، نحاول الرد و الإجابة من خلال التطرق إلى النقاط التالية:

- الرخص الإدارية من أعمال القانون العام و ليس القانون الخاص، وبذلك فهي تهدف لحماية مقتضيات النظام العام الاقتصادية، التي تجسد من خلالها سياسة الدولة الضابطة، كما لا يمكن الاحتجاج ببعد قانون العام عن القانون الخاص خاصة في ضل القانون الاقتصادي الذي اتفق كل الفقه على أنه مزيج بين العام و الخاص، من خلال تداخل قواعدهما وامتدهما لبعضهما البعض.
- يشترط القانون المدني الأهلية لكلي المتعاقدين، بينما تشترط الرخص الإدارية مدي أهلية طالب الترخيص فقط، باعتبار الإرادة دائماً ذات أهلية.
- الرخص الإدارية تهدف لتحقيق المصلحة العامة و مخالفتها يعني مخالفة النظام العام الاقتصادي، وبذلك يتقرر البطلان المطلق للعقد، اما شروط قيام العقد فتهدف إلى المصلحة الخاصة و العامة، مخالفتها يقرر البطلان النسبي إذا لم ترتبط بالنظام العام و المطلق إذا ارتبطت بالنظام العام¹.

يتضح من خلال هذه النقاط أن الرخص الإدارية مرتبطة بالنظام العام لا يجوز مخالفتها تهدف لتحقيق المصلحة العامة المتمثلة في الغاية الاقتصادية وتجسيد اهداف الدولة، مما يعطيها الطابع الإلزامي بوجود توفرها قبل التعاقد، ما يعتبر توسيع في أهلية التعاقد إذ ارتبط الحصول على الترخيص دراسة شروط الأهلية من الهيئات الإدارية المستقلة، للتأكد من أهلية المتعاقد طلب الترخيص.

¹ بعجي أحمد، المرجع السابق، ص 302.

ب- اعتبار الترخيص شرط واقف لأهلية التعاقد:

لمعرفة مدى اعتبار الترخيص شرط واقف للتعاقد، يجب الاستدلال بفرض المشرع الجزائري لكثرة هذه الترخيص الإدارية للممارسة نشاط التأمين، حتى قيل أنه ممارسته معلق على موافقة السلطات الإدارية المستقلة¹، أي الحصول من هذه الأخيرة على الترخيص المسبق بالتعاقد، فهل حقيقة يعتبر الترخيص شرطا واقف للتعاقد أم هناك آراء أخرى، لا يمكن الإجابة عن هذا التساؤل إلا بعد التحليل القانوني لهذا الترخيص في النقاط التالية:

• من حيث المصدر

يعتبر الشرط طبقا للقواعد العام في القانون المدني مصدر للالتزام، أما الشرط الواقف يكون مصدره إرادة المتعاقدين، فهما اللذان يضعان هذا الشرط بمحض إرادتهما، غير أن الترخيص الإداري فليس مصدره الإرادة، بل المشرع أو سلطات الضبط المستقلة، عبر إلزام المتعاقد طالب الحصول على عليه، كما جاء في نص المادة 204 من الأمر 07/95² المتعلق بممارسة نشاط التأمين وإعادة التأمين في الجزائر.

• من حيث التكيف القانوني

الشرط الواقف وصف على أنه من أصناف الالتزام يلحق رابطة المديونية في الالتزام، كما وصف على أنه المعدل لأثر الالتزام وهذا الوصف يدخل بعد تكامل نشوء الالتزام، أما الترخيص أو الاعتماد فليس بوصف معدل للالتزام بل هو إجراء ضروري لقيام الالتزام، أو لإنشاء الحق و ترتيب عليه الأثار القانونية، أما الشرط الواقف يمكن الاستغناء عنه عكس الترخيص و الاعتماد الذي هو شرط لممارسة النشاط أي أنه شرط إلزامي يجب توفره³.

1 فاضل خديجة، المرجع السابق، ص 96.

2 أنظر المادة 204 من الأمر 07/95، المرجع السابق.

3 بعجي أحمد، المرجع السابق، ص 304.

• من حيث فترة الحدوث

الشرط الواقف طبقاً للقواعد العامة يجب أن يكون مستقبلي أي أن حدوثه يكون في المستقبل، نصت عليه المادة 203 من القانون ق.م¹، فلا يجوز أن يكون أمراً ماضياً ولا حاضراً يدخل على رابطة المديونية بعد اكتمال عناصر الالتزام، عكس الترخيص أو الاعتماد الذي يكون قبل إبرام أو مباشرة النشاط، بمعنى أنه أمر مسبق لا أمر مستقبلي.

• من حيث درجة الوقوع

يجب في الشرط الواقف عدم إمكانية الوقوع، أي لا يكون محقق الوقوع فإذا كان الشرط محقق الوقوع يكون أجلاً²، ولا يكون الشرط مستحيل الوقوع، عكس الاعتماد الذي هو شرط ممكن الوقوع بتقديم الطلب ثم توقع الحصول عليه لممارسة نشاط اقتصادي معين، خاصة بعد توفر الشروط وإتباع الإجراءات الإدارية المطلوبة.

• من حيث الجزاء

طبقاً للقواعد العامة في القانون المدني المادة 1/206 منه³، أن الشرط الواقف قبل تحققه يجعل الالتزام أو العقد غير نافذ، أما عدم تحقق أو الحصول على الترخيص يجعل العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً طبقاً للمادتين 244 و 245 من الأمر رقم 07/95 المتعلق بممارسة نشاط التأمين وإعادة التأمين، متبوعاً بعقوبة مخلفة التنظيمات الإدارية⁴.

¹ أنظر المادة 203 ق.م.

² السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، الأوصاف- الحولة- الإنقضاء، 1968، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، ص 15.

³ أنظر المادة 206 ق.م.

⁴ أنظر المادتين 244 و 245 من الأمر 07/95، المرجع السابق.

نصل في الأخير من خلال تحليل هذه النقاط إلى أن الترخيص أو الاعتماد الإداري ليس بشرط واقف للتعاقد، لكن المشرع الجزائري أكد على ضرورة الحصول على هذه الترخيص لمباشرة بعض الأنشطة الاقتصادية، مما يجعله شرط لأهلية التعاقد الذي يستطيع المشرع من خلاله مراقبة أهلية المتعاقدين، عبر التوسيع من شروط و الإجراءات الادارية التي تضمن الاختيار الأفضل للمتعاقد المناسب القادر على تنفيذ واجباته و الوفاء بالتزاماته، إلا أنه لم يكتفي بالتحقق من أهلية و قدرة وكفاءة المتعاقد، بل توسع إلى أكثر من ذلك من خلال اقتران الحصول على الترخيص بالتعاقد و ممارسة النشاط الاقتصادي، بخلو ملف طالب الترخيص بممارسة النشاط من الموانع الجنائية.

ثانيا: من الموانع المدنية إلى الموانع المدنية و الجنائية

نصت المادة 40 من ق.م على أنه " كل شخص بلغ سن الرشد و متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، و سن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة"، مما يدل على أن شروط أهلية التصرف هي توفر سن 19 سنة كاملة، كذا المادة 42 من ق.م التي نصت على أنه " لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقداً للتمييز لصغره في السن، أو عته، أو جنون، أو غير مميز الذي لم يبلغ ثلاثة (13) سنه كاملة"، التي توضح و تفسر أكثر المقصود بالسن و القوة العقلية اين حدثت من يكون ناقص الأهلية للتصرف، تبعتهما المادة 43 من نفس القانون التي أضافت شرط التمتع بالقوة العقلية، بحيث يكون السفيه و ذا الغلة من ناقصي الأهلية بنصها على أنه تشمل " كل من يبلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد و كل من بلغ سن الرشد و كان سفياً أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية و فقا لما يقرره القانون"¹.

¹ أنظر المواد 40 و 42 و 43 من ق.م.

أضافت أيضا المادة 09 مكرر من قانون العقوبات بعض العقوبات التكميلية، حرمان المحكوم عليه أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية من مباشرة حقوقه المالية، وتكون إدارة أمواله طبقا للأوضاع المقررة في الحجر القضائي¹، بنصها على أنه " في حالة الحكم بعقوبة جنائية، تأمر المحكمة وجوبا بالحجر القانوني الذي يتثل في حرمان المحكوم عليه من ممارسته حقوقه المالية أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية، وتم إدارة أمواله طبقا للإجراءات المقررة في حالة الحجر"²، كذا المادة 09 مكرر³01 حرم المحكوم عليه من مباشرة حقوقه المدنية و الوطنية و حتى العائلية و التي فصلت فيهم أكثر، بتطرقها إلى إعدام أهلية المحكوم عليه ليكون مكانه مساعد محلف او خبير أو شاهد، وصي أو قيما.

من خلال هذا يتبين أن المشرع الجزائري لم يكتفي بموانع الأهلية المدنية الواردة ضمن القانون المدني، المتمثلة في الجنون و العته و ذو الغفلة و الصبي الغير المميز، بل وسع منها بإدراج موانع التصرف الجنائية الخاصة بالمحكومين الذين ثبت تورطهم في أعمال إجرامية، و حكم عليهم بعقوبات تكميلية تفقداهم أهلية التصرف و التعاقد، التي يشترطها المشرع خاصة في الأنشطة الحساسة و الاستراتيجية للدولة، لتحقيق من نزاهة الشخص و قدرته على تنفيذ واجباته و التزاماته، مما يحقق الفعالية الاقتصادية و يضمن تنفيذ سياسة الدولة الضابطة، نذكر على سبيل المثال كل من :

أ- مجال ممارسة النشاط المصرفي:

يعتبر النشاط المصرفي في الجزائر من الأنشطة الاستراتيجية التي يعطيها المشرع الجزائري اهتماما كبيرا، بحيث تتولى الدولة تسييره و الإشراف عليه وفق قواعد الحذر التي تضمن سمعته و اتصاله بالزبائن، كما تولى اهتماما كبيرا سواء لموظفيها أو المتعاقدين الذين تسند إليهم مهام الإدارة

¹ أنظر المادة 09 مكرر من القانون رقم 14/21 الصادر بتاريخ 28 ديسمبر 2021، المعدل و المتمم للأمر 156/66 المؤرخ في 08 جوان 1966، المتضمن قانون العقوبات الجزائري.

² أضيفت بموجب القانون رقم 23/06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006. ج.ج.ج، العدد 84، المعدل و المتمم لقانون العقوبات، ص 12 .

³ للمزيد فقد فصلت المادة 09 مكرر³01 من القانون رقم 14/21، المرجع السابق.

والتسيير، بحيث لا يمكن لأي شخص طبيعي أن يقوم بهذه المهام إلا إذا كان يتمتع بالحقوق المدنية، كما يجب عليه السهر على تحقيق الفعالية الاقتصادية في السوق المصرفية بالحرص على جلب الزبائن للتعامل مع البنوك، من خلال التحلي بالأخلاق النبيلة وحسن التعامل، التي تمنحه سمعة وثقة مشرفة في السوق، و الابتعاد عن كل الصفات والأخلاء الفاسدة التي تسيئ إليه وتتضرر منها سمعة البنوك، ولهذا نجد المشرع منع عليهم ممارسة الأعمال المصرفية باسم و لحساب كل من ثبت تورطهم في جنایات أو ذو سمعة سيئة¹.

تطرت المادة 80 من قانون النقد و القرض لبعض الجرائم التي تمنع ممارسة الأنشطة المصرفية، كانوا مؤسسين أو مسيرين بالأصالة أو بالنيابة، إذا ثبت تورطهم فيها و المتمثلة في : جرائم " الخيانة - الاختلاس - الغدر - السرقة - إصدار شك بدون رصيد - خيانة الأمانة - حجز عمدي بدون وجه حق - ابتزاز الأموال أو القيم - الإفلاس - مخالفة التشريع أو التنظيم الخاصين بالصرف و حركة رؤوس الأموال من و إلى الخارج"، التي يفهم منها أن المشرع وسع أكثر في هذه الموانع في النشاط المصرفي، حيث لم يكتفي بالمؤسس أو أعضاء مجلس الإدارة بل امتد لكل من له دور في التسيير سواء بالأصالة أو بالنيابة².

ب- مجال ممارسة نشاط التأمين

يعتبر أيضا مجال التأمين من أكثر المجالات الحساسة التي تعتمد عليه الدولة في تنفيذ سياستها الاقتصادية، بتقييد ممارسته بمجموعة من الشروط و الرخص أو الإعتمادات المسبقة، التي بموجبها يمكن معرفة مدى مؤهلات طالب الترخيص إذا كان قادر على القيام بتنفيذ واجباته والتزاماته لضمان حسن سير السوق التأمينات بانتظام، كما فرض شرط صفيحة السوابق العادلة بهدف معرفة سمعته ونزاهته وعدم تورطه في الجرائم التي يعاقب عليها بعقوبات أصلية أو تكليله، تؤثر سلبا

¹ شاميبي ليندة، المرجع السابق ص 37.

² أنظر المادة 80 من قانون رقم 09/23 المؤرخ في 03 ذي الحجة عام 1444 الموافق 21 يونيو 2023، يتضمن القانون النقدي و المصرفي.

على حسن سير نشاط التأمين، مثل السرقة أو خيانة الأمانة و النصب و الاحتيال، إصار شك بدون رصيد، و كل التصرفات المشروعة خلال الحرب التحريرية، كذا ما نصت عليه المادة 217 من الأمر 07/95، من صدر في حقه حكم شهر الإفلاس و لم يرد له الاعتبار، و بصفة عامة كل من ثبت عليه مخالفة أي نص تشريعي أو تنظيمي يتعلق بالتأمين¹.

من خلال هذا يظهر ان المشرع الجزائري وسع ايضا من موانع الأهلية المدنية بتكريسه للموانع المدنية و الجنائية، بفرض شرط تقديم صفيحة السوابق العدلية من الشخص طالب الحصول على الترخيص، لتأكد من مدى أخلاق هذا الأخير ونزاهته، قبل أن يمنحه الرخصة أو الاعتماد بممارسة نشاط التأمين و إعادة التأمين، ضمنا حرصا منه على ضبط نشاط التأمينات الذي يعد من الأنشطة الاستراتيجية للدولة، وفقا لمقتضيات النظام العام التنافسي و الضبطي، كما فرض رقابة مستمرة على شركات التأمين، وبالتالي يكون الترخيص أو الاعتماد بمثابة أداة لتحقيق من أهلية المتعاقد و نزاهته من جهة، و شرط لقيام الأهلية الإدارية من جهة أخرى.

لنصل في الأخير إلى أن المشرع الجزائري كرس التدخل الإداري في العلاقة التعاقدية، ووسع من شروط التعاقد بفرض الرخص الإدارية لممارسة أي نشاط اقتصادي يخضع لقانون الضبط الاقتصادي، مما أدى بالضرورة إلى الانتقال من الإدراك وفقا للقانون المدني إلى ضرورة الرخص الإدارية وفقا لقانون الضبط الاقتصادي، مع توسيع مفهوم الأهلية من شرط الأهلية المدنية إلى شرط الأهلية المدنية و الجنائية معا، التي يمكن من خلالها إختيار المتعاقد الأفضل القادر على تنفيذ واجباته و التزاماته، كحماية للسوق و ضمان سيره وفق مقتضيات المنافسة لتحقيق الفعالية اللازمة هذا من جهة، و من جهة أخرى حماية إضافية للمتعاقدين بتنويرهم بما هم مقبلين عليه في التعاقد التي تظهره الرخص الإدارية من خلال الشروط التي تفرضها لدخول للممارسة نشاط اقتصادي معين، و بهذا فهل تعتبر هذه التراخيص الإدارية شكلية تعاقدية جديدة ضمن قواعد النظرية العامة للعقد؟.

¹ بعجي أحمد، المرجع السابق، ص 310.

الفرع الثاني

فرض شكلية تعاقدية جديدة

تخضع العقود كأصل عام لمبدأ الرضائية فبمجرد تطابق الإيجاب والقبول انعقد العقد ويكون صحيح إذا كان خاليا من عيوب الرضا، أما الشكلية فهي الاستثناء تشرط في عقود معينة حتى تكون في قالب معين ، لكن المشرع الجزائري من اجل ضبط السوق المفتوح على المنافسة، فرض الشكلية في العقود واعتبارها من النظام العام الاقتصادي التوجيهي والحمايئي الذي لا يجوز مخالفته، من خلال ضرورة الخضوع للشروط و الإجراءات الإدارية للحصول على التراخيص الإدارية لممارسة نشاط اقتصادي معين "أولا"، بالاعتماد على تحليل مدى الاعتبار الشخصي للمتعاقد "ثانيا"، عن طريق تحديد بنود إجبارية للعقد "ثالثا".

أولا: التراخيص الإدارية كمظهر جديد للشكلية التعاقدية:

أخذ المشرع الجزائري بمبدأ الرضائية في العقود كأصل عام طبقا للمادة 59 من ق.م¹ و الشكلية كاستثناء طبقا للمواد 79 و 324 و 324 مكرر و 324 مكرر02، مما يمنح الحرية للمتعاقدين في إبرام العقود بمجرد تقابل الإيجاب والقبول ما لم ينص القانون على شكل معين، إلا أن هذا المبدأ لم يعد يحكم العقود في ظل السوق المفتوح على المنافسة، الخاضع لقواعد المنافسة و الضبط الاقتصادي، أين أصبح يطغى عليها الطابع الإداري من أجل الحصول على التراخيص و الإعتمادات من طرف الهيئات الإدارية المستقلة، فهل يعتبر هذا الطابع الإداري ظهور لوضعية جديدة للشكلية التعاقدية (01)، تتفق أم تختلف مع الشكلية المعروفة ضمن القواعد العامة لنظرية العقد (02)؟.

¹ أنظر المادة 59 من ق.م.

01-الرخص الإدارية وضعية جديدة للشكالية التعاقدية:

يري بعض الفقه أن الرخص الإدارية شرط أساسي لممارسة أي نشاط اقتصادي خاضع للضبط الاقتصادي، تخلفها يؤدي إلى بطلان العقد لارتباطها بالنظام العام التنافسي و الضبطي، فهي بمثابة شرط لميلاد الرابطة التعاقدية¹، في حين اعتبرها البعض الأخر شكالية جديدة في المجال التعاقدية²، تخلفها يعرض المتعاقدين إلى جزاءات إدارية و أخرى جزائية، أما ارتباطها بمبدأ الرضائية فهي الوسيلة التي تؤمن احترام القاعدة القانونية³، عبر قواعد الضبط والمنافسة التي تهدف لحماية مستترة لرضا المتعاقدين⁴.

يري فقه آخر، على أن الإجراءات الإدارية المسبقة من أجل الحصول على الترخيص بالتعاقد، تؤطر العلاقات التعاقدية بشكل مسبق للدخول إلى السوق، مما يشكل انزياح للقواعد الموضوعية لمبدأ الرضائية لصالح هذه الإجراءات الإدارية، الذي يعتبر التوجه نحو تغليب فكرة الشكالية التعاقدية على الرضائية، خاصة في ظل التدخل المستمر للسلطات الإدارية المستقلة التي تتولي مهمة الضبط، ما يؤكد الطابع الجديد للشكالية المتمثلة في التراخيص الإدارية، حفاظا على النظام العام التنافسي و الضبطي⁵.

كذا يرى فقه آخر⁶، أن العلاقات التعاقدية في تطور مستمر نتيجة التطور العلمي والتكنولوجي الهائل لوسائل التواصل الحديثة التي يمكن للمتعاقدين التعاقد بها و التعبير عن رضاهم، ما أعطي حافز و دافع جديد لعودة الشكالية وتطورها من أجل تفادي عيوب ومساوئ الرضائية التقليدية التي لم تعد قادرة على ضمان المساواة العادلة و التوازن العقدي، خاصة بعد الاختلال الظاهر في

¹ (.....ces dangers ne sont pas moindres quand l'autorisation administrative est une condition de la naissance d'un contrat), A. Bernard, L'Autorisation Administrative et le contrat de Droit privé, RTD com, 1987, n°1, p18.

² G. Farjat, L'ordre public économique, L.G.D.J, Paris, 1963, p210.

³ A. Bernard , op, cit, p18et 19.

⁴ G.Farjat, op, cit, p280.

⁵ زمام جمعة، تحديث النظرية العامة للعقد (في ضوء ظاهرة التخصص التشريعي)، مجلة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية، جامعة البليدة02، العدد 12، سنة 2017، ص ص 237- 238.

⁶ P. Durand, La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel, RTD civ, n° 2, 1944, p172.

المراكز التعاقدية نتيجة محاولة المتعاقد المحترف السيطرة على السوق و استغلال الطرف الضعيف، ولهذا كان لبدا من التدخل الإداري في العلاقة التعاقدية من طرف الهيئات الإدارية المستقلة، لإعادة التوازن التعاقدية من جهة ومن جهة أخرى حماية الطرف الضعيف لضمان توازن السوق.

غير أن الشككية التعاقدية ليست بشيء الجديد ضمن القواعد القانونية للقانون المدني، فقد تم تركزها في عدة عقود خاصة العقارية منها، كما قد تكون شككية مباشرة وركن من أركان العقد، تخلفها يؤدي إلى بطلان العقد لارتباطها بالنظام العام، و غير مباشرة الهدف منها تنوير و حماية الطرف الضعيف من خلال تنبيهه بما هو مقدم عليه من حقوق وواجبات تنتج بمجرد تعبير عن رضاه بالتعاقد، كرسها المشرع الجزائري في شكل الرخص الإدارية سواء في زمن التخطيط أو الضبط، بخلفيات ووسائل وهيئات مختلفة تختلف مع السياسة المتبعة و الأهداف المرجوة، مما يجعلنا نحوض في الوضعيات المختلفة لهذه الشككية التعاقدية ضمن القواعد العامة من أجل تحديدها، وهل تعتبر شككية مباشرة أم غير مباشرة؟.

02-الرخص الإدارية وضعية جديدة للشككية ضمن القواعد العامة:

رغم ارتباط الرخص الإدارية بالنظام العام التنافسي و الضبطي وتخلفها في العقد يؤدي إلى بطلانه، إلا أنها لم تتركس ضمن القواعد العامة لنظرية العقد ولم تعتبر كشككية مباشرة، لأنها لم تكن ركن من أركان العقد معبر عنها صراحة، كما إنها لا تتصل بالتعبير عن الإرادة بل هي جانب تنظيمي فني في العقد فقط، فرضها المشرع على المتعاقدين من أجل توجيه العقد للتوافق مع وظيفة الدولة الضابطة، التي تهتم بتوازن العقد لضمان توازن السوق المفتوح على المنافسة¹، مما يدخلها من قبيل الشككية الغير المباشرة للعقد.

¹ فيلالي على، المرجع السابق، ص 302 .

لكن بالنظر من زاوية أخرى نجد أن هذه الرخص الإدارية فرضت من جانب واحد، هي الهيئات الإدارية المستقلة على طالب الحصول الرخصة بالتعاقد، مما يجعلها تتعلق بالأهلية الإدارية للمتعاقد وليس بموضوع العقد، كما إنها اكتسحت المجال التعاقدية في السوق الخاضع للضبط، مما يجعلها ذات طابع خاص تختلف عن الشكلية ضمن القواعد العامة¹، يجب تحليها لمعرفة طبيعتها من خلال النقاط التالية:

أ- الغاية من الشكلية

طبقاً لنص المادة 324 مكرر من القانون المدني فإن الشكلية كركن في العقد، تهدف لحماية الطرف الضعيف من خلال تنبيهه بخطورة التصرف الذي سيقبل عليه²، في حين تهدف الشكلية التعاقدية التي جاءت بها تشريعات حماية المستهلك إلى حماية هذا الأخير، من خلال فرض وجبات والتزامات جديدة على المحترف لمنعه من استغلال المستهلك³، أما الشكلية التعاقدية المجسدة في الرخص الإدارية التي تمارس في ظل قانون الضبط الاقتصادي، فالمراد منها التحقق من أهلية و قدرة المتعامل الاقتصادي طالب رخصة الدخول للسوق للممارسة نشاط اقتصادي معين، مما يجعلها شرط جديد لميلاد العلاقة التعاقدية عبر عنها الفقه بأنها شكلية غير مباشرة، هدفها الأساسي التأكد و التحقق من أهلية المتعاقد أنه قادر على تنفيذ التزاماته، كما تحمل في طياتها هدف ثانوي هو تنوير و حماية رضا المتعاقد لضمان توازن العقد وبذلك ضمان توازن السوق.

¹ بعجي أحمد، المرجع السابق، ص 306.

² فيلاي علي، المرجع السابق، ص 302.

³ بناسي شوقي، مواجهة الشروط التعسفية في العقود على ضوء القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، م.ج.ع.ق.ا.س، عدد 02، سنة 2009، ص 156.

ب- جزاء تخلف الشكلية:

إذا كان تخلف الشكلية الرسمية أو المباشرة في العقد، يوجب البطلان المطلق للعقد طبقاً للقواعد العامة لاعتبارها ركن من أركانه، في حين تخلف بعض البيانات و الشروط الإلزامية يوجب البطلان النسبي للعقد، فإن تخلف الشكلية التعاقدية المتمثلة في الرخص الإدارية يوجب البطلان الطلق لارتباطها بمقتضيات النظام العام التنافسي والضبطي، كما تعتبر جريمة يعاقب عليها قانوناً وهذا ما ذهب إليه القضاء الفرنسي بتقريره بالبطلان العقود التي تشترط الاعتماد المسبق من الجهة الوصية، مع المتابعة القضائية لكل من يمارس نشاط اقتصادي يشترط فيه الاعتماد و الترخيص المسبق، كحالة تخلف الاعتماد بالنسبة للبنوك أو المؤسسات المصرفية¹.

من خلال هذا تعتبر الرخص الإدارية هي التي تمنح الأهلية اللازمة للشخص من أجل التعاقد و مباشرة الأنشطة الاقتصادية التي يرغبها، و من جهة أخرى هذه الرخص هي الأداة التي تسمح للدولة من مراقبة مدي كفاءة طالب التعاقد و الدخول إلى السوق، لكن من أجل تكريس هذه القواعد ضمن قواعد النظرية العامة للعقد، لبد لهذه الأخيرة التجدد و التطور مع خلال إثرائها بقواعد الأهلية الإدارية بغية تدعيمها، لتحقيق المصلحة العامة، وضمان توازن السوق من أجل تنفيذ السياسة الاقتصادية للدولة.

ثانياً: الاعتبار الشخصي للمتعاقدين:

يمثل الاعتبار الشخصي للمتعاقدين مجموع القيم والمكتسبات والمؤهلات الشخصية المادية و التقنية و الفنية، التي يملكها المتعاملين الاقتصاديين لممارسة نشاط اقتصادي معين، تمكنه من تنفيذ و جباته و الوفاء بالتزاماته التعاقدية، بالشكل أو النموذج الذي يسمح بمقتضاه للتعاقد تنفيذ واجباته لضمان تنفيذ السياسة الاقتصادية و الاجتماعية هذا من جهة، و من جهة أخرى كتعزيز

¹ بناسي شوقي، المرجع السابق، ص 73- 74.

لرضا المتعاقد من خلال التأكد المسبق من قدرته التعاقدية، فما هي هذه الاعتبارات (01) وما هو الشكل القانوني الذي يجب أن يكون عليه (02)؟.

01-الجوانب الفنية والمالية للمتعاقد

هي كل القدرات و الكفاءات المهنية و الخبرات و المكتسبات الشخصية و التقنية التي يمتلكها المتعاقد، بحيث تمكنه من تنفيذ واجباتها و الوفاء بالتزاماته التعاقدية، التي تشترطها سلطات الضبط الاقتصادية لاكتساب صفة المتعاقد لمباشرة نشاط اقتصادي حيوي أو مفتوح على المنافسة¹، لضمان استمراريته و فعالته و من أمثلة ذلك:

أ- البنوك والمؤسسات المالية

تعتبر البنوك والمؤسسات المالية في الجزائر أدوات الدولة لممارسة النشاط المصرفي المحتكر من طرفها، لكن مع التطور الاقتصادي أصبح لبدى من فتحها على المنافسة، لكن بحذر وفق قواعد الحذر لضمان تحقيق أهدافها، ولهذا يشترط المشرع الجزائري توفر عدة اعتبارات شخصية فنية وتقنية و مالية مثل الكفاءات المهنية للموظفين الذين توكل لهم تسيير هذه المؤسسات المالية، بطريقة تضمن تحقق الربح للمصرف و عملائه، الالتزام بالسر المهني و الأخلاق الحميدة التي تضمن سمعة حسنة، سواء كانوا مؤسسين أو موظفين طوال مدة ممارسة هذه المهنة²، كما تتولى سلطات الضبط الاقتصادية مهمة التحقق من ذلك من خلال مراقبة كل عمليات الالتحاق بالمهام البنكية، التي تتطلب انتقاء أفضل الأشخاص من حيث القدرات المالية و الكفاءات و النزاهة، و تقصي الأشخاص الذين تتخلف فيهم هذه الشروط بداعي الحفاظ على النظام العام الاقتصادي³.

1 دومة نعيمة، المرجع السابق، ص 231.

2 شامي ليندة، المرجع السابق، ص 74.

3 عميور فرحات، تنظيم الإلتحاق بالمهمة البنكية في التشريع الجزائري، أطروحة دكتورا، جامعة الحاج لخضر باتنة-1، سنة 2016/2017، ص 09.

كما يلتزم الأشخاص المؤهلون لتسيير المؤسسات المالية بمجموعة من الصفات مثل السر المهني المصرفي، الذي يضمن لها السمعة الحسنة لجلب أكبر عدد من الزبائن، نصت عليه المادة 117 من قانون النقد و القرض¹ "على المعني بالأمر أن يقوم بتقديم طلب الترخيص بإنشاء المؤسسة المصرفية لمجلس النقد و القرض، و لهذا الاخير السلطة التقديرية في رفض أو منح الترخيص و فقا لما يراه مناسباً، مع وجوب توفر الشروط القانونية المطلوبة".

في حين لا ينحصر الاعتبار الشخصي في مجال ضيق للبنك و المؤسسة المالية و موظفيهم، بل يتجاوز ذلك إلى الأخذ بالحسبان الاعتبار الشخصي للعميل أو الزبون²، حيث نجد المؤسسات المالية لا تتعامل مباشرة مع العميل أو الزبون، بل تشترط مجموعة من الإجراءات الإدارية تمكنها من تحليل مدى أخلاق سمعة إمكانيات الشخصية و الفنية و المالية لهذا الأخير، و لهذا يكون الاعتبار الشخصي موزع بين القائم بالأعمال المصرفية و المتعاملين مع المؤسسات المصرفية، من أجل ضمان الائتمان لكسب ثقة الجمهور خاصة في مثل هذه المجالات الاقتصادية الحيوية، كما يعتبر هذا الائتمان بمثابة دافع على التعاقد من جهة و حماية لرضا المتعاقد من جهة أخرى، فالمرشح من خلال اشتراط الاعتبار الشخص من الجهتين بالنسبة للمؤسسة المصرفية و المتعاملين يهدف إلى حماية الاقتصاد الوطني و كذا الطرف المتعاقد.

ب- شركات التأمين

تعتبر شركات التأمين و إعادة التأمين أدوات استراتيجية لممارسة النشاط التأميني في ظل الدولة المتدخلة و الدولة الضابطة، نضمها المرشح بترسانة من القوانين العضوية و التنظيمية سواء من حيث الإنشاء و التسيير، فنجد لكي يمنح ممارسة نشاط تأميني لشركة تأمين ما لبد من توفر الشروط القانونية المنصوص عليها في المادة 204 من الامر 07/95 التي نصت على أنه " لا يمكن ممارسة نشاط التأمين من قبل شركات التأمين و شركات إعادة التأمين إلا بعد الحصول على

¹ أنظر المادة 117 من قانون النقد و القرض.

² شامي ليندة، المرجع السابق، ص 22.

اعتماد من الوزير المكلف بالمالية¹، إلا أن منح هذا الاعتماد مرهون بعدة اعتبارات تتعلق بالشخص القائم على إدارة هذه الشركة بحيث يجب أن يتصف بالصفات الحميدة وذو سمعة حسنة، واعتبارات أخرى تتعلق بالمقومات الاقتصادية التقنية الفنية و المالية للشركة.

02- الشكل القانوني للمتعاقد (المتعامل الاقتصادي)

يقصد بالشكل القانوني للمتعاقد أو المتعامل الاقتصادي القالب أو النموذج القانوني الذي يجب أن تكون عليه الشركات أو المؤسسات وحتى الهيئات وفقا ما يقضي به القانون، حتى تتمكن من ممارسة نشاط اقتصادي معين يكون خاضع لقانون لضبط الاقتصادي، تتجلى في التطبيقات الآتية:

أ- الشكل القانوني للممارسة الأعمال المصرفية:

اشترط المشرع الجزائري من أجل ممارسة الأعمال المصرفية، أن تكون في شكل بنوك أو مؤسسات مالية، هذه الأخيرة التي يجب أن تتخذ قالباً معيناً، طبقاً للمادة 1/83 من قانون النقد والقرض بنصها: " على أنه يجب أن تؤسس البنوك المالية الخاضعة للقانون الجزائري في شكل شركات مساهمة، ويدرس المجلس جدوي إنشاء البنك أو المؤسسة المالية شكل تعاضدية"².

هذا ما يدل على أنه لا يمكن للبنك أو مؤسسة مالية أن تمارس نشاط مصرفي إلا إذا كانت في شكل قانوني هو شركة المساهمة كأصل، مع منح مجلس النقد و القرض صلاحية النظر في طلب اتخاذ المصرف أو المؤسسة المالية شكل تعاضدية، وبهذا يكون المشرع قد قيد حرية إختيار الشكل القانوني لإدارة المؤسسين في شكل شركة مساهمة طبقاً للمادة 592 من القانون التجاري التي نصت على أنه " الشركة التي ينقسم رأسمالها إلى حصص و تكون من شركاء لا يتحملون الخسائر إلا بقدر حصتهم و لا يمكن أن يقل عدد الشركاء فيها عن سبعة"، لعدة اعتبارات تجمع

¹ أنظر المادة 204 من الأمر 07/95 المتعلق بالتأمينات، المرجع السابق.

² أنظر المادة 83 من القانون النقدي و المصرفي.

في مجملها حماية المجال المالي الذي يتعامل بقواعد الحذر، وإمكانية مراقبتها لضمان المصالح الخاصة و العامة، لتحقيق الفعالية الاقتصادية¹.

ب- الشكل القانوني لممارسة نشاط التأمين:

يسعي المشرع لتطوير نشاط التأمين تماشياً مع التطورات الاقتصادية، بعد فتحه على المنافسة والاستثمار، لكن فرض على ممارسيه أشكال معينة بحسب شكلها أو اختصاصها، فقد نصت المادة 215 من الأمر 07/95 المتعلق بالتأمينات على أنه "تخضع شركات التأمين وإعادة التأمين في تكوينها إلى القانون الجزائري وتأخذ أحد الشكلين الآتيين: شركة ذات أسهم أو شركة ذات شكل تعاضدي، غير أنه عند صدور هذا الأمر يمكن للهيئات التي تمارس عمليات التأمين دون أن يكون غرضها الربح أن تكتسي شكل الشركة التعاضدية"، ما يدل على أن شركة التأمين تكون أصلاً، إما شركة ذات أسهم أو شركة ذات شكل تعاضدي، أو حتى شركة تعاضدية²، طبقاً لتنظيم القانون التجاري.

من خلال هذا يتجلى أن المشرع اعتمد على شرط الاعتبار الشخصي للمتعاقد، لمعرفة مدى القدرات و المؤهلات الشخصية التقنية و المالية وحتى الفنية لطالب الحصول على الترخيص لممارسة نشاط اقتصادي معين، كما اشترط أن تكون في شكل و قالب قانوني معين، حتى يضمن تنفيذ العقود و تحقق الاهداف الاقتصادية للدولة من جهة، من جهة أخرى تعتبر تنوير رضا المتعاقد لما هو مقبل عليه من واجبات و التزامات تقع عليه تنفيذها، بحيث تضمن الحقوق و الوجبات في حالة النزاع.

¹ بعجي أحمد، المرجع السابق، 317.

² أنظر المادة 215 من الأمر 07/95 المتعلق بالتأمينات، المرجع السابق.

02- العقد المفروض

هو العقد الذي تتدخل فيه الدولة بصفة مباشرة عن طريق تنظيماتها القانونية، لإجبار المتعاقد على إفراغ عقده وفق قالب وشكل قانوني معين، حتى تتمكن من توجيه حريته لتتوافق مع مقتضيات سياسة الاقتصادية للدولة من جهة، ومن جهة أخرى ترعي المصلحة الاجتماعية من خلال حماية طرف ضعيف في العقد¹، ومن أمثلة ذلك عقد التأمين على مستعملي المركبات الذي يفرض عليهم الالتزام بالكتابة مع الشركات التأمين وفق شكل معين قبل وضعها للسير أو الخدمة، وهذه الأخيرة ملزمة بحمل عبء الخطر الذي قد يتعرض له، طبقاً للمادة 01 من الأمر 15/74 المتعلق بالزامية التأمين على السيارات، التي تنص "على أن كل مالك سيارة ملزم بالكتابة في عقد التأمين الذي يغطي الأضرار التي تسببها المركبة للغير قبل إطلاقها للسير أو الخدمة"².

03- العقد المراقب

هو ذلك العقد الذي تتدخل فيه الدولة من بداية تكوينه إلى غاية تنفيذه، برقابة سابقة تضمن توفر الشروط الشكلية والإدارية لممارسة النشاط الاقتصادي، ورقابة لاحقة لمدى تنفيذه وفق مقتضيات السوق الذي يضمن تحقيق أهداف الدولة، ومن أمثلة ذلك مراقبة الأسعار للمواد ذات الاستهلاك الواسع و المدعمة من طرف الدولة، " السميد بكل أنواعه- زيت المائدة- السكر، الحليب...إلخ"، مما يضفي على هذا النوع من العقود الطابع التوجيهي لتتوافق مع مقتضيات سياسة الدولة و الطابع الحميائي للمتعاقدين الضعيف من خلال الاهتمام بالقدرة الشرائية للمستهلك³، مما يقيد إرادة أحد المتعاقدين أو كلاهما، عبر التحديد المسبق لمضمون العقد في شكل بنود أو قواعد لا

1 المنصوري أبو جعفر، المرجع السابق، ص 396.

2 الأمر 15/74 المتعلق بالزامية التأمين على السيارات و بنظام التعويض عن الأضرار، المؤرخ في 30 جانفي 1974، ج ر ج ج عدد15، المؤرخة في 19 فيفري 1974.

3 المنصوري أبو جعفر، المرجع السابق، ص 392.

يمكن مخالفتها¹، لكن مع مراعاة تحقيق التوازن و العدالة العقدية، التي تجلت بالاهتمام بالطرف الضعيف في العقد.

من خلال هذه التحليلات التي سبقت في هذا المطلب، يتبين رغم أن المشرع أخذ بمبدأ رضائية العقود كأصل عام طبقاً للمادة 59 من ق.م.و الشككية كاستثناء، إلا أن العلاقة التعاقدية في ظل السوق المفتوح على المنافسة الخاضع لقواعد الضبط الاقتصادي، تطغو عليها الشككية بوضعياتها القديمة و الجديدة، نظراً للتدخل إرادة الدولة في توجيه العقد مما يتوافق مع مقتضيات السوق، عبر التدخل الإداري المستمر في العقد من بداية تكوينه إلى غاية تنفيذه، مما وسع من شروط التعاقد بفرض التراخيص الإدارية، التي يضمن من خلالها تحليل إمكانيات ومؤهلات المتعامل الاقتصادي لاختيار الأفضل و الأنسب القادر على تنفيذ واجباته و التزاماته، بما يتوافق مع النظام العام التنافسي و الضبطي لتنفيذ سياسة الدولة الضابطة، ايضاً الاهتمام بحماية الطرف الضعيف لضمان التوازن التعاقدية، التي كانت دافعاً بالمشرع لتكريس قيم التضامن ضمن العلاقة التعاقدية.

المطلب الثاني

تكريس قيم التضامن ضمان لحماية رضا المتعاقد الضعيف

وفقاً للقواعد العامة فإن العلاقة التعاقدية يحكمها مبدأ الرضائية، فجرد تطابق الإيجاب و القبول ينعقد العقد، يكون عادلاً و متوازناً كتعبير عن إرادة المتعاقدين المنفردة و الحرة الناتجة عن تساوي مراكزهم القانونية، إلا أن الحقيقة أثبتت عكس ذلك بسعي كل طرف إلى تحقيق مصالحه الخاصة، بشتى الوسائل المتاحة كانت شرعية أم غير شرعية كالممارسات الاحتيالية و التدلسية، انتشرت معها العديد عقود الإذعان أدت إلى اختلال المراكز التعاقدية، التي ساعدت في سيطرة أحد الاطراف على العقد، بحيث يمكنه فرض شكل و مضمون العقد بما يخدم مصالحه، الذي كان دافعاً لتدخل كل من المشرع و القاضي لإعادة هذا التوازن للحد الذي يجعل العقد قابل

¹ نساخ فاطمة، المرجع السابق، ص 90.

للتنفيذ، عبر تكريس الأخلاق وإحياء البعد المعنوي ضمن العلاقة التعاقدية، ترسخت أولاً في البعد المعنوي لمفهوم حسن النية ودوره في حماية الرضائية (الفرع الأول)، الذي وسع من تكريس القيم الاخلاقية ضمن العلاقة التعاقدية تحت مفهوم التضامن التعاقدى (الفرع الثاني).

الفرع الأول

دور مبدأ حسن النية في حماية رضا المتعاقد: بين القانون والواقع

ظهر مبدأ حسن النية كحاجة للموازنة بين الشكلية التي كانت تفرضها القوانين الرومانية، ومحاوله لضبط حرية الإرادة واستقلاليتها التي عرفت أوجها في القرن 19، والذي تولد عنه تأثير بليغ في القوانين الحديثة بترسيخ مجموعة من المبادئ القانونية، مثل الالتزام السابق للتفاوض وبطلان البنود والشروط التعسفية... إلخ، إلا أن هذا المبدأ لم يعرف مكانته في التصرفات القانونية دفعة واحدة، بل كان يتطور تدريجي بعدما تراجعت الإرادة في العقد، وظهور العقود الجبرية والمدعنة التي يكون لأحد الأطراف سلطة واسعة العقد على الطرف الضعيف، بحيث أصبح ملجئ للفقهاء والقضاء لتفسير إشكالات التعاقدية خاصة في مرحلة التنفيذ ثم توسع لمرحلة التكوين وحتى المفاوضات جعلته آداة جديدة لحماية الطرف الضعيف "أولاً"، إلا أنه انتقد من جانب الفقهاء لأنه يشوبه نوع من الغموض "ثانياً".

أولاً: مبدأ حسن النية أداة قانونية لحماية رضا المتعاقد:

تطور مبدأ حسن النية في العقود من مجرد مبدأ يفرضه الاخلاق الحميدة، ينتج عنه تبادل الصدق والثقة والنزاهة بين الأفراد، إلى مبدأ قانوني يسعى من خلاله الفقهاء والقضاء لحل الإشكالات التعاقدية بين المتعاقدين، أدت إلى تكريسه ضمن العلاقة التعاقدية كحق في المستقل مستمد من فكرة النظام العام العدالة، فإذا يقصد بحسن النية (01)، مضمونه (02)، كيف تم تكريسه (03)؟.

01-المقصود بمبدأ حسن النية

في الحقيقة انه لا يوجد نص تشريعي يعرف مصطلح حسن النية، ولعل ذلك راجع لكونه مفهوم متغير زمنيا مع المتغيرات الاجتماعية والاقتصادية¹، فقد عرف أوجهه في القانون الفرنسي الذي يمنح للأشخاص إمكانية تدخل القاضي في العقد بشكل واسع، أما الفقه فقد الحديث فقد عرفه بأنه التزام على عاتق المتعاقدين بمجموعة الاخلاق كالاستقامة والشرف والتعاون والصدق والأمانة والشفافية ومراعاة المصالح والرغبات المشروعة للطرف الأخر في التعاقد، وغيرها من المصطلحات المشابهة بحيث تؤدي ممارسة الحق في التعاقد إلى تحقيق الغايات المشتركة لطرفي العقد، لا الإضرار بمصالحهما دون مبرر مشروع²، فالالتزام بحسن النية يقضي تنفيذ المتعاقدين لالتزاماتهم التعاقدية حسب أخلاقيات العقد بما يؤدي إلى إدماج القاعدة الأخلاقية في العقد وأخلاقه العقود³.

و الراجح أن الالتزام بحسن النية لا يعتبر التزاما قانونيا بالمعنى القانوني للالتزام بحيث تبرأ ذمة المدين به بأدائه للدائن، بل هو واجب عام وقاعدة وسلوك وأداب عامة⁴، كما إنه لم يعد مفهوما سلبيا بالامتناع عن السلوك المنافي لحسن النية، بل أصبح مفهوما ايجابيا يستلزم من المتعاقد التعاون لتنفيذ الالتزامات التعاقدية⁵، ازدهر في القانون المعاصر مع تراجع المبادئ التقليدية المنبثقة عن مبدأ سلطان الإرادة، من خلال التكريس القضائي الفرنسي لهذا المبدأ في تفسير بعض الالتزامات التعاقدية، المتمثلة في الالتزام بالإعلام - النزاهة - التعاون - الأمانة⁶، ما دفع الفقه المعاصر إلى الدعوة إلى تكريس وتجديد مبدأ حسن النية في العقود وتوسيع مجال تطبيقه، باعتباره مبدأ مرناً

1 بناسي شوقي، قانون العقود، دراسة في القانون الجزائري و الفرنسي (المعدل) و الفقه الإسلامي- الجزء الأول: عموميات في العقد، بيت الافكار، الجزائر، سنة 2022، ص 285.

2 العوجي مصطفى، القانون المدني، الجزء الاول: العقد - مع مقدمة في الموجبات المدنية- منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2019، ص 109.

3 محمد حسن قاسم، القانون المدني- الإلتزامات- العقد، المجلد الثاني، منشورات الحلبي القانونية، بيروت، لبنان، 2018، ص45.

4 بناسي شوقي، المرجع السابق، ص 45.

5 محمد حسين قاسم، المرجع السابق، ص 46.

6 بناسي شوقي، المرجع السابق، ص 355.

يتكيف في مضمونه مع الواقع المتطور للعلاقات التعاقدية¹، لمصلحة الطرف الضعيف، بالرغم من كونه التزام متبادل يقع على طرفي العقد²، لكن لتوضيح أكثر يجب التطرق إلى مضمون مبدأ حسن النية.

02-مضمون مبدأ حسن النية

يعتبر مبدأ حسن النية من المبادئ التقليدية التي ندى بها الفقه الفرنسي، لمواجهة عقود الإذعان التي سيطر فيها المتعاقد القوي على العلاقة التعاقدية، بحيث أصبح العقد معسرا في تنفيذه نظرا لاختلال توازنه، تطور مع تطور الرضائية أين أصبح من أهم خصائصه أنه التزام مفروض على كلا طرفي العقد، يعتمد على النوايا والبواعث التي تؤدي للكشف عن النية من خلال المظهر الخارجي للإرادة، باعتباره مبدأ أخلاقي يرتكز على ضرورة وجود الثقة النزاهة والتعاون، باعتبارهم واجبات عقدية تجلت في التحلي بواجب النزاهة (أ) ، و واجب التعاون (ب).

أ- واجب النزاهة: لتحديد واجب النزاهة (L'OBLIGATION DE LA LOYAUTE) يجب أولا التطرق لمرادفات النزاهة التي تشمل كل من الاستقامة، شرف التعامل، الإخلاص، الأمانة.....الخ، بما يفيد عدم تقديم أي طرف لطرف آخر بيانات أو معلومات مغلوطة أو مفرطة في التفاؤل أو مغرقة في التشاؤم تجعل المتعاقد في عسر عن تنفيذ واجباته، مع الابتعاد عن الغش أو الخداع والصفات المدمومة التي قد تقع أحد المتعاقدين في الضرر حاضرا أو مستقبلا، جعلت مصطلح النزاهة الأكثر شيوعا للدلالة على التزام من الالتزامات المنبثقة على مبدأ حسن النية³، تكون احتراما للكلمة أو الوعد المعطي بصدق وشفافية أثناء إبرام وتنفيذ العقد.

¹ زمام جمعة، مرجع سابق، ص 227.

² محمد عماد الدين عياض، "تحولات نظرة العقد في ظل قانون الإستهلاك"، حوليات جامعة الجزائر، جامعة الجزائر 1، العدد 30، الجزء 2016، ص 250.

³ زيتوني فاطمة الزهراء، مبدأ حسن النية في العقد- دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أوبكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، سنة 2018، ص 270.

واجب التعاون: يقصد بالتعاون أنه مبدأ وقيمة فطرية وسلوك إنساني، يعتمد فيه على الذات و المساعدة المتبادلة و العمل سوياً، بحيث يفرض واجب التعاون (DEVOIR DE COLLABORATION) أن يتعاون كل متعاقد مع المتعاقد الآخر، في سبيل تحقيق المصلحة المرجوة لكليهما، من خلال تقديم الرعاية و المساعدة للمتعاقد الآخر عبر بذل العناية اللازمة لتيسير تنفيذ للعقد، حتى تتحقق الثمرة المرجوة من العقد عبر تحقيق مصالح أطراف العقد¹، أشار إليه الفقيه الفرنسي DEMOGUE من خلال اعتبار العقد كشركة صغيرة، يجب على كل طرف فيها يبذل مجهوده من أجل بلوغ الهدف المشترك للمتعاقدين، وهذا ما جعل الفقه يعترف بمبدأ حسن النية كمبدأ قانوني ضمن القواعد العامة لنظرية العقد، كانت بداية لتكريس ما يعرف بالتضامن التعاقدية.

03-تكريس مبدأ حسن النية: من الضيق إلى الواسع

احتل الالتزام بمبدأ حسن النية مكانة هامة في النظريات الحديثة، تحت ضغط الفقه و الاجتهاد القضائي الفرنسي، من أجل وضع حد للتعسف الناتج عن التطبيق المطلق للحرية التعاقدية أو تجعل الناتج الوخيمة الناتجة عن التشديد في تطبيق مبدأ القوة الملزمة، ارتبط تكريسه على اولا أساس ديني أخلاقي، يستمد منه قوته تجاه الأفراد لفترة زمنية طويلة (أ)، توسع بعدها مع تنوع الأسس و الاعتبارات في تطبيقاته (ب).

أ- أسس مبدأ حسن النية:

ارتبط تكريس حسن النية بالدين و الأخلاق، جعله يستمد قوته تجاه الأفراد من الوازع الديني الذي يعتقدون و يؤمنون به، بحيث تكون يكون هذا المبدأ ملزم يسري على جميع الأشخاص في المجتمع الواحد، إلا أن هذا التأثير على الافراد انخفض مع مرور الزمن لأسباب متعددة، منها

¹ الفتلاوي سلام عبد الله، إكمال العقد- دراسة مقارنة- دراسة مقارنة - الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2012، ص 15.

تراجعت دور الكنيسة في أوروبا، جعلت الإحساس بالزاميته تتراجع شيء فشيء رغم ضروريته لاستقرار العلاقات التعاقدية، وهذا ما جعل الفقه يتجه نحو التكريس القانوني لهذا المبدأ لضمان إزاميته الأخلاق داخل العلاقة التعاقدية، لكن بدرجات مختلفة حسب اختلاف النظام الاقتصادي الذي تعتمده مختلف الدول، لتبيان السلوك الواجب إتباعه من طرف المتعاقدين كضمان حماية أحد الطرفين بالنظر إلى الاعتقاد الخاطئ بمشروعية واقعة معينة، أو من أجل فرض تضامن بين الطرفين، كانت بمثابة أسس واعتبارات لتكريس مبدأ حسن النية منها:

أ-01- حسن النية أداة لفرض سلوك معين على الأطراف:

كرس المشرع الجزائري صراحة مبدأ حسن النية من أجل فرض سلوك معين ضمن العلاقة التعاقدية وفقا لنص المادة 107 من ق.م، فيما يتعلق بتنفيذ العقد والتي تنص على أنه " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحسن النية"، وهو دليل على خضوع طرفي العقد لمنهج حسن النية عند تنفيذ العقد، مما يسمح بتدخل القاضي للاجتهاد من أجل تحديد السلوك الواجب إتباعه اثناء هذا التنفيذ، لفرض التزامات ثانوية على الأطراف لم يتم الاتفاق عليها في المرحلة السابقة على التعاقد، من خلال الدور الإنشائي للقاضي عند تطبيق النصوص القانونية¹.

أ-02- الترابط بين حسن النية و عيوب الرضا:

يتصل حسن النية بعيوب الإرادة اتصالا وثيقا و بصور مختلفة، تطرقت إليه المادة 02/82 من ق.م، فيما يتعلق بالغلط حيث نصت على أنه "ويعتبر الغلط جوهريا على الاخص إذا وقع في صفة الشيء يراها المتعاقدان جوهرية أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد و لحسن النية"، كما لا يكفي ادعاء الشخص وجود غلط و إثبات فوات الصفة الجوهرية التي يدعيها حتى

¹ عثمانى بلال، أطراف العقد المدني بين الحق في تحقيق المصلحة الشخصية و الإلتزام بحسن النية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، سنة 2018، ص 52.

يؤخذ بادعائه، بل يقع على عاتقه واجب فوات هذه الصفة في نظر المتعاقدين معا، أو يجب إثباتها نظرا للظروف التي ابرم فيها العقد و لحسن النية التي ينبغي أن يسود التعامل¹.

أ-03- حسن النية لفرض تضامن بين المتعاقدين:

اعتمد المشرع إلى حسن النية من أجل فرض تضامن بين المتعاقدين، في العديد من الحالات، أبرزها ماجات به المادة 03/107 من ق.م، فيما يتعلق بنظرية الظروف الطارئة التي نصت على أنه " غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الواسع توقعها و ترتب على حدوثها أن الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف و بعد مراعاة لمصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل إطفاق على خلاف ذلك"².

إلا أنه في الواقع لا يمكن حصر في هذا المقام الحالات و الاعتبارات التي اعتمد فيها المشرع سواء بصفة مباشرة أو غير مباشرة على حسن النية بمختلف مفاهيمها ووظائفها، حيث سيتم الإشارة إلى ذلك كلها اقتضت الدراسة في الباب الثاني من هذا البحث.

ب- توسيع تكريس مبدأ حسن النية:

يعتبر مبدأ حسن النية مفهوم قديم ارتبط ظهوره بظهور مبدأ سلطان الإدارة، وتم تكريسه على أساس ديني أخلاقي لدى المجتمعات الغربية و الإسلامية، إلا أن تكريسه قانونيا لقي عدة إشكالات لدى الفقه و القضاء نظرا لطبيعته القانونية، بحيث اختلف الفقه في طبيعته وظيفته نظرا لتردد القضاء من إتخاذ موقف صريح في شأنه، فمنهم من اعتبره مبدأ قانوني و منهم من اعتبره واجب عام³، إلا أن الحقيقة أن أغلبهم اتفقوا أولا على أنه مبدأ للدلالة على معناه الواسع،

¹ دراج سعاد، عيوب الرضا بين حماية المتعاقد و إستقرار المعاملات، مذكرة لنيل الماجستير في الحقوقن جامعة الجزائر1، 2012، ص 31.

² عثمانى بلال، المرجع السابق ص 53.

³ Letourneau philippe, la responsabilite des vendeurs et des fabricants, 5 eme éd, dalloz, paris, 2016, p.78.

ثم واجب عام يقع على المتعاقدين الالتزام به، ليتطور إلى التزام نظرا لتكريسه في أغلب التشريعات، وكان أول من أكدوا عليه في العصر الحديث هو المشرع الفرنسي بمعناه الواسع، خلال إصلاحات قانون المدني الفرنسي رغم أنه يهدد بخطر الانفلات نحو الأمن القانوني، عبر عرض الاخلاق في الميدان التعاقدية وتوسعها من مرحلة التنفيذ كما ورد في المادة 03/1134 من القانون الفرنسي قبل التعديل 2016، إلى مرحلة تكوين العقد بما فيها مرحلة التفاوض وقطع العقد في تعديل 2016¹.

إلا أن الفقه الفرنسي اعتبر هذه الإصلاحات لم تكن لها تجديد جوهري في المضمون، إلا ما تعلق بحلول التي توصل إليها الاجتهاد القضائي التي أغلبها استخلصت مند وقت طويل، لكن وسعت من تكريس مبدأ حسن النية من كونه كان مقتصر على مرحلة التنفيذ إلى مرحلة التكوين و التفاوض، طبقا لنص المادة 1104 من القانون المدني الفرنسي المعدل بموجب الأمر 131/2016 في نصها على أنه " يجب أن يتم بحسن النية كل من التفاوض على العقود وإبرامها و تنفيذها"، وجعلته واجب مرتبط بالنظام العام لدعم تكريسه ضمن العلاقات لمعاملات التعاقدية²، أكدته المادة 1112 من القانون الفرنسي بنصها على أنه " يعد حائزا كل من الدعوة إلى التفاوض قبل التعاقد و مباشرته و قطعه، مع مراعاة مقتضيات حسن النية".

أما المشرع الجزائري فينظر إلى مبدأ حسن النية، على أنه واجب ديني تحث عليه الاخلاق و القيم التي يدعو إليها الدين الإسلامي، أما من حيث تكريسه القانوني فقد تم تكريسه طبقا للمادة 107 من ق.م، مقتديا بالمشرع الفرنسي في مرحلة التنفيذ في إنضار أن يحدو حدده في مرحلة التكوين و المفاوضات، خاصة بعد الإشكالات سواء القانونية و القضائية، الناتجة عن تطور التعاملات التعاقدية في السوق المفتوح على المنافسة، من خلال اللجوء لحسن النية في تفسير العقود

¹ D.mazeaud, observations conclusives, colloque, la reforme du droit des contrats : quelles innovations ?, R.D.C.avril2016/hors-série,p 54 et 57.

² بالكناني فوزي بن أحمد، نظرية العقد في القانون المدني الفرنسي المعدل و القانون المدني القطري " دراسة مقارنة"، المجلة الدولية للقانون، كلية القانون جامعة قطر، المجلد التاسع، العدد المنتظم 02، 2020، ص 52.

لضمان أحكام قضائية عادلة، يرفع به التعسف عن المتعاقد الضعيف، كذا الأخذ بنظرية الظروف الطارئة والميسرة، لكن هل حقيقة يمكن الاعتماد على مبدأ حسن النية بمفهومه التقليدي لضمان حماية رضا المتعاقد خاصة في ظل تطور السوق؟.

ثانياً: قصور دور مبدأ حسن النية في حماية رضا المتعاقد:

لقد لعب مبدأ حسن النية دور كبير في تفسير الإشكالات التعاقدية بين المتعاقدين، لإعادة التوازن للعقد للحد الذي يضمن تنفيذه، من خلال وظائفه التفسيرية للنية المشتركة للمتعاقدين، والتكميلية التي تمنح سلطة للقاضي في تكملة بنود العقد، والتحديدية لوضع حد لأي متعاقد في تجاوز استعمال الحق، وحتى التكيفية من أجل تكيف العقد مع المتغيرات التي قد تطرأ على العقد أثناء تنفيذه، إلا أنه تعرض للانتقاد من طرف الفقه كونه مفهوم مطلق واسع ليس من السهل تحديده، كما أنه يتطلب تدخل القاضي للإعمال به الذي قد لا يكون على دراية تامة بموضوع التعاقد، إضافة إلى أنه دائماً يفسر لحماية فئة معينة على فئة أخرى، ولهذا وجب تحديد هذه الفئات المعنية بالحماية (01)، التي تعرضت للنقد من طرف الفقه (02).

01-تحديد الفئات المعنوية بالحماية

يفترض طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة المساواة القانونية بين الأفراد عند إبرام العقود وتنفيذها لتحقيق مصالحهم الخاصة، إلا أن هذه المساواة نظرية لا وجود لها في الواقع، نظراً للاختلال الظاهر في المراكز القانونية للمتعاقدين الناتج عن التفاوت والفرق الكبير بين الأفراد من الناحية الاقتصادية والاجتماعية، ما دفع بالمشرع لتكريس حماية قانونية للطرف الضعيف لإعادة التوازن التعاقدية، مما يستلزم تحديد مفهوم الضعف التعاقدية (أ)، عبر التمييز بين المستهلك والمتدخل (ب)، ثم توحيد صفة المتدخل لضمان الحماية فيما بين المحترفين (ج).

أ- مفهوم الضعف التعاقدی

إن أساس الضعف التعاقدی يقوم على انعدام المساواة الفعلية بين طرفي العقد مما ينشئ مركزاً ضعيفاً لأحدهما، من الناحية العمالية في مواجهة المتعاقد الأخر، وهذا الضعف يمس المتعاقد بحيث تكون إرادة قوية تقابلها إرادة ضعيفة أو حتى منعدمة، بما يعكس في الغالب على مضمون العقد وشروطه، أي حقوق و التزامات كل من طرف لاسيما الطرف الضعيف فيه، فتزید التزامات الطرف الأخير و يسوء مركزه القانوني، وهو ما ينتفع منه الطرف القوي في العقد¹.

إلا أن الفقه فرق بين ثلاثة أنواع من الضعف التعاقدی، وذلك بحسب الاسباب أو المصدر او العوامل التي تؤدي إلى اختلال العقد، وتمثل في الضعف الملازم أو الذاتي (أسباب ذاتية)، ترجع لشخص المتعاقد ونابعة من شخصه، أو الضعف في إطار نظرية الاستغلال الذي يعمد فيه شخص قوي لإفادة الشخص الضعيف، كذا الضعف النسبي الناتج عن تفوق و نفوذ تكمن المتعاقد القوي من السيطرة على المتعاقد الأضعف نسبياً في السوق لفرض شروطه، لكن الفقه الحديث ميز بين المتعاقد الضعيف و القوي على أساس صفته المستهلك و المحترف أو المتدخل.

ب- التمييز بين المستهلك و المتدخل: تمييز بين المتعاقد القوي و الضعيف:

اعتمد المشرع على صفة المتعاقد من أجل التمييز بين المتعاقد القوي و الضعيف، لتقرير الحماية القانونية للمتعاقد الضعيف، بحيث لجأ لوضع تعريف للأطراف المتعاقدة ضمن النصوص القانونية، بذل التعريفات التي تطرق إليها الفقه و القضاء، ميز فيه بين المستهلك و المتدخل، وحتى بين المستهلكين و المتدخلين أنفسهم في العقد.

¹ معتز نزيه محمد الصادق المهدي، المتعاقد المحترف، مفهومه، التزاماته، مسؤوليته، دراسة مقارنة، القاهرة، دار النهضة العربية، 2009، ص 25.

ب-01 تعرف صفة المستهلك:

لجأ المشرع إلى تعريف صفة المستهلك من أجل تحديد مكانة الأشخاص المتعاقدة و اعتمد عليه لتحديد الطرف الضعيف في العقد¹، التي تقرر له الحماية القانونية عندما تتوفر عناصر هذا التعريف، الذي تطرق إليه المشرع في عدة مواضع منها ما أشارت إليه المادة 03 من القانون 02/04 على أن المستهلك هو " كل شخص طبيعي أو معنوي يقبني سلعا مقدمة للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت و مجرة من طابع مهني"، كذا المادة 03 الفقرة الأولى من القانون 03/09 على أنه كل " شخص كطبيعي أو معنوي يقبني بمقابل أو مجانا سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجيات شخص آخر أو حيوان متكفل به"، إلا أن الفقه انقسم بشأن هذا التعريف إلى اتجاهين، اتجاها يأخذ بالمفهوم الواسع للمستهلك و آخر يأخذ بالمفهوم الضيق للمستهلك، لذلك سنوضح موقف المشرع بعد بسط رأي الفقه.

ب-01/01 المفهوم الواسع لصفة المستهلك:

يرى جانب من الفقه أن المستهلك هو الشخص الذي يتعاقد لغاية الاستهلاك، قصد الحصول على أموال أو خدمات تسد حاجياته ورغباته الشخصية أو المهنية²، مما يجعل الغاية من الاستهلاك هي التي تحدد مضمون الحماية للمستهلك، متجاهلا أمور العقد و مضمونه و الشخص القائم به حتى و لو كان المحترف الذي يتقاسم وضعية الضعف الاقتصادي مع المستهلك، و بهذا يبرر امتداد القواعد الحماية للمحترف بتصرفه خارج اختصاصه المهني، كالحامي الذي يشتري جهاز حاسوب بغرض استخدامه بمكتبه الذي يعد مستهلك حسب هذا الاتجاه³.

¹ G.Lahlou-khiar, la protection du contrant faible :entre le commun des obligation et le droit de la consommation, RASJEP, jcp, 2013, p22.

² PH.MALINVAUD,- la protection des consommateurs, chron, daloz, 1981, p 49.

³ J-P. Pizzio, La protection des consommateurs par le droit commun des obligations, in droit du marché et droit commun des obligations, RTD com. 1998 n°03 et 05.

ب-01/02 المفهوم الضيق لصفة المستهلك:

يري أنصار هذا الاتجاه الأخذ بالمفهوم الضيق للمستهلك، أن المستهلك هو "كل شخص طبيعي يقتني أو يستعمل مال أو خدمة من أجل الاستعمال غير مهني"¹، بمعنى آخر أن المستهلك هو "كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني أغراض شخصية أو عائلية أو يطلب خدمة لأغراض غير مهنية، مالا أو خدمة"²، و العبرة بالاستهلاك أو الاستعمال النهائي إذا كان لغرض الاستهلاك وتلبية حاجات خاصة فهو مستهلك أما إذا كانت لغرض إعادة البيع وتحقيق الربح فهو محترف.

ب-01/03 تكريس المفهوم الواسع لصفة المستهلك:

لم يقتصر المشرع على تمييز الأطراف المتعاقدة بين مستهلك و متدخل، بل امتد إلى أكثر من ذلك من خلال التمييز بين فئة المستهلكين أنفسهم لتقرير الحماية بينهم أيضا على أساس الضعف، الذي يتطلب مجموعة من العناصر ذكرت سابقا في إطار تعريف المستهلك، كذا امتداد الحماية للشخص المعنوي الذي قد يكون متعامل اقتصادي أو إدارة أو شركة... إلخ، لكن بالاعتماد دائما على سلوك المستهلك الذي يقتني به الشخص بمقابل أو مجانا سلعة أو خدمة إذا كانت لنفسه أو لغرض الاحتراف، فقد يكون محترف يقتني أموالا و خدمات من أجل إشباع حاجته الشخصية التي تمنحه صفة الاستهلاك، كالمحترف الذي يقتني أموالا و خدمات لا يستعملها لنفسه إنما يستعملها لعائلته³.

ب-02- تعريف صفة المتدخل أو المحترف:

لم يقتصر الخلاف بين الفقه في مفهوم المستهلك فقط، بل امتد الطرف الثاني في عقد الاستهلاك وهو المتدخل، و الدليل على ذلك العبارات المختلفة التي استعملها المشرع الجزائري

¹ J.CALAIS-auloy et h-temple, droit de la consommation, 8édition, 2010, daloz, p08.

² G.Lahlou-khiar, op.cit.p26.

³ حامق ذهبية، الإلتزام بالإعلام في العقود، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 01، 2008-2009، ص 384.

فجده تارة يطلق عليه مصطلح المحترف و تارة أخرى المتدخل، فوجد المادة 02 الفقرة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 266/90 تنص على أن المحترف هو " كل منتج أو صانع أو حرفي أو تاجر أو مستورد أو موزع، على العموم كل متدخل ضمن إطار مهنته في عملية عرض منتج أو الخدمة للمستهلك"، وبذلك هو الذي يدخل في أية مرحلة من مراحل الإنتاج وصولاً إلى المستهلك¹، و لم يكتفي بهذا الاسم بل امتد في إطار القانون 02/02، المادة 3 الفقرة 01 على لفظ العون الاقتصادي.

أما بالنسبة للفقهاء الفرنسي فلم يستعمل مصطلح " المتدخل "، بل استعمل مصطلح " المحترف " مباشرة، وعرفه على أنه " كل شخص طبيعي أو معنوي عام أو خاص، الذي يتصرف في إطار النشاط المهني، سواء تجاري أو صناعي أو فني أو حر أو شيء آخر بغرض الاحتراف"²، الذي يتفق في مفهومه مع ما ورد ضمن نص المادة 03 الفقرة 01 من القانون 02/04، القائم على عنصرين لاعتبار الشخص محترف أو مهني، وهو أن يمارس نشاطاً مهنياً على وجه الاحتراف و الاعتياد بهدف تحقيق الربح³، كما أنه يساهم في عرض المنتجات و تقديم الخدمات للمستهلكين في الإطار القانوني الذي ينظم النشاط المهني.

ج- توحيد صفة المتدخل ضمان لتكريس حماية بين المحترفين:

المشعر الفئات التي تدخل في عملية الإنتاج، منها المنتج المورد الموزع المستورد و البائع و غيرها من الفئات، في صفة المتدخل أو المهني أو المحترف، لتوفير الحماية القانونية للمستهلك منه، إلا أن توسيع الحماية بين المحترفين التي تحكمهما علاقة المصلحة، لا تعتمد على نفس القواعد التمييزية بين صفة المتعاقد كونهم من صفة واحدة، مما جعل الفقه يؤسس هذه الحماية على أساس ثنائية صفة المتعاقد، فوجد أن المادة 03 من الأمر 03/03 المعدل و المتمم قد عرفت المحترف على أنه

¹ موالك بختة، الحماية الجنائية للمستهلك في التشريع الجزائري، م ج ع ق اس، العدد 02، سنة 1999، ص 31.

² بعجي أحمد، المرجع السابق ص 47.

³ موالك بختة، المرجع السابق، ص 32.

" كل شخص طبيعي أو معنوي أيا كانت طبيعته يمارس بصفة دائمة نشاطات الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات أو الاستيراد....."¹، الذي يصدق بصورة صريحة في صفة الموزع و وصفة المنتج.

يضيف فقه آخر²، بأن التوجه التشريعي أنشأ نظام آخر للحماية من خلال استعمال نموذجين من العلاقة، الأولى تقوم على ثنائية الصفة بين المستهلكين و المحترفين، و الثانية تعني بالعلاقات بين المحترفين فيما بينهم التي تقوم على حماية صفة معينة، سواء المنتج في مواجهة الصانع، أو المنتج في مواجهة الموزع، كما يضيف أن تلك الصفات هما العنصران اللذان يحددان تكييف الحماية للطرف الضعيف في العقد، مما يفهم أن المشرع أغفل تعريف المنتج، نظرا لأهمية هذه الصفة عن باقي الأشخاص المتدخلين الآخرين في عملية الإنتاج، الأمر كذلك بالنسبة لصفة الموزع الذي أحقه بتعريف صفة المتدخل دون تخصيص تعريف له، إلا أن قانون المنافسة أشار إلى صفة الموزع عندما عرف المؤسسة في المادة 03 من الأمر 03/03 المعدل و المتمم³.

كما إن هذه الفئة من العلاقات بين المحترفين محل اهتمام من جانب الفقه، خاصة الأستاذ G.Virassamy الذي اهتم بدراسة عقود التبعية، (تنظيم مهني يكون فيه أحد المتعاقدين، أو الشخص الخاضع تابع لوجوده أو بقاءه في علاقة عادية أو مميزة أو حصرية لديه أنشئت بالتعاون مع شريكها المتميز الذي له أثره في تبعيته الاقتصادية و تحت سيطرته) كما أن هذه العقود موجهة أساسا لحماية المحترفين من مظاهر التبعية الاقتصادية.

لكن ينبغي التأكيد بأن طريقة حماية صفة المحترف، وطريقة حماية صفة المستهلك، وإن كانت تشترك في أسلوب تعريف الصفة كميّار للتحديد والإقصاء من الحماية، فإن ذلك لا يخفي الفرق بين الأسلوبين، لكون أسلوب حماية المستهلك قائم على التمييز بين من يحمل صفة المستهلك

¹ قوسم غالية، التعسف في و ضعية الهيمنة في القانون الجزائري على ضوء القانون الفرنسي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2016، صص 35-36.

² C. Noblot, la qualité du contractant comme critère légal de protection, L.G.D.J, 2002, p177.

³ خواص نصيرة، خصوصية عقد التوزيع، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2016-2017، صص 20-22.

ومن يحمل صفة المحترف من أجل توجيه الحماية لصفة المستهلك المحددة قانوناً، بينما أسلوب حماية المحترفين فيما بينهم فإن المشرع لم يعتمد فكرة التمييز بين شخص محترف وآخر غير محترف، بل اعتمد قاعدة تنائيه الصفة أو وحدة الصفة مثلاً صفة المتدخل أو صفة المهني، وتلك الصفة تحمل أصناف متعددة من الأشخاص مع احتمال، المتدخل أو صفة المهني كبير وجود التفاوت بين تلك الأصناف، مثلاً التفاوت بين المنتج والموزع والتي تجمع العلاقة بين شخصين من نفس الفقه أو المجال، وقد سماها الفقه بالعقود متماثلة الأطراف، التي تتم بين فئة المهنيين أو المحترفين فيما بينهم، كحال عقد التوزيع بين المورد والموزع، إلا ان المشرع تناسى التمييز بين فئة المحترفين مما جعل نظريته قاصرة إلى علاقة القوي (المتدخل) مع الضعيف (المستهلك) في علاقة الاستهلاك دون الاهتمام الكافي بعلاقة المحترفين فيما بينهم¹.

من خلال ما سبق يتضح أن المشرع اهتم بحماية الطرف الضعيف، للإعادة المساواة التعاقدية الناتجة عن الاختلال بين المراكز القانونية مما يضمن توازن العقد وتيسير تنفيذه، عبر تكريس و تقرير حماية فئوية نوعية قائمة على اعتبارات المتعاقد الضعيف، سواء كانت ذاتية أو استغلالية أو نسبية، تجلت أولاً في الحماية المقررة لصالح صفة المستهلك على حساب كل من المحترف والمتدخل، لكن مع التطور العلاقات التعاقدية توسع في تقرير هذه الحماية لصالح المحترفين على عدة اعتبارات أخرى، سنتطرق إلى مظاهر هذه الحماية في الباب الثاني، لكن هذه الحماية لم تسلم من النقد من طرف الفقه.

02-نقد الحماية المكرسة للطرف الضعيف:

بعد تقرير الحماية القانونية للطرف الضعيف، بناء على اللامساواة التعاقدية الناتجة عن الاختلال الظاهر في المراكز القانونية بين المتعاقدين، واعتمد فيها على معيار صفة المتعاقد كأساس لتكريس و تطبيق هذه الحماية الفئوية و النوعية، إلا أنها لم تخلو من العيوب و النقد كونها تدعو

¹ بعجي أحمد، المرجع السابق ص ص 47-48.

إلى تمييز غير مبرر بين المتعاقدين ذو صفة مشتركة واحدة حال صفة المستهلك، فقد يحرم بعض المستهلكين من الحماية في حين يتمتع بها البعض الأخر مع أنهم من نفس الصفة، مما يجعلها حماية تمييزية غير منضبطة من جهة (أ)، و حماية مبالغ فيها من جهة أخرى (ب).

أ- حماية تمييزية غير منضبطة:

اعتمد المشرع على صفة المتعاقد كأساس في فرض الحماية للطرف الضعيف، لكنها أظهرت بعض النقائص كونها حماية لأطراف دون أطراف أخرى ولو كانوا من نفس الصفة أو الفئة، فنجد التمييز في الحماية حتى بين الصفة الواحدة للمستهلك فتحمي مستهلك دون المستهلك الأخر، واضح من خلال عدة تطبيقات مهمة، رغم أنه من المعلوم أن المستهلك في جميع الحالات يكون في وضعية الضعف، مثل التمييز بين المستهلك كشخص طبيعي والمستهلك كشخص معنوي، فنجد الفقه والقضاء¹، أن هذا التمييز لا مبرر له فيما يتعلق بحماية المستهلك، كون قانون يشمل فقط الأشخاص الطبيعية، لكن هذا الإشكال ليس مطروحا في القانون الجزائري كون المشرع الجزائري يشمل مفهوم المستهلك على الشخص الطبيعي والمعنوي.

من جهة أخرى أيضا في مرحلة إبرام عقد الاستهلاك ميز المشرع بين المستهلكين في الحماية، بعدما اعترف لفئة معينة بمهلة التفكير دون فئات أخرى، المكرسة في القانون المشرع الجزائري فقط في إطار القرض البنكي الاستهلاكي، بموجب المرسوم التنفيذي رقم 114/15 المتعلق بشروط و كفاءات العروض في مجال القرض الاستهلاكي حسب المادة 06 منه²، التي تتعلق بالعروض المسبق للقرض الذي يسمح للمقترض بتقديم طبيعة و مدى الالتزام المالي الذي يمكنه من اكتبته، كذا شروط تنفيذ العقد حسب ما جاء في نص المادة 07 من نفس المرسوم.

¹ بناسي شوقي، المرجع السابق، ص 382-383.

² أنظر المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 114/15 المؤرخ في 23 رجب عام 1436 الموافق ل 12 مايو 2015، المتعلق بشروط و كفاءات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، ج. ر. ج، عدد 24 المؤرخة في 13 مايو سنة 2015.

كما يظهر عدم الانضباط في تقرير الحماية للطرف الضعيف في التمسك بمقياس صفة المستهلك، في واجب الالتزام بالسلامة الذي لا يرتبط أصلاً أي صلة بصفة المستهلك بل يجب على المضرور أن يكون تحققت فيه صفة الضرر، فوجد التعريف القانوني الذي أشار إليه القانون رقم 03/90 المعدل والمتمم لصفة المستهلك، الذي يدل على أنه أخذ بالمفهوم الضيق للمتعاقد الضعيف، الذي يضمن الحماية للمستهلك فقط ويخرج المتدخل من دائرة هذه الحماية، بحيث لا يمكن لهذا الأخير التمسك بها إذا تعامل خارج اختصاصه، كذلك عدم إمكانية أي شخص آخر من غير صفة المستهلك أن يتمسك بالحماية، رغم أن هذه الأحكام الخاصة بصفة المستهلك قد تم الخروج عنها بشأن الالتزام بالسلامة الذي يشمل حماية حتى المتدخل إذا ما تم المساس بسلامته وأمنه، مما يولد نوع من التناقض.

لكن الفقه يرى أن المفهوم الضيق في تعريف المستهلك يقصي المحترف من الحماية، إذ لم يعد يعترف له بالالتزام بالسلامة، عكس الالتزامات الأخرى التي تبقى ملزمة بمقياس المجال التطبيقي لهذا القانون من حيث الأشخاص فقط، لكن الأضرار الناجمة عن المنتجات أو الخدمات المعروضة في السوق قد تمس بكل شخص وليس المستهلكين فقط، كما قد نتعدي ذلك إلى المستعملين كالمارة أو الرجلين في الطريق، ولهذا لا يوجد مبرر لتحديد الحماية للمستهلك فقط، بل أصبحت الحماية لكل شخص يحمل صفة المتضرر، وهذا راجع إلى خصوصية الالتزام بالسلامة، مما جعل الفقه يشكك في مدى نجاعة عقد الاستهلاك في إنشاء نظام لحماية المستهلك نفسه، الذي يميل إلى تجاوز التمييز التقليدي بين المسؤولية التقصيرية والعقدية بشأن الالتزام بالسلامة، وبهذا فإن هذا الالتزام يرتبط بحماية صفة الشخص الطبيعي، ولا يهتم بمن يحمل صفة المستهلك أم المحترف¹، إذ تعتبر استفادة المحترف من القواعد الحمائية التي خصصت لصفة المستهلك، استفادة يشوبه نوع من الغموض والعشوائية، إلا أن هذا الوصف مبالغ فيه كونها حققت نوع من الحماية والتوازن بين المتعاقدين، فقط يجب إعادة ضبط أحكامها لتنسجم و تتفق مع فلسفة الحماية لكل

¹ بعجي أحمد، المرجع السابق، ص ص 65-66.

متعاقد أو فئة تحمل صفة الضعيف، من جهة أخرى يظهر أنها من الناحية القانونية تشكل تعارض مع القواعد العامة مما يشكل بعض التناقض.

ب- حماية تمييزية مبالغ فيها:

إن توجيه الحماية لفئة معينة أدى إلى تمييز مبالغ فيه في كثير من الأحيان، وأكبر دليل على ذلك هو إقصاء المتعاقد المحترف من الحماية، التي يكرسها قانون الاستهلاك لصفة المستهلك دون المحترف، ظناً أن المستهلك هو الوحيد الجدير بالحماية القانونية¹، إلا أنه في الحقيقة حماية المستهلك بحكمه طرفاً ضعيفاً في مواجهة المحترف هي حماية أكيدة لكنها معقدة وناقصة، تظهر عندما يصبح المرء مدركاً، ومن جهة أخرى فإن المستهلك لا يملك التفرد وحصريته للضعف الاقتصادي، لكون أن المحترفين غالباً ما نجدهم في حالة الضعف، وبالتالي ينتج عن ذلك آثار سلبية، مما يجعلها حماية مفرطة لتلك الصفة، كون حماية المستهلك بصورة منهجية وحصريته بداعي أنه دائماً في حالة الضعف التعاقدية، يجعلنا نتساءل عن ما إن كانت هاته الحماية واقعية لكل حالة بعينها، وهل حماية عادية و متناسبة يمكن الاعتماد عليها لضمان التوازن التعاقدية؟ نجيب عليه في الباب الثاني عند عرض مظاهر هذه الحماية وتكريسها.

من خلال هذا يتبين أن أغلب الفقه لا يرتاح كل الارتياح للحماية الفئوية، التي تهتم بحماية صفات وفئات معينة دون الأخرى، مما يضيف نوع من الغموض والعشوائية على العلاقة التعاقدية، كما تجدر الإشارة إلى مساهمة قانون المنافسة في تغطية التوازن المطلوب بين فئات المحترفين فيما بينهم، عبر مقارنة جديدة في توسيع مفهوم المتعاقد الضعيف، من خلال توفير تقنيات حماية متنوعة جديدة، حسب طبيعة السوق والهدف المرجو منها، مما يجعلها حماية غير متوافقة وغير منسجمة، إلا أن المشرع كرس هذه الحماية للطرف الضعيف بالمفهوم الواسع رغم كل الانتقادات التي تعرضت له، لسد قصور مبدأ حسن النية في ضمان المساواة التعاقدية و التوازن التعاقدية، خاصة

¹ J-P. Chazal, De la puissance économique en droit des obligations, thèse, Grenoble, 1996, p18.

بعد تطور التعاملات التعاقدية في ظل السوق المفتوح على المنافسة، أين أصبح ليس من السهل التمييز بين المتعاقدين الضعيف والقوي، سنتطرق إلى أهم مظاهر هذه الحماية في الباب الثاني، بعدما تم تكريسها تحت مفهوم التضامن التعاقدي.

الفرع الثاني

تكريس مفهوم التضامن التعاقدي لتجاوز قصور مبدأ حسن النية

لعب مبدأ حسن النية دور كبير في تكريس الحماية القانونية للطرف الضعيف في العقد، رغم تعرضها للنقد من جانب الفقه نظرا لقصورها كونها حماية فتوية نوعية، إلا أنها كانت بداية لترسيخ الاخلاق والقيم التضامنية ضمن العلاقة التعاقدية، ذات الطبيعة اللينة والمرنة التي يمكن أن تكون لصالح نظرية العقد، تتجدد معها القواعد الكلاسيكية بما يضمن حماية شاملة تحقق المساواة و التوازن العقدي، تحت مفهوم جديد يعرف باسم التضامن التعاقدي الذي يعتبر عامل لتجاوز التصورات الكلاسيكية للعقد، الذي تباينت الآراء الفقهية حوله بين القبول والرفض "أولا"، لكن يأمل أن يكون أداة لرقابة على سلوك المتعاقدين "ثانيا".

أولا: التضامن التعاقدي بين القبول والرفض

كان لمحاولات الفقه الفرنسي دور كبير في بعث الأخلاق ضمن العلاقة التعاقدية، وإرساء منظومة قانونية تقام على خلفية أخلاقية وتوسع لمبدأ حسن النية، الذي نتج عنه تغلغل الأخلاق داخل العلاقة العقدية لحماية الطرف الضعيف، عبر ترسيخ وإعادة القواعد الحماية لكل متعاقد بغض النظر عن صفته، تحت مفهوم التضامن التعاقدي الذي يعد تكريسه ضمن القواعد القانونية طموحا تقابله بعض التحديات، كونه واقع بين أمرين متناقضين لهذا الطرح (01)، ومؤيد له (02)، كما لبدا للإشارة لموقف كل من المشرع الفرنسي والجزائري منه (03).

01-الاتجاه الرافض و المنتقد لمفهوم التضامن التعاقدي

إن فكرة التضامن التعاقدي بكل معانيها لم تلقي الإجماع لدى الفقه، كونها فكرة منتقدة خالية قائمة على أخوة العلاقة التعاقدية، لا تتوافق مع أفكار النظرية العامة للعقد التي يبحث من خلالها المتعاقدين على تحقيق مصالحهم الشخصية في ظل علاقة تحكمها القوة الاقتصادية¹، كما لا يمكن فرضها على كلا المتعاقدين لأنهم ليسوا في علاقة أخوة ومحبة²، من جهة أخرى يرى بعض الفقه أن مفهوم التضامن التعاقدي لا يمارس أي تأثير على القوانين الوضعية، بحيث لم يكرسه أي مشروع صراحة ضمن القواعد القانونية، إلا التكريس المحتشم في تعديل القانون الفرنسي سنة 2016، كما يعتمد القاضي على مبدأ حسن النية أكثر منه في تفسير الإشكالات و النزاعات التعاقدية التي تصادف المتعاقدين أثناء تنفيذ العقد³، كما إن القيم الأخلاقية التي يدعو إليها دون فائدة في المعنى الإيديولوجي، فمثلا لا يمكن فرض على المتعاقدين تفقد الفاتورة بين المورد و الموزع بتطبيق واجب النزاهة.

ايضا يري الفقه CHAZAL أن التضامن التعاقدي مجرد خيال UN MYTHE، لا يمكن الاعتماد عليه في ضمان المساواة و التوازن التعاقدي، لأنه لا يستمد إلى خلفية حقيقية قانونية تؤسس على الحقيقة التعاقدية في السوق، الذي يبحث فيه كل متعاقد لتحقيق مصالحه الخاصة، كما يعاب على مصطلح الأخوة التعاقدية الذي يستعمل لدى الفقه كونه يقترب من نفس مبدأ حسن النية من جهة، ومن جهة أخرى أنه ينشأ واجبات تعاقدية ليست ثنائية مبررها اختلال المساواة التعاقدية و التوازن العقدي، كالالتزام بالإعلام و النصيحة لحماية وضعية الضعف في العقد، لكن الحقيقة أثبتت أن تنفيذه وتطبيقه هذا المفهوم قد يستفيد منها المتعاقد السيئ النية و الغير النزيه و المتعسف في بنود العقد، خاصة مع البحث عن الآليات التي تمكن من تحقيق التوازن العقدي و

¹ J.P.chazal, op, cit, p121.

