بحث بعنوان

دور فكرة النظام العام في حماية مشروعية العقد والطرف الضعيف

مقدم إلى

كلية الحقوق جامعة المنيا قسم القانون المدني

إعداد

دكتور/ أحمد عبد الحميد أمين

أستاذ مساعد بقسم القانون المدني

بِسْمِ اللهِ الرَّحْمنِ الرَّحِيمِ

﴿ وَمَا يُلَقَّاهَا إِلا الَّذِينَ صَبَرُوا وَمَا يُلَقَّاهَا إِلا ذُو حَظٍّ عَظِيمٍ. وَإِمَّا يَنْزَغَنَّكَ مِنَ الشَّيْطَانِ نَزْغٌ فَاسْتَعِذْ بِاللَّهِ إِنَّهُ هُوَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ ﴾

صدَقَ اللهُ العَظِيم

سورة فصلت

الآية (٣٥ ـ ٣٦)

مقدمـــة

إن فكرة وجود قواعد قانونية تحكم المجتمعات هي فكرة ملازمة لنشوء الفرد، ودخوله في الجماعة، ومما لا شك فيه أن الإنسان قد شعر منذ القدم بضرورة وضع قواعد عامة تنظم سلوكه داخل المجتمع، وعلاقته مع باقي الأفراد. – وقد بدأت معالم وضع القواعد القانونية بشكلها الحديث، تتشكل مع مطلع القرن السابع عشر، بظهور مدرسة القانون الطبيعي، على يد مؤسسها الأول الفقيه الهولندي "جروسيوس" الذي كان يرى أن العقل يفرض وجود حقوق لصيقة بالإنسان يولد مزودا بها وتحتمها طبيعة تكوينه، وهذه هي الحقوق الطبيعية أو الحقوق الفردية أو حقوق الإنسان.وقد تأيد هذا المذهب باتجاه آخر كان معاصراً ومصاحباً له طوال القرنين السابع عشر والثامن عشر، ويتمثل في نظرية العقد الاجتماعي١ ، التي كان لها هدف سياسي واضح يتمثل في إحلال الحكم الديمقراطي محل الحكم الفردي، والتي انتهت بقيام الثور الفرنسية التي حملت شعار الدفاع عن الحريات والحقوق الطبيعية للإنسان٠ وقد كان مقتضى هذه الأفكار أن يتنازل كل فرد من أفرد المجتمع على قدر من حريته حتى يتمكن الجميع من أن يتمتعوا بحريتهم على قدم المساواة، وهذا يستدعي وجود قواعد موضوعية مقدماً يستهدي بها الأفراد في سلوكهم ومعاملاتهم، إلى جانب وجود سلطة عامة تمثل هذا المجتمع، وتستطيع بما لها من قوة ووسائل إكراه، أن تجبر الأفراد على احترم هذه القواعد، بغية تحقيق النظام والعدل والأمن في المجتمع. إن فكرة النظام العام من الأفكار التي تتصف بالعمومية، حيث تسود جميع فروع القانون، وتلعب دوراً ذو أهمية بالغة في النظام القانوني بأكمله١، فتطبيقاتها بالقوانين المختلفة تختلف بإختلاف ماهية وطبيعة كل فرع من فروع هذه القوانين والغرض الذي شرعت من أجله. ٢ حيث تعتبر فكرة النظام الأفكار

١- **SMORTO Guido-,** « La justice contractuelle», RIDC, n° 03, 2008, p586
Eudier Frédérique, Ordre publique substantiel et office du juge, Thèse doct., dir. P. .Courbe Rouen, 1994, publiée au site Internet : www.panjuris.univ-paris1.fr

٠- انظر، محمد حسين عبد العال، الاتجاهات الحديثة لفكرة النظام العام ومدى الحماية الدستورية لمبدأ حرية التعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998 ، ص 11 .

٢ محمد عيد الغريب – النظام العام في العقود المدنية ومدى الحماية التي يكفلها لها القانون الجنائي في مجال الانعقاد والتنفيذ، سنة ٢٠٠٥ بدون دار نشر – ص٥

مقال منشور على

https://lawsmaster.blogspot.com/2016/12/objet3.html#more
https://anibrass.blogspot.com/2015/01/blog-post_90.html
http://almerja.com/reading.php?idm=76073

المحورية في النظام القانوني، وتتجلى محورية هذه الفكرة من خلال الحاجة الماسة لكي يتمكن التشريع من القيام بالمهام الموكولة إليه، وتحقيق الغرض الذي من اجله وجد، لذلك أخذت هذه الفكرة مكاناً لها في كل فروع القانون.[1]

كما أن فكرة النظام العام هي صمام الأمان للنظام الاجتماعي من أي اعتداء على الأسس التي يقوم عليها سواء كانت ثقافية أو دينية أو سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية، كما أنها تمثل الشرعية لأي مجتمع نحو تحقيق أهدافه، فهي التي تدفع المجتمع نحو التقدم والازدهار حسب القيم التي يعتقدها والأسس التي يقوم عليها ويدين بها .

و نجد أن تعريف فكرة النظام العام يختلف في مجال القانون العام عنه في مجال القانون الخاص، فقد عرفه فقهاء القانون العام "بأنه ما يتحتم على الإدارة صيانته والحفاظ عليه إثناء قيامها بالوظيفة الأساسية المسندة إليها وهي الضبط الإداري، من حيث توفير الأمن والسلامة العامة، و الحفاظ على الصحة والسكينة العامة للمجتمع" [2].

أما بالنسبة لتعريف فكرة النظام العام الذي ساقه فقهاء القانون الخاص على أنها(الأساس السياسي والاجتماعي والخلقي الذي يقوم عليه كيان الدولة كما ترسمه القوانين النافذة فيها.

أو بعبارة أخرى هي مجموعة القواعد القانونية التي تنظم المصالح التي تهم المجتمع مباشرة أكثر مما تهم الإفراد، سواء كانت تلك المصالح سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية.)

فالنظام العام هو مجموعة المصالح الأساسية للجماعة التي يقوم عليها بناء الجماعة وكيانها، بحيث لا يستتب بقاء هذا الكيان سليما دون الاستقرار عليها.

Philippe Malaurie,L ordre public et Le contrat,Editions Matot- braine ,Reims,1953- N 23

Philippe Malaurie et Laurent ayes,cours de droit civil,Les obligatios,Editions cajas.1990.P.286-

Philippe Malaurie,L ordre public et Le contrat ,Editions braine.Reims,1953 n421

Ecylopedie .ordre public et Bonne Mœurs- Dalloz v.N 2- **Mazeaud.** Droit civil T II .Vol .I .P.96 .N 118- **Carbonnier** .Droit civil .8 éditions .T .5.N 332

محمد عصفور: وقاية النظام الاجتماعي باعتباره قيداً على الحريات العامة، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة القاهرة ١٩٦١،ص٧١

F.TERRÉ, P. SIMLER, Y.LEQIJE1TE, Droit civil, Les obligations, 9 éd. DALLOZ , Paris, 2005, P.204.

[1] عماد طارق البشرى – فكرة النظام العام في النظرية والتطبيق– دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقه **الاسلامى** – المكتب الإسلامي، الطبعة الأولى، ص19.

[2] عماد طارق البشرى – مرجع سابق، ص 20 ، نقلا عن الدكتور توفيق شحاتة، مبادئ القانون الإداري ، الجزء الأول،الطبعة الأولى، 1955 – 1954، دار النشر للجامعات المصرية، ص 332 وما بعده

ولذلك كانت القواعد القانونية المتعلقة بالمصالح الأساسية للجماعة أي المتعلقة بالنظام العام، قواعد آمره لا تملك الإرادة الفردية إزاءها أي سلطان أو قدره على مخالفتها، إذ تعرض مخالفتها كيان المجتمع نفسه للانهيار والتصدع، فلا يسمح لأي فرد بأن تجري إرادته على خلافها.[١]

فنتعرض لدور فكرة النظام العام في مراقبة مشروعية العقد وحماية الطرف الضعيف ، باعتبار أن القواعد القانونية تهدف إلى تحقيق الحد الأدنى من المصالح العامة ،[٢].

و مفهوم فكرة النظام العام بالمعنى السابق، يمكن أن يتسع أو يضيق تبعاً للإتجاه السائد في المجتمع، فعندما تكون الغلبة للإتجاه الفردي في مجتمع ما يضيق مفهوم فكرة النظام العام، ويتسع في ظل المذاهب الاشتراكية.[٣]

فالحرية الفردية[٤] وإطلاق سلطان الإرادة يمنع الدولة من التدخل في شؤون الفرد الخاصة مما يحد من انتشار فكرة النظام العام ويقصرها على القواعد الأساسية،أما في ظل المذاهب الاشتراكية يتسع نطاق وظيفة الدولة، وتختفي المصالح الخاصة خلف المصالح العامة، مما يحتم بالضرورة تبعاً لذلك التوسع في تطبيق فكرة النظام العام .[٥]

هذا الاتساع في نطاق فكرة النظام العام يؤدي إلى بسط نفوذها على كافة فروع القانون الأمر الذي يجعل حصر هذه الفكرة في قالب معين أو في اتجاه معين متعذر، وذلك نظر لنسبيتها وتغيرها في الزمان والمكان، فهي فكرة تضيق وتتسع حسبما يعتقد المجموع من الناس في زمان ومكان معين،

---

[١] سليمان مرقس،: مدخل للعلوم القانونية، الطبعة الثانية، 1952، دار النشر للجامعات المصرية ص77.

سمير عبد السيد تناغو،: النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف الإسكندرية، ص91.

[٢] **M.S. PAYET**, Droit de la concurrence et droit dela consommation, DALLOZ, Paris, 2001, p. 121,- **J.CALAIS-AULOY, FSTEINMETZ**, Droit de la consommation, 5e éd, DALLOZ Paris, 2000, p216.

نجيب عبدالله نجيب– مفهوم فكرة النظام العام وتطبيقاتها – رسالة ماجستير – جامعة النجاح الوطنية ٢٠١٧– ص ١١ وما بعدها وأشار إلى المراجع الفرنسية الآتية

J.Ghestin .Droit civil .Le contrat .Formation .LGDJ .1988- **Christian Larroument** .Droit civil.T.III .Les obligations- Le contrat .2 edition Economica.1990- .p34

Ecylopedie Dalloz v . L ordre public et Bonne mœurs-N2- **Mazeaud**. Droit civil T II .Vol .I .P.96 .N 118- **Carbonnier** .Droit civil .8 éditions .T .5.N 332- **Philippe Malaurie et Laurent ayes** ,cours de droit civil Les obligatios ,Editions cajas.1990-p55

[٣] عبد الرزاق احمد السنهوري،: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011، ص437

[٤] /https://elawpedia.com/view/32

[٥] عماد طارق البشري،: مرجع سابق، ص21

ولا يوجد قاعدة أو معيار ثابت يحدد النظام العام تحديداً مطلقاً ينطبق على كل زمان ومكان، على اعتبار أن النظام العام مفهوم نسبى ، وكل ما في وسع المشرع ، هو وضع معيار مرن يتحدد على أساسه النظام العام، وهو ما يطلق عليه بمعيار المصلحة العامة، فحيث يتعلق الأمر بالمصلحة العامة يعد من النظام العام، وإذا ابتعد عن المصلحة العامة لا يعد من النظام العام[1].

موضوع البحث وسبب اختياره:-

ما دامت الإرادة قادرة على تحقيق العدل بنفسها عندما ترتبط بعلاقة تعاقدية مع طرف آخر، فإن على المشرع أن يمتنع عن التدخل في العقد فالعلاقات الاجتماعية لا تُنظم إلا على أساس إرادي أي تعاقدي، وداخل هذا الإطار. فالقانون الوضعي استخلص مبدأً طبيعياً هو ضرورة احترم العقود، فالإرادة هي مصدر للالتزام القانوني وهي في الوقت ذاته وسيلة تحقيق العدالة فالأصل أن إرادة الإنسان حرة تُحدث من الآثار القانونية ما تتجه إلى إحداثه لكن هذه الإرادة يجب أن لا تشرع في إنشاء العلاقات القانونية وتحدد آثارها دون النظر إلى المصلحة العامة و إلى مقتضيات العدالة و ذلك ما نصت عليه المادة ١٤٧ في فقرتها الأولى بقولها " العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين ، أو للأسباب التي يقررها القانون". [2] و لذلك فحتى تنتج الإرادة عقداً عادلاً، يجب أن تتقيد بالنصوص القانونية، ولا تتعدى على مصالح الغير (المتعاقدين) بمنح نفسها امتيازات و تحملها لإلتزامات تقل بكثير عن التزامات الطرف الأخر، أو إعفاء نفسها من المسؤولية أو الضمان و ذلك بتضمين العقد شروطا تعسفية تخل بالتوازن التعاقدي. كما أن الإخلال بالتوازن التعاقدي قد يطرأ عند تطبيق الشرط الجزائي الذي يفوق بكثير الضرر أو لا يقابله ضرر، أو عند تطبيق الشرط الفاسخ التعسفي، لرغبة أحد المتعاقدين التحرر من العقد في حالة عدم التنفيذ الطفيف للالتزام. وقد ينتج عدم التوازن نتيجة ظروف غير متوقعة عامة أو خاصة بالمدين .

و نستنتج من ذلك أن القوة الإلزامية للعقد بعد أن كانت تستمد قوتها من العقد، أصبحت –نتيجة تغير المعطيات أو الظروف أو التعسف أو الغبن – تستمد قوتها من القانون .

فالإرادة الحرة تنشأ العقد و لكن لا تحقق العدالة العقدية و في غياب هذه الأخيرة يكون مصير العقد خاضع للسلطة التقديرية للقاضي.ولذلك قد يتدخل المشرع لتعديل بعض العقود لأسباب

---

[1] نجيب عبدالله نجيب– مفهوم فكرة النظام العام وتطبيقاتها– مرجع سابق– ص ١٣– عبد الحكم فوده – تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن– منشأة المعارف الإسكندرية ٢٠٠٢–ص٤٦٢

[2] أكمل رمضان عبد القادر – الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقود الإذعان في القانون المدني – رسالته للدكتوراه– كلية الحقوق جامعة الزقازيق ١٩٩٧–ص ١٢ وما بعدها

اقتصادية و اجتماعية فحماية التراضي أو الإرادة التعاقدية للطرف الضعيف[١] فقط غير كافي حتى يحقق العقد الوظيفة التي يرجوها المجتمع منه وهي العدالة العقدية فتحقيق التوازن التعاقدي غاية النظام العام الحمائي، فلا جدوى من حماية التراضي إذا لم يصل إلى تحقيق عدالة عقدية خاصة في عقود الإذعان .[٢]

على أنه مع تطور الحياة الاجتماعية والاقتصادية، والتي كانت الكثير من مجالاتها متروكة كأصل عام لحرية الأشخاص، الذين – ومن منطلق الحرية التي يتمتعون بها– يسعون بحكم غريزتهم إلى السيطرة وتسخير كل ما حولهم لتحقيق مصالحهم الشخصية، ولو على حساب مصالح الأشخاص الآخرين، مما أدى إلى نشوء نوع من التصارع والتضاد بينهم .

الأمر الذي جعل الدولة أمام تحدى حقيقي، يتمثل في كيفية التوفيق بين وفائها لمبادئ الإطلاق في الحريات والحقوق، وفي المحافظة في ذات الوقت على التوازن بين أفرد المجتمع وجماعاته منعاً

---

[١] **H. SOLUS J.GHESTIN,** la protection de la partie faible dans les rapports contractuels comparaisons- franco- belge , L.GD J. 1996 P .616
H.SOLUS, J.GHESTIIN, P.STOFFEL-MUNCK » l'abus dans le contrat, essai d'une théorie, L.G.D.J., Paris, 2002 , p307
Y.LAMBERT-FALVE, Droit des assurances, I 0 éd , DALLOZ , DELTA, Paris, 1999, p. 105.

[٢] مندي آسيا يسمينة، النظام العام والعقود، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر ، 2009 ، ص63 –عبد الرزاق السنهوري – الوسيط ج ١ دار إحياء التراث العربي ص . ٧١٧ حسن فرح – النظرية العامة للالتزام نظرية العقد المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر ص . ٢٩٦ أحمد حشمت أبوستيت نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد الكتاب الأول – الطبعة الثانية ١٩٥٤ ص ٣٤٤ سمير عبد السيد تناغو– نظرية الالتزام– بدون دار نشر– طبعة ١٩٧٥ ص. ١٧٦ https://mawdoo3.com/–

لأي اختلال اجتماعي، فكانت فكرة النظام العام[١] أحد أهم الأدوات القانونية التي وجدت فيها الدولة بغيتها، فاضطلعت هذه الفكر بمهمة الحد من حرية التعاقد لحماية الطرف الضعيف [٢]

أهمية البحث:-

أن فكرة **النظام العام** كما يرى بعض الفقه، تستقيم في شكل قواعد قانونية موجه إلى الأفراد ، ذو أهلية التصرف قانوناً، وهذه القواعد تنشئ إطار تنضغط بداخله إرادات هؤلاء الأفراد جميعاً، إذ تفقد من سلطانها بقدر ما تستوجبه اعتبارات المصلحة العامة ، ونقصان الإرادة لسلطانها عندئذ لا يكون تخلياً طوعياً حيث تضحي الإرادة الفردية فاقدة لكل سلطان تقديري بخصوص التصرف المرد إتباعه، لتغدوا غير مستطيعة -حيال مقتضيات أحكام النظام العام- سوى الانصياع ٠

ولحماية الطرف الضعيف[٣] في العلاقات التعاقدية نجد حالياً أن بعض العقود أصبحت مفروضة من قبل المشرع لمتطلبات النظام العام مثل عقود التأمين الإجبارية، كما أن اختيار المتعاقد الآخر لا يكون حراً في بعض الأحوال كما هو الحال في الشفعة[٤] و الاسترداد[٥] اللذان يمكنان بعض الأشخاص من الحلول محل المتعاقد المختار.

---

[١] ليس من اليسير تحديد المقصود بالنظام العام، لأن هذه الفكرة غير ثابتة تتغير بتغير الزمان و المكان، و لأنها تضيق و تتسع حسب ما يعده الناس في حضارة معينة، و لا توجد قاعدة ثابتة تحدد النظام العام تحديدا مطلقا يتماشى مع كل زمان و مكان. إن النظام العام شيء نسبي و يختلف مفهومه من مجتمع لآخر، فمضمونه في مجتمع رأسمالي يختلف عن مضمونه في مجتمع اشتراكي، و في مجتمع يحظى الدين فيه بمكانة مرموقة لا تتخذ ففكرة النظام العام نفس المضمون الذي تتخذه في مجتمع لا يولي الدين أهمية كبيرة و هكذا.....و من حيث الزمان نجد فكرة النظام العام تتطور في داخل المجتمع الواحد من زمن إلى زمن. و يكفي أن نقارن بين فكرة النظام العام التي سادت في ظل الفردية المتطرفة -عرّف بعض الفقهاء القانونيين النظام العام بأنه الواجبات القانونية التي تقوم بها الدولة، وتُحقّق الخير والأمن لكل إنسان، مع الحرص على احتواء أي مشكلات تصدر من أي فرد وعلاجها بالطريقة المناسبة.انظر مندي آسيا ، النظام العام والعقود- مرجع سابق- ص ٨

[٢] - عماد طارق البشرى – فكرة النظام العام بين النظرية والتطبيق- دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية – رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية- المكتب الاسلامى – بيروت- ٢٠٠٥- ص ٥٢ وما بعدها

[٣] **M.S. PAYET**, Droit de la concurrence et droit dela consommation, DALLOZ, Paris, 2001, p. 121,

[٤] مادة ٩٤٥ (١) يحل الشفيع قبل البائع محل المشترى فى جميع حقوقه والتزاماته .(٢) وإنما لا يحق له الانتفاع بالأجل الممنوح للمشترى في دفع الثمن إلا برضاء البائع .(٣) وإذا أستحق العقار للغير بعد أخذه بالشفعة ، فليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع

[٥] مادة ٨٣٣ (١) للشريك فى المنقول الشائع أو فى المجموع من المال أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي بطريق الممارسة ، وذلك خلال ثلاثين يوما من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلانه به

كل هذا يدفعنا إلى القول أن حرية التعاقد أصبحت جزءا من الماضي و أن عهد استقلالية الإرادة وسيادة العقد انتهى. فنحن إذن في عهد جديد هو عهد النظام العام.

وحتى هذا الأخير يتغير باستمرار، ففي الماضي كان هدفه حماية الفرد بمعنى حماية الحرية و الملكية الفردية أما حالياً فيهدف لحماية الجماعة.

و مفهوم النظام العام نجده في القانون الخاص يعني (**مجموعة القواعد التي لا تستطيع التصرفات القانونية لا تجنبها أو تغييرها**) لأن العدالة لا تنبثق بطبيعتها عن العقد، ولأن المتعاقدين ليسوا أحراراً و لا متساوين اقتصادياً، وتساويهم الاسمي يخفي عدم تساويهم الفعلي، و كثيراً ما يحدث أن لا تكون التزاماتهم مقبولة بكل حرية بل يفرضها الطرف القوي على الطرف الضعيف وكما يقول الفقيه La cordaire (الحرية التي تستعبد و القانون يحرر)

ومع التسليم بهذا الدور الوظيفي الذي أُسند لفكرة النظام العام، في الحد من حرية التعاقد، إلا أن تدخلها كان في أضيق الحدود، ذلك أن هذه الفكرة لصيقة بالمجتمع كونها ظهرت بنشأته وتطورت معه واتسع معناها ومداها مع الوقت لتغزو مجالات جديدة وعديدة. فهي فكرة متطورة ومتغيرة في المدلول والمضمون بتطور وتغير المجتمع ذاته، وهو ما يعود في ناحية بالإيجاب على نظام الجماعة بحفظ قيمها العليا. كما أنها تتسم بالمرونة عموماً، فيتفاوت مضمونها ضيقاً واتساعاً من زمن لآخر في المجتمع ذاته، وذلك تبعاً للأفكار السائدة فيه[1].

وهنا يرى الفقيه الفرنسي جاك غستان أن "الانتقادات التي تلقاها مبدأ حرية التعاقد وأدت إلى رفضه جعلت النفع والعدل[2] مبادئ بديلة له، أي أن العقد لا يتمتع بالقوة الملزمة إلا لكونه مفيداً وعادلاً، و المنفعة نوعان إحداهما خاصة تعود على الشخص بعينه، والأخرى عامة تعود على المجتمع كافة".

، ويتم الاسترداد بإعلان يوجه إلى كل من البائع والمشترى ويحل المسترد محل المشترى في جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عوضه عن كل ما أنفقه .(٢) وإذا تعدد المستردون فلكل منهم أن يسترد بنسبة حصته .

[1] Philippe Malaurie – les contrats contraires à l'ordre public économique édition 1953 p.03

[2] المصدر:

-ency.com/_/details.law.php?full=1&nid=164140http://www.arab

حيث أشار في كل ماسبق الى المراجع التالية . نبيل إبراهيم سعد، تقنين نابليون (منشورات الحلبي الحقوقية، ط١، بيروت ٢٠٠٤). . عاطف النقيب، نظرية العقد (منشورات عويدات، ط١، بيروت . باريس ١٩٨٨).

. جاك غستان، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي (المؤسسة الجامعية، ط١، بيروت ٢٠٠٠).

. فرانسوا ساليه، الأخلاق والحياة الاقتصادية، ترجمة عادل العوا (منشورات عويدات، ط٢، بيروت . باريس ١٩٨٩)..

جيرار كورنو، معجم المصطلحات القانونية، ترجمة منصور القاضي (المؤسسة الجامعية، ط١، بيروت ١٩٩٨).

وبموجب هذه الفكر، أصبح التعاقد لا يبنى على الإرادة، بل هو استعمال هذه الوسيلة التي نص عليها القانون، مع وجوب احترم مقتضيات أسمى وأجل تتجلى في مقتضيات النظام العام الاقتصادي، ليصبح هذا الأخير وفق هذا المفهوم وسيلة قانونية في يد المشرع يستطيع من خلالها أن يفرض على أعضاء المجتمع سلوكاً اجتماعياً وقانونياً معيناً.وعليه اختزل الفقهاء مبدأ حرية التعاقد فيما انتهى إليه، في قاعدة صاغها بعضهم بقوله:

" أن النظام القانوني يهدف إلى المحافظة على الالتزامات المبرمة بكل حرية، ولكن من الصعب أن يقبل ويصادق النظام القانوني على أي عقد كيفما كان، فهو لا يساعد على تنفيذ الالتزامات التي يكون تكوينها أو مضمونها غير مقبول، فالقانون يتطلب حد أدنى من الشروط والضمانات لحماية الأطراف المتعاقدة أو الغير أو المجتمع[1] .

- هدف البحث :

والذي يبدو من خلال هذا التقديم، أن هناك نزعتين قانونيتين بشأن تحديد العلاقة بين فكرة النظام العام وحرية التعاقد، نزعة ذاتية شخصية، تميل إلى إطلاق حرية التعاقد ومنع تقييدها إلا في أضيق الحدود خدمة لمصالح الأفراد، **ونزعة موضوعية اجتماعية**، تميل إلى ضرورة التقييد والحد من حرية التعاقد خدمة لصالح الجماعة.وبين هاتين النزعتين نجد أحكام الشريعة الإسلامية ونظامها الشرعي العام، والتي انفردت بتصور خاص بها، لا يميل إلى أي من الاتجاهين ، بل تأخذ بمنهج خاص وسطي يعطي لحرية التعاقد مجالها، ويضبط استعمالها بما لا يخالف مقاصد التشريع.

وأمام هذا التجاذب الحاصل ضيقاً واتساعاً ووسطاً، كان موضع هذا البحث في محاولة لرصد تلك العلاقة بين فكره النظام العام وحرية التعاقد ودور فكرة النظام العام في مراقبة مشروعية العقد وحماية الطرف الضعيف

- إشكالية البحث :

إن الإشكالية الرئيسية لهذا البحث، تتمثل في تحديد مدى الدور الذي لعبته فكرة النظام العام في الحد من حرية التعاقد في القانون المدني ؟

وهل استخدام فكرة النظام العام يمكنا من حماية الطرف الضعيف ؟ أم أن الحرية لوحدها كفيلة **بتحقيق العدالة التعاقدية؟ وهل مازالت هذه الفكرة – خصوصاً في ظل الاتجاهات الحديثة التي**

---

[1] عليان عدة– النظام العام وحرية التعاقد – مرجع سابق – ص ٨ وما بعدها – أكمل رمضان عبد القادر – الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقود الإذعان في القانون المدني – مرجع سابق –ص ١٢ وما بعدها

تعرفها – تتجه إلى التقييد والحد من حرية التعاقد ؟ أم أنها أصبحت تؤدي دور جديدا من شأنه إفساح المجال أمام حرية التعاقد وحماية الإرادة ؟

خطة البحث :

إن الدراسة في هذا المجال تتطلب في البداية تحديد نطاقها ومجالها، فهي ستكون دراسة في دائرة القانون المدني على وجه الخصوص، والعقود المالية فيه على الأخص، مستبعدين منها، الأحكام الخاصة بالعلاقات الأسرية، وعلاقات العمل، والعقود التجارية، إلا ما كان منها مشتركاً في قواعده العامة مع القانون المدني. فهي دراسة في الشريعة العامة وسيكون المنطلق الفكري النظري في دراسة العلاقة بين فكرة النظام العام وحرية التعاقد، مبدأ متفق عليه وهو مبدأ العدل الذي لا شك ولا خلاف في أنه الغاية السامية التي تسعى جميع القوانين والتشريعات – سماوية كانت أم وضعية– استهدافه من خلال نصوصها في لفظها أو فحواها. [1] .

ولذلك نقسم هذا البحث إلى المباحث الآتية :-

مبحث تمهيدي

فكرة النظام العام ودورها في العقود المدنية

المطلب الأول: تأصيل فكرة النظام العام

المطلب الثاني: مفهوم النظام العام في العلاقة التعاقدية

المطلب الثالث:فكرة النظام العام التقليدي كمصدر لحدود حرية التعاقد

المبحث الأول

دور فكرة النظام العام في مراقبة مشروعية العقد

المطلب الأول :مطابقة العقد للنظام العام و الآداب العامة من خلال ركن المحل

الفرع الأول : شرط المحل المحققان للمصلحة الخاصة

الفرع الثاني : المحل المخالف للنظام العام و الآداب العامة

الغصن الأول:المحل الممنوع بموجب النظام العام بمفهومه التوجيهي

الغصن الثاني:المحل المخالف للآداب العامة

---

[1] **Cf. F. GENY**, Science et technique en droit privé positif, 2ème édition, Librairie de la société du Recueil Sirey, Paris, 1922

وفي هذا يرى الأستاذ جيني Geny أن القواعد القانونية تسعى حتما إلى تحقيق العدالة التي يتصورها الجميع في شكل فكر – أي فكر العدل https://mawdoo3.com

د. ناريان عبد القادر "التحكيم وفاقا لقانون التحكيم فاي الواد الدنية والتجارية" دراسة مقارنة – دار النهضة العربية القاهرة – مصر، الطبعة الولى سنة ١٩٩٦ ص ٢٤ وما بعدها.

المطلب الثاني: مطابقة العقد للنظام العام و الآداب العامة من خلال ركن السبب

الفرع الأول: تعريف السبب

الفرع الثاني:السبب غير المشروع أو المخالف للآداب العامة

المبحث الثانى

دور النظام العام الحمائى والتنافسي في حماية الطرف الضعيف

المطلب الأول:النظام العام الحمائي وحماية للطرف الضعيف

المطلب الثاني: دور النظام العام الحمائي القضائي في حماية الطرف الضعيف

الفرع الأول:سلطة القاضي في تعديل العقد حماية للطرف الضعيف طبقا للقواعد العامة

الفرع الثاني:تطويع النظام العام الحمائي القضائي للقواعد العامة حماية للطرف الضعيف

الغصن الأول: تيسير إبطال العقد من خلال التوسع في مفهوم عيوب الإرادة

الغصن الثاني:تطويع قواعد الالتزام بضمان العيب الخفية

الغصن الثالث:التوسيع من نطاق تطبيق المسئولية العقدية

مبحث تمهيدي

فكرة النظام العام ودورها في العقود المدنية

تقديم وتقسيم:-

إن الحقيقة التي لا جدل فيها، أن الغرض الأساسي من صياغة القواعد القانونية قديماً وحديثاً في نظر الفقهاء هو تحقيق العدالة وتوسيع مفهومها ووضع قواعد للفرد لضبط سلوكه داخل المجتمع لرقي المجتمع ككل . وإذا كانت ميزة استهداف العدل وتحقيق المصلحة العامة، هي ميزة تشترك فيها جميع القواعد القانونية، فإن التشريع والفقه متفق على أن هناك نوع منها يوصف بصفة القواعد فوق العادية، تسموا على جميع القواعد الأخرى أصطلح على تسميتها بقواعد النظام العام[1]. هذه القواعد متصلة اتصالاً مباشراً بالمجتمع، لكونها مستمدة من مجموع

---

[1] راجع. عبد النعم فرج الصدة "أصول القانون" دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، بند ٨و ٥٢ ص ٧٦ وما بعدها. مفهوم النظام العام L'ordre public: إن النظام العام هو مجموعة قواعد ضرورية للحياة الاجتماعية، وإن المتتبع للموضوعات التي عُنيت بهذه الناحية من الدّرس ككتاب "الأحكام السلطانية للماوردي" يقع على تجارب تقنية، ومحاولات تنظيمية في التاريخين العربي والإسلامي، وهذه المحاولات والتجربات ألهمت ذوي العقليات القضائية العميقة أن يقدّموا دستور النظام العام بكل ما يلزم فيه. وتعد فكرة النظام العام الوضعية مقابلة لما يدعى في الفقه الإسلامي بـ: «حق الله أو حق الشرع»، الذي لا يقل في مداه عن الفكرة الوضعية.

القواعد المعبّرة عن القيم والأسس العليا الكامنة في ضمير الجماعة مما يجعلها صمام الأمان لهوية المجتمع وحفظ ثوابته ، لما تقوم به من ترجمة لهذه القيم والأصول الدينية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية في صورة قواعد قانونية تسمو وتعلو على القواعد العادية بهدف توفير حماية فعالة تضمن عدم اختراقها من كل تهديد أيا كان مصدره.

وعليه فتبعاً لتغيّر نظر الدولة إلى الأسس والقيم التي يقوم عليها نظامها، تتغير تبعاً لذلك وظيفة النظام العام داخلها، فالعدل– باعتباره أحد الأسس والأهداف السامية التي تسعى جميع التشريعات إلى تحقيقه من وراء سنها للقواعد القانونية–، يختلف مفهومه حسب المصلحة التي يستهدفها .

وقد ساد الاعتقاد وترسخ لدى واضعي النظرية العامة للعقد في الفقه الغربي، وبالأخص الفرنسي بداية، أن أحسن صور لتحقيق العدل، هي بمظهر العدل التبادلي الذي يمنح لطرفيه الحرية في وضع عدالتهما الخاصة، وهي الوصول إلى تبادل عادل تشكّل فيه حصة كل طرف في العقد حلاً وسطاً بين الربح والخسارة. ومن ثم يكون تدخل النظام العام في نطاق ضيق جداً.[1]وقد كان لتأثر المشرع المصري بالمشرع الفرنسي ، أثره البالغ في الاعتداد بهذا التوجه بداية، إذ لا نكاد نلحظ مصطلح النظام العام في القانون المدني المصري ، إلا في استعمالات محدودة جداً، كاشتراطه لمشروعية السبب، ومشروعية المحل.

وعليه سنحاول من خلال هذا المبحث الوقوف عند هذا الدور التقليدي الذي اضطلعت به فكرة النظام العام التقليدي في مسيرة أدوارها الوظيفية المتعاقبة، ولن يتأتى ذلك إلا بتأصيل كل من فكرة

---

ency.com/_/details.law.php?full=1&nid=164140http://www.arab

–وحول تطبيقات تطبيقات فكرة النظام العام فى مجال التحكيم المدنى يرجع الى مايلى :–

أشرف عبد العليم الرفاعي : النظام والقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في العلاقات ذات العنصر الأجنبي، دراسة فقهية قضائية مقارنة، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، طبعة ٢٠٠٣ص ٦٠.

محمد صلاح الدين عبد الوهاب : تحديد مفهوم الدفع بالنظام العام في التحكيم وحدود الرقابة القضائية بين الواقع والآفاق، مجلة التحكيم العربي العدد التاسع، ٢٠٠٦ص ٢٣٥

المراجع باللغة الفرنسية

Louis Christophe Delanoy : le contrôle de l’ordre public au fond par le juge de l’annulation, Rév arab , N2

Louis Christophe Delanoy : le contrôle de l’ordre public au fond par le jugede l’annulation, Rév arab , N2 ; p 177

[1] عليان عدة– النظام العام وحرية التعاقد – مرجع سابق – ص ١٤وما بعده

عماد طارق البشرى – مرجع سابق ص٥٥– أكمل رمضان عبد القادر – الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقود الإذعان في القانون المدني – مرجع سابق –ص ٣٥ وما بعدها– راجع ايضا مقال بعنوان

–فكرة–النظام–العام منشور على https://www.droitetentreprise.com/

النظام العام ومفهومه في العلاقة التعاقدية للوصول إلى العلاقة الموجود بينهما فنقسم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب:-

المطلب الأول: تأصيل فكرة النظام العام

المطلب الثاني: مفهوم النظام العام في العلاقة التعاقدية

المطلب الثالث:فكرة النظام العام التقليدي كمصدر لحدود حرية التعاقد

المطلب الأول

تأصيل فكرة النظام العام

تقديم وتقسيم:-

لقد تم صياغة فكرة النظام العام التقليدي من الناحية الفلسفية في ظل المذهب الفردي على نحو متضافر مع أسس وقيم المنظومة الفلسفية للفكر الفردي الحر باعتبار أن النظام العام والحرية وجهان لعملة واحدة، فالنظام العام شرط كامن في الحرية متعين الوجود لأجل ممارستها. ففكرة النظام العام ليست سوى تنظيم لحركة الإرادات الفردية داخل الجماعة، تنظيم يحول دون تعارضها أو تصادمها. وهذا يمثل المفهوم التقليدي لفكرة النظام العام والذي اصطلح على تسميته بالنظام العام السياسي والأخلاقي، وقد استتبع هذا المفهوم منذ البداية فرض حدود ضيقة على حرية التعاقد، وهي أصلا حدود ارتضاها أنصاره لتحديد نطاقه.

ذلك أن مبدأ حرية التعاقد أثناء تقريره كمبدأ عام في القانون المدني، استند على عدة اعتبرت فلسفية وأخلاقية واقتصادية. **فلسلفياً** يولد الإنسان متمتعاً بحريات تقتضيها طبيعته. لذا ينبغي أن يعترف المجتمع له بأكبر قدر ممكن من الحقوق وأن يكفل تمتعه بالحرية التي تمنحها الطبيعة له. **وأخلاقيا** فإن أحداً لا يمكن أن يسعى بإرادته إلى أمر لا يتفق مع مصالحه والعقد باعتبار تعبير عن إرادة الأشخاص لابد أن يكون مطابقا ومحققا لمصالحهم[1]. **وأما اقتصادياً**، فإن الحرية العقدية القائمة على سلطان الإرادة هي خير سبيل لتحقيق الانتعاش الاقتصادي. ولذلك فإن أي نزعة تدخليه من جانب الدولة بفرض القيود أو الحدود على النشاط الاقتصادي بعيداً عن حرية الإرادة الفردية، إنما هو عمل سيئ لابد أن ينتهي إلى عرقلة النمو الاقتصادي.

وللوقوف على حقيقة هذه العلاقة بين فكر النظام العام وحرية التعاقد،وبحث دور فكرة النظام العام في حماية مشروعية العقد والطرف الضعيف يستلزم الأمر بداية تأصيل فكرة النظام العام في القانون المدني فنقسم هذا المطلب إلى الفروع الآتية:-

---

[1] عليان عدة- النظام العام وحرية التعاقد – مرجع سابق – ص ١٥وما بعده

الفرع الأول – مراحل تطور فكرة النظام العام وأنواعها

الفرع الثاني– محاولات الفقه والمشرع الفرنسي و المصري تحديد مدلول فكرة النظام العام

الفرع الثالث– دور القضاء في تحديد مدلول فكرة النظام العام

الفرع الرابع – معايير وخصائص فكرة النظام العام

الفرع الخامس – مصادر النظام العام

الفرع الأول

مراحل تطور فكرة النظام العام وأنواعها

تقديم وتقسيم :–

أولى التشريع والفقه مكانة هامة لفكرة النظام العام ، غير أن تعريفه وتحديده بقي إلى ألان غير واضح، ويمتاز ببعض الإبهام والغموض.[1]ذلك أن المشرع عند صياغته للنص القانوني قد يحاول إدخال بعض المفاهيم الغامضة مثل : قواعد العدالة والإنصاف، حسن النية، التعسف في استعمال الحق، النظام العام والآداب العامة. فهذه المفاهيم تتسم بالغموض وتساعد على تطبيق القاعدة القانونية، واللجوء إليها يوسع من سلطة التفسير. فالغموض هو العنصر المنشئ للتفسير وأساس التعليل.

وبالرجوع إلى كتابات الفقه التي تناولت فكرة النظام العام، نجدها قد أجمعت على صعوبة إيراد تعريف محدد للنظام العام، وان هذه الفكرة هي فكرة غامضة. وهنا وجبت الإشارة إلى الخلط الذي قد يقع بين الصعوبة من جهة والغموض من جهة ثانية، فالغموض لا يؤدي إلى الإبهام، بل بالعكس يؤدي إلى التدخل والقيام بالتفسير وتحديد ما هو مبهم، فالغموض هو نقيض المفهوم ذو المضمون المتغير، فهذا الأخير له ارتباط بالوقائع وهي متعددة، بينما الغموض يرجع إلى القانون وللأهداف المرجوة منه، وهو يساعد على تطوره [2].

وعليه فإن استجلاء مفهوم النظام العام، يستوجب بداية تتبع التطورات التي عرفها هذا المفهوم.

---

[1] **Philippe Malaurie** – les contrats contraires à l'ordre public économique édition 1953 .p.03

[2] عبد الرزاق السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – مصادر الالتزام الجزء الأول ص. –٣٩٩

اياد محمود بردان التحكيم والنظام العام ط١– منشورات الحلبى الحقوقية بيروت ٢٠٠٤ص٣٩١

الغصن الأول

مراحل تطور فكرة النظام العام

إن لفكرة النظام العام اتصالاً مباشراً بالمجتمع، فهي تقوم من جهة بترجمة الأسس الدينية والسياسية والاجتماعية والإقتصادية٠ ٠ ٠إلخ، التي يقوم عليها المجتمع انطلاقاً من وضعه الفلسفي والأيديولوجي، في صور قواعد قانونية لها قوة إلزام تفوق قوة إلزام القواعد القانونية العادية. وهذه وجهة نظر من حيث المقاصد والغايات.

ومن جهة ثانية فهي تقوم بحماية تلك الأسس مما قد ينالها من تهديد سواء أكان داخلياً على يد السلطة أو الأفراد، أم خارجياً في صورة اعتداء من قانون أجنبي عليها. وهذه وجهة نظر من حيث الوسائل التي يتم بها تحقيق المقاصد.على أن هذا الدور المزدوج لفكر النظام العام لا ينبغي أن يفهم منه ثبات الفكرة، بل أثبت الواقع قديماً وحديثاً تطورها، لا على مستوى الوسائل فقط، بل حتى على مستوى المقاصد والغايات. لذلك فإن تتبع هذا التطور يوضح مدى اختلاف فكرة النظام العام باختلاف الزمان والمكان بل والأحوال حسب الأيديولوجية الفلسفية الحاكمة للمجتمع. فما يعد في زمن معين من النظام العام قد لا يعد كذلك في أخر في نفس المكان، كنظام الرق مثلا[1]. وكذلك ما يعد في دولة ما من النظام العام قد لا يعد منه في دولة أخرى بذات الحقبة الزمنية. فنظام تعدد الزوجات الذي لا يخالف النظام العام في الدول الإسلامية، يعتبر مخالفاً للنظام العام في الدول الأوروبية .[2]

ففكرة النظام العام بهذا المعنى الوظيفي لا يمكن حصرها في دائرة معينة، بل هي شيء متغير يضيق ويتسع حسبما يعده الناس في حضارة معينة مصلحة عامة، فهي تنحصر في أضيق الحدود في ظل المذاهب الفردية التي تشرف في الاعتدال بحرية الفرد وتغفل الصالح العام (أ).

بينما تتسع في ظل المذاهب الاشتراكية أو الاجتماعية التي تضع مصلحة المجتمع في المقام الأول، وتضحي في سبيلها بالمصلحة الفردية (ب).[3]

أ- فكرة النظام العام في ظل المذهب الفردي:

إن الصعود الذي عرفته البورجوازية بمذهبها الفردي الحر منذ مطلع القرن التاسع عشر، صاغ البناء القانوني على أصل من مفهوم فردي، يكون فيه الفرد هو القيمة العليا وحريته هي موضع

---

[1] عليان عدة- النظام العام وحرية التعاقد – مرجع سابق – ص ١٨وما بعده

[2] . راجع –علي سيد حسن، مدخل إلى علم القانون، الكتاب الأول، نظرية القانون، دار النهضة العربية، مصر، 1983، ص115 عليان عدة- النظام العام وحرية التعاقد – مرجع سابق – ص ٢٠وما بعده

[3] عبد المنعم فرج الصدة، مبادئ القانون، دار النهضة العربية، بيروت، 1977 ، ص59

القانون، وحقوقه هي لبناته، فليس ثمة مقدس في هذه المنظومة سوى إطلاق الملكية الفردية وحرية التصرف والتعاقد. لتضحي فكرة الحق الفردي حجر الزاوية في هذا البنيان[1] وهكذا فقد صدر القانون المدني الفرنسي سنة ١٨٠٤ والذي سمي بقانون نابليون، كأول القوانين المدنية المشرّعة في التاريخ الأوروبي الحديث، متبنياً مبادئ الرأسمالية، من الملكية المطلقة إلى حرية التعاقد، لتتضمن المادة السادسة منه النص على أن : **(كل اتفاق خاص مخالف للقوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب يكون باطلاً ولا يعمل به)**. وعليه يظهر مثلما قال بعض الفقه أن اصطلاح النظام العام ، لم يأت من القانون الروماني ، ولا من القانون الفرنسي القديم، وإنما يرجع استعمال هذا المصطلح لأول مرة إلى القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ وبعده درجت قوانين الدول الأوربية على استعارته من القانون الفرنسي، بالرغم من أن بعض سمات فكرة النظام العام وبعض خصائصها كانت قد عرفتها غالبية النظم القانونية قبل، إلا أنها لم تظهر على هذا النحو المتفرد بوصفها مفهوماً مستقلاً له مضمونه الخاص في عالم الأفكار القانونية .

فالفرض الذي ساد في هذه الحقبة ، أن على القانون أن يتحاشى ما أمكن التدخل في حرية العمل الفردي ، خاصة الاقتصادي منه ، بحجة أن المجتمع ما تطور إلا نتيجة للانتقال من الوضع التشريعي إلى الوضع التعاقدي ، حيث أن حرية التعاقد هي رمز المجتمع المفتوح المتطور ، وعليه صار أحد أهداف الدولة حماية الحرية الفردية والحفاظ عليها ومساندتها ، مع تقويض كل محاولة لتقييد تلك الحرية الفردية خاصة الجانب الاقتصادي منها .

وعليه صيغت فكرة النظام العام من الناحية الفلسفية في هذه الفترة على نحو متضافر مع أسس وقيم المنظومة الفلسفية للفكر الفردي الحر، باعتبار **أن النظام العام والحرية وجهان لعملة واحدة.** ففكرة النظام العام ليست سوى تنظيم لحركة الإرادات الفردية داخل الجماعة ، تنظيم يحول دون تعارضها أو تصادمها . فهي ليست إلا أداة لتنظيم الممارسة الحقوقية بما يحقق التوازن في التمتع بكامل الحريات على سبيل المساواة في إطار كليات الجماعة وأصولها الفلسفية[2] .ولذلك قيل : " أنه لحماية الحرية يقيد القانون الإرادة المتعسفة ، وأن الحرية هي الهدف الأعلى للقانون ، وكل نزول عن هذه الحرية يتطلب عذراً ، والعذر الوحيد يكون في ضرورة حماية الحرية . والحرية

---

[1] مصطفى محمد الجمال، تجديد النظرية العامة للقانون –نحو توظيف أصول الفقه الإسلامي في بناء أصول القانون–، الجزء الأول، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2002 ، ص١٥

[2] محمد عصفور، وقاية النظام الاجتماعي باعتباره قيدا علي الحريات العامة، رسالة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1961 .، ص9

المتضمنة احترام الآخرين تتضمن بالتالي النظام العام "[1] **ولما كان تدخل الدولة في ظل هذه** الفلسفة الفردية محدوداً، فمن ثم فإن دور النظام العام كان أيضاً محدوداً بصور ملحوظة، إذ غلب عليها طابع الحرية في مجال العقود، وكان للإرادة الفردية دور غالب فيها. فلم يكن للمشرع أن يتدخل في المجال الاقتصادي بالحد من نشاط الأفراد، بحجة حماية الطرف الضعيف، أو توزيع الثروة توزيعا عادلاً، أو أن يتدخل بين المتعاقدين لتحقيق المساواة القانونية. ولم يكن يهتم بتحقيق المساواة الاقتصادية بينهما، اللهم إلا في الأحوال النادرة جداً كتحديد السعر القانوني للفائدة [2].وهكذا فإن مجال فكرة النظام العام في ظل المذهب الفردي كان ضيقاً جداً، ولم توكل إليها المهام التي باتت تضطلع بها حالياً، ومرد ذلك الافتراض الخاطئ الذي كان سائداً والذي مؤداه أن الصالح العام ليس إلا حصيلة أو مجموع المصالح الفردية، أي أن الصالح العام يتحقق تلقائياً بمجرد رعاية المصالح الفردية المختلفة. ولا يخفى ما في هذا التوجه من مجافاة للواقع. ذلك أن كثير من المصالح العامة لا يفكر الأفراد في رعايتها، بل يعملون أحيانا على ما يضر بها بدافع من الأنانية. إضافة إلى أن الأفراد قد ثبت فشلهم في النهوض بالمشروعات الضخمة كالشركات الصناعية الكبرى وفي تسييرها على نحو يحقق المصالحة العامة، ويدرأ الاستغلال.ومن هنا نشأ التناقض بين المصالح الفردية والمصالح العامة، الذي عجزت فكرة النظام العام بمفهومها التقليدي في حلها، ومن ذلك مشكلة عدم التكافؤ بين أرباب العمل والعمال، ومشكلة استغلال المنتج للمستهلك...إلخ.ومن هنا بات من الضروري إعادة صياغة فكرة النظام العام وتوظيفها على نحو أكثر استجابة لمتطلبات الواقع ومفرزات النظام الفردي المغرق في الحرية. وهذا ما بدأت ملامحه تظهر ببزوغ المذاهب الاشتراكية المشبعة بالأفكار الاجتماعية التي تغلب مصالح المجموع على مصالح الأفراد، ومن ثم كانت فكر النظام العام أمام تحد آخر تتولى بيانه فيما سيأتي.

