مصادر النظام العام لحماية الطرف الضعيف

الأستاذة: منال بوروح
كلية الحقوق جامعة الجزائر01

مقدمة:

إن محاولة فرض منظومة قانونية موحدة في كل دولة قومية مع بداية القرن التاسع عشر في أوروبا من أجل إخضاع المبادرات الفردية والحريات التعاقدية لسلطان القانون، دفع بالفكر القانوني إلى البحث عن ضابط يقوم بدور الدرع الحامي للقيم والمصالح العليا للدولة، ومن ثمة استعارة مصطلح النظام العام ليكون الأداة القانونية في الضبط الاجتماعي كحد على سلطان الإرادة وحرية التعاقد، وبذلك أصبح هذا المصطلح يتمتع بجاذبية ساحرة تأسر المشرعين والفقهاء على السواء، بما استوت عليه تلك الفكرة من مرونة غامضة جعلت الجميع يسعون خلفها، دون أن يتمكن أحد من احتوائها بتحديدها تحديدا دقيقا أو بتعريفها تعريفا جامعا مانعا، ومن أجل ذلك جعل مشرعنا بعض أحكام القانون المدني من النظام العام معترفا بذلك في بعض نصوصه دون تقديم تعريف لهذه الفكرة مما صعب المسألة .

ومن أجل ذلك فيتولى القاضي مهمة تحديد ما يدخل في إطار هذه الفكرة عن طريق السلطة التقديرية التي يتمتع بها .

فهل تحديد المشرع لنطاق النظام العام في القواعد العامة كافي لاعتباره مصدرا وحيدا للنظام العام؟ أم ينبغي تدخل القاضي بواسطة سلطته التقديرية لكي يتم إيجاد مصدر آخر للنظام العام؟

المبحث الأول

نظرة المشرع لفكرة النظام العام

إن لفكرة النظام العام اتصالا مباشرا بالمجتمع، فهي تقوم من جهة بترجمة الأسس الدينية والسياسية والاجتماعية والاقتصادية....إلخ، التي يقوم عليها المجتمع انطلاقا من وضعه الفلسفي والإيديولوجي، في صورة 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 داخليا على يد السلطة أو الأفراد، أم خارجيا في صورة اعتداء من قانون أجنبي عليها، وهذه وجهة نظر من حيث الوسائل التي يتم بها تحقيق المقاصد.

إن دراسة تطور فكرة النظام العام ليس الهدف منها دراسة تاريخية لهذه الفكرة، بل ينبغي تتبع هذه الفكرة باعتبارها صمام الأمان في كل مجتمع كونه تحدد دائرة الثابت والمتغير فيه ومن ثمة المجال متروك للمشرع والفقه والقضاء، إضافة حذف تعديل، بالإضافة إلى ذلك فدراسة تطور هذه الفكرة يساعد من جهة أخرى في تحديد معنى النظام العام وفق موقف المشرع **(أولا)** ، مع ضرورة تبين كيف ربط المشرع النظام العام بالآداب العامة **(ثانيا)**

المطلب الأول: تبني المشرع للمفهوم المتغير والمتطور للنظام العام

ارتبطت نشأة وتطور فكرة النظام العام بظهور فكرة الدولة القومية حيث المجتمع المنظم سياسيا والمقسم إلى حكام ومحكومين، فهي فكرة متصلة اتصالا وثيقا بالمجتمع كونها مستمدة من مجموع القواعد المعبرة عن القيم والأسس العليا الكامنة في ضمير الجماعة مما يجعلها صمام الأمان لهوية المجتمع وحفظ ثوابته، فإن استعراض مختلف الأسس التي قامت عليها الأنظمة القانونية قديما وحديثا يكشف حقيقة في غاية الأهمية تتمثل في أن الأفراد في حاجة إلى مجموعة من القواعد الضابطة لسلوكهم داخلها، فتتمتع حيالها بسلطان الأمر والنهي المصحوب بجزاء يوقع على من يخالف أحكامها[1] .

تتميز قواعد النظام العام بصعوبة وضع تعريف دقيق شاملا ومانعا كون الفكرة متغيرة ومرنة لكن هذا لم يمنع من وضع تعريف لهذه الفكرة، فهو مجموع الأسس التي يقوم عليها المجتمع وكيانه المادي بحيث لا يتصور بقاء هذا الكيان واستمراره عند تخلفها، فقواعده تهدف إلى تحقيق مصلحة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع وتعلو على مصلحة الفرد، ولا يجوز للأفراد الإتفاق على مخالفتها كون المصالح العامة مسبقة على المصالح الخاصة[2]، فإذا خرجوا على هذا النظام بإتفاق خاص وقع هذا الإتفاق باطلا[3].

والمتفق عليه في معظم التشريعات أن فكرة النظام العام تتمثل في مجموعة من القواعد التي لا تتسامح الدولة في الخروج على أحكامها سواء كانت علاقة قانونية وطنية أو ذات طابع دولي[1].

ففكرة النظام العام مكرسة في جميع فروع القانون بقسميه العام والخاص، ففي القانون العام تعد هدفا ينبغي إتباعه من أجل حماية الأمن العمومي والصحة العمومية والسكينة العمومية، أم في

---

[1]– حسين عبد الله الكلابي، " النظام العام العقدي دراسة مقارنة " ، الطبعة الأولى، دار السنهوري، 2016، ص 10 .

[2]– فيلالي علي، " مقدمة في القانون " ، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005 ، ص 106-107 .

[3]– عبد المنعم فرج الصده ، " نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ، القانون المصري واللبناني والسوري والعراقي والليبي والكويتي والسوادني " ، دار النهضة العربية، بيروت، 1974 ، ص 338 .

[1] – صلاح الدين جمال الدين، " فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية والشريعة الاسلامية "، دار الفكر الجامعي، 2004 ، ص 11 .

القانون الخاص الذي يعد مجال الدارسة فهو مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم المصالح الأساسية والعليا في شكل قواعد آمرة وناهية يمنع على الأفراد الإتفاق على مخالفتها في الحال، كونها تهم مصلحة المجتمع مباشرة أكثر مما تهم الأفراد مما يجعل فكرة النظام العام قيدا على حرية التعاقد[2] .