² G. Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, L.G.D.J, 1949,n°40.

³ F. Terre, Ph. Simler et Y. Lequette, Les obligations, Dalloz, 11 éd, Tome 1, 2013, n°40

تراجع دور مبدأ حسن النية في ظل المفاهيم الجديدة للسوق، و التدخل التشريعي و القضائي لتحقيق التوازن العقدي¹.

من جهة أخرى يري الفقه أن التضامن التعاقدي ليس له أي معني في ضل قانون السوق المفتوح على المنافسة، لأن مجال التوزيع و المنافسة يحكمه قانون المنافسة بين المحترفين، الذي يقصي فكرة التضامن وبالأخلاق ضمن العلاقة التعاقدية، من ذلك الممارسات المنافية للمنافسة التي لا تنشغل بالوضعية أو الحالة الفردية للمتعاقد، كما إن قانون المنافسة لا يهتم بالدفاع عن الطرف الضعيف بقدر ما يهتم بتوازن السوق، وعلى سبيل المثال ما اكده مجلس قضاء باريس، بشأن (التزامات النزاهة، التضامن و الأخوة بين الصيدليين بررت بأنه تجميع و تركز يعرض السوق للاختلال و الضرر)، مما يظهر أن قانون المنافسة يهتم بالوضعية الفردية و الخاصة للمتعاقدين، كما إنه يفضل الاهتمام بالمتنافسين على المستهلكين²، إلا أن هذا لم يمنع قانون المنافسة من الاعتراف بفكرة التعاون التجاري و الإشهاري بين المحترفين، لأن التعاون ليس أجنبيا على قانون المنافسة لكن تحت مراقبة مجلس المنافسة.

02-الاتجاه المؤيد و المشجع لمفهوم التضامن التعاقدي

على نقيض الاتجاه الرافض لفكرة التضامن التعاقدي، يدافع الكثير من الفقه عن هذه فكرة التضامن التعاقدي كونها تجدد لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد باسم واجب التعاون و النزاهة، لمسيرة التغيرات الناتجة عن تدخل القانون العام في القانون الخاص، التي فرضها واقع تدخل الدولة في العلاقة التعاقدية وتوجيهها لخدمة سياسة الاقتصادية أو الاجتماعية، مما ساعد على الابتعاد عن الفكر الفردي و التوجه نحو الفكر الاجتماعي القائم على التصور التعاقدي، يتجلى في مجموعة من التطبيقات للوظيفة الاجتماعية، من خلال نظرية التعسف في استعمال الحق و نظرية المخاطر

¹ P. Jestaz, Rapport de synthèse, quel contrat pour demain ?, la nouvelle crise du contrat. sous la direction, Ch. Jamin, D. Mazeaud _ 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 30/01/2003.p255 et 256.

² M. Malaurie-Vignal, Droit de la concurrence et droit des contrats, dalloz hebdomadaire 23 février 1995, n°8, p 96 et 97.

لتحديد المسؤولية، التي تعتبر قواعد و نظريات ضمن القواعد 19 العامة لنظرية العقد¹، يستمد منها لتكريس التضامن التعاقدي من أجل إعادة التوازن العقدي.

كما إن منتصف القرن الماضي قد عرف تشجيعا كبيرا حول تكريس مفهوم التضامن التعاقدي ضمن القانون المدني، خاصة في ظل المجتمع القائم على النظرة الاجتماعية، كانت إحدى بدايتها عام 1931م حين طرح الفقيه DEMOGUE النظرة الجديدة لحسن النية في التعاقد باسم واجب التعاون²، لتنظيم وإزالة التعارض بين المصالح المختلفة للمتعاقدين الذين يشكلون عالم صغير، إذ يجب على الدائن تسهيل مهمة المدين في تنفيذ التزاماته، إلا أن الفقه اعتبر هذا الأساس في تكرسه غامضا فمثلا فرضية و قضية تحديد الثمن، التي تكون فيها أحكامه دعما و تأييدا لأنصار المذهب الليبرالي و أحيانا أخرى لأنصار المذهب الاجتماعي³، منها قرار مجلس قضاء باريس في حكمه يوم 24 أكتوبر 200 الذي قض فيه على أن البنك تعسف في حقه في التجديد لوحدة السعر أو بدل إيجار خزانة المال COFFRE-FORT لاعتبارات أن حسن النية يستلزم من كل طرف التجرد و التعفف عن كل تعسف، بل التحلي بسلوك عقلاني معتدل، دون المبالغة في مصالحه الخاصة التي تضر بصورة غير مبررة بشريكه، رغم ان البنك لديه سلطة تحديد بدل الإيجار بصورة انفرادية، من هنا يفهم أن تميل في بعض الأحيان لليبرالية لتحقيق المصلحة الشخصية للعقد و هو الهدف الاساسي من التعاقد، لكن دون الإخلال بالمساواة التعاقدية هنا نجده أكثر اجتماعية⁴.

¹ P. Rémy, la genèse du solidarisme, Le solidarisme contractuel, Sous la direction, L. GRYNBAUM. et M. NICOD, Paris, Economica, 2004, p 07, voir aussi, J.P. Chazal, Les Nouveaux devoirs des contractants: est-on alle trop loin ?, op.cit, p 102.

² 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 30/01/2003, p 163 et 164.

³ Voir aussi, F. Terre, Ph. Simler et Y. Lequette, op.cit, p 56.

⁴ Ch. Jamin, op.cit, p 21 et 22.

يذهب الفقه الحديث إلى أكثر من ذلك في الدفاع عن التضامن التعاقدي، باعتباره مفهوم قادرا على تفسير الإشكالات التعاقدية الناتجة عن اختلال توازن العقد خاصة في ظل السوق المفتوح على المنافسة، عبر فكرة تجدد نظرية العقد لإضفاء شرعية تدخل الدولة و القاضي لوضع الحد لهذا الاختلال التعاقدي، عبر إثراء مرحلة التكوين عبر العديد من الآليات كانت ثمار الاجتهاد القضائي في تكريس قيم التضامن التعاقدي، كان أشهرها قرار CHRONOPOST الذي يعتبر الشرط الغير مكتوب باطل، و كذا شرط عدم المنافسة في العقد هل يتناسب مع موضوع العقد أو المصلحة المشروعة المحمية¹.

كما إنه تأكد تكريس قيم التضامن التعاقدي بمعناها الواسع التعاون الوفاء و الأخوة في العديد من القرارات و الأحكام القضائية، كذا قانون المنافسة و القوانين المتعلقة بضبط السوق لضمن توازنه، من خلال استعمال مبدأ حسن النية كأداة لتكريس القيم التضامنية لعلاج الاختلال في الاداءات العقدية، من أجل ضمان تنفيذ العقد تحت نوع من الرقابة التي تضمن العدالة التعاقدية، كرسه المشرع الجزائري عبر المادة 1/107 من القانون المدني، كذا ما تضمنه القانون 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية في فصله الرابع، في منع الممارسات التجارية الغير نزيهة².

من خلال هذا يتضح أن تكريس مفهوم التضامن التعاقدي مسجل في قانون المنافسة و القانون المدني، لكن مع بعض الاختلاف في المجال، بحيث نجد الأول يفضي إلى حلول حمائية في بعض المجالات التي تهتم بالسوق التنافسية، كفرض التسبب في حالة القطع التعاقدي، بينما يفضي الثاني إلى حلول حمائية في جميع المجالات³، من خلال الاهتمام بمعالجة الاختلال في المراكز التعاقدية، عبر تكريس القيم التضامنية التي تسمح بإعادة توازن العقد، مما يضمن تنفيذه و تحقيق الأهداف المرجوة منه التي تحقق منه المصالح المتعارضة، و التي كانت دافع لتجاوز

¹ E. Saveaux, existe-t-il une théorie générale des contrats spéciaux, LPA, 28 novembre 2012, n°238, p 53 et 60.

² عسالي عرعارة، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر-1، 2015/2014، ص 205.

³ M. Malarie –Vignal, solidarisme distribution et concurrence, op.cit, op.cit, p 105.

الانتقادات التي تعرض إليها من طرف الفقه المتبني للنزعة الفردية الليبرالية، لذا يجب أن نتطرق صراحة إلى موقف كل من المشرع الفرنسي والجزائري من مفهوم التضامن التعاقدي.

03-موقف المشرع الفرنسي والجزائري من مفهوم التضامن التعاقدي

اختلف الفقه حول مفهوم التضامن التعاقدي بين رافض ومنكر له، وبين مؤيد ومرحب مؤسسين مواقفهم على عدة اعتبارات، لكن الحقيقة أن أغلب الفقه الحديث يؤكد أن نظرية العقد بنزعتها الكلاسيكية، لم تعد قادرة على مسايرة التطورات الاقتصادية والاجتماعية و التكنولوجيا التي أدت إلى تطور العلاقات التعاقدية، مما فتح المجال لتزايد تدخل التشريعات الخاصة في هذه النظرية، القائمة على تدخل القاضي الذي يستعين بالقيم الأخلاقية لتفسير العقود المتنازع فيها، وكانت أول فرصة هو تكريس مبدأ حسن النية كأحد المبادئ ضمن القواعد العامة لنظرية العقد¹ في القانون الفرنسي، رغم مخاطر الانفلات نحو الأمن القانوني، محصورا في مرحلة التنفيذ طبقا للمادة 3/1134 من القانون الفرنسي قبل التعديل، لتمتد بعدها إلى مرحلة المفاوضات و التكوين بعد تعديل 2016 طبقا للمادة 1104، أما القيم الأخلاقية الأخرى فاعتبرت على أنها مجرد توسيع لمفهوم مبدأ حسن النية، لكن باختلاف البصمات و الأهداف منها لتحقيق العدالة و منها لحماية الطرف الضعيف و منها لتطوير السوق عبر تحقيق التوازن العقدي².

خطى المشرع الجزائري نفس خطوة المشرع الفرنسي حول تكريس قيم التضامن ضمن القواعد العامة لنظرية العقد، حيث كرس مبدأ حسن النية بداية في مرحلة التنفيذ طبقا للمادة 107 من القانون المدني، ثم ليتوسع عبر الاجتهاد القضائي في تفسي العقود، لكن ينتظر من المشرع الجزائري التكريس القانوني لمرحلة المفاوضات و التكوين في التعديل القادم للقانون المدني الجزائري.

¹ Voir, **Le nouveau droit français** des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (après l'ordonnance du 10 février 2016) Sous la direction scientifique de Daniel Mainguy, « Dynamiques du droit » 2016, Montpellier, p39

² **Ph. Delebecque**, la reforme des contrats : quelles innovations ?,le code civil, quarante ans après !, colloque international, Alger 24 et 25 octobre 2016, p 207.

نصل في الأخير أن مفهوم التضامن التعاقدي يتدرج ما بين القبول و الرفض، وما بين التكريس و عدم التكريس إلا أنه في الحقيقة ومن خلال تقييم مبدأ حسن النية الذي ساهم بدور كبير في حماية رضا الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، تفسير العقود و فضل النزاعات القضائية بتوفير القاضي لمعرفة التعسف في العقد، فإن هذه القيم التضامنية سواء كانت تحت توسع لمبدأ حسن النية أو تحت مفهوم التضامن التعاقدي فكلها تهدف لهدف واحد هو حماية الطرف لضمان المساواة التعاقدية و بذلك ضمان التوازن التعاقدي و الامن القانوني، و سنتطرق كيف يكون التضامن التعاقدي كوسيلة لضبط سلوك المتعاقدين.

ثانيا: التضامن التعاقدي كأداة لضبط سلوك المتعاقدين

يلعب التضامن التعاقدي دورا فعالا في تجاوز الاختلال التعاقدي الناتج عن اللامساواة التعاقدية، من خلال تقرير الحماية للطرف الضعيف في العقد بغض النظر عن صفته التعاقدية، عبر إنشاء التزامات تعاقدية ذات طبيعة أخلاقية ضمن العقد، كما إنه يؤدي دور آخر من خلال مراقبة سلوك و تصرفات المتعاقدين (01)، لمنع التعسف على المتعاقد الضعيف و ضمان التوازن التعاقدي بتحديد حالات الرقابة (02).

01- دور التضامن التعاقدي في رقابة سلوك المتعاقدين

يذهب جل الفقه على أن لمبدأ حسن النية دور مهم في مراقبة و ضبط سلوك المتعاقدين، عبر فتح المجال لتدخل كل من المشرع و القاضي لردع السلوك السيئ المتعسف في العقد، فوجد قانون الاستهلاك يضع في خدمة مبدأ حسن النية الوسائل الملائمة لاستعادة التوازن التعاقدي، إلا أنه يبدو غامضا في قانون العقود¹، نظرا لتأسيس لتفسير الضعف و حسن النية لصالح المستهلك مع العلم بمبدأ حسن النية يؤسس الرقابة القضائية للطابع التعسفي للشرط، لكن الأمر يختلف في

¹ J. Calais-Auloy, L'influence du droit de la consommation sur le droit des contrats, RTD com, 1998, p117.

مجال علاقة المحترفين نجد قانون المنافسة يستعمل أدوات التوبيخ و يهدم التعسفات، كما يدرج القيم الأخلاقية من خلال فرض الشفافية و النزهة و التناسب في التعاملات العقدية¹.

يؤكد الفقه أنه يستعان بمبدأ حسن النية في تفسير المشاركات التعسفية الناتجة عن تصرفات المتعاقدين في السوق لإعادة التوازن العقدي، من أجل فرض النظام العام التنافسي و الضبطي، من خلال محاربة و إقصاء التعسف و كل وضعيات الهيمنة و التبعية الاقتصادية لضمان حماية الطرف الضعيف.

02-تحديد الرقابة على سلوك المتعاقدين

تتجلى أكثر رقابة تصرفات و سلوك المتعاقدين في السوق خاصة بين المحترفين، كون تحكم هذه الفئة علاقة التبعية و السيطرة الناتجة عن رغبة كل محترف في امتلاك القوة و السيطرة على السوق²، تتجلى هذه التبعية خاصة في عقود التوزيع، تحديد المهيمن للسعر الانفرادي، قطع العقد تعسفيا بإرادة منفردة، كرسه الاجتهاد القضائي مثلا قرار مجلس قضاء باريس في 10 مارس 2000 حين أقر المسؤولية التقصيرية لأجل القطع التعسفي للمفاوضات التعاقدية، و هو قطع بسوء نية في المفاوضات المتعهد بها³.

من جهة أخرى يري بعض الفقه أن هناك رقابتين، رقابة مباشرة جسدت عبر التشريعات الخاصة قانون الاستهلاك و المنافسة من خلال فكرة التناسب، و رقابة غير مباشرة على فكرة التوازن أقرتها المحاكم عند تفسير القرارات بناء على تكريس قيم التضامن و مبدأ حسن النية، افرزت واجبات تعاقدية جديدة منها واجب الاعتدال **Le Devoir De Moderation** الذي موجه للعلاقات التعاقدية التي تهيمن عليها القوة الاقتصادية، جسده قانون المنافسة في ضبط سلوكيات

¹ F. Collart Dutilleul, la théorisation des contrats spéciaux ; du droit des contrats au droit des biens, RDC .2006/2, p 23

² D. Mazeaud, L'attraction du droit de la consommation, in droit du marché et droit commun des obligations, RTD com. 1998, p 42

³ E. Saveaux, op.cit, p 52

المتعاقدين لأنه يمس بالمنافسة، ثم واجب النزاهة الذي كرس عبر الاجتهاد القضائي، كذا واجب التناسق **le devoir de cohérence**، الذي يجسد أخلاقه مجال التفاوض لحماية فئة المحترفين من الشروط التعسفية¹.

أما واجب التعاون فقد ارتبط ارتباطا وثيقا بفكرة التضامن التعاقدية، لأنه يفرض مراعاة التوقعات والاستقرار التعاقدية، الذي أكده القضاء الفرنسي من خلال قرارات محكمة النقض في الكثير من عقود التوزيع، بإعادة التفاوض نتيجة الظروف، وهذا مبرر من خلال قرارين مهمين:

القرار الأول: الصادر بتاريخ 03 نوفمبر 1992، عن الغرفة التجارية التي قررت جوهريا، فقدان الالتزام بتنفيذ العقد بحسن نية، عبر وجود موزع متعاقد مع شركة بترولية باعتبارها موردا، هذه الأخيرة لم تقم بإعلامه بإمكانية ممارسة أسعار تنافسية، لأجل ذلك ايدت الغرفة التجارية قرار محكمة الاستئناف، بدفع التعويض من جانب الشركة، وبالتالي رفض طلب هذه الأخيرة بعدم دفع تعويض على أساس أن الشركة أخلت بواجبها بالتخلي بحسن النية في تنفيذ العقد، من خلال السماح للموزع بممارسة أسعار تنافسية.

القرار الثاني: الصادر بتاريخ 24 نوفمبر 1998 عن الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية، وهو قرار مشابه للأول، يتعلق بوكيل تجاري استفاد من شرط الاقتصار لممارسة نشاطه في نطاق إقليمي وجغرافي محدد في العقد، وفي هذا الشأن تعرض هذا الوكيل للمنافسة من قبل مراكز شراء، تقوم ببيع بأسعار موازية وبصورة منخفضة في المنطقة التي يقتصر نشاطه فيها، فطالب الوكيل التجاري بفسخ العقد أو التعويض أمام محكمة الاستئناف، لكن المحكمة رفضت على أساس أن الشركة الموكلة لم يكن لها دخل في عمليات التي تقوم بها مراكز الشراء، أما محكمة النقض فنقضت القرار، وأقرت الالتزام بالنزاهة، الذي يفرض على الموكل السماح للوكيل التجاري بممارسة وكرالته.

¹ بعجي أحمد، المرجع السابق، ص 164.

من خلال هذه القرارات يفهم أن العقود يمكن أن تصادف تغيير للظروف الاقتصادية، التي قد تحدث فجأة أثناء سريان تنفيذ العقد دون علم المتعاقدين، يكون رجوع المتعاقدين إلى حالة التفاوض تعاون وتضامن من المتعاقد القوي لمصلحة المتعاقد المعسر، متى كانت المصلحة مشروعة لكيهما و ضمان التوازن في السوق¹.

يظهر في الأخير أن كل هذه الواجبات التي تمثل قيم التضامن، يرتكز في تطبيقها على حسن نية الطرف المتعاقد، كميّار لتقدير سلوك المتعاقدين، وبالتالي فالتضامن التعاقدي رغم اختلاف في قبوله و رفضه، فإنه يعتبر توسع لمبدأ حسن النية وبهذا يجب تكريسه ضمن القواعد العامة، خاصة للدور الذي يقدمه في تفسير العقود وإعادة التوازن العقدي لضمان توازن السوق، إلا أن تأثير الأكثر لقانون الضبط الاقتصادي تجلّي في مرحلة التنفيذ، نتيجة تداخل كلا القانونين الناتج عن التعاون و التكامل بينهما لمعالجة القصور و تحقيق التوازن التعاقدي الذي يضمن توازن السوق وتحقيق المصالح العامة والخاص.

¹ بعجي أحمد، المرجع نفسه، ص 165.

الباب الثاني

قانون الضبط الاقتصادي مكمل لمبادئ
العقد في مرحلة التنفيذ: ضمان توازن السوق

الباب الثاني: قانون الضبط الاقتصادي مكمل لمبادئ العقد في مرحلة التنفيذ: ضمان توازن السوق

قانون الضبط لا يهدف إلى مراعاة مبادئ العقد سواء في مرحلة التكوين أو مرحلة التنفيذ، بقدر ما يهدف إلى تنفيذ السياسة الاقتصادية للدولة الضابطة، عبر تقنية العقد مما دفع بمبادئ هذا الأخير للانفعال والبحث عن التجدد والتعايش معه، من أجل التمكن من أداء الوظائف الجديدة للدولة الضابطة، التي تهدف إلى التوفيق والتنسيق بين المصلحة العامة من جهة والمصلحة الخاصة من جهة أخرى، عبر ضمان التعادل بين الاداءات التعاقدية، من خلال فكرة المرونية للقوة الملزمة التي تسمح بتدخل كل من المشرع والقاضي، لتوجيه العقد وتطويعه وفق مقتضيات السوق المفتوح على المنافسة والمصلحة العامة، عبر ضمان توازن وتعادل الاداءات التعاقدية بكل الوسائل المتاحة الكلاسيكية في نظرية العقد أو الحديثة التي يقدمها قانون الضبط الاقتصادي، التي تسمح بإشراك الهيئات الإدارية المستقلة كطرف جديد في العلاقة التعاقدية، يحرص على تنفيذ العقد الحامل في مقتضياته تحقيق الأهداف السياسية والاقتصادية والاجتماعية للدولة الضابطة، مما يوسع في الأثر النسبي للتوفيق بين المصالح الخاصة والعامة. (الفصل الأول).

إن تحقيق توازن السوق المفتوح على المنافسة، مرتبط بضمان توازن العقد ما لم يكن هناك تعاون بين قواعد وقواعد العقد، لارتباط توازن السوق بتوازن العقد من خلال ضمان المساواة التعاقدية بين أطراف العقد، بدعم الحماية ضمن القواعد العامة بآليات أخرى ضمن قواعد الضبط الاقتصادي، أو التي أوجدها الفقه وأظهرت فعالية في تحقيق هذه الحماية منها القيم الأخلاقية، تتوافق مع مقتضيات الأمن التعاقدية الذي يضمن الأمن القانوني، كذا فعالية الجزاء من إنقراض العقد من شبح الزوال، الذي تضمنه السلطات الإدارية المستقلة، من خلال العقاب الإداري بدل العقاب الجنائي الذي يقرره القاضي، لأن السياسة الضبطية تسعى إلى تنفيذ العقد بكل الطرق والآليات الممكنة لضمان تنفيذه (الفصل الثاني).

الفصل الأول
تجدد مبادئ العقد لأداء
الوظائف الضبطية

لقد نالت مبادئ العقد تأثيرا واسعا في مرحلة تنفيذه مقارنة بمرحلة تكوينه، حيث تجلت فيها إرادة المشرع بذل إرادة الأفراد في توجيه تنفيذ العقد وفق مقتضيات السوق المفتوح على المنافسة لتحقيق المصالح العامة بذل الخاصة، الذي يضمن بتدخل الهيئات الإدارية المستقلة بجانب القاضي لتوجيه العقد و تطويعه بما يوافق مقتضيات السوق و المنافسة، من خلال الرقابة الإدارية التي تمارسها هذه الهيئات على العلاقات التعاقدية لمعالجة الاختلالات التي تمس و تقيد من حرية المنافسة والدخول إلى السوق، لضمان توافقتها مع مقتضيات النظام العام التنافسي من جهة، عبر آليات جديدة غير مألوفة ضمن القواعد العامة للعقد يمكن أن تسد قصور مبادئه، تمكن من التدخل لتعديل العقد بما يضمن تنفيذه من جهة، و تحقيق الفعالية اللازمة لتجسيد سياسة الدولة الضابطة من جهة أخرى، عبر فكرة المرونية للقوة الملزمة تخصبة تجددية لأداء الوظائف الضبطية الجديدة. (المبحث الأول).

يسعى المشرع من خلال ضبط السوق عن طريق تقنية العقد، إلى ضمان تنفيذه بكل الطرق والإجراءات والآليات سواء التي تقدمها قواعد الضبط الإقتصادي أو القواعد العامة للعقد، إلا للأخلاق دور كبير في ذلك، خاصة بعد تكريس مبدأ حسن النية ضمن مبادئ العقد، و توسعه نتيجة التفاعل مع التطورات الاقتصادية والاجتماعية، بحيث أصبح أغلب الفقه يشيد على ضرورة تنفيذ العقد بكل نزاهة وإخلاص و تعاون، أدت إلى بعث مفهوم التضامن التعاقدية الذي يمكن من خلاله تبرير التدخل الواسع في العلاقة التعاقدية، لإنشاء وفرض واجبات جديدة أخرى لم تكن في مضمون العقد كالاتزام بالسلامة والإعلام... الخ، تهدف لتحقيق مصالح متميزة توسع من الأثر النسبي للعقد، من خلال محاولة التوفيق بين مصلحة طرفي العقد من جهة، كذا المصلحة العامة و مصلحة الغير من جهة أخرى، عبر تقرير الحماية الطرف الضعيف بآليات جديدة غير مألوفة ضمن القواعد العامة للعقد، مع ضمان توافقتها مع مقتضيات السوق. (المبحث الثاني).

المبحث الأول

مرونة القوة الملزمة للعقد خاصية لأداء الوظائف الضبطية

لقد أثر قانون الضبط الاقتصادي على القوة الملزمة، بحيث دفعها لضرورة التعايش والتجدد مع فلسفة الضبط عبر فكرة المرونية، لتتمكن من أداء الوظائف الجديدة من حيث جوهرها المتمثل في ضمان تنفيذ العقد لتحقيق المصلحة العامة، من خلال السماح لكل من المشرع و القاضي التدخل في العلاقة التعاقدية، قصد تعديل و تطويع العقد وفق مقتضيات السوق المفتوح على المنافسة الحرة، مما يضمن تنفيذه و تحقيق الفعالية اللازمة، التي تتجسد من خلالها السياسة الاقتصادية و الاجتماعية للدولة الضابطة، وهذا ما أضفى جانب فلسفي جديد لوظيفة القوة الملزمة للعقد يتوافق مع فلسفة الضبط الاقتصادي. (المطلب الأول).

من جهة أخرى، حضي مبدأ القوة الملزمة بتدعيم من جانب السلطات الإدارية المستقلة، من حيث الإجراءات و الآليات التي تسمح بمراقبة العلاقات التعاقدية في مرحلة تنفيذها لتوجيهها وفق مقتضيات السوق المفتوح على المنافسة، تضمن إعادة التوازن العقدي من خلال التدخل المستمر في العلاقة التعاقدية، عبر محاربة الشروط التعسفية و منع الممارسات المقيدة للمنافسة، يضمن تنفيذ العقد بما يتوافق مع تحقيق التوافق بين المصالح العامة و الخاصة، تنعكس على بلوغ الغاية من السياسة الاقتصادية و الاجتماعية للدولة الضابطة، مما يضفي جانب تدعيمي إجرائي جديد لمبدأ القوة الملزمة للعقد. (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الوظائف الجديدة للقوة الملزمة

يقصد بالقوة الملزمة للعقد القانون الذي ينشأ بين المتعاقدين، وفقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين الناتج عن فلسفة مبدأ سلطان الإرادة، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين و للأسباب التي يقرها القانون، وهو ما يقضي للمتعاقدين تنظيم علاقتهما بإرادتهما الحرة و جعل العقد

هو القانون الذي يسري عليهما، لضمان تحقيق مصالحهم الخاصة التي كانت دافع للتعاقد، لكن هذا المبدأ لم يكن مطلقاً نظراً لتدخل كل من المشرع والقاضي لتطويع العقد وفق مقتضيات العدالة والنظام العام، هذا الأخير تطور إلى ما يعرف اليوم بالنظام العام التنافسي والضبطي، الذي كان دافعاً لتدخل الهيئات الإدارية المستقلة كفاعلين جدد في العلاقة التعاقدية، لتطويع العقد وفق مقتضيات السوق المفتوح على المنافسة، مما يضمن تنفيذه وتحقيق الفعالية اللازمة، نتج عنه الانتقال من تحقيق المصلحة الخاصة إلى المصلحة العامة (الفرع الأول)، حتى تتوافق مقاصد القوة الملزمة للعقد مع النظام العام التنافسي والضبطي (الفرع الثاني).

الفرع الأول

من تحقيق المصلحة الخاصة إلى المصلحة العامة

مما لا شك فيه أن مبدأ القوة الملزمة للعقد يحول حصناً منيعاً لأي تدخل من غير أطراف العقد، في ظل التصور الفردي "الكلاسيكي" الناتج عن مبدأ سلطان الإرادة، إلا أنه يمنح للقاضي كاستثناء التدخل لتحقيق التوازن العقدي باسم العدالة، المختلة نتيجة حوادث استثنائية لم يكن من الواسع توقعها والتنبؤ بوقوعها أثناء التنفيذ العقدي، أين صار يهدد بخسارة تضر بالمصلحة الخاصة لأطراف العقد، التي تعتبر المظهر الكلاسيكي للقوة الملزمة "أولاً"، التي انتقلت للمصلحة العامة في ظل فلسفة الضبط الاقتصادي بفاعلين جدد "ثانياً"، الذي كان دافعاً لإجراء مقارنة بينهما "ثالثاً".

أولاً: المصلحة الخاصة المظهر الكلاسيكي للقوة الملزمة:

إذا نشأ العقد صحيحاً وتوفرت فيه جميع أركانه وشروطه القانونية المطلوبة، وكانت إرادة أطرافه خالية من عيوب الرضا، فإنه تنشأ قوة ملزمة للعقد تعدل قوة القانون، تدفع بأطرافه لتنفيذ وجباتهم والتزاماتهم التعاقدية التي تضمن تنفيذ العقد تحقيق الفعالية (01)، في ظل تحقيق الأمن القانوني للعقد (02)، من خلال نتائج تكريس أساس القوة الملزمة (03).

01- القوة الملزمة للعقد ضماناً لفعالية تنفيذ العقد:

استهل المشرع الجزائري القسم المتعلق بآثار العقد بنص المادة 106 من ق.م التي تنص على ان : " العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون"¹، ما يعني أنه متى نشأ العقد صحيحاً وخلص القاضي من عملية تكيفه في حالة الغموض، وتحتم على المتعاقدين و القاضي التقيد به و تنفيذه بكل ما اشتمل عليه و بحسن النية، وفقاً لإرادة المتعاقدين التي تضمن تنفيذ المتعاقدين لالتزاماتهم، من أجل تحقيق مصالحهم الخاصة كأساس تقليدي للقوة الملزمة للعقد (أ)، نتيجة عن الثقة المشروعة بين المتعاقدين (ب).

أ- الإرادة الحرة أساس القوة الملزمة للعقد:

اختلف الفقه في تحديد أساس القوة الملزمة للعقد، منهم من اعتبروا أن الإرادة الحرة للمتعاقدين هي الأساس المنطقي لها، في حين أشار جانب آخر منهم إلى هناك أسس أخرى أخلاقية و دينية تحورت حول مفهوم الثقة التي يضعها الدائن في مدينه من أجل تنفيذ التزاماته، وبهذا ثار جدال فقهي حول أساس القوة الملزمة.

القوة الملزمة هي أحد المبادئ المتفرعة عن سلطان الإرادة، يكون للمتعاقد الحرية الكاملة في التعاقد من عدمه و بالشكل الذي يختاره، لكن بمجرد قبوله التعاقد يكون مجبراً على تنفيذ مقتضيات العقد، طبقاً للمادة 1/107 من القانون المدني²، لاعتبارات عديدة منها ما هو خلقي و منها ما هو قانوني، و بهذا تكون الإرادة هي التي تنشأ العقد و هي أيضاً التي تفرض تنفيذه، تستمد القوة الإلزامية قوتها في فرض التنفيذ من الإرادة نفسها³، عبر فرض الالتزامات و الحقوق على كل متعاقد إلا ما خالف النظام العام.

1 المادة 106 من ق.م.

2 فيلالي علي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الطبعة الثالثة، 2013، ص 52.

3 حليس لخضر، المرجع السابق، ص 36 ص 41.

لكن رغم أن أغلب الفقه اتجه إلى اعتبار الإرادة أساس القوة الملزمة للعقد، إلا أن هذه الفكرة قد تعرضت للنقد، كون الإرادة لا تتوافق ضمن العقود الشكلية التي تعدها، بحيث تشترط زيادة عن التراضي إفراغ العقد في شكل قالب معين ليكون له اثر في الحاضر والمستقبل، كما لا يمكن الاعتداد به أمام القاضي، على غرار صلاحيات هذه الإدارة في فك وحل الرابطة التعاقدية من نفسها مادامت هي المنشأة لها ودون النظر في العواقب التي تنجر عنه¹.

هذا ما جعل الفقه ينقسم إلى اتجاهين، اتجه يري أن الإرادة وحدها أساس المبدأ، في حين يري اتجاه آخر أن هناك اعتبارات عديدة تؤسس مبدأ القوة الملزمة للعقد:

الاتجاه الأول أكد على أنه ليس هناك أساس للقوة الملزمة سوى الإرادة، وهي الأساس والغاية من العقد والتنفيذ في نفس الوقت، والمصدر الوحيد للحقوق والواجبات، التي التزم بها المتعاقدين بمحض إرادتهم، لكن عكس ذلك يري بعض الفقه أن القانون هو الذي يكسب قوته الإلزامية، وهو التصور الحالي²، الذي يبرر ذلك من خلال أنه إذا كانت القوة الملزمة الناتجة عن حرية الإرادة هي عدم التدخل في العقد لتعديله أو المساس به، فلها نجد كل هذه التدخلات التي تعتبر تعدي و مساس على القوة الملزمة للعقد من كل المشرع أو القاضي في ظل قانون السوق، سواء لحماية الطرف أو لتحقيق التوازن العقدي.

الاتجاه الثاني: تبناه فقه آخر بحيث يعتبر أن أساس القوة الملزمة لا ينحصر في إرادة المتعاقدين، بل هناك أسس أخرى تقوم على عدة اعتبارات كانت دينية وأخلاقية، كالوفاء بالعهد الذي يعتبر مصدر الثقة، بحيث يجب التحلي عند تنفيذ العقود بالأمانة والإخلاص وفقا لما يمليه الضمير بعيدا عن الغش والخداع، مما يضمن تحقيق مصالح المتعاقدين، إلا أن هذه الفكرة أيضا لم تسلم من النقد كون هذه الفكرة قائمة على اعتبارات معنوية واسعة ليس من السهل تفسيرها وتحديدتها، لأنه طالما يتدخل المشرع ويفسرها لصالح الدائن الذي ينتظر مصلحته إن لم يتم المدين بتنفيذ

¹ عثمانى بلال، المرجع السابق، ص 36.

² فيلالى على، المرجع السابق، ص 373.

التزاماته¹، وهذا ما أكده الفقه الفرنسي و كرسه في التعديل الأخير للقانون المدني، حين اعتبر أن القوة الملزمة للعقد هي امتداد لمبدأ سلطان الإرادة، لكن مع أخذ اعتبارات أخرى غالباً لطرف المدين في العقد².

من خلال هذا يتضح أنه حتى ولو كانت اعتبارات معنوية وأخلاقية تحث على تنفيذ العقد، إلا أنه تبقى الإرادة هي أساس القوة الملزمة للعقد وتشكل قاعدة صلبة يجب تثبيتها بمجموعة من العوامل المساعدة الأخرى، لأنها هي المنشأة والمنفذة، بذليل أن قداسة القوة الملزمة للعقد بحيث لا يمكن المساس بالعقد كأصل عام، إلا الاستثناء من خلال تدخل القاضي لتفسير بعض الغموض الذي يشوب تنفيذ العقد، والذي يعتبر مساس بالقوة الملزمة، أما تعديل العقد باتفاق الطرفين فهو ليس مساس بالقوة الملزمة وهذا دليل على أن الإرادة هي أساس القوة الملزمة.

ب- الثقة أساس القوة الملزمة للعقد:

لقت الثقة التي يصنعها الدائن في المدين اهتماماً فقهيًا واسعاً لدى الفقه الأنجلوسكسوني، وأصطلح على تسميته بـ"RELIANCE"³، كما اعتبرت المصلحة المنتظرة من طرف الدائن بعد تعبير المدين عن قبوله إبرام العقد أساس القوة الملزمة للعقد، المبنية على رابط الثقة الشرعية بين شخصين⁴، و جمع الآثار المترتبة عنه تجد تبريرها في هذه الثقة التي وضعها الدائن في المدين أو المصلحة التي كان ينتظرها من إبرام العقد⁵، من هذه الزاوية تظهر علاقة القوة الملزمة للعقد بمصلحة المتعاقد، لأن هذه الأخيرة تقتضي وفاء كل متعاقد بما وعد به.

¹ عثمانى بلال، المرجع السابق، ص 38.

² عثمانى بلال، المرجع نفسه، ص 39.

³ RASMUSEN Eric, « Agency law and contract formation », American Law and Economics Review, Vol. 6, 01 août 2004, p. 37.

⁴ LEVY Emmanuel, « La confiance légitime », R.T.D.C., T9, 1910, p. 720. « ... définition : 1° Le contrat est le rapport de confiance légitime que crée l'activité (ou volonté) formulée ou non formulée »

⁵ AUBRY Helene, « Un apport du droit communautaire au droit français des contrats : la notion d'attente légitime », R.I.D.C., N° 3, 2005, p. 646.

يقترب هذا التوجه من مفهوم حسن النية في القانون الروماني، وهي الأخلاق التي يضعها المتعاقد في الطرف الآخر تكون دافع لتنفيذ واجباتهم والتزاماتهم التعاقدية، بحيث ذهب بعض الباحثين¹، إلى القول بأن القوة الملزمة للعقد هي في الواقع صورة من صور مبدأ حسن النية، التي تضمن تنفيذ المدين لالتزاماته وفقاً لما تم الاتفاق عليه بدافع الوفاء بالثقة التي وضعها فيه الدائن.

غير أنه انتقد من جانب الفقه، فكرة الثقة و المصلحة المنتظرة من إبرام العقد كأساس للقوة الملزمة للعقد، تجعل النقاش يدور في حلقة مفرغة، فالمشرع يتدخل من أجل حماية ما كان ينتظره الدائن من مصلحة عند إبرام العقد، على أساس أن هذا الأخير اعتقد بأن الالتزام الناشئة عنه سيتم الوفاء بها، غير أن هذا الاعتقاد لا ينشأ لدى الدائن إلا إذا كان متيقناً بأن هذه المصالح التي ينتظرها من العقد محمية قانوناً، والمشرع ملزم بالتدخل لحماية مصالح البائع بإجبار المشتري على دفع الثمن، بسبب أن البائع كان يعتقد عند إبرام العقد أن المشتري سيقوم بدفع الثمن، إلا أن البائع لن يعتقد بأن المشتري سيدفع الثمن إلا إذا كان هذا الدفع محمي قانوناً.

02- أهمية القوة الملزمة في تحقيق الأمن القانوني:

يقصد بمبدأ الالتزام بمبدأ القوة الملزمة تنفيذ ما جاء في العقد، وهذا التنفيذ هو احترام لإرادة المتعاقدين التي تحقق الأثر القانوني في العقد من جهة، و من جهة أخرى يضمن أمنه القانوني، بحيث يعتبر هذا الأخير أهم الأهداف المرجوة والموجبة لتحقيق الاستقرار في المعاملات التعاقدية، كون أن كل متعاقد مجبر على تنفيذ ما تعهد به بإرادته الحرة، و بالتالي يحرص على تنفيذ الالتزامات المنبثقة من الإرادة.

¹ JALUZOT Béatrice, La bonne foi dans les contrats (étude comparative de droit français, allemand et japonais), Dalloz, Paris, 2001, p. 20

كذا إن تنفيذ العقد يصاحبه الحرص على احترام إرادة المتعاقدين في العقد، من خلال فكرة الوفاء بالعهود، لأن المتعاقد عند إقدامه على التعاقد يكون على يقين بأن المتعاقد معه سيقوم بتنفيذ ما تعهد به، وهذا ما يؤدي إلى احترام الإرادة المتعاقدة لكلا المتعاقدين، خاصة ما ألزمت به المادة 107 من ق.م، أطرف العقد بموجب التنفيذ و بحرمة التعديل دون سلطاتها كأصل عام، وهذا يعد حفظاً للأمن القانوني في العقد¹.

03- نتائج تكريس القوة الملزمة للعقد:

أكد جل الفقه على الدور الجوهرى الذى يلعبه العقد فى المجال الاجتماعى أو الاقتصادى، بحيث يسعى من خلاله الأفراد لتلبية حاجياتهم وتحقيق مصالحهم الخاصة، ولهذا ينبغى الحرص على تنفيذه وفقاً لما تم الاتفاق عليه، ومنع أى تصرف يسعى من خلاله أحد الأطراف إلى نقد العقد دون رضا الطرف الأخر، وهذا ما يترتب آثار بالنسبة للأطراف (أ)، و ثبات مضمون العقد بالنسبة للقاضي (ب).

أ- بالنسبة للأطراف:

من أجل استقرار و ثبات العقد بين الأفراد، والذي يأخذ العديد من الصور لبدأ أن تكون الغاية منه العقد هو تحقق المصلحة الخاصة لكل طرف، التي تعتبر الدافع و الباعث على التعاقد، إلا أنه لضمان تحقيق هذه الغاية أو المصلحة يجب احترام مقتضيات الشرعية و المشروعية لمفهوم القوة الملزمة بين الأشخاص المتمثلة في :

- استحالة تعديل العقد بالإرادة المنفردة لأحد الطرفين
- استحالة توقف المدين عن تنفيذ التزاماته
- استحالة إلغاء أي بند من في العقد بالإرادة المنفردة².

¹ بعجي أحمد، المرجع السابق، ص ص 359-358.

² عثمانى بلال، المرجع السابق، ص ص 40-39.

- كل هذه الشروط أكدت عليهم محكمة النقض الفرنسية في العديد من القضايا المعروضة أمامها، معتبرة أن التعدي على القوة الملزمة عمل غير مشروع، ولكن عمل القاضي لعدة اعتبارات أخرى.

ب- ثبات مضمون العقد بالنسبة للقاضي:

طبقا لمفهوم القوة الملزمة فلا يمكن تدخل من غير أطراف العقد، لكن استثناء يمكن تدخل القاضي في حالة حدوث نزاع في تنفيذ العقد أو إشكالات تقيده، لكن يمنع عليه النظر في بنود ومحتوى العقد، أو تفسيره بالنظر في عبارات العقد للوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين، كما يمنع من النظر في تغير ظروف العقد، حتى وإن كانت اوضاع مختلفة بين الإبرام والتنفيذ، أيضا لا يمكن إلغاء أي بند من بنود العقد المتفق عليها، مما يضمن ثبات العقد عند تدخل القاضي للفصل في المنازعات المعروضة عليه مراعاة النقاط الثلاثة التي هي :

- يمنع على القاضي تغيير طبيعة العقد عن طريق التفسير.
- يمنع على القاضي تعديل العقد في حالة تغير الظروف.
- خل لإلغاء اتفاق الأطراف المتعاقدة¹.

يفهم من هذا أنه طبقا للمفهوم الكلاسيكي للقوة الملزمة، فإن المتعاقدين ملزمين بتنفيذ ما اتفقوا عليه مع استحالة تعديل أو إلغاء العقد من طرف واحد، أما باتفاق الطرفين في التعديل و الإلغاء العقد أو أحد بنوده فلا يعد نقض للقوة الملزمة، وحتى لتدخل القاضي في الظروف الاستثنائية وليس كأصل فإن تدخله يخضع لضوابط لمراعاة أحكام العقد.

¹ عثمانى بلال، المرجع نفسه، ص ص 40-44.

ثانيا: المصلحة العامة المظهر الجديد للقوة الملزمة "مصلحة السوق":

لم تسلم القوة الملزمة للعقد من تأثير قواعد الضبط الاقتصادي، بحيث أقرت فلسفة جديدة للغاية المرجوة من القوة الملزمة، بعدما انتقلت من تحقيق المصلحة الخاصة للمتعاقدين الناتجة عن إرادة المتعاقدين، إلى تحقيق المصلحة العامة وفق مقتضيات السوق المفتوح على المنافسة، تجسيدا لإرادة المشرع التي تعتبر الأساس الجديد للقوة الملزمة (01)، احتراما و تجسيدا لتوقعات المشرع (02).

01-إرادة المشرع أساس القوة الملزمة للعقد:

نتج عن فكرة المرونية للقوة الملزمة ضمن فلسفة الضبط الاقتصادي، أن هذه الأخيرة أصبحت تحمل في طياتها بالإضافة لإرادة أطراف العقد إرادة المشرع، الذي يهدف لتوجيهها وفق مقتضيات السوق المفتوح على المنافسة، حتى تضمن تنفيذه وتحقيق المصلحة العامة "أ"، باسم النظام العام التنافسي و الضبطي "ب".

أ- فلسفة السوق للحكم على تنفيذ العقد:

نظرا لتغير وظيفة القاعدة القانونية من فرضية المساواة التعاقدية إلى فرضية عدم المساواة، و تأثر العقد بعملية التوجيه حتى يتوافق مع السياسة العامة للدولة و أهدافها، بحيث أصبح يرتبط تنفيذ العقد بالغايات الاجتماعية و الاقتصادية المسطرة من قبل الدولة سابقا، إلا أن هذا التوجيه للعقد يختلف حسب اختلاف مفهوم الدولة من المتدخلة التي تعتمد على أسلوب السلطوي و التنفيذ المباشر لسياسة البرامج والتخطيط، إلى الضابطة التي تنسحب من السوق و تكتفي بضبطه من بعيد عبر هيئات الضبط المستقلة.

إن الانتقال من الدولة المتدخلة إلى الدولة الضابطة، لا يعني الانتقال من الاشتراكية إلى الليبرالية فقط، بل صاحبه تغير فلسفة النظام العام الاقتصادي، من خلال الانتقال من الوظيفة الحماية و الاجتماعية للعقد، إلى الوظيفة الحماية التوجيهية الضبطية، حيث أصبحت المنافسة العنصر المحوري و الجوهري في السوق، ضمن الحفاظ على للنظام العام الاقتصادي الحديث أو ما يعرف بالنظام العام التنافسي و الضبطي، بحيث أصبح العقد الأداة القانونية التي تسمح للدولة بمراقبة المتعاملين الاقتصاديين، و مدى تنفيذهم للالتزامات التعاقدية بحيث تكون تتوافق مع مقتضيات المنافسة لبلوغ الفعالية الاقتصادية¹، وهذا ما يعني أن تنفيذ العقد لم يسلم من تأثير قانون المنافسة و الضبط الاقتصادي.

هنا يري بعض الفقه²، أن للمنافسة تأثير كبير على الأنظمة القانونية أدت إلى تحول في الكثير من الوظائف القانونية، بحيث أصبح العقد يؤدي وظيفة ضبطية للسوق المفتوح على المنافسة، هذه الأخيرة التي يحكمها قانون المنافسة الذي يعبر عن فلسفة القانون الاقتصادي، المهتم بتحقيق الغايات الاقتصادية المتمثلة في ضمان السير الحسن للسوق و حمايته، لا حماية المصالح الخاصة للمتعاملين الاقتصاديين³، ما يعتبر تحول في وظيفة العقد من تحقيق المصالح للمتعاقدين، إلى ضمان السير الحسن للسوق و هذا ما يفسر اختلاف المظهر الاقتصادي للعقد ضمن قانون المنافسة و القانون المدني⁴، و بالتالي يبرر اختلاف الأهداف بين القانونين، نتج عنه تغير في وظيفة القوة الملزمة للعقد من رعاية و حماية مصالح المتعاقدين احتراماً لإرادتهما، إلى احترام و ضمان السير الحسن للسوق بدرجة أولى، و عليه أصبح العقد و تنفيذه لا يقتصر على إرادة المتعاقدين بل على وجود و ضمان التنظيم و السير الحسن لسير السوق⁵، ما يمثل إرادة المشرع في توجيه العقد نحو الغاية الاقتصادية و فقا لمقتضيات الضبط الاقتصادي التي تضمنه السلطات الإدارية المستقلة.

¹ قابة صورية، المرجع السابق، ص 19.

² تبوسي محمد، المرجع السابق، ص 219-220.

³ مختور دليلة، حماية النظام العام التنافسي في بعده التنافسي، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص، 2015، بجاية، ص 524-532.

⁴ بن حملة سامي، قانون العقود في مواجهة قانون المنافسة، المرجع السابق، ص 281.

⁵ P. Rien, La notion de transparence dans le droit de la concurrence, éd, L'Harmattan, Paris, 2002, p.86.

هذه المعطيات السابقة جعلت الفقه يشير معيار جديد في تقدير صحة العقد¹، خارج المؤلف بفعل أنه بعض القطاعات الخاضعة للضبط الاقتصادي تقدر صحة العقد على أساس أثره المباشر، نجد من ذلك قانون البورصة الذي يحث على أن أثر العقد لا بد أن يطابق مقتضيات النظام العام التنافسي و الضبطي، مما يسمح بتدخل الهيئات الإدارية المستقلة لضبط السوق وإعادة توازنه، بحيث ينضرب إلى صحة العقد إذا كان يتوافق مع مقتضيات هذا النظام ويحقق المصلحة العامة أم لا، عكس نتائج تنفيذ العقد في القانون المدني لتحقيق المصالح الخاصة للمتعاقدين، هنا أصبح تنفيذ العقد في حوزة سلطات الضبط الاقتصادية من استعماله كأداة مراقبة لتأمين السوق لقطاع السلطة الضابطة²، باسم حماية المصلحة العامة.

إن مفهوم المصلحة العامة و توازن العقد مفهومين واسعين فتحا المجال لتدخل كل من المشرع و القاضي بغية توجيه تنفيذ العقد، بحيث أصبحت إرادتهما تسهر على رقابة العمليات التعاقدية لمدى مطابقتها للنظام العام و الآداب العامة، و مع هذا فقد راي بعض الفقه³، أن هذه الرقابة تأخذ شكلا وقائيا أكثر منه علاجيا لضمان تنفيذ العقود، لأن تدخل السلطات الإدارية في العقد غالبا ما يكون في شكل سلبى لا ينظر في صحة العقد وإنما يكتفي بالاهتمام بالظروف التي تبرم فيها العقود و البنود التي تتضمنها و الأثار التي تترتب عليها عند التنفيذ إذا كانت شرعية أم لا، لتجنب عدم الحكم عليها بالبطلان لعدم شرعيتها⁴.

¹ M. Hervieu, op.cit, p 502.

² « Critère original issu de l'ordre public économique. appréciée au moment de la rencontre des volontés, la validité du contrat obéit traditionnellement, sur le fondement du droit commun, à quatre conditions cumulatives prévues à l'article 1108 du code civil ; le consentement et la capacité à contracter, un objet certain et une cause licite, or , plusieurs A.A.I.ne confient à la satisfaction de ces condition légales qu'un domaine résiduel, pour ce concentrer sur l'examen de l'effet du contrat sur un marcher. Focalisées sur l'impact du contrat dont elles font dépendre la validité, les A.A.I.s'éloignent ainsi des prescriptions du droit commun, d'un part, cette condition originale de validité, issue de dispositions spéciales d'ordre public économique... » M. Hervieu, ibid, p 501. « ...pour certaines A.A.I., la validité du contrat dépend de l'effet qu'il crée sur le marché .dans plusieurs secteurs soumis à leur intervention, la validité du contrat est alors dans la dépendance de l'effet de son exécution sur un marché considéré... » M. Hervieu,ibid, p 502. Voir aussi, les pages, 510, 511 ,512,513.

³ P. Durand, La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel, op.cit, p11

⁴ L. Josserand, Aperçu Général des tendances Actuelles La Thorie Des contrats, op.cit, p 68

لكن يري الفقه الحديث على أن صحة و بطلان العقد الموجه للغاية الاقتصادية، لا يخضع للمفاهيم التقليدية الموجودة ضمن القانون المدني، بعد تغير البطلان الذي يعدم العقد والانتقال من فكرة زواله إلى فكرة خلق حقوق والتزامات من خلال الحرص على مطابقة العقد لغايات السياسة الاقتصادية للدولة، بحيث أصبح الحكم ببطلان العقد ليس حكما فوريا ولا أليا بيد القاضي، خاصة بعدما أصبح العقد يؤدي وظائف و غايات جديدة مرتبطة بالسياسة و الاستراتيجية الاقتصادية للدولة، مما يعطي قيمة أكبر للعقد يستدعى عند تدخل كل من القاضي و المشرع لتقرير بطلانه، إدراج مدى مطابقتها أو مخالفته لسياسة الدولة، مع تكريس فكرة المرونة لتجاوز الاختلالات، و التشديد يكون إذا تعلقت بالعقود و الاتفاقيات المخالفة للخطة الاقتصادية للدولة¹.

أيضا أكد الفقه الحديث على أن الضبط القطاعي يحمل دلالات مختلفة ناتجة عن فكرة النظام العام التنافسي و الضبطي، من خلال قراراتين مهمين، الأول صار عن محكمة الاستئناف لباريس (غرفة h) في 28 أبريل 1998، بعدما اشكت الشركة المسيرة France Telecom من المساس المفرط بالامتيازات التعاقدية، رد المجلس عليها على أنه فيما يتعلق بالصلاحيات التعاقدية، و القيود التي يتم إجراؤها من طرف المشرع، لتعلقها بالنظام العام الاقتصادي، تمارسها سلطات الضبط عبر فرض قرارات تنفيذية خلاف لما تم الاتفاق عليه بشأن التوصيل البيني لشبكات الاتصال السلكية و اللاسلكية، أما الثاني هو قرار سلطة الضبط الصادر في 20 جانفي 2004 في قضية (Aff. UPC France C/France Telecom)².

غير أن الحقيقة أنه فعلا قد تم تجاوز التصور الكلاسيكي بأن الإرادة هي التي تمنح العقد قوته الملزمة، بحيث صار العقد يطابق و يوافق مقتضيات السوق و المصلحة العامة، و تستمد قوتها الإلزامية من ضمان تنفيذ العقد، الذي يسهر كل من المشرع و القاضي على تنفيذه، لتحقيق الأهداف التوجيهية و الحماية لسلطات الضبط الاقتصادية لضمان السير الحسن للسوق³، وبهذا

¹ لتفصيل أكثر أنظر، حجازي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص ص 297-298.

² بعجي أحمد، المرجع السابق، ص 363.

³ M. Hervieu, op.cit, p 473.

تكون السلطة هي التي تمنح القوة الملزمة للعقد التي تتطابق و المصلحة العامة بما فيها حماية السوق هذا من جهة، من جهة أخرى أكد المشرع على أهمية ضبط السوق في شتي المجالات، من خلال العديد من النصوص القانونية، منها على سبيل المثال ما ورد في القانون رقم 04/18 الذي يحدد القواعد المتعلقة بالبريد و الاتصالات الإلكترونية الذي ألغى القانون 2000/03، المادة 04 منه " تسهر الدولة في إطار الصلاحيات المرتبطة بمهامها خصوصا على ما يلي:

- احترام قواعد المنافسة المشروعة بين المتعاملين و اتجاه المشاركين و المرتفقين و الزبائن، لضمان نزاهة المنافسة.

- تسهر على تحقيق منافسة فعلية و مشروعة في سوق البريد و الاتصالات الإلكترونية باتخاذ كل التدابير الضرورية لترقية و استعادة المنافسة في هاتين السوقين...¹، و لعل هذا يدل التغير في الغاية من تنفيذ العقد إذ أصبحت غاية المشرع بدل المتعاقدين خاصة مع التغلغل الرهيب لأفكار الضبط و المنافسة في هذا المجال.

ب- ضرورة مراعاة توافق تنفيذ العقد لمقتضيات النظام العام التنافسي و الضبطي:

من خلال ما سبق حول فلسفة السوق في التحكم في تنفيذ العقود، عبر تكريس المنافسة الحرة و ضمان احترام مقتضيات النظام العام التنافسي و الضبطي، بحيث أصبح هذا الأخير يتحكم في القوة الملزمة للعقد²، عبر إعطاء الأولوية لحرية المنافسة على المبادئ التقليدية للعقد.

هنا أصبح التعاقد لا يبني على إرادة المتعاقدين بل على إرادة المشرع، و لبدا أن يوافق مقتضيات النظام العام التنافسي و الضبطي، الذي يضمن تحقيق المصلحة العامة التي يسعى المشرع لتحقيقها، من خلال فرض على المتعاقد الذي منح له الحق في مباشرة نشاط اقتصادي معين، الالتزام عند تنفيذ العقد بمقتضيات النظام العام التنافسي و الضبطي، التي جسدها الرخص

¹ منقور قويدر، السلطات الإدارية المعنية بضبط التوازن بين مصالح المتعاملين الإقتصاديين و حقوق المستهلكين، أطروحة دكتوراه، جامعة وهران-2، 2015/2014، ص 20.

² «... domination de l'ordre public économique sur la force obligatoire du contrat...conjuguant une nouvelle fois un objectif de protection et de direction de l'activité économique... » M. Hervieu, op.cit, p341.

الإدارية الممنوحة من قبل الهيئات الإدارية المستقلة، إذ تلعب هذه الرخص الإدارية دوراً كبيراً في تقييم المتعاقد في مدى قدرته على تنفيذ الالتزامات الموكلة له¹، ما يؤكد أن المشرع صار يهدف إلى تنفيذ العقد بدل حماية الإرادة، لضمان نجاح تنفيذ الخطة الاقتصادية و بذلك نجاعة المهام الموكلة لسلطات الضبط.

هنا أصبح العقد أداة في اليد الدولة لتحكم في توجيه السياسة الاقتصادية، بغية تحقيق الفعالية الاقتصادية، بعدما كان يهدف من خلال العقد لضمان السياسة الاجتماعية في ظل الدولة المتدخل، وباعتباره يمثل أداة أساسية في تداول و تبادل الثروة نتلاقي فيه الحرية التعاقدية و الحرية التنافسية وفقاً لمتطلبات الليبرالية الاقتصادية²، لكن مع مراعاة قواعد النظام العام التنافسي والضبطي، حيث نجد خير دليل على هذا المادة 09 من الأمر 03/03 التي تنص على أنه " لا تخضع لأحكام المادتين 6 و 7 من نفس الأمر الاتفاقيات و الممارسات الناتجة عن تطبيق نص تشريعي أو نص تنظيمي اتخذ تطبيقاً له، يرخص بالاتفاقيات و الممارسات التي يمكن أن يثبت أصحابها أنها تؤدي إلى تطور اقتصادي أو تقني أو تساهم في تحسين التشغيل، أو من شأنها السماح للمؤسسات الصغيرة و المتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية في السوق، لا تستفيد من هذا الحكم سوى الاتفاقيات و الممارسات التي كانت محل ترخيص من مجلس المنافسة"³، من أجل التطور الاقتصادي، ما يؤكد مرة أخرى على معيار النظام العام للتحكم في القوة الملزمة للعقد.

02-احترام توقعات المشرع عند تنفيذ العقد: مبرر للأمن القانوني

الأصل أنه يقصد بمبدأ القوة الملزمة للعقد هي إلزامية تنفيذ العقود وفقاً لما اتفق عليه أطراف العقد كحماية واحترام لإراداتهم، لكن هذه الفلسفة تغيرت في ظل قانون الضبط الاقتصادي، لحماية واحترام إرادة المشرع لضمان توقعاته، التي تهدف لضبط السوق المفتوح على المنافسة وتحقيق

¹ عليان عدة، المرجع السابق، ص 05.

² M. Chongny, droit de la concurrence et droit commun des obligation, op.cit, n°261.

³ لتفصيل أكثر أنظر، قابة سورية، المرجع السابق، ص 70 وما يليها.

الفعالية اللازمة، بحيث تتحقق من ورائها المصلحة العامة، من خلال تدخل إداري لسلطات الضبط الاقتصادية برقبة قبلية سابقة لتكوين العقد (أ)، تضمن تنفيذ العقد (ب).

أ- الرقابة السابقة على تكوين العقد ضمان لتنفيذه:

يرى بعض الفقه¹، أن القوة الملزمة بالمفهوم الحديث لا يكون لها أثر قانوني ولا إلزامية التنفيذ، إلا إذا كان مضمونها موافق للقانون و بالتالي موافقة للنظام العام التنافسي والضبطي، ليتجاوز بذلك النظرة الكلاسيكية التي تعتبر الإرادة هي أساس ومبرر القوة الملزمة، إلى النظرة الحديثة التي تعتبر أن إرادة المشرع الأساس، بحيث ترتبط صحة العقود وتنفيذها، بتوافقه مع مقتضيات السوق المفتوح على المنافسة، حتى يكون له الطابع الإلزامي الذي يضمن تحقيق المصلحة العامة والفعالية الاقتصادية.

لكن الحقيقة أن مفهوم النظام العام التنافسي والضبطي هو مجموعة من القيم والمبادئ التي يجب على الأطراف عدم المساس بها والتقيدها عند تنفيذ العقد، فجنده يتدخل بشكل إيجابي لتحديد ما يجب أن يضمه العقد من أحكام وقواعد وخلفيات قانونية توافق مع قواعد المنافسة والضبط الاقتصادي، بحيث تسمح بتدخل سلطات الضبط القطاعية لتحديد وتنظيم محتوى العقد²، فمثلا توصيل شبكات الاتصال المفتوحة على المنافسة هي عقود منظمة من طرف سلطة ضبط البريد والاتصالات الإلكترونية، من أجل ضمان المنافسة والسير الحسن للسوق.

كما يهدف من الرقابة السابقة التي أقرها المشرع في مرحلة تكوين العقد، معرفة القدرات و المؤهلات التي يملكها المتعاقد حتى يتمكن من الالتزام بتنفيذ واجباته التعاقدية، بحيث يمكن معرفة أن هذه الحقوق والالتزامات لا تتعارض مع مقتضيات السوق المفتوح على المنافسة، من خلال اهتمامها الدائم والمستمر بمراقبة السوق بصورة قبلية وقائية و بعدية علاجية لسلطات الضبط

¹ فيلالي علي، المرجع السابق، ص 372.

² بلمهيوب عبد الناصر، النظام العام في القانون الخاص: مفهوم متغير و متطور، المجلة الأكاديمية للباحث القانوني، عدد خاص، 2015 ص 387.

القطاعية، لمنع الاختلالات داخل السوق عبر آلية الرخص والإتمادات¹، فمثلا النشاط البنكي، يخضع لمراقبة مدى احترام البنوك و المؤسسات المالية لشروط الدخول في المهنة المصرفية، من أجل ضمان سلامة وإمكانية التنفيذ، أيضا تسمح هذه الرقابة السابقة بالتقليل من الوقوع في الأخطاء والانحرافات من خلال المعرفة المسبقة لوضعية البنك وقدرته على تحقيق الربح وتوفير السيولة، نري نفس الشيء بالنسبة لممارسة نشاط التأمين والاتصالات السلوكية واللاسلكية².

وبالتالي يتمحور دور سلطات الضبط القطاعية في مراقبة عمليات الدخول للسوق لممارسة بعض الأنشطة الاقتصادية الخاضعة للضبط، لضمان توفر الشروط الذي تتطلبها السوق المفتوح على المنافسة الحرة، التي تضمن أن المتعاقدين قادرين على تنفيذ التزاماتهم وواجباتهم التعاقدية، الذي يضمن الاستقرار والأمن التعاقدية المنشود من قبل المشرع، بعد تنفيذ العقد المرتبط بتنفيذ المشاريع التي ينتظر منها تحقيق الأهداف الاقتصادية والاجتماعية، لكن المشرع لم يكتفي بهذه الرقابة السابقة الوقائية فقط بل أضاف الرقابة الدائمة والمستمرة، على كل الاتفاقيات التي من شأنها الإضرار بالمنافسة، و حسن سير الفعال للسوق، بواسطة مجلس المنافسة أو سلطات الضبط القطاعية.

ب- قدرة صفة المتعاقد على ضمان لتنفيذ العقد:

يسعى المشرع من خلال الرقابة الإدارية السابقة للعقد، التي تمارسها سلطات الضبط القطاعية معرفة مدى قدرة المتعاقد على تنفيذ البرامج الاقتصادية للدولة في مجال معين، فنجد على سبيل المثال ما جاء به المرسوم التنفيذي رقم 184/07 المؤرخ في 09 يونيو 2007، المحدد لإجراءات إبرام عقود البحث والاستغلال و عقود استغلال المحروقات بناء على طالب العروض للمنافسة، من خلال المادة 02 منه " يتجلى من هذا المرسوم ما يأتي : المتعامل - المستثمر: هو الشخص الذي

¹ Voir, R. Zouaimia, de l'articulation des rapports entre le conseil de la concurrence et les autorités de régulation sectorielles en droit algérien, idara,n°33,2007.p 34 et 35.

² شويطر إيمان رتيبة، النظام القانوني للرقابة المصرفية في الجزائر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، 2017/2016، ص 26.

يملك المؤهلات التقنية والخبرات التي تسمح له بالتصرف كمتعامل، كما تتوفر لديه القدرات المالية التي تقتضيها الواجبات التعاقدية المحتملة/ مستثمر - غير متعامل : شخص تتوفر فيه القدرات المالية المطلوبة التي تؤهله للقيام بواجباته التعاقدية المحتملة ولا تتوفر لديه حتما المؤهلات التقنية المطلوبة التي تؤهله للقيام بواجباته التعاقدية المحتملة ولا تتوفر لديه حتما المؤهلات التقنية أو الخبرات المطلوبة للمتعامل.....¹، من خلال التفحص الجيد لمؤهلات المتعاقد، لضمان وفائه بتنفيذ العقد وفقا للشروط التي يطلبها المشرع، إذ لا يمكنه التحجج بعدم القدرة والكفاءة أو أي جانب قد يعيق تنفيذ العقد خاصة مسألة الإعسار أو الإفلاس، وبالتالي ضمان القوة الملزمة للعقد التي صارت توافق مقتضيات النظام العام التنافسي والضبطي، بصورة قلبية وقائية لضمان التنفيذ.

يري بعض الفقه أيضا²، أنه يجب على المتعاقد أو المحترف الحصول على ترخيص بالتعاقد المسبق من هيئات الضبط القطاعية المؤهلة لذلك من أجل مباشرة النشاط، لحماية ورقابة السوق يجب التأكد و التحقق من توافر الشروط القانونية اللازم توفرها بالمتعاقد، و التي تعتبر رقابة احترازية و أكد بعض الفقه الآخر³، على الدور الإيجابي الذي تقدمه الرخص الإدارية و الإعتمادات قبل إبرام العقود لضمان تنفيذه على أحسن وجه سواء تعلق بمشاريع اجتماعية أو اقتصادية، و اعتبارها هذه الرقابة فقه آخر⁴، أنها وسيلة غير مباشرة لدعم تنفيذ العقود، وبالتالي ضمان لتحقيق الفعالية الاقتصادية و تحقيق التنمية المسطرة في السياسة الاقتصادية للدولة.

هنا يتجلى أن المشرع من خلال تحريه على القدرات و المؤهلات التي يملكها المتعاقد، إنما يتحرى أيضا على قدرته على الوفاء بالتزاماته و تنفيذه العقد على أكمل وجه، عبر التأكد من الاعتبارات الشخصية و الفنية للمتعاقد التي تمكنه من أداء و تنفيذ الالتزامات الموكلة له، ما يبعث

¹ بعجي أحمد، المرجع السابق، ص 376.

² M. Hervieu, op.cit, p 194

³ P. Durand, Le rôle des Agents de l'Autorité publique dans la formation du contrat, op.cit,p 155.

⁴ M. Sobhy Khalil, op.cit, p 92

الارتياح و الاطمئنان لدى المشرع، وقد ذهب في هذا الشأن بعض الفقه الكلاسيكي إلى نفي صفة المتعاقد على مثل هذه المشاريع نظرا لكثرة الجوانب القانونية المحيطة بالعملية التعاقدية التي تهدف لتحقيق المصلحة و تنفيذ السياسة الاقتصادية للدولة، إذ يقول في هذا الشأن (..... أن العقود المخططة سواء كانت الضمنية منها أو المفروضة عبارة عن تنظيم قانوني صرف للعقد، وأن هذه العقود تقوم على هذا العنصر فقط، و تكون خالية من الإرادة، و عليه فإنه يكون من باب التجاوز وصفها بالعقود، بل هي مجرد أعمال مادية تقوم بها المشاريع تنفيذا لأحكام الخطة و تفتقر إلى عنصر الإرادة الإنشائي، و عليه فإن أثر التخطيط الاقتصادي الاشتراكي على العقود، و بصورة خاصة العقود الاقتصادية هو استبعاد للعنصر الإرادي منها تمام كعنصر منشيء (.....)¹، في حين يذهب فقه آخر² إلى اعتبار أن تنفيذ العقد دون توقف أو انقطاع، يمثل التزام عام لا يحتاج إلا نص من طرف المشرع، لكن لا يمنع الإشارة إليه في كثير من النصوص القانونية.

لكن حرص المشرع على اشتراط الاعتبارات الشخصية و الفنية للمتعاقد، من أجل ممارسة نشاط معين ذو أهمية اقتصادية يعول عليه لتحقيق الفعالية الاقتصادية و دفع عجلة التنمية الاقتصادية، لم يأتي من باب الصدفة بل كان نتيجة لعدة انتكاسات اقتصادية أدت إلى إعلان الإفلاس و إعسار تنفيذ العقود، فمثلا المجال المصرفي الذي يعتبر من المجالات الاقتصادية الحساسة، لا يمنح صفة البنك و المؤسسة المالية الصفة القانونية لممارسة النشاط المصرفي، إلا بعد التحقق من القدرات المالية و الفنية لهذه الأخيرة و قدرتها على تلبية الحاجات الاقتصادية الموكلة لها كتمويل المشاريع و إقراض المواطنين..... إلخ، مع القدرة على الوفاء بدونها للمستودعين بهته البنوك في أي وقت يطلبهم صاحب الحساب، و هذه المراقبة المستمرة و الشروط المسبقة الواجب توفرها، تعتبر ضمان الوفاء بالالتزام و تنفيذ للعقد و ضمان القوة الملزمة للعقد³.

¹ حجازي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص ص 296-297.

² دومة نعيمة، المرجع السابق، ص 254.

³ خبر مثال على ذلك الانتكاسات الاقتصادية في المجال المالي أو المصرفي و مساعي الإصلاح التي كرسها المشرع، في الرهن القانوني لصالح صفة البنك و المؤسسة المالية في قانون المالية لسنة 2003، و عدله في سنة 2005 ثم بعد ذلك تعديل 2006، كما أشار إليه في المسوم التنفيذي رقم 132/06 المتعلق بالرهن القانوني المؤسس لفائدة البنوك و المؤسسات المالية و مؤسسات أخرى، المؤرخ في 03 مارس 2006، ج ر ج عدد 21، كما إنه تطرق إليه أول مرة قانون المالية

يتضح جليا مما سبق أن قانون الضبط الاقتصادي يهدف صراحة إلى تحقيق المصلحة العامة، من خلال ضمان السير الحسن للسوق المفتوح على المنافسة، واهتمامه بقدرة و مؤهلات المتعاقد من خلال الرقابة السابقة للدخول للسوق، لم يكن اهتمام أصيل بصفة المتعاقد و وضعيته في السوق، بل اهتمام عرضي يرجي منه ضمان لسير الحسن للسوق وفق مقتضيات النظام العام التنافسي، لكن رغم هذا لم تكن قدرة المتعاقد كافية لضمان تنفيذ العقد في بعض الأحيان و بذلك ضمان القوة الملزمة للعقد، لأن المشرع أقر صراحة ضمن القواعد القانونية الضبط على رقابة لاحقة اعتمد عليها بشكل أوسع حتى يضمن تنفيذ العقود، وتحقيق الفعالية اللازمة بتنفيذ السياسة الاقتصادية للدولة الضابطة، سنشير إليه لاحقا لكن قبل ذلك يجب التعرّيج مقارنة بين قواعد النظرية العامة للعقد و قواعد الضبط الاقتصادي.

ثالثا- المقارنة

قبل المقارنة بين القوة الملزمة في ظل قواعد النظرية العامة للعقد وفي ظل قواعد الضبط الاقتصادي، ينبغي الإدراك أن قواعد الضبط صادرة عن هيئات إدارية مستقلة تمتاز بسلطات تنظيمية استشارية عقابية، ذات قوة أمره تهدف لضبط نشاط اقتصادي معين، بينما قواعد نظرية العقد التي تعتبر أفكار فلسفية بسيطة لكنها ساهمت في تنظم العلاقات التعاقدية في ظل المذهب

لسنة 1983 في المادة 175 منه، تبعته المادة 1/96 تعديل قانون المالية لسنة 2003 ثم عدل بالمادة 50 من قانون المالية لسنة 2005، ثم المادة 56 من قانون المالية لسنة 2006، أيضا اشار إليه قانون النقد و القرض رقم 11/03 المعدل و المتمم في المادة 121 منه، ولعل الأهم من هذه النصوص القانونية هو توجيه هذا الرهن القانوني لكي يكون لصالح فقط الصفات التي حددها القانون ، وهي لفائدة البنك و المؤسسات المالية، و صندوق ضمان الصفقات العمومية، لهذا يري البعض تبرير اللجوء إلى هذا الضمان القانوني الذي يعتبر دافع إقتصادي بالدرجة الأولى، يتجلى من خلال تشجيع الإستثمار و التنمية الاقتصادية، عبر تسهيل مهمة منح القروض للمستثمرين، وضمان كافي لصفة البنك و المؤسسات المالية لكي تتوافر و تعزز لديها فرص تحصيل حقوقها، خاصة وأن هذا الرهن يرد فقط على الأموال العقارية دون المنقولة، ما يعزز توافر القيمة المالية المعتبرة للوفاء بالديون، و بالتالي إزالة المخاوف على الدائن من فرضية خطر عدم كفاية الضمان أو عدم توفر الضمان بحد ذاته، و بالتالي تشجيع الحركة الاقتصادية من خلال توافر الضمان الكافي، للمزيد أنظر **بداوي عبد العزيز**، النظام القانوني للتنفيذ على العقار المرهون في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر -1-، 2015/2014، ص88.

الفردية نتيجة الاعتقاد بقاعدة قواعدها المحققة للمصلحة الشخصية، مما جعل القوة الملزمة تتأثر بقواعد الضبط الاقتصادي من حيث الغاية أو الهدف (01)، ثم من حيث الفلسفة (02).

02- من حيث الغاية و الهدف:

إن الغاية من القوة الملزمة ضمن قواعد الكلاسيكية لنظرية العقد هي تنفيذ العقد، وفقا لإرادة أطراف العقد التي تعتبر أساس العقد و الدافع لانعقاده من أجل تحقيق المصلحة الشخصية، و يكون تنفيذ محتوى هذا العقد و وفقا لما أتفقوا عليه احتراماً لهذه الإرادة ضماناً للقوة الملزمة للعقد.

لكن المعنى و الغاية للقوة الملزمة يختلف ضمن قواعد الضبط الاقتصادي، حيث استبعدت إرادة المتعاقدين و حلت محلها إرادة المشرع كأساس للقوة الملزمة، كما أصبحت هذه الأخيرة في خدمة تحقيق المصلحة العامة، من خلال تنفيذ العقد و وفقاً لمقتضيات النظام العام الاقتصادي ببعديه الضبطي و التنفسي، و بالتالي أصبح تنفيذ العقد وفقاً لإرادة المشرع لتحقيق سواء الغاية الاقتصادية أو الاجتماعية.

02- من حيث الفلسفة

فلسفة القوة الملزمة للعقد في التصور الفردي أحد نتائج مبدأ سلطان الإرادة، تكتسي قوتها قداستها من الإرادة الحرة للمتعاقدين، التي هي أساس الإبرام و أساس التنفيذ، لكن هل بقيت الإرادة أساس القوة الملزمة في العقد، بعد تدخل إرادة المشرع و توجيهها لخدمة المصلحة العامة و ضمان السير الحسن للسوق؟

لا يمكن الإجابة على هذا التساؤل إلا بعد الانتهاء من هذا البحث بصفة عامة، لكن أولاً يظهر أن تدخل المشرع في توجيه القوة الملزمة، لم يكن ليكون لولا تراجع دورها الناتج عن إرادة المتعاقدين في ضمان تنفيذ العقود، كالتماطل في التنفيذ أو التهرب من أجل الإضرار بالطرف

الأخر، و خاصة في ظل اقتصاد السوق القائم على السرعة و الائتمان في التنفيذ، و بهذا يكون المشرع حرص على ضمان السير الحسن للسوق و المصلحة العامة من جهة، لكن كان أكثر حرصه على احترام الإرادة التي هي أساس التنفيذ، و منح للمتعاقد وسائل الدفع بالتنفيذ كالتنفيذ الجبري، كإمكانية فسخ العقد و تعديله، ذليلا على حرص المشرع على الإرادة بقدر حرصه على تنفيذ العقد لضمان أهدافه و نجاح سياسته الاقتصادية، لكن كل هذا كان مع احترام مقتضيات النظام العام الاقتصادي ببعديه الضبطي و التنفسي.

الفرع الثاني

توافق القوة الملزمة مع النظام العام التنافسي: ضمان لتنفيذ العقد

نتج عن تأثير قانون الضبط الاقتصادي على مبادئ النظرية العامة للعقد فلسفة جديدة للقوة الملزمة للعقد، تسمح بتدخل كل من المشرع و القاضي وحتى سلطات الضبط المستقلة في العلاقة التعاقدية، باعتبارهم فاعلين جدد لتوجيهها وفق مقتضيات السوق المفتوح على المنافسة الحرة، بما يضمن تنفيذ العقود لتحقيق المصلحة العامة الناتجة عن إرادة المشرع في تنفيذ سياسة الدولة الضابطة، باسم النظام العام التنافسي و الضبطي الذي يضمن شرعية هذا التدخل، بحيث يمكن منع تنفيذ كل اتفاقيات التواطؤ "أولا"، العقود الإستثنائية "ثانيا"، التجميعات الماسة بالمنافسة "ثالثا".

أولا: اتفاقيات التواطؤ

ما لا يختلف فيه الفقه الحديث أن التحولات الاقتصادية و التجارية أثرت على كثير من قواعد السوق، خاصة المراكز القانونية للمتعاقدين بحيث أصبح هناك متعاقد ضعيف مستهلك و متعاقد قوي محترف، هذا الأخير الذي دائما يبحث عن امتلاك القوة للتحكم أكثر في السوق، عبر التحالفات و الاتفاقيات مع متعامل مثله أو أكثر منه قوة، مستمد صحة تصرفه من الحرية في

التعاقد المستمدة من سلطان الإرادة، التي توافق بدورها مبدأ حرية التجارة و المنافسة¹، لكن المشرع اشترط حتى تكون هذه التحالفات و الاتفاقيات توافق مبدأ المنافسة و لا تؤثر على حرية الدخول و التواجد في السوق لضمان الفعالية الاقتصادية²، وغير ذلك يقع تحت مفهوم التواطؤ المحظور في قانون المنافسة (أ)، إذا توفرت شروط معينة (ب).

01- مفهوم التواطؤ

تمت الإشارة إلى التواطؤ في كثير من الدراسات القانونية على أنه ممارسة منافية و مقيدة لحرية للمنافسة، و قد تطرقت إليه بشكل خاص المادة 06 من الأمر 03/03 المعدل و المتمم المتعلق بالمنافسة³ المادة L.420-1 من القانون التجاري الفرنسي³، بالإضافة إلى جل التشريعات المقارنة التي جعلت هذه الاتفاقيات على رأس الممارسات المحظورة، حيث عرف على أنه " كل تنسيق في السلوك بين المشروعات، أو اي عقد أو اتفاق ضمني أو صريح، وأيا كان الشكل الذي يتخذه هذا الاتفاق، إذا كان محله أو كانت الآثار المترتبة عنه من شأنها أن تمنع أو تقيد أو تحرف المنافسة"⁴.

كما يمكن أن تتخذ هذه الاتفاقيات شكل عقد أو غيره بحيث عرفها فقه آخر على أنها⁵: " كل ما يشمل على العمليات الاقتصادية التي تسم بالتنسيق بين مشروعين أو شخصين من الأشخاص

¹ الشناق معين فندي، الإحتكار و الممارسات المقيدة للمنافسة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2010، ص 131.

² Y. SERRA, Op .cit, p 81

³ Art L.420.-1 code de commerce Français ; « Sont prohibées, même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à :1. Limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises; 2. Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ; 3. Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique; 4. Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement»

⁴ حسن ذكي لينا، الممارسات المقيدة للمنافسة و الوسائل القانونية اللازمة لمواجهتها، أطروحة دكتوراه، جامعة حلوان ، مصر، 2004، ص 41.

⁵ هنا سنطرق أكثر في هذه الدراسة للإتفاقيات التي تكون على شكل "عقد"، لأننا بصدد على مبدأ خرق القوة الملوحة أو توافق القوة الملزمة مع مقتضيات النظام العام التنافسي، الذي يجد له مجالاً في صدد هذه الإتفاقيات، مع أنه ليس ضروري أن يتم " إبرام عقد ينتج عنه إلتزامات مختلفة مثلما نرى في العقود المدنية، فيكفي أن يتبع أطراف الاتفاق سياسة مشتركة من شأنها تقييد المنافسة دون الإلتزام قانوناً، إذ يحتفظ الأطراف بإمكانية تغيير الرأي ، لذا يمكن أن يكون إتفاقاً أو تعهداً

المعنوية أو الطبيعية أو أكثر من المتعاملين في سوق أو سلعة أو خدمة معينة.....على أن تكون هذه في السوق محكومة بقواعد المنافسة الحرة"¹، و عليه فإن الحضر لهذه الاتفاقيات يكون عندما تهدف هذه الأخير لعرقلة حرية المنافسة و الإخلال بقواعد السوق، لكن لقيام هذه الوضعية المحضورة المتمثلة في التواطؤ يجب توفر شروط.

02-شروط قيام اتفاقيات التواطؤ:

لا يمكن الحكم على أن أي اتفاقية في السوق بأنها تواطؤ تمس بحرية المنافسة، إلا بعد استخلاص الشروط التي نصت عليها المادة 06 من الأمر 03/03 المعدل و المتمم المتعلق بالمنافسة، حيث استخلص وجود شرطين للحكم على ان الاتفاقية تشكل تواطؤ وهما:

أ- وجود اتفاق تواطؤي:

من شروط الاتفاق أن يأخذ الصفة الجماعية سواء كان ثنائياً أم متعدد الأطراف، مما يدل على توافق إرادتين أو أكثر لإحداث أثر يمس بالمنافسة بشكل سلمي، أكده القضاء الفرنسي عندما اعتبر أن كل اتفاق بين المؤسسات لتجنب مخاطر و المنافسة قصد التحكم بالسوق، يعتبر تواطؤاً².

اتسع مفهوم الاتفاقيات المحضورة و التي تشكل تواطؤ، ليشمل شروط البيع و الشراء بين الممونون و الموزعين، كذا عقود التعاون التجاري و عقود الضمان، عقود الإذعان ... و غيرها، تكون هذه الأخيرة و فقا للقواعد العام للنظرية العقد صحيحة، بحيث يترتب تنفيذ الالتزامات

على engagement d'honneur ، أو إعطاء رأي أو إقتراح أو تقديم نصيحة، فإذا قبلها الأطراف أمكن وصف ذلك اتفاق، شريطة أن يكون موضوعها أو أثرها تقييد للمنافسة" جلال مسعد، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2012، ص46، نفس الشيء ما أشار إليه كتومحمد الشريف، حماية المستهلك من الممارسات المناهضة للمنافسة، مجلة "إدارة"، العدد 23، سنة 2002، ص 93.

¹ L. VOGEL, Définition et preuve de l'entente en droit français, de la concurrence, Etude de jurisprudence récente, la semaine juridique 65eme année , N048 du 28 novembre 1991. p 96.

² T. GRANIEN, Revue trimestrielle de droit commercial et droit économique, TOME XXXX, 1 ère année, 1991, p 371

بالنسبة لأطرافها¹، لكن الإشكال المطروح هو إثبات هذه الاتفاقية خاصة إذا كانت ضمنية، أين أعتد بالأدلة و القرائن التي تثبت في مجملها أنها اتفاق محصور².

كما تكون هذه الاتفاقيات المقيدة للمنافسة في شكلين هما: الاتفاقيات الأفقية التي تكون بين مجموعة من التجار المستقلين و المتنافسين على تنظيم معين من أجل تفادي المنافسة القائمة بينهم أو بين الغير³، و الاتفاقيات العمودية التي تكون على عدة مستويات و موزعين يعملون في مستويات أدنى مقارنة بمراكزهم، حيث تقتضي فرض سعر معين على الموزع مما لا يسمح له بتحديد هامش الربح⁴، لكن الأكثر شيوعا هي عقود التوزيع و البيع الإستثنائي، بالإضافة إلى عقود البيع التمييزي⁵.

أما في يتعلق بأطراف هذه الاتفاقيات فقد ركز المشرع على "صفة المتعاقد" التي يتحلى بها الأشخاص سواء كانوا طبيعيين أو معنويين، كما يشترط لوجود التواطؤ توفر عنصر مادي يمثل المساس بحرية المنافسة و تقيدها.

ب- إخلال اتفاق التواطؤ بالمنافسة:

للحكم على الاتفاقات أنها تواطؤ، ينبغي البحث في الآثار التي ترتبها هذه الأخيرة على حرية المنافسة و السير الحسن للسوق، فإذا أخلت بالمنافسة سواء بالحد منها أو إبعادها أو إعاقتها أو أبعاد المتنافسين و الحد من حرية الدخول إلى السوق⁶، طبقا لما جاء في نص المادة 06 من الأمر

¹ A. GUEDJ, Pratique du droit de la concurrence national et communautaire, LITEC, Paris, 2000, p 28.

² تيورسي محمد، المرجع السابق، ص 139.

³ ملحم أحمد عبد الرحمان، التقييد الأفقي للمنافسة مع التركيز على اتفاق تحديد الأسعار، دراسة مقارنة، مجلة الحقوق، العدد 04، الكويت 1995، ص 08.

⁴ للإشارة فقد تم التطرق إلى الاتفاقيات العمودية في تقرير منظمة التجارة العالمية لسنة 1997 الخاص بالتجارة و سياسة المنافسة، التي أطلقت عليها تسمية التقييدات العمودية للسوق بأنها:

"Les restrictions verticales du marché " Les arrangements contractuels qui lient les entreprises aux étapes successives de la chaîne de distribution " , Rapport annuel de l'O.M.C pour 1997 dossier spécial, le commerce et la politique de la concurrence, books.google.dz, p 32 .

⁵ R. GALENE, Droit de la concurrence et pratique anticoncurrentielles, EFE, Paris, 1999, p 130

⁶ ناصري نبيل، المركز القانوني لمجلس المنافسة بين الأمر 06/95 و الأمر 03/03، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2004، ص 64.

03/03 المعدل و المتمم المتعلق بالمنافسة¹، الذي يقضي بجواز كل الاتفاقات داخل السوق إلا إذا كانت مقيدة للمنافسة بالعرقلة و الحد و الإخلال، التي تدخل ضمن مصطلح اوسع هو تقييد حرية المنافسة²، أين يتدخل القانون لمنع هذه الاتفاقيات و يمنع تنفيذها حتي ولو كانت صحيحة طبقا لقواعد العامة للعقد، لكنها بمجرد تقييدها للمنافسة تلغي مباشرة و تمنع من التنفيذ، ما يؤكد توجه القوة الملزمة لمطابقة مقتضيات المنافسة.

