

جامعة النجاح الوطنية
كلية الدراسات العليا

مفهوم فكرة النظام العام وتطبيقاتها في التشريع الفلسطيني

اعداد

نجيب عبد الله نجيب الجبشه

اشراف

د. علي محمد مصلح

د. غسان شريف خالد

قدمت هذه الاطروحة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص
بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين.

2017

مفهوم فكرة النظام العام وتطبيقاتها في التشريع الفلسطيني

اعداد

نجيب عبد الله نجيب الجبشه

نُوقشت هذه الأطروحة بتاريخ: 25 / 5 / 2017 وأُجيزت.

أسماء لجنة المناقشة

التوقيع

- د. علي محمد مصلح/ مشرفاً ورئيساً
- د. غسان شريف خالد/ مشرفاً ثانياً
- د. محمود دودين/ ممتحناً خارجياً
- د. مؤيد حطاب/ ممتحناً داخلياً

الإهداء

الى من نذرا عمرهما في اداء رسالة صنعها من اوراق الصبر وطرزاها على سراج

الامل في ظلام الدهر بلا فتور او كلل

الى من اقف اجلالا لهما والدي ووالدتي

الى من زرعت بذور التفاؤل في دربي

وجعلها الله جل وعلا سكني وفرحي

ومد بيني وبينها خيوط المودة والرحمة

الى رفيقة العمر زوجتي الغالية

الى نور العين وفلذة الكبد وسر الوجود

ولدي الحبيب احمد

الى من اتوكأ عليهم

سندي وعكازي اخوتي الاحباء

الشكر والتقدير

الشكر لله جل وعلا الذي بفضله تدوم النعم، الذي امدني بالصبر والعون لاتمام هذه الدراسة.

واتقدم بجزيل الشكر والامتنان الى اساتذتي الافاضل في كلية الدراسات العليا بجامعة النجاح الوطنية لما قدموا من علم و نصح وارشاد تمكنت به اتمام دراستي.

كما اتقدم بوافر الشكر وعظيم الامتنان الى من اضاء بعلمه عقلي، واهدى بالجواب الصحيح حيرتي، وظهر بسماحته تواضع العلماء، وبرحابة صدره سماحة العارفين، الى اساتذتي الافاضل الدكتورعلي مصلح والدكتورغسان خالد على تفضلهما بالاشراف على رسالتي هذه، وتحملهما مشقة السير معي الى ان ادركت غايتي.

ويدفعني عرفاني بالجميل الى تقديم الشكر والعرفان الى استاذي الفاضل الدكتور مؤيد الحطاب عميد كلية الحقوق بجامعة النجاح الوطنية والدكتور الفاضل محمود دودين من جامعة بيرزيت على تفضلهما بالقبول والانضمام الى لجنة المناقشة التي اجازت رسالتي بنجاح.

ولا يفوتني تقديم الشكر الجزيل والامتنان العظيم لرفيق دربي واستاذي الفاضل خالي القاضي محمود الجبشة لما اولاه من رعاية واهتمام طوال مسيرة دراستي وابداء النصح والمشورة.

والشكر موصول لكل اصدقائي وزملائي الذين تواجدوا في خندق الدعم والمؤازرة لتظهر رسالتي هذه الى النور واخص بالذكر اخي وصديقي الغالي طایل حمایل لما بذله من جهد ومؤازرة ودعم حتى نهاية المشوار.

لكم مني كل الشكر والعرفان

الإقرار

أنا الموقع أدناه مقدم الرسالة التي تحمل العنوان

مفهوم فكرة النظام العام وتطبيقاتها في التشريع الفلسطيني

أقر بأن ما شملت عليه الرسالة هو نتاج جهدي الخاص، باستثناء ما تمت الإشارة إليه حيثما ورد، وأن هذه الرسالة ككل أو أي جزء منها لم يقدم من قبل لنيل أي درجة أو لقب علمي أو بحثي لدى أي مؤسسة علمية أو بحثية

Declaration

The work provided in this thesis, unless otherwise referenced, is the researcher's own work, and has not been submitted elsewhere for any other degrees or qualifications.

Student's Name:

اسم الطالب:

Signature:

التوقيع:

Date:

التاريخ:

فهرس المحتويات

الإهداء.....	ت
الشكر والتقدير	ث
الإقرار	ج
فهرس المحتويات.....	ح
الملخص	ذ
المقدمة:-	1
اهمية الدراسة :	3
عوائق الدراسة وصعوباتها:.....	4
اشكالية الدراسة:.....	4
منهجية الدراسة:.....	5
اهداف الدراسة :	5
نطاق الدراسة:.....	6
بيانات الدراسة.....	6
محددات الدراسة :	7
الدراسات السابقة :	7
خطة الدراسة:.....	8
الفصل الاول.....	10
الاساس الفكري والفلسفي لمفهوم فكرة النظام العام.....	10
المبحث الاول: اساس مشروعية القواعد القانونية.....	10
المطلب الاول: فكرة النظام العام تعد تعبيراً صادقاً عن معتقدات الجماعة.....	10
المطلب الثاني: علاقة النظام العام بالمبادئ العامة للنظام الاجتماعي.....	14
المطلب الثالث: فكرة النظام العام ومشروعية القواعد القانونية.....	19
المطلب الرابع: معيار التمييز بين مفهوم فكرة النظام العام وقواعدها القانونية والعلاقة بينهما.....	24
المبحث الثاني: الاطار الغائي لمفهوم فكرة النظام العام.....	28
المطلب الاول: فكرة النظام العام تفرض ضوابط السلوك لحفظ التوازن بين الروابط القانونية.....	28

المطلب الثاني: سلوك الافراد معلق في مشروعيته على اساس الاستعمال الاجتماعي...	33
المطلب الثالث: موقف النظام العام من الحرية.....	36
الفصل الثاني	44
خصائص فكرة النظام العام ودور المشرع والقاضي في تحديد محتواها ودورها في تحديد الحقوق	
و ضمان مباشرتها.....	44
المبحث الاول : خصائص فكرة النظام العام	44
المطلب الاول : فكرة النظام العام وارتباطها بغاية القانون.	44
المطلب الثاني : علاقة فكرة النظام العام بالاخلاق.....	49
المطلب الثالث: العدل والعدالة وصلتها بفكرة النظام العام.....	55
المبحث الثاني : دور المشرع والقاضي في تحديد محتوى النظام العام	60
المطلب الاول: دور المشرع في تحديد محتوى النظام العام.....	60
المطلب الثاني: دور القاضي في تحديد محتوى النظام العام.....	64
المبحث الثالث: دور فكرة النظام العام في تحديد الحقوق و ضمان مباشرتها	74
المطلب الاول : مفهوم فكرة الحق وعلاقتها بفكرة النظام العام.	74
المطلب الثاني: علاقة النظام العام بنظرية التعسف في استعمال الحق.....	82
المطلب الثالث: مفهوم النظام العام في العلاقة التعاقدية	89
الفصل الثالث	98
ماهية فكرة النظام العام ودورها الوظيفي	98
المبحث الاول: ماهية فكرة النظام العام.	98
المطلب الاول : النظام العام يفرض قواعد السلوك كامر او تكليف.....	98
المطلب الثاني: التكليف بمفهوم فكرة النظام العام يحمل الزاما بفعل حتمي او الزاما بترك	
حتمي.....	104
المطلب الثالث:صلاحية التكليف الأمر كمعيار للتمييز بين القواعد الآمرة والمكاملة. ..	109
المطلب الرابع: النظام العام معيار للتمييز بين القواعد القانونية الآمرة والمكاملة.	112
المبحث الثاني : الدور الوظيفي لفكرة النظام العام.....	116
المطلب الأول :سلطان الارادة مقيد بفكرة النظام العام.....	116
المطلب الثاني: التصرف القانوني يمثل المجال الحركي لفكرة النظام العام	124
المطلب الثالث: البطلان يلحق التصرف القانوني المخالف لمقتضيات فكرة النظام العام.	
.....	131

141 الخاتمة:
142 النتائج والتوصيات:
147 المصادر والمراجع.
BAbstract

مفهوم فكرة النظام العام وتطبيقاتها في التشريع الفلسطيني

اعداد

نجيب عبد الله نجيب الجبشه

اشراف

د. علي محمد مصلح

د. غسان شريف خالد

الملخص

ركز الباحث دراسته هذه حول مفهوم فكرة النظام العام مع إدراج بعض التطبيقات لها في مجلة الاحكام العدلية مع بعض المقارنات مع اراء الفقه الاسلامي حيث لزم الامر . حاول الباحث من خلال متن هذه الدراسة التركيز على معظم الحيثيات القانونية والفقهية ذات الاتصال بمفهوم فكرة النظام العام، فقد تناول الباحث رأي فقهاء القانون الخاص وفقهاء القانون العام بهذا الخصوص، حيث لم يستطع الباحث رغم ان دراسته تنصب على مجال القانون الخاص ، الا البحث في مجال القانون العام، باعتبار ان فكرة النظام العام تمثل المصالح العليا للجماعة وتحميها وهذا هو مجال القانون الخاص، كما انها تمثل المصالح العليا للدولة وتحميها من العدوان عليها وهذا هو مجال القانون العام، حيث يتلون النظام العام بلون النظام السياسي والاجتماعي الذي تتخذه السلطة الحاكمة لها حينما تضع خطة سياسية لذلك ، فيقوم المشرع بتسخير نظامه القانوني لحمايتها.

لكي تكتمل هذه الدراسة، ويستطيع الباحث وضع يده على معظم الجوانب المتعلقة بحيثيات هذه الفكرة، من دراسة وشرح الاساس الفكري والفلسفي لمفهوم فكرة النظام العام، وذلك من خلال الوقوف على اساس مشروعية القواعد القانونية، والاطار الغائي لمفهوم هذه الفكرة، باعتبار ان فكرة النظام العام تعد تعبيراً صادقاً عن معتقدات الجماعة ومصالحها، وارتباطها بالمبادئ العامة للنظام الاجتماعي، ولذلك تعد هذه الفكرة اساساً لمشروعية القواعد القانونية ، كما انها تفرض ضوابط السلوك الانساني لحفظ التوازن بين الروابط القانونية، وان هذا

السلوك معلق في مشروعيته على اساس الاستعمال الاجتماعي، وهذا ما دفع الباحث الى التطرق لموقف النظام العام من الحرية.