يرى بعض الفقهاء أن القواعد الآمرة ليست كلها من النظام العام، لكن كل قواعد النظام العام هي قواعد آمرة ويترتب على مخالفة قواعدها البطلان المطلق والذي يتمسك به كل من له مصلحة في ذلك، كما للقاضي الحق في إثارته من تلقاء نفسه مع جواز إثارة الدفع في أي مرحلة كان عليها النزاع، وهذا وما تبناه المشرع في العديد من النصوص[3] .

فالنظام العام يستمد مصدره تارة من القانون الذي يقدر بمناسبة كل حالة تعرض عليه، ما إذا تعلق النص بالنظام العام أم لا، مهتديا في ذلك بالمصالح العليا للدولة والمجتمع، حتى ولو ظل التشريع صامتا حول هذه المسألة[4].

فالسبب في نسبية وتغير النظام العام يكمن في كونه يتطور بتطور المجتمع، ومن ثمة يتصف بالنسبية لأنه يختلف من مكان إلى مكان ومن زمان إلى زمان لاختلاف المثل والمبادئ باختلاف الجهات والأوقات والأفكار والمعتقدات، ومن ثمة فيتعذر تحديد مضمونه إلا في ظل أمة معينة وفي جيل معين، فما يعتد نظام عام في دولة لا يعتبر كذلك في ظل دولة أخرى[5] .

فنظرا لكون فكرة النظام العام متغيرة ونسبية ولا يمكن حصرها مما استعصى على المشرع وضع تعريف لها فهو سلك مسلك المشرع الفرنسي، بحيث أشار للنظام العام في العديد من نصوص القانون المدني دون تحديد المقصود بهذه الفكرة، فقد أشار المشرع لفكرة النظام العام عند حديثه عن المحل والسبب باعتبارهما ركنين للعقد إذ تنص المادة 93 من القانون المدني على أن: **" إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام والآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا "** ، بينما نصت المادة 97 من القانون المدني على: **" إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب العامة كان العقد باطلا "** .

---

[2] - خراز محمد صالح، " المفهوم القانوني لفكرة النظام العام " ، دراسات قانونية، مجلة شهرية متخصصة في الدراسات والبحوث القانونية، دار القبة للنشر والتوزيع الوادي، الجزائر، العدد 06، جانفي، ص 34-36 .

[3] – محمدي فريدة، " المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون " ، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 1998 ، ص 29 .

[4] – رايس محمد، " مدى أثر مبدأ النظام العام والآداب الحميدة على العقد المدني " ، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، 2008، ص 52 .

[5] – صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق ، ص 28 .

بالإضافة إلى هذين النصين المتعلقين بأركان العقد، فقد أشار المشرع لفكرة النظام العام في المادة **24** من القانون المدني التي نظمت العلاقات ذات العنصر الأجنبي فيما يسمى بالنظام العام الخارجي والذي مجاله القانون الدولي الخاص حيث جاء فيها: **" لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون "** .

وكذا المادة **204** من القانون المدني التي أبطلت الالتزامات والعقود التي تكون معلقة على شرط مخالف للنظام العام والآداب العامة: **" لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط غير ممكن، أو على شرط مخالف للآداب أو النظام العام، هذا إذا كان الشرط واقفا أما إذا كان الشرط فاسخا فهو نفسه الذي يعتبر غير قائم، غير أنه لا يقوم الالتزام الذي علق على شرط فاسخ مخالف للآداب العامة أو النظام العام، إذا كان هذا الشرط هو السبب الموجب للالتزام "** ، وكذا المادة **344** من القانون المدني المتعلقة بطريق الاثبات باليمين الحاسمة بحيث منع المشرع توجيهها في واقعة مخالفة للنظام العام التي نصت على: **" لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة في واقعة مخالفة للنظام العام..... "** .

فمن خلال هذه النصوص يتضح أن المشرع تبنى فكرة النظام العام في القانون المدني دون تحديده المقصود بها، فبهذا التوجه ترك مهمة تحديد ذلك للفقه والقضاء، لكنه عند التعذر عليه من إيراد تعريف للنظام العام حاول ربطه بفكرة الآداب العامة معتقدا أنه بذلك قد فك الغموض الذي يكتنف هذه الفكرة.

فالنظام العام بمفهومه التقليدي كان يهدف إلى حماية الحرية العقدية للأطراف العقد فعند إبرام العقد الذي هو عبارة عن إتفاق بين شخصين فأكثر على إحداث آثار قانونية ولهم كامل الحرية في تنظيم العقد بشرط أن لا تتعارض مع النظام العام والآداب العامة[1]، فكان النظام العام يعمل على ضمان وحماية الحرية العقدية للأفراد فيما يسمح به القانون[2] ،

إلا أنه سرعان ما غير المشرع من منطق هذه الحماية التي كانت تعمل على ضمان النزاهة والأمن في العقد فالنظام العام التقليدي في الحقيقة كان وسيلة فعالة لحماية الحرية العقدية، إلا أن التحولات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية أدت إلى ظهور النظام العام الاقتصادي الذي يقيد به إرادة ونشاط الأفراد، فتدخل المشرع لتحقيق المصلحة العامة وحماية الفئات الضعيفة، فلم يعد

(1) – Nadège Meyer, " l'ordre public en droit du travail, contribution à l'étude de l'ordre public en droit privé " , éditions L.G.D.J, paris, 2006, p 30-31.

(2) -Philippe Malaurie, " l'ordre public et le contrat " , tome 01, éditions matot-braine, reims, 1953, p 13 .

العقد حكرا على أطرافه بل أصبح المشرع يشارك الأطراف في صياغة هذا العقد وتحديد مضمونه بموجب نصوص آمرة[3].

فحسب الفقيه بول برنارد PAUL BERNARD فالنظام العام التقليدي قاصرا نظرا لسلبياته التي تجعله يتوقف عند حد نتيجة المباشرة المتمثلة في عدم وجود اضطراب مادي في المجتمع بل هو نظام حي ديناميكي كونه ثمرة لعمل بناء مجهودات كبيرة مدعمة بوسائل كثيرة موجهة لأهداف متعددة من أجل هدف اجتماعي عام شامل، فهو تنظيم منسجم لكل العلاقات الإنسانية الاجتماعية الاقتصادية السياسية الفكرية الأخلاقية الكائنة في حياة مجموعة معينة[4].

