نظرية العقد في مواجهة التحديات الاقتصادية

Contract theory facing the economic challenges

بوراس لطيفة [1]،

[1] كلية الحقوق جامعة الجزائر 1 (الجزائر)،Latifabr48@gmail.com

تاريخ الإرسال: 2020/07/29 تاريخ القبول:2020/10/21 تاريخ النشر:أكتوبر/2020

الملخص:

ساهمت التحولات الاقتصادية، والاجتماعية ، والسياسية في تغيير ملامح نظرية العقد مما يثير التساؤل حول مستقبل العقد. وقد يبدو من الجرأة التنبؤ بمبادئ الغد بفعل هذه التحولات والتطورات، إلا أنه من الممكن تحديد بعض الاتجاهات التي تُظهر بعض تطورات تحققت في هذا المجال. الجدير بالملاحظة أنه لا يوجد فقط ما يسمى "العقد" أو "النظرية" العامة للعقد وإنما أيضا إدراك الأثر الهام وبشكل خاص للعقود الخاصة الجد متنوعة. من الصعب معالجة جميع الحالات التي تكشف التطورات بشأنها لكثرتها، لكن سنعالج نماذج الأكثر شيوعا والتي تلفت الانتباه.

إن موضوع دمج العناصر الخارجية في مبادئ العقد لمواكبة تطور الفكر القانونيمن أجل تعزيز تكيّفه مع البيئة الاقتصادية والاجتماعية والقانونية ليست ظاهرة جديدة، فهل يمكن القول بوجود أزمة العقد في ظل هذه التطورات السريعة والعميقة التي وصلت حتى إلى النسيج الاجتماعي خاصة وان العقد لم يعد مجرد وسيلة تبادل للمصالح، فهو كذلك وسيلة التضامن وأداة لأخلقة العلاقات بين أطراف العقد، ووسيلة لتحقيق مصالح الفرد والجماعة في آن واحد فالسؤال : أين هي أزمة العقد ؟ تهدف هذه الورقة البحثية إلى إظهار أن مسألة نظرية العقد في مواجهة التحدي الاقتصادي، هي مسألة تطور في مبادئ هذه النظرية بتكييفها بما يتلاءم مع الواقع المتطور فكريا وعلميا وعمليا.

الكلمات المفتاحية: أزمة العق- تكيف العقد - النظرية العامة للعقد - تحدي اقتصادي -مبادئ العقد -أخلقة العقد.

Résumé

La rapidité des évolutions économiques, sociales et politiques influence aujourd'hui la matière contractuelle, ce qui incite à s'interroger sur l'avenir du contrat. Il peut paraitre tout à fait audacieux d'inférer des mouvements d'aujourd'hui ce que seront les principes de demain ; cependant il est possible de dégager quelques orientations vers lesquelles des évolutions

المؤلف المرسل: بوراس لطيفة ، الإيميل المهني: Latifabr48@gmail.com

paraissent se réaliser. Seulement il n'y a pas un « contrat » ou « une » théorie générale de contrat, mais aussi l'incidence particulièrement importante des contrats spéciaux dont la diversité est très grande. Il est difficile d'aborder tous les points sur lesquels des évolutions se sont révélées tant ils sont nombreux ; on se contentera d'envisager ceux que l'on peut considérer particulièrement marquants. L'intégration d'éléments extérieurs au contrat dans le but de promouvoir son adaptation à l'environnement économique, social et juridique. Ce phénomène n'est pas nouveau, donc, peut-on vraiment qualifier ceci par une crise du contrat ?cette étude permettra de démontrer que la situation est plutôt une question d'adaptation par l'enrichissement des principes fondamentaux du contrat.

Mots clés : crise du contrat-adaptation du contrat-théorie générale du contrat-défi économique-principes du contrat-moralisation du contrat.

مقدمة

يعتبر العقد من إنتاج الفكر القانوني، الغاية منه تنظيم المعاملات الاقتصادية والاجتماعية بين الناس وتحقيق الأمن القانوني من خلال التوازن العقدي الذي هو هدف كل التشريعات ويثار في كل التصرفات القانونية، ويمتد إلى كل ميادين القانون[1].

لقد عرفت الظاهرة التعاقدية ازدهارا ملحوظا تبعا لتطور المجتمع عمليا وفكريا، فمن الناحية العملية تكاثرت العلاقات وتنوعت ولم يعد الفرد يتولى شؤونه بنفسه مهما كانت بسيطة، بل يستعين بغيره عن طريق العقد. أما من الناحية الفكرية فظهرت عقود جديدة، كعقد تحويل الفاتورة المادة 543 مكرر 14 تجاري، وعقد حفظ الحق، وعقد البيع على التصاميم المادة 27 و28 من القانون رقم 11-04، التنازل عن العقد الذي ظهر بسبب التطور الاجتماعي وعجز تقنية حوالة الحق وحوالة الدين عن تلبية حاجات الأفراد خاصة في عملية نقل الحقوق وهو يترجم عملية يمكن من خلالها أن يحل الغير (المتنازل له) مكان المتعاقد (المتنازل) الذي تنازل عن مركزه في الرابطة التي كانت تربطه مع المتعاقد الآخر (المتنازل ضده)[2]، كما أن الجزاء لم يعد مجرد المطالبة بالتعويض وإنما جزاءات مدنية وجزائية .

لم يعد العقد قاصرا على التعامل بين أشخاص القانون الخاص، باعتبار المساواة والعدل التبادلي اللذين تقوم عليهما علاقتهم المتنوعة، بل تخطى ذلك وأصبح أداة يلجأ إليها أشخاص القانون العام في تعاملاتهم المختلفة لما تقدم هذه التقنية من محاسن لتحقيق المصلحة العامة تماشيا مع تطور المجتمع[3].

يظهر من أحكام القانون المدني، أن المشرع تناول الأحكام المتعلقة بالعقد على مرحلتين، المرحلة الأولى تناولت الأحكام العامة التي تسري على كل العقود التي تندرج ضمن مجال القانون الخاص وهذا ما يسمى النظرية العامة للعقد، أما المرحلة الثانية فتناولت الأحكام الخاصة لبعض العقود فقط، منها عقد البيع، المقايضة ...إلخ. يطلق على هذه الأحكام بقانون العقود الخاصة. إن العقود الخاصة ليست حكرا على القانون الخاص، حيث يوجد عقود مسماة في القانون العام لاسيما بعض العقود الإدارية مثال عقد الامتياز، عقد التشغيل...إلخ.[4]

ساهمت التحولات الاقتصادية في تغيير ملامح نظرية العقد، حيث أصبحنا في منعرج تشريعي لم تعد القواعد العامة للعقد تواكب التطور الذي عرفه النسيج الاقتصادي بصفة خاصة، وهو ما دفع المشرع إلى التخفيف من شدة هذه القواعد لجعلها وسيلة للتطور[5]. وباعتبار العقد وسيلة قانونية يلجأ إليها الأشخاص لحماية حقوقهم من جهة وتنفيذ التزاماتهم من جهة أخرى، فبات من الضروري أن يلجأ هذا التنظيم التشريعي إلى مجموعة من التعديلات تمس مبادئه التي سايرت العقد مدة طويلة من الزمن، والتي تعرف نوع من التعقيد ولم تعد تتماشى مع الكثير من المعاملات الخاصة التجارية القائمة على السرعة والائتمان.

كما أثّر التطور الاقتصادي على العقد وجعل المراكز العقدية غير متوازنة وغير متساوية من حيث المعلومات التفصيلية اللازمة لانعقاد العقد. فعدم وجود التكافؤ بين المراكز الاقتصادية يعتبر من العوامل التي أثرت في نظرية العقد، كما ساهم الاقتصاد الحر في انهيار حرية التعاقد وأصبح المتعاقد القوي يملي شروطه على المتعاقد الضعيف، هذا ما دفع بالمشرع إلى التدخل لتنظيم بعض العلاقات العقدية تجنبا لتّعسفات المحتملة (كاحتكار السلع، التحكم في الأسعار، وضبط السوق من المنافسة غير المشروعة، وضع عقود نموذجية...) تحت عنوان النظام العام الاقتصادي التوجيهي الحمائي.