وبعد الفراغ من معالجة الاساس الفكري والفلسفي لمفهوم فكرة النظام العام، تناول الباحث في شرحه خصائص فكرة النظام العام ودور المشرع والقاضي في تحديد محتواها ودورها في تحديد الحقوق وضمان مباشرتها، وذلك من خلال ارتباطها بغاية القانون والاخلاق، وصلتها بالعدل والعدالة وتحقيقهما والحفاظ عليهما، وكذلك ارتباطها بفكرة الحق، وعلاقتها بنظرية التعسف في استعماله، ودورها في تنظيم العلاقة التعاقدية من خلال تحقيق التوازن في الالتزامات.

وسعى الباحث لدراسة جوهر و ماهية فكرة النظام العام العام ودورها الوظيفي، وذلك من خلال استظهار جوهر و ماهية النظام العام، باعتباره يفرض قواعد السلوك كامر او تكليف، وان هذا التكليف يحمل الزما بفعل على سبيل الحتم او الزما بالترك على سبيل النهي، ومدى صلاحية هذا التكليف الامر كمعيار للتمييز بين القواعد القانونية الامرة والمكاملة، اما بالنسبة لسعي الباحث حول استظهار الدور الوظيفي لفكرة النظام العام، فقد عالجه من خلال ان سلطان الارادة مقيد بفكرة النظام العام، وكذلك من خلال ان التصرف القانوني يمثل المجال الحركي لهذه الفكرة، كما تناول الباحث بالشرح موضوع البطلان باعتباره يلحق التصرف القانوني المخالف لمقتضيات النظام العام.

بما سلف من مواضيع تناولها الباحث، فقد وصل الى غايته من هذه الدراسة واستكمل اهدافها، بحيث وضع يده على جوانب هامه في موضوع فكرة النظام العام، و توصل الى مفهوم صحيح و وافي لها قدر الامكان، بما يضمن تقديم دراسه نظرية واضحة بقدر المستطاع لهذه الفكرة و ما يكتنفها من غموض.

المقدمة:-

فكرة النظام العام من الافكار التي تتصف بالعمومية، على اعتبار أنها تسود جميع فروع القانون، وتلعب دورا ذا اهمية بالغة في النظام القانوني بأكمله، فالتطبيقات التي تجريها القوانين لهذه الفكرة تختلف باختلاف ماهية وطبيعة كل فرع من فروع هذه القوانين والغرض الذي شرعت من أجله.¹

و تعتبر فكرة النظام العام من الافكار المحورية في النظام القانوني، وتتجلى محورية هذه الفكرة من خلال الحاجة الماسة اليها بكل فروع القانون، لكي يتمكن القانون من القيام بالمهام الموكولة اليه، وتحقيق الغرض الذي من اجله وجد، لذلك اخذت هذه الفكرة مكانا لها في فروع القانون بأكمله.²

كما أن فكرة النظام العام هي صمام الامان للنظام الاجتماعي من أي اعتداء على اسسه التي يقوم عليها سواء كانت ثقافية او دينية او سياسية او اجتماعية او اقتصادية، كما انها تمثل الشرعية لاي مجتمع نحو تحقيق اهدافه، فهي التي تدفع المجتمع نحو التقدم والازدهار حسب القيم التي يعتقدها والاسس التي يقوم عليها ويدين بها.³

حيث نجد ان تعريف فكرة النظام العام يختلف في مجال القانون العام عنه في مجال القانون الخاص، فقد عرف فقهاء القانون العام فكرة النظام العام انها ما يتحتم على الادارة صيانتها والحفاظ عليه اثناء قيامها بالوظيفة الاساسية المسندة اليها وهي الضبط الاداري، من حيث توفير الامن والسلامة العامة، وكذلك الحفاظ على الصحة والسكينة العامة للمجتمع.⁴

اما بالنسبة لتعريف فكرة النظام العام الذي ساقه فقهاء القانون الخاص على انها "الاساس السياسي والاجتماعي والخلقي الذي يقوم عليه كيان الدولة كما ترسمه القوانين النافذة

¹الغريب، محمد عيد: النظام العام في العقود المدنية ومدى الحماية التي يكلفها له القانون الجنائي في مجال الانعقاد والتنفيذ، 2005، بدون دار نشر، ص5.

²البشري، عماد طارق: فكرة النظام العام في النظرية، والتطبيق، دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقهاء الاسلامي، المكتب الاسلامي، الطبعة الاولى، ص19.

³البشري، عماد طارق: مرجع سابق، ص19.

⁴البشري، عماد طارق: مرجع سابق، ص20، نقلا عن الدكتور توفيق شحاته، مبادئ القانون الاداري، الجزء الاول، الطبعة الاولى، 1954-1955، دار النشر للجامعات المصرية، ص332 وما بعدها

فيها او بعبارة اخرى هي مجموعة القواعد القانونية التي تنظم المصالح التي تهتم المجتمع مباشرة اكثر مما تهتم الافراد، سواء كانت تلك المصالح سياسية او اجتماعية او اقتصادية او خلقية¹.
أي ان النظام العام هو "مجموع المصالح الاساسية للجماعة، أي مجموع الاسس والدعامات التي يقوم عليها بناء الجماعة وكيانها، بحيث لا يتصور بقاء هذا الكيان سليما دون استقراره عليها. ولذلك كانت القواعد القانونية المتعلقة بالمصالح الاساسية للجماعة أي المتعلقة بالنظام العام، قواعد أمرها تملك الارادة الفردية ازاءها أي سلطان او قدره على مخالفتها، اذ تعرّض مخالفتها كيان المجتمع نفسه للانهايار والتصدع، فلا يسمح لاي كان بأن تجري ارادته على خلافها"².

وحيث ان الباحث تناول دراسة مفهوم فكرة النظام العام في مجال القانون الخاص، فإنه يبدو من خلال التعاريف السابقة التي ساقها فقهاء القانون الخاصان القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام تهدف الى تحقيق الحد الادنى من المصالح العامة والنظام في المجتمع، وليست تلك القواعد التي تسعى الى تحقيق الصالح العام والنظام في المجتمع، على اعتبار ان كل قواعد القانون بأكملها تسعى الى تحقيق هذا الهدف.³

و مفهوم فكرة النظام العام بالمعنى السابق، يمكن ان يتسع او يضيق تبعا للاتجاه السائد في المجتمع، فعندما تكون الغلبة للاتجاه الفردي في مجتمع ما يضيق مفهوم فكرة النظام العام، ويتسع في ظل المذاهب الاشتراكية.⁴

والحرية الفردية واطلاق سلطان الارادة يمنع الدولة من التدخل في شؤون الفرد الخاصة مما يقلل من فكرة النظام العام ويقصرها على القواعد الاساسية، اما في ظل المذاهب الاشتراكية

¹مرقس، سليمان: مدخل للعلوم القانونية، الطبعة الثانية، 1952، دار النشر للجامعات المصرية، ص77.
²كبيره، حسن: المدخل الى القانون، القانون بوجه عام، النظرية العامة للقواعد القانونية، النظرية العامة للحق، منشأة المعارف بالاسكندرية، ص47-48.

³تناغو، سمير عبد السيد: النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف بالاسكندرية، ص91.
⁴السنهوري، عبد الرزاق احمد: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الاول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011، ص437.

يتسع نطاق وظيفة الدولة، وتختفي المصالح الخاصة خلف المصالح العامة، مما يحتم بالضرورة تبعا لذلك اتساع في نطاق فكرة النظام العام¹.

هذا الاتساع في نطاق فكرة النظام العام يؤدي الى بسط نفوذها على كافة فروع القانون الامر الذي يجعل حصر هذه الفكرة في قالب معين او في اتجاه معين متعذرا، وذلك نظرا لنسبيتها وتغيرها في الزمان والمكان، فهي فكرة تضيق وتتسع حسبما يعتقد المجموع من الناس في زمان ومكان معين، ولا يوجد قاعدة او معيار ثابت يحدد النظام العام تحديدا مطلقا ينطبق على كل زمان ومكان، على اعتبار ان النظام العام مفهوم نسبي يختلف باختلاف الزمان والمكان، وكل ما يمكن عمله، هو وضع معيار مرن يتحدد على اساسه النظام العام، وهو ما يطلق عليه بمعيار المصلحة العامة، فحيث يتعلق الامر بالمصلحة العامة يعد من النظام العام، واذا ابتعد عن المصلحة العامة لا يعد من النظام العام².

قواعد النظام العام ترتبط بالمصالح العليا للمجتمع، وهي بالتاكيد تسمو على مصالح الافراد، فلا يجوز لهؤلاء الافراد العمل على مخالفتها بأي اتفاق فيما بينهم، حتى لو كان هذا الاتفاق يحقق مصلحة خاصة لهم³، وبذلك يتولى النظام العام احدى مهامه الاساسية، وهي الحد من سلطان الارادة، باعتباره قيда على حرية الافراد في التعاقد.

اهمية الدراسة :

مفهوم فكرة النظام العام من المواضيع المحورية والهامة جدا في النظم القانونية وخاصة النظم القانونية المعاصرة، اذ انها تطلع بدور ريادي وغرض لا يمكن الاستغناء عنه لكل نظام قانوني وضعي، حيث تعتبر فكرة النظام العام قيда على ارادة الافراد في مجال التصرفات القانونية، فاذا تعلقت القاعده القانونية بالنظام العام، انعدم امكان اتفاق الافراد على مخالفتها واستبعادها⁴، باعتبارها حدا على ارادتهم كما هي حدا على ارادة الجماعة و ارادة النظام السياسي

¹البشري، عماد طارق: مرجع سابق، ص21.

²السنهوري: عبد الرزاق احمد، المرجع السابق، ص435. انظر كذلك، كيره، حسن: مرجع سابق، ص98.

³السنهوري، عبد الرزاق احمد: مرجع سابق، ص335

⁴كيره، حسن: مرجع السابق، ص46.

القائم داخل الجماعة ممثلا بالدولة ذاتها، كما انها تعتبر المعول الذي تستخدمه الدولة في المحافظة على الاسس والقيم التي تبنتها.¹

فالنظام العام كونه قيذا على الارادة يعكس اثارا كثيرة في مجال القوانين الخاصة، كبطلان التصرف الذي يعترض طريق النظام العام، باعتبار ان هذا البطلان هو اثر قانوني، اضافة الى الاثر القضائي الذي يرتب الحرمان من حق رفع الدعوى في حال مخالفة النظام العام.² بناء على ذلك تكون وظيفة النظام العام، تقييد حقوق الافراد والحد من حريتهم في حال اجراء التصرفات القانونية، لاقامة التوازن بين ما يتمتعون به من حرية اجراء هذه التصرفات وبين ملائمتها لفكرة النظام العام.

