جامعة عمار ثليجي الاغواط

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

النظام العام و العقد

مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص عقود ومسؤولية

من إعداد الطالبان :

مراد سحيري

مختار بن حامد

إشراف الدكتور:

عبد المالك الدح

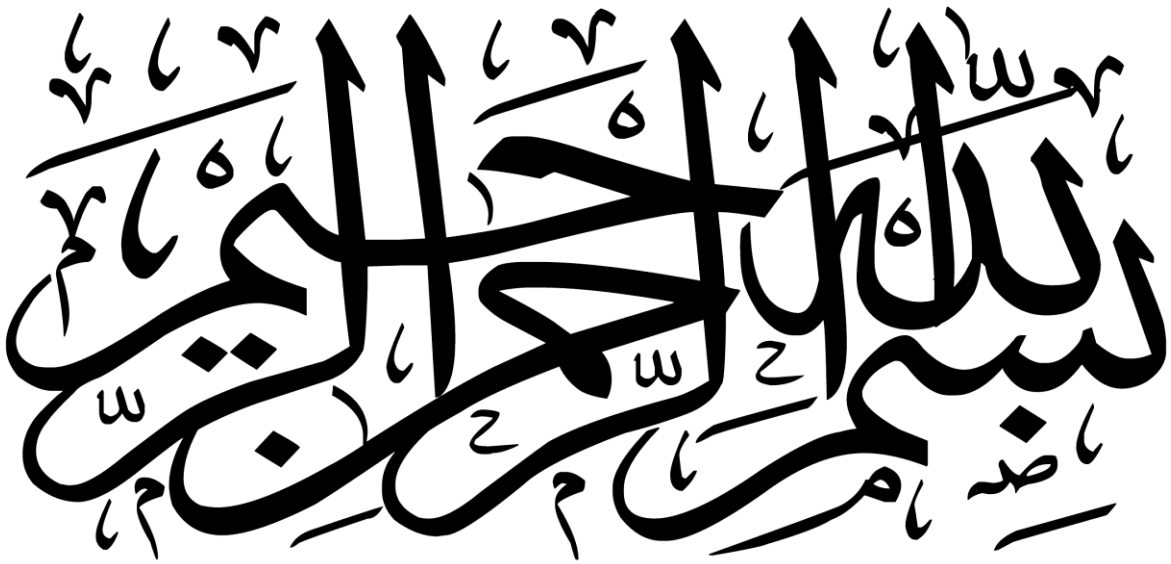
لجنة المناقشة:

الدكتور .....شويرب الجيلالي.....رئيســـــــا

الدكتور..... عبد المالك الدح ..... مشرفا ومقررا

الأستاذ.....يخلف عبد القادر..... ممتحنـــــــا

السنة الجامعية 2020/2019


بسم الله الرحمن الرحيم

التشكرات

لابد لنا ونحن نخطو خطواتنا الأخيرة في الحياة الجامعية من وقفة نعود إلى أعوام قضيناها في رحاب الجامعة مع أساتذتنا الكرام الذين قدموا لنا الكثير باذلين بذلك جهودا كبيرة في بناء جيل الغد لتبعث الأمة من جديد ...

وقبل أن نمضي نقدم أسمى آيات الشكر والإمتنان والتقدير والمحبة إلى الذين حملوا أقدس رسالة في الحياة ...

إلى الذين مهدوا لنا طريق العلم والمعرفة ...

إلى جميع أساتذتنا الأفاضل.....

"كن عالما .. فإن لم تستطع فكن متعلما، فإن لم تستطع فأحب العلماء، فإن لم تستطع فلا تبغضهم"

إلى جميع أساتذة الحقوق بجامعة عمار ثليجي ونخص بالتقدير والشكر:

إلى : الدكتور الدح عبد المالك

من الطالبان : مراد سحيري و مختار بن حامد

الإهداء

إلى بر الأمان إلى التي غمرتني بحبها و بحنانها إلى التي ربت في الخفاء دعت لي التي تنير لي الطريق من أجل سعادتي و نجاحي أمي حفظها الله.

إلى من أنار لي دربي و علمني و تكبد المشاق لراحتي إلى منبع الحب و الحنان أبي الغالي رحمه الله وأسكنه جنات النعيم.

والى جميع إخوتي وأخواتي

الى زوجتي الكريمة

إلى قرة عيني و ريحانة حياتي حبيبتي : آمنة حفظها الله ورعاها

والى جميع أصدقائي والى زملائي في العمل

والى جميع أساتذة قسم الحقوق

أهديكم ثمرة عملي هذه

مـــــراد

الإهداء

اهدي ثمرة جهدي الى اللذان قال الله تعالى فيهما " ولا تقل لهما اف ولا تنهرهما وقل لهما قولا كريما " صدق الله العظيم

الى امي تاج الحياة التي ما فتئت الا ان تكون الحياة فوجدها حول العثرات سلما للنجاح والتالق وكانت الشمعة التي تحترق لتضيء وتحملت وخزات الشوك لاقطف ورود الفرح

الى امي الغالية

الى من نذر الحياة ليرسم ابتسامة ويمسح دمعة فصارت لؤلؤة تضيء الحياة فرسم بكفاحه احلامي وشيد بشقائه صرح امامي الى مثلي الاعلى ابي العزيز

الى من يقاسمني حلاوة الحياة وقسوتها الى من يفيض قلبي بحبهم اخوتي

الى زوجتي الغالية وريفقة الكفاح في مسيرة حياتي

والى ولديّ حفظهم الله " محمد عبد الرزاق و عمار عبد الرحمان

دون أن أنسى الى جميع زملائي وأصدقائي في الصغر

والى جميع أساتذة قسم الحقوق

أهديكم ثمرة عملي هذه

مختار بن حامد

مقدمة

مقدمة:

القواعد القانونية التي تعتبر من النظام العام هي قواعد يقصد بها إلى تحقيق مصلحة عامة سياسية أو إجتماعية أو إقتصادية ، تتعلق بنظام المجتمع الأعلى و تعلو على مصلحة الأفراد ، فيجب على جميع الأفراد مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها ، ولا يجوز لهم أن يناهضوها بإتفاق فيما بينهم ، حتى لو حققت هذه الإتفاقات لهم مصالح فردية ، فإن المصالح الفردية لا تقوم أمام المصلحة العامة ، ويلاحظ أن دائرة النظام العام تضيق إذا تغلب نزعة المذاهب الفردية ، فإن هذه المذاهب تطلق الحرية للفرد فلا تتدخل الدولة في شؤونه ، ولا تحميه إذا كان ضعيفا ولا تكبح جماحه إذا كان قويا فإذا تغلبت النزعة الإشتراكية ، و مذاهب التضامن الإجتماعي إتسعت دائرة النظام العام ، و أصبحت الدولة تقوم بشؤون كانت تتركها للفرد و تتولى حماية الضعيف ضد القوي ، بل هي تحمي الضعيف ضد نفسه ، ولا نستطيع أن نحصر النظام العام في دائرة دون أخرى ، فهو شيء متغير يضيق ويتسع حسب ما يعده الناس في حضارة معينة ، ولا توجد قاعدة ثابتة تحدد النظام العام تحديدا مطلقا يتماشى على كل زمان ومكان ، لأن النظام العام شيء نسبي ، وكل ما نستطيعه هو أن نضع معيارا مرنا يكون معيار المصلحة العامة وتطبيق هذا المعيار في حضارة معينة يؤدي إلى نتائج غير التي نصل إليها في حضارة أخرى .

والآداب هي مجموعة من القواعد وجد الناس أنفسهم ملزمين بإتباعها طبقا لناموس أدبي يسود علاقاتهم الإجتماعية ، وهذا الناموس الأدبي هو وليد المعتقدات و العادات المتأصلة وما جرى به العرف وتواضع عليه الناس ، وللدين أثر كبير في تكييفه كلما إقترب الدين من الحضارة كلما إرتفع المعيار الخلقي .

ونرى من ذلك أن النظام العام و الآداب هما الباب الذي تدخل منه العوامل الإجتماعية و الإقتصادية و الخلقية فتؤثر في القانون و روابطه ، وتجعله يتماشى مع مع التطورات الإجتماعية و الإقتصادية و الخلقية في الجيل و البيئة .

تأثر المشرع الجزائري بالعوامل السياسية والإجتماعية دفعت به إلى الإكثار من القوانين الآمرة والملزمة، ليحافظ على المصلحة العامة للمجتمع، وحماية الطرف الضعيف من الطرف القوي، إذا كان من الممكن أن تكون القاعدة القانونية آمرة دون أن تتعلق بالنظام العام والآداب في المجتمع طبقا للمعيار الجامد، إلا أن كل القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام والآداب هي قواعد آمرة، وتنص المادة (6) من القانون الفرنسي على أنه "لا يجوز بمقتضى الإتفاقات الخاصة بمخالفة القوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب"، وقد حاول جانب من الفقه الفرنسي تفسير المقصود بهذا النص على أن فكرة النظام العام والآداب هي فكرة جامدة مرتبطة في وجودها بوجود نصوص تشريعية.

وقد نصت المادتين (135 و136) من القانون المدني المصري على أنه "إذا كان محل الإلتزام أو سببه مخالفا للنظام العام والآداب فإن العقد يكون باطلا".

يشترط في محل وسبب العقد عدم مخالفتهما للنظام العام و الآداب وإلا وقع تحت طائلة البطلان، ويستلزم إحترام مقتضيات النظام العام وحسن الآداب تقييد الحرية العقدية، إذ يمنع التعامل في بعض الأشياء ، وتحرم بعض المعاملات.

إن النظام العام والآداب العامة أمران ضروريان لكل مجتمع أيا كانت معتقداته و تنظيماته، ورغم ظهور هذا النظام مع أقدام المجتمعات إلا أنه بقي مستعصيا على كل تعريف، وقد قيل في هذا الشأن أن تعريف النظام العام هو : " مغامرة على الرمال الزاحفة"، أو هو "مسلك محاط بالأشواك"، ويقول القضاة الإنجليز: "أنك إذا حاولت تعريف النظام العام، فإنما تركب حصانا جامحا لاتدري على أي أرض سيلقي بك" وترجع صعوبة التعريف إلى المفهوم في حد ذاته بإعتباره أمرا نسبيا يتغير بتغير الزمان والمكان، وقد قال أحد الفقهاء في هذا السياق أن النظام العام يتغير: "مع طول أقدام القضاة"، ويتسم النظام العام كذلك بإتساع مجاله الذي عرف تطورات عديدة، إذ ظهر إلى

جانب النظام العام السياسي نظام عام إقتصادي متميز من حيث مجال تطبيقه من جهة، ومن حيث الجزاء المترتب على مخافته من جهة أخرى.

إن فكرة المصلحة العامة التي تقوم عليها قواعد النظام العام لم تعد تقتصر على المسائل المتعلقة بتنظيم الدولة والمصالح العمومية، بل إمتدت إلى المجال الإقتصادي والإجتماعي، حيث أصبحت الدولة تلتزم أيضا بترقية الحياة الإقتصادية والإجتماعية للمواطن، وتتكفل بحماية الفئات الضعيفة، وأخذت هذه الحماية شكلا جديدا يتمثل في تحديد مضمون بعض العقود من قبل القانون، وتعديلها عند الحاجة من قبل القاضي عوض إبطالها.

وتتجلى أهمية هذه الدراسة في إسقاط الضوء على الدور الذي يلعبه النظام العام في مسألة حرية التعاقد، من جانب مصير العقد إذا كان محل الإلتزام أوسببه مخالفا للنظام العام باعتباره أوسع مجال يطبق فيه النظام العام ، نظرا لإرتباطه بالمفاهيم الإجتماعية والسياسية والأخلاقية وغالبا دينية خاصة في الدول العربية، إضافة على ذلك هذه الدراسة سنحاول فيها الوقوف في التحول والإنتقال في الدور الذي أصبحت تلعبه فكرة النظام العام داخل المنظومة القانونية .

ويرجع سبب إختيارنا لدراسة موضوع النظام العام والعقد إلى أسباب ذاتية وأسباب موضوعية، أما الأسباب الذاتية فتمحورت في قلة المراجع الخاصة بالموضوع السالف الذكر في المكتبة الجامعية والمكتبات الخاصة وكذا في المؤلفات الخاصة بالموضوع، وعليه رغبتا منا في إثراء المكتبة الجامعية بمثل هذه المواضيع، وأما عن الأسباب موضوعية وتتمثل في بحث العلاقة بين فكرة النظام العام و حرية التعاقد وهي فكرة متغيرة نسبيا، وتحديد العلاقة بين مدلول النظام العام في العقد إنطلاقا من مفهوم العدل، أما عن الأسباب الموضوعية فتتمثل في القيمة العلمية للموضوع بإعتباره محور هام من محاور الدراسة في القانون العـــام والخـــاص، حيث له نزعة موضوعية إجتماعيـــة

تمـــيل إلى ضرورة التقيـــد و الحد من حرية التعاقد خدمة للصالح العام . لقد إهتم جل المشرعون عبر الدول بتقنين فكرة النظـــام العـــام في شكـــل قاعـــدة قانونيـــة تحـــقـــق المصلـــحة العامـــة مـــن الجـــانب السياســـي و الإجتماعي والإقتصادي، إلا أن الحالات التي يمكن فيها الدفع بالنظام العام ليست واردة بكل التشريعـــات، بالإضافة إلى أمر تحديـــد النظام العـــام بدقـــة يعـــد أمرا غاية في الصعوبة حيث كما سبق ذكره يتغـير بتغـير الزمـــان والمكـــان، وهذا ما يقودنـــا لضـــرورة البحث عـــن الدعم الحقوقي لفكرة النظام العام.

لقد أوجد النظام العام كمفهوم في القانون المدني ليبقى كوسيلة يتمكن من خلالها القاضي التصدي ليضع العقود التي قد تشكل خطرا على العلاقات القانونية ، و بالتالي يقضي ببطلانها ولا يسمح بتنفيذها ، إذ تنعدم هذه التصرفات ولن يسمح حتى بإنشائها ، بالتالي فالنظام العام هو نقيض الحرية التعاقدية.

تهدف دراستنـــا إلـــى تحديـــد قيمة وفكـــرة النظام العام بمضمونها القانـــوني كـــمصدر لحـــدود ممارسة الحرية، والمحافظة على النظام العام في الدولة بطريقة وقائية وسابقة على عملية الإخلال به، و لـــما كانت فكرة النظام العام فكرة عامة وواسعة وشاملة لكافة فروع النظام القانوني في الدولة، فالمشرع بين قانون و أخر يعطيها مقصدا مختلفا كما أن إستناد القاضي إليها بين حكم وأخر ، و في ذات الحكم قد يتعدد المقصد المراد منها الأمر الذي جعل الهدف من دراسته وبحثه عملية ضرورية للوصول إلى الدور الذي يلعبه النظام العام في حرية التعاقد ومصير العقد المخالف للنظام العام .

ولا يفوتنا ذكر الصعوبات التي أعترضتنا في دراستنا لهذا الموضوع و منها على سبيل المثال لا الحصر شحة المصادر وندرتها داخل المكتبة الجامعية و خارجها و كذلك

الظروف الخاصة التي يشهدها العالم عموما وكذا الجزائر خاصة في ظل تفشي وباء كورونا كوفيد 19 ، حيث هناك شلل شبه تام في كل مناحي الحياة ، الأمر الذي إنعكس على هذا البحث وجودته من جانب جمع المعلومات .

قدم النظام العام على أنه ضمان لحماية مصالح الجماعة ، وعلى هذا الأساس بني التعريف الأكثر توافقا لدى الفقه ، فيعرف النظام العام على أنه" مجموعة من القواعد و الأسس الضرورية لقيام المجتمع " ، لكن مع التطور الحاصل في العلاقات القانونية ، نتج أن العدالة التعاقدية التي يتغنى بها رجال القانون لم يعد يحققها العقد ، إذ أصبح أحد الطرفين في العقد يتمتع بقوة نتيجة ظروف خارجة عنه ، فأصبح جدير بحمايته تحقيقا لمصلحة المجتمع ، لذا ظهر أن تحقيق مصالح خاصة للأفراد يمكن من خلاله حماية مصلحة المجتمع كله ، لذلك فيحق لنا طرح الإشكالية التالية : **ما مصير العقد إذا كان محل الإلتزام أو سببه مخالف للنظام العام ؟.**

و للإحاطة بجوانب الموضوع تمت دراسته وفقا لأسلوب المنهج الوصفي و التحليلي الذي يقوم بدراسة الموضوعات من خلال ذكر الأراء الفقهية و الوقائع و الأحداث السابقة و الذي يلزم في التعامل مع تحليل النصوص القانونية و مواد و أحكام القانون المدني الجزائري و المصري والفرنسي الذين يعتبرون ركيزة هذه الدراسة.

وللإجابة على الإشكالية السابقة إرتأينا تقسيم هذا الموضوع إلى فصلين حيث جاء الفصل الأول بعنوان ماهية فكرة النظام العام ، وينقسم هذا الفصل إلى مبحثين ، المبحث الأول تطرقنا فيه إلى مفهوم النظام العام ، كما تطرقنا في المبحث الثاني إلى القواعد العامة للنظام العام ، و تناولنا في الفصل الثاني رقابة النظام العام كعقد للحرية التعاقدية، حيث تم تقسيم ها الفصل إلى مبحثين ، تطرقنا في المبحث الأول إلى الإتفاقات التي تخالف النظام العام ، وتطرقنا في المبحث الثاني إلى رقابة النظام العام لمشروعية العقد.