فالدولة الحارسة كانت تسهر على احترام الحرية العقدية، بحيث انحصر النظام العام مجاله في تطبيق المبادئ التي يقوم عليها المذهب الفردي، أما الدولة الحامية فهي المتدخلة في كل المجالات سواء كانت الاقتصادية، والاجتماعية والسياسية، كما تسعى لتحقيق المصلحة العامة وحماية الطرف الضعيف، وتلجأ إلى التوجيه كوسيلة لتحقيق أهدافها، وهذا الأخير يعد الأكثر مساسا بالحرية العقدية مما يؤدي إلى تقييد هذه الأخيرة[5] .

فالتطور الذي مس فكرة النظام العام الناتج عن التحولات التي مست الإرادة نتيجة الانتقال من الدولة الحارسة إلى دولة الرفاهية أدى إلى تغير هذه الفكرة من حيث الموضوع والدرجة، بحيث أصبحت هذه الفكرة تشمل مجموع القواعد الآمرة التي تتدخل الدولة بواسطتها في الاقتصاد، ومن ثمة فالنظام العام الاقتصادي لا يعتبر كاستثناء لكنه يشكل التكييف العادي للتشريعات الجديدة، بحيث ينقسم إلى نظام عام توجيهي ونظام عام حمائي[1].

فيقصد بالنظام العام الاقتصادي التوجيهي تللك الأسس الاقتصادية والاجتماعية التي يقوم عليها مجتمع ما، بحيث ترمي إلى تجسيد السياسة الوطنية بتدخل السلطة في حرية الأفراد[2]، فقواعد النظام العام الاقتصادي التوجيهي قواعد يراد بها تحقيق المصلحة العامة، فهي قواعد متغيرة من بلد لآخر، قواعد مرتبطة بنظام الحكم القائم، ويهدف من خلال أحكامه تنظيم التبادلات أو النقد الوطني

---

(3) – Philippe Malaurie, op.cit , p 69 .

(4) – Bernard Paul, " notion d'ordre public en droit administratif " , L.G.D.J, paris, 1962, p 12 .

(5)- فاضل خديجة، " عيممة العقد " ، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2016، ص 25 .

(1) – عيساوي عزالدين، "البحث عن نظام للنظام العام "، مداخلة في الملتقى الدولي بعنوان "التحول في فكرة النظام العام: من النظام العام إلى الأنظمة العامة" ، يومي 23 و24 أفريل 2014 ، مجلة سداسية ،عدد خاص، 2015، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة ، بجاية، ص 375 .

(2)– ميريني حنان، " النظام العام الاقتصادي وتأثيره على العلاقة العقدية " ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2004، ص 09 .

وكذا التجارة الخارجية والاستثمار والانتاج والتسويق، وتحضير التنمية الاقتصادية والتهيئة العمرانية أي تنظيم كل ما له علاقة بالتنمية الاقتصادية والاجتماعية للدولة[3]، فهذا النوع من النظام العام يؤكد علو المصلحة العامة على المصلحة الخاصة.

فالنظام العام التوجيهي يحمل من الممنوعات مثله مثل النظام العام بمفهومه التقليدي (السياسي) لكن في نفس الوقت له مفهوم إيجابي وهو حمل الأفراد على المشاركة في الحياة الاقتصادية والاجتماعية، ولن يكون ذلك إلا بفرض مضمونا للعقد يقع لزاما على الأفراد التقيد به وهذا ما يطلق عليه بالعقود المنظمة والمفروضة وأخرى محظورة ومراقبة[4].

أما بالنسبة للنظام العام الاقتصادي الحمائي أراد المشرع به حماية المصالح الخاصة للأفراد بحيث أصبحت تعد من اهتمامات الدولة التي تعمل على تحقيق التوازن في المجتمع بين الأفراد تحقيقا للعدالة الاجتماعية، بواسطة جملة من الحقوق تعطى للطرف الضعيف في العلاقة العقدية لتحد من تعسف الطرف القوي[1]، ونظرا لكون العامل يتصف بالضعف مثله مثل المستهلك ظهر مصطلح النظام العام الاجتماعي الذي يسعى هو أيضا إلى تحقيق التوازن بين مصلحتين متناقضتين حماية المصلحة الاجتماعية للطبقة العاملة من جهة، والمصلحة الاقتصادية لأرباب العمل من جهة أخرى[2].

فالتطور الذي حدث على النظام العام في مظهره الكلاسيكي والسلبية في جانبه، هو الذي أدى إلى تطوره للنظام العام الاقتصادي الذي أصبح يعرف بالإيجابية يعمل على تضييق الحرية العقدية لحماية فئات معينة في العقد[3] ، فإذا كان النظام العام التقليدي يمنع فالنظام العام الاقتصادي ينظم وهذا هو المقصود من بإيجابيته.

فاستعمال الدولة لقواعد النظام العام يعد وسيلة فعالة لتقييد الحرية العقدية، فهذا التقييد ينتج عن مجموع القواعد الحمائية المكرسة لبعض الفئات من الأشخاص كالعمال، المستأجرين، المستهلكين، ....إلخ، فبذلك يعد النظام العام السبيل القانوني الذي تلجأ إليه الدولة والذي بمقتضاه

---

[3]– مندي آسيا ياسمينة، " النظام العام والعقود " ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2009، ص 10 .

[4]- ميريني حنان، مرجع سابق، ص 26 .

[1]– نساخ فطيمة، " مفهوم النظام العام بين الشريعة العامة والتشريعات الخاصة " ، مداخلة في الملتقى الدولي بعنوان "التحول في فكرة النظام العام: من النظام العام إلى الأنظمة العامة" ، يومي 23 و24 أفريل 2014 ، مجلة سداسية ،عدد خاص، 2015، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة ، بجاية، ص 417 .

[2]– بن عزوز بن صابر، " النظام العام الاجتماعي في مفهوم قانون العامل " ، مداخلة في الملتقى الدولي بعنوان "التحول في فكرة النظام العام: من النظام العام إلى الأنظمة العامة" ، يومي 23 و24 أفريل 2014 ، مجلة سداسية ،عدد خاص، 2015، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة ، بجاية، ص 617 .