ب- فكرة النظام العام في ظل المذهب الاجتماعي:

أدت الأزمات الاقتصادية إلى انتشار البطالة واستغلال اليد العاملة وظهور الطبقية المتوحشة مما أدى إلى انعدام الحرية كدعامة هامة في النظام الفردي الأمر الذي وضع الفكر القانوني الوضعي أمام تحد حقيقي ، إذ كيف يتسنى له المحافظة على مبادئ الإطلاق في الحريات و الحقوق ، وفي ذات الوقت يحافظ على التوازن بين أفراد المجتمع وجماعاته بما يديم تماسكه

---

[1] محمد العيد الغريب، النظام العام في العقود المدنية ومدى الحماية التي يكفلها له القانون الجنائي في مجال الانعقاد

.والتنفيذ –دون دار نشر ، 2005 ، ص٧

[2] وديع فرج، الاتجاهات الحديثة في العقد، مجلة الإقتصاد، السنة الخامسة عشر، العدد 01 ، ص113

الحيوي على نحو يحول دون أي اختلالات اجتماعية . فكانت فكرة النظام العام أحد أهم أدوات العقل القانوني الوضعي الذي وجد فيها بغيته ، فاضطلعت هذه الفكرة مجدداً بمهمة الحد من حرية التعاقد والتقليل من غلوائها [1]. **فظهر الفكر الاشتراكي** بنزعته الاجتماعية الذي حدا بالسلطة إلى التدخل لضبط حركة الإرادة خاصة أصحاب المصالح من أبناء الطبقة البرجوازية المسيطرة على العملية الاقتصادية والسياسية ، وذلك بإعادة بناء النظام الفردي بأفكار اجتماعية تحقيقاً للمساواة وضمان الحد الأدنى من المستوى المعيشي ، مما يعني تدخل الدولة في الأنشطة الفردية والاجتماعية وتبني أفكار جديدة تحول دون استغلال الأطراف القوية للأطراف الأضعف بحيث لا يجوز الانفلات منها مما يعني الرجوع إلى فكرة النظام العام ، والاستنجاد بمضمونها للاضطلاع بمهمة القضاء على الاستغلال وتعسف الإرادة البرجوازية كتحديد الأجور وتسعير السلع وحماية العمال[2]. وقد ساهم القضاء في كيفية توظيف فكر النظام العام كأداة قانونية لإعادة التوازن وتحقيق الصالح العام ومن ثم إيكال مهمة ضبط التضامن الاجتماعي المرتبط اطرداً مع تطور حركة الرأسمال.

ومن هنا أصبحت فكر النظام العام تتجسد شيئاً فشيئاً واتسع مضمونها، بحيث باتت تحمي الجانب الضعيف في العلاقة التعاقدية ، وتوجه الاقتصاد بغرض توزيع الثروات توزيعاً عادلاً، وتنظم نشاط الأفراد لمنع الاستغلال والاحتكار . فالحرية الفردية ليست حقاً طبيعياً كما كان يزعم أنصار المذهب الفردي، بل هو منحة للفرد من الجماعة ليتقيد بكل القيود التي توردها عليه هذه الأخير لتحقيق الصالح العام، الأمر الذي أدى إلى توسيع نطاق القاعدة القانونية وزيادة تدخل الدولة تحت ستار النظام العام.[3]

وقد اتجه أنصار هذه الفلسفة اتجاهين : أحدهما إلى إلغاء كيان الفرد تماماً حيث لا يؤمن بالملكية الفردية، **والآخر وبصورة معتدلة** لا يهدد كيان الفرد، وإنما يحترم وجوده وملكيته، شريطة أن لا يتعارض ذلك مع مصلحة الجامعة . فللملكية وظيفة اجتماعية وليس حقاً مطلقاً. ومن ثم فإن فكرة النظام العام باتت تضطلع بمهمة ضبط سلطان الإرادات وخلق التوازن في أداء الحقوق.وهكذا ومع هذه التطورات التي عنها المجتمع الأوروبي خاصة في هذه الحقبة، فإنه لم يصبح للإرادة الفردية وحريتها في التعاقد الدور الذي كان لها في ظل النظام العام التقليدي الذي ساد في المذهب

---

[1] عماد طارق البشري، المرجع السابق، ص55.

[2] عليان عدة– النظام العام وحرية التعاقد – مرجع سابق – ص 23وما بعدها – مصطفى أبو زيد فهمي، النظرية العامة للدولة، دار المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة 1998، ص 132 و ما بعدها.

[3] أبو جعفر المنصوري، فكرة النظام العام والآداب العامة في القانون والفقه مع التطبيقات القضائية، دار الجامعة الجديدة،القاهرة ، 2009 ، ص155

الفردي، بل ظهرت العديد من القواعد الآمرة فوق العادية، والتي قيدت من خلالها التصرفات الفردية. وظهرت بجلاء مظاهر للنظام العام باختلاف أشكالها وتفريعاتها

وإذا كانت فكرة النظام العام والآداب على هذا النحو من المرونة والتطور، فإنها تعتبر بحق المنفذ الذي تدخل من خلاله العوامل الاجتماعية والاقتصادية والخلقية إلى النظام القانوني كي تلاءم بينه وبين التطور الذي يتعرض له المجتمع في وقت معين. وفي غير الحالات التي يتدخل فيها المشرع تقع على القاضي مهمة تحقيق هذه الملائمة[1] .وعليه نخلص مما سبق أن فكرة النظام العام تضيق وتتسع تبعاً للأفكار السائدة في المجتمع. فهي تنحصر في أضيق الحدود في ظل المذاهب الفردية التي تسرف في الاعتداد بحرية التعاقد وتغفل الصالح العام للمجمع، بينما تتسع في ظل المذاهب الاجتماعية التي تضع مصلحة المجموع في المقام الأول وتضحي في سبيلها بالمصلحة الفردية. وفي ظل هذه المرونة التي يتصف بها النظام العام يتوجب علينا تحديد القيمة القانونية التي يحتلها في القانون المدني الفرنسي و المصري، وذلك من خلال تحديد مدلوله وهذا ما سيتم بحثه في الفرع القادم .

الغصن الثاني

أنواع النظام العام

أن فكرة النظام العام متغلغلة في جميع ثنايا النظرية العامة للقانون، إذ تجد مكانا بارزاً لها في مختلف فروع القانون بقسميه العام[2] والخاص، **ففي القانون الخاص** هي مجموعة القواعد القانونية التي تنظم المصالح الأساسية والعليا في المجتمع في شكل قواعد آمرة وناهية يمنع على الأفراد الاتفاق على مخالفتها في الحال والمآل، لكونها تهم مصلحة المجتمع أكثر مما تهم الأفراد وهي بذلك تعد قيداً جوهرياً على حرية التعاقد.

. أنواع النظام العام: يعد النظام العام تعبيراً عن روح النظام القانوني للمجتمع عامة، وهذه الروح تشكل قاعدة للبنيان المجتمعي المراد تنظيمه، فلا يقتصر مداه على ناحية معينة من نشاط المجتمع ، بل يشمل كل مظاهر النشاط وميادينه، ويتوغل في مساهماته، فيتخذ أنواعاً، وبعبارة أدق مظاهر متعددة. ومن هذه المظاهر أو الأنواع:

---

[1] عبد المنعم فرج الصدة، مبادئ القانون، المرجع السابق، ص60 عليان عدة– النظام العام وحرية التعاقد – مرجع سابق – ص٢٥ وما بعدها

[2] فهي في القانون العام تعتبر هدفاً يجب أن تبتغيه سلطات الضبط التشريعي والإداري والقضائي من أجل إشاعة الأمن العمومي وصيانة الصحة العمومية وتوفير السكينة العامة.

١ـ النظام العام النصي: ويتجسد بالنصوص القانونية الإلزامية، وهذا النوع محدد بشكل صريح وواضح ومقنن عبر نصوص آمرة وملزمة بصيغة المنع، وهي تحدد ماهيته ومضمونه وترتب البطلان بوصفه جزاء ومؤيداً على مخالفتها؛ وبالتالي لا تثور في هذا الصدد أي صعوبات في تحديد الحالات المخالفة للنظام العام، ففي بعض المسائل يحدد القانون أن طابعه من النظام العام، كما في النصوص المتعلقة بحماية المستهلك مثلاً، وأحياناً طبيعة النصوص هي التي تفرضه حتى لو لم يذكر فيها صراحة، كما في السبب غير المشروع عندما يكون مناقضاً للنظام العام، ولو كان من غير الضروري أن يحظره القانون.

٢ـ النظام العام المضمر (الاجتهادي): وهو حالة مفترضة كرّسها الفقه القانوني والاجتهاد القضائي، يضاف إليهما الأحكام غير المكتوبة في الأنظمة القانونية التي تأخذ وتتوسع بسلطان العرف (كالقانون الإنكليزي)، ويمكن تلّمس حالات هذا النوع من النظام العام واستنباطها في روح التشريع، وفي المبادئ العامة، ويعد الاجتهاد القضائي حامياً للنظام العام ومفسراً له، فبإمكانه أن يعلن أن اتفاقية ما أو بنداً ورد فيها هو غير قانوني إذا ظهر أنه يخالف النظام العام. ويعدّ النظام العام المضمر نسبياً من جهة، نظراً لاختلاف الرؤى الاجتماعية من مجتمع إلى آخر، وواسعاً من ناحية أخرى في التشريعات التي تعطي الأعراف دوراً أساسياً في تقنيناتها، فبإمكان القانون الذي يحيل إلى الأعراف أن يعطيها استثنائياً القيمة الآمرة، وتثور الصعوبات في الحالات التي يسكت فيها المشرع عن مخالفة النظام العام، ففي مثل هذه الحالات يُترك الأمر إلى القاضي ليحدد في كل حالة مدى تعلق الأمر بالنظام العام، واضعاً نصب عينيه نوع المصلحة التي يرمي المشرع إلى حمايتها، فالفيصل أو الضابط في تحديد مفهوم النظام العام المضمر هو المصلحة العامة، ويتسع النظام العام في هذا النوع ليشمل أموراً قد تعد من الكماليات في المجال العام، بغية المحافظة على الشكل الجمالي العام والرونق، فقد أُلزم مالك أرض بتسويرها، محافظة على الرونق والشكل الجمالي، ولمنع الأتربة المتراكمة بها من أن تثيرها الرياح فتزيد نسبة التلوث مما يضر المصلحة العامة، ويقع على القاضي في هذا النوع من النظام العام عبء تحديد النص من خلال استقراء معناه بعمل ذهني تحليلي يقوم به.[١]

---

[١] وقد اصطلح الشراح على صعوبة إيراد تعريف للنظام العام، فقال أحد القضاة الإنجليز :"إنك إذا حاولت تعريف النظام العام فإنما تركب حصانا جامحا لا تدري أي أرضى سيلقي بك"

Juge Borrough, Richardson v. Mellish (1824). 2 Bing, 252, cité par Ph. MALAURIE, L'ordre public et le contrat (Etude de droit civil compare France, Angleterre, U.R.S.S).thèse, Paris1953, n° 1, p,01.

٠ في حين رأى البعض أن محاولة تعريف النظام العام ضربا من المغامرة على الرمال المتحركة.

٣. النظام العام السياسي: وهو ما يعرف بالنظام العام التقليدي أو (المطلق)، ويرمي إلى حماية أركان المجتمع، وهي: الدولة، والأسرة، والحريات الفردية من انتهاكات الأفراد في تصرفاتهم. وغالباً ما يؤيد هذا النوع من النظام العام بنصوص جزائية رادعة.

٤. النظام العام الاقتصادي: إن تدخل الدولة في السياسة الاقتصادية لكل القطاعات الاقتصادية، وتنظيم المنافسة، والتعامل بالعملات مثلاً لم يترك النشاط الاقتصادي للأفراد على إطلاقه، فقد يتعرض الاقتصاد، وبالتالي المجتمع لهزات ومخاطر يصحبها آثار اجتماعية، كل ذلك حدا الدولة على التدخل في هذا الشأن، فشمل هذا التدخل القانون العام والخاص؛ لأن النظام العام الاقتصادي يفرض قيوداً معينة على الحرية التعاقدية، ويستبعد من العقود الخاصة ما يعارض التوجه العام الاقتصادي، كما في الاتفاقات التي تنطوي على غبن، ومنع الاحتكار في التكتلات الاقتصادية كحال المجتمعات الصناعية الحديثة،[١] وفي سياسة الاستيراد والتصدير. ويحظر الشروط التعاقدية المخالفة له، وكذا الاتفاقات التي صيغت على نحو غير قانوني، إذ يعدها باطلة. ويأخذ النظام العام الاقتصادي طابعين أو مظهرين من مظاهر التدخل؛ طابع توجيهي، وطابع حمائي.[٢]

أ . النظام العام الحمائي: يهدف هذا النوع من النظام العام إلى حماية فئة معينة من فئات المجتمع لاعتبارات إنسانية اجتماعية، وكذا حماية أي مصلحة خاصة من خلال إسباغ الحماية القانونية عليها التي تكون قياساً على غيرها من الفئات الاجتماعية في وضع اقتصادي ضعيف. كالعامل

Rapport du conseiller PILON, Cass.req.,21 avril 1931 , S.,1931,1,p.377 , cité par Mustapha MEKKI, L'intérêt général et le contrat-contribution à une étude le hiérarchie des intérêts en droit privé, LGDJ, Paris, 2004, p,188

في حين شبه بعضهم محاولة التعريف كمن يسير في ممر محاط بالأشواك.

ALGLAVE, Définition de L'ordre public en matière civil, RPDA,1968, p,444.

انظر –عليان عدة– النظام العام وحرية التعاقد – مرجع سابق – ص٢٦ هامش ١و٢و٣

[١] www.pesee.fr/web/revue

FARJAT Gerard,- L'ordre public économique, L.G.D.J Paris, 1963-p.08. Du même Auteur

, « ordre public économique», RIDE, n°02, vol, p. 19

[٢] لمزيد من المراجع حول أنواع النظام العام : . محمد عزيز شكري، "معاهدة المعاهدات ما لها وما عليها"، مجلة الشريعة والحقوق الكويتية، السنة الأولى، العدد الأول، الكويت ١٩٧٧ .. فتحي والي، أحمد ماهر زغلول، نظرية البطلان في قانون المرافعات (ط٢، القاهرة ١٩٩٧).. نبيل إبراهيم سعد، تقنين نابليون (منشورات الحلبي الحقوقية، ط١، بيروت ٢٠٠٤).– . عاطف النقيب، نظرية العقد (منشورات عويدات، ط١، بيروت . باريس ١٩٨٨).. عادل أبو الخير، الضبط الإداري وحدوده(الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة ١٩٩٥).

. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، ج١ (منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ١٩٩٨).

المصدر: http://www.arab-ency.com/_/details.law.php?full=1&nid=16414

في عقد العمل، والمزارع في عقد المزارعة، والمستأجر في ظروف خاصة تستدعي حمايته، وكذا المستهلك، والمدين في صدد الفوائد المركبة، ويأخذ شكل الحماية أو مؤيدها طريق تقرير البطلان النسبي (ويقابله قابلية الإبطال).

ب . **النظام العام التوجيهي (الوقائي):** يعزى ظهور هذا النوع من النظام العام إلى اتجاهات السياسة التدخلية للدولة التي زادت زيادة ملموسة بتأثير الاتجاهات الفلسفية الاشتراكية، فضلاً عن الأزمة الاقتصادية التي أصابت العالم في نهائيات العقد الثالث من القرن العشرين، إذ مضت الدول في إصدار عدد من قوانين التوجيه الاقتصادي والاجتماعي بغية التصدي للانفلات الحاصل في توجهات الإرادة، استهدافاً منها وسعياً إلى تحقيق المصالح العامة الحيوية الضرورية (اقتصادية . اجتماعية) كقوانين النقد والائتمان والجمارك والبنوك... مما حدا المشرع أن يفرض حماية خاصة لإرادة الطرف الضعيف، فكان أن أسبغ عليها طابعاً آمراً. فالنظام العام التوجيهي يتصدى لحماية المصالح العامة الاجتماعية والأخلاقية والاقتصادية في المجتمع، ويرمي إلى دفع الاقتصاد الوطني في اتجاه معين، كضبط العقود الخاصة في شكل صحيح يتسق مع هذا الاتجاه، كتحديد الأسعار في شؤون التموين والتسعير، ولا يخفى ما تركته العولمة من آثار وبصمات في شتى المجالات، وخاصة الاقتصادية منها. فيلاحظ مثلاً تطور القانون الفرنسي ، إذ يمكن الاتفاق على ما يخالف النصوص الملزمة المتعلقة ببعض نواحي قانون العمل كالأجور مثلاً، والعقود الجماعية، وهذا ليس بالمستغرب لأنه كما سلف القول إن مفهوم النظام العام في مجمله متغير، ومؤيد هذا النوع من النظام العام وجزاؤه البطلان المطلق.

الفرع الثاني

محاولات الفقه والمشرع الفرنسي و المصري تحديد مدلول النظام العام

اتضح من عرض تطور فكر النظام العام أن هذه الفكرة ليست حديثة نسبياً، وإنما هي فكرة لها جذورها التاريخية في الأنظمة القانونية الوضعية، وخصوصاً مع بداية القرن التاسع عشر. وقد ساهم هذا التطور الذي عرفته فكرة النظام العام في بلورة وتحديد مدلوله شيئاً فشيئاً، حتى غدت هذه الفكر حجر الزاوية في جميع الأنظمة القانونية الوضعية.

وباعتبار القانون المدني المصري حديث النشأة مقارنة بالقوانين اللاتينية منها، فمما لاشك فيه أن المشرع المصري قد استقى فكرة النظام العام من هذه القوانين وعلى رأسها التشريع الفرنسي والتشريع المدني منه على وجه الخصوص . لذلك فإن تحديد مدلول فكرة النظام العام في القانون المدني المصري لن يتأتى إلا بعد عرض مدلول هذه الفكرة في التشريع الفرنسي. هذا الأخير الذي رغم تبنيه فكرة النظام العام، إلا أنه لم يعط تعريفاً دقيقاً لها. الأمر الذي فتح شهية الفقه الفرنسي لمحاولة تحديد مدلول النظام العام **(الغصن الأول)**. ولم يحد القانون المدني المصري عن هذا المسلك في تحديده لمدلول النظام العام**(الغصن الثاني)**.

الغصن الأول

محاولات الفقه الفرنسي والمصري تحديد مدلول فكرة النظام العام

أن النظام العام أوكلت له مهمة الحفاظ وحماية الأفكار الفلسفية التي يتأسس عليها النظام السياسي والاجتماعي لأمة ما، وذلك على اعتبار أن النظام الاجتماعي يقوم على أساس خطة سياسية تهدف إلى تحقيق تنظيم اجتماعي ينظم الروابط الاجتماعية لحياة المجتمع، وان النظام العام يعد تعبير عن هذه الخطة التي تنظم الروابط الاجتماعية في المجتمع.

حيث أن هذا التنظيم الاجتماعي هو الذي يقوم على تصويب أوضاع المجتمع وترتيبها تبعاً لما هو متصور عن المصالح المشتركة للمجمع، وهو الذي يحدد المساحات المتروكة للنشاط الفردي، وما هي المساحات التي يجب أن تحف بالقيود، وعلى هذا الأساس يمكن وضع تصور للقانون الذي يشتمل على خطة تهدف إلى هذا التنظيم الاجتماعي، وعلي ذلك فإن المجتمع إما مجتمعاً حراً أو مجتمعاً اشتراكياً أو شيوعياً أو غير ذلك من الإشكال السياسية الاجتماعية.

وعلى ذلك يعد النظام العام معبراً عن هذه الخطة السياسية التي تبنتها الدولة بهدف تحقيق تنظيم اجتماعي في وقت معين ليقوم على تنظيم الروابط الاجتماعية[1]،

وبالرغم من كون فكرة النظام العام عموماً من الأفكار السائدة في جميع فروع القانون وتلعب دوراً على جانب كبير من الأهمية في النظام القانوني لأي دولة، إلا أنه يكتنفها الكثير من الغموض والإبهام، مما جعلها تستعصي حتى الآن عن التعريف من قبل المشرعين و الفقهاء على حد سواء.

وبالرغم من كون فكرة النظام العام على هذه الدرجة من الصعوبة ، فقد أورد الشراح بشأنها بعض التعريفات :-

فقد أورد الفقيه الفرنسي مالوري (Malaurie) في رسالته حول النظام العام والعقد اثنين وعشرين تعريفاً لفكرة النظام العام في الفقه والقضاء ، ليخلص إلى تعريفه بأنه : " **السير الحسن للمؤسسات الضرورية للجماعة** " . وهو يرى ضرورة تكييف هذا التعريف مع كل قانون من القوانين للتعرف على نوعية المؤسسات الضرورية التي يضمن النظام العام سيرها الحسن ، فالمؤسسات التي يضمن النظام العام سيرها الحسن في القانون الدولي الخاص هي قواعد تنازع

---

[1] نجيب عبدالله تجيب- مفهوم فكرة النظام العام وتطبيقاتها- مرجع سابق – ص٦٠ ومابعدها"فإن هي تبنت وانتهجت نظاماً سياسياً يقوم على أساس الفلسفة الفرية، فإن النظام العام يعبر عن هذه الخطة السياسية القائمة على الفلسفة الفردية، وإذا تبنت الدولة خطة سياسية تقوم على أساس الفلسفة الاجتماعية (الاشتراكية)، فإن النظام العام يعبر عن هذه الخطة القائمة على أساس الفلسفة الاجتماعية أو الاشتراكية، بهدف تحقيق النظام الاجتماعي"

القوانين ، أما المؤسسات الضرورية التي يضمن النظام العام سيرها الحسن في القانون المدني فهي المؤسسات المدنية ... هكذا . في حين يرى الفقيه دوباج (De Page) بأن : "القانون المتصف بالنظام العام هو المتعلق بالمصالح الأساسية للدولة أو المجموعة ، والذي يحدد ضمن إطار القانون المدني الأسس القانونية الأساسية التي يقوم عليها النظام الاقتصادي والأخلاقي في مجتمع معين" .[1] أما الفقيه كابيتان (Capitant) فعرف النظام العام بأنه : "النظام في الدولة أي مجموعة النظم والقواعد اللازمة لسير الدولة ".

ويقول كاربونييه (Carbonnier) أن "الفكرة العامة فيه هي أن الجماعة تسمو على الفرد ، وإنها تمثل إرادة الحياة عند الشعوب "

ومن التعريفات التي أوردها الفقيه مالوري (Malaurie) ، تعريف الفقيه هيمار (HEMART) للنظام العام بأنه : " **القواعد التي وضعها الشارع لصالح الجماعة** " .وتعريف الفقيه جيلودي لامورانديير (Monrandiere De La Julliot) بأنه : " **تلك الفكرة التي تترجم ضرورة النظام والسلام داخل الدولة**" وتعريف الفقيه بارتان (Bartin) بأنه " **يقصد على العموم بمقتضيات النظام العام في تشريع معين تلك المقتضيات التي لا يمكن لاتفاقات الأطراف مخالفتها أو تعديلها**" . أما الفقيه ديموج (Demougue) فيعرفه بأنه : "**يتألف من الأفكار التي كونها المجتمع مستبعدا الحرية بشأنها لأنه يعتقد بأن هذه الأفكار تشكل الحقيقية**" .

وأما الفقيه دوجي (Duguit) فيرى بأنه : " **لا يمكن أن يكون النظام العام سوى المصلحة الاجتماعية مهما كان مفهومها**" . [2]

وأما الفقيه ديمولومب (Demolombe) فيميز بين القانون العام الذي غايته المباشرة أو غير المباشر النفع العام وبين القانون الخاص الذي غايته منفعة خاصة للأفراد، وهو لا يهم النظام العام بينما الأول يهم النظام العام. والحقيقة أن هذه الفكرة لا تعطي شيئاً واضحاً عن النظام العام، لأن التساؤل سيبقى مطروحا عن المقصود بالنفع العام.وأما الفقيه ماسون(Masson) فقد أقام نظرية النظام العام على فكر حماية الحقوق وتحديدها، وعنده أن الحماية والتحديد هو الدور المزدوج لفكر النظام العام، ففي كل نظام اجتماعي مؤسس تأسيساً جيداً يكون تحديد الحقوق ليس بأقل أهمية من ضمان مباشرتها ٠ وفكرة النظام العام ليست بسيطة بل توجد فيها عناصر من طبيعية مختلفة ،

---

[1] – أورد كل هذه التعريفات عليان عدة– النظام العام وحرية التعاقد – مرجع سابق – ص٢٧ و٢٨
وأشار إلى مقتبس عن عبد الله الجليلي، الشرط المستحيل والمخالف للنظام العام أو للآداب في القانون المدني، رسالة دكتوراه، المطبعة العالمية، القاهرة، 1958 ، ص ٦٤ وما بعدها

[2] **J, CARBONNIER**, Exordre, in l'ordre public à la fin du XXe siècle, Dalloz, 1996, coll.Themes et commentaires, coordination Rever (Th),p,1

بعضها ثابت لا يتغير بالظروف الخاصة بتطور المجتمع ذاته. وبعضها قابل للتأثر بهذه الظروف .

وأما الفقيه أيسمن (Esmaen) فعرفه بقوله :" قواعد النظام العام هي تلك الموضوعة لحماية المصالح، حتى الفردية منها، والتي تعتبر أساسية للمحافظة على سلام وازدهار المجموعة الاجتماعية موضع الاهتمام"

وعليه يمكن تلخيص مفهوم الفقه الفرنسي للنظام العام وفقا لما جاء في مؤلفات الفقهاء الفرنسيين بأنه (مجموع ما يعتبر مهما نوعا ما في مجتمع وزمن معينين كي يتصف بالإلزامية ولو حصل ذلك خلافا لإرادة الأفراد).

ومن الفقه المصري نورد بعض التعريفات[1]. فالفقيه السنهوري عرفه بقوله : " إن القواعد القانونية التي تعتبر من النظام العام هي قواعد يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد، فيجب على جميع الأفراد مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها، ولا يجوز لهم أن يناهضوها باتفاقات فيما بينهم، حتى ولو حققت لهم مصالح فردية، فإن المصالح الفردية لا تقوم أمام المصلحة العامة".[2]

كما عرّف الدكتور حسن كيره النظام العام بأنه : " مجمع المصالح الأساسية للجماعة أي مجمع الأسس والدعامات التي يقوم عليها بناء الجماعة وكيانها بحيث لا يتصور بقاء هذا الكيان سليماً دون استقراره عليها " [3]. [4]

كما عرّف الدكتور سمير تناغو فعرفه بأنه : " مجموع المصالح الأساسية التي يقوم عليها كيان المجتمع سواء كانت سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية ".[5]

---

[1] حبيب إبراهيم الخليل – المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون) طبعة ١٩٨٣ ص. ٨٠

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد –نظرية الالتزام بوجه عام –مصادر الالتزام –المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000 ، ص–434.435

[3] حسن كيرة ، المدخل إلى القانون، المرجع السابق، ص47 والتعريف ذكر أهم أسس النظام العام وهي المصلحة الجماعية، إلا أنه لم يحدد طبيعة هذه المصالح الأساسية أو الأسس والدعامات. ففي الفقه الإسلامي مثلاً تعد المصالح الدينية هي الأساس والدعامة الأولى التي تبنى عليها بقية المصالح الأخرى الاجتماعية والسياسية والاقتصادية والأخلاقية

[4] يوسف حامد العالم، المقاصد العامة للشريعة الإسلامية، دار الحديث للنشر والتوزيع، القاهرة دون تاريخ نشر ص 146

[5] سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية،بدون تاريخ نشر ص91

الفصل الثاني

مدلول النظام العام والآداب العامة في القانون المدني المصري

بالرجوع إلى التقنين المدني يتضح أن المشرع المصري لم يورد تعريفاً محدداً لفكرة النظام العام، وهو بذلك قد سلك مسلك المشرع الفرنسي٠ إذ وردت الإشارة إلى فكرة النظام العام في العديد من نصوص القانون المدني– باعتباره الشريعة العامة–، دون أن يحدد المقصود بهذه الفكرة.فقد أشار المشرع المصري إلى فكرة النظام العام لدى حديثه عن المحل والسبب باعتبارهما ركنين في العقد، إذ نصت المادة ١٣٥ على أنه : " إذا كان محل الإلتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً.". و نصت المادة ١٣٦ من ذات القانون على أنه : " إذا لم يكن للإلتزام سبب ، أو كان سببه مخالفا للنظام العام أو الآداب ، كان العقد باطلاً.".

وبالإضافة إلى هذين النصين المتعلقين أساساً بالقواعد العامة في إبرام العقد، فقد أشار المشرع المصري إلى فكرة النظام العام في نصوص عامة أخرى، منها المادة ٢٨ قانون مدني التي نظمت العلاقات ذات العنصر الأجنبي فيما يسمى بالنظام العام الخارجي والذي مجاله القانون الدولي الخاص حيث جاء فيها: " لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب في مصر.".

وتنص المادة ٢٠٠ على انه (يقدر القاضي ، عند عدم النص ، ما إذا كان هناك إلتزام طبيعي. وفى كل حال لا يجوز أن يقوم إلتزام طبيعي يخالف النظام العام).

وتنص مادة ٢٦٦ على انه((١) لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط غير ممكن أو على شرط مخالف للآداب أو النظام العام ، هذا إذا كان الشرط وافقا . أما إذا كان فاسخا فهو نفسه الذي يعتبر غير قائم.(٢) ومع ذلك لا يقوم الالتزام الذي علق على شرط فاسخ مخالف للآداب أو النظام العام ، إذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع للالتزام).ونصت المادة ١١٥من قانون الإثبات المصري على انه (لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة في واقعة مخالفة للنظام العام) .

ويظهر من خلال هذه النصوص أن المشرع المصري أورد فكرة النظام العام في القانون المدني – باعتباره الشريعة العامة–، كقيد على صحة الالتزامات بوجه عام والعقود بصفه خاصة، دون أن يحدد المقصود به٠ وهو بهذا التوجه قد ترك المجال للفقه والقضاء لتحديد وتعريف النظام العام.[١]

---

[١] عليان عدة– النظام العام وحرية التعاقد – مرجع سابق – ص٣٣ وما بعدها

أكمل رمضان عبد القادر – الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقود الإذعان في القانون المدني – مرجع سابق –ص ٦١ وما بعدها

وعليه ومن خلال كل المحاولات السابقة يتضح أن فكر النظام العام هي من الأفكار المرنة التي يصعب تحديدها، وهي تعبر بصفة عامة عن الأسس السياسية والاقتصادية والاجتماعية والخلقية التي يقوم عليها نظام المجتمع. وتعتبر فكر النظام العام من أبرز الأمثلة على مرونة صياغة القواعد القانونية ، فالقواعد المتعلقة بالنظام العام ليست هي التي يقصد بها تحقيق النظام في المجتمع ، أو تحقيق مصلحة عامة ، لأن كل قواعد القوانين تهدف في مجموعها إلى تحقيق هذا الغرض، فقواعد النظام العام هي التي تهدف إلى تحقيق الحد الأدنى الذي لا يمكن الاستغناء عنه من هذه الأهداف والمصالح العامة ٠

علاقة فكرة النظام العام بالآداب العامة .

يمكن الاقتراب من وضع تعريف للآداب ونعتها بأنها: "مجموعة من القواعد السلوكية، والشمائل المحمودة المتعارف عليها بين الناس، في زمان ومكان معينين، وجدوا أنفسهم ملزمين بإتباعها، ومتفقين على احترامها بينهم، طبقاً لناموس أدبي سائد في علاقاتهم ومتّرسخ في ضميرهم الاجتماعي". ويؤدي انتهاك هذه القواعد، والخروج عليها ومساسها، أو السخرية منها وعدم المبالاة بها إلى نوع من الإساءة إلى شعورهم العام.

ومعيار الآداب هو معيار موضوعي اجتماعي، وليس ذاتياً، يرجع فيه إلى ما أجمع عليه الناس، إضافة إلى أنه نسبي، يختلف من مجتمع لآخر، وغير ثابت، يتطور تبعاً لتطور الفكرة الأدبية في حضارة معينة، وللدين والعرف أثر مهم في تكوينه وتكييفه .

وقد أشار المشرع المصري في بعض المواد إلى " النظام العام والآداب العامة" ، بينما اكتفى في نصوص أخرى من ذات القانون إلى استعمال لفظ " النظام العام " فقط . الأمر الذي يثير التساؤل حول ما إذا كنا أمام فكرتين متميزتين عن بعضهما البعض ، أم أن المصطلحين وجهين لعملة واحدة .[1] هناك من الفقهاء من يرى ضرورة التمييز بين النظام العام من جهة والآداب العامة من جهة ثانية، انطلاقاً من أن قواعد النظام العام هي التي يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية، أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع وتعلو على مصلحة الفرد. في حين أن الآداب هي مجموعة القواعد الخلقية التي تدين بها الجماعة في بيئة معينة، وعصر معين، وهي وليدة المعتقدات الموروثة، والعادات المتصلة، وما جرى به العرف، وتواتر عليه الناس وفي نفس الاتجاه يرى الفقيه السنهوري بأن :" القواعد القانونية التي تعتبر من النظام العام هي قواعد يقصد

---

[1] رشوان حسن رشوان، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة1994 –، ص76.

بها تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية، أو اقتصادية، وتتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد. بينما الآداب هي مجموعة من القواعد وجد الناس أنفسهم ملزمين بإتباعها طبقا لناموس أدبي يسود علاقاتهم الاجتماعية "[1] ويرى اتجاه أخر أن الفكرتين تختلفان من حيث الأساس، ففكر النظام العام أساسها المصلحة العامة، وهي تتضمن المصلحة الاجتماعية، والسياسية، والأدبية، والاقتصادية. بينما أساس حسن الآداب هو الرأي العام، وما يتأثر به من مثل عليا، ومبادئ أخلاقية واجتماعية مبنية على الدين والعرف والتقاليد.

والحقيقة أن هناك شبه إجماع لدى الفقه المعاصر على رفض التمييز بين فكرة النظام العام وفكرة الآداب العامة، باعتبار هذه الأخير تشكل أحد الأسس التي يقوم عليها النظام العام، فهي الجانب الخلقي له، وهو الأساس الأخلاقي الذي يحفظ النظام العام في المجتمع، والمتمثل في واجبات الفرد سواء اتجاه نفسه، أو اتجاه مجتمعه، لأن هدفه هو الفضيلة والعدالة.

فالعروض الخليعة، والتحريض على الفسق، وممارسة البغاء والفحشاء، كلها أفعال تمس الأخلاق، وبالتالي الآداب العامة، ومن هنا فهي تهز النظام العام. وهذا ما حمل البعض على القول أن الآداب العامة والنظام العام وجهان لعملة واحدة

وعليه فإن التمييز بين النظام العام والآداب هو تمييز سطحي لأن كل منهما يفيد أولوية المجتمع على الفرد، وتقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة. والنظام العام مثله مثل الآداب يفرض على المتعاقد احترم المبادئ الأساسية التي يقوم عليها المجتمع في المجالات المختلفة، لضمان التعايش والسلم المدني.

وعليه يمكن القول في ختام هذا الفرع أن فكر النظام العام، وإن كانت فكرة قديمة قدم المجتمعات والتشريعات، غير أنها لم تستقر كفكرة قانونية مسلم بها إلا في مرحلة متأخرة جداً، وهذا ما يعكس عدم ثبات هذه الفكرة وتطورها واختلافها باختلاف الزمان والمكان[2].

---

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط –نظرية الالتزام بوجه عام–، المجلد الأول، المرجع السابق، ص399

[2] عليان عدة– النظام العام وحرية التعاقد – مرجع سابق – ص٣٤ وما بعدها

الفرع الثالث

دور القضاء في تحديد مدلول فكرة النظام العام

أن مهمة القاضي هي إظهار الحق باعتباره الغاية المثلى، وليس تطبيق النصوص الجامدة في القانون، فالقاضي يمتلك القدرة على تحديد محتوى النظام العام،حيث تقع على عاتقه مسئولية الدفاع عن المبادئ الأساسية التي يقوم عليها التضامن الاجتماعي في المجتمع الذي يحكم فيه.

فمن أجل هذه الغاية يتوجب على القاضي أن يبحث فيما وراء النصوص والقواعد مستلهماً روح التشريع ومعناه وما هي السياسة التشريعية والغاية التي ابتغاها المشرع ، فغالباً ما تكون علة الحكم خارج منطوق النص وألفاظه من اجل تحقيق المصلحة والعدل تحقيقاً لما أراد في أوسع نطاق ومدى، هذا مع الأخذ بعين الاعتبار الظروف والملابسات التي تحيط بالأشخاص والوقائع وأثرها في علة الحكم ضماناً لمشروعية نتائجه، فالعبرة بالنتائج العملية الواقعة أو المتوقعة، فوحدة الحكم تقتضي تشابه الظروف، وهذا لن يكون لان الظروف مختلفة ومتغايرة باستمرار ويتوجب اعتبارها شرعاً، وإلا أدى ذلك إلى قلب معايير التشريع ، مما يؤدي إلى تطبيق أحكام تفضي إلى الظلم والضرر، وهو مناقض للفلسفة التشريعية التي تقوم عليها المصلحة والعدل جملة وتفصيلا.

وهذا يعني أن مدلول فكرة النظام العام لا يحددها فقط التشريع، وإنما يقوم أيضاً بتحديدها القضاء في الحالة التي يغيب فيها النص على اعتبار القاعدة موضع النزاع هي من النظام العام أو في حالة غياب القاعدة كلياً، حيث أن هناك توافق على أن هناك مصادر أخر للنظام العام غير القانون [1].إلا أن القضاء في فرنسا ومصر انقسم إلى اتجاهين بصدد تحديد مدلول فكرة النظام العام،

الأول يؤمن بقدسية النص ويرى أن النظام العام لا يمكن أن يكون مستقلاً عن القانون، فالقانون المكتوب هو الوسيلة الوحيدة التي يمكن من خلالها تجنب التشريع القضائي، واظهر عداؤه للشكوك التي يخلقها صنع القانون من قبل القضاء[2] فهذه الطريقة في صنع القانون تعطي المجال للمكلفين بإتيان أعمال غير مرغوب فيها بدون أن يكونوا على علم بأن هذه الأعمال تمثل انحرافات سلوكية يعاقب عليها القانون، وينحصر دور القضاء بهذه الحالة على معاقبة هذه الأفعال، وهذا بخلاف النصوص المكتوبة التي هي من صنع المشرع، فهي تنبه المكلفين بعدم إتيان المخالفة،

---

[1] نجيب عبدالله تجيب– مفهوم فكرة النظام العام وتطبيقاتها– مرجع سابق – ص64 ومابعدها

[2] محمد عيد الغريب مرجع سابق ص ٢٨٤

وفي حالة الإتيان تفرض عليهم العقوبة المنصوص عليها في القانون، فالقانون الذي من صنع المشرع يقرر المخالفة والعقوبة معا، فيكون المكلفون على علم بها مسبقا.

بناء على ما سبق يمتنع على القاضي أن يقوم بإبطال أي تصرف بحجة مخالفته للنظام العام، إلا إذا نص المشرع صراحة على منع مل هذا التصرف لارتباطه بالنظام العام، فالنصوص التشريعية المتصلة بالنظام العام جاءت على سبيل الاستثناء لا يجوز أن يتوسع فيها، فالقانون وحده هو الذي يحدد أن النص أمر متعلق بالنظام العام أم انه مكمل لإرادة الإفراد، لأنه حسب هذا النظر، فان ترك المجال للقاضي تحديد محتوى النظام العام من شأنه أن يعطي القاضي صلاحية يخشى أن تكون أداة لتعسف القضاء ، كما يشكل خرق لمبدأ الفصل بين السلطات، باعتبار أن القاضي في هذه الحالة يأخذ دور المشرع.[1]

أما الاتجاه الثاني يرى أن الدور الذي يقوم به القضاء في صناعة القانون ما هو إلا الدور الطبيعي له،الذي يهدف إلى معرفة المفاهيم العامة للنظام العام والآداب العامة التي لا يحدد القانون محتواها، حتى أن الأمر وصل إلى حد القول بأن النظام العام لا يوجد إلا خارج القوانين الآمرة، وبالتالي فإن القاضي هو الذي يقع على عاتقه تحديد ما هو مشروع ومطابق للنظام العام، وما هو غير مشروع لمخالفته لمقتضيات النظام العام وذلك في الحالات التي لا ينص القانون عليها وفي هذا الصدد أقرت محكمة النقض الفرنسية باستقلال فكرة النظام العام عن النص القانوني، في صدد تعليقها على نص المادة (1133) من مدونة القانون المدني الفرنسي حيث أكدت أن السبب هو غير مشرع عندما يكون مناقضاً للنظام العام بدون أن يكون من الضروري أن يحظره القانون وأيد هذا الرأي الفقيه الفرنسي(مورنديار) ، الذي ذهب إلى أن النظام العام ليس مفهوماً تشريعياً، لأن القانون يعتبر معياراً غير دقيق لتحديد محتواه، كذلك فالنظام العام مستقل عن التشريع، وبناء عليه لا يكون ضرورياً معرفة ما إذا كانت القاعدة القانونية مخالفة للنظام العام أم لا، ولكن المهم هو معرفة ما إذا كان التصرف القانوني مخالفاً للنظام العام أم لا، لان ذلك يعطي مفهوم النظام العام طابعاً نسبياً واقعياً ويعطي القاضي دوراً ضرورياً في تحديد نطاقه[2] .

إلا أن الدور الذي يقوم به القاضي المدني، يختلف كلياً عن الدور الذي يقوم به القاضي الجنائي من حيث تحديد نطاق فكرة النظام العام ، فالقاضي المدني يقوم بدورايجابي بهذا الصدد، فهو

---

[1] حسن كيرة – مرجع سابق – ص٥٢– سمير تناغو– مرجع سابق ص ٩٠

[2] – عبدالرزاق السنهوري – مرجع سابق – ص ٤٣٧ ومابعدها

نجيب عبدالله تجيب– مفهوم فكرة النظام العام وتطبيقاتها– مرجع سابق – ص67 و٦٨ ومابعدها

عماد طارق البشرى – مرجع سابق– ص ٥٧ ومابعدها

نجيب عبدالله تجيب– مفهوم فكرة النظام العام وتطبيقاتها– مرجع سابق – ص67 ومابعدها

بكشف عن النظام العام من خلال ما يقضي به شعور الجماعة ومدى مخالفة التصرف الذي قام به الشخص للقيم الأخلاقية في المجتمع، إضافة إلى انه ملزم بتسبيب حكمه إذا كان مخالفاً لحكم محكمة أخرى في دعوى مشابهه، أما القاضي الجنائي فإنه يكون ملزماً بالمبدأ المستقر بأن لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص القانون، حيث ينحصر تقديره للنظام العام من خلال تقرير مدى وجود جريمة جنائية من عدمه [1].

الفرع الرابع

معايير وخصائص فكرة النظام العام

اتضح مما سبق بيانه أن فكرة النظام العام تعد من الأفكار الجوهرية والمحورية التي تقوم عليها الأنظمة القانونية قديماً وحديثاً، باعتبارها مجموع المصالح الدينية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والأخلاقية اللازمة لحفظ قيم وأسس المجتمع في زمن مخصوص وفي مكان مخصوص. ومن ثم فلا يجوز للأفراد من خلال اتفاقاتهم الخاصة الخروج عن هذه المصالح وإلا كان البطلان جزاءا لها.

الغصن الأول

معايير فكرة النظام العام

غدت فكرة النظام العام قيداً على حرية الأفراد في إبرام العقود، تغليبا للمصلحة **العا**مة على المصلحة الخاصة، فكلما أفضت حرية التعاقد إلى نتائج مناقضة ومهددة لمصلحة المجتمع، كلما تدخل النظام العام بقواعده الآمرة فوق العادية لتقييده هذه الحرية بل وإلغائها أحيانا ليحل القانون محلها.ونظر لأن التشريع والفقه لم يتمكنا من وضع تعريف جامع دقيق للنظام العام، فقد تم فقط تقريب مفهومه للأذهان، وذلك بوضع معيار ضابط لهذه الفكرة. ويظهر جليا من خلال التعريفات التي تم ذكرها سابقا، أن هذا المعيار يتمثل في المصلحة العامة، والتي بواسطتها يحكم على هذه

---

[1] وفي هذا الصدد يقرر حسن كيره(أن فكره النظام العام والآداب العامة هما فكرتان مرنتان يعطيان القاضي سلطة واسعة في تحديد مضمونهما، لان هذا المضمون متغير في الزمان والمكان، ومع ذلك لا يستطيع القاضي أن يحدد هذا المضمون استنادا إلى قناعته الشخصية أو معتقداته بدلاً من معتقدات الجماعة، ذلك لان فكرة النظام العام فكرة نسبية، أي أنها تنسب إلى جماعة معينة و زمن معين، لذا يكون القاضي مقيد في تحديد مضمونها بالرأي السائد للجماعة في زمن معين، وهو في ذلك يكون خاضع لرقابة محكمة النقض باعتبارها مسألة قانونية لا ينفرد في تقديرها قاضي الموضوع) راجع حسن كيرة – مرجع سابق – ص ٥٢و٥٣

القاعدة أو تلك بأنها قاعدة متعلقة بالنظام العام، ومن ثم يتحتم مراعاتها عند إبرام العقود. فكل عقد استهدف في أحد مراميه وأهدافه الظاهرة أو الخفية نقض مصلحة عامة وتغليب مصلحة فردية آنية عليها، كان هذا العقد مناهضا ومخالفا للنظام العام ويكون البطلان جزاءه بالنتيجة. و أمام صعوبة وضع تعريف للنظام العام، لم يكن أمام التشريع والفقه الوضعي إلا اللجوء إلى فكر المصلحة العامة لاتخاذها **كمعيار** لتحديد دائر ومجال تدخل النظام العام، أي أن هدف أي قاعدة من قواعد النظام العام هو الحفاظ على مصلحة المجموع

— المصلحة العامة كمعيار للنظام العام في القانون المدني المصري

الواقع أنه بالرجوع إلى أغلب كتابات الفقهاء المتعلقة بالنظام العام نجد هناك شبه إجماع لديهم على أن اتخاذ المصلحة العامة معياراً لفكرة النظام العام، ومن بين هؤلاء الفقهاء الفقيه السنهوري الذي عرف النظام العام بأنه : ".. يوجد دون شك من القواعد ما يحقق مصلحة عامة تمس النظام الأعلى للمجتمع، وهذه المصلحة إما أن تكون سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو خلقية.. .وهناك من روابط القانون الخاص ما يحقق مصلحة عامة اجتماعية كما في كثير من القواعد القانونية المتعلقة بالعمل، أو مصلحة عامة اقتصادية ما في القواعد التي تجعل التنافس حر مفتوحا بابه للجميع".[1] وفي نفس السياق يذهب الدكتور عبد الباقي عبد الفتاح إلى القول بأن : " النظام العام كل ما يمس كيان الدولة أو يتعلق بمصلحة أساسية من مصالحها التي يلزم تحقيقها "[2]. ومن هنا يثور التساؤل حول ما إذا كان هناك فعلاً تطابق كلي بين فكرة المصلحة العامة وفكرة النظام العام ؟،

لقد ظهرت فكر المصلحة العامة كقرين لمبدأ المشروعية، ذلك أنها قد ارتبطت بفكرة القانون منذ نشأتها وصاحبت قيام الدولة القانونية باعتبارهما أي القانون والدولة من وسائل تلك الغاية، لذلك كانت المنفعة **العامة** حجر الزاوية عند أنصار نظرية العقد الاجتماعي.

ولفكرة المصلحة العامة مدلولان أحدهما سياسي والأخر قانوني : ففي المدلول السياسي لا تختلف المصلحة العامة في طبيعتها عن المصالح الفردية أو مصالح الجماعات فهي مجرد تحكيم بين مصالح مختلفة، وهذا التحكيم يجري في ضوء اعتبارين :

---

[1] عليان عدة– النظام العام وحرية التعاقد – مرجع سابق – ص٤٣ وما بعدها

أكمل رمضان عبد القادر – الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقود الإذعان في القانون المدني – مرجع سابق –ص ٦١ وما بعدها–عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998 فقرة 473 ، ص492

[2] – عبدالباقى عبد الفتاح – نظرية القانون – مطبعة نهضة مصر ١٩٦٦– ص١٢٦

الأول : أن المصلحة العامة هي مصلحة الجماعة الأكثر عددا، ومن أمثلته نزع الملكية للمنفعة العامة.**الثاني** : أن المصلحة العامة لا تقدر كمّا وإنما كيفا ، فالمرضى بمرض لا يشترط بالضرورة أن يكونوا أكثر عددا من جمهور الأصحاء ، ولكنها قيمة الصحة للفرد وأهمية الحياة الصحية للإنسان.

أما عن المدلول القانوني، فإنه يستوجب تحديد السلطة التي تملك إجراء التحكيم بين المصالح ومن ثم تعيين المصلحة العامة، وفي سبيل ذلك، فإن السلطة التأسيسية قد تتدخل لتحديد بعض الغايات العامة . وقد يترك أمر تحديد الغايات للمشرع العادي، والذي يلتزم بدورة بالمبادئ الواردة في القواعد القانونية الأعلى مرتبة، والإدارة بدورها قد تحدد ببعض عناصر المصلحة العامة، وذلك في المجالات غير المحجوزة للمشرع .