الفصل الأول

ماهية فكرة النظام العام

تتباين الإعتبارات التي تتخذ ذريعة لتنظيم الحريات أو تقييدها من نظام لأخـــر ، إلا أنه يمكن ردها إلا أنها تقـــوم لحماية قيـــم معينة فـــي المجتمع ، هـــذه الأخيـــرة يمكـــن إجمالهـــا فـــي النظـــام العام ، و لما كان الهدف الوحيـــد لـــلإدارة هـــو المحافظة على النظام العام في الدولة بطريقة وقائية و سابقة على عملية الإخـــلال بـــه ، ولما كانت فكرة النظام العام فكرة عامة و واسعة و شاملة لكافة فروع النظام القانوني في الدولة ، فالمشرع بين قانون و أخر قد يعطيها مقصدا مختلفا ، كما أن إستناد القاضي إليها بين حكم و أخر بـــل و في ذات الحكم يتعدد المقصـــد المراد منهـــا الأمـــر الـــذي جعـــل عملية دراســـة النظـــام العـــام عمليـــة ضروريـــة ، إن الحـــديث عـــن مفهوم النظام العام و مضمون هذه الفكرة وهو ما تطرقنا إليه في هذا الفصل، لذلك فقـــد تم تقسيم هذا الأخير إلى مبحثين :

المبحث الأول : مفهوم النظام العام

المبحث الثاني : القواعد العامة للنظام العام

المبحث الأول : مفهوم النظام العام

تنوعت التعاريف الفقهية للنظام العام تنوعا كبيرا و هذا راجع إلى إتساع مضـــمون النظام العام و شمول نطاقه من جهة و إلى إختلاف النظام العام من حيث الزمان و المكان منجهة أخرى [1]، كما ليس من اليسير تحديد المقصود بالنظام العام و لا توجد قاعدة ثابتة تحدد النظام العام تحديدا مطلقا يتماشى مع كل زمان و مكان.

إن النظام العام شيء نسبي ويختلف مفهومه من مجتمع لآخر ، فمضمونه في مجتمع رأسمالي يختلف عن مضمونه في مجتمع إشتراكي ، وفي مجتمع يحظى في الـــدين فيـــه بمكانة مرموقة لا تتخذ فكرة النظام العام نفس المضمون الذي تتخذه في مجتمع لا يـــولي أهمية كبيرة ومن حيث الزمان نجد فكرة النظام العام تتطور في داخل المجتمع الواحد [2].

المطلب الأول : تعاريف النظام العام

لم يعرف المشرع الجزائري على غرار غيره من المشرعين النظام العام و لم يحدد فكرته بل ترك ذلك للفقه و القضاء بالرغم من أهمية كبرى للفكرة ، و مع أن فكرة النظام العام تستعصي على التعريف ، فقد حاول الفقه و القضاء فعل ما أغفله المشرع ، و قـــد إكتفى الشراح بتقريبها للأذهان بقولهم أن النظام العام هو الأساس السياسي والإجتمـــاعي والإقتصادي والخلقي الذي يسود المجتمع في وقت من الأوقات بحيـــث لايصـــور بقـــاء المجتمع سليما من دون إستقرار.

---

[1] – فيصل نسيغة و رياض دنش ، النظام العام ، مجلة المنتدى القانوني ، العدد الخامس ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، الجزائر ، 2018 ، ص 166 .

[2] – أسيا يسمينة مندي ، النظام العام و العقود ، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق فرع عقود ومسؤولية ، كلية الحقوق ، جامعة يوسف بن خدة ، الجزائر ، 2009 ، ص 6 .

الفرع الأول : التعريف التقليدي أو الكلاسيكي

النظام العام الكلاسيكي أو القديم يهدف للمحافظة على المبادئ الأساسية للمجتمع و يمكن من الدفاع على النظام معناه الدفاع على أسس و تنظيم المجتمع ليحميه من التصرفات

الفردية المهددة للأمن و الآداب العامة ، و النظام العام القديم مفهوم قضائي ، لأن للقاضي السلطة التقديرية لتحديد ما إذا كان عقد ما مخل أم لا بالنظام العام ، النظام العام القديم يحث على المنع و يمنع التصرفات المخلة به .

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

فقد عرف جودوليوري لامرداندير بأنه " مجموعة الشروط اللازمة للأمن و الآداب العامة التي لا غنى عنها لقيام علاقات سليمة بين المواطنين ، بما يناسب علاقاتهم الإقتصادية [1].

ما يلاحظ على هذا التعريف بأنه يوسع كثيرا من مفهوم النظام العام ، فهو مفهوم متغير يلخص روح الحضارة و حقبة من الزمن ، وينطوي على مجموعة من المتطلبات التي تعتبر أساسية لحماية الحياة الإجتماعية ، هذا وقد ذهب بعض الفقهاء إلى إضفاء الطابع السلبي على مفهوم النظام العام .

عرفه الفقيه الفرنسي مالوري في رسالته حول النظام العام والعقد إثنين وعشرين تعريفا لفكرة النظام العام في الفقه و القضاء ، 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

[1] – فيصل نسيغة و رياض دنش ، المرجع السابق ، ص 166 .

الحسن في القانون الدولي الخاص هي قواعد تنازع القوانين ، أما المؤسسات الضرورية التي يضمن النظام العام سيرها الحسن في القانون المدني فهي المؤسسات المدنية [1].

ومن التعريفات التي أوردها الفقيه مالوري ، تعريف الفقيه هيمار النظام العام على أنه : " القواعد الذي وضعها الشارع لصالح الجماعة "، و تعريف الفقيه جيليودي لا موراندييير بأنه : " تلك الفكرة التي تترجم ضرورة النظام و السلام داخل الدولة " ، وعرفه الفقيه بارتان بأنه : " يقصد على العموم بمقتضيات النظام العام في تشريع معين تلك المقتضيات التي لا يمكن لاتفاقات الأطراف مخالفتها أو تعديلها " ، أما الفقيه ديموغ فعرفه بأنه : " يتألف من الأفكار التي كونها المجتمع مستبعدا الحرية بشأنها لأنه يعتقد بأن هذه الأفكار تشكل الحقيقة [2].

وأما الفقيه دوغي فعرفه بأنه : " لا يمكن أن يكون النظام العام سوى المصلحة الإجتماعية مهما كان مفهومها " ، في حين يرى الفقيه دوباج 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 الإقتصادي والأخلاقي في مجتمع معين"،

وعليه يمكن تلخيص مفهوم الفقه الفرنسي للنظام العام و فقا ماجاء في مؤلفات الفقهاء الفرنسيين بأنه:" مجموع ما يعتبر مهما نوعا ما في مجتمع و زمن معينين كي يتصف بالإلزامية و لو حصل ذلك خلافا للإرادة الأفراد [3]، و هذا المفهوم قد إنتقل فيما بعد إلى التشريع الجزائري [4].

---

[1] – عدة عليان ، فكرة النظام العام و حرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري و الفقه الإسلامي ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص ، جامعة أبوبكر بلقايد ، تلمسان ، 2016 ، ص 27 .

[2] – نفس المرجع، ص 27 .

[3] – مصطفى العوجي ، القانون المدني ، العقد مقدمة في الموجبات المدنية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الخامسة ، الجزء الأول ، 2011 ، ص 439 .

[4] – عدة عليان ، المرجع السابق ، ص 29 .

هذا وقد ذهب بعض الفقهاء إلى إضفاء الطابع السلبي على مفهوم النظام العام حيث عرفه الفقيه هوريـــــو بأنه : " حالة واقعية تعارض حالة واقعية أخرى هي الفوضى ، بمعنى أن غرض الضبط سلبي تماما و شعاره لا إضطرابات ، وما يلاحظ على هذا المفهوم السلبي للنظام العام أنها كانت تتوافق مع الفكرة السلبية للوظيفة الإدارية ، إلا أن هذه الفكرة إختفت وحل محلها الإتجاه الإيجابي في تحديد واجبات الدولة لتحقيق خير الجماعة نتيجة لتوسع دور الدولة و إزدياد تدخلها في الحياة الإقتصادية و الإجتماعية [1].

الفرع الثاني : التعريف الحديث

تطور النظام العام مع تطور المجتمعات فارضا نفسه في عدة مجالات النظام العام الحديث هو قبل كل شيء إقتصادي و إجتماعي و مهني يهدف إلى تحقيق العدالة الإجتماعية عن طريق إعادة توازن العقد ، فقد غير طبيعته كليا النظام العام الحديث الإيجابي ، لأنه لايكتفي بمنع بعض التصرفات فهو قد يلزم الأطراف المتعاقدة بإلتزامات كما هو الحال في النظام العام الحمائي الإجتماعي الهادف إلى حماية الأطراف المتعاقدة الضعيفة " العامل، المؤمن له ، المستهلك ، المستأجر ...الخ " ، من الأطراف المتواجدة في مركز القوة " رب العمل ، المؤجر ، شركة التأمين...الخ " ، ولهذا قد يحدد القانون الحد الأدنى للأجر ، ويلزم الأطراف المتعاقدة في عقد الإيجار بعدم مجاوزة حد أعلى كثمن للإيجار [2].

أما النظام العام الإقتصادي التوجيهي يشمل كل القواعد الملزمة و الهادفة لتوجيه الإقتصاد تحقيقا للمصلحة العامة ، مثل القواعد المنظمة لمالية الدولة .

لكن هذه التفرقة بين النظام العام الإقتصادي الحمائي و التوجيهي غامضة و لا تنطبق على تشريع العمل الهادف لتحقيق الحماية الإجتماعية للعمال من جهة و هو في الوقت ذاته وسيلة لتوجيه إقتصاد الدولة من جهة أخرى ، وحرص المشرع على عدم

[1] – فيصل نسيغة و رياض دنش ، المرجع السابق ، ص 166 .

[2] – أسيا يسمينة مندي ، المرجع السابق ، ص 8 .

مخالفة هذا النظام الإقتصادي بسنه لقواعد قانونية ملزمة لا يجوز مخالفتها مدعما في هذه المهمة من قبل السلطة القضائية و التي تمارس رقابتها بحسن تطبيقه في الواقع [1].

بإعتبار القانون الجزائري حديث النشأة مقارنة بباقي القوانين ، خصوصا اللاتينية منها، فمما لا شك فيه أن المشرع الجزائري قد إستقى فكرة النظام العام من هذه القوانين وعلى رأسها التشريع الفرنسي و التشريع المدني على وجه الخصوص ، لذلك فإن تحديد مفهوم فكرة النظام العام في القانون الجزائري لن لم يأتي إلا بعد عرض مفهومه في التشريع الفرنسي هذا الأخير الذي رغم تبنيه فكرة النظام العام ، إلا أنه لم يعط تعريفا دقيقا له [2].

بالرجوع إلى التشريع الجزائري يتضح أن المشرع لم يورد تعريفا دقيقا للنظام العام، وهو بذلك قد سلك مسلك المشرع الفرنسي ، إذ وردت الإشارة إلى فكرة النظام العام في العديد من نصوص القانون المدني ، فقد أشار إليها المشرع الجزائري في نص المواد (24 و 93 و 97 و 161 و 204 و 344) دون أن يحدد المشرع تعريفا دقيقا لفكرة النظام العام وإكتفى بتعريف المشرع الفرنسي .

بالرجوع إلى نصوص القانون المدني الجزائري يتضح لنا أن المشرع الجزائري ألزم القاضي بإستبعاد القانون الأجنبي طالما تعارضت نصوصه مع مقومات النظام العام الجزائري ،وترك مهمة تحديد مفهومه إلى القاضي المطروح أمامه النزاع [3].

وتجدر الإشارة أن النظام العام قد أشارت إليه بعض التشريعات منها التشريع المصري في نص المادة (28) من القانون المدني ، و التشريع السوري في المادة (30)

---

[1] – أسيا يسمينة مندي ، المرجع السابق ، ص 9 .

[2] – عدة عليان ، المرجع السابق ، ص 25 .

[3] – نادية فضيل ، تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني ، دار هومة ، الجزائر ، الطبعة الرابعة ، 2005 ، ص 4 .

من القانون المدني ، وفي القانون الفرنسي المادة (6) من القانون المدني التي تنص على : " لا يجوز بالإتفاقات الخاصة مخالفة القوانين المتعلقة بالنظام العام أو الآداب " .

أما عن مفهوم النظام العام في الشريعة الإسلامية ، فهو كل نص ورد في القرآن ، أو السنة و كل حكم تم الإجماع عليه بين العلماء المسلمين ، والنظام العام بهذا التعريف في الشريعة إنما يخاطب به المسلمون دون غيرهم ، أما غير المسلمين فلا يعنيهم[1] .

بالرجوع إلى المادة (204) من القانون المدني الجزائري التي أبطلت الإلتزامات و العقود التي تكون معلقة على شرط مخالف للنظام العام أو الآداب ، وكذا المادة (344) من نفس القانون المتعلقة بالإثبات عن طريق اليمين الحاسمة والتي منع المشرع الجزائري توجيهها في واقعة مخالفة للنظام العام [2]، و يظهر مما سبق ذكره أن المشرع الجزائري أورد فكرة النظام العام في القانون المدني بإعتباره الشريعة العامة ، كقيد على صحة بعض الإلتزامات بوجه عام و العقود بصفة خاصة ، دون أن يحدد تعريفا خاصا للنظام العام ، فبهذا التوجه قد ترك المجال للفقه و القضاء الجزائريين لتحديد وتعريف النظام العام [3].

يقصد بالنظام العام وفقا للفقه الحديث لما جاء في تعريفاتهم ما يلي: " هو مجموعة من القواعد الجوهرية التي يقوم عليها المجتمع في أساسه سواء من الناحية السياسية أو الإجتماعية أو الإقتصادية " ، وقيل هو : " مجموعة القواعد التي تكون الأساس السياسي و الإجتماعي و الإقتصادي و الأخلاقي الذي يقوم عليه المجتمع في دولة معينة"[4] .

---

[1] – محمد بوعروة ، الدفع بالنظام العام عند تطبيق القوانين الأجنبية ، مذكرة مقدمة لإستكمال متطلبات شهادة ماستر أكاديمي ، تخصص قانون علاقات دولية خاصة ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة ، 2015 ، ص4.

[2] – راجع نص المادتين (204 و 344) من القانون المدني الجزائري .

[3] – عدة عليان ، المرجع السابق ، ص 30 .

[4] – فاروق ولد السعيد ، دور النيابة العامة في تحقيق النظام العام دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الجزائري ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية ، تخصص شريعة وقانون ، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة ، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة ، 2015 ، ص 106 .

المطلب الثاني : خصائص النظام العام

أثارت فكرة النظام العام خلافا بارزا بين الفقه و القضاء خاصة فقهاء القانون المدني من حيث تعريفها و مدى وجودها القانوني ، وكذا مدى وحدة معناها أو تعدده من فرع قانوني لأخر ، بل يزيد الإختلاف حدة في البلاد الإسلامية [1]، وبناءا على ما تم ذكره من تعريف للنظام العام في الفقه الحديث فإن خصائص النظام العام مستنتجة من هذا التعريف.

الفرع الأول : خصائص النظام العام الإقتصادي التوجيهي

يتين لنا من التعريف الحديث للنظام العام الإقتصادي التوجيهي على : " أنه مجموعة من القواعد القانونية الملزمة التي تحكم العلاقات التعاقدية بالسياسة الإقتصادية والهادفة إلى تحقيق المصلحة العامة " ، وهي أحكام و قواعد موضوعية متغيرة تتبع تغير سياسة الدولة الإقتصادية ، فهذا الأخير في ظل الإشتراكية مختلف عن النظام العام الحالي ونستنتج أن قواعد النظام العام الإقتصادي التوجيهي تتميز بمجموعة من الخصائص نوجزها فيما يلي[2]:

1- تحقيق المصلحة العامة :

الهدف المشترك بين النظام العام الإقتصادي التوجيهي و النظام العام السياسي هو هدف تحقيق المصلحة العامة ، و طالما أعتبر النظام العام الإقتصادي للتوجيه مماثلا للنظام العام الإقتصادي السياسي ، وظيفته الإقتصادية تجعل فصله عن النظام العام الإقتصادي أمرا صعبا و نقول هنا أن النظام العام الإقتصادي للتوجيه يهدف إلى فرض وتحقيق المنفعة العامة ، كتنظيم التبادلات أو التجارة الخارجية أو الإستثمار أو الإنتاج و

[1] – عليان بوزيان ، أثر حفظ النظام العام على ممارسة الحريات العامة ، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري ، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في تخصص الشريعة والقانون ، كلية العلوم الإنسانية و الحضارة الإسلامية ، قسم العلوم الإسلامية ، جامعة وهران ، 2007 ، ص 60 .

[2] – أسيا يسمينة مندي ، المرجع السابق ، ص 9.

التسويق و تحضير مخططات التنمية الإقتصادية و التهيئة العمرانية، أي تنظيم كل من له علاقة بالتنمية الإقتصادية و الإجتماعية للدولة[1] .

ونستنتج أنه إذا كان العقد المبرم مخالفا لمصالح السياسة الإقتصادية للدولة و بالتالي مخالفا للمصلحة العامة يكون باطلا بطلانا مطلقا ، ويحق لكل ذي مصلحة المطالبة بهذا البطلان، لأن المصلحة العليا للدولة مهددة ، فقواعد النظام العام الإقتصادي التوجيهي ملزمة و لا يجوز مخالفتها وهذا ما نصت عله المادة (102) من القانون المدني الجزائري[2].

2- فكرة النظام العام فكرة وطنية :

فالنظام هو الوضع الطبيعي للمجتمع حيث يعكس المبادئ والأسس التي يقوم عليها مجتمع معين في جيل معين ، و لذلك يختلف مفهومه من دولة إلى أخرى .

يتصف النظام العام بالوطنية لأنه موجه لحماية المبادئ الأساسية للنظام القانوني الوطني [3]، و لذلك لا يجوز القول بوجود نظام عام دولي و نظام عام داخلي بقصد التمييز بين النظام العام في مجال العلاقات الخاصة الدولية ، و العلاقات الداخلية لأن النظام العام في كلا الحالتين ذو طابع وطني ، و إذا كانت توجد بعض المبادئ المشتركة بين أغلبية الدول كمبدأ حرية الزواج ، وعدم جواز التمييز بين الأفراد بسبب اللون أو العرق أو الدين ، والتي يعتبرها العض أنها تشكل نظاما عاما دوليا ، فمع ذلك عندما يستبعد

---

[1] – أسيا يسمينة مندي ، المرجع السابق ، ص 10 .