[3] – Trari-Tani Mostapha, " justice contractuelle et nouvel ordre commercial mondial " , revue semestrielle, éditée par le laboratoire de droit privé fondamental, n 06, 2009, faculté de droit, université abou bekr belkaid telemcen, p 74-75.

يفرض النظام على كل أعضاء المجتمع، كما تقتصر وظيفته على تقييد الحرية العقدية، بحيث تعتبر قواعد النظام العام قواعد آمرة محققة للمصلحة عامة[4].

كون النظام العام الحمائي يسعى لحماية الطرف الضعيف في المجتمع، إلا أن أسلوب التدخل لحمايته يختلف من بلد لآخر حسب النظام السائد، من هنا فكلما تعلق الأمر بتحقيق العدالة بين الأفراد كلما كنا بصدد نظام عام اجتماعي وحمائي[5]، فالعقد اليوم أصبح محتاج للعدالة العقدية لاستقراره نظرا لاختلال التوازن بين أطرافه الذي أصبح يخيم عليه، ولن يتحقق ذلك إلا عن طريق نظام حديث لتحقيق هذه العدالة[1]، فهذه الأخيرة وفق المنطق الجديد للنظام العام تعد إصلاحية بحيث تؤدي إلى إنقاذ المتعاقدين من وضعية غير متساوية وتنقلهم إلى وضعية متساوية لتحقيق التوازن بين أطراف هذه العلاقة[2] .

فهذا النظام العام الحديث الذي كان نتاجا لتطور النظام العام التقليدي المتمثل في النظام العام الاقتصادي يمكن أن نجده في القواعد الخاصة بحماية المستهلك والقواعد الخاصة بحماية العامل متمثل في النظام العام الحمائي الاجتماعي ، كما يمكن أن نجده في القواعد الخاصة بحماية المنافسة، فمن بين وسائل النظام العام الاقتصادي يسمح للمشرع بالحظر، باقتراح، التنظيم، الرقابة وأيضا بفرض عقود على الأطراف[3] .

فيمكن القول أن الملاحظ على قواعد النظام العام أن المشرع تبنى المفهوم المتغير بسبب اتساع قواعد النظام العام بعدما كانت تحمي الحرية العقدية مع جعل لها روابط، فهذا يعد مؤشرا على حركية النظام العام في المجال العقدي وأداة لتنظيم العقد ومن ثمة تغيرت وظيفة النظام العام من الحامية للحرية العقدية إلى المقيدة لها، فالنظام العام يعمل على مراقبة العقد بمقتضى قواعد آمرة، وقد ترتب على ذلك أن أصبحت القواعد المتعلقة بهذا الأخير في ازدياد مستمر، مما يسمح بذلك للقاضي في بسط سلطته التقديرية الواسعة لتحديد النظام العام.

المطلب الثاني: ارتباط النظام العام بالآداب العامة

يقصد بالآداب العامة هي تلك الأفكار والقيم الخلقية التي تعارف عليها الناس تكون واجبة الاحترام والتقدير ويتحدد ذلك في ضوء العادات والتقاليد والأعراف وأحكام القضاء.

(4) – Nadège Meyer , op.cit, p 46 .

(5) – GHestin Jaques, " traité de droit civil, la formation du contrat " , éditions L.G.D.J , paris, 1996, p 240.

(1) – Denis Mazeaud, " le nouvel ordre contractuel " ,revue des contrats, L.G.D.J ,paris, 2003, p 296.

(2) –Sapitz Jean-faien, " qui dit contractuel dit juste: quelques remarques sur une formule d'alfred fouillée" , revue trimestrielle de droit civil, avril/juin 2007, n 02, éditions DALLOZ, paris , p 283.

(3) – Florence Canut, " l'ordre public en droit du travail ", tome 14, éditions L.G.D.J, paris 2007, p 05.

ويعتبر معيارا للآداب العامة الناموس الأدبي السائد على العلاقات الاجتماعية في دولة معينة، فهو مجموعة القواعد التي وجد الناس أنفسهم ملزمين بإتباعها، وهذا الناموس الأدبي تعارف عليه الناس في مجتمع ما فيتم التمييز من قبله بين الخير والشر[1].

أشار المشرع في بعض المواد ومنها المواد **24**، **96**، **204**، من القانون المدني إلى النظام العام والآداب العامة، بينما اكتفى في نصوص أخرى ومنها المادتين **161**، **344** من القانون المدني إلى استعمال مصطلح النظام العام فقط، مما يؤدي إلى طرح التساؤل فيما إذا كانت الفكرتين منفصلتان عن بعضهما، أم يؤديان إلى نفس المعنى؟.

هناك من يرى بضرورة التمييز بين الفكرتين، انطلاقا من أن قواعد النظام العام تهدف إلى تحقيق مصلحة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع وتسمو على مصلحة الفرد، بينما الآداب العامة هي مجموع القواعد الخلقية التي تدين بها الجماعة في بيئة معينة، وعصر معين، وهي وليدة المعتقدات الموروثة، والعادات المتصلة، وما جرى به العرف وتواضع عليه الناس[2] .

كما ذهب في نفس السياق الأستاذ السنهوري بالقول بأن: " القواعد القانونية التي تعتبر من النظام العام هي قواعد يقصد 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 باتباعها طبقا لناموس أدبي يسود علاقاتهم الاجتماعية[3] " .

ويرى الأستاذ محمد صبري السعدي أن ثمة اختلاف بين الفكرتين كونهما تختلفان من حيث الأساس، ففكرة النظام العام قوامها المصلحة العامة المتضمنة للمصالح الاجتماعية والسياسية والأدبية والاقتصادية، بينما الآداب العامة هو ما يتأثر به من مثل عليا، ومبادئ أخلاقية واجتماعية مبنية على الدين والعرف والتقاليد[1].

إلا أنه هناك شبه إجماع فقهي لدى فقهاء القانون المعاصر على عدم التمييز بين النظام العام والآداب العامة، كون هذه الأخيرة تشكل أحد الأسس التي يقوم عليها النظام العام في جانبه الخلقي،

---

[1] – عمارة مسعودة، " إشكالية تحديد مفهوم النظام العام وتطبيقاته القانونية " ، مداخلة في الملتقى الدولي بعنوان "التحول في فكرة النظام العام: من النظام العام إلى الأنظمة العامة" ، يومي 23 و24 أفريل 2014 ، مجلة سداسية ،عدد خاص، 2015، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة ، بجاية، ص 398 .

