

علاقة قانون العقود الخاصة بقانون العقود

The relation between the private contract's law and the law of contracts

الباحثة: موهاب سارة

MOUHEB Sarah

طالبة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الدكتور يحيى فارس بالمدينة.

عضو باحث بمخبر السيادة والعولمة.

PhD Student, Faculty of Law and political science, University of Yahia Fares

Medea

A member research of the Sovereignty and Globalization laboratory.

E-mail: Sarita.mouheb@gmail.com

الأستاذ المشرف: حليس لخصر

Prof: HELIS Lakhdar

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الدكتور يحيى فارس بالمدينة.

Professor, faculty of law and political science, university of yahia fares medea.

E-mail: lakhdarhelis@gmail.com

تاريخ النشر: 2021/06/28

تاريخ القبول: 2021/02/13

تاريخ إرسال المقال: 2020/12/02

ملخص:

يعتبر العقد من أهم صور التصرفات القانونية التي يهتم القانون المدني بتنظيمها تحت ما يسمى النظرية العامة للعقد من جهة، والعقود الخاصة من جهة أخرى، لكن إثر الثورة الصناعية ظهرت مرحلة جديدة تمثلت في حركة العقود الخاصة أين انفصلت عن أحكام قانون العقود وانتقلت لفروع مستقلة بذاتها أهمها قانون العمل، قانون التأمينات، وانفجرت هذه الظاهرة إثر التطور التكنولوجي والاقتصادي فاختلّ التوازن العقدي بشكل ملحوظ بحيث ترك بصمته على النظام القانوني التقليدي للعقود في مقابل زيادة حركة العقود من الخاص إلى التخصص.

وقد مر التشريع الجزائري بكل هذا التطور بداية من صدور القانون المدني الجزائري سنة 1975 لغاية اليوم، وكل ذلك تمخض عنه تراجع أحكام قانون العقود في مقابل صدور تشريعات خاصة أصبحت تنافسه كونها انطلقت من تصورات وفلسفات جديدة عن مفهومه، أهمها قانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، قانون 04-02 المحدد لقواعد الممارسات التجارية، قانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية.

وتوصلنا من خلال هذه الدراسة إلى أن غاية المشرع في تنظيم العقود الخاصة ضمن أحكام قانون العقود لا تخرج عن مساعدة المتعاقدين وتكملة إرادتهم دون التعدي على حريتهم العقدية، إلا أنه ونتيجة لتطور الأمور إثر الثورة الصناعية والتكنولوجية أصبحنا أمام مرحلة جديدة تنظمها الأحكام العامة (قانون العقود) من جهة والتشريعات الخاصة (قانون العقود الخاصة) من جهة أخرى.

كلمات مفتاحية:

الشريعة العامة، التشريعات الخاصة، المحترف، العقود الخاصة، المستهلك.

Abstract:

The Contract is considered as the main forms of legal actions that are concerned in civil law with regulating the common theory of the contract, and private contracts. After the Industrial Revolution, a new phase appeared in the private contracts where it was separated from the provisions of contracting law and moved to be independent, as Labor law, insurance law. this phenomenon has explode as a result of the technological and economic development, as the contractual balance was significantly disrupted, leaving a spot on the traditional legal system of contracts in exchange for an increase in the movement of contracts from the private to the specialism.

Algerian legislation passed all this increase, from the Algerian civil law in 1975 till this day, and all this resulted are retreat of the provisions of the contracting law in exchange for the issuance of special legislations that have become competing with it as it emerged from new perception of its concept, the 09-03 Law related to consumer protection, and the 02-04 Law specifying the rules of commercial practices, and the Law n° 18-05 of the electronic trade, are the most common examples.

Through this study, we concluded that the purpose of the legislator in regulating private contracts within the provisions of the contract law does not deviate from helping the contracting parties and completing their will without infringing on their contractual freedom, but as a result of the industrial and technological revolution, we have come to a new phase regulated by the general provisions (contract law) on the one hand, and private legislations (private contract's law) on the other hand.

Keywords:

Common law; Private laws; Professional; Private contracts; Consumer.

مقدمة:

يعد القانون المدني الشريعة العامة والأصل الذي يجب الرجوع إليه إذا ما انعدم نص في مسألة معينة، فهو بمثابة العمود الفقري لباقي فروع القانون، كما يعتبر العقد من أهم صور التصرفات القانونية في الحياة الاجتماعية والاقتصادية التي يهتم القانون المدني بتنظيمها، لذا تحظى نظرية العقد بمكانة بارزة في التشريعات المعاصرة، مثلما حظيت بها سابقا في التشريعات القديمة¹ التي اهتمت بتنظيم العقود الخاصة قبل التطرق لفكرة النظرية العامة للعقد.

وقد تبلورت هذه الأخيرة مع إصدار القانون المدني الفرنسي والتي نالت من مكانة أحكام العقود الخاصة، والتي أصبحت محصورة في الأصناف الكبرى للعقود كعقد البيع، الإيجار...، وبعد ذلك تطورت الأمور إثر الثورة الصناعية

وتحت تأثير ضغوطات المجتمع المدني الناتجة عن اختلال التوازن العقدي خاصة في مجال عقود العمل والتأمين، مما أدى لظهور مرحلة جديدة تمثلت في حركة العقود الخاصة بعد انفصالها عن أحكام قانون العقود وانتقالها لفروع مستقلة بذاتها. وانفجرت الظاهرة نظرا للتطور التكنولوجي والاقتصادي الحاصل وتطور المجتمع، حيث برزت فئات متفاوتة في المراكز فأصبحنا أمام معاملات تشمل فئة قوية متمثلة في المحترفين من جهة وفئة ضعيفة متمثلة في المستهلكين من جهة أخرى، فاختلّ التوازن العقدي بشكل ملحوظ بحيث ترك بصمته على النظام القانوني التقليدي للعقود في مقابل زيادة حركة العقود من الخاص إلى التخصص.

هذا الأمر ساهم طبعاً في البحث والتنقيب عن آليات قانونية تلبي وتحد من صلابة المبادئ التقليدية للعقد وجمودها، خاصة أن العمليات الاقتصادية اليوم أضحت تتميز بنوع من المرونة، وقد ترتّب عن ذلك تخصص تشريعي مفرد، فلم يبق الأمر محصور في مجالات محددة حيث أصبحنا أمام تشريعات خاصة بالبيئة، حماية المستهلك، المنافسة...، والتي نجدها بالضرورة قد انتهجت أساليب وأسس تتعارض مع الأساليب التي اعتمدتها الشريعة العامة (القانون المدني) في تنظيم أحكام العقود نظراً لانطلاقها من تصورات مغايرة تماماً.

وقد مر التشريع الجزائري بكل هذا التطور، فبعد الاستقلال سنة 1962 تم تمديد العمل بالقوانين الفرنسية إلا ما يتعارض منها مع السيادة الوطنية، وفي سنة 1975 صدر القانون المدني الجزائري بموجب الأمر 75-58²، والواقع بخصوص هذا القانون أنه قد اعتمد أسلوب المزج³، فمن جهة يعد إرث موروث عن المدونة الفرنسية لقانون نابليون لسنة 1804 وتقليد له بطريقة مباشرة وهو الوضع الذي جعل من القانون المدني الجزائري في تبعية تشريعية عمياء، كما يعد نقل حربي لبعض أحكام القانون المدني المصري الصادر سنة 1948 والذي ينتهج هو كذلك نزعة لاتينية واضحة متأثراً بقانون نابليون بطريقة غير مباشرة من جهة أخرى.

ومنه تضمن القانون المدني الجزائري في مرحلة أولى صنفين من الأحكام في نفس التقنين، أحكام عامة منظمة لنظرية العقد وأحكام خاصة منظمة للعقود الخاصة، ثم في مرحلة ثانية خرجت عن نطاقه بعض العقود التي أصبحت تفقد توازنها إذا ما استمرت في الخضوع لأحكام قانون العقود، فانتقلت بدورها لفروع قانونية مستقلة أهمها قانون العمل الصادر بموجب القانون 90-11⁴ الذي يهتم بتنظيم علاقات العمل، وقانون التأمينات الصادر بموجب الأمر 95-07⁵، ولم يتوقف الأمر عند هذا الحد إذ استمر الحال في مرحلة ثالثة على ظهور أنواع جديدة من العقود تتميز بتفوق أحد المتعاقدين الذي تهيمن مصلحته مصلحة الطرف الضعيف منها عقد البيع على التصاميم، البيع بالإيجار، العقود الالكترونية...، وأدى ذلك إلى عدم فعالية أحكام قانون العقود للتطبيق على هذه العقود المتخصصة جداً، هذا الأخير الذي تقادم وشاخ وأصبح عاجزاً تمخّض عنه ما سمي "بأزمة العقد" لدى البعض⁶، في مقابل صدور تشريعات خاصة أصبحت تزاحمه وتنافسها إن صح التعبير لأنها انطلقت من تصورات وفلسفات جديدة عن مفهوم قانون العقود.

وطبقاً لهذه الأسباب التي يمكن القول بأنها قد زعزعت القواعد التقليدية لنظرية العقد، تساءل الكثير عن ماهية العلاقة بين قانون العقود الخاصة وقانون العقود، وعما إذا كان الأمر يتعلق بعلاقة تكامل أم تعارض وتصادم؟ وهل الأمر يتعلق بتراجع المبادئ الأساسية لقانون العقود أم يتعلق بتطورها وتحديدّها؟

وتساءلنا نحن بهذا الخصوص وبالنظر إلى تخصص العقود الخاصة، ما هي العلاقة التي تحتفظ بها اليوم فيما يتعلق بقانون العقود؟ هل هي علاقة تطبيق للمبادئ العامة أم هي علاقة تجديد؟

و للإجابة عن الإشكالية المطروحة ارتأينا معالجة الموضوع عبر نقطتين لتحديد أهداف هذا البحث كما يلي:

1- تحديد مستوى تدرّج القواعد القانونية، والكشف عن العلاقة التي تربط فيما بينها بصفة عامة.

2- ضبط العلاقة بين قانون العقود الخاصة وقانون العقود بصفة خاصة، إذا ما كانت علاقة تطبيق للمبادئ العامة أم علاقة تجديد للمبادئ العامة.

3- تحديد أهداف المشرع الجزائري من وراء التدخل لتنظيم العقود في كل مرة، والغاية من ذلك.

وقد اعتمدنا في دراسة هذا الموضوع والكشف عن أهدافه على المنهج التحليلي والوصفي وفقا للخطة التالية:

المبحث الأول: علاقة قانون العقود الخاصة بقانون العقود: تطبيق للمبادئ العامة.

المطلب الأول: تنظيم العقود الخاصة: تكملة لإرادة المتعاقدين.

المطلب الثاني: تنظيم العقود الخاصة: مبدأ الخاص يقيد العام.

المبحث الثاني: علاقة قانون العقود الخاصة بقانون العقود: تجديد للمبادئ العامة.

المطلب الأول: من العقود الخاصة إلى الفروع المستقلة.

المطلب الثاني: من العقود الخاصة إلى العقود المتخصصة.

المبحث الأول: علاقة قانون العقود الخاصة بقانون العقود: تطبيق للمبادئ العامة.