لهذه الاسباب شرع الباحث بهذه الدراسة للوقوف على مفهوم فكرة النظام العام، وتطبيقاتها في النظام القانوني، والوقوف على الوظيفة التي تطلع بها، وآثارها على تصرفات الافراد القانونية فيما بينهم، واخيرا مدى سلطة القاضي من تلقاء نفسه في آتارة هذه الفكرة و تحديد محتواها من خلال ما يعرض عليه من منازعات.

عوائق الدراسة وصعوباتها:

دراسة موضوع فكرة النظام العام يجعل الباحث يواجه في طريقه عدة صعوبات، الاولى: حداثة طرق هذا الموضوع بشكل منفصل وموسع والوقوف على كافة حيثياته، وهذه الصعوبة تؤدي الى الصعوبة الثانية و المتمثلة في قلة الدراسات والمراجع التي تناولت هذا الموضوع بشكل مفصل حتى يستطيع الباحث الاستعانة بها للوصول الى الفهم الوافي والصحيح لمفهوم هذه الفكرة والوقوف على حيثياتها ضمن اطار القانون، حيث ان جميع المراجع والدراسات التي تناولت هذا الموضوع، تناولته بشكل مقتضب غير وافي يثري قريحة الباحث في اتمام دراسته.

اشكالية الدراسة:

تدور اشكالية هذه الدراسة حول ما هو مفهوم فكرة فكرة النظام العام؟ وما هو الأساس الفكري والفلسفي لهذا المفهوم؟ وما هو الاطار الغائي لمفهوم فكرة النظام العام؟ وما هي

¹البشري، عماد طارق: مرجع سابق، ص13.

²الغريب، محمد عيد: مرجع سابق، ص8.

خصائص مفهوم فكرة النظام العام؟ وما هو دور فكرة النظام العام في تحديد الحقوق وضمان مباشرتها؟ و ما هو الدور الوظيفي لفكرة النظام العام؟.

هذه الأسئلة وغيرها التي حاول الباحث الاجابة عليها من خلال دراسته هذه.

منهجية الدراسة:

سيتناول الباحث موضوع فكرة النظام العام باتباع المنهج الوصفي التحليلي المقارن، حيث سيقوم بشرح هذا الموضوع عن طريق الوقوف على مفهوم هذه الفكرة، بعد الرجوع الى التشريعات ذات الصلة ومن ثم الاطلاع على ما تيسر من الادبيات التي تناولت موضوع النظام العام، وذلك بالرجوع الى المراجع والدراسات والابحاث القانونية التي تناولت الموضوع.

اهداف الدراسة :

يهدف الباحث من دراسته هذه الى الاتي:

1. بيان الاساس الفكري و الفلسفي لمفهوم فكرة النظام العام، وذلك من خلال معرفة الاساس الذي يمنح القواعد القانونية مشروعيتها، وكذلك من خلال معرفة الاطار الغائي لهذه الفكرة.
2. دراسة خصائص فكرة النظام العام، ودور المشرع والقاضي في تحديد محتواها، ودورها في تحديد الحقوق و ضمان مباشرتها.
3. بيان جوهر ماهية فكرة النظام العام ومضمونها وتأصيل هذه الفكرة من خلال الاطلاع على الادبيات القانونية التي تناولت هذا الموضوع.
4. بيان الوظائف التي تطلع بها هذه الفكرة سواء بشكل مباشر باعتبارها حدا على ارادة الافراد والمجتمع والدولة، او بشكل غير مباشر باعتبارها الدرع الواقي لحماية الاسس القيمة والاخلاقية والثقافية والدينية والاقتصادية والاجتماعية التي هي حصيلة موروث الجماعة، وما يعتقدون في مجتمع معين في زمان ومكان معين.

5. بيان تطبيقات فكرة النظام العام في مجلة الاحكام العدلية باعتبارها تمثل التشريع المدني الفلسطينية النافذ.

6. بيان استحقاقات فكرة النظام العام بالنسبة للتصرف القانوني باعتباره يمثل المجال الحركي لها، لانالتصرف القانوني نتاج الارادة وساحة نشاطها.

نطاق الدراسة:

يتحدد نطاق هذه الدراسة بالاطلاع على مفهوم النظام العام وذلك من خلال دراسة الادبيات المتعلقة بمضمون هذه الفكرة ومفهومها، وكذلك دراسة تطبيقاتها في مجلة الاحكام العدلية باعتبارها القانون المدني الفلسطيني .

بيانات الدراسة

البيانات التي سيستخدمها الباحث لتغطية هذه الدراسة هي من صنف البيانات الثانوية، من خلال دراسة قواعد مجلة الاحكام العدلية و مجموعة من المراجع ذات الصلة، حيث تم التعامل بشكل مكثف مع مجلة الاحكام العدلية وهي المصدر الوحيد الذي تناوله الباحث، باعتبار ان القواعد الكلية الواردة فيه مبادئ ثابتة وخير موجهاة للعدل، اما بالنسبة للمراجع وهي الدراسات الفقهية التي عالجت الموضوع، ومنها كتاب فكرة النظام العام في النظرية والتطبيق وهي دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقه الاسلامي للدكتور عماد طارق البشري، وكتاب بعنوان النظام العام في العقود المدنية ومدى الحماية التي يكفلها له القانون الجنائي في مجال الانعقاد والتنفيذ للدكتور محمد عيد الغريب، هذا بالاضافة الى بعض الكتب القانونية التي اشارت بشكل عرضي الى هذا الموضوع سأقوم بالاشارة اليها في نهاية هذه الدراسة في صفحة المصادر والمراجع.

محددات الدراسة :

سيتناول الباحث موضوع مفهوم فكرة النظام العام وتطبيقاتها في مجلة الاحكام العدلية باعتبارها التشريع المدني الفلسطيني، وذلك ضمن اطار فروع القانون الخاص، مع الاشارة الى بعض التطبيقات في فروع القانون العام، واستحقاقات هذه الفكره على صعيد المشرع والقاضي واطراف العقد، مقارنة مع الفقه الاسلامي.

الدراسات السابقة :

على الرغم من اهمية موضوع فكرة النظام العام وتطبيقاتها في التشريع، الا ان الدراسات التي تعرضت لهذا الموضوع بشكل مفصل قليلة جدا، فمنها ما تحدث عن مفهوم فكرة النظام العام وتطبيقاتها ضمن اطار القانون العام ، ككتاب فكرة النظام العام في النظرية والتطبيق للدكتور عماد طارق البشري، ومنها كتاب النظام العام في العقود المدنية ومدى الحماية التي يكفلها له القانون الجنائي في مجال الانعقاد والتنفيذ للدكتور محمد عيد الغريب، هذا بالاضافة الى بعض الشراح والفقهاء الذين تحدثوا بشكل عرضي عن هذا الموضوع ضمن مؤلفاتهم من خلال عدة صفحات قليلة ضمنوها كتب المدخل الى علم القانون، او النظرية العامة للقانون، ومن ههالمؤلفات على سبيل المثال لا للحصر :

1. (فكرة النظام العام في النظرية والتطبيق)، عماد طارق البشري، وهو دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقه الاسلامي، وقد تحدث المؤلف فيه عن فكرة النظام العام وتطبيقاتها في مجال القانون العام، حيث تناول تاريخ فكرة النظام العام من حيث النشأة والتطور والتبلور، وتحدث ايضا عن فكرة النظام العام من ناحية التأصيلية في التشريع الوضعي والشريعة الاسلامية، وتناول كذلك فكرة النظام العام من الناحية التطبيقية، الا انه لم يتناول مفهوم هذه الفكرة في مجال القانون الخاص بشكل تفصيلي، ولم يشر الى تطبيقاتها في مجاله .

2. (النظام العام في العقود المدنية ومدى الحماية التي يكفلها له القانون الجنائي في مجال الانعقاد والتنفيذ)، محمد عيد الغريب، وقد تناول المؤلف من خلال صفحاته الفكرة الجنائية

للنظام العام في مجال التعاقد، وتناول ايضا مجال النظام العام التعاقدى في قانون العقوبات، وتناول كذلك اثار النظام العام التعاقدى على تطور القانون المدني، هذا من خلال صفحات القسم الاول للكتاب، اما في القسم الثاني فقد تناول المؤلف الفكرة الجنائية لحسن الاداب، واثار الفكرة الجنائية لحسن الاداب في مجال العقود المدنية، اما في القسم الثالث فقد تناول الحماية الجنائية للنظام العام، الا انه يلاحظ بشأن الدراسة اعلاه انها انحصرت في اثر النظام العام في مجال العقود المدنية والحماية التي يقرها القانون الجنائي في مرحلة الانعقاد والتنفيذ .

3. (النظرية العامة للقانون)، سمير عبد السيد تناغو، حيث تناول هذا الفقيه من ضمن صفحات هذا المؤلف بعدد قليل من الصفحات فكرة النظام العام والاداب كمعيار مرن للتفريق بين القواعد الامرة والمكملة، وتحدث ايضا عن تحديد فكرة النظام العام والاداب وتناول بعدها فكرة النظام العام الاشتراكي، وتناول ايضا تطبيقات على فكرة النظام العام وتطبيقات على فكرة الاداب، واخيرا تحدث عن اثار تعلق القاعده القانونية بالنظام العام والاداب، فهى عرض لفكرة النظام العام بشكل مقتضب لا تعطي تصور كامل عن هذه الفكرة وعلاقتها بالقانون وغاياته، ومدى تأثيرها على الارادة عند القيام بالتصرفات القانونية، واثرها على التصرفات المخالفة لمفهومها، والاساس الذي تقوم عليه.

خطة الدراسة:

سيتناول الباحث هذه الدراسة في ثلاثة فصول على النحو التالي:

الفصل الاول يدور حول الاساس الفكري و الفلسفي لمفهومفكرة النظام العام، وتأصيلها وذلك من خلال مبحثين، المبحث الاول اساس شرعية القواعد القانونية وعلاقتها بفكرة النظام العام، وذلك من خلال اربع مطالب، المطلب الاول فكرة النظام العام تعد تعبيراً صادقاً عن معتقدات الجماعة، وفي المطلب الثاني علاقة النظام العام بالمبادئ العامة للنظام الاجتماعي، وفي المطلب الثالث فكرة النظام العام ومشروعية القواعد القانونية، وفي المطلب الرابع معيار التمييز بين مفهوم فكرة النظام العام و قواعدها القانونية والعلاقة بينهما، وفي المبحث الثاني تناول الباحث لاطار الغائي لمفهوم فكرة النظام العام من الجانب التأصيلي في ثلاثة مطالب، المطلب

الاول فكرة النظام العام تفرض ضوابط السلوك لحفظ التوازن بين الروابط القانونية، وفي المطلب الثاني سلوك الافراد معلق في مشروعيته على اساس الاستعمال الاجتماعي، و في المطلب الثالث موقف النظام العام من الحرية .