في هذا الصدد فإنه يشترط للتدخل ضد هذا الاتفاق الذي يعتبر تواطؤ، توفر علاقة السببية بين الاتفاق الذي تم إبرامه وإمكانية عرقلة حرية المنافسة، وإلا فلا يمكن التدخل لأن الاتفاق في الأصل هو عمل مشروع، لكن لا يشترط أن يكون قد عرقلة أو قيد المنافسة فعلا، بل يكون فقط محتملا³، على هذا الأساس ذهب مجلس المنافسة الفرنسي إلى حظر كل الاتفاقيات التي يكون الغرض منها تقييد للمنافسة، حتى ولو لم يكن لها أثر في ذلك، كذا الاتفاقيات التي قد ينجم عنها الإخلال بالسير الحسن للمنافسة أو يحتمل ذلك مهما كان الغرض منها⁴، ما دفع بالمشروع الفرنسي للتوسيع من الاتفاقيات التي تكون محل تواطؤ بمجرد احتمالها الإخلال بالمنافسة، كما لا يمكن للأطراف الاحتجاج قصد الإفلات من هذا الحضر⁵، فبجرد استخلاص الهدف الغير المشروع من عبارات الاتفاق يكفي لحضرة حتي ولو كان حصوله غير محقق، قصد ضمان السير الحسن للسوق و ضمان للمنافسة و حماية المستثمرين و المتعاملين الاقتصاديين، و جب على الهيئات

¹ و في ذات السياق ذهبت المادة **L.420-1** من قانون المنافسة الفرنسي و التي تنص على أنه :

"Sont prohibées, même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à .. " .

² G. Michel, Phi. LAURENT, Traité d'économie et de droit de la concurrence, PUF, Paris, 1983, p 37 et 38.

³ مخناشة أمنة، أليات تفعيل مبدأ حرية المنافسة، دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري و الفرنسي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة باتنة¹، 2017/2016، ص 150.

⁴ M. Chantal BOUTARD et G. CAVINET, Droit français de la concurrence, LGDJ, Paris, 1994, p 46.

⁵ Ro. BOUT et autres, Lamy droit économique ; Commerce, distribution, consommation, éd Lamy, Paris, 2009, p 380.

المختصة دراسة هذه الاتفاقيات بشكل عميق لمدى تأثيرها الحقيقي لا النظري على المنافسة و السير الحسن للسوق، و لا يكفي فقط الاحتمال للحكم عليها من الناحية العملية لا الخيالية¹.

يمكن لهذه الاتفاقيات المقيدة للمنافسة و التي تعتبر تواطؤ، أن تكون بأشكال و نماذج مختلفة تختلف باختلاف أهدافها، أو القطاع أو النشاط الاقتصادي و السوق التي ينشط به هؤلاء المتعاملون أو المتعاقدون، فنجد منها من تهدف إلى خفض عدد المنافسين بصفة أولى، للحد من الدخول إلى السوق أو منع ممارسة نشاط تجاري معين، عبر تقليص و مراقبة الإنتاج و منافذ التسويق أو الاستثمارات و اقتسام الأسواق و مصادر التمويل، عبر تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات تجاه المنافسين الآخرين مما يحرمهم من منافع المنافسة و المشاركة فيها، مثل اتفاقيات تحديد أسعار السلع و الخدمات، عقود إجبارية عبر قبول خدمات إضافية ليست لها علاقة بموضوع العقد..... و غيرها²، إلا أن قانون المنافسة لم يكتفي بمنع هذه الاتفاقيات التي تقييد حرية المنافسة و الدخول إلى السوق، بل توسع إلى أكثر من ذلك من خلال منع العقود الإستثنائية.

ثانيا- العقود الإستثنائية

يقصد بالعقود الإستثنائية في معناها العام كل عقد يسمح لمعامل أو مؤسسة بالاستئثار بالسوق بغرض فرض قيوده على المتعاملين الآخرين، سواء في مجال الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات و الاستيراد، و هو ما اعتبره المشرع من الممارسات المحضورة نظرا لتقييده حرية المنافسة الحرة، تطرقت إليه المادة 10 من الأمر 03/03 المعدل و المتمم: كذا المادة 11 بموجب القانون 12/08³ المعدل للأمر السابق، على خلاف المشرع الفرنسي الذي لم يخصص له مادة ضمن

¹ عياد كرافة أبو بكر، الإتفاقيات المحضورة في قانون المنافسة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة وهران، 2013/2012، ص 38.

² حدون حسن، تراجع مبدأ القوة الملزمة للعقد، دراسة مقارنة في ظل التشريعات الخاصة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2021/2020، ص 97.

³ القانون 12/08، المعدل و المتمم للأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة، ج ر ج ج، عدد 11، صادرة بتاريخ 02 يوليو 2008.

قانون المنافسة، و اعتبره من الاتفاقيات المحصورة طبقا للمادة L.420 من القانون التجاري الفرنسي¹، قصد التدخل و منع تنفيذها ما يعتبر مساس بالقوة الملزمة للعقد، و لهذا وجب تحديد المقصود بالعقد الإستثنائي (01) ، ثم مدى تأثيره على حرية المنافسة و الدخول للسوق (02).

01-المقصود بالعقد الإستثنائي:

يظهر بداية أن المشرع الجزائري عند حظره للممارسات المقيدة للمنافسة بما فيها العقد الإستثنائي، لكن لم يتطرق إلى تعريف محدد لهذا الأخير²، بحيث تطرق إليه الفقه بشكل عام وعرفه على أنه: " كل اتفاق يقوم بمقتضاه أحد طرفيه المتمثل في الموزع بالتعهد للممون أن يقتصر شراؤه لبعض المنتوجات من طرفه و حسب دون غيره"³، هذا التعريف كان دافع للمشرع الجزائري ليقدم تعريف للعقد الإستثنائي أو "عقد الشراء الإستثنائي"، من خلال المادة 10 قبل التعديل و نفس المادة بعد التعديل من الأمر 03/03 المعدل و المتمم، بحيث اعتبره على أنه: " كل عقد أو عمل مهما كانت طبيعته و موضوعه يسمح لمؤسسة بالاستئثار....."، لكن رغم هذا التعريف بقي العمل به غامض كون هذا التعريف لم يتطرق إلى تحديد أركانه و صورته، بل اكتفي بذكر آثار هذه الممارسة كونها مقيدة للمنافسة و تحتكر السوق، لكن يمكن تقديم تعريف أدق و أوضح للعقد الإستثنائي من خلال تحليل المادة السابقة، إذ يعتبر العقد الإستثنائي على

¹ le même article de l'ordonnance 03-03 a été modifié par la loi de 2008, il pré voyait; «est considéré comme pratique ayant pour effet...à son titulaire un monopole de distribution sur un marché » et selon l'article 10 «est considérée comme pratique ayant pour effet...conférant une entreprise une exclusivité dans l'exercice d'une activité qui » donc le terme de monopole de distribution n'est pas repris par le nouvel article 10 qui vise plus généralement «toute exclusivité dans l'exercice d'une activité », **M. MEKKI**, Droit de la concurrence, éd Berti, Alger, 2013, p 129.

² بالمثل بالنسبة للمشرع الفرنسي، لكن نجد الإتحاد الأروبي تطرق إليه بأنه: " كل إلترام مباشر أو غير مباشر يفرض على المورد بيع منتوجاته أو خدماته المحددة في العقد، لموزع متواجد داخل الإتحاد الأروبي":

Article 1er du règlement C.E n° 2790/99 de la commission du 22 déc 1999, J.O.C.E, n° L 336 du 29 déc 1999. Le règlement d'exemption par catégorie n° 1984-83 du juin 1983 expirant au 31 décembre 1997 qui a été prorogé au 31 décembre 1999 définit et ne s'applique le contrat d'achat exclusif qu'aux ; «accord aux quels ne participent que deux entreprises dans les quelles l'une, le revendeur, s'engage vis-à-vis de l'autre, le fournisseur, à n'acheter dans le but de la vente , certains produit spécifiés dans l'accord, qui' à celui-ci, à une entreprise liée a lui, ou à une entreprise tierce qu'il a changée de la distribution de ses produits », **A. TERCINET**, Droit européen de la concurrence opportunité et menaces, Montchrestien, éd Gualino, Paris, 2000, p 167

³ «Accords par lesquels l'une des parties, le distributeur, s'engage vis-à-vis fournisseur, à n'acheter certains produits qu'à celui-ci », **R. GUILLIENT et H. VINCEN**, Lexique des termes juridiques, 17 éd, Dalloz, Paris, 2010, p 25.

أنها " العقود و الأعمال الإستثنائية من الممارسات المقيدة للمنافسة، التي تسمح لمؤسسة أو متعامل اقتصادي ما الاستئثار بالسوق، من خلال التحكم في الإنتاج، التوزيع، الخدمات، الاستيراد"¹.

02-إخلال العقد الإستثنائي بالمنافسة:

من أجل اعتبار العقد الإستثنائي من الممارسات المنافية للمنافسة، وحتى يتسنى لكل من المشرع و القاضي التدخل لمنع تنفيذه و منع أثره، يجب أن يخل بحرية المنافسة و السير الحسن للسوق، طبقا للمادة 10 من الأمر 03/03 المعدل و المتمم المتعلق بالمنافسة²، و بهذا يكون منع التنفيذ للعقد الإستثنائي مقترن بضرورة الإخلال بحرية المنافسة و الحد من دخول المتنافسين الجدد للسوق³، وهذا ما أقره مجلس المنافسة و سلطة ضبط المحروقات الذي كرسه في القرار رقم 2015/20 في قضية السيد دوخانجي ضد شركة سوناطراك نتيجة تطبيقها لأسعار تفضيلية⁴، ما يناقض مبدأ حرية المنافسة.

يرتبط هذا النوع من العقود بمنطق القوة و التمتع بمركز اقتصادي في السوق، ولهذا يسعى المشرع إلى منع هذه العقود التي تؤثر على المنافسة و حرية الدخول إلى السوق، حتى لا يسمح للمتعامل القوي في السوق امتلاك القوة الاقتصادية التي تمكنه التحكم فيه، لكن المشرع لضمان أكثر للمنافسة الحرة توسع أكثر عبر منع كل الاتفاقيات و العقود المقيدة للمنافسة، خاصة مع ظهور ما يعرف بالتجميعات الاقتصادية التي تعتبر أخطر من الاتفاقيات السابقة.

1 تم إستنتاجه من خلال تحليل المادة 10 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم.
2 يجدر الإشارة إلى أن عبارة "المنع" التي وردت في نص المادة 10 من الأمر 03/03 بالعربية، يقابلها باللغة الفرنسية كلمة "Prohibées" بينما المصطلح الأصح هو "Tinterdiction"، و لهذا عدلها المشرع الجزائري من أجل المعنى الأدق.
3 Rachid. Zouaimia, Op. Cit, p 131
4 للمزيد أنظر القرار رقم 2015/20 الصادر عن مجلس المنافسة بتاريخ 16 أفريل 2015، في قضية رقم 2013/49، بين السيد دوخانجي ضد كل من شركة سوناطراك و سلطة ضبط المحروقات المرفوعة أمام مجلس المنافسة، يشتمل من خلاله قضية الممارسات المقيدة للمنافسة التي أقدمت عليها شركة سوناطراك أدت إلى عرقلة حرية المنافسة في سوق توزيع المزلقات، وفقا للمادة 10 من الأمر 03/03 المعدل و المتمم المتعلق بالمنافسة، بإتخاذها قرار إعادة شركة نفضال مزرعا حصريا للمزقات و تطبيقها لأسعار تفضيلية لصالح شركة نفضال على غرار الموزعين الخواص، لا سيما و أن المادة 13 من نفس الأمر السابق، تبطل كل إلتزام أو إتفاقية أو شرط تعاقدية يتعلق بإجدي الممارسات المحصورة و المبينة أعلاه، النشرة الرسمية للمنافسة، العدد09، ص 57.

ثالثا- التجميعات الاقتصادية الماسة بحرية المنافسة

التجميعات الاقتصادية أهم مميزات الاقتصاد الحديث، تعتبر سلاح ذو حدين في تحقيق الفعالية الاقتصادية أو تراجعها، بحيث يقاس ذلك من خلال مدى تأثيرها على حرية المنافسة و الدخول إلى السوق، ولهذا نجد المشرع خصص لها جزء من قانون المنافسة قصد تنظيمها و ضمان تحقيقها للفعالية الاقتصادية على تراجعها، ولهذا وجب العرج على مفهوم التجميعات الاقتصادية (أ)، ثم شروط مساسها بالمنافسة (ب).

01-المقصود بالتجميعات الاقتصادية

حدد المشرع الجزائري التجميعات الاقتصادية بموجب المادة 15 من الأمر 03/03 المعدل و المتمم المتعلق بالمنافسة، على غرار المشرع الفرنسي بالمادة L.430-1 من القانون التجاري الفرنسي، على أنها تتم إذا " اندمج مؤسستان أو أكثر كانوا مستقلين من قبل، قصد حصول شخص أو عدة أشخاص طبيعيين لهم نفوذ على مؤسسة على الأقل، بحيث يمكن المؤسسة أو عدة مؤسسات على مراقبة مؤسسة أو عدة مؤسسات أو جزء منها، بصفة مباشرة أو غير مباشرة، عن طريق أخذ أسهم في رأس المال أو عن طريق الشراء عناصر من أصول المؤسسة أو بموجب عقد أو بأي وسيلة أخرى، إنشاء مؤسسة مشتركة تؤدي بصفة دائمة جميع وظائف مؤسسة اقتصادية مستقلة"، كما عرف الفقه التجميع الاقتصادي على أنه " ظاهرة اقتصادية يتم بموجبها نمو حجم المؤسسات من جهة، و بانخفاض عدد المؤسسات التي تعمل في السوق من جهة أخرى"¹.

يستخلص من هذين التعريفين السابقين أن المشرع اعتمد على معيارين للحكم على انه تجميع اقتصادي، الأول من خلال تحديد الوسيلة المستخدمة في الاندماج، و الثاني يتمثل في النتيجة المتوصل إليها و المتمثلة في نقل سلطة الرقابة و السيطرة، كذا الأهداف المرجوة من التجميع

¹ حسن ذكيلي، قانون حماية المنافسة ومنع الاحتكار، دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي والأوروبي، دار النهضة العربية، 2006، ص 254.

وتركيز القوة الاقتصادية للمؤسسات الاقتصادية، التي قد تسيطر على السوق وتقضي على المتنافسين الآخرين، ولهذا الأصل أنه لا يوجد تجميع اقتصادي من دون موافقة مسبقة من مجلس المنافسة، وبشروط مسبقة لضمان هدف الفعالية الاقتصادية¹.

02- شرط مساس التجميعات الاقتصادية بالمنافسة:

يتجلى من خلال المادتين 17 و 18 من الأمر 03/03 المعدل و المتمم المتعلق بالمنافسة، أن المشرع الجزائري لم يضع أي قيد على التجميعات الاقتصادية، إلا فيما يتعلق بنسبة الاستحواذ على السوق بحيث يجب أن لا تتجاوز 40%، كما يمكن أن يجيزها بترخيص مسبق من السلطة المختصة في حالة إذا رأي أنها ممكن أن تحقق فعالية اقتصادية²، لكن منع كل التجميعات التي من شأنها المساس و التأثير السلبي على المنافسة وحرية الدخول إلى السوق، خاصة أن هذه التجميعات تشجع و تعزز وضعية الهيمنة في السوق، يعني أن منع هذه التجميعات يخضع للتأثير السلبي على المنافسة و حرية الدخول إلى السوق، الذي يخضع لتقدير سلطة مجلس المنافسة³.

من خلال كل ما سبق يتضح أن لقواعد المنافسة و الضبط الاقتصادي تأثير كبير على مبادئ النظرية العامة للعقد في مرحلة التنفيذ، بحيث أصبحت القوة الملزمة تؤدي وظيفتها الجديدة تتمثل في تحقيق المصلحة العامة النابعة عن إرادة المشرع، بذل تحقيق المصلحة الخاصة النابعة عن إرادة المتعاقدين، من خلال توجيه العقود وفق مقتضيات السوق المفتوح على المنافسة، مما يضمن تنفيذها لتحقيق الفعالية اللازمة، عبر فكرة مرونية القوة اللازمة للعقد التي تضمن هذا تدخل في العلاقة العقدية لكل من السلطات الضبط الاقتصادية و القاضي باسم النظام العام التنافسي و

¹ قاية صورية، المرجع السابق، ص 149.

² أحسن مثال للتجميعات الاقتصادية مجمع سيفيتال الذي كان بترخيص من طرف السلطة المختصة: " إن المراقبة التي تخضع لها وجوبا مشاريع التجميع و التجميعات التي حققت العتبة المذكورة أو تهدف إلى تحقيقها ترمي إلى متابعة الهياكل الاقتصادية، و التدخل إحتياطيا عندما يتبين من دراسة هذا النوع من العمليات دراسة معمقة أنها تحول أو قد تحول دون المحافظة على منافسة فعالية في السوق"، رأي رقم 02 سنة 2001، صادر عن مجلس المنافسة الجزائري، المؤرخ في 07 أكتوبر 2001، المتعلق بإخطار مجمع "سيفيتال"، أنظر الموقع الإلكتروني التالي: www.conseil-concurrence-dz

³ P. DECHAMP, Concentration à dimension locale ; expérience internationales actes du colloque sur ; la gestion pratique des opérations, Paris, 05 Juillet 2016, p 17.

الضبطي، لكن التساؤل المطروح كيف يتم هذا التدخل الذي فيه فاعلين جدد وماهي الإجراءات التي يضمن بها تدخلها في ظل الشرعية حتى تضمن الغاية المرجوة من ذلك.

المطلب الثاني

التدخل الإجرائي ضمان لتأدية الوظائف الجديدة للقوة الملزمة

لقد نتج عن قصور مبادئ النظرية العامة للعقد في ضمان تنفيذ العقد، تغلغل قواعد المنافسة و الضبط الإقتصادي لسد هذا القصور، كانت سبب في تغيير في فلسفة القوة الملزمة للعقد من القداسة "العقد شريعة المتعاقدين"، إلى المرونية التي تسمح بتدخل المشرع والقاضي وحتى سلطات الضبط الاقتصادي في العلاقة العقدية، لتوجيهها وفق مقتضيات السوق المفتوح على المنافسة باسم النظام العام التنافسي و الضبطي، بوسائل جديدة غير مألوفة ضمن القواعد العامة لنظرية العقد، لتدعيم وفاء المتعاقدين بالالتزامات التعاقدية على الوجه الذي يضمن تنفيذ العقد وتحقيق الفعالية اللازمة، الأمر الذي دفع بالسلطات الضبط الاقتصادية على وجه الخصوص لإقرار آليات جديدة و فعالة تدعم بها فرصة الوفاء بالالتزامات وتضمن تنفيذ العقد، بحيث تحقيق المصالح العامة و الخاصة كانت في شكل إداري (الفرع الأول)، أيضا المشاركة مع القاضي لتطويع العقد للحد الذي يضمن تنفيذه (الفرع الثاني).

الفرع الأول

قصور مبادئ العامة للعقد في ضمان تنفيذه: دافع للتدخل الإداري

لقد اتسمت النظرية العامة للعقد بالثبات و الاستقرار نظرا لتكاملية و شموليتها مبادئها، بحيث لا يسمح لتدخل من غير أطراف العقد في العلاقة التعاقدية، مما يضمن قداسة القوة الملزمة للعقد، لكن قصور هذه الأخيرة في ضمان تنفيذ العقد في ظل السوق المفتوح على المنافسة، بعد الإختلال الواضح في المركز القانونية نتيجة صعوبة وفاء المتعاقدين بالتزاماتهم و واجباتهم التعاقدية، فتح المجال لتدخل التشريعي و القضائي لإعادة التوازن و ضمان تنفيذ العقد "أولا"، تبعه تدخل إداري لإعادة التوازن التعاقدية من طرف سلطات الضبط المستقلة "ثانيا".

أولاً: محدودية آليات القواعد العامة في ضمان تنفيذ العقد:

القوة الملزمة للعقد وفقاً للمذهب الفردي ناتجة عن الإرادة الحرة للمتعاقدين، تكسب قوتها الإلزامية من الثقة المتبادلة بينهم على أساس أن كل واحد منهم سيلتزم بما عليه لضمان تنفيذ العقد، لكن مع التطورات العلاقات التعاقدية الناتجة عن التطور الاقتصادي، أصبح لا ينفذ العقد لعدة اعتبارات أخرى إما إعسار المتعاقد الناتج عن إفلاسه أو عدم قدرته، حدوث ظروف طارئة خارج عن إرادة المتعاقدين..... وغيرها، لكن المشرع ورغم ذلك حرص على مراقبة المتعاقدين بحيث يجبرهم على تنفيذ التزاماتهم لضمن تنفيذ العقد، من خلال منح الدائن مجموعة من الآليات والإجراءات من أجل إجبار المدين على تنفيذ العيني للالتزامات نصت عليه المادة 164 من ق.م.¹

لأن تنفيذ العقد بالمعنى الواسع هو ضمان تنفيذ السياسة الاقتصادية للدولة، فإذا كان التنفيذ على أحسن وجه كان بذلك نجاح الخطة والهدف الاقتصادي للدولة، وبمفهوم المخالفة إذا لم يتم التنفيذ العيني كان فشل الخطة والسياسة الاقتصادية، ومن أجل ذلك حرص المشرع على التنفيذ العيني للعقد، من خلال إقرار المسؤولية عدم التنفيذ أو التأخير في التنفيذ، بحيث ينشأ العقد في إطار الاقتصاد المخطط التزاماً بالتنفيذ العيني، والدولة بصفقتها متدخلة تجبر الأفراد على ذلك، إذ يعد التنفيذ العيني السبيل المناسب لمثل هكذا عقود نظراً للطبيعة العامة لها وأهداف التخطيط الاشتراكي، لكن بمفهوم المخالفة تعارض ذلك مع متطلبات السوق في ظل الدولة الضابطة أين أصبح التنفيذ العيني ليستطيع ضمان مقتضيات السوق والتحكم فيه.²

أدت إلى ذهاب بعض الفقه الكلاسيكي³، إلى اعتبار أن مثل هذه العقود الموجهة للغاية الاقتصادية والاجتماعية يجب الوفاء بها، لكن بالاحتكام للقواعد العامة نجد أنه لا يوجد ضمان

¹ من خلال المادة 164 من ق.م يفهم على أنه "يجبر المدين بعد إعداره طبقاً للمادتين 180 و 181 على تنفيذ إلتزاماته تنفيذاً عينياً، متى كان ذلك ممكناً".

² حجازي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 300-301.

³ M.Sobhy khalil.op.cit.p93.

لوفاء بها، نظرا لمحدودية أو قصور وعدم فعالية الآليات الضامنة لذلك التنفيذ، المتمثلة سواء بالتنفيذ العيني أو التنفيذ بالمقابل، هذا الأخير لا يلائم هذه العقود لأنها ترتبط ارتباطا وثيقا بالتنفيذ الأصلي و العيني للالتزام، وهذا ما دفع بالمشرع إلى البحث عن وسائل أكثر فعالية، للقضاء على التماطل في التنفيذ و الابتعاد عن الإجراءات القضائية المعقدة الواجب اللجوء إليها قصد التنفيذ الجبري سواء المباشرة أو الغير المباشرة، كل هذا لا يتفق مع منطق السوق و التعاملات الاقتصادية التي تخضع للسرعة في التنفيذ، من أجل ضمان تحقيق المصلحة العامة عبر تنفيذ السياسة الاقتصادية للدولة.

تظهر محدودية التنفيذ العيني من خلال التردد في الاعتراف بآليات صارمة من أجل ضمان التنفيذ، فنجد أن اللجوء إلى الآليات المكرسة ضمن القواعد العامة، هي في حد ذاتها تماطل و تعطيل للتنفيذ، نظرا للإجراءات الإدارية و القضائية المعقدة و المطولة، المتمثلة في الدعاوي التي تحمي الضمان العام، و الجزاء المترتب عن عدم تنفيذ العقد، كالفسخ وعدم التنفيذ، التنفيذ الجبري، التنفيذ عن طريق التعويض¹، فنجد مثلا طبقا للقواعد العامة في الضمان العام في وفاء المدين بالتزاماته، أن جميع أموال هذا الأخير تعتبر ضمانا للوفاء بدونه اتجاه الدائن طبقا للمادة 1/188 من ق.م، إلا ما استثني بنص و هو اضمأن الخاص الذي يخص لأحد الدائنين كرهن الكفائي، لكن يعاب عليه أن المدين لا تغل يده في التصرف في هذه الأموال، إلا بعد أن يشهر إفلاسه، ما يمكنه من التصرف فيها، فنجده قد يهبها إلى الغير قصد التهرب من الوفاء بالدين و تنفيذ العقد²، مما يؤدي إلى إضعاف الضمان العام.

1 للمزيد أكثر أنظر المواد من 164 إلى 187 من ق.م.

2 السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر و الأخير، التأمينات الشخصية و العينية، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1967، ص935، للمزيد أكثر كذلك السعدي محمد صبري، النظرية العامة للإلتزامات- أحكام الإلتزام، دار الهدى- عين مليلة- الجزائر، 2010.

حاول المشرع تدارك هذا النقص في القواعد من خلال تكريس ثلاث دعاوى من أجل المحافظة على الضمان العام، تمثلت في الدعوى الصورية طبقاً للمواد من 198 إلى 199 من ق.م، الدعوى البوليصية أو عدم النفاذ من المواد 191 إلى غاية 197 من نفس القانون، ودعاوى غير مباشرة من المواد 189 إلى 190 من نفس القانون دائماً، التي يرفعها الدائن أمام القضاء لضمان استيفاء حقه¹، لكن بالتمعن في هذه الوسائل هي وسائل لاستيفاء الحق وليس لتنفيذ العقد، كما إنها معقدة الإجراءات و طويلة المدة، وبالرغم أنها وسائل حماية لكنها تعد متأخرة، نظراً أن الدائن لا يلتجئ إلى الدعوى الصورية وغير المباشرة، كذا دعوى عدم نفاذ التصرف إلا بعد إعسار المدين أو الزيادة في إعساره، أي أن الهدف تغير من تنفيذ العقد إلى إنقراض ما يمكن إنقاضه من أموال المدين التي تعتبر وفاء للدائن، كما تعتبر كل هذه الوسائل سواء للتنفيذ العيني أو عن طريق التعويض، ووسائل علاجية وليس وقائية²، عن طريق التدخل القضائي للإجبار المدين المتعاس عن تنفيذ التزاماته إجبارياً لا اختيارياً، لكن القاضي عند تطبيقه لا يهتم بتنفيذ العقد أو الفعالية الاقتصادية، إنما يكتفي بتطبيق القانون.

من خلال هذا نجد أنه طبقاً للقواعد العامة فإن القانون منح للدائن حق ضمان عام على دمة مدينه، لكن بوسائل غير فعالة لا تضمن تنفيذ العقد واستقراره، نظراً لتدخلها المتأخر مما قد يمنح للمدين فرصة الإفلات من تنفيذ التزاماته، خاصة أنه الدائن لا يمكن له الاطلاع على الذمة المالية ونشاط مدينه على الوجه الأدق، مما يمكن له التصرف والمطالبة بالتنفيذ قبل إعسار مدينه، كما إن كل الوسائل المتاحة ووسائل علاجية لاحقة على تنفيذ العقد، لا تجدي نفعاً ولا تحقق الهدف المنشود من العقد، خاصة و أنا العقد أصبح الوسيلة التي تعتمد عليها الدولة في تسيير و توجيه سياستها الاقتصادية، لكن عدم تنفيذ العقد و زواله يعني عدم تنفيذ السياسة الاقتصادية للدولة، هذا ما جعل المشرع يتدخل بجانبه الإداري من أجل مرافقة تنفيذ العقد، كمسألة وقائية سابقة و لاحقة، عكس أليات القواعد العامة للعقد.

¹ نبيل سعد إبراهيم، المرجع السابق، ص 96.

² نبيل سعد إبراهيم، المرجع نفسه، ص 96.

ثانيا: الرقابة الإدارية لضمان تنفيذ العقد:

بعد تأكيد قصور و محدودية آليات التنفيذ ضمن القواعد العامة، في ضمان تنفيذ العقد و تحقيق المصلحة منه سواء كانت خاصة أو عامة، أدت إلى غياب الفعالية الاقتصادية التي تسعى الدولة الضابطة لتحقيقها من خلال ضبط السوق عن طريق العقد، منحت لسلطات الضبط المستقلة حق ممارسة رقابة إدارية خاصة في النشاطات الاستراتيجية، تكون احترازية مستمرة عبر فرض توفر شروط مسبقة في صفة المتعاقد، للتأكد من مدى قرته على الوفاء بالتزاماته لضمان تنفيذ العقد و بذلك تحقيق الهدف الاقتصادي المنشود، تكون في عدة مجالات نكتفي بالتطرق إلى مجال التأمين (01) و المجال المالي أو المصرفي (02)، و يكون نفس الأسقاط على المجالات الأخرى الخاضعة للضبط الاقتصادي لكن حسب درجات تفعيل هذه السلطات.

01-رقابة لجنة الإشراف على التأمينات كضمان تنفيذ العقد التأميني:

لكن قبل التطرق إلى دور لجنة الإشراف على التأمينات، يجب توضيح المقصود بها في القانون الجزائري (أ)، ثم دورها في ضمان ضبط السوق وتنفيذ العقود (ب).

أ- المقصود بلجنة الإشراف على التأمينات:

تم تأسيس هذه اللجنة بموجب القانون 04/06 المعدل لقانون التأمين، حيث نصت المادة 26 منه على أنه: تعدل المادة 209 من الأمر 07/95 و تحرر كما يلي " تنشأ لجنة الإشراف على التأمينات التي تتصرف كإدارة رقابة بواسطة الهيكل المكلفة بالتأمينات لدى وزارة التأمينات و تمارس رقابة الدولة على نشاط التأمين و إعادة التأمين من طرف لجنة الإشراف على التأمينات المذكورة أعلاه...."¹.

¹ المادة 26 من القانون رقم 04/06، المؤرخ في 20/02/2006، ج. ر. ج. ج، عدد 15، صادرة بتاريخ 12/03/2006

انطلاقاً من هذا المضمون فإن لجنة الإشراف على التأمينات هي هيئة رقابة على نشاط التأمين في الجزائر حلت محل الوزير المكلف بالمالية الذي كان يمارس نفس الوظيفة بموجب المادة 209 من الأمر 07/95 " يعتبر تطوراً كبيراً في تنظيم نشاط التأمين، فبعد أن كانت السلطة التنفيذية هي التي تشرف على تنظيمه ورقابته حيث تم تفويض هيئة أخرى للقيام بنفس المهمة، ولجنة الإشراف على التأمينات هي التي تؤدي هذه الوظيفة الرقابية وعلينا أن نسعى إلى تحقيق الأهداف التالية:

- حماية مصالح المؤمن لهم والمستفيدين من عقد التأمين عبر السهر على شرعية عمليات التأمين، و على يسار شركات التأمين أيضاً.
- ترقية و تطهير السوق الوطنية للتأمين قصد إدماجها في النشاط الاقتصادي و الاجتماعي¹.

ليتم بعدها إدراجها على أنها هيئة إدارية مستقلة مكلفة بضبط سوق التأمينات، من خلال الدور التي تقدمه في ضمان تنفيذ العقود.

ب- دورها في ضمان تنفيذ العقد:

يعتبر نشاط التأمين في الجزائر من الأنشطة الحساسة التي يسهر المشرع على ضمان استمراريتها، نظراً للفعالية الاقتصادية والاجتماعية التي يقدمها، كونه لا يقتصر على أنه نظاماً يوفر الأمان من المخاطر المحتملة، وإنما يعد و سيلة للأثمان و تكوين رؤوس الأموال مما يجعله نشاطاً اقتصادياً بامتياز، يضبطه المشرع عن طريق تقنية العقد عبر ضمان تنفيذ هذا الأخير، الذي لا يكون إلا بالمرافقة الإدارية التي تضمن تنفيذه، من خلال الرقابة المستمرة على ممارسي نشاط التأمين²، من خلال فرض شروط مسبقة على شركات التأمين المعتمدة للتأكد من قدرتها على الوفاء بالتزاماتها

¹ إرزيل الكاهنة، المرجع سابق، 107.

² فارح عائشة، ضبط نشاط التأمين في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة تيزي وزو، 2018/2017، ص 203.

اتجاه المؤمن له، لكن أن تمتلك هذه الأخيرة أموال تجعلها ذات يسار كاف لتنفيذ العقود لتلبية حاجيات طالبي التأمين، كما تطرقت إلى ذلك المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 343/96¹، و المادة 07 من المرسوم التنفيذي 08 / 113 السابق الذكر، الذي يسمح للجنة الإشراف على التأمينات بالمطالبة بالخبرات لتقييم الكلي أو الجزئي للأصول أو الخصوص المرتبطة بالالتزامات التنظيمية لشركة التأمين وإعادة التأمين، و فروع الشركات الأجنبية التي يتولاها مفتشي التأمين المحلفين على النحو المذكور في المادة 212 من الأمر 04/06 المتعلق بالتأمينات، و تشمل الرقابة التي تؤديها هذه اللجنة في ضبط سوق التأمين ما يلي:

- مراقبة شركات التأمين وإعادة التأمين و وسطاء التأمين للأحكام التشريعية و التنظيمية المتعلقة بالتأمين وإعادة التأمين.
- مراقبة مدى تنفيذ الهيئات التأمينية لالتزاماتها المبرمة في إطار عقود التأمين لا سيما القدرة على الوفاء.
- التحقق من المعلومات حول مصدر الأموال التي أنشئت بها شركة التأمين وإعادة التأمين، وكذا تلك التي زادت من أرباحها².
- أيضا يمكن للجنة الإشراف على التأمينات بغرض حماية حرية المنافسة و ضبط سوق التأمينات، من أجل حماية المصالح الخاصة للمؤمن لهم، مراقبة تحويل محفظة العقود خلال عملية تجميع الشركات التي تدخل ضمن التجميعات الاقتصادية، كذا مراقبة الحالة المالية للشركة التي تسمح لها بالوفاء بالتزاماتها³، كما جاء في المادة 229 و 241 من الأمر 04/06 التي ألزمت شركات التأمين باطلاع اللجنة عن كل تحويل محفظة كليا أو جزئيا مع حقوقها و التزاماتها للشركة، أو لعدة شركات تأمين بعد إطلاع الدائنين بالطالب و منحهم مدة شهرين لتقديم ملاحظاتهم، و بعد انقضاء المدة توافق اللجنة على التحويل إذا

1 للمزيد أنظر المرسوم التنفيذي رقم 343/96، المؤرخ في 30 أكتوبر 1996، الذي يحدد قدرة شركات التأمين على الوفاء، ج ر ج، عدد 65.

2 المادة 210 القانون رقم 04/06، المتعلق بالتأمينات، المرجع السابق.

3 عمرو جويده، المرجع السابق، ص 192.

كان مطابقاً لمصالح المؤمن لهم، كما تملك اللجنة صلاحية التدخل لإلزام محافظي شركات التأمين أو أحد فروعها بتقديم معلومات حول الهيئات التي يعملون بها، كما جاء في المادة 212 مكرر، وإذا وجدت نقائص خطيرة في هذه الهيئات يلتزم هؤلاء المحافظون بإعلام اللجنة¹.

أيضاً يجب أن تتوفر شركات التأمين على هامش الملائمة المالية أي حد القدرة على الوفاء، بجميع تعهداتها والتزاماتها اتجاه المؤمن لهم والمستفيدين من عقد التأمين، كما جاء في نص المادة 210 من الأمر 07/95 المعدل بالقانون 4/06 المتعلق بالتأمينات، وأكد على ذلك المرسوم التنفيذي رقم 115/13 المتعلق بحدود قدرة شركات التأمين على الوفاء²، بحيث تظهر القدرة على الوفاء في وجود مبلغ إضافي للأرصدة التقنية المكملة لها، ويتشكل هذا المبلغ من رأس المال المحرر أو أموال التأسيس المحررة والاحتياطات المقننة وغير مقننة من الأرصدة التقنية، التأجيل من جديد دائن أو مدين كما جاء في المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 343/95³.

ألزم كذلك المشرع من خلال المادة 226 من الأمر 04/06 المتعلق بالتأمينات، كل شركات وفروع شركات التأمين الأجنبية بأن يرسلوا إلى اللجنة الإشراف على التأمينات في كل 30 جوان من كل سنة، كأخر أجل لتحديد الميزانية والتقارير الخاص بالنشاط وجدول الحسابات

¹ بعجي أحمد، المرجع السابق، ص 398.

² عمريو جويده، المرجع السابق، ص 208.

³ لكن في الحقيقة إن يختلف الحد الأدنى لحد أو هامش شركة التأمين على الوفاء، من شركة إلى أخرى حسب الاختصاص، فبالنسبة لشركات التأمين على الأضرار وإعادة التأمين، فإن حد قدرتها على الوفاء يساوي على الأقل 15% من الأرصدة التقنية و أن لا يكون هذا الحد في أي فترة من فترات السنة، أقل من 20% من الأقساط الصادرة أو المقبولة صافية من الرسوم والإلغاءات، كما جاء في المادة 03 الفقرة الأولى من المرسوم التنفيذي 343/95، أما بالنسبة لشركات التأمين على الأشخاص، فقد أشارت المادة 03 الفقرة 02، من نفس المرسوم، على قدرة فروع التأمين على الحياة (الوفاة والزواج والولادة والرسملة) أشارت إلى قدرتها التي يجب أن تكون تساوي على الأقل 04% من الأرصدة الحسابية و 03% من رؤوس الأموال تحت الخطر غير السالبة، أما عن الفروع الأخرى، فلا بد أن يكون حد القدرة على الوفاء يساوي على الأقل 15% من الأرصدة التقنية، و أن لا يكون هذا الحد في أي فترة من فترات السنة، أقل من 20% من الأقساط الصادرة أو المنقولة صافية من الرسوم والإلغاءات، أما في حالة لم تتوفر الحد الأدنى لحد قدرة شركة التأمين على الوفاء، فلا بد على هذه الأخيرة أن تسوي وضعيتها في أجل 06 أشهر، وذلك إما برفع رأسمالها وإما بإيداع كفالة لدى الخزينة، وتسري هذا الأجل ابتداء من تاريخ التبليغ إدارة الرقابة لشركة التأمين المعنية بالعجز في القدرة على الوفاء، كما جاء في المادة 04 من المرسوم التنفيذي السابق، للتفصل أكثر أنظر عمريو جويده، المرجع السابق، ص 218.

و الإحصائيات، و كل الوثائق الضرورية المرتبطة بها التي تحدد قائمتها بقرار من وزير المالية¹، أما المادة 2/226 من الأمر نفسه فقد ألزمت شركات التأمين بنشر حصيلتها السنوية و حسابات نتائجها في جريدتين يوميتين وطنيتين تكون على الأقل إحداهما باللغة العربية.

يؤكد الفقه²، على أن الإدارة تقوم برقابة احترازية وقائية على قطاع التأمين بشأن التحقق من القدرات الكافية لشركات التأمين، التي يجب توفرها من أجل منح الترخيص باعتماد لممارسة نشاط التأمين، بحيث يكون ضمان مسبق أن هذه الشركات ستقوم بالوفاء بالتزاماتها اتجاه المؤمن لهم، وبذلك ضمان تنفيذ العقد و تحقيق الفعالية المرجوة منه، كما تضع كل محاولة للهروب أو الإفلات من تنفيذ العقد تحت طائلة العقاب و الجزاء" سنتطرق في موضوع الجزاء في الفصل القادم" ودوره في ضمان تنفيذ العقد سواء الاختيارية أو الإجماري، خاصة وأن المشرع ربط ضبط السوق و تطويره عن طريق العقد، الذي أصبح ذا قيمة اقتصادية من أجل تطوير سوق التأمين³.

01-رقابة الهيئات المسيرة للمجال المصرفي كضمان تنفيذ العقد المصرفي:

أيضا قبل التطرق إلى دور اللجنة المصرفية في ضبط النشاط المصرفي، التطرق و لو بإيجاز إلى الإطار التنظيمي و القانوني لهذه اللجنة (أ)، ثم دورها في ضمان تنفيذ العقود (ب).

أ- الإطار التنظيمي للجنة المصرفية:

تعتبر اللجنة المصرفية من أهم وسائل الضبط للنشاط المصرفي، التي أتت على أنقاض اللجنة التقنية للمؤسسات المصرفية بعد الإصلاحات التي عرفها المجال المصرفي في إطار عصنة أساليب الرقابة على الأنشطة المصرفية، بتشكيلة جماعية مختلطة مثل معظم الهيئات الإدارية المستقلة، بحيث

¹ عمرو جويوة، المرجع نفسه، ص 189.

² M. Hervieu, op.cit, p221.

³ R. Zouaimia, de l'articulation des rapports entre le conseil de la concurrence et les autorités de régulation sectorielles en droit algérien, op.cit, p 35 et 36.

نصت المادة 144 من القانون 90/10، كما تعمل بنظام الاجتماعات الدورية لمراقبة البنوك و المؤسسات المالية، في إطار ضبط السوق المصرفية ومدى تطبيق قواعد الحذر الاحترازية و الملائمة في التسيير و الالتزام بالسر المهني بحكم طبيعة الخدمات التي يقدمها و التي تمكنها من الاطلاع على أسرار المتعاملين، لضمان الفعالية الاقتصادية¹.

ب- دور اللجنة المصرفية في ضمان القدرة على الوفاء:

تعمل اللجنة المصرفية على مراقبة مدى التزام البنوك و المؤسسات المالية بإعداد الوضعيات المالية المطلوبة بموجب القوانين و التنظيمات، و تحرص على سلامة و أمن النظام المصرفي من خلال تطبيق قواعد الحذر، إذ تعتبر المراءة العاكسة للوضعية المالية للبنك أو المؤسسة المالية، واحترام قواعد الحذر أمر إلزامي في الأنشطة المصرفية، لضمان الاستقرار المالي الداخلي المتعلق بنسبة الأموال الذاتية مقارنة بالمخاطر، التي يأخذها البنك مع الزبون الواحد، وقدرته على الوفاء، كما يرجع الحرص على الرقابة عن طريق قواعد الحذر بهدف ضمان استقرار النظام البنكي بتوفر الآليات التي تمنع انهيار النشاط الاقتصادي المصرفي و الوقوع في الإفلاس، كما يعتبر من أكثر الأنشطة الاقتصادية الحيوية، و انهياره يعني انهيار اقتصاد الدولة، يكون بالحفاظ على أصولها و خصومها و تعدداتها اتجاه العملاء.

إن ضمان استقرار المؤسسات المالية يساهم في تحقيق الأهداف الاقتصادية، من خلال قوتها على تمويل المشاريع الاستثمارية التي تعود بالنفع على الأفراد، ويكون ذلك بضمان كفاءة النظام المصرفي و المالي للبنوك و المؤسسات المالية من خلال فحص الحسابات، و التأكد من تطابق

¹ حقاص أسماء و عمرو خديجة، دور اللجنة المصرفية في الرقابة على النشاط المصرفي في ظل القانون المتعلق بالنقد و القرض 11/03 المدل و المتمم بالأمر 10/17، مجلة البحوث القانونية و الاقتصادية، المجلد 05، العدد 01، سنة 2022، ص ص 171-183.

العمليات المصرفية مع النظام المالي و القانوني المعمول به، هذا ما يؤدي إلى حماية العملاء و الودعين من أجل بعث الاطمئنان لديهم في كل وقت بديونهم، و بذلك ضمان تنفيذ العقد¹.

أيضا تقوم اللجنة المصرفية برقابة ميدانية عن طريق إرسال لجان تفتيش التابعة للمديرية العامة للتفتيش، سواء كان إلى مقرات البنوك أو أحد فروعها التي تندرج ضمن الرقابة الخاصة بتسيير القروض و التجارة الخارجية، و التنظيم المحاسبي و المعلوماتي، كذا تقيم الهياكل المالية، كتحقيق لنظام تسيير المخاطر، وضعية الالتزام و السيولة، و لهذا نجد أن المشرع أقر بما يسمى الرقابة الاحترازية، من طرف السلطة الرقابية المختصة، كمييار وقائي لضمان تسيير النظام المصرفي، و حماية أموال الودعين، بمواجهة كل مخاطر الائتمان و التخفيف منه².

بالنظر إلى الأخطار الكثيرة المحتملة التي قد تتعرض لها البنوك و المؤسسات المالية، قد يجعلها غير قادرة تنفيذ التزاماتها، و لذلك أنشأ المشرع الجزائري ما يعرف بمركزية المخاطر بحيث أوجب التصريح إليها بكل القروض و العقود التي تبرمها هذه المؤسسات المصرفية³، كما جاء في الكتاب السادس من ق.ن.ق تحت عنوان (مراقبة البنوك و المؤسسات المالية) في بابه الأول بعنوان (السيولة و القدرة على الوفاء و مركزية المخاطر)، كذا إقراره للرقابة الاحترازية على إلزامية التأمين على الودائع طبقا للمادة 138 من ق.ن.ق، حيث نصت على إلزامية مشاركة المصاريف في تمويل صندوق الودائع بالعملة الوطنية، التي أسندت مهمة تسييرها لشركة تجارية ذات أسهم مختلطة تحت اسم شركة ضمان الودائع، التي تساهم فيها الدولة رفقة جميع المصارف العاملة في الجزائر، كما ورد في المادة 19 من النظام رقم 03/04 المتعلق بنظام ضمان الودائع المصرفية، لكن غرضها الحقيقي هو تعويض الودعين في حالة إفلاس و توقف المصارف و المؤسسات المالية عن الوفاء بالتزاماتهم⁴، وهذا ما يعتبر ضمان للتنفيذ العقد.

¹ بلعيد جميلة، الرقابة على البنوك و المؤسسات المالية، أطروحة دكتوراة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود

معمر، نيزي وزو، 2017، ص ص 18-19.

² شامي ليندة، المرجع السابق، ص 391.

³ خنوسي عبد العزيز، المرجع السابق، ص 73.

⁴ شامي ليندة، المرجع السابق، ص ص 400-403.

يبقى الهدف من هذه الرقابة الاحترازية هو ضمان استقرار النشاط المصرفي، الذي هو أصلاً قائم على مبدأ السمعة والثقة من أجل جلب أكبر عدد من المتعاملين، عن طريق ضمان المؤسسات المصرفية ضمان الوفاء بالتزاماتهم اتجاه المودعين، ولذلك يجب على البنوك ضرورة الالتزام ببعض النسب و المقاييس الخاصة بالتسيير، المتعلقة بضمان سيولتها و قدرتها الوفاء للمودعين من أجل تحقيق استقرار توازنها المالي، هذه النسب هي نسبة الملائمة و نسبة تغطية المخاطر و نسبة توزيع المخاطر، و نسبة السيولة لمواجهة مخاطر السيولة، عبر متابعة خطر السيولة للبنوك و المؤسسات المالية، بحيث تكون هذه الأخير دائماً على استعداد لتسديد ديونها في الآجال المستحقة، هنا نتوصل إلى أن اللجنة المصرفية تقوم بعمل وقائي احترازي لضمان تنفيذ العقد، من خلال رقابة سابقة لمدى قدرة البنوك و المؤسسات المالية على الوفاء بالتزاماتهم.

إذا كانت هذه الأجهزة تسهر على مدى مطابقة النشاط للتنظيم المعمول به، عبر فرض الرخص الإدارية المسبقة للممارسة نشاط اقتصادي معين، فإنها تهدف من خلالها تقدير مدى قدرة هذه الشركات المتعاقدة على الوفاء بالتزاماتهم، حتى تضمن تنفيذ العقد، الذي أصبح التقنية أو الوسيلة التي تعتمد عليها الدولة في توجيه وضبط السوق، قصد تنفيذ السياسة الاقتصادية و تحقيق الفعالية الاقتصادية، كما أن المشرع زود هذه الأجهزة بآليات حتى تتمكن من أداء مهمتها الرقابية و في حالة الإخلال و عدم الاحترام قد يترتب عنه جزاءات تمس بتنفيذ العقد مباشرة: كالمنع مباشر للتعاقد أو تقليص نشاطه أو حتى جزاءات تأديبية و جزائية أخرى، سنتطرق إليه لاحقاً في المباحث القادمة، لكن قبل ذلك و جب التعرّيج على مقتضيات وأهداف التدخل التشريعي و القضائي ضمن العقد، لتطويعه وفق مقتضيات السوق المفتوح على المنافسة.

الفرع الثاني

التدخل القضائي والتشريعي لتعديل العقد وفق مقتضيات السوق: ضمان لتنفيذه

إن مفهوم مرونية القوة الملزمة للعقد ضمن فلسفة الضبط الاقتصادي، سمحت بتدخل كل من المشرع والقاضي و سلطات الضبط الاقتصادية في مرحلة تنفيذ العقد، لتعديل العقد وفق مقتضيات السوق المفتوح على المنافسة باسم النظام العام التنافسي و الضبطي، وبأسلوب مرن و سلس تشترك فيه كل من صلاحيات سلطات الضبط و صلاحيات القاضي لتحقيق الهدف المرجو من العقد في ظل ساسة الدولة الضابطة، أين أنتقل هدف التعديل من خدمة و إسعاف المتعاقد الضعيف نتيجة الشروط التعسفية لاستعادة التوازن العقدي «أولاً»، إلى ضمان توازن السوق المفتوح على المنافسة الحرة "ثانياً".

أولاً: تعديل العقد لإسعاف المتعاقد الضعيف: اهتمام أصيل

يقصد بالمفهوم التقليدي للقوة الملزمة للعقد، من غير المعقول كأصل عام تعديل العقد من غير طرفيه وفقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وكل مساس بالعقد يعتبر تدخل في العقد قد يؤدي إلى المساس بالأمن القانوني للعقد، إلا ان الواقع أوجد عدة تدخلات من قبل المشرع و القاضي مست بالقوة الملزمة للعقد، تجلت أولاً في اعتبارات النظام العام الاقتصادي حتى يتوافق مع مقتضياته، عبر إعادة التوازن العقدي المفقود بين المتعاقدين، نتيجة ظهور متعاقد قوي مسيطر و متعاقد ضعيف مستغل مع غياب الفعالية التعاقدية، لكن هذا التدخل لتعديل العقد ضمن القواعد العامة لنظرية العقد هو وضع استثنائي (01)، أساسه النظام العام الحميائي لحماية مصالح للمتعاقدين (02).

01-تعديل العقد ضمن القواعد العامة لنظرية العقد: وضع استثنائي

وفقاً للقواعد العامة لمبادئ العقد فلا يمكن تعديل العقد إلا باتفاق طرفيه، لكن قد يتعرض

العقد أثناء تنقيده لمجموعة من الظروف كالتغيرات و التقلبات الاقتصادية، تجعل تنفيذه مرهقا أو مستحيلا، ينجر عنه اختلال التوازن العقدي و غياب العدالة العقدية، كانت سبب لتدخل كل من المشرع والقاضي بسلطة واسعة لتعديل العقد وفقا ما يضمن تنفيذه، لمواجهة حالة الظروف الطارئة "أ" أو لوجود شرط جزائي يرهق أحد المتعاقدين "ب"، أو لتعديل الآجال الاتفاقية أو ما يعرف بنظرة الميسرة "ج".

أ- سلطة القاضي في تعديل العقد في حالة الظروف الطارئة:

عرف الفقه الظروف الطارئة في أنها كل حادث عام لاحق على تكوين العقد، وغير متوقع الحصول أثناء التعاقد، ينجم عنه اختلال بين المنافع المتولدة عن عقد يتراخى تنفيذه إلى أجل أو آجال لاحقة لانعقاده، بحيث يصبح تنفيذ المدين لالتزامه كما أوجبه العقد مرهقا له إرهاقا شديدا ويهدده بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف في خسائر التجار¹.

إلا ان المشرع ربط تطبيق هذه النظرية بمجموعة من الضوابط و الشروط حتى لا تخرج عن الهدف المنشود من تكريسها ضمن القواعد القانونية، تضمنهم المادة 03/107 من ق.م، يمكن التطرق إليهم في شكل نقاط كما يلي:

- أن يكون الالتزام تعاقد متراخي التنفيذ: بحيث لا يحدث اختلال التوازن العقدي إلا إذا تغيرت الظروف ما بين نشوء العقد و تنفيذه.
- أن يكون العقد من العقود المحددة: فلا مجال لإعمال نظرية الظروف الطارئة في العقود الاحتمالية، لأن هذه العقود بطبيعتها تعرض أحد المتعاقدين لكسب كبير أو خسارة جسيمة، و المتعاقد فيها قبل المجازفة.

¹ السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه عام، الجزء الاول، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000، ص 705.

- أن يكون الحادث الطارئ حادثا استثنائيا عاما غير متوقع: يقصد بالحادث الاستثنائي " ذلك الحادث الذي نادر ما يمكن حصوله، بحيث يبدو شادا و خارجا عن المألوف بحسب السير العادي للأمر¹، أما العمومية فمعناها ألا يكون الحادث الاستثنائي خاصا بالمدين، و أخيرا يشترط أن يكون ظرف الطارئ غير متوقع وقت التعاقد.
- أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين بحيث يهدد بخسارة فادحة: لكن دون أن يبلغ درجة الاستحالة و هنا يبرز الفرق الهام بين الحادث الطارئ و القوة القاهرة التي يترتب عنها انقضاء الالتزام و لا يتحمل المدين تبعه عدم التنفيذ، بعكس الحادث الطارئ الذي يرد فيه الالتزام إلى الحد المعقول و يتحمل المدين شيئا من تبعه الحادث².

إلا أنه بمجرد توفر هذه الشروط يجيز للقاضي التدخل من أجل تعديل العقد³، لفرض إعادة التوازن الاقتصادي الذي اختل تحقيقا للعدالة و تطبيقا للقانون، لكن هذا التدخل قيده المشرع بمجموعة من الضوابط القانونية للممارسة القاضي سلطته في تعديل العقد على أساس نظرية الظروف الطارئة، من خلال مراعاة وتحليل كل الظروف المحيطة بكل عقد على حدة دون تعميمها، مع موازنة ضمان المصلحة بين الطرفين، و الحد المعقول الذي يجب أن يصل إليه رد الالتزام المرهق، قصد ضمان التوازن العقدي وبذلك ضمان تنفيذه.

¹ السنهوري عبد الرزاق أحمد، المرجع نفسه، ص720.

² السنهوري عبد الرزاق أحمد، المرجع نفسه، ص722-723.

³ كمثال عن هذه الشروط نقضت المحكمة العليا إحي قرارات المجلس القضائي، بخصوص توافر شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة، التي تستهدف التوازن التعاقدية، إذ قرر قضاة المجلس " أن الزيادة التي أقرتها المحكمة و هي 10 بالمئة من السعر الإجمالي للسكن وفقا للإتفاقية التي تتماشى مع عدالة العقد و توازنه أخذا بالمادة 107 من ق.م"، لكن ردت المحكمة العليا على ذلك " ولكن حيث انه يمكن تعديل الشروط المتفق عليها في العقد إذا توفرت الشروط المنصوص عليها في المادة 107/03 من ق.م، و حيث أن قضاة المجلس الذين تقيدوا بنسبة المراجعة المتفق عليها في العقد بدعوى أنها تتماشى مع المادة 107/03 من ق.م دون البحث عن ما إذا كانت قد طرأت ظروف إستثنائية ذات طابع عام و لم يتوقع الطرفان آثارها و من شأنها أن تجعل إلزامات الطاعنة مرهقة فإنهم يكونوا قد أخطئوا في تطبيق المادة 107 من ق.م....."، قرار المحكمة العليا ملف رقم 191705 الموافق ل 1999/10/24، م.ق، العدد/1999، ص95 ص 98.

ب- سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي:

عرف الفقه الشرط الجزائي على أنه اتفاق مسبق بين المتعاقدين، يحدد فيه مقدار التعويض المستحق للدائن عند إخلال المدين بالتزامه سواء كان الإخلال عدم التنفيذ أو التأخر فيه¹.

كما اشترط المشرع لتطبيق الشرط الجزائي توفر الشروط العامة في المسؤولية المدنية، وهي وجود خطأ من المدين وضرر محقق يصيب الدائن و علاقة سلبية بينهما، إضافة إلى تقديم إعدار للمدين، لذلك يتوجب على القاضي البحث و التحري قصد التحقق من توفر هذه الشروط أولاً، لتقرر الحق بالتدخل قصد تعديل الشرط الجزائي في صورة الإنقاص من مبلغ الشرط أو الزيادة فيه، أما سلطته المتمثلة في عدم الحكم به (إلغاء الشرط الجزائي) فتترتب على عدم توفر تلك الشروط او بعضها.

هذه السلطة لا يمارسها القاضي من تلقاء نفسه، بل يتحكم في ذلك الطلب المقدم من أحد أطراف العقد لأن الأصل العقد شريعة المتعاقدين و الاستثناء هو تدخل القاضي، إلا أن جانب من الفقه يري لا بد من أن يمارسها من تلقاء نفسه حتي تبلغ الغاية الحقيقية².

ج- سلطة القاضي في تعديل أجل تنفيذه " نظرة الميسرة":

أجاز المشرع في إطار ما يعرف بنظرة الميسرة للقاضي أن يمنح للمدين أجل معقول للوفاء بالتزاماته إذا استدعت حالته ذلك³، و تعتبر نظرة الميسرة مظهراً من مظاهر تدخل القاضي في تعديل شروط العقد، إلا أنه لا يمكن للقاضي إعمالها ما لم تتحقق الشروط التالية:

- أن لا يوجد نص قانوني يمنع تطبيق نظرة الميسرة.
- أن تكون حالة المدين تستدعي ذلك، بأن كان عسره مؤقت ينتظر زواله.

¹ سلطان أنور، النظرية العامة للإلتزام، أحكام الإلتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، ص 173.
² علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام في القانون الجزائري، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 182 .
³ أنظر المواد 119 و 210 و 281 ق.م.

- أن لا يلحق بالدائن من جراء هذا التأجيل ضرار جسيما
 - أن يكون الأجل الذي يمنحه القاضي للمدين أجلا معقولا، ويجوز له أن يمنح المدين أجالا متعاقبة لا أجلا واحدا، بأن يقسط الدين على أقساط بحسب قدرة المدين.
- فإذا ما توفرت هذه الشروط جاز للقاضي أن يمنح المدين هذا الأجل أو الآجال المعقولة، لكن الأمر متروك لتقدير القاضي، مع العلم أن تقديره لا يخضع لمراقبة المحكمة العليا، سواء في دوى التنفيذ أو الفسخ¹.

02-النظام العام الاقتصادي الحمائي أساس تعديل العقد: حماية المصلحة الخاصة

لقد رأينا سابقا أن لا يمكن التدخل في العلاقة العقدية إلا باسم النظام العام والآداب العامة، لتكريس قواعد العداة و المساواة بين المتعاقدين، لكن تطور العلاقات التعاقدية الناتج عن تطور الممارسات الاقتصادية، وسعت من تدخل القاضي في العقد، لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول لإعادة التوازن بين العلاقات الغير متكافئة، لضمان تنفيذ العقد من جهة و حماية الطرف الضعيف من جهة أخرى، تطبيقا لقواعد النظام العام الحمائي، الذي يراعي مصالح المتعاقد الضعيف، من خلال التدخل المستمر للحفاظ على الأوضاع التعاقدية المتكافئة لضمان التوازن التعاقدية، وبذلك ضمان قدرته على تنفيذ العقد و حماية مصالحه الخاصة، فما المقصود بتعديل العقد وفقا للنظام العام الحمائي (أ)، ثم أشكاله (ب).

أ- المقصود بتعديل العقد:

يقصد بتعديل القعد وفقا للقواعد العامة " إجراء تغيير جزئي ينصب على عنصر من عناصر العقد أو بند من بنوده او شرط من شروطه، إما بالحذف أو بالإضافة أو تغيير دون إزالة العقد أو

¹ سعداني نورة، سلطة القاضي المدني في تعديل العقد طبقا لأحكام القانون الجزائري، مجلة البحوث في الحقوق و العلوم السياسية، العدد 02، سنة 2015، ص 41.

مضمونه"¹، يراد به تغيير عنصر من عناصر العقد أصبح تنفيذه عسيرا إما بالإنقاص أو الزيادة بغية المحافظة على العقد بضمان تنفيذه، وقد أقره المشرع الجزائري في أحكام المادة 106 من ق.م على عدة أشكال.

ب- أشكال تعديل العقد:

أقرت المادة 106 من ق.م على عدة أشكال لتعديل العقد لضمان تنفيذه، فقد يكون تعديل الشرط الجزائي بالزيادة أو الإنقاص، أو بتعديل مدة العقد، أو تعديل قيمة الاداءات:

ب-01/ تعديل الشرط الجزائي بالزيادة أو الإنقاص:

نظم المشرع الجزائري أحكام الشرط الجزائي في المواد 183، 184، 185 من ق.م، و الشرط الجزائي اتفاقا يستمد قوته الإلزامية من العقد الأصلي، التي بدورها تسمح بتدخل القاضي لتعديل مضمونه عن طريق التخفيض إذا كُن مفرطا و مبالغ فيه، لكن إذا كان بدأ المتعاقد بالتنفيذ الجزئي لالتزامه طبقا لأحكام المادة 2/184 ق.م، فإن القاضي يتدخل لتعديل عن طريق الزيادة في التعويض المتفق عليه².

ب-02- تعديل مدة العقد:

يتدخل هنا المشرع بإلزام الأطراف في الاستمرار في العلاقة التعاقدية، إلى غاية ما بعد المتفق عليها كحق الإيجار ذات الاستعمال السكني الذي أقرته المادة 514 من ق.م، أو الإنقاص في المدة دون إبطالها طبقا للمادة 468 التي كرست تخفيض حق الإيجار لكي لا يتجاوز 03 سنوات أما القسمة أجلها لا يتجاوز 05 سنوات³.

¹ الحموي أسامة، الشرط الجزائي و سلطة القاضي في تعديله، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي و القانون، الطبعة الأولى، مطبعة الزرعى، دمشق، 1997، ص 345.

² Zerguine ramdane, (contribution à l'étude de la clause pénale), RASJEP, n°1, 1981, p38.

³ فاضل خديجة، المرجع السابق، ص 68.

ب-03- تعديل قيمة الاداءات:

يتدخل المشرع هنا بتحديد قيمة الاداءات " الالتزامات " طبقا للمادة 193 من القانون التجاري، في تكريس مدة 03 سنوات لمراجعة الإيجار ذات الاستعمال التجاري، الذي يشكل قيد كرسنه المحكمة العليا¹، من خلال أن قضاة الموضوع عندما حددوا الإيجار المتعلق بثلاث فترات في حين أنه لم يعرض عليهم إلا طلب واحد، فإنهم بهذا قد خرقوا القانون، كما يراعي في بدل الإيجار عدة اعتبارات أهمها القيمة الإيجارية العادية، التي يتم تحييدها طبقا لأحكام المادة 190 من القانون التجاري.

في الاخير نجد أن تدخل كل من المشرع و القاضي في العقد، كان نتيجة لغياب الفعالية اللازمة للقوة الملزمة في تحقيق مصالح لطرفي العقد، إذ أصبحت تنصب أكثر في صالح المتعاقد القوي دون الضعيف، لحماية وإسعاف هذا الاخير²، عبر تعديل العقد سواء من الشروط التعسفية في عقود الإذعان، أو جراء الظروف الطارئة، مع إمهال المدين مهلة للتنفيذ بما يعرف بنظرة الميسرة، كان نتيجة لتأثير قواعد النظام العام الحمائي الهادفة لتصحيح المساواة العقدية، لإعادة التوازن العقدي وبذلك إسعاف المتعاقد الضعيف، لكن هذا النظام أُنقذ من طرف فقهاء على أساس أنه يحمي المصالح الخاصة دون العامة، ولهذا ظهر نظام أخر يوجه العقد لخدمة السياسة الاقتصادية للدولة لضمان سير السوق و المصلحة العامة كإهتمام جديد، في ظل ما يعرف بالنظام العام التنافسي و الضبطي.

¹ قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية، صادر بتاريخ 02 نوفمبر 1985 ملف رقم 34850، المجلة القضائية، العدد1989،01،ص128.

² يؤكد بعض الفقه أن تدخل المشرع و القاضي في العقد " إن الغاية المرجوة من تعديل العقد تكمن في الوصول إلى نتيجة محددة تتمثل في تحقيق التوازن العقدي و خلق ما يسمى بتكافؤ الحقوق و الإلتزامات بين أطراف العقد حسب ما تقتضيه العدالة، وكذلك حماية أحد المتعاقدين من تعسف المتعاقد الأخر من خلال مواجهة البنود التعسفية التي تشكل إخلالا بهذا المبدأ أي مبدأ التوازن العقدي...."، للمزيد أنظر دالي بشير، دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في العقد، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2016/2015، ص08.

ثانيا: تعديل العقد لضمان سير السوق و توازنه: اهتمام جديد

بعد تأكيد أن القوة الملزمة للعقد ليست مقدسة، يمكن إختراقها من طرف القاضي بتعديل العقد نتيجة تغيير الظروف التعاقدية للحد الذي يضمن إسعاف المتعاقد الضعيف باسم النظام العام، وسع المشرع من خرق هذه القوة في ظل السوق المفتوح على المنافسة، بتدخل مشترك بين القاضي و سلطات الضبط الاقتصادية، لتعديل إداري قضائي للعقد وفق مقترضات المنافسة حتى يضمن تنفيذه، باسم النظام العام التنافسي و الضبطي "01"، الذي يعتبر أساس هذا التعديل "02".

01-تعديل العقد باسم النظام العام التنافسي و الضبطي: تعديل إداري قضائي

قلنا سابقا أن القوة الملزمة للعقد لم تكن يوما بالصرمة التي يعول يكرسها الفقه الكلاسيكي، فلطالما تراجعت لمقتضيات النظام العام فيمال يتعلق بالعدالة والشرعية و المشروعية أو الآداب العامة لضمان حماية المتعاقد الضعيف، و تكايد لذلك أصبح العقد يوجه و يعدل وفقا لمقتضيات المنافسة و السوق، بعدما صارت القوة الملزمة تؤدي الوظيفة الجديدة في ضمان السير الحسن للسوق و توازنه¹.

ين ذهب الفقه الحديث إلى التأكيد مرة أخرى²، على خرق القوة الملزمة و تعديل العقد خاصة في المجالات الخاضعة للضبط الاقتصادي، بإعمال نظرية الظروف الطارئة إسعافا للمتعاقد الضعيف، بالحفاظ على مصالح المورد أو المتعامل المههدد بالأخطار الناتجة عن التغيرات الاقتصادية

¹ لا يلقي تعديل العقد لدي الفقه الكلاسيكي أي معرضة لخدمة المصلحة الاقتصادية العامة، في زمن الإشتراكية و الإقتصاد المخطط، إذ يري البعض (... إن مسألة تبعية العقد الاقتصادية للخطة تفترض.....الأخذ بعين الإعتبار فكرة إبطال العقد إلى الإبطال المرن أو المطاط، و من تم مراجعة العقد وتصحيحه أو التعديل فيه بما يتفق و أحكام الخطو و أهدافها.....)، أنظر حجازي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 303.

² « Quant à la force obligatoire du contrat, elle est incertaine : le droit de la régulation fait parfois sienne la théorie de l'imprévision, afin de préserver les intérêts d'un fournisseur menacé de graves difficultés économiques et financières en raison d'engagements contractuels à long terme Et ce ne sont là que des exemples démontrant que la législation propre à la régulation est lardée de dispositions qui entravent la liberté des contractants. Le législateur a certes ouvert certaines activités à la concurrence, mais dans des conditions qui manifestent la prégnance de l'ordre public économique.... » 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, p 189.

و الصعوبات الناتجة عن تغير مقتضيات السوق من جهة، و أبعد من ذلك بحيث أصبحت الغاية المباشرة و الغير مباشرة من تطبيق الظروف المخففة على القوة الملزمة هي ضمان السير الحسن للسوق و الحفاظ على توازنه في القطاعات الخاضعة للضبط، من خلال تعديل العقد وفق مقتضيات السوق لضمان تنفيذ و بذلك ضمان الفعالية للقوة الملزمة.

توالت تأكيدات الفقه على خرق القوة الملزمة، من زمن التخطيط إلى زمن الضبط الاقتصادي، من خلال قبول فكرة تعديل العقد خدمة للمصلحة الاقتصادية، فوجد صحة و تنفيذ العقد في زمن التخطيط مرتبط بالخطوة الاقتصادية للدولة، بحيث نجد تدخل كل من المشرع و القاضي لتطويع العقد وفق مقتضيات إنجاح الخطوة الاقتصادية، بقوانين أمرة مرتبطة بالنظام العام الإقتصادي¹، إلا أنه الاختلاف بين زمن التخطيط و الضبط يكمن في الغاية الاقتصادية، بحيث يجب أن يخدم هذا التعديل المخطط الاقتصادي والوصول إلى الأهداف المرجوة.

انطلاقاً من فكرة أن العقد أصبح يعدل وفق مقتضيات المنافسة و السوق و لا يهتم بتوازن العقد، فقد ذهب بعض الفقه إلى القول أنه لا يوجد ارتباط بين التوازن العقدي و قواعد الضبط الحامية للمنافسة كأصل عام²، بحيث أصبح الاهتمام بالدرجة الأولى بتوازن السوق و ضرورة توافق العقد مع مقتضيات السوق لتنفيذه، فقد يكون العقد صحيح في منظور القانون المدني لكن يمس بالمنافسة، مما يجعله قابلاً لتعديل وفقاً لمنظور المنافسة لتفادي الإبطال، كما إنه قد يكون العقد قابلاً لتعديل و الإبطال من منظور قانون المدني لكن لم يمس بالمنافسة فيجاز وفق منظور المنافسة، هنا تكمن الفرق بين التعديل في قواعد القانون المدني التي تهدف لإعادة التوازن العقدي، و بين التعديل وفق مقتضيات المنافسة و السوق الذي يهدف لتحقيق توازن السوق وتنفيذ الخطوة أو السياسة الاقتصادية للدولة الضابطة، و بذلك ضمان الفعالية الاقتصادية.

¹ حجازي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 298.

² Patrice Rien, La notion de transparence dans le droit de la concurrence, éd, L'Harmattan, Paris, 2002, p55et 88.

التي تتكفل بها سلطات الضبط الاقتصادي عبر رقابة توازن العقد و مدي مطابقتها لمقتضيات المنافسة، و على رأسهم مجلس المنافسة الذي يمثل الحامي العام للمنافسة و صاحب إختصاص الضبط الأفقي للنشاطات الاقتصادية، من خلال توجيهه و إلزام المتعاقدين بتعديل العقود التي تمس بمقتضيات توازن السوق و المنافسة، يمكن تنفيذها مستقبلا دون تأثير سلبي على السوق، و ضمان لتحقيق الفعالية اللازمة، و يكون هذا التعديل إما في بنود العقد "أ"، أو الأسعار "ب".

أ- تعديل بنود العقد:

أقر المشرع آليات حديثة تمس بالقوة الملزمة للعقد، من خلال تكريس التدخل الإداري المتمثل في الهيئات الإدارية المستقلة في تعديل العقد وفق مقتضيات المنافسة و السوق، خاصة مجلس المنافسة للدور المميز له لتدخله في جميع النشاطات الاقتصادية، حيث يمكنه التدخل لتعديل العقود الماسة بالمنافسة لمراجعتها وتعديلها وفق مقتضيات المنافسة لضمان تنفيذها¹.

يختص مجلس المنافسة في ظل التشريع الجزائري بمسألة تقدير التعدي أو المساس بحرية المنافسة، أثناء إخطاره أو مراقبته للممارسات المحظورة التي يكتشفها أو تعرض عليه، فيقوم بتقدير ما إذا كانت تشكل مساسا بحرية المنافسة أم لا، وفقا لما تطرق إليه الفقه و اجتهادات سلطة المنافسة إلى تحديد كفاءات هذا المساس و المعايير التي يعتمد عليها في ذلك²، كما نصت المادة 46 من الأمر 03/03 المعدل و المتمم المتعلق بالمنافسة، على منح سلطة التعديل لمجلس المنافسة من

¹ يؤكد الفقيه **D MAZEAUD** أن السلطات الإدارية أصبحت تنافس القاضي في تعديل العقد و وفق مقتضيات المنافسة و السوق كضمان تنفيذه:

« Et on s'onge, tout d'abord, aux autorités administratives indépendante qui, dans le grand mouvement contemporain de déjudiciarisation, se voient conférées la mission d'organiser ou de recommander la révision des contrats par la voie d'une réduction des obligations souscrites par un débiteur, dont la situation économique et sociale est désespérée ». D. MAZEAUD, « La réduction des obligations contractuelles », in Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ? Colloque organisé par la faculté de droit et d'économie de Chambéry, le Centre de droit de la consommation et des obligations et l'Ordre des avocats près la cour d'appel de Chambéry, 28 nov. 1997, Dr. et patr., Mars 1998, N° 58, p 5

² **P. BURNIER DA SILVA**, Le contrôle des concentration transnationales, éd L'harmattan, Paris, 2010, P 84.

خلال إتخاذ أوامر معللة في الموضوع الذي يطرح عليه بشأن وضع حد للممارسات المقيدة للمنافسة بصفة عامة، و ذلك لصلاحياته الواسعة في تعديل العقد بإضافة أو إنقاص بنود من شأنها أن توقف المساس بالمنافسة و تضمن نزاهتها، أيضا يمكن له أن يدعوهم إلى اتباع توجيهات دون المساس في إرادتهم و لا تعديل للعقد فقط كضمان لحماية المنافسة¹، كذلك المادة 02/19 من الامر السابق لمجلس المنافسة عن رقابة التجميعات الاقتصادية وإمكانية تعديل العقود التي تستمر من خلالها عمليات التجميع، إذا كان من شأنها أن تقيد المنافسة باتخاذ تدابير وقائية من خلال منع تنفيذ عقد التجميع، ما يعتبر مساس بمضمون العقد و كذا توقعاتهم.

في نفس السياق أكد الفقه أن المشرع يتدخل لمراجعة العقد باسم النظام العام التنافسي و الضبطي، من خلال الاعتراف بالآليات و الوسائل العلاجية التي تمكن العقد من تجاوز الصعاب و تنفيذه لضمان الفعالية اللازمة من القوة الملزمة، إلا أنها في الحقيقة تمثل سلطات الضبط الاقتصادية مجازفة بالأمن القانوني، نظرا لحداثة هذه السلطات و الإشكالات الدستورية لتجسيدها، لكن تبقي الأفضل نظرا للطابع الاختصاصي لكل سلطة بضبط نشاط اقتصادي معين مما تملكه من خبرة فيه، و لعل أن هذا هو سبب الاعتراف المشرع لها بسلطة تعديل و مراجعة العقد، لضمان حسن سير السوق و باسم النظام العام التنافسي و الضبطي².

غير أن النظام العام الاقتصادي مفهوم واسع و متطور، فيمكن أن تشمل نظام عام حمائي من خلال ضمان حماية المتعاقد، أو نظام عام توجيهي لضمان النظام العام التنافسي، أما الفقه اليوم فهو بصدد الحديث عن النظام العام التنافسي والضبطي، الذي يهتم بحماية المنافسة و الفاعلين في السوق من خلال فرض جزاءات على انتهاك مقتضيات هذا النظام، تردع المخالفين من تكرار

¹ صاري نوال، المرجع السابق، ص149.

² « ... guidées par les exigences propres à l'ordre public économique, objet de leur mission de régulation, plusieurs A.A.I. renforcent l'étendue des remèdes proposés par les droit communales difficultés d'exécution du contrat .elles en proposent de nouveaux, ou consacrent plus largement ceux qu'il connaît déjà. En cz sens, leur intervention dans le contrat témoigneelle exprime également la consécration, en droit de la régulation, d'un pouvoir général de révision du contrat au profit des autorités de marché, censées pouvoir ainsi remédier aux atteintes par le contrat à l'ordre public économique... » **M. Hervieu**, op.cit,p 313.

الممارسات المنافسة للمنافسة، كما إن سلطة التعديل الممنوحة لسلطات الضبط القطاعية تضمن تعديل العقد وفق الوظيفة المسطر لها بضبط السوق و حماية حرية المنافسة¹.

يتدخل مجلس المنافسة وفقا لاختصاصاته بتعديل و مراجعة العقد حتي يتوافق مع مقتضيات المنافسة و السوق، من خلال الأمر إما بتعديل أو حذف البنود التي تضر المنافس، كبنء عدم المنافسة أو تحديد المسؤولية...إلخ، رغم أن هذه البنود يمكن أن تكون صحيحة وفقا للقانون المدني و ضابط المشروعية لكن تتعارض مع قانون المنافسة، مما يجعلها عرضة لخطر إمكانية البطلان الكلي أو الجزئي للشرط المنافي للمنافسة، والذي يؤدي إلى تعطيل تنفيذه²، بحيث نصل في الاخير أن المعيار المتحكم في تعديل العقود وتنفيذها، في ظل قانون السوق المفتوح على المنافسة هو معيار المساس أو عدم المساس بالمنافسة، أي أنه كل التعاملات العقدية مسموحة ما لم تمس بالمنافسة، ما تؤكد المادة 13 من الأمر 03/03 المعدل و المتمم المتعلق بالمنافسة "دون الإخلال بأحكام المادتين 08 و 09 من نفس الأمر، يبطل كل التزام أو اتفاقية أو شرط تعاقدى يتعلق بإحدى الممارسات المحظورة بموجب المواد 10،11،06،07 و 12"³.

و لهذا ترى الأستاذ **M.-A. Frison-Roche**⁴ أن قانون المنافسة يعمل على كتابة بنود العقد وفقا لمقتضيات ضمان حرية المنافسة في السوق لضمان تنفيذها، من خلال منع كل الممارسات المقيدة للمنافسة و بطلان العقد الذي يهدف إلى عرقلة حرية المنافسة، لكن إذا كان العقد لا يحتوي إلا على بند أو شرط يقيد المنافسة، فإن القاضي و مجلس المنافسة يتدخلان من أجل إنقاص هذا البند أو الشرط قصد تنفيذ العقد، لكن بمراعاة المدة القانونية التي تضمن تحقيق الفعالية من تنفيذ العقد و ضمان القوة الملزمة للعقد، بشكل يتناسب مع مقتضيات المنافسة و السوق.

¹ M. Hervieu, ibid, p244 - 315.

² M. Malaurie-Vignal, Droit de la concurrence et droit des contrats, dalloz hebdomadaire 23 février 1995, n°8, p52.

³ بعجي أحمد، المرجع السابق، ص 387.

⁴ M. Malaurie-Vignal, op.cit, p 35.

من جهة أخرى تتدخل سلطات الضبط الاقتصادية بأوامر و تدابير تحفظية قبل تنفيذ العقد، كما يمكن أن تراجع تعديل العقد خاصة في القطاعات الحيوية المفتوحة على المنافسة، كالتأمين، البنوك، الاتصالات، عن طريق الأوامر بحذف أو تعديل أو زيادة بغية تصحيح العقد و ضمان تنفيذه، كما يمكنها إرجاع العقد إلى مرحلة التفاوض عند وجود شرط او بند يقيد المنافسة، للضغط على المتعاقدين لحذف وإنقاص هذا الشرط، وإلا لا يكون أثر للعقد في التنفيذ لأنه يقيد المنافسة، وهذا دليل على ان سلطات الضبط أقرت أن تنفيذ العقد يجب أن لا يخل بعنصر المنافسة¹، و تضمن ذلك من خلال الرقابة المستمرة للسوق بواسطة الآليات القانونية التي مكانها بها المشرع.

إن الآليات القانونية لحذف البنود و الشروط الغير مشروعة التي قد تقيد المنافسة، مكرسة باسم النظام العام التنافسي و الضبطي، تمارسها السلطات الضبطية في مختلف مراحل العقد من التفاوض إلى التكوين و حتي التنفيذ، قصد تعديل هذه البنود و الشروط لضمان تنفيذ العقد، كما تضمن ذلك من خلال إقرار المشرع لهذه السلطات تطبيق الجزاء المتمثل في الجزاء الإداري، أو التعاون مع القاض المدني في إلغاء هذه الشروط، بحيث نخلص في الاخير أن هناك رقابة و حراسة على البنود التي قد تمس بالمنافسة و السير الحسن للسوق²، كما ان المشرع لم يكتفي بتعديل محتوى العقد من خلال رقابة البنود و الشرط، بل تعدى ذلك إلى رقابة الأسعار التي أيضا قد تقيد المنافسة و السير الحسن للسوق.

02-النظام العام التنافسي و الضبطي أساس تعديل العقد: ضمان سير السوق

لقد تطرقنا سابقا لمسألة التعديل وفق لقواعد العامة للعقد، إذ يقصد به " إجراء تغيير جزئي ينصب على عنصر من عناصر العقد أو بند من بنوده، إما بالحذف أو بالإضافة أو تغيير دون إزالة العقد أو نضه"، يراد به تغيير بند من بنود العقد الذي أصبح تنفيذه عسيرا إما بالإنقاص أو الزيادة

¹ M. Hervieu, op.cit, p 248 et 249.

² بعجي أحمد، المرجع السابق، ص 388.

بغية المحافظة على العقد و ضمان تنفيذه، إلا هذا التعديل توسع من أجل إسعاف المتعاقد الضعيف، إلى ضمان حرية المنافسة و السر الحسن للسوق، على أساس النظام العام التنافسي والضبطي بغية تحقيق المصلحة العامة و حماية الهدف العام، بعد ضمان تنفيذ العقد الذي يعتبر الوسيلة التي اعتمد عليها المشرع لضبط السوق و توجيه السياسة الاقتصادية، كما إن أساس هذا التعديل مبرر على أن ليس مساساً بالعقد، كون سلطة المشرع بارزة في مرحلة التكوين لضمان توجيه العقد و ضمان قدرة المتعاقد على الوفاء بالتزاماته، من خلال الرقابة الإدارية السابقة و اللاحقة لتنفيذ العقد مما يضمن التنفيذ وفقاً لإرادة المشرع، عكس القواعد العامة التي تكون وفقاً لإرادة المتعاقدين، وكل تدخل في العقد من غير المتعاقدين يعد مساساً بالعقد¹.

كذلك يختلف تعديل العقد ضمن القواعد العامة و قواعد الضبط الاقتصادي من حيث الوسيلة، إذا منح المشرع للقاضي ضمن القواعد العامة سلطة تعديل العقد وفقاً لما يسعف المتعاقد الضعيف، بينما سلطة التعديل في قانون الضبط الاقتصادي تتجاوز القاضي بإشراك الإدارة من خلال سلطات الضبط الاقتصادية في تعديل العقد، أو ما يعرف بالتعاون القضائي الإداري لضمان تنفيذ العقد وفق مقتضيات المنافسة و السوق.

أما مجال التعديل ضمن القواعد العامة لنظرية العقد، يعتبر ضيق و محدود بالنسبة للقاضي، كون هذا الأخير مقيد بالحفاظ على القوة الملزمة من جهة و عدم تعديل الأوضاع التي رضي بها كلا المتعاقدين في مرحلة تكوين العقد، مع المساس بالمساواة المجردة التي ترفض أي تدخل في العقد لإعادة توازنه، وان ما ارتضي به المتعاقدين هو العدل و التوازن، بينما يتسع مجال التعديل وفق لقانون الضبط الاقتصادي، إلى مراعاة تنفيذ العقد لكل من الهدف من التعاقد- حماية السير الحسن للسوق- ضمان حرية المنافسة- المصلحة- السياسة الاقتصادية للدولة-.....إلخ، إلى جانب ضمان حماية المتعاقد الضعيف لأن اختلال توازن العقدي سيؤدي إلا عدم تنفيذ العقد وبذلك

بعجي أحمد، المرجع السابق، ص ص 384-385¹.

اختلال توازن السوق، و لهذا منح المشرع لكل من المشرع القاضي السلطات الضبطية مرونية التعديل قصد ضمان هذه المقتضيات، التي تنصب دائماً في السير الحسن للسوق.

من خلال هذا المبحث تبين أن القوة الملزمة للعقد أصبحت تؤدي وظيفة جديدة تتمثل في ضبط السوق، بحيث انتقلت من تحقيق المصلحة الخاصة لأطراف النابعة عن إرادتهما إلى تحقيق المصلحة العامة الناتجة عن إرادة المشرع، بما يسمح بتدخل كل من المشرع و القاضي وحتى الهيئات الإدارية المستقلة، لمراقبة العقد و توجيهه في مرحلة تكوينه، مع تعديل و توجيه العقد وفق مقتضيات المنافسة و السوق لضمان تنفيذه في مرحلة تنفيذه، حتي يضمن تنفيذ العقد و تحقيق الفعالية اللازمة للقوة الملزمة، خاصة بعدما أصبح العقد أداة بيد الدولة لضبط السوق و تحقيق توازنه، لكن رغم هذه الرقابة و الوظائف الجديدة للقوة الملزمة كضمان لتوازن السوق، يبقى تنفيذ العقد وفق إرادة المتعاقدين هو الأصل لتحقيق المصالح العامة و الخاصة، أما التدخل لتعديل و توجيه العقد هو الاستثناء، كما ندي فقه آخر بتبني الأخلاق في العلاقة التعاقدية التي تساعد في دفع المتعاقدين للالتزام و الوفاء بواجباتهم، بعيد عن التدخلات التشريعية و القضائية التي تستخدم وسائل الزجر و العقاب، باسم ما يعرف اليوم بالتضامن التعاقدية و أخلاق العلاقة التعاقدية.

المبحث الثاني

أخلاق العلاقة التعاقدية ضمان جديد لتنفيذ العقد وتوسع أثره

تمثل الأخلاق التعاقدية في نظر الكثير من الفقه الحديث، عاملا مهما من لتكريس و ترسيخ القواعد الحمائية في العقد، نظرا للآليات التي تملكها من أجل ضمان حماية توجيه الحماية لكل متعاقد ضعيف عبر فرض المساواة و التوازن التعاقدية، و من جهة أخرى نظرا لطبيعة قواعدها التي تتصف بالمرونة و الليونة، وهذا في صالح النظرية العامة للعقد، من أجل تكوين قواعد جديدة تقوم عليها هذه الأخيرة، عكس قواعد التوجيه الصارمة، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن الضرورة تدعو للبحث عن تصورات جديدة تتطور قواعد الحماية في العقد، ونرى في هذا الشأن أن التضامن التعاقدية، له شأن كبير في تجديد تلك القواعد، والتي يؤمل فيه تجاوز معيار صفة المتعاقد الضعيف، من أجل حماية عامة و شاملة لكافة الوضعيات التعاقدية غير المتوازنة، إلا أن هذا الأمر، يمر في نظرنا عبر فكرتين أو طريقتين، فمن جهة وجب تقبل أن التضامن التعاقدية يشوش على تصورات العقد، لكن هو في نفس الوقت عامل لتجاوز التصورات الكلاسيكية للعقد، من جهة أخرى فإن التضامن التعاقدية يعد أيضا عاملا لتجاوز التصورات الكلاسيكية للعقد وضمانا لتنفيذ العقد (المطلب الأول).