[2] – حليمة آيت حمودي، " نظرية الباعث في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي " ، الطبعة 01، دار الحداثة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1986، ص 31 .

[3] – السنهوري عبد الرزاق، " نظرية العقد ،الجزء الأول " ، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998، ص 392-393.

[1] – محمد صبري السعدي، " الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة " ، الطبعة 04، دار الهدى، الجزائر، 2007، ص 213 .

مما يؤدي إلى حفظ النظام العام داخل المجتمع، فالعروض الخليعة والتحريض على الفسق وممارسة البغاء والفحشاء، كلها أفعال تمس الأخلاق، ومن ثمة النظام العام والآداب العامة وتهز معها هيبة النظام العام، مما أدى بالبعض للقول بأن الفكرتان وجهان لعملة واحدة[2]، لحد جعل أحد الفقهاء أن الآداب العامة ليست سوى الوجه الأخلاقي للنظام العام ولا تنفصل عنه[3] .

وعليه فإن التمييز بين النظام العام والآداب العامة هو تمييز سطحي لأن كل منهما يفيد أولوية المجتمع على الفرد، وتقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، والنظام العام مثله مثل الآداب العامة يفرض على المتعاقد احترام المبادئ الأساسية التي يقوم عليها المجتمع على الفرد، وتقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، والنظام العام مثله مثل الآداب العامة يفرض على المتعاقد احترام المبادئ الأساسية التي يقوم عليها المجتمع في المجالات المختلفة بغرض ضمان التعايش والسلم المدني[4] .

ففكرة النظام العام والآداب العامة هي مجموع المصالح الأساسية التي يقوم عليها كيان المجتمع، والتي ترجع على المصالح الخاصة للأفراد، بحيث إذا اتفق الأفراد على خلافها وقع هذا الخلاف باطلا، بالإضافة إلى ذلك تختلف هذه الفكرة باختلاف الزمان والمكان وباختلاف المجتمعات، فهي فكرة تتميز بالنسبية والتغير والمرونة مما تؤثر على الحرية التعاقدية[5].

ومن ثمة فلا يوجد فارق بين النظام العام والآداب العامة من حيث الوظيفة المسندة إليهما، كونهما يهدفان إلى حماية المجتمع والمحافظة على نظامه، ويكمن الفرق بينهما في مجال كل منهما، وبالتالي فهما متكملان من حيث الهدف الذي يحققانه، ويمكن القول أن الآداب العامة هي المعيار الضابط لتحديد نطاق النظام العام.

المبحث الثاني

تحديد القضاء للنطاق النظام العام

يتدخل القاضي لتحديد مضمون النظام العام بناءا على السلطة التي يتمتع بها **(المطلب الأول)** ، إلا أن هذه السلطة ليست مطلقة وإنما هي مقيدة ببعض الضوابط **(المطلب الثاني)**

[2] – عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 334-338 .

[3] – GHestin Jaque, " traité de droit civil..... ", op.cit, p 104 .

[4] – فيلالي علي، " الالتزامات، ..... " ، المرجع السابق ، ص 270 .

[5] – Maurice Gégout, " ordre public et bonnes moeure " , Juris classeur, code civil, art 06, fasc 01, 1979, p 03.

المطلب الأول: إنفراد القاضي بالسلطة التقديرية لتحديد النظام العام

من خلال قراءة المادتين 93 و97 من القانون المدني، يجعلنا نعتقد أن المشرع وحده من يملك صلاحية تحديد مضمون النظام العام، إلا أنه في معظم الأحيان يفسح المجال للقاضي لتحديد القواعد القانونية الآمرة التي تحافظ على مصلحة المجتمع فالقاضي يبطل العقد عن طريق تحديده للنظام العام، فالقاضي هنا يمارس ضبط مقيد على العقود[1]

إن أهمية دور النظام العام تتجلى في كثرة التشريعات واتجاهها الاجتماعي، ويلاحظ على كثرة هذه الأخيرة المستندة إلى أفكار اشتراكية أصبحت متغلغلة في صميم القانون، فالمستقر عليه قانونا طبقا للمادة 01 من القانون المدني التي تسمح للقاضي بالتدخل، كما استقر على هذا الحكم كل من الفقه والقضاء من أجل السماح للقاضي بالتدخل لتحديد ما يدخل في نطاق النظام العام، وأصبح معها النظام العام متمتعا بالمرونة والتطور وقائما على فكرتين أساسيتين هما[2]:

- فكرة النسبية التي لا تتحدد معها دائرة النظام العام إلا في دولة معينة وزمن معين.
- وفكرة المصلحة العامة، وهذه الفكرة الملازمة للنظام العام تترك للقاضي مسلكا واسعا في تفسير القواعد القانونية، حتى تكاد أن تجعل منه مشرعا في هذا المجال المرن، ولها ميزة كبيرة لأنها تجعل من فكرة النظام العام منفذا مهما تجد منه التيارات الاجتماعية والأخلاقية سبيلها إلى النظام القانوني، ولكن يخشى معها أن يبيح القاضي لنفسه أن يتخذ من النظام العام نظرية فلسفية أو دينية، يبنيها على رأيه الخاص في المسائل الاجتماعية.

غير أن 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 على المشرع أن يبين الحالات التي تمس بالنظام العام لكان من السهل عند قراءة نصوص القانون أن يضع قائمة بالحالات التي تعد من النظام العام، لكن الواقع يدل على استحالة ذلك، كون النظام العام فكرة تهدف إلى حماية النظام الاجتماعي من إرادة الأفراد، وكل من الاثنين متشعب، ومن ثمة لا يمكن التنبؤ بكل مظاهر إرادة الأفراد[1].

---

[1]- Zennaki Dalila, " quelques approche de l'ordre public contractuel en droit de la consommation et en droit commun " , revue des études juridiques, semestrielle, éditée par le laboratoire de droit privé fondamental, n 08, 2011, faculté de droit et sciences politiques, université Abou bekr belkaid, Tlemcen, p 16.