[2] – تنص المادة (102) على "إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان، وللمحكمة أن تقضي به من من تلقاء نفسها و لا يزول البطلان بالإجازة . و تسقط دعوى البطلان بمضي خمسة عشرة سنة من وقت إبرام العقد".

[3] - Cf. Nonhad RIZKALLAH, Droit international privé, 1er édition, M.A.J.D., Beyrouth, Liban, 1985, p.60.

القاضي القانون الأجنبي الذي لايحترم هذا المبدأ ، فيكون هذا الدفع على أساس مخالفته للنظام العام الوطني و ليس النظام العام الدولي [1].

3- النظام العام الإقتصادي التوجيهي متغير :

النظام العام الإقتصادي التوجيهي يضم القواعد القانونية الأساسية الموجهة للإقتصاد الوطني، والمؤثرة في العقود الخاصة و التي تبطل في حال مخالفتها لهذا التوجيه .

مفهوم التوجيه في الدول الإشتراكية يختلف عنه في الدول الليبرالية ، ويظهر ذلك من خلال التشريعات والقوانين التي تنظم الناحية الإقتصادية خلال فترة زمنية تتخللها فترات تطبيق الإشتراكية ، ثم التوجه نحو الليبرالية وإقتصاد السوق كما هو الحال في الجزائر[2] .

فالنظام العام السياسي ينعكس على التشريع وطابعه وبالتالي يختلف من نظام لأخر، فيوصف بكونه تشريع إشتراكي أم ليبرالي تبعا للنظام المنتهج، ومثال على ذلك الأمر 25/95 و المؤرخ في 1995/09/25 [3]، والمتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة ، وقانون الجمارك و قانون المالية ، و التشريع الفرنسي ظهر فيه نوع من التردد بين الأحكام والنصوص القانونية التي تخدم سياسة التخطيط ، إعتماد سياسة التخصيص و تحريره لقطاعات كاملة من تدخل السلطات العامة ، النظام العام الإقتصادي يتغير دائما و يأتي بالجديد و هو التعبير عن التطور الإقتصادي و الإجتماعي في مجتمع ما [4].

---

[1] – فاطمة الزهراء زاير ، النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص ، جامعة أبي بكر بلقايد ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، تلمسان ، 2011 ، ص 29 .

[2] – أسيا يسمينة مندي ، المرجع السابق ، ص 10 .

[3] – أنظر الأمر 25/95 المؤرخ في 1995/09/25 .

[4] – Jacque Flour , Jean Luc Aubert , Eric Savaux , Droit Civil , Les Obligation 1, L act Juridique ed , 2000 , p 208 .

وإذا كان النظام العام في القوانين الوضعية يتميز بعدم الثبات فالأمر يختلف بالنسة للنظام العام في الشريعة الإسلامية حيث يفرق الفقهاء بين نوعين من القواعد [1]:

أ- القواعد الأساسية أو الجوهرية :

والتي تكون ثابتة بدليل قاطع بالقران أو السنة النبوية المتواترة أو بالإجماع والأمة، هذه القواعد تعتبر من النظام العام للشريعة الإسلامية ، وهي لا تقبل التبديل أو التغيير ولا تختلف بإختلاف الزمان والمكان ، ففكرة النظام العام في هذه الحالة تكون مطلقة وليس للقاضي بشأنها سلطة تقديرية .

ب – القواعد الأساسية التي ليس لها علاقة بالأحكام الجوهرية :

وتتميز بالمرونة و النسبية بحيث تتغير بتغير الزمان و المكان ، هذه القواعد يصوغها ولي الأمر الحاكم أو يفوضه القاضي في المجال الشاغر الذي لا يوجد بشأنه دليل على حكم معين، هذه القواعد التي يصوغها ولي الأمر تشكل نظاما عاما يقوم على أساس ديني له نفس خصائص النظام العام الوضعي.

النظام العام الإقتصادي يتغير دائما ويأتي بالجديد وهو التعبير عن التطور الإقتصادي و الإجتماعي[2].

4- فكرة النظام العام فكرة وقتية:

تثير نسبية النظام العام إشكالا متعلّقا بتحديد وقت تقديره، فهل يقدر القاضي مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام من عدمها، وقت نشوء المركز القانوني أم لحظة الفصل في الدعوى؟

يستقر الفقه على مبدأ آنية أو حالية النظام العام و يقصد بهذا المبدأ أن على القاضي أن يقدر مدى تعارض القانون الأجنبي مع النظام العام ، وعليه إذا كان السائد في دولته عند الفصل في الدعوى القانون الأجنبي يتعارض مع النظام العام وقت نشوء الحق أو

[1] – فاطمة الزهراء زاير ، المرجع السابق ، ص 30 .

[2] – أسيا يسمينة مندي ، المرجع السابق ، ص 11 .

المركز القانوني، ثم أصبح بعد ذلك لا يتنافى معه فيتوجب على القاضي أن لا يستبعده، لأنّ العبرة بلحظة الفصل في الدعوى ، وليس وقت نشوء المركز القانوني[1].

الفرع الثاني : خصائص النظام العام الحمائي

لقد سبق و أن قلنا أن النظام العام الإجتماعي أو الحمائي يحمي المتعاقد الضعيف من إستغلال المتعاقد القوي في العلاقة التعاقدية ، فالواقع أظهر كثرة الإختلالات في توازن العقود الخاصة في عقد الأذعان و هذا النظام يتميز بالخاصتين التاليتين[2]:

1- تحقيق العدالة الإجتماعية :

تعرف العدالة على أنها ما هو توافق مع القانون الطبيعي والقانون البشري يجب أن يكون عادلا أي موجها نحو الخير العام للشعب، أما العدالة التبادلية فهي قائمة على أساس أن العقد تصرف تبادلي ، يقيم إلتزامات متبادلة ومتقابلة و يجب أن تكون متساوية من الجانبين ، فالعقد هنا منظور إليه على أنه وسيلة تبادل الأموال والخدمات وهو خاضع لمبدأ العدالة التبادلية .

والحرية العقدية تزيل العدالة العقدية، وتجعل الطرف الضعيف في العقد ينظم إليه مرغما وتنعدم إرادته فيه كما بينت ذلك ظروف عمل العمال بعد الثورة الصناعية، إذيجب أيجاد وسيلة تحقق التوازن العلاقة العقدية أو تكافؤ إلتزامات المتعاقدين لتحقيق العدالة الإجتماعية، وهذه الوسيلة متمثلة في تدخل المشرع بقواعد أمرة لحماية العامل والمستهلك والمستأجر ...الخ، مما يسمح من الحد من إختلال التوازنات و إقامة عدالة بين أطراف العقد و تحقيق المساواة بينهما.

---

[1] – صلاح الدين جمال الدين، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب ، دراسة مقارنة ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر ، 2004 ، ص 122 .

[2] – أسيا يسمينة مندي ، المرجع السابق ، ص 12 .

2- إتصال النظام العام الحمائي بالواقع و تأثره به:

يقوم النظام العام الإقتصادي الحمائي بإيجاد الحلول للمشاكل المعروضة في الواقع المعاش فيتدخل المشرع كما سبق و أن قلنا لسن قواعد قانونية آمرة حامية للطرف الضعيف ،وهذه القواعد وليدة أوضاع إقتصادية و إجتماعية كأزمة السكن و إنعكساتها السلبية على المجتمع لذلك قدم النظام العام الإقتصادي الحمائي تسهيلات في عقد الإيجار لفائدة المستأجر بدافع إجتماعي ، وقدم النظام العام الإقتصادي الحمائي الحلول لمشاكل العمال ، كالتعويض عن الفصل التعسفي و حوادث العمل ، و تمكين العامل بالمطالبة بحقوقه مستعملا في ذلك نقابة العمال الممثلة لهو المؤثرة على المجتمع و المؤدية لإلغاء القوانين المخلة بحقوق العمال، نستنتج أن الواقع الإجتماعي يؤثر على القانون مما يجعله يتغير و يتجدد ويعدل [1].

[1] – أسيا يسمينة مندي ، المرجع السابق ، ص 13 .

المبحث الثاني: القواعد العامة للنظام العام

إنّ صعوبة التوصل لتعريف دقيق للنظام العام لـــم يمنع الفقـــه من محاولة البحث عـــن المعيار الذي يمكن الإستناد عليه لمعرفة حالات الدفع بالنظام العام، فيعتبر النظام العام نظام قانـــوني تتـــضمنه الـــنصوص القانونية وقـــد يستخلصه القاضي مـــن المبادئ العامة للـــقانون[1]، من جهة أخرى ، ونظرا لكون فكرة النظام العام فكرة نسبية و مرنة ، فلقد ترك أمر تقديرها للقاضي الذي يتعين عليه أن يكون معتدلا وحذرا، و يحاول أن يوفّق بين مسألة إحترام قواعـــد الإسناد التي وضعت بهدف تنظيم العلاقات ذات العنصر الأجنبي ، وبين ضرورة حمايـــة النظام القانوني والمبادئ العليا في دولة القاضي ، و التي يمكن أن تتعرض للتصدع إذا طبق القانون الأجنبي [2].

المطلب الأول : مصدر النظام العام

كلمة مصدر يعني المنشأ أو المصدر الرسمي و يقصد به وسيلة إخراج القواعد القانونية إلى الناس فتكسب صفة الإلزام و المصادر الرسمية في جميع الشرائع ومعظم العصور هما التشريع و العرف و القضاء ، فدراسة تطور فكرة النظام العام ليس الهدف منها دراسة تاريخية لهذه الفكرة بل ينبغي تتبع هذه الفكرة بإعتبارها صمام الأمان في كل مجتمع كونه تحدد دائرة الثابت و المتغير فيه ومن ثم المجال متروك للمشرع و الفقه و القضاء للإضافة أو للحذف أو لتعديل [3].

---

[1] – علي فيلالي، الإلتزامات النظرية العامة للعقد ، موفم للنشر ، الجزائر ، الطبعة الثالثة ، 2013 ، ص 281 .

[2] – فاطمة الزهراء زاير ، المرجع السابق ، ص 33 .

[3] – منال بوروح ، مصادر النظام العام لحماية الطرف الضعيف ، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية و السياسية العدد الثاني ، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1 ، بدون ذكر سنة النشر ، ص 287 .

الفرع الأول : المصادر الرسمية للنظام العام

تعرف المصادر الرسمية للنظام العام بالتشريع و العرف وهذا ما نتناوله في نقطتين وهما:

أولا : التشريع

كـــــان مجـــــال النظام العام فـــي ظـــــل المذهب الفردي محدودا جدا ، خاصة وأنه يصطدم بحق يقوم عليه المجتمع الليبرالي ألا و هو الحرية العقدية ، و تولى المشرع حفاضا على هذا الحق تكييف مختلف النصوص القانونية وتحديد ما إذا كانت من النظام العام أم لا فيقضي النص صراحة أنه لا يمكن الإتفاق على ما يخالفه ، كما جاء ذلك في المواد (98 و 107 و 114)[1] ، و يكون عندئذ النص القانوني من النظام العام كلما كانت تمنع أحكامه من مخالفتها ، وفي هذا يقول محمود حسن حسين : " فكل القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام أو الآداب تعتبر قواعد آمرة لا قبل للأفراد بمخالفتها "، ويرى صاحب المقال أن معيار القواعد الآمرة هو النظام العام والآداب ، و فكرة النظام العام يقول عنها عبد الحي حجازي : " فهي معيار للتفرقة بين القواعد الآمرة و القواعد غير الآمرة "[2].

و بالنسبة للأنظمة الثورية تعد القوانين من الوسائل الكفيلة بتحقيق التغيير الجذري للمجتمع ، وهذا ما يبرر تكاثر القوانين الآمرة و تزايدها بإستمرار و من ثم إتساع مجال النظام العام .

وكثير ما يتطلب هذا التغيير الجذري تنظيما دقيقا لمختلف الأنشطة الإقتصادية والإجتماعية ، لذا يقتصر القانون على وضع المبادئ العامة محيلا التفاصيل إلى السلطة التنفيذية التي تعالجها بواسطة تنظيمات مراسيم وقرارات ، و حتى بإستعمال المنشورات و الإتفاقات الجماعية ،وتكونكل هذه النصوص التنظيمية بمختلف أنواعها مصدرا للنظام

[1] – أنظر نص المواد (98 و 107 و 114) من القانون المدني الجزائري .

[2] – علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص 281 .

العام طالما لا يجوز الإتفاق على ما يخالف أحكامها ، ويعد كذلك من النظام العام النص القانوني الذي يسمح بالإتفاق على ما يخالف أحكامه إلا ما كان لصالح الطرف الضعيف، وقد نصت في هذا الشأن المادة (132) من القانون رقم 90-11 المؤرخ في 1990/04/12 المتعلق بعلاقات العمل [1].

تنص المادة (625) من القانون المدني الجزائري المتعلقة بعقد التأمين على أنه :" يكون باطلا كل إتفاق يخالف النصوص الواردة في هذا الفصل إلا أن يكون ذلك لمصلحة المؤمن له أو لمصلحة المستفيد " ، ونشير في الأخير إلى أنالنظام العام الوارد في النصوص القانونية يكون عادة ذا صبغة ثورية عامة ومجردة [2].

ثانيا : العرف

مفهوم النظام العام يهدف لحماية القواعد الأساسية في المجتمع و الأعراف التي إستقر عليها هذا الأخير ، ومن بين القواعد الأساسية في المجتمع قواعد الأخلاق ، ولأنها مقبولة من طرف أغلبية الضمائر ، أصبحت عوامل للنظام والسلم ، و لهذا يستعمل القاضي مفهوم النظام العام إذا كان هناك المساس بالأخلاق يتسم بدرجة من الخطورة مثاله عقدالإنجاب لصالح الغير والذي بمقتضاه تحمل أم جنين بعد أن يتم تخصيبها بواسطة مني زوج المرأة العاقرة ، و النظام العام لا يستند كثيرا على الأخلاق غير أنه لو إستند كليا على الأخلاق لأصبح خطرا يهدد المجتمع ، لكن يجب الإعتراف أن الأخلاق من المفروض أن تكون الأساس الذي يستمد منه القانون ، لأنها هي الوحيدة التي تملك

[1] – المادة (132) من القانون 90-11 تنص على " يكون باطلا وعديم الأثر كل بند في عقد العمل يخالف بإستنقاص حقوقا منحت للعمال بموجب التشريع و الإتفاقات الجماعية " .

[2] – علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص 281 .

قلوب الأفراد وتؤدي إلى تناسق العلاقات الإجتماعية فهي قوة إجتماعية بأتم معنى الكلمة والإعتماد عليها يساعد على إقامة نظام إجتماعي مثالي[1].

الفرع الثاني : المصادر التفسيرية للنظام العام

تعرف المصادر التفسيرية للنظام العام بالفقه والقضاء وهذا ما نتناوله في نقطتين وهما :

أولا : الفقه

يقوم علماء القانون ويسمون بالفقهاء بدور هام جدا في شرح و تفسير نصوص القانون و إستنباط الحلول على ضوئها ، وهو دور يقومون به حين يتصدون لدراسة القوانين في مؤلفاتهم حيث يكشفون عن وجوه القصور و النقص فيها ويقترحون على المشرع وسائل العلاج ، أوحين يتصدون للإفتاء في المسائل القانونية التي تطلب فيها فتواهم كمسألة النظام

العام والآداب العامة ، وتطور مفهوم العقد و عقد الإذعان والشروط 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].

ثانيا : القضاء

قد يغفل المشرع تكييف القاعدة القانونية الواردة في نص ، فلا تتضمن ترخيصا أو معنا من الإتفاق على ما يخالفها ، كما هو الحال بالنسبة للمادة (112) من القانون المدني الجزائري و التي تنص على : " يؤول الشك في مصلحة المدين . غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن " ، لقد إكتفت هذه المادة مثلها مثل المواد (40 و 121 و 124)[3] ، بذكر الحكم القانوني دون

---

[1] – أسيا يسمينة مندي ، المرجع السابق ، ص 15 .

[2] – نفس المرجع ، ص 16 .

[3] – المواد (40 و 121 و 124) من القانون المدني الجزائري .

الإشارة إلى إمكانية أو عدم إمكانية مخالفته ، فيتولى القاضي تكييفها معتمدا في تقديره على الغرض من الحكم ، وإذا تبين له أن الحكم الذي يتضمنه النص يتعلق بمصلحة عامة و أنه من النظام العام و لا يمكن حينئذ مخالفته [1].

إن مفهوم النظام العام هو مفهوم قضائي حيث تمكن الفقاء من إيجاده بواسطة أحكام المحاكم ، فالقاضي هو الذي يراقب مدى إحترام النظام العام ، و دوره لا يتوقف عند تفسير هذا الأخير بل يحلله ويطوره بإضافة عناصر جديدة له [2].

ويجب الإعتراف للقاضي بإعتباره يواجه سلطة التقدير الواقع إذا ما كانت الإحتياجات الإجتماعية غير متعارضة مع ما أراده الأفراد ، لكن لتفادي التعسف يجب ألا يكون القاضي حرا في تصرفه و ميوله و أهوائـــه في تطبيق أو عدم تطبيق النظام العام ، و يجب ألا تكـــون لقاضي نظـــرة شخصية و ذاتية لهـــذا الأخير ، فـــأساس قـــراراته النصـــوص القانونيـــة وإتجاهـــات الرأي العام بمعنى الأخذ بعين الإعتبار الأحداث الإقتصادية و الإجتماعية[3] .