من جهة أخرى هذه الحماية المقررة للغير من خلال تكريس قيم التضامن أصبح ينظر إلى مصلحة الغير التي يجب أن تكون على درجة من الاهتمام، ومصلحة السوق الذي يهدف قانون الضبط لحمايتها، مما وسع من مفهوم الأثر النسبي (المطلب الثاني).

المطلب الأول

أخلاقه العلاقة التعاقدية لتنفيذ العقد: بين القبول و الرفض

إن نزعة التحول التي ظهرت في البيئة العقدية جعلت العقد غاية في حد ذاته، ووسعت الهوة بين المصالح المتعارضة إلى حد خلق أزمة للعقد، خاصة بحلول فكرة توزيع الحاجات بذل التبادل

العقدي، وهو ما جعل الرجوع إلى القيم و الفضائل الأخلاقية أمرا حتميا و ضروريا، وذلك بواسطة قواعد العدالة التي تفرض تدخل المشرع لمنع أو تضيق حرية التعاقد في كل مرة يكون فيها تصارع و تنازع بين المصالح قد يهدد العقد بالزوال، وهكذا تكون الضرورة هي التي تطلبت التوفيق بين القانون و الأخلاق، من خلال التوفيق بين العدالة و الحرية، تجلت أولا في مبدأ حسن النية، الذي يقتضي ضرورة نزاهة المتعاقدين من جهة و تعاونه من جهة ثانية تسهيلا لتنفيذ العقد، و لا شك أن حسن النية في تنفيذ العقد يستوجب النزاهة و الأمانة و الثقة، بل إن من أهم مظاهر حسن النية التي تقتضي الابتعاد عن الغش أثناء التنفيذ، عبر واجب التعاون أدى إلى توسع مبدأ حسن النية على مفهوم جديد (الفرع الأول)، و تكريس ألياتها لضمان تسهيل تنفيذ العقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول

التضامن العقدي المفهوم الواسع لمبدأ حسن النية

لم يكن التضامن التعاقدى محل ترحيب و قبول من جانب الفقه الليبرالي، كما إن فلسفة القوة الملزمة تقتضي عدم الاعتراف بمنطق الأخلاق ضمن العلاقة التعاقدية، إلا أن الفقه أدرجها هذه الأخلاق ضمن قواعد النظرية العامة للعقد، على أساس التوسع في مفهوم تطبيق حسن النية في العلاقة التعاقدية، وفق مفهوم جديد يعرف بالتضامن التعاقدى، بحيث أصبح المشرع يحرص و يشدد على تنفيذ العقود بحسن نية باسم النظام العام كضمان جديد لتنفيذ العقود "أولا"، بحث أصبحت هذه الأخلاق دافع و باعث جديد لتوسع مضمون العقد و تضخمه "ثانيا".

أولا: تشديد النظام العام على تنفيذ العقد بحسن النية:

من أجل إظهار العلاقة بين الأخلاق و النظام العام و دور هذا الأخير في إدراجها ضمن العلاقة التعاقدية، لضمان تنفيذ العقود وفق مقتضيات السوق المفتوح على المنافسة، يجب التطرق إلى تنفيذ العقد بحسن نية من النظام العام (01)، ثم المعنى الواسع لهذا المبدأ (02)، و أخيرا تطبيقاته ضمن العلاقات التعاقدية (03).

01- تنفيذ العقد بحسن نية من النظام العام:

طبقا للقواعد العامة في القانون المدني، فإنه عندما ينشأ العقد مستوفي لأركانه و شروط صحته يكون نافدا و لازم التنفيذ، بحيث يجب على أطرافه الوفاء بما ترتب عليهما من التزامات بموجبه، التي يحميها مبدأ القوة الملزمة الذي يقوم على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، و لا يحق لأي من المتعاقدين الرجوع عن تنفيذ العقد، بل يجب عليهما تنفيذ الالتزامات و بحسن النية.

غير إنه تم التطرق في الباب الأول لمبدأ حسن النية على أنه الاستقامة في التعامل، و عدم إلحاق الضرر بالغير عند استعمال حق من الحقوق العدية، مع الالتزام بمبادئ العدل و الإنصاف و الشرف عند الوفاء بالتزامات، مما يضمن الثقة المتبادلة التي على تصبغ دافع و ضمان لتنفيذ العقود، و هذا ما يجعل مفهوم حسن النية مفهوم أخلاقي و إنساني بأبعاد قانونية خاصة بعد تكريسه من قبل المشرع الفرنسي و الجزائري¹.

إلا أن أغلب الفقه اختلف في مضمون حسن النية نظرا لطبيعته المعنوية، فيرى الفقيه **Gestion jaqurs** أنه لا يوجد تعريف موحد لمضمون حسن النية، بل فقط يفسر ويفهم من سلوك الطرف الأخر في العلاقة التعاقدية في درجة أخده بواجب الاستقامة في التعامل الذي يحدد المشرع درجته²، بينما يرى الفقيه **Georges Ripert** أن حسن النية وسيلة يلجأ إليه كل من المشرع و القاضي لإدخال الأخلاق ضمن القواعد القانونية لحل النزعات و الإشكالات التي تظهر أثناء تنفيذ العقد³.

نصل للقول بأن حسن النية قاعدة أخلاقية أكثر منها قاعدة قانونية، لكن السؤال المطروح كيف لهذه القاعدة الأخلاقية أو المعنوية أن ترتقي لتكون قاعدة قانونية يعتد به كل من المشرع و القاضي؟، وللإجابة على هذا التساؤل يرحح الفقه أن ارتبط تطبيق مبدأ حسن النية بالنظام العام

¹ **Ripert georges**, « la régle morale dans les obligations civiles », L.G.D.J, paris, 1949, p157.

² **Ghestin jaqurs**, « traité de droit cuvile,le contrat,formation..... »,op,cit,p203-204.

³ **Ripert Georges**, op.cit, p157.

هو سبب ارتقائه من قاعدة أخلاقية إلى قاعدة قانونية يمكن الاعتداد بها في حل النزاعات التي تحصل أثناء تنفيذ العقد، خاصة بالنظر إلى الأهداف التي يرتجي تحقيقها و القيم التي يحميها، من خلال فرض التعامل بكل أمانة و ثقة تضمن تحقيق العدالة، و بذلك تعزيز الحرية العقدية ضمن و مبدأ سلطان الإرادة¹.

لكن ينبغي على القاضي عند الاعتداد بتطبيق حسن النية وفقا للمعيار الذاتي لتفسير النزاع بين الدائن و المدين، أن ينظر في سلوك المدين إلى سلوك الرجل العادي الحريص، الذي يوفر الاسباب و الحذر التي تمكنه من الوفاء بالتزاماته على الوجه المطلوب، فمجرد أن يتهاون في عدم توفير الأسباب و الاحتياطات التي تمكنه من تنفيذ العقد تجعله مهملا و مقصرا و بذلك يكون سيئ النية²، عكس ذلك بالنسبة للمعيار الموضوعي فإن القاضي لا يحتاج للبحث في نية المدين بل يكتفي بالمقارنة بينه و بين نية الرجل العادي النزيه ليتبين مدى تطبيقه لمبدأ حسن النية، إذن حسن النية وفقا للمعيار الذاتي و الموضوعي هو مدى مراعاة ما المدين للضوابط و الشروط بكل أمانة و إخلاص و نزاهة و تعاون و شرف تبعث الثقة لدى الدائن³.

أيضا لا يمكن للقاضي تقدير حسن أو سوء نية المدين بالمقارنة فقط مع نية الرجل العادي، بل يجب الأخذ بعين الاعتبار مبدأ القانون و العرف و العدالة، التي نصت عليها المادة 02/107 من ق.م، التي تلزم القاضي عند تحديد مدى حسن و سوء نية المدين مراعاة ما يمليه القانون العرف و قواعد العدالة⁴، التي تتغير بحسب العادات و الظروف مثل تسليم البائع أوراق السيارة للمشتري دليل على حسن نيته في تنفيذ العقد و بيع السيارة للمشتري.

¹ Yvaine Buffelan-Ianore, virginie larribau-temeyre, op, cit, p410.

² السيد بدوي، المرجع السابق، ص412.

³ الجبوري ياسين محمد، "المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني"، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الاردن، 2005، ص48.

⁴ مزوغ يقوتة، نطاق مبدأ نسبية أثر العقد بين الفقه الغسلامي و القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية العلوم الإنسانية و العلوم الإسلامية، جامعة وهران 01، 2015، ص 119 .

في الحقيقة أن مبدأ حسن النية واسع إلى درجة أنه لا يمكن للمشرع ولا للقاضي الإمام به، سواء بتطبيق المعيار الذاتي أو الموضوعي للكشف عن مدى حسن أو سوء نية المدين، ولهذا فحسن النية لا يمكن أن يكون له دور تكميلي في العقد، بل يكفي أخذه على سبيل التفسير والاستثناس عند تنفيذ العقد¹، وإلحاقه بمفهوم النظام العام كان من أجل منحه القوة القانونية الملزمة مما يضمن مراعاته من طرف المتعاقدين عند تنفيذ العقد، وبذلك ضمان الفعالية اللازمة للعقد سواء لتحقيق السياسة الاجتماعية أو الاقتصادية للدولة.

من خلال كل هذا يتبين أن المشرع اعتمد على مبدأ حسن النية كضمان جديد لتنفيذ العقود، وربطه بالنظام العام حتى يكتسب القوة القانونية، مما جعله محل ترحيب كبير من جانب فقه، نظرا لإسهاماته في فك النزاعات بين المتعاقدين أثناء مرحلة التنفيذ، لكن مفهومه الواسع جعله يتوسع للمرحلة تكوين العقد وهو ما اقربه المشرع الفرنسي، في انتظار تكريسه من طرف المشرع الجزائري، كما رأينا في الباب الأول تحت عنوان تعزيز مبدأ الرضائية، لكن اعتبره فقه أخر أنه مصر لتهديد الامن القانوني للعقد، خاصة أن تفسيره واسع و مشترك بين الدائن والمدين، والمعني الواسع له لارتباطه بالأخلاق الحميدة.

02- المعني الواسع لمبدأ حسن النية: يسمح بتنفيذ العقد

إن مفهوم حسن النية يرتبط ارتباطا وثيقا بتكريس الأخلاق ضمن العلاقة التعاقدية، بحيث يسمح بالمساهمة حل الإشكالات التعاقدية بما يضمن تنفيذ العقد، كما يولد شعور بالإلزامية لدى المتعاقدين في الوفاء بالتزاماتهم و واجباتهم التعاقدية، بكل صدق وأمانه ونزاهة وتعاون بعيدا عن الغش والتدليس "أ"، نتيجة عن التعاون بين المتعاقدين لضمان القدرة على تنفيذ العقد "ب"، الذي كان دافع للثقة المشروعة بينهم التي بدورها تكون باعث للوفاء لتنفيذ واجباتهم والتزاماتهم التعاقدية "ج".

¹ العدوي محمد شكري الجميل، سوء النية و أثره في عقود المعاوضات في الفقه الإسلامي و القانون المدني، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، 2008، ص 136.

أ- النزاهة مبدأ أخلاقي للتنفيذ الملائم للعقد:

يعتبر مبدأ النزاهة بين المتعاقدين الجانب الإيجابي لمبدأ حسن النية، إذ يجب عليهما تنفيذ العقد بكل أمانة وإخلاص ونزاهة وحسن تعامل¹، أي أن يمتنع المتعاقدين عن الغش و التديليس بحيث يجب على كل متعاقد تجنب أي عمل من شأنه أن يحرم المتعاقد الآخر من الاستفادة من مزايا العقد، كما إن المعيار الذي تقاس به هذه النزاهة عند تفسير القاضي للتنفيذ العقود هو معيار الرجل العادي بالنسبة للمدين، الذي يبتعد عن الغش الذي من شأنه أن يجعل تنفيذ العقد مرهقا، من خلال تحميل المدين نفقات و مصاريف مالية ضخمة لا تتلاءم مع الفائدة المرجوة من العقد²، نصت عليه المادة 01/107 من ق.م.

نجد في هذا سياق ذلك حرص المشرع الفرنسي على تنفيذ العقد بكل نزاهة، من خلال البحث في نص المادة 1134 من ق.م.ف، التي ترفض كل أشكال الغش للمدين أثناء تنفيذ العقد³، و اعتبره مظهرا لسوء النية وتحققه دليل علم المدين وسوء نيته في تنفيذ العقد، كما اشار إليه المشرع الجزائري في عدة مواد منها 361 من ق.م التي تنص على أنه " يلتزم البائع بأن يقوم بما هو لازم لنقل الحق المبيع إلى المشتري و أن يمتنع عن كل عمل من شأنه ان يجعل نقل الحق عسيرا أو مستحيلا"، بمعنى أن الالتزام بالمبادئ الأخلاقية منها النزاهة يبرر شرط الإعفاء من المسؤولية الناجمة عن الخطأ الفجائي الذي يحدث للمدين أو لقوة قاهرة⁴.

يدخل أيضا ضمن واجب النزاهة ما نصت عليه المادة 09 من القانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك و وقع الغش، إذ "يجب ان تكون المنتوجات الموضوعة للاستهلاك مضمونة، و تتوفر على الأمن بالنظر إلى الاستعمال المشرع المنتظر منها، و ألا تلحق ضررا بصحة المستهلك و أمنه و

¹ الجبوري محمد ياسين، المرجع السابق، ص 260.

² بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، دار الفجر للنشر و التوزيع، الجزائر، 2007، ص 67.

³ Claude baj, le principe de loyauté et le prix du marché, melange en l'honneur du Dominique schmidt, édition JOLY, paris, 2006, p03.

⁴ انظر المادة 178 من ق.م: " يجوز الإتفاق على ان يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة، و كذا يجوز الإتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية، إلا ما ينشأ عن غشه...".

مصالحه، وذلك ضمن الشروط العادية للاستعمال أو الشروط الأخرى الممكن توقعها من قبل المتدخلين"، وأكدت عليه المادة 03 من نفس القانون عندما عرفت المنتج، الذي يلتزم فيه المتدخل بإخبار المستهلك بالمعلومات النزاهة و الصادقة التي تمكنه من إبرام العقد و تنفيذه¹.

وبهذا أكد أغلب الفقه على واجب النزاهة في تنفيذ العقود، مما منح له قوة قانونية تجلت في تكريس المشرع لهذا الواجب في عدة قوانين تجارية واقتصادية، بحيث يفرضه من خلالها على المتعاقدين لضمان تنفيذ العقد لتحقيق الفعالية اللازمة، كما استأنس القضاء على واجب النزاهة في تفسير العقود وحل النزاعات بين المتعاقدين، تجلت في عدة أحكام و قرار قضائية، تفرض ضرورة أن يشمل العقد على هذا الواجب، حتى يعني كل من الدائن أو المدين من أحام المسؤولية المدنية في القانون المدني.

ب- التعاون بين المتعاقدين ضمان القدرة على تنفيذ العقد:

يقتضي توسعا لفكرة مبدأ حسن النية، امتناع كل متعاقد عن الغش أو التدليس أو كل سلوك يحمل في طياته سوء نية، يقصد به الإضرار بالمتعاقد الأخر بل على العكس، إذ يجب أن يرتقي المتعاقدين إلى التحلي بخلق التعاون للمساهمة في تنفيذ العقد، باعتبار أن العقد ليس مجرد ثمرة توفيق بين إرادتين متضادتين تعبران عن مصالح متعارضة، وإنما وسيلة لتحقيق أهداف مشتركة لا تحقق إلا بعد تنفيذ العقد²، ولهذا فالتعاون هو مبدأ أخلاقي يهدف إلى دعوة المتعاقدين للمشاركة فيما بينهم قصد تنفيذ العقد من خلال تبادل المعلومات بينهم و الظروف التي قد تصادف المتعاقد بكل صدق ليتيسر تنفيذ العقد.

يعتبر واجب التعاون في العلاقة التعاقدية سلوك ناتج عن التوسع لمفهوم مبدأ حسن النية، بحيث أصبح لا يكفي الامتناع عن السلوكيات السلبية التي تحمل في طياتها على الغش و سواء

¹ بوروح منال، المرجع السابق، ص 244.

² وليد صلاح مرسي رمضان، القوة الملزمة للعقد و الإستثناءات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي و القانون المدني دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص 265.

نية، إلى ضرورة الالتزام بالتعاون في تنفيذ العقد لبلوغ الهدف المنشود منه، حتى أصبح بمثابة واجب و التزام تعاقدى بيت المتعاقدين، رغم أنه لا يندرج ضمن الواجبات القانونية التي يتضمنها مضمون العقد، وقد تطرقت إليه المادة 02/107 من ق.م، بحيث اعتبرت واجب التعاون مصدر شكلي للالتزام، فوجد أن الأستاذ بن شنتي حميد يري: " أن مبدأ حسن النية لا يقيد المدين في كيفية تنفيذ التزامه فقط بل يقيد الدائن في طريقة المطالبة بحقه، فليس للدائن الحق في مطالبة المدين بتنفيذ العقد في العقد في وقت أختل فيه التوازن الاقتصادي لهذا العقد، لأن هذه المطالبة من شأنها أن تؤدي إلى الإضرار بالمدين، فحسن النية يستوجب من الدائن مساعدة المدين حتى يتمكن من تنفيذ التزاماته دون مشقة و دون إصابته بأضرار أخرى"¹.

يتجلى مفهوم التعاون خاصة في عقود الشركات التي تقوم أساسا على مبدأ التعاون، لان سوء التفاهم الذي قد يؤدي إلى انحلال و فسخ الشركة كما نصت عليه المادة 03/15 من الأمر رقم 07/95 المتعلق بالتأمينات التي تشترط على المؤمن له أن يخبر المؤمن بكل المعلومات المهمة عن الخطر محل التأمين، لكي يتسنى له تقدير مدى قدرته على تنفيذ العقد مستقبلا²، و بهذا يكون خلق التعاون توسعا لمبدأ حسن النية و ضمانا لتوازن العقد أثناء تنفيذه لتحقيق الفعالية اللازمة.

ج- الثقة المشروعة باعث على الوفاء بالعقد:

ينتج عن تكريس المفهوم الواسع لمبدأ حسن النية في العلاقة التعاقدية، تكريس خلق النزاهة و التعاون في العلاقة التعاقدية، كانت باعث للثقة المشروعة بين المتعاقدين، حتى تصبح بمثابة ضمان تنفيذ العقد بكل إخلاص و تعاون و نزاهة، يعزز شعور المتعاقدين بالأمان و الطمأنينة الذي يكون دافع لتعاقد³، تتجلى خاصة في العقود التي تقوم على الثقة المشروعة و تؤثر على سمعة المتعاقدين، في

¹ بوروح منال، المرجع السابق، ص 284.

² نساخ فاطمة، المرجع السابق، ص 308.

³ السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 806.

عقود شركات الأشخاص و شركات التضامن و عقود الوكالات و التأمينات و البنوك... إلخ، التي تقوم على اساس الثقة الناتجة عن الالتزام بإعلام بين المتعاقدين في فترة تكوين و العقد وتنفيذه¹.

كذلك يعتبر معيار الثقة العقدية أساس لتبرير الالتزامات الجديدة المتمثلة في الإعلام التحذير النصيحة السلامة المطابقة و الضمان²، التي لم ينص عليها القانون صراحة لكن تفهم و تستنبط ضمناً، وما هو أحد مرادفات حسن النية مثله مثل النزاهة و التعاون، يحميها المشرع ضمناً خاصة لدى المستهلك بفرض على المتدخل تلبية حاجياته من حيث المنتجات و السلع، مع إعلامه بالمصدر و النتائج المرجوة منه و المميزات التنظيمية مثل التغليف و تاريخ بداية الصلاحية و نهاية الصلاحية... إلخ، نصت عليه المادة 11 من القانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك و وقع الغش³.

نصل في الأخير أن مبدأ حسن النية دور كبير في ضمان تنفيذ و تفسير العقود، بحيث يعد آلية جديدة لتقوية العلاقة بين القانون و الاخلاق، يمكن من خلالها توسيع في تطبيق هذا المبدأ في العلاقة العقدية من مرحلة التنفيذ إلى مرحلة التكوين على حساب تراجع مبدأ سلطان الإرادة، الذي من شأنه أن يساعد ضمان التوازن التعاقدية و ضمان الفعالية اللازمة إلى حد كبير، حتي أصبح يعرف لدى الفقه المعاصر بأخلاقه العلاقة العقدية، التي تدرج قيم التضامن ضمن العلاقة التعاقدية، إلا أنها وسعت بشكل كبير في مضمون العقد بحيث صار مثقلاً بواجبات و التزامات خارجة عن إرادة المتعاقدين أدت به إلى التوجه نحو التضخم العقدي.

01- استعمال مبدأ حسن النية لتنظيم السوق:

يتجلى دور مبدأ حسن النية طبقاً للقواعد العامة في بعث روح الأخلاق لدى المتعاقدين عند إبرام و تنفيذ العقود، كما يساعد كل من المشرع و القاضي في حل الإشكالات النزاعية بين المتعاقدين، لكن بعد تطور العلاقات التعاقدية في ظل السوق المفتوح على المنافسة، هل بقي لهذا

¹ الجبوري ياسين محمد، المرجع السابق، ص ص 65-66.

² السيد بدوي، المرجع السابق، ص 991.

³ Sauphanor-Brouillard.N, la confiance dans les contrats de consommation, université de versailles saint quentin en yvelines, DALLOZ, paris, 2008, p58.

المبدأ نفس الدور ونفس الأساس لتنفيذ العقود بحسن نية "أ"، لا يمكن أن نؤكد أنه أو ننفيه إلا بعد التعرّيج على بعض تطبيقاته في السوق التنافسية "ب"؟.

أ- أساس تنفيذ العقد بحسن نية:

تُعبّر العقود ناتج توجه إرادتين لأحداث أثر قانوني يلتزم به أطراف العقد، ويكون بمثابة شريعة وقانون بين المتعاقدين، تلزم المتعاقدين على تنفيذ واجباتهم والتزاماتهم التعاقدية وبحسن نية، هذا الأخير كان دافع لتوسع مضمون العقد عبر ما يعرف بأخلاقه العلاقة التعاقدية التي تضمن التوازن العقدي و تحقيق الفعالية اللازمة للعقد، ولهذا نجد أن المشرع يقتضي في القاعدة التي أوردتها الفقرة الأولى من المادة 107 من ق.م.ع. تعبيراً عن قاعدة أدبية يراد منها تهذيب العلاقات التعاقدية¹، رغم أن أصل العقود بحث المتعاقدين عن المصالح الاقتصادية دون الاعتناء بالمبادئ والقواعد الأخلاقية والأدبية.

هنا يري بعض الفقه أن فكرة أخلاقه العلاقة التعاقدية، تستحق التشجيع كونها تقدم نموذجاً للسلوك التعاقدية في إطار مبدأ أدبي وأخلاقي مُعبّر عنه بطريقة قانونية يتمثل في مبدأ حسن النية في العقد، لكن حتى وإن كانت هذه النظرة تُمسّ بالاعتبارات والمبادئ التي تحكم العقود، لأنها لا تحترم الحرية التعاقدية والقوة الملزمة للعقد مما يهدد استقرار العقود لمساسها بتوقعات المتعاقدين، إلا أن الحقيقة لها أهمية كبيرة في إعادة التوازن التعاقدية بما يضمن تنفيذه، كون أن أغلب العقود يكون فيها المراكز القانونية للمتعاقد غير متساوية، ممّا قد يؤدي للتعسف المتعاقد القوي على المتعاقد الضعيف يختل به توازن العقد، كما يبقى حسن النية مخرجاً للقاضي لحل الاشكالات عبر

1 Pour G.Ripert, la référence à la bonne foi était le moyen retenu par le droit positif français pour inclure une règle morale dans la relation contractuelle. G.Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, n°157, cité par G.Flécheux, Renaissance de la notion de bonne foi et de loyauté dans le droit des contrats, préc., p.342 ; J.Léonnet, Ethique et droit économique, in Le juge et le droit de l'économie, Mélanges à P.Bézar, Petites affiches, Montchrestien, 2002, p.231 et s. ; « La bonne foi présente un aspect moral certain ; comme les bonnes mœurs, elle renvoie à un modèle de comparaison, un homme de bonne volonté et diligent ». Cf. Ph.Le Tourneau & M.Poumarède, préc., p.5, n°11 ; « La bonne foi se révèle très proche du concept de morale. Elle est prescriptive, comme lui, et se situe objectivement dans le même ordre de valeurs éthiques ». Cf. Ph.Stoffel-Munck, L'abus dans le contrat – Essai d'une théorie, th. bibl. dr. pr., LGDJ, 2000, préf. R .Bout, p.59, n°55.

فحص سلوكيات المتعاقدين لضمان فرض سلوكاً نزيهاً وشريفاً على المتعاقد المسيطر في العلاقة التعاقدية.

لكن نتج عن تكريس الاعتبارات الأدبية والأخلاقية ضمن القواعد العامة للعقد، تأثير على الحرية التعاقدية القوة الملزمة الاستقرار القانوني وتوقعات المتعاقدين¹، إلا الحقيقة تأثيره إيجابي أكثر منه تأثير سلبي، كون أن العقد عملية اقتصادية محكومة بالسعي وراء الربح وتحقيق المصلحة الشخصية هذا من جهة، ومبدأ حسن النية لا يخرج عن كونه واجب أخلاقي يحث على أخلاقية العلاقة التعاقدية بما يضمن تنفيذ العقد، كما يزود القاضي بالقواعد القانونية التي تمكنه من تفسير العقود و تطويعها بغرض إعادة التوازن التعاقدية لضمان تنفيذها وتحقيق الفعالية اللازمة منها.

لكن يبقى أن الاعتبارات السابقة لمبادئ العقد الكلاسيكية لا تؤخذ على إطلاقها، إذا ما راعينا عدم تساوي بين المراكز التعاقدية الواقع، مما يسمح يتدخل كل من المشرع والقاضي، من أجل تطويع العقد وإعادة توازنه ما يضمن تنفيذه على أساس مبدأ حسن النية، وحتى لو إن دور هذا الأخير جاء ضمن القواعد المتعلقة بتفسير العقود، إلا أن دوره في الحقيقة أكبر من أن يكون مجرد قاعدة تفسيرية، لأنه يتضمن حلولاً لمشاكل العلاقات التعاقدية، خاصة بعد توسعه لمرحلة تكوين العقد، من خلال تنظيم و تهذيب سلوكيات المتعاقدين عبر توجيههم إلى ضرورة التحلي بقيم النزاهة التعاون و التضامن، ما يضمن تنفيذ العقد وتحقيق المصالح سواء الخاصة أو العامة.

1 « Le contrôle judiciaire de la morale contractuelle ... doit demeurer mesuré. A peine de ruiner la sécurité des contrats, le respect de la parole donnée, de devenir une incitation à la malhonnêteté et de constituer un « truc » pour gagner les procès La règle morale doit imprégner les obligations Mais la règle de la vertu mène au moralisme, c'est-à-dire presque toujours le contraire de la morale ». Cf. **Ph.Malaurie**, note sous Com., 27/02/1996, D. 1996, p.520, cité par **D.Mazeaud, Loyauté**, solidarité, fraternité : La nouvelle devise contractuelle ? Op.cit., p.624, n°20.

ب- تطبيقات مبدأ حسن النية أثناء تنفيذ العقد: في ظل مقتضيات السوق

أيضا لا يمكن لقانون المنافسة أن يستغني عن مبدأ حسن النية أثناء تنفيذ العقد، لأنه كما اتضح لنا سابقا أنه يدفع بالمتعاقدين إلى ضرورة التحلي أثناء تنفيذ عقودهم بواجبات أخلاقية تساهم في ضمان توازن العقد، وهذا لا يتعارض مع قانون المنافسة الذي يهتم بتنظيم سلوكيات المتنافسين داخل السوق التنافسية، حتى يضمن توازن هذا الأخير من خلال ضمان توازن العقد، عبر بعث أخلاق التنافسية ضمن العقود لتكييف العقد مع المحيط التنافسي:

ب-01/ الالتزام القانوني بعدم المساس بحرية المنافسة:

يري بعض الفقه أنه لا يمكن أن يوجد التزام قانوني ضمن العقد، يفرض أو يوجب التقييد بشرط أو بند يقيد المنافسة الحرة و النزوية داخل السوق التنافسية، سواء من أحد المتعاقدين او من كليهما كان صريحا أو ضمنيا، لكن المشرع يتدخل بقواعد الأمرة لمنع هذه الشروط و البنود التي تجعل في طياتها تقييد المنافسة¹، مما يفرض على المتعاقدين الالتزام بعدم المنافسة ضمن عقودهم، توسعا لمفهوم مبدأ حسن النية الذي يستمد الفقه² ومعه القضاء³، حتى يتم تنفيذ العقد وفق مقتضيات المنافسة، لتحقيق الفعالية اللازمة التي تضمن الفعالية الاقتصادية.

لكن رغم أن هذا التدخل لفرض الاخلاق التنافسية ضمن العلاقة التعاقدية، أدى إلى التقييد من حرية المتعاقدين بفرض واجبات لم تكن ضمن العقد، إلا أنه يجد عدة تبريرات على أسسٍ أخرى، فمثلا بيع المحل التجاري مثلا يلتزم البائع بعدم المنافسة على أساس الضمان القانوني الواجب عليه⁴. إلا أن هذا الأساس غير ملائم، لأنه إن كان مقبولا في عقد البيع فهو لا يتلاءم

1 يصفه **M.Gomy** في هذه الحالة بأنه التزامٌ ضمنيّ.

Cf. **M.Gomy**, th. Op.cit., p.42-53, n°57-73 ; « L'obligation de non concurrence est une obligation contractuelle d'origine légale du contrat considéré. Il s'agit d'une obligation de non concurrence implicite qui existe de plein droit à la charge de l'un des contractants ». Cf. Y.Serra, Obligation de non concurrence, préc. p.4, n°24.

2 Cf. **M.Chagny**, th. op.cit., p.244, n°236.

3 Le concédant, qui « crée de nouvelles conditions de concurrence préjudiciables à son distributeur », manque à son obligation de bonne foi dans l'exécution du contrat. Com. 19/12/1989, cité par **M.Chagny**, th. Préc. p.244, n°236.

4 أنظر المواد 371 وما بعد من ق.م.

مع عقودٍ أخرى، كعقد العمل أو عقود التوزيع¹، ويرجع الفقيه **Y. Auguet** وجود الالتزام القانوني بعدم المنافسة، عندما لا يتم اشتراطه في العقد، إلى كونه مسألةً ضروريةً في العقد طبقاً للمادة 1135 من ق.م.ف.2، التي تقر بتوافق مضمون العقد مع مقتضيات المنافسة³، بحيث يكون الحد من حرية أحد المتعاقدين في المنافسة ضرورياً للتوازن العقدي، وكأنه التزامٌ طبيعيٌّ في العقد الأساسي الذي أبرمه المتعاقدين ولو لم يتفقا عليه صراحةً⁴.

ب-02/ تكييف العقد مع المحيط التنافسي:

الأصل أن تنظيم العقود من شأن المتعاقدين طبقاً للمادة 106 من ق.م.العقد شريعة المتعاقدين، إلا أنه استثناء تسري عليه قاعدة التفسير الضيق وعدم جواز التوسع في تطبيقه، من خلال السماح لكن من المشرع والقاضي وحتى سلطات الضبط الاقتصادية تعديل و تكييف استثناء ليتوافق مع مقتضيات السوق التنافسية، على أساس مبدأ حسن النية وفقاً للمادة 107 من ق.م. لكن هل يكون هذا قانونياً على أساس الفقرة الأولى منها؟ أم أساس آخر وهو الإشكال الذي أردنا طرحه، من أجل مواجهة وقائع نقلت إلى القانون الجزائري من الاجتهاد القضائي الفرنسي.

« L'obligation de garantie comporte pour le vendeur d'un fonds de commerce l'obligation de s'abstenir de tout acte de nature à détourner la clientèle du fonds cédé... ». Civ., 11/03/1898, cité par **Y. Serra**, Les fondements et le régime de l'obligation de non concurrence, préc, p.9.

¹ وفي هذه العقود يرجع **Y. Serra** لأساس تنفيذ العقود بحسن نية.

Cf. **Y. Serra**, Les fondements et le régime de l'obligation de non concurrence, préc, p.11.

² وتقابلها الفقرة الثانية من المادة 107 من ق.م. وتنص "ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام".

³ « L'analyse casuistique de la loyauté du contractant, critère d'évaluation effectif et concret d'un comportement » est substituée par « une démarche systématique de loyauté contractuelle, critère de détermination du contenu obligatoire du contrat ». Cf. **Y. Auguet**, Concurrence et clientèle – Contribution à l'étude critique du rôle des limitations de concurrence pour la protection de la clientèle, th. Bibl. dr. pr., LGDJ, 2000, t.315, préf. **Y. Serra**, pp.311-312, n°313, cité par **M. Chagny**, th., op.cit., p.246, n°238.

⁴ « Si l'obligation de non concurrence apparaît comme étant impérativement nécessaire à l'économie d'une convention parce qu'en son absence la concurrence exercée par l'un des contractants, pendant ou après le contrat, serait anormale, engendrant une rupture de l'égalité dans les moyens de la concurrence et pourrait ainsi ruiner l'équilibre contractuel, elle est alors imposée aux contractants comme étant supposée contenue dans la réglementation légale du contrat ». Cf. **Y. Serra**, Obligation de non concurrence, préc., p.4, n°23.

من خلال تحليل وقائع قضية موزع متعاقد مع شركة بترول، يعيب عليها أنها لم تُفده من إمكانيات ممارسة أسعار تنافسية، الذي بعد طعنه بالنقض رفضت الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية طلب الشركة الرامي لعدم دفع التعويض كما ألزمتها بذلك محكمة الاستئناف، على أساس أنها أخلت بواجب حسن النية في تنفيذ العقد، من خلال عدم السماح للموزع بممارسة أسعار تنافسية¹، وهو ما يقتضي من المورد تعديل الاتفاق وإضافة عقد تعاون تجاري، الذي يعد وسيلة مشروعة تُجيز بعض الممارسات، لا سيما فيما يخص الأسعار ولولاه تكون غير مشروعة على أساس التمييز²، هكذا وجد القاضي الفرنسي في مبدأ حسن النية أساساً للالتزام مفروض على المتعاقد، بمقتضاه يلتزم بالتفاوض مع المتعاقد الآخر حول اتفاق تعاون تجاري³، لكن هناك من فسّر القرار السابق بفكرة الفعالية الاقتصادية والفائدة المرجوة من العقد⁴.

¹ جاء في هذا القرار المؤرخ في 1992/11/03 ما يلي:

« Qu'ayant relevé que le contrat contenait une clause d'approvisionnement exclusif, que M.Huard avait effectué des travaux d'aménagement dans la station service, et que le prix de vente appliqué par la société BP à ses distributeurs agréés était, pour le supercarburant et l'essence supérieure à celui auquel elle vendait ces mêmes produits aux consommateurs final par l'intermédiaire de ses mandataires ». L'arrêt retient que « la société BP, qui s'était engagée à maintenir dans son réseau M.Huard, lequel n'était pas obligé de renoncer à son statut de distributeur agréé résultant du contrat en cours pour devenir mandataire comme elle le lui proposait, n'est pas fondée à soutenir qu'elle ne pouvait, dans le cadre du contrat de distributeur agréé, approvisionner M.Huard à un prix inférieur au tarif pompiste de marque, sans enfreindre la réglementation, puisqu'il lui appartenait d'établir un accord de coopération commerciale entrant dans le cadre des exceptions d'alignement ou de pénétration protectrice d'un détaillant qui ont toujours été admises ; qu'en l'état de ces conditions et appréciations, d'où il résultait l'absence de tout cas de force majeure, la cour d'appel a pu décider qu'en privant M.Huard des moyens de pratiquer des prix concurrentiels, la société BP n'avait pas exécuté le contrat de bonne foi ». Cité par, **M.Behar-Touchais & G.virassamy**, op.cit., p.148, n°307.

² لا يمكن في هذه الحالة إثارة منع الممارسات التمييزية، إذ على الرغم من اختلاف معاملة الموزع البائع عن الموزع الوكيل، إلا أنه لا يطبق لاختلاف وضعهما: فالمنع لا يسري على معاملة مختلفة لحالات مختلفة.

Cf. **M.Chagny**, th. Op.cit., p.248, n°239.

³ ويُقصد به الشروط الخاصة التي يستفيد منها الموزع، لما يقدمه من خدمات خاصة للمورد.

⁴ **D.Mainguy & J.-L.Respaud**, « Refus d'agrément et circonstances de la rupture d'un contrat de concession : nouveau recul de la loyauté contractuelle ? », in Revue LAMY Droit civil, Janvier 2005, n°12, pp.8-9 ; **M.Behar-Touchais**, L'ordre concurrentiel et le droit des contrats, in Mélanges en l'honneur d'A.Pirovano, L'ordre concurrentiel, éd. Frison-Roche 2003, p. 244, n°12.

يبرر هذا الالتزام حالات خاصة¹ نجدها في تغير الظروف التي تُعرض الموزع لمنافسة مكثفة، مما يجعل فعل المورد من عدم إفادته بأسعارٍ مماثلة²، لتلك الممارسة من قبل المنافسة، سبباً لمسؤوليته العقدية، بحيث أنه في قرارٍ آخر صادر بتاريخ 1998/11/24 عن الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية في وقائع مشابهة تتعلق بوكيل تجاريٍّ مستفيدٍ من شرط الاقتصار في نطاق إقليميّ محددٍ في العقد، كان عليه مواجهة منافسة مراكز شراء تُمون من العاصمة وتقوم ببيع موازية بأسعارٍ منخفضة في منطقة الاقتصار، الذي رفضت فيه محكمة الاستئناف طلب الوكيل التجاري المتمثل في فسخ العقد والتعويض، على أساس أن "الشركة الموكلة لم يكن لها التدخل في الطلبات التي تتم مباشرة من قبل مراكز الشراء ابتداءً من العاصمة وأنه يتعين عليها احترام المبدأ الأساسي المتمثل في حرية المنافسة، كما لم يثبت أنها عرقلت تمثيل وكلائها". أما محكمة النقض، نقضت القرار على أساس التزام النزاهة، الذي يفرض على الموكل السماح للوكيل التجاري بممارسة وكالته³.

يتبين هنا أنه لا مجال لتطبيق القاعدة الخاصة التي تمنع الممارسات التمييزية، لأن الأمر يتعلق بموزعين لهم مراكز مختلفة، حتى لو قلنا بوجود التمييز، فإنه قد يكون مبرراً بوجود مقابلٍ حقيقي، ويبقى واجب النزاهة الذي يعطي أحد المتعاقدين "الحق في أن يكون منافساً"، لكن السؤال الطروح كيف سنفصل فيما لو عرضنا هذه الوقائع على قاضي جزائري، الذي لا يُشير قبول

1 Pour B.Fages & J.mestre, cette approche concurrentielle du contrat, voir cette vision très économique, « ne se justifie qu'à titre exceptionnel ». « L'idée de concurrence ne doit pas conduire à la fragilisation des contrats ». Cf. B.Fages & J.Mestre, préc, pp.80-81 ; « Il est à souhaiter que les juridictions ... fassent preuve de mesure dans l'application » de cette solution. Cf. M.Chagny, th. Op.cit., p.252, n°241.

2 يفرض هذا القرار الممارسة المسماة **exception d'alignement** والتي تُبرر التمييز داخل منطقة جغرافية ما حتى يستطيع مقاومة المنافسة، فيقوم المورد بإفادته الموزع من شروط بيع أحسن من تلك التي يستفيد منها موزعٌ مماثلٌ في منطقة نشاطٍ مجاورة، ويُقبل التمييز أيضاً عندما يُمارس في إطار ما يسمّى بـ **exception de pénétration d'un marché**. وتتعلق بالمورد الذي يريد الدخول لسوق ما، فيمارس لدى البائعين المتواجدين فيه شروط بيع أحسن من تلك المتعامل بها مع موزعين متمركزين في أسواق أخرى. فلن تختل المنافسة هنا، لأن الموزعين ليسوا متواجدين في نفس الأسواق.

Cf. D.Ferrier, Droit de la distribution, op.cit., pp.130-131, n°262.

3 Il appartient aux juges de fonds de « rechercher si, informées des difficultés de (leur agent) en raison de ventes parallèles de produits venant des centrales d'achats qui s'approvisionnaient en métropole, les sociétés ont pris des mesures concrètes pour permettre à leur mandataire de pratiquer des prix concurrentiels, proche de ceux des mêmes produits vendus dans le cadre de ventes parallèles et de le mettre ainsi en mesure d'exercer son mandat ». Cf. M.Chagny, th. Op. Cit. p.250, n°240.

نظرية الظروف الطارئة عند أي إشكال، مادام المشرع تبناها بنصٍ صريحٍ، لكن هل تدخل فعلاً حالة المورد الذي رفض التفاوض مع الموزع حول إمكانيات تعديل علاقتهما، وعلى إثر ذلك وجد هذا الأخير نفسه في وضعٍ صعبٍ بالمقارنة مع الموزعين الآخرين للمورد ضمن تطبيقات نظرية الظروف الطارئة؟

إذا ناقشنا شروط تطبيق هذه النظرية¹، يتعين على الموزع التوصل لإثبات تكييف "الظروف الطارئة" التي هو بصدددها، هل تعد منافسة الغير بأسعارٍ أقلّ ظرفاً طارئاً؟ من ضمن الشروط المعمول بها لإعمال النظرية، كما نجد شرط كون الحادث عامٍ على كلّ الناس لا مجرد حادثٍ خاصٍ بالمدين، ما يعني تطبيق هذا الشرط على الحالة التي نحن بصدددها، وأن الموزع أصبح غير قادرٍ على ممارسة أسعارٍ تنافسيةٍ بسبب المنافسة التي يواجهها، والموزعين الآخرين لا يعانون من هذه الصعوبة، ذلك أن نجاح الاستناد على نظرية الظروف الطارئة، يتوقف على كون الظروف الاقتصادية عامةً وتغيّرت بشكلٍ فجائيٍّ وغير متوقّع، أما لو اعتمدنا على مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد، يقع على الموزع إثبات خطأ المورد والذي يتمثل في عدم رقابته شبكة التوزيع ومواصلة تموين موزعين يخالفون امتياز الوكيل في منطقة الاقتصار وأن بعض أصناف العقود كالوكالة التجارية²، تبرّر التزاماً مكثفاً بالنزاهة وبالتعاون.

لكن الحقيقة أنه يُؤسّس بعض الفقه نظرية الظروف الاستثنائية على حسن النية³، التي تبرّر مراجعة العقد من طرف القاضي⁴. لكن رغم ذلك فإن هذه النظرية ليست حلاً لكلّ

1 أنظر هذه المسألة بالتفصيل، السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول: نظرية الالتزام بوجه عام، المجلد الأول: مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص.867، فقرة 430 وما بعدها، فيلالي على، المرجع السابق، ص.299 وما بعدها.

2 حول فكرة وكالة المصلحة المشتركة، انظر سمير عبد السميع الأودن، تسويق الشهرة التجارية (الفرانشيز) ودور التحكيم في منازعاتها، الطبعة الأولى، 2009، منشأة المعارف، ص.104 وما بعد؛

G. Virassamy & M. Behar-Touchais, op.cit., p.169, n°359 et s.

3 حول الأسس الأخرى، أنظر السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول: نظرية الالتزام بوجه عام، المجلد الأول: مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص.858، رقم 417.

4 Ch.Jamin, Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du code civil, in Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ? Colloque organisé par la faculté de droit et d'économie de Chambéry, le

المشاكل الناتجة عن اختلال توازن العقود أثناء تنفيذها، إذ تظل مجرد استثناء على مبدأ القوة الإلزامية للعقد، مما يتعين التقيّد في تطبيقها بأحوالٍ خاصّةٍ جدًّا، أما حسن النية أثناء تنفيذ العقد، فهو مبدأً عامٌ يطبّقه القاضي بكلّ حرية، ليصل لتفسير العقود و تقرير المسؤولية العقدية لمخالفة التزام التفاوض حول عقدٍ اختلّ توازنه، على أساس واجب التعاون لمواجهة الصعوبات تنفيذ العقد¹.

ثانيا: التضامن التعاقدي: باعث لاتساع مضمون العقد

اختلف الفقه في تكريس التضامن التعاقدي، فلم يكن محل اهتمام وترحيب و قبول من جانب الفقه الليبرالي، بينما كان عكس ذلك من قبل الفقه التضامني الاجتماعي نظرا لتوافق فلسفته مع فلسفة عيممة العقد، التي يمكن من خلالها فرض و تكرس القيم الأخلاقية في العلاقة العقدية، التي كانت دافع لتجدد و تعايش مبادئ العقد، التي تسمح بتدخل متزايد للمشرع و القاضي لتقرير حماية إضافية للمتعاقد الضعيف، أدت إلى اتساع مضمون العقد (01)، نتيجة فرض التزامات جديدة في الحاضر و المستقبل بناء على أساس مفهوم التضامن التعاقدي (02).

01- دور المشرع و القاضي في اتساع مضمون العقد:

يتجلى دور كل من المشرع و القاضي في اتساع مضمون العقد، من خلال فرض واجبات و التزامات عقدية أخلاقية جديدة، لم يتفق عليها طرفي العقد كالاتزام بالإعلام، المشورة، النزاهة، النصيحة، الصدق، الامانة، التعاون.....إلخ، تدرج تحت مفهوم التضامن التعاقدي و أخلاقه العلاقة التعاقدية، مما جعل العقد لا يقتصر على ما توجهت إليه إرادة المتعاقدين فقط، ليشمل أيضا

Centre de droit de la consommation et des obligations et l'Ordre des avocats près la cour d'appel de Chambéry, 28/11/1997, Dr. et patr., Mars 1998, n°58, p.54 et s. ; C.Thibierge-Guelfucci, Libres propos sur la transformation du droit des contrats, préc., p.368, n°13.

1 des pratiques déloyales qui compromettent l'équilibre initial dudit contrat ». Cf. M.Behar-Touchais & G.virassa« Dès lors, on ne pourrait, contraindre le fournisseur à adapter le contrat de distribution, que si l'on peut lui imputer par ailleurs my. op.cit., p.149, n°307.

على إرادة كل المشرع و القاضي من خلال الحرص على واجبات و التزامات أخلاقية، تضمن تنفيذ العقد في ظل المساواة و العدالة العقدية¹.

هذه الواجبات و الالتزامات التي يفرضها كل من المشرع و القاضي ضمن العقد، تحت مفهوم التضامن التعاقدية²، وسعت من مضمون العقد بإنشاء أو حذف واجبات من شأنها إعادة التوازن التعاقدية، حتى يتسنى تنفيذ العقد و تحقيق العدالة التعاقدية³، لكن هذا التدخل رغم إنه ارتبط بتفسير المفاهيم لكنه يتسم بالغموض و عدم الوضوح، الناتجة عن الأفكار الواسعة و المرنة التي لا يمكن ضبطها في إطار معين⁴، فضلا أن المادة 1135 من ق.م.ف قبل تعديل 2016 لم تنص على هذه الواجبات صراحة⁵، لكن القضاء اجتهاد في تفسيرها و استخلص واجبات و التزامات جديد تضاف إلى العقد على أساس فكرة التضامن العقدي.

كما يقول في هذا الصدد الفقيه Carbonnier بأنه " يجب أن ندرك حقيقة القاضي الذي أصبح لديه يد في إنشاء واجبات عقدية جديدة طالما أنها تتوافق مع مقتضيات العدالة، و من مستلزمات العقد على الرغم من أن الأطراف المتعاقدة لم تفكر فيها⁶، و اسند ذلك إلى مقتضيات العرف و القانون الذي يتطلب الإنصاف و العدل من خلال فكرة التوسع في مبدأ حسن النية،

1 لا تقتصر العدالة العقدية على مجرد إعطاء ذي حق حقه داخل الرابطة العقدية أو عدم إيقاع ضرر بالغير، بل إنها تشتمل معني أعمق من ذلك وهو تحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة من أجل تحقيق السكينة و الإستقرار داخل المجتمع، أنضر عامر علي أبو رمان، دور القاضي في إستكمال العقد في القانون المدني، دراسة مقارنة، ط1، دار الحامد للنشر و التوزيع، الأردن- عمان، سنة 2015، ص144 .

2 يعد القاضي طرفا قويا في العلاقة العقدية، نظرا لما يضيفه إلى العقد من بنود و إلتزامات لا يقبل أي مساومة، بل يفرض على أطراف العقد رغما عن إراداتهم و دون ضابط في فرضه غير العدالة، رغم أن مفهوم العدالة يظل مفهوما غامضا. Gándara (R. -C.), "Reconstrucción de la justicia contractual desde la justicia relacional. " ricerca, revista de pensament i anàlisi, núm. 14. (2014), P. 102

4 بوختالة سعاد، دور القاضي في تكملة العقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، سنة 2016، ص ص93-94.

5 تطرق مجلس الدولة الفرنسي إلى نص المادة 1135 من القانون المدني الفرنسي، التي لم تقر هذه الواجبات، لأن من شأنه ان يؤدي إلى نتائج خطيرة لم يكن توقعها، أنظر أسامة أحمد بدر، المرجع السابق، ص110.

6 فاضل خديجة، المرجع السابق، ص147.

لكن عدم وضع تعريفاً محدد لهذا المبدأ من قبل المشرع فتح الباب على مصراعيه أمام الاجتهادات القضائية في تفسير هذا المبدأ¹.

على إثر هذا أصبح محتوى العقد ينطوي على جملة من الالتزامات والواجبات منها ما أنشأه المتعاقدون بإرادتهم الحرة وبرضاهم، ومنها ما أنشأه القاضي والمشرع بمناسبة سلطتهما في مراقبة و تفسير وإكمال العقد، فلم يعد العقد مقتصرًا على ما اتفقا عليه المتعاقدون ليمتد إلى ما يفرضه المشرع والقاضي بمبرر إعادة التوازن التعاقدي وتحقيق العدالة العقدية، وعلى أساس التوسع في تكريس المفهوم الواسع لمبدأ حسن النية، وبهذا أصبحنا أمام علاقة عقدية تضم التزامات متميزة ومتفرقة سواء من حيث مصدرها أو مضمونها²، ما يعتبر توسع وتضخم لمحتوى العقد.

لكن من جهة أخرى ينتقد بعض الفقه فكرة أن القاضي يمكن أن يتدخل في مضمون العقد، لفرض واجبات و التزامات جديدة خارجة من الإرادة المشتركة للمتعاقدين، مما يشكل تحريفاً و خرقاً لهذه الإرادة و القوة الملزمة، بينما يرى فقه آخر أن تدخل القاضي بإنشاء مثل هذه الواجبات و الالتزامات مؤسس و مقنن في القانون المدني الفرنسي بنص المادة 1135 من ق.م.ف قبل تعديل 2016، وهذا الأساس القانوني هو مبرر لتوسع في مضمون العقد، الذي يتوافق مع مبدأ التضامن التعاقدي³.

أما من وجهة نظرنا إذا كان المشرع الفرنسي قد أضاف التزامات معينة في العقد، وقننها في تعديل 2016 للقانون المدني الفرنسي، مثل الالتزام بالإعلام في التعاقد من أجل تنوير علم المتعاقدين قبل وبعد التعاقد كضمان لتنفيذ العقد وفق مقتضيات التوازن و العدالة العقدية، إلا

¹ عزت عبد المحسن إبراهيم سلامة، المرجع السابق، صص 220-221.

² للنصيّل أكثر أنظر: جاك غستان بالتعاون مع كريستوف جامان و مارك بيو، المطول في القانون المدني، مفاعيل العقد و آثاره، ترجمة منصور القاضي، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، ط1، بيروت 2000، صص 72-73.

³ "..... Plus généralement, les « nouveaux » devoirs des contractants ne constituent une anomalie qu'à l'aune de la conception volontariste du contrat. Or, d'autres conceptions sont plus accueillantes. Par exemple, le solidarisme contractuel s'accommode parfaitement de l'obligation d'information, du devoir de loyauté et plus généralement tous les devoirs qui s'expliquent par l'existence de relations contractuelles inégalitaires." Chazal (J.-P.), Les nouveaux devoirs des contractants, est-on allé trop loin?. Op. Cit. p. 101.

أن الإفراط في فرض هذه الواجبات على أساس مفهوم التضامن الواسع سيؤدي إلى الابتعاد عن الهدف الحقيقي له، مما يؤثر في الحاضر والمستقبل على التوازن العقدي والأمن القانوني.

02- التضامن التعاقدي: أساس فرض الالتزامات

الأصل إن مضمون العقد يكون وفق لما اقتضت به إرادة المتعاقدين، وما تم تحديده مسبقاً أثناء تكوين العقد، لكن أصبح يتدخل كل من المشرع والقاضي بإضافة واجبات و التزامات تعاقدية، على أساس التضامن التعاقدي الذي أصبح مصدراً لإنشاء هذه الالتزامات في الحاضر "أ" أو في المستقبل "ب".

أ- التضامن التعاقدي مصدر لإنشاء الالتزامات في الحاضر:

يرى بعض الفقه أن تكريس قيم العدالة و التضامن العقدي في العلاقة التعاقدية، قد وسع إلى حد كبير من محتوى العقد، نتيجة تدخل كل من المشرع و القاضي التدخل في العلاقة التعاقدية، لفرض واجبات و التزامات ضمنية خارجة عن إرادة المتعاقدين تمثلت أولاً في مبدأ حسن النية، هذا الأخير بمعناه الواسع الغير محدد فتح المجال بتكريس القيم الأخلاقية المتمثلة في النصيحة، الثقة، النزاهة، الالتزام بالسلامة الإعلام، إلخ، التي تسمح بتنفيذ العقد، مما أدى إلى تضخم محتوى العقد باسم التضامن التعاقدي¹.

ليتم بعدها تدعيم هذا الرأي من قبل الفقه الحديث²، بحيث اعتبر أنه من الواجب تكريس هذه القيم الأخلاقية في العلاقة التعاقدية على أساس مفهوم التضامن التعاقدي، لمواجهة مظاهر السلطة في العقد ضد المتعاقد الضعيف، خاصة مع تطور النظام العام بمفهومه الحمائي، ولعل أهم ترجمة لهذه الحماية هي تكريس القيم الأخلاقية في العلاقة التعاقدية، التي تكون عبر فرض واجبات و التزامات ضمنية على المتعاقدين، تحقق هذه الحماية من خلال تنوير المتعاقد الضعيف من جهة و

¹ بعجي أحمد، المرجع السابق، ص 156.

² P. Lokiec, Contrat et pouvoir, essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels, LGDJ, 2004, p 83.

تنفيذ العقد من جهة أخرى، كما أثني الفقه على دور الاجتهاد القضائي¹، في إنشاء و فرض هذه الالتزامات، التي دفعت بالمشرع الفرنسي إلى تكريسها في تعديل 2016 ق.م.ف، أهمها تكريس للالتزام بالإعلام في العلاقة العقدية.

تبعه فرض التزام أكثر فعالية في العلاقة التعاقدية، كان نتيجة الممارسات التجارية و الاقتصادية الحالية في ظل التطورات الاقتصادية و التكنولوجية، يعود مصدره إلى فكرة الأخلاق و التضامن التعاقدية، ألا و هو الالتزام بالتسبب **l'obligation de motiver** الذي يعد أساس و عماد حقيقي في العقد²، سواء كان بنظرته الحمائية أو التوجيهية، نظرا لدوره الفعال في تحقيق التوازنات العقدية انطلاقا من ضمان المشروعية، ظهر من خلال قرارات محكمة النقض الفرنسية في قضايا إنهاء العلاقة العقدية دون مبرر أو سبب، بحيث أصبح لبد على قاطع العلاقة بشكل مفاجئ أن يحترم الإشعار و المدة المعقولة³.

غير أن هذا الالتزام اعتبر وليد الاجتهاد القضائي، نظرا لارتباطه بعقود التوزيع التي تكثر مظاهر السلطة و التبعية الاقتصادية، من أجل حماية المتعاقد الضعيف و ضمان حرية المنافسة في السوق، بحيث يفرض على صاحب السلطة تسبب و تبرير قراراته بأنها لن تعيق المنافسة في السوق و ستحقق الفعالية الاقتصادية، كما نصت على ذلك المادة L.420-2 من ق.م.ف عن إمكانية معاقبة قاطع العلاقة التعاقدية من طرف الشريك رفضا منه على الشروط التجارية الغير مبررة، وأكدت عليه محكمة النقض الفرنسية في القرار الصادر سنة 1995⁴، من خلال التعسف في تحديد الثمن و الاعتراف بوضعية الطرف الأخر في مناقشة الثمن، لتجنب الطابع التعسفي في تحديد الثمن بصورة انفرادية⁵.

¹ O. Deshayes, la formation des contrats, colloque, la réforme du droit des contrats : quelles innovations ?, R.D.C, avril 2016/hors-série, 21 et 26.

² الإلتزام بالتسبب، سنتطرق إليه ودوه في إستعادة التوازن العئدي و ضبط السوق في الفصل الثاني من الباب الثاني.

³ D. Savova et A. Kennedy, la gestion contractuelle de la rupture, AJCA, janvier 2015, p 8 et 10 et 11.

⁴ Ass, plén, 1 décembre, 1995, bull.n°9.

⁵ D. Ferrier, une obligation de motiver, RDC, n° 2, 2004, p560. 3 Paris, 19 mai 2000.

أكد القضاء على هذا الالتزام في عدة قرارات و أحكام قضائية سواء من محكمة النقض أو المجلس القضائي الفرنسي، من أجل منع قطع العلاقة التعاقدية التي تشكل أزمة تعاقد، بحيث لا يتم تنفيذ العقد وتغيب الفعالية اللازمة منه التي بدورها تؤثر على الفعالية الاقتصادية، خاصة بعدما أصبح العقد وسيلة ضبط السوق و تنفيذ السياسة الاقتصادية للدولة، و لهذا نجد أن معظم القرارات القضائية تبحث عن التخفيف من نتائج القطع التعاقدية، من خلال محاربة أشكال التعسف و تجسيد القيم التضامنية الناتجة على توسع مبدأ حسن النية¹، الذي كرسه المشرع الجزائري من خلال المادة 06/11 من الأمر 03/03 المعدل و المتمم المتعلق بالمنافسة على أنه "....قطع العلاقة التجارية بمجرد رفض المتعامل الخضوع لشروط تجارية غير مبررة...."، يعتبر تعسف في التبعية الاقتصادية.

من خلال ما تم ذكره فإن للتسيب دور كبير في فرض الأخلاق في الميدان التعاقدية، إذ يعتبر قانون الضبط الإقتصادي غريب عن القيم الأخلاقية في العقد، فهو فقط يهتم بحماية المنافسة و ضمان توازن السوق، غير أنه لضمان هذان الأخيرين يجب ضمان التوازن و العدالة العقدية، من أجل تنفيذ العقد و تحقيق الفعالية اللازمة خاصة و أن العقد الوسيلة الأولى لضبط السوق، و بالتالي الضبط الإقتصادي لا يوافق و لا يعارض القيم الاخلاقية في العقد و إنما يسعى فقط لتنفيذ العقد على الوجه المطلوب لضمان توازن السوق، من خلال أعمال مبدأ التسيب كأداة رقابية وقائية في مرحلة التكوين وعلاجية في مرحلة التنفيذ، لمنع كل أشكال التعسف و الانفرادية في قطع العلاقة التعاقدية، و سنتطرق إليه بالتفصيل في الفصل القادم.

ب- التضامن التعاقدية مصدر لإنشاء الالتزامات في المستقبل:

توصلنا فيما سبق أن التضامن التعاقدية يمثل المفهوم الواسع لمبدأ حسن النية، و يمتد امتداد واسع مثله مثل هذا الأخير عبر أخلاق العلاقة التعاقدية، حيث أصبح لا يقتصر على إثراء و مد

¹ M. Malarie –Vignal, solidarisme distribution et concurrence, op.cit, p 98 et 99.

العقد بالآليات المطلوبة لحماية المتعاقد الضعيف فقط، بل يمتد إلى إنشاء التزامات مستقبلية من شأها ضمان التوازن و العدالة العقدية، بحيث اعتبر بعض الفقه¹، أن هذه الأخلاق التعاقدية بمثابة الإسمنت الذي يضمن عدم قطع الرابطة العقدية و تنفيذ العقد من أجل تحقيق العدالة العقدية.

كما يرى أيضا بعض الفقه، أن التضامن التعاقدى يؤسس و يكرس من خلال مبدأ حسن النية، هذا الأخير الذي يفتح لتدخل كل من المشرع و القاضي في العلاقة العقدية، لفرض التزامات جديدة على الأطراف من أجل تهذيب و تعديل العقد تحت مفهوم الوظيفة التهذيبية، أو إتمام و إكمال العقد من خلال إثراء محتواه بما يعرف بالوظيفة التكميلية، وكلاهما يهدفان لتنفيذ العقد لضمان الفعالية اللازمة².

من جهة أخرى، تؤكد القرارات القضائية يوما بعد يوم على دور حسن النية في إثراء محتوى العقد والمجال التعاقدى بشكل عام، عبر توالي التأكيدات القضائية في هذا الشأن، حيث أصدرت الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية قرارا يتناول في موضوعه حسن النية ودوره في تكريس خلق الالتزام بالنزاهة، في قضية فاتورة لاستهلاك مياه مبالغ فيها ومفرطة، نتجت عن ثغرة وجدت في قنوات توصيل المياه، وهو ما أضر المستهلك، بحيث رفض هذا الأخير تسديدها لشركة المياه **Veolia**، ففضاة الموضوع قبلوا منح الحق لهذا الطلب وأعلنوا تقسيما لمسؤولية بين كل الرؤساء، على أساس حسن النية في تنفيذ العقد، لأن توزيع فاتورة المياه وحدها غير كافية لجلب انتباه مشتركها لنتائج استثنائية، من أجل ذلك افتقدت شركة **Veolia** التحلي بواجب النزاهة والإعلام نحو مشتركها أثناء تنفيذ العقد، وقد أشار إليه الغرفة في المادة 1134 و المادة 1147 من ق.م.ف

¹ S. Darmisin, Le contrat moral, L.G.D.J, 2000, p 127.

² « ... la bonne foi remplit en droit français plusieurs fonction, les deux principales sont, premièrement, la fonction modératrice, qui appelle un contrôle du comportement ainsi qu'un sanction de la mauvaise foi, et deuxièmement, la fonction complétive ou créatrice.. » Y.Marie Laithier, op.cit, p 37.

قبل التعديل، مع أنه لا وجود لنموذج أو شكل أو أحكام قانونية ولا اشتراطات تعاقدية، تفرض على مواد إعلام مشتركة بوجود استهلاك غير عادي و غير مألوف¹.

اعتبر الأستاذ **T. Genicon** هذا القرار باهر و مدهش²، يدفع بتطور العلاقة التعاقدية من خلال تكريس مبدأ حسن النية خاصة خلق النزاهة، الذي يجب على المتعاقدين الالتزام به أثناء تنفيذ العقد، طبقا للمادة 03/1134 من ق.م.ف نظرا لفضله في لإنشاء عدد ظاهر من الالتزامات ضمن العلاقة العقدية منذ النصف الثاني من القرن 20 حتى يومنا هذا، منها الالتزام بإعادة التفاوض في عقود التوزيع، الالتزام بالنزاهة و الالتزام بالتعاون، كذلك واجب التنسيق أو الانسجام المعلن عنه من جانب **D. Mazeaud** وكذلك الشهرة الفقهية لمفهوم التضامن التعاقدية.

من أجل هذا فإن التضامن التعاقدية حقيقة قد وسع من محتوى العقد، من خلال تدخل كل من المشرع و القاضي بفرض واجبات و التزامات في الحاضر و المستقبل، مؤسسا هذا الفرض النزاعة التضامنية الاجتماعية، التي تعتبر أخلاقية العلاقة التعاقدية عبر فرض واجبات و التزامات التعاون و النصيحة و الرشد و النزاهةإنلخ، ضمان لإعادة التوازن العقدي من خلال تحقيق المساواة التعاقدية و حماية الطرف الضعيف، عبر إثراء محتوى العقد من أجل تسهيل تنفيذ العقد و تحقيق الفعالية اللازمة، إلا أن الإفراط في هذا التدخل و عدم تقنينه و ضبطه في إطار محدد قد ينجر عنه تضخم العقد، كما إن تحريف هذه الوجبات عن معناها الحقيقي الذي قد ينجر عنه اللأمن القانوني و التعاقدية.

¹ بعجي أحمد، المرجع السابق، ص ص 160-161.

² **T. Genicon**, obligations d'exécuter le contrat de bonne foi : beaucoup de modération, R.D.C/ Mars n°1,2017, p14

الفرع الثاني

الإفراط في إنشاء واجبات عقدية جديدة: تضخم العقد و تهديد مستقبلي

يعتبر تكريس مفهوم التضامن التعاقدي ضمن العلاقة التعاقدية، ناتج لتوسع مبدأ حسن النية الذي يسمح بتدخل كل من المشرع و القاضي وحتى سلطات الضبط الاقتصادية، لفرض التزامات و واجبات في الحاضر و المستقبل تحت مفهوم أخلاق العلاقة العقدية، إلا أن الفقه اختلف في هذا المفهوم بين مرحب مؤيد وبين رافض منكر له، بحيث اعتبره هذا الأخير إفراط في إنشاء واجبات و إلتزامات جديدة يشكك في مدى شرعيتها و ملاءمتها، نظرا لتجسيدها إرادة كل من المشرع و القاضي والسلطات الضبطية بذل إرادة أطراف العقد، قد تؤدي إلى التضخم العقدي من خلال تضخم مضمونه "أولا"، الذي يكون خطرا على استقرار العلاقة التعاقدية "ثانيا".

أولا: التضخم العقدي (تضخم مضمون العقد):

أدى التدخل المفروض لكل من المشرع و القاضي والسلطات الضبطية، في فرض واجبات و إلتزامات جديدة على عاتق المتعاقدين خارجة عن إرادتهما، إلى اكتظاظ **Surpeuplement** في مضمون العقد بالتزامات و واجبات جديدة، من أجل حماية الطرف الضعيف و تحقيق المساواة التعاقدية، أو لضمان تنفيذ العقد لتحقيق الفعالية اللازمة، كان أول من كرسها القضاء الفرنسي من خلال تكريس الإلتزام بالسلامة لحماية المستهلك "01"، تبعه الإلتزام بالإعلام لتنوير رضا المتعاقدين "02"، للتوالي بعدها فرض التزامات و واجبات جديدة مبالغ فيها قد تهدد بقاء العقد واستقراره "03".

01-الالتزام بالسلامة

يعتبر واجب الالتزام بالسلامة¹، من إنشاء القضاء الفرنسي و تكريسه إلى جانب الالتزامات الأصلية للمتعاقدين²، بحيث أقره أول مرة في نشاط النقل على سائقي سيارة الأجرة أن يلتزموا بضمان سلامة المسافرين³، لتتوالى بعدها تطبيقاته في عدة نشاطات⁴، أدت إلى انتشاره في معظم العقود، أين أصبح في الفقه الفرنسي يقره على أنه التزاما عقديا في العديد من أحكامه⁵، ولا يزال يقره رغم توجه الفقه الحديث إلى محاولة الحد من هذا الالتزام، نظرا لمصدره القضائي الخارج عن إرادة طرفي العقد، بحيث نشأ هذا الالتزام وفقا لمعايير غامضة و مشكوك فيها تظهر ذاتية القاضي فيه، كما إن الاعتبارات المادية تدعوا إلى التخفيف منه، نظرا للمسؤولية المدنية القائمة على نظرية المخاطر و الظروف الطارئة أكثر فعالية من هذا الالتزام في توفير الحماية اللازمة، فمثلا لو حدث ضرر جسدي لمسافر يكون من السهل تعويضه حتى ولو لم يكن هناك عقد بين الناقل و الضحية⁶.

نجد أيضا في هذا الصدد ما نادى به جانب من الفقه بضرورة نزع الصفة عن الالتزام بالسلامة، لأنه من وجهة نظرهم أن هذا الالتزام لم يقدم أي ميزة في الواقع للدائن، إضافة إلى

¹ يرجع الفضل في تكريس الالتزام بالسلامة للنائب العام **Louis Sarrut** لمجلس قضاء فرنسا و الفقيه **Adhémar Esmein** و الفقيه **Charles Lyon-ceen** من الرغم من أن المتعاقدين لم يتفقا على هذا الإلتزام عند إبرام للعقد، إلا أن القضاء الفرنسي أقر بفرضه عند تنفيذ العقد.

² **منة الله محمود صلاح الدين**، المسؤولية المدنية في إطار الاسرة العقدية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، سنة 2017، صص 120-121.

³ أنشأ القضاء الفرنسي الإلتزام بالسلامة في بادئ الأمر في فقود النقل عام 1913، حيث يجب ضمان سلامة الركاب أقرنه محكمة النقض على الناقل الإلتزام بتوصيل المسافر إلى وجهته بكل سلامة، بحيث يقع عليه إتخاذ كل الإجراءات و الإحترازاات لضمان وصوله سالما معافي، أنظر **cass.civ.27 mars 1913, D.1999, somm, p, 177**.

⁴ ذهب جانب من الفقه إلى إعتبار أن القضاء الفرنسي قد توسع في الإلتزام بالسلامة لدرجة إعتباره واجبا عاما، يترتب على الإخلال به نشؤ المسؤولية العقدية، فهذا الإلتزام من وجهة نظرهم إلتزام مفترض و بديهي حتى ولو لم يتم الإلتفاق عليه بين المتعاقدين، أنظر **بن عمارة محمد**، الإلتزام بضمان سلامة المنتج في القانون الجزائري، مجلة مصر المعاصرة- مصر، المجلد 104، العدد 509، يناير 2013، ص 436.

⁵ إستن القضاء الفرنسي في تكريس الإلتزام بالسلامة على انه إلتزاما عقديا إلى فكرة العدالة، لإثراء مضمون العقد بالعديد من الواجبات الأخرى، أنظر للتفصيل أكثر: **خالد حسين الحديثي**، تكميل العقد، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية-لبنان-، سنة 2012، ص 121.

⁶ **Chazal (J.-P.)**.Les nouveaux devoirs des contractants est-on allé trop loin ?op, cit, p108.

أنه لا يمكن تبريره استنادا للإرادة الضمنية للمتعاقدين¹، كما إن اعتباره التزاما عقديا سيوسع من مجال المسؤولية العقدية و يحرم الدائن من رفع المسؤولية التقصيرية، غير أن الدائن المضور ملزم بتقديم دليل على خطأ المدين حتى يتمكن من الحصول التعويض، ولولا ذلك لكان بوسعه الاستفادة من المسؤولية التقصيرية².

من خلال هذا يتبين أن الإقرار بالالتزام بالسلامة و اعتباره واجبا و التزاما عقديا، رغم انه يقدم حماية للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية كالمستهلك مثلا، من خلال ضمان سلامته او سلامة السلعة الذي يرغب في اقتنائها، لكن من جانب آخر يعد مصدرا لتهديد الأمن و العدالة العقدية، خاصة إذا حرف في تأويله من طرف القاضي، كما إن المعايير التي يستند عليها تعتبر غامضة و غير واضحة، و تزايد الإفراط في فرضه على المتعاقدين يؤدي إلى تزايد إضرابات العلاقة العقدية، التي تقوم عليها المسؤولية العقدية و بذلك يحرم الدائن من الاستفادة من المسؤولية التقصيرية، لم نجد تطبيقه في قانون الضبط الإقتصادي، إلى في بعض الحالات في قانون الاستهلاك بما يخص سلامة المنتج.

02- الالتزام بالإعلام

بعد ظهور عيوب الالتزام بالسلامة في تحقيق التوازن و العدالة العقدية، اتجه فقه آخر على رأسه الفقيه كاربونييه (CARBONNIE)، نحو فرض و تكريس التزام آخر عبر الأخذ بفكرة تكلفة العقد أثناء تنفيذه، خاصة عندما يكون عدم توازن بين المراكز القانونية للمتعاقدين الناتج عن امتلاك أحد الأطراف القوى الإقتصادية في السوق، حيث ينتقد المذاهب الفقهية التي تدعو إلى الاعتماد على مبدأ سلطان الإرادة، خاصة بعد الاختلالات في التوازن العقدي الناتجة عنه في

¹ من جانب هذا الفقه فالسلامة في نظرهم ليس لها صلة بالعقد لا من قريب أو من بعيد، بل هي في الواقع جانب قانوني عام مفروض على العامة بعيد عن العقد، و بما أن السلامة واجب عام فإن الإخلال بهذا الأخير الواجب العام يعني قيام المسؤولية التقصيرية لا العقدية، للمزيد أكثر أنظر: عبد القادر محمد أقصاصي، الإلتزام بالسلامة في العقود (نحو نظرية عامة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، سنة 2008، ص119 .

² عبد القادر محمد أقصاصي، المرجع نفسه، ص217.

العصر الحديث، والتي فتحت المجال لتدخل كل من المشرع والقاضي من أجل استعادة التوازن العقدي¹، بعدما امتد دوره من مرحلة التنفيذ إلى مرحلة التكوين والإبرام، عبر فرض الالتزام بالإعلام لتنوير رضا المتعاقدين²، بحيث يعتبر الحكم القضائي الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 04 أكتوبر 1977 الذي كرس واجب الإعلام، من خلال قضية بائع القرميد **tuiles** الذي قام بتسليم ألواح القرميد إلى المشتري، لكن ثبت بعد ذلك ان القرميد المستخدم لم يكن مقاوما للصقيع و الثلج، عليه أدانت المحكمة البائع على أنه على دراية و علم بذلك الأمر، و كان يجب عليه إعلام المشتري بكل التفاصيل عند إبرام العقد³.

إلا أن هذا الإقرار من جانب القاضي لواجب الالتزام بالإعلام أثار إشكالات فقهية، بحيث اعتبره أصحاب المذهب الفردي تعدي و تجاوز للمبادئ الكلاسيكية لنظرية العامة للعقد، التي تفرض أي تدخل في العلاقة التعاقدية من خارج إرادة الطرفين⁴، بينما اعتبره الفقه الحديث واجب تعاقدية يجب على المتعاقدين التحلي به، مبررا ذلك على أنه يقدم معلومات تنور رضا المتعاقدين بحيث تسمح لهم باتخاذ القرارات الصائبة بشأن التعاقد أو عدم التعاقد، التي تضمن تنفيذ العقد و تحقيق المنفعة و العدالة العقدية، التي على أساسها يتدخل القاضي لفرضه و تكريسه من أجل ضمان التوازن التعاقدية⁵.

لكن في ظل هذه الاختلافات في الآراء الفقهية بين مؤيد و منكر لواجب الالتزام بالإعلام، يجب أن نعرف ما المقصود به أولا، إذ يتجلى بحسب الهدف منه في تنوير رضا المتعاقدين، على انه المعلومات التي يقدمها المتعاقد ليس ملزما بتقديمها للمتعاقد الاخر بموضوع العقد، كان على هذا

¹ إبراهيم عبد العزيز داود، عدم التوازن المعرفي في العقود، دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2014، ص 19.

² الخالدي نزهة، الإلتزام بالإعلام ودوره في تنوير إرادة المستهلك، منشورات مجلة القضاء المدني- سلسلة دراسات وأبحاث-، المغرب، العدد الربع، سنة 2013، ص 109 .

³ Chazal (J. -P.). Les nouveaux devoirs des contractants, est-on allé trop loin? Op. Cit. p. 109.

⁴ بوختالة سعاد، المرجع السابق، ص 108.

⁵ Lefebvre (B.), "La bonne foi: notion protéiforme." R. D. U. S. (Québec), Vol. 26, no 2, 1996, p. 345.

الأخير أن يتحرى عليها بنفسه و الحصول عليها بشأن محل التعاقد¹، غير أن القضاء الفرنسي وسع في مجال فرض الإعلام حتي صار على المحترف تقديم المعلومات للمستهلك ليتسنى لهذا الأخير حماية رضاه، ويكون بذلك المحترف أفلت من عقوبة القضاء، نجد عن ذلك ما أكدته القضاء الفرنسي في قضية بيع سيارة يملكها ميكانيكي، عددا سرعتها أقل من الحقيقة².

من جهة أخرى حتى وإن كان تدخل القاضي لإنشاء واجب الإعلام مفيد نوعا ما لتحقيق التوازن و العدالة العقدية، إلا أنه يبقى محل تشكيك ونقد من طرف الفقه، لأنه يتم بصورة خاطئة من خلال الإفراط فيه استعماله بدون نص صريح من القانون مع صعوبة إثباته، مما دفع بالمشرع الفرنسي بالنص على الالتزام بالإعلام صراحة في نص المادة 1/1112 بعد تعديل 2016 ق.م.ف. لتجاوز هذا النقد، حيث نصت هذه المادة على أنه " يلزم على من يعلم من الأطراف معلومة لها أهميتها الحاسمة لرضاء الطرف الأخر، أن يعلمه بها متى كان جهل هذا الأخير بالمعلومة مشروعا أو كان قد أودع ثقته بالمتعاقد الأخر....."³، لكن السؤال المطروح هل كون الالتزام ذا نشأة تشريعية يؤدي إلى حرمانه من أن يكون ضمن الواجبات التعاقدية؟.

للإجابة عن هذا التساؤل يجب أن نتطرق إلى تحليل تطبيق الالتزام بالإعلام الذي يشترط توفر 03 شروط وهي: - معرفة المعلومة من قبل المدين - الجهل بالمعلومة من قبل الدائن بالإعلام - أن تكون المعلومة جوهرية و لها تأثير على رضا الطرف الأخر، أين يتبين أن المشرع الفرنسي ألزم المتعاقد المدين بالإعلام بتقديم المعلومات التي يعلمها حقا، ومن ثم فإن المدين بالإعلام لا

¹ عبد العزيز محمد أحمد، علاج توازن العقد الناجم عن التعاقد باستخدام الوسائل الحديثة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة 2016، ص 94.

² مشار إلى هذا الحكم في: إبراهيم عبد العزيز داود، المرجع السابق، ص 48.

³ للتفصيل أكثر أنظر المادة 01/1112 من القانون المدني الفرنسي (بعد تعديل 2016)، إذ تعتبر من النصوص التي إستحدثها المشرع الفرنسي في تعديل 2016:

Art. 1112-1 (" Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant ") .

يظهر هنا أن المشرع الفرنسي في المقام الأول يهدف من خلال هذا الإصلاح، و لاسيما هذه المادة هو الحد من الحد من تدخل القاضي في العلاقة العقدية على أساس حسن النية ، لعدما فتح هذا الأخير الباب على مصراعيه أما التدخل القضائي، حين نص على مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود ووسع فيه إلى مرحلة التكوين و التفاوض.

يلتزم بالإعلام فيما يجمله من معلومات حتى ولو كانت جوهرية و إذا تأثر على رضا الطرف الآخر، كما أنه يسري على جميع الأشخاص دون التفرقة بين شخص عادي (المستهلك) أو مهني (محترف)¹، ووضع على عاتق الدائن الاستعلام بنفسه من خلال التحري عما يريده من معلومات.

كما إنه يتضح لنا من خلال استقراء المادة 2/1112 السالفة الذكر، أن المشرع الفرنسي قد وضع حدودا وضوابط لتجسيد للالتزام بالإعلام، فلا يجوز للأطراف الحد من هذا الواجب أو استبعاده، إذ اعتبره من النصوص الأمرة المتعلقة بالنظام العام التي لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها أو استبعادها من التعاقد، أما مسألة إثباته فتقع على المتعاقد المتضرر إثبات أن المتعاقد الآخر ملزما بالإعلام، وفي المقابل يتعين على هذا الأخير أنه قيامه بالالتزام².

يتبين أن المشرع الفرنسي قد مهد من خلال إصلاحه للقانون المدني لسنة 2016، لتكريس واجب الالتزام بالإعلام في العلاقة التعاقدية من أجل تنوير رضا المتعاقدين، قصد تحقيق التوازن العقدي لضمان تنفيذ العقد، بحيث أصبح مبدأ قانوني وواجب تعاقدية في العلاقة التعاقدية، كما تبعه المشرع الجزائري بحيث أخذ به هذا الالتزام كألية لضمان التوازن العقدي خاصة في الأنشطة الحيوية مثل التأمينات و البنوك، ولهذا السؤال المطروح كيف تعامل المشرع الجزائري مع هذا الواجب خاصة في الأنشطة الخاضعة للضبط الإقتصادي، الذي سنجيب عليه في الفصل القادم.

03- استحداث واجبات عقدية جديدة: تهديد مستقبلي للعقد

لقد مهد التوسع في مبدأ حسن النية في فرض واجبات أخلاقية على المتعاقدين، مثل النزاهة والأمانة والثقة والتعاون... إلخ، لكنها لم تصل إلى درجة التكريس التشريعي والقانوني مثلها وصل إليه كل من واجب الالتزام بالسلامة والإعلام اللذان كرسهما كل من المشرع الفرنسي و

¹ شندي يوسف، دور القضاء الفرنسي في الإصلاحات التشريعية الحديثة في مجال العقود: المرحلة السابقة على التعاقد و الإلتزام بالإعلام، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد الثاني، الجزء الثاني، نوفمبر 2017، ص460.

² بكر عبد السعيد محمد أبو طالب، أزمة العقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنوفية مصر، سنة 2020، ص81-82.

الجزائري بقوانين صريحة، على أساس مفهوم التضامن التعاقدي لضمان التوازن العقدي، اللذان بدورهما مهد لإنشاء مجموعة أخرى من الواجبات الجديدة تكون في أغلب الحالات لا صلة لها بإرادة أطراف العقد سواء الصريحة أو الضمنية¹، مما قد يسبب تضخم العقد و عدم استقراره، الذي تفتن إليه الفقيه DEMOGUE مند أكثر من 70 عام حين تحدث عن مبدأ حسن النية والفروع التي قد تنجر عنه للمعني الواسع له، بحيث يعتبر من بين الأول الذين دعوا إلى حث الدائن على عدم إقتال كاهل المدين بمثل هذه الواجبات، بل عكس ذلك يجب مساعدته في تنفيذ العقد².

كل هذا التكريس للواجبات تعاقدية خارجة عن إرادة أدت إلى تضخم محتوى العقد، خاصة بعدما أقر المشرع الالتزام بالنصيحة والإرشاد³ والتقدير وتقييم المشورة⁴، والمساهمة في تنفيذ العقد، بالإضافة إلى واجب التعاون، من أجل تسهيل مهمة الطرف الأخر لضمان توازن العقد وسهولة تنفيذه، نصت عليه المادة 3/1134 من القانون المدني الفرنسي قبل تعديل 2016، لكنها أثار دهشة الفقيه STOFFEL-MUNCK لما فيها من توسع للمسؤولية في المجال التعاقدي، هو إقرار القضاء واجب الأمانة (الإخلاص) الذي يتناقض بين واجب الأمانة الذي يتم إنشاؤه والذي يتم استخلاصه بتطبيق معيارا خلقيا، وتوسع في مفهوم حسن النية، ما جعل هذه الواجبات بمنأى عن الطبيعة التعاقدية⁵.

¹ بكر عبد السعيد محمد أبو طالب، المرجع السابق، ص 83.

² « Le créancier a plusieurs obligations. Il ne doit pas par sa conduit surcharger le débiteur, il doit par des actes positifs faciliter à celui-ci l'exécution de l'obligation et notamment se prêter à l'exécution » Chazal (J. -P.). Les nouveaux devoirs des contractants, est-on allé trop loin? Op. Cit. p 113.

³ تجلت في قضية عرفت لمحكمة النقض الفرنسية عام 2000 صدر فيها حكم بمسؤولية البائع عن الأضرار التي لحقت المشتري نتيجة لعدم تقديم النصيحة والإرشاد، فيما يتعلق بطريقة التركيب والاستعمال المناسبة لمحل التعاقد، أنظر: Cass. Irech. 25 janv. 2000, D. 2000, somm. p. 284.

⁴ ينشأ الإلتزام بالمشورة عن عقد تقديم المشورة، وفي هذه الحالة يعد إلتزاما أصليا يقع على الإستشاري تجاه العميل، بحيث يعد مخلا بتنفيذ إلتزامه إذ لم يقدم المشورة على النحو الصحيح المتفق عليه، وذلك خلافا للإلتزام بتقديم المشورة التي أقره القضاء كالإلتزام تابع للإلتزامات الأصلية المتفق عليها رغم عدم النص عليه في العقد المبرم بين المتعاقدين، فالإلتزام الأول مصدره العقد المبرم بين الطرفين (عقد تقديم المشورة) و الإلتزام الثاني مصدره الحكم القضائي الذي أصدره القاضي وفقا لمقتضيات حسن النية، أنظر البراوي حسن حسين، عقد تقديم المشورة، المرجع السابق، ص 13.

⁵ Chazal (J. -P.), op. cit, p. 114.

بناء على ما سبق لا يمكن اعتبار هذه الواجبات الجديدة ذات طابع عقدي، بالنظر لإنشائها من خارج الإرادة التعاقدية، إذ تعتبر واجبات أخلاقية ناتجة عن فكرة حسن النية، ومتصلة بالآداب العام والنظام العام تستدعي تخلفها قيام المسؤولية التقصيرية لا العقدية¹، إلا أن الفقيه **Jean Pascal Ghazal** يرى عكس ذلك، من خلال أن ما دعي إليه الرأي السابق لا يتوافق مع مقتضيات المادة 03/1134 من القانون المدني الفرنسي قبل تعديل 2016، التي أكدت على تكريس مفهوم حسن النية والتوسع في استعماله لا على التوسع في مفهوم المسؤولية العقدية²، بل فقط تمكين القاضي من سلطة تمكنه من إتخاذ القرارات في المسائل التعاقدية وفقا لما هو عادل من خلال إضافة واجبات جديدة في العقد تضمن تحقيق العدالة والتوازن العقدي.