لا شك أن غاية المشرع في تنظيم العقود الخاصة ضمن أحكام قانون العقود لا تخرج عن مساعدة المتعاقدين وتكملة إرادتهم (المطلب الأول) دون التعدي على حريتهم العقدية، لكن قد يسمح في بعض الأحيان لنفسه بالتعدي على هذه الحرية لاعتبارات معينة وذلك عندما نكون أمام مبدأ الخاص يقيد العام (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تنظيم العقود الخاصة: تكملة لإرادة المتعاقدين.

بالرجوع لأحكام قانون العقود، نجده قد استقرّ على أهم المبادئ - مبدأ سلطان الإرادة - الذي ازدهر في ظل المذهب الفردي، أين تشبّع بمختلف التصوّرات والأفكار الفلسفية التي تمجّد الفرد وتقّدس حريته العقدية باعتبارها أساس ومصدر للالتزام التعاقدي⁷، والتصوّرات والأفكار الاقتصادية التي تتعلق بالحرية الاقتصادية في إطار القانون الخاص القائمة على تشجيع المبادرات الفردية لتحقيق التوازن والازدهار الاقتصادي طبقا لمبدأ (دعه يعمل دعه يمر).

وطبقا لهذه الانطلاقة أي فتح المجال للحرية العقدية، لم تكن الدولة لتتدخل في إرادة الأطراف لأن دورها محدود⁸ في إطار النظام العام السياسي الذي يمتاز بتقرير المنع دون الإلزام، فتهتم بالوظائف التقليدية لا غير والمتمثلة في الوظيفة التشريعية، التنفيذية، القضائية، الدفاع الخارجي والأمن الداخلي، فهي تلتزم بحماية الحريات الشخصية دون تقييدها، وعلى هذا الأساس يكون تنظيم مضمون العقد من اختصاص الأطراف المتعاقدة دون غيرهم إذ يحق لهم إدراج مختلف الشروط الاتفاقية من بينها الشرط الفاسخ المادة 120 قانون مدني، الشرط الجزائي المادة 183 قانون مدني، شرط تحديد

المسؤولية المادة 178 قانون مدني، وفي مقابل ذلك لا يحق لا للقاضي ولا للمشرع المساس بهذه الشروط لأن العقد يكون قد اكتسب قوته الملزمة طبقا للمادة 106 من القانون المدني الجزائري.

إلا أن الالتزامات المتولدة من العقد كانت محل جدل كبير بخصوص اقتصارها على ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين أم شمولها للالتزامات أخرى وإن لم تنصرف إليها إرادتهما، بعبارة أخرى فإن العقد لا يلزم المتعاقدين بما ورد فيه فحسب بل يلزمهم أيضا بمستلزماته والمتمثلة في القانون، العرف وقواعد العدالة⁹، وهذا يعني أن مضمون العقد يشمل المسائل الواردة فيه صراحة من حقوق والالتزامات الطرفين من جهة، إضافة للمسائل التي لم ترد في العقد من جهة أخرى حيث أغفلها الطرفان إما سهوا أو لعدم توقعها، خاصة مع السرعة في إنجاز المعاملات أين يتم التركيز على المسائل الجوهرية في العقد دون المسائل التفصيلية، فيكون العقد في هذه الحالة ناقصا وهذا لا يعني أن العقد غير صحيح لأن المشرع أجاز انعقاده بالاتفاق على المسائل الجوهرية فقط وإنما يجب تكملته بالرغم من ذلك¹⁰.

وبما أن أهم مصدر لتكملة إرادة الأطراف هو القانون، فيتدخل المشرع من أجل تنظيم بعض العقود بشكل خاص نظرا لشيوعها وتداولها بكثرة في الحياة اليومية، ألا وهي العقود الخاصة أو ما يطلق عليها الفقه المدني اسم العقود المسماة¹¹، هذه الأخيرة تولى المشرع تعريفها وتسميتها وتنظيمها بموجب أحكام خاصة في إطار القانون المدني نفسه، وأعطى للقاضي سلطة إكمال نطاق العقد بإضافة الالتزامات التي يقتضيها ذلك العقد ولو لم تتجه إرادة الأفراد لذلك، ولا تعد هذه الأحكام إلا تنظيم إضافي مكمل للنظرية العامة للعقد غايتها مساعدة المتعاقدين على تنظيم علاقتهم العقدية بصفة دقيقة، فلا يكون هدف المشرع من هذا التنظيم وهذا التحديد إلا توضيح الطريق للمتعاقدين وتجنّبهم العناء في تنظيم عقودهم، بحيث أوجد تنظيما نموذجيا كاملا للعقود المسماة في قواعد تعرف بالقواعد المكملّة لإرادة المتعاقدين وكذلك بعض القواعد العامة التي تطبق على كافة العقود وهو ما يطلق عليه بعض الفقهاء بمبدأ رعاية العقد¹²، بمعنى أن المشرع يراعي العقد من كل جوانبه وفي مختلف المراحل التي يمر بها من وقت إبرامه لغاية تمام تنفيذه.

وأبرز مثال على ذلك، الأحكام المنظّمة لعقد البيع والذي يعتبر من أهم العقود التي خصّها المشرع بتنظيم خاص، وعليه يخضع هذا الأخير لأحكام مزدوجة، فهو عقد يتم إبرامه طبقا للقواعد العامة بمجرد حصول اتفاق حول مسائله الجوهرية من تحديد المبيع والتمن دون التطرق للتفاصيل كمكان وزمان تسليم المبيع ويكون بذلك عقدا صحيحا، لكن في مرحلة التنفيذ قد يواجه الأطراف صعوبات لعدم تحديد زمان ومكان التسليم، أو مكان الوفاء بالتمن وزمانه، أو ما يرجع به المشتري على البائع إذا استحق المبيع كليا أو جزئيا، أو ظهر عيب خفي...، فكلّها تعد أحكاما تكميلية لإرادة المتعاقدين، ولتجاوز هذه الصعوبات والتي كانت تنال من العقد سابقا وضع المشرع تنظيما نموذجيا لعقد البيع تناول كل التفاصيل الدقيقة إكمالا لإرادة الأطراف واستقرار عقودهم.

وما يمكن استنتاجه إذا حول هذا التنظيم، هو العلاقة التي تربط أحكام قانون العقود بقانون العقود الخاصة، إذ أن هذه العلاقة تحكمها غاية المشرع من وراء تنظيم هذه العقود، فإما يهدف لتكملة إرادة المتعاقدين دون التعدي على إرادة وحرية الأطراف عبر تحديد عناصرها الجوهرية والالتزامات المترتبة عليها بقواعد تنفي عن هذا التدخل الإخلال بمبدأ

سلطان الإرادة، أو قد يهدف المشرع من وراء ذلك إلى توحيد أحكام العقود الخاصة لتكون منسجمة أكثر من الناحية القانونية، كما قد يهدف إلى توجيه العقد وتطويره بحيث يتماشى مع الاتجاهات المتجددة¹³.

وبناء على ذلك نجد أن المشرع دائماً يراعي حرية الأطراف عند تنظيمه لبعض العقود وذلك بالاعتماد على قواعد ذات صبغة تكميلية أو تفسيرية تهتم بتنظيم المسائل التفصيلية، والتي يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفة حكمها واستبعادها كونها ليست من النظام العام والأخذ بالحلول حسب اتفاقهم، مثلاً نجد المواد 353، 354، 355، 356 وما يليها من القانون المدني تتولّى تنظيم تفاصيل خاصة بعقد البيع ذات صبغة تكميلية، إلا أنه يجب الإشارة طبعاً إلى أن استبعاد هذه القواعد من التطبيق لا ينفي عنها صفة الإلزام إن صح التعبير، فهي لا تطبق لأن شرط تطبيقها -وهو عدم اتفاق الأطراف- غير متوفر وليس لأنها غير ملزمة.

وعلى هذا الأساس تمثل أحكام العقود الخاصة الجانب التطبيقي للنظرية العامة للعقد فلا تنال منها ولا تتعارض معها لأن الغاية منها ضمان مصلحة المتعاقدين فقط، ولأن أحكام النظرية العامة للعقد هي المنوط بها استكمال ما لم يتوافر من النقاط الجزئية لكل عقد خاص باعتبارها المرجع عند سكوت المتعاقدين عن بعض التفاصيل.

المطلب الثاني: تنظيم العقود الخاصة: مبدأ الخاص يقيد العام.

إن الأصل في العقود الخاصة أنها تنطوي على أحكام تتماشى حتماً مع أحكام النظرية العامة للعقد، لكن قد يسمح المشرع في بعض الأحيان لنفسه بطرح أحكام استثنائية من القواعد العامة تخرج عنها لأسباب واعتبارات معينة تخص طبيعة كل عقد أو مقتضيات التعامل والتوجيه التشريعي فيه¹⁴، ذلك أن تنظيم العقود المسماة بصفة كلية ونموذجية يتطلب التدقيق في الأحكام ومراعاة خصوصية كل عقد، وهو الأمر الذي يسهل حتى على القاضي الوصول إلى القواعد الدقيقة التي تنظم الموضوع المعروض أمامه.

وطبقاً لذلك فإذا كانت الأحكام الخاصة بعقد معين لا تنسجم مع أحكام النظرية العامة للعقد كأن يكون النص الخاص مخالف للنص العام، فالعبرة تكون في هذه الحالة بالمبدأ القانوني المعروف "الخاص يقيد العام"¹⁵، والتي تقتضي أن النص الخاص يطبق في الحالة التي نص عليها دون أن يتجاوزها إلى باقي الحالات، ليبقى النص العام يطبق على كل حالة لا تندرج ضمن مجال النص الخاص، ذلك أن المشرع في الأصل عند تنظيمه للعقود الخاصة، فهو لا يقتصر على مجرد تطبيق لأحكام النظرية العامة، بل يخرج عنها في بعض الحالات لمبررات وعلل خاصة ترجع للعقد المسمى في حد ذاته، ولا شك أن أكثر هذه المبررات تتصل بالنظام العام¹⁶ أين يصبح إدراج نصوص على ذلك النحو أمراً ضرورياً، وتصبح الأحكام الواجبة التطبيق تختلف اختلافاً بيناً عن تلك التي تستنبط من القواعد العامة.

ولعلّ الغرض من وضع نص خاص لمعاملة معينة، هو تكييف الحكم أو القواعد العامة مع خصوصيات أو مميزات هذه المعاملة لتصبح أكثر ملائمة، بحيث يكون مجرد استثناء يطبق عليها دون التأثير على أحكام القواعد العامة، بعبارة أخرى فإن تطبيق القاعدة الخاصة لا يعني عدم تطبيق القاعدة العامة وإنما يعني ذلك أن العقد له في الواقع حيتانان، حياة تحكمها القاعدة الخاصة، وحياة تحكمها القاعدة العامة، فالبايع التاجر مثلاً له حياة خاصة كفرد يخضع فيها لأحكام القواعد العامة وأحكام تخص تجارته فيخضع فيها لأحكام عقد البيع وأحكام القانون التجاري بصفته تاجراً.

ومن أبرز الأمثلة على ذلك ما يلي:

(1) **اشتراط الشكلية في عقد البيع العقاري:** فالأصل أن الإرادة وحدها كافية لإنشاء التصرفات ولا حاجة لإفراغها في شكل خاص طبقاً لمبدأ الرضائية، فعقد البيع عامة عقد رضائي ينعقد طبقاً للقواعد العامة للعقد، كما يخضع إلى شروط البيع الواردة ضمن أحكام العقود المسماة، والتي تتضمن حكم خاص بعقد بيع عقار فقد نصّت المادة 324 مكرر¹ من القانون المدني في هذا الشأن على وجوب توفر ركن رابع حتى ينعقد العقد صحيحاً، متمثل في ركن الشكلية المباشرة والتي تتطلب إفراغ الإرادة في قالب رسمي خاص تحت طائلة البطلان المطلق لهذا العقد، إضافة للشكلية غير المباشرة طبقاً للمادة 793 من القانون المدني والتي تشترط مراعاة إجراءات الشهر العقاري.