إن قواعد النظام العام وخاصة الآداب العامة لا تقتضي حتما وجود نص قانوني ، فقد يستنتجها القاضي من المبادئ العامة للقانون ، أومن المبادئ الأخلاقية التي يتقيد بها المجتمع ، فإذا كان الإتفاق لا يخالف أي نص قانوني إلا أنه ينتهك حرية من الحريات العامة أو الآداب العامة ، فإنه يكون باطلا لأنه مخالف للنظام العام ويكون الإجتهاد القضائي عندئذ مصدرا ثانيا للنظام العام ، و لكن على خلاف النظام العام التشريعي الذي يتسم بالطابع الثوري فإن النظام العام القضائي كثيرا ما يكون محافظا إذ يهتم بالمبادئ الأساسية فقط [4].

---

[1] – علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص 282 .

[2] – أسيا يسمينة مندي ، المرجع السابق ، ص 16 .

[3] – نفس المرجع، ص 16 .

[4] – علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص 283 .

المطلب الثاني : مجال النظام العام

يمكن تصنيف مجال نظام العام إلى شقين : أحدهما سياسي أو تقليدي و الثاني إقتصادي .

الفرع الأول : النظام العام السياسي

يجسد النظام العام السياسي مجاله التقليدي[1]، الذي يتمحور حول ثلاثة مسائل رئيسية و هي : الدولة و العائلة و الآداب .

أولاً : حماية الدولة

تتولى قواعد النظام العام حماية الدولة من حيث تنظيمها ، و تسير المرافق العمومية . و بعبارة أخرى تعد من النظام العام القوانين التي تنظم الهيئات العمومية و تحدد الروابط بين بعضها البعض من جهة ، و بينها و بين الأفراد من جهة أخرى ، و تتناولها قوانين مختلفة منها على وجه الخصوص القانون الدستوري ، و قانون العقوبات ، و قانون الضرائب وقانون المالية ، و قانون الولاية ، و قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، و قانون الضمان الاجتماعي، و قانون الصحة العمومية ... إلخ .

لقد وضع الدستور بخصوص السلطة القضائية بعض المبادئ العامة التي يقوم عليها تسيير هذا المرفق العام ، ومنها : " إن أساس القضاء مبادئ شرعية و شخصية" ، و أن "يختص القضاء بإصدار الأحكام" .

ولا يفوتنا أن نشير إلى نقطة هامة تناولها دستور 1996 في فصله الرابع من الباب الأول وهي الحريات العامة[2] ، ومنها : حرمة الإنسان المادة (34) ، و حرية العقيدة ، و

---

[1] – محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري ، النظريةالعامة للإلتزامات ، الجزء الأول ، العقد والإرادة المنفردة ، دار الهدى ، الجزائر طبعة 1992 ، 1993 ، ص 80 .

[2] – راجع المواد (34 ، 36 ، 39 ، 40 ، 42 ، 44 ، 50 ، 52 ، 53 ، 56 ، 57) الباب الأول ، الفصل الرابع ، الحريات العامة ، من دستور 1996 الجزائري .

حرية الرأي المادة (36) ، و حرمة حياة المواطن الخاصة و سرية المراسلات المادة (39) ، و حرمة السكن المادة (40) ، وحق إنشاء الجمعيات ذات الطابع السياسي المادة (42), و حق التنقل عبر التراب الوطني و إختيار المواطن المادة (44) ، و حق الإنتخاب و الترشح المادة (50) و الحق في التعليم المادة (53) ، و الحق في العمل المادة (52) ، و الحق النقابي المادة (56) ، و الحق في الإضراب المادة (57) ، و يعد المساس بهذه الحقوق انتهاكاً للنظام العام ، يترتب عليه البطلان المطلق للعقد [1].

كما تهدف الأحكام الواردة في قانون الإدراءات الجزائية و قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلى تحديد إخصاص المحاكم الواردة في قانون الإجراءات الجزائية و قانون الإجراءات المدنية و الإدارية إلى تحديد اختصاص المحاكم ، و كيفية سير العدالة بإعتبارها موقفاً عاماً فلا يمكن الإتفاق على ما يخالفها [2]، كما لا يمكن الإتفاق على ما يخالف قانون العقوبات أو قانون الضمان الإجتماعي أو قانون البلدية ، لأن ذلك يمس بالمصلحة العليا للبلاد [3].

ثانياَ : حماية العائلة

ورد في المادة الثانية من قانون الأسرة الجزائري : (الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمـــــــع وتتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية و صلة القرابة) ، و لقد حظيت العائلة بالنظر لمكانتها و الدور الذي تلعبه في قيام المجتمع الجزائري بحماية خاصة لأحكام الدستور لا سيما مادته 55 : " تحظى الأسرة بحماية الدولة و المجتمع " و

[1] – علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص 284 .

[2] – فراس بقاش ،الوساطة كطريق بديل لحل النزاعات في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد ، مقال ، م م ع، 2012 ، ص69 .

[3] – علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص 285 .

لهذه الحماية شقان: يتعلق الشق الأول بالأحوال الشخصية و يتعلق الشق الثاني ببعض الحقوق المالية [1].

ثالثاَ : الآداب

يتمحور الدفاع عن الآداب حول مسألتين رئيسيتين هما : العلاقات الجنسية الغير المشروعة و الكسب الغير مشروع.

1- العلاقات الجنسية :

تناول المشرع هذه المسألة في قانون العقوبات تحت عنوان " إنتهاك الآداب" [2] و قد أشار في هذا الشكل الأفعال المخلة بالحياء ، و الأفعال الرامية إلى ذلك و منها صنع أو حيازة أو إستراد أو توزيع أو عرض " للجمهور " ، أو بيع و توزيع "... مطبوع أو محرر أو رسم أو إعلان أو صور أو لوحات زيتية أو صور فوتوغرافية أو أصل الصورة أو قالبها أو إنتاج أي شيء مخل بالحياء " ، و يعتبر مخالفاً للآداب العامة كل إتفاق يرمي إلى قيام علاقات جنسية غير مشروعة أو القيام بعمل من الأعمال المذكورة أعلاه ، و يكون عند إذن باطلاً بطلاناً مطلقاً ، و قد أشار المشرع كذلك في القسم السابع من نفس الفصل الى أعمال تحريض القصر على الفسق ، و أفعال الدعارة حيث نصت المادة (346) [3] " يعاقب بالحبس كل من حاز أو سير أو شغل أو مول أو ساهم في تمويل فندق أو منزل مفروش أو فندق عائلي أو محل لتعاطي الخمور أو مطعم أو ناداً أو مرقص أو مكان للعروض أو ملاحقته أو أي مكان مفتوح للجمهور ، أو ستعمله أو أعتاد قبول ممارسة الدعارة من شخص أو أكثر أو السماح لهم بممارستها ، أو قام بالبحث عن عملاء بغرض ممارستها و ذلك بداخل المحل أو في ملحقاته ...".

---

[1] – علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص 286 .

[2] – راجع القسم السادس من الفصل الثاني : " الجنايات و الجنح ضد الأسرة و الأداب العامة " من الباب الثاني " الجنايات و الجنح ضد الأفراد " من قانون العقوبات الجزائري .

[3] – المادة (346) من قانون العقوبات الجزائري .

و تكون حينئذً كل هذه التصرفات باطلاً بطلاناً مطلقا لمخالفتها للآداب .

2- الكسب الغير مشروع :

تعد بعض طرق الكسب مخالفة لحسن الآداب مثل المقامرة و الرهان ، حيث تقضي المادة (612) [1]:" يحضر القمار و الرهان" و لقد أستثنى المشرع الرهان الخاص بالمسابقة و الرهان الرياضي الجزائري ، و يعد كل إتفاق يتم في هذا الإطار باطلاً بطلاناً مطلق ، كونه مخالفاً للآداب ، و يلحق بالكسب غير المشروع اليانصيب و بيوت التسليف و على الرهون إذا خالفت النظام المعمول به ، كما أشارت إلى هذا المادة (165) و ما يليها من عقوبات ، و كذلك التعامل في الأعضاء أو الأنسجة البشرية طبقاً للمادة (161) من قانون رقم 05/85 المؤرخ في 16 فبراير 1985 المتعلق بالصحة العمومية و ترقيتها ، و من الكسب غير المشروع تقاضي أجر مقابل القيام بعمل كان يجب القيام به بدون أجر ، أو تقاضي أجر مقابل الإمتناع عن فعل في حين هذا الإمتناع واجب بدون مقابل ، كإمتناع الفرد عن القيام لجريمة مقابل ثمن [2].

الفرع الثاني : النظام العام الإقتصادي

لم يزدهر النظام العام الإقتصادي إلا بعدما إزداد تدخل دولة في النشاط الإقتصادي والإجتماعي ، يضاف إلى المفهوم التقليدي لهذه الفكرة [3]، وترتب على ذلك بطبيعة الحال أن شهدت حرية التعاقد قيودا عديدة لإجبار الأفراد على إحترام قواعد كثيرة صارت متعلقة بالنظام العام في ثوبه الجديد [4].

---

[1] – المادة (612) من القانون المدني الجزائري .

[2] – علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص 289 .

[3] – عدة عليان، المرجع السابق ، ص 224 .

[4] – نفس المرجع ، ص 224 .

حيث كان الإقتصاد الليبرالي يقوم على حرية السوق هذه تندرج ضمن مبدأ أوسع وأعم ، ألا وهو حرية التعاقد التي قللت من شأن النظام العام الإقتصادي ، لأن المساس بحرية السوق وحرية المنافسة .

ولكن إهتمام الدولة بالإقتصاد أدى إلى تنظيم العلاقات الإقتصادية من إنتاج وتوزيع وتبادل واستهلاك البضائع والمنتوجات ، وكذلك تنظيم العملة وكل مايتعلق بالإقتصاد .ويرمي تدخل الدولة إلى تكريس حرية السوق ، أي تكريس قانون العرض والطلب ، والمنافسة الحرة بالنسبة للبلدان الليبيرالية ، في حين يهدف تدخل الدولة إلى توجيه وتسير الإقتصاد بالنسبة للبلدان التي تتبع الإقتصاد المخطط ، وهذا التصور الجديد لوظيفة الدولة أبرز وجود نظام عام إقتصادي يتميز من حيث المضمون ومن حيث الخصائص [1].

أولا: مضمون النظام الإقتصادي

يحمل النظام العام الإقتصادي الفكرتين اللتين تعكسان العوامل التي تتأرجح بينهما الحياة الإقتصادية و الإجتماعية ، فأحيانا يكون المجتمع في حاجة إلى توجيه وتسير الفرد، فيجبر على المساهمة في غاية إقتصادية أو إجتماعية لا يرغب فيها ، وأحيانا أخرى يكون الفرد في حاجة إلى الحماية من إضطهاد الأقوياء ، فتتوفر له الحماية اللازمة . ويكون هذان الإهتمامان وجهي النظام الإقتصادي الذي يتفرع إلى نظام عام إقتصادي توجيهي أو موجه ونظام عام حمائي أو إجتماعي [2].

1- النظام العام الإقتصادي التوجيهي

يتعلق النظام العام الإقتصادي التوجيهي بكل القواعد القانونية التي تنظم وتدير الإقتصاد الوطني ، فهي القواعد التي تحمي المبادئ الأساسية والمصالح العليا للبلاد في الميدان الإقتصادي والإجتماعي ، فإذا كان النظام العام الإقتصادي يقوم على ىقانون السوق ، فإن النظام العام الإقتصادي التوجيهي يسعى من خلال القوانين المختلفة إلى

[1] – علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص 289 .

[2] – أسيا يسمينة مندي ، المرجع السابق ، ص 9 .

المحافظة على المنافسة الحرة وإستمرارها ، ويتم ذلك بمنع الإحتكار ، وحماية حرية الأسعار...إلخ أما بالنسبة للبلدان التي كانت تعتمد على الإقتصاد المخطط ، فإن النظام العام الإقتصادي التوجيهي يسعى إلى تنظيم وتحضير مخططات التنمية الإقتصادية و التهيئة العمرانية أي تنظيم كل ما له علاقة بالتنمية الإقتصادية و الإجتماعية للدولة [1]، ويتم ذلك عن طريق تنظيم التجارة الخارجية ، والإستثمار الخاص والمتعاملين الإقتصاديين ، والإنتاج والتسويق ، أي كل الميادين التي لها علاقة بالتنمية الإقتصادية والإجتماعية للبلاد .

ولقد أولت الدولة الجزائرية عناية خاصة للميدان الإقتصادي ، فنصت المادة (8) [2]على : " يختار الشعب لنفسه مؤسسات غايتها ما يأتي : ... حماية الإقتصاد الوطني من أي شكل من الأشكال التلاعب أو الإختلاس أو الإستحواذ أو المصادرة غير المشروعة" ، و ورد في المادة 1/19 " تنظيم التجارة الخارجية من إختصاص الدولة " .

ولقد وضع المشرع عدة قوانين لتنظيم الإقتصاد الوطني في مختلف مراحل تطوره ، نذكر منها على سبيل المثال فقط [3]:

- الأمر 68- 653 المؤرخ 1968/12/30 ، المتعلق بالتسيير الذاتي .
- الأمر71-73 المؤرخ في 1971/11/8 المتعلق بالثورة الزراعية .
- الأمر 17-74 المؤرخ في 1971/11/16 المتعلق بالتسيير الاشتراكي للمؤسسات .
- القانون 88 -02 المؤرخ 12 جانفي 1988 المتعلق بالتخطيط .

[1] – أسيا يسمينة مندي ، المرجع السابق ، ص 10 .

[2] – المادة (8) من دستور 1996 الجزائري .

[3] – علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص 293 .

– قانون 01/88 المؤرخ 12 جانفي 1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الإقتصادية ، في إطار عملية التنمية ، الوسيلة المفضلة للإنتاج المواد والخدمات وتراكم رأس المال وتعمل هذه المؤسسة في خدمة الأمة والتنمية وفق الدور والمهام المنوطة لها) .

– قانون 06/88 المؤرخ في 12 جانفي1988 المتعلق بصناديق المساهمة .

– قانون 10/90 المؤرخ في 14 أفريل 1990 المتعلق بالنقد والقرض (ج–ر ، 1990 ، عدد 16، ص 520)

– المرسوم التشريعي رقم 93 /12 المؤرخ في 15 /1993/10 المتعلق بترقية الإستثمارات ج–ر 1993 ، عدد 64 ص 3 .

– الأمر رقم 25/95 المؤرخ في 25ستمبر 1995 يتعلق بتسير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة ، ج–ر 1995 ، عدد 55 .

قانون الجمارك وقوانين المالية ... إلخ .

فالقواعد التي تحكم النظام العام الإقتصادي التوجيهي ملزمة ولا يجوز مخالفتها وهذا طبقا لنص المادة (102) من القانون المدني الجزائري [1].

وتسعى كل هذه القوانين إلى تنظيم المنظومة الإقتصادية من جميع جوانبها فهي من النظام العام الإقتصادي التوجيهي ، وتعد باطلة بطلانا مطلقا العقود التي تخالف هذه الأحكام [2].

2 – النظام العام الإجتماعي :

تهدف أحكام النظام العام الإجتماعي، أو النظام العام الإقتصادي الحمائي إلى حماية بعض الفئات الإجتماعية الضعيفة إقتصادياً وإجتماعياً إذ تحت ضغط هذه الفئات بشتى الطرق تتكفل الدولة بحماية بعض المصالح لفئات محددة للمجتمع منها مصالح العمال , و

[1] – أسيا يسمينة مندي ، المرجع السابق ، ص 10 .

[2] – راجع قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1983/04/16 ، ملف رقم 30072 ، م.ق.عدد 2 ، 1989 ، ص37 .

مستهلكين ... إلخ[1]، والحقيقة أن فكرة حماية الطرف الضعيف ليست وليدة التشريعات الخاصة, بل هناك احكام في القانون المدني تسعى إلى حماية الطرف الضعيف إقتصادياً وإجتماعياً .

ثانيا : خصائص النظام العام الإقتصادي

يتميز النظام العام الإقتصادي عن النظام العام السياسي من حيث كيفية تدخله ، وإلزامية أحكامه ، الجزاء الذي يترتب على مخالفته .

1- كيفية تدخل النظام العام الإقتصادي :

يقول ريبار: " لا تقول الدولة ما يجب الإمتناع عنه فحسب ، بل تقول أيضا ما يجب القيام به" [2]، إنها تملي الواجبات الإيجابية التي يجب تحملها من أجل الحفاظ على المنظومة الإقتصادية من إنتاج ، وتوزيع ، وإستهلاك ...إلخ فإذا كانت أحكام النظام العام التقليدي يفرض زيادة على ذلك واجبات إيجابية ، وسلوكات يجب إتباعها فالمتعاقدان ملزمان بالقيام ببعض الواجبات التي ترتبها أحكام النظام العام ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك، وتتميز هذه القواعد على عكس قواعد النظام العام التقليدي بتطورها السريع وصيغتها التقدمية [3].

2 – إلزامية أحكام النظام العام الإقتصادي :

يمكن تصنيف أحكام النظام العام الإقتصادي من حيث قوتها الإلزامية إلى نوعين [4]:

– أحكام تتعلق بالنظام العام الإقتصادي التوجيهي ، وهي لا تختلف عن أحكام النظام العام السياسي ، بحيث تكون ملزمة ولا يمكن مخالفتها بأي شكل من الأشكال.

---

[1] – علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص 294 .

[2] – أسيا يسمينة مندي ، المرجع السابق ، ص 11 .

[3] – علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص 298 .

[4] – نفس المرجع ، ص 299 .