وبالرغم من أن فكرة النظام العام والمصلحة العامة بينهما معاني مشتركة تدور في فلك واحد هو تحقيق الصالح العام للدولة والمجتمع في إطار من التنظيم، إلا أن الاتجاه الغالب يذهب إلى التمييز بين الفكرتين، إذ يرى أن النظام العام يندرج تحت فكرة **أكثر** اتساعاً وهي المصلحة العامة، بحيث تظل رعاية الصالح العام خارج نطاق الضبط، ذلك أن المصلحة العامة تتصرف إلى الغايات التي تسعى السلطة إلى تحقيقها من أجل **خير** ورفاهية المجتمع ، بينما النظام العام يمثل طائفة من القواعد الأساسية التي يقوم عليها المجتمع، والتي تشكل أسسه الحيوية.[1]

وبالإضافة إلى ذلك، فإن تجسيد الفكرتين يختلف، بحيث نجد أن تدخل الدولة لتحقيق الصالح العام يعتمد بصفة أساسية على أساليب لا تتصل بالضبط والسلطة بقدر ما تتصل بإشباع الحاجات، تبدأ من الرقابة فالمساعدة فالالتزام وتبلغ ذروتها في أساليب المرفق العام، بينما يتحقق النظام العام خاصة بوسيلة الضبط الإداري ووسائل الضبط الأخرى المتباينة تبعا لتباين الزمان والمكان من جهة، ولتنوع الأنشطة والميادين من جهة أخرى.

والأكثر من ذلك، فإنه لا يجب التعسف في اللجوء لفكر المصلحة العامة كمعيار للنظام العام، وتناسي أنه داخل المجتمع توجد مصالح خاصة يجب حمايتها.

ففكرة المصلحة العامة التي تقوم عليها قواعد النظام العام، لم تعد تقتصر على المسائل المتعلقة بتنظيم الدولة والمصالح العليا له ، بل امتدت إلى المجال الاقتصادي والاجتماعي ، حيث أصبحت الدولة تلتزم أيضا بترقية الحياة الاقتصادية والاجتماعية للأفراد، وتتكفل بحماية الفئات الضعيفة .

---

[1] عليان عدة– النظام العام وحرية التعاقد – مرجع سابق – ص٤٥ وما بعدها

أكمل رمضان عبد القادر – الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقود الإذعان في القانون المدني – مرجع سابق –ص ١٦٦ وما بعدها

- **المصلحة العليا للدولة:** يقصد بها المبادئ الأساسية التي يقوم عليها المجتمع؛ من حريات الأفراد، وتنظيم المصالح الإدارية، ونظام الحكم الذي يجسد في شكل قواعد دستورية أو قوانين مختلفة ، مثل قانون العقوبات، وقانون الأحوال الشخصية، وقانون المالية، وغيرها.

مصالح الفئات الخاصة: إن تطور المجتمع في الميدان الاقتصادي والاجتماعي دفع بالدولة إلى ضرورة التدخل لحماية مصالح بعض الفئات ، كالعمال والمستأجرين والمستهلكين ، وغيرهم من الفئات الضعيفة . **حيث أصبحت جديرة بالحماية لاعتبارات عدة ، أهما :** تزايد حاجيات الإنسان العصري نظرا للتقدم العلمي والاجتماعي ، وكذا تزايد التفاوت بين رب العمل والعامل من جهة ، وما بين المنتج والمستهلك من جهة أخرى . مما ترتب عنه رد فعل من قبل المعنيين أنفسهم ، فتجمع الضعفاء للدفاع عن مصالحهم من خلال مفاوضات جماعية ؛ ومن قبل الدولة التي تدخلت عن طريق القوانين لحمايتهم . وقد أخذت هذه الحماية أشكالا جديدة تتمثل في تحديد مضمون بعض القيود من قبل القانون ، وتعديلها عند الحاجة من قبل القاضي عوض إبطالها [1]

الفصل الثاني

خصائص النظام العام

و هذه الخصائص مستنتجة من الاتجاهات الحديثة في تحديد مدلول فكرة النظام العام[2]. و بما أن هذا الأخير ينقسم إلى قسمين: نظام عام اقتصادي توجيهي و نظام عام اقتصادي حمائي فسوف نتعرض لخصائص النظامين :

أولاً- خصائص النظام العام الاقتصادي التوجيهي:

يتبين لنا من التعريف الحديث للنظام العام الاقتصادي التوجيهي أنّه "مجموعة من القواعد القانونية الملزمة التي تحكم العلاقات التعاقدية المتعلقة بالسياسة الاقتصادية و الهادفة إلى تحقيق المصلحة العامة، و هي أحكام و قواعد موضوعية متغيرة تتبع تغير سياسة الدولة الاقتصادية". فالنظام العام الاقتصادي التوجيهي في ظل الاشتراكية مختلف عن النظام العام الاقتصادي الحالي (في ظل اقتصاد السوق).[3] و نستنتج أن قواعد النظام العام الاقتصادي التوجيهي تتميز بمجموعة من الخصائص و هي :

---

[1] عليان عدة- النظام العام وحرية التعاقد – مرجع سابق – ص٤٦

[2] نجيب عبدالله نجيب- مفهوم فكرة النظام العام وتطبيقاتها – مرجع سابق – ص ٥٤ وما بعدها . مقال منشور على موقع https://mawdoo3.com/

[3] عبد الرزاق السنهوري – المرجع السابق ص ٤٠٢

نجيب عبدالله نجيب- مفهوم فكرة النظام العام وتطبيقاتها- مرجع سابق- ص ٥٥

١ – تحقيق مصلحة عامة :

الهدف المشترك بين النظام العام الاقتصادي التوجيهي و النظام العام السياسي هو تحقيق المصلحة العامة . وطالما اعتبر النظام العام الاقتصادي للتوجيه مماثلا للنظام العام الاقتصادي السياسي، وظيفته الاقتصادية تجعل فصله عن النظام العام الاقتصادي أمرا صعباً و يمكننا القول هنا أن النظام العام الاقتصادي للتوجيه يهدف إلى فرض و تحقيق المنفعة العامة، كتنظيم التبادلات أو النقد الوطني و كذا التجارة الخارجية

و الاستثمار و الإنتاج و التسويق، و تحضير مخططات التنمية الاقتصادية و التهيئة العمرانية، أي تنظيم كل ما له علاقة بالتنمية الاقتصادية و الاجتماعية للدولة.ونستنتج أنّه إذا ما كان العقد المبرم مخالفا لمصالح السياسة الاقتصادية للدولة و بالتالي مخالفا للمصلحة العامة يكون باطلا بطلانا مطلقا. و يحق لكل ذي مصلحة المطالبة بهذا البطلان لأن المصلحة العليا للدولة مهددة. فالقواعد التي تحكم النظام العام الاقتصادي التوجيهي ملزمة ولا يجوز مخالفتها.

٢ – النظام العام الاقتصادي التوجيهي متغير :

النظام العام الاقتصادي التوجيهي يضم القواعد الأساسية الموجهة للاقتصاد الوطني، و المؤثرة في العقود الخاصة، و التي تبطل في حالة مخالفتها لهذا التوجيه.و مفهوم التوجيه في الدول الاشتراكية يختلف عنه في الدول الليبرالية، و يظهر ذلك جّليا من خلال التشريعات و القوانين التي تنظم الناحية الاقتصادية خلال فترة زمنية تتخللها فترات تطبيق الاشتراكية، ثم التوجه نحو الليبرالية و اقتصاد السوق. فالنظام الاقتصادي السياسي ينعكس على التشريع و طابعه و بالتالي يختلف من نظام لآخر . و التشريع الفرنسي ظهر فيه تردد بين أحكام و نصوص قانونية تخدم سياسة التخطيط، حيث يتسم النظام العام الاقتصادي بالتغير دائما و يأتي بالجديد و هو التعبير عن التطور الاقتصادي و الاجتماعي في مجتمع ما. و لهذا نقول أنه أقل استقرار من النظام العام الاقتصادي الحمائي.

٣– **النظام العام الاقتصادي التوجيهي الايجابي** :فالطابع السلبي للنظام العام التقليدي أو السياسي يقابله الطابع الإيجابي للنظام العام الاقتصادي التوجيهي. لأن هذا الأخير لا يهدف فقط إلى منع الأفراد المتعاقدة من القيام ببعض التصرفات القانونية و لكنه يهدف إلى حثهم على احترام بعض الشروط عند القيام بإبرام بعض العقود[١]

ثانياً– خصائص النظام العام الاقتصادي الحمائي:

---

[١] **Jacque Flour – jean Luc Aubert – Eric Savaux –** droit civil les obligations 1 – l'act ..juridique éd2000- p.208
Jean Luc Aubert – Eric Savaux – Jacque Flour- op cit p.207

أن النظام العام الاجتماعي أو الحمائي يحمي المتعاقد الضعيف من استغلال المتعاقد القوي في العلاقة التعاقدية، و الواقع أظهر كثرة الإختلالات في توازن العقود خاصة في عقد الإذعان، و هذا النظام إذن يتميز بالخاصيتين التاليتين :

١ – تحقيق العدالة الاجتماعية.

٢ – إتصال النظام العام الحمائي بالواقع و تأثره به.

١ – تحقيق العدالة الاجتماعية :

تعرف العدالة على أنّها ما هو متوافق مع القانون و القانون البشري يجب أن يكون عادلا أي موجها نحو الخير العام للشعب أم العدالة التبادلية فهي قائمة على أساس أن العقد تصرف تبادلي، يقيم التزامات متبادلة و متقابلة ويجب أن تكون متساوية من الجانبين . فالعقد هنا منظور إليه على أنّه وسيلة تبادل الأموال و الخدمات وهو خاضع لمبدأ العدالة التبادلية . و الحرية العقدية – الليبرالية – تزيل العدالة العقدية، و تجعل الطرف الضعيف في العقد ينظم إليه مرغما و تنعدم إرادته فيه كما بينت ذلك ظروف عمل العمال بعد الثورة الصناعية.

إذن يجب إيجاد وسيلة تحقق اتزان العلاقة العقدية أو تكافؤ التزامات المتعاقدين لتحقيق العدالة الاجتماعية. و هذه الوسيلة متمثلة في تدخل المشرع بقواعد آمرة لحماية العامل، و المستهلك و المستأجر، ... مما يسمح من الحد من اختلال التوازنات و إقامة عدالة بين أطراف العقد و تحقيق المساواة بينهما.[١] كما أن للقاضي دور هام في تحقيق هذه العدالة، بتكييف الحالة المعروضة عليه، إذا ما كان العقد عقد إذعان، وإذا ما كان هناك طرف ضعيف، و إذا ما تم تطبيق شروط عقد العمل، ....و إزالة عدم التوازن بتطبيقه للقانون.

٢ – اتصال النظام العام الحمائي بالواقع و تأثره به :

يقوم النظام العام الاقتصادي الحمائي بإيجاد الحلول للمشاكل المعروضة في الواقع المعاش . فيتدخل المشرع كما سبق و أن قلنا لسن قواعد قانونية آمرة حامية للطرف الضعيف . و هذه القواعد وليدة أوضاع اقتصادية و اجتماعية كأزمة السكن و انعكاساتها السلبية على المجتمع لذلك قدم النظام العام الاقتصادي الحمائي تسهيلات في عقد الإيجار لفائدة المستأجر بدافع اجتماعي.و قدم النظام العام الاقتصادي الحمائي الحلول لمشاكل العمال، كالتعويض عن الفصل التعسفي و حوادث العمل ... و تمكين العامل من المطالبة بحقوقه مستعملا في ذلك نقابة العمال الممثلة له و المؤثرة على المجتمع و المؤدية لإلغاء القوانين المخلة بحقوق العمال و تشريع أخرى لتزيد حمايته.

نستنتج من كل ذلك أنا الواقع الاجتماعي يؤثر على القانون مما يجعله يتغير و يتجدد

---

[١] سمير عبد السيد تناغو – النظرية العامة للقانون – مرجع سابق– ص ١١٤

الفرع الخامس

مصادر النظام العام

كلمة مصدر تعني المنشئ أو المصدر الرسمي، و يقصد به وسيلة إخراج القواعد القانونية إلى الناس فتكسب صفة الإلزام و المصدران الرسميان في جميع الشرائع و معظم العصور هما التشريع و العرف.

و المصدر الرسمي يأخذ منه القاضي القاعدة القانونية التي يطبقها. و هناك مصادر أخرى يستمد منها المشرع القاعدة القانونية و هي الاجتهاد القضائي، و الفقه . و تستعمل هذه الأخيرة لتفسير القاعدة القانونية في حال غموضها.

و حسب المادة الأولى من القانون المدني المصري :((١) تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها.(٢) فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ."إذن حسب هذه المادة المصادر الرسمية هي : التشريع، العرف ، مبادئ الشر يعة الإسلامية،مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة. أما بالنسبة للنظام العام فمصادره الرسمية هي :أولا : التشريع. ثانيا : العرف. أما مصادره التفسيرية هي : الفقه و القضاء.

وعلى ذلك نعرض للمصادر الرسمية للنظام العام في غصن أول ثم مصادره التفسيرية في الغصن الثاني

الغصن الأول

المصادر الرسمية للنظام العام

أ – التشريع :

هذا هو المصدر الرسمي و الأصيل لمفهوم النظام العام، الذي هو أولا مفهوم قانوني، فجذوره تمتد في القانون و لتعريفه نعتمد دائما على القانونية إما لتطبيق أو إجبار الغير على احترام نص قانوني أو لوقف تطبيقه. أكثر من ذلك النظام العام وسيلة قانونية حيث يحاول هذا الأخير فرض احترام كل القوانين و بصفة عامة، مفهوم النظام العام يستمد من مجموع القوانين و التنظيمات، يستمد من كل ما كان(يسميه الأستاذ هوريو "الكتلة القانونية")[١]

[١] مندي آسيا يسمينة، النظام العام والعقود– مرجع سابق ، ص ١٧ وما بعدها
محمد حسنين – الوجيز في نظرية القانون، الطبعة سنة ١٩٨٦ ص. ٣٧

و من جهة أخرى، من مفهوم النظام العام تنشأ عدة نصوص تشريعية، لكن المشرع يلجأ غالباً لاستعمال هذا المصطلح ليتمكن من فرض نظام قانوني معين .

نستنتج من ذلك أن مفهوم النظام العام مرتبط بروح القوانين و يستمد منها قوته.

إن وضع قواعد قانونية متعلقة بالنظام العام من حيث الشكل والمضمون، ما هو في الحقيقة إلا تعبير عن الجانب الفني للسياسة القانونية، التي تعنى بوضع أنسب أدوات التقنية التشريعية لاحتواء المعطيات والحاجات والأهداف التي تسعى الدولة من خلال قواعد النظام العام إلى تحقيقها، بما تضفيه على هذه القواعد من قدسية، تتمتع حيال الأفراد المخاطبين بها بسلطان الأمر والنهي المصحوب دوما بجزء يوقع جراء المخالفة.

فإذا كانت الدولة تهدف من خلال قواعد النظام العام إلى ضمان استقرار المجتمع وحماية مصالحه العليا، فإن وسيلتها الأولى في ذلك التشريع، باعتباره الآلية التي تسمح للدولة بالتعبير عن إرادتها تعبير دقيقا، مما يؤدي إلى تلافي الكثير من الغموض والاضطراب .[1]

على أنه لا ينبغي أن يفهم من هذا أن كل قواعد النظام العام هي قواعد ونصوص تشريعية، إذ من الصعب على المشرع أن يحدد ويقنن جميع الأوضاع التكليفية المرتبطة بالنظام العام، مما يعني فسح المجال أمام القاضي الذي يكون ملزم بتحديد دائر النظام العام في حالة غموض النص التشريعي أو انعدامه. وقد تولى المشرع عملية تحديد دائرة النظام العام وذلك من خلال تكييف مختلف النصوص القانونية ، ما يعتبر منها من النظام العام وما لا يعتبر منه. ومن ثم تغدو القاعدة القانونية أهم مصدر من مصادر النظام العام، وهو ما يمكن تسميته نسبة إلى مصدره بالنظام العام التشريعي . على أنه وفي غير الحالات التي يتدخل فيها المشرع تقع على القاضي مهمة تحديد دائر النظام العام منعا لأي مساس به، وهو ما يمكن تسميته النظام العام القضائي

- النظام العام التشريعي.

إن فكر النظام العام هي من الأفكار المرنة التي يصعب تحديدها، وهي تعبر بصفة عامة عن الأسس السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي يقوم عليها نظام المجتمع، وهي تعتبر من أبرز الأمثلة على مرونة صياغة القواعد القانونية. **ومن هنا يثار التساؤل حول علاقة فكرة النظام العام بالقاعدة القانونية ؟**

[1] يس محمد محمد الطباخ، الاستقرار كغاية من غايات القانون، دراسة مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، 2012 ، ص145

فإذا كان القانون قواعد سلوك تقويمية ، تقرر ما يجب أن يكون عليه سلوك الأشخاص داخل المجتمع، فإن قواعده لا تتوجه إلى الأفراد على سبيل النصح أو الترغيب التخييري، بل هي دوما على سبيل التكليف والإلزام[١]

والحديث عن العلاقة بين النظام العام والقاعدة القانونية، ينير مسألتين : تتعلق الأولى بعلاقة النظام العام بالنصوص القانونية عامة . والثانية حول علاقة قواعد النظام العام بالقواعد الآمر في القانون بصفة خاصة، فهل يتعلق الأمر بمفهوم واحد أم أن لكل مفهومه ونطاقه الخاص به[٢]

علاقة فكر النظام العام بالنصوص القانونية:

اختلف الفقه حول مدى حصر فكر النظام العام في دائرة النصوص القانونية عامة، فذهب رأي من شرح القانون المدني الفرنسي، وهم فقهاء مدرسة الشرح على المتون، إلى الأخذ بظاهر النص، حيث يذهبون إلى أن الاتفاقات تعد مخالفة للنظام العام إذا خالفت نصاً تشريعياً، فالفقيه كابتان يرى أن المادة السادسة من القانون المدني الفرنسي لا تتعرض لبطلان الاتفاقات المخالفة لقواعد النظام العام والآداب غير المنصوص عليها في القانون، ولكنه يسلم بأن هذه الاتفاقات باطلة بناء على نص المادة ١١٣٣ مدني فرنسي.[٣]

في حين يذهب رأي ثالث إلى أن نطاق النظام العام يجاوز نصوص القانون، وأن الاتفاقات يمكن أن تقع باطلة لمخالفتها للنظام العام دون أن نصطدم بنص معين في القانون. واستندوا في ذلك إلى نص المادة ١١٣٣ مدني فرنسي ذاتها التي قررت بطلان الاتفاق الذي يكون سببه مخالفاً للقانون أو الآداب أو النظام العام، وقالوا أنه لو كان النظام العام لا يجاوز نطاقه القانون، لما كان هناك حاجة إلى ذكره إلى جانب القانون.[٤]

في حين ذهب ري آخر إلى التسليم بأن فكر النظام العام أوسع نطاقا من نصوص القانون، وأن هذه الفكرة مشابهة تماما مع فكرة الآداب العامة، وأنهما عبارتين مترادفتين ومتكاملتين، ذلك أن هذه

---

[١] –استعمل هذا المصطلح الدكتور طارق البشري ويقصد به إلزام بفعل حتما على سبيل الوجوب للأمر أو إلزام بترك حتما على سبيل التحريم للنهي، باعتباره في الحالين خطابا جازما موجها للافراد المخاطبين بأحكام القانون ممن لهم أهلية التصرف –طارق البشري، المرجع السابق، ص90

[٢] عليان عدة– النظام العام وحرية التعاقد – مرجع سابق – ص٦١

[٣] H.CAPITANT, De la cause des obligations, 2 ème édition, Dalloz, Paris,1927. n°107, p. 123.

أشار إلية عليان عدة– النظام العام وحرية التعاقد – مرجع سابق – ص61 هامش ٢

[٤] **J.GHESTIN**, L'utile et le juste dans les contrats, Dalloz, , Paris 1982. , Chr. p, 84.

الأخير ما هي إلا عنصر من عناصر النظام العام، فهي الجانب الخلقي له، ويترب على مخالفتها البطلان.[١]

علاقة قواعد النظام العام بالقواعد القانونية ألآمرة

يتجه أغلب فقهاء القانون الخاص ويسايرهم في ذلك فقهاء القانون العام، إلى أن فكرة النظام العام إنما هي معيار للتمييز بين القاعدة الآمر والقاعدة المكملة، فيذهب الفقيه السنهوري إلى أن القواعد الآمرة التي لا يجوز للأفراد مخالفتها نهائيا، هي تلك المتعلقة بالنظام العام، أما القواعد التي يجوز مخالفتها فهي لا تتصل بالنظام العام، فالذي يميز بين النوعين هو مدى اتصال القاعدة بالنظام العام أو عدم اتصالها به.[٢]

ومن هذا المنطلق فإن هذا الاتجاه الغالب يتعامل مع قواعد النظام العام بحكم صفتها الآمرة الناهية، التي لا تحتمل خرقا أو مخالفة، نظر لوثوق اتصالها بأسس نظام الدولة وصالحها الأعلى وكيان الجماعة وصالحها الكلي .[٣]

وفي المقابل يرى جانب من الفقهاء أن القواعد الآمر ليست كلها من النظام العام، في حين أن كل قواعد النظام العام هي قواعد آمرة . وهذا ما أكده الدكتور سمير تناغو بقوله : "من المتصور أن تكون القاعدة آمرة بحسب المعيار الجامد دون أن تكون مع ذلك مرتبطة بالنظام العام في المجتمع"[٤]

فالقواعد الآمرة إذن ليست جميعها من النظام العام، وإنما ما يتوقف عند حد الأمر أو النهي المتضمن فيه، دون أن يكون مخالفاً للقواعد القانونية التى ترتكز عليها الدولة.

فالقواعد التي تفرض – على سبيل المثال– شكلاً معيناً في المعرفات أو تلك المتعلقة بالولاية هي فعلا قواعد آمرة، غير أنها لا تتعلق بالنظام العام، الذي يقتصر على المسائل الضرورية للسير الحسن لمؤسسات المجتمع. فالغرض المتوخي في تلك الحالات هو حماية الأطراف، لا سيما وأن الجزاء المترتب على مخالفة هذه القواعد هو الإبطال الذي لا يتمسك به إلا الشخص المستفيد من الحماية المقرر. في حين أنه يترتب على مخالفة قواعد النظام العام البطلان المطلق والذي يتمسك

---

[١] **G.RIPERT**, La règle morale dans les obligations civiles, LGDJ, Paris, 1949, pp.22 et s.

أشار إلية عليان عدة– النظام العام وحرية التعاقد – مرجع سابق – ص٦٢ هامش ١و٢

[٢] حشمت أبو ستيت، المدخل لدراسة القانون أو أصول القانون، دار الفكر العربي، 1953 ، ص179

[٣] عماد طارق البشري، المرجع السابق، ص98

[٤] سمير تناغو، المرجع السابق، ص . 89 في نفس المعنى حسن كيرة، أصول القانون، دار المعارف، مصر، الطبعة الثانية، 1959 ، ص٩٦

به كل من له مصلحة، وللقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه، كما يمكن إثارة الدفع به في أي مرحلة كان عليها النزع.

ويرى جانب أخر أن هذا الرأي الأخير الذي يفرق داخل القواعد الآمرة بين ما يتعلق منها بالنظام العام وما لا يتعلق به بجانب الصواب، لأنه لا يأخذ في الحسبان تطور النظام العام ومفهومه. حيث لا نزاع في أن مضمون النظام العام وكذا المصلحة العامة التي يستند إليها، أصبح يشمل مصالح بعض الفئات الخاصة، فيحميها حفاظا على أمن واستقرار المجتمع. وحجته في ذلك أن النظام العام الاجتماعي يشمل حماية مصلحة العامل في علاقة العمل ومصلحة المستهلك في عقد الاستهلاك، وبصفة عامة مصلحة المتعاقد الضعيف اقتصاديا أو اجتماعيا أو ثقافيا، بالإضافة إلى أن النظام العام السياسي أو التقليدي غير قاصر على حماية الهيئات أو المؤسسات العمومية، بل يسعى أيضا إلى حماية العائلة باعتبارها الخلية المكونة للمجتمع .

ويبرر أنصار هذا الرأي أن هناك خلط لدى هؤلاء الفقهاء بين مسألتين متباينتين وهما: تعريف القواعد الآمرة من جهة والجزاء المترتب على مخالفة القواعد القانونية من جهة ثانية، فتصنيف القواعد القانونية إلى آمرة ومكملة يتم استنادا إلى ما إذا كانت القاعدة تسمح أو لا تسمح لأطراف الاتفاق على ما يخالفها، وقد يكون اتفاقهما هذا صحيحا أو باطلا حسب طبيعة القاعدة. وأما فيما يتعلق بطبيعة الجزاء الذي يترتب عند مخالفة القاعدة القانونية أيا كانت، فإنه ينصرف إلى التصرف في حد ذاته بغرض النظر عن طبيعة القاعدة. كما أن احتجاج هؤلاء الفقهاء بطبيعة الجزاء– الإبطال– مناقض للطبيعة الآمرة للقاعدة، لأن الشخص الذي تقرر لصالحه حق الإبطال له أن يتمسك به أو أن يتنازل عنه، وإذا فضل التنازل عن حقه في الإبطال، أو سقط ذلك الحق بالتقادم، فكيف نبرر الطبيعة الآمرة للقاعدة[1] ؟

ب – العرف :

مفهوم النظام العام يهدف لحماية القواعد الأساسية في المجتمع و الأعراف التي استقر عليها هذا الأخير.و من هذه القواعد الأساسية في المجتمع، قواعد الأخلاق . و لأنّها مقبولة من طرف أغلبية الضمائر، أصبحت عوامل للنظام و السلم . و لهذا يستعمل القاضي مفهوم النظام العام إذا كان المساس بالأخلاق يتسم بدرجة من الخطورة مثاله : عقد الإنجاب لصالح الغير و الذي بمقتضاه تحمل أم جنين بعد أن يتم تخصيبها بواسطة مني زوج المرأة العاقرة.

---

[1] عليان عدة– النظام العام وحرية التعاقد – مرجع سابق – ص٦٤

أكمل رمضان عبد القادر – الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقود الإذعان في القانون المدني – مرجع سابق –ص ١٨٤

و النظام العام لا يستند كثيراً على الأخلاق. غير أنّه لو استند كلياً على الأخلاق لأصبح خطرا يهدد المجتمع. لكن يجب الاعتراف أن الأخلاق من المفروض أن تكون الأساس الذي يستمد منه القانون،لأنّها هي الوحيدة التي تتملك قلوب الأفراد و تؤدي إلى تناسق العلاقات الاجتماعية . فهي قوة اجتماعية بكل معنى الكلمة والاعتماد عليها يساعد على إقامة نظام اجتماعي مثالي[1].

الغصن الثاني

المصادر التفسيرية للنظام العام

أ- الفقه :

يقوم الفقه بشرح و تفسير نصوص القانون و استنباط الحلول على ضوئها، و هو دور يقومون به حين يتصدون لدراسة القوانين في مؤلفاتهم و يسمون فقهاءJuriste حيث يكشفون عن وجوه القصور و النقص فيها و يقترحون على المشرع وسائل العلاج.أو حين يتصدون للإفتاء في المسائل القانونية التي تطلب فيها فتاواهم كمسألة النظام العام و الآداب العامة، و تطور مفهوم العقد، و عقد الإذعان، و الشروط التعسفية التي تدرج في العقد،....و هم يؤدون هذا الدور أيضا من خلال تحليل أحكام القضاء و نقدها فيسترشد القضاء بآرائهم و يستنير بتوجيهاتهم[2].

ب- النظام العام القضائي :

إذا كانت فكر النظام العام والآداب على هذا النحو من المرونة والتطور، فإنها تعتبر المنفذ الذي تنفذ من خلاله العوامل الاجتماعية والاقتصادية والخلقية إلى النظام القانوني كي تلائم بينه وبين التطور الذي يتعرض له المجتمع في وقت معين وفي غير الحالات التي يتدخل فيها المشرع تقع على القاضي مهمة تحقيق هذه الملائمة .[3]

فقد كان الرأي السائد في الماضي أن المشرع وحده هو الذي يتولى تحديد ما يعتبر من النظام العام، أما القاضي فلم يكن يعرف النظام العام إلا من خلال تطبيقه لنصوص القانون التي تحدد النظام العام سلفا وعلى سبيل الحصر. وحجة هذا الري أن النظام العام قيد على حرية الأفراد فهو استثناء من قاعدة سلطان الإرادة، ومن ثم يجب حصره سلفا في نطاق معين يرسمه القانون دون القاضي مخافة أن يتعسف هذا الأخير لوترك له أمر تحديد ما يتعلق بالنظام العام. واستند هذا الرأي إلى ما ورد في نص المادة الساسة من القانون المدني الفرنسي القائلة :" لا يجوز بمقتضى الاتفاقات الخاصة مخالفة القوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب". وفسر هذا النص بأنه لا وجود

---

[1] مندي آسيا يسمينة، النظام العام والعقود- مرجع سابق ، ص ١٩ وما بعدها

[2] مندي آسيا يسمينة، النظام العام والعقود- مرجع سابق ، ص ٢٠ وما بعدها

[3] عبد المنعم فرج الصدة، مبادئ القانون، المرجع السابق، ص60

لفكر النظام العام والآداب خارج النصوص التشريعية، أي أنها فكر جامدة مرتبطة في وجودها بوجود نصوص تشريعية تكرسها [1]. وهو المسلك الذي اعتمدته بعض الاجتهادات القضائية المقارنة، ومن ذلك ما ذهبت إليه المحكمة الفدرالية السويسرية في حكم لها صادر سنة ١٩٥٧ حين اعتبرت أن النظام العام هو: "مجموعة القوانين والمراسيم والقرارات التي تشكل قانون الدولة الوضعي ". وكذا محكمة النقض البلجيكية في قرر لها صدر سنة ١٩٤٨ جاء فيه أنه : " لا نظام عام سوى القانون المتعلق بالمصالح الأساسية للدولة أو المجتمع، أو الذي يحدد في القانون المدني الأسس القانونية التي يقوم عليها النظام الاقتصادي والأخلاقي في المجتمع. إلا أنها – أي المحكمة – تخلت عن هذا المفهوم الضيق الذي حصر مصدر النظام العام في القانون، وتبنت فيما أصدرته من قرارات حديثة مفهوما أوسع لمصدر النظام العام، واعتبرته يتألف من الأسس القانونية الأساسية في المجتمع".

غير أن المستقر عليه فقهاً وقضاً أن المشرع لا ينفرد بتحديد ما يعتبر من النظام العام، بل أصبح القاضي يتدخل في هذا التحديد. ذلك أنه لو كان من الممكن أن يبين الشارع الحالات التي تمس النظام العام لكان من السهل عند قراءة نصوص القانون أن نضع قائمه بالحالات التي تتدخل فيها فكرة النظام العام. لكن الواقع يدل على استحالة ذلك، فالنظام العام فكرة تهدف إلى حماية النظام الاجتماعي من إرادة الأفراد، وكل من الاثنين متعدد الألوان متشعب الطرائق، ومن ثم لا يمكن التنبؤ بكل مظاهر إرادة الأفراد [2]. ففي غير الحالات التي يتدخل فيها المشرع بمقتضى نصوص يأخذ فيها مقتضى هذا التطور، يقع على القاضي مهمة تحقيق هذه الملائمة، فالقاضي يكاد يكون مشرعاً في هذا النطاق، وعليه أن يستلهم المصلحة العامة، ويتقيد بالنظام والآداب السائدة في عصره ونظم أمته الأساسية، ومصالحها العامة، ولا يعول على معتقداته وآرائه الخاصة.[3] وفي هذا الاتجاه أيدت محكمة النقض الفرنسية الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف الذي ورد فيه أنه : " استنادا إلى نص المادة ١١٣٣ من القانون المدني الذي يعتبر أن السبب غير مشرع، عندما يخالف النظام العام، حتى ولو لم ينص على هذا المنع بموجب القانون، وعليه اعتبر العقد موضع النزاع المتعلق باستغلال المرضى من خلال اللجوء إلى دعاية مكثفة، وصفقات للتأثر على الجمهور باطلاً لمخالفته النظام العام " [4].

---

[1] سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، المرجع السابق، ص90

[2] عليان عدة– النظام العام وحرية التعاقد – مرجع سابق – ص٦٤وما بعدها

[3] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، المجلد الأول، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص439

[4] ٤٥– محكمة النقض الفرنسية ، دالوز، 1949 ، ص – 57

وهكذا فقد حاول الاجتهاد القضائي تحديد مدلول النظام العام، مع الأخذ بعين الاعتبار ظروف الزمان والمكان، وضرورات حماية المصلحة العامة، واحترم القوانين الإلزامية. ومما يلاحظ على هذا الاجتهاد أنه لم يخرج في عمومه عن الإطار الفقهي السابق بيانه .

ج- المفهوم الحديث للعقد كمصدر للنظام العام

أن مفهوم العقد قد تغير و تطور إتباعاً للتطورات الاقتصادية الهائلة التي يشهدها المجتمع في ظل اقتصاد السوق.[1] فالقواعد المنظمة للعقد تختلف باختلاف المكان و الزمان . متأثرة بالنزعة الفردية ثم بالاشتراكية و أخيرا بالليبرالية و اقتصاد السوق.

و هذه القواعد لا تشرع لأنّها منطقية بل لأنّها تفيد المجتمع . فهي التعبير عن السمو و فلسفة يسعى إليها المجتمع و يحاول الوصل إليها باستعمال وسيلة ألا وهي العقد.

و هذا السمو و الفلسفة اللذان يسعى إليهما المجتمع لم يظّلا ثابتين عند تغير الزمان.

و لهذا فقد تغير مفهوم العقد و هناك عدة عوامل أحدثت هذا التغير و هي :

١ – العامل الأخلاقي :

قال بعض الفقهاء أن المتعاقدين متساوين و لهذا وجب عليهم تنفيذ التزاماتهم بحسن نية .كما أنّهم ينادون بضرورة سيادة الشفافية عند إبرام العقد و ما تتطلبه هذه الأخيرة من التزامات واقعة على عاتق الموجب (البائع، المؤجر، المؤمن، و بصفة عامة المهني) و أهمها : الالتزام(بإعلام المتعاقد الآخر بكل شروط العقد و محله). و كذلك يقولون بما أن المتعاقدين إخوة و متساوون، فلا بد من تكافؤ التزاماتهم حتى يحقق العقد العدالة التي يرجوها المجتمع.[2]

٢ – العامل الاقتصادي :

فالقواعد المنظمة للعقود تختلف باختلاف المجتمعات، فالمجتمع القائم على الزراعة لا يطبق نفس القواعد الموجودة في مجتمع متطور صناعياً و تكنولوجياً. كما أن اختلافها يستتبع ازدهار المجتمع أو تخلفه.و يتأثر قانون العقود بالعامل الاقتصادي، لأن العقد وسيلة يتم بها تبادل الثروات و الخدمات ما بين الأفراد. و يعتبر هذا القانون الأكثر تغيراً أو تطوراً لأن الاقتصاد نفسه متغير باستمرار . فالقانون المدني مستمد من نظرية ليبرالية للنظام الاقتصادي و الذي تسوده الحرية التعاقدية حيث الأفراد أو المتعاقدون يبرمون العقود التي يريدونها و يحددون لها الشروط التي يحددونها، اعتقاداً بأن الحرية أفضل وسيلة لتحقيق المصالح الخاصة و التي تكون نتيجة حتمية

---

[1] راجع – عبد الرزاق السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني –جزء ١– مرجع سابق ص. ١٤٦

[2] **D. Mazeaud**, Loyauté et solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle édition 1999. P.603

أشار إلية مندي آسيا يسمينة، النظام العام والعقود– مرجع سابق ، ص ٢٤ هامش ١

للتنازلات المتبادلة في العقد. و بتحقيق المصالح الخاصة نكون قد حققنا المصلحة العامة المتحصل عليها بعد جمع هذه الأخيرة(المصالح الخاصة).و في الوقت الحالي يستحيل تحقيق المصلحة الخاصة دون تقييد الحرية التعاقدية والواقع اثبت أنّه إذا ما تركنا الأفراد المتعاقدين دون مراقبة، فهم لا يوجهون حتما عقودهم للصالح العام .

٣ – العامل السياسي : من الحرية إلى المساواة :

أصبحت فكرة حماية الطرف الضعيف من المتعاقد القوي سبب تطور نظرية العقد . فالحرية مع المساواة لم يتعايشا في ظل الفردية لهذا أعطى القانون الأولوية لمبدأ مساواة المتعاقدين مفضله على مبدأ الحرية . فالقانون حامي العمال من أرباب العمل، المستأجرين من المؤجرين أو مالكي الأماكن المؤجرة. فالنظام الديمقراطي لا يكتفي بتحقيق مصلحة الأغلبية أو العامة، بل هو يؤمن بتطور دائم للعالم و الأنظمة.وإذا ما تمعنا في تطور قانون العقود، فإنّه بقي طويلاً متأثرا بقواعد الأخلاق الآمرة بالخير و الناهية عن الشر، و التي كانت وراء العديد من مبادئ العقود كمبدأ حسن النية، و خلال هذه الفترة ظلّت الرضائية منتصرة و أساس أغلبية العقود.[١]

و في فترة قصيرة تأثرت نظرية العقد بالعوامل الاقتصادية و السياسية أكثر من تأثرها بالأخلاق. و في هذه الفترة حدثت تحولات كثيرة تسببت فيها تقابل المصالح المتباينة (القوي و الضعيف)،و حتى لا يختل التوازن التعاقدي، كان على المتعاقد القوي التنازل عن بعض امتيازاته للمتعاقد الضعيف، لأن المصالح المتباينة قابلة للمساومة على عكس ما هو الحال بالنسبة لمبادئ الأخلاق.

قانون العقود علم اجتماع مرتبط ارتباطاً وثيقاً بالأخلاق و الاقتصاد و السياسة . و إذا أردنا تحلي له و فهمه علينا البحث عن العوامل التي كانت وراء ظهوره و لماذا وضع . ولأنّه مرآة تعكس تفكير هذا المجتمع فهو مرآة حضارته.[٢]

لذلك ظهرت ضرورة وجود نظام عام اقتصادي يحد من الحرية التعاقدية أو يعدمها تحقيقا للمصلحة العامة (التأمين الإجباري)، و أحيانا يتدخل هذا النظام و يلزم الأطراف المتعاقدة ببعض شروط العقد أو الالتزامات. فقواعد النظام العام تكاثرت، و أصبح لها وجه جديد فبينما كان النظام العام الكلاسيكي سلبي، لأنّه مانع لبعض العقود أو بعض شروط العقد. فالنظام العام الحالي مرآة حضارتنا إيجابي : لأن المشرع أصبح يفرض حتى محتوى العقد .

---

[١] مندي آسيا يسمينة، النظام العام والعقود– مرجع سابق ، ص ٢٦ وما بعدها

أكمل رمضان عبد القادر – الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقود الإذعان في القانون المدني – مرجع سابق –ص ١٨١

[٢] Jacque Flour – Jean Luc Aubert – Eric Savaux op cit p.31

و هذا الوجه الجديد للنظام العام الاقتصادي هدفه حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية في مواجهة الطرف القوي (المهني) لأن قواعد القانون المدني غير قادرة عن الدفاع عن هذا المتعاقد ضحية الشروط التعسفية ، و الذي يقبلها تحت دافع الحاجة . فتدخل المشرع لحماية هذه الإرادة غير الحرة، بوضع تقنيات جديدة تكفل له الحماية مثل إلزام المهني بإعلام المستهلك عن كل شروط العقد و المنتج أو الخدمة . و الإعلام يكون قبل التعاقد و أثناءه كما أعطى المشرع للمستهلك حتى لا يقع ضحية غش مهلة للتفكير و التروي و حتى حق الرجوع عن قبوله و هذا ما يجعلنا نتساءل إذا ما كانت نظرية العقد تغيرت؟ و هل العوامل الاقتصادية و الاجتماعية جعلت من العقد نظام اجتماعي يحقق عدالة عقدية و عند تدخل القاضي يضمن حماية التوازن العقدي.

أما الوجه الآخر للنظام العام الاقتصادي توجيهي و هو بعينه النظام العام السياسي المانع للعقود المخالفة له و للآداب العامة و مخالفته تستوجب إبطال العقد بطلانا مطلقا.يتدخل القاضي لتعديل العقد أو إبطال شرط من شروطه أو فسخه إذا استحال تنفيذه. [1]

المطلب الثاني

مفهوم النظام العام في العلاقة التعاقدية

عند الحديث عن العلاقة التعاقدية لا بد من الإشارة إلى أنها تقوم على أساس الحرية التعاقدية للمتعاقدين وتستند على أساس إرادة الإطراف المتعاقدة بموجبها، وإذا توافرت لدى إطرافها الأهلية اللازمة لإبرام العقود، فإنه يفترض أن كل طرف من أطرافه يسعى إلى تحقيق مصلحته، وبالتالي تحقيق العدل حسب تصوره، فيكون العقد بهذه الحالة تعبيراً عن العدل لعاقديه، حيث قيل : انه إذا تم الاتفاق فكل ما اتفق عليه يقوم مقام القانون لمن تعاقد [2]

فالحرية التعاقدية واتفاق الإرادتين على محل العقد التي تصل بالعقد إلى مرتبة العدل بالنسبة للمتعاقد تكفي لانعقاده، ولكن حتى يكتسب درجة الكمال ويحقق الغاية المرجوة منه لا بد أن ينسجم مع المقتضيات الاجتماعية ويراعى فيه النظام العام، لان العقد هو أداة اجتماعية فضلاً عن كونه أداة فرية، فكان لا بد للمجتمع أن يتدخل فيه من خلال موافقته لحيثيات النظام العام الذي لن تقوم له قائمة بدون الانسجام معها، باعتبار أنها الحد الأدنى لاتفاق العقد مع المقتضيات الاجتماعية [3].

---

[1] انظر مندي آسيا ، النظام العام والعقود– مرجع سابق– ص ٢٨ وما بعدها

[2] سمير عبد السيد تناغو– مرجع سابق – ص ١٤٣

[3] عبدالرزاق السنهوري – مرجع سابق– ص٩٦ –العقد والنظام العام – مقال ل احمد مصطفى منشور على رابط http://edamir.info/index.php?option=com_content&view=article&

لذلك كان لابد وان تنسجم الحرية التعاقدية مع مقتضيات الإرادة الجماعية والصالح العام، وان لا تخل بالتوازن المطلوب داخل المجتمع[1]، ويكون ذلك بالحد من حرية الإرادة في ابرام العقود، والتخلي عن جزء منها لصالح المصلحة العامة، فالإطلاق في حرية الإرادة التعاقدية قد يخل بالمصلحة العامة والنظام في المجتمع ، ويعتدي على العدل لمجاوزته للنظام العام.[2]

فالعدل الذي يحققه المتعاقد لنفسه من جراء تعاقده، ينسجم مع أنانية طبيعته وتغليبه لمصلحته على صالح الجماعة، فالفرد عند إبرامه للتصرفات القانونية، أو القيام بأي عمل غالبا لا يراعي إلا مصالحه الخاصة، معرضاً عن مصالح الجماعة[3]،وبالتالي فإن العدل الذي يحققه من جراء تعاقده لا يرقى إلى العدل الجوهري والحقيقي، بل هو العدل بالنسبة له بالنظر إلى مصالحه وليس ضرورياً أن يكون عدلاً حقيقياً، أو أن يكون عدلاً بالنسبة للمتعاقد الأخر، أو انه عدل يفي بمتطلبات الجماعة وصالحها، أو انه عدل يحقق التوازن بين صالح المتعاقدين والصالح العام، فإرادة الإنسان وهي تسعى إلى ابرام التعاقدات يجب أن تراعي اعتبرت العدل وتتقيد بها، حتى وهي تسعى إلى تحقيق مصالحها الخاصة، فالعقود التي تخالف العدل تكون واجبة الرفض وعدم القبول[4]، على اعتبار أن المصلحة التي يتوخاها القانون تسمو على المصالح الخاصة

فسلطان الإرادة في ابرم العقود، يقتضي عدم تقييد آثر هذه العقود بدعوى عدم التعادل في الالتزامات، لآن الأصل حرية الإنسان وطالما انه التزم بموجب العقد، فيكون من العدل أن يفي بما التزم به ولو كان هذا الالتزام مرهقاً له، فما يتفق عليه إطراف العقد بشكل متفق مع القانون، يعد هو القانون بالنسبة لهم، وبتعبير أخر الذي يحكم أطراف العقد هو ما اتفقت عليه إرادتهم الحرة، فهذه الإرادة الحرة هي بمثابة القانون يتوجب عليهم الانصياع إليه وعدم مخالفته، حتى أن القضاء

---

[1] يستند مبدأ حرية التعاقد " le principe de de la liberte de contracter" إلى فكرة سلطان الإرادة La ntanomie de la volonte ، حيث يشكل هذا المبدأ إحدى النتائج التي ترتبت مباشرة على دخول هذه الفكرة في فقه القانون المدني. ولما كان المقصود بالإرادة هنا هو الإرادة الفردية، فالحديث عن فكرة سلطان الإرادة واستقلالها، أي مذهب الإرادة قد ارتبط بالحديث عن التطور التاريخي للفردية l'individualisme بوجه عام. محمد حسين عبد العال، الاتجاهات الحديثة لفكرة النظام العام – مرجع سابق–ص ١١

[2] ياسين منصور –دور النظام العام فى تحقيق العدالة العقدية – ص ١ وما بعدها بحث منشور على https://platform.almanhal.com/Files/2/102241

عبد المنعم فرج ، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ، دار النهضة العربية ، ص ٣٣٨

. نجيب عبدالله تجيب– مفهوم فكرة النظام العام وتطبيقاتها– مرجع سابق – ص89ومابعدها

[3] عماد البشري، مرجع سابق، ص160 . عبدالله نجيب مرجع سابق – ص ٩٠

[4] سمير عبد السيد تناغو– مرجع سابق – ص ١٤٦

لا يستطيع إحداث أي تغيير بالعقد لأنه لا يملك هذا قانوناً فالعقد يفضي احترمه على القضاء وعلى المشرع . وهذا المبدأ اختفى من تشريعات العالم، ولم تعد الإرادة تتمتع بهذا الحظ من التقديس[١]، ولم تعد هي وحدها الأساس الذي يبنى علية العقد، فآثار العقد وتفسيرها لم تعد محكومة بسلطان الإرادة فقط وإنما القانون هو الذي يرتب الآثار على العقد، على اعتبار أن المتعاقدين يتركان العقد للقانون لكي يتولى ترتيب الآثار عليه، فالمتعاقدان يفترض أنهم قد اتفقوا على الشئ الجوهري فيه فقط، ولم يخطر بخلدهم باقي التفصيلات حيث يتولى القانون ذلك ناظراً للصالح العام وتحقيق العدل، فالقانون لا يمكن أن يفترض أن أرادة الأطراف قد اتجهت إلى غير ذلك وقت التعاقد، وإنما يفترض حسن النية لدى المتعاقدين. [٢]

أما تفسير العقد فذلك مهمة القضاء من خلال افترض أن إرادة الأطرف لم تتجه إلى كل التفصيلات لتتفق عليها، أو من خلال الغموض في التعبير عن الإرادة، أو أنها لم تظهر واضحة وقت التعاقد، فالغموض في الإرادة يؤدي إلى إيجاد شروط في العقد لم تكن موجودة في ذهن المتعاقدين وقت التعاقد، أي أن المتعاقدين لم يتوقعوها ، كما أن للقضاء سلطة تعليق العقود وإبطالها وإلغاء الشروط المجحفة والمرهقة لأحد الأطرف، حيث قيل في هذا الصدد أن العقود قليلة التبصر في المستقبل، كما أن تغير الظروف الاقتصادية قد يؤثر في قيمة الالتزام أو في المقابل[٣] **.من ذلك يتبين أن الأساس الذي يقوم عليه العقد ليس الإرادة، وإنما يتمثل هذا الأساس في تحقيق العدل والعدالة والصالح العام، فالإرادة يجب أن تكون محكومة في حريتها[٤] بما يتناسب مع الصالح العام ويحقق العدل، والتنسيق بين المصالح الفردية، فالعدالة تقتضي أن يتحقق التوازن بين مصالح الأفراد وان لا تطغى مصلحة فرية على أخرى.**

فحرية الإرادة في التعاقد مع تجاهل مبدأ المساواة في القدرة على المساومة تكون حرية من جانب واحد، فمثلا العامل الذي لا يكون في مركز المساواة من حيث قدرته على المساومة مع رب العمل،

عبدالله نجيب مرجع سابق – ص ٩١

[١] . راجع فى كل ذلك بالتفصيل المراجع الاتية :-صوفي أبو طالب، أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة في القانون الروماني، دار النهضة العربية، 1964 ، ص٦- عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 1971 ، ص13 السنهورى – نظرية العقد – مرجع سابق – ص ١٠٤و١٠٥ بعدها

[٣] عبد الله نجيب مرجع سابق – ص ٩٢

[٤] راجع فى كل ذلك بالتفصيل المراجع الاتية :-

- Julliot De La Monrandière, Droit Civil, T II, Dalloz, Paris. 1966. pp172 – 176

نعمان جمعة، دروس في المدخل للعلوم القانونية، مطابع سجل العرب، 1978 ، ص311

حسن كيرة، المدخل إلى القانون،-النظرية العامة للحق-، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1973 ، ص20

لا يمكن التذرع بأنه قد قبل شروط العمل التي فرضها صاحب العمل عليه، وبالتالي يتوجب أن يترك له حرية المساومة، وذلك كله إنكاراً لواقع الأمر، الذي يتمثل في القوة الاقتصادية التي يتمتع بها رب العمل مع ضعف العامل وحاجته إلى عمل .