(2) **حالة بيع المريض في مرض الموت:** الأصل أن الشخص حر في إبرام تصرفاته وقتما شاء، لكنه مقيد أحياناً في مباشرة عملية البيع إذا ما ثبت بأن تصرفه لم يبرمه إلا تحت تأثير المرض الذي يعتقد بأنه سيؤدي به إلى الموت لا محال طبقاً للمواد 408 و 409 من القانون المدني، فيكون تصرفه لأحد الورثة غير نافذ إلا بإقرار بقية الورثة، أما تصرفه للغير فيكون قابلاً للإبطال، وعليه يتضح أن هذا الحكم استثنائي يقتضي حلول استثنائية¹⁷ لكونه لا يستند إلى القواعد العامة لنظرية العقد.

وأكثر من ذلك نجد أن المشرع قد وضع نص خاص في المادة 776 من القانون المدني والتي تعتبر كل تصرف صادر عن شخص بقصد التبرع وهو في حالة مرض الموت تصرف تبرعي مضاف إلى ما بعد الموت ويخضع لأحكام الوصية مبدئياً ولو سمّاه المتعاقدان بيعاً مثلاً، فيكون هذا الحكم استثنائي عن أحكام النظرية العامة للعقد.

(3) **حق رفع الدعوى المباشرة في العقود الفرعية أو المبرمة من الباطن:** ونشير في ذلك لأهم العقود التي تخضع لهذا الحكم كالمقاولة، الوكالة، الإيجار...، فعن عقد المقاولة والذي يعتبر من أحد العقود المسماة التي خصّها المشرع بتسمية وتنظيم خاص، فالأصل فيه حسب المادة 549 من القانون المدني هو أن يلتزم أحد المتعاقدين بصنع شيء أو تأدية عمل مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر، إلا أن المادة 564 من القانون المدني أجازت للمقاول أن يوكل تنفيذ التزامه إلى مقاول فرعي إذا لم يوجد شرط مانع أو أي اعتبار شخصي في العقد، وهو حكم خاص بهذا النوع من العقود فقط فلا نجد حكم مثيل له ضمن أحكام النظرية العامة للعقد، وطبقاً لذلك يجوز حسب المادة 565 من القانون المدني للمقاول الفرعي حق مطالبة رب العمل مباشرة بالقدر الذي في ذمته تجاه المقاول الأصلي الذي لم ينفذ التزامه أي في حدود المبالغ المدّين بها للمقاول الأصلي، ونفس الحكم يسري على العمال الفرعيين في رجوعهم مباشرة على المقاول الأصلي.

فتشكل هذه الدعوى¹⁸ حالة استثنائية من مبدأ نسبية العقد إذ يتحصّل الغير على حق مباشر من عقد لم يكن طرفاً فيه، أي خروج عن المبادئ العامة لنظرية العقد.

وعليه وما يمكن استنتاجه من كل ما سبق، أن المشرع في كل مرة يعمل على مراعاة خصوصية كل عقد بالذات، فينتقل من أحكام القواعد العامة ثم يلحق بها الأحكام النموذجية لكل عقد والتي غالبا ما تكون أحكام تطبيقية للمبادئ العامة كما سبق بيانه، ثم بعد ذلك إذا تبين أن للعقد المنظم خصوصية معينة والتي غالبا ما تتعلق بالنظام العام، فيحاول المشرع أفراد هذه الحالة الاستثنائية بحكم خاص لأنها تقتضي حلولاً استثنائية تتكيف بها مع مقتضيات أحكام نظرية العقد من جهة وطبيعة المعاملة من جهة أخرى.

فيكون هدف المشرع من تنظيم العقود المسماة في هذه الحالة هو التيسير على المتعاقدين وحتى على القاضي عند ممارسة مهمته معرفة الأحكام التي تسري على كل عقد مرتبة بحسب الأولوية، حيث يجب تطبيق في المرتبة الأولى النصوص الخاصة التي أوردها المشرع في هذا العقد المسمى بالذات، فإذا لم يوجد نص يمكن تطبيقه منها عندئذ وجب تطبيق النصوص الواردة في النظرية العامة للعقد، وفي كل الأحوال، سواء كانت الأحكام المنظمة تتماشى والقواعد العامة أو تخرج عنها، فلا يمكن اعتبارها إلا جانبا تطبيقيا لأحكام نظرية العقد عامة.

إلا أن هذا الكلام يقال في إطار المعاملات البسيطة التي كانت سائدة منذ عهد قانون نابليون 1804 م المبني على تصوّر المساواة المجردة والحرية الفردية، أما الواقع الحالي والمقتضيات الجديدة والتطورات التي أفرزتها الثورة الصناعية والتكنولوجية أدت إلى فرض مفاهيم جديدة لا تتماشى وأحكام النظرية العامة للعقد فتخرج عنها تحت طائلة التوجيه التشريعي الجديد وهو ما نتناوله في المبحث الثاني.

المبحث الثاني: علاقة قانون العقود الخاصة بقانون العقود: تجديد للمبادئ العامة.

تطورت الأمور اثر الثورة الصناعية والتكنولوجية فأصبحنا أمام مرحلة جديدة وهي مرحلة ظهور التشريعات الخاصة، إذ أصبحنا أمام الشريعة العامة (قانون العقود) من جهة والتشريعات الخاصة (قانون العقود الخاصة) من جهة أخرى، هذه الأخيرة انطلقت من فكرة استقلال بعض العقود الخاصة لفروع (مطلب أول)، إلا أن إفراط العقود في التخصص زاد بكثرة مما أدى لانفجار التشريعات الخاصة بتنظيم هذه العقود (مطلب ثان).

المطلب الأول: من العقود الخاصة إلى الفروع المستقلة.

إن انتصار مبدأ سلطان الإرادة يرجع إلى عوامل اقتصادية بالأساس وهي عوامل أدت إلى انتشار روح الفردية، وبعد أن تطورت وقامت الوحدات الإنتاجية أدت من جديد إلى اختلال التوازن بين القوى الاقتصادية نظرا للآزمات والتحويلات الاقتصادية والاجتماعية إثر تطوّر الثورة الصناعية الحاصلة، وهذه العوامل كان من شأنها أن تقلّص أو تنقص من قوة مبدأ سلطان الإرادة حيث أدى ذلك إلى انفصال الحرية عن العدالة في العقد فتتلاشى فكرة الحقوق المتساوية النابعة من الفكرة العقدية، مثلا بين فئة العمال وأرباب، وبين فئة المؤمنين والمؤمن لهم..، فيكون المبدأ قد قام على أساس اقتصادي وانتكس متأثرا بالعوامل الاقتصادية نفسها ومن ثم كان لابد من التدخل التشريعي بعدما أصبح العقد يقوم على اللّاعادلة.

وفي هذه المرحلة بالذات انتقلت بعض العقود الخاصة لتشريعات خاصة قائمة بذاتها بحيث لم تعد غاية المشرع من وراء تنظيم العقود هي مساعدة الطرفين وإنما غايته الجديدة هي حماية المتعاقد الضعيف في العلاقة العقدية والتي تتطلب

تجديد أساليب وأسس تنظيم العقود الخاصة، إذ أصبح يهتم أكثر بمنح المتعاقد الضعيف حقوق دنيا لا يمكن المساس بها أو التنازل عنها¹⁹ مثلاً يهتم المشرع في كل من قانون العمل وقانون التأمينات بمنح حقوق متنوعة للطرف الضعيف والمتمثل في العامل أو المؤمن له كضمانة قانونية مقابل فرض التزامات صارمة على كل من رب العمل وشركة التأمين بحسب الحالة للعمل على تحقيق المساواة الفعلية بأكبر قدر ممكن، فأمكن القول بأن التطور في المجال العقدي أصبح يتجه نحو إصدار قوانين أمرة من النظام العام وليس فقط مكملة للإرادة، حيث يكاد المشرع يستأثر بتنظيم بعض العقود وهو ما يسمى بالتأطير القانوني عن طريق أحكام النظام العام الحمائي التي تحوّل للعامل جملة من الضمانات تمكّنه من تقوية مركزه مقارنة بمركز رب العمل، والتي ليس للأطراف مخالفة شروطها، ومن ثم لم يعد دور الدولة يقتصر على دور الشرطي الحارس للحفاظ على العدل والأمن داخل المجتمع بل أصبح لها دور ايجابي كدولة متدخلة في الحياة الاقتصادية والاجتماعية فتعمل على توجيهها وأبرز مثال:

أولاً: تنظيم عقد العمل:

إن توجه المشرع لتنظيم عقد العمل أثر في نظرية العقد تأثيراً واضحاً كون أن هذه العلاقة التعاقدية والتي أساسها علاقة التبعية تقوم أصلاً على **عدم التكافؤ الواقعي**²⁰، فعلى الرغم من أهمية البعد التعاقدية في هذه العلاقة إلا أن جانبها التنظيمي قد طغى عليها بحيث لا تخضع للحرية العقدية فلم يعد عقد العمل شريعة للمتعاقدين أو بمثابة القانون الذي يحكم الأطراف بمفهوم المادة 106 من القانون المدني، بل تخضع إلى قواعد حماية الطرف الضعيف وهو العامل ضد تعسف رب العمل الذي يستغل وضعه الاقتصادي ليفرض شروط على العمال.

فتدخل المشرع ليوّسع من مفهوم النظام العام بوضع قواعد أمرة تنظم العلاقة بين العمال وأرباب العمل من عدة أوجه نظراً للتفاوت بين مراكزهم القانونية وذلك في إطار النظام العام الاجتماعي، فعمل على تحديد حقوق والتزامات الأطراف وركّز على حقوق العامل ومصلحته أكثر من حيث تحديد الحد الأدنى للأجر الوطني المضمون له، الحد الأقصى لساعات العمل، الراحة الأسبوعية، العطل السنوية، الإجازة بمناسبة المرض أو الولادة، تسوية نزاعات العمل الفردية والجماعية...

وطبقاً لذلك تحول عقد العمل من عقد خاص إلى فرع مستقل بذاته أين تم قبولته في تشريع خاص بالعمل وهو قانون 90-11 المعدل والمتمم، وهذا دليل على تأثر المشرع في هذه المرحلة كونه لم ينظم عقد العمل في القانون المدني أصلاً، لأنه بوصول سنوات السبعينات وقبل صدور القانون المدني بقليل تبين للمشرع بأن عقد العمل يستحق تنظيم قانوني خاص مستقل بذاته، ولذلك نجده قد نظم بصفة كلية ودقيقة ليس للأطراف الاتفاق على مخالفة هذا التنظيم حسب المادة 136 من القانون 90-11 التي نص فيها المشرع على "يكون باطلاً وعديم الأثر كل بند في عقد العمل مخالف للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بهما، وتحل محله أحكام هذا القانون بقوة القانون"، وهو ما يفيد بأن عقد العمل تعبير عن إرادة المشرع لا الأطراف.