اما الفصل الثاني سيتناول الباحث من خلاله خصائص فكرة النظام العام و دور المشرع والقاضي في تحديد محتواها ودورها في تحديد الحقوق وضمان مباشرتها من خلال ثلاثة مباحث، سيتناول المبحث الاول خصائص فكرة النظام العام من خلال ثلاث مطالب، المطلب الاول فكرة النظام العام وارتباطها بغاية القانون، والمطلب الثاني علاقة فكرة النظام العام بالاخلاق، والمطلب الثالث العدل والعدالة وعلاقتها بفكرة النظام العام، اما المبحث الثاني دور المشرع والقاضي في تحديد محتوى النظام العام سيتناوله الباحث من خلال مطلبين، المطلب الاول دور المشرع في تحديد محتوى النظام العام، وفي المطلب الثاني دور القاضي في تحديد محتوى النظام العام، اما المبحث الثالث دور فكرة النظام العام في تحديد الحقوق وضمان مباشرتها سيتناوله الباحث من خلال ثلاثة مطالب، المطلب الاول علاقة النظام العام بفكرة الحق، والمطلب الثاني علاقة النظام العام بنظرية التعسف في استعمال الحق، والمطلب الثالث دور فكرة النظام العام في العلاقة التعاقدية .

اما الفصل الثالث فقد خصه الباحث لدراسة ماهية فكرة النظام العام ودورها الوظيفي وذلك من خلال مبحثين، المبحث الاول ماهية فكرة النظام العام حيث سيتناوله الباحث من خلال اربعة مطالب، المطلب الاول النظام العام يفرض قواعد السلوك كامر او تكليف، والمطلب الثاني التكليف بمفهوم فكرة النظام العام يحمل الزاما بفعل على سبيل الحتم او الزاما بالترك على سبيل النهي، والمطلب الثالث مدى صلاحية التكليف الامر كمياري للتمييز بين القواعد القانونية الامرة والمكملة، والمطلب الرابع النظام العام معيار للتمييز بين القواعد القانونية الامرة والمكملة، اما المبحث الثاني الدور الوظيفي لفكرة النظام العام سيتناوله الباحث من خلال ثلاثة مطالب، المطلب الاول سلطان الارادة مقيد بفكرة النظام العام، والمطلب الثاني التصرف القانوني يمثل المجال الحركي لفكرة النظام العام، والمطلب الثالث البطلان يلحق التصرف القانوني المخالف لمقتضيات فكرة النظام العام .

الفصل الاول

الاساس الفكري والفلسفي لمفهوم فكرة النظام العام.

تناول الباحث في هذا الفصل، البحث في اساس مشروعية القواعد القانونية من خلال ان فكرة النظام العام تعد تعبيراً صادقاً عن معتقدات الجماعة، وعلاقتها بالمبادئ العامة للنظام الاجتماعي، واعتبارها اساساً لمشروعية القواعد القانونية، ومعيار التمييز بين مفهومها وقواعدها القانونية والعلاقة بينهما، وكذلك دراسة الاطار الغائي لمفهوم فكرة النظام العام، التي تفرض ضوابط السلوك لحفظ التوازن بين الروابط القانونية، وان سلوك الافراد معلق في مشروعيته على اساس الاستعمال الاجتماعي، و موقف النظام العام من الحرية.

المبحث الاول: اساس مشروعية القواعد القانونية.

المطلب الاول: فكرة النظام العام تعد تعبيراً صادقاً عن معتقدات الجماعة.

سبق القول: ان فكرة النظام العام تسمح بدخول التيارات الاجتماعية والسياسية السائدة في المجتمع الى دائرة المعاملات بين الافراد، فعندما كان النظام الحر بنزوعه الفردي ومبدأ عدم التدخل، يمثلان الفلسفة السائدة في المجتمع في زمن معين، كان مبدأ سلطان الارادة من اهم تطبيقات فكرة النظام العام¹.

الا انه عندما ظهر الوجه البائس لفضائل النظام الفردي ومبدأ عدم التدخل، من خلال اصابة قطاع واسع من الناس بالفقر والبؤس²، كان لا بد من تدخل القانون استجابة لنداءات هؤلاء الناس وعلى رأسهم الطبقة العاملة المسحوقة، ليسعفهم ويقل عثارهم في مواجهتهم مع اصحاب المال والقوى الاقتصادية التي كانت نتيجة النظام الفردي، فأخذت الافكار الاشتراكية بالظهور، والتي تمثل ادعاءات الجماعة في كبح جماح النظام الفردي واعادة التوازن الى

¹تيناغو، سمير عبد السيد: مرجع سابق، ص92.

²لويدي، دينيس: فكرة القانون، تعريب المحامي سليم الصويص، مراجعة سليم بيسسو، عالم المعرفة، 1981، الكويت، ص240.

المجتمع والمحافظة على السلم الاجتماعي ورفض مبدأ عدم التدخل¹، الذي عكس ايشع صور الظلم والاستغلال، فكانت هذه الافكار تهدف الى رفع الظلم عن غالبية المجتمع، من خلال صياغة ما تحمله من افكار ومبادئ في تشريعات تحمي حقوقهم².

لا مجال للشك ان هذه التشريعات تمثل قواعد نظام عام، والا كانت سهلة الخرق والمجازة والتهرب من احكامها، فاللجوء الى فكرة النظام العام بما تتمتع به هذه الفكرة من خواص تجعلها عصية على المخالفة على سند من انها تعبر عن معتقدات الجماعة وافكارها، باعتبار ان خصوصية فكرة النظام العام تستند الى طبيعة النزعة الاجتماعية والسياسية التي تتبع منها³، فهي تأخذ لون النظام الاجتماعي والسياسي السائد في مجتمع معين في زمن معين.

فالقانون يجب ان يجسد في طياته المفهوم العام عن الفلسفة السائدة في المجتمع الذي يطبق فيه، فالذي ينحدر عن التصورات الجماعية لاي مجتمع ليس هو مجموعة القواعد القانونية المحددة، وانما هو المدلول العام للنظام الاجتماعي بما يتضمنه من روابط اجتماعية حيث ان القواعد القانونية المحددة لا يمكن ان تسود ولا يكتب لها الدوام اذا خلت من التصور الجماعي للنظام والروابط الاجتماعية⁴.

فالقانون حتى يكتب له الاستمرار ويحظى بالقبول الجماعي والانصياع لاحكامه، لا بد وان يحمل في ثناياه غايات يسعى الى تحقيقها، وهذه الغايات تمثل ما تصبوا اليه الجماعة باقامة تنظيم اجتماعي متوازن، فهو بحاجة الى ان يرتبط بالقيم التي يريدها المجتمع ويسعى اليها حتى يستطيع ان يسود، فالمجتمع يحكم على القانون المطبق فيه من خلال تلك القيم التي يؤمن بها،

¹ رمضان، سيد محمود: الوسيط في شرح قانون العمل، دراسة مقارنة مع التطبيقات القضائية لمحكمتي التمييز والنقض، الطبعة الاولى، 2004، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، ص 28-29.

² ابو شنب، احمد عبد الكريم: شرح قانون العمل وفقا لاحدث بالتعديلات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2006، الطبعة الثانية، ص34.

³ سلطان، انور: مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة السادسة، 2012، ص110.

⁴ عطية، نعيم: في النظرية العامة للحريات الفردية، الناشر الدار القومية للطباعة والنشر، القاهرة، 1965، ص52.

فاذا ما لاحظ ان القانون انحرف عن تلك القيم التي تتصورها الجماعة، فانه يسعى الى تعديله بما ينسجم مع هذه القيم¹.

وهو ذات الامر، في الحالة التي يخطوا بها المجتمع خطوه حضارية نحو التقدم، ناتجة عن حركته الدائبة المستمرة في تصور ما هو مرغوب فيه من مبادئ التنظيم الاجتماعي بما يحقق صالحه العام، فأى خطوة بهذا الاتجاه يتوجب ان يتبعها خطوة مماثلة في القانون الذي يحكم المجتمع، وذلك من اجل تحقيق التوازن الحيوي بين القانون وما تصبوا اليه الجماعة من تصورات ضرورية لبناء كيانها الاجتماعي، فحيثما يتحقق هذا التوازن بين القانون والمجتمع، يكون القانون اقرب الى تحقيق مقتضيات العدالة التي يسعى المجتمع اليها².

فاذا انحرف القانون عن معتقدات الجماعة، ولم تعد تصورات المجتمع مجسدة في طبيائته، فانه يفقد ثقة المجتمع به، واذا فقد القانون ثقة المجتمع، فانه يفقد فعاليته، واذا فقد فعاليته فانه يفقد وجوده، باعتبار ان القواعد القانونية تدور مع الاعتقاد بأنها تعبر عن افكار الجماعة وتصوراتها وجودا وعدما، فاذا انحرفت هذه القواعد عن معيارية التعبير عن تصورات الجماعة وافكارها الفلسفية تنعدم، لان فاعلية القاعدة القانونية تعد شرطا لصحتها، فالقاعدة التي تفقد فاعليتها تفقد في الوقت ذاته صحتها ومن ثم تفقد وجودها³.

فلا يمكن فهم القانون بعيدا عن الغايات التي يسعى الى تحقيقها، فهو متصل اتصالا عميقا بكل اشكال النشاط الانساني، ولا يمكن فهمه الا بادراك تلك الغايات الكامنة في مجموعة القيم الموروثة في المجتمع، وان كانت هذه القيم متغيرة وغير مطلقة، لان النظام القانوني عندما يتطور فإنه بذلك يسعى الى تحقيق العدالة ضمن اطار تلك القيم⁴.

حيث ان مبادئ التنظيم الاجتماعي التي يتصورها المجتمع لتحكم كافة الروابط الانسانية نحو اكبر قدر من الكمال بما يحقق اكبر قدر من العدالة والتقدم، يجب ان تلتقي مع القانون

¹لويدي، دينيس: مرجع سابق، ص143.

²عبدالله، محمد محمود: المدخل الى علم القانون او النظرية العامة للقانون، الطبعة السابعة، منشورات جامعة دمشق، 1996-1997، ص51.