– أحكام تتعلق عادة بالنظام العام الإجتماعي ، والتي تتضمن بعض الأحكام أو الشروط لحماية المتعاقد الضعيف ، وتكون ملزمة في مواجهة الجميع وخاصة المتعاقدين، مع جواز مخالفتها لصالح الطرف الضعيف ، فهذه الأحكام لا تسمح بإنقاض الحقوق التي تتضمنها ، ولكن يجوز المتعاقدين الزيادة فيها ويمكن للطرف المستفيد من الحماية أن تتنازل عنها بعد إكتساب الحق محل الحماية ، فلا يمكن مثلا للمستأجر أن يتنازل عن حقه في البقاء في الأماكن المؤجرة طبقا للمادة (514) من القانون المدني الجزائري وقت إبرام العقد ، ولكن عندما يكتسب هذا الحق أي بعد إنقضاء عقد الإيجار الأصلي له أن يتنازل عن حقه بكل حرية ، لأن هذا الوضع الجديد يجعله في غنى عن الحماية ، على عكس الوضع الذي كان وقت إبرام العقد .

3– جزاء مخالفة النظام العام الإقتصادي :

يترتب على مخالفة أحكام النظام العام الإقتصادي التوجيهي بطلان العقد بطلان مطلقا كما هو الحال بالنسبة لمخالفة قواعد النظام العام السياسي أما بالنسبة لمخالفة أحكام النظام العام الإجتماعي ، فإن بطلان التصرف القانوني يخدم مصالح المتعاقد القوي ، وبالتالي تنتفي الغاية من وجود أحكام النظام العام الإجتماعي لذلك فإن حماية المتعاقد الضعيف تقتضي إبقاء العقد لابطلانه ، مع إبطال الشرط التعسفي أو إعفاء المتعاقد من تنفيذه ، كما نصت على ذلك المادة (110) من القانون المدني بخصوص عقود الإذعان ، وقد يتمثل االجزاء كذلك في إستبدال الشرط المخالف للنظام العام بحكم القانون ، كما نصت على ذلك المادة (136) من قانون 21 أبريل 1990المتعلق بعلاقات العمل : " يكون باطلا وعديم الأثر كل بند في عقد العمل مخالفا للأحكام التشريعية و التنظيمية المعمول بها وتحل محله أحكام هذا القانون بقوة القانون "[1] .

[1] – علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص 300 .

الفصل الثانـي:

رقابة النظام العام كعقد للحرية التعاقدية

حتى ينعقد العقد لابد من تطابق إرادتين لكن هذا التطابق مجرد لا نـــراه ، فعنـــد التعاقد يريد المتعاقدان شيئا محدد لسبب معين ، والبحث على ما يردانه يوصلنا إلى محل العقد وهو الإلتزام الذي يترتب عليه .

وإذا أخذنا بمبدأ سلطان الإرادة يكون محتوى العقد ثانوي ، فالمتعاقـــدون أحـــرار يبرمون ما يشاءون من العقود ، و يختارون المحتوى الذي يناسبهم وهذا إذا ما إعتبرنا أن كل متعاقد حامي مصالحه الخاصة وبجمع هذه المصالح تتحقق المصلحة العامة .

نرى من ذلك أن النظام العام و الآداب العامة هما الباب الذي تدخل منـــه العوامـــل الاجتماعية و الاقتصادية والخلقية فتؤثر في القانون وروابطـــه وتجعلـــه يتمشـــى مـــع التطورات الإجتماعية و الاقتصادية والخلقية في الجيل والبيئة حيث تم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين :

المبحث الأول : الإتفاقات التي تخالف النظام العام

المبحث الثاني : رقابة النظام العام لمشروعية العقد

المبحث الأول : الإتفاقات التي تخالف النظام العام

حاول بعض الفقهاء حصر النظام العام في دائرة روابط القانون العام ، وهذه نظرة فردية متطرفة يكذبها الواقع ، فإن النظام العام يدخل دون شك في روابط القانون الخاص ولا يقتصر على دائرة القانون العام ، و قد أريد التمييز في روابط القانون الخاص بين روابط الأحوال الشخصية و روابط المعاملات المالية فالأولى تعتبر من النظام العام والأخرى لا تعتبر كذلك ، وهذه أيضا نظرة ضيقة للنظام العام ، فمن روابط المعاملات المالية ما يحقق المصلحة العامة .

المطلب الأول : روابط القانون العام :

القانون العام ينظم روابط الأفراد بالهيئات العامة و روابط الهيئات العامة بعضها البعض ، و هذا التنظيم ينظر فيه إلى المصلحة العامة ، فلا يجوز الأفراد أن يتفقوا على ما يتعارض مع هذه المصلحة تحقيقاً لمصالحهم .

و يشمل القانون العام فيما يشمله : القواعد الدستورية و الحريات العامة ، النظم الإدارية و المالية ، النظام القضائي ، القوانين الجنائية [1].

الفرع الأول : القواعد الدستورية و الحريات العامة

فالقاعدة الدستورية التي تقرر حرية الترشيح وحرية الإنتخابات ، والحرية الشخصية ، و وحرمة النفس ، و حرمة المسكن ، وحرمة العقيدة ، وحرية الرأي ، و حرية الإقامة [2] ، تعتبر من النظام العام ، و لا يجوز

[1] – عبدالرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الإلتزام بوجه عام ، مؤسسة الأمل ، الجزء الأول ، 2008 ، ص 335 .

[2] – سمير تناغو ، النظرية العامة للقانون ، توزيع منشأة المعارف جلال حزى وشركاه ، كلية الحقوق ، جامعة الإسكندرية ، مصر ، بدون ذكر سنة نشر ، ص 102 .

لمرشح على إعطائه صوته ، و كل إتفاق من هذا القبيل باطل لمخالفته النظام العام، كذلك النائب في هيئة تشريعية حر في تكوين رأيه في المسائل التي تعرض على الهيئة التي تنتمي إليها، فلا يجوز أن يقيد نفسه بإتفاق على أن يجعل صوته لرأي معين، كما لا يجوز له النزول عن عضويته .

والحريات العامة التي قررها الدستور الجزائري هي أيضاً من النظام العام[1]، وذلك كالحرية الشخصية، وما يتفرغ عنها حرية الإقامة، وحرية الزواج، وحرمة النفس والحرمة الأدبية، وحرية الدين والإعتقاد، وحرية العمل والتجارة،فلا يوجد لأحد النزول عن حريته الشخصية أنظر المادة (49) من القانون المدني المصري الجديد ولا يجوز لأحد أن يتعهد بخدمة أخر طول حياته أو طول حياة المخدوم، فإذا كان عقد العمل لمدة حياة العامل أو رب العمل أو لأكثر خمس سنوات، جاز للعامل بعد قضاء خمس سنوات أن يفسخ العقد دون تعوىض على أن ينظر رب العمل إلى ستة أشهر انظر الفقرة الثانية من المادة (78) من القانون المدني المصري الجديد وتنص المادة (50) من دستور سنة 1971 على أنه لا يجوز أن تحظر على أي مواطن الإقامة في جهة معينة ولا أن يلزم بالإقامة في مكان معين إلا في الأحوال المبينة في القانون ، وتنص المادة (51) من الدستور بأنه لا يجوز أي مواطن عن البلاد أو منعه من العودة إليها ، وكانت المادة السابعة من الدستور المصري السابق الذكر تنص على أنه " لا يجوز إبعاد مصري من الديار المصرية ولا يجوز أن يحظر على مصري الإقامة في جهة ما ولا أن يلزم الإقامة في مكان معين إلا في الأحوال المبينة في القانون "، وحرية الزواج من النظام العام ، فإذا تعهد شخص ألا يتزوج مطلقا ، كان هذا

[1] – راجع دستور 1996 الجزائري ، الباب الأول ، الفصل الرابع ، الحقوق و الحريات، المواد(من 32 إلى غاية73) .

التعهد في الأصل باطلا ، كما إذا تعهدت امرأة لخليلها السابق الا تتزوج اصلا ، ومع ذلك قد يكون العهد صحيحا إذا وجد سبب مشروع يبرره [1]، كما إذا تعهدت زوجة لزوجها الا تتزوج بعد ترملها وكان لها من زوجها أولاد يريد الزوج أن يكفل لهم رعاية أمهم بعد موته ، وإذا كان التعهد صحيحا ، فلا يكون جزاء الإخلال به بطلان الزواج ، بل يدفع المتعهد تعويضا عن إخلال بالتزامه ، ويغلب أن يكون الجزاء هو حرمان المتعهد من الهبة أو الوصية التي أعطيت له أو من المعاش الذي رتب له ، وإذا تعهد شخص بأن يتزوج من شخص معين، فهو غير مقيد بتعهد ويجوز له العدول عن هذه الخطبة ، أو عن هذا التعهد ، ولا يكون مسئولا بمقتضى العقد وإن جاز أن يلتزم بالعمل غير المشروع لفسخه الخطبة في وقت غير لائق ، أو لارتكابه خطاء وللنفس حرمة لا يجوز انتهاكها باتفاقات تتعارض مع سلامتها ، فيكون باطلا كل اتفاق يتعهد بمقتضاه شخص أن يعرض سلامته لخطر لا توجيه الضرورة ، كالاتفاق على المبارزة او الملاكمة او المصارعة ، وإن كان هناك ميل في الوقت الحاضر إلى إباحة التعاقد في الألعاب الرياضية حتى لو كانت عنيفة كالملاكمة والمصارعة الانتشار هذه الألعاب ورضاء الرأي العام عنها ، وكحرمة النفس الحرمية الأدبية لا يجوز انتهاكها ، فلا يصح أن يتنازل مؤلفه[2].

ويقع باطلا على إقتطاع جزء من جسم الشخص أو عضو من أعضائه ، و يقع باطلا أيضا الإتفاق على تغيير عقيدة الشخص أو الإتفاق على عدم تغييرها [3].

ويكون باطلا كل إتفاق يقيد من حرية الشخص في إعتناق الدين الذي يختاره ، وكل اتفاق يفيد الشخص بعقيدة معينة أو بمذهب معين من مذاهب التفكير ، ولكل شخص الحق

[1] – عبدالرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 336 .

[2] – نفس المرجع ، ص 337 .

[3] – سمير تناغو ، المرجع السابق ، ص 103 .

في أن يجتمع مع غيره في هيئة أو جماعة ، وأن ينتمي إلى ما يشاء من الجمعيات مادام الغرض الذي تألفت من أجله هذه الجمعيات مشروعة ، وأكثر ما يطبق هذا المبدأ في حالة نقابات العمال ، فلكل عامل الحق في الإنضمام إلى النقابة التي يختارها ، وهو حر كذلك في أن ينضم إلى نقابة ما ، على أنه قضى بصحة اتفاق تعهد صاحب العمل بمقتضاه ألا يستخدم من العمال إلا من كان منضما إلى نقابة ، فتقيدت بذلك حرية العامل على نحو ما في أن يبقى بعيداً عن النقابات.

قواعد القانون قانون الخدمة العسكرية تتعلق بالنظام العام وبالتالي لايجوز الإتفـــاق على أن يؤدي الخدمة العسكرية شاب أخر بدلا من الذي تجب عليه الخدمة[1] .

ولكل شخص الحرية الكاملة في إختيار العمل الذي يتخذه حرفة له وفي القيام بمـــا يشاء من أنواع التجارة ، ولا يجوز أن يجرم شخص من هذه الحرية ولو رضـــي بهـــذا الحرمان ، وأكثر ما تردد القيود الاتفاقية على حرية التجارة والعمل في عقود بيع المتاجر وفي عقود العمل ، فإذا باع المتجر متجره ، فهو ملزم بضمان تعرضه الشخصي مقتضى عقد البيع ذاته ، ولا يجوزه بناء على ذلك أن يدير متجر آخر ينتزع به عمـــلاء المتجـــر القديم ، وإلا كان متعرضاً المشتري و وجب الضمان ، ولكن المشتري لا يكتفي عادة بهذا الضمان الذي يقرره القانون بل يتشرط في عقد البيع أن يكف البائع عن العمل في هـــذا النوع من التجارة ، كذلك كثيراً ما يشترط صاحب العمل على من يستخدمه في عمله ، ألا يلتحق بعمل مماثل إذا إنقطع عن عمله الأول فيأمن بذلك على أســـرار الصـــنعة أو يستغلها العامل في منافسته ، بعد أن يكون قد ألم بها عنده بالا يعمل في تجارة معينة أو يلتحق بعمل معين ، فقد قيد بذلك من حريته في التجارة والعمل وقد يكون هذا القيد مخالفاً

[1] – سمير تناغو ، المرجع السابق ، ص 103 .

للنظام العام كان القضاء في فرنسا و مصر يبطل القيد بمخالفته للنظام العام إذا كان مطلقا غير محدود لا بزمان ولا بمكان[1] .

أما إذا قيد زمان ، كان يتعهد الشخص بان يمتنع عن العمل أو التجارة مدة معينة ، أو بمكان ، كأن يلتزم المتعهد بالامتناع عن العمل أو التجارة في مكان معين ، كان التعهد صحيحاً بدا ميل من جانب القضاء إلى العدول عن هذه القواعد الجامدة وإستبدال معيار مرن بها ، فلا يكون المدار في الصحة والبطلان أن يتقيد التعهد بزمان أو مكان أو لا يتقيد ، بل المهم أن يكون التعهد معقولا لا تعسف فيه و لا يكون هناك تعسف إذا كان التعهد لازما لحماية الدائن من منافسة المدين غير المشروعة حتى لو كان هدا التعهد مطلقا من كل قيد في الزمان أو في المكان ، و يكون التعهد باطلا إذا مازاد عن الحد اللازم الحماية المشروعة حتى لو كان مقيدا في الزمان و في المكان ، فالعبرة إذن بمعقولية التعهد لا بتقييده ، و قد جاء القانون المدني المصري الجديد مؤيدا هذا المعيار المرن ،فإشترط لصحة القيد أن يكون مقصورا من حيث الزمان و المكان و نوع العمل على القدر الضروري لحماية مصالح رب العمل المشروعة المادة (686) من القانون المصري الجديد ، وإذا إتفق على شرط جزائي في حالة الإخلال بالإمتناع عن المنافسة وكان في الشرط مبالغة تجعله و سيلة لإجبار العامل على البقاء في خدمة رب العمل مدة أطول من المدة المتفق عليها كان هذا الشرط باطلا وينسحب بطلانه أيضا إلى شرط عدم المنافسة في جملته المادة (687) من القانون المصري الجديد [2].

[1] – عبدالرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 337 .

[2] – نفس المرجع ، ص 338 .

الفرع الثاني : النظم الإدارية والمالية :

كذلك النظم الإدارية تحقق مصلحة عامة فهي إذن من النظـــام العـــام ، ولا يجـــوز للأفراد ، بإتفاقات خاصة ، أن يعارضوا تحقيق هذه المصلحة ، فلا يجوز للموظف العام أن يتنازل على وظيفته للغير مقابل مبلغ من النقود أو بـــدون مقابـــل [1] ، فيحـــرم علـــى الموظف أن يبيع وظيفته أو أن ينزل عنها لآخر ، على أن الوظيفة ذاتها شيء لا يجـــوز التعامل فيه فلا يصح أن يكون محلاً التصرف ما ، كذلك لا يجوز للموظـــف أن يتعهـــد الشخص آخر بأن يستقيل من وظيفته سواء رمى من وراء هذه الإستقالة إلى تحقيق رغبة لدى هذا الشخص ، أو قصد منها أن يترك له وظيفته خالية حتى يتمكن مـــن الحصـــول عليها ، وكل عقد يرمي إلى جعل الموظف يستفيد من وراء وظيفته ، كان يتعاقـــد علـــى شيء متصل بأعمال الوظيفة فيجني من وراء ذلك ربحاً ، يكون عقد باطلا لمخالفته للنظام العام ، وليس الأمر مقصوراً على الموظف ، فكل وسيط يبذل وساطته في نظير مقابـــل يحصل عليه للوصول إلى نتيجة تحتم النزاهة في الإدارة أن يكون الوصـــول إليهـــا دون مقابل أو وساطة إنما يقوم بعمل غير مشروع ، ويكون تعاقده باطلاً فإتفاق الوسيط مـــع شخص على جعل يأخذه الوسيط إذا مكن هذا الشخص من الحصول علـــى وظيفـــة ، أو على رتبة أو على وسام أو على إمتياز من الحكومة أو المقاولة يرسو العطاء عليه فيها، أو نحو ذلك يكون إتفاقا باطلاً لمخالفته النظام العام و المحاماة ما ينظم تنظيماً إدارياً، ولا يجوز لمن يمارسها أن يخلط بينها وبين أعمال التجارة [2].

وإذا فرض قانون ضريبة وجب دفعها دون زيادة أو نقـــص ، فـــإذا إتفـــق البـــائع والمشتري على ذكر ثمن في عقد البيع أقل من الثمن الحقيقي حتى تؤخذ رسوم التســـجيل على الثمن الذكور في العقد ففي مثل هذه الحالة تكون العبرة بالثمن الحقيقـــي لا بـــالثمن

[1] – سمير تناغو ، المرجع السابق ، ص 103 .

[2] – عبدالرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 339 .

الصوري المكتوب ، ولا يجوز كذلك الإتفاق على جعل الملزم بدفع الضريبة شخصاً آخر غير الذي عينه القانون ، لكن يجوز أن يتفق المؤجر و المستأجر على أن يقوم الثاني بدفع الضريبة المفروضة على العين المؤجرة بشرط أن يدخل ذلك في حساب الأجرة ، ولا يمنع هذا الإتفاق من أن يبقى المؤجر إذا كان هو مالك العين ملزماً بأداء الضريبة لخزينة الدولة ، قواعد القانون المالي تتعلق بالنظام العام ، فمثلا لا يجوز الإتفاق على التهرب من الضريبة [1].

وقد رأينا فيما تقدم أن القوانين التي تنظم النقد والعملية تعتبر من النظام العام ، وأن شرط الدفع بالذهب باطل في المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية على السواء.