إلا أنه يجب الإشارة طبعاً إلى أن التنظيم الأمر لعقد العمل لا ينفي بتاتا دور الإرادة كأساس للعقد إذ ليس الهدف من التدخل التشريعي تدمير الحرية العقدية، فمثلاً يمكن للأطراف الاتفاق على مخالفة الشروط المنظمة بشرط أن

تخدم مصلحة الطرف الضعيف وذلك بمنح العامل ميزات إضافية لا يشملها القانون، ومن ثم يهدف المشرع دائما إلى جعل عقد العمل مساهما للتغيرات الاقتصادية²¹ ذلك أن الوظيفة الأساسية التي تسعى القواعد القانونية إلى تحقيقها هي تعميم العدالة وسيادتها في جميع المجالات والنواحي.

وما يمكن استنتاجه هو أن دور الإرادة في عقد العمل لم يبق منه إلا مجال قبول التعاقد لقيام علاقة العمل من عدمه أي مجال الإنشاء أما ما يخرج عن ذلك فهو يخضع لإرادة المشرع، بعبارة أخرى هو عقد تنقّص فيه الإرادة التعاقدية دون إلغائها طبعاً لأن الإرادة مصدر كل التزام عقدي ولا يمكن الاستغناء عنها كلية، وتتوسّع فيه الإرادة التنظيمية لأن القانون ما هو إلا موجه لهذه الإرادة نتيجة انعدام المساواة الفعلية بين الطرفين فيعمل على إعادة التوازن الموضوعي بينهما وهو ما يدخله ضمن دائرة العقود النموذجية.

ثانياً: تنظيم عقد التأمين:

إن عقد التأمين تناوله المشرع مبدئياً في القانون المدني في المواد من 619 لغاية 643 من القانون المدني والتي نقلها عن القانون المصري بمعنى أنه أخضعه للمبادئ العامة لسلطان الإرادة في العقد، إلا أنه وبعد ذلك بدأ في إلغاء الكثير منها لأنها أصبحت تتطلب قيام تشريع خاص بها نظراً لخصوصياتها²² من جهة، ونظراً لقيامها على فكرة عدم التوازن الذي يخالف مبدأ المساواة والحرية في القانون المدني وذلك بموجب القانون 80-07 المتعلق بالتأمينات الملغى، ذلك أن الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية جعلت العقد غير متوازن عقدياً فالمؤمن كطرف قوي يستأثر بتنظيم العقد ومضمونه وليس للمؤمن له كطرف ضعيف سوى الرضوخ والتسليم بالشروط الجاهزة التي يملئها عليه وقبولها دون مناقشة أو رفضها، فإرادة المؤمن له في هذه الحالة ليس لها دور في تكوين علاقة التأمين²³ إلا فيما يتعلّق بجرية اختيار المؤمن من أجل التأمين، فالتفاوت الصارخ بين الأطراف المتعاقدة من ناحية القوى الاقتصادية وكذلك المعرفة الفنية والقانونية يوحي بوجود عقد إذعان²⁴.

وبما أن العلاقة التأمينية يمتزج فيها البعد الاقتصادي والاجتماعي من جهة، والبعد النفعي والإنساني من جهة أخرى، تدخل المشرع لتنظيم عقد التأمين تنظيمياً آمراً وذلك بموجب دوره الحمائي، غايته حماية الطرف الضعيف حماية خاصة في مواجهة الطرف القوي الذي يعمل أحياناً على وضع شروط قاسية وجاهزة مسبقاً، إضافة لجعل عقد التأمين يحقق وظيفته الاجتماعية وهي تنظيم التعاون بين المؤمن لهم المعرضين للخطر المشترك بمساهمة كل منهم في تحمّل نصيب منه خدمة للاقتصاد الوطني، وذلك بموجب الأمر 95-07 السابق الإشارة إليه والذي حاول به إضفاء حماية قانونية وإدارية وقضائية عبر جميع مراحل عقد التأمين حفاظاً على إعادة التوازن العقدي من جديد.

كما أصبح المشرع في هذا المجال يفرض إبرام العقود نظراً لزيادة تدخل الدولة في هذا المجال وذلك بما يتماشى والواقع المعاصر أبرزها عقد التأمين الإلزامي بموجب الأمر 74-15²⁵ الذي يتعلق بالإلزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار، وهذه الروابط العقدية مفروضة وليست عقود تناقش وتبرم بكل حرية، وهو ما يفرضه الواقع إذ لا يمكن التخلي عن هذه النماذج وهذه الأنماط لما لها من مزايا في عدة جوانب²⁶، إلا أنه في مقابل ذلك ضروري تدخل المشرع لمعالجة أي اختلال في إطارها تماشياً مع مفهوم العدالة العقدية.

ثالثا: تنظيم العقود المركبة:

إضافة للعقود التي تطلبت تنظيم خاص نظرا لخصوصيتها، فإن الحاصل كذلك في هذه المرحلة أنه كلما تعاضم شأن عقد من العقود تدخل المشرع ليتناوله بالتنظيم، ويحصل ذلك خاصة في مجال العقود غير المسماة والتي تجمع في العقد الواحد بين عدة عقود منظمة أصلا في القانون المدني مثالا:

1- عقد الفندقية وهو عقد مركب من عدة عقود مسماة (إيجار، وديعة، عمل)، ولما كثر التعامل به تدخل المشرع الجزائري و نظّمه بموجب القانون 99-01²⁷ الذي يحدد القواعد المتعلقة بالفندقية بين حقوق والتزامات الفندقي والزبون.

2- عقد السياحة والسفر وهو أيضاً من العقود غير المسماة المركبة إذ يعتبر مزيجاً من العقود الخاصة المسماة، تبرمها وكالات السياحة والسفر من أجل تنفيذ الرحلة، فعندما تقوم بحجز تذاكر السفر وأماكن الإقامة تبرم عقد وكالة، وتبرم عقد نقل عندما تستعمل وسائل نقل مملوكة لها أو تقوم باستئجارها، وتبرم عقد مقابلة عندما تقوم بتنظيم رحلات شاملة فتقدم مختلف الخدمات السياحية للعميل، وقد تدخل المشرع بموجب القانون رقم 99-06²⁸ المتعلق بتنظيم نشاط وكالات السياحة والأسفار.

وما يمكن قوله في الأخير بأن المشرع في هذه المرحلة - مرحلة الثورة الصناعية وتأثيراتها - حاول تنظيم عدة عقود وإفرادها بنماذج خاصة ودقيقة، وهذه الإصلاحات والتنظيمات تم نقلها إلى قوانين خاصة وذلك بمدخل مفهوم النظام العام الذي يسمح دائما بالتدخل التشريعي في العقود.

غير أن هذه الظاهرة - ظاهرة التنظيم التشريعي للعقد - بقيت محصورة في مجالات محددة: مجال العمل، التأمين... هذا من جهة، كما نجدها في بعض الأحيان تقوم على نوع من التلاؤم مع الشريعة العامة مثالا كالقانون التجاري، وهذا راجع إلى اعتماد هذه الفروع المستقلة على نفس مفاهيم وتصور وفلسفة القانون المدني مع محاولة تحويلها بما يتماشى وطبيعتها وخصوصيتها وهو عكس مضمون المرحلة اللاحقة تماما والتي نلمس فيها فعلا تحديد المبادئ العامة (المطلب الثاني).

المطلب الثاني: من العقود الخاصة إلى العقود المتخصصة.

تميز المشهد القانوني الجزائري في فترة التسعينات وما يليها بصدور ترسانة تشريعية مهمة خاصة في المجال العقدي نظرا للتطور العلمي والتكنولوجي الحاصل وتطور المجتمع، ولا شك أن متتبع هذه الحركة التشريعية سوف يلاحظ التركيز الواضح لهذه القوانين على الطابع الاقتصادي، كما نجدها قد انطلقت من تصوّرات وفلسفات مختلفة تماما عن تصور وفلسفة القانون المدني ذلك أن هذه القوانين ليست من نتائج إرادة تشريعية وطنية محضة بل نتاج ضغوطات ومدى ملائمة القوانين الداخلية مع الاتفاقيات الدولية مما يستدعي تحديث المنظومة القانونية.

وقد تأثر قانون العقود الخاصة بهذا التطور خاصة بعدما برزت فئات متفاوتة في المراكز حيث أصبحنا أمام معاملات تشمل فئة المحترفين كطرف قوي في مواجهة فئة المستهلكين كطرف ضعيف، فلم تبق الغاية من أحكامها

منحصرة في حماية الطرف الضعيف الذي يشمل مصلحة خاصة فقط وإنما ترمي لحماية الفئات الضعيفة أي معالجة المصالح الجماعية تحت إطار النظام العام الحمائي.

وقد تدخلت عدة أسباب ساهمت في تشتت قانون العقود باعتباره الشريعة العامة، لعل أبرزها تمثلت في:

- تطور الحياة الاقتصادية والاجتماعية، حيث شهد البلد حركية اقتصادية متصاعدة يقابلها تطور وظيفة الدولة وزيادة تدخلها في مختلف المجالات خاصة تلك التي تتطلب إشراف وتوجيه وتسيير كبير ومعين يفوق النشاط الفردي، من أجل إزالة حالات عدم المساواة الاقتصادية بين الأطراف والتي تعتبر ضرورة أفرزها تطور المجتمع اقتصاديا واجتماعيا، ومن ثم ظهور الحاجة للإلزامية وضرورة إعادة النظر في الأحكام العامة لقانون العقود.

- إصدار عدة قوانين أمرة تتبنى فكرة العقد الموجّه دون التفرقة بين النظام العام الاقتصادي الحمائي والتوجيهي²⁹، هدفها حماية الفئات الضعيفة وتطوير الاقتصاد الوطني³⁰ في نفس الوقت فتضاعفت القوانين ذات الصلة بالنظام العام الاقتصادي نظرا لتزايد أوجه اهتماماته، إذ يهتم من جهة بحماية المصلحة العليا للبلاد وذلك عند حاجة المجتمع إلى التوجيه والتسيير ومن ثم يتم إجبار الأفراد على المشاركة للنهوض بالاقتصاد الوطني وتطويره من أجل تحقيق الغايات الاقتصادية والاجتماعية في نفس الوقت، كما يهتم من جهة أخرى بتوفير الحماية اللازمة وضمانها للفئات الضعيفة باعتبارها من مقتضيات المصلحة العامة³¹ من اضطهاد الفئات القوية، وهذه الاهتمامات تعد نقطة سلبية بالنسبة للنظام العام السياسي.

- تراجع أهم المبادئ الكلاسيكية والأسس التقليدية لقانون العقود مقابل ظهور مبادئ جديدة تعاكس ما كان متعارف عليه في ظل المذهب الفردي، بحيث تراجع مبدأ سلطان الإرادة والمبادئ المتفرعة عنه، خاصة مبدأ الرضاية الذي تراجع على حساب عودة الشكلية بتصور جديد³² في مجال العقود الاستهلاكية والتي تهدف إلى حماية المستهلك باعتباره طرفا ضعيفا وتنبيهه من خطورة التصرفات في المجال الاستهلاكي، إذ يمكن تبرير هذه الحماية وإسنادها لسببين مهمين: يتمثل السبب الأول في أن المنتجات أصبحت أكثر تعقيدا من حيث مكوناتها واستعمالها، ويتمثل السبب الثاني في زيادة عمليات الإشهار والترويج والدعاية بغرض الإغراء ودفع المستهلك للاقتناء.