فالحرية التعاقدية وإطلاق سلطان الإرادة، قد يكون لها من الكفاية بما يحقق المساواة القانونية المتمثلة بالتعبير الصادق عن الإرادة الحقيقية لأطراف التعاقد، والقائم على الرضا بينهم لولادة العقد، إلا أن المدلول الاقتصادي والاجتماعي للعقد تتلاشى أمامه الحرية التعاقدية، فبين الفقر والغنى والضعف والقوة، الحرية هي التي تضيع والحاجة هي التي تسيطر، فتعاقد العامل مع رب العمل لا يكون نابعاً من حرية التعاقد، وإنما هو نابع من خلال العوز والحاجة، فبالقدر الذي يكون هناك توازن بين المدلول الاجتماعي والاقتصادي من جهة، وبين المدلول القانوني من جهة أخرى نكون أمام عقد غاية في العدل مصدره المساواة الحقيقية الفعلية وليس فقط المساواة القانونية المتمثلة في سلطان الإرادة.[1]

فالفلسفة الاجتماعية والاقتصادية في العلاقة التعاقدية ينصب اهتمامها على تحقيق المساواة الفعلية الحقيقية بين المتعاقدين بما ينسجم مع مقتضيات العدل والعدالة، ولا تكتفي بالنص التشريعي على هذه المساواة حتى تتحقق الحرية التعاقدية، فالحرية التعاقدية في المفهوم الاجتماعي والاقتصادي هي الترجمة الفعلية لمبدأ المساواة تحقيقاً للعدل، وانسجاماً مع مقتضيات العدالة.

و الحرية التعاقدية بمفهومها القانوني لم تستطع تحقيق العدل بين المتعاقدين، وإنما يتحقق العدل من خلال التعادل بين الالتزامات التي يفرضها العقد، فالتوازن في الالتزامات يعد تعبيراً صادقاً عن مدى العلاقة بين القانون والأخلاق، فضلاً عن تحقيق الآمن والسلام الاجتماعيين، فالتوازن يمنع ظاهره استغلال الإنسان لأخيه الإنسان، من خلال تدخل النظام العام لحماية الطرف الضعيف[2]، وإعادة التوازن إلى العقد بإصلاح الأوضاع المترتبة على عدم التوازن، بما يحقق العدل التعاقدي[3].

وعلى ذلك، فالقيود التي يضعها القانون على سلطان الإرادة تحقيقاً للعدالة من خلال إقامة التوازن بين التزامات الأطراف المتعاقدة، فإنه يكون قد أعطى لهذه الإرادة كل التقدير والاحترام، بما وضع عليها من قيود منعا لإطلاقها، حماية للطرف الضعيف من الاستغلال، فالقانون عندما لا يعتد بإرادة الطرف الضعيف، فإن هذا يمثل احتراماً لسلطان الإرادة، على اعتبار أن إرادة الضعيف لم تكتمل لها الحرية، وبالتالي فلا سلطان لإرادة غير مكتملة، وإنما السلطان يكون للإرادة الحرة.

---

[1] عبدالله نجيب مرجع سابق – ص ٩٥ وما بعدها

[2] أكمل رمضان عبد القادر – الحماية القانونية للطرف الضعيف– مرجع سابق –ص ١٦٦ وما بعدها

[3] محمد عيد الغريب – مرجع سابق– ص ١٦٤و١٦٦

فحماية الطرف الضعيف من استغلال القوي في العلاقة التعاقدية هي من صميم النظام العام، ذلك أن إصلاح ما يصيب العقد من اختلال في التوازن، ووقوف الطرف الضعيف مكتوف الأيدي أمام القوي، يلقي على عاتق الجماعة واجباً يعنيها يتمثل في حماية الضعيف لكي يتمكن من مواجهة الطرف القوي، وذلك حماية لمصالحها، لان قبول الاختلال في توازن العقود يعرض الجماعة إلى الانهيار من خلال الفتك بالعدل والاعتداء على مقتضيات العدالة.

حيث أن القيود التي ترد على سلطان الإرادة، ما هي إلا قيود استثنائية لا تظهر إلا في حالة التعايش بين صالح الجماعة والمصلحة الخاصة، مما يؤدي إلى تأكيد النظام العام حتماً في هذه الأحوال على المصلحة العامة ويعترض سبيل المصلحة الخاصة، لأنه تعبير عن الإرادة الجماعية التي تقع تحت تهديد بعض التصرفات التي تكون على شكل عقود، و النظام العام يمثل الجماعة و يغلب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة عند التعارض، و يرمز إلى الأهداف الأساسية للمجتمع الذي تسوده القيم [١] .

وعلى ذلك فالقيود التي تفرضها فكرة النظام العام على سلطان الإرادة، ما هي إلا إرادة المجتمع التي تعصف بأي اعتداء عليها موجه من سلطان الإرادة الفردية، باعتبار أن الفكرة العامة للنظام العام تظهر من خلال سيادة الجماعة على الأفراد

والقيود التي تفرضها فكرة النظام العام تظهر أيضا في حالة اختلال التوازن بين مصالح أطراف متعارضة، والقانون وضع ليكون ضابطاً لهذا التوازن وعدالته تتحقق في الحالة التي تطرأ فيها ظروف تخل بهذا التوازن بين المصالح المتعارضة، والنظام العام يقتضي التدخل لإعادة هذا التوازن وإلا أصبح ما كان معياراً للعدل بقوته الملزمة وسيلة للظلم [٢]

المطلب الثالث

فكرة النظام العام التقليدي كمصدر لحدود حرية التعاقد

تمهيد وتقسيم:-

يعد مبدأ حرية التعاقد الذي يقصد به حرية الشخص في إبرام العقد، وحريته في الامتناع عن إبرامه، وحريته في تحديد مضمونه، أحد أهم المبادئ القانونية التي قامت عليها نظرية العقد قديماً وحديثاً.

---

[١] محمد عيد الغريب – مرجع سابق– ص٣٣ في الهامش رقم (2) من ذات الصفحة.

[٢] عبدالله نجيب مرجع سابق – ص ٩٧ وما بعدها– وراجع أيضا في ذلك عبدالرزاق السنهوري، مصادر الالتزام، مرجع سابق– ص١١١

فقد قامت نظرية العقد في ظل الأنظمة القانونية المعاصرة خصوصا مع بداية القرن التاسع عشر، على أسس الإطلاق في حركة الإرادة ومكنات الحقوق إعمالا لمبدأ حرية التعاقد. وهذا من شأنه بداهة أن يخلق نوعا من الصراع الصدامي بين الأفراد، صراع هو نتاج تعارض وتضارب الإرادات، الأمر الذي بات يهدد التضامن داخل المجتمع، والذي تستلزمه ضرورات الحياة الهادئة المستقرة داخل كل جماعة بما يحفظ تماسكها الحيوي .

وبالنظر إلى تلك الضرورة الحتمية لهذا التماسك الحيوي بين قوى المجتمع المختلفة يضحى تضارب الإرادات الفردية وتعارض مصالحها الحقوقية، أمر بالغ الخطورة يستوجب التصدي منعا لأي اختلال يمكن أن يصيب هذا التماسك. الأمر الذي وضع الفكر القانوني الوضعي– منذ بداية القرن الماضي— أمام تحد حقيقي، إذ كيف يتسنى له المحافظة على مبادئ الإطلاق في الحريات والحقوق، وفي ذات الوقت يحافظ على التوازن بين أفرد المجتمع وجماعاته على نحو يحول دون أي اختلالات اجتماعية، فاضطلعت فكرة النظام العام بمهمة الحد من حرية التعاقد والتقليل من غلوائها . ومن ثم فقد تم تقييد مبدأ حرية التعاقد من خارجه عن طريق فكرة النظام العام[1]. وهذا على خلاف مبدأ حرية التعاقد في الفقه الإسلامي فهو محكوم منذ البداية بعقيدة التوحيد أي بالعبودية لله رب العالمين فمهما ورد عليه من قيود مستحدثة تحقيقا للمصلحة الشرعية فسيظل كما هو ولا يمثل انقلابا في النظام الشرعي، لأنه جاء منذ البداية مقيدا بهذا القيد الهام وهو أن هذه الحرية في إنشاء العقد إنما هي منحة من الخالق سبحانه وتعالى ولا يجوز استخدامها إلا في

---

[1] مبدأ سلطان الإرادة وفكرة النظام العام مقال منشور على http://www.startimes.com/?t=16434736

Le principe de l'autonomie de la volonté et l'ordre public

ويشير إلى **Ch. Parleman et, R.Vaner**: Les nations à continu variable en droit, Bruxelles, 1984, p; 77

حول مشكلة التفرقة بين تنظيم الحرية وتقييدها والمحاولات الفقهية التي بذلت في هذا الشأن يراجع :

محمد عصفور– إطروحته للدكتوراه بعنوان " وقاية النظام الإجتماعي بإعتبارها قيداً على الحريات العامة " – كلية الحقوق بجامعة القاهرة _ عام ١٩٦١ ص ٧٩ : ٩٠

محمد حسين عبد العال ، المرجع السابق ، ص ٥٢ وما بعدها ، حيث يشير المؤلف إلى أن فكرة النظام العام آنذاك عرفت بالنظام العام السياسي أو الأخلاقي= L'ordre public politique et moral = ، والذي إقتصرت أهدافه علي حماية الكيان السياسي والأخلاقي داخل نطاق المجتمع .

عليان عدة– النظام العام وحرية التعاقد – مرجع سابق – ص١٢٨وما بعدها– محمد صديق محمد عبد الله، موضوعية الإرادة التعاقدية، دراسة تحليلية مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، 2012 ، ص26 عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط... ، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق،ص١٤١– سعيد شعله– مرجع سابق ص١٣٠

تحقيق مصالح الناس. فإذا تعارضت في بعض الأحيان مع مصالح الناس فيجب على ولى الأمر أن يتدخل لتقييد هذه الحرية

نقسم هذا المطلب الى فرعين الفرع الأول نعرض فيه إلى دور الفقه الوضعي في تطوير مبدأ حرية التعاقد

ثم نتعرض إلى تطور الدور الوظيفي لفكرة النظام العام في الفرع الثاني ونقسمه إلى

الغصن الأول: فكرة النظام العام كأداة قانونية للتأسيس للفكر الليبرالي الحر

الغصن الثاني: فكرة النظام العام كأداة قانونية لإعادة التوازن داخل المجتمع

الغصن الثالث:فكرة النظام العام كوسيلة لفرض مشروعية القاعدة القانونية وحمل الأفراد على احترامها– ونختتم هذا المطلب بعرض لأهم المبررات والأسباب لتدخل فكرة النظام العام للحد من حرية التعاقد في الفرع الثالث ونقسمه إلى

الغصن الأول:المبررات الاقتصادية والاجتماعية لتقييد فكرة النظام العام لحرية التعاقد

الغصن الثاني: المبررات القانونية لتقييد فكرة النظام العام لحرية التعاقد

الفرع الأول

دور الفقه الوضعي في تطوير مبدأ حرية التعاقد

أمام عجز كل من القانونين الروماني والكنسي عن الاعتراف صراحة بمبدأ حرية الفرد في إبرام العقود، بعيدا عن الشكليات والطقوس الرومانية، وبعيدا عن الفكرة الدينية التي توجب إلزامية الوفاء بالعهد، برز دور الفقه في التنظير لضرورة التخلي عن هذه الشكليات والطقوس، وإعادة الاعتبار إلى حرية الفرد والتسليم له بمجموعة من الحقوق يولد متمتعا بها، ولا يمكن للدولة المساس بها. وهذا ما نادي به فقهاء مدرسة القانون الطبيعي وقد كان لأفكار هذه المدرسة الفضل في ظهور وتفشي المذهب الفردي الذي قدس وأطلق العنان لحرية التعاقد غير أن مغالاة أنصار الفكر الفردي عجّل بظهور المذاهب الاجتماعية التي نادت بضرورة تقييد حرية الفرد في التعاقد حماية لمصلحة الجماعة [1]

أ– ظهور مبدأ حرية التعاقد في مدرسة القانون الطبيعي

يجمع الفقهاء على أن مبدأ سلطان الإرادة يستمد أصوله العميقة من تعاليم مدرسة القانون الطبيعي، التي يعتبر الفقيه الهولندي الشهير "جروسيوس" مؤسسها ورائدها في العصر الحديث،

---

[1] نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة لالتزام، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٩، ص: ٢٣

عليان عدة– النظام العام وحرية التعاقد – مرجع سابق – ص٩٤وما بعدها

أكمل رمضان عبد القادر – الحماية القانونية للطرف الضعيف– مرجع سابق –ص ١٢ وما بعدها

وإليه يرجع الفضل في تخليص فكرة القانون الطبيعي من الصبغة الدينية التي أضفتها عليه الكنسية في القرون الوسطى ٠ فيرى هذا الأخير أن العقل يفرض وجود حقوق لصيقة بالإنسان يولد مزودا بها وتحتّمها طبيعة تكوينه٠ وهذه هي الحقوق الطبيعية أو الحقوق الفردية أو حقوق الإنسان، التي لا تستطيع الدولة الافتئات عليها، ولا تملك القوانين الوضعية أن تمس بها أو تتجاهلها، بل تنحصر مهمة هذه القوانين في تأمين التمتع بهذه الحقوق وكفالتها لكل الأفراد .[١]

ويستتبع التسليم بهذه الحقوق الطبيعية نتيجتين : أولهما أن ربطة الالتزام لا يمكن أن تنشأ إلا بمشيئة الإنسان ورضائه الحر فإرادة الإنسان للالتزام، وعدم التزامه إلا إذا شاء، هو أحد مظاهر الحرية٠ والثانية أن سائر الالتزامات التي تنشأ بإرادة الإنسان ورضائه يتقيد بها ويجب عليه الخضوع لها٠ ذلك أن مفهوم الحرية يشمل قدرة الإنسان على تقييد حريته بنفسه، والحرية التي لا تتضمن سلطة التقييد الذاتي لا تشكل حرية بالمعنى الحقيقي ٠[٢]

والواقع أن كتاب مدرسة القانون الطبيعي كانوا يهدفون إلى القضاء على نظام يقوم على نشأة الالتزام في ذمة الفرد نتيجة لحالته في الأسرة والمجتمع دون اعتبار لإرادته. فعملت مدرسة القانون الطبيعي على تخليص الفرد من روابط الحالة، وعلى الانتقال من نظام المراكز القانونية إلى نظام التعاقد الحر أو حرية التعاقد.

وقد تأيّد مذهب القانون الطبيعي باتجاه آخر كان معاصرا ومصاحبا له طوال القرنيين السابع عشر والثامن عشر، ويتمثل في نظرية العقد الاجتماعي. ورغم أن أصل هذه الفكرة يرتد في الماضي السحيق إلى كتابات الفيلسوف اليوناني أفلاطون، إلا أنه قد ذاع اعتناقها طوال القرنين السابع عشر والثامن عشر وشهدت إحياء وتطويرا لها على أيدي الكثير من فلاسفة هذا العصر مثل " توماس هوبز " و " جون لوك " و "جون جاك روسو " . غير أن آراء هؤلاء الفلاسفة رغم إيمانهم الصادق بفكرة العقد الاجتماعي في ذاتها فقد تفاوتت بشأن تفصيلاتها [٣] ٠

---

[١] عليان عدة– النظام العام وحرية التعاقد – مرجع سابق – ص٩٥وما بعدها وفي حقيقة الأمر فإن المقصود من ذلك، هو تحقيق غاية سياسية تتمثل في محاربة طغيان الدولة والحد من سلطانها في مواجهة الفرد، بحيث لا تستطيع الدولة المساس بحريته أو تقييدها إلا بالقدر اللازم لضمان حريات الآخرين .محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص15

[٢] J. FLOUR et J–L .AUBERT, Les obligations, l'acte juridique, 6éme édition, Armand Colin, 1994, n°.104, p.59.

[٣] ماجد حسين–المفهوم القانوني لمبدأ سلطان الإرادة، والقيود الواردة عليه– مقال منشورعلى https://pulpit.alwatanvoice.com/content/print/428361.html

وقد كان روسو الدور البارز من خلال كتابه : " العقد الاجتماعي "، فهو يرى أن الفرد هو أساس القانون وغاياته، وقد ولد الفرد حر وسيدا لنفسه فلا يجوز أن يخضع لغير إرادته، وليس القانون في نهاية الأمر إلا صدى لإرادات الأفراد، التي تكوّن ما يسمى بالإرادة العامة، وعلى ذلك فالقانون الذي يخضع له الفرد هو من صنع الفرد نفسه، ويستمد شرعيته من كونه تعبير عن إرادة الأفراد المتمثلة في هذا العقد الاجتماعي الذي تنازل فيه كل فرد بمحض إرادته عن جزء من حريته لتحقيق الصالح العام.

ب- إطلاق مبدأ حرية التعاقد في ظل المذهب الفردي

لقد كان لمدرسة القانون الطبيعي، ومذهب روسو من خلال نظرية العقد الاجتماعي كما سبق بيانه، الأثر البالغ في ظهور مبدأ سلطان الإرادة وبالنتيجة حرية الأفراد في التعاقد، الذي شهد مع مطلع القرن السابع عشر رواجا وتجسيدا هائلا، وذلك على إثر تفشي المذهب الفردي، الذي لعبت فيه الثورة الفرنسية – التي اعتنقت مذهب روسو–، دور رائدا في ترسيخه وتوطيد دعائمه، ودانت له السيطرة والسيادة في المجال السياسي والاقتصادي والقانوني إلى أن بلغ ذروته خلال النصف الأول من القرن التاسع عشر [1].

فمن الناحية السياسية، انحصرت سلطات الدولة في أضيق الحدود احتراما للحرية الفردية، واقتصرت على القيام بدور سلبي بحيث لا تتدخل إلا بالقدر اللازم للمحافظة على الأمن حتى باتت

بتاريخ ٢٠١٧-٠٢- .ينظر لتفصيل أكثر، سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، الإسكندرية، 1993 ، ص 169 وما يليها؛ حمدي عبد الرحمن، المدخل إلى القانون، نظرية القانون، القاهرة،1981 ص56 ؛ محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 15 وما يليها .، ص5

[1] معداوي نجية– مضمون العقد بين حرية الإرادة و قيود المشرع –ص٥١ وما بعدها بحث منشور في مجلة الدراسات و البحوث القانونية.العدد الرابع على موقعها

http://www.univ-msila.dz/jlsr/wp-content/uploads/2018/12

ويشير إلى المراجع التالية –عبد الرحمن عياد، "أساس الالتزام العقدي"، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، الإسكندرية، ١٩٧٢م.* فتحي عبد الرحيم عبد الله،" العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام"،القاهرة، ١٩٧٩م– محمد عبد الظاهر حسين، "الجوانب القانونية لمرحلة السابقة، على التعاقد"، بحث منشور في مجلة الحقوق، العدد الثاني، السنة الثانية والعشرون، الكويت، ١٩٩٨م.* نبيل إبراهيم سعد ، "النظرية العامة للالتزام"، بدون طبعة، الدار الجامعية الجديدة، الإسكندرية ، ٢٠٠٤ . *مصطفى مجدي هرجة، "إيجار الأماكن المفروشة والمنشآت الطبية ومكاتب المحامين وانتهاء عقود الإيجار لغير المصريين"، ط١، دار الثقافة للطباعة والنشر، ١٩٨٤م.

عليان عدة– النظام العام وحرية التعاقد – مرجع سابق – ص٩٦وما بعدها عبد الحميد متولي، الحريات العامة، نظرات في تطورها وضماناتها ومستقبلها، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1975 ، ص24.

تعرف بالدولة الحارسة. وعلى الصعيد الاقتصادي ، فإن تقديس الحرية الفردية بات يعني إقرار الحرية الاقتصادية الكاملة، أي ترك المجال الاقتصادي مفتوحا أمام النشاط الفردي الحر. لهذا عرف المذهب الفردي في الفكر الاقتصادي بالمذهب الاقتصادي الحر ٠ وأما في دائرة القانون، جرى التعبير عن الحرية التي تسود المذهب الفردي من خلال اعتناق مبدأ سلطان الإرادة الذي مفاده أن الإنسان لا يلزم إلا بمحض إرادته وفي الحدود التي يريدها وبالكيفية التي يختارها. فالإرادة الحرة هي مصدر الحقوق والواجبات وهي التي تُنشأ الالتزام وتحدد مضمونه وتكسبه قوته الإلزامية وقد استند مبدأ حرية التعاقد في هذه الفترة على عدة اعتبارات فلسفية وأخلاقية واقتصادية. **فمن الناحية الفلسفية**، فإن هذا المبدأ يجد أساسه في فكرة الحرية الطبيعية للإنسان التي نادي بها أنصار القانون الطبيعي، ومفادها أن الإنسان يولد متمتعا بحريات تقتضيها طبيعته. لذا ينبغي أن يعترف المجتمع له بأكبر قدر ممكن من الحقوق وأن يكفل تمتعه بالحرية التي تمنحها الطبيعة له٠ ولذلك فإن من مقتضى حماية الحرية الفردية أن الشخص لا يلتزم إلا إذا أراد أن يلتزم بحريته واختياره ، وأن هذا المبدأ يعد أحد أسس الحرية [1] .**أما من الناحية الأخلاقية**، فإن أحدا لا يمكن أن يسعى بإرادته إلى أمر لا يتفق مع مصالحه والعقد باعتباره تعبير عن إرادة الأشخاص لابد أن يكون مطابقا ومحققا لمصالحهم. فما يقبله الشخص بإرادته لابد أن يكون عادلا. وفي هذا الصدد يقول الفيلسوف " فوبيه " : " من قال عقدا فقد قال عدلا" [2] .فالحرية العقدية القائمة على سلطان الإرادة هي خير سبيل لتحقيق الانتعاش الاقتصادي. ولذلك فإن أي نزعة تدخليه من جانب الدولة بفرض القيود أو الحدود على النشاط الاقتصادي بعيدا عن حرية المبادرة الفردية، إنما هو عمل سيئ ولابد أن ينتهي إلى عرقلة النمو الاقتصادي[3].

---

[1] حمدي محمد إسماعيل ، القيود الواردة على مبدأ سلطان الارادة في العقود المدنية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006 ، ص١١بسام مجيد سليمان و-. اكرم محمود حسين- موضوعية الإرادة(دراسة تحليلية مقارنة في ضوء ادارة المخاطر والتشريعات القانونية)- ص ٩١على الرابط https://www.google.com.eg/search?biw=1366&b للاطلاع على التطورات التاريخية لمبدأ سلطان الإرادة. ينظر – د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المصدر السابق، ص١٤٢-١٤٩.

[2] ورد ذكر هذه المقولة عند محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص27

[3] حمدي عبد الرحمن، سهير منتصر، نظرية الالتزام، الطبعة الأولى،بدون دار نشر، 2000 ، ص53 عليان عدة- النظام العام وحرية التعاقد – مرجع سابق – ص٩٨وما بعدها

فالإرادة الحرة – حرية التعاقد– في ظل المذهب الفردي هي أساس القانون، والغاية التي ينتهي إليها، وما المهمة التي يضطلع بها القانون إلا تحقيق حرية كل فرد بحيث لا تتعارض هذه الحرية مع حريات الآخرين. وهذا التوازن ما بين الحريات جميعا هو ما يجب على المشرع أن يعنى به[1].

ولا يقتصر سلطان الإرادة على توليد الالتزامات وحدها، بل أيضا يولد كل الحقوق الأخرى. فالملكية مبنية على حرية الإرادة، بل هي الحرية في مظهرها المادي الملموس، وحقوق الأسر مبينة على عقد الزواج أي على حرية الإرادة، والميراث مبني على وصية مفروضة، بل العقوبة الجنائية لا مبرر لمشروعيتها إلا في الإرادة، فالمجرم الذي خرج على المجتمع قد ارتضى مقدما أن يناله الجزاء ذلك لأن القانون ما هو إلا وليد الإرادة.وهكذا أصبحت الإرادة الحرة هي التي تهيمن على جميع مصادر الالتزام. وهذه الإرادة تتجلى قوية في العقد، فتثبت للشخص كامل الحرية في إبرام ما يشاء من العقود بحيث لا يحد من هذه الحرية إلا اعتبارات النظام العام والآداب العامة. كما تثبت له الحرية كذلك في عدم التعاقد بحيث لا يدخل في رابطة عقدية لا يريدها٠ ومن ثم، فإنه وفي إطار العقد فالمتعاقدين لا يلتزمان إلا بإرادتيهما. ولا يلتزم أحد بعقد لم يكن طرفا فيه٠ كما لا يكسب أحد حقا من عقد لم يشترك فيه٠ والعقد الذي تم بتوافق إرادتين مستقلتين، لا يجوز تعديله إلا بتوافق هاتين الإرادتين، فلا يستقل أحد من المتعاقدين بتعديله، ولا يجوز للقاضي نفسه بدعوى إتباع قواعد العدالة أن يعدل فيه.

وقد نتج عن هذا كله عدم الاعتراف بأي تشريع أو قانون يقوم على تقييد حرية التعاقد، كتنظيم عقد العمل، أو تحديد الأسعار، أو الفائدة وقد تجسد ذلك من خلال قانون نابليون – القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤– الذي قام على تقديس حرية الفرد واحترم إرادته، بحيث صاغت المادة ١١٣٤ منه فكرته العامة بنصها على أنه :الاتفاقات المعقودة شرعا تقوم مقام القانون بالنسبة لأطرفها".[2]

ج– تقييد مبدأ حرية التعاقد في ظل المذهب الاجتماعي

إذا كان مبدأ حرية التعاقد قد بلغ ذروة مجده خلال القرن التاسع عشر، إلا أنه بدأ مع حلول القرن العشرين يعاني من انتكاسات هامة، ويمكن إرجاع هذا الانتكاس إلى عاملين أساسين

---

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط... ، – المجلد الأول–، المرجع السابق، ص ١٥٣

[2] عليان عدة– النظام العام وحرية التعاقد – مرجع سابق – ص٩٩وما بعد أكمل رمضان عبد القادر – الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقود الإذعان في القانون المدني – مرجع سابق –ص ٢٤ وما بعدها

أولهما: مغالاة أنصار المذهب الفردي في تطبيقه إلى حد التطرف ، مما أدى إلى نتائج شاذة تجافي العقل والمنطق، فالإرادة عندهم هي أساس كل التزام أياً كان نوعه بما في ذلك أحكام القانون، كونه مجرد تعبير عن مجموع إرادات الأفراد .

ويتمثل ثانيهما: في أن العوامل السياسية والاقتصادية التي كانت سببا في ازدهار مبدأ حرية التعاقد أخذت تتكمش تدريجيا تحت تأثير عوامل أخرى. فقيام الصناعات الكبيرة، وتأسيس الشركات الضخمة التي تضم جموعا هائلة من العمال، كانت وراء ظهور المذاهب الاشتراكية أو الاجتماعية، التي قامت في وجه المذهب الفردي. وبذلك فإن مبدأ حرية التعاقد يكون قام على أساس اقتصادي وانكمش متأثرا بعوامل اقتصادية.[1]

فالمذهب الفردي أصبح يمكّن الأقوياء من استغلال الضعفاء والتحكم فيهم باسم حرية التعاقد، مع العلم أن حرية التعاقد هذه أصبحت — تحت ضغط الظروف الاقتصادية المستجدة- حرية وهمية. فرغم أن العامل يملك حرية التعاقد، فإن ممارسة هذه الحرية أمر متعذر عليه، لأنه في الواقع مضطر إلى التسليم بشروط العمل الجائرة والتعسفية لرب العمل. كما انه باسم حرية التعاقد تمكن بعض الأفراد من التحكم في البعض الآخر عند اختلال التوازن بين العرض والطلب. فضاعت الحرية الحقيقية وأصبحت مجرد إملاء شروط جائرة من طرف على طرف ، بعد أن صار القول الفصل لقانون العرض والطلب.ذلك أنه وتحت ستار الحرية المطلقة والمساواة في ظل المذهب الفردي الذي كان سائدا وقتئذ، فرض رب العمل شروطا قاسية وظالمة على العامل سواء من حيث التزامه بالعمل لساعات طويلة دون تفرقة بين رجل وامرأة وصبي. كما زادت حوادث العمل التي لا يقابلها تعويض بدعوى أنها وقعت بفعل الآلة، وليس خطأ رب العمل. وقد ترتب على ذلك أن تدهورت أحوال العمال وتعرضوا لكثير من المظالم دون أن يقدم لهم النظام القانوني القائم آنذاك قدر كافيا من الضمانات لحمايتهم، برغم أن الناس يولدون أحرر ومتساويين في الحقوق.

وقد كانت هذه التطورات سببا في تغلغل وانتشار المبادئ الاشتراكية، مما ساهم في تغير وظيفة الدولة من جانبين : أولهما أنها أصبحت تتدخل في الميدان الاقتصادي عن طريق تسييره أو

---

[1] وفي هذا الصدد يقول الفقيه جوسران إننا نقبل على نظام قانوني جديد بدأ في الظهور ويهيمن تدريجيا على جوانب الحياة الاجتماعية، وهذا النظام هو نظام اقتصادي في المقام الأول، ويضيف قائلا إن القانون لم يعد علما للعدل والظلم، بل أصبح تقنينا للثروة والظواهر الاقتصادية، فقد صار العدل هو كل ما يتفق مع مقتضيات الضرورات الاقتصادية، والظلم هو كل ما يتعارض معها راجع

-L. JOSSERAND , Un ordre juridique nouveau, D.H, 1937, chr .p . 41

أشار إلية محمد حسين عبد العال، المرجع نفسه،هامش رقم 01 ، ص ١١٠

عليان عدة- النظام العام وحرية التعاقد – مرجع سابق – ص٩٩وما بعدها

توجيهه مما جعلها تتدخل في المعاملات التعاقدية التي يباشرها الأفراد وذلك بتقييد إرادتهما وحريتهما التعاقدية من عدة جوانب. فالعقد الذي كان يجسد الإرادة الفردية أصبحت تتدخل فيه إرادة الدولة بحيث تشارك إرادة الطرفين في تكوينه وتحديد مضمونه، بل قد تتخلى الدولة عن فكرة العقد تماما

وتمثل الجانب الثاني في تكفل الدولة واهتمامها بحماية المتعاقد الضعيف اقتصاديا أو اجتماعيا أو ثقافيا، مما جعل العقد يخرج من نزعته الفردية إلى نزعة جماعية، حيث أصبح العقد الذي كان يعتبر مجرد شأن للمتعاقدين يهم المجتمع ككل، فالعقد يعتبر وسيلة من وسائل الحياة الجماعية، وأداة لتحقيق النفع العام .

وقد كشفت هذه التطورات عن زيف الأساس الذي يقوم عليه المذهب الفردي. فما ينادي به من حرية مطلقة ومساواة تامة بين الأفراد أمر لا يؤيده الواقع، ذلك أن المساواة بين الغني والفقير أو بين العامل وصاحب العمل لا يمكن أن تكون مساواة حقيقية لأن الأفراد لا يتساوون من حيث القدرات والإمكانات الاقتصادية. كما أن الحرية بالنسبة للفقير أو العامل ليست إلا حرية نظرية فقط لا تتجسد في الواقع، لأن ممارسة الحرية تتطلب تكافؤ الفرص، والمذهب الفردي لا يوفر هذا التكافؤ[1].لهذا نهض الفقه للحد من غلواء سلطان الإرادة وظهر فيه خصوم لهذا المبدأ سهروا على نقده. فالملكية ليست إرادة مطلقة للمالك بل تؤدي وظيفة اجتماعية ويمارسها صاحبها بما يحقق الصالح العام للمجتمع. وإرادة المورث ليست هي قوام الميراث لأنه نظام قانوني يستند إلى المصلحة العامة ومصلحة الأسرة. وإرادة الزوجين لا تحدد حقوق الأسرة لأن دورهما يقتصر على الدخول في مركز قانوني عنى المشرع بتنظيمه بما يتفق مع مصالح الأسرة والمجتمع. كما أن خضوع الفرد للجزء القانوني سواء كان جنائيا أم مدنيا أمر وثيق الصلة بأمن المجتمع وسلامته واستقرار المعاملات فيه ولا يتصور تفسيره استنادا إلى إرادة الفرد نفسه[2]. ويظهر بجلاء من كل ما سبق مدى ما ينطوي عليه إطلاق مبدأ حرية التعاقد من إرهاق لحقائق الحياة، لذلك وجد الاشتراكيون المناخ الملائم للمناداة بتدخل المشرع لحماية الطرف الضعيف، وتحقيق التوازن بين المتعاقدين عندما تؤدي الظروف الاقتصادية والاجتماعية إلى اختلاله، ذلك أن منطقهم تمثل في أن غاية القانون يجب أن تكون المجتمع وليس الفرد. وبذلك تسلل التدخل التشريعي رويدا رويدا

---

[1] عليان عدة– النظام العام وحرية التعاقد – مرجع سابق – ص١٠١وما بعدها

أكمل رمضان عبد القادر – الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقود الإذعان في القانون المدني – مرجع سابق –ص ٣٩ وما بعدها – محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص41 و 42

[2] – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد –المجلد الأول، المرجع السابق، ص 159.160عليان عدة– النظام العام وحرية التعاقد – مرجع سابق – ص١٠١وما بعدها

على حساب سلطان الإرادة وحرية التعاقد، وعليه يمكن القول أي هذه القيود قد ساهمت في الانتقال من سلطان الإرادة إلى سلطان القانون[١] .

الفرع الثاني

تطور الدور الوظيفي لفكرة النظام العام

متى كان النظام العام مجموعة قواعد جازمة موجهة إلى الأفراد المخاطبين بها، منشئة لإطار تتضغط داخله إرادات هؤلاء الأفراد جميعا تحقيقا للمصلحة العامة. فإن حرية هؤلاء الأفراد في إبرام وإنشاء العقود، ستفقد حتما قدرا من سلطانها وحريتها. بحيث ينبغي التضحية بسلطان الإرادة الفردية لصالح إرادة المجموع [٢]

ولا تتحقق هذه الحماية إلا من خلال القيود والضوابط التي ترسم للناس حقوقهم وتبين لهم واجباتهم، لابد لهذه القيود من صفة الحتمية والإلزام، ليكون أثرها نافذا بين الناس.

وهكذا فإن فكرة النظام العام ، تصبح بمثابة حد على حرية التعاقد، بل إن جميع الحدود والقيود الأخرى الواردة على هذه الحرية، يمكن ردها في أبعادها ومراميها المبتغاة إلى فكرة النظام العام. الأمر الذي يمكن القول معه، والذي سيتم التدليل عليه في هذا المبحث، أن هذه الفكر باتت تشكل مصدرا لحدود حرية التعاقد

إن تتبع تطور فكرة النظام العام في القانون الفرنسي، يكشف عن تعدد الوظائف التي اضطلعت بها هذه الفكر، فقد استحالت من أداة في يد الطبقة البورجوازية لبث أفكارها الليبرالية الحر (أولا). إلى فكرة يرتجى منها حفظ التوازن داخل المجتمع وإزالة التضارب بين الإرادات الحر ة منعا لأي إخلال بالمصالح الأساسية في المجتمع (ثانيا). إلى أن أصبحت وسيلة لفرض مشروعية القاعدة القانونية بعدما إنزوى العرف من صناعتها(ثالثا).

---

[١] - Julliot De La Monrandière, Droit Civil, T II, Dalloz, Paris. 1966. pp172 - 176
أشار إلية حمدي محمد إسماعيل ، المرجع السابق، ص25

[٢] عماد طارق البشري، المرجع السابق، ص101

مريم عثمان-، Luster esthétique de la Ville-مجلة العلوم الإنسانية العدد السادس ديسمبر ٢٠١٦-
منشور على http://www.univ-oeb.dz/JHS/docs/n6/3.pdf

www.univ-biskra.dz/lab/، دناش رياض،» النظام العام«، مجلة المنتدى القانوني، العدد الخامس ،٢٧٩.ص

SMORTO Guido , « La justice contractuelle », RIDC, n° 03, 2008, p586

ميريني حنان، النظام العام الاقتصادي وتأثيره على العالقة العقدية، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر في القانون، فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، ٢٠٠٤، ص.٠٢.

الغصن الأول

فكرة النظام العام كأداة قانونية للتأسيس للفكر الليبرالي الحر

لم يعرف تاريخ البشرية قبل وصول البورجوازية لسدة الحكم، استخدام للنظم القانونية بغية تحقيق أهداف ومصالح بعض الجماعات داخل المجتمع مثلما شهدته المجتمعات في ظل البورجوازية، التي لم تكتف بصياغة الأفكار القانونية على النحو المحقق لأهدافها، وإنما أعادت صياغة العقل الجمعي القانوني ذاته بأنساقه القيمية والمفهومية والأخلاقية .

فكانت فكر النظام العام مظلة يتعين على التصرفات القانونية أن تستظل بشرعيتها وإلا كان البطلان جزءا لها، ومن ثم عكف النظام القائم آنذاك على صناعة هذه المظلة، وذلك بتأميم صناعة القاعدة القانونية لصالح المؤسسة التشريعية التي يسيطر عليها الفكر الفردي الحر

وهكذا فقد صاغ الفكر البورجوازي البناء القانوني إلى نهاية القرن التاسع عشر على أصل من مفهوم فردي خالص، يمثل فيه الفرد القيمة العليا وحريته هي موضع القانون، وحقوقه هي لبناته بحيث يغدو الفرد وكأنه في النهاية الغاية العليا للقانون. [1]

الغصن الثاني

فكرة النظام العام كأداة قانونية لإعادة التوازن داخل المجتمع

إن البناء القانوني الذي شيده المجتمع الليبرالي، والقائم أساسا على إطلاق حريات الأفراد، قد خلق نوعا من الصرع والتضارب بين إرادات الأفراد داخل المجتمع، الأمر الذي أضحى يهدد التوازن المجتمعي، وهدم كل ما شيده الفكر الليبرالي الحر. لذلك وجب البحث عن وسيلة من شأنها منع هذا الاختلال، فكانت فكرة النظام العام أحد أهم أدوات العقل القانوني الوضعي التي وجد فيها بغيته لأجل ضبط سلطان الإرادات وأداء الحقوق، ليصير لكل إرادة فردية أو جماعية سلطانها الكامل، شريطة أن لا تعرض أيا من أسس ومصالح الجماعة التي ترتكز عليها لخطر الانتهاك. وعليه فقد غدت فكرة النظام العام والحرية وجهان لعملة واحدة، فهي ليست سوى تنظيم لحركة الأفراد داخل الجماعة تنظيم يحول دون تعارضها أو تصادمها.

ذلك أنه ونتيجة للثورة الصناعية التي شهدتها أوروبا في تلك الفترة، وانتشار الآلة، تعطلت الملايين من القوى العاملة، ونتيجة لزيادة العرض على الطلب تحكم رأس المال في اليد العاملة التي لم تعد تملك أي إرادة حرة في التصرف مما أدى إلى انعدام الحرية ذاتها. وإزاء انعدام الحرية وانتشار

---

[1] عليان عدة– النظام العام وحرية التعاقد – مرجع سابق – ص١٣١وما بعدها

عماد طارق البشري، المرجع السابق، ص59

البطالة تركزت الحقوق في يد القلة من أصحاب المصالح حائزي رس المال، ما بات يوشك باستحالة النظام الفردي الحر إلى نقيضه.

الأمر الذي حدا بالسلطة إلى التدخل لضبط عمليات التسيير المجتمعي، وفق قراءة جديدة لأسس النظام الفردي الحر، مدعمة بأفكار مستحدثة عليه، من فرض جواز تدخل الدولة في الأنشطة الفردية والاجتماعية، وتعين استهداف المساواة على مستوياتها النظرية المدنية والقانونية، وكفالة تطبيق مبدأ تكافؤ الفرص[1] .

الغصن الثالث

فكرة النظام العام كوسيلة لفرض مشروعية القاعدة القانونية وحمل الأفراد على احترامها

إن القاعدة القانونية أيا ما يكون مصدر شرعيتها تجد في قبول المجتمع سندها الأساس في البقاء والفاعلية، فثمة من القواعد القانونية ما يكون ذا نشأة صحيحة من الناحية الشرعية، ومع ذلك سرعان ما يصيبها الذبول والانزواء، لعدم مصادفتها لقبول المجتمع الذي يشكل قوة دفع لكل قاعدة قانونية تروم بقاءها ودوام فاعليتها[2]

فقد ظل العرف ولأمد طويل المصدر الوحيد للقاعدة القانونية، وهو لا يعدو أن يكون استخلاصاً لما جرى العمل به، دونما أدنى تدخل من السلطة الحاكمة. أي هو الاستجابة الجمعية التلقائية لما تفرضه ضرورات الحياة في الجماعة .

ومع التطور الذي لحق المجتمعات، تم استحداث مصادر أخرى للقاعدة القانونية بخلاف العرف، ومع ذلك بقي القبول العام للمجتمع حجر زاوية شرعية أي قاعدة قانونية. فقد اكتشفت الدولة الحديثة استحالة تهميش دور القبول العام للمجتمع. فالقاعدة القانونية تتطلب حتى تحقق الغاية التي سنت من أجلها، قبول المجتمع بها، وإلا تعرضت لجميع صور التملص والخرق كلما أمكن ذلك، إذ أن عنصري الجبر والجزء لا يمكنهما أن يضطلعا وحدهما بحمل أفراد المجتمع على قبول القاعدة القانونية . فكان لا بد من ابتداع أداة قانونية لتحقيق هذه الغاية، وهو ما اضطلعت به فكرة النظام العام من جديد، فعن طريق نسبة القاعدة القانونية المراد إقناع الجماعة بها إلى هذه الفكرة، – باعتبار القاعدة محققة لحماية عليا للمصالح الكلية للجماعة التي لن يستقيم حالها بدونها– يمكن للدولة توفير القبول المتطلب لمنح القاعدة المصداقية التي هي جوهر شرعية أي قاعدة قانونية.

---

[1] عليان عدة– النظام العام وحرية التعاقد – مرجع سابق – ص١٣٢وما بعدها

[2] عماد طارق البشري، المرجع السابق، ص59

مما تقدم يظهر تنوع وتعدد الوظائف التي اضطلعت بها فكرة النظام العام، وهذا التطور الوظيفي قد مس في الحقيقة جميع فروع القانون العام منها والخاص

الفرع الثالث

مبررات وأسباب تدخل فكرة النظام العام للحد من حرية التعاقد

لقد ثبت مما سبق أن حرية التعاقد وبفعل التطورات والتغيرات التي شهدتها المجتمعات خصوصا مع منتصف القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين، أصبحت تثبت مقيّدة، وهذا التقييد بات أمرا ضروريا يفرضه العيش في الجماعة، لا يختلف الفقه في أن فكرة النظام العام تعد أهم قيد على هذه الحرية، بل أن كل القيود الأخرى يمكن ردها في مراميها وأبعادها المتغيّاة إلى فكرة النظام العام. الأمر الذي يدعوا للبحث عن المبررات والأسباب التي كانت وراء هذا التقييد ذلك أن فكرة النظام العام كما يرى بعض الفقه، تستقيم في شكل خطاب جازم موجه إلى الأفراد المخاطبين بأحكامه، في من لهم أهلية التصرف قانونا، وهذا الخطاب ينشئ إطار تنضغط بداخله إرادات هؤلاء الأفراد جميعا، إذ تفقد من سلطانها بقدر ما تستوجبه اعتبارات الانضغاط بحدود هذا الإطار، وفقدان الإرادة لسلطانها عندئذ لا يكون تخليا طوعيا وإنما نزلا جبريا، لتضحى الإرادة الفردية فاقدة لكل سلطان تقديري بخصوص التصرف المرد إتباعه، لتغدوا غير مستطيعة حيال مقتضيات أحكام النظام العام سوى الانصياع.[1] فالعقد أصبح بفعل التطورات الحاصلة في المجتمع نظام اجتماعي يقصد به تحقيق التضامن الاجتماعي في المجتمع الذي نشأ فيه ولا يقصد منه تحقيق ما للإرادة من حرية وسلطان، لأنه لا يقوم على توافق إرادتين ولا يستمد قوة إلزامه من الإرادة، بل هناك اعتبارات اجتماعية واقتصادية يستمد قوة الإلزام منها. لتغدوا هذه الاعتبارات بمثابة الأسس التي تستند عليها فكرة النظام العام في تقييدها لحرية التعاقد

فتمتل حرية التعاقد أصلا من أصول القانون المدني، وهي ترجمة عملية لمبدأ سلطان الإرادة، مما يعني أن الإرادة التعاقدية هي صاحبة السلطان الأكبر في إنشاء العقود والشروط وفي تحديد آثارها ، ومن ثم تكون الاستجابة للعقد لها قيمة معادلة للاستجابة للقانون. فمتى انعقد العقد على الوجه الصحيح فإنه يقوم مقام القانون فيما بين المتعاقدين ولا ينقضي إلا برضائهما أو في الصور المقررة بالقانون.

---

[1] عليان عدة– النظام العام وحرية التعاقد – مرجع سابق – ص١٣٣وما بعدها

أكمل رمضان عبد القادر – الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقود الإذعان في القانون المدني – مرجع سابق –ص ٣٩ وما بعدها د/ معداوي نجية– مضمون العقد بين حرية الارادة و قيود المشرع– مرجع سابق ص٣٣

ومن هذا المنطلق رفض المشرع الفرنسي في قانون نابليون الاعتراف للقاضي بهذه الصلاحية نظرا لما كان يبديه من احترم كبير لمبدأ حرية التعاقد، والذي يؤكد على وجوب تنفيذ العقد تنفيذا دقيقا، ولا عبرة بما يلحق المدين من خسارة تصيبه لا من خطئه، بل من تغيير الظروف، فهذه أمور تخصه وحده، ولا شأن للدائن بها[1].

على أنه وبتغير الظروف الاقتصادية والاجتماعية التي نشأ في رحابها مبدأ حرية التعاقد، بدأت تشريعات الدول في التوجه نحو الاعتداد بمصالح الجماعة وتغليبها على مصلحة الفرد، فاتسعت بذلك دائرة النصوص القانونية الآمرة المتعلقة بالنظام العام، مما أدى إلى أن تنحصر تلك الحرية في حدود ضيقة لصالح القانون والقضاء[2].

و عليه يمكن إرجاع أسباب تراجع حرية التعاقد، وكثرة القيود التي فرضتها فكرة النظام العام عليها بالأساس، إلى مبررات اقتصادية واجتماعية من جهة ومبررات قانونية من جهة أخرى

الغصن الأول

المبررات الاقتصادية والاجتماعية لتقييد فكرة النظام العام لحرية التعاقد

لقد أسفر تطبيق مبدأ حرية التعاقد الذي ساد طوال القرن التاسع عشر وحتى بدايات القرن العشرين عن الكثير من السلبيات. فعلى إثره تحكمت القوى الاقتصادية القوية في القوى الضعيفة، وخضعت هذه الأخير لهيمنة الرأسمالية واحتكاراتها التي تدر بالربح لفئة قليلة على حساب باقي فئات المجتمع، مما أثر كثيرا على مبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد فاختل ميدان العدل التبادلي وظهر الاحتكار وتركزت الملكية بكافة صورها في يد فئة قليلة، واختفى مبدأ المساواة بين الأفراد الذي كان إلى وقت غير بعيد سمة من سمات المذهب الفردي الحر [3]

فمع تقدم الإنتاج الصناعي والثورة الصناعية، والميل إلى التركيز ظهرت شركات قوية برؤوس أموال كبير أدت إلى تفاوت اقتصادي واجتماعي خطير وضعف ظاهر من ناحية الحرية التعاقدية، فبدلاً من أن تتحقق الحرية للطرفان، أصبح أحدهما يفرض شروط العقد على الآخر، ومن ثم جاء العقد تعبير عن إرادة واحدة وليس إرادتين متساويتين[4].وفي هذا الصدد ينقل الدكتور فرج الصدة

---

[1] وعلى الرغم من ذلك، فإن القضاء الإداري الفرنسي متمثلاً في مجلس الدولة، على عكس القضاء المدني كان يأخذ مسألة تغيير الظروف بعين الاعتبار، ويندفع لتعديل العقد بما يتلائم والظروف الجديدة التي لم تكن متوقعة من المتعاقدين

[2] شفيق شحاتة، النظرية العامة للالتزامات، الجزء 01 ، طرفا الالتزام مصر،(بدون تاريخ نشر)، ص ١٢٧

[3] عليان عدة– النظام العام وحرية التعاقد – مرجع سابق – ص١٤٧وما بعدها .–ينظر؛ حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات، الكتاب الأول، في نظرية العقد، مطبعة نوري القاهرة، 1943 ص٦٦

[4] رضوان السيد راشد، الإجبار على التعاقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1998 ، ص 29

عن الفقيه بوتييه قوله : " إن قاعدة المساواة هي التي يجب أن تسيطر على كل العقود، وأن المتعاقد الذي ليس عنده نية التبرع للطرف الآخر لا يمكن أن يلزم إلا بإعطاء مساو لما أعطاه الطرف الآخر أو ألزم بإعطائه، فإذا ألزم بإعطاء أكثر فإن المساواة التي ترمي إلى التعادل لا تتوافر وبذلك يصبح العقد جائرا " [١].ومن أكثر صورها اللامساواة التي انتهت إليها علاقات العمل، حيث ازدادت قوة وهيمنة المستخدم، وبالمقابل الضعف المستمر للعامل. وهذه اللامساواة كانت واضحة في النصف الثاني من القرن التاسع عشر بعد الثورة الصناعية الرأسمالية و تطور الآلات، فكان مالك وسائل الإنتاج مالك كذلك لكل سلطات تسيير المؤسسة، يتعاقد مع عامل ويمنع عليه الانضمام إلى جمعية ذات طابع مهني فارضا عليه الشروط التي تناسبه ٠ فقد أدى تركيز رؤوس الأموال ووسائل الإنتاج إلى التباين في القوى الاقتصادية [٢]. فعقود التكامل في المجال الزراعي، d' integration contrats كانت تتيح للمزارع أو مربي المواشي الحصول من الصناعيين أو التجار على مساعدات مالية مقابل بعض الالتزامات. وغالبا ما تكون هذه المساعدة في شكل إعانة لأجل بداية الموسم الزراعي، وتربية المواشي، أو التوريد المباشر للأعلاف المعدة للتخزين. غير أن هذه المساعدة ليست مجانية، فالمنتج الزراعي عليه في المقابل أن يعقد عدة التزامات كحصرية التوريد والتموين واحترم المعايير التقنية.