[2]– السنهوري عبد الرزاق، " الوسيط....."، المرجع السابق، ص 401 .

[1]– عليان عدة، " فكرة النظام العام وحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري والفقه الاسلامي " ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2016 ، ص 65.

فالسلطة التقديرية للقاضي المدني تشمل جميع المجالات التي يعالجها القانون المدني وتغطي كافة الموضوعات، إلا أنه يكون مقيد بفكرة المعيار الموضوعي المتمثل في فكرة المصلحة العامة والناموس الأدبي، وفكرة النسبية كون فكرة النظام العام لا يمكن تحديدها إلا في مجتمع معين وفي جيل معين في مجتمع ما[2] .

فنجد القاضي أيضا له سلطة للفصل في طبيعة أي نص ويدخله في نطاق النظام العام، وذلك باستناده إلى نص تشريعي أو أي مبدأ من المبادئ العامة للقانون، كما يمكنه التطرق لمضمون النصوص التي لا يمكن للمشرع حصرها فللقاضي هنا سلطة تقديرية في مجال النظام العام، وأكثر من ذلك يمكن للقاضي في منطقة معينة في الدولة الفصل في أمر على أنه يتعلق بالنظام العام وقاضي آخر في منطقة أخرى لا يفصل كذلك[3].

فالقاضي هنا عليه تحديد مدى إرتباط القواعد الموضوعية بالنظام العام ومدى أهمية القاعدة القانونية محل البحث وانعكاساتها على الأوضاع القانونية العامة وعلى التصرفات إذا لم تدل في فحواها أو معناها على تعلقها بالنظام العام فيجتهد ليبين إن كان النص من النظام العام بما له من فعالية وأهمية بنظام المجتمع[1].

فالسؤال الذي يتبادر إلى الذهن هو هل يتقيد القاضي بالنصوص القانونية التي يصرح المشرع باعتبارها من النظام العام، أم له سلطة تقديرية تتجاوز النصوص التي يضعها المشرع؟ وهل له الحق في تحديد مسألة غفل عنها المشرع ويعتبرها من النظام العام؟

بالرجوع إلى القانون نجد أنه في معظم الأحيان يغفل المشرع عن تكييف القاعدة القانونية فعند صياغتها لا يحدد إن كانت من النظام العام أم لا وقد لا يتبع القاعدة القانونية بعبارة تفيد المنع من مخالفتها أو جواز مخالفتها إذا انصبت المخالفة في مصلحة الطرف الضعيف في العقد، كما هو الحال بالنسبة **للمادة 112** من القانون المدني التي تنص على: **" يؤول الشك في مصلحة المدين...غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن "** ، وكذلك **المادة 40** من القانون المدني التي نصت على: **" كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه**

---

[2] – نبيل إسماعيل عمر، " سلطة القاضي التقديرية، في المواد المدنية والتجارية دراسة تحليلية وتطبيقية " ، دار الجامعة الجديدة، مصر، ص 80-83 .

[3] – بلمهوب عبد الناصر، "النظام العام في القانون الخاص: مفهوم متغير ومتطور " ، مداخلة في الملتقى الدولي بعنوان " التحول في فكرة النظام العام: من النظام العام إلى الأنظمة العامة " ، يومي 23 و24 أفريل 2014 ، مجلة سداسية ، عدد خاص، 2015، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة ، بجاية، ص 381 .

[1] – قريقر فتيحة، " النظام العام والتحكيم التجاري الدولي " ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 01، 2017 ، ص 47 .

العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية " ، والمادة **121** من القانون المدني التي تنص على: **" في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد بحكم القانون "** ، والمادة **124** من القانون المدني: **" كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض "** .

فالمشرع هنا ذكر الحكم القانوني دون الإشارة إلى إمكانية أو عدم إمكانية مخالفته، لذا يتولى القاضي تكييف مثل هذه النصوص معتمدا في ذلك على الغرض من وضع المشرع للحكم، فإذا تبين له أنه يتعلق بالمصلحة العامة كيفه على أنه من النظام العام ولا يجوز مخالفته، كما أن المسائل القانونية المتعلقة بالنظام العام يقضي بها من تلقاء نفسه[2].

ففي حالة صمت النص القانوني عن تبيين المسألة إن كانت من النظام العام أم لا، يمكن للقاضي التدخل لتبيين أن المسألة من النظام العام إذا رأى أن هذا الأمر يهم الصالح العام[3] .

فالقاضي عند تحديده لمفهوم النظام العام عليه أن ينظر للقوانين التي لم يبين المشرع إن كانت من النظام العام أم لا ليقرر إن كان بإمكانه أن يصفها بهذا الوصف بالنظر للمصلحة التي تحميها أو إلى النظام الذي تقرره، ومن ثمة إذا لم يكن هناك من نص متصف بصفة النظام العام أو من الممكن وصفه بهذه الصفة، يبحث عن المبادئ العامة التي يقوم عليها القانون الوضعي والتي يمكن وصفها بأنها تتعلق بالنظام العام بالنظر إلى أهميتها كونها تحافظ على المصلحة العامة والفردية سواء كانت هذه الأخيرة اجتماعية أم أخلاقية أو سياسية أو اقتصادية أو مالية.....إلخ[1] .

فالقاضي لا يخترع النظام العام بل يبحث عنه ويستخرجه من مجموعة المبادئ العامة التي يقوم عليها القانون الوضعي، ويظهر إلى حيز الوجود من خلال إبطاله للعقود والالتزامات المخالفة له[2]، هذا ما جعل جاك غستان يقول أنه " بجانب النظام العام التشريعي يقوم نظام عام تقديري ومضمر يتم الاستعانة به في حالة غياب النص القانوني، للجزم إن كانت هذه العقود متوافقة مع النظام العام أم لا "[3].

فالمشرع والقاضي يعمل كلاهما وفقا لنظرية الامتداد والتكامل، فالأول أمن بضرورة بقاء دوره منحصرا في رسم أسس النظام العام كونه عجز عن الإلمام بكل التفاصيل والوقائع بتفرعاتها نظرا لتغير

---

[2] - فيلالي علي، " الالتزامات...." ، المرجع السابق، ص 272 .