كما تراجع مبدأ الحرية العقدية بعدما تأثر المشرع بالتوجهات الحديثة التي تقوم على قاعدة المنفعة الاجتماعية والعدالة العقدية³³، حيث يسمح بالتدخل في إرادة الأطراف ويكون ذلك إما عن طريق التدخل التشريعي أو التدخل القضائي ومن ثم تحل إرادة المشرع أو القاضي حسب الحالة محل إرادة الأطراف في مثل هذه العقود تحقيقا لغاية النفعية واجتماعية، وفرض توازن وعدالة عقدية.

وعليه وطبقا لكل ما سبق كان لا بد على المشرع في هذه الحالة - حالة تشتت قانون العقود - إتباع أسلوب جديد بالاستناد للاعتبارات الجديدة التي اعتمدت على مبادئ وأسس تتعارض مع مبادئ النظرية العامة للعقد، والتي أصبحت تزاحمها وتنافسها إن صحّ التعبير لأنها انطلقت بفلسفة وتصور مغاير تماما لفلسفة القانون المدني، فعلى عكس هذا

الأخير الذي يعد قانون حيادي يستمد فلسفته من الشرائع اللاتينية فإن قانون العقود الخاصة اليوم يعد قانونا انحيازيا، وضعه المشرع لمعالجة اللامساواة بين المستهلك والمحترف من جهة، واللاحرية أي عدم إمكانية مناقشة بنود العقد من قبل المستهلك والرضوخ لها جملة، فظهرت الحاجة لقانون خاص يكرس المساواة الفعلية، ومنه نستنتج أن كلا القانونين يقومان على مبادئ متعاكسة تماما نتيجة حدوث تغيير في الإيديولوجية التي يقوم عليها المجتمع.

وإذا اختلفت الفلسفة والإيديولوجية فحتما سوف تختلف الإستراتيجية التي يعتمدها كل قانون، إذ ينطلق قانون العقود الخاصة من إستراتيجية واقعية وهي وجود طرف ضعيف³⁴ وهو "المستهلك" الذي يتعرض لتعسف المحترفين، ومن ثم لا يقوم هذا القانون على التجرد من الواقع³⁵ كما هو الحال بالنسبة لقانون العقود (الشرعية العامة)، بحيث يراعي الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية ذلك أن مصدره الحقيقي هو ظاهرة الاستهلاك كظاهرة مجتمع نعيشها واقعا، ونتيجة لذلك تكون العبرة فيه بالمساواة الفعلية والواقعية وليس المساواة المجردة التي أصبحت اليوم تؤدي للأعدل واللاتوازن.

كما يقوم على إستراتيجية وقائية -علاجية في نفس الوقت حيث يتدخل لحماية المستهلك بصفة قبلية كإلزام المتدخل بالإعلام، وبصفة بعدية أيضا كرفع دعوى التعويض لجبر الضرر عكس أحكام نظرية العقد التي يتدخل بموجبها المشرع لحماية حق المتعاقد الضعيف بصفة بعدية لا غير كرفع دعوى الإبطال طبقا للمادة 99 من القانون المدني التي تتعلق بعيوب الرضا، وهذه الوسائل تعتبر كلاسيكية اليوم تتجاوزها الزمن إذ لا تخدم مصلحة الأطراف حاليا.

وأخيرا يقوم قانون العقود الخاصة على إستراتيجية جماعية أي وجود جمعيات حماية المستهلك للدفاع عن حقوق الأفراد المستهلكين باعتبارهم طائفة من المجتمع وليس الفرد بحد ذاته، فهذا القانون يكرس الطابع الجماعي ذلك أن ظاهرة الاستهلاك ليست ظاهرة فرد لوحده، بل ولم تعد ظاهرة مجتمع فقط بل تمس الدولة وكيانها الاقتصادي.

أما عن تقنيات هذا القانون فهو يقسم العقد إلى ثلاثة مراحل:

1- **مرحلة التفاوض:** نجد فيها تقنيات جديدة لم يعرفها القانون المدني³⁶، ذلك أن القوانين الخاصة تعتمد على تقنيات معينة من أجل حماية الفئات الضعيفة في التعاقد عن طريق إضافة التزامات ومفاهيم قانونية جديدة لم يسبق لأحكام النظرية العامة للعقد معالجتها، منها مبدأ شفافية ونزاهة الممارسات التجارية التي تناوّلها قانون 04-02³⁷ الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية وذلك في الباب الثاني والثالث منه، فيظهر بأن هذه التشريعات الخاصة قد اهتمت بهذه المرحلة المهمة والتي تلعب دور كبير في قيام العقد أو انعدامه عكس أحكام نظرية العقد.

2- **مرحلة تكوين العقد:** اعتمدت القوانين الخاصة على الشكلية كأصل لا استثناء لأنه دائما ما يكون العقد الاستهلاكي محرر مسبقا وهو ما يستفاد من نص المادة 20 من قانون 03-09³⁸ بعبارة "...ويحجر عقد بذلك..."، ولعلّ أهم مظهر لهذه الشكلية هو مبدأ الالتزام بالإعلام الذي تناوله كل من قانون 02-04 وخاصة قانون 03-09 في المادة 17³⁹ منه والتي أكدت على فرض هذا الالتزام على عاتق المتدخل، ولم تكتف بذلك إذ نصت في فقرتها الثانية على أن "تحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام هذه المادة عن طريق التنظيم". وفعلا صدر إثر ذلك المرسوم التنفيذي رقم 13-378⁴⁰ الذي يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة

بإعلام المستهلك هذا من جهة، كما عملت القوانين الخاصة على تقييد الاشتراطات العقدية بهدف تحقيق التوازن العقدي من جهة أخرى.

3- **مرحلة التنفيذ:** حوّلت القوانين الخاصة للمستهلك تقنية في غاية الأهمية ألا وهي الحق في العدول عن العقد الذي أبرمه خروجا عن قوته الإلزامية، وهي التقنية التي أصبحت اليوم شائعة في تشريعات الاستهلاك والتي يمكن وصفها بأنها فلسفة تشريعية مستمرة تدرج ضمن سياسة المشرع الحمائية، لأنها تساهم في حماية المستهلك باعتباره الطرف الأضعف في الحلقة الاستهلاكية من التسرع على التعاقد تحت تأثير وسائل الدعاية وإغراءات المحترفين نظرا لقلّة خبرته أو انعدامها أحيانا، وقد تم تعديل قانون حماية المستهلك وقمع الغش 03-09 بموجب القانون 18-09⁴¹ والذي نص صراحة على حق المستهلك في العدول عن العقد بإرادته المنفردة وذلك في مادته 19 كضمانة قوية ساهمت في زعزعة مبدأ القوة الملزمة للعقد الذي كان مقدسا في ظل المذهب الفردي، في انتظار صدور التنظيم الذي يحدد شروط وكيفيات ممارسة حق العدول حسب الفقرة الأخيرة من هذه المادة هذا من جهة، أما من جهة أخرى، فقد حولت القوانين الخاصة أيضا للمستهلك وهو محور الحماية حق الرجوع على كل متدخل في عملية عرض المنتج للاستهلاك ولو لم تربطه به علاقة عقدية خروجا عن الأثر النسبي للعقد والذي يعد هو أيضا من المبادئ الكلاسيكية المهمة التي تراجعت مقابل صدور تقنيات جديدة تتماشى ومفهوم المستهلك، وعلى الرغم من أن هذا الحق كان محل جدال فقهي حاد بين من يؤيد تحويل المستهلك هذا الحق دون اشتراط وجود نص قانوني صريح، وبين من يرفض هذه الفكرة لانعدام النص القانوني الصريح، إلا أنه يمكن اعتبار هذه التقنية فلسفة تشريعية ملازمة لتشريعات الاستهلاك تهدف لضمان حقوق المستهلك اعتمادا على فكرة العدالة، وتعتبر العقود الالكترونية من العقود التي نص فيها المشرع على مثل هذه الضمانة بصفة مباشرة وصريحة وذلك في قانون 18-05 الذي يتعلق بالتجارة الالكترونية في المادة 18 الفقرة الأولى⁴²، والتي نصّت في شطرها الأخير على عبارة "...دون المساس بحقه في الرجوع ضدهم." وهي إشارة صريحة لتحويل المستهلك الالكتروني حقا في الرجوع على مؤدّي الخدمات الذين يلجأ لهم المورد الالكتروني من أجل تنفيذ التزاماته.

إضافة لما سبق، وبما أن قانون العقود الخاصة ساهم فعلا في وضع مبادئ جديدة لم تكن تعرفها النظرية العامة للعقد، فلا شك في محاولة المشرع القيام بتجديد المفاهيم هي كذلك، إذ نجده مثلا قد تبوّى تعريف جديد لمفهوم العقد في المادة 04/03 من قانون 04-02⁴³ ذلك أنه إذا تصورنا الممارسة الأولى للتعاقد في بداياتها وقارناها بآخر الممارسات العقدية في العصر الحديث، يمكن القول بأن مفهوم هذه العملية تغيّر بحسب خلفيته الفلسفية إذ أن المفهوم التقليدي للعقد لم يعد قائما كما كان في السابق بل أخذ يكتسب صفة الأداة الاقتصادية والمالية⁴⁴، فقام المشرع في هذه المادة بحصر الحماية في عقود الإذعان مع تبيان عناصرها ومجالها لأنها تنطلق من اللامساواة واللامساومة، وما يمكن استنتاجه من هذا الطرح هو عدم تلاؤم تعريف المادة 54 من القانون المدني مع المعطيات الجديدة، فتأثير التطورات الاقتصادية

على الممارسة العقدية جعلتها توحى بأنها خارج نطاق النظرية العامة للعقد⁴⁵، وهذا ينال فعلا من أحكامها والتي تبقى محصورة التطبيق على المفاهيم الكلاسيكية للعقد.

وما يمكن استخلاصه إذا بخصوص **علاقة قانون العقود الخاصة بقانون العقود** في هذه المرحلة بالذات هي أنها علاقة تجديد للمبادئ العامة نظرا لتراجع مجال النظرية العامة للعقد خلافا لقانون العقود الخاصة الذي يعرف تطورا ملحوظا، بما أنه انطلق من فلسفة مغايرة مما يعني أساليب ومبادئ جديدة وغريبة عن قانون العقود إن صح التعبير تصطدم حتما بفلسفة المبادئ التقليدية وعندئذ لابد أن تعمل على إصلاحها أو تجديدها وإحيائها، وهو أمر ضروري اليوم.

ومن ثم يتبادر السؤال الذي يطرح نفسه، هل يمكن اعتبار هذه المفاهيم الجديدة كنقطة انطلاق جديدة بغرض الإصلاح أو التجديد في قانون العقود أم أن هذا الأخير يبقى محصور التطبيق بين مفاهيمه الكلاسيكية دون تعديها؟، بعبارة أخرى هل أحكام نظرية العقد شريعة لا يمكن الاستغناء عنها أم هي آيلة للزوال لتعويضها تشريعات خاصة؟

وللإجابة على هذا التساؤل، ظهرت عدة فرضيات فقهية نوجزها فيما يلي:

● **الفرضية الأولى:** يستند بعض الفقه إلى فكرة الرجوع للوضع السابق خاصة في إطار القانون الروماني الذي نجده انطلق من تنظيم قانون العقود الخاصة قبل التطرق لفكرة النظرية العامة للعقد، والتي تبلورت في العصور الوسطى إثر صدور القانون المدني الفرنسي 1804 فنالت من مكانة العقود الخاصة التي أصبحت مجرد تطبيقات للنظرية العامة ذات طابع تكميلي، إلا أنه مع قيام الثورة الصناعية ظهرت حركة العقود الخاصة الجديدة والتي انفجرت مع الثورة التكنولوجية مرور الزمن فأصبحت تتغلب اليوم على الشريعة العامة⁴⁶.