وتدخل المشرع الفرنسي فيما بعد للتقليل من إساءة الاستعمال والتعسف في هذا الشأن عن طريق القانون المتعلق بالاقتصاد العقدي في الزراعة لتنظيم اللجوء إلى هذا الأنموذج من الاتفاقيات بإخضاعه لنظام خاص ما دام يترجم بتبادل توريد الإنتاج والخدمات

فاختلال التوازن واللامساواة في العقد لا يقتصر على عقود العمل وعقود التكامل الزراعي [٣] فحسب، بل يمتد إلى العقود المبرمة ما بين المقاولين والأفراد وبين المقاولين أنفسهم فيما يسمى بالمقاولة من الباطن. فتركيز رؤوس الأموال أثر على المنافسة، وعلى العلاقات التعاقدية التبعية ما

---

https://anibrass.blogspot.com/2015/01/blog-post_90.html

[١] عبد المنعم فرج الصدة، عقود الإذعان في القانون المصري، رسالة دكتوراه، جامعة فؤاد الأول، القاهرة، 1946 ، ص١٢

[٢]

GHESTIN, Traité de droit civil, le contrat, LGDJ, Paris, 1980- p66
- **G.Berlioz**, Le contrat d'adhésion, Thémis, Paris, 2 ème édition,n° 16,p. 15

[٣]

.**G. Berlioz** – le contrat d'adhésion, Thémis, Paris, 2éme édition p.15. n°16
F. Chabas, leçons de droit civil, Tome II, delta, 9éme édition 2000 -P55
V.A. Seube, le contrat de fourniture, themis, Montpellier, 1995 a propos des contrats
.d'assistance et de fourniture- p25

بين المقاولات المختلفة، فبدلا من اكتساب ملكية أو التحكم في مقاولة، قام التجار أو أصحاب المصانع بإبرام عقود بمقتضاها ضمنوا توريدهم الحصري لمنتجات هذه المقاولات لمدة محددة. كما كانت تلجأ المقاولة الأصلية عمدا إلى عدم القيام بالأشغال المطلوبة، بل تعهد بها إلى مقاولات أخرى، مما يتيح لها تجنب اللجوء إلى التوظيف الضروري للمعدات والموظفين، مما يجعل المقاولة من الباطن في خدمة المقاولة الأصلية[1] .

وهكذا يظهر مما سبق بيانه أن العوامل الاقتصادية التي كان لها الفضل الأكبر في انتشار المذهب الفردي وتكريس مبدأ حرية التعاقد، هي ذاتها التي كانت فيما بعد سبباً في تقييد هذا المبدأ، وتهيئة الفرصة لعوامل التدخل من جانب السلطة العامة، فظهرت بوادر التوجيه العقدي تحقيقا للمساواة الاقتصادية. وبذلك حل الاقتصاد الموجه محل الاقتصاد الحر[2] .

وتزامنا مع هذه الظروف الاقتصادية ظهر أنصار المذهب الاجتماعي، مما يقتضي منع تسلط الطرف القوي في التعاقد على الطرف الضعيف، وتقييد إرادته، ومن هنا تدخل القانون للحد من القوة الإلزامية والقدسية للعقد، لصالح المنفعة الاجتماعية، والعدالة التعاقدية ومتطلبات الصالح العام. فالعقود لم يعد ينظر إليها على أنها ظواهر فردية، وإنما ظواهر اجتماعية لها أثرها على الاقتصاد العام، لذلك تدخلت الدولة من خلال فكرة النظام العام لتحديد أسعار السلع والمنتجات في العلاقة بين البائعين والمشتريين أو بين المستهلكين والحرفيين، وبمد عقود الإيجار وفرض الحق البقاء وتحديد القيمة الإيجازية حماية للمستأجرين، وبتنظيم العمل وقواعده في العلاقة بين العمال وأرباب العمل

الغصن الثاني

المبررات القانونية لتقييد فكرة النظام العام لحرية التعاقد

إن الإرادة الفردية في المجتمع المثالي لا تعتبر المصدر الوحيد للحقوق والالتزامات فقط، بل تتمتع في ممارسة سلطانها بحرية مطلقة، فلا يمكن للإرادة أن تنحني أمام عدالة عليا طالما أنها هي التي تخلق العدل بنفسها، طبقا لمقولة كل تعاقد فهو عادل.

ومادام أن الإرادة قادرة على تحقيق العدل بنفسها عندما ترتبط بعلاقة تعاقدية مع طرفا آخر، فإن على المشرع أن يمتنع عن التدخل في العقد. وهكذا فالعلاقات الاجتماعية لا تنظم إلا على أساس إرادي أي تعاقدي، وداخل هذا الإطار فالقانون الوضعي استخلص مبدأ طبيعيا هو ضرورة احترام العقود، فالإرادة هي المصدر الوحيد للالتزام القانوني وهي في الوقت ذاته وسيلة تحقيق العدالة

---

[1] عليان عدة– النظام العام وحرية التعاقد – مرجع سابق – ص١٤٩وما بعدها

[2] عبد المنعم فرج الصدة، عقود الإذعان في القانون المصري، المرجع السابق، ص٤٨

وترتيبا على هذا فقد كانت العدالة التعاقدية مقصورة على الثمن العادل تحت تأثير رجال الدين، وبالتالي لا يمكن أن تحدد بعنصر خارجي بصفة موضوعية ٠ فالعقود هي التي تنشأ العدل عن طرق قانون العرض والطلب، فالعدالة التعاقدية واقعة طبيعية تحدد عن طريق المنافسة وليست مطلبا مثاليا، وهذا يمنع كل تدخل في العقد بدعوى القيام بتصحيحه باسم الإنصاف وإدعاء عدم وجود العدالة، فقد كان عقد العمل أكبر مثال للثمن العادل تحقيقا للعدالة التبادلية قبل أن يتدخل المشرع ليحقق من خلاله عدالة توزيعية ٠

فانطلاقا مما أفرزه الواقع الاجتماعي والاقتصادي، نتيجة الإسراف في تطبيق مبدأ حرية التعاقد، وقع نوع من الاختلال بين مصالح الأفراد بعضهم البعض من جهة، والمصالح العليا للمجتمع من جهة أخرى، مما تطلب التدخل لعمل موازنة ومواءمة بين هذه المصالح لرفع التعارض فيما بينها، وإحلال التضامن محل التنازع.[١]

وبعبارة أخرى أصبح من الضروري البحث عن كيفية التوفيق بين حرية الإرادة الخاصة وحماية الصالح العام من خلال عدم المساس بالقواعد التي أصبحت متعلقة بالنظام العام. فإذا كان القانون يعترف من الناحية الشكلية للعقد المنشأ بين الطرفين بالقوة الملزمة للعقد، إلا أنه من الناحية المادية فإن العقد لا يعتبر صحيحا إلا إذا أبرم على وجه صحيح، بمعنى أن لا يكون هناك نزاع بين العقد كقانون وقاعدة قانونية أخرى وفي هذه الحالة فالأمر يتعلق باحترام القانون أو بمعنى أصح احترم النظام العام.

ومن هذا المنطلق فإن تكريس المشرع المدنى لمبدأ حرية التجار الصناعة، أو بمعنى آخر الحرية التعاقدية، قد يفهم منه أنه تكريس لمبدأ سلطان الإرادة وانتصار له، أو قد يفهم منه غير ذلك بحيث أن مفهوم حرية التجارة والصناعة – حرية التعاقد– يختلف عن مفهوم مبدأ سلطان الإرادة، الذي يعتبر نظرية فلسفية، في حين أن حرية التعاقد تقنية في يد المشرع يكرسها متى شاء، فهي وسيلة في يد المشرع وليست هدفا، ومن ثم يمكن الحد منها استجابة لمتطلبات الاقتصاد وضرورة النمو الاجتماعي. فالمشرع إرتأى أن الحد من الإرادة الفردية يكون عن طريق مبادئ أسمى توجه القانون، وهو ما يعرف عند الفقه بالنظام العام.[٢]

---

[١] عليان عدة– النظام العام وحرية التعاقد – مرجع سابق – ص١٥٠وما بعدها

أكمل رمضان عبد القادر – الحماية القانونية للطرف الضعيف – مرجع سابق –ص ٤٤ وما بعدها

[٢]– Jacque Flour – Jean Luc Aubert - Droit civil / les obligations 1 – l'acte juridique– Eric Savaux éme édition. p117

فقد ثبت عند تحديدنا لمفهوم النظام العام أن هذا الأخير له دور وظيفي، فمرة يهدف إلى احترم القانون وهذه وظيفة استقرارية، ومرة يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة وهذه وظيفة غائية، فهل يجب هنا تفضيل الاستقرار والأمن القانوني على حساب تحقيق باقي القيم الأخرى، حيث أن النظام العام لا يهدف دائما إلى تحقيق المصلحة العامة بل يسعى إلى تحقيق قيم ومبادئ سامية كالعدل مثلا. فقد أصبح من المستقر عليه قانونا حاليا نتيجة تغير مفهوم حرية التعاقد، أن القوة الملزمة للعقد لا تتبع من العقد بل من القيمة القانونية التي يعطيها القانون للعقد، فالعقد لا يكون ملزما إلا إذا تكفل به نظام قانوني يسمح للدائن عند الضرورة بتملك جزء من هذه القوة التي يحتكرها النظام القانوني، فبدون نظام قانوني يبقى العقد مجرد التزام أخلاقي محض— التزام طبيعي.وقد عبر بعض الفقه عن ذلك بإمكانية اختزال مبدأ حرية التعاقد في قاعدة فريدة وهي أن : " النظام القانوني يهدف إلى المحافظة على الالتزامات المبرمة بكل حرية، ولكن من الصعب أن يقبل ويصادق النظام القانوني على أي عقد كيفما كان، فهو لا يساعد على تنفيذ الالتزامات التي يكون تكوينها أو مضمونها غير مقبول، فالقانون يتطلب حد أدنى من الشروط والضمانات لحماية الأطراف المتعاقدة أو الغير أو المجتمع " .

وعليه فإذا كانت القوة الملزمة للعقد مصدرها القانون، وليس إرادة الأطراف، فيمكن للمشرع وللاجتهاد القضائي تلبية لحاجيات ومبادئ آمرة أن يتوسعا في تحديد وتقييد حرية التعاقد وضبطها بما يحقق مصلحة المتعاقدين دون المساس بالمصالح العليا للمجتمع.

فالتعاقد حاليا ليس مبني على الإرادة بل هو استعمال هذه الوسيلة التي نص عليها القانون، مع وجوب احترام مقتضيات أسمى وأجل تتجلى في مقتضيات النظام العام. ليصبح هذا الأخير وفق هذا المفهوم وسيلة قانونية في يد المشرع يستطيع من خلالها أن يفرض على أعضاء المجتمع سلوكا اجتماعيا وقانونيا معينا.[1]

وتأسيساً على ما سبق، وبفعل تدخل النظام العام لم يعد الشخص حراً في التعاقد أو رفض التعاقد، بل قد يمنع من إبرام بعض العقود، وتفرض عليه عقود أخرى جبرا، كما لم يعد الشخص حر في اختيار كيفية إبرام العقد إذ هناك من العقود ما يجب إفراغه في شكل محدد مسبقا، وإلا كان البطلان جزاءاً له. ولم يعد الشخص أيضا حرا في تحديد مضمون العقد وتضمينه ما يشاء من الشروط، بل قد يتدخل القانون لفرض مضمون بعض العقود وتوجيه إرادة المتعاقدين بما يضمن ويحقق العدالة التعاقدية وبالنتيجة عدالة وتوازن اجتماعي.

---

[1] عبد الرزاق السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – مرجع سابق– ص ٢٣

عليان عدة– النظام العام وحرية التعاقد – مرجع سابق – ص١٥٢وما بعدها

ومن عوامل جعل العلاقة التعاقدية غير متعادلة هو تمذيج العقود حيث تعرض على المتعاقد الآخر ليقبل شروطها دون أية مساومة أو تعديل

– العقود النموذجية: contrats types

العقد النموذجي عقد معد من قبل أحد المتعاقدين، و يتضمن شروط العقد المعروضة على المتعاقد الآخر في حال الرغبة في الدخول في العقد دون أن يكون لهذا المتعاقد الحق في المساومة أو الاختيار. و يقدم هذا العقد في شكل مطبوع فيه شروط و فراغات يملئها طرفيه حتى يصبح خاص بهم. و حالياً نظرا للحاجة الماسة لسرعة المعاملات شاعت العقود النموذجية بشكل كبير . حيث أخذت شروط العقود النموذجية تحل محل القواعد القانونية المكملة. و تنقسم العقود النموذجية من حيث المساومة و عدمها إلى قسمين :

الأول : عقود لا تقبل المساومة مطلقا : فلا يحق للمتعاقد الآخر المساومة في شروطها.

الثاني : عقود تقبل المساومة على نطاق ضيق : فيحق للمتعاقد المساومة على الثمن فقط أما باقي الشروط فلا يمكن فيها التفاوض.

و يتبين مما سبق أن العقد النموذجي قد يكون عقد إذعان إذا كانت السلعة أو الخدمة ضرورية و كانت الشروط لا تقبل المساومة.

و قد يكون العقد نموذجيا و ليس بعقد إذعان إذا اختلت خاصية من خصائص عقد الإذعان الواجب توفرها فيه. و العقود النموذجية قد يحررها الغير كما هو الحال بالنسبة للعقود الإدارية . فالإدارة تحررها حتى يستعملها المتعاقدين لإبرام عقود فيما بينهم و هذه العقود تستمد رسميتها من كونها حررتها الإدارة و هذه الأخيرة في الحقيقة تقدم خدمة للأطراف بتوجيههم نحو الشروط المطابقة لتنظيمات النظام العام.

وعليه نخلص مما سبق أن النظام العام ورغم تعدد وتنوع وظائفه على مر التطور التاريخي، إلا أن الوظيفة الأساسية التي اضطلع بها بامتياز على صعيد القانون الخاص الداخلي هي تهذيب مبدأ حرية التعاقد وضبطه بما يخدم المصلحة العامة للمجتمع وقضي على أنانية الفرد.

المبحث الأول

دور فكرة النظام العام في مراقبة مشروعية العقد

حتى ينعقد العقد يلزم تطابق إرادتين . لكن هذا التطابق المجرد لا نراه. فعند التعاقد يريد المتعاقدان شيئاً محدد لسبب معين . و البحث عن هدف التعاقد يوصلنا إلى محل العقد و هو الالتزام الذي يترتب عليه . و بطرح السؤال لماذا يريدانه ؟ فالإجابة عليه هي سبب العقد .

و بتحديد هذان المفهومان : محل الالتزام و سبب العقد يصبح محتوى العقد ملموساً.

و إذا أخذنا بمبدأ سلطان الإرادة يكون محتوى العقد ثانوياً. فالمتعاقدون أحرار يبرمون ما يشاءون من العقود، و يختارون المحتوى الذي يناسبهم . و هذا إذا ما اعتبرنا أن كل متعاقد حامي مصالحه الخاصة و بجمع هذه المصالح تتحقق المصلحة العامة غير أن التجربة بينت أن هذه الحرية المطلقة لا تخلق علاقات تعاقدية عادلة و مطابقة للمصلحة العامة[1]. لهذا أكد المشرع المصري على ضرورة هذه المطابقة في **المادة ١٣٥**"**إذا كان محل الإلتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً**".**والمادة ١٣٦**"**إذا لم يكن للإلتزام سبب ، أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب ، كان العقد باطلا**"

إذن إذا ما أردنا الحفاظ على المصلحة العامة يجب أن نضع لحرية التعاقدية قيوداً و حدوداً . و يكون العقد صحيحا إلاّ إذا كان محتواه مطابقاً للمشروعية بمعنى لا يخالف النظام العام و الآداب العام.و المقصود بالنظام العام هنا بمعناه التوجيهي أو السياسي.

و عندما يشترط المشرع في المحل شرط التحديد و في السبب شرط الوجود، يريد من وراء ذلك حماية مصلحة المتعاقدين الخاصة . أما باشتراطه محل و سبب لا يخالفان النظام العام و الآداب العامة، يريد الدفاع على المصلحة العامة و نستنتج أن المحل و السبب أصبحا وسيلتين تستعملان للتأكد إذا ما كان العقد يخدم المصلحة الخاصة للمتعاقدين و يخدم المصلحة العامة في نفس الوقت .[2]و هذا ما سوف نراه في المطلبين التاليين :

المطلب الأول : مطابقة العقد للنظام العام و الآداب العامة من خلال ركن المحل

المطلب الثاني: مطابقة العقد للنظام العام و الآداب العامة من خلال ركن السبب

المطلب الأول

مطابقة العقد للنظام العام و الآداب العامة من خلال ركن المحل

محل الالتزام يعتبر وسيلة لمراقبة مدى احترام التصرف القانوني للنظام العام ويعتبر ركن ضروري لقيام العقد و سوف نتعرض فيما يلي :

الفرع الأول : شرط المحل المحقق للمصلحة الخاصة

الفرع الثاني : المحل المخالف للنظام العام و الآداب العامة

---

[1] مندي آسيا يسمينة، النظام العام والعقود– مرجع سابق– ص١٢٠

[2] . د. إبراهيم دسوقي أبو الليل، الشرط الجزائي في العقود و التصرفات القانونية، دار النهضة العربية، مصر ١٩٨٢ ، ص. ١١د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط –آثار الالتزام و الإثبات منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ١٩٩٨ ، ص. ٨٥١

الفرع الأول

شرط المحل المحقق للمصلحة الخاصة

تنص المادة ١٣١"(١) يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا. (٢) غير أن التعامل فى تركة إنسان على قيد الحياة باطلا ، ولو كان برضاه ، إلا في الأحوال التي نص عليها في القانون." والمادة ١٣٢"إذا كان محل الإلتزام مستحيلا فئ ذاته كان العقد باطلا."

والمادة ١٣٣"(١) إذا لم يكن محل الإلتزام معينا بذاته ، وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره والا كان العقد باطلا.(٢) ويكفى أن يكون المحل معينا بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره. وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشئ ، من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أى ظرف آخر ، التزم المدين بأن يسلم شيئا من صنف متوسط. "و المادة ١٣٥"إذا كان محل الإلتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا"[١].

نستنتج من هذا النصوص شروط المحل التالية و التي تخدم مصلحة المتعاقد الخاصة و هي :

١ – أن يكون محل الالتزام موجوداً عند إبرام العقد أو قابلاً للوجود في المستقبل:

يقوم العقد و يبطل هذا الأخير بطلاناً مطلقاً إذا انعدم المحل أو إذا كان الشيء أو الحق لم يوجد أبدا أو هلك قبل إبرام العقد . بحيث لا يمكن بيع شيء هالك أو غير صالح للاستعمال أو التنازل عن حق دانية وتم انقضائه قبل إبرام العقد بالمقاصة أو التقادم . فلا يمكن التنازل عن براءة اختراع غير مسموح استعمالها في المجال الصناعي أو التنازل عن حق إيجار تم فسخه أو التنازل عن حق غير مملوك. كما لا يمكن التنازل عن رخصة إدارية لما تشترط الإدارة من مستعمليها صفات معينة مثل الرخصة اللازمة لاستغلال مدرسة تعليم القيادة.[٢] و في العقود الملزمة للجانبين انعدام المحل يؤدي لانعدام الالتزام المقابل و بالتالي لانعدام السبب. كما يجب أن يكون عدم الوجود كلي و إلا يبقى للالتزام محل .

و الغبن هو جزاء يوقع في حالة عدم التعادل بين التزامات الأطراف المتعاقدة أي في حالة نقص المحل.و إذا لم يكن المحل موجوداً عند التعاقد و لكن يمكن أن يوجد في المستقبل كان العقد صحيحا، لأن التعامل في الأشياء المستقبلة الممكنة الوجود جائز حسب القانون المدني

---

[١] راجع السنهوري مرجع سابق ص٣٣٢https://lawsmaster.blogspot.com/2016/12/objet3.html

[٢] Antoine viallard – formation du contrat édition O.P.U. 1981- P170

أشار إليه مندي آسيا يسمينة، النظام العام والعقود- مرجع سابق- ص١٢١

أكمل رمضان عبد القادر – الحماية القانونية للطرف الضعيف – مرجع سابق –ص ٥٦ وما بعدها

فالتعامل في الأشياء المستقبلة جائز ما دامت ممكنة الوجود في المستقبل أي غير مستحيلة، و لكن قد لا توجد، فمحل العقود الاحتمالية يمكن أن يوجد و يمكن ألا يوجد (مثل الخطر في عقد التأمين). فليس صحيح أن المحل المستقبل يجب أن يكون محقق الوجود، بل يكفي أن يكون وجوده ممكن لا مستحيلا استحالة مطلقة. [1]

أما القوانين الحديثة، فتعتبر هذا التعامل باطلا بطلانا مطلقا لأن المضاربة على حياة الإنسان منافية للآداب كما أن في هذا التحريم حماية للوارث السفيه من أن يتصرف في ميراث لم يؤول إليه . و قد أجاز القانون التصرف في تركة الشخص و هو حي كما في حالة الوصية بشرط ألا تتجاوز ثلث التركة.

- إمكانية وجود المحل :

إذا كان المحل مستحيلاً استحالة مطلقة كان ركن المحل منعدما و العقد يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً لأن الاستحالة النسبية متعلقة بقدرات المدين، فهي تستحيل على المدين و لا تستحيل على غيره مثل بيع ملك الغير .فهذه الأخيرة لا تمنع من قيام الالتزام لكنه يكون قابلاً للإبطال

٢ – أن يكون محل الالتزام معيناً أو قابلاً للتعيين :

يجب أن يكون محل الالتزام معيناً أو قابلا للتعيين، فإذا لم يكن المحل معيناً فيكفي أن يشتمل العقد على العناصر اللازمة للنهوض بهذا التعيين فالعقد لا ينعقد إذا لم يعرف المدين محل التزامه أو إذا لم تكن لديه الوسائل لمعرفة هذا التعيين. وهذا الشرط يخص كل العقود.مثلا إذا كان من المستحيل تقسيم المال الشائع إلى حصص، فالقسمة باطلة بطلانا مطلقا و يستحيل على الأطراف تنفيذ التزاماتهم_، سواء أكان المحل غير موجود، أو مستحيل الوجود أو غير معين، فالجزاء هو البطلان المطلق.و هذا الاتجاه سار عليه القضاء الفرنسي و بعض الفقهاء و تم انتقاده لكونه يستند على فكرة قديمة للبطلان و لا يأخذ بعين الاعتبار المصالح التي يتم حمايته . [2]

---

[1] عبد الرزاق السنهوري – المرجع السابق، ص. ٣٧٩ فقرة ٢١٧

[2] Antoine Viallard op cité, p.176

عبد المنعم فرج الصده – نظرية العقد في قوانين البلاد العربية طبعة ١٩٧٣ بند ٦٠ ص. ٩٧

Mazeaud et Chabas, cours de droit civil, Tome 2, les obligations p.304 et 305, carbonnier droit civil, les obligation 4 éd. P.48

الفرع الثاني

المحل المخالف للنظام العام و الآداب العامة

يجب أن يكون محل الالتزام غير مخالف للنظام العام أو الآداب العامة و إلا كان العقد باطلاً بطلانا مطلقاً و إلى فكرة النظام العام أودع المجتمع المتطور مهام حماية مصالحه الأساسية و حتى نكون بصدد محل غير مشروع يجب أن يكون محل العمل أو العقد في ذاته مخالف للنظام العام . فالالتزام بدفع مبلغ من النقود لا يمكن إبطاله لكون محله مشروع و يبطل إذا كان مخالفاً للنظام العام. فالنظام العام و الآداب العامة هي التي تحدد مدى صحة تصرف قانوني . فكلما خالف العقد أو التصرف القانوني النظام العام و الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا.و سوف نتطرق فيما يلي للمحل الممنوع بموجب النظام العام بمفهومه التوجيهي أو السياسي ثم إلى المحل الممنوع لكونه مخالف للآداب العامة فيما يلي :

الغصن الأول

المحل الممنوع بموجب النظام العام بمفهومه التوجيهي

١ – الأشياء غير قابلة للتعامل فيها :

تكون الأشياء غير قابلة للتعامل فيها لعدة أسباب، فلا تصلح أن تكون محلا للالتزام. و قائمة الأشياء الخارجة عن نطاق التعامل غير محدودة، كما أن بعض هذه الأشياء قد تدخل في التعامل بشروط[١].فتدخل في نطاق التعامل إذ ا كانت ممكنة أو محققة الوجود و معينة ما عدا تركة إنسان على قيد الحياة و لو برضاه حسب المادة١٣١ فقرة ٢ . و تقليدياً لا يجوز التعامل في الأشياء التي تشكل خطرا على المجتمع مثل الحيوانات المصابة بمرض معدي، كما لا يجوز التصرف في الأشياء المقدسة مثل المقابر التي لا يمكن التنازل عنها أو بيعها.كما قد يكون الشّيء غير قابل للتعامل فيه نظرا للغرض الذي خصص له مثل الملك العام.و لا يجوز التنازل عن السيادة و التمثيل السياسي و الوظيفة العمومية، كما لا يمكن أن تكون واجبات ممثلي العمال و أعوان القضاة محل اتفاق.

٢ – الاتفاق الذي يكون محله مخالفاً للنظام العام.

فالإتفاق الذي يكون محله مخالفة القانون الجنائي باطل بطلانا مطلقا، و كذلك الحال بالنسبة للإتفاق على ارتكاب جريمة أو الإتفاق على عدم ارتكابها مقابل مبلغ من المال، و يعد باطلا أيضا

---

[١] Jean Carbonnia, droit civil, T.IV 12éme édition 1985, p.525

الإتفاق الذي يلتزم بمقتضاه شخص بأن يتحمل عن آخر ما قد عسى أن يتعرض له من مسؤولية جنائية [1]

٣- الحقوق الشخصية والأحوال الشخصية والمعاملات المالية :

و التي تؤدي لبطلان التصرف بطلاناً مطلقاً في حالة مخالفتها، و سوف نتعرض للحقوق الشخصية ثم لتشريعات الأحوال الشخصية.

أولاً – الحقوق الشخصية :

الاتفاق الذي بمقتضاه يتنازل فيه الشخص عن أحد أعضاء الجسم يكون صحيح . أما الاتفاق الذي يحد من حريات الفرد يكون باطلا نظرا لعدم مشروعية محله.و كذلك العقد المؤبد يعتبر باطلا بطلانا مطلقا، و خاصية التأبيد هي التي تضفي البطلان على الاتفاق.[2]

ثانياً – تشريعات الأحوال الشخصية :

كثير من روابط الأحوال الشخصية يحقق مصلحة عامة ويعتبر من النظام العام، فلا يجوز للأفراد تعديلها باتفاقات فيما بينهم. من ذلك الحالة المدنية للشخص وأهليته وعلاقته بأسرته.

فلا يجوز تعديل الحالة المدنية باتفاق خاص، كان يتفق شخص مع آخر على تعديل جنسيته أو تغيير اسمه أو التنازل عن بنوته لأبيه أو الصلح على شيء من ذلك. بل إن القانون المدني الجديد حمى بنصوص صريحة الحقوق الملازمة للشخصية من أن يعتدى عليها. فنصت المادة ٥٠ على أنه " لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر ". ونصت المادة ٥١ على أنه " لكل من نازعه الغير في استعمال اسمه بلا مبرر، ومن انتحل الغير اسمه دون حق أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر ". أما إذا أصبح اسم الشخص اسما تجارياً فإنه يكون مالا يجوز النزول عنه وبيعه والتصرف فيه.

وقواعد الأهلية من النظام العام. فلا يستطيع شخص أن ينزل عن أهليته أو يزيد فيها أو ينقص منها باتفاق خاص. وقد نصت المادة ٤٨ من القانون المدني الجديد على أنه " ليس لأحد النزول

---

[1]. عبد الرزاق السنهوري – المرجع السابق، ص. ٣٨٠ فقرة ٢١٨
https://lawsmaster.blogspot.com/2016/12/objet3.html

[2] مندي آسيا يسمينة، النظام العام والعقود– مرجع سابق– ص١٢٤ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ص ٤٠٨ فقرة ٢٣٤ عبد المنعم فرج الصده المرجع السابق ص ٣٤١ فقرة ١٩٧
أكمل رمضان عبد القادر – الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقود الإذعان في القانون المدني – مرجع سابق –ص ١٨٧

عن أهليته ولا التعديل في أحكامها ". وكالأهلية والولاية، فلا يجوز للولي أو الوصي أو القيم أن يزيد أو ينقص من حدود ولايته.

وعلاقة الشخص بأسرته وما له من حقوق وما عليه من واجبات كل هذا يعتبر من النظام العام إذا لم يكن حقوقاً مالية محضة. مثل ذلك الحقوق والواجبات التي تنشأ من عقد الزواج، فلا يجوز الاتفاق ما بين الزوجين على تعديل ما للزوج من حقوق على زوجته في الطاعة والأمانة الزوجية أو تعديل ما للزوجة من حقوق على زوجها من النفقة والرعاية. ولا يجوز للزوج المسلم أن ينزل عن حقه في الطلاق . كذلك الحقوق والواجبات التي تنشأ من الأبوة تعتبر من النظام العام. فللأب حق تربية أولاده، فلا يجوز أن يقيد نفسه باتفاق يحدد طريقة تربية الأولاد أو يلزمه مقدماً باختيار دين معين لهم كان تكون الأولاد على دين الأم مثلا. والنفقات بمختلف أنواعها، من نفقة الزوجة ونفقة الصغير والنفقة ما بين الأصول والفروع والنفقة ما بين ذوى الأرحام، تعتبر كلها من النظام العام، فلا يجوز تنازل الشخص مقدماً عن حقه في مطالبة من تجب عليه النفقة له، وإن كان يجوز التنازل عن النفقة المتجمدة بعد تجمدها.[1]

ثالثاً- المعاملات المالية:

ومن روابط المعاملات المالية ما يحقق مصلحة عامة فيعتبر من النظام العام. من ذلك الأسس التي يقوم عليها النظام الاقتصادي في البلاد، فهي تارة تفسح المجال للنشاط الفردي، وطوراً تحد من هذا النشاط لحماية الجانب الضعيف. ومن ذلك أيضاً الأحكام التي تكفل حماية الغير حسن النية. فمن الأسس التي تفسح المجال للنشاط الفردي وتكفل تداول المال واستثماره على خير وجه أن حق الملكية لا يجوز أن يقيد المالك في استعماله بغل يده عن التصرف فيه، وشرط عدم التصرف باطل ما لم يكن مبنياً على باعث مشروع ومقصوراً على مدة معقولة (م ٨٢٣ من القانون المدني) . ولا يجوز أن يتقيد المالك بالبقاء في الشيوع لمدة تزيد على خمس سنوات (م ٨٣٤ من القانون المدني) ، لأن الشيوع بعيد عن أن يكون خير الوجوه لاستثمار الملكية .

ومن الأسس التي تكفل حماية الجانب الضعيف ما قرره القانون في صدد عقود الإذعان من جواز تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك (م ١٤٩ من القانون المدني) . وما قرره من إبطال العقد أو إنقاص الالتزامات في حالة الاستغلال (م ١٢٩ من القانون المدني) . وما قرره من إنقاص الالتزام المرهق في حالة الحوادث الطارئة (م ١٤٧ من القانون المدني) . وما قرره من جواز تخفيض الشرط الجزائي (م ٢٢٤ من القانون

[1] مندي آسيا يسمينة، النظام العام والعقود- مرجع سابق- ص١٦٠-
https://lawsmaster.blogspot.com/2016/12/objet3.html#more

المدني) . وما قرره من عدم جواز الاتفاق على سعر للفائدة أعلى من السعر الذي يسمح به القانون (م ٢٢٧ من القانون المدني).

ومن الأحكام التي تحمي الغير حسن النية القواعد التي رسمها القانون لشهر الحقوق العينية، فيكون باطلا اتفاق البائع مع المشتري على أن تعتبر الحقوق العينية المترتبة على العين المبيعة سارية في حق المشتري ولو لم تشهر هذه الحقوق على الوجه الذي يتطلبه القانون. كذلك لا يتقيد الدائن باتفاقه مع المدين على تنازله مقدماً عن الطعن في تصرفات مدينه بالصورية أو بالدعوى البوليصية. ولا يجوز لشخص أن يشترط عدم ضمان تعرضه الشخصي أو عدم مسئوليته عن الغش الذي يصدر منه. ولا يجوز الإعفاء من المسئولية التقصيرية سواء كانت مبنية على غش أو على خطأ، ولا الإعفاء من المسئولية العقدية إذا كانت مبنية على غش أو على خطأ جسيم.

٤ – الاتفاق الذي يجيز المعدل المتغير أو المتحرك :

الملاحظ في الاقتصاد الحديث هو الانخفاض المستمر في قيمة النقود و هذا ما يؤدي إلى الإضرار بمصالح الدائن كلما كان العقد متراخي التنفيذ مثل عقد الإيجار و عقد التوريد.و لتفادي هذ ه النتيجة السلبية جرت العادة على أن يشترط الدائن استفاء حقه ذهب أو بعملة أجنبية التي تعتبر أكثر ثباتا من العملة الوطنية، لكن هذه الشروط كلها تعتبر باطلة بطلانا مطلقا لما فيها من إخلال بالسعر الإلزامي للعملة الورقية الوطنية و بالتالي فالشرط الذي يغير الثمن المنصوص عليه في العقد حسب تغير العملة باطل بطلانا مطلقا. و كذلك الشرط الذي يستوفي به الدائن حقه بالذهب أو العملة الأجنبية و هذا ما يسمى بشرط المعدل المتغير أو المتحرك.[١]

الغصن الثاني

المحل المخالف للآداب العامة

مفهوم الآداب العامة مرتبط بمفهوم الحضارة. و كان الرومان يدينون الاتفاقيات المخالفة للآداب العامة. دوما في ظل القانون القديم كتب : " كل فرد مرتبط بهذا المجتمع و هو عضو فيه يجب أن لا يتخذ شيئا يهز نظامه، الوعود أو الاتفاقيات المخالفة للقوانين غير ملزمة"

و المشكلة تكمن في إيجاد معيار مقنع لمفهوم النظام العام و لهذا الغرض **هل يجب الاعتماد على تطور التصرفات العادية أو يجب مقاومة التطور و ترجيح الآداب التي تمليها النظرية المثالية ؟**

---

[١] مندي آسيا يسمينة، النظام العام والعقود– مرجع سابق– ص١٦١عبد الرزاق السنهوري – المرجع السابق، ص. ٤٠٩ فقرة ٢٣٦ عبد المنعم فرج الصده – المرجع السابق، ص. ٣٤٢ فقرة ١٩٨

أكمل رمضان عبد القادر – الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقود الإذعان في القانون المدني – مرجع سابق –ص ٤٢ وما بعدها

في رأينا يجب اعتماد حل وسط و البحث عن معيار يمكننا من التفرقة بين ما هو جائز و بين ما هو غير مسموح، بين ما هو مناسب وغير مناسب . و سوف تتعرض فيما يلي لأهم الآداب إذا ما خالفها محل الالتزام كان العقد باطلا بطلانا مطلقا.

١ – آداب الجنس :

المساس بآداب الجنس قد نجده في الحالات التالية :

– أثناء الارتباط الجنسي و خارجه

– أثناء ارتباط ذوي الجنس الواحد

– عند الإنجاب الاصطناعي

و سوف نتعرض لكل هذه الحالات فيما يلي :

أولا – الارتباط الجنسي :

و سوف نتكلم هنا عن المعاشرة غير الشرعية، عن الدعارة و عن اللواط .

أ – المعاشرة غير الشرعية :

كل الدول المعتنقة للديانة الإسلامية تدين المعاشرة غير الشرعية للحفاظ على نظام الزواج و حمايته ، لأنّه من النظام العام . أما في فرنسا فكانت تدينها بم عنها للهبة ما بين الخليلين و رفض تعويض الخليلة عن الضرر الذي أصابها من جراء موت خليلها.[١]

و حسب القضاء الفرنسي الحالي، الهبة ما بين الخليلين ليست مخالفة للنظام العام لأن هناك أو كانت هناك علاقات جنسية ما بين الواهب و الموهوب له و الهبة تبطل إذا كان غرضها تشجيع الاستمرار في العلاقة الجنسية غير الشرعية، أو العودة إليها. و هي بالعكس صحيحة إذا كانت تهدف إلى وضع حد لهذه العلاقة غير الشرعية أو كانت أهدافها شر يفة مثل ضمان مستقبل الخليل

و لتوقي نتائج عدم استقرار العلاقة الحرة تحكم المحاكم الفرنسية على الخليل الذي يريد استرجاع حريته بتعويض أساسه الخطأ في طريقة وضع حد للعلاقة غير الشرعية أو أساسه التزام طبيعي يقع على عاتق المتسبب في الانشقاق الذي من واجبه الاعتراف بالجميل.

و هكذا حصل تدريجيا التقارب ما بين الزواج و المعاشرة غير الشرعية ، و هذا يجعلنا نتساءل عن المكانة التي تحتلها الآداب العامة في العلاقات الجنسية الخارجة عن الزواج و المتميزة بنوع من الاستقرار.و هذا التطور يجعل الفقيه ستارك يقترح مراجعة نظام الزواج و وضع علاقة زواجيه

---

[١] مندي آسيا يسمينة، النظام العام والعقود– مرجع سابق– ١٦٣

Boris Starck – les obligations édition 1998, p.238

محدودة الآثار، و مادام القانون الفرنسي يعترف بوجود عائلة طبيعية على نموذج العائلة الشرعية،فيصبح من غير المعقول إدانة المعاشرة غير الشرعية و اعتباره حالة مخلة للآداب في فرنسا.[1]

ب – الدعارة :

التطبيقات المعروفة في مجال الآداب الجنسية تخص بيوت الدعارة. و كل العقود التي تهدف إلى إقامتها أو استغلالها باطلة بطلانا مطلقا، باعتبارها مخالفة للآداب العامة، مثل عقد بيع بيت للدعارة. ولو كانت هذه البيوت قد حصلت على ترخيص إداري. فبيع بيت يدار للدعارة، وإيجاره، وشراء مفروشات له، واستئجار أشخاص ليقوموا بالخدمة فيه، وإنشاء شركة لاستغلاله، وإقراض مال للإعانة على إدارته، كل هذه عقود باطلة لمخالفتها الآداب. ويعرض الفقه في شروحه لنظرية السبب أن هذه العقود تكون باطلة كذلك حتى لو وقعت على بيت لم يكن معداً للدعارة وقت صدورها، إذا تبين أن الباعث لأحد المتعاقدين على التعاقد هو أعداد البيت للدعارة وكان المتعاقد الآخر يعلم بهذا الباعث.

ج – علاقة اللواط أو السحاق :

الذين يميلون إلى نفس جنسهم يخرجون حاليا من الخفاء و يطالبون الاعتراف بهم و أن يعتبروا مثل الزوجين ذوي جنسين مختلفين. و تم اقتراح قانون يخلق ما يسمى "بعقد الاتحاد الاجتماعي"و هذا العقد مفتوح لشخصين مهما كان جنسهم، و يبرم أمام un contrat d'union sociale موظف الحالة المدنية و يمكن فسخه أمام نفس السلطة بطلب من أحد الأطراف.

ثانيا – خارج الارتباط الجنسي :

و سوف نتعرض في هذا الجزء للعناصر التالية :

١ – إدانة الإشهار المخالف للآداب العامة.

٢ – إدانة تغيير الجنس.

٣ – إدانة المساس بكرامة الشخص.

أ – إدانة الإشهار المخالف للآداب العامة :

المثال المعروف هو مثال السمسرة في الزواج، الذي بقي ممنوعا لفترة طويلة لأنه يعرقل حرية الإرادة. و حاليا نجد يوميا هذا الإشهار تقريبا في كل الجرائد.

و لا يبحث أصحاب هذه الإعلانات عن الزواج دائما، فلو بحثوا على الزواج الشرعي لكان غرضهم شريف لكنهم يبحثون عن رفيق أو رفيقة أو عدة رفقاء أحيانا لتحرير نزواتهم و علاقات

---

[1] Boris Starck – op cité p.239

جنسية غير مشروعة مع نفس جنسهم أو الجنس الآخر.[1] لا نجده إلا في الإعلانات الصغيرة. la publicité pornographique و الإشهار الإباحي و القانون الجنائي يجرمه لأنه مخالف للآداب العامة.[2] و هذا الإقتراح تم إيداعه على مستوى البرلمان الفرنسي في ١٩٩٧ و سجل في ٢٣ جويلية ١٩٩٧

ب – إدانة تغيير الجنس :

القانون غير واضح فيما يخص ظاهرة تغيير الجنس . و بدأ قضاة الموضوع في فرنسا يقبلون هذا التغيير أكثر فأكثر . و يبررون هذا بالصراع الموجود ما بين المكونات الفيزيولوجية و التي مكنت عند الولادة من تحديد الجنس و المكون السيكولوجي الذي أصبح يسيطر و يؤثر على إرادة المعني بالأمر.ورفضت محكمة النقض الفرنسية الاعتراف بالمظهر الجنسي الجديد، ما دام لم ينتج عن عناصر وجدت قبل إجراء العملية الجراحية بل هو ناتج عن عملية جراحية تطلبتها مقتضيات العلاج و هذه الأخيرة أملتها الإرادة الحرة للمعني بالأمر.

لكن أحدث تغيير في وجهة نظرها نتيجة تدخل المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان و التي حكمت على المحكمة الفرنسية بدفع مبلغ قدره ١٠٠,٠٠٠ فرنك فرنسي تعويض عن الضرر الأدبي الذي تسببته هذه الأخيرة لملتمسة غيرت جنسها، حيث رفضت المحكمة الفرنسية طلبها المتمثل في تغيير حالتها المدنية. أما القانون المصري فقد بسط حمايته على جسم الإنسان و جعل له حرمة و أوردت كل قوانين العقوبات في العالم نصوصا تحرم الاعتداء على الأشخاص بالقتل أو الجرح أو الضرب. و إذا تأملنا في أحكام قانون العقوبات الخاصة بحرمة جسم الإنسان، تبين لنا أن هذه الأحكام تهدف إلى سلامة جسم الإنسان في نواح ثلاث هي : انتظام الوظائف الحيوية للأعضاء، و التكامل الجسدي، و التحرر من الآلام.[3]

كما أن القانون المدني جعل لجسم الإنسان حرمة و أورد المبادئ التالية :

١ – كل اتفاق على إعفاء من يعتدي على جسم غيره من المسؤولية باطل بطلانا مطلقا.

٢ – ليس للدائن أن يستعمل الدعوى غير المباشرة لينوب عن مدينه في المطالبة بحق متصل بشخص المدين و من بين هذه الحقوق ما يتصل بجسمه.[4]

---

[1] مندي آسيا يسمينة، النظام العام والعقود– مرجع سابق– ص١٦٥

https://lawsmaster.blogspot.com/2016/12/objet3.html#more

[2] **Ph. Malurie**, le mariage et les homosexuels : 1997, n°35

[3] و فيما يتعلق بالخصاء و لكن قوانين العقوبات حرمت إجراء الخصاء على الغير و قد حرمته المادة ٣١٦ من قانون العقوبات الفرنسي، ستارك – المرجع السابق، ص. ٢٤٣

[4] مندي آسيا يسمينة، النظام العام والعقود– مرجع سابق– ص١٦٧

٣ – ليس للمؤمن أن يحل محل المؤمن له في مطالبة المسئول بما دفعه للمؤمن له من تأمين عن الأضرار التي أصابت جسم المؤمن له.

و لكن باعتبار الإنسان عضوا في المجتمع، فإنه مقيد في حريته في التصرف في جسمه، متى كان هذا التصرف يمس المجتمع الذي يعيش فيه، و تغيير الإنسان جنسه من ذكر إلى أنثى أو بالعكس يهم المجتمع، فالقانون يشترط أن يختلف الزوجان جنسا، فإذا كانا من جنس واحد فإن الزواج يكون باطلا بطلانا مطلقا. لأنه لا يتصور أن يتقدم شخص للزواج بفتاة مع العلم أنها كانت ذكرا و العكس للذكر الذي صار أنثى، و إذا فرضنا أن من غير جنسه كان متزوجا، فإنه زواجه يصبح باطلا بطلانا مطلقا.و من حيث الميراث، تقضي الشريعة الإسلامية بأن للذكر مثل حظ الأنثيين، فإذا أبيح للأنثى أن تغير جنسها إلى ذكر، اختل نظام الميراث من أساسه، و من حيث الشهادة، تقضي هذه الشريعة بأن شهادة المرأة تساوي نصف شهادة الرجل، فإذا أبيح للرجل و للمرأة تغيير الجنس، اضطرب نظام الشهادة في الشريعة الإسلامية، و من حيث الولاية في الزواج، يقضي قانون الأحوال الشخصية بأن يتولى زواج المرأة وليها...

فإذا أبيح للأنثى أن تغير جنسها إلى ذكر، اختل هذا الحكم الشرعي.

و في القانون الدولي الخاص تقضي قوانين الجنسية في كثير من الدول بأن يأخذ الطفل جنسية أبيه دون أمه . فلو غير الأب جنسه قبل ميلاد الطفل، و أصبح أنثى فماذا تكون جنسية الطفل ؟ إن الأب سوف يصبح في هذه الحالة أنثى و لا ينطبق عليه حكم الأب.

و نستنتج أن تغيير الجنس يضر بمصلحة المجتمع و يشيع الاضطراب في نظمه و من ثم لا ينبغي أن يباح لأنه مخالف للنظام العام و الآداب العامة.

ج – إدانة المساس بكرامة الشخص :

كل القوانين تمنع أن يتاجر الإنسان بجسمه، و العقود المبرمة لهذا الغرض باطلة بطلانا مطلقا يمنع تنفيذها و لا تنتج آثارها. و لهذا كل اتفاقية للتجرد من الثياب العامة تعد باطلة بطلانا مطلقا لأنها مخالفة للآداب.

ثالثا : الإنجاب الاصطناعي :

و نقل الجنين in vitro و يخص كل الطرق العادية و البيولوجية التي تمكن من الحمل الداخلي الاصطناعي. و كذلك كل وسيلة لها آثار مماثلة تمكن من الإنجاب insémination خارج الطريقة الطبيعية.[١]

[١] مندي آسيا يسمينة، النظام العام والعقود– مرجع سابق– ص١٦٩

و في فرنسا الاتفاقيات المتعلقة بهذه التقنيات المختلفة لا تخضع لقانون الالتزامات، فهي تخضع لنظام خاص يختلف باختلاف نوع الطريقة المستعملة.

– الإنجاب المصطنع بين الزوجين – الإنجاب بمساعدة الغير – الإنجاب لحساب الغير

أ – الإنجاب المصطنع بين الزوجين :

عن طريق التعشير الاصطناعي in vivo الاصطناعية تتمثل في تخصيب بيضة داخل رحم المرأة بواسطة منى الزوج . و هنا تدخل الطب الشرعي : الطفل تم إنجابه بفضل الزوجين اللذين نقلا له كل خاصيتهما الوراثية رغم أنه لم يتم قران بين الزوجين.

ب – الإنجاب الاصطناعي بمساعدة واحد أو إثنين من الغير :في هذه الحالة يمكن طلب مساعدة الغير، و يتم التخصيب الاصطناعي إما خارج الرحم بواسطة مني الغير، أو داخل رحم المرأة بفضل جنين ثم تخصيبه بواسطة م ني الغير أو بواسطة بويضة المرأة أجنبية عن الزوجين و هذا النوع من الإنجاب يقبل استثنائيا في فرنسا.

ج – الإنجاب لصالح الغير :

و هذه الطريقة الأخيرة تتطلب تحفظات معتبرة فالأم حاملة الجنين تم تخصيبها بواسطة مني زوج المرأة العاقرة. الاتفاقية المبرمة ما بين الزوجين و الأم الحاملة باطلة لأن لها محلين غير مشروعين :**أوله** هو وضع تحت تصرف الغير الجهاز التناسلي للأم الحاملة و تسليم الرضيع، و **ثانيه** هو مخالفة النظام العام لأنه يمنع التصرف في حالة الأشخاص[1].

رابعا– آداب المضاربة :

يقال أنه ليس للنقود رائحة و لا أخلاق . و لكن يجب أن لا تستعمل لأي غرض و أن لا يبحث عنها بأية وسيلة معناه الغاية لا تبرر الوسيلة . و كل فرد في هذا المجتمع يجب أن لا يضارب على الحياة و على الربح.[2] و لهذا سوف نتعرض للعنصرين التاليين فيما يلي :

أ – المضاربة على الحياة ب – المضاربة على الربح

أ – المضاربة على الحياة :

الاهتمام بموت الآخرين قد يؤثر على صحة أو تنظيم بعض التصرفات القانونية، و تم الحكم بعدم أخلاقية عقد التأمين على الحياة عدة مرات في الماضي.