إنّ تكفل الدولة بحماية المتعاقد الضعيف اقتصاديا واجتماعيا ومعرفيا، جعل العقد يخرج من نزعته الفردية إلى النزعة الاجتماعية، حيث أصبح أداة لتحقيق النفع العام ووسيلة من وسائل الحياة وظهر موازاة مع ذلك، مصطلحات جديدة تؤكد هذه النزعة كـ"عيممة العقد[6]، أو جمعية العقد[7]، وإعطاء للعقد وظيفة اجتماعية[8].

إن هذا الوضع الجديد أدى إلى وجود حلول لمعالجته، فأخذ المشرع أحيانا صفة المتعاقد في الاعتبار كطرف ضعيف، مما جعل العقد يفرض التزامات وقائية تحقق المساواة والتوازن، كفكرة الالتزام بالإعلام وفكرة حسن النية[9].

إنّ مسألة توازن العقد موضوع الساعة وهو لصيق بالعدالة، يعني المساواة أو التكافؤ بين أطرافه والتوازن بين الأداءات المتقابلة. هذه الفكرة لم تتغير فهي ثابتة ثبوت فكرة العدل والأخلاق ولكن المتغير هو وسائل وتقنيات تحقيقها تماشيا وتطور الفكر الاقتصادي والاجتماعي.

تتميز العمليات الاقتصادية اليوم بالمرونة والتطور السريع وهي تصطدم مع المبادئ التقليدية للعقد، فما مصير هذه القواعد في ظل هذه المعطيات الاقتصادية والاجتماعية المتطورة؟ فهل يتطلب الأمر ضرورة تخطي المبادئ التقليدية للعقد **(أولا)** أو التكّيف الحتمي مع وضع أسس حديثة لنظرية العقد في ظل التحولات الاقتصادية **(ثانيا)**.

أولا: ضرورة تخطي المبادئ التقليدية للعقد

تُظهر التحولات الاقتصادية الراهنة أنّ التعامل بواسطة العقد الذي يهدف إلى صيانة الحقوق والحفاظ على استقرار المعاملات الاقتصادية من خلال المبادئ التقليدية المتجسدة في مبدأ سلطان الإرادة الذي يمثل حماية بحد ذاته، فلا يمكن تعديل العقد أو نقصه إلا بالإرادة المشتركة للمتعاقدين، بالإضافة إلى مبدأ نسبية آثار العقد بحيث أن آثار العقد تنحصر بين المتعاقدين دون أن تمتد إلى الغير إلا في حدود ما نص عليه القانون أو إرادة الأطراف، لم تعد تصلح نظرا للمعاملات الراهنة والظروف التي تعرف اضطرابات حادة في

الاقتصاد مع الأزمات الاقتصادية وتذبذب الأسعار بحسب العرض والطلب، وخضوعها لاقتصاد السوق مما يؤدي إلى اختلال في أهداف وجود العقد في حد ذاته.

إن مبادئ العقد الكلاسيكية أو النظرية العامة للعقد اتسمت ولوقت طويل بالثبات والاستقرار، لكن مع بروز ظاهرة التشريعات الخاصة -كما تبين من قبل- التي جاءت بمفاهيم وأساليب جديدة أثرت على هذه المبادئ الكلاسيكية وغيرت من ملامحها تحت مبدأ الحماية الاجتماعية والاقتصادية (أ) بسبب اختلال توازن العقد الأمر الذي جعل الفقه يتساءل عن مستقبل القانون المدني في ظل هذه التشريعات الخاصة أمام صور تضييق الحرية العقدية (**ب**).

أ- تقنيات التعاقد الحديثة في مواجهة الأسس التقليدية للعقد

من أثر التطور الاقتصادي على نظرية العقد ابراز المذهب الاجتماعي وفلسفته الناقدة لأساس مبدأ سلطان الإرادة، فيعتبر الفرد جزءا من المجتمع مما يجعل الروابط الاجتماعية تعلو على إرادة الفرد التي تسيطر عليها المصلحة العامة. كما أن هذا المذهب- الاجتماعي- يعتبر أن الإرادة لا تصلح أن تكون أساسا للعقد، إنما أساسه هي العدالة والمصلحة العامة، ولا تكون حرية الفرد إلا في حدود ما يتفق مع هذه المصلحة، لأن الغاية من العقد هي تحقيق التضامن الاجتماعي أو تحقيق المساواة الحقيقية بين الأفراد. هذا على عكس التصور الفكري للمذهب الفردي، الذي يرى في إرادة الفرد مصدرا لحقوقه. إنّ التحولات الاقتصادية بّينت عدم جدوى آليات تحقيق المساواة المعرفية ضمن القواعد العامة في نظرية عيوب الرضا وهو ما أدى إلى ظهور فكرة إقامة نظرية عامة للالتزام بالإعلام لمواجهة متطلبات التعاقد الحديثة.

في غِمار هذه التطورات التي مست مجالات الحياة المختلفة، وظهور عدة تشريعات خاصة، ما دفع إلى التساؤل إلى موقع القانون المدني في إطار المفهوم الجديد للقاعدة القانونية التي تتجه إلى الوظيفة الحمائية. حيث لم تعد القاعدة القانونية الكلاسيكية تساير التطور الذي عرفته العلاقات بين الافراد، فكان في الأولى البحث عن تطويع هذه القواعد لإيجاد حلول ملائمة، قبل أن ينتهي الأمر إلى ابتداع حلول وتقنيات لا تتماشى ومبادئ القانون المدني ونظرية الالتزام [10]. هذا ما دفع البعض إلى القول بأن القانون المدني رهين أزمة يجب إصلاحه أمام المبادئ الجديدة للعقود الخاصة، وهناك من يرى أنه لا وجود للعقد إذا حل القانون محل إرادة المتعاقدين[11]. لكن بالمقابل يوجد من يعتقد أن العقد عرف ازدهارا جديدا بسبب اتساع المجال الذي تديره العقود ذات الطابع الاجتماعي أو الفردي.

ألقت تقنيات التعاقد الحديثة على عاتق المتعاقدين التزامات جديدة، تؤكد في معظمها الاتجاه الاجتماعي للعقد، ففكرة التضامن والتعاون والنزاهة تعد من المقتضيات التي تؤُسس عليها الالتزامات الجديدة، فهي لا تحظر على المتعاقدين التصرفات غير المشروعة فقط، وإنما تجبرهم على القيام بالتزامات جديدة إيجابية تستدعيها طبيعة العقد، كالالتزام بالإعلام (المستهلك) والتبصير (الطبيب للمريض) وهذا نابع عن مبدأ أخلاقي وقانوني يتجسد في مبدأ حسن النية.

كما أن مبدأ القوة الملزمة للعقد الذي نصت عليه المادة 106 مدني[12] لا يمكن الأخذ به على اطلاقه، بسبب الصعوبات الاقتصادية والاجتماعية التي يوجهها المتعاقدين في كافة المراحل (مرحلة تكوين العقد، مرحلة تنفيذ العقد، مرحلة انقضاء الالتزام)، والتي تؤدي إلى اختلال في التوازن الاجتماعي، مما جعل المشرع يبحث عن وسيلة لإعادة تنظيم العقد بهدف تحقيق نوع من التوازن الاجتماعي في العلاقة العقدية، وذلك من خلال تغيير عنصر أو عدة عناصر في العقد، إما بالانقاص أو بالإضافة بغية المحافظة على العلاقة العقدية (في إجراءات تأسيس الشركة التجارية قرر المشرع بطلان من نوع خاص للحفاظ على العلاقة العقدية، لما يترتب عنها من انعكاسات اقتصادية واجتماعية، كما أن طرق تعديل عقد الشركة التي هي عديدة ومتنوعة يتم بشكلية صارمة تحت طائلة البطلان)[13].

عرف المجتمع تطورا غيّر في النموذج الاجتماعي والاقتصادي ومنه الفكري جعل مبدأ سلطان الإرادة، ومبدأ القوة الملزمة للعقد، ونسبية أثر العقد تواجه اضطرابات عنيفة بسبب هذه التحولات الاقتصادية مما أظهر قصورها وعدم تأقلمها لمستجدات هذه المعاملات. أدى الوضع إلى اختلاف فقهي بخصوص مصير العقد، من استنكار الوضع نظرا لتراجع الإرادة في إنشاء العلاقات العقدية وتنظيمها، ومن ترحيب لكون عدم اضمحلال العقد وإنما تطور استجابة لظروف الحياة الحديثة.