الفرع الثالث : النظام القضائي و القوانين الجنائية

نظم التقاضي تحقق في مجموعها مصلحة عامة ، وكثير من هذه النظم لا تجوز معارضته بإتفاقات فردية ، فتحديد إختصاص المحاكم فيما عدا الإختصاص المحلي يعتبر من النظام العام و لا يجوز للخصوم أن يتفقوا على إختصاص محكمة تكون غير مختصة بالنسبة إلى ولايتها أو بالنسبة إلى إختصاصها النوعي ، فيرفعوا قضية من إختصاص المحاكم الإدارية إلى محكمة من المحاكم المدنية أو قضية من إختصاص المحاكم الإبتدائية إلى محكمة جزئية ، وقد كان قانون المرافعات المصري القديم لا يعتبر مسائل الإختصاص النوعي من النظام العام[2] .

من قواعد القانون القضائي تعتبر في مجموعها متعلقة بالنظام العام فلا يجوز الإتفاق على مخالفة الإختصاص الولائي كاللإتفاق على رفع الدعوى أمام مجلس الدولة بينما المحاكم العادية هي المختصة بها، و لا يجوز الإتفاق على مخالفة قواعد الإختصاص

[1] – سمير تناغو ، المرجع السابق ، ص 103 .

[2] – عبدالرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 340 .

النوعي كالإتفاق على رفع الدعوى أمام المحكمة الجزئية بينما المحكمة المختصة بنظرها هي المحكمة الإبتدائية [1].

وقابلية الحكم للطعن فيه بطريق المعاوضة أو الاستئناف أو النقض أو التماس إعادة النظر أو نحو ذلك قد تعتبر من النظام العام ، فلا يجوز للخصوم أن يتفقوا على أن المعارضة جائزة في حكم حضوري ، أو أن الاستئناف جائز في حكم لا يقبله ، ولكن يجوز الاتفاق على أن الحكم الذي يصدر من محكمة أول درجة لا يستأنف ولا يعارض فيه حتى لو كان قابلا للإستئناف أو للمعارضة ، و لا تجوز مخالفة القوانين الجنائية باتفاقات خاصة ، لأن هذه القوانين تعتبر من النظام العام فيعد بطلاً الاتفاق على ارتكاب جريمة او الاتفاق على عدم ارتكاب جريمة لقاء مبلغ من المال ، ويعد باطلاً أيضا الاتفاق الذي يلتزم بمقتضاه شخص بأن يتحمل عن آخر ما قد عسى أن يتعرض له من مسئولية جنائية ، والاتفاق التي يلتزم بمقتضاه شخص بأن يدفع الغرامات التي يحكم بها جنائياً على شخص آخر ، ولا يجوز بمقتضى اتفاق خاص أن تخلق جريمة ليست موجودة في القانون ، كأن يتفق الدائن والمدين على اعتبار عدم وفاء المدين بدينه فالتبديد ، فالتبديد لا يكون إلا في عقود معينة مبينة على سبيل الحصر.

ومن بين قواعد القانون الجنائي المتعلقة بالنظام العام ، يقع باطلا الإتفاق على إرتكاب جريمة سرقة أو نصب أو خيانة الأمانة أو التعهد بعدم الإبلاغ عن جريمة ، أو الإتفاق على دفع مبلغ من النقود كفدية عن جريمة قتل أرتكبت مقابل عدم رفع الدعوى العمومية ضد قاتل [2].

[1] – سمير تناغو ، المرجع السابق ، ص 103 .

[2] – نفس المرجع ، ص 103 .

المطلب الثاني : روابط القانون الخاص

هذه الروابط إما أن تكون متعلقة بالأحوال الشخصية ، أو داخلة في دائرة المعاملات المالية و هذا ما سوف نتطرق إليه في فرعين.

الفرع الأول : 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 ، كأن يتفق شخص مع آخر على تعديل جنسيته أو تغيير اسمه أو التنازل عن بنوته لأبيه أو الصلح على شيء ذلك [1]، بل إن القانون المدني المصري الجديد حمى بنصوص صريحة الحقوق الملازمة للشخصية من أن يعتدي عليها ، فنصت المادة (50) 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 (51) على أنه : " الكل من نازعه الغير في إستعمال إسمه 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 اسماً تجارياً فإنه يكون مالاً 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 48 من القانون المدني الجديد على أنه : "ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل في أحكامها " وكالأهلية الولاية ، فلا يجوز للولي أو الوصي أو القيم أن يزيد او ينقص من حدود ولايته [2].

[1] – عبدالرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 340 .

[2] – نفس المرجع ، ص 341 .

وعلاقة الشخص بأسرته وما له من حقوق وما عليه من واجبات كل هذا يعتبر من النظام العام إذا لم يكن حقوقً 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 ، يعتبر حق الزوج المسلم في الزواج بأكثر من واحدة و حقه في طلاق زوجته و الإنفاق عليها من النظام العام [1] ، 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 كأن تكون الأولاد على دين الأم مثلا ، والنفقات بمختلف أنواعها، من نفقة الزوجة ونفقة الصغير والنفقة ما بين الأصول والفروع والنفقة ما بين ذوي 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[2].

وأحكام الميراث أيضا تتعلق بالنظام العام فلا يجوز التعديل في الأنصبة أو التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطلا و لو كان برضاه [3].

الفرع الثاني : المعاملات المالية

ومن روابط المعاملات المالية ما يحقق مصلحة عامة فيعتبر من النظام العام ، من ذلك الأسس التي يقوم عليها النظام الاقتصادي في البلاد ،

[1] – سمير تناغو ، المرجع السابق ، ص 104 .

[2] – عبدالرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 342 .

[3] – سمير تناغو ، المرجع السابق ، ص 104 .

فهي تارة تفسح ذلك أيضا المجال للنشاط الفردي ، وطوراً تحد من هذا النشـــاط لحمايـــة الجانب الضعيف ، ومن الأحكام التي تكفل حماية الغير حسن النية [1].

فمن الأسس التي تفسح المجال للنشاط الفردي وتكفل تداول المال وإستثماره علـــى خير وجه أن حق الملكية لا يجوز أن يقيد المالك في إستعماله بغل يده عن التصرف فيه ، وشرط عدم التصرف باطل ما لم يكن مبنياً على باعث مشروع و مقصوراً علـــى مـــدة معقولة المادة (832) من القانون المدني المصري الجديد ولا يجوز أن يتقيـــد المالـــك بالبقاء في الشيوع لمدة تزيد على خمس سنوات المـــادة (834) مـــن القـــانون المـــدني المصري الجديد لأن الشيوع بعيد عن أن يكون خير الوجوه لإستثمار الملكية ومن الأسس التي تكفل حماية الجانب الضعيف ما قرره القانون في صدد عقود الإذعان مـــن جـــواز تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها ، ويقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك المـــادة (144) من القانون المدني الجديد ، وما قرره من إبطال العقد أو إنقاص الإلتزامات فـــي حالة الاستغلال المادة (129) من القانون المدني المصري الجديد ، وما قرره من إنقاص الإلتزام المرهق في حالة الحوادث الطارئة المادة (147) من القانون المدني المصـــري الجديد ، وما قرره من جواز تخفيض الشرط الجزائي المادة (224) من القانون المـــدني المصري الجديد ، وما قرره من عدم جواز الاتفاق على سعر للفائدة أعلى مـــن الســـعر الذي يسمح به القانون المادة (227) من القانون المدني المصري الجديد .

ومن الأحكام التي تحمي الغير حسن النية القواعد التي رسمها القانون الشهر الحقوق العينية فيكون باطلا إتفاق البائع مع المشتري ، على أن تعتبر الحقوق العينية المترتبـــة على العين المبيعة سارية في حق المشتري ولو لم تشهر هذه الحقوق على الوجـــه الـــذي يتطلبه القانون ، كذلك لا يتقيد الدائن بإتفاقه مع المدين على تنازله مقدماً عن الطعن فـــي تصرفاته مدىنه بالصورية أو بالدعوى البوليصية ، ولا يجوز لشخص أن يشترط عـــدم

[1] – عبدالرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 342 .

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 يجوز الإعفاء من المسئولية العقدية إذا كانت مبنية على غش أو على خطأ جسيم [1].

المبحث الثاني : رقابة النظام العام لمشروعية العقد

إذا ما أردنا الحفاظ على المصلحة العامة يجب أن تخضع الحرية التعاقدية لقيود وحدود، ويكون العقد صحيحا إلا إذا كان محتواه مطابقا للمشروعية معناه لا يخالف النظام العام و الآداب العامة ، وعندما يشترط المشرع في المحل شرط التحديد وفي السبب شرط الوجود يراد من وراء ذلك حماية مصلحة المتعاقدين ، إما بإشتراط محل وسبب لا يخالفان النظام العام والآداب العامة يريد الدفاع على المصلحة العامة، لأن المحل و السبب أصبحا وسيلتان تستعملان للتأكد إذا ما كان العقد يخدم المصلحة الخاصة للمتعاقدين و يخدم المصلحة العامة في نفس الوقت [2].

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

إن النظر في مشروعية محل الإلتزام بعمل أو بعدم فعل شيء ما يتم على ضوء مقتضيات النظام العام و حسن الآداب العامة ، ويجب أن كون محل الإلتزام بعمل أو بعدم فعل شيء ما مشروعا فلا يخالف قواعد النظام العام و حسن الآداب ، و بالنسبة لهذه النقطة بالذات قد يكون التصرف قانوني باطلا أيضا لعدم مشروعية السبب و الذي هو ركن متميز عن المحل ، وتقدر مشروعية السبب هي أيضا في ضوء قواعد النظام العام وحسن الأداب التي عرفت تطور كبيرا من حيث مجالات تطبيقها و كيفيات تداخلها [3].

---

[1] – عبدالرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 342 .

[2] – أسيا يسمينة مندي ، المرجع السابق ، ص 119 .

[3] – علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص 256 .

حاليا أصبح محل الإلتزام وسيلة فعالة لمراقبة إذا ما إحترم التصرف القانوني النظام العام أم لا و يعتبر ركن ضروري لقيام العقد و نصت عليه المواد من (92 إلى 98) من القانون المدني الجزائري و سوف نتعرض فيما يلي :

الفرع الأول : شروط المحل المحققة للمصلحة الخاصة

تنص المادة (92) من القانون المدني الجزائري " يجوز أن يكون محل الإلتزام مستقبلا ومحققاً أن التعامل في تركة إنسان على قد الحياة باطل و لو كان برضاه إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون " ، لقد أشارت الفقرة الأول من هذه المادة على محل الإلتزام ، أي ما يتعهد به المدين ، بينما أشارت الفقرة الثانية إلى العملية القانونية، وهي التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة وهذا ما يسمى بمحل العقد [1].

و تنص المادة (94) من القانون المدني الجزائري : " إذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته وجب أن يكون معينا بنوعه و مقداره و إلا كان العقد باطلا" ، و نستنتج من هذين النصين شروط المحل التالية و التي تخدم مصلحة المتعاقد الخاصة و هي [2]:

1- أن يكون محل الالتزام موجودا عند إبرام العقد أو قابلا للوجود في المستقبل ليقوم العقد ويبطل هذا الأخير بطلاناً مطلقا إذا إنعدم المحل أو إذا كان الشيء أو الحق لم يوجد أبداً أو هلك قبل إبرام العقد ، حيث لا يمكن بيع شيء هالك أو غير صالح للإستعمال أو التنازل عن حق دائنية تم إنقضاءه قبل إبرام العقد بالمقاصة أو التقادم ، و لا يمكن التنازل عن براءة إختراع غير المسموح إستعمالها في المجال الصناعي أو التنازل عن حق إيجار تم فسخه أو التنازل عن حق غير مملوك .

ولما نكون بصدد عقد ملزم للجانبين إن إنعدام المحل يؤدي لإنعدام الإلتزام المقابل وبالتالي لإنعدام السبب ، كما يجب أن يكون عدم الوجود كلي و إلا يبقى للإلتزام محل،

[1] – علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص 235 .

[2] – أسيا يسمينة مندي ، المرجع السابق ، ص 120 .

ولهذا قرر المشرع الجزائري في المادة (370) من القانون المدني أنه : " إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه جاز للمشتري إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيما بحيث لو طرأ قبل العقد لما أتم البيع و إما أن يبقى البيع مع إنقاص الثمن "، والغبن ما هو إلا جزاء يوقع في حالة عدم التعادل الموضوعي بين التزامات الأطراف المتعاقدة أي في حالة نقص المحل .

وإذا لم يكن المحل موجودا عند التعاقد و لكن يمكن أن يوجد في المستقبل كان العقد صحيحا ، لأن التعامل في الأشياء المستقبلية الممكنة الوجود جائز حسب القانون المدني الجزائري ، و غير جائز في الرأي السائد في الشريعة الإسلامية ، و قد نصت على ذلك المادة (1/91) من القانون المدني الجزائري السالفة الذكر 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 إستحالة مطلقة [1].

ولم يستثني القانون المدني الجزائري من المعاملات المستقبلية إلا التعامل في تركة إنسان مازال على قيد الحياة ولو برضاه ، كما جاء في الفقرة الثانية من المادة (92) وهكذا حرم القانون التعامل في تركة شخص مازال حيا ولو كان التعامل برضاه وجعله باطلا بطلانا مطلقا لأنه يحمل معنى المضاربة على موت المورث ، والمضاربة على حياة إنسان منافية للآداب [2]، وهذه القاعدة ترجع في أصلها الأول إلى القانون الروماني،

[1]– أسيا يسمينة مندي ، المرجع السابق ، ص 121 .

[2] – علي علي سليمان ، النظرية العامة للإلتزام ، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، الطبعة السادسة ، 2005 ، ص 70 .

فقد كان هذا القانون يعد التعامل في التركات المستقبلة مخالفا للآداب لأن من يتعامل في تركة شخص لا يزال حيا إنما يضارب على موت ، و يعده كذلك مخالفا للنظام العام [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 ميراثه لم يؤول إليه بعد ، وقد أجاز القانون التصرف في تركة الشخص و هو حي كما في حالة الوصية بشرط ألا تتجاوز ثلث التركة.

معنى المحل موجود أو ممكن : إذا كان الإلتزام محله نقل حق عيني فالشيء الذي تعلق به هذا الحق يجب أن يكون موجودا و المعنى المقصود من الوجود هو أن يكون الشيء موجودا وقت نشوء الإلتزام أو أن يكون ممكن الوجود بعد ذلك [2] ، إمكانية وجود المحل إذا كان المحل مستحيلا إستحالة مطلقة كان ركن المحل منعدما و العقد باطل بطلانا مطلقا لأنه لا إلتزام بمستحيل ، و إذا كان يستحيل على المدين القيام بالإلتزام إستحالة نسبية فهذه الأخيرة لا تمنع من قيام الإلتزام معناه لا يكون باطلا والإستحالة النسبية متعلقة بقدرات المدين ، فهي تستحيل على المدين و لا تستحيل على غيره مثل بيع ملك الغير[3].

2- أن يكون محل الالتزام سعينا أو قابلا للتعيين [4]:

يجب أن يكون محل الالتزام معينا أو قابلا للتعيين ، فإذا لم يكن المحل معينا فيكفي أن يشتمل العقد على العناصر اللازمة للنهوض بهذا التعيين فالعقد لا ينعقد إذا لم يعرف

[1] – عبدالرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 352 .
[2] – نفس المرجع ، ص 312 .
[3] – أسيا يسمينة مندي ، المرجع السابق ، ص 121 .
[4] – نفس المرجع ، ص 122 .

المدين محل إلتزامه أو إذا لم تكن لديه الوسائل لمعرفة هذا التعيين ، و هذا الشرط يخص كل العقود .

مثلا إذا كان مستحيل تقسيم المال الشائع إلى حصص ، فالقسمة باطلة بطلانا مطلقا و يستحيل على الأطراف تنفيذ التزاماتهم و مهما يكن ، سواء أكان المحل غير موجود ، أو مستحيل الوجود أو غير معين ، فالجزاء الموقع هو البطلان المطلق ما عدا في حالة بيع ملك الغير ، و هذا الإتجاه سار عليه القضاء الفرنسي و بعض الفقهاء و تم إنتقاده لكونه يستند على فكرة قديمة للبطلان و لا يأخذ بعين الإعتبار المصالح التي يتم حمايتها . فالبطلان المطلق يوقع في حالة مخالفة العقد للمصالح العامة فيكون العقد باطلا بطلانا مطلقا إذا إستوفى كل أركانه وتخلف شرط المشروعية ، أما البطلان النسبي يكون العقد قابلا للإبطال أي باطلا بطلانا نسبيا ، إذا كان رضاء المتعاقدين مشوبا بعيب من عيوب الرضاء ففي هذه الحالة ينعقد العقد صحيحا ما لم يطعن في صحته المتعاقد الذي كان رضاه معيبا [1]، الغرض منه حماية المتعاقد الدائن و تحقيق مصلحته الخاصة .

الفرع الثاني: المحل المخالف للنظام العام و الآداب العامة

يجب أن يكون محل الالتزام غير مخالف للنظام العام أو الآداب العامة و إلا يكون العقد باطلاً بطلانا مطلقا و هذا ما نصت عليه المادة 93 من القانون المدني الجزائري بقولها : "إذا كان محل الإلتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلاناً مطلقا " ، و إلى فكرة النظام العام أودع المجتمع المتطور مهام حماية مصالحة الأساسية و حتي نكون بصدد محل غير مشروع يجب أن يكون محل العمل أو

[1] – علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص 332 .

العقد في ذاته مخالف للناظم العام ، فالإلتزام بدفع مبلغ من النقود لا يمكن إبطاله لكون محله مشروع و يبطل إذا كان مخالفا للنظام العام [1].

والنظام 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 مطلقاً .