³الجمال، مصطفى وعبد الحميد محمد: النظرية العامة للقانون، الدار الجامعية، بيروت، 1987، ص258. انظر كذلك تيناغو، سمير عبد السيد: مرجع سابق، ص74.

⁴لويدي، دينيس: مرجع سابق، ص140.

الذي يطبق فيه من اجل تحقيق تلك الغاية ، فالقانون يجب ان يكون نتيجة لتلك المبادئ¹، فتحقيق العدالة في أي مجتمع مرتبط بكون القانون يعكس تصورات الجماعة عن القيم التي تحقق نظام اجتماعي مرغوب فيه.

هذا النظر يؤدي الى اعتبار القانون ، ليس فقط اداة لتقييد الحرية ومنعها من جني ثمار التصرف ان خالفته، وليس هو كذلك اداة لكبحنوازع الظلم في النفس الانسانية، بل هو اداة فعالة للاطلاع بالاهداف التي يسعى الانسان الى تحقيقها مدفوعا اليها بتوجهاته الاجتماعية².

القانون لا ينظر اليه كفكرة بسيطة، بل يجب ان ينظر اليه من خلال المصلحة والهدف الذي تغياه على سند من تصورات الجماعة لهذه المصلحة وذلك الهدف، وعليه فإن تفسير القانون وتطبيقه يجب ان يهدف الى سمو المصلحة الهدف الذي تغياه القانون³، استجابة لنداءات الجماعة ومعتقداتها.

و تحديد مضمون فكرة النظام العام يوجب علينا قراءة اراء الجماعة ومعتقداتها وفلسفتها وما تسعى الى تحقيقه، فالتيار العام السائد في الجماعة في زمن معين هو الذي يسمح لنا بتحديد مضمون فكرة النظام العام، وبالتالي تصبح هذه الفكرة تعبيراً صادقاً عن التصور الكلي للجماعة وما تراه، وليس ادل على ذلك من ان القاضي وهو بصدد تحديد مضمون فكرة النظام العام لا يتقيد برأيه الشخصي، وانما هو مقيد بإملاءات الجماعة وافكارها وادعاءاتها⁴.

فالقانون اذن يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالمجتمع، فهو يعكس تصورات هذا المجتمع عن التنظيم الاجتماعي الذي يرغب فيه، ويترتب على ذلك ، انه في الحالة التي يحجم القانون فيها عن التعبير عن المبادئ الخلقية او مستويات السلوك السائدة فيه، فإنه يبقى كالعدم لا فاعلية له بسبب مقاومة الافراد له وعدم الالتزام بطاعته، على سند انه لا يعبر عن امالهم وتطلعاتهم ونمط الثقافة التي تسود في مجتمعهم، فإذا اريد للقانون ان يكتب له الدوام والفاعلية ، فلا بد ان يعبر عن القيم الاساسية النابعة من التصور الكلي للجماعة، وهو اذ ذاك لا يمكن ان يهدف الى

¹ عبد الله، محمد محمود: مرجع سابق، ص 49.

² لويد ، دنيس: مرجع سابق، ص 96.

³ دياس: فلسفة القانون، المذاهب الاقتصادية والواقعية والقانون الطبيعي، ترجمة هنري رياض، مراجعة عبد العزيز صفوت، دار الجليل، بيروت، الطبعة الاولى، 1986 ص 96.

⁴ كيرة، حسن: مرجع سابق، ص 53.

عكس المستوى العام للاخلاق او مستويات السلوك الاجتماعي المقبولة السائدة في المجتمع من جميع الجوانب، على اعتبار انه اداة موجهة يجب اعمالها لتحقيق العدالة والتقدم الاجتماعي¹.

المطلب الثاني: علاقة النظام العام بالمبادئ العامة للنظام الاجتماعي.

المقصود بالمبادئ العامة للنظام الاجتماعي " تلك القواعد الاصولية التي تستند اليها الدولة في قيادة وتوجيه النشاط الاقتصادي والفكري اجتماعيا "، او هي " تلك المبادئ التي يقوم عليها تنظيم الروابط الانسانية تنظيما يحقق المصالح المشتركة"².

فالقواعد الاصولية او المبادئ العامة التي تتبعها الهيئة الحاكمة في توجيه النشاط الاقتصادي والفكري، وتعمل على تنظيم الروابط الانسانية بهدف تحقيق نظام اجتماعي للوصول الى الصالح المشترك، وهي اذ ذاك، تفرض اتجاهات معينة يقتضيها استتباب نظام الجماعة، وما دامت بهذا المعنى، فانها حتما تتضوي على فكرة النظام العام، على اعتبار ان كل ما يتعلق بالتسليح القانوني لحياة المجتمع يعد نظاما عاما³، بل هو النظام العام بحد ذاته، لانه يمثل مصالح جوهرية عليا تتعلق بمصالح الجماعة.

حيث ان المبادئ الاجتماعية القائمة تحكم المجتمع فيكافة جوانبه واتجاهاته، وقد سماها "اورليخ"⁴ " بالقانون الحي"، حيث اعتبر ان لكل مجتمع نظاما داخليا، وان هذا النظام يهيمن على حياة المجتمع نفسها، ولو لم يثبت بنصوص قانونية، فهو عبارة عن "تمط ثقافة"، يفرض على رجل القانون الامام بالقانون الحي الى جانب معرفة بالقانون الوضعي، على سند من ان العجز عن ربط قواعد القانون الوضعي بالقانون الحي يعتبر تجاهل للقانون الحي، ويعطينا صورة غير حقيقية للنظام الاجتماعي بأكمله⁵.

¹لويدي، دنيس: مرجع سابق، ص 173.

²عبد الله، محمد محمود: مرجع سابق، ص 20.

³عصفور، محمد: الحرية في الفكرين الديمقراطي والاشتراكي، بدون دار طباعة، 1961، ص 119.

⁴اورليخ: كاتب الماني كان مهتم بالجانب الاجتماعي للقانون، وهدفه البحث ما وراء القواعد القانونية الشكلية للوصول الى المبادئ الاجتماعية التي تحكم المجتمع في كافة جوانبه.

⁵لويدي، دنيس: مرجع سابق، ص 249.

فالمبادئ العامة وهي نمط الثقافة لاي مجتمع، تعد انعكاسا للفلسفة العامة السائدة فيه، وهي تقوم على اساس التصور الذي يراه المجتمع عن الحياة وعن النظام الاجتماعي الذي يرغب فيه، وعن كيفية تنظيم الروابط الاجتماعية بين افراده، وعن القانون كيف يجب ان يكون ليحقق حماية لهذا التنظيم الاجتماعي المرغوب فيه، ومن خلال هذا التصور يتم استنباط القواعد القانونية التي تنظم الروابط الانسانية بما يحقق الصالح المشترك، فهي بهذا المعنى قاعدة القواعد القانونية ، التي تم على هداها صنع القانون¹، والنظام العام يمثل تعبيراً عن الخطة المتبعة بهدف الوصول الى النظام الاجتماعي المنشود، وان كانت هذه المبادئ تمثل تنظيمًا اجتماعيًا يقوم على اساس فردي او اجتماعي او اشتراكي او غير ذلك.

وكما ان القواعد القانونية الوضعية يجب ان تسن وتوضع على هدى من المبادئ العامة للنظام الاجتماعي، فانه وفي مجتمع متماسك يمكن الوصول والتعرف على المبادئ العامة من خلال النصوص القانونية المرعية فيه باستقراء الاساس الذي بنيت عليه²، فمثلا عندما ينص المشرع على انه (يتوجب على المشتري ان يكون حريصا وياخذ حذره)، فاننا نستطيع ان نفهم ان المبادئ العامة التي انطلق منها المشرع وبنى نظامه القانوني على اساسها، هي مبادئ النظام الراسمالي التي قل ما تتصادم مبادئه مع النظام العام.

يؤسس على ما تقدم، ان المبادئ العامة للنظام الاجتماعي (القانون الحي) تقوم بدور المرشد للمشرع في استنباط القواعد القانونية الملائمة لنظامه الاجتماعي وهو يقوم بعملية سن التشريعات، فهو يستنبط القواعد القانونية من خلال المبادئ العامة التي تسيطر على تصورات المجتمع، وتحمي نظامه الاجتماعي، وهو نفس الدور تقوم به هذه المبادئ العامة بالنسبة لعمل القاضي، حيث ترشده الى الحكم العادل الصحيح عند خلو التشريع من النص على المسألة المعروضة عليه³.

هذا التصور يقودنا الى حقيقة لامناص منها، الا وهي انه يتوجب على المشرع والقاضي في ان واحد ان يكونوا على اتصال وثيق بجوهر النظام الداخلي للمجتمع، وعلى علم واسع

¹تناغو، سمير عبد السيد: مرجع سابق، ص246-247.

²تروبير، ميشيل: فلسفة القانون، ترجمة جورج اسعد، دار الانوار للطباعة والنشر، الطبعة الاولى، 2004، ص76.

³تيناغو، سمير عبد السيد: مرجع السابق، ص257.

بحيئات (القانون الحي) في مجتمعهم، وعلى اطلاع عميق على نبض المجتمع الذي يعيشون فيه، حتى لا يحصل هناك تعارض ما بين القانون الحي والقانون الذي يسنه المشرع او الحكم الذي يصدره القاضي، و مبادئ القانون الحي في حالة حراك وتغيير مستمر، كما ان القيم السائدة في المجتمع سيكون لها تأثير على القانون الحي، وحتى ينسجم القانون الوضعي مع القانون الحي، ويكون قرار القاضي منسجما مع هذا القانون، فانه يتوجب على القانون الوضعي ان يتكيف معه، ولا يتم ذلك الا من خلال فهم القاضي والمشرع لمبادئ القانون الحي في ذات الفترة، وتعميق الصلة بهذا القانون، فعدم القدرة على ربط القانون الوضعي بالقانون الحي يعطي صورة مضللة عن النظام الاجتماعي¹.

فهذه المبادئ العامة اذا تعلق بمصالح المجتمع وقيمه العليا وبنائه الاقتصادي والسياسي والاجتماعي والفكري، فانها لا شك في مثل هذا الصدد تمثل تحديدا لمفهوم فكرة النظام العام، وذلك على سند من ان كل ما يتعلق بأسس المجتمع العليا حتما سينضوي على فكرة النظام العام، فالنظام العام يمثل تعبيرا عن هذه الاسس العليا التي تمثل العمود الفقري لاي مجتمع²، بل هو تعبير عن الخطة التي يتم على اساسها تحقيق النظام الاجتماعي، ومن هنا تظهر العلاقة بين المبادئ العامة للنظام الاجتماعي وفكرة النظام العام، على اعتبار ان النظام العام على حد تعبير الفقيه "بورديو" انه "مجموعة المبادئ التي تعرف مجتمعا معينا"³.