إذا كان مبدأ سلطان الإرادة يقضي بأن الشخص حر في التعاقد، وأن الإرادة هي مناط تكوين العقد - باعتبار الرضا ركن من أركان العقد-وإخراجه إلى حيّز التطبيق بشرط أن تكون الإرادة صحيحة خالية من عيوب الرضا وإلا أصبح العقد قابلا للإبطال أو باطلا، -وهذا ما يؤكد أخذ المشرع بالمبدأ الفردي الذي يقوم على تحرير الإرادة من أي قيد-، إلا أن هذا الوضع لمعَيُد بهذا الوضوح والبساطة حيث أصبح المشرع من خلال عنصر الشكلية يُقّيد كثيرا من نطاق سلطان الإرادة، ويخضع الكثير من التصرفات القانونية لهذا العنصر. فبعد ما كان التراضي هو الأصل من أجل حماية الطرف الضعيف في الحلقة التعاقدية وجعل المعادلة التعاقدية متوازنة، لم يعد العقد شأن الأطراف فقط وإنما أصبح مسألة المجتمع يفتح المجال واسعا لتدخل المشرع في ضبط أحكامه.[14]

ان تطور وظيفة الدولة التي أصبحت تتدخل في الميدان الاقتصادي وتتحكم في تسييره وتوجيهه، وبالمقابل تقوم بحماية المتعاقد الضعيف اجتماعيا، اقتصاديا، وثقافيا. أثّر هذا المهام الجديد للدولة على نظرية العقد[15]. أصبحت إرادة الدولة تتدخل وتشارك إرادة الطرفين في تكوين العقد وتحديد مضمونه وفي بعض الأحيان يتجاوز المشرع فكرة العقد تماما.

نجد مثلا أن المشرع نظم أحكام عقد الشركة التجارية بقواعد معظمها آمرة كون الشركة التجارية أداة لتطوير وتنمية الاقتصاد. فلا يمكن للشركاء تحديد رأسمال الشركة مثلا أو تسييرها بقواعد تخضع لمحض إرادتهم، وإنما تخضع لصرامة القواعد التي وضعها المشرع، فنظّم تسيير رأسمال الشركة سواء عند زيادته أو إنقاصه أو عند تكوين الاحتياطي، حتى أنه حدّد أنواع الاحتياطات، من احتياطي اجباري واحتياطي اتفاقي

(أي اختياري)، فلم يترك مجالا لإرادة الشركاء لتنفيذ عقد الشركة إلا في إطار قانوني محكم تفرضه الدولة لممارسة الرقابة[16] التي أصبحت لها دور حمائي وقائي وأداة لتحقيق التوازن العقدي بين الأطراف.

ب-صور تضييق الحرية العقدية

أظهرت التحولات الاقتصادية مجالات التعامل حديثة ومتنوعة (العقود الذكية، تكنولوجيا الاتصال والإعلام، البيع على أرضية افتراضية، مسألة تحديد المسؤولية في السيارة ذاتية القيادة، اخضاع التجارة لقواعد اقتصاد السوق، تحديد الدولة للمنافسة والأسعار، ضبط المنافسة ومنع الاحتكار، رقابة القيم المنقولة مسعرة بالبورصة أي رقابة سوق المال[17] ....) من شأنها زعزعة المفاهيم التقليدية للعقد التي اعتاد عليها الفكر القانوني، حتى أن بعض القواعد في التشريع التجاري اصطدمت بمبدأ دستوري "حرية التجارة والاقتصاد" الذي يكرس تدخل الدولة في ضبط السوق والأسعار مما سمح لها فرض إرادتها في تنظيم السوق وتعليق ممارسة بعض النشاطات التجارية بترخيص منها مسبقا تحت طائلة البطلان.

اتخذ الترخيص الإداري عدة تسميات كالاعتماد، الرخصة، التأشيرة والإذن. وهو مرهون بالمصلحة العامة للمجتمع التي لها مدلول قانوني، سياسي، اقتصادي، واجتماعي...إلخ. فالإدارة مكلفة بتكييف النفع العام والصالح العام للمجتمع مما يُ ظهر أن العقد أصبح مقّيدا بأحكام القانون العام، فلا يجوز للأطراف ابرام بعض التصرفات إلا بموافقة الجهة الإدارية المختصة.

نجد كذلك فرض المشرع على الشركة التجارية تعيين شخصا أجنبيا عنها واعتباره عضوا داخليا مستقلا يمارس الرقابة على أعمالها وفي تنفيذ العقد، كإلزامية تعيين محافظ الحسابات الذي يعتبر شخصا أجنبيا غير شريك في الشركة التجارية، وهو بمثابة العين الساهرة لوزير المالية على صحة حسابات الشركة ودقتها تحقيقا للمصلحة العامة، وله أن يبلغ النيابة العامة عن كل خطأ في التسيير أو في التدقيق المالي ومع ذلك فهو عضو داخلي مستقل[18] في الشركة التجارية وهو غير شريك فيها.

كما يعتبر التحديد المسبق لمضمون العقد آلية من الآليات التي اعتمدها المشرع في العقود النموذجية للحد من الحرية التعاقدية حيث أن إرادة المشرع تحل محل إرادة المتعاقدين لتحقيق التوازن العقدي. فأصبح دور الإرادة (إرادة المتعاقدين) شكليا محضا ينحصر في الانضمام إلى النموذج الذي حدده المشرع مسبقا. هناك أمثلة عديدة وكثيرة لا يمكن حصرها في هذه الدراسة وإنما ركزت على ما يلفت الانتباه كنموذج.

يظهر، من خلال ما تقدم، وبشكل واضح الابتعاد عن مبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية والصور التضييق منه.

ثانيا: الأسس الحديثة لنظرية العقد

تبين من خلال ما تم ذكره في ضرورة تخطي المبادئ الكلاسيكية لمواجهة التحدي الاقتصادي وأمام ظاهرة تزايد العقود الخاصة[19] بسبب السياسة الاجتماعية والاقتصادية للدولة، تراجعت مكانة النظرية العامة للعقد بشكل كبير لحساب هذه الفئة الجديدة من العقود والتي أصبحت تحتل الصدارة من حيث القواعد التي تسري على مختلف العقود. تندرج هذه الظاهرة في ظهور فكرة النظام العام الاجتماعي وفي تطور وظيفة

القانون في كونه وسيلة تغيير وتقدم. تعد قواعد النظام العام وسيلة لحماية وترقية المصلحة العامة[20]، فتدخل المشرع في العقد باستعمال قواعد النظام العام الحمائي لتحقيق التوازن، والقضاء على اللامساواة ومنح لها حماية قانونية من خلال اقترانها بجزاءات.

ان مسألة حتمية حماية العلاقة العقدية بفعل التطور الاقتصادي والنسيج الاجتماعي جعلت الفقه يعتبر أن العقد يعيش في أزمة. فتدخل الدولة في تنظيم العلاقات العقدية وفرض التزامات أثّر سلبا على العقد إذ ضيّق دوره في الحياة الاجتماعية والاقتصادية ولم يعد وسيلة تحقق الهدف من وجوده تحت غطاء نظام عام اقتصادي جديد(أ). لكن في حقيقة الأمر، أن العقد أصبح له دور أكثر من كونه وسيلة تبادل للمصالح فهو وسيلة التضامن وأداة لأخلقة العلاقات بين أطراف العقد، ووسيلة لتحقيق مصالح الفرد والجماعة في آن واحد **(ب)** فالسؤال: أين هي أزمة العقد؟

أ-مرونة النظام العام

تغّير مضمون النظام العام مع التحولات الاقتصادية في نهاية القرن 19 وبداية القرن 20 مما أدى إلى ظهور ما يسمى بالنظام العام الاقتصادي الذي يختلف تماما عن النظام العام التقليدي من حيث الهدف، إذ ينقسم النظام العام الاقتصادي إلى نظام عام اقتصادي توجيهي ونظام عام اقتصادي اجتماعي حمائي، ينصب الأول على القواعد القانونية التي تنظم وتدير الاقتصاد الوطني، فيمثل القواعد التي تحمي المبادئ الأساسية والمصالح العليا للبلاد في الميدان الاقتصادي والاجتماعي. أما الثاني فتهدف أحكامه إلى حماية بعض الفئات الاجتماعية الضعيفة اقتصاديا واجتماعيا كالعامل والمستهلك[21]. لقد غّير النظام العام الاقتصادي الصورة التقليدية لمبادئ العقد من خلال اتساع المصلحة العامة **(1)** وتوظيف الجانب الحمائي منه لتحقيق التوازن العقدي (2) وسمح بممارسة الرقابة لتحقيق هذا التوازن (3).