أدى الإفراط في الاعتماد على مبدأ حسن النية والأخلاق التعاقدية إلى كثير من الانتقادات، منها أنه تعسف في فرض واجبات تعاقدية جديدة غامضة وغير واضحة مخوفة بالمخاطر، توسع من المسؤولية العقدية وتؤثر على الأمن القانوني، لكن رغم كل هذه الانتقادات ومخاوف الإفلات القانوني، إلا أنه تم تبرير سلوك وتدخل القاضي في العلاقة العقدية عبر مفهوم حسن النية، لأن ذلك يتوافق مع النية المفترضة للأطراف (نية مفترضة **intention virtuelle**)، وبالاستناد للنية المفترضة يستطيع القاضي إضافة إلتزامات غير مكتوبة للعلاقة العقدية وفقا لواجب حسن النية³.

رغم هذه الانتقادات والتبريرات السابقة حول مؤيد ومعارض بخصوص تكريس وفرض هذه الواجبات العقدية على المتعاقدين من خارج إرادتها، إلا أن المشرع الفرنسي والجزائري قد

¹ لكن بعض الفقه يرى أن الإلتزام بحسن النية هو إلتزام تعاقدية يفرضه العقد، حتى ولو لم يتم الإلتفاق عليه المتعاقدون، ويجب عليهم ألا يحددوا عن حسن النية عند إبرام العقد أو تنفيذه، وإذا أحل أحدهم بهذا الإلتزام فهو مسؤول عن هذا الإخلال مسؤولية عقدية لا تقصيرية كما يزعم البعض الأخر، فالمسؤولية العقدية تغني عن المسؤولية التقصيرية.

² Chazal (J. -P.), Ibid, p. 115.

³ رغم الانتقادات الموجهة للتدخل القاضي في العلاقة التعاقدية لفرض واجبات جديدة على أساس التوسع في مبدأ حسن النية، إلا انه لم يمنع المحاكم بأي شكل من الأشكال من التدخل في العقد إستناد لفكرة حسن النية، ما أخذت به المحكمة العليا في كندا في حكم صادر لها حيث أقرت بما يسمى بالمضمون الضمني للعقد، وإعتبرت الإلتزام بحسن النية إلتزاما ضمنيا.

أقرا بتكريسهم وتجسيدهم من خلال مبدأ حسن النية في العقود، وليس في مرحلة تنفيذ العقود بحسب، بل امتد أكثر من ذلك ليشمل مرحلة التفاوض والتكوين، بناء على فكرة النظام العام حيث نصت المادة 1104 من ق.م.ف الجديد بعد تعديل 2016 التي نصت على أنه: " يجب التفاوض على العقود وإبرامها وتنفيذها بحسن النية، ويعد هذا من النظام العام"¹، لكن إذا لم يكن القاضي حذرا في تطبيق هذا النص وتعسف في تطبيقه أو تفسيره، فسيصبح العقد لا محال مند إبرامه وإلى غاية تنفيذه مبني على إرادة القاضي لا المتعاقدين، زيادة على أن مضمون العقد سيضم التزامات وواجبات جديدة تؤدي إلى اكتظاظ وتضخم محتوى العقد، وهو ما يقود العقد نحو أمر لا يحمد عقباه خاصة في ظل الاندفاع نحو الإفراط في هذه الواجبات، ما يشكل خطر على العقد في المستقبل.

ثانيا: خطورة الإفراط في فرض الواجبات: التعاقد المثالي وخطورته

أدى الإفراط التدخل في العلاقة التعاقدية من قبل المشرع والقاضي لفرض واجبات و التزامات أخلاقية جديدة، بناء على مفهوم التضامن التعاقدية من أجل تحقيق التوازن العقدي لضمان تنفيذ العقد، إلى تضخم مضمون العقد بواجبات أخلاقية جديدة كالصدق والأمانة و التضامن والإخاء.....إلخ، انجر بالعلاقة التعاقدية نحو مفهوم جديد يسمى بالتعاقد المثالي (الأخوة العقدية) "01"، الذي رفضه أغلب الفقه نتيجة خطورته "02".

01-التعاقد المثالي (الأخوة العقدية) La Fraternité Contractuelle:

في الحقيقة أن الواقع أثبت أن القضاء قد تجاوز كل الحدود في تطبيق مبدأ حسن، سواء في مرحلة التنفيذ أو تكوين العقد، من خلال إضافة جملة من الواجبات والالتزامات مبررا ذلك بتوسع هذا المبدأ، مما دفع ببعض الفقه في المطالبة بفرض التزامات أخرى في العلاقة العقدية،

¹أنظر المادة 1104 من ق.م.ف (بعد تعديل 2016):

Art. 1104 " Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public ."

أدت إلى التوجه نحو الأخوة التعاقدية التي تسودها المحبة و التضامن بين المتعاقدين¹، التي أقرها ودافع عنها الفقيه **Demogue** في مقولته الشهيرة أن " العقود تشكل نموذجا مصغرا عن عالما، فتعتبر بمثابة شركة أو مؤسسة صغيرة يجب أن يعمل فيها الجميع من أجل تحقيق هدف مشترك يشمل مجموعة الأهداف التي يسعى كل الأفراد إلى تحقيقها"²، بحيث يكون الهدف المشترك محصلة لجميع الأهداف الفردية لكل فرد.

كذا يرى بعض الفقه في هذا الصدد أن العلاقة العقدية بمثابة علاقة أخوية بين الأخ و أخيه، تحفها كل معاني القيم و الأخلاق الحميدة، المحبة و الإخلاص و الثقة و الصدق.....إلخ، يجعلنا أمام تعاقد مثالي نتظافر فيه جهود المتعاقدين، من أجل تنفيذ العقد بكل عدالة يسلك فيه الطرفين مسلك الرجل الأمين صاحب الضمير، دون الوقوف عند حرفية نصوص العقد³، لكن رغم هذا فهو لم يلقي الإجماع و القبول من الفقه، بل بالعكس رفضه أغلب الفقه باعتبار أن الأخوة العقدية مجرد خيال لا يمكن تحقيقها في الواقع، طالما دائما يبحث كل متعاقد على مصلحته الخاصة التي تغلب عليها الطابع الأناني، فلا يمكن أن يرتقي المتعاقدين إلى مرتبة الأخوة، كما أنه يعتبر إفراط و مغلاة في فرض الواجبات التعاقدية تؤدي إلى غياب التوازن و العدالة العقدي.

02-رفض التعاقد المثالي

في المقابل اعترض أغلب الفقه على فكرة الأخوة التعاقدية كواجب تعاقدية، نظرا لعدم توافقها على الطبيعة العقدية، حيث يرى الفقيه **Carbonnier** أن فكرة الأخوة في التعاقد إفراط لا جدوى منه، ومن شأنها المساس بالتوازن و العدالة العقدية، من خلال المغلاة في فرض واجبات و إلتزامات تفقد العقد من محتواه و هدفه، كما إن الادعاء بأن المتعاقدين أخوة تربطهم

¹ Grégoire (M. - A.), "L'impact de l'obligation de bonne foi: étude sur ses rôles et sanctions lors de la formation et l'élaboration du contrat " op. Cit. p 18.

² les contrats forment une sorte de microcosme ; c'est une petite société où chacun doit travailler pour un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun. Chazal (J. -P.), .Les nouveaux devoirs des contractants, est-on allé trop loin? Op. Cit. p. 120.

³ بكر عبد السعيد محمد أبو طالب، المرجع السابق، ص ص95-96.

مشاعر أخوية لا قبل له في الواقع وغير منطقي من الناحية النظرية والواقعية، لأن فلسفة العقد الحقيقية هي تضارب وتعارض مصالح، فكل متعاقد يبحث عن تحقيق مصالحه الخاصة¹.

لكن حتى ولو افترضنا وجود مشاعر الطيبة والمحبة والإخلاص بين طرفي العقد، إلا أنها لا تصل إلى درجة الأخوة، فالمتعاقد عندما يجبر الطرف الآخر على تنفيذ ما اتفقا عليه من التزامات لا يفعل ذلك باعتباره أخاه، ولو كان أخاه حقيقة لنفذ العقد من تلقاء نفسه، وهذا الأمر لا يمكن تقبله في العلاقة العقدية²، كما إن واجب التفاني والإخلاص والإخوة تجاوز فكرة التعاون التي يمكن أن تكون بين المتعاقدين، بحيث أصبح ينظر إلى المتعاقدين على أنهم يتعاملون في عالم المثالية متحلين بالأخلاق الفضيلة، الذي اعتبره أغلب الفقه أنه مبالغ فيه قد يجر العلاقة التعاقدية نحو اللأمن القانوني، لأن الحقيقة عكس ذلك لما نراه من صراع المصالح في العلاقة التعاقدية قصد تحقيق المصالح الخاصة.

من كل هذه الانتقادات التي تعرضت لها فكرة الأخوة العقدية، وأنا نسير نحو عالم تعاقدية أفضل ليس مجرد سخريّة وتهم لا وجود له على أرض الواقع، كما إنها غير مجدية لم تحقق الهدف المرجو منها، بل بالعكس ضارة تنجر العقد نحو عدم التوازن وصعوبة تنفيذه، ولهذا فقد رفض أغلب الفقه فكرة الأخوة التعاقدية، مع اعتبار العقد مجموع مصالح متضاربة بين المتعاقدين، يسهر كل متعاقد على تحقيق مصالحه في إطار الشرعية، والرقابة الدائمة من طرف المشرع والقاضي لضمان التوازن والعدالة العقدية، من خلال أليات ووسائل قانونية تسمح بحماية الطرف الضعيف من خلال ضمان مصالحه من العقد.

من خلال كل ما سبق يتضح أن أخلاق العلاقة العقدية ساهمت في تسهيل تنفيذ العقد، من خلال فتح المجال لتدخل كل من المشرع والقاضي وحتى سلطات الضبط الاقتصادية، عبر فرض واجبات وإلتزامات جديدة ترجع التوازن العقدي وتحقق العدالة العقدية، لكن الإفراط

¹ "La fraternité, est un devoir sentimental par excellence". Tabi Tabi GHislain, "Ajustement nécessaire du volontarisme contractuelM: du volontarisme au solidarisme?" R.D.U.S.,(quebec),vol.44,Issue1,2014, p90 .

² Tabi Tabi GHislain, ibid, p 89.

في هذا التدخل سيثقل عاتق المتعاقدين مما يعسر تنفيذ العقد وليس تسهيله، قد ينجر عنه الإفلات نحو الأمن القانوني وفقدان قواعد العقد لقيمتها القانونية ولهذا رفضه أغلب الفقه، لكن قانون الضبط الاقتصادي لم يكن لا من الرفض ولا من المشجع لفكرة أخلاقة العقدية، فنجده ينظر فقط إلى تنفيذ العقد وفق مقتضيات السوق الذي يعتبر أداة لضبط السوق، لضمان الفعالية اللازمة الذي تتحقق من جراء تنفيذ العقد تنفيذ السياسة الاقتصادية للدولة، فوجد المشرع و القاضي يكرس كل ما يتوافق مع ذلك، ويرفض كل ما يتعارض ذلك، مثل تكريس على أساس مبدأ حسن النية، الالتزام بالإعلام و اعتبره أداة لإعادة التوازن عبر توسع المتدخلين في السوق من غير أطراف العقد وفقا لمصالح و مقتضيات متضاربة، تضمن السير حماية المنافسة و الحسن للسوق، الذي سنتطرق إليه في الفصل القادم.

المطلب الثاني

توسع الأثر النسبي للعقد

يقصد بنسبية العقود انصراف أثارها من حقوق و التزامات للأطرافها و الخلف العام، بحيث يلتزم كل طرف بما يقع عليه من واجبات و التزامات حتى تتحقق مصالحهم المتعاكسة في العقد، لكن هذا المفهوم توسع في ظل قانون الضبط الاقتصادي، أين أصبح يسمح لكل من المشرع و القاضي وحتى سلطات الضبط الاقتصادي، التدخل في العلاقة العقدية لتوجيهها وفق مقتضيات السوق المفتوح على المنافسة، لضمان التوفيق بين المصالح المتضاربة و المتغيرة بين المستهلكين و المحترفين، الذي نتج عنه التوسع في تحقيق المصالح من المصلحة الخاصة للأطراف و الخلف العام، إلى المصالح العامة التي لا تتحقق إلا بإدخال مصلحة الغير لتقدير صحة العقود ومدى توافقها مع مقتضيات السوق و المنافسة "الفرع الأول"، الذي يبحث عن حماية فئوية لتحقيق توازن العقد الذي يضمن توازن السوق "الفرع الثاني".

الفرع الأول

إدخال الغير لتقدير صحة العقود

يُقصد بالغير في العلاقة التعاقدية طبقاً للقواعد العامة، كل من لا تربطه بالمتعاقدين أو بالعقد رابطة تعاقدية، فلا يتدخل في تكوين العقد ولا في تنفيذه ولا ينصرف إليه آثار العقد، لكنه تجد مصلحة موجودة ضمن العقد، التي يضمنها كل من المشرع والقاضي وحتى سلطات الضبط الاقتصادية، من تدخلاتهم المباشرة والغير مباشرة في العلاقة التعاقدية لتوجيه العقد وفق مقتضيات السوق المفتوح على المنافسة، بما يضمن التوفيق بين المصالح المتضاربة في السوق بين مستهلكين و متعاملون موردون وموزعون متنافسون، نتج عنه ارتباط صحة العقد بتحقيق حماية مصلحة المستهلك باعتباره المستفيد من الضبط "أولاً"، ثم مصلحة المتنافسون الجدد من خلال ضبط سلوكياتهم "ثانياً".

أولاً: مصلحة المستهلك لتقدير صحة العقد: المستفيد من الضبط

إن العقد إذا نشأ صحيحاً فإن آثاره من حقوق و واجبات تنصرف إلى المتعاقدين فقط، دون الغير وفقاً لما نصت عليه المادة 108 من ق.م (ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين و الخالف العام)، معاد استثناء ما نصت عليه المادة 113 من ق.م¹، هذا الاستثناء الذي استغل المشرع لتكريس مصلحة المستهلك ضمن العقد، فرغم أنه للمستهلك قانون خاص به يحميه من كل التعسفات في السوق²، إلا أن قانون الضبط الاقتصادي لم يحرمه من الحماية ولا من الاستفادة من قواعد قانون الضبط، بحيث يعمل على تحقيق رفاهية المستهلك من خلال إنعاش السوق عبر توفير السلع والخدمات بأفضل جودة و بأقل سعر ممكن، كذا التكامل بين قانون المنافسة و قانون المستهلك

¹ أنظر المادتين 108 و 113 من ق.م.

² قانون 03-09 المؤرخ في 2009/02/25 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش (ج ر عدد 15 مؤرخة في 2009/03/08)، المعدل و المتمم.

1، الذي يمنع كل الممارسات المقيدة للمنافسة التي تضمن الفعالية الاقتصادية نصت عليها المادة 01 من أمر 03/03 المعدل و المتمم بقولها "يهدف هذا الأمر إلى تحديد شروط ممارسة المنافسة في السوق وتفاذي كل ممارسة مقيدة للمنافسة ومراقبة التجميعات الاقتصادية قصد زيادة الفعالية الاقتصادية وتحسين ظروف معيشة المستهلكين²"، التي يفهم منها أن قانون الضبط والمنافسة من خلال تنظيمهما لهذه المنافسة بين المتعاملين الاقتصاديين تحقق بطريقة غير مباشرة مصلحة المستهلك، ولهذا يجب التطرق إلى المفهوم الواسع للمستهلك (01)، ثم تبان مكانته ضمن قواعد المنافسة و الضبط الإقتصادي (02).

01-توسع مفهوم المستهلك ضمن قواعد المنافسة و الضبط الإقتصادي:

لقد تطرق المشرع الجزائري إلى تعريف المستهلك في نص 03 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك و وقع الغش على أنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني، بمقابل أو مجاناً، سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به"، كما أشارت إليه المادة 03 من قانون 04-02 على أنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعة أو خدمة للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت ومجردة من كل طابع مهني"، من خلال هذه التعريفات يفهم أنهم أشاروا إلى المفهوم الضيق للمستهلك، حيث يخرج من دائرة المستهلك، المحترف الذي يتعامل خارج نطاق اختصاصه ولكن لحاجات مهنته، ويقابله المفهوم

1 Cf. H.Dennouni, Rapport introductif, in Consommation et concurrence en Algérie, Colloque des 14 & 15 avril 2001, Université de Tlemcen, in Revue du Laboratoire de droit privé fondamental de l'Université de Tlemcen, numéro spécial, 2001, p.2.

2 تنقص هذه الصياغة، حسب ق.شهيده، الدقة القانونية. ق.شهيده، قانون المنافسة بين تكريس حرية المنافسة وخدمة المستهلك، ملتقى المنافسة والمستهلك في الجزائر، 14 و 15 أفريل 2001، مجلة مخبر القانون الخاص الأساسي، جامعة تلمسان، عدد خاص، 2001، ص.76. و بالفعل، تصوب المنافسة لتحقيق حاجات المستهلك حسب دخله المحدود، ومن ثم فهي تحقق رفاهيته، من خلال اعتدال سعر السلع والخدمات التي يريد اقتنائها واستفادته من عدة اختيارات بين المنتجات والخدمات.

Cf. A.Bienaymé, La problématique du sujet, in L'intérêt du consommateur dans l'application du droit de la concurrence, Atelier de la concurrence du 19/10/1995, Rev. Conc. Cons, mars – avril 1996, n° 90, pp.10-11.

الواسع الذي لا يستثنى المحترف عندما يقوم بمعاملة خارج إطار اختصاصه ومخصصة لاستعمال مهني¹.

لكن الأمر 03/03 المعدل و المتمم المتعلق بالمنافسة، لم يتطرق إلى تعريف صريح للمستهلك، بالرغم من أنه قد اشار إليه أحياناً من خلال المادة 12 من الأمر السابق التي تمنع ممارسة الأسعار المخفضة بشكل تعسفي لصالح المستهلكين عندما يكون من شأنها إقصاء منافس أو عرقلة دخوله للسوق، والتي أكدته محكمة استئناف باريس في المادة L.420-5 من القانون التجاري الفرنسي، ليتوسع مفهوم المستهلك ليشمل حتي المحترف الذي يتعاقد لحاجاته الخاصة، عندما تنتفي لديه الخبرة في المجال الذي يتعاقد فيه أو لغرض الاستهلاك لا التجاري².

أما المشرع الجزائري فإنه لا يعرف المستهلك بالنظر للاختصاصه، إنما يركز على الغاية من اقتناء السلعة أو طلب الخدمة، فإذا كانت من أجل استعمال شخصي أو عائلي أو للحيوان أو غير مهني فهو مستهلك، أما إذا كانت لاستعمال تجاري احترافي يهدف لتحقيق الربح فهو محترف، هنا يتصرف لحاجات نشاطه وكان له الاختصاص فيستطيع الدفاع عن مصالحه، لكن الغرض من توسيع تعريف المستهلك أنه يسمح بتوسيع حماية المقررة له داخل السوق من كل الممارسات التعسفية، والمنطق يدعو للأخذ بالتعريف الواسع بصدد مستهلك يتصرف لحاجاته الشخصية أو محترف يتصرف لحاجاته المهنية دون أن يكون مختصاً، أكدته المشرع في تكريس الالتزام بالإعلام في قانون 02-04 ولم يميز في العلاقات التعاقدية بين المتعاملون الاقتصاديون في السوق سواء كانوا مستهلكين أو محترفين.

1 بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود (دراسة مقارنة)، دار الفجر للنشر والتوزيع، 2007، ص.119 و ما يليها.

2 ويعرف M.Chagny المستهلك في قانون المنافسة، بأنه من يطلب السلع أو الخدمات وسواء كان محترفاً أم لا وتتعارض مصلحته مع مصلحة العارضين.

« De fait, à partir du moment où on l'envisage, par opposition à l'offreur, en raison de sa place dans le circuit économique, il paraît logique de s'intéresser sans distinction à la situation du professionnel et du particulier relativement à un besoin donné ». Et l'auteur regrette que les dispositions de la prohibition des prix abusivement bas aient interprétées le consommateur par la conception étroite. Cf. M. Chagny, Les Contrats d'Affaires à l'épreuve des nouvelles Règles sur l'Abus de l'état de Dépendance et le Déséquilibre Significatif .A.J.C.A. Paris, 2016 p.450.

02- مكانة المستهلك ضمن قواعد الضبط و المنافسة:

يعتبر المستهلك الأداة التي تحرك المنافسة داخل السوق، إذ يهدف أغلب المتنافسون في السوق الاستحواذ على السوق و جلب أكبر عدد مكن من الزبائن قصد تحقيق الربح، ويكون بذلك الزبون هو نقطة المركزية في السوق، حيث يتنافس عليه العارضون من خلال تقديم له أفضل السلع والخدمات و بأقل الأسعار، لذلك فهم في تنافس دائم من أجل جلب أكبر عدد من المستهلكين بشتى الوسائل التجديد، الإشهار و تقديم أفضل الأسعار، أفضل الخدمات و السلع... إلخ، التي ترجع على المستهلك بالنفع، بإشباع حاجاته و بجودة عالية و خدمة أفضل بأقل سعر ممكن.

وبالتالي مصلحة المستهلك تتحقق بوجود منافسة شريفة و نزيهة في السوق، يضمنها قانون المنافسة و يؤكد عليا قانون الضبط الإقتصادي الذي يعتبر المنافسة أحد مقومات السوق، فنجد المادة 09 من الامر 03/03 المعدل و المتمم، تستعمل مصلحة المستهلكون كميّار لقياس مدى مساهمة الاتّفاقات و الممارسات الاقتصادية في التّقدم الاقتصادي أو التقني، حتى تُعفى من المتابعة على أساس المادتين 6 و 7 من ذات الأمر، لكن حتى لو لم يُشر النصّ صراحةً إلى أخذ مصلحة المستهلك الذي يعتبر من الغير في العلاقة التعاقدية، لكنها موجودة و إن لم تكن موجودة فكيف يقدر مجلس المنافسة أنّ الاتّفاق المعني أو الممارسات تُحقّق التطوّر الاقتصادي أو التقني، إن لم يرجع لمدى إفادتهما لمصلحة المستهلكين من حيث تحسين المنتج أو الخدمات؟

يؤكد على ذلك المرسوم التنفيذي 05-175 الذي يُحدّد كميّات الحصول على التصريح بعدم التدخّل بخصوص الاتّفاقات ووضعية الهيمنة على السوق و الصادر تطبيقاً للمادة 08 من الامر 03/03 المعدل و المتمم، بحيث أنه من بين الأسباب التي يستند عليها المتعاملون الاقتصاديون في تقديم طلباتهم وفقاً لهذه المادة، لمنع تدخل مجلس المنافسة هو تحقيق هذه الاتّفاقيات و الممارسات الفائزة الإقتصادية للمستهلكين، و اعتباراً لأهمية مصلحة المستهلك في تطبيق قواعد المنافسة، راء

المشرع طبقاً للمادة 25 من أمر 03/03 المعدل والمتمم، أنه يجب أن يدخل في تشكيلته أعضاء مجلس المنافسة أعضاء مختارون بسبب اختصاصاتهم في مجال الاستهلاك وعضوان يمثلان جمعيات حماية المستهلكين لضمان الدفاع عن مصالح المستهلكين، مع إمكانية إخطار مجلس المنافسة بالقضايا المتعلقة بالمنافسة طبقاً لنص المادة 45 من ذات الأمر، والمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي أصابتهم من جراء مخالفة الأعوان الاقتصاديين للتشريع الاقتصادي¹.

كما أكد القانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية على مصلحة المستهلك، عندما أسس الالتزام بالإعلام بالأسعار ومنع كل الممارسات التي من شأنها رفع أو تخفيض أو التمييز في الأسعار أو التي من شأنها جعل الأسعار غير شرعية²، من خلال الرقابة على الأسعار التي نصت عليه المادة 04 وما بعدها، بحيث تتمثل غايته في إعلام كل متدخل في السوق بمختلف الأسعار الممارسة في السوق، حتى يستطيع المستهلك المقارنة بينها وبين إمكانياته الخاصة، كما ألزم البائع بالإضافة لتحديد السعر بكل مضامينه ذكر شروط البيع وكل ما له علاقةً بكيفية الدفع (نقدًا، شيك أو تقسيطًا) والتخفيضات والحسوم والمسترجعات.

أيضا منع المشرع في هذا القانون ممارساتٍ أخرى تدخل ضمن الممارسات التجارية الغير النزيهة، وتشمل كل الممارسات المنافية للأخلاق التجارية والتنافس المشروع داخل السوق التنافسية، مثلا تشويه سمعة المنافس أو إحداث خللٍ في تنظيم مشروعه..... إنخ من الممارسات المنوعة في المادة 27 من القانون 04-02، لكن الشيء الملفت للانتباه هو أن هذا المنع جاء أيضا ليساهم في حماية المستهلك، من خلال توسع المصالح المعنية في المنافسة غير المشروعة دون

¹ صاري نوال، المرجع السابق، صص 155-156.

² خلف أحمد محمد محمود، المرجع السابق، ص 37 و ما يليها

أن تقتصر على المتنافسون، كالإشهارِ تضليليٍّ أو الكاذبِ¹، ويكون بهذا المشرّع قد تدارك نقصاً تشريعياً بخصوص حماية المستهلك.

نصل في الأخير أنه حقيقة توسع أثر العقد بإدخال مصلحة المستهلك في العلاقة العقدية حتى ولو لم يكن طرفاً فيها، خاصة بعد توسع صفة المستهلك إلى المحترف إذا كان بصدد الاستهلاك، وبالتالي يجب ضمان مصلحته كونه أحد الفاعلين في السوق، يراعيها قانون الضبط الإقتصادي لضمان التوازن السوق، بعد تحقيق توازن العقد في ظل مراعاة المنافسة، ولهذا يكون قانون الضبط يحمي المنافسة وقانون المنافسة يحمي المنافسة و يأخذ في اعتبار مصلحة المستهلك، لنقول في الأخير أن الضبط الإقتصادي يأخذ مصلحة المستهلك من خلال مصلحة المنافسة، ويعتبر هنا المستهلك المستفيد من الضبط الإقتصادي، بحيث يعتبر هذا الأخير قانون مرن متميز ذو أبعاد متنوعة تصب في تحقيق التنمية الإقتصادية.

ثانياً: مصلحة وسلوك المتنافسون لتقدير صحة العقد: ضمان للمنافسة

لضمان حرية المنافسة النزيفة و الشريفة و حرية الدخول إلى السوق، يراقب قانون المنافسة كل الممارسات و التعاملات الإقتصادية بين المتعاملين الاقتصاديين، ومدى تقييد المتنافسون في تنفيذ عقودهم وفق مقتضيات المنافسة، التي تضمن تحقيق مصالحهم التي أصبح تقدر على أساسها منع الاتفاقيات (01)، وتفلت من ذلك كل الاتفاقيات التي تراعي فيها مصالح المتنافسين (02).

01-مصلحة و سلوك المتنافسون لتطبيق منع الاتفاقيات:

يمنع قانون المنافسة بعض الممارسات من خلال النظر لسلوك الغير، في الاعتبار و يمنع الممارسات التمييزية على الاهتمام بالاتفاقيات الأجنبية عن العقود المعنية بالتقدير، لأنها تفترض

1 أمام النقص الموجود في القانون الجزائري قبل صدور قانون 04-02، استنجد م.بودالي بالقواعد العامة للالتزامات والقواعد الجزائية واقترح وجوب تأسيس جريمة الإشهار الكاذب، أنظر بودالي محمد، أطروحة الدكتوراه، المرجع السابق، ص 174 وما بعدها.

مقارنة الشروط المتعامل بها بين الأعوان الاقتصاديين، بتلك التي يستفيد منها متعاملون آخرون، فإن أبرزت المقارنة وجود اختلاف غير مبرر في المعاملة، أمكن تطبيق منع الممارسات التمييزية.

وقد أظهرت نظرية الآثار الجماعية، كيف أن لعقود الغير المنافس لها دور في الحكم على تقييد العقد بالمنافسة أم لا، بحيث تدخل هذه النظرية المطبقة بمناسبة منع الاتفاقات "بعض العقود المبرمة من قبل أحد المتعاملين، لأنها تُترجم سلوكاً مماثلاً متبعاً من قبل مختلف المتنافسون المتواجدون في السوق"، مما يعني أن فحص التقييد بالمنافسة، لا يتم فقط بتحليل عناصر الاتفاق الداخلية، ولكن بالأخذ في الاعتبار السياق الاقتصادي والقانوني الذي ينتمي إليه، إنما يأخذ العناصر الخارجية التي يمكن تقييد المنافسة، "كون الاتفاق المعني منعزلاً أو على العكس مكانه في جملة اتفاقات أخرى". وأن وجود اتفاقات مماثلة في السوق المعني، هو عنصر يضاف لعناصر أخرى عند التحليل¹.

لكن رغم ما تضمنه هذه النظرية من فعالية الرقابة الممارسة على العقود عبر منع الاتفاقات، إلا أنها منتقدة من جانبين: الجانب الأول أنها تتجاوز الإطار الفردي للعقد، فالعقد بمفرده لا يكون ضاراً ودون تأثير معتبر على المنافسة، يصبح على العكس مداناً، بإدخال تأثير مجموع العقود المشابهة والمبرمة في نفس السوق، كما أن إدخال عناصر خارجية يجعل علاقة السببية بين الاتفاق والتقييد بالمنافسة جد مرنة، والجانب الثاني أنها تؤدي لعدم استقرار العقود، فالمتعامل لا يستطيع

1 Selon la CJCE, il convient d'apprécier le cadre réel dans lequel le jeu de la concurrence s'exerce, ce qui implique de « prendre en considération notamment la nature et la quantité limitée ou non des produits faisant l'objet de l'accord, la position et l'importance du concédant et celles du concessionnaire sur le marché des produits concernés, le caractère isolé de l'accord litigieux ou, au contraire, la place de celui-ci dans un ensemble d'accords, la rigueur des clauses destinées à protéger l'exclusivité ou, au contraire, les possibilités laissées à d'autres courants commerciaux sur les mêmes produits par le moyen de réexportations et d'importations parallèles ». CJCE, 30/07/1966, cité par L.Vogel, Traité de droit commercial, op.cit., p.684, n°844 ; La cour de cassation reproche à la cour d'appel d'avoir admis la licéité d'un réseau de distribution sélective « sans rechercher si, compte tenu des actions concomitantes de plusieurs parfumeurs (...), les contrats de cette société, appréciés dans leur ensemble, tout d'abord au regard du réseau et ensuite au regard des différents parfumeurs cités, remplissaient les conditions mises à cette licéité ». Com. 13/12/1988, cité par M.Chagny, th. Op.cit., p.455, n°460.

معرفة عدد ومضمون الاتفاقات الأجنبية عنها، وأن هذه الاتفاقات محل تعديل مستمر، فالنظرية تتضمن عنصر المفاجأة وعدم استقرار صحة العقود¹.

لذلك يبدو أن التقييد من حالات استعمالها، سيخفف من درجة المساس بمبدأ الأثر النسبي للعقد وبلا استقرار القانوني للمعاملات، وهو بالفعل ما يلاحظ على الممارسة القضائية التي تحاول الحد من مجال تطبيقها، حيث تثار هذه النظرية في كل سوق يلاحظ فيه تشابه كبير في سلوك أهم المتدخلين فيه، وأن الاستعمال الجماعي لنوع من الاتفاقات لا يكفي، بل يتعين إظهار التأثير السلبي لجملة العقود المشابهة على المنافسة² كما يساهم العقد المعني بصفة معتبرة في غلق السوق³، فيكون مصير العقد كتوقف على مدى مساهمته المعتبرة أو الضئيلة في خلق الاضطراب بالسوق المعني، وفي هذا اهتمام بالاستقرار القانوني للمشاريع.

وبهذا يكون السلوك الموازي عملاً مدبراً أو اتفاقاً ضمنياً ممنوعاً بموجب المادة 06 من الامر 03/03 المعدل و المتمم المتعلق بالمنافسة، اجتمعت معه عناصر أخرى، كما أن مجرد التوازي مع سعر المنافس، لا يكفي لإثبات المساهمة في الاتفاقات الممنوعة، غير أنه يعد اتفاقاً ضمنياً، التوازي الذي لا يجد تفسيره "لا في شروط عمل السوق ولا في المصلحة الفردية للمشاريع المعنية به"، يتعين إذن تعزيز قرينة وجود اتفاق من ملاحظة التوازي بعناصر أخرى، ويوضح قرار محكمة النقض الفرنسية الشروط التي يصبح فيها التوازي اتفاقاً مداناً أن يدرك المتعامل توازيه، أن لا يوجد تفسير له عبر مميزات السوق المعني وأن يكون نتيجة اختيار حر، وعلى العكس لا يشكل التوازي اتفاقاً

1 Cf. L.Vogel, Traité de droit commercial, op.cit., pp.684-686, n°844 ; M.Chagny, th. Op.cit., pp.455-456, n°461-462.

2 Alors que la quasi-totalité des fabricants de parfums de luxe ont mis en place un réseau de distribution sélective, il faut qu'il soit établie « premièrement qu'il existe des barrières à l'entrée sur le marché à l'encontre de nouveaux concurrents aptes à vendre les produits en question, de sorte que les systèmes de distribution sélective en cause ont pour effet de figer la distribution au profit de certains canaux existants, ou deuxièmement, qu'il n'y a pas de concurrence efficace, notamment en matière de prix, compte tenu de la nature des produits en cause ». En l'espèce, la théorie de l'effet cumulatif ne s'applique pas. TPI 12/12/1996, cité par M.Chagny, ibid, p.457, réf. n°837.

3 « Il faut en deuxième lieu que le contrat litigieux contribue de manière significative à l'effet de blocage produit par l'ensemble de ces contrats dans leur contexte économique et juridique ». CJCE 28/02/1991, cité par M.Chagny, ibid, p.457, réf.n°838.

يحدّ من المنافسة، عندما يكون السوق مركزاً ويبقى أن تحليل كل حالة على حده، هو ما يؤكّد وجود الاتفاق عندما تتوازي السلوكيات.

02- مصلحة وسلوك المنافسون للإفلات من منع الاتفاقيات :

لا يمكن أثناء تقدير مدى تقييد المنافسة النظر للعقد بمفرده، بل يتعين أن نُضيف إليه السلوك الذي يتبعه الغير، وهو ما يوصل في الأخير إلى القول بصحة العقد، كما يبين إذا كان قد يمسّ بقواعد المنافسة، بحيث يتضح هذا من خلال الدّفع بالانضمام لسعر بيع المنافس **L'exception d'alignement** ويتعلّق بالبيع بسعر يقلّ عن سعر التكلفة الحقيقي، وهو بيع ممنوع في الأصل بموجب المادة 19 من قانون 02-04، غير أنه يُفوت من المنع إذا كانت "المنتجات التي يكون فيها سعر إعادة البيع يساوي السعر المطبّق من طرف الأعوان الاقتصاديين الآخرين بشرط ألاّ يقلّ سعر البيع من طرف المنافسين حدّ البيع بالخسارة"¹، وهنا يصبح السعر مشروعاً بسبب سلوك المنافسين.

كما يجوز لكلّ متعاملٍ أن يثير هذا الدّفع، في القدر الذي لا يكون فيه السعر الممارس من قبل المنافسين هو سعر البيع بالخسارة مالم يشترط إذا كان الدّفع يثار، بالنسبة للمتعاملين المتواجدين في نفس المنطقة الجغرافية أم لا، ومن شأن هذا أن يجعل النصّ عاماً جداً، بالإضافة للصعوبات التي ستثور عند تطبيقه: مثلاً لو أنّ متعاملاً (أ) يدّعي أن سعره متماثل مع سعر متعاملٍ آخر (ب)، ويدّعي هذا الأخير في نفس الوقت أن سعره يتماثل مع سعر (أ) فلتفادي الحلقة المفرغة، على المشرّع أن يحدّد مجال تطبيق هذا الدّفع وأن يبيّن المتعاملون الذين يستطيعون إثارته، ويتمثّل الشرط الوحيد الذي ذكره المشرّع في شرعية سعر الانضمام، وهذا بمفهوم المخالفة للفقرة المذكورة أعلاه، فهي لا تُجيز إثارة الدّفع إذا كان المنافس يبيع بالخسارة.

1 هذا ما نصّت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 19 من قانون 02-04، المتعلق بالممارسات التجارية، المرجع السابق.

أيضا يمكن أن تفلت من المنع الاتفاقات والتعسّفات في وضعية الهيمنة الاقتصادية، عندما تتوفر شروط المادة 09 من الأمر 03/03 المعدل و المتمم المتعلق بالمنافسة، بعد أن يتم فحص إمكانية استفادة هاتين الممارستين المقيّدتين بالمنافسة من الترخيص، بالنظر لوضع الغير وحتى تستفيد الاتفاقات والممارسات من حكم إيجابي، إذا ساهمت في التقدّم الاقتصادي والتقني وتحسين القدرة التنافسية للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة، لكن ليست مصلحة الغير المتمثل في المستهلك هي المصلحة الوحيدة التي تؤخذ في الاعتبار، بل يمكن أن يفحص التطور الاقتصادي والتقني الناتج بالنظر لمصلحة المتعاملين الاقتصاديين، عندما تكون السلع الوسيطة معنية وفي نفس الإطار، يُرخص بالاتفاق أو الممارسة، إن كان من شأنهما تعزيز القدرة التنافسية للغير، لا سيما المؤسسات الصغيرة أو المتوسطة، بإنقاص مثلا تكاليفها أو إفادتها من مهارات وعلامات مشهورة.

الفرع الثاني

الحماية الفئوية: بين قانون الاستهلاك و المنافسة

بعد تكريس مصلحة الغير في العقد لضمان مقتضبات السوق المفتوح على المنافسة، أصبح لبد من البحث عن كيفية حماية مصالح المتعاقد الضعيف ضمن العلاقة التعاقدية، التي في بداية الامر بحماية المستهلك، من خلال قانون المستهلك الذي تصدي لكل أشكال و مظاهر استغلال هذا الأخير من طرف المحترف نظرا للاختلال الظاهر في المراكز التعاقدية، عبر آليات غير مألوفة ضمن القواعد العامة للعقد "أولا"، لتتوسع هذه الحماية حتى أصبحت تشمل المحترفين من خلال قانون المنافسة الذي يهدف لحماية المحترف من المحترف الأقوى منه "ثانيا".

أولا: حماية الطرف الضعيف في قانون الاستهلاك:

أقر قانون الاستهلاك الحماية للمستهلك في عدة حالات و مجالات، بصفة طرفا في العقد على أساس أنه الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، عبر آليات مباشرة تمكنه من المطالبة بضمان هذه الحماية، كما أقر له هذه بالحماية حتى لو لم يكن طرفا في العقد من خلال آليات أخرى غير

مباشرة تؤثر على نسبية العقد، بحيث تمكنه من المطالبة بحمايته من خلال الدعوى المباشرة للمستهلك في الرجوع على المتدخل (01)، كذا الاعتراف للمستهلك في بعض الحالات بحماية ناتجة عن العلاقة الترابطية بين العقود (02).

01- إقرار الدعوى المباشرة لصفة المستهلك:

تعتبر الدعوى المباشرة استثناء لمبدأ نسبية العقود¹، إذ يتحصل الغير عن العلاقة التعاقدية على حق مباشر من عقد لم يكن طرفا فيه، من خلال ما مكن به القانون مدين المدين من مباشرة دعوى على الدائن رغم أنه لا تربطه اي علاقة في العقد، سميت بالدعوى المباشرة وهي آلية استثنائية أقرها المشرع لحماية أشخاص معينين، لكن لا يمكن الإسناد عليها إلا بنص قانوني حتي يضمن شرعيتها².

تجلى من خلال منح فئة المستهلكين حق الدعوة المباشرة عبر رفع دعوى المسؤولية على المتدخل الذي يخل بالتزاماته، سواء كانت الالتزام بالإعلام أو الضمان أو السلامة أو بالمطابقة، رغم أنه في الحقيقة لم يكن طرف في العقد ولم يبرمه، بحيث اعتبر المشرع العلاقة قائمة بين المستهلك المتعاقد والمتدخل النهائي الذي قدم الخدمة أو سلم المنتج للمستهلك، والذان تتصرف إليهما آثار هذا العقد ونخلفهم العام في حالة الوفاة طبقا للمادة 108 من ق.م " ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين و الخالف العام"، لكن المشرع خرج عن هذه القاعدة التي تمثل نسبية العقود حينما أقر الحق لفئة المستهلكين كلهم وليس للمستهلك المتعاقد فقط، فشمّل الشخص المستعمل للمنتج أو المنتفع بالخدمة المقدمة من قبل المتدخل، للمطالبة بالتعويض ضد كل شخص متدخل مع أنه ليس هو من تعاقد معه المتدخل، و مع ذلك فبصفته مستهلكا يضمن القانون الحماية على هذه الصفة خارج العلاقة التعاقدية، كما يمكن للغير عن عقد الاستهلاك كأن يكون أحد أفراد

¹ محمدي فريدة، مبدا نسبية العقد، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر-1، سنة 1990، ص 280.

² فيلاي على، المرجع السابق، ص 454.

عائلة المستهلك مباشرة هذه الدعوى ضد المتدخل للمطالبة بالتعويض عن منتج استهلاكي غير صالح أساسه الالتزام بالسلامة¹.

في ذات السياق منح القانون لجمعية حماية المستهلك، باعتبارها ممثلة عن جماعة المستهلكين التأسيس كطرف مدني في الدعوى التي يتضرر منها المستهلك، من خلال ما نصت عليه المادة 23 من قانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك و وقع الغش " عندما يتعرض مستهلك أو عدة مستهلكين لأضرار فردية تسبب فيها نفس المتدخل و ذات أصل مشترك، أين يمكن لجمعية حماية المستهلكين أن تتأسس كطرف مدني.. " ضد الطرف الثاني المتمثل في المتدخل الذي يقدم الخدمة أو المنتج للمستهلك².

كذلك من خلال القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك و وقع الغش، يتبين أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على الدعوى المباشرة لصالح المستهلك ضد المتدخل، مما جعل البعض يتساءل هل المشرع تخلي عن حماية المستهلك، بأن قصر من حقه في المطالبة في التعويض، و اقتصرها على المتعاقد معه فقط دون بقية المتدخلين في عملية الاستهلاك؟، لكن يمكن الإجابة على هذا التساؤل بتصور أن الدعوى المباشرة حتي و لو لم يكن لها مصدر قانوني، فلها مصدر قضائي بحيث يمكن للمستهلك المتضرر الرجوع على المتعاقد من خلال القضاء³.

من جهة أخرى فسر بعض الفقه، التوجه إلى توحيد أحكام المسؤولية، بأن يجعل من وصف الغير أمرا غير ذي أهمية، لأن هذا الوصف لا يلعب دورا في تحديد الخطأ و لا في تحديد المسؤولية، فذلك لا يعد استثناء على نسبة أثر العقد⁴، كما إن مفهوم الغير تطور و تجاوز المفهوم التقليدي بحيث لم يعد مركز الغير قائما على أساس عدم مساهمته الإرادية في العقد، هذا يدل دون

1 حامق ذهبية، المرجع السابق، ص 328.

2 حامق ذهبية، المرجع نفسه، ص 330.

3 بناسي شوقي، المرجع السابق، ص 512 و 543.

4 خاطر صبري حدمي، الغير عن العقد، الدار العلمية الدولية و دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الطلعة الاولى، سنة 2001، ص 231-244.

شك على أن الغير بدا يحتل مركزا ذا طابع موضوعي، وإرادته ليست المعيار الوحيد لتحديد هذا المركز.

02-العلاقة الترابطية للعقود و مصلحة المستهلك

يعتبر الفقيه **J-P.Pizzo** من بين الفقهاء الذين تعمقوا بدراسة، تأثير قواعد الاستهلاك على النظرية العامة للعقد، وبالضبط مبدأ نسبية العقود و مدى تأثيره بقواعد الاستهلاك، خاصة في مجال اقتصادي حيوي المتمثل في عمليات القرض، الذي خرجت عن مبدأ نسبية العقود من خلال الاعتراف بالعلاقة الترابطية بين القرض مع العقد الرئيسي، فمثلا قد تنطوي العملية الاستهلاكية على عقد بيع كعقد رئيسي أو عقد تقديم خدمات، وهناك عقد آخر غرضه تمويل العقد الأول¹، ومن أجل ذلك فالأطراف يبرمون عقد البيع و عقد القرض من أجل التمويل الذي يحقق غرضهم من تلك العمليات المترابطة، لأن تمويل العقد الرئيسي يكون بواسطة عقد القرض الذي يتميز بنموذج المجموع التعاقدية²، يكون البائع و سيطا بين عملية البيع و المؤسسة المانحة للائتمان أو الطرف المقرض³.

جاءت نتيجة لضغط جمعيات حماية المستهلك، بحيث دفعت بالمشرع لإقامة علاقة ترابطية بين عمليات البيع و عمليات القرض، مما يجعل مصير العقود مرتبطة ببعضها، فوجد القرار الصادر عن الغرفة المختلطة في 23 أكتوبر 1990 عن محكمة النقض الفرنسية، قد وضع قاعدة مهمة تقضي بأن فسخ العقد البيع يفضي إجباريا لإنهاء عقد البيع الإيجاري، من خلال تكريس رابط قانوني بين العقود لها ثنائية الرابط الإقتصادي، تحت نظرية عامة للمجموعات التعاقدية التي قوبلت بنقد شديد من جانب الفقه، أدى إلى البحث عن أساس آخر⁴.

¹ J-P. Pizzo, op, cit, p54.

² S.BROS, la repture du contrat appartenant à un ensemble contractuel, AJCA, janvier2015, p12.

³ بودالي محمد، المرجع السابق، ص 571.

⁴ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 27.

ايضا كرس قانون النقد و القرض في إطار القرض الاستهلاكي، آلية العلاقة الترابطية بين العقود الخاصة بعقد البيع و عقد القرض، الذي تربط المستهلك فيه علاقة مع الغير الذي يمول عملياته التعاقدية، و بالتالي ارتباط عقد البيع للمستهلك بعقد القرض، يكون فيه المستهلك بين نوعين من العقود، النوع الأول عقد البيع بين المستهلك و البائع، و النوع الثاني عقد القرض بين المستهلك مع المقرض المتمثل في المؤسسة المصرفية، و لارتباط المستهلك بالعقدين و المقرض هو الضامن لتنفيذ العقد من خلال دفع قيمة العقد الذي في دمة المستهلك، و بالتالي يرتبط عقد البيع بعقد القرض¹، لأجل ذلك يجب دراسة و تحليل هل عقد القرض تابع لعقد البيع أو عقد البيع تابع لعقد القرض؟.

أ- عقد القرض تابع لعقد البيع:

الأصل أن القرض الاستهلاكي لا يقرب قاعدة تبعية عقد القرض بعقد البيع، لكن الاستثناء إذا إبرم المستهلك عقد القرض قبل عقد البيع التابع له، فإن عقد القرض يصبح تابع لعقد البيع أقرته المادة 2-311 L من القانون المدني الفرنسي قبل تعديل 2016، و المادة 48-312 L بعد التعديل التي تحمي بطريقة غير مباشرة المستهلك من مخاطر عدم إبرام عقد البيع، عندما يذكر في العرض أن المنتج أو الخدمة المقدمة محل العقد سيتم تمويلها من خلال عملية القرض، و لأجل ذلك فإن إلتزامات المقرض لا تبدأ في السريان إلي غاية تسليم التتوج أو أداء الخدمة المعنية (تسليم السلعة و تتوقف في حالة انقطاع هذا التسليم)²، جسده المادة 08 من المرسوم التنفيذي رقم 114/15 المتعلق بشروط و كفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي³، و بمفهوم المخالفة إذا لم ينعقد العقد الرئيسي أي عقد البيع فإن الإلتزامات المقرض في عقد القرض لا تبدأ بالسريان بالرغم من إبرام عقد القرض، و اعتبارا لارتباط ذلك بالعقد الرئيسي.

¹ Voir, J.Calais-Auloy et H.Temple, op, cit,p 438.

² بعجي أحمد، المرجع السابق، ص 136.

³ أنظر لمرسوم التنفيذي رقم 114/15 المعدل، المرجع السابق.

أضاف المشرع الجزائري عبر المادة 10 من المرسوم 114/15 حماية أخرى للمستهلك، بعد منع المقرض من الحصول على توقيع على وثيقة رسمية من المستهلك، وإذا حدث ذلك فالتوقيع لا يعتد به، كما لا يمكن اكتتاب أي التزام من طرف المشتري اتجاه البائع في إطار القرض الاستهلاكي ما لم يتحصل هذا الأخير على الموافقة المسبقة للقرض، لكن إذا أبطل عقد البيع لأي سبب من الأسباب فإن عقد القرض يقع باطلا كذلك بالتبعية لنفس بطلان الأول، والأمر كذلك في حالة فسخ العقد الرئيسي المتمثل في عقد البيع، فإن عقد القرض يفسخ بالتبعية¹، كما جاء في نص المادة L.312-55 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديل 2016، نفس الأحكام أكدها عليها المرسوم التنفيذي رقم 114/15 المتعلق بشروط و كفاءات العروض في مجال القرض الاستهلاكي.

في ذات السياق المادة 01/11 من المرسوم السابق، التي تفرض على البائع أن يلتزم بتسليم أو تمويل موضوع عقد البيع إلا بعد إخطاره من طرف المشتري بتحصيله على القرض، و المادة 12 من نفس المرسوم التي تنص على أنه لا تسري آثار عقد البيع إذا لم يعلم المقترض البائع بتخصيص القرض في أجل 08 أيام عمل ابتداء من تاريخ تبليغ الموافقة على الحصول على القرض، من أجل ذلك يجب ان يذكر في عقد القرض أنه مخصص لتمويل شراء أو الحصول على أداء خدمة معينة، وهذا ما يسمح للمقترض بأن لا يلتزم بأي التزام اتجاه المقرض إلا بعد تسليم الشيء المبيع أو أداء الخدمة، أما في حالة حدوث نزاع مثلا وجود عيوب خفية بالشيء المبيع فإنه يجوز للمحكمة أن توقف تنفيذ الالتزام المقترض إلى حين حل النزاع، مع ضرورة إدخال المقرض في النزاع، قضت به المادة L.311-32 التي أصبحت المادة L.312-55 بعد تعديل²، وهذا ما يذل

¹ بناسي شوقي، المرجع السابق، ص 476.

² Art. L312-55 En cas de contestation sur l'exécution du contrat principal, le tribunal pourra, jusqu'à la solution du litige, suspendre l'exécution du contrat de crédit. Celui-ci est résolu ou annulé de plein droit lorsque le contrat en vue duquel il a été conclu est lui-même judiciairement résolu ou annulé. Les dispositions de l'alinéa précédent ne seront applicables que si le prteur est intervenu à l'instance ou s'il a été mis en cause par le vendeur ou l'emprunteur.

على أن تنفيذ العقد بصورة متتابعة تبدأ من بداية المفترض تنفيذ التزاماته و يتوقف سريانها في حالة انتهاء العقد.

ب- عقد البيع تابع لعقد القرض:

بشأن تبعية عقد البيع لعقد القرض فقد وضع المشرع الفرنسي كأصل، قاعدة عامة تسمح بتبعية عقد البيع لعقد القرض و بصورة مباشرة، كضمان لحماية المستهلك من تصرفاته عبر الشراء نقدا لعدم وجود قرض يضمن إتمام عملية البيع، تطرقت إليه المادة L.312-46 " لا يجوز للمشتري أن يلتزم في مواجهة البائع باي التزام صحيح طالما أنه لم يقبل بعد العرض المسبق المقدم له من المقرض و إذا لم يراع هذا الشرط فإن البائع لا يستطيع أن يتلقى أي مبالغ، تحت أي شكل كان، أو وديعة"¹، وتأكيد لذلك إذا لم يتم منح القرض خلال 07 أيام التالية يمكن للمستهلك إعمال حقه في التراجع، فإن العقد يعتبر مفسوخا و على البائع رد المبلغ الذي دفعه له المشتري بمجرد الطلب.

وبهذا يتجلى توسع مبدأ نسبية العقود من خلال العلاقة الترابطية بين العقود، التي لم تعد ترتب آثار العقد من حقوق و إلتزامات في ذمة المتعاقد فقط، بل تمتد إلى الغير الذي يتحمل مع المستهلك هذه الحقوق و الواجبات، على أساس الوعد الصادر من المدين، الذي يقوم على أساس الثقة و النزاهةإلخ التي يتحلى بها المستهلك، و هو ما تطرقنا إليه سابقا تحت موضوع أخلاقة العلاقة التعاقدية، من أجل حماية مشتركة سواء للغير أو للمستهلك²، و برر الفقه هذه العلاقة الترابطية على أنها آلية قانونية أصلية أتت بها قانون الاستهلاك³، لا يمكن أن ترقى ضمن القواعد العامة للعقد، لكن تساهم في تنفيذ العقد و ضمان الفعالية اللازمة منه.

¹ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ص 28-40

² بودالي محمد، أزمة القانون المدني في ظل إتساع نطاق قانون حماية المستهلك، مداخلة مقدمة في إطار الملتقى الدولي " القانون المدني بعد أربعين سنة"، الجزائر في 24 و 25 سنة 2016، عدد خاص حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 05/2016، ص 238.

³ N. Rzepecki, Droit de la consommation et théorie générale du contrat, PUAM, 2002, p250.

ثانيا: حماية مصالح المتنافسون: ضمان للمنافسة النزيهة

لقد وسع قانون الاستهلاك في نسبة العقود لضمان حماية المستهلك في العلاقة التعاقدية، نفس الشيء بالنسبة لقانون المنافسة من أجل حماية المتنافسون و المستهلك معا، من خلال منع الممارسات التمييزية أو البيوع التمييزية، التي قد يلجأ إليها المتعاملون الاقتصاديون والمحترفون في إطار عقود التوزيع إلى البيع التمييزي بين مختلف المتعاملين الآخرين، فقد يبيع سلعة أو يقدم خدمة معينة لمتنافس بسعر معين لمتعامل، ويغيره لمتعامل آخر لأسباب تمييزية تؤثر على حرية المنافسة و الدخول إلى السوق، يتصدى له قانون المنافسة عبر الجزاء و العقوبات التي يقرها¹.

من هذا يكون تقدير صحة العقد بمدى مساهمته بالمنافسة، التي تنتقل لمتنافسين الآخرين من خلال تلك العناصر الخارجية عن العقد، وقد برر ذلك الفقه بأن الاتفاق ليس منعزلا أو مقتصر على أطرافه، بل يحيط به المحيط التنافسي داخل السوق، و بالتالي يمكن القول، أنه إذا وجدت اتفاقيات متماثلة في السوق، مع وجود عدم تماثل في المعاملة فإن هذه الأخيرة تؤثر على الاتفاقيات المتمثلة².

إن هذه النتيجة المترتبة عن ممارسة الرقابة على الممارسات والاتفاقيات التماثلية في السوق، انتقدت من طرف الفقه³، بأنها تتجاوز الاطار الاداري للعقد، لأن كل عقد منعزل بصورة مستقلة عن العقود الأخرى المحيطة به في السوق، ولكن بصدد تطبيق قواعد المنافسة وحماية السوق، فإن هذه النظرة ليس لها تطبيقا، بفعل تأثير العقود الأخرى الموجودة داخل السوق على سريان و صحة العقد، وهنا تظهر تلك المرونة و التساهل في كسر جمود القاعدة العامة، من خلال جعل العقد مقيدا بالمنافسة هذا من جهة، ومن جهة أخرى، تساهم في المساس بالأمن القانوني

¹ صاري نوال، المرجع السابق، ص 152.

² صاري نوال، المرجع نفسه، ص 157.

³ M.Chagny, op.cit., p.455-457.

للعقد لان المتعاقد المحترف لا يمكنه توقع متى يمكن ابطال او الغاء سريان عقده قياسا بعنصر المساس بالمنافسة، وهذ هو عامل المفاجأة الذي يؤثر في استقرار العقد¹.

كما تمنح المادة 02/09 من الأمر رقم 03/03 المعدل و المتمم، تطبيقا واسعا لحماية مصلحة المتنافسون، بحيث يمكن أيضا ان يتمسك به المتنافسون فيما يخص أن الاتفاقيات و الممارسات التي تؤدي الى تطور اقتصادي و تقني او تساهم في تحسين التشغيل، و كما يرى الفقه، أن المساس بالمنافسة يؤثر في صحة الشرط، لأن هذا الاخير يصبح غير مشروع، إذا كان المتعاقد في وضعية الهيمنة أو وجدت ممارسة مقيدة للمنافسة، و هكذا تنقض هذه الفكرة مبدأ نسبية العقد عبر المجموع التعاقد².

إن هذا يجعلنا نقول إن حالات المساس بمبدأ نسبية العقود من جانب قانون المنافسة بصدد حماية المتعاملين و المتنافسين، إنما هي حالات احتمالية قياسا على مساسها أو عدم مساسها بقواعد المنافسة، و أيضا قياسا على الحالات التي يمكن ان ترخص لها كاستثناء بصحة و سريان العقود، و بالتالي فهي حالات احتمالية ليست مؤكدة، لكن من جهة أخرى، تقابلها حالات غير محدودة بشأن الممارسات و الاتفاقيات باعتبارها خارجة عن العقد التي يمكن ان تؤثر في صحته و سريانه، كما أن القواعد نفاذ العقد، تؤكد على امكانية المتعاقدين في عقد التوزيع بالاحتجاج اتجاه الغير، و هذه قاعدة تخص مسالة نفاذ العقد، ليست لها علاقة بمبدأ نسبية العقد³

يبدو لنا من خلال ما تم عرضه سابقا ان هناك تفاوت و تعدد في الحلول، و التي ظهرت

على شكلين:

¹ فكرة المرونية لقواعد نظرية لتجاوز لواجهة القواعد الأمرة للقوانين الخاصة سواء الإستهلاك أو المنافسة أو الضبط، لتحقيق الأمن التعاقد و الذي سنتطرق إليه في الفصل الموالي تحت عنوان الأمن القانوني لضمان توازن العقد.

² M. Malaurie-Vignal, op.cit, p 48 et 54.

³ يرى فقه آخر خلاف ذلك "....ينتج المساس بمبدأ الأثر النسبي أيضا، عن الممارسة التعاقدية المتعلقة بعقود التوزيع المنظم، فهي تفرض إحتجاج الأطراف المعنيين بها على الغير، لأنه إن لم يتم تكيف مبدأ الأثر النسبي للعقد معا و الإحتجاج بأثرها حتي بالنسبة للغير، يمكن أن تفقد هذه العقود طبيعتها الخاصة و الهدف الذي تسعى إليه...."صاري نوال، المرجع السابق، ص 160.

الأول: لدينا نتائج وحلول مفرطة و مبالغ فيها من جانب قانون الاستهلاك، مست كل مراحل العقد من التكوين إلى غاية التنفيذ، بالإعتماد على صفة تعاقدية واحدة هي صفة المستهلك.

الثاني: لدينا نتائج و حلول محدودة و ناقصة بخصوص قانون المنافسة التي تركيزه على بعض جوانب العقد لضمان تنفيذ العقد بما يوافق مقتضيات السوق المفتوح على المنافسة، كما تستهدف فئة المحترفين فقط في العلاقة التعاقدية.

من أجل ذلك دعا الكثير من الفقه، إلى إعادة النظر في القواعد العامة التي أدت إلى هذا التعدد في الاختصاص، فترى الأستاذة **C. thibierge-guelfucci**¹، إن هناك خطر فقدان انسجام القانون من جراء حركة التخصص، من خلال تعدد الفئات المتعاقدة الخاصة، و تبعاً لها تعدد الحلول والاستجابات، كما يندر الفقه بخطر يحيط بالنظرية العامة للعقد، ألا هو التدخل المتزايد لقانون الخاص الذي قد يفقد انسجام قواعد نظرية العامة للعقد مع هذه القوانين خاصة بعد تعقد العلاقة التعاقدية في ظل التطورات الإقتصادية الحديثة، و لذلك وجب التدخل لمعالجة هذا الخطر المزدوج لفقدان الانسجام و التناسق، عبر تعدد و تنوع التخصصات، في حين يرى **J-P. Ghazal**²، ان مسألة تجزؤ القواعد العامة من أجل حماية الأطراف الضعيفة، بالرغم من منطقتها و غايتها الواضحة، إلا أنها مسألة عقائدية أكثر منها فرضية علمية، لكون القواعد العامة تفتقد للحلول الكافية لحماية الاطراف الضعيفة مع انها صاحبة الاختصاص.

من خلال هذا يتبين أن قواعد الضبط الإقتصادي لا تظهر بشكل مباشر في توسيع الأثر النسبي، لا من حيث إدخال مصلحة الغير في العقد لضمان مصلحته و لا من حيث الحماية الفئوية للمتعاقدين، مما يجعلها تتوافق مع سياسة الدولة الضابطة التي تنسحب من النشاط الإقتصادي و تكتفي بضبط السوق عبر تقنية العقد، بما يعرف اليد الخفية للدولة في ضبط النشاط الإقتصادي لتحقيق التنمية الإقتصادية، من خلال ضمان المنافسة النزيهة و الدخول الحر للسوق، مما يوفر السلع

¹ C. Thibierge-Guelfucci, Libres propos sur la transformation du droit des contrats, RTD civ. 1997, n°18 et 19.

² J-P. Chazal, De la puissance économique en droit des obligations, op.cit, p 33.

والخدمات تعود بالنفع على المستهلك، وبهذا يكون توسع قواعد الضبط في الأثر النسبي، من خلال توسع قواعد المنافسة وقواعد المستهلك وإقرار التعاون بينهم لتحقيق التوازن العقدي، لضمان توازن السوق الذي يعتبر تحقيقاً للمصلحة العامة في ظل ضمان المصالح الخاصة، والهدف المنشود من السياسة الضبطية للدولة، إلا أن هذا الإقرار والتعاون بين القوانين الاقتصادية المتمثلة في قانون المنافسة والاستهلاك والضبط الاقتصادي لضمان توازن السوق، يجب أن يزود بآليات جزاءات فعالة تضمن إعادة المساواة التعاقدية والاستقرار القانوني، مع ضرورة تجديد قواعد نظرية العقد مع قواعد الضبط الاقتصادي وهذا ما سنتطرق إليه في الفصل الموالي.

الفصل الثاني

مسمى توازن السوق بين مقتضيات

توازن العقد وفعالية الجزاء

يسعى قانون الضبط من خلال قواعده إلى ضبط السوق المفتوحة على المنافسة و ضمان توازنه، لتحقيق الفعالية و التنمية الاقتصادية لتجسيد أهداف الدولة الضابطة، لكن هذا التوازن للسوق مرتبط بضمان توازن العقد الذي اختل نتيجة قصور قواعده العامة في ضمان الحماية للمتعاقدين، خاصة في ظل التطور الكبير الذي عرفته العلاقة التعاقدية و ظهور طرف قوى يتحكم بحث عن أكثر قوة للتحكم في السوق، مما يحتم على قواعد الضبط التدخل لفرض توازن العقد، من خلال التفاعل مع القوانين الأخرى لتقرير حماية الطرف الضعيف، التي تضمن إعادة المساواة التعاقدية بين المتعاقدين و الأمن التعاقدية الذي يضمن الأمن القانوني بين القواعد الخاصة بعد تدخل قواعد القانون العام و قواعد القانون الخاص، عبر الآليات التصحيحية المفروضة في العقد عن طريق فكرة التضامن التعاقدية التجديدية لمبادئ العقد، التي اعتبرت مساس بمبادئ العقد و انزلاق نحو اللأمن القانوني (المبحث الأول).

يسعى المشرع لضمان مقتضيات توازن السوق، فرض إعادة المساواة التعاقدية و استقرار القواعد القانونية بين قانون الضبط الاقتصادي و النظرية العامة للعقد، حتى يضمن تنفيذ العقد و تحقيق الفعالية اللازمة منه، لكن قد لا يتحقق ذلك عن طريق الأخلاق و فكرة المرونة التي دعا بها أغلب الفقه، لأنه قد يتطلب لضمان ذلك تكريس مفهوم العقاب عبر آلياته الواسعة سواء في القانون العام او الخاص التي تجبر المتعاقدين على الوفاء بالتزاماتهم، خاصة بعد ظهور قصور القواعد العامة في تحقيق الحماية للطرف الضعيف و منع التعسفات في السوق، مما فتح المجال لتدخل قواعد الضبط قصد التصدي للمتقاعسين في تنفيذ التزاماتهم أو المخالفين لمقتضيات السوق المفتوح على المنافسة، بأساليب و آليات غير معروفة في القواعد العامة، منحها المشرع للسلطات الإدارية المستقلة نظرا لطابعها الإداري التقني الذي يمكنها من أداء المهام الموكلة لها، بحيث اعتبرها سلطات إدارية في مجال التنظيم و شبه قضائية في مجال العقاب بحيث تتجلى سلطتها العقابية في العلاقة التعاقدية بشكل جلي، من خلال تدخلها لفرض جزاءات ردية ضد المتعاقد الذي يخل بالتزاماته،

للمحافظة على العقد من خطر الزوال الذي يقرره القاضي، مما يضمن تنفيذ و تحقيق الفعالية اللازمة منه، و ضمان تنفيذ السياسة الاقتصادية للدولة الضابطة. (المبحث الثاني).

المبحث الأول

مقتضيات توازن العقد: ضمان لتحقيق الفائدة و العدالة العقدية

إن توازن العقد يقتضي محاربة الشروط التعسفية التي تخل العلاقات، وتحقيق الاداءات بين المتعاقدين لفرض إعادة التوازن العقدي، من خلال تقرير حماية للطرف الضعيف بحيث يركز على من خلال على إعادة التوازن المنشود عبر عيوب الرضا، بحيث لا يبحث في توازن الاداءات بل في المساواة المحققة من خلال حماية رضا المتعاقدين، تضمن التوازن العقدي الذي بدوره يضمن الأمن القانوني (المطلب الأول).

ضمان تحقيق التوازن العقدي، إلى دفع كل من المشرع و القاضي لابتكار مفاهيم وآليات حديثة على أساس التضامن التعاقدية، نتلخص في جوهرها في شكل رقابة عدم المساواة العقدية من جهة، و رقابة مصلحة (الفائدة) من جهة أخرى، من خلال السيطرة على أحد أفراد العلاقة التعاقدية، لإعادة هذه المساواة و تحقيق العدالة العقدية، من خلال استحداث آليات تعاقدية للرقابة على المساواة من حيث الأطراف و من حيث المضمون (المطلب الثاني).

المطلب الأول

فرض التوازن في العقد: مساس بالمساواة والأمن التعاقدية

يقضي مبدأ سلطان الإرادة منح الإرادة السلطان الأكبر في تكوين العقد، والآثار المترتبة عنه، بل وفي جميع الروابط القانونية ولو كانت غير تعاقدية، غير أن القول بأن كل ما هو تعاقدية يعتبر عدلاً ويحقق التوازن العقدي، بفرضية أن أطراف العقد على قدم المساواة لا يمكن تحقيقه متى كان أحد المتعاقدين يحظى بأفضلية معرفية واقتصادية، فكيف يكون ذلك في ظل السوق المفتوح على المنافسة الحرة، أين أصبحت تنسم المعاملات التعاقدية بالسرعة و التعقيد، التي كانت دافع لتدخل كل من المشرع و القاضي وحتى سلطات الضبط في العلاقة التعاقدية، لفرض التزامات وواجبات جديدة بآليات متنوعة لإعادة التوازن العقدي، نتيجة فشل القواعد النظرية

العامة للعقد في الحفاظ على هذا التوازن نتيجة اختلال المراكز التعاقدية، من خلال تقرير حماية تشريعية قانونية جديد لم تكن معروفة ضمن القواعد العامة للعقد لصالح الطرف الضعيف (الفرع الأول)، غير أن هذا التدخل أعتبر مساس بقواعد العقد قد ينجر عنه الأضرار التعاقدية والقانونية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

إعادة المساواة التعاقدية عبر تقرير الحماية القانونية لمركز المتعاقد

يسعى التدخل التشريعي والقضائي وحتى سلطات الضبط الاقتصادية ضمن العلاقة التعاقدية، لتقديم الآليات والوسائل القانونية التي يمكن أن تضمن التوازن التعاقدية وإعادة المساواة والعدالة العقدية الحقيقية، الناتجة عن الإختلال في المراكز التعاقدية بعدما أصبح المتعاقدين يتنافسون على مصادر القوة للتحكم في السوق، لتوجيه واستغلال إرادة الطرف الضعيف في العقد مما يؤثر على رضاه، الذي كان سبب في تقرير الحماية لمركز المتعاقد الضعيف "فتوية نوعية" "أولاً"، ثم تكريس هذه الحماية الفتوية والنوعية وتجسيدها واقعياً "ثانياً".

أولاً: الحماية القانونية لمركز المتعاقد الضعيف: حماية فتوية نوعية

تعتبر المساواة التعاقدية أحد مبادئ النظرية العامة للعقد، تتجسد في ظل المذهب الفردي بمجرد قبول أطراف التعاقد، الذي يعبر مباشرة عن رضا المتعاقدين وتوازي مراكزهم القانونية، إلا أن هذا المفهوم تغيير في ظل السوق المفتوح على المنافسة، خاصة بظهور الإختلال الواضح في المراكز التعاقدية، الذي كان دافع لتدخل كل من المشرع والقاضي وسلطات الضبط الاقتصادية، لإعادة هذا الإختلال بين المراكز القانونية وضمان المساواة التعاقدية، بضرورة الانتقال من المساواة المجردة إلى واقعية القوة التعاقدية (01)، تضمنها حماية خاصة بذل الحماية العامة (02)، تعدد مجالاتها (03).

01- ضرورة الانتقال من المساواة المجردة إلى واقعية القوة التعاقدية

إن فرضية المساواة و الحرية بين المتعاقدين المجسدة في ظل قانون نابليون 1804، و التي كرسها المشرع الجزائري في القانون المدني¹، مجسدة على أساس افتراضي مكرس ضمن فلسفة مبدا سلطان الإرادة، دون الاهتمام أو النظر في الوضعية الفعلية و الحقيقية لهم داخل السوق، التي غالبا ما يكون فيها الطرف القوي قد وجه العقد عبر توجيه إرادة المتعاقد الضعيف، واثقال العقد بشروط وواجبات تخدم مصلحته على حساب مصلحة الطرف الضعيف، أدت إلى اختلال المساواة التعاقدية².

هنا أصبح بعض الفقه³، ينظر إلى المتعاقد في قانون العقود لا هو بالمتعاقد القوي و لا هو بالمتعاقد الضعيف، لكون العملية التعاقدية قانونية بين الأطراف، سواء كان أحدهم في وضعية القوة و الأخر في وضعية الضعف، من خلال الرضوخ لفرضية الحرية المطلقة في التعاقد التي تضمن المساواة التعاقدية، بصورة مجردة عن الواقع و الوضعيات التعاقدية الفعلية، و لهذا فالتعاقد وفق الفلسفة الكلاسيكية هو متعاقد حر و عادي و متساوي و مسؤول عبر القانون و أمام القانون، و تصدق فيهم مقولة "من قال عقد قال عدلا" التي تضمن عدالة العقد بين المتعاقدين الناتجة عن الحرية التعاقدية.

إلا أن هذا المفهوم لم يستقر على حاله، في ظل التغيرات الإقتصادية الذي صاحبه التغيير التام في المفاهيم التي كانت سائدة في ظل المذهب الفردي، المرتكزة على المغلاة في الاعتزاز بمبدأ سلطان الإرادة، الذي يضمن المساواة التعاقدية الناتجة عن الحرية في التعاقد، خاصة بعد تطور التعاملات التعاقدية التي أدت إلى ظواهر الهيمنة و التعسف و التبعية في السوق، القائمة على توجيه الرغبات التي تدير المجال الإقتصادي و الاجتماعي عن طريق تفضيل المقاربة المجردة و

¹ فيلالي على، المرجع السابق، ص ص 52-53.

² بعجي أحمد، المرجع السابق، ص 29.

³ G. Loiseau, La puissance du contractant en droit commun des contrats.A.J.C.A. décembre, 2015, p.496.

المثالية، على حساب المقاربة الخاصة و الفعلية الواقعية، المنتقدة نظرا لظهور واقع استغلال فيه القوي ضعف الطرف الأخر كالعمال و المستهلكين، الناتج عن التأثير المحسوس للقوة الإقتصادية في القانون الوضعي، بعدما ظهرت الهيمنة الواقعية نتيجة النشاط الإقتصادي و الصناعي الخاضع لقوانين السوق، إذ لم يعد هناك شك أن المشرع بقي غير مبال عن التفاوت الإقتصادي الذي سبب الكثير من الظلم و الإفراط بين أفراد المجتمع الليبرالي و الفردي¹.

غير أن المشرع لم يهتم بالتفاوت الإقتصادي بين المتنافسون في السوق، على العكس اعتبره مصدر للنمو و تحقيق الثروة التي تضمن الرفاهية و المنفعة الإقتصادية و الاجتماعية، لكن الأصل أن القوة الإقتصادية أو القوة التعاقدية لم تكن محل ترحيب من جانب بعض الفقه كونها مصدر لزعة مبادئ النظرية العامة للعقد الناتج عن التأثير في المساواة التعاقدية، مما دفع بأغلب الفقه إلى ضرورة تكريس قواعد قانونية تحمي الضعفاء اقتصاديا²، لكن في ظل هذا الصراع الفكري و النظري حول مسلمات النظرية العامة للعقد، هل ستستمر في الصمود أمام الواقع الإقتصادي المفتوح على المنافسة أم ستراجع و تقييد حساب هذه القوانين الخاصة؟.

اعتبر الفقه السوق المرآة العاكسة لوضعية الأطراف، تتجلى فيه الوضعية الحقيقية للمتعاقدين، أين يكون أغلبهم يبحثون عن امتلاك مصادر القوة الاقتصادية للتحكم في السوق، تترجم في الممارسات المقيدة للمنافسة التي تعزز من وضعيات التعسف و الهيمنة بينهم في السوق، التي ينكرها قانون المنافسة الذي يهتم بتوازن السوق من خلال اهتمامه بتوازن العلاقة التعاقدية، عبر التصدي بقوانينه الآمرة لكل أشكال القوة الإقتصادية التي تؤدي إلى التعسف من طرف الموردين على الموزين، في ذات السياق أيضا قانون الاستهلاك من خلال إقرار حماية المستهلك في التعاملات

¹ من بين نتائج الرأسمالية الليبرالية أنها أدت إلى تناقض من جهتين، انها من جهة تشجع لعبة المنافسة التي تخلق ظاهرة التركيز لوسائل الإنتاج و الشريكات، التي يقضي على الضعفاء و يسمح للأقوياء بالسيطرة عليهم، و من جهة أخرى ظهرت فجوة إختلال توازن العقد من خلال الزيادة الفعلية لعدم المساواة الإقتصادية.

²J-P. Chazal, op.cit, p9 et15.

العقدية عبر مكافحة كل أشكال السلطة و التفاوت الإقتصادي، الذي يشكل اضطرابا في العلاقة التعاقدية غير متساوية و مختلفة¹.

من أجل ذلك دعا بعض الفقه²، إلى ضرورة إعادة النظر في الحماية المكرسة في ظل مفهوم مبدأ سلطان الإرادة، من خلال إقرار حماية قانونية تشريعية للمتعاقدين الضعيف بعدما ظهر التفاوت بين المتعاقدين، الناتج عن امتلاك أحد المتعاقدين للقوة الإقتصادية التي يسيطر بها على المتعاقد الضعيف، باسم النظام العام الحمائي الذي تبناه المذهب الاجتماعي أولا، القائم على أساس التأمني و القيم التضامنية بين المتعاقدين، من خلال تدخل عدة سلطات و واجبات جديدة ضمن العقد باسم النزعة الاجتماعية، لكن هذه الأفكار تعرضت للنقد من جانب الفقه، نظرا للإفراط في تكريسها و استعمالها مما يضحك مضمون العقد الذي يجعله مثقلا غير قابل للتنفيذ، مما قد يحرفها عن مقصدها وهدفها الحقيقي الذي هو إعادة المساواة التعاقدية، ليتبعه بعد ذلك تكريس النظام الليبرالي القائم على تبني النظام العام التوجيهي الهادف لتحقيق السياسة الإقتصادية عبر توجيه العقد أو ما يعرف بالعقد الموجه³ **Le contrat dirigé**، الذي برز من خلاله دور كل من المشرع و القاضي في توجيه العلاقة التعاقدية و التدخل لتحديد مضمون العقد وفقا لمقتضيات السوق و المنافسة، مع الأخذ بعين الاعتبار ضمان الحماية لطرف الضعيف عبر إعادة المساواة التعاقدية .

¹ بعجي أحمد، المرجع السابق، ص 31.

P. Lokiec, Contrat et pouvoir, essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels, LGDJ, 2004, p 02.

³ Ch. Jamin, op.cit, p10 et 20, L.Josserand, Aperçu Général des tendances Actuelles La Thorie Des contrats, op.cit, p01.

02- ضرورة تقرير الحماية الخاصة بدل العامة:

تجلى الحماية ضمن قواعد النظرية العامة للعقد في نظرية عيوب الرضا¹، في كل ما يتعلق بالغبن و التدليس²، أو عن طريق نظرية الظروف الطارئة³، التي يمكن من خلالها تصحيح المساواة وإعادة التوازن العقدي، إلا أن الفقه اعتبرها حماية شاملة مكرسة لكافة المتعاقدين دون النظر لصفاتهم أو وضعياتهم التعاقدية، كما اعتبرها جامدة مقارنة بالتوجه التشريعي الذي يواكب التطورات الإقتصادية و الاجتماعية، بحيث ينظر إلى واقع العلاقة التعاقدية لا المفترضة، فعلى سبيل المثال حماية المستهلكين ضمن القواعد العامة للعقد هي الحماية المقررة لجميع المتعاقدين سواء كان متعاقد ضعيف أو قوي، فلا ينتظر المستهلك حماية تفضليه لأن نظام الحماية المعترف به عبر قواعد النظرية العامة يتميز بالعمومية و الشمولية و التجريد لكل المتعاقدين⁴.

لأجل هذا أعيب على قواعد النظرية العامة للعقد، كونها ناقصة في ضمان المساواة التعاقدية ولا تهتم بالمتعاقد الضعيف، بحيث تفر حماية شاملة للمتعاقدين القائمة على أساس المساواة المفترضة، لكن الحقيقة أثبت عكس ذلك مما دفع بالتوجه التشريعي لتقرير حماية خاصة للمتعاقد الضعيف عبر قوانين تشريعية خاصة تهتم بفئات معينة، مثل قانون حماية المستهلك الذي يقر بضرورة حماية المستهلك باعتباره متعاقد ضعيف لا يقدر على مواجهة المتعاقد القوي داخل السوق، كذا قانون المنافسة الذي يقر بضرورة حماية المنافسون من خلال حماية المنافس الضعيف من خطر المنافس الأقوى منه⁵، بعد عجز القواعد العامة لنظرية العقد عن توفير الحماية للمتعاقد الضعيف، في ظل السوق المفتوح على المنافسة.

1 للنفصيل أكثر حول مفهوم عيوب الرضا أنظر المواد من 81 إلى غاية 91 من ق.م.

2 تطرقت لمفهوم عيب الغبن عدة مواد من ق.م، لا يمكن حصرها أنظر المادة 732 بشأن القسمة في ق.م.

3 سبق أن تطرقنا إلى مفهوم نظرية الظروف و الطارئة في الفصل السابق تحت عنوان القوة الملزمة، يمكن الرجوع إليه كما يمكن مراجعة و تحليل المادة 03/107 من ق.م.

4 J-P. Chazal, op.cit, p 10.

5 بعجي أحمد، المرجع السابق، ص 34.

لكن مع تزايد مظاهر القوة الإقتصادية و أثارها على العقد، نتيجة ظهور فئات خاصة عمقت من الفجوة أو الهوة الإقتصادية في ظل امتلاك أحد أطراف العقد القوة الإقتصادية، التي تمكنه التحكم في السوق و استغلال الطرف الضعيف، كان لبد من تدخل كل من المشرع و القاضي لتكريس حماية خاصة لهذه الفئات الضعيفة، خاصة بعد فشل و نقص الحماية العامة الشاملة المقررة ضمن القواعد العامة لنظرية العقد، لمنع كل أشكال التعسف و الاحتكار لإعادة المساواة التعاقدية، مع ضرورة تكيف قواعد نظرية العقد مع الحقائق الإقتصادية الجديدة في السوق التنافسية.

03- ضرورة الانتقال من وحدة المجال إلى تفرع وتعدد المجالات

تمتاز النظرية العامة للعقد بعمومية مجال تطبيقها، مما يجعل منها قابلة التطبيق على كل أنواع العقود وفي شتى الميادين، إذ تعتبر امتدادا لنظرية الالتزامات في شقها المتعلق بالتصرفات القانونية التي تمتاز بالتعميم، كما تعتبر المرجع الأصلي لكل العقود المبرمة مهما اختلف موضوعها، تجاريا، عمل، نقل، ...إلخ، إلا ما استثنى بنص طبقا لقاعدة الخاص يقيد العام¹، لكن مع ظهور الفئات و الأصناف المتعاقدة الخاصة أصبحت العلاقات التعاقدية أكثر تفرعا و تنوعا و استقلالا، فكل صنف انفرد بمجال خاص تحكمه قواعد مستقلة نسبيا، مع بقاء التكامل في بعض الغايات و الأهداف المرجوة من ذلك، فنجد أن القانون الخاص قد تجرأ على القانون العام مند مدة، خاصة بما يتعلق باستقلالية بعض القوانين عن النظرية الالتزامات مثل القانون التجاري الذي يهتم بفئة التجار، لكن مع ذلك بقي يرتبط بالجوهر المشترك مع القانون المدني، تابعة قانون العمل و قانون الاستهلاك، بشأن تصوراتهم و استقلالهم عن الشريعة العامة من أجل مراعاة اختلالات التوازن العقدي، عبر إرساء الحماية للمتعاقد الضعيف، لكن الفقه يرى أن كلا الفرعين لا يمكن الحديث

¹ فيلالي على، المرجع السابق، ص 07.

عن استقلالهما الذاتي بالرغم من طريقتهما الخاصة، إلا أنهما مازالا خاضعين للنظرية العامة للالتزامات¹.

في حين رأى بعض الفقه أن عدم احتواء القواعد العامة لمسألة التفاوت في القوة الإقتصادية و التعاقدية بشكل اللازم، ساعد على ظهور فئات و أصناف خاصة لديها مجالات خاصة تخضع للأحكام حمايه خاصة بها، تضبط مظاهر القوة الإقتصادية و التعاقدية، فمثلا قانون الاستهلاك موجه بصورة أساسية لحماية فئة المستهلكين، و بالتالي الاشتراك في التوازن مع القواعد العامة لنظرية العقد²، منها مراقبة الشروط التعسفية في العقد، في حين أن قانون المنافسة في جوهره الرقابة على تأثير السلطة في السوق، و مخافة مساسها بالمنافسة عبر آليات خاصة تختلف عن قواعد حماية المستهلك، من خلال الرقابة على التعسف في التبعية الإقتصادية و مراقبة التجميعات، ما يذل مرة أخرى على اختلاف المجال و تعدد الفئات عبر تعدد آليات إعادة التوازن و الحماية.

من جهة أخرى تستمر فكرة تفرع المجالات و تعددها تبعا لطبيعة العلاقة التعاقدية، إذ بعدما رأينا علاقة الطرف القوي بالطرف الضعيف، نجد علاقة أخرى لا تقل أهمية و هي علاقة بين المحترفين بين الطرف القوي في مواجهة الطرف الأقوى منه³، الذي تم إقصاءهم من الحماية المقررة في قانون الاستهلاك⁴، اين أصبحت هذه الفئة عرضة و بصورة مكثفة لتبعات التعسف في استغلال القوة الإقتصادية للمتعاقد في السوق، سواء من خلال التعسف في وضعية الهيمنة و التبعية الإقتصادية، الإكراه الإقتصادي الممارس على الطرف الأقل قوة، لأجل هذا تصدى فرع قانوني آخر لهذا الانشغال و هو قانون المنافسة، الذي يتم بفئة المحترفين لضمان التوازن العقدي و المصلحة العامة عبر ضبط السوق⁵.

¹ Voir plus des détails, **J-P. Chazal**, op.cit, p70et 71 et 72.

² Voir , **J-P. Pizzio**, op.cit, p 56.

³ صاري نوال، المرجع السابق، ص 248.

⁴ Voir, **J. Calais-Auloy**, la loi sur le démarchage a domicile et la protection des consommateurs (la loi du 22 décembre 1972.) D.1973chorn, p 11, 12,13.

⁵ Voir, **M. Malaurie-Vignal**, Droit de la concurrence et droit des contrats, Dalloz, 1995, chron.51; F. Dreifuss-Netter, Droit de la concurrence et droit commun des obligations, R.T.D. Civ., 1990. B.Fages et J.Mestre, l'emprise du droit de la concurrence sur le contrat, RTD com, 1998, p 71 et 72.

كما يظهر أيضا قانون المنافسة كمدافع عن المصلحة العامة، بحيث تهدف جل قواعده لتحقيق الفعالية الاقتصادية بين الأعوان الاقتصاديين في السوق¹، يختلف عن قانون الاستهلاك في مجال و هدف التدخل، مما قد يؤدي بتوسع الحماية في عدة مجالات أصبحت انشغال للنظام العام الحمائي، من خلال تكريس بين العلاقات التعاقدية، الأولي أنه هناك علاقة متعاقد ضعيف في مواجهة متعاقد قوى، تمثل في صورة المستهلك في مواجهة المتدخل، يتصدى لها قانون الاستهلاك و وقع الغش، و الثانية أنه هناك علاقة المتعاقد القوى في مواجهة المتعاقد الأقوى منه، تمثل في صورة المحترف في مواجهة المحترف، تصدى له قانون المنافسة، لكن السؤال المطروح ما دخل قانون الضبط الاقتصادي في هذه الدراسة خاصة و أننا نبحث عن تأثيره على نظرية العقد؟

أجبنا سابقا على هذا السؤال بحيث كانت الإجابة دائما تكمن في العلاقة الترابطية بين قانون الضبط الاقتصادي و قانون الاستهلاك و المنافسة، إذ أن أهداف الضبط الاقتصادي المتمثلة في تحقيق التوازن العقدي لضمان توازن السوق، تشارك في تجسيدها كل من هذين القانونين الخاصة الأخرى التي تهدف لتقرير حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، من مختلف التعسفات القوة الاقتصادية و التعاقدية، كما إن قانون الضبط الاقتصادي الذي هو عبارة عن قواعد إدارية تتدخل سواء في مرحلة تكوين أو تنفيذ العقد، قصد ضمان تنفيذ العقد بما يوافق و ينسجم مع قواعد المنافسة و الاستهلاك، مما يدل على أن الضبط الاقتصادي يقر كل ما تقره كلا القانونين لتوافقهما مع مقتضيات ضبط السوق، وهو ما أكده المشرع الجزائري بتكريس الحماية النوعية للمتعاقد الضعيف عبر قانون الضبط الاقتصادي.