توصلنا الى ان المبادئ العامة الا وهي القانون الحي، هي حصيلة مفاهيم الفكر الانساني لما يتصوره عن اقامة نظام اجتماعي مرغوب فيه، وهي بهذا النظر تفرض احترامها ويوجب اتباعها، وذلك من خلال الهدف الذي تسعى اليه، الا وهو اقامة النظام الاجتماعي الذي تصبو اليه الجماعة من خلال مفاهيمها الفكرية⁴، الا ان هذه المفاهيم تختلف من مجتمع الى اخر، وذلك بسبب ما يحكم هذا المجتمع من اختلاف في النظرة الى ما يجب ان يكون عليه

¹لويدي، دنيس: مرجع سابق، ص 249-250.

²الزرعي، عوض احمد: المدخل الى علم القانون، دار وائل للنشر، 2001، ص 129.

³موجود في عصفور، محمد: مرجع سابق، ص 118.

⁴عبدالله، محمد محمود: مرجع سابق، ص 20.

نظامه الاجتماعي وما هي المبادئ التي تحكمه، فكل مجتمع متماسك يمتلك نمط ثقافي يقرر ايدولوجياته المختلفة¹.

طالما ان هذه المبادئ التي يعتنقها المجتمع يرمي من خلالها الى تحقيق نظام اجتماعي مرغوب فيه وقائم على توازن الروابط الاجتماعية فيه، فان ذلك لا يدع مجالاً للشك بان فكرة النظام العام هي التي تعبر عن هذه المبادئ، وبما ان هذه المبادئ في حالة تغير مستمر وتختلف من مجتمع الى اخر، فانها والحالة هذه تميزه عن غيره من المجتمعات الاخرى، وهو ما يؤكد ما قاله الفقيه (سيمون)² وهو بصدد تعريف مفهوم النظام العام على انه: "مجموع الخصائص المميزة لفكرة القانون في جماعة معينة"³.

ما سلف، يؤكد انه لاقامة نظام اجتماعي متماسك لاي مجتمع، لابد ان تلتقي فلسفة هذا المجتمع وما يعتنقه من مبادئ عامة يرغب ان يقوم على اساسها نظامه الاجتماعي، مع التنظيم القانوني الذي يقيمه او يرسيه⁴، بواسطة المشرع الذي يجب ان يضع قانون يحمي النظام الاجتماعي بكافة جوانبه.

وذلك لان التنظيم القانوني الذي يضعه المشرع، وان كان عميق الجذور في التركيبة الاجتماعية العامة ويعبر عن الايدولوجية التي يعتنقها المجتمع بهدف تحقيق نظام اجتماعي متكامل مرغوب فيه، الا ان المجتمع يعمل على تطوير بعض المبادئ الاساسية التي تمثل الخطة او الهيكل الذي يتطور القانون على هداه، على اعتبار ان هذه المبادئ مرنة في دور الحركة، مستمرة التغيير تبعاً للتطور الذي يلحق المجتمع، فما كان يعد من الافتراضات الاساسية للمجتمع في وقت سابق، لم يعد الان كذلك، فالحرية التعاقدية مثلاً، كانت تعد من هذه الافتراضات في وقت مضى، اما الان فاصبح الاعتراف بافكار ومبادئ جديدة على نقيض ما

¹ روسكو، باوند، موجود في لويد، دينس: مرجع سابق، ص 250.

² جان سيمون بكتيت: فقيه سويسري، عاش ما بين " 1914-2002"، له معرفة واسعة بالقانون الدولي الانساني، و كان له دور اساسي في صياغة اتفاقيات جنيف عام 1949.

³ موجود في عصفور، محمد: مرجع سابق، ص 119.

⁴ بورديو: المطول في علم السياسة، موجود في عبدالله، محمد محمود: مرجع سابق، ص 21.

كان في السابق، كالقيود التي وضعت على الحرية التعاقدية في علاقات العمل وما الى ذلك من الافكار الجديدة¹.

والحرية بعد ان كانت الدرع الواقي للفرد من تدخل القانون والدولة وتفرض عليهما دورا سلبيا بعدم التدخل، ومع تطور الظروف الاقتصادية والاجتماعية التي اخذت تضغط على الفرد لتخضعه لها، اصبحت الحرية ذاتها تفرض على الدولة والقانون التزاما ايجابيا بالتدخل وقاية للفرد من القوى الاقتصادية والاجتماعية لتعيينه على التحرر².

هذه الأفكار التي القت بظلالها على القانون جعلت من الجماعة تحتل مكانا غير الذي كانت عليه، فقد انقلبت من دور المتلقي للقيم والمبادئ والافكار التي تصوغ قيمها العليا ومبادئها الكلية التي تفرضها السلطة الحاكمة، الى الدور الصانع لهذه الافكار والمبادئ التي تبني التنظيم الاجتماعي لها، ازاء هذا التحول في دور الجماعة لم تجد الدولة محيص الا ان تصوغ هذه المبادئ والافكار بقواعد قانونية بطيات التشريع الذي تسنه، او من خلال السلطة القضائية التي تقوم بوزن هذه الافكار من منظور الجماعة وما تعتقده من قيم وافكار، وما ذلك الا تعبيرا عن استجابة الدولة لضغوط الجماعة في تحويل افكارها ومبادئها الى قواعد قانونية عصية على الخرق والمخالفة، كمبدأ الحد من حرية التعاقد، واعادة التوازن الى العقد المنهار، او تعديل الشروط المرهقة فيه³.

استجابة لذلك، ما نشهده اليوم من تشريعات العمل المتعلقة بالنظام العام، فما هي الا استجابة لضغط الجماعة انتصارا للعامل الضعيف، فالجماعة ترغب في اعانته وشد ازره في معركته مع رب العمل الذي يملك القوة الاقتصادية الهائلة باقل افتراض.

ولم يعد العقد شريعة المتعاقدين، وذلك بضغط من الجماعة، حيث تمكنت المحاكم من ان تجد في العقد شروطا لم تخطر ببال المتعاقدين ولم يكونوا يقصدوها، كما انها استطاعت ان تعدل شروط العقد التعسفية، كما ان القانون الفرنسي ذهب الى تحويل المحاكم سلطة تعليق

¹لويدي، دينيس: مرجع سابق، ص250-251.

²فهمي، مصطفى ابو زيد: النظرية العامة للدولة في الديمقراطية الغربية والديموقراطية الماركسية والاسلام، الناشر منشأة المعارف بالاسكندرية، الطبعة الاولى، 1985، ص110.

³البشري، عماد طارق: مرجع سابق، ص75.

العقود او الغائها او تعديل شروطها، وذلك على سند من فكرة اخلاقية انسانية تهدف الى تحميل الاعباء للطرف الاقوى في العلاقة التعاقدية، فعندما تعدل المحكمة من شروط العقد، فانها تستند الى فكرة العدالة الاجتماعية، لتكريس دور الدولة في تحقيق الرفاه الاجتماعي للناس برفع الفقر عنهم¹.

المطلب الثالث: فكرة النظام العام ومشروعية القواعد القانونية.

فكرة النظام العام كما سلف القول تمثل تعبيراً عن الروح القانونية لمجتمع ما، باعتبار انها تمثل خطة شاملة لتنظيم المجتمع، وهي لا تقتصر على مجال واحد من مجالات التنظيم القانوني، وانما تستغرقها جميعاً، فعندما يفرض النظام القانوني آليات بقصد حماية استقرار الجماعة، فإن هذه الآليات حتماً تنطوي على فكرة النظام العام، وبعبارة اخرى فإن كل ما يتصل بالتسليح القانوني لحياة الجماعة يكون على علاقة وطيدة بالنظام العام، فالنظام العام له طبيعة حيوية كي يؤدي وظيفته باعتباره اداة لتحقيق التطور الاجتماعي، وهذا ما يبرر عدم اتفاق فكرة النظام العام مع استقرار النصوص القانونية التي يسنها المشرع الذي لا يستطيع ان يحدد له مضمونا لا يتغير او يعرفه على وجه محدد².

فالنظام العام هو الضوابط التي توصل التصرفات والقواعد القانونية المسنونة الى غاياتها، فهو الذي يحدد مشروعية هذه التصرفات وتلك القواعد، فاذا تعلق الامر مثلاً بانعقاد عقد ما، فإن توازن التزامات الطرفين في هذا العقد وتعاقد شروطه من النظام العام بحسب الفلسفة القانونية السائدة في مجتمعنا، فإذا اخلت توازن هذا العقد او كانت شروطه مجحفة على كاهل احد عاقديه تدخل المشرع او القاضي لاعادة توازنه او ابطال الشروط المجحفة فيه استجابة لتداعيات النظام العام³، فتدخل المشرع والقاضي في هذه الحالات يكون باسم الجماعة تحقيقاً للعدل ومراعاة للعدالة برفع الظلم و احقاقاً للحق.

¹جاوند، روسكو: مدخل الى فلسفة القانون، ترجمة الكتور صلاح دباغ، مراجعة الكتور احمد مسلم، المؤسسة الوطنية للطباعة والنشر، بيروت، 1967، ص184-187.

²عصفور، محمد: مرجع سابق، ص 119.

³الدكتورعلي، مصلح: من مناقشات رساله.

وما قواعد قانون العمل الا استجابة لهذه التداعيات بغرض الحفاظ على استقرار المجتمع وحفظ امنه وضمان تطوره، وذلك عندما ظهر الوجه البائس لمبدا سلطان الارادة وعدم التدخل واصبح العمل خاضعا لقانون العرض والطلب بسبب انتشار الآلات التي حلت محل الكثير من العمال، وتحت ضغط الطبقة العاملة من ظلم اصحاب العمل وعدم عدالة عقود العمل التي كان يبرمها العمال معهم، وخوفا من الاضطرابات التي تهدد التوازن القسري للمجتمع¹، تدخل المشرع بنصوص العمل الآمرة للحفاظ على حقوق طبقة العمال الضعيفة وتوازن عقود العمل التي هي من النظام العام.