1-اتساع مفهوم المصلحة العامة

أدى تدخل الدولة بهذا المفهوم الجديد للنظام العام إلى تغيير في الحرية العقدية واتساع في مفهوم المصلحة العامة[22] ، ولم يعد النظام العام أداة الدولة لحماية المصالح العليا للمجتمع وإنما أصبح مجاله يتسع ليشمل العلاقات ما بين الأفراد، التي هي مصالح خاصة أصبح النظام العام يحميها باعتبارها جزءا من المصلحة العامة.

يتسع نطاق المصلحة العامة، ليشمل اعتبارات جديدة كالتطور الصناعي والتكنولوجي لتحقيق المنافسة الدولية، دعم الاستثمار وتوفير الميزانيات للبحث العلمي، الحفاظ على مناصب الشغل، تحسين إنتاجية المؤسسات المعنية بفضل التجميعات الاقتصادية على سبيل المثال، التأثير الإيجابي لعملية التجميع في حماية المستهلك والسعي إلى تقديمه أجود المنتوجات وأحسن الخدمات لخدمة الاقتصاد الوطني[23]، فاتسع مفهوم المصلحة العامة ليضم الاقتصاد الوطني[24].

كما أن اتسع مفهوم المصلحة العامة لتبرير مراقبة القاضي أعمال الشركة التجارية -فإلى جانب المبرر الأساس القانوني فإن للمصلحة الجماعية أداة تقنية لممارسة الرقابة القضائية على أعمال التسيير

للشركات التجارية بحيث يمكن للقاضي اعتبار المصلحة الجماعية سببا لإبطال قرار الجمعية العامة ومعيارا لصحة أعمال التسيير. لكن تبقى هذه الرقابة لحماية الأقلية التي تعتبر الطرف الضعيف أمام الأغلبية. يعتبر الفقه الفرنسي[25] أن هذا التدخل ليس تدخل في حياة الشركة التجارية، والإشكال المطروح في هذه الحالة هو تحديد المصالح التي يجب حمايتها من طرف المراقبة القضائية، أي ما هو معيار المصلحة الجماعية. ظلت المسألة محل جدل فقهي بين ترجيح مصلحة المشروع كمعيار أو مصلحة الشركاء. ومع ذلك بقيت المصلحة الجماعية أداة تقنية أساسية للمحكم لممارسة الرقابة على الشركات التجارية.

2-توظيف النظام العام الحمائي لتحقيق التوازن العقدي

يهدف النظام العام الاقتصادي الحمائي في الأساس إلى حماية الطرف الضعيف[26] في العقد، وأن تدخل المشرع في العقد باستعمال قواعد النظام العام الحمائي هومن أجل تحقيق التوازن العقدي. فلم يترك المشرع، على سبيل المثال، عقد الشركة لحرية المتعاقدين المطلقة إنما تدخل كثيرا بقوانينه، وتنظيماته، ونظم الشركة التجارية من إجراءات تأسيسها، سيرها، وتعديلها ومراقبة نشاطها حتى إجراءات تصفيتها وحلها كي لا تصبح هذه الشركات وسيلة للاستغلال الاجتماعي أو السيطرة السياسية حماية للاقتصاد الوطني ولمصالح أفراد المجتمع. فاندمجت المصالح العامة بالمصالح الخاصة. لكن بالمقابل ضيّق المشرع من مجال الحرية التعاقدية ما أدّى ذلك إلى إضعاف فكرة العقد في عقد الشركة التجارية، وهذا ما دفع إلى القول أنّ الشركة التجارية تميل إلى فكرة النظام أكثر من فكرة العقد[27] خاصة شركة الأموال، تكاد أن تكون فكرة العقد منعدمة، وأنّ الإرادة تنحصر فقط في قبول الشروط التي قّننها المشرع أو في اختيار شكل الشركة التي حدّدها.

ان تدخل الدولة لتحقيق أغراض تتعلق بالنظام العام الحمائي الاقتصادي و أمام انفتاح السوق وتنوع الأنشطة التجارية مع ارتفاع عدد المتعاملين الاقتصاديين، فرضت الضرورة إلى وضع نظام رقابي فعال، دقيق ودائم، على الشركات التجارية -باعتبارها محرك اقتصادي أساسي- يرمي إلى إضفاء الشفافية وتحقيق المساواة الفعلية في المراكز العقدية وتجنب المعاملات التعسفية، فأصبح مفهوم الرقابة التي تمارسها الدولة على الشركات التجارية سواء من حيث تسييرها أو الجانب المالي والمحاسبي لا يقتصر على توقيع الجزاء والعقاب وإنما يسعى إلى التوجيه والإرشاد وحماية الاقتصاد الوطني.

ان مسألة توظيف النظام العام الحمائي لتحقيق التوازن العقدي لا يجب النظر إليها من زاوية واحدة، فالطرف الضعيف ليس حتما الذي هو الأقل اقتصاديا أو علميا أو معرفيا أو ثقافيا وإنما يكون أحيانا لحماية الأغلبية من تعسف الأقلية. ففي الشركة التجارية مثلا، قد تصوت الأقلية، ليس الأقلية العددية وانما الأقلية في قيمة الأسهم، وتجتمع فيما بينها لتشكل قوة في مواجهة قرارات مجلس الإدارة وتعطيل سير الشركة، وقد تكون الأقلية العددية وتمثل الأغلبية في عدد الأسهم أو قيمتها، ولهذا نظم المشرع موضوع التصويت في اجتماع الجمعيات وأمور أخرى كثيرة بقواعد آمرة لتحقيق المصلحة الجماعية للشركة حماية للتوازن العقدي والمساواة والحفاظ على المبادئ الأساسية للعقد لكن بتقنية حديثة متطورة.

3-ممارسة الرقابة كأداة لتحقيق التوازن العقدي

التوازن هو المساواة أو التكافؤ بين أطراف العقد والتوازن الموضوعي بين الأداءات المتقابلة. يختلف تصور التوازن وفق الفلسفة التي ينشأ في ظلها العقد، فلطالما اعتبر سلطان الإرادة وحماية الرضا كفيلان بتحقيق التوازن بالاعتداد بالمساواة المجردة.

إن الحياة الاقتصادية قائمة على قيمة المعلومة وسرعتها[28]، أي على الإعلام وقنوات الإعلام، فاختلال التوازن العقدي بسبب خطأ في الإعلام أو في وقت الإعلام يجعل المراكز التعاقدية غير متوازنة من حيث المعلومات التفصيلية اللازمة لانعقاد العقد وأثناء تنفيذه لعدم تكافؤ هذه العلاقات بين المراكز الاقتصادية والمعرفية.

حتّم هذا الوضع الجديد ايجاد حلول لمعالجة الاختلال، فأخذ المشرع أحيانا صفة المتعاقد في الاعتبار كطرف ضعيف لوضع تنظيم إضافي لمساعدة المتعاقدين وإخضاع إرادة الأطراف للمصلحة العامة، فتبنى سياسة اجتماعية لمراعاة أصحاب الدخل البسيط، إذ أصدر مرسوما تنفيذيا رقم 11-108 مؤرخ في 06 مارس 2011 يحدد السعر الأقصى عند الاستهلاك، وكذا هوامش الربح القصوى عند الإنتاج والاستيراد وعند التوزيع بالجملة والتجزئة لمادتي الزيت الغذائي المكرر العادي والسكر الأبيض[29]، وفي عقد العمل من خلال أحكام القانون رقم 90-11[30] تدخل المشرع بتشريعات خاصة آمرة ضرورية لأجل تنظيم الروابط العقدية ولإقامة التوازن واخضاع إرادة الأطراف للمصلحة العامة. إلا أن هذه المصلحة العامة بالنسبة للشركات التجارية قد تترجم إما بمصلحة المشروع وإما بمصلحة الشركاء، فالأولى تضحي بالشريك لمصلحة الشركة، أي المشروع الذي أنشأت من أجله، أما في الثانية فتضحي بالمشروع لمصلحة الشريك، ولهذا نظم المشرع المراقبة في هذا المجال تحقيقا للمصلحة العامة لكون الشركة التجارية عنصرا فعالا في تحريك الاقتصاد وتطوره وعاملا ضروريا للاستقرار الاجتماعي.