[3] – Francois Térré et Philippe Simler et Yves Lequette, op.cit , p 306 .

[1] – العوجي مصطفى، "الجزء الأول....." ، المرجع السابق، ص 442 .

[2] – Francois Térré et Philippe Simler et Yves Lequette, op.cit, p 348 .

[3] - GHestin Jacques, " Traité de droit civil, le contrat , formation, L.G.D. J ,paris, 1988, p 728.

مفهوم المصلحة العامة، أما الثاني فقد أكد أن فكرة النظام العام تنتمي إلى نطاق التفسير القضائي كون القاضي يعمل على المحافظة على المصالح الأساسية التي يقوم عليها المجتمع، فله إذن السلطة التقديرية في تحديد مضمون النظام العام[4] .

فالقاضي ليس إذا حرا في تحديد مفهوم النظام العام بل عليه أن يبحث عنه في مجموع المبادئ العامة التي تسود نظاما قانونيا واجتماعيا معينا، كما للرأي العام السائد في المجتمع دور بسبب تأثر القاضي به[1]، فهو يكاد يكون مشرعا فعليه أن يستلهم المصلحة العامة ويتقيد بالآداب العامة السائدة في مجتمعه، ولا يعود إلى معتقداته وآرائه الشخصية[2].

وكأنه في قضائه هذا يوصل إلى المجتمع صدى الضمير الجماعي وصدى ضميره الشخصي كقيم على أخلاقية التعامل بين الناس وسلامة المفاهيم السائدة بين الأسوياء منهم[3].

فالسلطة التقديرية للقاضي تجد أساسها بما له من ولاية، أي بما له من سلطة في إعمال القانون على وقائع النزاع، فهو يفحص الوقائع ومقيد بها، لا يستطيع تجاوزها ويبحث في إثبات هذه الوقائع، ويستخلص المنتج منها ويستبعد الغير المنتج، ثم يعطي التكييف القانوني لهذه الوقائع، أي يطابق بينها وبين ما هو ثابت في القاعدة القانونية الموضوعية، فإذا تطابق هذا التقدير مع القاعدة القانونية منح القاضي الحماية القانونية للطرف الجدير بها[4] .

فالقاضي باعتباره عضو في الجماعة مما يستدعي أن يحمي فكرة النظام العام فهو يكاد يكون مشرعا في هذا المجال المرن، فله السلطة التقديرية بحيث عندما يقدر النظام العام لا يضع معايير جامدة تقيده فيما يعرض عليه مستقبلا وإنما يقدر الفكرة بحسب الظروف المحيطة به[5].

ومن ثمة فإن تدخل القاضي في تحديد دائرة النظام العام عند عدم وجود نص تشريعي، أو عند وجود النص دون تحديد مدى تعلقه بالنظام العام، لم يعد في الوقت الحالي محل تشكيك، ومن قبيل تدخل القاضي في قانوننا فنجد **المادة 112** من القانون المدني، التي تنص على: **" يؤول الشك في مصلحة المدين.....غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الاذعان ضارا**

---

[4] – بن معمر عوينات نجيب، " النظام العام بين سلطة المشرع والتكييف القضائي " ، مداخلة في مداخلة في ملتقى حول التحول في فكرة النظام العام: من النظام العام إلى الأنظمة العامة، يومي 07-08 ماي 2014 ، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص، 2015، جامعة عبد الرحمن ميرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بجاية ، ص 448-449 .

[1] – Maurice Gégout, op.cit, p 05.

[2] – السنهوري عبد الرزاق، " الوسيط، الجزء الأول...." ، المرجع السابق، ص 439 .

[3] – العوجي مصطفى، "الجزء الأول...." ، ص 463 .

[4] – نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 92-93 .

[5] – نسيغة فيصل و دنش رياض، " النظام العام " ، مجلة المنتدى القانوني، العدد 05، مارس ، 2005، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، ص 171-172 .

بمصلحة الطرف المذعن " ، فهذه المادة مثلها مثل **المادة 40 و 121، والمادة 124** من القانون المدني[6] ، قد اكتفت بذكر الحكم القانوني دون الإشارة إلى إمكانية مخالفته، لذا يتولى القاضي تكييف مثل هذه النصوص معتمدا في تقديريه على الغرض من الحكم، فإذا تبين له أنه يتعلق بمصلحة عامة كيفه على أنه من النظام العام ولا يمكن حينئذ مخالفته[1].

فدور القاضي يظهر جليا في المجال الاجتماعي، فهو يعمل على تحديد الفرق بين النظام العام التقليدي وبين النظام العام الاجتماعي في صمت نصوص النظام العام التقليدي عن تبيين ما هو من قبيل نظام عام اجتماعي، كما يحدد الفرق بين ما يدخل في نطاق النظام العام الحمائي والنظام العام التوجيهي وتبيينه للجزاء المطبق على كل نظام بهدف حماية الطرف المعني بالحماية[2] .

فيمكن القول أن القضاء لعب دورا مهما في تفسير مفهوم النظام العام، والواقع يشهد على أن القضاء يعد مصدرا للنظام العام، إلا أنه تخضع السلطة التقديرية للقاضي لضوابط تحد من هذه السلطة .

المطلب الثاني: الضوابط الكابحة لسلطة القاضي في تحديده للنظام العام

نظرا كما رأينا لكون المشرع يحدد الأسس العامة التي يقوم عليها النظام العام مع تركه للقاضي بعض الصلاحيات من تكييف النظام العام، إلا أن القاضي لا يتمتع بسلطان مطلق في مسألة تقدير النظام العام، بل يجب عليه أن يقدر النظام العام طبقا لأسس موضوعية، مع عدم إمكانية تجاوزه لحدود القانون فلا يجوز له أن يحكم بغير ما قضى به القانون .

فالسلطة التقديرية يحكمها نوعين من التقدير القضائي الأول يغلب عليه المصلحة العامة وهو الاجتهاد القضائي الموضوعي، والثاني تسود فيه المصلحة الخاصة وهو التقدير الشخصي[3] .