منع الأمر الصادر عام ١٦٨١ في فرنسا التأمين على حياة الأشخاص، و اعتبره القضاة مخالفاً للآداب العامة حيث قد يؤدي لتعسف وخداع و حسب الفقيه الفرنسيPothier حياة الإنسان الحر

---

[1] مندي آسيا يسمينة، النظام العام والعقود– مرجع سابق– ص١٧٠

[2] المادة ١٥٢ من قانون الصحة العمومي الفرنسي

لا يمكن تقدير ثمنها و رغم ذلك سادت في فرنسا في ظل القانون القديم جمعية أفرادها يدفعون نقودا تعود للباقين على الحياة الآخرين في الشركة، و هذا العقد ما هو في الحقيقة إلا رهان جنائزي لا يشبه التأمين تماما، فهو يستفيد من مصائب الآخرين، أما هدف التأمين هو إنقاص ألم هذه المصيبة.

و فى عام ١٨١٨ اعترف مجلس الدولة الفرنسي بصحة هذا العقد . و كان رأي الجمعية العليا أساسي لمنح التصريحات لشركات التأمين . و ابتداء من الإمبراطورية الثانية، أصبح التأمين على الحياة مقبولا أخلاقيا، و اعترف بصحته و حدد تنظيمه قانون ٣٠ جويلية ١٩٣٠ الفرنسي. و سبب هذا الاعتراف هو منافع هذه العملية . فهي تمكن رب البيت ضمان لعائلته الحياة الكريمة بعد وفاته و توفير لعائلته نوع من الأمن المالي . و هذا التغيير في وجهة النظر يبين لنا اختلاف مفهوم الآداب العامة حسب الأزمنة. لكن قانون التأمين الفرنسي يمنع التأمين على حياة قاصر عمره أقل من ١٢ سنة أو راشد تحت الولاية أو شخص في مستشفى المجانين.

ب – المضاربة على الربح :

حسب المادة ٧٣٩ " (١) يكون باطلا كل اتفاق خاص بمقامرة أو رهان.(٢) ولمن خسر في مقامرة أو رهان أن يسترد ما دفعه خلال ثلاث سنوات من الوقت الذي أدى فيه ما خسره ولو كان هناك اتفاق يقضى بغير ذلك . وله أن يثبت ما أداه بجميع الطرق ."

والمادة ٧٤٠(١) يستثنى من أحكام المادة السابقة الرهان الذي يعقده فيما بينهم المتبارون شخصياً في الألعاب الرياضية ولكن للقاضي أن يخفض قيمة هذا الرهان إذا كان مبالغاً فيه .(٢) ويستثنى أيضاً ما رخص فيه قانوناً من أوراق النصيب . و هذا الحكم معناه أن العقد باطلا بطلانا مطلقا لمخالفته للآداب العامة[١]

و الإدانة لا تخص العلاقات ما بين اللاعبين، و تبطل كذلك المحاكم العقود التي من طبيعتها تشجيع ألعاب القمار . مثل إقراض أموال لتستخدم في ألعاب القمار بشرط أن يعرف المقرض سبب القرض. ويستثنى من ذلك الرهان الذي يعقده فيما بينهم المتبارون شخصياً في الألعاب الرياضية، ولكن للقاضي ان يخفض قيمة هذا الرهان إذا كان مبالغاً فيه، ويستثنى أيضاً ما رخص فيه قانوناً من أوراق النصيب (م ٧٤٠ من القانون المدني الجديد) . ويعد باطلا بيع بيت يدار للمقامرة وإيجاره وكل ما يقع عليه من العقود بقصد استغلاله للمقامرة، سواء في ذلك كان البيع معداً للمقامرة قبل صدور العقد ، ويكون المحل في هذه الحالة مخالفاً للآداب ، أو لم يكن معداً لها ما دام

[١] مندي آسيا يسمينة، النظام العام والعقود– مرجع سابق– ص١٧٢

الباعث على التعاقد هو أعداد البيت للمقامرة ، ويكون المخالف للآداب في هذه الحالة هو السبب لا المحل[1].

أما ألعاب اللوطو و الذي معناه كل عملية مفتوحة للجمهور مهما كان اسمها تولد أمل الربح، فكانت ممنوعة كليا في فرنسا بموجب قانون ٢١ مايو ١٨٣٦ في مادته الأولى ..و هذا كله يحطم إرادة بذل المجهود و حب الاحتياط . فأجدادنا و آباؤنا كانوا يريدون الشراء بعد العمل. أما حاليا، فأغلبية الشباب يريد ون الغنى بالقمار و التلفزة تقترح عليهم عدة فرص لذلك . و القانون الجنائي يجرم كل ربح ثم الحصول عليه بطريقة مخالفة للآداب العامة مثل القيام برفع أو خفض أسعار المواد و الخدمات أو السندات العامة أو الخاصة بطرق غير مشروعة : مثل إشاعة وقائع خاطئة و كاذبة في وسط الجمهور، زيادة عن العرض الأول الذي قام به البائعين لغرض غيرمشروع...

هنا نتساءل لماذا رتب المشرع على انعدام المحل أو عدم تعيينه بطلان العقد بطلاناً مطلقاً فهذه القاعدة لا تخدم إلاّ المتعاقد وحده الذي قام بإبرام العقد.

المتعاقد مهما كانت صفته تاجرا أو غير تاجر، فإن انعدام المحل أو عدم تعيينه يضر بمصالحه،لهذا لا يتصور أن يبقى مرتبط بعقد لا يوجد محله، فأحد الأركان اللازمة لقيامه غير موجودة و بالتالي لا يتصور إبرام أي عقد بدون هذا الركن الضروري الذي من أجل الحصول عليه تعاقد المتعاقد. إذن هذا البطلان مقرر لحمايته[2]، **فلماذا هو مطلق ؟**

فإذا اعتبرنا في هذه الحالة العقد قابلاً للإبطال معناه قابلا للتنفيذ حتى يقرر إبطاله مع إمكانية إجازته من قبل المتعاقد المحمي . فكيف ينفد أي يدفع ثمنه، أو تتم إجازته و لم يتحصل المتعاقد المحمي على المقابل المبتغي من إبرامه إياه ؟

هذا لا يتصور . و المنطق هو الذي يجعل البطلان هنا مطلقا و بالتالي تقول أن المصلحة المحمية لا تقيد نوع البطلان[3].

---

[1] https://lawsmaster.blogspot.com/2016/12/objet3.html#more

[2] مندي آسيا يسمينة، النظام العام والعقود– مرجع سابق– ص١٧٣

منصور حاتم محسن– التغيير في جزء من أجزاء العقد وأثره في العدالة التبادلية– مجلة العلوم الانسانية – عدد ٤– سنة ٢٠١٥– ص١٦٧٧ – عبد الحي حجازي / المدخل لدراسة العلوم القانونية/ الجزء الأول / القانون / وفقا للقانون الكويتي – دراسة مقارنة / مطبوعات جامعة الكويت / ١٩٧٢/ ص٢١٣–٢١٤.

د. عبد المجيد الحكيم / الموجز في شرح القانون المدني / جـ١ / في مصادر الالتزام / الطبعة الخامسة / مطبعة نديم / بغداد/١٩٧٧ / ص١٨٩

[3] آمانج رحيم احمد– اثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد / ظاهرة اختلال التوازن بين الالتزامات التعاقدية في ظل انتشار الشروط التعسفية / دراسة مقارنة بين القانون المصري ودولة الإمارات والقوانين الأوربية مع إشارة للقوانين الانجلوامريكية / دار النهضة العربية / القاهرة / ١٩٩٠ –١٩٩١ / ص٣٠٨.

المطلب الثاني

مطابقة العقد للنظام العام و الآداب العامة من خلال ركن السبب

يعتبر السبب الركن الثالث اللازم لصحة التصرفات القانونية و هذا ما نصت عليه المادة ١٣٦ "إذا لم يكن للإلتزام سبب ، أو كان سببه مخالفا للنظام العام أو الآداب ، كان العقد باطلا." والمادة ١٣٧"(١) كل إلتزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن له سببا مشروعا. ما لا يقم الدليل على غير ذلك. (٢) ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك ، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعى أن للإلتزام سببا آخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه."

و للوهلة الأولى لا يبدو للسبب أهمية . لأنه لو تعاقد متعاقدان كاملا الأهلية و كان رضاهم صحيحا و خالياً من عيوب الإرادة و محل التزامهم موجوداً و مشروعاً معناه غير مخالف للنظام العام و الآداب يكون عقدهم قائماً و صحيحاً. و لهذا فكثير من التشريعات أهملت ركن السبب و هي التشريعات الجرمانية و الاسكندنافية.

و أهمية السبب اعترف بها الفقه و القانون و القضاء اللذين يشترطونه ركن في العقد لأنه يحل الكثير من المشاكل المطروحة على مستوى القضاء.

و حاول الفقه أن يضع تعريف له في أبحاث خاصة، و أصدر القضاء عدة أحكام دار فيها النقاش حول مفهوم السبب، و هذه الأحكام تشهد على أهميته و هي حصيلة الشك و التردد و اختلاف التعريفات لفكرة السبب. و غموض هذا الأخير و تعدد تعريفاته يخدم في الحقيقة المتقاضين و القضاة اللذين تنقصهم التبريرات القانونية، و لهذا قبل التعرض إلى مدى مطابقة العقد للنظام العام من جهة السبب نتعرض أولاً لمفهوم هذا الأخير و طرق إثباته.

الفرع الأول

تعريف السبب

يمكنا القول يتعدد مفاهيم السبب لأن له عدة تعريفات ليس فقط كمصطلح أدبي بل كمصطلح قانوني كذلك.و القانون الروماني في هذا المعنى لم يأتينا بأية مساعدة. لكنه مكننا على الأقل من التفريق بين cause finale و السبب بمعنى الغرض المباشر cause efficiente السبب المنشئ فالقانون الروماني اعتبر السبب هو التصرف أو غالبا ما يكون الشكل الذي تولد عنه الالتزام ولكن لما نشأت في القانون الروماني عقود غير شكلية كالعقود الرضائية و العقود العينية و عقود التبرع، اعتدت هذه الأخيرة بالإرادة و لهذا وجب البحث عن سبب تتجه إليه هذه الإرادة.

و ينعدم السبب إذا لم يصل المتعاقدان للغرض المرجو أو إذا كان الغرض مخالفاً للقانون أو للآداب العامة. و هذا هو تعريف النظرية التقليدية التي تقول أن السبب هو الغرض المباشر الذي يقصد إليه المتعاقد من تعاقده[1] و السبب يختلف عن المحل .

فالأول هو الإجابة على السؤال التالي : لماذا التزم المتعاقد ؟

أما الثاني فهو الإجابة على السؤال التالي : بماذا التزم المتعاقد ؟ و يظهر للوهلة الأولى أن هناك نوعا من التناقص بين لفظ السبب و الذي هو سابق و لفظ الغرض و الذي يكون في المستقبل . فسبب ذلك هو أن الغرض سبب العقد صور للمتعاقدين قبل الاتفاق أو إبرام التصرف القانوني و السؤال لماذا ؟ يمكننا من إيجاد السبب الذي هو بمعناه هذا التقليدي داخلي في العقد و موضوعي لا يتغير . ففي عقود المعاوضة و العقود الملزمة للجانبين سبب التزام المتعاقد هو التزم المتعاقد الآخر، لا يلتزم المشتري بدفع الثمن و لا يلتزم المستأجر بدفع الأجرة إلاّ لأن البائع التزم بنقل الملكية و لأن المؤجر التزم بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجر ة. و السبب في عقود التبرع هو نية التبرع

و السبب في العقود الملزمة لجانب واحد هو تسليم المحل.

المفهوم التقليدي للسبب يدل على استقلال التزامات المتعاقدين في العقود الملزمة للجانبين.

و تدريجيا تطور هذا المفهوم و وصل إلى الفقهاء الفرنسيين الذين حرروا الإرادة من الشكلية التي كان يفرضها القانون الروماني. حيث ارتكز الكنسيون على نفس مفهوم النظرية التقليدية متسائلين عن مدى ضمان السبب للآداب و النظام العام. لأن النظرية التقليدية لا تمكننا من إجراء هذه المراقبة فكل مشتري يريد أن يصبح مالكا،و لكن إلى جانب هذا الغرض الفوري و الموضوعي توجد أغراض و بواعث أخرى شخصية خارجة عن العقد.[2]

فالمشتري يشتري منزلا إما ليسكنه، أو لممارسة فيه مهنة معينة، أو لإعادة بيعه، أو للقيام بأعمال أو مهن ممنوعة قانونا مثل ألعاب القمار، الدعارة معناه أعمال مخالفة للنظام العام و الآداب.و البحث عن هذه البواعث يتطلب أن يقوم القضاة بتحريات عميقة و صعبة خارجة عن نطاق اختصاصهم. و المفهوم الجديد للسبب أكثر عمقا، و ليس هو الغرض المباشر الذي يقصده

---

[1] حشمت أبو ستيت – مرجع سابق فقرة ٢٤٢ ، وهو صريح في هذا المعنى .

[2] J. Mazaud Laçon de droit civil, T.II vol.1, 7éme Ed. 1985, par F. Chabas, p.256 et 258.انظر في هذا المعنى، عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص. ٤٢١ و ٤٢٢

محمد حسنين، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق ص. ٦٨

المتعاقد من تعاقده بل هو البواعث المشتركة ما بين طرفي العقد و التي يعلمانها و دفعتهما للتعاقد . و هذا المفهوم لم يعوض المفهوم التقليدي بل أضيف له.[1]

– **إثبات السبب** : حسب المبدأ العام يقع عبء إثباته على المدعي . سواء تعلق الإثبات بوجود السبب أو عدم صحته (صوري أو غلط) أو بعدم شرعيته أو مخالفته للآداب العامة . و المدعي هنا ليس دائما هو رافع الدعوى. و في الفرضية الغالبة تكون الدعوى مرفوعة قبل القيام بتنفيذ العقد من طرف أحد المتعاقدين أو ورثتهما أو من الغير مادام العقد باطلا بطلانا مطلقا.و على رافع الدعوى إثبات عدم وجود السبب، أو عدم قانونيته أو مخالفته للآداب العامة.

و في أحوال أخرى مسألة صحة التصرف القانوني لا تطرح إلاّ بمناسبة دعوى كان الهدف منها تنفيذ العقد أو توقيع جزاء عدم تنفيذ هـ. و هنا يدفع المدعي عليه بانعدام السبب و بالعيب الذي يجعل التصرف باطلا. فيصبح المدعي عليه مدعيا و يقع عليه عبء إثبات السبب.

نصت المادة ١٣٧ من القانون على ما يأتي :" ١ – كل الالتزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن له سببا مشروعا ، ما لم يقم الدليل على غير ذلك " ." ٢ – ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك ، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلي من يدعي أن للالتزام سببا أخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه "

وهذا النص لا مقابل له في القانون القديم ، ولكنه يقرر أحكاماً غير مستحدثة . فقد كان القضاء المصري يطبقها من قبل . ولم يفعل القانون الجديد إلا أن قننها لما لها من أهمية عملية .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " أما فيما يتعلق بإثبات السبب فثمة قاعدتان أساسيتان :

(أولاهما) افتراض توافر السبب المشروع في الالتزام ولو اغفل ذكره في العقد إلى أن يقوم الدليل على خلاف ذلك . ويكون عبء إثبات عدم وجود السبب أو عدم مشروعيته على عاتق المدين الذي يطعن في العقد .

(والثانية) افتراض مطابقة السبب المذكور في العقد للحقيقة إلى أن يقيم المدين الدليل على صوريته . فإذا أقيم هذا الدليل وجب على الدائن أن يثبت توافر الالتزام على سبب حقيقي تلحق به

---

[1] مندي آسيا يسمينة، النظام العام والعقود– مرجع سابق– ص١٧٨

محمد رفعت الصباحي / الآثار المترتبة على تخلف شروط العقد / دراسة مقارنة / أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق / جامعة طنطا / ١٩٨٣ / ص٨٣.

صفة المشروعية " . ويتبين مما تقدم أن هناك فرضين : (الأول) أن يكون السبب غير مذكور في العقد . (والثاني) أن يكون هناك سبب ذكر في العقد [1] . ونستعرض كلا من الفرضين .

– السبب غير المذكور في العقد:

وهذا هو الفرض الوارد في الفقرة الأولى من المادة ١٣٧ . وقد كان المنطق القانوني يقضي بأن الدائن ، وهو المكلف بإثبات الدين ، هو الذي يثبت السبب لأن الدين لا يقوم بدونه . ولكن القانون الجديد وضع قرينة قانونية يفترض بمقتضاها أن للعقد سبباً مشروعاً ولو لم يذكر هذا السبب . على أن القرينة قابلة لإثبات العكس . فإذا ادعى المدين أن للعقد سبباً غير مشروع سمع منه ذلك وكلف هو بإثباته . وله الإثبات بجميع الطرق ، بما في ذلك البينة والقرائن [2] . وقد كان الفقه والقضاء في مصر يأخذان بهذه الأحكام دون نص ، فجاء القانون الجديد مؤيداً لها كما قدمنا .ويلاحظ أنه إذا ادعى المدين أن للعقد سبباً غير مشروع واثبت ذلك ، فعليه أيضاً أن يثبت علم الدائن بهذا السبب . وله إثبات هذا العلم بجميع الطرق لأنه واقعة مادية . ويستوي في ذلك إلا يكون السبب مذكوراً في العقد أو أن يكون قد ذكر سبب صوري وثبت أن السبب الحقيقي غير مشروع[3] كما سيأتي :

– السبب المذكور في العقد: وهذا هو الفرض الوارد في الفقرة الثانية من المادة ١٣٧ . وقد وضع النص هنا أيضاً قرينة قانونية على أن السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي الذي رضاء المدين أن يلتزم من اجله . والقرينة قابلة لإثبات العكس . فإذا ادعى المدين أن السبب المذكور في العقد ليس هو السبب الحقيقي ، بل هو سبب صوري يستر سبباً غير مشروع ، فله أن يتخذ أحد موقفين : (١) إما أن يقتصر على إثبات الصورية ، وفي هذه الحالة ينتقل عبء إثبات السبب الحقيقي ومشروعيته إلى الدائن ، (٢) وإما أن يثبت رأساً أن السبب الحقيقي للعقد غير

---

[1] سواء ذكر في السند المكتوب الذي يثبت العقد أو ذكر عند التعاقد ذاته . وغنى عن البيان أن السبب الذي يذكر في العقد هو الباعث الدافع إلى التعاقد ، وإن كان الباعث قل أن يذكر في العقد . ويبدو أن نص المادة ١٣٧ القانون الجديد أكثر مسايرة للسبب بمعناه في النظرية التقليدية ، لاسيما عندنا تتحدث المذكرة الإيضاحية عن عبء إثبات عدم وجود السبب ، ولكن لا شيء يمنع من أن يذكر السبب بمعنى الباعث في العقد ، وعندئذ يعتبر هذا السبب المذكور هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على صورية السبب أو على عدم مشروعيته .

[2] عبد العزيز المرسي حمود / إنقاص التصرف القانوني في القانون المدني المصري / دراسة تحليلية وتأصيلية مقارنة/ القاهرة / ٢٠٠٦ / ص١٤٨-١٥٢ وهناك فرق بين عقد غير مذكور سببه وعقد مجرد : الأول إذا اثبت المدين أن له سبباً غير مشروع يكون باطلا ، أما الثاني فلا يبطل ولكن يدفع بدعوى الإثراء بلا سبب فيتخلص منه المدين إذا كان لم يوفه أو يسترده إذا كان قد وفاه

[3] مندي آسيا يسمينة، النظام العام والعقود– مرجع سابق– ص١٧٨

مشروع .فإذا أراد أن يثبت صورية السبب . وكانت قيمة التزامه تزيد على عشرة جنيهات ، وجب أن يثبت ذلك بالكتابة أو بما يقوم مقامها)[1]

ويكون الأمر كذلك أيضاً حتى لو لم تزد قيمة الالتزام على عشرة جنيهات إذا كان السبب الضروري مكتوباً ، لأنه لا يجوز إثبات عكس المكتوب إلا بالكتابة .وإذا أراد المدين أن يثبت رأساً عدم مشروعية السبب ، فله أن يثبت ذلك بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن ، حتى لو كان السبب الصوري مكتوباً ، ومهما بلغت قيمة الالتزام ، لأن إخفاء عدم المشروعية غش ، والغش يجوز إثباته بجميع الطرق

الفرع الثاني

السبب غير المشروع أو المخالف للآداب العامة

تنص المادة ١٣٦ "إذا لم يكن للإلتزام سبب ، أو كان سببه مخالفا للنظام العام أو الآداب ، كان العقد باطلا".والمادة ١٣٧ "(١) كل إلتزام لم يذكر له سبب فى العقد يفترض أن له سببا مشروعا. ما لا يقم الدليل على غير ذلك(٢) ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك ، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعى أن للإلتزام سببا آخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه".

والنظام العام يشمل كما سبق و أن عرفناه "مجموعة القواعد الآمرة و المبادئ و الأسس في الدولة سواء أكان هدفها سياسي، اقتصادي، اجتماعي أو أخلاقي".

و لمراقبة مشروعية العقد لا نعتمد إلاّ على النصوص القانونية فالفقه و القضاء متفقان على وجود نظام عام فعلي إلى جانب النظام العام المكتوب و هدف النظامين مراقبة مدى احترام Virtuel

[1] وقد قضت محكمة النقض بان عقد القرض يجوز إثبات صورية سببه بالأوراق الصادرة من المتمسك به ، فإذا كانت سندات الدين مذكوراً فيها أن قيمتها دفعت نقداً ، ثم أتضح من الرسائل الصادرة من مدعية الدين إلى مدينها في مناسبات وظروف مختلفة قبل تواريخ السندات وبعدها إنها كانت تستجدي المدين وتشكر له احسانه وتبرعه لها ، فهذه الرسائل يجوز اعتبارها دليلا كتابياً كافياً في نفي وجود قرض حقيقي (١٠ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٦٧ ص ١٣٨ – ويلاحظ أن السبب هنا مفهوم بالمعنى المعروف في النظرية التقليدية ، ويغني عنه ركن التراضي على عقد القرض ، فيكون عقد القرض ذاته في هذه القضية هو العقد الصوري ، ولا محل للكلام في صورية السبب ، إلا إذا اتخذت طبيعية العقد قرينة على سببه ، وهذا ما يقع غالباً)

المشروعية و الآداب.حيث يكون هدف مراقبة مدى وجود السبب هو الحفاظ على المصلحة العامة.[1]

و نستنتج أن السبب بمفهومه التقليدي كان يضمن حماية الفرد المتعاقد بينما حاليا فيضمن حماية المصلحة العامة.و أراد المشرع من خلال ركن السبب بمفهومه الحديث مراقبة مشروعية العقود حتى لا تضر الاقتصاد الوطني و المجتمع و رتب على الإخلال بهذه القاعدة الآمرة بطلان العقد بطلانا مطلقا نظرا لأهميتها.فهي تضمن الحفاظ على مجتمع منظم متسم بأخلاق و مبادئ مستمدة من دينه الإسلام و تقال يده و التي للأسف بدأ يتخلى عنها نظرا لتأثره بالمجتمع الغربي.

المبحث الثانى

دور النظام العام الحمائى والتنافسي في حماية الطرف الضعيف

تقديم وتقسيم:-

إذا كانت فكر النظام العام في ظل المذهب الفردي قد اتخذت نطاقاً ضيقاً للغاية، فاقتصرت أهدافها على حماية الكيان السياسي والأخلاقي للمجتمع، وبالتالي لم تشهد حرية التعاقد في ظلها سوى قيود محددة، تركزت بصفة أساسية حول حرية إبرام العقد- من خلال مراقبة مشروعية المحل والسبب-، بينما ظلت حرية الأطرف في تحديد آثاره بمنأى عن التقييد.

إلا أنه مع نهاية القرن التاسع عشر بدأت فكر النظام العام تشهد اتساعاً شديداً في مضمونها وتطورت أهدافها لتشمل حماية الكيان الاقتصادي والاجتماعي في المجتمع، وذلك على إثر انتصار المذاهب الاشتراكية، وما صاحب ذلك من تزيد تدخل الدولة تدريجيا في شتى جوانب الحياة الاجتماعية. وقد أدت هذه التطورات إلى ظهور مفهوم جديد للنظام العام، يعرف بالنظام العام الاقتصادي والاجتماعي يضاف إلى المفهوم التقليدي لهذه الفكرة، وترتب على ذلك بطبيعة الحال أن شهدت حرية التعاقد قيوداً عديدة لإجبار الأفراد على احترم قواعد كثير صارت متعلقة بالنظام العام في ثوبه الجديد ،ورغم كثرة وتنوع هذه القيود وانتمائها إلى فكرة واحدة وهي فكر النظام العام الاقتصادي والاجتماعي، غير أنه يمكن القول أن هذه الفكرة قد نشأت لتحقيق هدفين متعاقبين اقتضى كل منهما خضع الإرادة لعدة قيود، ففي البداية قصدت هذه الفكر إلى حماية الطبقات الاجتماعية الضعيفة والفقيرة[2]..، واستتبع ذلك الحد من حرية التعاقد بهدف حماية الجانب الضعيف وتحقيق التوازن العقدي، وهذا ما يعرف بالنظام العام الحمائى.

---

[1] مندي آسيا يسمينة، النظام العام والعقود- مرجع سابق- ص١٧٩

[2] عليان عدة- النظام العام وحرية التعاقد – مرجع سابق – ص٢٤٢وما بعدها

وفي مرحلة لاحقة نهضت فكر النظام العام الاقتصادي والاجتماعي لتمكين الدولة من تحقيق السياسة الاقتصادية التي تنتهجها وتبتغي توجيه الأفراد إليها، لذا شهدت الإرادة التعاقدية قيوداً أخرى بهدف إجبار الأفراد على احترم هذه السياسة وتوجيههم إليها، وهذا ما يسمى بالنظام العام الموجه، حيث تتنوع مظاهر التوجيه الاقتصادي سواء في إطار العقود التي تبرم بين أفرد عاديين، أو تلك التي تتم بين منتجي وموزعي السلع، أو بين شركات صناعية وأخرى استثمارية، أو بين المنتجين أو المستهلكين ومؤسسات التمويل سواء في إطار العقود التي تتم بين منتجي وموزعي السلع، أو بين المنتجين أو المستهلكين ومؤسسات التمويل، وقد اقتضى هذا التوجيه تقييد حرية التعاقد بقيود متفاوتة تبعا لطبيعة السياسة الاقتصادية التي تنتهجها الدول مشكلة ما يسمى **بالنظام العام التنافسي**

المطلب الأول:النظام العام الحمائي وحماية للطرف الضعيف

الفرع الأول: فرض النظام العام الحمائي التشريعي لبعض الالتزامات حماية للطرف الضعيف

الفرع الثاني: تنظيم بعض العقود وتقيد حرية اختيار المتعاقد الأخر

المطلب الثاني: دور النظام العام الحمائي القضائي في حماية الطرف الضعيف

المطلب الأول

النظام العام الحمائي وحماية الطرف الضعيف

إن إعادة النظر في العقد لأجل حماية الطرف الضعيف وعادة التوازن العقدي المختل، أصبح اليوم مطلباً ملحاً وضرورة إجتماعية واقتصادية في آن واحد٠ وأصبحت مسألة التدخل المتزيد لفكرة النظام العام الحمائي في تنظيم العقود أمراً مسلما به، وهذا تماشياً مع نفس أساس الالتزام العقدي ومع الفكر التعاقدية الصحيحة التي تقوم على أساس قيام العقد المتوازن بين المتعاقدين، بعيدا عن غبن أو استغلال أحد الأطرف للأخر[1] ٠

ويرجع بعض الفقه ظاهر تزايد سلطان النظام العام الحمائي وضعف حرية التعاقد إلى علاقة التدرج التي يجب أن تقوم بين قواعد النظام القانوني، فالتشريع باعتباره قانوناً موضوعياً يعلو العقد

أكمل رمضان عبد القادر – الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقود الإذعان في القانون المدني – مرجع سابق –ص ٤٢ وما بعدها

أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994 . ص10 – موقع الاتحاد الأوربي على الأنترنيت: (http://www.europa.en.int /www.europa.en.int

[1] **Marcel Fontaine,** La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Rapport de synthèse in le Centre des Droit des Obligations de l'Université de Paris I et le Centre de Droit des Obligations de l'Université Catholique de Louvain (Comparaisons franco-belges). LGDJ, 1996, p.614

بحسبانه مصدراً؛ للحقوق الشخصية، ولهذا فالعقد يتقيد بالتشريع الذي يتقدمه في الهرم القانوني. فالواقع العملي والمنطقي يقضي أن تكون الغلبة في تكوين العقد لمقتضيات النظام العام، لأجل ترتيب آثار الالتزام، نظراً لمساسها لحقوق الغير وتأثيرها على نظام المبادلات وتبادل الثروات المادية.وبفعل تزايد ظاهر التقييد أصبح بعض الفقه يطلق على العقد تسمية"العقد الموضوعي"، ويستعمل مصطلح "مبدأ موضوعية الإرادة" بدلاً من سلطان الإرادة. ويحافظ بذلك على الأساس الإرادي في إنشاء الالتزام مع إعطاء هذا الأساس الإرادي مفهوماً نسبياً يخضعه لمقتضيات النظام العام الحمائي ٠ [١]

تدخل النظام العام الحمائي لحماية الطرف الضعيف

سبقت الإشارة إلى أن قواعد النظام العام الحمائي، تهدف في أساسها إلى حماية بعض الفئات الضعيفة، خصوصاً في علاقات الاستهلاك، التي عادة ما تكون بين طرفين أحدهما قوي اقتصادياً وتقنياً، وطرف أخر ضعيف ليس له من الوسائل الاقتصادية ولا الفنية ما يمكنه من الاحتياط لنفسه. ومن هنا فكثر ما تؤدي هذه العلاقات إلى اختلال واضح بين أداءات الأطرف من جهة، كما قد تنتهي بإلحاق أضرار قد تكون مادية، تنصب على الشيء محل التعاقد كعدم صلاحيته، أو عدم ملائمته للغرض الذي من أجله أبرم العقد، وقد تبلغ هذه الأضرار درجة أخطر حين تلحق بالمستهلك أضرر جسمانية في شخصه أو لأحد أفرد عائلته.

ومن هنا فقد عمدت أغلب التشريعات الحديثة إلى التدخل عن طريق قواعد النظام العام الحمائي، بمجموعة من الآليات، تهدف إلى دعم الطرف الضعيف، ومن ذلك التدخل وإقرار التزامات قانونية على عاتق الطرف القوي، كتلك الالتزامات التي يفرضها قانون حماية المستهلك على المتدخل، تحت طائلة عقوبات مدنية بل وحتى جنائية لحمله على الوفاء بها، كالالترم بالإعلام، والضمان، والسلامة [٢] الخ، والتي يمكن أن نسميها آليات تشريعية

---

[١] **H. SOLUS , J. GHESTIN**, AKARIMI P. SIMLER, opcit, p. 146.

أكمل رمضان عبد القادر – الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقود الإذعان في القانون المدني – مرجع سابق –ص ٤٣

[٢] **Frederic Leclerc**, La protection de la partie faible (Etude de Conflits de lois. Tome 1, Thèse / Université Rebert Schumann de Strasbourg, p.11

-Y.L.FAIVRE, Droit des assurances, 1 1 édition, DALLOZ , Paris, 2001 , p. 11 5,

-J.BIGOT et autres, traite de droit des assurances, le contrat d'assurance ,tomelll , L.G.D.J, DELTA, Paris, 2002 ,p.p.3SS.

-B.MERCADAL, p .MACQUERON le droit des affaires en France ,principe et approche pratique du droit des affaires et des activités économiques, F.L .,1996-1997,Paris ,p .271.

الفرع الأول

فرض النظام العام الحمائي التشريعي لبعض الالتزامات حماية للطرف الضعيف

إن الطفرة التكنولوجية التي تحققت من منتصف القرن العشرين، كان من نتاجها ازدحام الأسواق بأشكال من المنتجات لم تكن معهودة من ذي قبل من سلع استهلاكية، إلى أجهز منزلية، إلى حاسبات آلية، إلى وسائط نقل متعددة الأنواع والأشكال. ومع كل ما يحققه هذا التطور من فوائد بالنسبة لجمهور المستهلكين، من تحقيق للرفاهية وسهولة الحياة، إلا أنه لم يخلو من بعض المضار بالنسبة لهم، إذ ساعد على تفاقم الحوادث الناتجة عن مخاطر الأشياء وبات ضحايا تلك الأحداث يقدر بالآلاف سنويا.

ولذلك كان طبيعياً أن تجد مشكلة حماية الطرف الضعيف من الأضرار التي تسببها المنتجات وخاصة الخطر منها اهتماماً ملحوظاً في الدول الصناعية الكبرى لإيجاد الآليات القانونية لتوفير أكبر قدر من الحماية، تحت تأثير ما يسمى بحركة الدفاع عن المستهلكين التي ظهرت في الولايات المتحدة الأمريكية، ثم انتقلت إلى أوربا، ثم تطورت تطوراً هائلاً في فرنسا، لتشمل جميع دول العالم.وأمام قصور القواعد التقليدية المنظمة للعقد، تدخل المشرع وفرض مجموعة التزامات على عاتق المتدخل أو المحترف، كالالترم بأمن وسلامة المنتج ، والالترم بالمطابقة ، الالترم بالضمان والخدمة ما بعد البيع، والالتزام بالإعلام[1]، وما يتفرع عنه من تحذير أو نصيحة.

– فرض الالتزام العام بالإعلام

-www.actionconsommateur.org . guelles sont les obligations d information pour les transactions. financieres.

-J.BOULOUIS , R.M.CHEVALLIER, D .FASQUELLE , M.BLANQUET, les grands arrêts de la jurisprudence communautaire, Droit communautaire des affaires marche intérieur politiques communautaires, 5 édition, DALLOZ, Paris , 2002 p.661.

أكمل رمضان عبد القادر – الحماية القانونية للطرف الضعيف – مرجع سابق –ص ٥٦ وما بعدها

Marcel Fontaine, La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Rapport de synthèse in le Centre des Droit des Obligations de l'Université de Paris I et le Centre de Droit des Obligations de l'Université Catholique de Louvain (Comparaisons franco-belges). LGDJ, 1996, p.614

Ghestin, Droit civil, la formation du contrat, 3ème éd. LGDJ 1993, Paris, p.53 .

Sinay-Cytermann, Les relations entre professionnels et consommateurs en droit français, op. cit, p.261)(rapport français.

.J. Ghestin, Droit civil, la formation du contrat, 3ème éd. LGDJ 1993, Paris, p.53 -

[1] **D.FENOUILLET, F.LABARTHE**, fut- il recodifier le droit de la consommation ?, ECONOMICA, Paris, 2002, p99.

http://thesis.univ-biskra.dz/1820/

عرفه الفقه الفرنسي" بأنّه الحالة التي يفرض فيها القانون على المهني أن يشعر المتعاقد الآخر بجوهر محل العقد و مكوناته "و يجد هذا الالتزام أساسه في انعدام التوازن في المعرفة بين المتعاقدين سواء بسبب انعدام المساواة في اختصاص العلمي أو الكفاءة، كما هو الأمر بالنسبة للعلاقة التعاقدية بين المهني و المستهلك. ذلك أن التطور الذي تعرفه الصناعة من الناحية التقنية، خولت للمهني معرفة و تجربة لم يتسن للطرف المستهلك إدراكها و بلوغها. و هذا ما جعل أغلب التشريعات تفكر بجدية في إقرار مقتضيات تمدد بمقتضاه التزامات جديدة إلى الواجبات الملقاة على المهني[١] . و المتمثلة أساسا في الالتزام بالتبصير أو بمعنى آخر الالتزام بتوجيه إرادة المستهلك نحو الاختيار الواعي و هي حماية

تهدف إلى صيانة رضاء هذا الأخير عن طريق افتراض قرينة الجهل لديه مما يخوله الحق في التنوير و التبصير[٢]. و سوف نتطرق فيما يلي :

الغصن الأول

مبررات فرض الالتزام العام بالإعلام

إن مبررات نشوء التزام جديد في ظل إي نظام قانوني، إنما يجب أن تستند إلى واقع عملي يكون قد شهد تفاعلا بين النصوص القانونية المعمول بها في مجال معين، وبين معاملات الأفراد الدائرة في هذا المجال بصورة أسفرت عن وجود ملامح لقصور في تطبيقها إلى حد ينبغي معه ضرورة القيام بمعالجته.[٣] وعلى ضوء هذا يمكن تقسيم مبررات نشأة وفرض هذه الالتزامات إلى مبررات واقعية أو مادية وأخرى قانونية.

أ- **المبررات واقعية أو مادية:** لقد كان من نتاج الطفرة التكنولوجية التي تحققت منذ منتصف القرن العشرين، ازدحام الأسواق بأشكال من المنتجات لم تكن معهودة من ذي قبل، من سلع استهلاكية

---

[١] **Jean Calais Auloy – Frank Steinmetz** –pcit,p.51

احمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك ازاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية – القاهرة، ١٩٩٤، ص١٠٧- أكمل رمضان عبد القادر – الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقود الإذعان في القانون المدني – مرجع سابق –ص ٥٨ وما بعدها- عبد الباسط الجميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة،١٩٩٦،ص٥٩

[٢] مندي آسيا يسمينة، النظام العام والعقود- مرجع سابق- ص٨٧

G.VINEY, P .JOURDAIN, traite de droit civil , les conditions de la responsabilité, 2 éd , DELTA, L.G.D.J., 1998, Paris, p430.

[٣] محمد عمر عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.ص١٩١ أحمد عبد التواب بهجت، الالتزام بالنصيحة في نطاق التشييد، رسالة دكتوراه جامعة الزقازيق، 1992 ، ص7

(كالأغذية، ومستحضرات التجميل، والمنتجات الدوائية، ومنتجات التنظيف...) إلى أجهزة منزليه، والى وسائل اتصال متعددة الأنواع والأشكال ....إلخ، ولم يقف التطور عند حد عمليات الإنتاج بل امتد لعمليات التسويق حيث صارت بيد شركات ضخمة [1] و قد واكب هذا التطور في أساليب الإنتاج والتوزيع زيادة في حجم المخاطر التي يتعرض لها الطرف الضعيف في تعاملهم مع هذه المنتجات الحديثة:

فمن جهة، ترتب على الإنتاج الكبير تزايد احتمالات ضعف رقابة المنتج على السلع والخدمات ، وتخرج إلى السوق مشوبة ببعض العيوب التي تجعل استهلاكها محفوفا بالأخطار.

ومن جهة أخرى فقد ترتب على هذا التطور، فصل عمليه الإنتاج عن عمليه التسويق، وصارت هذه العملية الأخير بيد شركات كبيرة ينحصر دورها في استخدام أساليب الدعاية المختلقة لإقناع المستهلك بأهمية السلعة وجدواها ومن ثم الإقبال على اقتنائها، وقد أدى ذلك إلى ظهور أخطار أخرى، تنشأ من عدم كفاية البيانات أو عدم دقتها أو كتابتها بلغه لا يفهمها المستهلك، أو بأسلوب علمي جامد لا يستطيع المستهلك العادي استيعابه .[2] ونتيجة لهذين العاملين كان طبيعيا أن يتسع حجم الأضرار التي تسببها المنتجات الصناعية، وأن تطالعنا وسائل الإعلام المختلفة يوميا بأنباء الكوارث التي تسببها هذه المنتجات، نتيجة لتناول بعض المواد الغذائية، أو استهلاك المستحضرات الصيدلانية، أو إحدى الأجهزة الإلكترونية.ولذلك كان طبيعياً أن ينصب اهتمام الفقه والقضاء على البحث عن وسيلة تعيد هذا التوازن المفقود في العلم بين المتعاقدين، وتوفير الإطار القانوني لحماية الطرف الضعيف في هذه العلاقة التعاقدية[3].

٢- المبررات القانونية:

سبقت الإشارة أنه إذا كانت الاختراعات الحديثة قد ساهمت في رفاهية الإنسان، فإنها أدت في نفس الوقت إلى تفاقم الأضرار التي يتعرض لها، نتيجة حداثة عهده بما تمخضت عنه المخترعات الحديثة من تقنية فنية متقدمة ومعقدة وما تحمله من مخاطر سواء في تكوينها أو استعمالها.وأمام

---

[1] جابر محجوب علي، ضمان سلامه المستهلك من أضرر المنتجات الصناعية، دراسة مقارنه بين القانون الفرنسي والمصري والكويتي، مجله الحقوق الكويتية، العدد20، العدد 03و 04، 1996. ص 207

[2] **H. SOLUS , J. GHESTIN, AKARIMI P. SIMLER**, opcit, p. 146.

[3] عليان عدة- النظام العام وحرية التعاقد – مرجع سابق – ص٢٩٢وما بعدها

هذا الوضع استشعر الفقه والقضاء[١] وخاصة الفرنسي[٢] قصور الأحكام الواردة في القانون المدني عن توفير الحماية المنشودة وتغطية هذه الأضرار.

فنظرية عيوب الرضا والتي عنى المشرع بتنظيمها بطريقة محددة ودقيقة، عملاً على استقرار المعاملات، إلا أن ذلك أدى بصور غير مباشر إلى تضييق نطاقها، والتشدد في الشروط اللازمة لتطبيقها مما نتج عنه صعوبة في إثباتها، وبالتالي لم تحقق النتائج المرجوة منها ، ولا سيما عيب الغلط و التدليس لما يتطلباه من اشترط قصد التضليل للتوصل إلى إبطال العقد بالنسبة للتدليس، واشترط أن يكون الغلط جوهريا وان يكون متصلاً بالمتعاقد الآخر .

هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن التزامات البائع التقليدية، وعلى وجه التحديد الالتزام بضمان العيب الخفي أضحت قاصرة عن تحقيق الحماية اللازمة للمشتري، إذ يكفي البائع لكي يتحلل من المسؤولية أن يسلم المشتري سلعة جيدة الصنع وخالية من العيوب الخفية، أو أن الخفاء الذي يعد شرطاً أساسياً من شروط ضمان العيوب الخفية [٣].ومن هنا كان حرص الفقة الفرنسي على ممارسة دوره الخلاق في إلقاءه على عاتق البائع المتخصص، مجموعة التزامات أهمها الالتزام بالإعلام، وما يتفرع إليه من إخبار بسيط، والتزم بالتحذير، والتزام بالنصيحة في محاولة لحماية الطرف الضعيف [٤]

---

[١] حيث قضت محكمة النقض المصرية في 1 يناير 1994 بأنه(لا يشترط لصحة العقد أن يكون محل الالتزام معيناً، بل يكفي أن يكون قابلاً للتعيين، و أن يتضمن عقد البيع ما يسمح بتمييز المبيع عن سواه و يمنع اختلاطه بغيره لو تنازع طرفا عقد البيع حول تحديد المبيع)

[٢] Cass.com , **2 décembre** 1997, RiDA 1998, **N° 417; Philipe Tourneau Loïc cadiet, Droit de la resp et** des contrats, paris, **2002,** p **.798.**

Www. **Bicentenaire.du** code **civil.** Fr/pdfl حيث تضمن هذا الموقع العديد من أحكام محكمة النقض الفرنسية تدول حول الالتزام بالإعلام ومنها :

Cass. civ. 1, 4 mai 1994, R .J.D.A. 1994 , N° 1123 ; J.Mestre M.E.Pancrazi, Droit commercial, Droit interne et aspects de droit international, 26e éd , L.G.D.J., E.J.A., Manuel, 2003 , p .664

' :Cass .1 civ., 11 oct .1983, supra ,N° 216, ad Notam ;juris civ .supra, N°215 ,ad Notam D.Nguyen - THAWH - Bourgeois et J. Reve I , RTD civ., 1986 .777

[٣] ميرفت عبد العال، الالتزام بالتحذير في مجال عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهر ، 2004 ، ص 02

[٤] عليان عدة– النظام العام وحرية التعاقد – مرجع سابق – ص٢٣١وما بعدها

مصطفى أبو مندور موسى، دور العلم بالبيانات عند تكوين العلاقة العقدية، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٠، ص٣.

الفصل الثاني

صور الالتزام بالإعلام

يعتبر الالتزام بإعلام المتعاقد من الالتزامات التي كثر الحديث عنها في الآونة الأخيرة و كأنها جزء لا يتجزأ من الواجبات الملقاة على عاتق أحد أطراف العقد . و هنا يثار الإشكال حول الفترة التي يتعين إعلام المتعاقد الأخر فيها، هل مرحلة ما قبل التعاقد و أثناءه فيكون من ثم إلتزام قبل تعاقدي أم في مرحلة تنفيذ العقد، فيكون الالتزام تعاقدي.لذلك انقسم الفقه إلى عدة أراء فمنهم من اهتم بصنف واحد من الالتزام بالإعلام، هو الالتزام التعاقدي، على اعتبار أن هذه الالتزامات ناشئة عن العقد و مرتبطة به، و على العكس من هذا الإتجاه اقتصر جانب آخر من الفقه على دراسة الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي لأنّه في نظرهم هو وحده الذي يمثل فائدة بالنسبة للمتعاقد ، و من تم قالوا بالطبيعة قبل العقدية للالتزام بالإعلام، فهو مستقل عن العقد و يتعين الوفاء به في المرحلة السابقة على إبرامه و نظرا للانتقادات الموجهة لهذين الاتجاهين، ظهر اتجاه ثالث يميز بين ما يسمى الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي و الالتزام بالإعلام التعاقدي و يعتبر هذا التصنيف هو الشائع في الفقه[1] لهذا سوف نتعرض للالتزامين فيمايلي :

أ- الالتزام بالإعلام قبل التعاقد

اعتبر الفقه المقارن أن مبدأ حسن النية غير كاف بمفرده لضمان سلامة العقود، نظرا لعدم وضوح هذا المبدأ ونسبيته و عدم فعالية نظرية عيوب الرضا في المعاملات المدنية، لذا حاول إقامة نظرية عامة للالتزام بالإعلام قبل التعاقدي كالتزام قائم بذاته مستقل بنفسه إلى جانب نظرية عيوب الإرادة التي تتطلب شروط من غير اليسير تحققها للقول بإبطال العقد . فالالتزام بالإعلام الذي يقع على عاتق أحد المتعاقدين (المهني) في المرحلة السابقة على إبرام العقد يك من وره أساسا في جعل رضاء الطرف الآخر حراً و مستنيراً و خالياً من الغلط[2]. وإنه يساعد على التعبير عن الإرادة السليمة، فهذه الأخيرة تكون مستنيرة بما فيه الكفاية عندما نمنع المتعاقد عناصر تفاوضية تمكنه من الإقدام على التعاقد.و نستنتج أن هذا الالتزام يؤثر على إبرام العقد، و إذا تم الإخلال به فإن العقد المبرم لن يكون مطابقاً للعقد المتوقع و لرغبات الدائن بالالتزام بالإعلام.كما تهدف المعلومات محل الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام إلى تمكين الدائن من معرفة مضمون الأداء القانوني الخاص بالطرف الآخر، كما تمكنه من تقدير مضمون الأداء الخاص به و كذا الالتزامات التي يتحملها و في الواقع يصعب التمييز بين الالتزام قبل التعاقدي، و الالتزام التعاقدي لأن بعض الالتزامات تنشأ

---

[1] .Jeau Calais Aulay – Frank Steinmetz – op cité p.52

[2] .Français Terré – Philippe Smiler – Yves Lequette – op cité p.260

قبل إبرام العقد و تمتد بعده كما أنّه بعض العقود تتكون تدريجيا لهذا يصعب التحديد إذا ما كان الالتزام تعاقدي أو ما زال قبل تعاقدي [١] و كحل لهذه الصعوبة اقترح أحد الفقهاء التفرقة المؤسسة على المنفعة التي يقدمها الالتزام لصاحبه . و لهذا فهو يفرق بين الالتزام بالإعلام الذي هدفه تمكين المتعاقد من التعبير عن إرادة مبصرة و الالتزام بالإعلام الهادف إلى ضمان حسن تنفيذ العقد[٢] و الالتزام الأول يضمن أن يكون الرضا كامل خلال حياة العقد عند إبرام العقد، و في حالة تجديده أو تعديله أو فسخه. و جزاء الإخلال بهذا الالتزام الضامن لرضا ء غير معيب هو بطلان التصرف القانوني و التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية. أما جزاء الإخلال بالالتزام الضامن لحسن تنفيذ العقد هو المسؤولية العقدية[٣].