إن التحديد المسبق لمضمون العقد يعتبر آلية من الآليات التي يمكن الاعتماد عليها لتحقيق التوازن العقدي[31]. فتدخل المشرع في عقد الشركة في مرحلة تنفيذ العقد،- بعد تأسيسها واحترام الشروط القانونية- من خلال تنظيم المراقبة الذاتية التي تكون فردية أو جماعية، يمارسها الشركاء من خلال حقوق منحها لهم وتحديد صلاحيات جهاز التسيير إلى جانب أجهزة معينة لضمان فعالية هذه المراقبة بالنسبة لشركات التي تتداول أسهمها بحرية في السوق. هذه الرقابة (الفردية أو الجماعية) لها طبيعة استشرافية يمكن معها التعرف على مدى فعالية البرامج التنظيمية، والإدارية التي وضعتها الشركة لتحقيق أهدافها. إنّ أعمال التشاور الجماعي ألزمت وجود أدوات ووسائل وظيفتها الإعلام الصحيح عن المركز المالي للشركة وكيفية تسييرها لتحقيق أهداف المشروع وتوزيع الأرباح الحقيقية وليست الأرباح الصورية، لأن ما يهم الشريك هو تقسيم الأرباح عند تحققها، أما جهاز التسيير فهدفه هو تكوين الاحتياط وتدوير الأرباح بدلا من توزيعها. نظم المشرع هذه المسائل بقواعد صارمة في المراقبة لتحقيق التوازن بين المصلحتين.

إنّ الالتزام الإعلام ليس غاية في حد ذاته وإنما وسيلة للمراقبة، فحق الاطلاع وحق أخذ المعلومات يسمح بإجراء رقابة مباشرة،[32] لكن الالتزام بالإعلام يتصادم مع مبدأ السرية، فالحق في الإعلام ليس مطلقا إذ يجب تحقيق التوازن بين مصالح الشركاء في حق الاطلاع، ومصلحة الشركة في سرية نشاطاتها. لا تعتبر هذه المسائل من الأمور الهينة من الناحية القانونية لأن تحديد مصلحة الشركة مفهوم حديث في محيط الشركة، وقد عرف هذا المفهوم جدلا واسعا، مما جعل الفقه الفرنسي يبحث في وضع تعريف للمصلحة الجماعية، إلا أنه انقسم إلى فئتين، فجانب منه يرى أن المصلحة الجماعية هي مصلحة الشركاء المحضة، على أساس أن الشركة التجارية أنشأت أساسا لتحقيق رغبة هؤلاء من الشركة، والذين يهدفون إلى تحقيق الثروة. و هناك من يرى عكس ذلك، في أن المصلحة الجماعية هي مصلحة الكيان القانوني أي المشروع والشركة.

إن مصلحة الشركة تختلف عن المصلحة المشتركة للشركاء. فالمصلحة التي يتبعها الشركاء هي المساواة في تقسيم الأرباح التي تحققها الشركة فعلا، وهي مصلحة مشتركة تعّبر عن المساواة في الحصول على الربح الفردي من الثراء الجماعي للشركة، وهذا هو المنظور الضيق، إلا أن من ناحية جهاز التسيير، فإن مصلحة الشركة تتجسد في مصلحة المشروع باعتبار أنه هو المؤهل الذي يملك المعلومات عن نشاطها وأحوال السوق وتحديد مصلحة الشركة، وأن الشركاء يفتقرون للمعلومات والخبرة في إدارة المشروع، فمصلحة الشركة بالمفهوم الواسع هي مصلحة المشروع مما يزيد من سلطات جهاز التسيير ويضيق من رقابة الشركاء، الذين يستثمرون أموالهم في المشروع.

إن الاختيار بين مصلحة الشركة ومصلحة الشركاء يؤدي إلى اتباع سياسات مغايرة بحسب تكييف مفهوم مصلحة الشركة[33]. وقد أثبت الواقع مدى صعوبة تكييف المصلحة الجماعية بين اعتبارين متصادمين، فهل تعُبِّر عن مصلحة المشروع أم عن مصلحة الشركاء. لكن هناك من حاول التوفيق بين الرأيين، واعتبر أن المصلحة الجماعية تعّبر على إلزامية عدم اتباع سلوك يعاقب عليه كالتعسف بكل صوره.

ب- الرقابة الوقائية لمنع التعسف

إنّ مضمون التعسف في استعمال الحق تغير هو الآخر مع التطور الاقتصادي، فأصبحنا نتحدث عن تعسف الأغلبية وتعسف الأقلية. وتظهر هذه الأخيرة عندما تُعيق عمل جهاز التسيير لمآرب شخصية أو عندما تطلب استفسارات أو طلبات غير عادية من شأنها أن تمس الأسرار الخاصة بالشركة لتحقيق أهداف غير مشروعة[34].

طغت مسألة الحصول على المعلومات والشفافية على مسألة السرية خاصة مع زيادة الاستثمار في الثروات المنقولة، والأوراق المالية. وتسعى الشركات جاهدة للتوفيق بين حقوقها المشروعة في حماية أسرارها الخاصة تجاه الشركات المنافسة التي تؤثر في مركزها المالي والاقتصادي، وبين الالتزام بمبدأ الشفافية والافصاح الذي يلزمها به المشرع في إطار الالتزام بالإعلام **(1)** خاصة في غياب معيار فاصل بينهما تجنبا لتعسف الأغلبية أو الأقلية. يثور من الوهلة الأولى التساؤل: كيف يمكن أن يشكل الطرف الضعيف

تعسف الأقلية؟ كما يجب معرفة الآليات المكرسة في التشريعات الخاصة لتحقيق التوازن العقدي ومكافحة الشروط التعسفية (**2**).

1-الالتزام بالإعلام: التزام وقائي للتوازن العقدي

يحمل العقد وظيفة تتمثل في تنظيم المصالح المتعارضة لتحقيق العدالة العقدية والتوازن العقدي، والجدير بالذكر أنّ عقد الشركة حسب المادة 416 مدني، يهدف إلى اقتسام الربح أو تحقيق ربح اقتصادي ذي منفعة مشتركة، لكن في ظل المفهوم الجديد لمصلحة الشركة، ظهر تعارض في المصالح، فالشركاء يتعاقدون لتحقيق الربح، أما المشروع يهدف إلى تحقيق المردودية الإنتاجية، ولهذا فإن مصلحة الشركاء تقتضي تقسيم الارباح عند تحققها، أما مصلحة الشركة فتقتضي تدوير الأرباح لتكوين احتياطي اتفاقي كبير من أجل التمويل الذاتي وتوسيع المشروع والابتعاد قدر المستطاع من القروض البنكية التي تثقل فوائدها أعباء الشركة.

إنّ الوضع الجديد للمعاملات، جعل العقد يفرض التزامات وقائية لتحقيق التوازن، كفكرة الالتزام بالإعلام وفكرة حسن النية لتفادي اختلال التوازن المعرفي والفني، بل وذهب المشرع إلى أبعد من ذلك، حيث وضع تعريف جديد للعقد كأنه يتخطى تعريف المادة 54 مدني وذلك في المادة 3 من القانون رقم 04- 02 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية مؤرخ في 23 يونيو 2004[35].

إنّ هذه التحديات لقانون العقد أدت إلى التوسع في النظام الحمائي فَرضَ على الدولة التدخل لإقامة التوازن بمواجهة سلطة المتعاقد الاقتصادية أو القانونية، وذلك بمكافحة الشروط التعسفية من خلال تعزيز مبدأ حسن النية وما يشتمل من مظاهر النزاهة والتعاون[36] إلى جانب الالتزام بالإعلام التي هي مبادئ غريبة عن نظرية العقد.