ثانيا: تكريس الحماية الفئوية و النوعية

لم تتمكن القواعد العامة لنظرية للعقد من ضمان المساواة والعدالة التعاقدية، نتيجة تطور المعاملات التعاقدية داخل السوق المفتوح على المنافسة، أدت إلى اختلال المراكز القانونية

¹ R. Zouaimia, Droit de la régulation économique, Ed. Berti, Alger, 2006, p 6 et 8.

للمتعاقدين، التي كانت دافع لتدخل المشرع للتصدي لها عبر توسيع الحماية من الحماية الخاصة للمستهلك بصفته الطرف الضعيف في العقد، إلى الحماية العامة التي تشمل كل من المستهلك و المحترف الناتجة عن توسع مجالاتها، لكن يجب تحديد الفئات المعنية بهذه الحماية (01)، لتوجيه الحماية النوعية (02).

01-تحديد الفئات المعنية بالحماية

أدت التطورات الاقتصادية و التكنولوجية إلى تطور وتعقد العلاقات التعاقدية، حتى أصبح ليس من السهل التمييز بين صفة المتعاقدين، إذا كانوا مستهلكين أو محترفين، وما زاد من التعقيد أكثر هو انتقال أو توسع صفة المستهلك إلى صفة المحترف و المتدخل، خاصة بعد تقرير الحماية في كل من قانون الإستهلاك و المنافسة، لكن لتحديد الفئات المعنية بالحماية، لجأ المشرع إلى تحديد صفة المتعاقد للتمييز بين المتعاقدين و الفاعلين في السوق، إن كانوا متدخلين الذين وصفوا دائماً بالقوة أمام المستهلكين، كما إن المشرع توسع إلى أكثر من ذلك من التمييز حتى بين المستهلكين أنفسهم لحماية المستهلك الأقل خبرة، بالإعتماد على صفة شخص المستهلك وسلوكه، كما إعتمد عليها لبسط الحماية بين المحترفين، إضافة إلى دور القاضي في تحديد صفة المدعن في القواعد العامة، خاصة في ضل فكرة المتعاقد الضعيف التي غيبت فيه فكرة الدائن صاحب الحق و المدين الملزم بالدين، لأن المتعاقد الضعيف يمكن أن يكون طرفاً مدينا كما يمكن طرفاً دائناً، كما ظهر في القواعد العامة بصورة جد استثنائية في حماية الطرف المدعن في عقد الإذعان بموجب المادة 70 من ق.م¹.

¹ تم التطرف إلى الفئات المعنية بالحماية في الفصل الثاني من الباب الاول تحت عنوان تعزيز الرضائية، و للمزيد أكثر يمكن الرجوع إلى بعجي أحمد، المرجع السابق، ص41 ص 50.

02- توجيه الحماية النوعية

يعتبر قانون الإستهلاك على أنه قانون المتعاقد الضعيف، نظرا لامتيازته بقواعد آمرة ذات نوعية لا نظير لها ضمن القواعد العامة للعقد، تهدف لحماية صفة المستهلك بغض النظر عن وضعيته في العلاقة التعاقدية، كما أن المساهمة العرضية الغير المباشرة في حماية المنافسة عبر تحقيق التوازن التعاقدية بين المحترفين ساهمت في حماية الطرف الضعيف، لكنها لم ترقى إلا درجة القواعد التي يوفرها قانون الإستهلاك للمستهلك، عبر المراحل التعاقدية من مرحلة تكوين العقد إلى غاية تنفيذه "أ"، إذ تجلي و تظهر خلالها خصوصية الأحكام الحماية "ب".

أ- الحماية النوعية عبر المراحل التعاقدية:

تختلف الحماية النوعية المقررة في كل من قانون المنافسة و الإستهلاك، عن الحماية المقررة ضمن القواعد العامة لنظرية العقد، كون هذه الأخيرة تكون فقط في مرحلة من مراحل العقد سواء التكوين أو التنفيذ، كما يشترك فيها الأطراف المتعاقدة تفعل عن طريق نظرية عيوب الرضا و للقاضي فقط الحق في تقريرها، بينما الأولى تشمل كل مراحل التعاقدية، بدأ من الدعوة إلى التعاقد "مرحلة المفاوضات" ثم التعاقد "مرحلة التكوين" وصولا إلى التنفيذ، بعدما حددت الفئات المعنية بالحماية مسبقا بالإعتماد على الصفة التعاقدية "الطرف الضعيف"، نتيجة التمييز بين أطراف العلاقة التعاقدية، كحال المستهلك "أ-1"، وحال المحترف "أ-2".

أ- 01 / حالة صفة المستهلك:

يقر جل الفقه¹، على أن لصفة المستهلك حماية متعددة من بداية العقد إلى غاية نهايته، فنجد أن المشرع يكرس هذه الحماية لتنوير رضا المستهلك قبل قيامه بالتعاقد كالاتزام بالإعلام الذي أصبح واجب على عاتق المتدخل، مما يعطي للمستهلك في بعض العقود مهلة التروي و التفكير قصد

¹ Voir par exemple, J-P. Pizzio, op.cit. 1998, p 59. Voir aussi, J. Calais-Auloy, L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats, op.cit. 1994, p242

إتخاذ القرار الصحيح بشأن التعاقد أم لا، كذا الرقابة التي كرسها المشرع للمستهلك في مرحلة تنفيذ العقد، على مضمون العقد مع إمكانية تعديل و سحب كل بند أو شرط يعتبر تعسفا ضد المستهلك، وإمكانية التراجع عن العقد التي تم إبرامه إذا وجد به شرط تعسفي بضر بمصلحة المستهلك، إضافة إلى الدعوى المباشرة لمطالبة كل متدخل في عملية عرض المنتجات و الخدمات بالضمان أو التعويض¹.

أ- 02 / حالة صفة المحترف:

كذا يعترف قانون المنافسة بالحماية النوعية لصفة المحترفين عبر المراحل التعاقدية، بعدما ثبت أنهم فئة تستحق الحماية من مظاهر القوة الإقتصادية و التعاقدية، كما هو الحال لصفة المستهلك، من خلال الاعتراف لهم بالحماية من التعسف في وضعية الهيمنة الإقتصادية، محاربة مظاهر التعسف في التبعية الإقتصادية، كما جاء على سبيل المثال في المادة 11 من الأمر 03/03 المعدل و المتمم المتعلق بالمنافسة².

كما تجدر الإشارة إلى أن فرضية المساواة المجردة كانت سببا في عدم وجود داع للتدخل في العقد، إلا أن هذا الأمر لم يمنع من إضفاء بعض الحماية عندما يسمح المشرع بذلك لتدخل القاضي، كحالة التدليس و الغلط و الإكراه و الاستغلال، لأن المشرع هنا ينظر لأطراف المتعاقدة بصورة مجردة كأصل أي يضع أوضاع عامة لكل المتعاقدين، و من وقع في عيب أو ضعف يسقط عليه المشرع حمايته، لكن التشريع الخاص عبر القواعد الخاصة ينظر للأطراف المتعاقدة من خلال مراكزهم و صفاتهم الخاصة و ليس متعاقدين فقط، و من جهة أخرى يظهر أن للقاضي دور جد محدود بسبب السعي من أجل حماية الإرادة و ليس المتعاقد الضعيف، لأن الحماية تأخذ شكل أوضاع عامة و ليست خاصة بكل متعاقد³، هذا ما برر الحماية المحدودة و برر التمييز بين المتعاقدين

¹ بخصوص مبدأ الإعلام الذي يدخل ضمن الأليات التي كرسها التشريع لإعادة التوازن العقدي، و التي سننظر إليها بالتفصيل في المطلب الموالي.

² سننظر في المطلب الموالي للوسائل التي تم تكريسها المشرع من أجل حماية المحترفين خلال مراحل التعاقد.

³ زمام جمعة، المرجع السابق، ص ص 256-259.

من حيث مراحل الحماية، فالمشرع لا يتوسع في تقرير الحماية العامة وإنما يتوسع في تقرير الحماية النوعية، عبر تقرير الحماية للطرف الضعيف خلال جميع مراحل التعاقد.

ب- خصوصية الأحكام الحماية:

من بين أهم القواعد النوعية الخاصة بصفة المتعاقد الضعيف، الالتزام بالإعلام من جانب المتدخل لصالح المستهلك، الذي يشترط فيه قرينة علم المتدخل باعتباره مدينا بالالتزام، و قرينة الجهل بالنسبة للمستهلك باعتباره دائما بالالتزام بالإعلام، الذي يقاس عن طريق استقلالية سلوك المستهلك عن سلوك الرجل العادي، وبهذا يمكن القول أن صفة المستهلك تحمل قاعدة موضوعية تتمثل في جهل المستهلك، وهو معيار ذاتي يتمثل في تقدير سلوك المستهلك، بالمقابل قرينة العلم القاطعة لدى المتدخل كطرف قوي فقد أكد الفقه¹، أن المدين بالالتزام بالإعلام هو المكلف بالاستعلام، لأن هناك قرينة قاطعة على علم المتدخل و المفروضة على كل المهنيين خاصة على مقدمي الخدمات، من أجل الإعلام بالعناصر الأساسية للخدمات، كما تشمل هذه القرينة القاطعة علم كل المهنيين اتجاه المستهلكين، كما إن على المتدخل أن يتولى إعلام المستهلك بحيث تقع عليه قرينة أنه عالم و مستعلم عن المعلومات الخاصة بالمنتجات و الخدمات المعروضة على المستهلك، و لا يمكنه الادعاء بجهله و لو بصفة مشروعة فهناك قرينة علم قاطعة، سواء علم فعلا أو لم يعلم²، ولعل مراد هذه القرينة القاطعة في حق المتدخل لكي لا يمكنه التدرع بجهل المعلومات المحيطة بالعقد لأنه يقع عليه واجب الاستعلام باعتباره طرفا قويا، عكس المستهلك الذي أعني من هذا الالتزام بحكم قرينة الجهل البعيدة عن معيار الرجل العادي.

لذلك فإن الالتزام بالاستعلام، يقتضي بأن يلتزم المتدخل بإعلام المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج و الخدمات المعروضة عليه حتى و لو كان يجهلها، فهناك قرينة العلم على عاتقه،

¹ « C'est-à-dire ha présomption irréfragable de connaissance qui pèse sur lui, joue aux seuls dépens du vendeur professionnel..... » N. Rzepecki, op.cit, n°67.

² حامق ذهبية، المرجع السابق، ص 174.

بمعنى أن شروط الالتزام بالإعلام دائماً متوفرة، و المدين بهذا الالتزام ليس هو المتعاقد الذي يحوز المعلومة وإنما المتدخل في عملية عرض السلع و الخدمات، فالالتزام بالإعلام مرتبط بصفة المتدخل¹، لذلك فإن موضوع الالتزام بالإعلام و طرق إعماله محددة بدقة في قانون الإستهلاك، و سنتطرق في المطلب الموالي.

من خلال هذا يتبين أن المشرع يقر حماية للمستهلك باعتباره طرفاً ضعيفاً، بحيث غلب فكرة القرائن القانونية القاطعة على فكرة القرائن القضائية البسيطة، كما أن لصفة الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، تأثير كبير و عميق مقارنة بما هو عليه الحال في القواعد العامة لنظرية العقد، التي تعتبر الاطراف دائن و مدين متساوون يبحثون عن تحقيق مصالح الخاصة، بحيث تقر الحماية مباشرة لصفة الطرف الضعيف كان مستهلك أو محترف، مع تفسير كل القرائن و الدلائل القانونية و القضائية لصالحه.

كذا إن الاعتراف بالشروط التقديرية لصفة المتعاقد، التي تؤثر على صحة تنفيذ العقد و بالتالي "التأثير القوة الملزمة للعقد"، سواء المتعلقة بنظرية الاستغلال² أو المتعلقة بالظروف الطارئة³، و الشرط الجزائي، أو الشروط التعسفية في عقد الإذعان⁴، لذا اشترط المشرع الجزائري للمسك بها ضرورة توفر شروط قانونية صارمة تضمن استقرار المعاملات، بحيث يجب إثبات الواقعة المتعسف فيها (العيب المستغل أو المتعسف) فيها أو الواقعة الطارئة (الظرف الطارئ)، لتقرير نوعية الحماية.

¹ بعجي أحمد، المرجع السابق، ص ص 58-59.

² نصت على الإستغلال المادة 90 من ق.م، و هو أن يستغل المتعاقد ضعف النفسي الناتج عن الطيش البين أو الهوى الجامح للمتعاقد الأخر، للمزيد أكثر يمكن الرجوع إلى فيلاي علي، المرجع السابق، ص ص 218-224.

³ تم التطرق إليها سابقاً تحت عنوان القوة الملزمة للعقد، للمزيد أكثر يمكن الرجوع المادة 107 من ق.م.

⁴ يشترط لتمسك بالشرط التعسفي في عقد الإذعان، كما جاء في نص المادة 110 من ق.م، عندما يتأكد القاضي، لدى عرض النزاع عليه، يكون مضمونه الطعن في أحد العقود ورد فيه شرطاً أو مجموعة من الشروط التعسفية التي تكون في غير صالح الطرف المذعن، وذلك نتيجة إنفراد الطرف القوي في عقد الإذعان بتنظيم محتوى بنود العقد، لذلك يجب على القاض التأكيد من وجود عقد إذعان، قصد التدخل لتعديل محتوى العقد و إزالة الشروط التعسفية أو يتغاضي عن التدخل ما رأى غير ذلك، للمزيد أنظر بن شنتي حميد، المرجع السابق، ص ص 44-45.

من خلال هذه الدراسة يتبين أن قواعد العقد الكلاسيكية، القائمة على فكرة المساواة المجردة قد فشلت في الواقع في تحقيق هذه المساواة و التوازن العقدي، خاصة بعدما ظهر طرف قوي متحكم و مسيطر في العلاقة التعاقدية على حساب طرف ضعيف خاضع، نتيجة تطور العلاقات التعاقدية ضمن السوق المفتوح على المنافسة، كانت دفع بضرورة الانتقال من هذه المساواة المجردة إلى المساواة الوقيعة للقوة التعاقدية، التي تضمن من خلالها الحماية الحقيقية الفئوية و النوعية عبر مراحل التعاقد و في شتي المجالات يقرها التوجه التشريعي الخاص، لضبط سلوك المتعاقدين من خلال إمكانية تدخل كل من المشرع و القاضي عبر الشروط التقديرية و القانونية لصفة المتعاقد الضعيف سواء كان مستهلك أو محترف، لكن هذه الحماية لم تسلم من النقد بحيث اعتبرها بعض الفقه أنها حماية تمييزية و مبالغ فيها، كونها غير منضبطة و تشجع على التدخل في العقد من غير أطرافه ما قد يؤدي إلى المساس بالأمن القانوني.

الفرع الثاني

تطور مفهوم الأمن القانوني بتجدد مبادئ العقد: بين الرفض و القبول

يشكل الأمن القانوني و التعاقدية أهم المبادئ القانونية، حيث يهدف إلى حماية حقوق الأفراد لاسيما في ظل الاوضاع النسبية الراهنة التي نتج عنها تضخم النصوص القانونية و تنامي ظاهرة المساس بأمن العقد و عدم استقراره، و بالنظر إلى التشابه الذي ينطوي على كلا المبدئين خاصة من حيث التركيب اللغوية، تتجلى في علاقة الفرع بالأصل، غير انه مفهوم الأمن التعاقدية صار يستوجب مقارنة جديدة فرضتها التغيرات الاجتماعية و التحولات الاقتصادية و التطورات التكنولوجية داخل العقد، مضمونها تصحيح توقعات المتعاقدين عبر فرض التوازن التعاقدية من خلال تدخل كل من المشرع و القاضي و حتى سلطات الضبط الاقتصادية لمراجعة العقد و تقرير الحماية للطرف الضعيف اعتبرت انزلاق نحو الأمن القانوني "أولاً"، بينما اعتبرت دافع لتطور مفهوم الأمن القانوني بمقارنة تجددية "ثانياً".

أولاً: تجدد مبادئ العقد انزلاق نحو الأمن القانوني:

ارتبط مفهوم الأمن القانوني بالنظرية العامة للعقد، بحكم ارتباط هذه الأخيرة بمبدأ سلطان الإرادة الذي يمنح القوة الضامنة للأمن القانوني، وبالتالي الحفاظ على توقعات الأطراف، إلا أن هذا الأمر لا يتوافق مع الواقع، مما جعله عرضة للنقد من جانب الفقه، خاصة بعد قصوره في ضمان العدالة العقدية و الأمن القانوني، الذي كان سبب لتدخل كل من المشرع و القاضي وحتى سلطات الضبط الاقتصادية لإعادة التوازن العقدي، عبر الآليات التصحيحية المفروضة في العقد عن طريق فكرة التضامن التعاقدي التجديدية لمبادئ العقد، والتي اعتبرت مساس بمبادئ لنظرية العامة للعقد و انزلاق نحو الأمن القانوني، ولهذا وجب توضيح ما لمقصود بمبدأ الأمن القانوني و علاقته بالأمن التعاقدي (01)، وكيف يكون المساس بنظرية العقد انزلاق نحو الأمن التعاقدي (02).

01-المقصود بمبدأ الأمن القانوني و علاقته بالأمن التعاقدي:

يعتبر مبدأ الأمن القانوني أحد أهم مقومات الدولة القانونية الحديثة القائمة على مبدأ سيادة القانون، ومعناه أن تلتزم السلطات العامة في الدولة بضمان قدر من الثبات في العلاقات القانونية و الاستقرار للمراكز القانونية، تمكن الأشخاص من التصرف بنوع من الاطمئنان وفق القواعد و الأنظمة القانونية القائمة، بحيث يتصرف الأشخاص بكل ثقة وحرية دون التعرض لتصرفات مباغته تهدم توقعاتهم المشروعة و تزعزع استقرار أوضاعهم القانونية¹.

كما يعتبر مبدأ استقرار المعاملات التعاقدية من ضروريات الإنتاج و التوزيع عن طريق الإقبال على إبرام العقود، و هذا الاستقرار في التعامل هو الذي يولد الثقة في نفسية المتعاملين

1 حساني محمد منير، آليات عمل المجلس الدستوري لتحقيق الأمن القانوني، مداخلة أقيمت بملتقى " الأمن القانوني"، جامعة قاصدي مرباح، وقلة، يومي 05 و 06 ديسمبر 2012، ص 84.

بحيث تقضي الالتزام بواجب وفاء المتعاقد بالتزامه¹، التي ترسخ في المجتمع الألماني، من خلال ما أكدت عليه المحكمة الدستورية الفدرالية سنة 1961، و اعترف به بعد ذلك دوليا من قبل محكمة العدل للمجموعة الأوربية، في قرراها سنة 1962، تلتها عدة قرارات تقترب من هذا المبدأ صادرة عن المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان، التي أكدت على ضرورة التوقع القانوني كمطلب للأمن القانوني².

ذهب أيضا بعض الفقه إلى تعريف هذا المبدأ على أنه: " كل ضمان و كل نظام قانوني للحماية، يهدف إلى التأمين من أي مفاجآت، من خلال التمسك بحسن النية في الوفاء بالالتزامات، تضمن الوثوق في تطبيق القانون"³، كما عرفه مجلس الدولة الفرنسي على أنه: " مبدأ الأمن يقضي أن يكون المواطنون، ودون كبير عناء في مستوى ما مباح غير ممنوع من طرف القانون المطبق، للوصول إلى هذه النتيجة، بحيث يجب أن تكون القواعد المقررة واضحة و مفهومة، و إلا تخضع في الزمان إلى تغييرات متكررة أو غير متوقعة"⁴.

ويظهر في إطار البحث في مجال الأمن القانوني والأمن التعاقدي و العلاقة الترابطية بينهم، التي تكمن في علاقة الفرع بالأصل أو الأصل بالفرع، إذ يعتبر الأمن التعاقدي أحد مقومات الأمن القانوني، بحيث يكون الأمن التعاقدي ضمان و حماية المتعاقد من المخاطر التعاقدية التي قد يصادفها المتعاقد أثناء تعاقداتهم اليومية، من خلال ضمان تنفيذ المتعاقدين لوجباتهم التعاقدية بحسن نية، بكل احترام الأطراف للمراكز القانونية الناشئة عن العقد، لضمان بقاء العقد و المحافظة عليه من تأويل يهدد صحة تنفيذه، بحيث تقتضي فعالية العقد الإبقاء عليه من الفسخ الذي يؤدي

¹ محمد الصديق محمد عبد الله، موضوعية الإرادة التعاقدية، دراسة تحليلية مقارنة، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر و البرمجيات، مصر، الإمارات، 2012، ص 285.

² غميحة عبد المجيد، مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي، المؤتمر الثالث عشر للمجموعة الإفريقية للإتحاد العالمي للقضاة، الدار البيضاء، المغرب، 28 مارس 2008، ص 03.

³ عميحة عبد المجيد، المرجع نفسه، ص 06.

⁴ أنظر التقرير العام لمجلس الدولة الفرنسي لسنة 2006، حيث جاء فيه :

Le contenu du principe: "Le Principe de sécurité juridique implique que les citoyens soient, sans que cela appelle de leur part des efforts insurmontables, en mesure de déterminer ce qui est permis et ce qui est défendu par le droit applicable. Pour parvenir à ce résultat, les normes édictées doivent être claires et intelligibles, et ne pas être soumises, dans le temps, à des variations trop fréquentes, ni surtout imprévisibles".

إلى الضرر بالمصالح المشروعة، وهذا يثير مبدأ استقرار العقد من استقرار الأمن القانوني، وبالتالي توفير الأمن التعاقدي يثار من مرحلة تكوين العقد إلى غاية تنفيذه¹.

كما إن من بين أهم مرتكزات قداسة مبدأ القوة الملزمة، الذي يترتب عليه ما يلي :

- ما تم بالإرادة لا يمكن أن ينتفي إلا بالإرادة.
- حجية العقد تجاه القاضي، ولذلك يكون القاضي خادماً للعقد، مما يستوجب البحث عن مقصود أطراف العقد.
- العقد له حجية كذلك تجاه المشرع، بحيث لا تؤثر التعديلات التشريعية على العقود النافذة و الجارية، ففي المادة التعاقدية، لأن الأصل هو عدم النفاذ الفوري في الزمان للقانون الجديد، بحيث يبقى القانون القديم الذي عقد في ظله سارياً بشأنه، مما يبدو أن الأمن التعاقدي يتعلق بضمان تحقيق القوة الملزمة للعقد.

ولذا يفهم أن ضمان الأمن القانوني هو ضمان استقرار الأمن التعاقدي، وأي مساس في هذا الأخير هو مساس به، إذ يكون المساس بالعقد وقوته الإلزامية، من خلال تعديل العقد وفق ضروريات النظام العام التنافسي و الضبطي الذي يتطلب السرعة و الائتمان مساس بالأمن القانوني، وبهذا فإن العلاقة بين الأمن القانوني بالأمن التعاقدي، هي علاقة توافقية بين الفرع و الأصل، بحيث لضمان الأول يجب ضمان الثاني من خلال استقرار العلاقة التعاقدية يضمن الأمن القانوني، بحيث يضمن عدم رجعية القانون و إلحاق الضرر، مع عدم المساس بالمراكز القانونية المكتسبة أثناء التصرفات، مما يحق العدالة التعاقدية و التوازن العقدي.

¹ عميقة عبد المجيد، ابعاد الأمن التعاقدي و إرتباطاته، اللقاء الدولي حول الأمن التعاقدي و تحديات التنمية، الهيئة الوطنية للموثقين، الصخليات، المغرب، يومي 18 و 19 أفريل 2014، ص ص02-03.

02-التجدد مساس بمبادئ العقد:

تضمن المبادئ الكلاسيكية للعقد أمنه القانوني، بحكم أن إرادة المتعاقدين هي أساس تكوينه و تنفيذه الناتجة عن مبدأ سلطان الإرادة في التصور الفردي للعقد هذا من جهة، ومن جهة أخرى ترتبط بهذا المبدأ عدة تصورات وفرضيات منها المساواة والحرية، فالأولي معناه أن المساواة محققة بين المتعاقدين و لا داعي لفرضها، والثانية أن المتعاقد حر في تعاقد من عدمه، وهذا ما كرسه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 59 ق.م، من خلال مبدأ الرضائية في العقود و استمرارية الرابطة التعاقدية ما يتوافق مع مقتضيات الامن القانوني¹.

ولعل أهم ما يجسد فكرة الأمن التعاقدي، هو مبدأ القوة الملزمة الذي يضمن سريان العقد اتجاه الطرفين كأصل و اتجاه القاضي كاستثناء، فالأصل أن طرفي العقد ملزمون بتنفيذ العقد دون تماطل لضمان استمراريتهما، من خلال خلق الثقة و الطمأنينة بين المتعاقدين²، اما الاستثناء هو سريان العقد باتجاه القاضي الذي لقي اختلافا كبيرا بين الفقهاء، بحيث رفضه بعض فقه واعتره مساس بتوقعات المتعاقدين وبالتالي مساس بالأمن التعاقدي، و منهم من أيد دخول القاضي و المشرع لكن بصورة محتشمة، بحيث لا يتجاوز دوره تفسير العقد مع احترام مضمون العقد، الذي كرسه المشرع الجزائري وفقا لنص المادة 111 من ق.م، لضمان الأمن القانوني هو ضمان المحافظة على توقعات المتعاقدين دون مراجعة العقد³.

02-التجدد أزمة تهديد وانهار لمبادئ النظرية العامة للعقد:

يساهم قانون الضبط الإقتصادي كغيره من القوانين الإقتصادية المتعلقة بالمنافسة و الإستهلاك في تنظيم السوق المفتوح على المنافسة، من خلال ضبط العلاقة التعاقدية في المجال

¹ بعجي أحمد، الأمن التعاقدي: مفهوم كلاسيكي بمقاربة قانونية جديدة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و السياسية، المجلد 59، السنة 2022، ص 78.

² بوشاشي يوسف، "نظرية الظروف الطارئة بين إستقرار المعاملات و إحترام التوقعات"، حوليات جامعة الجزائر-1، العدد 31 الجزء الأول، جوان 2017، ص 113.

³ Laborderie.A.-S.L, la S.L, La pérennité contractuelle, France, LGDJ, 2005, p161.

الذي تنشط فيه كل هيئة إدارية مستقلة "سلطة ضبط اقتصادية"، من خلال الصلاحيات و الاختصاصات المخولة لها لمراقبة مراحل العقد من التكوين إلى التنفيذ وهو ما اعتبره بعض الفقه تدخل في العلاقة التعاقدية من طرف هذه الهيئات الإدارية المستقلة وفق فكرة التجدد قد ينجر عنه أزمة لمبادئ نظرية العقد "أ"، نتيجة أن نظام هذه السلطات غير مكتمل "ب".

أ- أزمة مبادئ نظرية العقد " هشاشة القوة الملزمة":

اعتبر أنصار المذهب الفردي التدخل في العقد من غير أطرفه، اعتداء على قداسة مبادئ النظرية العامة للعقد بحيث يشترط أن يقوم العقد على إرادة أطرفه و لا ينصرف أثره لغيرهما، ما يضمن فكرة العدالة و الأمن القانوني، وبهذا يكون تدخل الهيئات الإدارية المستقلة لمراقبة العملية التعاقدية، عن طريق فكرة اليقين القانوني التي يعتمد عليها الأفراد لضمان تنفيذ الالتزامات التي يفرضها القانون¹، انزلاق نحو اللامن القانوني فنجد منه ما تطرقت إليه في مراقبة تحويل محفظة العقود في إطار لجنة الإشراف على التأمينات، و مراقبة التجميعات الإقتصادية (التجميع المبني على أساس العقود)، كذا الرقابة على الممارسات المقيدة للمنافسة.

أ-01/ مراقبة محفظة العقود بالنسبة للجنة الإشراف على التأمينات:

تنص المادة 229 من الأمر المتعلق بالتأمينات المعدل و المتمم، على أنه يمكن لشركة التأمين أو إعادة التأمين أو أحد فروع شركات التأمين الأجنبية، بأن تقوم هذه الأخيرة بتحويل عقودها لشركة أخرى أو عدة شركات أخرى معتمدة، بعد أن يعرض الأمر على لجنة الإشراف على التأمينات و توافق هذه الأخيرة على ذلك، ويكون بذلك ضرورة إطلاع المدينين بطلب التحويل عن طريق إشعار في نشرة الإعلانات القانونية و في يوميتين وطنيتين أحدهما باللغة العربية، كما تمنح لهم مهلة شهرين لإبداء ملاحظاتهم و توافق اللجنة في نفس الأجل (شهرين)، إذا رأت أنه مطابق لصالح المؤمن لهم و تقوم بنشر إشعار التحويل في نشرة الإعلانات القانونية و في يوميتين

¹ محمد الصديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص 269.

وطنيتين احدهما باللغة العربية، في حين لم يشر المشروع إلى حالة رفض اللجنة للتحويل؟ كما أن هذا الإجراء من شأنه ان يمس بمبدأ استقرار المعاملات التعاقدية، فقد يتعاقد أحد المؤمن لهم مع إحدى شركات التأمين لاعتبارات شخصية، في حين أن هذه الشركات تقرر تحويل هذه العقود إلى شركة اخرى دون الأخذ بعين الاعتبار موقف المتعاقدين معها ويكفي في هذا الشأن إطلاع المعنيين¹.

أ-02- فيما يخص مراقبة التجميعات بين سلطات الضبط القطاعية و مجلس المنافسة

يعرض مشروع إجراء التجميع الذي تقرر أكثر من شركة تأمين و شركة إعادة التأمين على لجنة الإشراف على التأمينات، والتي لها أن توافق على ذلك إن لم يتعارض مع قانون المنافسة، في حين أنه وحسب رأي العديد من القانونيين فإنه كان على المشروع أن يعطي للجنة حق إبداء الرأي فقط، وليس الموافقة على التجميع باعتبار أن مجلس المنافسة هو المختص بإعطاء الموافقة على إجراء التجميع، لأنه الأقدر أيضا بالقول بإعطاء هذا الاختصاص للجنة الإشراف على التأمينات قد يحصل تعارض بين الهيئتين، و الأصح هو أن مجلس المنافسة هو المختص مع أخذه بعين الاعتبار رأي الهيئة المختصة في المجال طبقا للمادة 39 من قانون المنافسة².

أ-03/ مجلس المنافسة و محاربة الممارسات المقيدة للمنافسة

تجلي من خلال ما يتعرض له مبدأ القوة الملزمة للعقد و محاربة الممارسات المقيدة للمنافسة، التي تعتبر كظهور لتجديد مضمون العقد، من خلال ما يضيفه مجلس المنافسة نظرا لسلطته واسعة في إطار ممارسته للسلطة القمعية و محاربة الممارسات المقيدة للمنافسة، عبر تسليط عقوبات و جزاءات على كل متعامل اقتصادي يقوم بإبرام عقود و اتفاقات تتضمن إحدى هذه الممارسات و من شأنها أن تحد من حرية المنافسة، رغم أن هذه العقود قد تكون بمفهوم القانون المدني عقودا

¹ خليل عائشة، دور السلطات الإدارية المستقلة في تجديد الشريعة العامة للعقود، مذكرة لنيل الماجستير في العلوم القانونية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة 08 ماي 1945 قالمة، سنة 2016/2015، ص 187.

² خليل عائشة، المرجع نفسه، ص 188.

صحيحة ولا يمكن للقاضي العادي إبطالها لأحدى أسباب البطلان المقررة قانونا وفقا للقواعد العامة للعقود، غير أنه يمكنه بالاستناد إلى قرار مجلس المنافسة أن تبطل مثل هذه العقود على أساس فكرة المساس بالنظام الإقتصادي وعدم توافقها مع مقتضياته، وهو الأمر الذي من شأنه أن يؤثر على استقرار المعاملات وعدم الثقة في العقود.

من هنا يمكن القول أنه إذا كان قانون المنافسة قد رتب عقوبات جزائية على كل من أبرم عقدا يكون الغرض منه أو من شأنه ان يؤدي إلى المساس بمبدأ حرية المنافسة، فإنه أصبح عليها طابع النظام العام، مما يجعل بطلان التصرف (العقد) وهو الأثر الأكثر تماشيا مع مقتضيات القانون، على اعتبار انه ليس من الضروري النص صراحة على البطلان، إذ يمكن للقاضي النطق به متى تم التحقق من خرق قاعدة من النظام العام.

يقع التمييز بصدد نظام البطلان بين ذلك الذي يقر بمقتضاه المشروع المبادئ الأساسية العامة، التي يهدف من خلالها لتوجيه الاقتصاد لما يحقق مصالح الجماعة، كحرية التجارة، بما اصطلح عليه بالنظام العام الإقتصادي التوجيهي، والذي عده البعض نظاما عاما ضابطا، وبين تطبيقاته القوانين المتعلقة بالمنافسة، ويعرف في النظرية العامة للبطلان بالبطلان المطلق، ويقصد بالنظام العام الإقتصادي التوجيهي مجموع القواعد التي تعتمد عليها الدولة لتأطير النشاط التعاقدية بما يتلاءم والمصالح العامة، ويقابلها النظام العام الحمائي الذي يعرف في النظرية التقليدية للعقد بالبطلان النسبي، حيث تكون الغاية من إقراره حماية المصلحة الخاصة لأحد المتعاقدين لوجوده في مركز تعاقدية أضعف في مقابل المتعاقد الآخر مثلها هو الحال بالنسبة لقوانين حماية المستهلك، والذي يقتضي عدم ترتيب البطلان عن خرقه إلا في الوضع الذي يطالب فيه المتعاقد الذي قررت الحماية في مصلحته التمسك بمقتضيات القانون¹

¹ ساسان رشيد، عقد التوزيع بترخيص إستعمال العلامة التجارية (عقد الفرنتشايز)، محاولة تأصلية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2013، ص 155-156.

ومن هنا فإن من شأن أعمال هذه القواعد التأثير على الأمن القانوني، على اعتبار أن العقد ووفقا للقواعد العامة للعقود هو عقد كامل الأركان وصحيح ولا يتضمن أي عيب من عيوب الرضا، في حين انه و من منظور قانون المنافسة فإنه من العقود التي تخل بمبدأ المنافسة الحرة و من شأنه أن يؤدي إلى تقييد المنافسة، داخل السوق مهما كان الغرض منها منع متنافسين جدد من الدخول إلى السوق أو التعسف في وضعية الهيمنة الإقتصادية أو التعسف في استغلال وضعية التبعية الإقتصادية، و بالتالي فإنه يمس بالنظام العام الإقتصادي التوجيهي أي أن الدولة تعتمد مثل هذه العقود من أجل تطير النظام الإقتصادي بما يتلاءم و المصلحة العامة، و المساس بالمنافسة هنا فيه مساس بالمصلحة العامة و بالاقتصاد الوطني ككل، و بالتالي فإن الأولى أن يكون البطلان هنا بطلانا مطلقا، غير أن السير في هذا الاتجاه بصورة مطلقة و بهذا المنطق من شأنه أيضا التأثير على استقرار الحياة الإقتصادية و عدم استقرار المعاملات التعاقدية التي تعد وسيلة تطوير النظام الإقتصادي ككل، فتطرح مسألة الأمن القانوني و التنبؤ و اليقين القانوني بجدة.

نجد هنا دور السلطات الإدارية المستقلة في هذه الأزمة، إذ باتت البنود التعاقدية التي هي صحيحة في القانون المدني غير صحيحة في قانون الضبط، تسلط عليها العقوبات الجزائية ضد الطرف القوي في العلاقة التعاقدية حماية للطرف الضعيف من جهة، و حماية للسوق و النظام الإقتصادي ككل من جهة أخرى تحت غطاء النظام العام الحمائي و التوجيهي، أدى إلى تقييد الحرية التعاقدية للمتعاقدين، عبر تحديد إراداتهم ببعض الشروط المخالفة للنظام العام تحت هدف تحقيق المصلحة العامة هذا من جهة، و من جهة اخرى عجز القواعد العامة في احتضان العقود الجديدة و مسايرة الأوضاع الإقتصادية الجديدة المفتوحة على المنافسة، ولهذا كان لبد من البحث عن وسيلة لحماية العلاقات التعاقدية عبر نظام عام جديد يستطيع ضبط السوق، لكن يجب أن تنسجم مع حماية المصالح و المنافسة و التوازنات، وهذا ما برر دخول السلطات الإدارية المستقلة في العلاقة التعاقدية و فكرة اعتماد الدولة على فكرة العقد لضبط السوق.

ب- التجدد مبني على نظام قانوني غير مكتمل المعالم للهيئات الإدارية المستقلة:

من خلال هذه الدراسة، يتبين أن التجدد الذي لا حق مبادئ النظرية العامة للعقد الناجم فلسفة الضبط، بحيث يمكن للسلطات الإدارية المستقلة التدخل ضمن العلاقة العقدية، وتوجيهها لضمان مقتضيات السوق المفتوح على المنافسة، كان ناتج عن التأثير والتأثر بين مختلف الفروع القانونية من جهة، والواقع الاقتصادي و السياسة الاقتصادية للدولة، الذي فرض فيه إعادة النظر في المنظومة القانونية ككل، بعدما تم إنشاء نظام قانوني لهذه السلطات الإدارية المستقلة المتخصصة التي يسعى من خلالها إلى ضبط النشاط الاقتصادي المفتوح على المنافسة، باسم النظام العام التنافسي والضبطي¹.

لكن هذه السلطات الإدارية المستقلة انتقدت من جانب الفقهاء، لأنه لا يعول عليها في ضبط النشاط الاقتصادي نظرا للإشكالات القانونية التي تطرحها، من حيث دستورية هذه السلطات و استقلاليتها التي تثير التساؤل حول مدى مشروعية هذا التجدد الذي لحق بمبادئ النظرية العامة للعقد²، رغم أنها قدمت عدة إجابات على هذا التساؤل من فقهاء القانون الجزائريون، من بينهم الأستاذ "رشيد زويمية"³، في دراستها على أن هذه السلطات الإدارية قد أعترف لها بالدستورية من خلال إدخالها في النظام الإداري للمطابقة للسلطات الممنوحة لها لأحكام الدستور "التنظيمية و الاستشارية - التحقيقية - العقابية"، و منحها نوع من الاستقلالية عن السلطات الثلاث في الجزائر لضمان الحياد عند ممارسة نشاطاتها و تدخلاتها.

من خلال هذا يمكن القول أن لسلطات الإدارية المستقلة، دور في تجدد مبادئ النظرية العامة للعقد من خلال التأثير و التأثير سواء المباشر أو الغير المباشر، و بالنسبة للمخاطر و التهديد نحو الأمن القانوني، أما بالنسبة للنظام غير مكتمل المعالم فقد تم التجاوز عنها قانونيا من خلال

¹ خليل عائشة، المرجع السابق، ص 194.

² خليل عائشة، المرجع نفسه، ص ص 195-205.

³ للمزيد أكثر، أنظر رشيد زويمية و بوجملين وليد، المرجعين السابقين.

دسترة السلطات الإدارية لضمان شرعية هذا التجدد، أما مخاطر التي تهدده الاستقرار التعاقدية بتدخل في القوة الملزمة فقد تم تجاوزها عن طريق مرونية هذه الأخيرة لأداء الوظائف الجديدة، وهذا ما يعتبر تجدد إيجابي ساهم في حماية الطرف الضعيف، و تحقيق التوازن العقدي الذي يضمن المنفعة و العدالة، التي تحقيق الامن و الاستقرار التعاقدية وبالتالي يكون التجدد في الحقيقة دافع لتطور الامن القانوني.

ثانيا: تجدد مبادئ دافع لتطور مفهوم الأمن القانوني:

من خلال ما سبق التطرق إليه حول قداسة مبادئ نظرية العقد القائمة على المساواة المجردة، التي تحقق الاستقرار التعاقدية وتضمن الأمن التعاقدية، لم يوجد في الواقع الذي كان عكس ذلك قد يكون سبب في الانزلاق نحو اللامن التعاقدية، نظرا لجمودها وعدم حرايتها التي لا تتوافق مع حركية التطورات الإقتصادية و التعاملات العقدية في ظل السوق المفتوحة على المنافسة، أين تجلي التباين الظاهر في المراكز العقدية أدت إلى غياب المساواة و التوازن العقدي، استدعي على إثر ذلك ضرورة تجدد مبادئ نظرية العقد عبر قبول التدخل في العقد لكل من المشرع و القاضي لإعادة التوازن العقدي عبر فكرة المرونية، أصفر عنه تصور جديد لمفهوم الأمن التعاقدية (01)، تبعه تجدد في آليات حتى يضمن تحقيق الأمن التعاقدية (02).

01-الأمن التعاقدية بتصور جديد

يرتبط مفهوم الأمن القانوني بضمان الأمن التعاقدية، نظرا لتأثر هذا الأخير بتدخل القاضي و السلطات الإدارية المستقلة في العقد، بحيث يعتبر بعض الفقه أن هذا التدخل تهديد كبير على الأمن التعاقدية أكثر مما مضي، في حين رأى أغلب الفقه أنه في تطور تحت نظرة تجديدية، من خلال التعويل على التصور التضامني للعقد بذل التصور الفردي "أ"، مع الاعتماد على النزعة الموضوعية للعقد "ب"، في حين يفضل تصحيح توقعات المتعاقد الضعيف أولى من عدم المساس بالعقد "ج".

أ- التضامن التعاقدي بدل مبدأ سلطان الإرادة: تحرر لمبادئ نظرية العقد

إن الإفراط في التعسف في استغلال الطرف القوي لطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، الذي تتجلى استغلال المتعاقد الضعيف وظهور أنانية المتعاقد القوي الذي يبحث عن تحقيق المصالح الخاصة، بناء على قداسة مبدأ سلطان الإرادة، مما ولد لدى الفقه الحديث الرغبة في تشجيع الأفكار التضامنية من أجل حماية الطرف الضعيف¹، التي دفعت بتجدد مبادئ العقد و تطور قانون العقود، التي على أساسها اقترح الفقيه **Ghestin** هذه الفكرة التجديدية بما يحقق المنفعة و العدالة العقدية²، من خلال أنها تبحث عن تحقيق المساواة بين المراكز القانونية للمتعاقدين و التوازن في الاداءات بينهم.

كما ذهب بعض الفقه في ذات السياق بأن التصور التضامني يختلف عن التصور الليبرالي، كون أن العلاقات التعاقدية هي علاقات تضامن، تتطلب فرض الالتزام بالإعلام، حسن النية..... إنح من الأخلاق و القيم التضامنية، التي واصل الفقه الترحيب بها مما يدفع بتشكيل ثقافة تعاقدية جديدة تدفع بتطور نظرية العقد، لكن مع نوع من الاعتدال في تكريس هذه القيم التضامنية بحيث لا تخرج عن المقاصد و الأهداف المرجوة³، التي من شأنها أن تدفع بتجدد صورة العقد عبر بعث الأفكار التي تعبر تبرير لخرق القوة الملزمة للعقد.

ب- الاعتماد على النزعة الموضوعية للعقد بدل المجردة:

يقصد بالاعتماد على النزعة الموضوعية للعقد هي إمكانية مراجعة و تعديل العقد إذا كان فيه اختلال للتوازن، بدون أن يكون خوف على توقعات المتعاقدين لأنه يهدف إلى تصحيحها

¹ **Laborderie.A.-S.L.**, op.cit., p.180

² « Il reste en conséquence un accord de volontés destiné à produire des effets de droit dont la force obligatoire dépend de sa conformité au droit objectif. À ce titre il doit être conforme à ses finalités objectives, l'utile et le juste. De la finalité d'utilité sociale se déduisent les principes subordonnés de sécurité juridique et de coopération. ... » **Ghestin Jacques**, op.cit, p100.

³ **D. Mazeaud**, les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel, la nouvelle crise du contrat, op.cit., p.137. L. Grynbaum, la notion de solidarisme contractuel, Le solidarisme contractuel, Sous la direction, L. GRYNBAUM. Et M. NICOD, Paris, Economica, 2004, p .25.

وفق ما يضمن إعادة هذا الاختلال، لكن يجب أن تأخذ بعين الاعتبار الضرورة الاقتصادية و الاجتماعية، التي تحد من الإرادية في العقد لكنها تبقى على استقراره و بالتالي أمنه القانوني، و التشريعات الخاصة اليوم سواء المتعلقة بالضبط أو المنافسة أو الإستهلاك تبحث عن تحقيق التوازن العقدي سواء في مرحلة تكوين العقد أو تنفيذه، لتفادي فرضية عدم تنفيذ العقد أو فسخه أو زواله، من بحث فرضيات أكثر ملاءمة للمتعاقدين تضمن تنفيذ العقد و تحقيق الفعالية التعاقدية، كما جاء في المادة 13 من القانون 03/09 التي أعطت بدائل عديدة للمستهلك¹، كإصلاح أو استبدال المنتج عوض فسخ العقد و تفادي عدم التنفيذ، ما يذل على أن المشرع يهدف إلى تنظيم العلاقات التعاقدية و المحافظة عليها من خلال تصحيح توقعات المتعاقدين في ظل الظروف الاقتصادية و الاجتماعية، مع مراعاة المصالح الخاصة و العامة².

ج- تصحيح توقعات المتعاقد الضعيف: أولي من قداسة مبادئ العقد

أصبح جل الفقه الحديث يتجه نحو عدم المغلاة في تكريس قداسة المبادئ العامة للعقد، خاصة بعد التحولات الاقتصادية و الاجتماعية التي أدت إل تغير وتعقد العلاقات التعاقدية، التي تجلّى معه الإختلال في التوازن العقدي نظرا لاختلال المراكز التعاقدية بين المتعاقدين، مما جعل التشريع الخاص يجد الدريعة للتدخل قصد تنظيم السوق، من خلال نحو تقرير الحماية للمتعاقد الضعيف بعدما أصبح المقررة ضمن القواعد العامة غير كافية³، وقد ظهر هذا المسعى جيدا ضمن القواعد العامة بنص المادة 110 من ق.م التي تهتم بحماية رضا المتعاقد، ثم تبعه تقرير الحماية للمستهلك و المختلفة عن الأولي المقررة بالقانون رقم 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية⁴، مع

¹ يستفيد كل مقتن لأي منتج سواء كان جهازا أو أداة أو آلة أو عتاد أو مركبة أو أي مادة تجهيزية من الضمان. ويمتد هذا الضمان إلى الخدمات. ويجب على كل متدخل خلال فترة الضمان المحددة، في حالة ظهور عيب المنتج استبداله أو إرجاع ثمنه، أو تصليح المنتج، أو تعديل الخدمة على نفقته (...). راجع أيضا: المرسوم التنفيذي رقم 13-327، المؤرخ في 26 سبتمبر 2013، شروط و كفاءات وضع ضمان السلع و الخدمات حيز التنفيذ، ج.ر العدد 49

² بن عباس بديع، النظرية العامة للعقد في القانون المدني المعاصر، ط. 1، مجمع الطرش للكتاب المختص، تونس، 2017، ص392.

³ PH. Malaurie, L. Aynes et PH. Stoffel-Munck, Droit des obligations, LGDJ7^e édition, 2015 p216.

⁴ لقد أضاف المشرع الجزائري، تنظيم آخر لمسألة الشروط التعسفية في العقد، بموجب القانون رقم 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية، و قد عدد مجموعة من البنود التعسفية في المادة 29 منه (تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين

تفضيل فكرة بطلان الشرط التعسفي في العقد عوض بطلان العقد، أو بطلان الشرط التعاقدية أو الالتزام دون بطلان العقد¹، كما أظهرت المادة 13 من الأمر 03/03 المعدل و المتمم المتعلق بالمنافسة².

من جهة أخرى فإن توقعات المتعاقد الضعيف لا تتحقق، ولا يتحقق معها الأمن التعاقدية إذا لم يتدخل المشروع لحمايته المتعقد الضعيف، عبر تكريس قواعد حمايته تبعث الاطمئنان لديه، من خلال تقديم المعلومات التي تنور المتعاقدين بما هو مقبل عليه في العلاقة التعاقدية، مما يمنع من وقوعه في الاستغلال من جانب متعاقد آخر، يستخدم قوته و نفوذه الإقتصادي، لكي يفرض عليه شروط التعاقد الآخر، فأين توقعات المتعاقد الضعيف من العقد؟ وكيف يتحقق الأمن التعاقدية إذا لم تفرض رقابة موضوعية في العقد تصحح الأوضاع المختلفة، وفي هذا احترام لتوقعات المتعاقد، ومن اجل ذلك، يمكن القول أن التوازن العقدي يعتبر وسيلة لتعزيز أو ضمان التوقعات المستقبلية للمتعاقدين، لكونهما يتوقعان من بعضهما البعض تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزامه، ويضع أيضا توقعاته

المستهلك و البائع السيميا البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير :-أخذ حقوق و/ أو امتيازات ال تقابلها حقوق و/ أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك، - فرض التزامات فورية و نهائية على المستهلك في العقود في حين انه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد، -امتالك حق تعديل العناصر الأساسية أو ممي ازت المنتج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك... (و جاء أيضا المرسوم التنفيذي رقم 06/ 306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الألعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية، المؤرخ في 10 سبتمبر 2006 ،ج.ر العدد 56 ،و أضاف مجموعة من البنود التعسفية ، كما نصت عليها المادة 5 منه (تعتبر تعسفية البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي: " -تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادة 2 و 3 أعلاه - الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة بدون تعويض المستهلك. - عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد إل بمقابل دفع التعويض... (هذا و قد أشار القانون رقم 04/ 02 إلى تعريف الشرط التعسفي و معياره، و قائمة الشروط التعسفية، لكنه أغفل تنظيم مهم و هو الجزاء المدني المصاحب لوجود الشرط التعسفي ، العكس من ذلك فان المشرع الفرنسي بموجب قانون المستهلك ، أشار و أكد على الج اء المدني، و هو بطلان الشرط دون بطلان العقد، أي بقاء العقد قائم دون الشرط التعسفي، كما جاء في المادة 1-132 L. الفقرة 6 على) الشروط التعسفية تعتبر غير مكتوبة (écrites nom réputées sont abusives clauses) (les قانون المستهلك الفرنسي، سنة و قد عد 2016 ،من خلال الأمر رقم 2016-301، المؤرخ في 14 مارس 2016 ،و أشار في المادة 1-241L. إلى الج اء المتعلق بالشروط التعسفية ، من خلال اعتبارها كأن ها غير مكتوبة، كما أن القانون المدني الفرنسي المعدل في سنة 2016 ،لم يتوانى في التأكيد على الج اء الذي نص عليه قانون المستهلك الفرنسي، حين اعتمد نفس الحل في الجزاء ، حالة وجود شروط تعسفية، و التي اعتبرتها المادة 1171 ق.م.ف، شروطا غير مكتوبة و باطله، و هذا بناسي شوقي، المرجع السابق، ص370 و ما يليها، بعجي أحمد، الأمن التعاقدية، المرجع السابق ، ص 210 و ما يليها.

1 ابتكر الجتهاد القضائي الفرنسي آلية جديدة لكي يحق بها التوازن العقدي بين الداءات، و المتمثلة في فكرة السبب الجزئي كآلية لتحقيق التوازن، للتفصيل أكثر أنظر:

Jacques moury, une embarrassante notion : l'économie du contrat, chroniques, Dalloz ,22 Juin 2000,n°24, p 385.
2 تطبق المادة 13 (دون الخالل بأحكام المادتين 8 و 9 من هذا الأمر، يبطل كل التزام أو اتفاقية أو شرط تعاقدية يتعلق بإحدى الممارسات المحظورة بموجب المواد 6 و 7 و 10 و 11 و 12 أعلاه).

المستقبلية من العقد الذي أبرمه، لكون القواعد القانونية تنظم أحوالا وظروفا تقع في المستقبل، وتنصرف آثارها للمستقبل¹.

02- تجدد آليات ضمان الأمن التعاقدي:

من أجل مواكبة التصور الجديد للأمن التعاقدي، كان لبد من تفعيل وتجديد الآليات التي تضمن هذا المفهوم، تجسدت في توسع سلطة القاضي في العقد عكس ما كانت عليه "أ"، مع الاعتراف بدور الإدارة (سلطات الضبط الإقتصادية) كفاعل جديد ضمن العلاقة التعاقدية "ب"، حتى يضمن التوافق بين مفهوم الأمن التعاقدي و التوازن العقدي "ج".

أ- سلطة القاضي من الرفض إلى القبول و من الضيق إلى الواسع:

لم تكن سلطة القاضي محل ترحيب من جانب الفقه في ظل المذهب الفردي "الكلاسيكي"، الذي تتجلى في النزعة الفردية لتدخل القاضي و النتيجة المترتبة عن تدخل، لكن الإختلال التعاقدي الناتج عن قصور المبادئ الكلاسيكية في مواجهة الأوضاع الإقتصادية الحديثة، دفع بضرورة تجدد مبادئ العقد مما يضمن توسيع سلطة القاضي في العقد، من أجل حماية الطرف الضعيف وإعادة التوازن التعاقدي لضمان الأمن التعاقدي، عبر فكرة مرونية مبدأ القوة الملزمة التي تسمح بتوسع في سلطة القاضي ضمن العلاقة التعاقدية:

أ-01/ دور القاضي في إعادة التوازن التعاقدي:

لم يكن تدخل القاضي في العقد محل ترحيب من قبل أنصار المذهب الفردي، بل اكتفي على دوره في تفسير العقود دون النظر في مضمون العقد، لكن مع فكرة المرونية و تجدد مبادئ العقد بعد تبني أفكار النزعة التضامنية و الاجتماعية، أقر له بسلطة واسعة في العقد، تغير معها مفهوم الأمن التعاقدي الذي يسمح لتدخل القاضي في العقد لتصحيح توقعات المتعاقدين من

¹ بعجي أحمد، الأمن التعاقدي، المرجع السابق، ص 86.

خلال تغليب الموضوعي على التصور الفردي¹، لأن التطور الحالي لقانون العقود يقوم على فرض التوازن العقدي حتي ولو كان ذلك على أساس المساس بالقوة الملزمة، عبر فكرة التوقعات و الاستقرار القانوني²، من أجل ذلك كان لبدا من تجدد مبادئ العقد عبر فكرة المرونية التي تسمح بتوسع سلطة ودور القاضي في العقد، على أساس الأفكار التضامنية المتمثلة في "الإنصاف - النزاهة - التناسب... إلخ"، التي تساهم في تنفيذ العقد لضمان الفعالية اللازمة و بذلك تحقيق السياسة الإقتصادية للدولة.

تجسدت هذه الأفكار حقيقة من خلال تعديل ق.م.ف سنة 2016، الذي واسع من سلطات القاضي من خلال فرض تدخله حتى في مضمون العقد، الذي يعتبر توسع كبير في دور القاضي كرسته المادة 1195 ق.م.ف المتعلقة بالظروف الطارئة³، و التي تسمح للقاضي بمراجعة العقد لكن في مجال ضيق، و المادتين 1170⁴ و 1171⁵ ق.م.ف اللتان تنصان على طريقتين جديدتين للبطلان في عقود الإذعان، بينما رأى البعض الأخر⁶ أن هذا الإصلاح قد حمل هوامش جديدة للقاضي في العقد، تظهر بطبيعة الحال سلطات أكثر توسعا مما كانت عليه في السابق.

¹ H. Revet, Les critères du contrat d'adhésion, Article 1110 nouveau du code civil, Dalloz ,15septembre 2016, n°30, p.93.

² D. Mazeaud, les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel, la nouvelle crise du contrat, op.cit., p.136.

³ Article 1195 aliéna1 « Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation... »

⁴ Article 1170 « Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite. »

⁵ Article 1171 « Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation »

⁶ H. Barbier, Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10février 2016, RTDciv, n° 2, avril- juin, p. 256.

أ-02- مرونية القوة الملزمة:

لتجسيد الأفكار السابقة المتمثلة في توسع سلطة القاضي في العقد عبر تجدد مفهوم الأمن التعاقدي، كان لبد من تجدد مبدأ القوة الملزمة عبر فكرة المرونية التي تسمح بالتدخل المستمر لكل من المشرع و القاضي لتوجيه العقد نحو التوازن¹، وهو دور مقبول يعيد الاعتدال لتعهدات العقدية و حماية المتعاقد الضعيف، عبر فرض النزاهة التعاقدية ليكون أكثر مرونة وعدلا و نفعاً من الناحية الاقتصادية²، من جهة أخرى رأى بعض الفقه³، أن تطور و تجدد القواعد العامة لنظرية العقد من خلال إعادة النظر في القوة الملزمة، التي تسمح بتوسع سلطة القاضي في العقد أظهر نتائج غير مستقرة، دفعت بمفهوم الأمن التعاقدي للتغيير من طبيعته و غايته من الجمود إلى الحركية و التجدد، و من حماية القواعد العامة إلى حماية الطرف الضعيف، ما يفسر تجدد المفهوم القانوني للأمن القانوني، الذي انعكس مباشرة على القوة الملزمة للعقد عبر توسع القاضي، فضلا عن الاعتراف بدور السلطات الإدارية المستقلة.

ب- دور السلطات الإدارية في ضمان الاستقرار التعاقدي:

السلطات الإدارية المستقلة مفهوم جديد يرتبط وجودها بفكرة الضبط الاقتصادي أو الدولة الضابطة، الذي من خلاله يمكن ضبط النشاط الاقتصادي دون المشاركة فيه، بما يعرف باليد الخفية للدولة في توجيه و ضبط النشاط الاقتصادي، عبر تقنية العقد التي تسمح بتوجيه و مراقبة التعاملات التعاقدية لضمان توازن السوق المفتوح على المنافسة، الذي يقوم على مقتضيات التوازن العقدي و فعالية الجزاء، و لهذا لم تغب فكرة الأمن التعاقدي عن وظائف السلطات الإدارية المستقلة، التي كثيرا ما استحدثت آليات جديدة و متنوعة تبحث كلها عن ضمان استمرارية العلاقة التعاقدية بعد إزالة العيوب (القانونية و الإدارية) عن موضوع التعاقد، بحيث صارت تمثل

¹ عسالي عرعارة، المرجع السابق، ص 221.

² P. Ancel, op.cit., p.166

³ C. Thibierge-Guelfucci, Libres propos sur la transformation du droit des contrats, RTD civ. 1997, p.371.

سلطات شبه قضائية تختص بتوقيع الجزاء المناسب¹، لتحقيق الهدف المنشود من التعاقد، وبذلك ضمان الفعالية اللازمة العقدية و الإقتصادية.

تقوم فكرة الضبط على ضمان توازن السوق المفتوح على المنافسة، وتعتمد على تقنية العقد لتوجيه وضبط التعاملات التعاقدية، من خلال مرافقة العملية التعاقدية من بداية تكوين العقد إلى غاية تنفيذه لتحقيق الفعالية المنشودة من جراء التعاقد، عبر الرقابة المستمرة بالإضافة إلى آليات جديدة تهدف للمحافظة على العقد بدل زواله، فمثلا عند وجود قوة قاهرة تعترض تنفيذه وتؤدي لا محالة إلى استحالة الالتزام²، قرر المشرع توقيف العقد بدل إنهائه لقوة قاهرة، وهذا بغية المحافظة على الأوضاع مستقرة داخل السوق³، و من جهة أخرى لتحقيق الاستقرار التعاقدية قرر المشرع الجزائي إنقاد العقد من الفسخ لعدم التنفيذ، من خلال السماح باستبدال المتعاقد عند سحب اعتماده⁴، أو من خلال تحويل محفظة عقود التأمين على شركة أخرى، في حالة سحب لجنة الإشراف على التأمينات الرخصة من الشركات التأمين أو إحدى فروعها، و تحويل محفظة عقود التأمين إلى شركة أخرى⁵.

¹ بعجي أحمد، المرجع السابق، ص 405.

² المادة 307 ق.م (ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيل عليه لسبب أجنبي عن إرادته).
³ قرار مؤرخ في 9 جمادى الولي عام 1437 الموافق 18 فبراير سنة 2016، يتضمن الموافقة علي منح الخدمة العامة للمواصلات السلوكية والاسلكية لشركة اتصالات الجزائر، ذات أسهم، الصادر عن وزارة البريد و تكنولوجيايات العالم و الاتصال، العدد 25. قد نصت المادة 10 منه (في حالة اضطرار أحد الأطراف إلى الإنقطاع عن القيام بالتزاماته على إثر حالة القوة القاهرة، يتم تعليق تنفيذ العقد، و خلال هذه المدة التي يستحيل أثناءها. بشكل واضح على الطرف المقصر ضمان تنفيذ دفتر الشروط، أو التي ال يمكن خاللها أن ينفذ الت التزامات إل في ظروف مكلفة جدا مقارنة بالظروف الأولية، يؤدي وقوع حالة القوة القاهرة إلى التعليق الفوري لدفتر الشروط و إعفاء الطرف المقصر من المسؤولية طيلة فترة التعليق هذه، ابتداء من إبلاغ الطرف المعني، و شريطة أن يتم ذلك عن طريق البريد المضمون إشعار بالسئالم مبلغ في أجل أقصاه عشرة (10) أيام....).

⁴ أنظر المادة 54 من قانون رقم 04/ 11 المؤرخ في 17 فيفري 2011، المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، ج.ر العدد 14. (يؤدي كل حسب الاعتماد من المرقى العقاري ألخذ الأسباب المحددة أدناه أو ألي سبب آخر إلى حلول صندوق الضمان، قانون محل المفتشين و يحق له حقتابعة عمليات إنجاز البيانات بموجب الت ازم مرقى عقاري آخر على حساب المرقى العقاري الأصلي وبدال عنه وذلك في حدود أموال المدفوعة).

⁵ راجع المادة 220 القانون رقم 04-06 المرجع السابق.

ج- توافق الأمن القانوني مع التوازن التعاقدي:

لم تلقى فكرة التوازن التعاقدي القائمة على مبادئ التضامن، الإجماع بين الفقهاء نظرا للبعض التعسفات و التحريف في استعمال القيم التضامنية، إلا أنها ساهمت في إعادة التوازن العقدي، وبالتالي ضمان الأمن التعاقدي الذي يعتبر أداة للتوقع و التحكم في المستقبل، عبر فكرة تدخل القاضي في العقد لإصلاح التوازن العقدي، التي نتج عنه انعدام الأمن التعاقدي الذي يمكن تفاديه من خلال فكرة إعادة التفاوض التي من شأنها تدعيم النزاهة التعاقدية من خلال إعادة بناء التوقعات، و الإحاطة بنتائج الظروف السيئة التي تحيط بالمتعاقد، خاصة الالتزام بحسن النية، الذي يعد تقنية لتصحيح العلاقات التعاقدية، وبالتالي فالأمن التعاقدي غايته تحقيق العدالة التعاقدية، و لا يستهدف المساس بالتوازن الكامل لكل العقود مع أنه يغير من الاشتراطات التعاقدية الأكثر فعالية، خاصة بعد ظهور عدم فعالية قداسة القوة الملزمة للعقد أدت إلى اختلال العقد و غياب العدالة، ومن هذا يتجلى أن الأمن التعاقدي مفهوم نسبي يتوافق مع التوازن العقدي القائم على المبادئ التضامنية¹.

من خلال كل ما بينه سبقا حول تطور مفهوم الأمن القانوني بتجدد مبادئ العقد، التي تدعو من الحفاظ على توقعات الأطراف إلى تصحيحها، ومن عدم المساس بالعقد إلى تعديله و مرجعته، مما دفع بالمشرع الجزائري و الفرنسي مواكبة هذا التطور بالالتفات إلى واقع العلاقات التعاقدية لا خلفيتها النظرية، عبر تبني فكرة الأمن التعاقدي بمفهومه الجديد، الذي يسمح للتشريعات الخاصة بالتدخل في العلاقة التعاقدية من أجل ضمان حماية فعالة للمتعاقد الضعيف، بتصحيح الأوضاع المختلفة عبر فكرة مرونية القوة الملزمة التي تسمح بتكريس القيم التضامنية عبر آليات حمايه مستحدثة.

¹ بعجي أحمد، الأمن التعاقدي: مفهوم كلاسيكي بمقاربة قانونية جديدة، المرجع السابق، ص 89-90.

المطلب الثاني

الآليات المستحدثة للرقابة على المساواة العقدية و مصلحة العقد

أدى ضمان تحقيق التوازن العقدي، إلى دفع كل من المشرع و القاضي لابتكار مفاهيم و آليات حديثة على أساس التضامن التعاقدية، نتلخص في جوهرها في شكل رقابة عدم المساواة العقدية من جهة، و رقابة مصلحة (الفائدة) من جهة أخرى، من خلال السيطرة على أحد أفراد العلاقة التعاقدية، لإعادة هذه المساواة و تحقيق العدالة العقدية، من خلال استحداث آليات تعاقدية للرقابة على المساواة من حيث الأطراف (الفرع الأول)، و آلية أخرى للرقابة على المساواة من حيث الواجبات أو المضمون (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الآليات المستحدثة للرقابة على المساواة العقدية من حيث الأطراف

جل القوانين الإقتصادية رغم اختلاف الأهداف المنشودة منها، إلا أنها تحمل في طياتها حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، سواء كان قانون الإستهلاك أو قانون المنافسة و حتى قانون الضبط الإقتصادي، بناء على الطرح الأخلاقي التضامني بين الأطراف التعاقدية لمنع السيطرة عليها سواء في مرحلة الإبرام أو التنفيذ، من خلال آليات استحدثها المشرع و القاضي لإحداث رقابة على عدم المساواة التعاقدية، من أجل حماية سلامة الرضا و تحقيق التوازن العقدي، تمثل في المفهوم الواسع للإكراه و الانتقال من الإكراه المعنوي إلى الإكراه الإقتصادي "أولاً"، و التوسع في الالتزام بالإعلام خدمة للتوازن العقدي "ثانياً"، مع ضرورة الأخذ بمهلة التفكير كآلية حديثة في يد المتعاقد الضعيف لتحسين رضاه "ثالثاً".

أولاً: تكريس الإكراه الإقتصادي: توسع في مفهوم الإكراه

يقصد بالإكراه في هذا الصدد، ليس الإكراه على التعاقد بمعنى الرهبة التي تتولد في النفس أو الألم الجسمي أو الاضطراب الذي قد يتعرض له أحد المتعاقدين، بل يتضمن كل إكراه

اقتصادي يدفع الفرد إلى التعاقد، بمعنى تجدد و تكريس هذا المفهوم ليكون متوافقا مع حقيقة الروابط التعاقدية الحالية، و يعود الفضل في ذلك للاجتهاد القضائي الفرنسي (01)، إذ يعتبر فرصة لتجديد قواعد العامة للعقد و حماية أكثر لفئة المحترفين (02).

01- فضل القضاء في تكريس مفهوم الإكراه الإقتصادي:

ليس بالشيء الجديد تدخل القضاء في بالعلاقات التعاقدية من أجل تحقيق المساواة بين المتعاقدين وإعادة التوازن العقدي، لكن الجديد هو آليات المستحدثة التي يستعملها في الرقابة على التفاوت و عدم المساواة بين الالتزامات المتقابلة بين الأطراف خاصة في ظل السوق المفتوح على المنافسة، المجسدة بصورة صريحة في إعلان تصور جديد لعب الإكراه، ما يعرف بالإكراه الإقتصادي الذي يعكس التفاوت بين المتعاقدين و التعسف من جانب الطرف الأكثر قوة في العقد¹.

نشير إلى الحكم الذي أصدرته الدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية في 30/05/2000، التي كرست بشكل مباشر التحرر من عيب الرضا، التي يقررها أن التعامل الذي بمقتضاه تم فرض اتفاق من قبل المؤمن على المؤمن عليه يمكن التصدي له في جميع الاحوال لا سيما إن كان هناك إكراه، وكلما كان إكراه اقتصاديا فليس هناك ما يحول من إبطال العقد للإكراه الإقتصادي²، يتضح من خلال هذا الحكم توسع القاضي في رقابة عدم المساواة التعاقدية، و تكريس آلية الإكراه الإقتصادي LA VIOLENCE ECONOMIQUE كألية لتحقيق التوازن العقدي، التي وسعت في فكرة الإكراه لدرجة أنها تسمح بإبطال العقد الغير متوازن ضمنيا، دون نص صريح من القانون أو العقد ذاته³.

¹ B. Montels, la violence économique, illustration du conflit entre droit commun des contrats et droit de la concurrence, RTDcom, n°3 ; 2002, n° 86

² Cass.civ.Ire, 30 mai 2000, n°98-15.242.

³ رغم أن الهدف الحقيقي من إقرار و تكريس آلية الإكراه الإقتصادي هو تحقيق المساواة و التوازن التعاقدية، إلا أن القضاء الفرنسي تجاوز هذا الهدف عند تقريره إبطال العقد.

أما التوسع في حماية الرضا¹، فإن هذه الآلية تهدف إلى فرض جزاء على المتعاقد الذي يلجأ إلى الإكراه الإقتصادي على المتعاقد الآخر، وذلك حتى يحصل على ميزة مبالغ فيها جراء ذلك، فالاستفادة من وضعية التبعية الإقتصادية بغرض الحصول على منفعة فاحشة يمثل إكراها يستوجب بطلان العقد²، لكن رغم إقرار الإكراه الإقتصادي أو التبعية الإقتصادية كآلية لتحقيق التوازن التعاقدية، يعتبره بعض الفقه مجرد موجة عابرة فحسب، و الجدير بالبحث في التبعية الإقتصادية في معظم التعاقدات، كما إن السيطرة الإقتصادية والتفوق الإقتصادي لا يعد خطأ يستوجب الجزاء، و ان جميع المتعاقدين يتنافسون من أجل تحقيق ربح ممكن حتى ولو على حساب غيره³.

لكن الأخذ بمفهوم الإكراه الإقتصادي كآلية لتحقيق المساواة و التوازن العقدي، دون ضوابط تحد من اللجوء إليه قد يمس بمبدأ الاستقرار في المعاملات خاصة في ظل صعوبة تصور معاملات اقتصادية و تجارية دون استغلال أصحابها للظروف الإقتصادية التي تعتبر فرصة تحقيق الأهداف الخاصة، فضلا عن الترقب لأحوال السوق و مجرياته، كما إن هذه الآلية بإطلاقها تسمح لكل من يريد التحلل من التزاماته أن يدعي أن إبرامه للعقد كان نتيجة لإكراهات و ضغوطات أملت ظروف احتياجه و لولاها لما اقدم على التعاقد، لذا يتحتم على القضاء ألا يلجأ لهذه الآلية، إلا في أضيق الحدود و يضع بالحسبان الآثار السلبية لها على استقرار العلاقات التعاقدية، وقد سيار ذلك المشرع الفرنسي في نص الحكم السابق الصادر من محكمة النقض الفرنسية حول تطور مفهوم الإكراه⁴، و أكدته المادة 1143 من ق.م.ف بعد تعديل 2016 حيث نصت على " وكذلك يتوافر الإكراه إذا استغل أحد المتعاقدين حالة التبعية التي يوجد فيها المتعاقد الآخر

¹ و توسعا في حماية الرضا يعد إكراها وفقا للتصور الحديث إذا استغل أحد المتعاقدين الوضع السيئ للمتعاقد الآخر، حتى ولو كان هذا الوضع قد هيئته ظروف خارجية لا دخل له بها مما جعله يضع شروطا مجحفة يتضمنها العقد، الامر الذي يخلل معه توازن العقد، فالإكراه وفق المنظور الحديث هو كل إخلال في توازن العقد ناتج عن عدم التوازن في التزامات الاطراف و التي لا يمكن قبولها في ظل ظروف عادية، إذا وفق هذا التصور فإن حماية التوازن العقدي يكون بحماية الرضا، أنظر: عرعارة عسالي، المرجع السابق، ص 62.

² بكر عبد السعيد محمد أبو طالب، المرجع السابق، ص 105.

³ Chazal (J.-P.), la contrainte économique : violence ou lésion ?, Dalloz, 2000, p.879.

⁴ بكر عبد السعيد محمد أبو طالب، المرجع نفسه، ص 108.

حتى يحصل منه على تعهد ما كان ليرضي به لولا هذا الضغط وذلك لتحقيق منفعة مبالغ فيها بشكل واضح¹.

اعتبر المشرع الفرنسي في هذا النص الإكراه الاقتصادي صورة من صور الإكراه الذي يعيب الإرادة، وهو إساءة أحد المتعاقدين حالة التبعية **abusant de l'état de dépendance** التي يوجد فيها المتعاقد الأخر، وإثباتها يجب توفر 03 شروط وتطبيق نص المادة السابقة الذكر وهي:

- توفر حالة التبعية لدى أحد المتعاقدين
- إستغلال المتعاقد الأخر حالة التبعية لهد الحالة
- تحقيق هذا الأخيرة ميزة مبالغ فيها²، لكن هذ الشروط تسم بالعمومية والغموض والإبهام، بحيث جاء النص على عموم ولم يقتصر على صورة معينة لحالة التبعية الاقتصادية **La dépendance économique**³، بل يشمل صور أخرى للتبعية كالمالية والتكنولوجيا وحتى الفكرية.

¹ أنظر نص المادة **1143** من ق.م.ف الصادر بموجب مرسوم بقانون رقم 131 سنة 2016.

Art. 1143: " Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif. "

ويعد هذا النص من النصوص التي إستوحاها المشرع الفرنسي من السوابق القضائية الفرنسية، فحالة الإكراه الواردة في النص السالف ذكره من الحالات المستحدثة في القانون المدني الفرنسي و التي تؤدي إلى بطلان العقد.

Pons (L.), " Déséquilibre significatif, abus de dépendance et private equity ", Dossier La réforme du droit des obligations et le droit des affaires: regards de praticiens, Journal Des Sociétés, N° 144, Septembre 2016, p. 23

² **Jeannin(Ch.)**, Thomas (B.), Le nouvel abus de dépendance, Dossier La réforme du droit des obligations et le droit des affaires: regards de praticiens, Journal Des Sociétés, N° 144, Septembre 2016, p. 16 .

³ حيث يتجلى في هذا المعنى:

L'ordonnance va beaucoup plus loin que cette jurisprudence, en étendant la violence à l'abus de dépendance tout court, et non plus au seul abus de dépendance économique.

Vogel (J.), Réforme du droit des contrats: "Le juge devient une troisième partie au contrat" 18/2/2016/,p. 3. **Http://www. actuel-direction- juridique. fr/content/reforme-droit-des-contrats-force-devouloir-faire-lequilibredu-contrat-aboutit-en-realite.**

لذا يجب إعادة النظر في نص المادة 1143 لإزالة الإبهام و الغموض على الشروط الواجب توفرها لتطبيق هذه المادة، كذا التبعية الاقتصادية و إساءة الإستغلال، ما يبقي المجال مفتوح لاجتهاد القضاء، في انتظار المشرع الجزائري أن يحدو حدو المشرع الفرنسي في تكريس الإكراه الإقتصادي لأنه مصدر لتطور قواعد العقد، و لحماية أكثر لفئة المحترفين.

02- الإكراه الإقتصادي فرصة لتجديد قواعد العقد و حماية أكثر لفئة المحترفين:

نادى العديد من الفقهاء بتكريس عيب الإكراه الإقتصادي لما فيه من دفع لتطور الآليات و القواعد الحمائية للمتعاقدين، بعد القرار الشهير الصادر عن الغرفة المدنية الأولى بمحكمة النقض الفرنسية في 30 ماي 2000 فيما يخص عيب الإكراه، و الاهتمام بوضعيات التبعية الاقتصادية داخل السوق، من خلال مراقبة العلاقات التعاقدية داخل السوق و تفرد كل علاقة بقانونها الخاص كما رأينا بشأن المستهلكين مع المحترفين، و بالتالي إقصاء فئة المحترفين من تلك الحماية، لكن القانون دائما ما يبحث عن أسباب الإختلال في السوق من خلال النظر في أسباب الاختلالات التعاقدية بقدر من الحساسية و التطور، لتقدير مدى التعدي على المتعاقد الضعيف لتكريس الحماية له، عبر إزالة المخاوف من مظاهر القوة أو القدرة التعاقدية¹، عكس فرضية نابليون التي تقوم على الحيادية و الحماية الشاملة لكل المتعاقدين، لذي وجب طرح مقارنة تجديدية للعلاقات بين المحترفين التي تعاقب على تعسفات القوة و القدرة وقت التفاوض، الذي يتصدى لها قانون المنافسة بحيث يمد القانون المدني بالآليات المناسبة و الفعالة لتحقيق الحماية داخل السوق، كما يؤكد قانون الضبط الإقتصادي من خلال التعاون مع قانون المنافسة و حماية إذ تعتبر المنافسة قلب الضبط التي تحرك قواعده، و الضبط حامي المنافسة في السوق².

¹ بعجي أحمد، المرجع السابق، ص 190.

² B. Montels, la violence économique, illustration du conflit entre droit commun des contrats et droit de la concurrence, RTDcom, n°3 ; 2002, p417.

بعد ظهور قانون الضبط الإقتصادي الذي يهتم بحماية المنافسة في السوق لتحقيق الفعالية الإقتصادية اللازمة بحيث يستفيد منها المستهلك، التب تجلت في العلاقة الترابطية بين هذه القوانين الإقتصادية، من أجل التعاون على تحقيق سوق متوازن من خلال ضمان المساواة التعاقدية، فوجد القانون اعترف لقانون الإستهلاك حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية " المستهلك"، أما قانون المنافسة فقد اعترف بضمان المساواة الإقتصادية بين المحترفين و حماية المحترف القوي من المحترف الأقوى منه، من خلال منع كل أشكال التعسفات و الهيمنة و التبعية الإقتصادية داخل السوق لضمان الانسجام المطلوب¹، باستعمال قانون المنافسة للتصور المدني الذي يمكن من خلاله مد قانون المنافسة بالقواعد الحمائية، و العلاقة التكاملية بين قانون العقود وقانون المنافسة، بحيث صار قانون العقود يغدي قانون المنافسة بالمبادئ الحمائية الأساسية².

لكن التساؤل المطروح هل يمكن استمرار قبول فكرة ان قانون المنافسة يمد النظرية العامة للعقد بالقواعد الحمائية، والنظرية العامة للعقد تمد قانون المنافسة بالآليات التي تمكن من تكريس حماية للمتعاقد الضعيف؟، المتمثلة في المسؤولية العقدية و تحولها من المسؤولية على أساس الضرر، إلى المسؤولية على أساس الضرر التنافسي، الذي يعتبر تطور للمسؤولية و من هذا رأى بعض الفقه³، أن هناك تطور عبر ازدواجية عيب الإكراه، من خلال إدماج الإكراه الإقتصادي إلى جانب العيب الكلاسيكي للخطر و التهديد إلى حالة معالجة وضعية التعسف في التبعية الاقتصادية، و الاستفادة قدر الإمكان من الطرف الاخر، وبالتالي الأمر لا يقتصر على شروط تطبيق العيب، بل من اجل اعتبار هذا كنموذج قانوني، يقود القاضي للكشف عن وضعية التعسف في التبعية، كما دعا البعض الاخر⁴، إلى ضرورة إثراء أو تغيير فلسفة القانون المدني عبر فكرة المرونية من أجل تقوية العلاقة مع التشريعات الخاصة، عبر التكامل في تصحيح العلاقات التعاقدية الناتجة عن

¹ B.Montels.ibid, n°08 et 09 et 10 et 11.

² بوتيوته إدريس، تكاملية العلاقة بين قانون العقود وقانون المنافسة، مجلة القانون "غليزان"، المجلد 11، العدد 01، سنة 2022، ص 285 ص 304.

³ G.Loiseau, op.cit, p.496.

⁴ B.Montels, op.cit, n°16.

التعسفات، لتحقيق المساواة و التوازن العقدي ثم توازن السوق، الذي يسعى قانون الضبط لتحقيقه وتنفيذ السياسة الاقتصادية للدولة، وهذا من خلال تعايش و تجدد مبادئ العقد مع فكرة الإكراه الناتجة عن تجسيد القيم التضامنية.

نؤكد أن عيب الإكراه الإقتصادي من أهم الآليات الحديثة لمراقبة المراكز القانونية للمتعاقدين، وبالتالي مراقبة المساواة التعاقدية لضمان تحقيق التوازن العقدي، من خلال الاهتمام بفئة المحترفين التي كانت محل تهميش في قانون المستهلك، كذا عدم كفاية القواعد العامة للقانون المنافسة، أيضا التوافق مع قانون الضبط الإقتصادي في يحارب كل مظاهر التعسف في القوة الإقتصادية، لكن لابد من القواعد العامة أن تتجدد و تتعايش مع القوانين الخاصة من خلال فكرة التكامل بينهم لتحقيق التوازن العقدي، بضمان المساواة التعاقدية عبر حماية الطرف الضعيف و توير رضاه، كما يمكن التجدد مع التصور الحديث للأمن القاني القائم على ضمان الأمن التعاقدية الذي يفتح بتدخل القوانين و تجسيد القيم التضامنية بآليات أخرى تتمثل في الالتزام بالإعلام و مهلة التفكير.

ثانيا: الالتزام بالإعلام: آلية جديدة في خدمة التوازن العقدي

نتج عن فكرة التضامن التعاقدية و تجدد القواعد العامة لنظرية العقد، تكريس الإعلام كآليات جديدة تهدف لإعادة التوازن التعاقدية (01)، ليتوسع بعدها نتيجة لمبررات اقتصادية و اجتماعية من حيث الأطراف و المجالات (02)، ودور الضبط الإقتصادي في تعزيز الالتزام بالإعلام (03).

01-تكريس الالتزام بالإعلام:

يعتبر الفقيه الفرنسي CARBONNIE من بين الفقهاء الذين دعوا إلى فكرة تكملة العقد الغير متوازن الأطراف أثناء تنفيذه دون إبطاله، بحيث ينتقد المذهب الفردي القائم على مبدأ سلطان

الإرادة نظرا للاختلافات في التوازن العقدي الذي ناتج عن الاعتماد عنه¹، و من تم لم يكن مسلك سوى تدخل المشرع والقاضي لتكملة العقد لضمان التوازن العقدي، ولم يقتصر هذا التدخل على مستوى التنفيذ فقط بل تعدي ذلك إلى مرحلة التكوين، من خلال فرض الالتزام بالإعلام²، ولعل الحكم القضائي الصادر عن محكمة النقض الفرنسية في 04 أكتوبر 1977 خير مثال على بداية فرض الالتزام بالإعلام.

من خلال الفصل في الدعوى على بائع القرميد **Tuiles** الذي قام بتسليم ألواح القرميد المطلوبة منه دون أي نقص في الكمية إلى المشتري، لكن ثبت بعد ذلك أن القرميد المستخدم لم يكن مقاوما للصقيع و الثلج بل إنه تجمد بعد ذلك، و على ذلك أدانت المحكمة البائع المحترف الذي كان لديه علم ودراية بذلك الأمر، حيث يقع على عاتقه الالتزام بالإعلام، فكان من الواجب عليه إعلام المشتري بكل التفاصيل عند إبرام العقد، لكن من الرغم من هذا إقرار المحكمة بالالتزام بالإعلام التزاما عقديا في جميع العقود، إلا أنه يظل مسألة جدلية في الفقه أثارت العديد من الإشكالات منها على سبيل المثال³، هل تدخل القاضي بإنشاء الالتزام بالإعلام يشكل اعتداء على العقد أم لا؟ و هل إنشاؤه بهذه الطريقة ملائم للعلاقة التعاقدية؟ و هل هو إنشاء قضائي أم إنشاء قانوني؟ و ماذا سيكون هذا الإلتزام عندئذ التزام قانوني أم قضائي أم تعاقدية؟

اختلفت التحليلات باختلاف التوجهات فمنهم من اعتبره التزام تعاقدية و منه يصبح التزام قانوني، أيضا منهم من اعتبره قضائي، لكن أغلب الفقه يقر حتى و أن كان التزام تعاقدية أو قانوني فإنه من اكتشاف الاجتهاد القضائي، الذي يقره حتى و لو يعبر عنه المتعاقدان في العقد

¹ Carbonnier, les obligations, t. iv., éd, 1975, no 134, p. 448 .

² الخالدي نزهة، الإلتزام بالإعلام و دوره في تنوير إرادة المستهلك، منشورات مجلة القضاء المدني-سلسلة دراسات و أبحاث-، المغرب، العدد 04، سنة 2013، ص 109.

³ بكر عبد السعيد محمد أبو طالب، المرجع نفسه، ص 71.

معتمدا على فكرة التضامن العقدي، التي تسمح بتدخل القاضي لإعادة التوازن العقدي¹، نصت على ذلك المادة 1135 من القانون المدني الفرنسي قبل تعديل 2016.

بعد تكريس الإلتزام بالإعلام صراحة من طرف المشرع طبقا لنص المادة 1135 ق.م.ف قبل تعديل 2016، وإقراره من طرف القاضي، بحيث يقتضي بحسب الأصل أن المتعاقدين ليسوا ملزمون بأن يقدم للمتعاقد الاخر كافة المعلومات المتعلقة بموضوع العقد، لكن يقع على عاتقهم التحري عما يريد من معلومات حول موضوع محل العقد، إلا أنه في النظر في الاحكام القضائية الفرنسية فقد توسع فرض هذا الإلتزام لا سيما على المحترفين بضرورة تقديم المعلومات التي لا يعلمها الطرف الأخر، ما يذل على أن القضاء افترض قرينة العلم على عاتق المتعاقد المحترف، لضمان صالح الطرف الآخر².

كرس المشرع الجزائري الإلتزام بالإعلام بنص المادة 02/86 ق.م التي يتعلق بالتدليس، حيث وضع على عاتق المتعاقد الذي يملك المعلومة الضرورية إعلام الطرف الاخر، نجد ما نص عليه المشرع في نص هذه المادة متأثرا بالقضاء الفرنسي على إلزامية إفشاء المدلس للمدلس عليه بكل المعلومات التي تنور رضا المتعاقدين، أما في حالة السكوت العمدي لكن يشترط لقيامه مجموعة من الشروط، بحيث يجد هذا النوع من الإلتزام تبريره في اللامساواة في الإعلام، فالإلتزام السابق على التعاقد يفترض إذن أحد المتعاقدين يجوز على المعلومات و الأخر يجهلها، غير أن الإلتزام لم يبق محصورا على القواعد العامة وإنما اتسعت مجالاته في التشريعات الخاصة كالإلزامية إعلام المستهلك طبقا للمادة 17 من القانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك و وقع الغش، كذا في الاسواق المالية لا سيما القيم المنقولة (البورصة)، لضمان شفافية السوق و حماية المتعاملين

¹ Grégoire (M. - A.), "L'impact de l'obligation de bonne foi: étude sur ses rôles et sanctions lors de la formation et l'élaboration du contrat" Maître en droit, faculté de droit - université de Montréal, 2001, p. 24.