فهنا تدخل المشرع ليعيد التوازن الى العقد من خلال نصوص قانونية آمرة تحقق النظام العام، بعكس ما كان عليه الامر في السابق من خلال النصوص القانونية التي كانت تحكم علاقات العمل، التي ادت الى اختلال التوازن في العقود وفرض الشروط المجحفة فيها لصالح اصحاب العمل، وبالتالي اخذت فكرة النظام العام ووظيفة جديدة لها من خلال اعطاء مشروعية للقواعد القانونية التي يضعها المشرع، فالقواعد القانونية التي تحقق النظام العام تتصف بالمشروعية وتتسجم مع الروح القانونية في المجتمع والا فانها تفقد هذه المشروعية وتكون جديرة بالرفض وعدم القبول.

والنظام العام في مثل هذه الحالات يقوم بدوره الرقابي على القوانين المسنونه ومراجعة مشروعيتها من المآلات التي تقضي اليها، فالعدل والعدالة هو غاية القانون ومقصده، فاذا تغيرت الظروف والاحوال بتغير الازمان، فقد يصبح ما كان مجلبة لمنفعة مفضيا الى مفسدة، وما كان اداة لتحقيق العدل قد يفضي الى الظلم، فالقانون باسم الجماعة وانسجاما مع مقتضيات العدل والعدالة والنظام العام يكون مشروعا لانه يرمي الى الغاية التي شرع من اجلها الا وهي العدل، وهو كذلك باسم العدل والعدالة ومقتضيات النظام العام تسلب منه صفة المشروعية اذا اصبح يفضي الى الظلم .

¹ رمضان، سيد محمود: مرجع سابق، ص 27-28.

هذا منهج التشريع الاسلامي، فقد ورد بمجلة الاحكام العدلية (لا ينكر تغير الاحكام بتغير الازمان)¹، على هذا الاساس يقوم مبدأ المشروعية في التشريع الاسلامي، بحيث تكون الاحكام والقواعد الشرعية وسائل تستهدف الوصول الى غايات ومقاصد التشريع من تشريعها والمتمثلة بالمصلحة والعدل، فأنت تتكبت هذه الوسائل لغاياتها، وكانت مآلاتها تقضي الى نقيض المصلحة والعدل التي هي غاية التشريع، وما بعد العدل والمصلحة الا الظلم والمفسدة التي تسلب المشروعية من الاحكام² .

فمآلات الامور لها مساس بأصل العدل والحكم عليها يكون بنتائجها وما تقضي اليه، وصلة المآل باصل العدل يبرهن عليها اذا كان المآل ضررا راجحا او مفسدة او ظلما سواء نشأ عن حق او اباحة وهو لا يمكن التصور، فالشارع الحكيم لا يمكن ان يكون قصده وغايته من الافعال والاحكام مجلبة للمفسدة والضرر والظلم، لان هذا يتنافى مع الاصل العام الذي قام عليه التشريع الاسلامي من جلب المصالح ودرء المفاسد³ .

لذلك اذا اضحت القوانين السارية تقضي احكامها وقواعدها ونصوصها الى جلب المفاسد والمضار والظلم، فانها تكون باسم العدل ومقتضيات العدالة والنظام العام واجبة التغير لتكبتها للغاية التي شرعت من اجلها وهي العدل ومصالح العباد، فالقانون الذي ينحرف عن غاية المشرع من تشريعه بتغير الظروف والاحوال والازمان يصبح بلا جدوى ولا مشروعية، لان مشروعيته مستمدة من الغاية التي شرع من اجلها وهي العدل، فاذا ناقضها ناقض غاية المشرع ومناقضته غاية المشرع باطله وما يبني على الباطل فهو باطل⁰

لذلك يجب ان تبقى القواعد القانونية الوضعية في حالة تطور وتعديل وتبديل لكي تتسجم مع النظام العام، فلا تستقر على حال معين لآمد بعيد، فقانون المالكين والمستأجرين⁴ مثلا وما حققه من حماية للمستأجرين وما قرره من حماية للعقارات عن طريق شمول الامتداد القانوني لها، وقد يكون ذلك مناسب في ذلك الوقت استجابة لمقتضيات النظام العام، وكذلك قانون العمل

¹ نص المادة (39) من مجلة الاحكام العدلية .

² مصلح، علي محمد: من مناقشات الرسالة .

³ الدريني، فتحي: التعسف في استعمال الحق، مرجع سابق ، ص 23-24 .

⁴ قانون المالكين والمستأجرين رقم " 2 " لسنة 1953 .

وما قرره من حماية لطبقة العمال بموجب قواعد أمرة اعادت التوازن في علاقات العمل المنهارة، كل ذلك باسم النظام العام ، ولكن اذا تحول قانون المالكين والمستأجرين الى ظلم للمالكين وتحقيق امتيازات للمستأجرين على حسابهم، وحرّم الملاك من املاكهم، والفترة اللامحدوده للايجار تحولت الى شرعية بالتمك للمستأجرين هذا الامر يؤدي الى خرم قيمة العدل وخذشها وتجاوزها، فهذه القواعد وضعت باسم النظام العام تحقيقا للعدل، لذلك تصبح باسم النظام العام واجبة التغيير والتعديل لتحقيق العدل مرة اخرى.

حيث ان القضاء الفرنسي تنبه الى ذلك، وهو باسم العدل ومواكبة لتطور ضمير الامة الفرنسية قام بتحويل فكرة النظام العام وغير مفاهيم قانونية كثيرة تتعلق باثبات البنية غير الشرعية والطلاق والتشريع الاجتماعي وتنظيم حق الملكية وسلم بحق الحكومة الامتناع عن تنفيذ احكام قضائية نهائية بسبب ظروف قاهرة، فهو خرج عن قواعد القانون الوضعي تحت ضغط النظام العام، كفكرة اجتماعية، او خلق قاعدة قانونية جديدة استجابة لمقتضيات النظام العام، بدلا من الاخذ بقاعدة قانونية اصابها الذبول بعدم الاستعمال¹.

القاعدة القانونية مهما كان مصدر الشرعية لها، بقائها واستمرار فاعليتها متوقف على تقبل المجتمع الذي وضعت لتقوم سلوكه لها، فاذا رفضها المجتمع ولم تحظ بقبوله، فانها تفقد فاعليتها وتنزوي لعدم استعمالها، ولو كانت ذات نشأة صحيحة وذات مشروعية في مصدرها، وذلك لان القبول الجمعي للقاعدة القانونية هو سر شرعيتها وقوة الدفع لها بما يحقق لها الدوام والاستمرار، فاذا فقدت هذا التقبل الجمعي ، فقدت مصداقيتها وشرعيتها، وليس ادل على ذلك من استمرار العرف كمصدر للقاعدة القانونية الملزمة زمنا طويلا².

ويرى الدكتور عماد طارق البشري ان الدولة الحديثة باعتبارها مصدر القواعد القانونية، لا تستطيع تهميش دور قبول الجماعة بالقاعدة القانونية المسنونة حتى تؤدي اكلها وتصل الى غاياتها، فالقبول الجمعي بالقاعدة القانونية يجعلها عصية على الخرق والمخالفة، في الوقت الذي عجز عن القيام بهذا الدور عنصر الاجبار والجزاء الذي تتمتع به القاعدة القانونية، فكان لزاما

¹عصفور، محمد، مرجع سابق، ص 120، في الهامش، رقم(2).

²البشري، عماد طارق: سابق مرجع ، ص 59.

على الدولة ان تلجأ الى فكرة النظام العام وتتسبب القاعدة القانونية لها حتى تحمل الجماعة على قبولها، باعتبار انها تحقق المصالح الكلية لهذه الجماعة، فإذا وجدت الجماعة ان هذه القاعدة القانونية تحمي مصالحها العليا واصولها التي لا تستقيم حياتها بدونها، فانها تمنحها المصادقية التي هي جوهر الشرعية لكل قاعدة قانونية حتى يكتب لها الدوام والفاعلية والبقاء¹.

فالنظام العام يعبر عن الروح القانونية لمجتمع ما في سكونها وتطورها، لانه فكرة اجتماعية حية وليس نتاجا للنصوص القانونية الموجودة، فهو يلحق تطور فكرة القانون، وبالتالي فان النصوص القانونية لا تكون صادقة التعبير عن معناه، وانما تعبر عنه المبادئ التي يعتنقها ضمير المجتمع في زمن معين حتى لو لم تتضمنها نصوص القانون المكتوب، فالنظام العام يتطور تبعا لتطور فكرة القانون ذاتها موازية مقتضيات التطور الاجتماعي، وعلى ذلك اذا كان القانون الوضعي القائم يمثل خطة موحدة شاملة متماسكة تنظم حياة الجماعة كان النظام العام هو الفكرة المعبرة عن هذه الخطة الشاملة، اما على العكس من ذلك، اذا فقد القانون القائم تماسكه، فإن فكرة النظام العام لا تعبر عنه، لان النظام القانوني في ذاته يفقد احترامه عند المحكومين لعدم تعبيره عن فكرة شاملة موحدة للقانون².

وقد تأيد هذا الرأي بوجهة نظر القضاء الفرنسي في صدد تفسير نص المادة 6 من القانون المدني والتي تمنع الاتفاقات الخاصة المخالفة للنظام العام والاداب، حيث فسرها على اساس ان الاتفاق الخاص يمكن ان يقع تحت طائلة البطلان الواردة في المادة (6)، ولو لم يتضمن مخالفة لنص تشريعي قائم، وهذا ما يؤكد استقلال فكرة النظام العام عن نصوص القانون المكتوب³.

هذا يؤكد ان فكرة النظام العام تعبر عن روح النظام القانوني للجماعة، وعن المبادئ التي يعتنقها المجتمع في ضميره وكيانه، عندما يجد ان هذه المبادئ لا تستقيم له حياة بدونها، وبالتالي فان اعتقاد المجتمع بالقاعدة القانونية على اعتبار انها ضرورية لحماية كيانه واصوله

¹البشري، عماد: ذات المرجع، ص61.

²عصفور، محمد: امرجع سابق، ص122-123.

³وارد لدى تناغو، سمير عبد السيد، مرجع سابق، ص90. وكذلك انظر عصفور، محمد: مرجع سابق، ص123، في الهامش رقم (1)

يكسبها الشرعية التي تضمن لها البقاء والفاعلية، وإذا كانت القاعدة القانونية مكتوبة لكنها لا تحظى بهذا الاحترام لعدم تعبيرها عن معتقدات الجماعة، فإنها تفقد فاعليتها وبالتالي وجودها، أما القاعدة القانونية حتى لو كانت غير مكتوبة فإنها تبقى قائمة وفاعلة ما دام أنها تعبر عن تصورات الجماعة بما يحقق لها الحفاظ على معتقداتها وتصوراتها عن نظامها القانوني .