ان عدم المساواة يجعل التفاوض بين أطراف العقد مستحيلا ويجعل أحد الأطراف يضع شروط العقد مسبقا وما على الطرف الآخر إن أراد التعاقد معه سوى القبول بهذه الشروط، وهو ما أدى إلى حتمية تدخل الدولة في مضمون العقد لوضع آليات لتوقي استعمال المتعاقد القوي سلطته والتعسف في مواجهة الطرف الضعيف. وقد أدى هذا الوضع إلى ظهور مبادئ جديدة لم تعرفها النظرية العامة للعقد، وازداد عدد التشريعات الخاصة -حماية المستهلك، الممارسات التجارية، التجارة الالكترونية-التي تنظم عقودا خاصة خارج القانون المدني، ما دفع بالبعض إلى القول بضرورة وضع نظرية عامة لقانون العقود الخاصة.

إن التطور التكنولوجي والتقني خلق آليات في العلاقة التعاقدية من حيث القدرة المعرفية والمعلوماتية. وهذا ما جعل المشرع يضع آليات وقائية من التفاوت المعرفي، كالالتزام بالإعلام الذي أحاطه بحماية قانونية من خلال فرض جزاءات إدارية، مدنية وجنائية عند مخالفته، إلى جانب بطلان التصرف في عدم إعلام الشركاء مثلا بتاريخ انعقاد الجمعيات العامة أو في حالة عدم تمكين محافظ الحسابات بالاطلاع على مستندات الشركة لإعلام الشركاء على وضعية الشركة المالية[37] والإخلال بالالتزام بإعلام المستهلك عن كل تفاصيل المنتوج.

إن هذا الإعلام حقيقي وليس إعلام تقريبي، وقد عرّف الفقه الإعلام الحقيقي بأنه" ذلك الإعلام الذي ينطوي على قدر من المعلومات والبيانات التي تتطابق تماما، أو ذلك الإعلام الذي يصف الواقع كما هو دون زيادة أو نقصان"[38] . لكن هذا النوع من الإعلام لا يمكن أن يتحقق إلا بخصوص أمور ومسائل معينة تتناسب مع طبيعتها، والحكمة من الإعلام عنها وإظهارها ووصفها على نحو مطابق يمثل الحقيقة والواقع بصورة صادقة ودقيقة. ان أساس هذا الالتزام اقتصادي وأخلاقي. فالإعلام التقريبي l'information approximative يمثل الإعلام الذي يصف حقيقة الشيء أو واقعة معينة على نحو تقريبي بالقدر الذي يحقق الغاية منه على نحو مُرْضٍ[39]، أما الإعلام الحقيقي فيجب أن يكون صحيحا، صادقا وإلا كان كاذبا ومزورا، وأن يتصف بالدقة بالقدر الذي يحقق الغاية منه وإلا كان خاطئا ومغلوطا فيه، فالإعلام الحقيقيl'information conforme هو الذي يزيد في القيمة النوعية[40].

منح المشرع في مجال الالتزام بالإعلام للشريك، حق الاطلاع على مستندات الشركة قبل انعقاد الجمعية العامة وابداء الرأي، كما يمكن أن يستعين بخبير ليفهم لغة الأرقام[41].

الجدير بالذكر أن الالتزام بالإعلام يتصادم مع مبدأ السرية -كما ذُكر من قبل-فيجب مثلا في عقد الشركة أن يكون توازن بين حق الشركاء في الاطلاع للحصول على المعلومات فهو الذي استثمر أمواله لتنفيذ المشروع فمن حقه أن يطلع على كيفية استثمارها، وحق الشركة التجارية بسرية نشاطها وأعمالها. إن الشركة التجارية وخاصة شركة المساهمة التي تشكل أسهمها سوقا ماليا مزدهرا، تسعى جاهدة للتوفيق بين حقوقها المشروعة في حماية أسرارها وبين الالتزام بمبدأ الشفافية والإفصاح الذي يفرض عليها إعطاء معلومات حقيقية للشركاء.

فالسؤال الذي بفرض نفسه هو: كيف يمكن التمييز بين المعلومات التي يجب الإفصاح عنها وتلك التي لا يمكن الإفصاح عنها؟ فهناك من يرى أن تقييد حق الاطلاع أي الإعلام يبرره المصلحة الجماعية أي مصلحة الشركة [42]. إن هذا الوضع الجديد أدى إلى ضرورة قراءة جديدة في مفهوم توازن العقد وفي الوسائل التقليدية للتوازن العقدي.

2-حماية الطرف الضعيف في مواجهة الشروط التعسفية

إن التفاوت الاقتصادي والمعرفي لأطراف العلاقة العقدية أثّر سلبا في نتائج العقد، حيث يفرض شروطا وبنودا قاسية تسمى بـ"التعسفية" مما جعل تدخل المشرع حتمي لمواجهة سلطة المتعاقدين الاقتصادية أو القانونية والتعامل مع مبادئ العقد بمرونة لتكييفها وإدخال مبادئ جديدة خارجية عن النظرية العامة للعقد بالمفهوم الكلاسيكي لتتماشى مع هذا التحول الكبير في نوعية المعاملات وتنوعها باتساع المجال الاقتصادي الذي يلعب دورا محوريا في استقرار المجتمع وتحقيق الأمن القانوني.

نظم المشرع الشروط التعسفية في نصوص خاصة في قانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية والمرسوم التنفيذي رقم 306/06[43] المحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين

الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية. وقد عرّف المشرع الشرط التعسفي بموجب المادة 03 فقرة 5 من قانون 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية[44].

أما في مجال عقد الشركة لتفادي الشروط التعسفية أثناء حياة الشركة حدد النصاب لانعقاد الجمعية العامة في الشركة التجارية، ونسبة الأصوات للتصويت على قرارات جهاز التسيير ولها حماية قانونية بحيث إذا لم يتم احترام هذه القواعد يعرض القرار للبطلان، كما يسأل جهاز التسيير مسؤولية مدنية وجزائية.

إن الإخلال الظاهر بالتوازن العقدي معيار جديد للشروط التعسفية، ويكون التعسف عند الحصول على ميزة مبالغ فيها بالمقارنة مع ما يحصل عليه المتعاقد الآخر. فما يمكن قوله ان أساليب مواجهة الشروط التعسفية تكون من خلال رقابة تشريعية، وقد تم ذلك عن طريق وضع قوائم محدّدة لهذه الشروط ملحقة بالقوانين الحمائية، ورقابة لجنة الشروط التعسفية التي تقوم بالاطلاع على نماذج العقود التي يعرضها المهنيين -المتدخل- على المستهلكين أو غير المهنيين بالإضافة إلى الرقابة الإدارية والرقابة القضائية.

إنّ رقابة لجنة البنود التعسفية لجنة إدارية أنشأت بموجب المرسوم التنفيذي رقم 06-306 [45] وهي تعتبر بجانب الرقابة الإدارية أسلوب تنظيمي لمواجهة الشروط التعسفية، فقد نص الفصل الثالث من هذا المرسوم على تنصيب لجنة البنود التعسفية لدى الوزير المكلف بالتجارة[46]. كما نصت المادة 08 منه على أن اللجنة متكونة من ممثل عن الوزير المكلف بالتجار ومن مختص في مجال الممارسات التجارية ومن ممثل عن وزير العدل مختص في قانون العقود. ومن عضو من مجلس المنافسة، متعاملين اقتصاديين عضويين في الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة ومؤهلين في قانون الأعمال والعقود، ومن ممثلين من جمعيات حماية المستهلكين ذات طابع وطني. يمكن للجنة الاستعانة بأي شخص آخر بوسعه أن يفيدها في أعمالها. لم ينص المشرع الجزائري على أي دور استشاري للجنة البنود التعسفية لدى القضاء على خلاف المشرع الفرنسي.