² محمد أحمد عبد العزيز، علاج إختلال توازن العقد الناجم عن التعاقد باستخدام الوسائط الحديثة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة 2016، ص 94.

الضعفاء، عبر منح السلطات الإدارية المستقلة الصلاحيات صلاحيات تسمح لها بذلك وفق النظام العام الإقتصادي¹.

بعد التطور الإقتصادي و التكنولوجي الملحوظ الذي تبعه الكثير من التعقيدات التقنية و المعرفة حول المنتجات و الخدمات المعروضة في السوق²، انجر عنه اختلال توازن العقد نظرا لكثرة الفوارق بين المتعاقدين في المعرفة و الدراية، بموضوع و طبيعة العقود التي يبرمونها لتلبية حاجياتهم، أصبح لبدأ من تكريس هذا الإلتزام "الإعلام"، بحيث فرضه المشرع الجزائري كذلك في قانون المستهلك، كحتمية ناتجة عن الاختلال الظاهر في العلاقة العقدية بينه وبين المحترف من أجل حماية رضا هذا الأخير، إلا أن صفة المستهلك لا يمكن تحديدها و حصرها في مجال معين، إذ نجدتها حتى بين المحترفين في قانون المنافسة، ثم قانون الضبط الإقتصادي، مما يعتبر توسع في تكريس مبدأ الإلتزام بالإعلام.

02-توسع الإلتزام بالإعلام:

بعد تكريس المشرع الفرنسي واجب الإلتزام بالإعلام و تقنينه ضمن القواعد القانونية، بحيث اعتبره واجبا تعاقديا يقع على عاتق المتعاقدين طبقا لنص المادة 01/1112 من ق.م.ف (بعد تعديل 2016)³، بحيث ألزم المشرع المتعاقدين بإعلام المتعاقد الآخر و اعتبره قرينة حاسمة للتأثير على رضاه، و اشترط لتطبيق هذا الإلتزام بالإعلام توفر 03 شروط و هي: 01- معرفة المعلومة من قبل المدين بالإعلام، 02- الجهل بالمعلومة من قبل الدائن بالإعلام، 03- أن تكون المعلومة جوهرية و لها تأثير على رضا الطرف الآخر، و تسرى على جميع الأطراف دون التفرقة بين شخص

¹ فاضل خديجة، المرجع السابق، ص ص 253-254.

² P.JOURDAIN. OP.CIT.P139.

³ Art. 1112-1 (" Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant ")

يهدف المشرع الفرنسي من هذا الإصلاح بنص المادة 01/1112 الحد من تدخل القاضي في العقد على أساس حسن النية، الذي فتح الباب على مصراعيه للقضاء بالتدخل من أجل إعادة التوازن العقدي، لكن هذه المادة حددت شروط التدخل.

عادي " مستهلك" أو مهني "محترف"، بعدما كان القضاء دائماً يضعه على عاتق هذا الأخير¹، ليجد هذا الإلتزام توسعه من خلال الاعتماد على عدة مبررات "أ"، وفي مجال واسع "ب".

أ- مبررات التوسع في الإعلام: حماية للطرف الضعيف

كرس المشرع الإلتزام بالإعلام نتيجة دوافع تغيرات اقتصادية واجتماعية و بالإعتماد على جملة من المبررات :

- التطورات الإقتصادية و ما أفرزته من اختلاف في المراكز القانونية و الإقتصادية أين أصبح الاحتكار في السوق، نظراً لوجود الأطراف في أوضاع غير متكافئة بحيث يصعب الأخذ بالقواعد التقليدية للقانون المدني بخصوص التعاقد.
- تطور منظومة العقود بظهور أنماط جديدة من الممارسات التعاقدية التي تتميز بطبعتها الفني و التقني الشيء الذي لا يسمح للطرف غير المهني "الضعيف" الإمام بها مما يستدعي حماية رضاه ليس باعتماد القواعد التقليدية انما بقواعد و آليات مستحثة تراعى فيها مصلحته
- الغرض من هذا الإلتزام هو حماية الطرف الضعيف في مواجهة الطرف الأخر لتمكنه من الاستفادة الحقيقية من العقد غير أنه لا يضاف للعقد إلا بشروط ووفقاً لحالات معينة و كذلك صفة المتعاقد.

قانون المستهلك الميدان انخصب للإلتزام بالإعلام حماية للطرف الضعيف في العلاقات التعاقدية فهو من قبيل الالتمامات الإضافية التي وضعت على عاتق المهني باعتباره غالباً الطرف القوي في العلاقة العقدية على أساس مبدأ حسن النية و القيم التضامنية، ثم تله قانون المنافسة و الضبط الإقتصادي²، حيث تجلى في مجال واسع.

¹ شندي يوسف، دور القضاء الفرنسي في الإصلاحات التشريعية الحديثة في مجال العقود: المرحلة السابقة على التعاقد و الإلتزام بالإعلام، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد الثاني- الجزء الثاني- نوفمبر سنة 2017، ص460.

² بوروح منال، المرجع السابق، ص261-265.

ب-المجال الواسع للإلتزام بالإعلام:

إن مفهوم الإلتزام بالإعلام وجد ضلاله ضمن التطبيقات القضائية المتنوعة، و لم يكن المشرع ليعترف به صراحة ضمن النصوص القانونية، لولا الدوافع و المبررات الإقتصادية الحديثة خاصة لجوء الكثير للقضاء إليه في تفسير العقود لصالح المستهلك بحيث فرض على المتدخلين، ثم فرض في علاقة المحترفين فيما بينهم، خاصة و أن موضوع هذا الإلتزام واسع جدا.

ب-01/ في علاقة المستهلكين بالمتدخلين:

في البداية كان تطبيقه من قبل القضاء الفرنسي على تفسير المادة 03/1134 و المادة 1116 من ق.م.ف فيما يخص التدليس و استعمال الطرق التدلسية¹، من أجل حماية الطرف الضعيف، و هذا ما دفع كل من المشرع الجزائري و الفرنسي بتكريس هذا الإلتزام بالإعلام صراحة في قانون لاستهلاك، ضمن نصوص هذا القانون و نصوص تنظيمية أخرى، الذي ينضم العلاقة بفعل تزيد اللامساواة بين المتعاقدين، المتدخل كطرف قوى و المستهلك كطرف ضعيف.

ب-02/ في علاقة المحترفين فيما بينهم:

لم يقتصر تكريس الإعلام في قانون الإستهلاك فقط، بل استهدف فئة المحترفين فيما بينهم، من خلال قانون المنافسة و الممارسات التجارية، كما جاء في نص المادة 07 و 08 من القانون 02/04 المعدل و المتمم ما يعني أنه لم يغيب بين المحترفين، عن طريق شفافية المعاملات أين فرض قانون المنافسة أيضا شفافية الأسعار التعريفات بين المحترفين، لذلك تقي من عدم التوازن في كل نوع من العقود، خاصة الشفافية في العلاقات بين المحترفين².

¹ سبق و تطرقنا أنه كرس المشرع الجزائري الإلتزام بالإعلام في الأمور التدلسية طبقا للمادة 02/86 من ق.م. حيث (يعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملاحظة إذا ثبتت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملاحظة).

² بعجي أحمد، تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر -1، سنة 2018/2019، ص194.

ب-03- المضمون الواسع للالتزام بالإعلام:

منح المشرع للمتعاقد الضعيف الحق في الإعلام التعاقدى بصورة عامة، سواء من خلال عدة تطبيقات في القواعد العامة، أو من خلال عيب التدليس أو العلم الكافي في عقد البيع، تولى تجسيده في القانون 03/09 عبر المادة 17، من خلال المبدأ العام المكرس للالتزام بالإعلام، عبر التزام المتدخل بإعلام المستهلك بكل المعلومات و البيانات المحددة في النصوص القانونية، ليضمن له إعلاما موضوعيا يحقق المساواة بين المتعاقدين¹، لكن أسس الاجتهاد القضائي الفرنسي الإلتزام بالإعلام على أساس مبدأ حسن النية و القيم التضامنية، أصبح تحديد مضمون العقد بشكل دقيق لا تقدير فيه سواء للمتعاقد أو القاضي، حدد بصفة تشريعية و تنظيمية².

03- دور الضبط الإقتصادي في تعزيز الإلتزام بالإعلام:

للسلطات الإدارية المستقلة دور في تعزيز الإلتزام بالإعلام، لمسايرة التطورات الإقتصادية وما أفرزته من تباين في المراكز القانونية أدت إلى الدفع بتطور و تجدد مبادئ العقد من أجل الاهتمام بالطرف الضعيف لتحقيق التوازن العقدي الذي يضمن توازن السوق المفتوح على المنافسة، من خلال ضمان حرية الدخول إلى السوق تحت رقابة هذه السلطات، فنجدها مثلا تضمن حماية إذخار المستثمر في القيم المنقولة أو المنتجات طبقا للمادة 30 من القانون 04/03 المتعلق ببورصة القيم المنقولة، كذا تحسين إعلام المستثمرين و المساهمين و الجمهور، ويكون بذلك تكوين و العقد و تنفيذه ليس على أساس طرفيه، بل تكون الدولة طرفا فيه و تنفيذه يهدف لضمان السير الحسن للسوق، عبر الشفافية التي تحققها لجنة تنظيم سوق القيم المنقولة، لكن هذه الشفافية تتطلب أنه يجب الحصول على جميع المعلومات بصفة متساوية للجميع³، و الإلتزام بالإعلام في الأسواق المالية لا سيما البورصة يكون في عرض العقد و تكوينه.

¹ حامق ذبيبة، المرجع السابق، ص 164.

² بناسي شوقي، المرجع السابق، ص 262.

³ فاضل خديجة، المرجع السابق، ص 257-258.

ثالثا: مهلة التفكير

تعتبر مهلة التفكير آلية جديدة في يد المتعاقد الضعيف من أجل تحسب رضاه، ويقصد بها إعطاء وقت للمتعاقد الضعيف قصد التفكير و التريث للتدبر بنتائج ما سيقدم عليه بعد التعاقد، وقد منحها المشرع للمستهلك لأن هناك فرضية الموافقة دون التفكير مسبق ومستنير لبناء قرار سليم حول إبرام العقد من عدم¹، كرسها القانون الفرنسي قبل إبرام العقد عبر احكام النظام العام الجمائي، و أنها مهلة تسبق إبرام العقد و قبل قبول العرض، تتجسد عبر العرض المسبق الإلزامي من جانب المتعاقد، لضمان مهلة التفكير، إذ نص عليها أول مرة القانون رقم 12 جويلية 1971 المتعلق بعقد التعليم بالمراسلة، ثم القانونين رقم 10 جانفي 1978 و رقم 13 جويلية 1979 المتعلق بالقرض، الأول يتعلق بالقرض الاستهلاكي و الثاني يتعلق بالقرض العقاري².

كما أشار القانون الفرنسي رقم 10 جانفي 1978 و القانون 13 جويلية 1979، إلى بعض عمليات الائتمان الذي أجههم قانون الإستهلاك سنة 1993، بحيث يجب أن يقدم مانح الائتمان العرض المسبق في شكل مكتوب من نسختين إلى المتعاقد الأخر يتضمن جملة من البيانات الإلزامية، لتمكين المستهلك من معرفة المعلومات الدقيقة حول العقد المراد إبرامه، النتائج المرغوب فيها و الغير مرغوب فيها³.

رتب أيضا المشرع الفرنسي جزاءات على إخلال مانح الائتمان الذي لم يحترم الأشكال لموضوعية و القانونية، بحيث رتب غرامة مالية تصل إلى 300000 أورو، طبقا للمادة L.341-15، أما على مستوى الجزاء المدني فمانح القرض الذي لم يحترم الأحكام القانونية يحرم من حق من الفوائد وله الحق فقط في استرداد رأس ماله، كما يمكن إبطال العقد وفقا للمادة السابقة الفقرة 02، كذا ق.ح.م.ق.م.ق. فقد أشار إلى الجزاء دون الجزاء المدني، ورد في المادة 81 منه (يعاقب

¹ N.Rzepecki, op.cit n°.77et78.

² بعجي أحمد، المرجع السابق، ص 202.

³ بودالي محمد، المرجع السابق ص 573.

بغرامة مالية من خمسمئة ألف دينار (500000 دج) إلى مليون دينار (1.000.000 دج) كل من يخالف الالتزامات المتعلقة بعرض القرض للاستهلاك المنصوص عليها في المادة 20 من هذا القانون¹.

لكن المشرع الجزائري لم يكرس مهلة التفكير صراحة مثل المشرع الفرنسي، سواء في القواعد العامة أو التشريعات الخاصة، إلا ما تعلق بألية العرض المسبق الذي يسبق إبرام العقد في إطار العقد الاستهلاكي، كما جاء في المرسوم التنفيذي رقم 114/15 في المادة 06 منه " السماح للمقترض بتقييم ومدى الإلتزام المالي الذي يمكنه من اكتبته و كذا شروط تنفيذ العقد"، وقد ألزمت المادة 07 من نفس المرسوم تضمين العرض المسبق بعض البيانات الإجبارية، لهذا اشرنا إلى هذه لآليه التي كرسها المشرع الفرنسي ودورها في حماية رضا الطرف الضعيف و تحقيق التوازن التعاقدية، لنصل محاولة بعث هذه الآلية ضمن القانون الجزائري²، لكن رغم فعالية هذه الآليات فهي تراقب المساواة التعاقدية من حيث الاطراف دون التركيز في المضمون التعاقدية من حيث موضوع و محل العقد، مما أدى إلى تكريس آليات أخرى تراقب المساواة من حيث الموضوع.

الفرع الثاني

الآليات المستحدثة للرقابة على عدم المساواة العقدية من مضمون العقد

تم تكريس كل الآليات السابقة المستحدثة لغرض مراقبة التوازن العقدية، بناء على فكرة التضامن التعاقدية و التوسع في مفهوم حسن النية، التي تسمح لكل من المشرع و القاضي وحتى سلطات الضبط الاقتصادية، التدخل في العلاقة التعاقدية لحماية الطرف الضعيف لإعادة المساواة التعاقدية، عبر قواعد غير مألوفة ضمن النظرية العامة للعقد، بحيث يمكن مراقبة المراكز القانونية للمتعاقدین لضمان المساواة بين الأطراف، تبعه استحداث آليات جديدة أخرى تراقب مضمون

¹ بعجي أحمد، المرجع السابق، ص 203-204.

² بناسي شوقي، المرجع السابق، ص 126، لكن هناك من يرى أن المشرع الجزائري أخذ بمهلة التفكير، انظر زمام جمعة، المرجع السابق، ص 296.

العقد من خلال فكرة تطور فكرة السبب لرقابة الفائدة و المصلحة المرجوة من العقد "أولاً"، كذا مبدأ التناسب لضمان التوازن العقدي عبر تناسب و توازن الاداءات لتعزيز العدالة العقدية "ثانياً".

أولاً: تطور فكرة السبب في العقود: رقابة على الفائدة المرجوة من العقد

لا تقل أهمية رقابة الفائدة (المصلحة) **L'intérêt du contrat** من العقد، عن رقابة المساواة العقدية، لضمان التوازن التعاقدية و الفعالية اللازمة منه، غير أنها وبلا شك أكثر بروزاً من الأولى فهي تساهم في مراقبة التوازن الموضوعي للعقد، بناء على فكرة السبب الذي يعتبر الدافع الرئيسي للتعاقد، ولهذا وجد تحديد مفهوم السبب في العقد وتطوره للعقد (01)، أدت إلى ظهور مفهوم الإلتزام الرئيسي في العقد (02).

01- مفهوم السبب في العقد

تعد فكرة السبب **la notion de cause** آلية لرقابة مصلحة (غاية) من العقد، التي تطورت بشكل ملحوظ في العقود الأخيرة عبر عدة أحكام صدرت مؤخراً عن محكمة النقض الفرنسية، حيث ينكشف ذلك بشكل واضح من خلال الحُكمان الصادران في 1996/07/03 و في 2000/02/10 عن محكمة النقض الفرنسية، الحكم الأول قررت فيه محكمة النقض الفرنسية عدم توفر السبب في أحد العقود، نظراً لاستحالة تحقيقه للمكاسب التي كان الطرفان يتوقعها، وهو ما يعني أن المقابل المأمول أو المنتظر من العقد غير موجود، أما الحكم الثاني قضت فيه الدائرة التجارية للمحكمة السالفة الذكر بأن عقد الإيجار أصبح دون سبب بعد استحالة تنفيذ عقد توريد صور و الذي لا ينفصل اقتصادياً عن هذا العقد¹.

¹ **Mazeaud (D.):** " Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel. Ne risque-t-on pas d'aller trop loin?, op. Cit. , p. 143

لكن التطور الذي صاحب مفهوم السبب مبالغ فيه، بسبب أن القضاء انتقل به من مجرد المقابل من الإلتزام إلى مفهوم المقابل المأمول و المنتظر من العقد¹، الذي كرسه المشرع الفرنسي بعد تعديل القانون المدني الفرنسي 2016، لكن ليس تحت فكرة السبب بل تحت مفهوم فكرة المقابل في العقد، طبقا لنص المادة 1169 من ق.م.ف²، حيث اشترط وجود الجدية و المصدقية في المقابل في عقد المعاوضة، إذا كان وهيميا و تافها لم يحقق الغاية المرجوة منه حسب مقتضيات إرادة المتعاقد في العقد، و بالتالي فإن العقد هنا باطل و غير صحيح، ليس على أساس نظرية السبب بل على أساس نظرية المقابل في العقد.

من هذا يفهم أن فعالية العقد ليس بتوفير المقابل بقدر جدواه و النتيجة المرجوة منه، و الارتكاز ليس على المقابل المجرد بل على فكرة المنفعة المنتظرة أو المرجوة من العقد³، حيث اعتبرها المشرع آلية جديدة لمراقبة التوازن التعاقدى على فكرة اقتصاد العقد التي تعني أيضا العملية الكلية التي يريد الأطراف تحقيقها، تجعل العقد أمام نتيجة واحدة وهي خلو العقد من السبب نتيجة لعدم تحقق التوازن الأصلي المنصوص عليه من قبل المتعاقدين⁴، فهذه العقود لم تعد تلبى الأهداف التي ينشدها الأطراف المتعاقدة، أي لم تعد تمثل المصلحة التي يسعى إلى تحقيقها، و هو ما جعل محكمة النقض الفرنسية في حكمها السابقين تكرر خلو العقود من السبب، إلا الأخذ بهذا المبدأ كان ومزال محل خلاف بين الفقهاء نظرا لاستعمالاته الخطيرة التي قد تؤدي إلى اختلال واستقرار التوازنات العقدية.

¹ الخطيب محمد عرفان، نظرية صحة العقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث و الإعتبار الموضوعي (الجزء الثاني)، المرجع السابق، ص 368.

² Art. 1169 " Un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire ".

³ عسالي عرعارة، المرجع السابق، ص 141.

⁴ Mazeaud (D): " Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel. Ne risque-t-on pas d'aller trop loin? "Op. Cit., p. 143-144.

02- مفهوم الإلتزام الرئيسي في العقد

لقد استبعد القضاء الفرنسي البند أو الشرط الذي يخلو من أي مصلحة للدائن، وذلك حماية للفائدة المرجوة من العقد و التي أبرم العقد على أساسها، معتبرا هذا الشرط و العدم سواء، مستندا إلى فكرة الإلتزام الرئيسي الذي من خلاله استبعدت محكمة النقض الفرنسية جانب البنود و الإلتزامات التي لا تمثل اي مصلحة للدائن، لتأثيرها على الإلتزام الرئيسي للمدين لذا يجب تفاديها، مما لا ينشئ علاقة قانونية تجبر المدين على تنفيذها، بل تعد كأن لم تكن و غير موجودة في العقد¹.

من خلال تعديل سنة 2016 للقانون المدني الفرنسي يتبين أن المشرع الفرنسي أخذ بمبدأ عام وواسع فيما يتعلق بمفهوم الإلتزام الرئيسي، طبقا للمادة 1170 (نص مستحدث) التي نصت على أنه: " كل شرط يفرغ الإلتزام الرئيسي للمدين من مضمونه يعتبر غير مكتوب أو كأن لم يكن"²، جاءت بصيغة عامة فضفاضة لتوسيع إعمالها من أجل حماية المصلحة (الفائدة) من العقد.

كما يلاحظ في هذا الصدد أن المشرع الفرنسي قد لم يأخذ بنظرية السبب في هذا الشأن، فلو أخذ بها لكنا أمام عقد باطل لانعدام السبب لكنه أخذ بوصف آخر، وهي فكرة المقابل في العقد، حيث اعتبر أن الشرط وحده ما يقع مع استمرار العقد، لأن مثل هذا الشرط يؤثر على المصلحة و الغاية المرجوة من العقد، بحيث اعتبر الشروط المخففة و شروط الإعفاء من المسؤولية التي تفرغ الإلتزام الرئيسي للمدين من مضمونه كأن لم تكن، لكن دون نص صريح³، تكون وسيلة في يد القاضي للتدخل في العقد ما اعتبره بعض الفقه إفراط قد يزعزع الاستقرار التعاقدية.

ثانيا: مبدأ التناسب لضمان التوازن العقدي: " تناسب الاداءات"

بعد تطور فكرة السبب في العقود لمراقبة الفائدة المرجوة من العقد، التي ساهمت في مراقبة مضمون العقد من خلال مراقبة الاداءات التعاقدية بين المتعاقدين لضمان التوازن العقدي، ندى

¹ Mazeaud (D.) :op.cit, p. 144.

² Art. 1170: " Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite".

³ بكر عبد السعيد محمد أبو طالب، المرجع السابق، ص 135.

فقه بفكرة اخرى جديدة تساهم أيضا في ضمان توازن العقد لتحقيق الفعالية اللازمة، هي تكريس آلية مبدأ التناسب في العقد (01)، و تفعيلها هذه الآلية لضمان التوازن العقدي (02).

01-إعمال سبب الإلتزام من طرف القضاء: دافع لتكريس مبدأ التناسب في العقد

يعتبر السبب ركن من أركان العقد إضافة إلى المحل و الرضا، لكن الفقه ميز بين مفهوم السبب في النظرية التقليدية الذي هو مفهوم مجرد موضوعي يهتم بسبب الإلتزام، في حين تعرفه النظرية الحديثة على أنه الباعث أو الدافع للتعاقد، نضمه المشرع الجزائري ضمن المادتين 97 و 98 من ق.م، يؤدي تخلف السبب نتيجة مباشرة لبطلان العقد لعدم وجود ركن في العقد و هو سبب الإلتزام¹، إذ ربط الفقه سبب الإلتزام بوظيفة فعالة لتجنب اختلال التوازن بين الاداءات في العقد، عبر فكرة التناسب في العقد من خلال توظيف السبب، وهذا الأخير عكس سبب العقد الذي يهدف لصحة العقد إذا كان مشروعاً و غير مخالف للنظام العام و الآداب العامة، لذلك فسبب الإلتزام يطرح التساؤل حول فكرة التوازن المعلق على وجود السبب، و عليه يرتبط وجود سبب الإلتزام بإجراء رقابة على ما تعهد به كل متعاقد اتجاه الآخر من أجل التأكد من تقابل إلتزامات المتعاقدين²، وبالتالي يذل هذا بصفة ضمنية التأكد من وجود تناسب فعلي بين المتعاقدين.

تابع الاجتهاد القضائي الفرنسي استخدام فكرة فقدان الإلتزام الأساسي في العقد الذي يسمح بإلغاء الشروط المحددة للتعويض، تأسيساً على المواد 1131 و 1134 ق.م.ف قبل التعديل، التي تسمح في حالة عدم وجود التزام أساسي في العقد ببطلان الشرط و اعتباره غير مكتوب الخاص بشرط المحدد للتعويض، مما يسمح للقاضي استعمال مصطلح "التناسب"، من أجل احترام اقتصادية العقد بعض القرارات التي تدرج في معادلة الشروط أو الاداءات التعاقدية.

¹ فيلالي علي، المرجع السابق، ص 260-261.

² فيلالي علي، المرجع نفسه، ص 266.

02- تفعيل مبدأ التناسب آلية لتحقيق التوازن العقدي

يظهر أن المشرع كرس مبدأ التناسب كألية لرقابة مضمون العقد، من خلال الفعالية التي حققها في إعادة المساواة الفعلية و التوازن العقدي، عبر التخفيف من اللامساواة التعاقدية بين المتعاقدين، وفق تجسيد التصور الموضوعي الذي يضمن التناسب بين الاداءات المتقابلة في العقد¹، بحيث يرى بعض الفقه² أن تنظيم العقود من جانب المشرع خاصة في مرحلة التكوين كمرحلة وقائية، باعتماد على تحديد ومراقبة لمضمون العقد، من خلال التركيز على التناسب الموضوعي الذي يمليه القانون و يحدد إطاره عكس التناسب المتروك للأطراف، وأحسن مثال ما رأينا بخصوص الحماية القانونية لصفة المستهلك، و هذا ما يتوافق مع قانون الضبط الإقتصادي الذي يراقب المتدخلين للسوق، من خلال النظر إلى مؤهلاتهم التي تناسب الدخول إلى النشاط الإقتصادي، بحيث يمكن أن تناسب تنفيذهم للالتزامات التي تقع عليه من جراء التعاقد.

يعول معظم الفقه الحديث على مبدأ التناسب في العقد، كإحدى الوسائل الحديثة القادرة على إعادة التوازن التعاقدية، فيرى الفقيه **D. Mazeaud**³، أن فلسفة العلاقة التعاقدية تغيرت بفضل الإجتهد القضائي الذي يدعو لتكريس مفهوم التناسب و التناسق و التضامن، الذي يترجم من خلاله واجب الاعتدال بحيث يعتبر الدعامة و عماد النظام التعاقدية الجديد، و من جهة أخرى يلاحظ أن هناك تحديثات قانونية و اجتهادات موجهة لقياس التفاوت التعاقدية، لفرض التوازن الأدنى من خلال فرض التناسب الذي يضئ و يشع به القانون الحديث للعقود، مع أنه لا يفرض التعادل الكلي للسلطات و الاداءات في المجال التعاقدية، لكنه من جهة أخرى يمنع عدم التوازن المفرط و التعسفي في العلاقات غير المتساوية.

¹ زمام جمعة، المرجع السابق، ص 204.

² N. Molfessis, le principe de proportionnalité et l'exécution de contrat, petites affiches du 30/09/1998. N° 117. p 21.

³ D. Mazeaud, Le nouvel ordre contractuel, op.cit, p 296 et 310.

كما يضيف بعض الفقه، بأن التناسب هو أحد المفاهيم المهمة التي يوعد لها في المستقبل لتحقيق التوازن التعاقدي المطلوب بفضل الإجتهد القضائي، لكن يجب التذكير بأن مبدأ التناسب استعمل أولاً في القانون الإداري، عبر مجلس الدولة و المجلس الدستوري، وأيضاً في القانون الجنائي، وها هو الآن يصيب بالعدوى القانون الخاص بشكل عام و قانون العقود بشكل خاص بفضل تمدد و توسع هذا المفهوم، مما يبرر تدخل السلطات الإدارية المستقلة ذات الطابع الإداري في العقد، إذ يمكن الاعتماد عليه من طرف هذه الأخيرة في ضبط السوق بتحقيق التوازن التعاقدي، الذي يتفق ومبدأ التناسب¹.

بعدما أصبح الانشغال الحالي لنظرية العقد هو قبول فكرة تطور و تجديد مبادئها، مما يضمن تحقيق تناسب الاداءات بين المتعاقدين، عبر ضمان تناسب ما يعطيه و ما يؤخذه كل طرف في العقد، بمعنى التناسب في الحقوق و الواجبات، لذلك يري بعض الفقه²، أن مبدأ التناسب نموذج لمراقبة تقابل الاداءات الذي يتحقق من خلاله الحماية للطرف الضعيف عبر تحديد قدرات المتعاقدين في تنفيذ العقد و الأهداف المرجوة من العقد مسبقاً، ما إن كانت تتوافق مع مقتضيات النظام العام الإقتصادي بمجاله الحمائي و التوجيهي، مما يدعو إلى ضرورة تكريس هذا مبدأ بنص تشريعي من أجل التفاعل بين القانون و القضاء، مع تبرير تدخل المستمر للمشرع و القاضي في العقد بحجة التوازن العقدي.

كرس المشرع الجزائري لضمان تحقيق التوازن التعاقدي مبدأ حسن النية أولاً، ليتوسع بعدها في تكريس الآليات الأخلاقية و القيم التضامنية، ثم آليات جديدة تتمثل في السبب و التناسب الذي يضمن شرعية و العدالة بين المتعاقدين من جهة، و من جهة أخرى ضمان تنفيذ العقد بإرجاعه للحد الذي يمكن تحقيقه، ولم يكتفي بذلك فقط بل ربط كل المخالفات التي تحدث أثناء تكوين العقد او تنفيذه بجزاء يختلف عن الجزاء المعروف مما يضمن فعاليته.

¹ Ph.Jestaz, Rapport de synthèse, quel contrat pour demain ?, op.cit, p 644

² C. Noblot, op.cit, p 282 et 283.

المبحث الثاني

فعالية الجزاء فعالية اقتصادية

يهدف قانون الضبط الإقتصادي إلى تحقيق توازن السوق المفتوح على المنافسة لضمان الفعالية اللازمة، الذي يقوم على توازي فكري ضمان مقتضيات التوازن العقدي و فعالية الجزاء، من خلال التدخل الإداري لمراقبة العملية التعاقدية من بداية تكوين العقد إلى غاية تنفيذه، بحيث تتجلى في مراقبة الاعتبارات و المؤهلات المادية و التقنية لصفة المتعاقد، التي تضمن من خلالها إختيار المتعاقد الأفضل و المؤهل القادر على تنفيذ التزاماته، أو التدخل في مرحلة التنفيذ لتطويع العقد و إعادة توازنه للحد الذي يمكن تنفيذه، بما يحقق الفعالية اللازمة التي بدورها تضمن تجسيد سياسة الدولة الضابطة، أما في حالة الإخلال بالالتزامات و الواجبات التعاقدية الناتج عن التقاعس أو التماطل في تنفيذ المتعاقدين لالتزاماتهم التعاقدية، فإن المشرع قد استحدث آليات جزائية جديدة غير مألوفة ضمن القواعد العامة للنظرية العقد، قد تبدو غريبة عن مفهوم الجزاء ضمن القواعد العامة، التي تهدف في مجملها إلى عدم زوال العقد أو انقضاء العلاقة التعاقدية، عكس الجزاء ضمن القواعد العامة التي تؤدي إلى زوال العقد و إنهاء العلاقة التعاقدية عن طريق البطلان أو الفسخ، مما لا يتماشى مع فكرة الفعالية الاقتصادية التي تتجلى بضمان تنفيذ العقد و ضمان الفعالية اللازمة منه، إذا ما هي هذه الآليات الجديدة التي تضمن فعالية الجزاء هذا من جهة (المطلب الأول).

من جهة أخرى و نظرا لتغلغل القانون العام في القانون الخاص، و ظهور السلطات الإدارية التي اعتبرها المشرع الجزائري سلطات شبه قضائية نظرا لتمتعها بسلطة العقاب بشكل جلي في العلاقة التعاقدية، حيث نتدخل بجزءات ردية ضد المتعاقد الذي يخل بالتزاماته، خاصة بعد تجسيد فكرة التعاون بين المشرع و القاضي و حتى هذه السلطات إما بالإخطار أو الاستشارة، الذي ساهم في تطوير و تنوع إقرار هذا الجزاء (المطلب الثاني).

المطلب الأول

آليات جزائية جديدة بديلة عن فكرة زوال العقد

الأصل في القانون المدني، أن الجزاء أو العقاب من إختصاص القاضي العادي، بحيث مكن له المشرع و الفقه إمكانية التدخل في العلاقة التعاقدية، قصد تطويع العقد إلى الحد الذي يضمن تنفيذه، بحيث تكون فيه الالتزامات و المصالح المتقابلة متوازنة وقابلة للتنفيذ، سواء من خلال إزالة الغموض أو تفسير الظروف التي قد تحدث أثناء تنفيذ العقد، لكن في حالة إذا ما لم يستطع القاضي التوصل تحقيق ذلك التوازن المنشود لتنفيذ العقد و تحقيق الفعالية اللازمة منه، فإنه يلجئ إلى تقرير بطلان العقد أو فسخه إما لتخلف أحد شروطه أو أركانه طبقاً للقواعد العامة، إلا ان هذا الجزاء اعتبره الفقه الحديث ذو النزعة الاقتصادية جزاء خطير على العلاقة التعاقدية، لا يخدم الفعالية المرجوة منها و لا يحقق الهدف المنشود من وراء هذا التعاقد، خاصة بعد ارتباط تنفيذ سياسة الدولة بضمان تنفيذ العقد وليس زواله، مما دفع بالبحث عن بدائل عن فكرة إنهاء و زوال العقد عبر مرونية القوة الملزمة للعقد، التي تضمن تطويع العقد و تنفيذه وفق مقتضيات النظام العام التنافسي، من خلال فكرة تجدد مبادئ النظرية العامة للعقد مع قانون الضبط الإقتصادي، الذي يسمح بتدخل تدخل الهيئات الإدارية المستقلة بما تملكه من سلطة العقاب بالتعاون مع القاضي لتقرير الجزاء (الفرع الأول)، الذي نجم عنه تطور فكرة الجزاء عبر تكريس آليات تطوع العقد لتجعل تنفيذه ممكن بذل انقضائه و زواله. (الفرع الثاني).

الفرع الأول

التعاون بين القاضي والسلطات الإدارية المستقلة في تقرير الجزاء

لقد اعترف جل الفقه بدور القاضي في تطويع العقد للحد الذي يضمن توازنه و تنفيذه، إلا أن هذا الدور تراجع مع المتغيرات الاجتماعية و التحولات الإقتصادية، التي أدت إلى تطور و تنوع العلاقات التعاقدية، بحيث أصبحت معقدة لا يمكن الإمام و الإحاطة بجميع جوانب العقد، خاصة في النشاطات ذات الطابع الاقتصادي أو التقني التي لا يتمكن القاضي من الإمام بها، مما

قد يعرض قراراته للشبهة بشأن النزاعات التي تعرض عليه في مثل هذه المجالات، كذا الجزاء التقليدي الذي يقضي بفسخ العقد أو إبطاله لا يخدم الفعالية اللازمة للعقد، مما دفع بالقاضي لقبول فكرة التعاون مع الهيئات الإدارية المستقلة ذات الطابع التقني، التي تمكنه من سد الإبهام والغموض سواء عن طريق الاستشارة و تبادل المعلومات، أو توقيع الجزاء بحيث أصبحت هذه الهيئات الادارية فاعل جديد في توقيع الجزاء "أولاً"، يتصف بنوع من المرونة بعيدا عن الصرامة التي يتصف بها الجزاء التقليدي للقاضي، يأمل منه تحقيق الفعالية اللازمة من العقد "ثانياً".

أولاً: السلطات الإدارية المستقلة فاعل جديد في توقيع الجزاء:

منح المشرع لسلطات الإدارية المستقلة صلاحيات واسعة حتي يمكنها من أداء وظائف الضبط الإقتصادي، تنظيمية تمثل في تنظيم السوق و حماية المنافسة عبر تنظيم دخول المتعاملين للسوق، استشارية عن طريق تقديم استشارات لجهات تنشط في مجال تطوير النشاط الإقتصادي، و عقابية و التي تعبر أكثر خطرا نظرا لكونها تمس بحريات الأشخاص و مكرسة للقاضي دستوريا للقاضي، مما اعتبره بعض الفقه¹، في البداية توسعا خطيرا و تجاوزا للاختصاص و الدور التقليدي للقاضي²، خاصة اعتبار هذه السلطات شبه قضائية و تمكينها من تسليط الجزاء المناسب، باسم النظام العام الإقتصادي.

يرى البعض الآخر في هذا الصدد، أن الاختصاص في فصل النزاعات بين المتعاقدين يعود للقاضي بصفته صاحب التفويض الأصيل، و أن فكرة توقيع الجزاء من طرف السلطات الإدارية قد تطورت من خلال المفاهيم الإقتصادية الجديدة و الوسائل البديلة في حل النزاعات التي يدعوا إليها فقهاء القانون الإقتصادي، من خلال فكرة التحكيم و الوساطة و الصلح و التوفيق، بصفتها

¹ M. Hervieu, op.cit, p 220

² « ...spécificité de la régulation de l'ordre public économique.confiée aux A.A.I. la mission de régulation de l'ordre économique justifie l'exercice d'une contrainte renforcée sur le contrat qui dépasse la compétence traditionnelle du juge.ces autorités de régulation obéissent à une démarche d'analyse d'ordre économique, dictée par l'intérêt général... » M.Hervieu, ibid, p 615.

هيئات مستقلة متخصصة في المجال التقني الهادف لضبط السوق، المتفرع على جميع الأنشطة الاقتصادية والتجارية و المالية، كما تضمن نوع من الحياد عن الدولة نظرا لتمتعها بالاستقلالية¹.

في حين يرى بعض الفقه الأخر، أن هذا التكريس لصلاحيات الجزاء للسلطات الإدارية المستقلة، ناتج عن عجز ورفض تدخل القاضي في المجالات الخاضعة للضبط، أين ظهرت محدودية القاضي في هذه المجالات و محاولة الهروب من القضايا المعروضة عليه بداعي عدم الاختصاص، كذا الإجراءات القضائية المعقدة التي تعطل المصالح و تفقد العقد من قيمته الاقتصادية الحقيقية²، كل هذا دفع الفقه إلى اعتبار أن السلطات الإدارية المستقلة بسلطاتها الواسعة و مؤهلاتها التقنية في قطاعها، يمكنها أن تسد عجز القاضي من خلال إشراك الخبراء و المحترفين سواء في وضع القواعد القانونية التي تتوافق مع تطوير السوق للنشاط الاقتصادي المضبوط، أو في حل الإشكالات و النزاعات القائمة في السوق بين المتعاملين الاقتصاديين³، بنوع من المرونة و التوافق يضمن تنفيذ العقد و الفعالية اللازمة، كذا التشاور و التعاون بين القاضي و هذه السلطات إذ نجد القاضي يرسل استشارات مكتوبة ترد عليها السلطات الإدارية المتخصصة، قصد تنوير و تصويب قرار القاضي، كذا عمليات الإخطار التي تقومها هذه السلطات عن الإشكالات و التجاوزات في السوق للقاضي من خلال مهامه التحقيقية.

كذا يرى البعض الأخر، أن منح سلطة العقاب للسلطات الإدارية المستقلة، ناتج عن فكرة إزالة التجريم من المجال الاقتصادي⁴، الذي كرس نتيجة لضرورات اقتصادية تبعته تبريرات قانونية، تمثلت في محدودية القاضي في الفصل في النزاعات التنافسية التي تتطلب السرعة و الاثتمان

¹ خرشي إلهام، المرجع السابق، ص 268.

² عيساوي عز الدين، الرقابة القضائية على السلطة القمعية للهيئات الإدارية المستقلة في المجال الاقتصادي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، سنة 2015، ص 109.

³ منقور قويدر، المرجع السابق، ص 17.

⁴ خلفي عبد الرحمان، ظاهرة الحد من العقاب (التحول من العقاب الجنائي إلى العقاب الإداري)، المجلة الأكاديمية للبحث العلمي، عدد خاص 2015، بجاية، ص 608.

مما يشل الفعالية الإقتصادية، عبر مصطلح الذي تطبقه الدولة تحت مفهوم القمع الإداري¹، بحيث يمكن للهيئات الإدارية المستقلة تسليط عقوبات إدارية، بناء على مفهوم النظام العام الإقتصادي و بنوع من المرونة تضمن تحقيق ضبط السوق المفتوح على المنافسة، فمثلا في نشاط التأمين من خلال تحويل لجنة الإشراف على التأمينات السهر على الرقابة على شركات التأمين و توقيع الجزاء عليها، قد تكون إدارية أو مالية وحتى جنائية لكن بشرط أن لا تصل إلى المساس بالجزاءات السالبة للحرية التي تخضع لمبادئ أخرى تضمنها قوانين خاصة.

من خلال هذا يتبين أن أغلب الفقه يشجع التوجه نحو الجزاء الإداري بدل الجزاء الجزائي، خاصة في المجال الإقتصادي إذ أغلب الفقهاء و الباحثون يبحثون عن تنفيذ العقد بكل الوسائل الممكنة لتحقيق الفعالية اللازمة منه، وبذلك تحقيق الفعالية الإقتصادية و تنفيذ سياسة الدولة، من خلال التدخل السلس و المرن لهذه الهيئات من أجل حماية المتعاقدين لضمان تنفيذ العقد و فق الغاية المرجوة منه لتحقيق الفعالية الإقتصادية، بدل الجزاء الكلاسيكية التي تشل هذه الفعالية عند تقرير انقضاء و زوال العقد، و بهذا يكون تكريس السلطات الإدارية المستقلة في مهمة تطبيق العقاب بجانب القاض ليس تجاوز لدوره إنما هو تشجيع و تعاون للسيطرة على التجاوزات المختلفة في السوق للتمكن من ضبطه و تطويره بعدما تحقق الفعالية الإقتصادية.

ثانيا: الجزاء المرن للسلطات الإدارية المستقلة: إنقاذ للعقد من الزوال

من المعلوم أن السلطات الإدارية المستقلة تمتاز بسلطة التنظيم، التي تمكنها من مرافقة و مراقبة العملية التعاقدية من بداية التكوين إلى غاية التنفيذ، عبر آليات توجيهية وقائية تضمن إختيار المتعاقد الأفضل القادر على تنفيذ التزاماته، من خلال مراقبة مدى خضوعه للشروط التعاقدية المطلوبة للحصول على الاعتماد بالتعاقد، قصد تفادي كل ما يمس بقواعد العام الإقتصادي التوجيهي، الذي من شأنه تقرير البطلان وفقا للأحكام العامة الذي لم أصبح يحد من الوظيفة

¹ العطور رنا، " السلطات العقابية للهيئات الإدارية المستقلة ودورها لافي إتساع دائرة التجريم"، مجلة المنارة، المجلد 16، العدد 2012/2، الأردن، ص37.

العقدية، بحيث تهدف هذه السلطات توجيه العقد وضمان شروط صحته و أركانه قصد تفادي إبطاله كإجراء وقائي أولي، ثم إصلاحه و تطويعه قصد ضمان تنفيذه بذل بطلانه وإنهائه¹.

هنا يرى بعض الفقه²، أن العقد إذا كان لا يطابق قواعد السوق أو نفذ مخالفًا له، فالأصل أن مصيره الإبطال أو الإلغاء أو الفسخ كجزاء وفقا للقواعد العامة، إلا أنه اعتبر جزاء قاسيا يشل الفعالية التعاقدية التي يقوم عليها اقتصاد السوق، ولا يتوافق مع مقتضيات السوق المفتوح على المنافسة، مما دفع بالفقه إلى البحث عن جزاءات أخرى يمكن من خلالها تطويع العقد وفق مقتضيات هذا السوق، دون الوصول إلى درجة إنهائه وانقضائه، تتجسد في إمكانية تدخل كل من لقاضي و السلطات الإدارية المستقلة خاصة مجلس المنافسة في العقد، قصد تعديله بنوع من المرونة بما يوافق مقتضيات السوق لضمان تنفيذه بذل إبطاله وزوله مما يؤثر على الفعالية الاقتصادية.

أما فكرة الجزاء المرن، فإنها ذات فعالية أفضل من صلابة الجزاء الكلاسيكي، التي تبحث عن الحلول الملائمة للوضعية القانونية قصد تطويع العقد وضمان تنفيذه، مما لا يؤثر على القطاعات الخاضعة للضبط، فثلا سوق الاتصالات تسهر الدولة على ضمان مبادئ المرفق العام في هذا القطاع من خلال استمراريته وانتظام الخدمات المقدمة للجمهور، وفق الأحكام التنظيم والقانونية للخدمة العامة مع احترام الآداب العامة، وعلى هذا الأساس جاء تحول سلطات الضبط في هذا القطاع اختصاصات اقتصادية تتعلق بالسهرة على مشروعية المنافسة و شفافيتها إضافة إلى اختصاصات أخرى ذات طابع تقني تتعلق خاصة بتخطيط و تسير و تخصيص و مراقبة استعمال ذبذبات من الحزم، ضمن إعادة المخطط الوطني للترقيم و دراسة طلبات الأرقام و منحها للمتعاملين، ومن جهة أخرى يؤهل المشرع سلطة الضبط في هذا القطاع لاعتماد التجهيزات التقنية، التي تشكل بها

¹ فيما يخص الضبط السابق للسوق، تم التطرق إليه في الباب الأول، كذا بوجملين وليد، المرجع السابق، ص 264-265.
² M. Hervieu, op.cit,p 534

لجنة الضبط برقابة المنافسة و مراقبة تنفيذ العقد واجبات المرفق العام، باختصاصات تقنية مكملة على غرار مراقبة التنظيم التقني و شروط النظافة و الأمن و حماية البيئة...¹.

تحمل فكرة الضبط الإقتصادي أهداف متنوعة منها اقتصادية و منها اجتماعية و أخلاقية و حتي دولية، واقفة كلها على مفهوم ضبط السوق المفتوح على المنافسة بواسطة العقد ، مما أعطى كل هذه الأهمية كبيرة الواقفة على ضمان تنفيذ العقد، ما دفع كل المشرع بتكريس التصور المرن للعقد الذي يسمح يتدخل السلس و المرن للسلطات الإدارية المستقلة للتجاوب مع مقتضيات السوق بصفتها سلطات مختصة على قدر من الذارية، بتوظيف حلول ملائمة قد تضمن تنفيذ العقد عن طريق رقابتها المستمرة و المرافقة الدائمة للعملية التعاقدية².

من جهة أخرى وظيفة الضبط الاقتصادي، تتطلب فقط قواعد مرنة من أجل التدخل في مختلف القطاعات الضبطية الحساسة و المتغيرة ذات الطابع التقني و الاستراتيجي، بشكل سريع و دقيق في حالة حدوث الإشكالات العقدية من أجل الإبقاء و الحفاظ على العقد من الزوال، و من خلال هذه الأهمية الاستراتيجية للعقد في ضبط السوق لم يجز تدخل السلطات الإدارية في العقد بأسلوبها المرن، بل لأكثر من ذلك عندما إعتد المشرع فكرة توقيف³ العقد بذل زواله في

¹ « ... La légitimité du régulateur tient ensuite à la reconnaissance de sa compétence technique par les opérateurs. Il y a là une différence sociologique fondamentale avec la relation qu'ont les entreprises au juge, voire à l'autorité de concurrence, auxquels il ne cesse d'être reproché, avec plus ou moins de justesse, l'absence de compréhension des mécanismes et de la spécificité des marchés. Cette compétence est notamment assurée par le recrutement de techniciens et d'ingénieurs, et non de simples juristes ou fonctionnaires. Ce recrutement de spécialistes est rendu possible par une dérogation aux règles traVoir, N.Charbit, op.cit, p 59

² عيساوي عز الدين، المرجع السابق، ص 116.

³ نظام وقف تنفيذ العقد في حالة وجود القوة القاهرة، لم يعترف به الفقه و لم يلقى الإهتمام التشريعي في القانون المدني، من ذلك القانون المدني الجزائري، بل كان النص فقط على إستحالة الكلية لوجود القوة القاهرة، انظر، حامي حياة، استحالة تنفيذ الإلتزام المؤقتة، م.ج.ع.ق.إ.س، العدد 2017/1، كلية الحقوق، جامعة الجزائر-1، ص 218 و ص 227، في حين أنه ذهب البعض الآخر إلى القول " ... إن فكرة إيقاف تنفيذ العقد، تعد من الأوضاع حديثة العهد في القانون، فلم يكن الإيقاف، و حتى عهد قريب، معترفاً به فقهاً أو قضاءً، حيث لم يكن للغستحالة سوى أثراً واحداً، سواء أكانت مؤقتة أم دائمة، وهو الفسخ، بما يترتب عليه من زوال العقد و انقضاء الإلتزامات الناشئة عنه رغم الإستحالة لم تكن تدوم في بعض الحالات. و أما بعد أن ظهر إيقاف التنفيذ ككيان قانوني متكامل، أصبح له خصائص تميزه عن غيره من الأنظمة القانونية و تجعله مرحلة وسط بين تنفيذ العقد و فسخه... "وسن قاسم غني الخفاجي، إيقاف التنفيذ المؤقت في العقود، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 2006، ص 14.

حالة القوى القاهرة¹، و استبدال المتعاقد الضعيف بأخر أكثر مؤهلات تقنية و مادية أو استبدال صفة المتعاقد كآليات جديدة لانقاد العقد من الانقضاء و الزوال.

الفرع الثاني

الآليات الجديدة لانقاد العقد من الزوال

بعد الأهمية التي تناولها سابقا للعقد ودوره في تنفيذ سياسة الدولة الضابطة، إذ اعتبر وسيلة لضبط السوق سواء السابق لضمان إختيار المتعاقد الأفضل القادر على تنفيذ هذه السياسة، أو اللاحق من خلال مرافقة و مراقبة العملية التعاقدية بما يضمن تنفيذ العقد وفق مقتضيات السوق المفتوح على المنافسة، عن طريق تكريس آليات جديدة غير معروفة ضمن القواعد العامة لنظرية العقد، تضمن تطويع العقد و معالجة الإشكالات التي تحصل بين المتعاقدين حتى تضمن تنفيذ العقد وتحقيق الفعالية اللازمة منه، بذل الآليات التقليدية التي تقضي بإنقاء العقد وزواله، و التي تعتبر بمثابة حلول تضمن إنقاد العقد من الزوال و المحافظة عليه تتجلى في فكرة توقيف العقد "أولاً"، و فكرة استبدال صفة المتعاقد "ثانياً".

أولاً: توقيف العقد: مهلة إضافية للمتعاقدين و إعفاء من المسؤولية

إن مفهوم الضبط الإقتصادي يقوم على ضمان تنفيذ العقد الحامل في طياته الأهداف الإقتصادية و الاجتماعية و التنموية للدولة، و انقضاء هذا العقد أو زواله طبقاً للقواعد العامة المقررة في الجزاء الكلاسيكي ضمن القواعد العامة لنظرية العقد، مثلاً المقررة في القوة القاهرة لاستحالة التنفيذ²، يعني زوال هذه الأهداف و غيات الآمال المرجوة منه، مما جعل المشرع يبحث عن آليات و أفكار جديدة تتوافق مع العلاقات التعاقدية الجديدة و المعقدة، بحيث تحافظ على العقد من الزوال، نجد في هذا التوجه مثلاً القرار المؤرخ في 18 فيفري 2016³، حيث

¹ بعجي أحمد، المرجع السابق، ص 410.

² تنص المادة 307 ق.م (يقتضي الإلتزام إذا ثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي خارج عن إرادته).

³ هذا القرار ينص على منح تقديم الخدمة العامة للمواصلات السلكية و اللاسلكية لشركة " إتصالات الجزائر، شركة ذات أسهم" الصادر عن وزارة البريد و تكنولوجيا الإعلام و الإتصال، العدد 25.

نصت المادة 18 منه على أنه " في حالة إضرار أحد الأطراف إلى الانقطاع عن القيام بالتزامه على إثر حالة القوة القاهرة، يتم تعليق تنفيذ العقد، و خلال هذه المدة التي يستحيل خلالها بشكل واضح على الطرف المقصر ضمان تنفيذ دفتر الشروط، أو التي لا يمكن خلالها أن ينفذ التزاماته إلا في ظروف مكلفة جدا مقارنة بالظروف الأولية، يؤدي وقوع حالة القوة القاهرة إلى التعليق الفوري لدفتر الشروط و إعفاء الطرف المقصر من المسؤولية طيلة فترة التعليق هذه، ابتداء من إبلاغ الطرف المعني، شريطة أن يتم ذلك عن طريق البريد المضمون إشعار بالاستلام مبلغ في أجل أقصاه 10 أيام، وبعد وقوع الحدث أو الأحداث المحتج بها، يستفيد صاحب الرخصة العامة من أجل إضافي تساوي مدته مدة التأخر المترتب على حالة القوة القاهرة، و يتم تقدير مدة هذا الأجل من طرف مصالح سلطة الضبط".

يظهر من خلال هذا النص أن المشرع في مثل هذا القطاع الحيوي و الاستراتيجي الخاضع لسلطة ضبط، يحرص كل الحرص على عدم انقضاء و زوال العقد المبرم في خدمات الهاتف النقل و الاستفادة من الخدمة، و هذا ما أدى به للخروج بجزء جديد غير مألوف في القواعد العامة، و هذا في حالة القوة القاهرة، فمن المعلوم أن هذه الأحوال تنهي الإلتزام و العقد بقوة القانون دون أي أثر قانوني في جانب المتعاقدين تؤدي إلى انقضاء الإلتزام بسبب استحالة الوفاء به لكن المشرع قدر رأى غير ذلك، و بالتالي غير من فرضية زوال العقد و استبدالها بفرضية توقيف العقد، من خلال إعفاء كلا الأطراف من المسؤولية، طيلة فترة تعليق أو توقيف العقد، و بهذا فكرة توقيف العقد تستوجب التخفيف من فرضية القوة القاهرة التي تؤدي دائما لزوال و انقضاء العقد، لكن يستوجب إيجاد حلول أخر نظرا لمسيرة التغيرات و التحولات الإقتصادية.

ثانيا: استبدال المتعاقد:

أشار المشرع إلى حالة سحب الاعتماد من جانب المرقى العقاري إلى سبب من الأسباب التي أوردتها المادة 64 خاصة بعدم تنفيذ التزاماته و التماطل في تنفيذها أو التنفيذ الجزئي لها، إلى

حل يوافق استكمال تنفيذ المشروع السكني العقاري وهو استمرارية العلاقة العقدية، حيث أشارت إليه المادة 57 من القانون رقم 04/11 (يؤدي كل سحب للاعتماد من المرقى العقاري كأحد الأسباب المحددة أدناه أو سبب آخر، إلى حلول صندوق الضمان قانونا محل المقتنين ويخوله حق متابعة عمليات إتمام انجاز البناءات بموجب التزام مرقى عقاري آخر على حساب المرقى العقاري الأصلي و بدال عنه و ذلك في حدود الأموال المدفوعة... (يظهر من هذا النص أن المشرع لم يمه العالقة العقدية بين المقتني و المرقى العقاري، بل أسقط صفة المرقى العقاري و استبدلها بقوة القانون بصندوق الضمان و الكفالة المتبادلة الذي يلجأ إلى مرقى عقاري آخر يلتزم بنفس الالتزامات التي التزم بها المرقى العقاري المخل بالتزاماته³.

يحاول المشرع قدر الإمكان المحافظة على العالقة العقدية و بقائها، و بالتالي يتفاد نزوالها، و من أجل ذلك يلجأ إلى إسقاط صفة المتعاقد في العقد لكن مع بقاء العالقة العقدية سارية المفعول، و هذا في أحوال عديدة من ذلك إسقاط صفة المرقى العقاري حين يرتكب بعض المخالفات أو حالة عدم تنفيذه التزاماته، فيستبدله المشرع بمرقى عقاري آخر، و هذا عندما يحل محله صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة.

مع أنه قد يحل صندوق ضمان المؤمن لهم محل شركات التأمين بعد أن تفلس و تصفّى شركة التأمين و ينهى مركزها القانوني، و بالتالي حتى الاعتراف بإسقاط صفة المتعاقد من العقد لا يؤدي إلى زوال العقد، بل بالأحرى لا تقضي على الالتزام بالتنفيذ و الضمان كما في القواعد العامة، من ذلك عقد الوكالة كما جاء في المادة 586 ق.م (تنتهي الوكالة بإتمام العمل الموكل فيه أو بانتهاء الأجل المعين للوكالة و تنتهي أيضا بموت الموكل أو الوكيل، كما تنتهي الوكالة أيضا بعزل الوكيل أو بعدول الموكل). ففي هذا النص يظهر أن صفة الوكيل تسقط من عقد الوكالة و ينهى العقد تبعا لها، نظرا للاعتبار الذي قام عليه هذا العقد، و بالتالي لا يؤدي عزل أو إنهاء مركز الوكيل على إسقاط صفته فقط، بل يؤدي إلى زوال العقد ككل¹، كل هذا التدخل بواسطة آليات جيدة

¹ بعجي أحمد، المرجع السابق، ص 255.

لضمن تنفيذ العقد و حمايته من الزوال، دفع من جهة أخرى بالمشرع إلى تطوير وتنوع إقرار الجزاء بما يضمن الفعالية اللازمة.

المطلب الثاني

تطور وتنوع إقرار الجزاء

بعدها تبين محدودية الجزاءات الكلاسيكية التي يقرها القاضي ضمن القواعد العامة، وعدم توافقها مع مقتضيات التعاقد في ظل السوق المفتوحة على المنافسة، التي تهدف للمحافظة على العقد وإنقاضه من شبح الزوال لتحقيق الفعالية اللازمة منه و تجسيد سياسة الدولة الضابطة، دافع بالمشرع إلى إقرار وتكريس تدخل الهيئات الإدارية المستقلة في العلاقة التعاقدية سواء في مرحلة التكوين أو مرحلة التنفيذ، بما يضمن تحقيق ذلك وفق أسلوب سلس ومرن وبآليات غير مألوفة ضمن قواعد نظرية العقد، لكن في حالة إذا ما سجل التعسف و التقاعس من طرف المتعاقدين عن تنفيذ التزاماتهم و عدم امتثالهم للشروط المطلوبة، أو الإضرار للسوق وحرية المنافسة فإن المشرع رتب جزاءات جديدة إدارية تسلطاها هذه الهيئات الإدارية المستقلة، بحيث تشتد باشتداد المخلفات المرتكبة (الفرع الأول)، إلا ان تصل إلى جانب الجزاء الجنائي (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الجزاء الإداري

وفقا للقواعد العامة فإنه من غير المعقول التدخل في العلاقة التعاقدية من غير الأطراف، باستثناء القاضي وفقا لمقتضيات النظام العام، لكن مع فكرة التجدد و التعايش لنظرية العقد مع فكرة الضبط، الذي أصبحت من خلاله تتدخل هذه الهيئات الإدارية المستقلة لتطويع العقد بما يضمن تنفيذه، وأوسع من ذلك حين أقر لها المشرع إمكانية تطبيق الجزاء الإداري، الذي يتنوع بتنوع نوع المخالفة المرتكبة و يشتد كلما كانت جسامة هذه المخالفة أكبر توسعا و نطاقا، ذات تأثير على توازن السوق المفتوح على المنافسة، أو بعدما يكون قد تم الاستفادة من طرق التدخل لمعالجة

الاختلالات و الإشكالات التي تصادف تنفيذ العقد وفق فكرة المرونة، فأحيانا نجد هذا الجزاء الإداري ردعيا "أولا" و أحيانا أخرى نجده تحفظيا على حساب الغاية المرجوة من ذلك "ثانيا".

أولا: الأسلوب الردعي للجزاء الإداري:

تتجلى حدة اللهجة من قبل السلطات الإدارية المستقلة في تقرير الجزاء المتمثل في سحب الرخص و الإعتمادات الممنوحة مسبقا للمتعاقدين الذي استفد مسبقا من ذلك، وهو عدم إمكانية ممارسة النشاط الذي سبق له و ممارسته بعدما تحصل على هذه الرخص و الإعتمادات، لكن لارتكابه مخالفات تمس بتوازن السوق المفتوح وتقييد من حرية المنافسة، من خلال تقاعسه عن تنفيذ التزاماته مما يحد من الفعالية اللازمة للعقد، فإن هذه السلطات تقوم بسحب الرخص و الإعتمادات الممنوحة له، الذي يختلف في جوهره عن البطلان المطلق، وقد نصت المادة 45 من الأمر 07/95 المتعلق بالتأمينات المعدل بالأمر 04/06 و التي رتبت البطلان المطلق على مباشرة المتعاقد نشاط التأمين وإعادة التأمين و فروع شركات التأمين الأجنبية إلى قرار يصدره الوزير المكلف بالمالية بناء على الاقتراح المقدم من لجنة الإشراف على التأمينات بعد أخذ رأى المجلس الوطني للتأمينات¹.

كذا تطرق المشرع إلى هذا الجزاء في مجال البورصة، من جانب الوسيط من جانب اللجنة التي منحت له هذا الحق عبر الاعتماد، إذ يعتبر الوسيط هو الذي لم يكن ليباشر هذا الإلتزام عند استجابته لكل الشروط القانونية المطلوبة في صفته، و بمفهوم المخالفة فإذا تم خرق أو عدم الإلتزام بالشروط التي قبلها فإن ذلك يعرض لحالة السحب الكلي و النهائي، كما جاء في نص المادة 55 من المرسوم التشريعي 10/93، و الحال لا يختلف كثيرا بالنسبة لسحب الاعتماد الإداري بصورة نهائية للمؤسسة المالية أو البنك من جانب اللجنة المصرفية، كما جاء نص المادة 114 الفقرة 3 من ق.ن.ق، هذا على سبيل المثال لا الحصر فقد تعدى هذا الإجراءات مجالات عديدة

¹ فارح عائشة، المرجع السابق، ص 251.

خاضعة للضبط الإقتصادي مثلا ما جاء في نص المواد 35/36/37 من القانون 04/18 في المادة 127 "يمكن لسلطة ضبط البريد والاتصالات الإلكترونية ممارسة عقوبة السحب المؤقت و حتى النهائي في حالة عدم امتثال المتعامل لشروط الإعذار الموجهة إليه¹.

ثانيا: الأسلوب التحفظي للجزاء الإداري:

يعتبر الجزاء التحفظي رقابة احترازية من طرف سلطات الضبط الإقتصادية على المتعاقد، لا تلجئ إليه هذه الأخيرة إلا إذا رأت أن التعاقد على نحو معين وبأهداف مسطرة مسبقا قد تمس مصالح المتعاقدين أو المصلحة العامة، مما قد يخل من التوازن العقدي وتوازن السوق، عن طريق لجوء هذه السلطات المستقلة إلى جزاءات إدارية تحفظية قد تكون إجراء المنع من التعاقد (01)، أو تقليص النشاط لضرورة لحماية توازن السوق والمنافسة (02).

01- المنع من التعاقد

أقر أغلب الفقه² أن سحب الاعتماد، يمثل إجراء غير مباشر للمنع من التعاقد حيث من خلاله تقوم السلطة الإدارية المؤهلة التي منحت الاعتماد بسحبه إذا ما رأت مبررا لذلك، لأنه في بعض الأحيان تمارس سلطات الضبط سلطة توقيع الجزاء التأديبي الذي يترجم عبر المنع المباشر من التعاقد، من خلال سلطة الرقابة الاحترازية التي تطبق بإجراء المنع من التعاقد إذا كانت الحالة المالية مستعصية، ويكون ذلك بصورة تحفظية لهذا الإجراء التأديبي الذي يسمح للسلطة عندما تكون وضعية المؤسسة غير معروفة لدى الجمهور و العامة تبحث عن زبائن جدد للتعاقد معها و أخذ ضمانات لاكتتاب تعهدات قد لا توفي بها، كما هو الحال بالنسبة للبنوك و شركات التأمين، و بالتالي منع هذه الشركة من إجراء و إبرام عقود جديدة، كما طريقة خاصة للحفاظ على الزبائن ضد النتائج الكارثية للإفلاس.

¹ خرشي إلهام، المرجع السابق، ص 310.

² M. Hervieu, op.cit, p685 et 684

هذا المثال قد لا يكفي الدور الرقابي المستمر و الوقائي للجنة الإشراف على التأمينات لرقابة وضعية شركات التأمين، و خاصة إذا ما أصبح حال الشركة صعبا من الناحية المالية، فتلجأ اللجنة إلى وظيفة أخرى و هي وظيفة التدخل في تسيير مهام الشركة من خلال اتخاذ مجموعة من التدابير التحفظية¹، إذا تبين أن تسيير شركة التأمين من شأنه أن يعرض مصالح المؤمن لهم و المستفيدون من عقود التأمين للخطر جاز للجنة الإشراف على التأمينات اتخاذ الإجراءات التي تصحح بها وضعية الشركة، و النهوض بوضعيتها المالية²، كما جاء في المادة 213 من الأمر رقم 04-06، وهو بمثابة إجراء تحفظيا للحفاظ على مصالح المؤمن لهم .

من خلال هذا يفهم أنه عندما تمنع شركات التأمين أو إعادة التأمين من إبرام عقود جديدة لحماية مصالح المؤمن لهم، فالمشرع أشار إلى ذلك في المادة 213 (منع حرية التصرف في كل أو جزء من عناصر أصول الشركة....) وهو يدل على حظر إبرام عقود جديدة من خلال استعمال المشرع عبارة (الأصول) دون الالتزامات، كما أن اللجوء إلى هذه التدابير التحفظية يعد منعا مباشرا من التعاقد، أما حالة سحب الاعتماد فيمثل جزاء أخطر من المنع من التعاقد وهو منع ممارسة النشاط الاقتصادي، نظرا لتخلف أحد الشروط أو لارتكاب مخالفات قد تضر بالسوق و المنافسة الحرة.

الفرع الثاني

الجزاء الجنائي

العقاب كأصل عام و طبقا للقواعد العامة، هو جزاء لتصرف خاطئ يراد منه توجيه و ضبط سلوكيات الأشخاص وفق قانون معين خاضع لمقتضيات يرمى حمايتها، أما العقاب في قانون الضبط الاقتصادي هو جزاء لتصرف خاطئ مس او قد يمس بالسوق و حرية المنافسة، يتنوع على حساب الهيئة المتدخلة للعقاب، إلا أنه وفقا لقواعد الضبط الاقتصادي لا يلجأ إليه، إلا بعد تجاهل

¹ فارح عانشة، المرجع السابق، ص 211

² بعجي أحمد، المرجع السابق، ص 419.

الأوامر و التحذيرات التي تصدرها هذه الهيئات المتخصصة، التي قد تكون في شكل إجراءات تمهيدية تحذيرية تكون شديدة اللهجة القانونية بغرض لفت انتباه من أجل أن يتدارك المتعاقد و يقوم بتصحيح أخطائه، غالبا ما تكون في شكل إجراءات تأديبية تمهيدية قبل العقاب "أولا"، وفي حالة عدم تاركة لهذه الأخطاء تشتد اللهجة من خلال عقوبات جزائية "ثانيا".

أولا: الإجراءات التأديبية: إجراءات تمهيدية للعقوبة

هي إجراءات عقابية خفيفة اللهجة يراد منها المشرع لفت انتباه الشخص الذي أخطأ من أجل تصحيح أخطائه، فمثلا تلجأ لجنة الإشراف على التأمينات إلى تسليط جزاءات تأديبية على شركات التأمين، كما نصت عليه المادة 241 من الأمر 04/06، التي تمثل عقوبة مالية، الإنذار، والإيقاف المؤقت لواحد من المسيرين، بتعين أو دون تعيين وكيل متصرف مؤقت، كما يتخذ قرار التوقيف من خلال السلطة التقديرية لهذه الهيئة كما نصت المادة 01/241 من الأمر 06/04 المتعلق بالتأمينات¹.

لم يختلف الامر بالنسبة للعقوبات التي تسلطها سلطة ضبط البريد و الاتصالات الإلكترونية كما جاء في القانون الجديد رقم 04/18، من خلال المادة 127، في حالة عدم احترام المتعامل المستفيد من ترخيص الشروط المفروضة عليه يمكن لسلطة الضبط أن تعذره بالامثال لتلك الشروط في أجل لا يتعدى 30 يوما، و تدرج العقوبة في حالة عدم الامثال للإعذار، يمكن لسلطة الضبط حسب درجة التقصير أن تتخذ إحدى العقوبتين، إما عقوبة مالية بمبلغ أقصاه 100.000 دج ضد كل متعامل قدم عمدا أو تهاونا معلومات غير دقيقة، أو في حالة التأخر في تقديم المعلومات، من جهة أخرى لم يكتف هذا القانون بهاتين العقوبتين، بل ذهب إلى درجة أخرى، وهي في حالة تمادي المتعامل في عدم الامثال لشروط الأعذار تتخذ سلطة الضبط وعلى نفقة المتعامل، إحدى العقوبتين، إما التعليق الكلي أو الجزئي للترخيص لمدة أقصاها 30 يوما، و

¹ عمرو جويده، المرجع السابق، ص 195.

إما التعليق بالترخيص لمدة تتراوح بين شهر(1) واحد إلى ثلاثة (3) أشهر أو تخفيض مدته في حدود سنة كما يمكن أن يتخذ ضد المتعامل قرار السحب النهائي للترخيص.

كما يسمى البعض هذه العقوبات بالعقوبات المعنوية¹، والتي تتمثل في الإنذار و التوبيخ التي تهدف إلى تصحيح و عقلنة شخص عند ممارسة نشاط اقتصادي معين، مثلا ضبط سلوك الوسيط في عمليات البورصة، من خلال تنبيهه بالسلوك المخالف للقواعد المعمول بها، و هذه عقوبات أولية قبل المرور إلى عقوبات أشد منها درجة، وقد تضمنت المادة 55 من المرسوم التشريعي رقم 10/93 المذكور سابقا على أنواع العقوبات (العقوبات التي تصدرها الغرفة في مجال أخلاقيات المهنة و التأديب هي: -الإنذار، -التوبيخ، -حذر نشاط كله أو جزئه مؤقتا أو نهائيا، -سحب الاعتماد، - أو فرض غرامات يحدد مبلغها بعشرة ملايين دينار جزائري أو بمبلغ يساوي المعتم المحتمل تدقيقه بفعل الخطأ المرتكب، -تدفع المبالغ لصندوق الضمان المحدث بموجب المادة 64 أدناه، ترفع المخالفات لأحكام التشريعية و التنظيمية المعاقب عليها بالعقوبات المنصوص عليها في المادتين 9 أو 60 أدناه أمام الجهات القضائية العادية المختصة) من جهة اخرى، يظل هدف هذه الإجراءات وقائيا من خلال المرونة في معالجة مشاكل القطاع الخاضع للضبط عكس الإجراءات العقابية الردعية.

يلاحظ من خلال هذه العقوبات المدرجة ضمن الجزاء الإداري، أنها عقوبات متدرجة لا تصل إلى المساس بحرية الشخص و لا تقيد من تصرفاته، لكنها إجراءات هامة تتبعها هذه الهيئات قبل اللجوء غلى الجزاء الجنائي، إذ يراد منها تنبيه الشخص قصد قبل إلغاء الترخيص الممنوح له مسبقا ، فمثلا سحب الاعتماد عن العمل المصرفي الذي يعد من أشد العقوبات المتخذة ضد المؤسسة المرتكبة للمخالفة، إذ بمجرد إصدارها ينتهي النشاط المصرفي²، و كل نشاط خاضع لإجراء الضبط.

¹ بعجي احمد، المرجع السابق ص 422.

² شامبي ليندة، المرجع السابق ص 449.

ثانيا: الجزاء الجنائي

رتب المشرع جزاءات جنائية في مجال العلاقات التعاقدية التي تخضع لسياسة الضبط الإقتصادي، من أجل ضمان تنفيذ العقد و تحقيق الفعالية اللازمة الهادفة لضمان الفعالية الإقتصادية، و العقاب بمفهوم الضبط هو ترهيب من قبل سلطات الضبط بحيث يجعل المتعاقدين يوفون بالتزاماتهم، و رغم أن المشرع يبتعد عن هذا الجزاء نظرا لخطورته وتأثيره على تنفيذ العقد، لكن من الضروري تكريسه حتى يضمن التنفيذ من جانب من يقومون بالاحتيايل و التلاعب في السوق، كما نجده يركز على الجانب المالي في هذه الجزاء قبل الجزاء الذي يمس بحرية الأشخاص، نظرا لأن الجزاء المالي يمكن به إصلاح الضرر المتوقع في السوق، ف نجد مثلا الجزاءات المالية و هي التي تتعلق بالذمة المالية لشركة التأمين، وذلك منها، في حالة ما إذا لم تنفذ شركات التأمين التزاماتها برفع التقارير السنوية وفق الآجال المحددة ب 30 جوان من كل سنة إلى لجنة الإشراف على التأمينات ، فإنها تفرض غرامة تأخير تقدر ب 10.000 دج أو حتى إذا منحت لها فرصة الاستفادة من تمديد لهذه المهلة، و رغم ذلك لم تلتزم بإرسال تلك التقارير، فالغرامة تضاعف إلى 100.000 دج، كما جاء في المادة 01/243 من الأمر 04/06 المتعلق بالتأمينات، كذا في حالة عدم إبلاغ لجنة الإشراف على التأمينات بمشاريع التأمينات الاختيارية قبل تطبيقها، تتعرض الشركة إلى غرامة مالية قدرها 1.000.000 دج كما نصت به المادة 248 المعدلة من الأمر 04/06 المتعلق بالتأمينات.

إن كل هذه الغرامات تقدم للخرينة العمومية، فالمشرع جعل طريقة تحصيلها تتم حسب ما تقوم به إدارة الضرائب، أي جعل هذه الغرامة تتشابه مع الضريبة المباشرة أي تتم دفعها بموجب إغذار يوجه إلى الشركة المعنية بالأمر¹، كذا أشار قانون النقد و القرض إلى العقوبات الجنائية في مجال الأعمال المصرفية التي تتمثل في:

¹ أرزيل الكاهنة، دور لجنة الإشراف على التأمينات في ضبط سوق التأمين، م ج ع ق ا س، العدد 01، سنة 2011، ص 303.

عقوبة الحبس من سنة إلى 03 سنوات، و بغرامة مالية من 05 ملايين إلى 10 ملايين دينار جزائري، ضد كل عون مجلس إدارة أو مسير البنك أو المؤسسة المالية أو محافظ حسابات المؤسسة، وأي شخص يكون في خدمة هذه المؤسسة، لا يلي بعد إعدار طلبات معلومات اللجنة المصرفية أو يعرقل ممارسة اللجنة لمهامها الرقابية، أو يبلغها بمعلومات غير صحيحة.

يعاقب من سنة واحدة إلى 3 سنوات وبغرامة مالية من 05 ملايين إلى 10 ملايين دج، أعضاء مجلس الإدارة، و مسيري أي بنك أو مؤسسة مالية وكذا المستخدمين في هذه المؤسسات: إذا تعمدوا عرقلة أعمال التدقيق و المراقبة، لم يعدو الجرد والحسابات السنوية في الآجال المحددة قانوناً، لم ينشروا الحسابات السنوية وفقاً للمادة 103 ق.ن.ق¹، ويبقى هذا على سبيل المثال لا الحصر لأن جل سلطات الضبط تملك سلطات عقابية ولهذا أطلق عليها أنها سلطات شبه قضائية.

من خلال هذا التحليل يلاحظ التدخل المتزايد لكل من المشرع و القاضي في مرحلة تنفيذ العقد، سواء لتوجيه و تعديل العقد وفق مقتضيات السوق، لضمان الفعالية الاقتصادية التي يتحكم فيها من خلال العقد، ويضمن ذلك التوجيه من خلال العقاب بخصائصه الجديدة التي تضمن فعاليته، التي تتجلى من خلال ضمان التوازنات وتحقيق المصالح العامة و الخاصة، الذي يضمن ضبط السوق وتنفيذ سياسة الدولة .

¹ شامبي ليندة، المرجع السابق، ص30.

خاتمة

ختما توصلنا من خلال هذه الدراسة لموضوع تأثير قانون الضبط الاقتصادي على النظرية العامة للعقد.

أولا تأكيد القطيعة مع الماضي فلا التصور الفردي "الكلاسيكي" بقي بريقه ولا مبادئ النظرية العامة للعقد بقيت مقدسة، من خلال تراجعها لصالح قواعد الضبط الاقتصادي نتيجة عدم قدرتها على ضمان توازن العقد في ظل السوق المفتوح على المنافسة، بعدما أصبحت تحمل في طياتها انشغالات ومهام جديدة، نابعة عن إرادة المشرع بذل إرادة أطراف العقد، لتوجيه العقد وفق سياسة ضبط السوق والبحث عن التنافسية في الاسواق، أين أصبح يؤدي وظائف اقتصادية واجتماعية كانت دافع لبعث خلفيات ومصادر جديدة للقانون، وفق تنظيم وتوجيه جديد لمفهوم العقد من خلال توجيه الحرية التعاقدية للأطراف وفق مقتضيات السوق التنافسية، سواء كان من حيث الأطراف أو المضمون عبر التدخل الإداري، لكن بدرجات متفاوتة حسب المصلحة المراد تحقيقها، كذا خرق القوة الملزمة التي عرفت تدخل سلطات الضبط الاقتصادية كفاعلين جدد ضمن العلاقة التعاقدية بالإضافة للمشرع والقاضي، لضمان الوظيفة الجديدة التي تتمثل في ضبط السوق وتحقيق المصلحة العامة، خاصة بعدما ظهرت مصالح أخرى ضمن العقد بعد توسع مفهوم الأثر النسبي.

ثانيا تأكيد تطور مفهوم العقد الناتج عن المهام والانشغالات الجديدة، من أداة تداولية يسعى من خلالها الأطراف لتلبية حاجياتهم وتحقيق مصالحهم الخاصة، إلى أداة توجيهية تسمح بتوجيه النشاط الاقتصادي بما يتوافق مع سياسة الدولة المتدخلة ذات الطابع الاجتماعي، إلى أداة ضبطية لمراقبة السوق المفتوح على المنافسة وتنفيذ سياسة الدولة، يسعى من خلالها المشرع لضبط السوق المفتوح على المنافسة، بحيث يمكن تدخل سلطات الضبط الاقتصادية كفاعلين جدد في العلاقة التعاقدية، لتوجيهها وفق مقتضيات السوق المفتوح على المنافسة باسم النظام العام التنافسي والضبطي، من خلال تدخل إداري في العلاقة التعاقدية لضمان إختيار المتعاقد الأفضل والمتميز إلى السوق التنافسية، الذي يرجي منه تنفيذ واجباته والتزاماته التعاقدية، حتى يضمن تحقيق الفعالية

اللازمة وتحقيق المصالح العامة والخاصة هذا من جهة، ومسألة التوازن التعاقدى الملازم لفكرة ضبط السوق وحماية المنافسة، عبر حماية أطراف العلاقة التعاقدية كانوا مستهلكين أو متنافسين، بما يضمن المساواة والعدالة العقدية التي تضمن توازن السوق من جهة أخرى.

ثالثاً تأكيد مقاربة التجدد والتعايش و التعاون بين مبادئ النظرية العامة للعقد وقواعد الضبط الاقتصادي، نظراً لتوافق فلسفتها مع فلسفة الضبط الإقتصادي المشجع للحريات و المبادرات الفردية الناتجة عن الحريات الاقتصادية و التنافسية، من خلال عملية تجديدية للنظرية العامة للعقد عبر انشغالها بمهام ضبط و توازن السوق لتحقيق المصالح العامة والخاصة، خاصة بعد التقارب بين القانون العام والقانون الخاص، فلم يعد هناك حدود تخيف من الاقتراب بين هذه القوانين، خاصة بعدما أصبحت هناك قوانين مختلطة يصعب فرزها وتصنيفها مثل القانون الاقتصادي الذي يعتبر مزيج بين القواعد القانونية العامة والخاصة، ما حتم هذا التجدد على النظرية العامة لمسيرة ومواجهة التغيرات الاجتماعية و التحولات الاقتصادية، دون الاكتفاء بالاختصاصات والاهتمامات الكلاسيكية، خاصة مع دورها الجديد في ظل قانون المنافسة و الضبط الاقتصادي، وأيضاً قوانين سلطات الضبط القطاعية في مختلف مجالاتها، وبالتالي تصدير معادلة التجديد وبعث الجديد للنظرية العامة ضرورية لأنها تتعرض للمزاحمة من قبل التشريعات الخاصة، التي لا يمكن إخفاء فعاليتها حتى مع المساس بمجال وكيان النظرية العامة للعقد.

لكن رغم هذا التجدد للتصورات النظرية العامة للعقد، لا يمكن أن ترقى كل الارتقاء إلى مقام قواعد الضبط الاقتصادي ذات الطبيعة الآمرة، نظراً لاختلاف المجال بين عام لقواعد الضبط الاقتصادي الذي يهدف لحماية خاصة وفي مجال معين، وخاص لمبادئ النظرية العامة للعقد التي تبقى دائماً مقيدة بمجالها العام والشامل، الذي يمنعها من الابتكار والتطور في كل وقت وحين من أجل ذلك تبقى السيادة التشريعية الخاصة، لكن هذا لا يمنع من اللجوء و الارتكاز على أحد المفاهيم التي توصلنا إليها من خلال هذا البحث حتى نتكيف مع المتطلبات الحالية وهي المرونة التعاقدية، فثلاثها هي مصدر للتعايش مع النظرية العامة للعقد فهي مصدر للتكيف مع المقتضيات

المطروحة التي تمر من خلال سلطتين مهمتين أحدهما جديدة، تتمثل في سلطة السلطات الادارية المستقلة والأخرى توسيعية تدعيمية، تنحصر في سلطة القاضي التي تتسع أو تضيق بتأثيرها بتدخلات هذه السلطات الادارية المستقلة.

غير أنه و بالنظر إلى ما تقدمه فكرة المرونة من آليات وتقنيات جديدة لمبادئ النظرية العامة للعقد، حتى تتكيف مع المهام والانشغالات الجديدة لضمان التوازنات العقدية، كما أن المرونة تلازم التصور التضامني للعقد وتعارض مع التوجيه التشريعي الصارم، فهي بذلك أداة لتجاوز الاحكام الصارمة التي اقترنت بالتوجيه لصفة المتعاقد، للتكيف مع مقتضيات العقد من توازن ومساواة تعاقدية، لبلوغ الانشغال بفكرة ضبط السوق التي لا تتحقق إلا بتوسع تدخل فاعلين جدد ضمن العلاقة التعاقدية، تتمثل في سلطات الضبط الذي وسعت بدوها من تدخل القاضي لتكريس آليات وتقنيات جديدة لمنع السلوكيات و التعسفات التعاقدية سواء كانت حمائية او توجيهية، لضمان تكيف العقد مع مقتضيات السوق المفتوح على المنافسة لتحقيق الفعالية اللازمة.

ولتحقيق هذه الفعالية اللازمة، كان لبدا من تأكيد مقارنة التعايش و التجدد والتجاوب والتكامل بين النظرية العامة للعقد وقانون الضبط الاقتصادي، عبر فكرة الانتقال من الشدة إلى المرونية، ومن الانفرادية إلى التنافسية، ومن الأحادية إلى التعددية، ومن الجمود إلى الحركية، ومن الشمولية إلى التخصص، ومن المصلحة الخاصة إلى المصلحة العامة، تجلت على أهم مبادئ النظرية العامة للعقد:

إعادة بعث الحرية العقدية من جديد، عبر الانتقال من التقييد الواسع على الحرية التعاقدية بسلطاتها الثلاث، الناتج عن نظام الخطة والبرامج في ظل الدولة المتدخلة، عبر ما يسمى العقد الموجه أو التوجيه التعاقدية الذي يخدم الخطة الاقتصادية، إلى تأطير الحرية لصالح السوق من خلال التدخل للإجبار والمنع من التعاقد لمنع كل الاتفاقيات والممارسات المقيدة للمنافسة، و وضعيات الهيمنة التركيزات و التجميعات الاقتصادية، تحديد الاسعار للمواد ذات الاستهلاك الواسع، للحد الذي

يحفظ مظاهر التنافسية في قانون العقود، لكن التأطير الحقيقي للحرية لمسه في تقيد المشرع لحرية التعاقد في اختياره للمتعاقد الذي يتعاقد معه، في بعض المجالات الحساسة، ممثل الاتصالات التي تغيب فيه مظاهر التنافس نتيجة نقص عدد المتعاملين في السوق جيزي موبيلس نجمة، صفة البنك، شركات التأمين.

إلا أن هذا التأطير للحرية محدود ومضبوط تراعي فيه قواعد الشرعية والعدالة، من خلال مراقبة مشروعية السبب و المحل الباعثان على التعاقد، لتحقيق المصلحة العامة وحماية النظام العام كإلزامية التأمين على السيارات، أو حماية الطرف الضعيف من خلال تحديد مضمون العقد، مثل السر المهني في المعاملات المصرفية، و حماية سرية الاتصالات، أو من خلال صفته المستهلك.

تعزير الرضائية من خلال الاهتمام الاضافي لقواعد الضبط والمنافسة بالطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية سواء محترف أو مستهلك، وبعث روح الأخلاق لإعادة المساواة التعاقدية، أين أصبحت صحة العقود أصبحت مرتبطة بصحة المنافسة وليس شروط صحة العقد بمنظور القانون المدني، مما سمح بتقرير حماية اضافية للطرف الضعيف، من خلال تدخل اداري في العلاقة التعاقدية، أدت إلى توسع من أهلية التعاقد من ضرورة الادراك و التميز إلى ضرورة الرخص الادارية، ومن موانع التعاقد من الموانع المدنية إلى الموانع الجزائية، خاصة في المجالات الحساسة المصرفية والتأمينية الخاضعة للضبط، مما يسمح بتنوير المتعاقدين لما هم مقبلين عليه في العقد.

كما ساهم توسع تكريس مبدأ حسن النية إلى مرحلة التكوين، في حماية رضا المتعاقد الضعيف عبر فرض رقابة على سلوك المتعاقدين، ايضا تنوير القاضي في معرفة الضعف و التعسف في العقد، قصد التدخل لحل الإشكالات التعاقدية لصالح المتعاقد الضعيف.

مرونية القوة الملزمة التي تسمح بتدخل فاعلين جدد في العقد، لتطويعه وفق مقتضيات النظام العام التنافسي، بما يضمن تنفيذه وتنفيذ سياسة الدولة، والانتقال من قداسة العقد شريعة المتعاقدين إلى المرونية، لتطويعه وفق مقتضيا السوق المفتوح على المنافسة، بحيث صار تعديل العقد في خدمة المنافسة، بذل حماية المصلحة الخاصة للمتعاقدين، كتعديل العقد لورود بنود تعيق التنافس او تزيد في وضعيه التبعية او الهيمنة الاقتصادية، تعديل الاسعار خدمة لذلك القطاع لسوق المعين، ليكون بذلك الانتقال من إسعاف المتعاقد الضعيف نتيجة الظروف الطارئة أو شرط مرهق إلى ضمان توازن السوق المفتوح على المنافسة، باسم النظام العام التنافسي والضبطي، لضمان تحقيق المصالح العامة والخاصة.

كما سمحت فكرة أخلاقة العلاقة التعاقدية بحل وتفسير الكثير من الاشكالات التعاقدية التي تنشأ أثناء تنفيذ العقد، من خلال بعث روح الأخلاق ضمن العلاقة العقدية، تجعل المتعاقدين يوفون بالتزاماتهم وواجباتهم التعاقدية لأنها بمثابة واجب أخلاقي، باسم التضامن التعاقدي الذي وسع من مضمون العقد، عبر فرض التزامات جديدة في الحاضر والمستقبل.