وما يمكن استخلاصه حسب هذا الرأي هو أنه وكأن واقع العقود يعيد نفسه للوراء قبل ظهور فكرة النظرية العامة للعقد، أو بالأحرى قام بدورة كاملة ليعود لنقطة الانطلاق وهي "**قانون العقود الخاصة**"، ومن ثم يتمسك هذا الجانب بإلغاء أحكام الشريعة العامة نظرا لقصورها وعجز نصوصها على مواكبة التطور السريع الذي يعيشه الواقع الاقتصادي والاجتماعي بعدما كان لها دور كبير في تنظيم العملية العقدية، ذلك أن أحكام النظرية العامة للعقد كانت تنظم عقود توازي بساطتها بساطة العلاقات التي كانت تنشأ وقت تشريعه ووضعه آنذاك، إلا أن هذه العقود نفسها خضعت لتحولات عميقة في بنيتها وطريقة نشأتها وتنفيذها كالبيع والإيجار بدليل ظهور عقد البيع بالإيجار الذي يعد عقد مركب من عقود خاصة والذي نظمته المشرع بموجب المرسوم التنفيذي رقم 01-105⁴⁷ الذي يحدد شروط شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية في إطار البيع بالإيجار وكيفيات ذلك.

وهو ما دفع المشرع بالتدخل عبر سن تشريعات خاصة والتي أثرت سلبا على النظرية العامة للعقد مما جعلها مجردة من فائدتها تقريبا نظرا لتفوق أحكام قانون العقود الخاصة، فمثلا لا يمكن تطبيق أحكام النظرية العامة للعقد وأحكام عقد البيع على عقد البيع على التصاميم لأن المشرع تولى تنظيمه بشكل دقيق وخاص في قانون 11-04⁴⁸ كونه يتميز

بخصوصية معينة، نفس الشيء بالنسبة لتطبيق نفس الأحكام على العقد الإلكتروني إذ أن المشرع تولى تنظيمه بموجب القانون 18-05 السابق الذكر كونه يتمتع بخصوصية معينة.

● **الفرضية الثانية:** استند إليها جانب آخر من الفقه رداً على ما سبق، تتضمن استمرار العلاقة بين قانون العقود وقانون العقود الخاصة، فالمشرع لم يستجب للدعاءات الرامية إلى إصلاح وتعديل النظرية العامة للعقد على أساس أن أحكامها تعد بمثابة دستور نظراً لطبيعة قواعدها المتسمة بالعموم والتجريد مما يفيد بأنها قواعد تتميز بالثبات والاستقرار بحيث تكون صالحة للتطبيق في كل زمان ومكان⁴⁹، كما أنها لا تزال قادرة على الصمود وتوفير حماية للمتعاقد من عدة مداخل أبرزها مبدأ حسن النية، عيوب الرضا، ضمان العيب الخفي...، ولا يوجد في التشريعات الخاصة بدليل جاهز ومناسب ليحل محل النظرية العامة للعقد، وهذه الخاصية تجعل قواعد الشريعة العامة أقرب للجمود والثبات وأبعد عن التعديل وهو حال القانون المدني الفرنسي منذ 1804، إلا أنه ولغاية سنة 2016 تم استحداث تعديلات مهمة بخصوص أحكام نظرية العقد⁵⁰، وهذا إن دل على شيء فهو يدل على أن هذا الرأي محل نظر لأنه لم يأخذ بالتطورات الاقتصادية والاجتماعية والتكنولوجية الحاصلة التي أثّرت فعلاً على القواعد الكلاسيكية للعقد مما يعني اضطرابها وهذا يستدعي حتماً ضرورة عصنة أسسها⁵¹ لمواكبة الواقع وتطور المجتمع.

● **الفرضية الثالثة:** يستند أنصارها إلى إمكانية انتقال بعض القواعد الخاصة بعقد معين إلى التعميم لتبرز مبادئ جديدة تساهم في إثراء أحكام النظرية العامة للعقد، بحيث يتم الاستفادة من التشريعات الخاصة لاستنباط منها مبادئ تتلاءم وتتماشى مع أفكار النظرية العامة للعقد وتفاذي التعارض بينها، وعلى الرغم من أنها مسألة صعبة لكنها غير مستحيلة لأن التشريعات الخاصة تتضمن قواعد يمكن تعميمها، من بينها فكرة الالتزام بالإعلام في العقود فهي فكرة لا تتعارض مع استقرار المعاملات بل تقوّيها بدليل أن تعديل 2016 للقانون المدني الفرنسي أدمج هذه الأخيرة في النظرية العامة للعقد وسماها واجب الإعلام في مادته 1112، وقواعد أخرى لا يمكن تعميمها⁵² مثلاً حق المستهلك في الرجوع على كل متدخل في عملية عرض المنتج للاستهلاك فلا يمكن تعميمه على كل العقود لأن هذا الأمر يمس باستقرار المعاملات.

وطبقاً لما سبق، يظهر بأنه يمكن الاعتماد على **الفرضية الثالثة** لأنها تمهّد لمستقبل قانون العقود عبر الإصلاح والتجديد، ذلك أن هذا الأخير مهما تراجعت مكانته إلا أنه يبقى هو الشريعة العامة التي تتضمن الأحكام الشاملة للتطبيق على جميع العقود، فصحيح أنه أصبحنا أمام أحكام خاصة متدرجة من حيث علاقتها بقانون العقود، بحيث تصدرها أحكام العقود المتفرعة عن الأصناف الكبرى كعقد بيع محل تجاري، عقد البيع على التصاميم، عقد البيع الإلكتروني...، تليها أحكام تتعلق بتنظيم الأصناف الكبرى للعقود منظمة في القانون المدني كعقد البيع، الإيجار...، ثم أخيراً أحكام النظرية العامة للعقد والتي لا تطبق إلا في حالة عدم وجود نص خاص من الأحكام السابقة وهو ما يخلق ظاهرة التشتت التشريعي، إلا أنه لا بد أن تبدأ قواعد التشريعات الخاصة بالتبلور فيصبح ما كان خاصاً جداً عاماً، وهذه الأخيرة تنتقل لأحكام الشريعة العامة حتى تكتسب القوة والحيوية لأنها استوعبت القواعد الموجودة في التشريعات الخاصة⁵³ لاسيما القواسم المشتركة الكبرى⁵⁴ بحيث نجدها تشترك إما في نفس الأحكام أو في نفس الغاية، والتي يمكن

تعميمها لخلق مبادئ ومفاهيم جديدة لم تتناولها الأحكام العامة في قانون العقود من قبل، فتشكل بذلك إثراء من جهة كما يمكن اعتبارها الحلقة الوسطى بين أحكام العقود المتخصصة والأحكام العامة للعقد من حيث التدرج ومن ثم لا يبقى الاختلاف بينها منحصرا إلا في بعض التفاصيل.

الخاتمة:

في ختام هذه الدراسة الرامية إلى تحديد العلاقة بين قانون العقود الخاصة وقانون العقود، استخلصنا عدة نتائج نحملها فيما يلي:

■ إن العلاقة بين قانون العقود الخاصة وقانون العقود علاقة تحكمها الغاية المرجوة من وضع المشرع لتنظيم خاص للعقود، فقد انطلق بهدف تكملة إرادة الأطراف المتعاقدة عبر تطبيق المبادئ العامة لنظرية العقد، ثم حاول حماية الطرف الضعيف في بعض العقود الخاصة كعقد العمل والتأمين، وأخيرا وسّع الحماية لتشمل الفئات الضعيفة في العقود المتخصصة فأصبحنا أمام إصلاح وتجديد للمبادئ العامة، ومن ثم كانت نية المشرع دائما حماية الإرادة التعاقدية لا التعدي عليها فحسب تحقيقا للعدالة العقدية.

■ يبدو أن الإقبال على النظرية العامة للعقد أصبح محصور في المعاملات البسيطة التي لا يحتاج فيها الأطراف لأي حماية وإلا فلم تعد تتفاعل إيجابيا مع الواقع المعاش ذلك أن تطبيق أحكامها على الواقع الحالي قد يطرح خلافات مستعصية تثقل كاهل القضاء، في مقابل تفوق أحكام العقود الخاصة نظرا لتزايد العقود المتخصصة وانتشارها بكثرة.

■ انتهج قانون العقود الخاصة فلسفة وتصور خرج بها عن مفهوم قانون العقود ومجاليه، ذلك أنه انطلق من تنظيم عقود فرضها الواقع كضرورة اجتماعية ومن ثم اعتمدها المشرع كسياسة تشريعية يواكب بها الأوضاع والمتطلبات الجديدة بعيدا عن الصورة التجريدية لقانون العقود.

■ إن القانون هو أداة للإصلاح والتطوير وهو المنحى الذي يجب أن يسير عليه قانون العقود الخاصة بشرط أن يكون وليد الواقع الاجتماعي الجزائري كأصل، ذلك أن الاستناد للإصلاحات التي تعتمدها القوانين الأجنبية يمكن اعتبارها حافز للبلدان التي تتبع نفس النهج لإعادة النظر في تقنينها لجعله عصري، لكن يمكن الاصطدام بالفشل في تفعيل تلك النصوص على أساس أنها قانون مستورد وقد يعد مجرد نقل حرفي للقوانين الأجنبية أي لم يكن وليد بيئته الاجتماعية ومتطلبات الواقع.

■ يبدو أن ظاهرة التخصص المفرط للعقود ومن ثم الإفراط في إصدار التشريعات الخاصة لها من إيجابيات بما لها من سلبيات، فمن ناحية الإيجابيات: ساهمت في ظهور مبادئ جددت المفاهيم العامة لنظرية العقد، والتي لابد أن تعمل على إثراء الشريعة العامة وإصلاحها من أجل عالم عقدي جديد، أما من ناحية السلبيات: فقد أدت هذه الظاهرة إلى ظاهرة أخرى سلبية وهي تشتت وتعقد أحكام العقود الخاصة نظرا لتنظيمها عبر مستويات مختلفة، وهو الأمر الذي يزيد من صعوبة البحث عن النصوص والتحكم فيها.

■ تضارب الفقه حول فكرة إلغاء قانون العقود أو صموده لا يؤدي بنا إلى الحل لضبط تأثير التحولات الاقتصادية على العقد، فليست كل أحكام قانون العقود عاجزة فلا يستغنى عنها بل يجب تطويرها لاستيعاب فلسفة التشريعات الخاصة

اليوم والتمكن من اكتساب القوة والحيوية من جديد، وذلك عن طريق زرع المبادئ الجديدة في صلب هذا القانون كضرورة حتمية بعد خروج قانون العقود الخاصة من طابعه الاستثنائي نحو التعميم، ومن ثم القضاء على ظاهرة التشتت والإفراط التشريعي.