ب- الالتزام التعاقدي بالإعلام

الالتزام بالتبصير واجب يقع على عاتق المهني تجاه المستهلك أو المتعاقد الآخر حتى و لو كان هذا الأخير مهنياً في مجالات أخرى . إلاّ أن عدم كفاء ته في مجال تعاقده و ضعف معلوماته في هذا الميدان قد فوتت عليه فرصة الاختيار الواعي لجوهر محل التعاقد و نوعه لذلك يجب أن يسود مبدأ التعاون بين المتعاقدين، من أجل تسهيل تنفيذ الالتزام الرئيسي، و ينصب هذا التعاون على معلومات تكون ضرورية لاستعمال الشيء و الاحتياطات التي يجب اتخاذها من أجل تحقيق السلامة للمستعمل لأنّه لا ينصب على إعلام الم تعاقد حول المميزات الداخلية للشيء و إنما على مميزات استعماله. كما تهدف المعلومات الواجب الإدلاء بها إلى تمكين المدين من حسن تنفيذ التزامه، فالدائن يتعين عليه أن يقدم للمدين كافة المعلومات و التوضيحات المتعلقة بخصوصيات الشيء الذي يرغب فيه[٤]

---

[١] .Français Terré – Philippe Smiler – Yves Lequette – op cité p.260

[٢] **Fabre Maguan** de l'obligation d'information dans les contrats LG. DJ 1992. n°281 P.234

Bernard Viret, Les limites de la liberté contractuelle en droit suisse du contrat ،d'assurance, RGAT-1995n3- p 509

[٣] مندي آسيا يسمينة، النظام العام والعقود- مرجع سابق- ص٩٠

.Français Terré – Philippe Smiler – Yves Lequette – op cite p.262

[٤] مندي آسيا يسمينة، النظام العام والعقود- مرجع سابق- ص٩١

الغصن الثالث

وسائل تنفيذ الالتزام بالإعلام

- وسائل تنفيذ الالتزام بالإعلام

يعتبر تنفيذ الالتزام بالإعلام تاماً عندما يقوم المدين بتقديم البيانات و المعلومات الكافية إلى الدائن بالالتزام **بالإعلام**[1] ، و يتم تنفيذ هذا الالتزام بواسطة عدة طرق و لذلك يجب اختيار الطريقة الأكثر ملائمة للوفاء بهذا الالتزام نظرا لتعدد وسائل تنفيذه.و يتمكن المدين من التحرر من هذا الالتزام الواقع على عاتقه إذا قدم المعلومات إما كتابة أو شفويا أو بواسطة الملصقات أو الألواح أو حتى بواسطة وسائل الإعلام و الاتصال و هذا ما سوف نعرض له فيما يلي :

- معلومات مقدمة شفوياً و أخرى كتابة :

لقد اعتاد المستهلكين على تلقي المعلومات من المنتجين و التجار شفويا أو كتابة.

- معلومات مقدمة شفوياً :

تعد هذه الوسيلة الأكثر بساطة و الأكثر سرعة و الأكثر شيوعا من غيرها في تنفيذ الالتزام **بالإعلام** لأنّها لا تتطلب أي سند مادي و لأنّها تمكن الدائن من العلم الفوري ببعض المعلومات التي يجب التعجيل بها لأسباب مختلفة أثناء التفاوض ، أو من خلال الحوار الذي يجري بين المدينو الدائن، و يتمكن هذا الأخير من الحصول على المعلومات التي تهمه من المدين مباشرة، و يطلب منه تبصيره بكل ما من شأنه إجلاء الغموض عليه، من معلومات و أمور يكون في حاجة إلى معرفتها.

و يعتبر التقديم الشفوي للمعلومات واسع النطاق، و يشمل العديد من العقود، و تسود هذه الوسيلة في العقود التي يبرمها المرء يوميا كما يمكن أن تسود عقود أخرى مهمة كعقد التطبيب مثلا، حيث يقوم الطبيب بالإدلاء بالمعلومات إلى المريض خلال المناقشات التي تتم بينهما في عيادته، و لا شك أنه سيكون أقل لباقة إذا قدم للمريض وثيقة مكتوبة تحدد مختلف المخاطر التي يمكن أن تترتب على عملية جراحية معينة . كما أن مشتري الحيوان من السوق يعتمد على ما يقدمه إليه البائع من معلومات تتعلق بصفات و نواقص الحيوان.و على الرغم من سهولة و بساطة هذه

---

[1] **J.BIGOT et autres**, traite de droit des assurances, le contrat d'assurance ,tomelll , L.G.D.J, DELTA, Pans, 2002 ,p.p.3SS.
B.MERCADAL, p .MACQUERONle droit des affaires en France ,principe et approche pratique du droit des *affaires* et des activités économiques, F.L .,1996-1997,Paris ,p .271.
V.Lasbordes, les contrats déséquilibres, Tome II, presses universitaires, D' Aix - Marseille, PUAM, 2000, p.401.

الطريقة، فإنّها يجب أن تخضع لبعض الشروط والمواصفات، فلا ينك في أن يقوم المدين [1] بالإدلاء بالبيانات التي تفيد الدائن، بل لا بد أن تكون هذه البيانات مسموعة و مفهومة بوضوح، فإذا لم يسمع الدائن المعلومات المقدمة إليه فإن الالتزام **بالإعلام** يعد كأنه غير منفذ، كما أن المعلومات التي لا تكون واضحة بما فيه الكفاية و مفهومة من طرف الدائن لا يعتد بها، فالمدين يتعين عليه اختيار العبارات المفهومة و تفادي استعمال العبارات الغامضة و المصطلحات الفنية المعقدة.[2]

و من إيجابيات التقديم الشفوي للمعلومات أن الدائن يتمكن بسهولة من طلب المعلومات والتفسيرات التي يحتاج إليها حول أمر معين، و قد يطلب بعض المعلومات لتوضيح البيانات المكتوبة عندما يصعب فهمها لأسباب مختلفة، و خاصة إذا كان أميا يجهل القراءة و الكتابة.

كما أن الحوار الذي يدور بين الطرفين يمكن المدين من تقديم النصائح اللازمة للدائن وقت إبرام العقد خاصة في العقود التي ترد على أشياء أو خدمات معقدة، أو أشياء ذات تقنية عالية أو جديدة في استعمالها، فالبائع في هذه العقود لا يقتصر على الإدلاء للمشتري بما قدمه له المنتج من بيانات عن الشيء المبيع، بل يضيف إليها كل ما يمكن أن يكون ضرورياً من البيانات و النصائح، و كل ما يراه مفيدا للمشتري، و يستطيع الاستعانة في تقديم هذه البيانات الإضافية بما يقدمه له المشتري من معلومات عن حاجاته التي يريد إشباعها و الغاية التي يسعى إليها، فيختار له البائع الجهاز الملائم لتحقيق هذه الحاجات، و يفسر له مزاياه بالمقارنة مع المخاطر التي يمكن أن تنجم على اقتناء جهاز آخر. و إضافة إلى البيانات الشفوية المفسرة أو الموضحة لما هو مكتوب، يمكن للمدين أن يستعمل إشارات أو أجهزة معينة تبين كيفية الاستخدام الصحيح للشيء، و خاصة إذا كان الشيء معقد الاستعمال أو معروضاً للتداول لأول مرة في السوق ، و من مزايا الوسيلة الشفوية بالنسبة للمدين أنّها تسهل عليه تنفيذ التزامه بإعلام الدائن لأنّها أقل تكلفة إذ لا يقوم بطبع نشرات أو كتيبات، كما أنّه لا يتحمل تكاليف الدعاية و الإعلان[3].

و لكن على الرغم من المزايا التي تتحقق من خلال المعلومات الشفوية، في إن هذه الوسيلة غير كافية و لا تعد فعالة في كل الأحوال و ذلك للأسباب التالية : -

---

[1] مندي آسيا يسمينة، النظام العام والعقود- مرجع سابق- ص٩٢

عبد المنعم فرج الصدة، عقود الإذعان في القانون المصري. رسالة . القاهرة. ١٩٤٦. ص٧٧ فقرة ٥٣.

[2] أكمل رمضان عبد القادر – الحماية القانونية للطرف الضعيف- مرجع سابق –ص ١٨٤ وما بعدها

D.FENOUILLET, F.LABARTHE, opcit, p122.

[3] مندي آسيا يسمينة، النظام العام والعقود- مرجع سابق- ص٩٣ وأشار الى

V.Lasbordes ",opcit p403.

لا تخلو هذه الطريقة من مساوئ بالنسبة للمدين بالالتزام بالإعلام و بالطبع، يصعب عليه إثبات وفائه بالالتزام **بالإعلام** و إدلائه بكافة البيانات التي يحتاج إليها الدائن، فكيف يستطيع إثبات أنّه وفى ما عليه إذا لم يدل بالبيانات أمام شهود أو بواسطة إقرار من الدائن يفيد أنه تلقى البيانات اللازمة، تفاديا لهذا المشكل، من الأفضل بالنسبة للمدين اتخاذ الاحتياطات اللازمة و إعلام العميل كتابة.

– إن تطور الأشكال الجديدة المستخدمة في التعاقد و إبرام العقود بصفة عامة، جعل الاعتماد على الطريقة الشفوية في الإدلاء بالمعلومات أمرا مستحيلا، لأنّه كثيرا ما تتم العقود عن طريق المراسلة و لا مجال فيها للإدلاء بالمعلومات شفاهة باستثناء التعاقد عن طريق الهاتف، و لكن هذه الطريقة الأخيرة في التعاقد لا تلعب إلاّ دوراً ثانويا في نظم التعاقد المعاصرة و تجدر الإشارة كذلك إلى أنّه حتى في الحالات التي يتيسر فيها الإلتقاء بين المتعاقدين، فإن السرعة التي يتم بها إبرام التصرفات لا تترك وقتا كافيا للمتعاقدين من أجل التفاوض على كل صغيرة و كبيرة، كما أن المنتج و هو أعلم الناس بخصائص و مكونات السلع لم يعد هو البائع المباشر للمشتري الأخير، بل يوجد وسطاء و موزعين هم الذين يتعاقدون مباشرة مع المستهلك . لذلك يفضل المنتج الإدلاء كتابة بالمعلومات المتعلقة بالأشياء التي ينتجها.

– عندما يقتني المشتري شيئا معينا، فإن استعماله قد لا يقتصر ع ليه وحده و إنّما يستعمله أفراد أسرته كذلك، و قد ينسى بعض المعلومات التي تم الإدلاء بها إليه شفويا، و قد لا يكون حاضرا وقت استعماله، و هو ما يهدد بإمكانية حدوث أضرار أو مخاطر نتيجة عدم التقيد بالبيانات اللازمة، لذلك يستحسن تقديم البيانات المتعلقة بمخاطر الأشياء المبيعة كتابة، فالكتابة تجعل التحذير مستمرا، و تحقق الهدف من الالتزام بالإعلام بشكل فعال.

– **معلومات مقدمة كتابة** :تعد الكتابة وسيلة شائعة من وسائل الإدلاء بالمعلومات إلى المتعاقد الآخر . و هي الأهم و الأكثر فعالية من حيث تنويره، و يتضح ذلك من خلال المزايا التي تتميز بها المقارنة مع مزايا المعلومات الشفوية و تتمثل هذه المزايا بالخصوص فيما يلي :[1]

– تتميز المعلومات المكتوبة بصفة الدوام و الثبات، و هو ما يس هل على الدائن استغلالها و الاستفادة منها، فما دامت موجودة بين يديه بصفة مستمرة فهو يتوفر على الوقت الكافي ليطلع عليها، كما يمكن اللجوء إليها في مرات عديدة و كّلما احتاج إليها، فهي تقدم إليه إعلاما متكررا من دون حاجة إلى الإستعانة بالمدين من جديد، أما المعلومات الشفوية فلا يحصل عليها عموما إلاّ مرة واحدة. [1]

[1] أكمل رمضان عبد القادر – الحماية القانونية للطرف الضعيف– مرجع سابق –ص ١٨٥وما بعدها

– تتميز المعلومات المكتوبة بالدقة في كتابتها، حيث أن المدين يعدها مسبقاً، كما يحاول صياغتها بعناية و يضمنها كل البيانات التي يمكن أن يحتاجها الدائن، و هي بهذه الصورة تحقق منفعة للدائن حيث يمكنه الوقوف على البيانات إلى أن تتضح أمامه كل الوقائع التي تفيده في الإقدام أو عدم الإقدام على التعاقد، و توضح له كيفية الانتفاع الأمثل بالشيء محل العقد.

– كذلك يستفيد المدين بدوره من هذه الطريقة في الإدلاء بالبيانات حيث يكتفي بكتابة هذه البيانات مرة واحدة و يرفقها بالشيء المبيع من دون إلزامه بإعلام و تبصير كل مشتري على حده.

– عندما يعمد المدين إلى كتابة البيانات يدلي بها إلى الدائن، فإنّه يقيم وسيلة قوية من وسائل الإثبات تسهل عليه إثبات وفائه بالالتزام بالإعلام، و يستفيد من هذا الدليل الكتابي خاصة عندما يضمنه كافة المعلومات التي يتعين عليه الإدلاء بها، كما يستطيع الدائن الاستناد إلى نفس الدليل لإثبات عدم تنفيذ المدين لالتزامه كوجود خطأ أو نقص أو لبس في البيانات.

– طالما يتم الإدلاء بالبيانات المتعلقة بالشيء كتابة، فإن الاستفادة منها تكون أعم حيث يتوصل بها مقتني الشيء أو مستعمله المتحمل الذي لم يرتبط بالبائع بعلاقة مباشرة. و مثال ذلك كتابة البيانات الخاصة بالشيء على الغلاف الخاص به ليحافظ عليها من التلف أو التغيير و في الحالة التي ينتقل فيها الشيء من موزع لآخر أو من مشتري أو من مستعمل لآخر فالكتابة وسيلة فعالة في الإعلام و التبصير لأنّها تمكن كل من وجد الشيء بين يديه من الانتفاع بالبيانات المرفقة به.

– على الرغم من هذه المزايا فإن المعلومات المكتوبة يمكن أن تترتب عليها بعض المساوئ بالنسبة للمدين بالإعلام لأنّها تتطلب تكاليف و جهد إضافيين، و أنها تلزمه بوضع تصور معين للمعلومات الواجب الإدلاء بها و أن يقوم بتحريرها و طبعها و توزيع الوثائق الإعلامية و لكن هذا الانتقاد لا يساوي شيئا أمام المزايا التي تحققها الكتابة سواء للدائن أو المدين نفسه.

– كما أن هذه الطريقة في تنفيذ الالتزام بالإعلام و التبصير تسير نحو الانتشار الواسع في

---

[1] مندي آسيا يسمينة، النظام العام والعقود– مرجع سابق– ص٩٦

www.actionconsommateur.org . guelles sont les obligations d information pour les transactions. financieres.

أكمل رمضان عبد القادر – الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقود الإذعان في القانون المدني – مرجع سابق –ص ١٩٢

الوقت الراهن على حساب المعلومات الشفوية ، و أصبحت مفروضة بفعل عدة عوامل، فهي تناسب المبادلات التجارية المعاصرة التي لا تسمح بالمفاوضات المباشرة بين المتعاقدين و قيام أحدهما بالإدلاء شفاهة بالبيانات للثاني[1].

– إلاّ أن المعلومات المكتوبة، لكي تكون فعالة في تنفيذ الالتزام بالإعلام، يجب أحيانا تقديمها قبل إصدار الرضاء و خاصة بالنسبة للبيانات التي لها تأثير على إبرام العقد أو على أي رضاء آخر، فالمعلومات التي لا يتوصل بها الدائن إلا قبل وقت وجيز من إبرام العقد، أو بعد إبرام العقد، لن تفيده في شيء عندما تكون لها علاقة بإبرام العقد، لذلك يستحسن إعطاء الدائن بالالتزام بالتبصير الوقت الكافي و الضروري لكي يستطيع العلم بالوثائق المسلمة إليه قبل التعاقد.

الفرع الثاني

تنظيم بعض العقود وتقيد حرية اختيار المتعاقد الأخر

كان بإمكان المشرع أن يعطي للقاضي سلطات واسعة للتدخل كّلما تعّلق الأمر بعقد إذعان ، و بما أن السلطات الواسعة لتدخل مستمر تؤدي إلى المساس باستقرار المعاملات كما سبق و أن قلنا. لذا فضل أن ينظم بعض العقود و هذا ما فعله في النصف الأول من القرن العشرين، حيث نظّم عقد العمل[2]، عقد النقل، عقد التأمين.[3]

و هذا التدخل أحيانا أخرى لتحديد الشروط التعسفية و منعها و هذا التدخل وقائي، يهدف إلى حماية الطرف الضعيف في العقد، أو إلى حماية التوازن التعاقدي.و مثال التدخل الوقائي، منع الطرف المتعاقد القوي من فرض بعض الشروط كإجبار العامل على العمل المستمر دون إعطاءه الراحة الأسبوعية و خلال ساعات تفوق تلك المحددة في قانون العمل بحجة زيادة الطلب على المنتجات . و كذلك احترام الحد الأدنى للأجر المحدد في تشريع العمل.كل القواعد الحامية للطرف الضعيف إلزامية لا يجوز مخالفتها، و هي شكلت الآن ما يسمى بالنظام العام الاقتصادي الحمائي . و بفضل هذا الأخير، أصبحت هذه العقود المنظمة لا يستغل فيها المتعاقد القوي، المتعاقد الضعيف لأن هذا الأخير محمي من سلطة عليا هي السلطة التشريعية . إذن بفضل هذه

---

[1] **J .GHESTIN, M. FANTAINE,** opcit, p .251

[2] **J.BOULOUIS , R.M.CHEVALLIER, D .FASQUELLE , M.BLANQUET**, les grands arrêts de la jurisprudence communautaire, Droit communautaire des affaires communautaires, 5 édition, DALLOZ, Paris , 2002 p.661. marche intérieur

[3] **Jacques Flour et Jean Luc Aubert** – Eric Savaux op cité p.119.

أكمل رمضان عبد القادر – الحماية القانونية للطرف الضعيف– مرجع سابق –ص ١٨٠وما بعدها

التشريعات و تفاديا التعسف الذي يعطي للقاضي الحق في التدخل لإبطاله أو تعديل العقد. و تنظيم العقود الخاصة المذكورة على سبيل المثال حددت من حالات عقود الإذعان لأنّه في ظل هذه التشريعات يطبق المتعاقدان تنظيم قانوني فرضته السلطة العامة حامية المصالح العامة والفردية معا. فالتراضي تم في حدود القانون و أحدث الآثار التي نص ع ليها هذا الأخير، و البعض سماه volontarisme sociale بالإرادة الجماعية[1]

و خلال القرن العشرين تطور مفهوم النظام العام الاقتصادي ، فتعددت قواعده في البداية ثم أصبحت هذه القواعد من نوع آخر، أصبحت تقيد حرية التعاقد حماية لها و ذلك بفرض بعض العقود، أو تقييد حرية اختيار المتعاقد الآخر، أو تقييد حرية اختيار المتعاقد الآخر و فرض العقد في نفس الوقت[2]. و سوف نتطرق لذلك فيما يلي :

١ – العقود المفروضة أو الإجبارية :

هنا القانون يلزم المتعاقد بإبرام مثل هذه العقود مع حرية اختيار المتعاقد الآخر مثل التأمين على السيارات، إلزام أرباب العمل بالتأمين ضد حوادث العمل . فالمتعاقد قد يجبر على التعاقد و لكنّه يختار المتعاقد الآخر بكل حرية.و إذا لا يبرم هذا العقد يتعرض لجزاءات إدارية أو مهنية، إذن ه نا المساس بحرية التعاقد غير مباشر.

و أحيانا يفرض المشرع أن تتم العقود في شكل معين كعقود التوثيق ، فعقد الموثق مفروض و لكن من حيث شكله . و لمن يريد الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا يلزمه القانون أن يكون ممثلاً من قبل محامي معتمد، إذن العقد المبرم مع المحامي مفروض.

٢ – تقييد حرية اختيار المتعاقد الآخر :

هنا المتعاقد حر، إذا ما أراد إبرام عقد فليبرمه، و لكن حريته في اختيار المتعاقد الآخر مقيدة أو منعدمة.فالقانون يمنع رفض استخدام العامل لجنسيته، أو لانتمائه لنقابة العمال، رفض تأجير السكن بسبب عدد أطفال المؤجر.

---

[1] Jacques Flour et Jean Luc Aubert – Eric Savaux op cité p.120

مندي آسيا يسمينة، النظام العام والعقود– مرجع سابق– ص٤٣

[2] Droit des 14 et 17 juin 1791 و هكذا كانت الحرية الوحيدة المقيدة آنذاك هي حرية التنازل عن الحرية. و قانون شابوليChapelier اعتنق نفس الفكرة، فالحرية بذاتها كانت من النظام العام. وكانت الحرية ملكية سامية للفرد و أفضل وسيلة للقيام بالتبادلات لهذا كان غير لائق و مخالف للاقتصاد التخلي عنها حتى و لو كان هذا التخلي إرادي. مندي آسيا يسمينة، النظام العام والعقود– مرجع سابق– ص٤٣

فإذا نزعنا للشخص حرية اختيار المتعاقد الآخر معناه أنّه مجبر على التعاقد . و هذا الحكم ما هو إلاّ تطبيق لأحكام الدستور الذي ينص على مبدأ عدم التفرقة بسبب الجنس، أو لون البشرة، حالة الأسرة، الصحة، الاتجاه السياسي، النشاط النقابي، الدين و أحيانا القانون نفسه يحدد المتعاقد الآخركما هو الحال في حق الشفعة المنصوص عليها في المواد من ٧٩٤ إلى ٨٠٧

و عرفت المادة ٧٩٤ الشفعة بنصها : "الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال و الشروط المنصوص عليها في المواد التالية".

و لثبوت هذا الحق يجب إتباع إجراءات الشفعة المنصوص عليها في القانون المدني المواد من ٧٩٩ إلى المادة ٨٠٣ و على أساس ذلك يتمكن المزارع أو الشفيع من طلب إبطال عقد البيع المبرم مع البائع ليقرر القاضي ثبوت كسبه للملكية نهائيا. و تقييد حرية اختيار المتعاقد تصبح مساساً بحرية عدم التعاقد أوالتعاقد، و بحرية اختيار المتعاقد الآخر في حالة مخالفتها.

٣ – تقييد حرية اختيار المتعاقد الآخر و فرض العقد في نفس الوقت :

و هذا القيد يقع على عاتق الأفراد أو الأشخاص المعنوية اللذين يحتكرون خدمات أو مواد أساسية كالعاملين في الإدارات أو المرافق العامة.لهذا لا يحق لشركة سونلغاز التوقف عن توريد الغاز و الكهرباء لأحد زبائنها لأسباب شخصية.و نطبق نفس الحكم على اللذين يمارسون مهام أساسية :الخباز، الطبيب، البنك،...فلا يحق للخباز رفض بيع خبزه لزبائنه، و لا يحق للطبيب أن يرفض إجراء الفحص إذا كان أمام حالة استعجالية، كما لا يحق للبنك رفض فتح حساب جاري لأحد زبائنه . و نصت على هذا الحكم من القانون المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية (١) "...يمنع رفض بيع / المادة ١٥ سلعة، أو تأدية خدمة بدون مبرر شرعي، إذا كانت هذه السلعة معروضة للبيع أو كانت الخدمة متوفرة...".

– تكييف القواعد القانونية الحامية للمتعاقد الضعيف :

قواعد النظام العام الحمائي إلزامية، لا يجوز مخالفتها، و بما أنّها شرعت لحماية الطرف الضعيف في العقد، فلاكتمال هذه الحماية فمخالفتها تؤدي إلى إبطال الشرط و استبداله بالشرط المحدد في القانون و ليس إبطال العقد بكامله . فلو كان الشرط التعسفي مبطلاً للعقد بطلاناً مطلقاً لنتج عنه عدم لجوء العمال إلى الدعاوى القضائية بحقوقهم و بالتالي قبول العقد رغم التعسف.[١]

---

[١] مندي آسيا يسمينة، النظام العام والعقود– مرجع سابق– ص٤٥

Christiane Masquefa, Pouvoir du juge et protection du consommateur : Précisions en clair – obscure . JCP n°2, année 2001, p.24.

أكمل رمضان عبد القادر – مرجع سابق –ص ٢٤١وما بعدها

pizzio (J.P), L'Introduction à la notion de consommateur en droit français, Dalloz n°13 mars-١٩٨٢، P.91 .chron.

المطلب الثاني

دور النظام العام الحمائي القضائي في حماية الطرف الضعيف

وفي غير الحالات التي يتدخل فيها النظام العام الحمائي التشريعي، بموجب نصوص صريحة، تبقى من مهمة القاضي أيضاً السهر على حماية هذه الفئات الضعيفة، بما له من سلطة تقديرية، ذلك أن القاضي لم يعد دوره سلبياً في مجال العقود والمعاملات المالية، ونما أصبح يقوم بدور إيجابي في ظل التشريعات الحديثة، بحيث يقف إلى جانب إرادة الطرف الضعيف ويقويها. وذلك بالحد من مظاهر الغبن والاستغلال، ورفع الالتزامات المرهقة إذا تغيرت ظروف العقد، فيما يمكن تسميته بالنظام العام الحمائي القضائي

إن المستقر عليه فقها وقضاء حاليا أن المشرع ليس وحده من يحدد ما يعتبر من النظام العام، بل أصبح القاضي يتدخل في هذا التحديد. ذلك أنه لو كان من الممكن أن يبين المشرع الحالات التي تمس النظام العام لكان من السهل عند قراءة نصوص القانون أن نضع قائمة بالحالات التي تتدخل فيها فكر النظام العام. لكن الواقع يدل على استحالة ذلك.

وهكذا ففي غير الحالات التي يتدخل فيها المشرع بمقتضى نصوص يأخذ فيها مقتضى هذا التطور، تقع على القاضي مهمة تحقيق هذه الملائمة، فالقاضي يكاد يكون مشرعاً في هذا النطاق، وعليه أن يستلهم المصلحة العامة، ويتقيد بالنظم والآداب السائدة في عصر ونظم أمته الأساسية، ومصالحها العامة، ولا يعول على معتقداته وأرائه الخاصة. [1]

وعليه يمكن للقاضي أن يتدخل لحماية الطرف الضعيف، عن طريق السلطة التي منحها له المشرع من خلال القواعد العامة في القانون المدني (أولا)، على أنه وفي حالة قصور هذه القواعد وعدم كفايتها لتحقيق الحماية المنشودة، يمكنه أن يقوم بتطويع هذه القواعد العامة وجعلها أكثر انسجاما مع الغايات التي يصبوا النظام العام الحمائي لتحقيقها (ثانيا)

الفرع الأول

---

[1] عليان عدة– النظام العام وحرية التعاقد – مرجع سابق – ص٢٣٩وما بعدها٠أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، القاهر، ص ١٠٦ 1994.

Henri et Léon Mazeaud, Jean Mazeaud, François Chabas, TII, 1er V., Obligations, théorie générales, 9ème éd. Par François Chabas, MontChrestien, Delta Liban, 2000, .p.29

سلطة القاضي في تعديل العقد حماية للطرف الضعيف طبقاً للقواعد العامة

طبقاً لنص المادة **مادة ١٤٧ فقرة ١ (العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين ، أو للأسباب التي يقررها القانون)**. نجد أن المشرع شبه العقد في قوته الإلزامية بين المتعاقدين بالقانون،فلا يستطيع المتعاقد أن يتحلل من قيود العقد والالتزامات التي رتبها عليه بإرادته المنفردة، كما لا يمكنه أيضا أن يدخل تعديلاً على بنود العقد أو شروطه. فكما أن القانون هو من وضع المشرع، وله وحده دون غير الحق في تعديله أو إلغائه. فكذلك الأمر بالنسبة للعقد، فهو من وضع المتعاقدين عن طرق الاتفاق، فلا يمكن تعديله أو نقضه إلا من طرفهما معا، ولا يستقل أحدهما بنقضه أو تعديله بمفرده .

ولا يقتصر المنع من التدخل في العقد لتعديله أو نقضه على المتعاقدين فحسب، بل يشمل حتى القاضي، ولو كانت شروطه أو مضمونه في نظره غير عادلة ٠ وهذا التوجه من قبل المشرع يعكس مدى تأثره بمبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد، الذي يعد أصلاً عاماً في القانون المدني.

ومع ذلك فقد أجاز المشرع للقاضي استثناء، التدخل في العقد بنقضه أو تعديله، حماية للطرف الضعيف، وإرجاعاً للتوازن العقدي فيه.

وتتمثل هذه الحالات الاستثنائية في: إنقاص التزامات المتعاقد المغبون في حالتي الغبن والاستغلال ، ومنح المدين المعسر أجلاً للوفاء من خلال نظرية الميسر ، ورد الالتزام المرهق إلى حده المعقول من خلال نظرية الظروف الطارئة. بالإضافة إلى سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المذعن منه، وسلطته أيضا في خفض التعويض ألاتفاقي أو الشرط الجزائي.[١]

الغصن الأول

---

[١] عليان عدة– النظام العام وحرية التعاقد – مرجع سابق – ص٢٣١وما بعدها

فؤاد محمود معوض ، دور القاضي في تعديل العقد " دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون ١ المدني المصري . مطابع حلي ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٩، ص ٤٣٩.

د.عبد الحكم فودة، إنهاء القوة الملزمة للعقد ، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ، ١٩ ، ص ٢ .٤٥٤

acques Azéma, Droit des consommateurs, sécurité, concurrence, publicité en droit **J** français et communautaires, actes d'un Colloque organisé le 16/17/18 avril 1996, Editions : Story .scientia

أكمل رمضان عبد القادر – الحماية القانونية للطرف الضعيف– مرجع سابق –ص ١٩٧وما بعدها

سلطة القاضي في رفع الغبن و الاستغلال

لقد اهتم الفقهاء والمشرعبنظرية الاستغلال، نتيجة لعدم المساواة التي أفرزها التطور الحاصل في المجتمع، بحيث أصبح الطرف القوي في العقد، يستغل مركز هذا، ويفرض شروطه على المتعاقد الضعيف. وقد اقترح الفقه لأجل معالجة ظاهر الاختلال وعدم تعادل التزامات المتعاقدين، تصورين: أحدهما موضوعي، والآخر ذاتي

فأما التصور الموضوعي، فيكون فيه عدم التكافؤ بين ما يدفعه المتعاقد وما يحصل عليه كافياً لإبطال العقد بغض النظر عن الاعتبارات الشخصية والنفسية لكل متعاقد، فتعادل الالتزامات المتقابلة الذي يقوم عليه هذا الشعور أولى من اتفاق الإرادتين، بحيث يقدم تعادل الأداءات على الحرية العقدية ٠

ويعاب على هذا التصور الذي يعتد بالتعادل الحقيقي للاداءات، صعوبة تطبيقه من حيث المشاكل الكبرى التي يواجهها الاقتصاديون بخصوص تحديد الأسعار ٠

أما التصور الذاتي، فيشترط أن يكون التفاوت الذي قد يوجد بين ما يعطيه المتعاقد تنفيذاً لالتزامه والفائدة التي يتحصل عليها ناتجاً عن ضعف المتعاقد المغبون من جهة، واستغلال المتعاقد معه لهذا الضعف من جهة أخرى. وهكذا فوفق هذا التصور يعتبر الغبن عيب في الرضا، ومن ثم فلا تناقض عندهم مع عدالة العقد التي يقولون بها.

وقد كان لهذه التصورات الفقهية، الأثر البالغ على موقف مختلف التشريعات المقارنة، إذ أنها في غالبيتها لم تكتف بالأخذ بالتصور الموضوعي المجرد كقاعدة عامة، وإنما اشترطت وجود الضعف النفسي أو الحاجة أو نقص التجربة وعدم الخبرة، كشرط أساسي لإمكانية التدخل وعادة التوازن والتعادل للعقد[1].

وبخصوص المشرع المصري فإنه قد سلك نفس التوجه الذي سلكته التشريعات الحديثة فأخذ بفكرة الاستغلال، مع الإبقاء على بعض الحالات في الغبن المادي بمقتضى نصوص متفرقة، حيث اعتبر الاستغلال عيباً في الإرادة ينطبق على سائر التصرفات، وهذا ما يتبين من نص المادة 125 حيث يشترط لقيام الاستغلال عنصرين وهما:**العنصر المادي**، للاستغلال ويتحقق إذا كانت التزامات أحد الأطرف المتعاقدين متفاوتة في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة

---

[1] نبيل إبراهيم سعد– النظرية العامة للالتزامات – مصادر الالتزام– دار الجامعة الجديدة الإسكندرية – ٢٠٠٧– ص١٤٩– حمدي محمد اسماعيل ، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية – دار الفكر الجامعي الإسكندرية،٢٠٠٧ ،ص٢٠١

راجع في كل ذلك عبد الرزاق السنهوري، الوسيط...، المرجع السابق،هامش ١و٢ ص 357 .

بموجب العقد، ومعنى ذلك أن يكون هناك اختلالاً فاحشاً ،والعنصر النفسي، وهو عنصر مزدوج يقوم في جانب كلا الطرفين فهو بالنسبة لأحد الطرفين ضعفا نفسي وبالنسبة للطرف الآخر الاستفادة من هذا الضعف، وضعف أحد الطرفين لابد أن يكون واحد من أمرن: طيش بين[1]، أو هوى جامح[2].

ومن هنا يتعين أن يكون العاقد المغبون قد تعاقد تحت تأثر الطيش البين أو الهوى الجامح. فإذا توافرت عناصر الاستغلال كان للمغبون أن يطعن في العقد وله الخيار بين إبطال العقد أو إنقاص الالتزامات إلى الحد الذي يكفي لرفع الغبن وإزالة التفاوت.[3] ويلاحظ على مسلك المشرع في تنظيمه لنظرية الاستغلال، العديد من النقائص، أهمها:أنه حصر وضيق من نطاق حماية الطرف الضعيف، إذ قصره على من كان في حالة طيش بين أو هوى جامح فقط، بالرغم من وجود حالات ضعف أخرى تستدعي أيضا الحماية، كالحاجة، والسذاجة، وقلة الخبر، أو ضعف الإدراك.

الغصن الثاني

سلطة القاضي في منح المدين المعسر أجلاً للوفاء " نظرية الميسرة"

إن المشرع وخروجا عن القاعدة العامة التي تقضي بوجوب تنفيذ الالتزام في الأجل المتفق عليه. أجاز للقاضي استثناء التدخل لمنح أحد أطرف العقد الذي يكون في وضع اقتصادي صعب أجلا معقولا للتنفيذ التزمه. فقد نصت المادة ١٥٧ فقرة (٢) على انه "**ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا إذا اقتضت الظروف ذلك ، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يفي به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملته**"

يتضح من خلال هذا أن المشرع قد أجاز صراحة للقاضي التدخل ومنح أجل للمدين المعسر نظراً لحالته الاقتصادية الصعبة، وهذه الحالات هي ما يطلق عليها الفقه بنظرية الميسرة[4]، التي هي في أصلها مستنبطة من أحكام الفقه الإسلامي.

---

[1] **يقصد بالطيش البين– الحالة النفسية التي تعترى المتعاقد فتجعله يتخذ قرارات بدون تبصر ولا تفكير**

[2] الرغبة الشديدة التي تقوم في نفس المتعاقد فتنال من سلامه القرارات التي يتخذها، فميول النفس واشتهاؤها شيئا معينا أو شخصا معينا يندفع مع المتعاقد المغبون ويسعى لتحقيق رغباته دون تبصر ومهما كان الثمن غير مبال بالأضرار التي تلحقه

[3] عليان عدة– النظام العام وحرية التعاقد – مرجع سابق – ص٢٤٢وما بعدها

Brigitte LEFEBVRE ,le contrat d'adhésion, la revue de notarial montréal, vol 105, .2003, p. 445

[4] قد يكون القضاء هو مصدر الأجل ، ويسمى الأجل القضائي في الفقه المصري بنظرة الميسرة. راجع عبد الرزاق السنهوري الموجز–مرجع سابق فقرة ٤٨٩ ص ٤٩٩ وأشار سيادته إلى أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٣ – بودري وبارد ٢ فقرة ٩٧٢ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ٩٩٨ – بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧١٨ – كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٦١ –

تعريفها : هي مهلة يمنحها القاضي للمدين الذي يمر بظروف صعبة تجعله غير قادر على الوفاء في الميعاد المحدد بشرط ألا يلحق بالدائن ضرر جسيم.

نطاق التطبيق :نظرة الميسرة تتسم بالعمومية في التطبيق سواء من حيث محل الإلتزام أو مصدر الإلتزام ، فمن حيث محل الإلتزام تمنح نظرة الميسرة في كل الإلتزامات بصرف النظر عن محلها سواء كان محل الإلتزام نقود أو تسليم شيء أو غيره، ومن حيث مصدر الإلتزام تمنح نظرة الميسرة في جميع الإلتزامات سواء كان مصدر الإلتزام الإرادة المنفردة أو العقد.

-شروط منح القاضي للمدين نظرة الميسرة :

١) أن يتوافر لدى المدين ظروف إستثنائية صعبة.

٢) أن يكون المدين حسن النية.

٣) أن لا يوجد نص يمنع القاضي من نظرة الميسرة.

٤) أن لا يتضمن العقد شرطا فاسخا صريحا.

٥) أن لا يترتب على منح نظرة الميسرة إلحاق ضرر جسيم بالدائن.

سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة :

يتمتع القاضي بسلطة تقديرية مطلقة في منح المدين نظرة الميسرة، فهو حر أن يمنحه أو يمنعه من ذلك، وكذلك هو حر في تحديد مدة نظرة الميسرة بشرط أن تكون معقولة . كما أن له الحرية في أن يمنح المدين أجلا واحدا يسدد في خلاله أو آجال يسدد فيها .

-آثار منح نظرة الميسرة :

١) وقف إجراءات التنفيذ ضد المدين.

٢) بقاء الدين مستحق الوفاء.

تعلق نظرة الميسرة بالنظام العام

تعتبر القاعدة التي تقضي بجواز إمهال المدين، من بين القواعد القانونية التي جعلها القانون من النظام العام، فلا يجوز لطرفي العقد الاتفاق على استبعاد حق القاضي في منحها فإذا اتفق الدائن والمدين على ذلك، كان اتفاقهما باطلا[١]، ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجال قضائيا على الرغم

جوسران ٢ فقرة ٧٢٢-أكمل رمضان عبد القادر – الحماية القانونية للطرف الضعيف– مرجع سابق –ص ١٩٨وما بعدها

نبيل إسماعيل عمر، امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي، دار الجامعة الجديدة للنشر، سنة ٢٠٠٤، ص ١١٤

[١] – د.عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق – ص٣٩٩

من هذا الاتفاق.و المشرع الفرنسي في ّ المادة ١٢٤٤ من القانون المدني جعلها من النظام العام فلا يمكن استبعادها من أطراف العقد، إلا في بعض الحالات التي يمنع فيها القانون القاضي من العمل بها[١]

الغصن الثالث

سلطة القاضي في رد الالتزام المرهق إلى حده المعقول " نظرية الظروف الطارئة"

الأصل طبقا للقواعد العامة أنه إذا توافرت للعقد أركانه وشروط صحته، بأن صدر ممن هو أهل له، منصباً على محل قابل لحكمه، وباعث مشرع في غرضه، ولم يشب إرادة العاقدين عيب يفسده، فقد انعقد العقد صحيحا نافذاً متربا لآثاره.ومن ثم فقد وجب تنفيذه طبقا لنحن المادة ١٤٨ "(١) يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية.(٢) ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه. ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته ، وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الإلتزام".فمن المفروض في نظر المشرع أن إعطاء الحرية لأطراف العقد في مرحلة إبرامه،كاف لأن يحقق العدالة والتوازن العقدي بين مصالحهم. حتى ما إذا وقع اختلال وتفاوت، كانت نظرية الاستغلال كأصل عام، والغبن كحل خاص كفيلة بإعادة هذا التوازن المفقود.أما إذا حصل هذا الاختلال في مرحلة تنفيذه، فالأصل أن يتم تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه، إلا إذا كان العقد متراخياً في تنفيذه، وطرت حوادث استثنائية عامة، جعلت تنفيذه مرهقاً، فهنا واستثناء من القاعدة يجوز التدخل لرفع هذا الاختلال، ورد الالتزام المرهق إلى حده المعقول، ويطلق الفقه على هذه الحالة الاستثنائية نظرية الظروف الطارئة[٢]

و قد عرفها بعض الفقه بأنها (حالة عامة غير مألوفة أو غير طبيعية ، أو واقعة مادية عامة لم تكن في حسبان المتعاقدَين وقت التعاقد ، ولم يكن في وسعهما ترتيب حدوثها بعد التعاقد ، ويترتب عليها أن يكون تنفيذ الالتزام التعاقدي مرهقاً للمدين ، بحيث يهدده بخسارة فادحة ، وإن لم يصبح مستحيلاً)وأيضا: (هي كل حادث لاحق على تكوين العقد وغير متوقع الحصول عند التعاقد ، ينجم عنه اختلال بين المنافع المتولدة عن عقد يتراخى تنفيذه إلى أجل أو آجال ، ويصبح تنفيذ المدين

---

[١] محمد شكري سرور ، موجز ألحكام العامة لاللتزام في القانون المدني المصري ، دار الفكر العربي ، ١ ١٨٢. ص ، ١٩٨٥

[١] Alex veille. François terré, droit civile. Les obligations, deuxième édition, Dalloz, p ٩٦٨.

[٢] عليان عدة– النظام العام وحرية التعاقد – مرجع سابق – ص٢٤٧وما بعدها – نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضى فى المواد المدنية والتجارية دراسة تحليلية وتطبيقية – دار الجامعة الجديدة الإسكندرية –سنة ٢٠٠٠– ص ٢٤٦–

لالتزامه كما أوجبه العقد يرهقه إرهاقاً شديداً ، ويتهدده بخسارة فادحة ، تخرج عن الحد المألوف) .[1]والملاحظ على هذه التعريفات اتفاقها على عدة مضامين جوهرية لمكونات النظرية ، وهي :

١- حصول ضرر لاحق ، بعد إبرام العقد ، مؤثر على انسيابيته ، ومعارض لما اتفق عليه الطرفان ابتداءً .

٢- كون الضرر موصوفاً بالإرهاق ، إرهاقاً لا يطيقه أحد الطرفين ، بحيث يؤدي الإمضاء في مقتضى العقد إلى إحداث الأذى الكبير على أحدهما أو كليهما .

٣- عدم توقع حصول هذا الظرف عند إبرام العقد

ولتسليط الضوء على هذه النظرية يجب بداية تحديد شروطها (أ)، ثم كيفية التدخل القاضي لمرجع العقد وعادة التوازن فيها (ب).

أ- شروط تدخل القاضي لرد الالتزام لحده المعقول في نظرية الظروف الطارئة

يجب على القاضي حتى يتدخل لرد الالتزام المرهق لحد المعقول، أن يتأكد من توفر ثلاثة شروط وهي:

١-أن يكون العقد متراخي التنفيذ

فبعض الفقهاء يرون أنه لا مجال لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ما لم يكن العقد متراخياً في تنفيذه، أي أن يكون من العقود التي يستغرق تنفيذها مدة زمنية معينة، سواء كان العقد .زمنياً أو عقد فورياً مؤجل التنفيذ. ذلك أن هذه النظرية تتطلب وقع حوادث استثنائية في الفترة ما بين الإبرام والتنفيذ، فإذا كان العقد قد نشأ ونفذت التزاماته فور، فلا مجال لوقع حوادث استثنائية.

٢-أن يطرأ حادث استثنائي عام غير متوقع

الحادث الاستثنائي هو حادث غير مألوف لكونه نادر الوقع، فهو حادث لا يقع في ظروف عادية، كالفيضان، والوباء والنزل، والحرب ٠ وقد توسع الفقهاء فيه ليشمل أنواعا أخرى لم تكن معروفة من قبل، كانتشار الإشعاع الذري وتلوث البيئة وانتشار الغازات السامة. وتنسب الاستثنائية للحادث

عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ج١ مرجع سابق / ص ٦٤٢

سمير تناغو –مصادر الالتزام – العقد الإرادة المنفردة العمل غير المشروع– بدون دار نشر – الإسكندرية سنة ٢٠٠٠– ص ١٥٣ محمد محيي الدين إبراهيم نظرية الظروف الطارئة : بين القانون المدني والفقه الاسلامي ص ٥٤٥ [1]

إبراهيم بن حديد ، السلطة التقديرية للقاضي المدني ، رسالة ماجستير ، معهد الحقوق ، جامعة الجزائر١٩٩٥ ص٦

. **François terrè-** thelipe , dimler - e laquette, delta Dalloz, p 893

نفسه، كما قد تنسب أيضا لآثار الحادث، الذي قد يكون في ذاته مألوفا إلا أن آثاره تخرج عما هو معتاد، كالارتفاع الباهظ للأسعار نتيجة تغير القوانين.

ويشترط في هذا الحادث الاستثنائي أن يكون عاما، أي أن يمس كافة الناس، أو على الأقل فئة منهم، ولا يخص المتعاقد وحده، كإفلاسه أو إتلاف ممتلكاته. وهنا يجب التمييز بين الظرف الطارئ والقوة القاهرة، فهذه الأخيرة ون كانت حادث استثنائي إلا أنها ليست عامة. ويعيب بعض الفقه على شيط العمومية أنه وسيلة لتضييق مجال نظرية الظروف الطارئة، فهو شرط لا أصل له في الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر المادي لهذه النظرية، فضلا عن أنه يتنافى مع الهدف من تشريع هذه النظرية وهو إعادة العدالة العقدية برد الالتلآم المرهق إلى الحد المعقول .كما يستنبط في الحادث الاستثنائي أيضا أن يكون غير متوقع، ويكون كذلك إذا لم يكن في وسع المتعاقدين توقعه وقت إبرام العقد، ويترقب على ذلك أن يكون الحادث مما لا يستطاع دفعه أو تحاشيه، فإذا كان في وسع المدين أن يدرأه أو يتغلب عليه، فيتحمل حينئذ وزره ٠

٣-أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا

يشترط في الحادث الاستثنائي العام المفاجئ أن يجعل تنفيذ التزم أحد المتعاقدين مرهقاً،ومعنى ذلك أن يهدده بخسارة فادحة. فإذا أصبح التنفيذ مستحيلا نكون حينها أمام قوة قاهرة، وتنقضي الالتزام لاستحالة تنفيذه.ولم يعين المشرع مقداراً حسابياً للإرهاق، بل اكتفى بوصف هذا الإرهاق بالخسارة الفادحة، وهنا يتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة لتحديد مدى فداحة هذه الخسارة، وفي هذا الصدد هناك معيارين لتقدير الإرهاق، فإما أن يقدر في ظل ثروة المدين وهذا معيار ذاتي، وإما أن يقدر في ضوء الالتزامات التي رتبها العقد بغض النظر عن ثروة المتعاقدين وهذا معيار موضوعي، والذي يبدو أن هذا المعيار الأخير هو الذي يجب على القضاء الأخذ به٠

ب- كيفيه تدخل القاضي لرد الالتزام المرهق للحد المعقول

تجب الإشارة بداية إلى أن تدخل القاضي لرد الالتزام المرهق لحده المعقول هي مسألة متعلقة **بالنظام العام الحمائي**، ولذلك فإن المشرع قد أبطل كل اتفاق يخاف ذلك. أما استعماله لعبارة جاز ، فلا يقصد بها إمكانية التدخل من عدمه، بل تعني فقط منحه سلطة تقديرية في كيفية رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

وفي هذا المجال فإن القاضي وهو بصدد رد الالتزام المرهق لحده المعقول، وجب عليه أن يرعي ووف وملابسات الظرف الطارئ، وان يأخذ مصلحة كلا الطرفين بعين الاعتبار، أي يقوم بعملية الموازنة لأجل رفع الإرهاق من جهة، مع المحافظة على توازن العقد من جهة أخرى.وتتم إزالة الإرهاق إما بإنقاص التزامات الطرف المرهق، كأن يعمد القاضي إلى إنقاص الثمن، أو بزيادة

التزامات الطرف الثاني ، كما قد يقوم القاضي بوقف التنفيذ لحين زوال الظرف الطارئ. ويرى جانب من الفقه إمكانية فسخ العقد إذا كان هو الوسيلة الوحيد لرفع الإرهاق[١] .

الفرع الثاني

تطويع النظام العام الحمائي القضائي للقواعد العامة حماية للطرف الضعيف

إن الحالات التي سبقت الإشارة إليها، والتي تجيز للقاضي التدخل لإعادة التوازن العقدي وحماية الطرف الضعيف اقتصادياً في العقد، تبقى حالات استثنائية واردة على سبيل الحصر، بشروط محددة، ولا يجوز التوسع فيها.

ونظراً لتزيد ظاهر الاختلالات في العقود خصوصاً في العقود المبرمة بين المحترفين والمستهلكين، وأمام عدم معالجة القواعد العامة لها صراحة، فإنه أصبح من واجب القضاء تطويعها لأجل تقرير حماية كافية، ومن ذلك: تيسير إبطال العقد من خلال التوسع في عيوب الإرادة ، كما أن قصور القواعد التقليدية جعلت القضاء يعمد إلى تطويع قواعد الالتزام بضمان العيب الخفي وكذا تطويع قواعد المسؤولية العقدية [٢] .