وسوف نتطرق فيما يلي للمحل الممنوع بموجب النظام العام بمفهومه التوجيهي أو السياسي ثم إلى المحل الممنوع لكونه مخالف للآداب العامة فيما يلي :

أولا : المحل الممنوع بموجب النظام العام بمفهومه التوجيهي :

1- الأشياء غير قابلة للتعامل فيها : تكون الأشياء غير قابلة للتعامل فيه فلا يصلح أن يكون محلا للإلتزام ، إذا كانت طبيعته أو الغرض الذي خصص له يأبى ذلك أو إذا كان التعامل فيه غير مشروع ، فالشيء لا يكون قابلا للتعامل فيه بطبيعته إذا كان يصلح أن يكون محلا للتعاقد كالشمس و الهواء و البحر و يرجع عدم القابلية للتعامل إلى إستحالة [2].

فلا تصلح أن تكون محلا للالتزام، وقائمة الأشياء الخارجة عن نطاق التعامل غير محدودة ، كما أن بعض هذه الأشياء قد تدخل في التعامل بشروط ، فتدخل في نطاق التعامل إذا كانت ممكنة أو محققة الوجود و معينة ما عدا تركة إنسان على قيد الحياة و لو برضاه حسب المادة (2/92) من القانون المدني الجزائري ، و تقليديا 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 [3].

[1] – أسيا يسمينة مندي ، المرجع السابق ، ص 123 .

[2] – عبدالرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 331 .

[3] – أسيا يسمينة مندي ، المرجع السابق ، ص 124 .

كما قد يكون الشيء غير قابل للتعامل فيه نظرا للغرض الذي خصص له مثل الملك العام. ولا يجوز التنازل عن السيادة و التمثيل السياسي و الوظيفة العمومية ، كما لا يمكن أن تكون واجبات ممثلي العمال و أعوان القضاة محل إتفاق .

2- الإتفاق الذي يكون محله مخالف للقانون العام : فالإتفاق الذي يكون محله مخالفة القانون الجبائي باطل بطلاناً مطلقا ، و كذلك الحال بالنسبة للإتفاق على ارتكاب جريمة أو الإتفاق على عدم ارتكابها مقابل مبلغ من المال ، و يعد باطلا أيضا الإتفاق الذي يلتزم بمقتضاه شخص بأن يتحمل عن آخر ما قد عسى أن يتعرض له من مسؤولية جنائية ولا يجوز الاتفاق على خلق جريمة بما لا ينص عليها القانون .

3- حقوق الشخصية و الأحوال الشخصية : و التي تؤدي لبطلان التصرف بطلانا مطلقا في حالة مخالفتها ، فالحقوق الشخصية هي الاتفاق الذي بمقتضاه يتنازل فيه الشخص عن أحد أعضاء الجسم يكون صحيحا ، أما الاتفاق الذي يحد من حريات الفرد يكون باطلا نظرا لعدم مشروعية محله ، و كذلك العقد المؤبد يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً ، و خاصية التأبيد هي التي تضفي البطلان على الإتفاق [1].

وقانون الأحوال الشخصية لا يمكن أن يتنازل شخص عن حق لصيق بحالته ، مثلا التنازل عن الحق في البحث عن نسبه أو تعديل جنسيته أو تغيير إسمه [2]، و قواعد الأهلية من النظام العام فلا يستطيع شخص أن يتنازل عن أهليته أو يزيد فيها أو ينقص منها بإتفاق خاص ، و كالأهلية الولاية فلا يجوز للولي أو الوصي أو القيم أن يزيد أو ينقص من حدود ولايته .

[1] – أسيا يسمينة مندي ، المرجع السابق ، ص 125 .

[2] – عبدالرزاق أجمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 340.

ثانياً : 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 وهو 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 الأداب التي تمليها النظرية المثالية ؟ 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 و غير مناسب. و سوف نتعرض فيما يلي لأهم الآداب إذا ما خالفها محل الالتزام كان العقد باطلا بطلاناً مطلقاً [1].

1 – أداب الجنس : المساس بآداب الجنس قد نجده في الحالات التالية :

أ – الارتباط الجنسي :

وسوف نتكلم هنا عن التسرر أو المعاشرة غير الشرعية ، عن الدعارة و عن اللواطة، التسرر أو المعاشرة غير الشرعية كل الدول المعتنقة للديانة الإسلامية تدين المعاشرة غير الشرعية مثل الجزائر للحفاظ على نظام الزواج و حمايته ، لأنه من النظام العام . أما في فرنسا فكانت تدينها بمعنها للهبة ما بين الخليلين ، و رفض تعويض الخليلة عن الضرر الذي أصابها من جراء موت خليله [2].

وحسب 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

[1] – أسيا يسمينة مندي ، المرجع السابق ، ص 126 .

[2] – نفس المرجع ، ص 126 .

كان غرضها تشجيع الإستمرار في العلاقة الجنسية غير الشرعية أو العودة إليها، وهي بالعكس صحيحة إذا كانت تهدف إلى وضع حد لهذه العلاقة غير الشرعية أو كانت أهدافها شريفة مثل ضمان مستقبل الخليل المتخلي عنه، وشكر عنايته وتعويض الضرر الذي سببه الفراق[1].

ب – بيوت الدعارة:

التطبيقات المعروفة في مجال الآداب الجنسية تخص بيوت الدعارة، و كل العقود التي تهدف إلى إقامتها أو إستغلالها باطلة بطلاناً مطلقاً ، بإعتبارها مخالفة للآداب العامة، مثل عقد بيع بيت للدعارة ، و كل إتفاق يتعلق بإستغلال بيوت للعهارة يعتبر باطلا لمخالفته للآداب و لو كانت هذه البيوت قد حصلت على ترخيص إداري[2] .

ج – العلاقات اللواطية أو السحاقية :

الذين يميلون إلى نفس جنسهم يخرجون حاليا من الخفاء و يطالبون الإعتراف بهم و أن يعتبروا مثل الزوجين ذوي جنسين مختلفين ، و تم اقتراح قانون يخلق ما يسمى " بعقد الاتحاد الاجتماعي"، وهذا العقد مفتوح لشخصين مهما كان جنسهم ، و يبرم أمام موظف الحالة المدنية و يمكن فسخه أمام نفس السلطة بطلب من أحد الأطراف [3].

[1] – أسيا يسمينة مندي ، المرجع السابق ، ص 127 .

[2] – عبدالرزاق أجمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 342.

[3] – أسيا يسمينة مندي ، المرجع السابق ، ص 127 .

2 – خارج الارتباط الجنسي:

و سوف نتعرض في هذا الجزء للعناصر التالية :

أ- إدانة الإشهار المخالف للآداب العامة :

يعد مخالفا للآداب كسب المال من طريق غير شريف فمن يتقاضى أجرا جزاء القيام بعمل كان يجب عليه القيام به بدون أجر لا يستحق هذا الأجر و يكون عقده باطلا [1]، المثال المعروف هو مثال السمسرة في الزواج ، الذي بقي ممنوعاً طويلاً لأنه يخلق سوقا للزواج و يعرقل حرية الإرادة ، و حاليا نجد يوميا هذا الإشهار تقريبا في كل الجرائد .

ولا يبحث أصحاب هذه الإعلانات عن الزواج دائما ، فلو بحثوا على الزواج الشرعي لكان غرضهم شريف لكنهم يبحثون عن رفيق أو رفيقة أو عدة رفقاء أحياناً لتحرير نزواته جنسية غير مشروعة مع نفس جنسهم أو الجنس الأخر ، و الإشهار الإباحي لا نجده إلا في الإعلانات الصغيرة و القانون الجنائي يجرمه لأنه مخالف للآداب العامة [2].

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 البسيكولوجي الذي أصبح يسيطر و يؤثر على إرادة المعني بالأمر ، رفضت محكمة النقض الفرنسية الاعتراف بالمظهر الجنسي الجديد ، مادام لم ينتج عن عناصر وجدت قبل إجراء العملية

[1] – عبدالرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 343.

[2] – أسيا يسمينة مندي ، المرجع السابق ، ص 128 .

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 100.000 فرنك فرنسي تعويضا عن الضرر الأدبي الذي تسببت هذه الأخيرة لملتمسة غيرت جنسها ، حيث رفضت المحكمة الفرنسية طلبها المتمثل في تغيير حالتها المدنية [1].

أما القانون الجزائري فقد بسط حمايته على جسم الإنسان و جعل له حرمة و أوردت كل القوانين العقوبات في العالم نصوصا تحرم الإعتداء على الأشخاص بالقتل أو الجرح أو الضرب [2].

وإذا تأملنا في أحكام قانون العقوبات الخاصة بحرمة جسم الإنسان ، تبين لنا أن هذه الأحكام تهدف إلى سلامة جسم الإنسان في نواح ثلاثة و هي : إنتظام الوظائف الحيوية للأعضاء ، و التكامل الجسدي ، و التحرر من الآلام [3].

وفيما يتعلق بالخصاء للإنسان أن يجريه على نفسه إذا رأى في ذلك مصلحة له ، و لكن قوانين العقوبات حرمت إجراء الخصاء على الغير وقد حرمته المادة (316) من قانون العقوبات الفرنسي، و إعتبرته جناية و حذت حذوها المادة (274)التي تنص على ما يلي : " كل من إرتكب جناية الخصاء يعاقب بالسجن المؤبد، ويعاقب بالإعدام إذا

[1] – أسيا يسمينة مندي ، المرجع السابق ، ص 129 .

[2] – راجع الباب الثاني و الثالث من المادة (239 إلى 254) ، من قانون العقوبات الجزائري ، وعلى الأخص المادة (1/264) و المادة (1/275) من نفس القانون سالف الذكر .

[3] – راجع في ذلك إسحاق إبراهيم منصور ، شرح قانون العقوبات الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 1983 .

أدت إلى الوفاة "[1]، كما أن القانون المدني جعل لجسم الإنسان حرمـــة و أورد المبـــادئ التالية[2]:

– كل إتفاق على إعفاء من يعتدي على جسم غيره من المســؤولية باطــل بطلانــاً مطلقاً.

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

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

ثالثا : الإنجاب الإصطناعي

ويخص كل الطرق العادية و البيولوجية التي تمكن من الحمل الداخلي و نقل الجنين و التعشير الاصطناعي ، و كذلك كل وسيلة لها آثار مماثلة تمكن من الإنجـــاب خـــارج الطريقة الطبيعية ، و في فرنسا الإتفاقيات المتعلقة بهذه التقنيـــات المختلفـــة لا تخضـــع لقانون الإلتزامات فهي تخضع لنظام خاص يختلف بإختلاف نوع الطريقة المستعملة .

الإنجاب المصطنع بين الزوجين ، الإنجاب بمساعدة الغير ، الانجاب لحساب الغير

وفي الجزائر هذه الطرق غير مباحة بإعتبارها مخالفة للشريعة الإسلامية ، ما عـــدا حالة الإنجاب المصطنع بين الزوجين .

[1] – المادة (274) من قانون العقوبات الجزائري .

[2] – أسيا يسمينة مندي ، المرجع السابق ، ص 130 .

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

تناول المشرع الجزائري ركن السبب في المادتين (97 و 98) من القانون المدني الجزائري الواردتين في الفقرة الثانية مكرر المعنونة " السبب " [1]، و التي إستحدثها المشرع الجزائري بموجب القانون 05-10 ويكون المشرع قد تدارك الغموض الذي كان يكتنف الصياغة الأصلية [2]، يعتبر السبب الركن الأخير اللازم لصحة التصرفات القانونية و هذا ما نصت عليه المادة (97) من القانون المدني الجزائري : " إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالفا للنظام العام أو للأداب العامة كان العقد باطلا ، ثم تنص المادة (98) من القانون المدني الجزائري : " كل إلتزام مفترض أن له سببا مشروعا ما لم يقدم الدليل على غير ذلك و يعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك ، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي ان للإلتزام سببا أخر مشروع أن يثبت بما يدعيه " [3].

إذن لم يعرف القانون المدني الجزائري ركن السبب ، و أكثر من ذلك ، للوهلة الأولى لا يبدو للسبب أهمية ، لأنه لو تعاقد متعاقدان كاملا الأهلية و كان رضاهم صحيحا و خاليا من عيوب الإرادة و محل التزامهم موجودا و مشروعا معناه غير مخالف للنظام العام و الآداب يكون عقدهم قائما و صحيحا ، و لهذا فكثير من التشريعات أهملت ركن السبب وهي التشريعات الجرمانية و الإسكندنافية [4].

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

---

[1] – علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص 257.

[2] – نفس المرجع ، ص 257 .

[3] – أسيا يسمينة مندي ، المرجع السابق ، ص 135 .

[4] – نفس المرجع ، ص 136 .

وحاول الفقه أن يضع تعاريف له في أبحاث خاصة ، و أصدر القضاء عدة قرارات دار فيها النقاش حول مفهوم السب ، و هذه القرارات تشهد على أهميته و هي حصيلة الشك و التردد و اختلاف التعاريف لفكرة السبب. و غموض هذا الأخير و تعدد تعاريفه يخدم في الحقيقة المتقاضين و القضاة اللذين تنقصهم التبريرات القانونية ، و لهذا قبل التعرض إلى مدى مطابقة العقد للنظام العام من جهة السبب نتعرض أولا لمفهوم هذا الأخير و طرق إثباته .

الفرع الأول: تعريف السبب و إثباته

1- تعريف السبب:

السبب هو محل تصورات مختلفة مردها تعدد الإعتبارات الفلسفية و الإيديولوجية ، فمبدأ سلطان الإرادة المستمد من مذهب الفردية مثلا لا يسند للسبب دورا أخر غير حماية الفرد و مصالحه ، ولما كان المتعاقد حرا في تصرفاته فلا يحق للمجتمع أن ينشغل بالأسباب التي دفعته إلى إبرام العقد ، وليس للقاضي مراقبة الدوافع التي حملت المتعاقد على إبرام العقد[1].

كان من المفروض القول مفاهيم السبب لأن له عدة تعاريف 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 السبب المنشئ و السبب بمعنى الغرض المباشر ، فالقانون الروماني إعتبر السبب هو التصرف أو غالبا ما يكون الشكل الذي تولد عنه الإلتزام و لكن لما نشأت في القانون الروماني عقود غير شكلية كالعقود الرضائية و العقود العينية و عقود التبرع ، إعتدت هذه الأخيرة بالإرادة و لهذا وجب

[1] – علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص 259 .

البحث عن سبب تتجه إليه هذه الإرادة ، السبب و الإرادة معنيان متلازمان ولكن السبب و الشكل معنيان متعارضان [1].

و ينعدم السبب إذا لم يصل المتعاقدان للغرض المرجو أو إذا كان الغرض مخالفا للقانون أو للآداب العامة ، و هذا هو تعريف النظرية التقليدية التي تقول أن السبب هو الغرض المباشر الذي يقصد إليه المتعاقد من تعاقده [2].

والسبب يختلف عن المحل فالأول هو الإجابة على السؤال التالي : لماذا إلتزم المتعاقد ؟

أما الثاني فهو الإجابة على السؤال التالي : بماذا إلتزم المتعاقد ؟ و يظهر للوهلة الأولى أن هناك نوعان التناقص بين لفظ السبب و الذي هو سابق و لفظ الغرض، والذي يكون في المستقبل في ذلك هو أن الغرض سبب العقد صور للمتعاقدين قبل الإتفاق 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 إلتزام المتعاقد هو إلتزام المتعاقد الأخر ، لا يلتزم المشتري بدفع الثمن و لا يلتزم المستأجر بدفع الأجرة إلا لأن البائع إلتزم بنقل الملكية و لأن المؤجر إلتزم بتمكين المستأجر من الإنتفاع بالعين المؤجرة ، و السبب في عقود التبرع هو نية التبرع، والسبب في العقود الملزمة لجانب واحد هو تسليم المحل ، و هذا المفهوم التقليدي للسبب يدل على إستقلال إلتزامات المتعاقدين في العقود الملزمة للجانبين [3].

[1] – عبدالرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 345 .

[2] – أسيا يسمينة مندي ، المرجع السابق ، ص 137 .

[3] – نفس المرجع ، ص 137 .

كانت العقود في العهد القديم للقانون الروماني شكلية ، فكان العقد ينعقد بأوضاع وأشكال خاصة ولم يكن للإرادة أي دخل في تكوينه [1]، و تدريجيا تطور هذا المفهوم و وصل إلى الفقهاء الكنسيين الذين حرروا الإرادة من الشكلية التي كان يفرضها القانون الروماني .

إرتكز 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 مالكاً ، و لكن إلى جانب هذا الغرض الفوري و الموضوعي، توجد أغراض و بواعث أخرى شخصية خارجة عن العقد، فالمشتري يشتري منزلا إما ليسكنه أو لممارسة فيه مهنة معينة أو لإعادة بيعه ، أو للقيام بأعمال أو مهن ممنوعة قانونا مثل ألعاب القمار و الدعارة معناه أعمال مخالفة للنظام العام والآداب، والبحث عن هذه البواعث يتطلب أن يقوم القضاة بتحريات عميقة و صعبة خارجة عن نطاق إختصاصهم، و المفهوم الجديد للسبب أكثر عمقا ، و ليس هو الغرض المباشر الذي يقصده المتعاقد من تعاقده بل هو البواعث المشتركة ما بين طرفي العقد و التي يعلمانها ودفعتهما للتعاقد و هذا المفهوم لم يعوض المفهوم التقليدي بل أضيف له [2].

2- إثبات السبب:

إن المتعاقدين غير ملزمين بذكر السبب في العقد ، خاصة و أن المشرع يفترض وجوده ، ولكن إذا تم ذكره فالمشرع يفترض أنه السبب الحقيقي مالم يقم الدليل على غير ذلك [3]، حسب المبدأ العام يقع إثباته على المدعي ، سواء تعلق الإثبات بوجود السبب أو عدم صحته صوري أو غلط أو بعدم شرعيته أو مخالفته للآداب العامة ، و المدعى هنا

[1] – عبدالرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 347 .

[2] – أسيا يسمينة مندي ، المرجع السابق ، ص 138 .

[3] – علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص 273 .