فالاجتهاد القضائي يؤدي بالقاضي إلى بذل الجهود في استنباط الأحكام القانونية مما يؤدي إلى تعزيز وتطوير القانون، فيكون إما بسبب غموض وعدم وضوح النصوص القانونية، كما قد يكون

---

[6] – المادة 40 من القانون المدني: " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية " ، والمادة 121 من القانون المدني: " في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد بحكم القانون " ، والمادة 124 من القانون المدني: " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض "

[1] – فيلالي علي، "الالتزامات....."، المرجع السابق، ص 272 .

[2] – Florence Canut, op.cit, p 108-109.

[3] – نبيل اسماعيل عمر، المرجع السابق، 237 .

الاجتهاد القضائي بسبب عدم وجود النص القانوني الذي يحكم الواقعة فيجتهد هنا القاضي باستعماله أدوات القياس والتفسير مما يساهم في إثراء مفهوم النظام العام[4] .

ولكن يثور التساؤل حول هذه السلطة التقديرية التي يتمتع بها القاضي عما إذا يتعسف في سلطته وينحاز وراء أهوائه ورغباته عند تحديده للنظام العام؟ .

لا يجوز للقاضي أن يتخذ من النظام العام أو من الآداب نظرية فلسفية أو دينية يقيمها على رأيه الخاص في المسائل التي تعرض عليه، بل يجب أن يطبق مذهبا عاما تدين به الجماعة بأسرها، لا مذهبا فرديا خاصا يتمسك فيه بآرائه الشخصية، معنى ذلك إذا وجد القاضي قاعدة قانونية متعلقة بالنظام العام فيجب عليه أن يستخلص المعيار العام والمجرد لهذه الفكرة، مع أخذه بعين الاعتبار ظروف الزمان والمكان والأخلاق السائدة في مجتمعه[1]

فمسألة تعسف القاضي أو حتى خطأه في تقدير مسألة من النظام العام تخفف من الضمانات والضوابط المقررة للأحكام، وبالتالي يخضع هذا التقدير لرقابة المحكمة العليا لضمان عدم انحراف القاضي عن ترجمة رأي الجماعة والخضوع بدلا عن ذلك لميولاته الخاصة[2]، فلم يرسم المشرع للقاضي حدودا في إعمال سلطته التقديرية إلا ما تقتضيه العدالة[3].

فالقاضي يجب عليه أن يشرح أسباب تقديره، وأن يقدم للمحكمة العليا ما يساعدها على التأكد من سلامة هذا التقدير، فهذه الضوابط تفرض على سلطة القاضي التقديرية قيدا في تحقيق وتقدير الوقائع، ومن ثمة يمكن مراقبة القاضي للتحقق من أن رأيه قد جاء كنتيجة معقولة لفحص جدي ودقيق لعناصر القضية[4].

والسبب في إخضاع القاضي لرقابة المحكمة العليا، هو نظرا لكون النظام العام يحدد المقومات الأساسية التي تقوم عليها الدولة، كما يمثل قيدا على حرية الأفراد عند التعاقد، ويحمي الأطراف الضعيفة في العقد، ومن ثمة فلا يجوز للقاضي أن يفسر النظام العام بطريقته الخاصة ووفقا لأهوائه أو المذهب الشخصي الذي يعتنقه، بل ينبغي عليه أن يفسر هذا المفهوم بالتفسير الملائم كون هو من يعتبر أمرا ما مخالفا للنظام العام أو متفقا معه.

فيمكن القول أن القاضي يتدخل عندما يضع المشرع القاعدة دون أن يقرر لها جزاء على مخالفتها أي عدم تضمن النص القانوني لعبارة – ويقع باطلا كل إتفاق يخالف القاعدة– ، أو في حالة

---

[4] – بن معمر عوينات نجيب، المرجع السابق ، ص 450.

[1] – نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 249 .

[2] – الكلابي حسين عبد الله، المرجع السابق، ص 191 .

[3] – نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 81 .

[4] – مرجع سابق، ص 512-513 .

القوانين الخاصة التي لا تتضمن جزاءا صريحا على مخالفتها، هنا يتدخل القاضي ليحلل البواعث التي أوحت إلى المشرع بوضع هذه القاعدة لكي يثبت أو يمحو الصلة بين هذه القواعد والنظام العام.

فالقاضي يتمتع بالسلطة التقديرية الواسعة لتحديد النظام العام كون هذا الأخير فكرة مرنة ومتطورة تختلف باختلاف الزمان والمكان، فما يعتبر اليوم من النظام العام قد لا يعتبر كذلك في المستقبل، وما يعتبر من النظام العام في دولة قد لا يعتبر كذلك في دولة أخرى إلا أنه يتعين على القاضي التقيد بمقتضيات العدالة والآداب السائدة في مجتمعه، وتركيبة والظروف المحيطة بهذا الزمان والمكان المتواجد فيه القاضي لتحديد لماهية النظام العام.

خاتمة:

فمن خلال ما سبق يمكن القول أن المشرع لم يعرف النظام العام، إلا أن الفقهاء اتفقوا على أنه مجموعة القواعد التي تهدف للحفاظ على الحد الأدنى من الاستقرار السياسي والاقتصادي والاجتماعي والأخلاقي بحيث لا يمكن الاستغناء عنه لضمان المصلحة العامة.

لتكون بذلك المصلحة العامة هي المعيار المحدد للنظام العام، كما أن هذه المصلحة متضمنة للمصلحة الخاصة أي تسعى لحمايتها، فكل ما يهم المصلحة العامة للمجتمع ينبغي إسباغه بطابع الإلزامية والقاعدة الأسمى ووصفه بالنظام العام .

إلا أن فكرة النظام العام لا تعد منفصلة عن فكرة الآداب العامة التي تعد الناموس الأدبي الذي يحدد إطار هذه الفكرة ويعد من بين ضوابطها .

وبغرض تعزيز الحماية جعل النصوص القانونية التي هي من النظام العام آمرة ملزمة للأطراف المخاطبين بها فكان هذا التحديد كمصدر تشريعي للنظام العام، إلا أنه نظرا لطبيعة هذا الأخير التي تتميز بالمرونة والتغير والنسبية لم يتمكن المشرع من حصرها تاركا مهمة تحديد ما يدخل في إطار النظام العام للقاضي نظرا لتمتعه بالسلطة التقديرية ومن ثمة يعد القضاء المصدر الثاني للنظام العام .