الغصن الاول

تيسير إبطال العقد من خلال التوسع في مفهوم عيوب الإرادة

يكون العقد قابلاً للإبطال إذا طرأ على إرادة المتعاقد عيب من عيوب الإرادة، كالغلط أو الإكراه أو التدليس أو الاستغلال، وسنقتصر في هذا المقام على عيبي الغلط والتدليس، ذلك أن عدم تقديم بيانات وتحذيرات دقيقة قد يوقع المتعاقد معه في غلط حول خصائص المبيع الجوهرية ومحاذير استعماله[٣] (أ)، كما قد يكون هذا الإخلال نتيجة لتدليس قام به البائع عن طريق كتمانه لأحد البيانات الضرورية أو التحذيرات اللازمة لتجنب المخاطر المرتبطة باستعمال الشيء المبيع أو

---

[١] عليان عدة– النظام العام وحرية التعاقد – مرجع سابق – ص٢٤٩وما بعدها– حمدى محمد اسماعيل– المرجع السابق – ص ٢٤٦أكمل رمضان عبد القادر – الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقود الإذعان في القانون المدني – مرجع سابق –ص ٢٣٧وما بعدها

[٢] **Clémentine CAUMES** ,l'interprétation du contrat au regard des droits fondamentaux, thèse pour obtenir le grade de docteur en droits privé,académie d'aix-marseille, université d'avignon et des pays de vaucluse ,2010,p.178

[٣] عليان عدة– النظام العام وحرية التعاقد – مرجع سابق – ص٢٥٠وما بعدها

أكمل رمضان عبد القادر – الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقود الإذعان في القانون المدني – مرجع سابق –ص ٢٤١وما بعدها

بحيازته (ب). ولتحقيق الغرض منهما فقد توسع الفقه والقضاء في مفهوم هذين العيبين على ما سنفصله فيما سيأتي:

أ- التوسع في مفهوم عيب الغلط:

نصت المادة ١٢٠(إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري جاز له أن يطلب إبطال العقد ، أن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط ، أو كان على علم به ، أو كان من السهل عليه أن يتبينه).كما تقررالمادة ١٢١((١) يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط.(٢) ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص :-

أ - إذا وقع في صفة للشئ تكون جوهرية في إعتبار المتعاقدين. أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغي في التعامل من حسن نية. ب - إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته ، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيس في التعاقد)

ينصح من خلال المواد السابقة أنه يجب لإبطال العقد أن يقع المتعاقد في غلط جوهري، والمراد بالغلط الجوهري ذلك الذي يبلغ في تقدير المتعاقد حدا من الجسامة لو تكشف له لأمتنع عن إبرام العقد، ويبدي القضاء تساهلاً كبير في قبول الغلط في العقود التي تتم بين المحترفين وبين غير المحترفين، خصوصاً وان بنود هذه العقود يتم تحريرها بواسطة شخص محترف ويمكن اعتبارها من عقود الإذعان بالمفهوم الواسع لهذه العقود [١].

فنظر لما أصبحت تتمتع به المنتجات الصناعية من مخاطر ومن خصائص ذاتية ومعقدة من جهة، ولما يوليه المشتري لمن يتعاقد معه من ثقة فائقة يوجبها حسن النية من جهة أخرى، الأمر الذي دفع بالقضاء و الفقه الفرنسيين على وجه الخصوص إلى التوسع في مفهوم الغلط حول الصفة الجوهرية للمبيع إذ للمشتري حق إبطال العقد إذا لم يحصل على الفائدة التي كان يرجوها من إبرامه، كأن يكون المبيع لا يتلاءم وحاجات المشتري أو ينطوي استعماله على مخاطر قد تحد من استغلاله في الغرض المخصص له.

ذلك أن تقصير المنتج أو البائع في بيان مواصفات الشيء المبيع، يعتبره القضاء سبباً في وقوع المتعاقد في غلط في صفات الشيء، بل أكثر من ذلك فقد اعتبر القضاء الفرنسي أن هذا الغلط يعد غلطاً مانعاً من التعاقد ، كما أن القضاء يتيح للمشتري الأخير التمسك بالغلط لإبطال العقد المبرم مع منتج سلعة إذا تعلق الغلط بكفاءة السلعة على تأدية الغرض الذي استهدفه المشتري منها

ب- التوسع في مفهوم عيب التدليس:

أن التدليس يكون باستعمال طرق احتيالية، وتتخذ هذه الطرق صورتين،

---

[١] مصطفى محمد الجمال، النظرية العامة للالتزامات، الدار الجامعية، بيروت، 1987، ص 156 وما بعدها

إحداهما إيجابية تتمثل في تقديم بيانات ومعلومات مخالفة للحقيقة، بقصد تضليل الشخص الذي يقدم على التعاقد، وقد تتخذ هذه الطرق الاحتيالية صور سلبية، تتمثل في سكوت المدين عن الإدلاء بالبيانات المتعلقة باستعمال الشيء المبيع، والتحذير من المخاطر المرتبطة باستعماله، أو بكتمان بعضها.

على أنه و في ظل التطور التكنولوجي الذي صاحب إنتاج السلع، أصبحت مشكلة السكوت أو كتمان البيانات المتعلقة بالعقود تأخذ أبعاداً هامة، وذلك في ضوء تقرير حق المقبل على التعاقد في الإلمام بهذه المعلومات، بصور أو بأخرى، وخاصة عندما يكون أحد المتعاقدين محترفاً وملماً بجميع جوانب هذا التعاقد وملابساته .

والأصل أن لا يعتبر الكتمان تدليسا ما لم تصاحبه نية التضليل، إلا أن هناك اتجاهاً في الفقه الفرنسي ذهب إلى أن الكتمان يعتبر تدليساً، إذا كان المتعاقد ملتزماً بواجب الإدلاء للمتعاقد الآخر بالبيانات والمعلومات والتحذيرات المتعلقة بالعقد المرد إبرامه، دون حاجة لإثبات توافر القصد ونية التضليل، أي حتى ولو كان إخلال المدين وسكوته عن الإدلاء بالبيانات الضرورية ناشئاً عن مجرد إهمال أو سهو وليس بقصد التضليل[1] .

الغصن الثاني

تطويع قواعد الالتزام بضمان العيب الخفي

إن من العسير الإدعاء بأن واضعي التقنين المدني الفرنسي والمصري بالتبعية، قد قصدوا أن تكون نصوصه الخاصة بضمان العيوب الخفية في عقد البيع أساساً لتعويض ما يلحق المشتري من اضرر في نفسه أو في أمواله، فبساطة المنتجات التي كانت معروفة وقت وضع التقنين كانت تجعل أثر العيب يقتصر على إنقاص قيمة المبيع أو فائدته[2]، ولم يكن باستطاعة واضعي التقنين

---

[1] أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 171

[2] علي سيد حسن، الالتزام بالسلامة في عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهر، مصر، 1990ص ٣٨

عمرو احمد عبد المنعم – النظام القانوني لضمان العيوب الخفية في عقد البيع في إطار القانون المدني المصري رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة عين شمس ٢٠٠٩ ص٢

/http://www.eulc.edu.eg/eulc_v5/Libraries/Thesis

أن يتصوروا ما سيسفر عنه التطور الصناعي في المستقبل من منتجات تجمع في أن واحد بين الفعالية والخطورة.[1]

ولذلك عندما طلب من المحاكم تعويض عن هذه الأضرار أدركت عجز النصوص القانونية الخاصة بضمان العيب الخفي عن النهوض بهذه المهمة . لذلك سعى القضاء الفرنسي إلى تطويع قواعد الالتزام بضمان العيب الخفي لجعلها تتماشى والمستجدات الحاصلة في المجتمع وكان ذلك بترسيخ مجموعة من الحلول نذكر أهمها:

أ- التوسع في تحديد أصحاب الحق في التمسك بدعوى ضمان العيب الخفي

استقر الفقه والقضاء في فرنسا على انتقال الحق في رفع هذه الدعوى إلى المشتري الأخير، لتصبح له في مواجهة المنتج دعوى مباشر بشأن ضمان عيوب السلعة وما ينجم عنها من أضرر، كما اعترف بهذا الحق كذلك لأفرد أسرة المشتري الذين يتضررون من جرأ هذه السلعة.[2]

ب- التوسع في تحديد مفهوم عدم الصلاحية للاستعمال

فأصبح يكفي إثبات أن الشيء المبيع غير صالح للاستعمال في الغرض الذي أعد من أجله حتى تقوم مسؤولية المنتج عن الضمان، بالإضافة إلى عدم وضع معياراً لتحديد المقصود بصلاحية المبيع للاستعمال، وكان ذلك مبرر للتوسع في نطاق إعمال ضمان العيوب الخفية، مما دفع البعض للمطالبة بتحديد المجال الذي يمكن به قبول امتداد دعوى ضمان العيوب إليه، وحصر في الحالات التي يكون العقد قد تضمن الاتفاق على هذا الغرض صراحة أو ضمناً .

ج-اتجاه القضاء الفرنسي نحو جعل تخلف الصفة الموعود بها عيباً من عيوب المبيع

فقد اعتبر القضاء الفرنسي تخلف الصفة الموعود بها من قبيل العيب الموجب للضمان، وبرر هذا الموقف استناداً إلى أن تخلف الصفة الموعود بها لا يعد عيباً في حد ذاته وإنما إلى ما يؤدي إليه من التأثير على وجهة استعمال الشيء وما ينشأ عن ذلك من أضرار للمشتري[3] .

---

[1] عبدالحميد الدسيطى عبدالحميد- حماية المستهلك في ضوء القواعد القانونية لمسئولية المنتج – دار الفكر والقانون المنصورة سنة ٢٠١٠- ص ١٢٧- السيد محمد السيد عمران – حماية المستهلك اثناء تكوين العقد – الدار الجامعية للطباعة والنشر بيروت سنة ٢٠٠٣- ص ٢٤٨

[2] عليان عدة- النظام العام وحرية التعاقد – مرجع سابق – ص٢٥٣وما بعدها

حسن عبد الباسط جميعي، مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته المعيبة، دار النهضة العربية، القاهر،2000، ص 37 .[3]حمدي بن سالم –العيوب الخفية للمبيع الفقه الإسلامي و القانون دراسة مقارنة- مقال منشور على

https://www.mohamah.net/law/author/ethar-moussa/ ٢٣-٨-٢٠١٧

د- تشبيه البائع المحترف بالبائع الذي يعلم عيوب المبيع

اتجهت المحاكم الفرنسية إلى تفسير نصوص القانون المدني على وجه يزيل التفرقة بين البائع حسن النية والبائع سيء النية، فاستندت إلى نص المادة 1645 مدني، وذلك عن طرق تشبيه البائع المحترف، الذي لا يمكن أن يجهل عيوب ما يصنع أو يبيع، بالبائع سيء النية. ومن ثم يكون مسئولاً عن عيوب المنتجات التي يقوم ببيعها ولو كان لا يعلم بهذه العيوب .

هـ- تدخل القضاء لتحديد الأجل القصير المنصوص عليه في المادة 1648 من القانون المدني

اختلف الفقه والقضاء في تحديد بدأ سريان المهله المنصوص عليها في المادة 1648 من القانون المدني الفرنسي، فمنهم من ذهب إلى أن هذه المهلة تبدأ من تاريخ إبرام العقد، ومنهم من رأى تحديدها بتاريخ التسليم، ومنهم من ذهب إلى اعتماد تاريخ الكشف عن العيب قياساً على دعوى الإبطال للغلط أو التدليس٠ في حين يذهب الري الراجح إلى سريان هذه المهلة من تاريخ العلم الحقيقي للمشتري بالعيب ، أو الاكتشاف الفعلي للعيب ، والذي قد يتأتى من تقرير خبرة الخبير ٠

و- استجابة المشرع و إقراره للالتزام بالسلامة

إن الجهود التي بذلها القضاء الفرنسي، في توفير أكبر قدر من الحماية للطرف الضعيف وذلك بخروجه عن القواعد العامة في القانون المدني وتطويع أحكامها لهذا الغرض، ومن ذلك تطويع قواعد الالتزام بضمان العيب الخفي، والتوسع في مفهوم العيب، أدى بالمشرع الفرنسي إلى إقرار وفرضن التزام مستقل وهو الالتزام بالسلامة. [1]

---

[1] عليان عدة- النظام العام وحرية التعاقد – مرجع سابق – ص٢٥٥وما بعدها

جابر محجوب علي / ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المعيبة / بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية / سنة ٢٠ عدد ٤ كانون الأول ١٩٩٦ ص٢٤٣ وما بعدها

محمود التلتي / النظرية العامة للالتزام بضمان سلامة الأشخاص / رسالة دكتوراه مقدمة إلى جامعة عين شمس – ١٩٩٨ / ص٢٠٩ –٢٠٨

CANFIN Thomas , Conformité et vices cachés dans le droit de la vente , éditions Publibook Paris ,France, 2010.P19

محمود جمال الدين زكي / مشكلات المسؤولية المدنية / ج١٩٧٨ – ١ / ص٤ ومابعدها

الغصن الثالث

التوسع في نطاق تطبيق المسؤولية العقدية

إن الفقه والقضاء وسعياً لتوفير أكبر قدر من الحماية للطرف الضعيف، وتمكينه من الحصول على التعويض، لم يقف عند القواعد التقليدية لهذه المسؤولية، وإنما وسع من مجال تطبيقها، سواء من حيث تمكين المضرور من الرجوع مباشر على المنتج أو الصانع بالرغم من عدم وجود علاقة عقدية مباشر بينهما(أ)، أو مد التعويض ليشمل الضرر المتوقع وغير المتوقع أيضا(ب)، وعدم جواز التمسك بشروط التخفيف أو الإعفاء من المسؤولية لمخالفتها للنظام العام (ج-) .

أ- حق المشتري الأخير في الرجوع مباشر على المنتج بدعوى المسؤولية العقدية

إن المشتري الأخير وعمالاً لمبدأ نسبية العقد لا يمكنه الرجع بدعوى المسؤولية العقدية إلا على البائع المباشر، إلا أن هذا الرجع من شأنه أن يقلل من فرصه في الحصول على التعويض في الحالات التي لا يكون فيها هذا البائع المباشر موسراً، في حين يكون المنتج هو الأقدر على تحمل أعباء الضرر بما له من قدر مالية وإمكانيات لتحمل أعباء التأمين من هذه المسئولية

كما أن الرجع على البائع المنتج بدعوى المسؤولية التقصيرية، تحوط به صعوبات كثيرة، ومن أهمها التزام المضرور بإثبات الخطأ التقصيري للبائع المنتج استقلالاً عن خطئه التعاقدي، ويحرم بذلك المشتري الأخير من قرينه افترض علم البائع المنتج بعيوب الشيء المبيع ومخاطره

ونظراً لهذا القصور، فقد استقر القضاء الفرنسي مدعوماً من الفقه، على تمكين المشترين المتعاقبين من الرجع مباشر على البائعين السابقين وصولاً إلى البائع المنتج، رغبة في تمكين المضرور من الحصول على حقه في التعويض في إطار توجهات حماية الطرف الضعيف التي تسود النظم القانونية المعاصر، إلا أن آراء الفقه قد اختلفت حول الأساس الذي بموجبه يمكن تبرير هذا الحق الممنوح للمشتري الأخير في الرجوع مباشر على البائع المنتج برغم عدم وجود علاقة تعاقدية مباشر بينهما، فهناك من يقيمها على أساس فكرة الاشتراط لمصلحة الغير، وهناك من يؤسسها على فكر حوالة الحق، بينما أسسها البعض على فكر الوكالة أو النيابة، في حين استند غالبية الفقه على فكر ملحقات المبيع [1].

---

[1] عليان عدة- النظام العام وحرية التعاقد – مرجع سابق – ص٢٥٧وما بعدها – أسامة أبو الحسن مجاهد ،فكرة الالتزام الرئيسي في العقد وأثرها على اتفاقات المسؤولية ، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٣.ص٢٢

Wolfgang Straub La responsabilité du fait des produits en pratique Droit - .janvier2003, n°2, p20

وقد أورد المشرع المصري نصاً مقابلاً لنص المادة 1615 في المادة 432 منه(يشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع أو كل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء، وذلك طبقاً لما تقضي به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين).

ب- امتداد نطاق المسؤولية العقدية إلى التعويض عن الضرر غير المتوقع

إن التعويض وفقاً لقواعد المسؤولية العقدية يمكن أن يشمل الضرر غير المتوقع أيضا،وذلك في حالة ثبوت خطأ جسيم في جانب المسئول، ومن ثم فإن كتمان البائع المنتج وعدم إعلامه و تحذير المشتري مما يكتنف الشيء المبيع من مخاطر، وما قد ينجم عنه من أضرر، يعتبر من قبيل الخطأ الجسيم، وخاصة وأن هذا قد يؤدي إلى وقوع أضرر مادية وجسدية جسيمة في ظل تعقد المنتجات وكثرة مخاطرها. بل أكثر من ذلك أصبح القضاء في فرنسا يتجه إلى إقامة مسؤولية المهني بغض النظر عن جسامة الخطأ الذي ارتكبه [1].

ج- عدم جواز التمسك بشروط التخفيف أو الإعفاء من المسؤولية العقدية لمخالفته للنظام العام

إن شروط التخفيف أو الإعفاء من المسؤولية لا يجوز التمسك بها في نطاق المسؤولية التقصيرية ، إلا أنه ونظراً للأضرار البالغة التي أضحت تسببها المنتجات وخصوصاً الجسدية منها، فإنه- ووفقاً للري الراجح- لدى شراح القانون المدني تعتبر هذه الشروط باطلة حتى ولو كنا أمام مسؤولية عقدية، لأن سلامه وصحة الأشخاص تتعلق بالنظام العام كما أن المشرع الفرنسي وفي ظل قانون 78-423 المتعلق بحماية وإعلام المستهلكين،نص على بطلان مثل هذه الشروط لأنها تضر بمصالح المستهلكين وخاصة في تعاملاتهم مع المحترفين، واعتبر هذه الشروط تعسفية وذلك في المادة 35 من هذا القانون[2].

د- تدخل المشرع لإقرار نظام خاص لمسؤولية المنتج حماية للطرف الضعيف

أكمل رمضان عبد القادر – الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقود الإذعان في القانون المدني – مرجع سابق –ص ٢٥٠وما بعدها- أشرف جابر سيد / المسؤولية عن فعل الأشياء المستخدمة في تنفيذ العقد / دار النهضة العربية / ٢٠٠٢ / ص٤١وما بعدها. نظر في تفصيل ذلك د. سمير عبد السيد تناغو ، مصدر سابق ، ص١١٠- أي الفقهاء جروس ، كوزيان ، ديجون ، بلانيول وريبر ، أشار إليهم د. محمود جمال الدين ، مصدر سابق ، ص٤٥٠ هامش (٢٧٦- رأي الأستاذ أوفرستاك ، أشار إليه د. محمد شكري سرور وأيده في ذلك ينظر كتابه مسؤولية المنتج ، مصدر سابق ، ص٧٨ وما بعدها.

[1] **Philippe Brun**, Responsabilité civile, extracontractuelle, 2ème édition, Lexis Nexis, .Litec Paris 2009, p493 et 494 n741

[2] **Le Tourneau (ph)**, Responsabilité des vendeurs et fabricants, Dalloz 2001, p75
Mireille Bacache-Gibeili, Droit édition. et s. er civil, tome7, Economica, 1 Delta, Liban2008, p240 n°218

بناء على كل ما سبق بيانه يتضح أن غالبية الفقه والقضاء وبالخصوص الفرنسي، و وسعياً لتوفير أكبر قدر من الحماية للطرف الضعيف ، وتمكينه من الحصول على التعويض، لم يقفوا عند القواعد التقليدية لهذه المسؤولية، ونما وسعوا من مجال تطبيقها، سواء من حيث تمكين المضرور من الرجع مباشر على البائع المنتج بالرغم من عدم وجود علاقة عقدية مباشر بينهما، أو مد التعويض ليشمل الضرر المتوقع وغير المتوقع أيضا، وإلغاء أي تفرقة بين التحذيرات السابقة على التعاقد وتلك المقدمة بعد إبرام العقد من حيث طبيعة المسؤولية [1].

واعتماداً على هذا يمكن القول أن هذا التوسع في نطاق المسؤولية يسير بها إلى اعتبارها مسؤولية موضوعية، مفادها افترض الخطأ في جانب المدين، وقد تنافى هذا الاتجاه الرمي إلى جعل هذه المسؤولية موضوعية، لا يعتد فيها بالخطأ الشخصي، وتجسد صراحة من خلال تقرير مسؤولية المنتج.

- نظام مسؤولية المنتج في التشريع الفرنسي

كانت البداية بتاريخ 25 جويلية 1985 حين أصدر الإتحاد الأوروبي التعليمات المتعلقة بالمسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة، والتي قامت جميع دول الإتحاد الأوروبي بإدخالها في قوانينها الداخلية، باستثناء فرنسا التي لم تقم بنقلها إلا في سنة 1998 بموجب قانون 19 مايو 1998 الذي تضمنته المواد من 1386-1 إلى 1386-18 من القانون المدني الفرنسي بعنوان: " في المسؤولية عن فعل المنتجات ١المعيبة" ويتميز هذا النظام الجديد بثلاث خصائص رئيسية،

فهو من ناحية أولى يعتبر نظاماً موحداً للمسؤولية، يتم تطبيقه على جميع المضرورين من عيوب المنتجات، بفض النظر عن طبيعة علاقتهم بالمنتج سواء كانت تعاقدية أو ليست كذلك، فقد نبذ التفرقة التقليدية بين ما إذا كان يوجد عقد أم لا وهذا من خلال نص المادة 1386-1 من القانون

---

[1] - عبد الرشيد مأمون / الوجيز في النظرية العامة للالتزامات / الكتاب الأول / مصادرالالتزامات / دار النهضة العربية / بلا سنة طبع / بند ٣٢١ ص٣٨٢ ما بعدها. ينظر . محمد شكري سرور ، مصدر سابق ، ص١٥ ، ينظر . محمد علي عمران ، مصدر سابق ، ص١٥٨.آخر تعديل شمل مدونة القانون المدني تم في ٩ أكتوبر ٢٠١٦ ومن ضمنها الفصل الثاني:

Article 1245 En savoir plus sur cet article... Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art Le producteur est responsable du dommage causé par un défaut de son produit, qu'il soit ou non lié par un contrat avec la victime.»

المدني الفرنسي التي نصت على أنه:(المنتج يكون مسئولا عن الضرر الناتج عن عيب في المنتج، سواء كان يربطه بالمضرور عقد أم لا)

أما عن الخاصية الثانية لهذا النظام فهي أنه قد أسس لمسؤولية موضوعية تقوم بمجرد حدوث ضرر منسوب للعيب في السلعة دون إثبات خطأ المنتج، و من ثم فهذا النظام أحل المسؤولية القائمة على إثبات عيوب المنتجات محل المسؤولية القائمة على إثبات خطأ المنتج، وهذا ما جاء في حيثيات التوجيه الأوروبي: (وأخذا في الاعتبار أن المسؤولية التي لا تقوم على إثبات الخطأ هي وحدها التي تسمح بحل المشكلة بشكل عادل مناسب لظروف وقتنا الراهن وتطور التقنيات مع إتاحة السبل أمام توزيع المخاطر الكامنة في المنتجات الحديثة)[1].

أما عن الخاصية الثالثة فإن هذا النظام الجديد للمسؤولية لا يقصي الأنظمة السابقة،وإنما يتعايش معها، وبناء على ذلك يجوز للشخص المضرور من فعل منتج ما أن يختار بين هذا النظام الجديد وبين ما كان سائدا من قبل.

عليان عدة- النظام العام وحرية التعاقد – مرجع سابق – ص٢٥٨وما بعدها

التوجيه الاوربى رقم 85-374 الصادر عن البرلمان الأوروبي، والمصادق عليه بتاريخ 30 /1985/07. وقد أعطت المادة 19 منه للدول الأعضاء مهلة 03 سنوات من تاريخ التصديق عليه، لإدخال نصوصه في تشريعاتها الوطنية ينظر أحمد محمد الرفاي، المرجع السابق، ص 187.

.B. Starck et H. Roland et L. Boyer op. Cit P. 255

الخاتمة

لم يتوصل فقهاء القانون إلى تعريف محدد لفكرة النظام العام ، فلا يمكن حصر فكرته في تعريف أو مفهوم معين، لكنها تتجلى بسمو أرداه الجماعة على اختيارات الفرد، فالمجتمع أعلى من الفر، وبذلك فان فكرة النظام العام تعبر عن أرداه الحياة الجماعية لدى المجتمع.

حيث تستند فكرة النظام العام إلى طبيعة النزعة الاجتماعية و السياسية التي تنبعث منها، بحيث تتصبغ بطبيعة النظام الاجتماعي والسياسي العائد في مجتمع معين في زمن معين.

حيث تعبر عن الخطة السياسية المتبعة من الدولة لتحقيق النظام الاجتماعي الذي ترغب فيه ويسخر المشرع نظامه القانوني لحمايتها، لهذا يتوجب على المشرع والقاضي أن يكونوا على اتصال وثيق بجوهر النظام الداخلي للمجتمع، وعلى علم واسع بحيثيات القانون الذي يحكمه، وعلى اطلاع عميق على نبض المجتمع الذي يعيشون فيه، حتى لا يحصل تناقض بين نمط الهدف الذي يسعى إليه المجتمع وبين القانون الذي يسنه المشرع والحكم الذي يصدره القاضي.

فلا تقتصر فكرة النظام العام على مجال واحد من مجالات التنظيم القانوني وإنما تستغرقها جميعا، فعندما يفرض النظام القانوني آليات بقصد حماية واستقرار المجتمع،

فان هذه الآليات تنطبق على فكرة النظام العام.

ولقد عرف العقد تطوراً جديدا من منظور فكرة النظام العام نتيجة ازدهار الحرية العقدية في الوقت الذي لم تعد فيه العلاقات التعاقدية في السوق متوازنة اقتصاديا نتيجة التبعية الاقتصادية التي تظهر بين المتعاقدين من جهة وكذلك نتيجة التفاوت في المراكز التعاقدية الناتجة عن حالات القوة الاقتصادية التي تضعف المتعاقد وتؤدي إلى اختلال توازن العقد من جهة أخرى، حيث أصبح العقد يمثل موطناً وحاملاً للتصرفات التعسفية التي تظهر في إطار الممارسات الواقعية وهذا ما يبرر تدخل المشرع عن طريق فكرة النظام العام لفرض جزاءات مدنية على غرار البطلان بما يخدم مصلحة المتعاقد الضعيف في العقد من جهة، وللحفاظ على النظام العام

النتائج والتوصيات:

١- يتوجب على المشرع عند إصدار القوانين أن لا يجعل منها وسيلة لتحقيق الرغبات الفرية، وإنما يجب ان يسعى لتحقيق الموازنة بين صالح الأفراد وصالح الجماعة.

٢- القانون لا يمكن أن يفهم على أساس انه نظام شكلي للأحكام، وإنما يجب أن يفهم على انه طريق لتنظيم المجتمع.

٣- إحقاق الحق هو هدف القاضي و غايته و ليس تطبيق النصوص الجامدة، لذلك يجب أن يكون متبصر بالأهداف العامة للقانون في وطنه، وهذا يفرض عليه أن يكون عالما بالأسس والأصول التي يتوجب عليه حمايتها، بحيث يستشعر الأفكار السائدة في مجتمعه.

٤- على المشرع أن يسخر نظامه القانوني لحماية الخطة السياسية التي ترسمها الدولة لصيانة النظام الاجتماعي، بحيث يكون النظام العام معبراً عنها.

٥- يجب أن يصاغ القانون على حسب مفهوم الجماعة لفكرة الحق ويكون تطبيقا لها.

قائمة المراجع

أولا المراجع باللغة العربية

أ- مراجع عامة :

أحمد حشمت أبوستيت نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد الكتاب الأول – الطبعة الثانية ١٩٥٤

أحشمت أبو ستيت، المدخل لدراسة القانون أو أصول القانون، دار الفكر العربي، 1953

توفيق حسن فرج– النظرية العامة للالتزامات– مصادر الالتزام مقارنة بالقوانين العربية – الدار الجامعية للنشر– بدون سنة نشر

حبيب إبراهيم الخليل – المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون) طبعة ١٩٨٣ ص. ٨٠

حسن فرح – النظرية العامة للالتزام نظرية العقد– المكتب المصري الحديث للطباعة – بدون سنة نشر

حسن كيرة، أصول القانون، دار المعارف، مصر، الطبعة الثانية،1959

حسن كيرة، المدخل إلى القانون،–النظرية العامة للحق–، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1973

حمدي عبد الرحمن، سهير منتصر، نظرية الالتزام، الطبعة الأولى،بدون دار نشر، 2000

حمدي عبد الرحمن، المدخل إلى القانون، نظرية القانون، القاهرة بدون دار نشر ،1981

حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات، الكتاب الأول، في نظرية العقد، مطبعة نوري القاهرة، 1943

سليمان مرقس،: مدخل للعلوم القانونية، الطبعة الثانية، دار النشر للجامعات المصرية، 1952

سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، الإسكندرية، 1993

سمير عبد السيد تناغو– نظرية الالتزام– بدون دار نشر– طبعة ١٩٧٥

سمير عبد السيد تناغو،: النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف الإسكندرية– بدون سنة نشر

سمير عبد السيد تناغو –مصادر الالتزام – العقد الإرادة المنفردة العمل غير المشروع– بدون دار نشر – الإسكندرية سنة ٢٠٠٠

شفيق شحاتة، النظرية العامة للالتزامات، الجزء 01 ، طرفا الالتزام مصر،(بدون تاريخ نشر)

صوفي أبو طالب، أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة في القانون الروماني، دار النهضة العربية، 1964

عاطف النقيب، نظرية العقد (منشورات عويدات، ط١، بيروت . باريس ١٩٨٨)..

عبدالباقى عبد الفتاح – نظرية القانون – مطبعة نهضة مصر ١٩٦٦
عبد الحي حجازي – المدخل لدراسة العلوم القانونية– الجزء الأول– دراسة مقارنة / مطبوعات جامعة الكويت / ١٩٧٢
عبد الرزاق احمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011
عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد –نظرية الالتزام بوجه عام – مصادر الالتزام – المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2000
عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، ج١ – منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ١٩٩٨
عبد الرزاق السنهوري، الوسيط –آثار الالتزام و الإثبات منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ١٩٩٨
عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،1998
عبد الرشيد مأمون / الوجيز في النظرية العامة للالتزامات / الكتاب الأول / مصادر الالتزامات / دار النهضة العربية / بلا سنة طبع
عبد المنعم فرج الصدة، مبادئ القانون، دار النهضة العربية، بيروت،1977
عبد المنعم فرج ، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ، دار النهضة العربية– بدون سنة نشر
علي سيد حسن، مدخل إلى علم القانون، الكتاب الأول، نظرية القانون، دار النهضة العربية، مصر،1983
محمد عبد الظاهر حسنين – الوجيز في نظرية القانون، الطبعة سنة ١٩٨٦
محمد شكري سرور ، موجز الأحكام العامة للالتزام في القانون المدني المصري ، دار الفكر العربي ١٩٨٥
مصطفى محمد الجمال، تجديد النظرية العامة للقانون –نحو توظيف أصول الفقه الإسلامي في بناء أصول القانون–، الجزء الأول، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية،2002
مصطفى محمد الجمال، النظرية العامة للالتزامات، الدار الجامعية، بيروت، 1987
نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٩
نبيل إبراهيم سعد– النظرية العامة للالتزامات – مصادر الالتزام– دار الجامعة الجديدة الإسكندرية – ٢٠٠٧
نبيل إبراهيم سعد ، "النظرية العامة للالتزام" ، الدار الجامعية الجديدة، الإسكندرية ، ٢٠٠٤
نبيل إبراهيم سعد، تقنين نابليون (منشورات الحلبي الحقوقية، ط١، بيروت ٢٠٠٤).
نعمان جمعة، دروس في المدخل للعلوم القانونية، مطابع سجل العرب، 1978

يوسف حامد العالم، المقاصد العامة للشريعة الإسلامية، دار الحديث للنشر والتوزيع، القاهرة دون تاريخ نشر

ب- مراجع متخصصة :

أبو جعفر المنصوري، فكرة النظام العام والآداب العامة في القانون والفقه مع التطبيقات القضائية، دار الجامعة الجديدة،القاهرة ،2009

إبراهيم بن حديد ، السلطة التقديرية للقاضي المدني ، رسالة ماجستير ، معهد الحقوق ، جامعة الجزائر ١٩٩٥

إبراهيم دسوقي أبو الليل، الشرط الجزائي في العقود و التصرفات القانونية، دار النهضة العربية، مصر ١٩٨٢

أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية – القاهرة، ١٩٩٤

أحمد عبد التواب بهجت، الالتزام بالنصيحة في نطاق التشييد، رسالة دكتوراه جامعة الزقازيق، 1992

أسامة أبو الحسن مجاهد ،فكرة الالتزام الرئيسي في العقد وأثرها على اتفاقات المسؤولية ، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٣

أشرف جابر سيد – المسؤولية عن فعل الأشياء المستخدمة في تنفيذ العقد – دار النهضة العربية –٢٠٠٢

أشرف عبد العليم الرفاعي : النظام والقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في العلاقات ذات العنصر الأجنبي، دراسة فقهية قضائية مقارنة، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، طبعة ٢٠٠٣

أكمل رمضان عبد القادر – الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقود الإذعان في القانون المدني – رسالته للدكتوراه– كلية الحقوق جامعة الزقازيق ١٩٩٧

آمانج رحيم احمد– اثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد – ظاهرة اختلال التوازن بين الالتزامات التعاقدية في ظل انتشار الشروط التعسفية – دراسة مقارنة بين القانون المصري ودولة الأمارات والقوانين الأوربية مع إشارة للقوانين الانجلوامريكية – دار النهضة العربية – القاهرة– ١٩٩٠ –١٩٩١

السيد محمد السيد عمران – حماية المستهلك إثناء تكوين العقد – الدار الجامعية للطباعة والنشر بيروت سنة ٢٠٠٣

إياد محمود بردان– التحكيم والنظام العام ط١– منشورات الحلبي الحقوقية– بيروت– ٢٠٠٤

بسام مجيد سليمان و–. اكرم محمود حسين– موضوعية الإرادة(دراسة تحليلية مقارنة في ضوء إدارة المخاطر والتشريعات القانونية) على الرابط

https://www.google.com.eg/search?biw=1366&b

حسن عبد الباسط جميعي، مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته المعيبة، دار النهضة العربية، القاهر،2000

حمدي محمد اسماعيل ، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية – دار الفكر الجامعي الإسكندرية،٢٠٠٧

حمدي محمد إسماعيل ، القيود الواردة على مبدأ سلطان في العقود المدنية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2006

جابر محجوب علي، ضمان سلامه المستهلك من أضرر المنتجات الصناعية، دراسة مقارنه بين القانون الفرنسي والمصري والكويتي، مجله الحقوق الكويتية، العدد20، العدد 03و 04، 1996

رشوان حسن رشوان، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة1994

رضوان السيد راشد، الإجبار على التعاقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1998

عبد الله الجليلي، الشرط المستحيل والمخالف للنظام العام أو للآداب في القانون المدني، رسالة دكتوراه، المطبعة العالمية، القاهرة،1958

عبد الباسط الجميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة،١٩٩٦

عبد الحميد الدسيطى عبد الحميد– حماية المستهلك في ضوء القواعد القانونية لمسئولية المنتج – دار الفكر والقانون المنصورة سنة ٢٠١٠

عبد الحكم فوده – تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن– منشأة المعارف الإسكندرية ٢٠٠٢

عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 1971

عبد الرحمن عياد، "أساس الالتزام العقدي"، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، الإسكندرية، ١٩٧٢م

عبد المنعم فرج الصدة، عقود الإذعان في القانون المصري، رسالة دكتوراه، جامعة فؤاد الأول القاهرة،1946

عبد الحميد متولي، الحريات العامة، نظرات في تطورها وضماناتها ومستقبلها، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1975

عبد الحكم فوده، إنهاء القوة الملزمة للعقد ، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية – بدون سنة نشر

عبد الناصر توفيق العطار ، نظرية الأجل في الالتزام في الشريعة الإسلامية والقوانين العربية ، مطبعة السعادة ، ١٩٧٨

عماد طارق البشرى – فكرة النظام العام في النظرية والتطبيق– دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقه الاسلامى – المكتب الإسلامي، الطبعة الأولى– بدون سنة نشر

عمرو احمد عبد المنعم – النظام القانوني لضمان العيوب الخفية في عقد البيع في إطار القانون المدني المصري – رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة عين شمس ٢٠٠٩ منشورة على الرابط /http://www.eulc.edu.eg/eulc_v5/Libraries/Thesis

عمر محمد عبد الباقي،الحماية العقدية للمستهلك ، منشأة المعارف، الإسكندرية ، ٢٠٠٤

علي سيد حسن، الالتزام بالسلامة في عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهر، مصر، 1990[1]

فتحي عبد الرحيم عبد الله،" العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام"،القاهرة، ١٩٧٩

فؤاد محمود معوض ، دور القاضي في تعديل العقد " دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري . مطابع حلبي ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٩

محمد حسين عبد العال، الاتجاهات الحديثة لفكرة النظام العام ومدى الحماية الدستورية لمبدأ حرية التعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة،1998

محمد العيد الغريب، النظام العام في العقود المدنية ومدى الحماية التي يكفلها له القانون الجنائي في مجال الانعقاد .والتنفيذ –دون دار نشر ،2005

محمد رفعت الصباحي / الآثار المترتبة على تخلف شروط العقد / دراسة مقارنة / أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق / جامعة طنطا / ١٩٨٣

محمد صلاح الدين عبد الوهاب – تحديد مفهوم الدفع بالنظام العام في التحكيم وحدود الرقابة القضائية بين الواقع والآفاق، مجلة التحكيم العربي العدد التاسع، ٢٠٠٦

محمد صديق محمد عبد الله، موضوعية الإرادة التعاقدية، دراسة تحليلية مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، 2012

محمد عبد الظاهر حسين، "الجوانب القانونية لمرحلة السابقة، على التعاقد"، بحث منشور في مجلة الحقوق، العدد الثاني، السنة الثانية والعشرون، الكويت، ١٩٩٨م

محمد عصفور– وقاية النظام الاجتماعي باعتباره قيداً على الحريات العامة، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة القاهرة ١٩٦١

محمد عمر عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004

محمود التلتي – النظرية العامة للالتزام بضمان سلامة الأشخاص – رسالة دكتوراه مقدمة إلى جامعة عين شمس – ١٩٩٨

محمود جمال الدين زكي – مشكلات المسؤولية المدنية – بدون دار نشر– ١٩٧٨

محمود جمال الدين ، اتفاقات المسؤولية، دارسة مقارنة، مجلة القانون والاقتصاد، السنة 30، العدد ٣– مارس١٩٦٠

مصطفى أبو مندور موسى، دور العلم بالبيانات عند تكوين العلاقة العقدية، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٠

مصطفى مجدي هرجة، "إيجار الأماكن المفروشة والمنشآت الطبية ومكاتب المحامين وانتهاء عقود الإيجار لغير المصرين"، ط١، دار الثقافة للطباعة والنشر، ١٩٨٤

معداوي نجية– مضمون العقد بين حرية الإرادة و قيود المشرع – بحث منشور فى مجلة الدراسات و البحوث القانونية.العدد الرابع على موقعها

http://www.univ-msila.dz/jlsr/wp-content/uploads/2018/12–

مندي آسيا يسمينة، النظام العام والعقود، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009

منصور حاتم محسن– التغيير في جزء من أجزاء العقد وأثره في العدالة التبادلية– مجلة العلوم الانسانية – عدد ٤– سنة ٢٠١٥

ميرفت عبد العال، الالتزام بالتحذير في مجال عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهر ، 2004

ميريني حنان، النظام العام الاقتصادي وتأثيره على العلاقة العقدية، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر في القانون، فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، ٢٠٠٤

نبيل إسماعيل عمر، امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي، دار الجامعة الجديدة للنشر، سنة ٢٠٠٤،

نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي في المواد المدنية والتجارية دراسة تحليلية وتطبيقية – دار الجامعة الجديدة الإسكندرية –سنة ٢٠٠٠

نجيب عبد الله نجيب– مفهوم فكرة النظام العام وتطبيقاتها – رسالة ماجستير – جامعة النجاح الوطنية ٢٠١٧

وديع فرج، الاتجاهات الحديثة في العقد، مجلة الإقتصاد، السنة الخامسة عشر، العدد 01

يس محمد محمد الطباخ، الاستقرار كغاية من غايات القانون، دراسة مقارنة، المكتب الجامعي الحديث،2012

ج- مقالات منشوره على مواقع اليكترونية :

احمد مصطفى -العقد والنظام العام – مقال منشور على رابط

=http://edamir.info/index.php?option=com_content&view=article&

حمدي بن سالم -العيوب الخفية للمبيع الفقه الإسلامي و القانون دراسة مقارنة- مقال منشور على /https://www.mohamah.net/law/author/ethar-moussa بتاريخ ٢٣-٨-٢٠١٧

دناش رياض- النظام العام مجلة المنتدى القانوني، العدد الخامس – منشور على الرابط

،www.univ-biskra.dz/lab/

ماجد حسين-المفهوم القانوني لمبدأ سلطان الإرادة، والقيود الواردة عليه- مقال منشور على https://pulpit.alwatanvoice.com/content/print/428361.html

بتاريخ ١-٠٢-٢٠١٧

مريم عثمان-، Luster esthétique de la Ville -مجلة العلوم الإنسانية العدد السادس ديسمبر ٢٠١٦- منشور علىhttp://www.univ-oeb.dz/JHS/docs/n6/3.pdf

ياسين منصور -دور النظام العام في تحقيق العدالة العقدية – مقال منشور على https://platform.almanhal.com/Files/2/102241

مبدأ سلطان الإرادة وفكرة النظام العام مقال منشور على http://www.startimes.com/?t=16434736

ثانياً– مراجع باللغة الفرنسية :

أ – مراجع عامة :

Alex veille. François terré, droit civile. Les obligations, deuxième édition, Dalloz,

Christian Larroument . Droit civil.T.III .Les obligations- Le contrat .2 .1990

F.TERRÉ, P. SIMLER, Y.LEQIJE1TE, Droit civil, Les obligations, 9 éd. DALLOZ , Paris, 2005

FLOUR et J-L .AUBERT, Les obligations, l'acte juridique, 6éme édition, Armand Colin, 1994

F. Chabas, leçons de droit civil, Tome II, delta, 9éme édition 2000

Ghestin, Droit civil, la formation du contrat, 3ème éd. LGDJ Paris 1993,

GHESTIN, Traité de droit civil, le contrat, LGDJ, Paris, 1980

G.VINEY, P .JOURDAIN, traite de droit civil , les conditions de la responsabilité, 2 éd , DELTA, L.G.D.J., 1998, Paris

H.CAPITANT, De la cause des obligations, 2 ème édition, Dalloz, Paris,1927

Henri et Léon Mazeaud, Jean Mazeaud, François Chabas, TII, 1er V., Obligations, théorie générales, 9ème éd. Par François Chabas, MontChrestien, Delta Liban, 2000,

H.SOLUS, J.GHESTIIN, P.STOFFEL-MUNCK » l'abus dans le contrat, essai d'une théorie, L.G.D.J., Paris, 2002

Jacque Flour – jean Luc Aubert – Eric Savaux – Droit civil les obligations 1 – l'act juridique éd 2000

Jean Carbonnia, droit civil, T.IV 12éme édition 1985

J.Ghestin .Droit civil .Le contrat .Formation .LGDJ .1988

J. Mazaud Laçon de droit civil, T.II vol.1, 7éme Ed. 1985, par F. Chabas

www.europa.en.int (http://www.europa.en.int

- Julliot De La Monrandière, Droit Civil, T II, Dalloz, Paris. 1966

Mazeaud, Loyauté et solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle édition 1999

Philippe Malaurie et Laurent ayes ,cours de droit civil Les /obligatios ,Editions cajas.1990 https://elawpedia.com/view/32

Philippe Brun, Responsabilité civile, extracontractuelle, 2ème édition, .Lexis Nexis, Litec Paris 2009

ب- مراجع متخصصة :

Acques Azéma, Droit des consommateurs, sécurité, concurrence, publicité en droit français et communautaires, actes d'un Colloque organisé le .16/17/18 avril 1996, Editions : Story scientia
http://www.univ-bejaia.dz/dspace/bitstream/handle/123456789/2343
ALGLAVE, Définition de L'ordre public en matière civil, RPDA,1968, www.pesee.fr/web/revue
Antoine viallard – formation du contrat édition O.P.U. 1981
Bernard Viret, Les limites de la liberté contractuelle en droit suisse du contrat d'assurance, RGAT-1995
B.MERCADAL, p .MACQUERONle droit des affaires en France ,principe et approche pratique du droit des *affaires* et des activités économiques, F.L .,1996-1997,Paris
B.MERCADAL, p .MACQUERON le droit des affaires en France ,principe et approche pratique du droit des affaires et des activités économiques, F.L .,1996-1997,Paris
CANFIN Thomas , Conformité et vices cachés dans le droit de la vente , éditions Publibook Paris ,France, 2010
Christiane Masquefa, Pouvoir du juge et protection du consommateur : Précisions en clair – obscure . JCP n°2, année 2001
Clémentine CAUMES ,l'interprétation du contrat au regard des droits fondamentaux, thèse pour obtenir le grade de docteur en droits privé,académie d'aix-marseille, université d'avignon et des pays de vaucluse ,2010
FARJAT Gerard,- L'ordre public économique, L.G.D.J Paris, 1963
Frederic Leclerc, La protection de la partie faible (Etude de Conflits de lois. Tome 1, Thèse / Université Rebert Schumann de Strasbourg,
Fabre Maguan de l'obligation d'information dans les contrats LG. DJ 1992.
FENOUILLET, F.LABARTHE, fut- il recodifier le droit de la consommation ?, ECONOMICA, Paris, 2002
G.RIPERT, La règle morale dans les obligations civiles, LGDJ, Paris, 1949
H. SOLUS J.GHESTIN, la protection de la partie faible dans les rapports contractuels comparaisons- franco- belge , L.GD J. 1996
J.CALAIS-AULOY, FSTEINMETZ, Droit de la consommation, 5e éd, DALLOZ Paris, 2000
J, CARBONNIER, Exordre, in l'ordre public à la fin du XXe siècle, Dalloz, 1996, coll.Themes et commentaires, coordination Rever Th
J.GHESTIN, L'utile et le juste dans les contrats, Dalloz, , Paris 1982. ,
J Ghestin, Droit civil, la formation du contrat, 3ème éd. LGDJ, Paris 1993

JOSSERAND , Un ordre juridique nouveau, D.H, 1937,
J.BIGOT et autres, traite de droit des assurances, le contrat d'assurance ,tomelll , L.G.D.J, DELTA, Paris, 2002
J.BOULOUIS , R.M.CHEVALLIER, D .FASQUELLE , M.BLANQUET, les grands arrêts de la jurisprudence communautaire, Droit communautaire des affaires marche intérieur politiques communautaires, 5 édition, DALLOZ, Paris , 2002
J.BIGOT et autres, traite de droit des assurances, le contrat d'assurance ,tomelll , L.G.D.J, DELTA, Pans, 2002
Le Tourneau (ph), Responsabilité des vendeurs et fabricants, Dalloz 2001
Marcel Fontaine, La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Rapport de synthèse in le Centre des Droit des Obligations de l'Université de Paris I et le Centre de Droit des Obligations de l'Université Catholique de Louvain (Comparaisons franco-belges). LGDJ, 1996
Mustapha MEKKI, L'intérêt général et le contrat-contribution à une étude le hiérarchie des intérêts en droit privé, LGDJ, Paris, 2004, http://www.arab-ency.com/_/details.law.php?full=1&nid=16414
PAYET, Droit de la concurrence et droit dela consommation, DALLOZ, Paris, 2001
-ency.com/_/details.law.php?full=1&nid=164140http://www.arab.
Parleman et, R.Vaner: Les nations à continu variable en droit, Bruxelles, 1984
Philippe Malaurie,L ordre public et Le contrat,Editions Matot-braine ,Reims,1953
Philippe Malaurie – les contrats contraires à l'ordre public économique édition 1953
-ency.com/_/details.law.php?full=1&nid=164140http://www.arab
Philipe Tourneau Loïc cadiet, Droit de la resp et des contrats, paris, **2002**
: Www. **Bicentenaire.du** code **civil.** Fr/pdfl
pizzio (J.P), L'Introduction à la notion de consommateur en droit français, .chron ،١٩٨٢Dalloz n°13 mars-
Malurie, le mariage et les homosexuels : 1997

SMORTO Guido-, « La justice contractuelle», RIDC, 2008 .www.panjuris.univ-paris1.fr
Seube, le contrat de fourniture, themis, Montpellier, 1995 a propos des .contrats d'assistance et de fourniture
Sinay-Cytermann, Les relations entre professionnels et consommateurs en .(rapport français, op. cit, p.261)droit français

V.Lasbordes, les contrats déséquilibres, Tome II, presses universitaires, D' Aix - Marseille, PUAM, 2000
Wolfgang Straub La responsabilité du fait des produits en pratique Droit .janvier2003
Y.LAMBERT-FALVE, Droit des assurances, I 0 éd , DALLOZ , DELTA, Paris, 1999
-/ https://mawdoo3.com
-**Y.L.FAIVRE**, Droit des assurances, 1 1 édition, DALLOZ , Paris, 2001

ج- المواقع الاليكترونية :

.http://sos___ net.eu,org/medical/perruche.htm-
http://fr.wikipedia.org/wiki/affarie____perruche-
/http://Lexinter.net –
/http://www.senat.fr
/http://www.droit.univ ____ paris 5 .fr
/http://www.Legifance.Gouv.fr-
/http://www.admis.net
/http://www.alhosanilaw.net
/http://www.denistouret.fr
/http://www.echr.coe.int/fr/press/2005-
/http://www.droit-medical.net-
/http://www.courdecassation.fr-
https://lawsmaster.blogspot.com/2016/12/objet3.html#more
https://anibrass.blogspot.com/2015/01/blog-post_90.html
http://almerja.com/reading.php?idm=7607
https://anibrass.blogspot.com/2015/01/blog-post_90.html

https://lawsmaster.blogspot.com/2016/12/objet3.html
https://lawsmaster.blogspot.com/2016/12/objet3.html

https://lawsmaster.blogspot.com/2016/12/objet3.html#more
https://lawsmaster.blogspot.com/2016/12/objet3.html#more
https://lawsmaster.blogspot.com/2016/12/objet3.html#more
www.actionconsommateur.org
http://thesis.univ-biskra.dz/1820/