ليس دائما هو رافع الدعوى و في الفرضية العالية تكون الدعوى مرفوعة قبل القيام بتنفيذ العقد من طرف أحد المتعاقدين أو ورثتهما أو من الغير مادام العقد باطلا بطلانا مطلقا.

وعلى رافع الدعوى إثبات عدم وجود السبب ، أو عدم قانونيته أو مخالفته للآداب العامة وفي أحوال أخرى مسألة صحة التصرف القانوني لا تطرح إلا بمناسبة دعوى كان الهدف منها تنفيذ العقد أو توقيع جزاء عدم تنفيذه ، و هنا يدفع المدعي عليه بإنعدام السبب وبالعيب الذي يجعل التصرف باطلا ، فيصبح المدعي عليه مدعيا و يقع عليه عبء إثبات السبب [1].

الفرع الثاني : السبب غير المشروع أو المخالف للآداب العامة

حسب المادة 97 من القانون المدني الجزائري : " إذا إلتزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو سبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا " ، كل ما هو غير مشروع هو مخالف للقانون ، و اللامشروعية تضم المخالفة للنظام العام و المخالفة للأداب العامة و النظام العام يشمل كما سبق و أن عرفناه " مجموعة القواعد الآمرة و المبادئ و الأسس في الدولة " سواء أكان هدفها سياسي ، إقتصادي ، إجتماعي أو أخلاقي [2].

ولمراقبة مشروعية العقد لا تعتمد إلا على النصوص القانونية فالفقه و القضاء متفقان على وجود إلى جانب النظام العام المكتوب نظام عام فعلي و هدف النظامين مراقبة مدي احترام المشروعية و الآداب ، و هدف مراقبة مدى وجود السبب هو الحفاظ على المصلحة العامة.

[1] – أسيا يسمينة مندي ، المرجع السابق ، ص 139 .

[2] – فاروق ولد السعيد ، المرجع السابق ، ص 106 .

ونستنتج أن السبب بمفهومه التقليدي كان يضمن حماية الفرد المتعاقد بينما حاليا في ضمن حماية المصلحة العامة ، و أراد المشرع الجزائري من خلال ركن السبب بمفهومه الحديث مراقبة مشروعية العقود حتى لا تضر الإقتصاد الوطني و المجتمع و رتب على الإخلال بهذه القاعدة الآمرة بطلان العقد بطلاناً مطلقا نظرا لأهميتها [1].

منذ تحررت الإرادة من الشكل حاطها السبب بقيود ، و بدأ ذلك يكون لحماية المجتمع عن طريق المشروعية ، وفي صورة السبب المشروع فالإرادة حتى تنتج أثرها يجب أن تتجه إلى غرض مشروع لا يتعارض مع النظام العام و لا مع الآداب العامة ، وذلك من أجل حماية المجتمع [2].

القواعد القانونية التي تعتبر من النظام العام هي قواعد يقصد بها إلى تحقيق مصلحة عامة، سياسية أو إجتماعية أو إقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد، فيجب على جميع الأفراد مراعاة هذه المصلحة و تحقيقها ، ولا يجوز لهم أن يناهضوها بإتفاق فيما بينهم ، حتى لو حققت هذه الإتفاقات لهم مصالح فردية [3]. فالقاعدة الآمرة تضمن الحفاظ على مجتمع منظم متسم بإخلاق و مبادئ مستمدة من دين الإسلام و تقاليده و التي للأسف بدأ يتخلى عنها نظرا لتأثره بالمجتمع الغربي.

وفي الأخير نقول أن المشرع إستعمل ركن المحل والسبب لفرض عدم مخالفة النظام العام ، وبالتالي يحضر بيع أعضاء الإنسان و بيع بيوت من أجل الدعارة و ترويج أفلام مخالفة للآداب ...الخ ، وفي هذه الأحوال السابقة تكون هذه العقود باطلة بطلانا مطلقا لمخالفتها للنظام العام و الآداب العامة .

---

[1] – أسيا يسمينة مندي ، المرجع السابق ، ص 139 .

[2] – عبدالرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 345 ، 346 .

[3] – نفس المرجع ، ص 332 .

الخاتمة

– وفي ختام دراستنا لموضوع النظام العام و العقد توصلنا إلى بعض النتائج و التوصيات التي نوجزها فيما يلي أن:

أولا : النتائج المتوصل إليها

– يتبين مما سبق أن مفهوم النظام العام توسع في ظل التحولات الاقتصادية والاجتماعية إلى أنواع الأنظمة العامة ، إذ يعتبر النظام العام بالمفهوم التقليدي نظاما محدودا أو نسبيا، و ذلك نظرا لعجزه في حماية الطرف الضعيف في التعاقد نتيجة إهتمامه بتحقيق المصلحة العامة و إهماله المصلحة الفردية ، و هذا ما أدى إلى ظهور فروع أخرى متخصصة للنظام العام تعمل على توفير الحد الأدنى من الحماية اللازمة و منها النظام العام الإقتصادي بنوعيه التوجيهي و الحمائي والنظام العام الإجتماعي، والذي هو عبارة عن مجموعة من القواعد الآمرة التي تعرض إلىها المشرع في قانون العمل .

– فكرة النظام العام والآداب من الأفكار المرنة التي يصعب تحديدها تحديدا دقيقاً، وهي تعبر بصفة عامة عن الأسس الإقتصادية والإجتماعية والأخلاقية التي يقوم عليها نظام المجتمع ، وتعتبر فكرة النظام العام والآداب ، من أبرز الأمثلة على الصياغة المرنة للقواعد القانونية التي يتم دراستها .

– القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب ليست هي تلك التي يقصد بها تحقيق النظام في المجتمع ، أو تحقيق المصلحة العامة لأن كل قواعد القانون في مجموعها تهدف إلى تحقيق الأغراض السابق ذكرها ، أما القواعد بالنظام العام والآداب فهي تلك التي تهدف إلى تحقيق الحد الأدنى الذي لا يمكن الإستغناء عنه من هذه الأهداف .

– والواقع أن فكرة النظام العام تسمح بدخول التيارات الإجتماعية والسياسية السائدة في المجتمع إلى دائرة المعاملات بين الأفراد ، بحيث تؤدي إلى خضوع هذه المعاملات إلى المبادئ الأساسية المستمدة من الفلسفة السائدة في الدولة .

– وعندما أُدخلت فكرة النظام العام في القانون المدني الفرنسي في بداية القرن الماضي ، كان المذهب الفردي هو الفلسفة السائدة في الدولة وكان ، مبدأ سلطان الإرادة من أهم تطبيقات فكرة النظام العام ، ولذلك فإن شراح القانون المدني الفرنسي في هذا القرن لم يجدوا أمثلة لاتفاقات مخالفة للنظام العام غير ما هو منصوص عليه في القانون .

– وهكذا فإن فكرة النظام العام تبدو ذات طابع فلسفي لا شك فيه ، وتتأثر في مضمونها بالنظرة العامة للوجود السائدة في مجتمع معين.

– وكذلك فإن فكرة الآداب وهي تعبر عن الحد الأدنى من العادات الأخلاقية اللازم مراعاتها في المجتمع ، يرجع في تحديدها إلى الإتجاهات الأخلاقية الناشئة عن النظرة العامة للوجود السائدة في هذا المجتمع .

– وفكرة النظام العام والآداب هي فكرة مرنة من حيث عدم إمكان تحديد مضمونها تحديداً جامداً ، وكذلك لقابلية هذا المضمون للتغيير بحسب ظروف الزمان والمكان.

– يلاحظ أن قواعد القانون العام بفروعه المختلفة تتعلق كلها بالنظام العام ، والقانون العام هو الذي ينظم السلطات العامة في الدولة ، والعلاقة بين هذه السلطات بعضها والبعض الأخر، أو العلاقة بينها و بين الأفراد ، كالقانون الدستوري و القانون الجنائي .....الخ .

– لا تقتصر تطبيقات النظام العام على القانون العام فقط بل توجد كذلك في نطاق القانون الخاص و فروعه ، فهو القانون الذي ينظم المعاملات الخاصة فيما بين الأفراد بعضهم و بعض كنطاق علاقات الأسرة .

– وعليه أن ثمة إحتياج دائم لكل دولة مهما كان توجهها السياسي و الإقتصادي إلى منظومة من القواعد الضابطة لسلوك وحريات الأشخاص بداخلها ، تتمتع بسلطان الأمر

والنهي المصحوب دوما بجزاء على كل من يخالف أحكامها أصطلح على تسميتها بقواعد النظام العام .

– تدخل فكرة النظام العام في تقييد حرية التعاقد في القانون الجزائري يتسع و يضيق بحسب التوجهات الإقتصادية التي تنتهجها الدولة .

أصبحت القواعد المنظمة للعقد يمليها القانون فحتى شروط العقد ذاتها ينص عليها القانون أحيانا بغرض الحماية أو التوجيه على حسب الأحوال ، يعني أن القانون حل محل الإرادة كأساس للعقد لأنه هو الذي يملي شروطه و أركانه و أحوال إنهائه .

لهذا نقول أن النظام العام قيد الإرادة وجعل سلطانها من ذكريات الماضي ، فالإرادة تتقيد بالنظام و العام لإنشاء الحقوق التي ينص عليها القانون ، وهذه الإرادة لا تنشأ العقد إلا إذا كان مطابقا للمصلحة العامة أو الخاصة ، أو النظام العام الإقتصادي التوجيهي أو الحمائي القائم على العدالة العقدية .

ثانيا :التوصيات

– على المشرع أن يحمي تراضي المتعاقدين بإهتمامه بالإرادة وحمايته من جهة و تقييدها من جهة أخرى ، لأن النظام العام حاجز لمبدأ سلطان الإرادة ، فإطلاق حريتها كان سبب هذا التقييد لأن الحرية المطلقة مؤيدة للإستغلال ، فظهرت العقود والشروط الممنوعة والعقود والشروط المفروضة ، وهذا التقيد هو في الحقيقة حامي للمصلحة العامة والخاصة في نفس الوقت .

– من المستحسن إعادة النظر في بعض قواعد النظام العام الحمائي بهدف توسيع طريقة إعادة التوازن العقدي في القواعد العامة ، من خلال تعديل بعض النصوص القانونية .

– تفعيل نصوص القانون المدني التي تجعل من مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي إحتياطي و هذا لخلق نوع من الإنسجام و التكامل بين النظام العام و الآداب العامة، بحيث يكون رجوع القاضي إلى مبادئ الشريعة الإسلامية بما تتميز به من تنوع وثراء ومقاصد سامية عن النزوات البشرية ، ليكون سدا للنقص التشريعي مما قد يغني القاضي على إستيراد بعض الحلول من التشريعات الغربية التي قد لا تنسجم مع طبيعة مجتمعنا .

– ضرورة تخصيص هيئات رقابية مهمتها متابعة سيرورة القوانين و اللوائح المتعلقة بالنظام العام والسهر على تطبيقها .

– ضرورة تعزيز القانون المدني بنصوص قانونية موسعة تتعلق بحماية و مراقبة النظام العام كعقد للحرية التعاقدية .

قائمة المصادر والمراجع

أولا :الكتب

1- إسحاق إبراهيم منصور ، شرح قانون العقوبات الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1983 .

2- سمير تناغو ، النظرية العامة للقانون ، توزيع منشأة المعارف جلال حزى وشركاه ، كلية الحقوق ، جامعة الإسكندرية ، مصر ، بدون ذكر سنة نشر .

3- صلاح الدين جمال الدين، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب ، دراسة مقارنة ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية مصر ، 2004 .

4- عبدالرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الإلتزام بوجه عام ، مؤسسة الأمل ، الجزء الأول ، 2008 .

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

6- مصطفى العوجي ، القانون المدني ، العقد مقدمة في الموجبات المدنية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الخامسة ، الجزء الأول .

7- نادية فضيل ، تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني ، دار هومة ، الجزائر، الطبعة الرابعة ، 2005

ثانيا : الأطروحات والرسائل

أ- أطروحات الدكتوراه :

1- عدة عليان ، فكرة النظام العام و حرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري و الفقه الإسلامي ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص ، جامعة أبوبكر بلقايد ، تلمسان.

2- عليان بوزيان ، أثر حفظ النظام العام على ممارسة الحريات العامة ، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري ، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في تخصص الشريعة والقانون ، كلية العلوم الإنسانية و الحضارة الإسلامية ، قسم العلوم الإسلامية ، جامعة وهران ، 2007 .

ب- رسائل الماجستير:

1- أسيا يسمينة مندي ، النظام العام و العقود ، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق فرع عقود ومسؤولية ، كلية الحقوق ، جامعة يوسف بن خدة ، الجزائر ، 2009.

2- فاروق ولد السعيد ، دور النيابة العامة في تحقيق النظام العام دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الجزائري ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية ، تخصص شريعة وقانون ، كلية العلوم الإسلامية ، قسم الشريعة ، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة ، 2015 .

3- فاطمة الزهراء زاير ، النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص ، جامعة أبي بكر بلقايد ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، تلمسان ، 2011 .

ج- رسائل الماستر :

1- محمد بوعروة ، الدفع بالنظام العام عند تطبيق القوانين الأجنبية ، مذكرة مقدمة لإستكمال متطلبات شهادة ماستر أكاديمي ، تخصص قانون علاقات دولية خاصة، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة ، 2015.

ثالثا : المجلات و المقالات :

1- فراس بقاش ،الوساطة كطريق بديل لحل النزاعات في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد ، مقال ، م م ع ، 2012 .

2- فيصل نسيغة و رياض دنش ، النظام العام ، مجلة المنتدى القانوني ، العدد الخامس ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، الجزائر ، 2018 .

2- منال بوروح ، مصادر النظام العام لحماية الطرف الضعيف ، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية و السياسية العدد الثاني ، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1 ، بدون ذكر سنة نشر.

رابعا : النصوص القانونية:

I- القوانين :

1- الدستور الجزائري

2- قانون الأسرة الجزائري

3- القانون المدني الجزائري

4- قانون العقوبات الجزائري

5- قانون الإجراءات الجزائية الجزائري

6- قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري

7- قانون الجمارك

8- قانون المالية

9- القانون المدني المصري

10- قانون 01/88 المؤرخ 12 جانفي 1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الإقتصادية.

11- القانون 88 -02 المؤرخ 12 جانفي 1988 المتعلق بالتخطيط.

12- قانون 06/88 المؤرخ في 12 جانفي1988 المتعلق بصناديق المساهمة .

13- قانون 10/90 المؤرخ في 14 أفريل 1990 المتعلق بالنقد والقرض .

14- قانون 21 أبريل 1990المتعلق بعلاقات العمل.

15- الأمر 68- 653 المؤرخ 1968/12/30 ، المتعلق بالتسير الذاتي .

16- الأمر71-73 المؤرخ في 1971/11/8 المتعلق بالثورة الزراعية .

17- الأمر 17-74 المؤرخ في 1971/11/16 المتعلق بالتسير الإشتراكي للمؤسسات .

18- الأمر رقم 25/95 المؤرخ في 25ستمبر 1995 يتعلق بتسير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة .

II - المراسيم :

1- المرسوم التشريعي رقم 93 /12 المؤرخ في 15 /1993/10 المتعلق بترقية الإستثمارات .

خامسا : المراجع باللغة الأجنبية :

1- Cf. Nonhad RIZKALLAH, Droit international privé, 1er édition, M.A.J.D., Beyrouth, Liban, 1985.

2- Jacque Flour , Jean Luc Aubert , Eric Savaux , Droit Civil , Les Obligation 1, L act Juridique ed , 200

فهرس المحتويات

الشكر

الإهداء

المقدمة..... 1-5

الفصل الأول: ماهية فكرة النظام العام

تمهيد:..... 07

المبحث الأول : مفهوم النظام العام..... 08

المطلب الأول : تعاريف النظام العام..... 08

الفرع الأول : التعريف التقليدي أو الكلاسيكي..... 09

الفرع الثاني : التعريف الحديث..... 11

المطلب الثاني : خصائص النظام العام..... 14

الفرع الأول : خصائص النظام العام الإقتصادي التوجيهي..... 14

الفرع الثاني : خصائص النظام العام الحمائي..... 18

المبحث الثاني : القواعد العامة للنظام العام..... 20

المطلب الأول : مصدر النظام العام..... 20

الفرع الأول : المصادر الرسمية للنظام العام..... 21

الفرع الثاني : المصادر التفسيرية للنظام العام..... 23

المطلب الثاني : مجال النظام العام..... 25
الفرع الأول : النظام العام السياسي..... 25
الفرع الثاني : النظام العام الإقتصادي..... 28
الفصل الثاني : رقابة النظام العام كعقد للحرية التعاقدية
تمهيد:..... 35
المبحث الأول : الإتفاقات التي تخالف النظام العام 36
المطلب الأول : روابط القانون العام..... 36
الفرع الأول : القواعد الدستورية و الحريات العامة..... 36
الفرع الثاني : النظم الإدارية والمالية..... 41
الفرع الثالث : النظام القضائي و القوانين الجنائية..... 42
المطلب الثاني : روابط القانون الخاص..... 44
الفرع الأول : الأحوال الشخصية..... 44
الفرع الثاني : المعاملات المالية..... 45
المبحث الثاني : رقابة النظام العام لمشروعية العقد..... 47
المطلب الأول : مطابقة العقد للنظام العام و الآداب العامة من خلال ركن المحل... 47
الفرع الأول : شروط المحل المحققة للمصلحة الخاصة..... 48
الفرع الثاني: المحل المخالف للنظام العام و الآداب العامة..... 51

المطلب الثاني : مطابقة النظام العام و الآداب العامة من خلال ركن السبب..... 59

الفرع الأول : تعريف السبب و إثباته..... 60

الفرع الثاني : السبب غير المشروع أو المخالف للآداب العامة..... 63

خاتمة 66

قائمة المصادر والمراجع..... 71