ان مراعاة التفاوت الاقتصادي والثقافي والاجتماعي والمعرفي بين أفراد المجتمع يبين ان المبادئ الجديدة لمواجهته تتناقض تماما مع التصور التقليدي. فبات من الضروري البحث عن تصور جديد للعقد وهذا ما جعل الفكر القانوني يرى ضرورة التمييز بين الإرادة التي تنشأ العلاقة العقدية وهو يشكل العنصر الدائم في العقد، والإرادة التي تحدد مضمون هذه العلاقة وهو عنصر عرضي زائل[47] .

خاتمة

تبين أن نظرية العقد تعيش مرحلة ضرورة التكّيف مع ما تعرفه العلاقات العقدية من تطور بفعل التطور الاقتصادي، والثقافي، والاجتماعي، والسياسي، والمعرفي...إلخ، ومازال هذا التطور مستمرا خاصة مع تطور التجارة الالكترونية ودخول عصر الذكاء الاصطناعي الذي سيؤثر حتما على نظرية العقد ويدفع بها الى آفاق جديدة وحتمية التكّيف.

ساهمت التشريعات الخاصة في تطوير قانون العقود وإثرائه، وتبين ان تراجع مبدأ سلطان الإرادة لا يعني انقضاء العقد وإنما تكّيفه مع التّغيرات الاجتماعية والاقتصادية والثقافية والعلمية، فلم يعد مبدأ سلطان الإرادة هو الأساس الوحيد لنظرية العقد وإنما أصبح نسبيا بعدما كان مطلقا.

كما بّينت هذه الدراسة أن أدوات العقد لم تتغير، وإنما كيفية استعمالها هو الذي تغّير. فقانون حماية المستهلك مازال يستخدم نفس أدوات القانون المدني حتى في مجال الذكاء الاصطناعي لتحديد مسؤولية سائق السيارة ذاتية القيادة. فهل يمكن القول أنّ العقد في أزمة؟ إن المسألة تتمحور في تطور المبادئ بما يتماشى مع الوضع الحالي الذي هو في تغير مستمر في إطار تفكير قانوني متطور وقواعد منهجية التفكير العلمي.

المراجع

-عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 5، المجلد الثاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، لم تذكر السنة.

-علي فيلالي، مقدمة في القانون، موفم للنشر، الجزائر، 2010.

-علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، الطبعة الثالثة، موفم للنشر، الجزائر، 2013.

-علي فيلالي، العقود الخاصة، موفم للنشر 2018.

-مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، الطبعة الأولى مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2009

-محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، دار النهضة العربية، مصر، دون سنة النشر.

-وجدي حطوم، دور المصلحة الاجتماعية في حماية للشركات التجارية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2007.

-خالد جمال أحمد، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة النشر.

رسائل جامعية

- عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، دكتوراه، جامعة الجزائر -1-كلية الحقوق سعيد حمدين، الجزائر، 2015.

-فاضل خديجة، عيممة العقد، دكتوراه، الجزائر، 2015.

-لطيفة بوراس، مراقبة الشركات التجارية، دكتورا، الجزائر، 2015.

-نساخ فطيمة، الوظيفة الاجتماعية للعقد، دكتوراه، الجزائر، 2013.

مذكرات ماجستير

-مولفي سامية، التجميعات الاقتصادية، الجزائر، 2016.

-بوحلايس إلهام، الاختصاص في مجال المنافسة، قسنطينة، 2004.

المجلات

- -بخت عيسى، أثر تشريعات على مبادئ النظرية التقليدية للعقد، مجلة أكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية العدد 20، جوان 2018 من ص 94 -114.

مقالات الكترونية

-Lapp (CH), Essai sur la cession de contrat synallagmatique à titre particulier, Doctorat, Strasbourg, 1950, p. 59. http//fr.juripedia.org/index. La cession de contrat en droit français.
-http:// www. Doc-du-juriste. Com, DDJ, doc du juriste, l'équilibre économique du contrat.

Ouvrages

-Germain (M), Société commerciale, tome1, 19° édition, L.G.D.G, 2009.

-Lefèbre (T), L'expertise face à la production d'information financière des sociétés, institut de droit des affaires, Aix Marseille, 2004.
-Ghestin (J), Traité de droit civil, « La formation du contrat », L.G.D.J, 1993.
-Savaux (E), La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ? L.G.D.J, 1997.
-Picod (Y), Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, 1989.

الهوامش

1-عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، دكتوراه، جامعة الجزائر -1-كلية الحقوق سعيد حمدين، الجزائر، 2015، ص2 وما بعدها.

2- Lapp (CH), Essai sur la cession de contrat synallagmatique à titre particulier, Doctorat, Strasbourg, 1950, p. 59. Voir, http//fr.juripedia.org/index. La cession de contrat en droit français.

3-علي فيلالي، مقدمة في القانون، موفم للنشر، الجزائر، 2010، ص88.

4-علي فيلالي "الالتزامات النظرية العامة للعقد" الطبعة الثالثة، موفم للنشر، الجزائر،2013، ص55. في نفس المعنى نساخ فطيمة، الوظيفة الاجتماعية للعقد، دكتوراه، الجزائر، 2013، ص 296." لقد تأثرت نظرية العقد من المهام الجديدة للدولة: فاهتمام الدولة بالميدان الاقتصادي عن طريق تسييره أو توجيهه جعلها تتدخل في المعاملات التعاقدية التي يباشرها الأفراد وذلك بتقييد إرادتهم من عدة جوانب". في نفس المعنى: Savaux (E), La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?, L.G.D.J , 1997.

5- http://halshs.archives-ouverts.fr, les valeurs économiques de la réforme du droit des contrats-HAL-SHS, par Rouvière (F) 2916. « ...contrat mis au service d'une bonne marche de l'économie ».

6- فاضل خديجة، عيممة العقد، دكتورا 2015، الجزائر، 2015، ص37" تظهر العيممة من خلال تشريعات التي تحمي المستهلك أو العامل... بهدف استقرار المجتمع والبحث عن السلم الاجتماعي."

7- حيث أصبح العقد وسيلة من وسائل الحياة الجماعية.

8- نساخ فطيمة، الوظيفة الاجتماعية للعقد، دكتوراه، الجزائر، 2013، ص2 وما يليها. حيث وجود أفكار تطالب بأكثر تضامن بين أطراف العقد إلى جانب المستجدات التي أفرزها الواقع ...إلخ

9- http:// www. Doc-du-juriste. Com, DDJ, doc du juriste, l'équilibre économique du contrat , : « l'équilibre entre les contractants a était faussé . Le droit –rejoignant en cela la morale – a donc renforcé la protection des parties notamment la partie la plus faible, …. Cette évolution marquée par la volonté de protéger la partie la plus faible est fondée sur la notion de bonne foi ... qui est une notion subjective ... qui renvoie à des concepts tels que l'honnêteté, la loyauté, l'équité ».

10- بخيت عيسى، أثر تشريعات الاستهلاك على مبادئ النظرية التقليدية للعقد، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، العدد 20، جوان 2018، ص 110.

11 -علي فيلالي، العقود الخاصة، موفم للنشر، الجزائر، 2018، ص 58.

12- تنص المادة 106 مدني: العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقصه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون."

13 -مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2009ن ص110.

14- فاضل خديجة، المرجع السابق، ص 268.

15- علي فيلالي، العقود الخاصة، المرجع السابق، ص 54.

16 -Germain(M), Société commerciale, tome1, 19° édition, L.G.D.J, Lextensio édition, 2009, P.4.

17- إن رقابة سوق المال ليس فقط مصلحة المستثمرين حيث يوفر لهم بطريقة غير مباشرة حماية، وإنما حماية السوق والحفاظ على سمعته وتحقيق مبدأ المساواة بين المتعاملين. ونظرا لدور سوق المال لتجميع المدخرات وتوظيفها في المشروعات المختلفة أضحى لغة عالمية مشتركة بين الدول ويمثل مركزا ماليا ضخما يجتمع فيه أصحاب رؤوس الأموال وممثلو الشركات التجارية التي تطرح أسهما للبيع ولهذا تدخلت الدولة وكلفت مهمة التعرف بحاملي الأسهم وسندات الاستحقاق إلى الهيئة الجزائرية للمقاصة تسمى الجزائرية للتسوية Algérie clearing. تفصيلا لذلك أنظر لطيفة بوراس، مراقبة الشركات التجارية، دكتوراه، جامعة الجزائر -1-، 2015، الجزائر، ص331 وما يليها.