وأخيرا يمكن القول بأنه قد تبدو مهمة إصلاح وتحديد قانون العقود صعبة لكنها غير مستحيلة، وهذا حافز قوي لكل من كبار فقهاء القانون المدني والقضاة والمحامين المتخصصين من أجل البحث ضمن أحكام قانون العقود عن:

1- القواعد التي يصلح بقاؤها.

2- القواعد التي تجاوزها الزمن وإلغائها كركن السبب.

3- القواعد العاجزة والقاصرة والعمل على تطويرها كعيوب الرضا.

4- القواعد الناقصة من أجل سنّها مثلا الاهتمام بتقنين ما توصل إليه القضاء والفقهاء... بموجب تحديث مستمر للبقاء في صورة المستجدات الواقعية.

قائمة المصادر والمراجع

I. المصادر:

أولا- الأوامر والقوانين:

- 1- الأمر رقم 74-15 المؤرخ في 19 فيفري 1974 يتعلّق بالزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار، الجريدة الرسمية العدد 15.
- 2- الأمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 78، مؤرخة في 30 سبتمبر 1975، ص.990، المعدل والمتمم.
- 3- قانون رقم 90-11، يتعلق بعلاقات العمل، المؤرخ في 21 أبريل سنة 1990، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 17، المؤرخة في 21 أبريل سنة 1990، ص.562، المعدل والمتمم.
- 4- أمر رقم 95-07، يتعلق بالتأمينات، مؤرخ في 25 جانفي 1995، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 13، مؤرخة في 08 مارس 1995، ص.3، المعدل والمتمم.
- 5- قانون 99-01، يحدد القواعد المتعلقة بالفندقة، المؤرخ في 06 يناير 1999، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 02، المؤرخة في 10 جانفي 1999، ص.3.
- 6- قانون 99-06، يحدد القواعد التي تحكم نشاط وكالات السياحة والأسفار، المؤرخ في 12 يناير 1999، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 24، المؤرخة في 07 أفريل 1999، ص.11.
- 7- قانون 04-02، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المؤرخ في 23 يونيو 2004، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 41، مؤرخة في 27 يونيو 2004، ص.03، المعدل والمتمم.

- 8- قانون 03-09، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، المؤرخ في 25 فيفري 2009، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 15، مؤرخة في 08 مارس 2009، ص.12، المعدل والمتمم.
- 9- قانون 04-11، المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، المؤرخ في 17 فبراير 2011، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 14، مؤرخة في 06 مارس 2011، ص.4.
- 10- قانون 05-18، يتعلق بالتجارة الالكترونية، المؤرخ في 10 ماي 2018، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 28، مؤرخة في 16 مايو 2018، ص.4.
- 11- قانون رقم 09-18، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، المؤرخ في 10 يونيو 2018، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 35، مؤرخة في 13 يونيو 2018، ص.5، يعدل ويتمم القانون رقم 03-09.

ثانيا- المراسيم التنفيذية:

- 1- المرسوم التنفيذي رقم 01-105، يحدد شروط شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية في إطار البيع بالإيجار وكيفيات ذلك، المؤرخ في 23 أبريل 2001، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 25، مؤرخة في 29 أبريل 2001، ص.18، المعدل والمتمم.
- 2- مرسوم تنفيذي رقم 13-378، يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، مؤرخ في 09 نوفمبر 2013، للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 58، مؤرخة في 18 نوفمبر 2013، ص.8.

II. المراجع باللغة العربية:

أولا- الكتب:

- 1- خالد عبد حسين الحديثي، تكميل العقد-دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، لبنان، 2012.
- 2- شوقي بناسي، مقدمة في الالتزامات، دار الخلدونية، الجزائر، 2018.
- 3- عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجع عام، مصادر الالتزام، ط.03، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011.
- 4- عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، العقود التي تقع على الملكية- البيع والمقايضة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011.
- 5- علي فيلاي، الالتزامات-النظرية العامة للعقد، ط.3، موفم للنشر، الجزائر، 2013.
- 6- علي فيلاي، العقود الخاصة-البيع، موفم للنشر، الجزائر، 2018.
- 7- محمد عباس حسني، العقد في الفقه الإسلامي-دراسة مقارنة، ج1، ط.1، بدون دار النشر، السعودية، 1993.
- 8- مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، ط.1، دار القلم، سوريا، 1999.

ثانيا- الرسائل الجامعية:

أ- أطروحات الدكتوراه:

- 1- شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم تخصص القانون الخاص، 2015-2016.
- 2- فلة مكّي، حماية الطرف الضعيف في عقد الاستهلاك، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون، جامعة الجزائر 1، 2015-2016.
- 3- عدة عليان، فكرة النظام العام وحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد-تلمسان، 2015-2016.
- 4- لخضر حليس، مكانة الإرادة في ظل تطور العقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد-تلمسان، 2015-2016.

ب- رسائل الماجستير:

- 1- آسيا يسمينة مندي، النظام العام والعقود، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير، تخصص العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر 1، 2008-2009.
- 2- لخضر حليس، الإرادة بين الحرية والتقييد دراسة في القانون الخاص، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر 1، 2010-2011.

ثالثا- المقالات العلمية:

- 1- المعزوز البكاي، بعض مظاهر اضطراب النظرية العامة للعقد، مجلة القانون المدني، العدد 03، 2016، المغرب.
- 2- بلقاسم بوزراع، إيمان بغداداي، حماية المؤمن له في عقد التأمين، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، المجلد 33، العدد 01، 2019، قسنطينة-الجزائر.
- 3- زمام جمعة، تحديث النظرية العامة للعقد (في ضوء ظاهرة التخصص التشريعي)، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد 12، 2017، الجزائر.
- 4- شوقي بناسي، تأملات في تعريف العقد، حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 32-ج4، 2018، الجزائر.
- 5- شوقي بناسي، تأثير القانون الفرنسي والمصري على القانون المدني الجزائري -الالتزامات نموذجاً-، الملتقى الدولي الخامس: القانون المدني بعد 40 سنة، 24 و25 أكتوبر 2016، جامعة الجزائر 1، الجزائر، منشورة في مجلة حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 05 (خاص)، 2016، الجزائر.
- 6- لخضر حليس، مقتضيات حماية الطرف الضعيف في عقد العمل دراسة في ظل المتغيرات الاجتماعية والاقتصادية، مجلة الدراسات القانونية، العدد 01، 2016، الجزائر.

III. المراجع باللغة الأجنبية:

أولا: المقالات:

1-Ali Filali , le droit de la consommation: une adaptation du droit commun des contrats, Colloque international « Développement, spécificités et impact du droit de la consommation", organisé par l'Université d'Oran, faculté de droit, et le laboratoire de droit économique et environnement, les 15 & 16 mai 2013.

2-Vincent CORREIA, L'adage lex specialis derogat generali: Réflexions générales sur nature, sa raison d'être et ses conditions d'application , article publié sur le site:

https://www.academia.edu/25191057/L_adage_lex_specialis_derogat_generali_R%C3%A9flexions_g%C3%A9n%C3%A9rales_sur_sa_nature_sa_raison_d_%C3%Aatre_et_ses_conditions_d_application (consulté le 21/11/2020).

الهوامش:

¹: لاسيما الفقه الإسلامي الذي خلت أبوابه من تنظيم لنظرية العقد، "فلقد فصل الفقهاء في العقود تفصيلا إلا أنهم لم يبحثوا العقد بصفة شاملة... ومن ثم لم يصلوا إلى مرحلة صياغة النظريات العامة إلا في العصر الحديث". أنظر محمد عباس حسني، العقد في الفقه الإسلامي-دراسة مقارنة، ج1، ط1، بدون دار النشر، السعودية، 1993، ص3. ونفس الشيء بالنسبة للقانون الروماني: "حيث كان هذا القانون لا يعترف إلا بعقود تنحصر أغلبها في العقود الشكلية وبعضها في العقود الرضائية والعينية متجاهل فكرة النظرية العامة للعقد". أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجع عام، مصادر الالتزام، ط03، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011، هامش-1، ص168.

²: الأمر رقم 58-75، المتضمن القانون المدني، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 78، مؤرخة في 30 سبتمبر 1975، ص990، المعدل والمتمم.

³: ويرى الأستاذ شوقي بناسي بأنه «... من مساوئ الصدق أن الطريقتين معا اجتمعتا في القانون المدني الجزائري، فقد بقي قانون نابليون ساريا في الجزائر بعد الاستقلال لغاية 1975، وتأثر واضعوه بالقانون المدني المصري من جهة أخرى...»، راجع: شوقي بناسي، تأثير القانون الفرنسي والمصري على القانون المدني الجزائري -الالتزامات نموذجاً-، الملتقى الدولي الخامس: القانون المدني بعد 40 سنة، 24 و25 أكتوبر 2016، جامعة الجزائر 1، الجزائر، منشورة في مجلة حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 05 (خاص)، 2016، الجزائر، ص180.

⁴: قانون رقم 90-11، يتعلق بعلاقات العمل، المؤرخ في 21 أبريل سنة 1990، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 17، المؤرخة في 21 أبريل سنة 1990، ص562، المعدل والمتمم.

⁵: أمر رقم 95-07، يتعلق بالتأمينات، مؤرخ في 25 جانفي 1995، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 13، مؤرخة في 08 مارس 1995، ص3، المعدل والمتمم.

⁶: جمعة زمام، تحديث النظرية العامة للعقد (في ضوء ظاهرة التخصص التشريعي)، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد 12، 2017، الجزائر، ص223.

⁷: لخضر حليس، مكانة الإرادة في ظل تطور العقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد-تلمسان، 2015-2016، ص41.

⁸: ذلك أن "مبدأ سلطان الإرادة ما هو إلا تعبير حي عن المذهب الفردي الذي يقدس الفرد ويعتبر أن حريته لا تقيدتها غير إرادته، وأن الدولة لا تتدخل إلا لأجل تحقيق ذلك". أنظر: لخضر حليس، المرجع السابق، ص42.

⁹: تتمثل مستلزمات العقد في: أولا: القانون وهو المصدر الرئيسي لاستكمال العقود المسماة، ثانيا: العرف وهو أساس عقدي يساهم في تحديد نطاق العقد، ثالثا: العدالة أي مبادئ الإنصاف والعدل ومنطق القانون الطبيعي.

¹⁰: "كما قد يكون العقد بحاجة إلى التكميل أيضا إذا كان لا يتضمن الالتزامات التي بدونها لا يتحقق الغرض المقصود منه أو التي بدونها يتعذر على أحد المتعاقدين تنفيذ التزامه". خالد عبد حسين الحديثي، تكميل العقد-دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2012، ص34.

¹¹: العقود غير المسماة هي التي لم يطلق عليها المشرع اسماً خاصاً، ولم يتول تنظيمها بأحكام خاصة، حتى ولو كان لها اسم دارج بين الناس، فهي من ابتكار المتعاقدين وتخضع لأحكام النظرية العامة للعقد، فلا تقع تحت حصر ذلك أن التطورات الاقتصادية والاجتماعية تفرض على الأفراد إبرام عقود غير التي تم

تنظيمها، كذلك العقود المسماة غير محصورة بعدد معين، وإنما محصورة بما نظمّه المشرع من تنظيم خاص، أنظر علي فيلاي، العقود الخاصة-البيع، موفم للنشر، الجزائر، 2018، ص.ص. 12. 13.

¹²: خالد عبد حسين الحديشي، المرجع السابق، ص. 35.