توسع الأثر النسبي من خلال ظهور من غير أطراف ومصالح جديدة ضمن العلاقة التعاقدية، الناتج عن تدخل الفاعلين الجدد في العلاقة العقدية توسع اثر العقد، بحيث لم تعد يقتصر على المتعاقدين فقط، من خلال إدخال مصلحة الغير من العقد لتقدير صحة العقود، كمصلحة المستهلك لتعزيز مكانته و ضمان توازن السوق بصفته المستفيد من الضبط، بإقرار الدعوى المباشرة للمستهلك، وجمعيات حماية والعلاقة الترابطية للعقود ومصالح المستهلك.

كل هذا كان كمسعى لتحقيق توازن السوق بين مقتضيات توازن العقد، الذي يستدعى تدخل فاعلين جدد في العلاقة التعاقدية، لفرض شروط جديدة وبآليات غير مألوفة ضمن مبادئ النظرية العامة للعقد، كالإكراه الاقتصادي و الالتزام بالإعلام مهلة التفكير التسبب والتناسب باسم التضامن التعاقدي، لإعادة المساواة التعاقدية مما يضمن الأمن التعاقدي و الأمن القانوني، مع

فعالية الجزاء الذي يضمن انقراض العقد من شبح الزوال، من خلال التوجه نحو الجزاء المرن في سلطات الضبط بذل الجزاء المشدد الذي يقضي ببطلان وزوال العقد لضمان الفعالية اللازمة وتنفيذ ساسة الدولة الضابطة.

ولهذا فإن مبادئ النظرية العامة للعقد ليست عاجزة، عن مسايرة التطورات على جميع الأصعدة المالية اقتصادية و التكنولوجية و الاجتماعية، مما يفرض الحفاض على كل موروث ثبت عدم هدمه، مع الجزم بضرورة التدخل التشريعي لتنظيم الجزئيات غير المشتركة بين العقود في انظمة خاصة، التي ترتبط باختلاف الرهانات الاقتصادية لكل عقد، من منطلق بوصلة الحرية العقدية و العادلة العقدية، لضمان الأمن التعاقدى و الاستقرار القانوني، ولهذا نقترح لسد عجز النظرية ما يلي:

على المشرع الجزائري الاستجابة للتحتمية التي تفرضها التطورات الاقتصادية و الاجتماعية و التكنولوجية، خاصة بعد تحرير النشاط الاقتصادي وفتح الاسواق على المنافسة الحرة، بما يتوافق مع مقتضيات حرية التجارة الاستثمار لتحقيق الفعالية الاقتصادية، بإحداث بعض التعديلات ضمن قواعد القانون المدني، مسيرا في ذلك المشرع الفرنسي، بوضع قواعد من القانون الخاص ضمن القواعد العامة للعقد، كالاتزام بالإعلام، والسلامة، المسؤولية على المنتجات المباعة، الحق في الرجوع، التبادل الالكتروني، الفسخ الانفرادي..... إلخ، لتفادي تزايد تدخل التشريعات الخاصة ضمن للعقد، مما يسبب تزايد اضطراب النظرية العامة للعقد.

ضرورة تكريس قيم التضامن لما لها من دور في ضمان المساواة بين المتعاقدين، بآليات وتقنيات جديدة تضمن التناسب الذي يحقق الفعالية اللازمة من العقد، وتشديد على معاقبة المتعاقد المخالف للقواعد التضامنية، مثلما رأينا في تكريس الاتزام بالتسبب للغاية الحمائية لتجنب فرضية التعسف.

بعد التكريس الدستوري للهيئات الإدارية المستقلة تم تجاوز فكرة الشرعية، التي تضمن الأمن و الاستقرار التعاقدية والقانوني، لكن لا نلهم وجودها في الواقع، مما يستوجب تفعيلها على غرار مجلس المنافسة الذي بدأ في التفعيل مؤخرًا لضمان الهدف المرجو من إنشائها، مع اشتراكها رفقة القاضي في مراقبة التوازن التعاقدية لما لها من دور في ضمان التوازن العقدي.

ضرورة تكريس آليات وتقنية جديدة تضمن المساواة والعدالة التعاقدية، مثل الإكراه الاقتصادي والتناسب الالتزام بالإعلام مهلة التفكير من أجل الالتفاف لفئة المحترفين التي دائماً ما تلجأ لقانون المنافسة والتخفيف من اللجوء على التشريعات الخاصة.

التخفيف من التدخل الإداري من خلال تقليص من الشروط الواجب توفرها للتدخل للسوق، التي لا تتوافق مع التعاملات الاقتصادية الجديدة التي يحكمها أغلب القانون التجاري وفق قاعدتي السرعة والائتمان.

عصرنة قطاع العدالة الذي يضمن تدخل القاضي رفقة سلطات الضبط الاقتصادية لحل النزاعات بكل سرعة وشفافية.

التوجه نحو تكريس المرونية في الجزاء، لما له من فعالية في إنقاص العقد من شبح الزوال وتحقيق الفعالية اللازمة، نتيجة البحث عن الحلول لتنفيذ العقد بذل إنهائه.

تحديد صفة المتعاقد باعتبارها وسيلة لتطوير أحكام العقود المسماة، لكي تدمج فيها العديد من العقود ذات التطبيق العلمي الواسع سواء في الشق الاقتصادي كما هو الحال في عقود الأعمال، أو الشق الاجتماعي كما هو الحال في مجال الشغل والعمل، الذي يعبر عن المفهوم الواسع للنظرية العامة للعقد.

نصل في الأخير إلى أن العقد أصبح يؤدي مهام جديدة، من خلال المشاركة في ضبط السوق المفتوح على المنافسة، باعتباره الوسيلة الأولى لكل التعاملات الاقتصادية، مما يمثل انشغال جديد

لنظرية العامة للعقد، يتمحور ما بين ضمان توازن العقد و توازن السوق لتحقيق الفعالية اللازمة التي تضمن تجسيد سياسة الدولة، غير أن موضوع تأثير قانون الضبط الاقتصادي على النظرية العامة للعقد موضوع خلاق و ثري لا يمكن أن تأتيه حقه من الدراسة في هذه الاطروحة، لأنه من الصعب الالمام به نظرا لطبيعة الدراسة وحادثة الموضوع، بالإضافة إلى المفهوم الواسع لنظرية العامة للعقد و جدة قانون الضبط الاقتصادي، لكن نأمل بالمساهمة ولو بالقليل مع فتح الأفق لدارسات مستقبلية، خاصة بعد بداية الفقه الحديث عن السلطات التجارية في انتظار تكريسها.

قائمة المصادر والمراجع

القران الكريم:

الآية 29 من سورة النساء.

الحديث

- رواه البيهقي في السنن الكبرى ج 07 ص 249 ح 14213، والدارقطني في سننه ج 03 ص 27 ح 98، وصححه الألباني أنظر الغليل ج 07 ص 191 ح 2212.

اولا - المصادر القانونية

الداستير

- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996، منشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438، مؤرخ في 07 ديسمبر سنة 1996، معدل ومتمم بالقانون رقم 02-03، مؤرخ في 10 أبريل سنة 2002، يتضمن التعديل الدستوري، ج.رج.ج عدد 25، صادر في 14 أبريل 2002، معدل ومتمم بالقانون رقم 98-19، مؤرخ في 15 نوفمبر سنة 2008، يتضمن التعديل الدستوري، ج.رج.ج عدد 63، صادر في 16 نوفمبر سنة 2008، معدل ومتمم بالقانون رقم 16-01، مؤرخ في 06 مارس سنة 2016، يتضمن التعديل الدستوري، ج.رج.ج عدد 14، صادر في 07 س سنة 2016، معدل بالتعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر سنة 2020 في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، صادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 20-442، مؤرخ في 30 ديسمبر سنة 2020، ج.رج.ج، عدد 82، صادر في 30 ديسمبر 2020.

النصوص التشريعية

1. الأمر 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني معدل ومتمم بالقانون رقم 07-80 المؤرخ في 9 غشت 1980 المتعلق بالتأمينات، القانون 01-83 المؤرخ في 29 يناير 1983 ، القانون 21-84 المؤرخ في 24 ديسمبر 1984 المتضمن قانون المالية لسنة 1985 ، القانون 19-78 المؤرخ في 8 ديسمبر 1987 المتضمن ضبط كيفية استغلال الاراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم، القانون 88-14 المؤرخ في 3 مايو 1988 ، القانون 01-89 المؤرخ في 7 فبراير 1989 ، القانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 والقانون 05-07 المؤرخ في 13 مايو 2007 .
2. الأمر رقم 15/74 المؤرخ في 30 جانفي 1974 المتعلق بالزامية التأمين على السيارات ونظام التعويض عن حوادث المرور، المعدل والمتمم، ج.ر. ج.ج، العدد 15.
3. القانون رقم 05/85 المؤرخ في 16/02/1985 المتعلق بحماية الصحة و ترقيةها، ج ر ج عدد 08، المؤرخة في 17/02/1985، المعدل و المتمم بموجب القانون 13/08، المؤرخ في 20/07/2008، ج ر ج ج عدد 44، المؤرخة في 03/08/2008. (ملغى بأحكام القانون 18-11 المؤرخ في 2 يوليو 2018 المتعلق بالصحة).
4. القانون 10/90 المؤرخ في 14 أبريل، المتعلق بالنقد و القرض، ج.ر.ج.ج العدد 16 (ملغى)
5. قانون 07-90 المتعلق بالإعلام ، ج ر عدد 14 ، مؤرخة 04 أبريل 1990 المعدل و المتمم القانون العضوي 05-12، ج ر عدد 02 مؤرخة في 15 يناير 2012
6. المرسوم التشريعي رقم 10/93 المؤرخ في 23 ماي 1993، المتعلق ببورصة القيم المنقولة، ج.ر. ج.ج العدد 34، المعدل و المتمم بموجب الأمر رقم 10/96 المؤرخ في 10 جانفي

- 1996، ج. ر. ج. العدد 09، الملغى بموجب القانون رقم 04/03 المؤرخ في 17 فيفري 2003، ج. ر. ج. العدد 32.
7. الأمر رقم 06/95 المؤرخ في 25 جانفي 1995، المتعلق بالمنافسة، ج. ر. ج. العدد 09 (ملغى)
8. الأمر 07/95 المتعلق بالتأمينات المعدل و المتمم بالقانون رقم 04/06 المؤرخ في 20 فيفري 2006، ج ر ج ج العدد 15.
9. القانون رقم 03/2000 المؤرخ في 05 أوت 2000، الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد و الموصلات السلكية و اللاسلكية، ج. ر. ج. ج. العدد 48، ألغى بالقانون 04/18 المؤرخ في 10 ماي 2018، الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد و الاتصالات الإلكترونية، ج. ر. ج. ج. العدد 27.
10. القانون رقم 10/01 المؤرخ في 03 يوليو 2001، المتضمن قانون المناجم، ج ر ج ج، العدد 35، المعدل و المتمم بموجب الأمر رقم 02/07 المؤرخ في 01 مارس 2007، ج ر ج ج، العدد 16.
11. القانون رقم 01/02 المؤرخ في 05 فيفري 2002، المتعلق بالكهرباء والغاز بواسطة القنوات، ج ر ج ج، العدد 08.
12. القانون رقم 11/02 المؤرخ في 24 ديسمبر 2002، يتضمن قانون المالية لسنة 2003، ج ر ج ج، العدد 86.
13. الامر 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالمنافسة ، ج ر عدد 43 معدل ومتمم بالقانون 12-08 مؤرخ في 25 جوان 2008 ، ج ر 36 معدل ومتمم بالقانون 05-10 مؤرخ 15 اوت 2010 ج ر 46 .
14. الأمر 04/03 المتعلق بالقواعد العامة المطبقة على عمليات استرداد البضائع و تصديرها ، المؤرخ في 19 جويلية 2003، ج ر ج ج، عدد 33، المؤرخة في 20 جويلية 2003،

- المعدل و المتمم بالقانون رقم 15/15 المؤرخ في 15 جويلية 2015، ج رج ج عدد 41، المؤرخة في 29 جويلية 2015.
15. الامر 11-03 مؤرخ في 26 اوت 2003 متعلق بالنقد والقرض ج ر عدد 52 معدل ومتمم بالقانون 01-09 مؤرخ في 22 جويلية 2009 متضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009 ج ر عدد 44 والامر 04-10 المؤرخ في 26 اوت 2010 ج ر عدد 50 (ملغى).
16. القانون رقم 19/04 المؤرخ في 25 ديسمبر 2004، المتعلق بتنصيب العمال و مراقبة التشغيل، ج.ر، العدد 83
17. القانون رقم 13/08 المؤرخ في 20 جويلية 2008 المعدل و المتمم للقانون رقم 05/85 المؤرخ في 16 فيفري 1985 المتعلق بحماية و ترقية الصحة العمومية، ج رج ج العدد 44. ملغى بموجب القانون 11-18
18. قانون 03-09 المؤرخ في 25/02/2009 المتعلق بحماية المستهلك وقع الغش (ج ر عدد 15 مؤرخة في 08/03/2009)، المعدل و المتمم
19. الأمر رقم 1/10 المؤرخ في 26 أوت 2010 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010، ج رج ج العدد 49.
20. القانون العضوي رقم 05/12 المؤرخ في 12 جانفي 2012، المتعلق بالإعلام، ج رج ج العدد 02.
21. قانون 09/16 المؤرخ في 03 أوت 2016 المتعلق بالاستثمار، ج رج ج ع 46، الملغى بأحكام القانون 18-22 المؤرخ في 24 يوليو 2022 المتعلق بالاستثمار، ج ر عدد ، 50 .
22. القانون رقم 07/18 المؤرخ في 10 يونيو 2018 المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، ج. ر. ج. ج، العدد 11.
23. القانون 09-23 المؤرخ في 21 يونيو 2023 المتعلق بالقانون النقدي المصرفي، ج رج ج، عدد 46.

النصوص التنظيمية

- المرسوم التنفيذي رقم 96-102 المؤرخ في 11 مارس 1996 يتعلق بتطبيق المادة 32 من المرسوم التشريعي 93-10 المؤرخ في 23 ماي 1993 يتعلق ببورصة القيم المنقولة، ج ر عدد 18 لسنة 1996.
- المرسوم التنفيذي رقم 343/96، المؤرخ في 30 أكتوبر 1996، الذي يحدد قدرة شركات التأمين على الوفاء، ج رج ج، عدد 65.
- المرسوم التنفيذي رقم 331/04، المؤرخ في 18 أكتوبر 2004، المتضمن تنظيم نشاطات صنع المواد التبغية واستيرادها وتوزيعها، ج رج ج ع 66، الصادرة في 20 أكتوبر 2004.
- المرسوم التنفيذي رقم 175/05 المؤرخ في 12 ماي 2005، الذي يحدد كفاءات الحصول على التصريح بعدم التدخل بخصوص وضعية الهيمنة في السوق، ج رج ج عدد 35، سنة 2005.
- المرسوم التنفيذي رقم 77/06 المؤرخ في 18 فيفري 2006، يحدد مهام الوكالة الوطنية لتشغيل الشباب وتنظيمها، ج.ر، العدد 09.
- المرسوم التنفيذي رقم 113/08 المؤرخ في 09/04/2008، يوضح مهام لجنة الإشراف على التأمينات، ج رج ج عدد 20، مؤرخ في 13/04/2008.
- المرسوم التنفيذي رقم 108/11 المؤرخ في 06 مارس 2011 الذي يحدد السعر الأقصى عند الإستهلاك و كذا هوامش الربح القصوى عند الانتاج و التوزيع و الاستيراد و عند التوزيع بالجملة و التجزئة لمادتي الزيت الغذائي المكرر العادي و السكر الأبيض، ج رج ج 50، المؤرخة في 11 سبتمبر 2011، المعدل و المتمم بالمرسوم التنفيذي 87/16، ج رج ج عدد 13، المؤرخة في 02 مارس 2016

قائمة المصادر والمراجع

- المرسوم التنفيذي رقم 241/11، المؤرخ في 10 جويلية 2011، الذي يحدد تنظيم مجلس المنافسة و سيره، ج رج ج عدد 39، لسنة 2011، المعدل و المتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 75/15 المؤرخ في 08 مارس 2015، ج رج ج عدد 13 لسنة 2015
- المرسوم التنفيذي رقم 320/12، المؤرخ في 24 ماي 2012، المتضمن تنظيم النقل بواسطة سيارات الأجرة، ج رج ج ع 33، صادرة في 06 رجب 1433، الموافق ل 27 ماي 2012.
- المرسوم التنفيذي رقم 13-327، المؤرخ في 26 سبتمبر 2013، شروط و كفاءات وضع ضمان السلع و الخدمات حيز التنفيذ، ج.ر العدد 49.
- المرسوم التنفيذي رقم 306/15، المؤرخ في 09 ديسمبر 2015، الذي يحدد شروط و كفاءات تطبيق أنظمة رخص الاستيراد أو التصدير للمنتوجات و البضائع، ج رج ج ع 66، صادرة في 09 ديسمبر 2015.

الانظمة

- النظام 02/97 الخاص بلجنة تنظيم عمليات البورصة و مراقبتها، المؤرخ في 18 نوفمبر 1997، المتعلق بشروط تسجيل الأعوان المؤهلين للقيام بتداول القيم المنقولة في البورصة، ج رج ج ع 87، صادر بتاريخ 19 فيفري 2003.
- المقرر رقم 01/16، المؤرخ في 22 ربيع الأول 1437 الموافق ل 03 يناير 2016، ج رج ج ع 28، يتضمن نشر قائمة البنوك و قائمة المؤسسات المالية المعتمدة في الجزائر

ثانيا - قائمة المراجع

الكتب والمؤلفات

1. إبراهيم عبد العزيز داود، عدم التوازن المعرفي في العقود، دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2014.
2. بن عباس بديع، النظرية العامة للعقد في القانون المدني المعاصر، ط 1، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2017.
3. بناسي شوقي، قانون العقود، دراسة في القانون الجزائري و الفرنسي (المعدل) و الفقه الإسلامي- الجزء الأول: عموميات في العقد، بيت الافكار، الجزائر، سنة 2022.
4. بوجملين وليد، قانون الضبط الإقتصادي في الجزائر، بلقيس للنشر، دار البيضاء، الجزائر، بدون سنة نشر.
5. بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود (دراسة مقارنة)، دار الفجر للنشر والتوزيع، 2007.
6. جاك غستان بالتعاون مع كريستوف جامان و مارك بيو، المطول في القانون المدني، مفاعيل العقد و آثاره، ترجمة منصور القاضي، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، ط1، بيروت 2000.
7. الجبوري ياسين محمد، "المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني"، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الاردن، 2005.
8. حسن ذكي لينا، قانون حماية المنافسة ومنع الاحتكار، دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي والأوروبي، دار النهضة العربية، 2006.
9. الحموي أسامة، الشرط الجزائي و سلطة القاضي في تعديله، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي و القانون، الطبعة الأولى، مطبعة الزرعي، دمشق، 1997.

10. خاطر صبري حدي، الغير عن العقد، الدار العلمية الدولية و دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الطبعة الأولى، سنة 2001.
11. خالد حسين الحديثي، تكميل العقد، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية- لبنان-، سنة 2012.
12. خليل أحمد حسين قادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة 2010.
13. ساسان رشيد، عقد التوزيع بترخيص استعمال العلامة التجارية (عقد الفرنتشايز)، محاولة تأصيله، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2013.
14. سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة إستغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
15. السعدي محمد صبري، النظرية العامة للالتزامات-أحكام الإلتزام، دار الهدى- عين مليلة- الجزائر، 2010.
16. سعيدان علي، حماية البيئة من التلوث بالمواد الإشعاعية و الكيماوية في القانون الجزائري، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.
17. سلطان أنور، النظرية العامة للالتزام، أحكام الإلتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر.
18. السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه عام، الجزء الاول، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000.
19. السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، الأوصاف- الحوالة- الانقضاء، 1968، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان.
20. السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر و الأخير، التأمينات الشخصية و العينية، دار إحياء التراث العربي ، لبنان، 1967.

21. شرواط حسين، شرح قانون المنافسة على ضوء الأمر 03/03 المعدل و المتمم، دار الهدى للنشر و التوزيع، 2012.
22. الشناق معين فندي، الاحتكار و الممارسات المقيدة للمنافسة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2010.
23. عادل السعيد محمد أبو الخير، الضبط الإداري و حدوده، ب ط، الهيئة العامة للكتاب، مصر، 1995.
24. عامر علي أبو رمان، دور القاضي في إستكمال العقد في القانون المدني، دراسة مقارنة، ط1، دار الحامد للنشر و التوزيع، الأردن- عمان، سنة 2015.
25. العدوي محمد شكري الجميل، سوء النية و أثره في عقود المعاوضات في الفقه الإسلامي و القانون المدني، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، 2008.
26. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الإلتزام في القانون الجزائري، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
27. العوجي مصطفى، القانون المدني، الجزء الاول: العقد - مع مقدمة في الموجبات المدنية- منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2019 .
28. الفتلاوي سلام عبد الله، إكمال العقد- دراسة مقارنة- دراسة مقارنة - الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2012.
29. فرج رضا، تاريخ النظم القانونية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر د ط، سنة 1976.
30. فيلاي علي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، الطلعة الثالثة، موفم للنشر، الجزائر، 2013.
31. الكلابي حسين عبد الله، النظام العام العقدي، دراسة مقارنة الطبعة الأولى، دار السنهوري، لبنان، سنة 2016.
32. لعشب محفوظ، القانون المصرفي، المطبعة الحديثة للفنون المطبعية، الجزائر، 2001.

33. ماجد راغب الحلو، قانون حماية البيئة في ضوء الشريعة، ب ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004.
34. محمد الصديق محمد عبد الله، موضوعية الإرادة التعاقدية، دراسة تحليلية مقارنة، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر و البرمجيات، مصر، الإمارات، 2012.
35. محمد حسن قاسم، القانون المدني- الالتزامات- العقد، المجلد الثاني، منشورات الحلبي القانونية، بيروت، لبنان، 2018.
36. المنصوري ابو جعفر، فكرة النظام العام و الآداب العامة في القانون و الفقه مع التطبيقات القضائية، دار الجامعة الجديدة، د.ط، الإسكندرية ، مصر 2010.
37. نبيل سعد إبراهيم، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، 2000.
38. وليد صلاح مرسي رمضان، القوة الملزمة للعقد و الاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي و القانون المدني دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009 .
39. 39 - يتورسي محمد، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر، دار هومة، الجزائر، 2013.

الرسائل الجامعية

اطروحات دكتوراه

1. أعميور فرحات، تنظيم الالتحاق بالمهنة البنكية في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر باتنة-01، 2016/2017.
2. بداوي عبد العزيز، النظام القانوني للتنفيذ على العقار المرهون في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر-1، 2014/2015.
3. بعجي أحمد، تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر-1، سنة 2018/2019.

4. بكر عبد السعيد محمد أبو طالب، أزمة العقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنوفية مصر، سنة 2020.
5. بلعيد جميلة، الرقابة على البنوك و المؤسسات المالية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017.
6. بوجملين وليد، الضبط الإقتصادي في الجزائر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر-1، سنة 2016/2017.
7. بوحلايس إلهام، الحماية القانونية للسوق في ظل قواعد المنافسة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة الإخوة منتوري قسنطينة، سنة 2016/2017.
8. بوختالة سعاد، دور القاضي في تكملة العقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، سنة 2016.
9. جديد حنان، الرخص الإدارية و دورها في الضبط الإقتصادي، أطروحة دكتوراه في القانون العام الإقتصادي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة غرداية، سنة 2017/2018.
10. - جلال مسعد، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2012 .
11. حامق ذهبية، الإلتزام بالإعلام في العقود، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر01، 2008/2009.
12. مجازي عبد الفتاح، أزمة العقد، كلية القانون- بغداد، العراق، 1998.
13. حدون حسن، تراجع مبدأ القوة الملزمة للعقد، دراسة مقارنة في ظل التشريعات الخاصة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2020/2021.
14. حسن ذكي لينا، الممارسات المقيدة للمنافسة و الوسائل القانونية اللازمة لموجهتها، أطروحة دكتوراه، جامعة حلوان، مصر، 2004.

15. حليس نخضر، دور الإرادة في ظل تطور العقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بالكايد-تلمسان-، سنة 2016/2015.
16. حمليل نواره، النظام القانوني للسوق المالية الجزائرية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري-تيزي وزو.
17. خرشي إلهام، السلطات الإدارية المستقلة في ظل الدولة الضابطة، أطروحة دكتوراه، جامعة سطيف-2-، سنة 2015/2014.
18. خواص نصيرة، خصوصية عقد التوزيع، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2017-2016.
19. دالي بشير، دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في العقد، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بالكايد، تلمسان، 2016/2015.
20. دنيدي سليمة، الحرية التعاقدية و الحماية القانونية في ظل التحولات الإقتصادية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر-1-، سنة 2022/2021.
21. دومة نعيمة، النشاطات المقننة في الجزائر، أطروحة دكتوراه ، جامعة الجزائر- 1-، سنة 2016/2015.
22. زيتوني فاطمة الزهراء، مبدأ حسن النية في العقد- دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أوبوكر بالكايد، تلمسان، الجزائر، سنة 2018.
23. سعدون ياسين، أثر الظروف الإقتصادية على العقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، سنة 2018/2017.
24. شامي ليندة، الائتمان المصرفي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر-1-، سنة 2011/2010.
25. شمون علجية، مركز سلطات الضبط المستقلة بين أشخاص القانون العام في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق ، جامعة أحمد بوقرة بومرداس، سنة 2018.

26. شويطر إيمان رتيبة، النظام القانوني للرقابة المصرفية في الجزائر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة ، 2017/2016.
27. صاري نوال، قانون المنافسة و القواعد العامة للالتزامات، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجيلالي الياصب - سيدي بلعباس-، 2010/2009.
28. عبد العزيز محمد أحمد، علاج توازن العقد الناجم عن التعاقد باستخدام الوسائل الحديثة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة 2016.
29. عبد القادر محمد أقصاصي، الإلتزام بالسلامة في العقود (نحو نظرية عامة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، سنة 2008 .
30. عثمانى بلال، أطراف العقد المدني بين الحق في تحقيق المصلحة الشخصية و الإلتزام بحسن النية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، سنة 2018.
31. عبد الرحمان العزاوي، الرخص الإدارية في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، سنة 2007.
32. عسالي عرعارة ، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر-1، 2015/2014.
33. على عبد الحميد فودة، مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الروماني و الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة.
34. عليان عدة، فكرة النظام العام وحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري و الفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بالقايد-تلمسان-، سنة 2016/2015.
35. عمرو جويدة، حماية مستهلكي التأمين، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر-1- سنة 2014/2013.

36. عميور فرحات، تنظيم الالتحاق بالمهمة البنكية في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر باتنة-1، سنة 2017/2016.
37. عياد كرافة أبو بكر، الاتفاقيات المحضورة في قانون المنافسة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة وهران، 2013/2012،
38. عيساوي عز الدين، الرقابة القضائية على السلطة القمعية للهيئات الإدارية المستقلة في المجال الإقتصادي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، سنة 2015.
39. فارح عائشة، ضبط نشاط التأمين في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة تيزي وزو، 2018/2017.
40. فاضل خديجة، عيممة العقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر-1، سنة 2015/2014.
41. قابة صورية، الآليات القانونية لحماية المستهلك، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر-1، سنة 2017/2016.
42. قوسم غالية، التعسف في وضعية الهيمنة في القانون الجزائري على ضوء القانون الفرنسي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2016.
43. محمد أحمد عبد العزيز، علاج اختلال توازن العقد الناجم عن التعاقد باستخدام الوسائط الحديثة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة 2016.
44. محمد جمال عثمان جبريل، الترخيص الإداري (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه دولة، كلية الحقوق، عين شمس، 1992.
45. محمدي فريدة، مبدا نسبية العقد، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر-1، سنة 1990.

46. مخناشة أمينة، آليات تفعيل مبدأ حرية المنافسة، دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري و الفرنسي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة باتنة1، 2017/2016.
47. مرابطين سفيان، مستقبل العقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر-1، سنة 2021/2020.
48. منة الله محمود صلاح الدين، المسؤولية المدنية في إطار الاسرة العقدية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، سنة 2017.
49. منقور قويدر، السلطات الإدارية المعنية بضبط التوازن بين مصالح المتعاملين الاقتصاديين و حقوق المستهلكين، أطروحة دكتوراه، جامعة وهران-2، 2015/2014.
50. نساخ فاطمة، الوظيفة الاجتماعية للعقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر-1، سنة 2013/2012.

رسائل ماجستير

1. بن مدخل ليلي، تأثير النظام المصرفي على حركة الاستثمار في الجزائر، شهادة ماجستير في القانون تخصص قانون الإصلاحات الاقتصادية، كلية الحقوق ، جامعة جيجل ، سنة 2007.
2. ختال إلياس، الإطار القانوني للضبط المالي في الجزائر مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر -1، 2013/2012.
3. خليل عائشة، دور السلطات الإدارية المستقلة في تجديد الشريعة العامة للعقود، مذكرة لنيل الماجستير في العلوم القانونية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة 08 ماي 1945 قلمة، سنة 2016/2015.
4. ليفاتي عبد الرحمان، مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقود و تنفيذه، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر، 1987.

5. دراج سعاد، عيوب الرضا بين حماية التعاقد و استقرار المعاملات، مذكرة لنيل الماجستير في الحقوق جامعة الجزائر1، 2012.
6. شاكى عبد القادر، التنظيم البنكي الجزائري في ظل اقتصاد السوق، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص قانون أعمال، جامعة الجزائر، 2003.
7. شفار نبيلة، الجرائم المتعلقة بالمنافسة في القانون الجزائري و المقارن، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2012-2013.
8. عديش ليلي، إختصاص منح الاعتماد لدى السلطات الإدارية المستقلة، مذكرة ماجستير في القانون تخصص تحولات الدولة، جامعة تيزي وزو، 2010.
9. مزوغ يقوتة، نطاق مبدأ نسبية أثر العقد بين الفقه الإسلامي و القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية العلوم الإنسانية و العلوم الإسلامية، جامعة وهران 01، 2015.
10. ناصري نبيل، المركز القانوني لمجلس المنافسة بين الأمر 06/95 و الأمر 03/03، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2004.

المقالات

1. أرزيل الكاهنة، دور لجنة الإشراف على التأمينات في ضبط سوق التأمين، م ج ع ق ا س، العدد 01، سنة 2011.
2. بالكثاني فوزي بن أحمد، نظرية العقد في القانون المدني الفرنسي المعدل و القانون المدني القطري" دراسة مقارنة"، المجلة الدولية للقانون، كلية القانون جامعة قطر، المجلد التاسع، العدد المنتظم 02، 2020.
3. بسام مجيد سليمان و أكرم محمود حسين، أثر موضوعية الإدارة، مجلة كلية الحقوق، جامعة الموصل العراق ب ت ن.

4. بعجي أحمد، الأمن التعاقدي: مفهوم كلاسيكي بمقاربة قانونية جديدة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 59، السنة 2022.
5. بلهيبوب عبد الناصر، النظام العام في القانون الخاص: مفهوم متغير و متطور، المجلة الأكاديمية للباحث القانوني، عدد خاص، 2015.
6. بن عمارة محمد، الإلتزام بضمان سلامة المنتج في القانون الجزائري، مجلة مصر المعاصرة- مصر، المجلد 104، العدد 509، يناير 2013.
7. بناسي شوقي، مواجهة الشروط التعسفية في العقود على ضوء القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، م.ج.ع.ق.ا.س، عدد 02، سنة 2009.
8. بوتويوة إدريس، العلاقة التكاملية بين قانون العقود وقانون المنافسة، مجلة القانون، المجلد 11، العدد 01، سنة 2022.
9. بوشاشي يوسف، "نظرية الظروف الطارئة بين استقرار المعاملات و احترام التوقعات"، حوليات جامعة الجزائر-1، العدد 31 الجزء الأول، جوان 2017.
10. تواتي نصيرة، المركز القانوني للوسيط المالي في بورصة القيم المنقولة، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص 2017.
11. حقااص أسماء و عمريو خديجة، دور اللجنة المصرفية في الرقابة على النشاط المصرفي في ظل القانون المتعلق بالنقد و القرض 11/03 المعدل و المتمم بالأمر 10/17، مجلة البحوث القانونية و الإقتصادية، المجلد 05، العدد 01، سنة 2022.
12. الخالدي نزهة، الإلتزام بالإعلام و دوره في تنوير إرادة المستهلك، منشورات مجلة القضاء المدني- سلسلة دراسات و أبحاث-، المغرب، العدد 04، سنة 2013.
13. خلفي عبد الرحمان، ظاهرة الحد من العقاب (التحول من العقاب الجنائي إلى العقاب الإداري)، المجلة الأكاديمية للبحث العلمي، عدد خاص 2015.

14. زقطوط فريد، دور لجنة تنظيم عمليات البورصة و مراقبتها في ترقية الاستثمار في المجال البورصي، المجلة الأكاديمية للباحث القانوني، عدد 01 لسنة 2014.
15. زمام جمعة، تحديث النظرية العامة للعقد (في ضوء ظاهرة التخصص التشريعي)، مجلة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية، جامعة البليدة 02، العدد 12، سنة 2017.
16. سعداني نورة، سلطة القاضي المدني في تعديل العقد طبقا لأحكام القانون الجزائري، مجلة البحوث في الحقوق و العلوم السياسية، العدد 02، سنة 2015.
17. شندي يوسف، دور القضاء الفرنسي في الإصلاحات التشريعية الحديثة في مجال العقود: المرحلة السابقة على التعاقد و الإلتزام بالإعلام، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد الثاني، الجزء الثاني، نوفمبر 2017.
18. العطور رنا، " السلطات العقابية للهيئات الإدارية المستقلة ودورها لافي اتساع دائرة التجريم"، مجلة المنارة، المجلد 16، العدد 2/2012، الأردن.
19. عيادي فريدة، النظام القانوني لعقد تحويل فاتورة في التشريع الجزائري، م.ج.ع.ق.ا.س، العدد 04/2016.
20. عيساوي عز الدين، العقد كوسيلة لضبط السوق، مجلة المفكر، العدد الثالث.
21. كتو محمد الشريف، حماية المستهلك من الممارسات المنافية للمنافسة، مجلة "إدارة"، العدد 23، سنة 2002.
22. لخضاري أعمار، "دراسة نقدية لبعض القواعد الإجرائية في قانون المنافسة"، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية، عدد 02، 2007.
23. محمد عماد الدين عياض، "تحولات نظرة العقد في ظل قانون الإستهلاك"، حوليات جامعة الجزائر، جامعة الجزائر، المجلد 1، العدد 30، الجزء 30 سنة 2016.
24. مختور دليلة، حماية النظام العام التنافسي في بعده التنافسي، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص، 2015.

25. ملحم أحمد عبد الرحمان، التقييد الأفقي للمنافسة مع التركيز على اتفاق تحديد الأسعار، دراسة مقارنة، مجلة الحقوق، العدد 04، الكويت 1995.
26. موالك بختة، الحماية الجنائية للمستهلك في التشريع الجزائري، م ج ع ق اس، العدد 02، سنة 1999.

الملتقيات- المداخلات

1. شيخ ناجية، "المركز القانوني للهيئة الوطنية من الفساد و مكافحته"، الملتقي الوطني حول سلطات الضبط المستقلة، جامعة بجاية، يومي 23 و 24 ماي 2007.
2. حابت أمال، "دور لجنة الإشراف على التأمينات في اكتشاف المخالفات"، الملتقي الوطني حول سلطات الضبط المستقلة، جامعة بجاية، ليومي 23 و 24 ماي 2007.
3. أوديع نادية، "صلاحيات سلطة الضبط في مجال التأمين (لجنة الإشراف على التأمينات)"، الملتقي الوطني حول سلطات الضبط المستقلة، جامعة بجاية، يومي 23 و 24 ماي 2007.
4. بن حملة سامي، قانون العقود في مواجهة قانون المنافسة، مداخلة مقدمة في إطار الملتقي الدولي " القانون المدني بعد أربعين سنة " أيام 24 و 25 أكتوبر 2016، عدد خاص من حوليات جامعة الجزائر-1، العدد 2016/05.
5. بودالي محمد، أزمة القانون المدني في ظل اتساع نطاق قانون حماية المستهلك، مداخلة مقدمة في إطار الملتقي الدولي " القانون المدني بعد أربعين سنة"، الجزائر في 24 و 25 سنة 2016، عدد خاص حوليات جامعة الجزائر1، العدد 2016/05.
6. حساني محمد منير، آليات عمل المجلس الدستوري لتحقيق الأمن القانوني، مداخلة أقيت بملتقي " الأمن القانوني"، جامعة قاصدي مرباح، وقلة، يومي 05 و 06 ديسمبر 2012.
7. غميجة عبد المجيد، مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي، المؤتمر الثالث عشر للمجموعة الإفريقية للاتحاد العالمي للقضاة، الدار البيضاء، المغرب، المغرب، 28 مارس 2008

8. غميحة عبد المجيد، ابعاد الأمن التعاقدى وارتباطاته، اللقاء الدولي حول الأمن التعاقدى وتحديات التنمية، الهيئة الوطنية للموثقين، الصخيلات، المغرب، يومي 18 و 19 أفريل 2014 .

القرارات القضائية

1. قرار المحكمة العليا ملف رقم 191705 الموافق ل 24/10/1999، م.ق، العدد 2/1999.
2. قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية، صادر بتاريخ 02 نوفمبر 1985 ملف رقم 34850، المجلة القضائية، العدد 01، سنة 1998.

قرارات واء مجلس المنافسة

1. القرار رقم 20/2015 الصادر عن مجلس المنافسة بتاريخ 16 أفريل 2015، في قضية رقم 49/2013، النشرة الرسمية للمنافسة، العدد 09، ص 57.
2. رأي رقم 02 سنة 2001، صادر عن مجلس المنافسة الجزائري، المؤرخ في 07 أكتوبر 2001، المتعلق بإخطار مجمع "سيفيتال"، أنظر الموقع الإلكتروني التالي :

www.conseil-concurrence-dz

القواميس والمعاجم

- ابو الفضل جمال الدين الإفريقي المصري، لسان العرب، الجزء السابع، دار صادر بيروت، بدون سنة نشر.

A - Lois et règlements :

Règlement C.E n° 2790/99 de la commission du 22 déc 1999, J.O.C.E, n° L 336 du 29 déc. 1999.

B - Ouvrages :

1. **A. GUEDJ**, Pratique du droit de la concurrence national et communautaire, LITEC, Paris, 2000.
2. **A. TERCINET**, Droit européen de la concurrence opportunité et menaces, Montchrestien, éd Gualino, Paris, 2000
3. **C. Noblot**, la qualité du contractant comme critère légal de protection, L.G.D.J, 2002,.
4. **C.BAJ** ,le principe de loyauté et le prix du marché, mélange en l'honneur du Dominique Schmidt, édition JOLY,paris,2006.
5. **F. Terre, Ph. Simler et Y. Lequette**, Les obligations, Dalloz, 11 éd, Tome 1, 2013, n°40
6. **G. Farjat**, L'ordre public économique, L.G.D.J , Paris, 1963.
7. **G. Michel, Phi. LAURENT**, Traité d'économie et de droit de la concurrence, PUF, Paris, 1983.
8. **G. Ripert**, La règle morale dans les obligations civiles, LGDJ, 1949,n°40.
9. **J.CALAIS-auoy et H-temple**, droit de la consommation, 8édition, 2010, Dalloz
10. **JALUZOT Béatrice**, La bonne foi dans les contrats (étude comparative de droit français, allemand et japonais), Dalloz, Paris, 2001.
11. **L. Grynbaum**, la notion de solidarisme contractuel, Le solidarisme contractuel, Sous la direction, L. GRYNBAUM. Et M. NICOD, Paris, Economique, 2004
12. **L.Josserand**, Le contrat Dirigé, D. hebdo, 1933, Chr.

13. **M. Chantal BOUTARD** et **G. CAVINET**, Droit français de la concurrence, LGDJ, Paris, 1994.
14. **M. Malaurie-Vignal** ,Droit de la concurrence et droit des contrats, Dalloz hebdo 23 février 1995, n°8,.
15. **M. MEKKI**, Droit de la concurrence, éd Berti, Alger, 2013.
16. **M. Sobhy Khalil**, Le Dirigisme économique et les contrats, étude de Droit comparé, France Egypte - U.R.S.S, thèse de doctorat, Université de Paris, 1966, p88.
17. **N. Rzepecki**, Droit de la consommation et théorie générale du contrat, PUAM, 2002,
18. **P. BURNIER DA SILVA**, Le contrôle des concentration transnationales, éd Le harmattan, Paris, 2010.
19. **P. Lokiec**, Contrat et pouvoir, essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels, LGDJ, 2004.
20. **P. Rémy**, la genèse du solidarisme, Le solidarisme contractuel, Sous la direction, L. GRYNBAUM. et M. NICOD, Paris, Economica, 2004,
21. **P. Rien**, La notion de transparence dans le droit de la concurrence, éd, L'Harmattan, Paris, 2002.
22. **PH. Malaurie**, **L. Aynes** et **PH. Stoffel-Munck**, Droit des obligations, LGDJ7^eédition, 2015
23. **PH.MALINVAUD**, la protection des consommateurs, chron, daloz, 1981,
24. **R. GALENE**, Droit de la concurrence et pratique anticoncurrentielles, EFE, Paris, 1999.
25. **R. GUILLIENT** et **H. VINCEN**, Lexique des termes juridiques, 17 éd, Dalloz, Paris, 2010.
26. **R. Savatier**, Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d' Aujourd'hui, 3emeed, Dalloz, Paris, 1964.

27. **R. Zouaïmia**, Droit de la régulation économique, Ed. Berti, Alger, 2006.
28. **R.zouaïmia**, les instruments juridiques de la régulation économique, éditions belkeise, Alger, 2012,
29. **Ro. BOUT** et autres, Lamy droit économique ; Commerce, distribution, consommation, éd Lamy, Paris, 2009.
30. **S. Darmisin**, Le contrat moral, L.G.D.J, 2000.
31. **Sauphanor-Brouillard.N**, la confiance dans les contrats de consommation, université de Versailles saint Quentin en Yvelines, DALLOZ, paris, 2008.

C- Thèses

1. **A .Gougeou**, L'intervention du tiers à la formation du contrat, thèse doctorat, université du droit de la sante, lille-2-2016
2. **M. Hervieu**, Les Autorités Administratives indépendantes et le renouvellement du Droit commun des contrats, thèse de doctorat, université panthéon ASSAS (PARIS II), Dalloz, 2012.
3. **J-P. Ghazal**, De la puissance économique en droit des obligations, thèse, Grenoble, 1996.
4. **L. VILLABLANCA ép. Hecker**, Nouvelles formes de régulation et marchés financiers. Étude de droit comparé, Thèse de doctorat en droit privé, Université Panthéon-Assas, 2013

D- Revues :

1. **A. Bernard**, L'Autorisation Administrative et le contrat de Droit privé, RTD com, 1987, n°1
2. **D.mazeaud**, observations conclusives, colloque, la réforme du droit des contrats : quelles innovations ? R.D.C.avril2016/hors-série,
3. **G. Lahlou-khiar**, la protection du contrant faible : entre le commun des obligations et le droit de la consommation, RASJEP, jcp, 2013.
4. **H. Dannouni-Bancheikh El Hocine**, Droit public et droit privé quelques aspects de l'évolution de la législation algérienne, R.A.S.J.E.P, 1991- N° 1

5. **J-P. Pizzio**, La protection des consommateurs par le droit commun des obligations, in droit du marché et droit commun des obligations, RTD com. 1998 n°03 et 05.
6. **L.Josserand**, Aperçu Général des tendances Actuelles La Thorine Des contrats, RTDciv, 1937
7. **M.-Anne Frison-Roche**, Contrat, concurrence, régulation, RTD civ. 2004, n°13.
8. **R. Zouaimia**, de l'articulation des rapports entre le conseil de la concurrence et les autorités de régulation sectorielles en droit algérien, idara, n°33,2007.
9. **Zerguine ramdane**, (contribution à l'étude de la clause pénale), RASJEP, n°1,1981,
10. **(Ch) Jeannin, (B) Thomas**, Le nouvel abus de dépendance, Dossier La réforme du droit des obligations et le droit des affaires: regards de praticiens, Journal Des Sociétés, N° 144, Septembre 2016.
11. **(J).Vogel**, Réforme du droit des contrats: "Le juge devient une troisième partie au contrat" 18/2/2016
12. **(L) Pons**, " Déséquilibre significatif, abus de dépendance et privauté equity ", Dossier La réforme du droit des obligations et le droit des affaires: regards de praticiens, Journal Des Sociétés, N° 144, Septembre 2016.
13. **AUBRY Helene**, « Un apport du droit communautaire au droit français des contrats : la notion d'attente légitime », R.I.D.C., N° 3, 2005.
14. **B. Montels**, la violence économique, illustration du conflit entre droit commun des contrats et droit de la concurrence, RTDcom, n°3 ; 2002, n° 86.
15. **B.Fages et J.Mestre**, l'emprise du droit de la concurrence sur le contrat, RTD com, 1998.
16. **C. Thibierge-Guelfucci**, Libres propos sur la transformation du droit des contrats, RTD civ. 1997.
17. **Cf. A.Bienaymé**, La problématique du sujet, in L'intérêt du consommateur dans l'application du droit de la concurrence, Atelier de la concurrence du 19/10/1995, Rev. conc. cons., mars - avril 1996, n° 90.

18. Cf. **M. Chagny**, Les Contrats d'Affaires à l'épreuve des nouvelles Règles sur l'Abus de l'état de Dépendance et le Déséquilibre Significatif .A.J.C.A. Paris, 2016.
19. **D. Ferrier**, une obligation de motiver, RDC, n° 2, 2004, p560. 3 Paris, 19 mai 2000....
20. **D. Mazeaud**, L'attraction du droit de la consommation, in droit du marché et droit commun des obligations, RTD com. 1998,
21. **D. Savova** et **A. Kennedy**, la gestion contractuelle de la rupture, AJCA, janvier 2015, p 8 et 10 et 11.
22. **D.Mainguy & J.-L.Respaud**, « Refus d'agrément et circonstances de la rupture d'un contrat de concession : nouveau recul de la loyauté contractuelle ? », in Revue LAMY Droit civil, Janvier 2005, n°12.
23. **E. Saveaux**, existe-t-il une théorie générale des contrats spéciaux, LPA, 28 novembre 2012, n°238.
24. **F. Collart Dutilleul**, la théorisation des contrats spéciaux ; du droit des contrats au droit des biens, RDC .2006/2.
25. **F. Dreifuss-Netter**, Droit de la concurrence et droit commun des obligations, R.T.D. Civ, 1990.
26. **G. Loiseau**, La puissance du contractant en droit commun des contrats.A.J.C.A. décembre, 2015.
27. **H. Barbier**, Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10février 2016, RTDciv, n° 2, avril- juin.
28. **H. Revet**, Les critères du contrat d'adhésion, Article 1110 nouveau du code civil, Dalloz ,15septembre 2016, n°30.
29. **J. Calais-Auloy**, L'influence du droit de la consommation sur le droit des contrats, RTD com, 1998.
30. **J. Calais-Auloy**, la loi sur le démarchage à domicile et la protection des consommateurs (la loi du 22 décembre 1972.) D.1973chorn.
31. **J. P. Chazal**, politique jurisprudentielle : absence incohérence ou non-dit, R.D.C, octobre 2003, n° 44.

32. **J.Rochefeld**, nouvelles régulations économiques et droit commun des contrats, RTDciv, 2001
33. **Jacques Mouy**, une embarrassante notion : l'économie du contrat, chroniques, Dalloz 22 Juin 2000, n°24.
34. **L. VOGEL**, Définition et preuve de l'entente en droit français, de la concurrence, Etude de jurisprudence récente, la semaine juridique 65eme année, N048 du 28 novembre 1991.
35. **Tabi Tabi Ghislain**, la fraternité, est un devoir sentimental par excellence". "Ajustement nécessaire du volontarisme contractuelM: du volontarisme au solidarisme? "R.D.U.S., (Québec), vol.44, Issue1, 2014.
36. **(B). Lefebvre**, "La bonne foi: notion protéiforme. " R. D. U. S. (Québec), Vol. 26, no 2, 1996,
37. **LEVY Emmanuel**, « La confiance légitime », R.T.D.C., T9, 1910, p. 720. « ... définition : 1° Le contrat est le rapport de confiance légitime que crée l'activité (ou volonté) formulée ou non formulée »
38. **M. Malaurie-Vignal** , Droit de la concurrence et droit des contrats, Dalloz, 1995, chron.51;
39. **M. Malaurie-Vignal**, Droit de la concurrence et droit des contrats, Dalloz hebdomadaire 23 février 1995, n°8, n°30.
40. **M.Behar-Toucais**, L'ordre concurrentiel et le droit des contrats, in Mélanges en l'honneur d'A.Pirovano, L'ordre concurrentiel, éd. Frison-Roche 2003, p. 244, n°12.
41. **Marie-anne frison-roche**, Ambition et efficacité de la régulation économique, revue de droit bancaire et financier N 06.novembre 2010, étude 34 ,dispos site www.lexis360.fr.
42. **N. Molfessis**, le principe de proportionnalité et l'exécution de contrat, petites affiches du 30/09/1998. N° 117.
43. **O. Deshayes**, la formation des contrats, colloque, la réforme du droit des contrats : quelles innovations ?, R.D.C, avril 2016/hors-série, 21 et 26.

44. **P. Durand**, La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel, RTD civ, n° 2, 1944.
45. **RASMUSEN Eric**, « Agency Law and contracté formation », American Law and Economiques Review, Vol. 6, 01 août 2004
46. **S.BROS**, la rupture du contrat appartenant à un ensemble contractuel, AJCA, jenvier2015.
47. **T. Genicon**, obligations d'exécuter le contrat de bonne foi : beaucoup de modération, R.D.C/ Mars n°1,2017.
48. **83-T. GRANIEN**, Revue trimestrielle de droit commercial et droit économique, TOME XXXX, 1 ère année, 1991.

E- Colloques :

1. **Cf. H.Dennouni**, Rapport introductif, in Consommation et concurrence en Algérie, Colloque des 14 & 15 avril 2001, Université de Tlemcen, in Revue du Laboratoire de droit privé fondamental de l'Université de Tlemcen, numéro spécial, 2001,
2. **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 30/01/2003.
3. **Ch.Jamin**, Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du code civil, in Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ? Colloque organisé par la faculté de droit et d'économie de Chambéry, le Centre de droit de la consommation et des obligations et l'Ordre des avocats près la cour d'appel de Chambéry, 28/11/1997, Dr. et patr., Mars 1998, n°58, p.54 et s. ; C.Thibierge-Guelfucci, Libres propos sur la transformation du droit des contrats, préc, p.368, n°13.
4. **P. DECHAMP**, Concentration à dimension locale ; expérience internationales actes du colleque sur ; la gestion pratique des opérations, Paris, 05 Juillet 2016.
5. **P. Jestaz**, Rapport de synthèse, quel contrat pour demain ?, la nouvelle crise du contrat. sous la direction, Ch. Jamin, D. Mazeaud _ Acte du colloque du 14/mai/2001, organisé par le centre René Demogue de l'université Delille II; Dalloz- Sirey, collection thème et commentaire, paru le 30/01/2003.

6. **Ph. Delebecque**, la reforme des contrats : quelles innovations ?, le code civil, quarante ans après !, colloque international, Alger 24 et 25 octobre 2016.

فهرس المحتويات

قائمة أهم المختصرات

1مقدمة
	الباب الأول
	قانون الضبط الاقتصادي دافع لتطور مبادئ نظرية العقد في مرحلة التكوين "فلسفة جديدة"
15الفصل الأول العقد وسيلة لتنفيذ سياسة الدولة : المهام الجديدة للعقد
17المبحث الأول البحث عن تعاليش نظرية العقد مع فكرة الضبط
18المطلب الأول العقد في ظل التطورات الاقتصادية الحديثة
18الفرع الأول تطور وظيفة الدولة دافع لإنشاء الهيئات الإدارية المستقلة
19أولاً: من الدولة المتدخلة (المقاولة) إلى الدولة الضابطة:
1901-الدولة المتدخلة (المقاولة) : الاحتكار العمومي لتسير النشاط الاقتصادي
2102- الدولة الضابطة: ضبط السوق المفتوح على المنافسة
28ثانياً: إنشاء الهيئات الإدارية المستقلة:
2801-تعريفها
2902-مراحل إنشائها في الجزائر: من الهيئات العمومية إلى سلطات الضبط
3003-تكريس سلطات الضبط في القانون الجزائري:
32الفرع الثاني تطور مفهوم العقد
33أولاً: من أداة تداولية إلى أداة توجيهية ثم أداة ضبطية:
34ثانياً: من فكرة التوجيه الاقتصادي إلى فكرة الضبط الاقتصادي:
36ثالثاً: من العقد الموجه هل نحو العقد المضبوط:
38المطلب الثاني تجدد مبادئ النظرية العامة للعقد مع فلسفة الضبط
38الفرع الأول تراجع فلسفة سلطان الإرادة دافع لتكريس مفهوم الضبط الاقتصادي
39أولاً: تعارض فلسفة سلطان الإرادة مع مقتضيات السوق التنافسي:
3901-المقصود بمبدأ سلطان الإرادة كأساس لنظرية العامة للعقد:
4402-تكريس مبدأ سلطان الإرادة في القانون الجزائري:
4503-قصور مبدأ سلطان الإرادة في ضمان توازن العقد:

- 45.....ثانيا: تقييد مبادئ نظرية العقد لتكريس قواعد الضبط الاقتصادي:.....
- 46.....01- مفهوم الضبط الاقتصادي.....
- 50.....03- القوة القانونية لقواعد العقد في مواجهة قواعد الضبط:.....
- 54.....الفرع الثاني ضرورة تجاوز و تعايش نظرية العقد مع فلسفة ضبط السوق.....
- 54.....أولا: بعث خلفيات جديدة:.....
- 55.....01- السلطات الإدارية مصدر جديد لقانون العقود:.....
- 55.....02- المصلحة العامة ضمن العقد: اتساع لمفهوم المصلحة.....
- 57.....ثانيا: التكيف مع القواعد الجديدة:.....
- 57.....01- مسعى النظام العام التنافسي والضبطي:.....
- 58.....02- تغليب فكرة تعايش منطق المنافسة و الضبط مع قانون العقود:.....
- 60.....المبحث الثاني العقد أداة لضبط السوق: المهام الجديدة للعقد.....
- 61.....المطلب الأول الضبط السابق للسوق: تدخل إداري لاختيار المتعاقد الأفضل.....
- 61.....الفرع الأول آليات الضبط السابق للسوق (الرخص الإدارية).....
- 62.....أولا: مدلول الرخص الإدارية:.....
- 64.....ثانيا: مفردات مستخدمة للدلالة عن الرخص الإدارية:.....
- 64.....01- الترخيص أو الرخصة الإدارية:.....
- 65.....02- الاعتماد.....
- 66.....03- البطاقة المهنية.....
- 67.....04- الإجازة.....
- 68.....05- التأشيرة.....
- 69.....الفرع الثاني التدخل الإداري في العقد.....
- 69.....أولا: التقييد بالإجراءات الإدارية قبل التعاقد: ضمان للهدف العام الاقتصادي.....
- 69.....01- التدخل الإداري في العقد: إضفاء للشرعية.....
- 72.....02- التدخل الإداري في العقد: ضمان للمصلحة العامة.....
- 73.....ثانيا: تقييد صفة المتعاقد: انتقاء للمتعاقد الأفضل و ضمان للتنافسية داخل السوق.....
- 73.....02- تحديد مفهوم صفة المتعاقد.....

76.....	01- حصر صفة التعاقد
79.....	ثالثا: رقابة سلوكيات المتعاقد عبر قواعد الضبط ضمن قانون المنافسة:
79.....	01- الترخيص بعمليات التركيز الاقتصادي:
80.....	02- الترخيص ببعض الممارسات المنافية للمنافسة:
80.....	03- الترخيص بعمليات التركيز الاقتصادي رغم تجاوزها الحد القانوني:
81.....	04- التصريح بعدم التدخل بخصوص بعض الممارسات:
83.....	المطلب الثاني الضبط اللاحق للسوق: رقابة مشتركة بين قواعد الضبط و المنافسة.....
83.....	الفرع الأول الرقابة اللاحقة للسوق: إضفاء للشرعية في تنفيذ العقد.....
84.....	أولا: رقابة مدى احترام قواعد الضبط:
85.....	ثانيا: رقابة شرعية على رؤوس الأموال:
85.....	ثالثا: رقابة شاملة على النشاط:
87.....	رابعا: رقابة الحذرة "قواعد الحذر".....
88.....	الفرع الثاني آليات ممارسة الرقابة اللاحقة.....
88.....	أولا: سلطة التحقيق.....
90.....	ثانيا: الإجراءات الإدارية "القرارات الإدارية":.....
90.....	01-الأوامر الإدارية.....
91.....	02-الحلول.....
92.....	الفصل الثاني تعايش وتجدد مبادئ العقد في مرحلة التكوين.....
94.....	المبحث الأول إعادة بعث الحرية العقدية في ظل فلسفة الضبط الإقتصادي.....
94.....	المطلب الأول تأطير الحرية العقدية وفق مقتضيات السوق.....
95.....	الفرع الأول تأطير الحرية العقدية لتكريس قواعد المنافسة و الضبط:
95.....	أولا: تقييد الحرية العقدية باسم النظام العام التنافسي و الضبطي:
97.....	ثانيا: صور تقييد الحرية التعاقدية: تقييد محدود.....
97.....	01- المساس بحرية التعاقد وعدم التعاقد:
101.....	02- التدخل في تحديد مضمون العقد:
103.....	03- توجيه الحرية العقدية في إختيار المتعاقد الأخر:

107	الفرع الثاني الجزاء كضمان لتوجيه الحرية العقدية لمقتضيات السوق
108	أولاً: الجزاء المدني: من الصرامة إلى الليونة
108	01- طبيعة البطلان في قانون المنافسة:
111	02- البطلان في قانون الضبط الاقتصادي:
112	ثانياً: الجزاء الجزائي
114	المطلب الثاني أسس وضوابط تأطير الحرية العقدية دافع لإعادة بعثها
115	الفرع الأول أسس تقييد حرية التعاقد
115	أولاً: لحماية المصلحة العامة:
116	01- تجسيد العدالة العقدية
117	01- الاجبار والمنع من التعاقد لتحقيق المصلحة العامة
118	02- المنع من التعاقد من مقتضيات النظام العام:
118	ثانياً: حماية الطرف الضعيف:
118	01- حماية الطرف الضعيف عبر تحديد مضمون العقد: الحماية في مجالات معينة
119	02- حماية الطرف الضعيف من خلال صفته:
120	الفرع الثاني فكرة المرونة للتعايش والتجدد
120	أولاً: مساهمة التغيرات الاقتصادية في التقليل من فكرة الإجمار على التعاقد:
122	ثانياً: التفاعلات القانونية بين القوانين : دافع لتطور والتعايش
124	المبحث الثاني تعزيز مبدأ الرضاية: ضمان للتوازن السوق
125	المطلب الأول التدخل الإداري في العقد: توسيع لشروط التعاقد
125	الفرع الأول إثراء وتوسيع لأهلية التعاقد: ضمان رضا المتعاقد
126	أولاً: من ضرورة الإدراك والتميز إلى ضرورة الرخص الإدارية:
128	01- الطبيعة القانونية للرخص الإدارية في العقد:
130	02- اعتبار الترخيص الإداري شرطاً لأهلية التعاقد أم شرط واقف:
134	ثانياً: من الموانع المدنية إلى الموانع المدنية و الجنائية
138	الفرع الثاني فرض شكلية تعاقدية جديدة
138	أولاً: التراخيص الإدارية كمظهر جديد للشكلية التعاقدية:

139	01-الرخص الإدارية وضعية جديدة للشكلية التعاقدية:
140	02-الرخص الإدارية وضعية جديدة للشكلية ضمن القواعد العامة:
142	ثانيا: الاعتبار الشخصي للمتعاقدين:
143	01-الجوانب الفنية والمالية للمتعاقدين:
145	02-الشكل القانوني للمتعاقدين (المتعامل الاقتصادي):
147	ثالثا: تحديد بنود العقود الإجبارية "العقود النموذجية":
147	01-العقد المنظم:
148	02- العقد المفروض:
148	03- العقد المراقب:
149	المطلب الثاني تكريس قيم التضامن ضمان لحماية رضا المتعاقد الضعيف:
150	الفرع الأول دور مبدأ حسن النية في حماية رضا المتعاقد: بين القانون و الواقع:
150	أولا: مبدأ حسن النية أداة قانونية لحماية رضا المتعاقد:
151	01-المقصود بمبدأ حسن النية:
152	02-مضمون مبدأ حسن النية:
153	03-تكريس مبدأ حسن النية: من الضيق إلى الواسع:
157	ثانيا: قصور دور مبدأ حسن النية في حماية رضا المتعاقد:
157	01-تحديد الفئات المعنيون بالحماية:
163	02-نقد الحماية المكرسة للطرف الضعيف:
167	الفرع الثاني تكريس مفهوم التضامن التعاقدي لتجاوز قصور مبدأ حسن النية:
167	أولا: التضامن التعاقدي بين القبول و الرفض:
168	01-الاتجاه الرفض و المنتقد لمفهوم التضامن التعاقدي:
169	02-الاتجاه المؤيد و المشجع لمفهوم التضامن التعاقدي:
172	03-موقف المشرع الفرنسي و الجزائري من مفهوم التضامن التعاقدي:
173	ثانيا: التضامن التعاقدي كأداة لضبط سلوك المتعاقدين:
173	01-دور التضامن التعاقدي في رقابة سلوك المتعاقدين:
174	02-تحديد الرقابة على سلوك المتعاقدين:

الباب الثاني

قانون الضبط الاقتصادي مكمل لمبادئ العقد في مرحلة التنفيذ: ضمان توازن السوق

- 179..... الفصل الأول تجدد مبادئ العقد لأداء الوظائف الضبطية
- 181..... المبحث الأول مرونة القوة الملزمة للعقد خاصية لأداء الوظائف الضبطية
- 181..... المطلب الأول الوظائف الجديدة للقوة الملزمة
- 182..... الفرع الأول من تحقيق المصلحة الخاصة إلى المصلحة العامة
- 182..... أولاً: المصلحة الخاصة المظهر الكلاسيكي للقوة الملزمة:
- 183..... 01- القوة الملزمة للعقد ضمانة لفعالية تنفيذ العقد:
- 186..... 02- أهمية القوة الملزمة في تحقيق الأمن القانوني:
- 187..... 03- نتائج تكريس القوة الملزمة للعقد:
- 189..... ثانياً: المصلحة العامة المظهر الجديد للقوة الملزمة "مصلحة السوق":
- 189..... 01- إرادة المشرع أساس القوة الملزمة للعقد:
- 194..... 02- احترام توقعات المشرع عند تنفيذ العقد: مبرر للأمن القانوني
- 199..... ثالثاً- المقارنة
- 200..... 02- من حيث الفلسفة
- 201..... الفرع الثاني توافق القوة الملزمة مع النظام العام التنافسي: ضمان لتنفيذ العقد
- 201..... أولاً: اتفاقيات التواطؤ
- 202..... 01- مفهوم التواطؤ
- 203..... 02- شروط قيام اتفاقيات التواطؤ:
- 206..... ثانياً- العقود الإستثنائية
- 207..... 01- المقصود بالعقد الإستثنائي:
- 208..... 02- إخلال العقد الإستثنائي بالمنافسة:
- 209..... ثالثاً- التجميعات الاقتصادية الماسة بحرية المنافسة
- 209..... 01- المقصود بالتجميعات الاقتصادية
- 210..... 02- شرط مساس التجميعات الاقتصادية بالمنافسة:
- 211..... المطلب الثاني التدخل الإجرائي ضمان لتأدية الوظائف الجديدة للقوة الملزمة
- 211..... الفرع الأول قصور مبادئ العامة للعقد في ضمان تنفيذه: دافع للتدخل الإداري

- أولاً: محدودية آليات القواعد العامة في ضمان تنفيذ العقد:..... 212
- ثانياً: الرقابة الإدارية لضمان تنفيذ العقد:..... 215
- 01-رقابة لجنة الإشراف على التأمينات كضمان تنفيذ العقد التأميني:..... 215
- 01-رقابة الهيئات المسيرة للمجال المصرفي كضمان تنفيذ العقد المصرفي:..... 219
- الفرع الثاني التدخل القضائي و التشريعي لتعديل العقد وفق مقتضيات السوق: ضمان لتنفيذه 223
- أولاً: تعديل العقد لإسعاف المتعاقد الضعيف: اهتمام أصيل 223
- 01-تعديل العقد ضمن القواعد العامة لنظرية العقد: وضع استثنائي 223
- 02-النظام العام الاقتصادي الحمائي أساس تعديل العقد: حماية المصلحة الخاصة 227
- ثانياً: تعديل العقد لضمان سير السوق و توازنه: اهتمام جديد 230
- 01-تعديل العقد باسم النظام العام التنافسي و الضبطي: تعديل إداري قضائي 230
- 02-النظام العام التنفسي و الضبطي أساس تعديل العقد: ضمان سير السوق 235
- المبحث الثاني أخلاقة العلاقة التعاقدية ضمان جديد لتنفيذ العقد وتوسع أثره 238
- المطلب الأول أخلاقه العلاقة التعاقدية لتنفيذ العقد: بين القبول و الرفض 238
- الفرع الأول التضامن العقدي المفهوم الواسع لمبدأ حسن النية 239
- أولاً: تشديد النظام العام على تنفيذ العقد بحسن النية:..... 239
- 01- تنفيذ العقد بحسن نية من النظام العام: 240
- 02- المعنى الواسع لمبدأ حسن النية: يسمح بتنفيذ العقد..... 242
- 01-استعمال مبدأ حسن النية لتنظيم السوق:..... 246
- ثانياً: التضامن التعاقدية: باعث لاتساع مضمون العقد..... 254
- 01-دور المشرع و القاضي في اتساع مضمون العقد:..... 254
- 02-التضامن التعاقدية: أساس فرض الالتزامات 257
- الفرع الثاني الإفراط في إنشاء واجبات عقدية جديدة: تضخم العقد و تهديد مستقبلي 262
- أولاً: التضخم العقدي (تضخم مضمون العقد): 262
- 01-الالتزام بالسلامة..... 263
- 02- الالتزام بالإعلام 264
- 03- استحداث واجبات عقدية جديدة: تهديد مستقبلي للعقد 267

270	ثانيا: خطورة الإفراط في فرض الواجبات: التعاقد المثالي و خطورته
270	01-التعاقد المثالي (الأخوة العقدية) La Fraternité Contractuelle :
271	02-رفض التعاقد المثالي
273	المطلب الثاني توسع الأثر النسبي للعقد
274	الفرع الأول إدخال الغير لتقدير صحة العقود
274	أولا: مصلحة المستهلك لتقدير صحة العقد: المستفيد من الضبط
275	01-توسع مفهوم المستهلك ضمن قواعد المنافسة و الضبط الإقتصادي:
277	02- مكانة المستهلك ضمن قواعد الضبط و المنافسة:
279	ثانيا: مصلحة وسلوك المتنافسون لتقدير صحة العقد: ضمان للمنافسة
279	01-مصلحة و سلوك المتنافسون لتطبيق منع الاتفاقيات:
282	02-مصلحة وسلوك المتنافسون للإفلات من منع الاتفاقيات :
283	الفرع الثاني الحماية الفئوية: بين قانون الاستهلاك و المنافسة
283	أولا: حماية الطرف الضعيف في قانون الاستهلاك:
284	01-إقرار الدعوى المباشرة لصفة المستهلك:
286	02-العلاقة الترابطية للعقود و مصلحة المستهلك
290	ثانيا: حماية مصالح المتنافسون: ضمان للمنافسة النزيهة
294	الفصل الثاني مسعى توازن السوق بين مقتضيات توازن العقد و فعالية الجزاء
297	المبحث الأول مقتضيات توازن العقد: ضمان لتحقيق الفائدة و العدالة العقدية
297	المطلب الأول فرض التوازن في العقد: مساس بالمساواة والأمن التعاقدية
298	الفرع الأول إعادة المساواة التعاقدية عبر تقرير الحماية القانونية لمركز التعاقد
298	أولا: الحماية القانونية لمركز التعاقد الضعيف: حماية فئوية نوعية
299	01-ضرورة الانتقال من المساواة المجردة إلى واقعية القوة التعاقدية
302	02-ضرورة تقرير الحماية الخاصة بدل العامة:
303	03-ضرورة الانتقال من وحدة المجال إلى تفرع وتعدد المجالات
305	ثانيا: تكريس الحماية الفئوية و النوعية
306	01-تحديد الفئات المعنية بالحماية

- 02- توجيه الحماية النوعية 307
- الفرع الثاني تطور مفهوم الأمن القانوني بتجدد مبادئ العقد: بين الرفض و القبول 311
- أولاً: تجدد مبادئ العقد انزلاق نحو الأمن القانوني: 312
- 01- المقصود بمبدأ الأمن القانوني و علاقته بالأمن التعاقدية: 312
- 02- التجدد مساس بمبادئ العقد: 315
- 02- التجدد أزمة تهديد وانهيار لمبادئ النظرية العامة للعقد: 315
- ثانياً: تجدد مبادئ دافع لتطور مفهوم الأمن القانوني: 321
- 01- الأمن التعاقدية بتصور جديد 321
- 02- تجدد آليات ضمان الأمن التعاقدية: 325
- المطلب الثاني الآليات المستحدثة للرقابة على المساواة العقدية و مصلحة العقد 330
- الفرع الأول الآليات المستحدثة للرقابة على المساواة العقدية من حيث الأطراف 330
- أولاً: تكريس الإكراه الإقتصادي: توسع في مفهوم الإكراه 330
- 01- فضل القضاء في تكريس مفهوم الإكراه الإقتصادي: 331
- 02- الإكراه الإقتصادي فرصة لتجدد قواعد العقد و حماية أكثر لفئة المحترفين: 334
- ثانياً: الالتزام بالإعلام: آلية جديدة في خدمة التوازن العقدي 336
- 01- تكريس الالتزام بالإعلام: 336
- 02- توسع الإلتزام بالإعلام: 339
- 03- دور الضبط الإقتصادي في تعزيز الإلتزام بالإعلام: 342
- ثالثاً: مهلة التفكير 343
- الفرع الثاني الآليات المستحدثة للرقابة على عدم المساواة العقدية من مضمون العقد 344
- أولاً: تطور فكرة السبب في العقود: رقابة على الفائدة المرجوة من العقد 345
- 01- مفهوم السبب في العقد 345
- 02- مفهوم الإلتزام الرئيسي في العقد 347
- ثانياً: مبدأ التناسب لضمان التوازن العقدي: "تناسب الاداءات" 347
- 01- إعمال سبب الإلتزام من طرف القضاء: دافع لتكريس مبدأ التناسب في العقد 348
- 02- تفعيل مبدأ التناسب آلية لتحقيق التوازن العقدي 349

351	المبحث الثاني فعالية الجزاء فعالية اقتصادية.....
352	المطلب الأول آليات جزائية جديدة بديلة عن فكرة زوال العقد.....
352	الفرع الأول التعاون بين القاضي والسلطات الإدارية المستقلة في تقرير الجزاء.....
353	أولاً: السلطات الإدارية المستقلة فاعل جديد في توقيع الجزاء:.....
355	ثانياً: الجزاء المرن للسلطات الإدارية المستقلة: إنقاد للعقد من الزوال.....
358	الفرع الثاني الآليات الجديدة لانقاد العقد من الزوال.....
358	أولاً: توقيف العقد: مهلة إضافية للمتعاقدين وإعفاء من المسؤولية.....
359	ثانياً: استبدال المتعاقد:.....
361	المطلب الثاني تطور وتنوع إقرار الجزاء.....
361	الفرع الأول الجزاء الإداري.....
362	أولاً: الأسلوب الردعي للجزاء الإداري:.....
363	ثانياً: الأسلوب التحفظي للجزاء الإداري:.....
363	01-المنع من التعاقد.....
364	الفرع الثاني الجزاء الجنائي.....
365	أولاً: الإجراءات التأديبية: إجراءات تمهيدية للعقوبة.....
367	ثانياً: الجزاء الجنائي.....
369	خاتمة.....
378	قائمة المصادر والمراجع.....
407	فهرس المحتويات.....

ملخص

ملخص

يعتبر العقد أداة ممتازة لضبط السوق المفتوح على المنافسة، الذي يسمح من خلاله بمراقبة العلاقات التعاقدية عبر تدخل إداري تضمنه الهيئات الإدارية المستقلة، من خلال فرض شروط وإجراءات إدارية على صفة المتعاقد للدخول للسوق، تكون بمثابة شكلية غير مباشرة تضمن إختيار المتعاقد الأفضل المؤهل والقادر على تنفيذ التزاماته و واجباته التعاقدية، مما يضمن تجسيد السياسة الإقتصادية و الاجتماعية للدولة الضابطة، إلا أن هذه الوظيفة الجديدة التي أصبح يؤديها العقد نكرها الفقه الكلاسيكي واعتبارها بداية أزمة جديدة للعقد، بعدما تم انتهاك قداسة مبدأ سلطان الإرادة وإخضاع الحرية العقدية لمقتضيات السوق، من خلال تقييد حرية المتعاقدين في التعاقد وعدم التعاقد وتحديد مضمون التعاقد، وتوجيه حرية إختيار المتعاقد، تبعه التوسع في خرق القوة الملزمة من خلال إشراك الهيئات الإدارية المستقلة إلى جانب القاضي في تعديل العقد وتطويعه، وفق مقتضيات السوق المفتوح على المنافسة لضمان المصلحة العامة، يوسع في الأثر النسبي الذي قد ينجر عنه الانزلاق نحو اللامن القانوني.

لكن الحقيقة أن الوظيفة الجديدة التي صار يؤديها العقد في ضبط السوق، هي فرصة ملائمة لتجدد وتطور مبادئه، من خلال توافقها مع قواعد الضبط الإقتصادي، المشجعة للحريات و المبادرات الفردية، أين تتلاقى الحرية التعاقدية مع الحرية الإقتصادية و التنافسية، مما يضمن إعادة نبعتها من جديد بعدما تقيدت في زمن التخطيط و التنظيم للعقد الموجه، كذا فكرة مرونية القوة الملزمة التي تسمح بإشراك الهيئات الإدارية المستقلة إلى جانب القاضي في تعديل العقد تعديله وتطويعه بما يضمن تنفيذ العقد وفق مقتضيات السوق المفتوح على المنافسة، لتحقيق الفعالية اللازمة منه وضمان المصالح العامة و الخاصة، وفق تصور جديد لمفهوم الأثر النسبي و الأامن القانوني الذي يكرس مبادئ التضامن التعاقدية بذل سلطان الإرادة، وتفضيل النزعة الموضوعية من اجل تصحيح توقعات المتعاقد الضعيف أولى من المساس بالعقد.

Résumé

Le contrat est un excellent outil de contrôle de l'ouverture du marché face à la concurrence, à travers lequel il permet le contrôle des relations contractuelles par une intervention administrative garantie par des organes administratifs indépendants, en imposant des conditions et des procédures administratives sur la capacité de l'entrepreneur à entrer sur le marché, ce qui peut servir de formalité indirecte qui garantit la sélection de l'opérateur le mieux qualifié qui est en mesure de mettre en œuvre ses obligations et devoirs contractuels, qui garantit l'incarnation de la politique économique et sociale de l'État régulateur, mais cette nouvelle fonction que le contrat est devenu exécuté est niée par la jurisprudence classique et considérée comme le début d'une nouvelle crise pour le contrat après que le caractère sacré de l'autorité de la volonté a été violé et que la liberté contractuelle a été soumise aux exigences du marché, en restreignant la liberté des parties contractantes de contracter et de ne pas contracter, en précisant le contenu du contrat et en ordonnant la liberté du choix de l'entrepreneur, suivi de l'élargissement de la violation de la force obligatoire par l'intervention d'instances administratives indépendantes aux côtés du juge dans la modification et l'adaptation du contrat conformément aux exigences d'un marché ouvert à la concurrence pour assurer l'intérêt public, il a développé l'impact relatif qui pourrait conduire à un glissement vers la sécurité juridique.

Mais la vérité est que la fonction que le contrat est venu remplir dans la régulation du marché est une occasion appropriée pour le renouvellement et le développement de ses principes, par sa compatibilité avec les règles de contrôle économique, qui encouragent les libertés et les initiatives individuelles, là où le contrat la liberté converge avec la liberté économique et concurrentielle, qui garantit sa résurgence après avoir été restreinte. Au moment de planifier et d'organiser le contrat dirigé, ainsi que l'idée de flexibilité de la force obligatoire qui permet l'intervention des autorités administratives indépendantes aux côtés du juge à modifier et adapter le contrat pour assurer son exécution conformément aux exigences du marché ouvert à la concurrence, Afin d'atteindre l'efficacité nécessaire et de garantir les intérêts publics et privés, selon une nouvelle conception de l'effet proportionnel et de la sécurité juridique qui consacre les principes de solidarité, on s'est efforcé de combler les lacunes du principe de volonté, et la préférence pour la tendance objective à corriger les attentes de l'entrepreneur faible est plus importante que la violation du contrat.

Mots-clés Contracter, régulation économique de la concurrence, principe des pouvoirs de la volonté, force contraignante. Effet relatif, solidarité contractuelle, Sécurité juridique

Abstract

The contract is an excellent tool for controlling the opening of the market to competition, through which it allows the control of contractual relations by administrative intervention guaranteed by independent administrative bodies, by imposing administrative conditions and procedures on the entrepreneur's ability to enter the market, which can serve as an indirect formality that ensures the selection of the best qualified operator who is able to fulfill their contractual obligations and duties, which guarantees the embodiment of the economic and social policy of the regulating State. However, this new function that the contract has become is denied by classical jurisprudence and considered the beginning of a new crisis for the contract after the sacred character of the authority of the will has been violated and contractual freedom has been subjected to the requirements of the market, by restricting the freedom of the contracting parties to contract and not to contract, by specifying the content of the contract and by ordering the entrepreneur's freedom of choice, followed by the expansion of the violation of the binding force by the intervention of independent administrative authorities alongside the judge in the modification and adaptation of the contract according to the requirements of an open market to competition to ensure the public interest, it developed the relative impact that could lead to a shift towards legal security.

But the truth is that the function the contract has come to fulfill in the regulation of the market is an appropriate opportunity for the renewal and development of its principles, through its compatibility with the rules of economic control, which encourage individual freedoms and initiatives, where the contract's freedom converges with economic and competitive freedom, which guarantees its resurgence after having been restricted. At the time of planning and organizing the directed contract, as well as the idea of flexibility of the binding force that allows the intervention of independent administrative authorities alongside the judge to modify and adapt the contract to ensure its execution in accordance with the requirements of the open market to competition, in order to achieve the necessary efficiency and to guarantee public and private interests, according to a new conception of the proportional effect and legal security that consecrates the principles of solidarity, efforts have been made to fill the gaps in the principle of will, and the preference for the objective trend to correct the expectations of the weak entrepreneur is more important than the violation of the contract.

Keywords: Contracting, economic regulation of competition, principle of powers of will, binding force. Relative effect, contractual solidarity, Legal security.

تأثير قانون الضبط الاقتصادي على النظرية العامة للعقد

ملخص

يعتبر العقد أداة ممتازة لضبط السوق المفتوح على المنافسة، الذي يسمح من خلاله بمراقبة العلاقات التعاقدية عبر تدخل إداري تضمنه الهيئات الإدارية المستقلة، من خلال فرض شروط وإجراءات إدارية على صفة المتعاقد للدخول للسوق، تكون بمثابة شكلية غير مباشرة تضمن إختيار المتعاقد الأفضل المؤهل والقادر على تنفيذ التزاماته واجباته التعاقدية، مما يضمن تجسيد السياسة الاقتصادية والاجتماعية للدولة الضابطة، إلا أن هذه الوظيفة الجديدة التي أصبح يؤديها العقد نكرها الفقه الكلاسيكي واعتبارها بداية أزمة جديدة للعقد، بعدما تم انتهاك قداسة مبدأ سلطان الإرادة وإخضاع الحرية العقدية لمقتضيات السوق، من خلال تقييد حرية المتعاقدين في التعاقد وعدم التعاقد وتحديد مضمون التعاقد، وتوجيه حرية إختيار المتعاقد، تبعه التوسع في خرق القوة الملزمة من خلال إشراك الهيئات الإدارية المستقلة إلى جانب القاضي في تعديل العقد وتطويعه، وفق مقتضيات السوق المفتوح على المنافسة لضمان المصلحة العامة، يوسع في الأثر النسبي الذي قد ينجر عنه الانزلاق نحو للأمن القانوني.

لكن الحقيقة أن الوظيفة الجديدة التي صار يؤديها العقد في ضبط السوق، هي فرصة ملائمة لتجدد وتطور مبادئه، من خلال توافقها مع قواعد الضبط الاقتصادي، المشجعة للحريات والمبادرات الفردية، أين تتلاقى الحرية التعاقدية مع الحرية الاقتصادية والتنافسية، مما يضمن إعادة تبعثها من جديد بعدما تقيدت في زمن التخطيط والتنظيم للعقد الموجه، كذا فكرة مرونية القوة الملزمة التي تسمح بإشراك الهيئات الإدارية المستقلة إلى جانب القاضي في تعديل العقد وتعديله وتطويعه بما يضمن تنفيذ العقد وفق مقتضيات السوق المفتوح على المنافسة، لتحقيق الفعالية اللازمة منه وضمان المصالح العامة والخاصة، وفق تصور جديد لمفهوم الأثر النسبي والأمن القانوني الذي يكرس مبادئ التضامن التعاقدية بذل سلطان الإرادة، وتفضيل النزعة الموضوعية من أجل تصحيح توقعات المتعاقد الضعيف أولى من المساس بالعقد.

الكلمات المفتاحية: العقد، الضبط الاقتصادي والمنافسة، مبدأ سلطان الإرادة، القوة الملزمة، الأثر النسبي، التضامن التعاقدية، الأمن القانوني.

Résumé

Le contrat est un excellent outil de contrôle de l'ouverture du marché face à la concurrence, à travers lequel il permet le contrôle des relations contractuelles par une intervention administrative garantie par des organes administratifs indépendants, en imposant des conditions et des procédures administratives sur la capacité de l'entrepreneur à entrer sur le marché, ce qui peut servir de formalité indirecte qui garantit la sélection de l'opérateur le mieux qualifié qui est en mesure de mettre en œuvre ses obligations et devoirs contractuels, qui garantit l'incarnation de la politique économique et sociale de l'État régulateur, mais cette nouvelle fonction que le contrat est devenu exécuté est niée par la jurisprudence classique et considérée comme le début d'une nouvelle crise pour le contrat après que le caractère sacré de l'autorité de la volonté a été violé et que la liberté contractuelle a été soumise aux exigences du marché, en restreignant la liberté des parties contractantes de contracter et de ne pas contracter, en précisant le contenu du contrat et en ordonnant la liberté du choix de l'entrepreneur, suivi de l'élargissement de la violation de la force obligatoire par l'intervention d'instances administratives indépendantes aux côtés du juge dans la modification et l'adaptation du contrat conformément aux exigences d'un marché ouvert à la concurrence pour assurer l'intérêt public, il développé l'impact relatif qui pourrait conduire à un glissement vers la sécurité juridique.

Mais la vérité est que la fonction que le contrat est venu remplir dans la régulation du marché est une occasion appropriée pour le renouvellement et le développement de ses principes, par sa compatibilité avec les règles de contrôle économique, qui encouragent les libertés et les initiatives individuelles, là où le contrat la liberté converge avec la liberté économique et concurrentielle, qui garantit sa résurgence après avoir été restreinte. Au moment de planifier et d'organiser le contrat dirigé, ainsi que l'idée de flexibilité de la force obligatoire qui permet l'intervention des autorités administratives indépendantes aux côtés du juge à modifier et adapter le contrat pour assurer son exécution conformément aux exigences du marché ouvert à la concurrence, Afin d'atteindre l'efficacité nécessaire et de garantir les intérêts publics et privés, selon une nouvelle conception de l'effet proportionnel et de la sécurité juridique qui consacre les principes de solidarité, on s'est efforcé de combler les lacunes du principe de volonté, et la préférence pour la tendance objective à corriger les attentes de l'entrepreneur faible est plus importante que la violation du contrat.

Mots-clés Contracter, régulation économique de la concurrence, principe des pouvoirs de la volonté, force contraignante. Effet relatif, solidarité contractuelle, Sécurité juridique

Abstract

The contract is an excellent tool for controlling the opening of the market to competition, through which it allows the control of contractual relations by administrative intervention guaranteed by independent administrative bodies, by imposing administrative conditions and procedures on the entrepreneur's ability to enter the market, which can serve as an indirect formality that ensures the selection of the best qualified operator who is able to fulfill their contractual obligations and duties, which guarantees the embodiment of the economic and social policy of the regulating State. However, this new function that the contract has become is denied by classical jurisprudence and considered the beginning of a new crisis for the contract after the sacred character of the authority of the will has been violated and contractual freedom has been subjected to the requirements of the market, by restricting the freedom of the contracting parties to contract and not to contract, by specifying the content of the contract and by ordering the entrepreneur's freedom of choice, followed by the expansion of the violation of the binding force by the intervention of independent administrative authorities alongside the judge in the modification and adaptation of the contract according to the requirements of an open market to competition to ensure the public interest, it developed the relative impact that could lead to a shift towards legal security.

But the truth is that the function the contract has come to fulfill in the regulation of the market is an appropriate opportunity for the renewal and development of its principles, through its compatibility with the rules of economic control, which encourage individual freedoms and initiatives, where the contract's freedom converges with economic and competitive freedom, which guarantees its resurgence after having been restricted. At the time of planning and organizing the directed contract, as well as the idea of flexibility of the binding force that allows the intervention of independent administrative authorities alongside the judge to modify and adapt the contract to ensure its execution in accordance with the requirements of the open market to competition, in order to achieve the necessary efficiency and to guarantee public and private interests, according to a new conception of the proportional effect and legal security that consecrates the principles of solidarity, efforts have been made to fill the gaps in the principle of will, and the preference for the objective trend to correct the expectations of the weak entrepreneur is more important than the violation of the contract.

Keywords: Contracting, economic regulation of competition, principle of powers of will, binding force. Relative effect, contractual solidarity, Legal security.