18- يخضع تعيين محافظ الحسابات للقانون 91-08 المعدل بقانون 10-01 والمتعلق بمهنة الخبير المحاسب ومحافظ الحسابات كما يخضع لقانون 96-136 المتعلق بأخلاقيات هذه المهنة. يعين محافظ الحسابات من قبل وزير المالية.

19- تتميز العقود الخاصة أنها عقود منظمة بموجب أحكام خاصة. لكن وجود نصوص خاصة بعقد معين كعقد البيع، أو البيع على التصاميم، أو عقد الشركة، فهذا لا يعني الاستبعاد الكلي للقواعد العامة التي تدير العقد، ومن ثم يتعين البحث عن علاقة النظرية العامة للعقد بأحكام العقود الخاصة. للتفصيل أنظر علي فيلالي، العقود الخاصة، المرجع السابق، ص 13 و ص19.

20- فاضل خديجة، المرجع السابق، ص 37.

21- نجد على سبيل المثال أخضع المشرع الخدمات والاستيراد لقانون المنافسة (الامر 95- 06 المتعلق بالمنافسة، مؤرخ في 25 جانفي 1995، ج ر عدد 6 الصدار في 22 فيفري 1995) لمنع الاحتكار وهو إجراء حمائي للصناعة والمنتجات والخدمات الوطنية. نظرا لتعلق الاستيراد في نمو الدخل القومي بشكل غير مباشر عن طريق تمكين الاقتصاد الوطني من مواجهة أعباء =التنمية من حيث التموين بالمواد والسلع الصناعية، والاستهلاكية. مولفي سامية، التجميعات الاقتصادية، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر -1-، الجزائر، 2016، ص15.

22- تدخل الدولة للترخيص بالتجميعات لدواعي المصلحة العامة حيث لأجاز المشرع صدور ترخيص من الحكومة رغم رفض مجلس المنافسة لمشروع التجميع المرفوع إليه، إذ تنص المادة 12 من الأمر المتعلق بالمنافسة على إمكانية الترخيص التلقائي من الحكومة إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، أو بناء على الأطراف المعنية بالتجميع الذي كان محل رفض من مجلس المنافسة، بحيث وضعت سلطة اتخاذ القرار بيد مجلس المنافسة منح للسلطة التنفيذية إمكانية التصدي لاعتبارات المصلحة العامة من غير تلك المتعلقة بالمنافسة.

23 -بوحلايس إلهام، الاختصاص في مجال المنافسة، مذكرة ماجستير، قسنطينة، 2004، ص38.

24 -تقوم التجميعات الاقتصادية على سبيل المثال على نظرة مستقبلية للسوق المعني نظرا للطابع المسبق للرقابة على العمليات المعنية. مولفي سامية، المرجع السابق، ص 28.

25- Lesourd (N), rev.trim.dr.com, 1962, pp14,15,16. : «Cet intérêt de la société constitue-t-il un critère objectif….constitue-t-il un critère suffisant ? Lorsqu'ils sont appelés à départager et à trancher cette opposition entre les avantages sociaux et les avantages individuels, les tribunaux doivent-ils rechercher l'intention réelle qui a suscité la décision critiquée, ou s'agit-il pour eux d'un contrôle objectif ? »

26-محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، دار النهضة العربية، ص 94.

27-عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 5، المجلد الثاني، العقود التي تقع على الملكية، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، لم تذكر السنة، ص220 "عقد الشركة اتفاق منظم يوجد مركزا قانونيا منظما (statut,institution) هو أقرب إلى القانون منه إلى العقد، فيسري على الغير كما يسري على الطرفين".

28 -يكون الإعلام في الوقت المناسب لأن كل معلومة متأخرة تكون بلا قيمة لأكثر من التفصيل أنظر: منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، مبادئ وممارسات حوكمة الشركات، القاهرة، 2009ن ص 165.

29 - ج ر العدد 13 مؤرخ في 09 مارس عام 2011، وضعت الدولة قوانين لتنظيم الأسعار وهوامش الربح للمنتوجات الواسعة الاستهلاك لمكافحة المضاربة وارتفاع الأسعار غير المبرر.

30- قانون رقم 90-11 المؤرخ في 21 أفريل 1990، يتعلق بعلاقات العمل، ج ر العدد 17، المؤرخ في 25 أفريل 1990.

31- أصبح دور الإرادة شكلية محضة ينحصر في الانضمام إلى النموذج الذي حدده المشرع.

32- نظم المشرع بقواعد آمرة مسألة الإعلام حتى لا يصبح مجرد التزام شكلي.

33 وجدي سلمان حطوم، دور المصلحة الجماعية في حماية الشركات التجارية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، ص 265 وما بعدها.

34- نصت المادة06 من الأمر 03.03 المتعلق بالمنافسة والمعدلة بقانون 12/08 على أنه" تحظر الممارسات والأعمال المدبرة والاتفاقيات والاتفاقات الصريحة والضمنية عندما تهدف أو يمكن أن تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الاخلال بها في نفس السوق أو جزء جوهري منه ....". وحدّدت المادة 07 من الأمر 03/03 المتلق بالمنافسة صور للتعسف في مجال المنافسة وهي: التعسف في استغلال وضعية الهيمنة، التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية، التعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية. يبين قانون تقييد المنافسة إرادة الدولة في التحكم في النشاط التجاري وتطهير هذا المجال من الممارسات غير القانونية وردع المخالفين بجزاءات مدنية وجزائية.

35 -ج. ر 2004، العدد 41.

36- من أهم مميزات التشريعات الخاصة أنها وضعت مبادئ جديدة منها مبدأ الشفافية والنزاهة والالتزام بالإعلام وهي مبادئ غريبة عن المبادئ العامة التي تتمحور حولها النظرية العامة للعقد. علي فيلالي، العقود الخاصة، المرجع السابق، ص 22.

37- أن الشريك أو المساهم يفتقر إلى الخبرة الفنية والتقنية لمراقبة حسابات الشركة التجارية وحالتها المالية. تتطلب هذه العملية خبراء ومختصين ولهذا من أهداف محافظ الحسابات إعلام الشركاء أو المساهمين بالوضعية المالية للشركة.

38-خالد جمال أحمد، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، دار النهضة العربية القاهرة، بدون سنة نشر، ص145.

39- خالد جمال أحمد، المرجع السابق، ص 147.

40 Lefèbre (T) , l'expertise face à la production d'information financières des sociétés, institut de droit des affaires, Aix Marseille, 2004,p.87.

41- نجد بالمقابل في الالتزام بإعلام المستهلك كطرف ضعيف في العلاقة العقدية أن المشرع منح له إلى جانب الالتزام بالإعلام لتنوير الرضا، مهلة للتفكير وذلك بصدور المرسوم التنفيذي رقم 15-144 بتاريخ 12 مايو 2015 المتعلق بشروط وكيفية العروض في مجال القرض الاستهلاكي. تعد مدة التفكير آلية استثنائية للوقاية من الاخلال في التوازن العقدي، عرعارة عسالي، المرجع السابق، ص 255 وما يليها.

42- وجدي سلمان حطوم، المرجع السابق، ص 266.

43- مرسوم تنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 17 شعبان عام 1427 الموافق 10 سبتمبر 2006 ج ر العدد 56 مؤرخ في 11 سبتمبر 2006.

44- قانون 04-02 مؤرخ في 25 ديسمبر 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر العدد 41، مؤرخ في 27 جوان 2004.

45- ج ر العدد 56، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين، والبنود التي تعتبر تعسفية السالف الذكر.

46-المادة 06 من قانون 06-306 السالف الذكر حيث تنص:" تنشأ لدى الوزير المكلف بالتجارة لجنة البنود التعسفية ذات طابع استشاري ..".

47 -علي فيلالي، العقود الخاصة، المرجع السابق، ص58. يرى أنصار المذهب الاجتماعي أنه من الضروري إقامة عدالة جديدة بين أفراد المجتمع يكون من خلال تصور جديد للعلاقة التي تربط بين الفرد والمجتمع والتي تقوم على مبادئ جديدة منها المصلحة العامة أولى من المصلحة الخاصة، واستقرار المعاملات أولى من حماية المتعاقد.