¹³: عبد الرزاق أحمد السهنوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، العقود التي تقع على الملكية- البيع والمقايضة، ط. 03، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011، ص. 9.

¹⁴: مصطفى أحمد الزرقا، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، ط. 1، دار القلم، سوريا، 1999، ص. 107.

¹⁵: « L'adage " La règle spéciale déroge à la règle générale " constitue un principe général du droit reconnu dans tous les systèmes juridiques, il signifie que lorsqu'une règle spéciale traite d'un sujet particulier, c'est elle qu'il faut appliquer, par préférence (dérogation) à la règle générale. » Vincent CORREIA, L'adage *lex specialis derogat generali* : Réflexions générales sur sa nature, sa raison d'être et ses conditions d'application, article publié sur le site : https://www.academia.edu/25191057/L_adage_lex_specialis_derogat_generali_R%C3%A9flexions_g%C3%A9n%C3%A9rales_sur_sa_nature_sa_raison_d_%C3%AAtre_et_ses_conditions_d_appli_cation (consulté le 21/11/2020).

¹⁶: عبد الرزاق أحمد السهنوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 4، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص. 9.

¹⁷: "حالة مرض الموت هي حالة لا علاقة لها بالأهلية ولا بعيوب الرضا، بل هي حالة خاصة أخذها المشرع من الشريعة الإسلامية، ويراد بها حماية الورثة وليس حماية البائع..." أنظر علي فيلاي، العقود الخاصة- البيع، المرجع السابق، ص.ص. 74.73.

¹⁸: فالدعوى المباشرة هي دعوى أصلية وشخصية يرفعها الدائن باسمه وحسابه ضد مدين مدينه لاستيفاء حقه مباشرة دون مزاحمة دائي هذا الأخير. راجع علي فيلاي، الالتزامات- النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، 2013، الجزائر، ص.ص. 453.454.

¹⁹: شوقي بناسي، مقدمة في الالتزامات، دار الخلدونية، الجزائر، 2018، ص. 421.

²⁰: لخضر حليس، مقتضيات حماية الطرف الضعيف في عقد العمل دراسة في ظل المتغيرات الاجتماعية والاقتصادية، مجلة الدراسات القانونية، العدد 01، 2016، الجزائر، ص. 88.

²¹: يرى لخضر حليس " أن علاقة العمل يمتزج فيها البعد الاقتصادي بالبعد الاجتماعي من جهة، والبعد النفعي بالبعد الإنساني من جهة أخرى". أنظر: لخضر حليس، المرجع السابق، ص. 89.

²²: إذ يرى علي فيلاي بأن " سبب استبعاد العمل والتأمين من الخضوع لأحكام العقود الخاصة في القانون المدني هو الطابع المتخصص لهذه العقود من حيث الأحكام التي تسري عليها وكذا تفرعها إلى عقود أخرى، وقد أصبحت تمثل فروعاً جديدة من فروع القانون الخاص..." أنظر: علي فيلاي، العقود الخاصة - البيع، المرجع السابق، ص. 12.

²³: بلقاسم بوزراع، إيمان بغداددي، حماية المؤمن له في عقد التأمين، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، المجلد 33، العدد 01، 2019، قسنطينة-الجزائر، ص. 1047.

²⁴: مكي فلة، حماية الطرف الضعيف في عقد الاستهلاك، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون، جامعة الجزائر 1، 2015-2016، ص. 20.

²⁵: الأمر رقم 74-15، يتعلق بالزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار، المؤرخ في 30 يناير 1974، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 15، المؤرخة في 19 فيفري 1974، ص. 230.

²⁶: بلقاسم بوزراع، إيمان بغداددي، المرجع السابق، ص. 1048.

²⁷: قانون 99-01، يحدد القواعد المتعلقة بالفندقة، المؤرخ في 06 يناير 1999، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 02، المؤرخة في 10 جانفي 1999، ص. 3.

²⁸: قانون 99-06، يحدد القواعد التي تحكم نشاط وكالات السياحة والأسفار، المؤرخ في 12 يناير 1999، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 24، المؤرخة في 07 أفريل 1999، ص. 11.

²⁹: لأن هذه التفرقة مثلاً نجدتها "لا تنطبق على تشريع العمل المهادف لتحقيق الحماية الاجتماعية للعمال من جهة و هو في الوقت ذاته وسيلة لتوجيه اقتصاد

الدولة من جهة أخرى". أنظر: آسيا يسمينة مندي، النظام العام والعقود، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير، تخصص العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر 1، 2008-2009، ص. 8.

³⁰: علي فيلاي، الالتزامات، المرجع السابق، ص.291.

³¹: فلا يجب التعسف في اللجوء لفكرة المصلحة العامة كميّار للنظام العام، وتناسي أنه داخل المجتمع توجد مصالح خاصة تحتاج للحماية. أنظر: عدة عليان ، فكرة النظام العام وحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري والفقه الإسلامي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد-تلمسان، 2015-2016، ص.46.

³²: Ali Filali , le droit de la consommation : une adaptation du droit commun des contrats , *Colloque international « Développement, spécificités et impact du droit de la consommation », les 15 & 16 mai 2013, organisé par l'Université d'Oran, faculté de droit, et le laboratoire de droit économique et environnement, l'Algérie, p.26.*

³³: المعزوز البكاي، بعض مظاهر اضطراب النظرية العامة للعقد، مجلة القانون المدني، العدد 03، 2016، المغرب، ص.12.

³⁴: واعتبار المستهلك طرفاً ضعيفاً هذا لا ينحصر فقط في الضعف الناتج عن التفاوت الاقتصادي بين الطرفين، وإنما يشمل كذلك ضعفه نتيجة الجهل وانعدام الخبرة بالمسائل الفنية، ضف لذلك أنه ليس المستهلك وحده من يمكنه الاستفادة من هذه الحماية بل يستفيد منها حتى المهني إذا ما تعاقد خارج تخصصه. أنظر : فلة مكّي، المرجع السابق، ص.20.

³⁵: شوقي بناسي، مقدمة في الالتزامات، المرجع السابق، ص.421.

³⁶: المعزوز البكاي، المرجع السابق، ص.17.

³⁷: قانون 04-02، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المؤرخ في 23 يونيو 2004، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 41، مؤرخة في 27 يونيو 2004، ص.03، المعدل والمتمم.

³⁸: قانون 09-03، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، المؤرخ في 25 فيفري 2009، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 15، مؤرخة في 08 مارس 2009، ص.12، المعدل والمتمم.

³⁹: تنص المادة 17 في الفقرة الأولى من قانون 09-03 السابق الذكر على أنه " يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة".

⁴⁰: مرسوم تنفيذي رقم 13-378، يحدد الشروط والكميات المتعلقة بإعلام المستهلك، مؤرخ في 09 نوفمبر 2013، للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 58، مؤرخة في 18 نوفمبر 2013، ص.8.

⁴¹: قانون رقم 18-09، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، المؤرخ في 10 يونيو 2018، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 35، مؤرخة في 13 يونيو 2018، ص.5، يعدل ويتمم القانون رقم 09-03.

⁴²: تنص المادة 01/18 من قانون 18-05، يتعلق بالتجارة الالكترونية، المؤرخ في 10 ماي 2018، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 28، مؤرخة في 16 مايو 2018، ص.4. على أنه "بعد إبرام العقد الالكتروني، يصبح المورد الالكتروني مسؤولاً بقوة القانون أمام المستهلك الالكتروني عن حسن تنفيذ الالتزامات المترتبة على هذا العقد، سواء تم تنفيذها من قبله أو من قبل مؤدّي خدمات آخرين، دون المساس بحقه في الرجوع ضدهم".

⁴³: تنص المادة 04/03 الشطر 1 من قانون 04-02 السابق الذكر: "كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقاً من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه".

⁴⁴: ويضيف لخضر حليس بأن: العقد واقعة جماعية لا تهم المتعاقدين وحدهما بل تهم الجماعة...، ويجب أن يندمج في البيئة الاجتماعية للخروج من نزعة الفردية التقليدية إلى نزعة جماعية جديدة وهو ما عبّر عنه الفقه بظاهرة جمعية العقد. أنظر: لخضر حليس، الإرادة بين الحرية والتقييد دراسة في القانون الخاص، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر 1، 2010-2011، ص.49.

⁴⁵: "وكان المشرع قد لاحظ التوسع الهائل لعقود الإذعان في الحياة العملية، فأراد أن يجعل منه الأصل في تعريف العقد بدل التعريف المذكور في المادة 54 قانون مدني". شوقي بناسي، تأملات في تعريف العقد، حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 32-ج4، 2018، الجزائر، ص.15. وعلي فيلاي، العقود الخاصة-البيع، المرجع السابق، ص.22.

⁴⁶: ويضيف شوقي بناسي " والواقع أن تشريعات الاستهلاك...في توسع متزايد أصبح يهدد وجود القانون المدني ذاته، وكأن المستقبل سيكون للتشريعات الخاصة على حساب الشريعة العامة !"، شوقي بناسي، مقدمة في الالتزامات، المرجع السابق، ص.29.

- ⁴⁷: المرسوم التنفيذي رقم 01-105، يحدد شروط شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية في إطار البيع بالإيجار وكيفيات ذلك، المؤرخ في 23 أبريل 2001، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 25، مؤرخة في 29 أبريل 2001، ص.18، المعدل والمتمم.
- ⁴⁸: قانون 04-11، المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، المؤرخ في 17 فبراير 2011، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 14، مؤرخة في 06 مارس 2011، ص.4.
- ⁴⁹: ويرى شوقي بناسي بأن "هذا التحليل ينطبق بالدرجة الأولى على أحكام الالتزام... أما مصادر الالتزام.. فيظهر أنه أقل تجريد وأقل خضوع للثبات والاستقرار، ويتأثر كثيرا بالعوامل السياسية والاقتصادية والاجتماعية"، راجع تفاصيل أكثر: شوقي بناسي، مقدمة في الالتزامات، المرجع السابق، ص.419.
- ⁵⁰: ويكمن اعتبار هذه الإصلاحات التي تمت بموجب المرسوم التشريعي رقم 131 المؤرخ في 10 فيفري 2016 حافز للبلدان التي تتبع النهج والنموذج الفرنسي لإعادة النظر في تقنينها لجعله عصري، ويرى شوقي بناسي أن هذه التعديلات جاءت مكرسة لاجتهادات محكمة النقض الفرنسية مع الحفاظ على الخطوط العريضة لقانون نابليون التي حالت دون بروز تصورات جديدة عكس التشريع الجزائري الذي يمكنه تجاوز ذلك بسهولة. راجع تفاصيل أكثر: شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم، تخصص القانون الخاص، جامعة الجزائر 1، 2015-2016، ص.554.
- ⁵¹: زمام جمعة، المرجع السابق، ص.241.
- ⁵²: وهذا حسب الاتجاه الفقهي الفرنسي الغالب، لأنها تقنيات ذات خصوصيات تميز استقلالية التشريعات الخاصة عن القانون المدني. أنظر تفاصيل أكثر : شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، المرجع السابق، ص.550.
- ⁵³: "وساعتها سيتحقق التجديد الكلي للقانون المدني"، شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، المرجع السابق، ص.551.
- ⁵⁴: علي فيلاي، العقود الخاصة-البيع، المرجع السابق، ص.27.