المطلب الرابع: معيار التمييز بين مفهوم فكرة النظام العام وقواعدها القانونية والعلاقة بينهما.

تتطلب دراسة هذا الموضوع تبيان الحدود الفاصلة ما بين مفهوم فكرة النظام العام والاطار الخاص بها والذي ينطوي على جميع العناصر المكونه له، وبين القواعد القانونية التي يضعها المشرع على شكل نصوص قانونية مسنونة تشريعيا من قبله بصيغ عامة مجردة منطوية على عناصر هذا المفهوم، بالإضافة الى الاحكام والقواعد الكلية التي تنتج عن عمل القضاء عندما يثار امر الاطار المفاهيمي لفكرة النظام العام بوقوع تصرف مخالف لاحد عناصره، فيتصدى القضاء لهذه المخالفة مفرزا قاعدة كلية لا يمكن تجاوزها وذلك بعد الكشف عن العنصر الذي تمت مخالفته وتحديد محتواه.

أما بخصوص مفهوم فكرة النظام العام، باعتبارها تمثل مجموعة المبادئ الأساسية والافكار الفلسفية والقيم العليا، التي تمثل النظام السياسي والاقتصادي والاجتماعي والثقافي الذي يقوم عليه تصور الدولة والجماعهلبناء هذه الانظمه، وهذا يعني ان فكرة النظام العام تمثل المكون الموضوعي لاصول وكمليات الدولة، وهذا هو المكون الاول للمكونات فكرة النظام العام، الذي يتضمن وصفا لانظمة الدولة السياسية والاقتصادية والاجتماعية، بحيث ينسب هذا المفهوم على جميع المؤسسات التي تتكون منها الدولة، متصدرا دور الضابط لجميع العلاقات والروابط التي تتم بشكل او بآخر بين هذه المؤسسات كما هو مقدر لها بموجب الخطة السياسي التي ينتهجها النظام الحاكم¹.

أما بالنسبة لافكار ومفاهيم الجماعه السائده في المجتمع، والتي تعتبر المكون الثاني لمكونات مفهوم فكرة النظام العام، فهي تعبر عن الكل الموضوعي لاسس الجماعه

¹البشري، عماد طارق: مرجع سابق، ص143.

واصولها وكلياتها وقيمها العليا السياسية والاقتصادية والثقافية والاجتماعية والعقدية، وهي كما عبر عنها الفقيه فيبر اورليخ ب"القانون الحي" او "نمط الثقافة" او النظام الداخلي، الذي يهيمن على الحياة نفسها داخل المجتمع،¹ أي انه كل ما يتعلق بالبناء الحضاري للجماعة، والذي يساعد على تشييد مدنيته التي استطاعت بنائها عبر تجربتها الانسانية الجماعية ، كما انها تمثل هويتها الحضارية الخاصة بها.²

هذين المكونين الذين يتألف منهما مفهوم فكرة النظام العام، حيث ان المكون الاول ينبع من تصور الدولة عن المكون الموضوعي لاصولها وكلياتها وغاياتها العليا، وهو يمثل روح القانون داخل الجماعة، بحيث يخط لها الطريق الذي يجب ان تسلكه في سيرها وهي بصدد الوصول الى الغايات العليا التي تمثل هويتها الحضارية، والتي يجب عليها تحقيقها من اجل الحفاظ على بقائها واستمرارها، فهذه الغايات هي مبرر وجودها، وما قبلت الجماعة الخضوع لها الا من اجل تحقيق هذه الغايات التي ترغب بها، اما المكون الثاني لمفهوم فكرة النظام العام، هذا يتجه الى ضبط سلوك الافراد وتصرفاتهم بما ينسجم مع متطلبات النظام الاجتماعي التي لا يجوز لهم الخروج عليه او انتهاكه.³

هذا بخصوص مفهوم فكرة النظام العام، اما ما يتعلق بقواعد النظام العام التي تنضوي على عناصر هذا المفهوم، فهي تتألف من نوعين من القواعد: الاول، ما يصوغه المشرع على شكل قواعد قانونية مسنونه تمثل نصوصا تتضمنها التشريعات التي يصدرها، والتشريع هو بحد ذاته وسيله يتبعها المشرع للتعبير عن ارادة الجماعة.⁴

اما النوع الثاني من قواعد النظام العام: فهو قواعد النظام العام التي يصوغها القاضي وهو بصدد البت في القضايا المعروضة عليه، اذ يقع على عاتقه تقدير ما اذا كان التصرف الواقع مخالفا لمقتضيات النظام العام ام لا، فهو يقوم بهذا الدور في كل حاله تعرض عليه، وهو اذ يقدر ذلك لا يكون من منطلق شخصي، وانما يضع نصب عينيه المصالح العليا للدولة

¹لويدي، دينس: مرجع سابق، ص 249.

²البشري، عماد طارق: مرجع سابق، ص 143.

³عصفور، محمد: مرجع سابق، ص 127-128 .

⁴الغريب، محمد عيد: مرجع سابق، ص 41، بند 13.

والمجتمع، فهي المعيار الذي على هداه يتم تقدير ما اذا كان التصرف متعلقا بالنظام العام ام لا في حالة سكوت المشرع عن هذه المسألة¹، حيث يقع على كاهل القاضي تحديد ما هو التصرف الذي يتصف بالمشروعية وما هو التصرف الذي لا يتصف بالمشروعية في حال سكوت المشرع².

على هدى مما سبق قوله، يتبين ان كلا النوعين من قواعد النظام العام، تمثل انعكاسا لتصورات الجماعه عن الكل الموضوعي لكيانها وكيالاتها وهويتها الحضارية والنظام الاجتماعي الذي ترغب فيه.

عظفا على ماتقدم قوله، يتبين ان مفهوم فكرة النظام العام، التي تمثل الهوية الحضارية الكامنه في عقل الجماعه، قد يتناول المشرع جزءا منها بالتشريع الذي يصدره على شكل نصوص قانونيه في طيات التشريع، ولكن المشرع لا يتناول بالتشريع كل ما ينطوي تحت مفهوم فكرة النظام العام، بل يبقى شئمنها ساكن في ضمير الجماعه وعقلها، ولا يكتب له الظهور الا بمناسبة اتيان مسلك على خلاف مضمونه ومقتضاه، فيأتي دور القاضي الذي يتلخص بالتصدي لهذا المسلك المخالف من خلال ابراز الاصل او الكل الحضاري الذي تمت مخالفته من خلال تحديد مضمونه ومحتواه، الامر الذي ينبري عنه قاعده كلية تكون عصيه على الخرق والمخالفة³، ولا شك في ان هذه القاعده تمثل نظام عام.

من هنا، اطلق على النظام العام القضائي بأنه محافظ سكوني، بينما النظام العام التشريعي ديناميكي ثوري⁴، على اعتبار ان النظام العام القضائي يبقى ساكن في عقل الجماعه، ولا يكتب له الظهور الا بمناسبة مسلك معين يعرض على القاضي، والقاضي هنا لا يمتلك الجرأة الكافية لتكوين قاعده نظام عام، لانه يملك سلطه تقديرية خاضعه لرقابة محكمة القانون⁵.

¹ الغريب، محمد عيد: مرجع سابق، ص40، بند13.

² غستان، جاك: المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منتصور القاضي،مراجعة فيصل كلثوم، الطبعة الثانية، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 2008، ص116، بند 113.

³ البشري، عماد طارق: مرجع السابق، ص 144.

⁴ غستان، جاك: مرجع السابق، ص117، بند 114.

⁵ السنهوري، عبدالرزاق احمد: الوسيط، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص401، وكيرة، حسن: المرجع السابق، ص53، في الهامش رقم "1".

وان كانت هذه السلطة واسعة، الا انه يستعملها مهتديا بكليات الدولة والجماعه، بينما في النظام العام التشريعي لا يتردد القاضي في تطبيق النص المتعلق بالنظام العام، وينحصر دوره في التطبيق الدقيق للنص¹.

والمشرع وهو بصدد تقنين قواعد قانونية تعد نظاما عاما منبتها اصول المجتمع وکلياته وهويته الحضارية وما يتصوره عن نظامه الاجتماعي الذي يرغب فيه، بهذه الحالة يتوجب على المشرع ان يكون على اتصال وثيق بجوهر النظام الداخلي للمجتمع من خلال جس نبض تصورات الجماعه عن النظام الاجتماعي المرغوب فيه، فالقانون يجب ان يأتي منسجما مع القانون الحي الذي يحكم الجماعه²، حتى يكون حريا بالطاعة والقبول من خلال مبررات وجوده. اذا فالقاعده القانونية التي يسنها المشرع، والتي تعد قاعدة نظام عام، باعتبارها انعكاسا للمكون الموضوعي لاصول الجماعه، لا تعد انشاء لقاعده قانونيه جديده يصنعها المشرع، انما هوة كشف عن قاعدة نظام عام اهتداء بالمكون الموضوعي لاصول الجماعه وکلياتها، وهذا الامر يختلف فيما اذا كانت القاعده القانونية التي وضعها المشرع، على شكل نص ضمن التشريع، مستقاده من المكون الموضوعي لاصول وکليات الدولة الايديولوجيه، التي تبني على اساسها نظامها السياسي والاقتصادي والاجتماعي، فهذه بلا مرأه قاعدة مستحدثه من انشاء المشرع³.

ويلاحظ ان قواعد النظام العام التي يعمل المشرع على تعييدها نصوصا قانونيه ضمن التشريع، اما ان تكون كشفا عن قاعده قانونيه مستقاده من المكون الموضوعي لاصول وکليات الجماعه، حيث ينحصر دور المشرع بالكشف عن هذه القاعده فقط، واما ان تكون انشاء لقاعدة نظام عام مستقاده من المكون الموضوعي لکليات الدولة للمحافظة على نظامها السياسي والاقتصادي، فهنا يكون دور المشرع انشاء واستحداث لقاعده جديده بهدف حماية الكل الموضوعي للدولة ونظامها الحاكم.

¹ الغريب، محمد عيد: مرجع سابق، ص43، بند14.

² كويد، دنيس: مرجع سابق، ص249.

³ البشري، عماد طارق: لمرجع سابق، ص145.

واساس التمييز بين نوعي تلك القواعد المسنونه، يتمثل في ان ما يعد انعكاسا لكليات الجماعة، يمثل قواعد السلوك الاجتماعي التي توجه الى الافراد ليمثلوا اليها، باعتبار انها عصية على الخرق والمخالفة، وتقف الدولة من ورائها لتحميها وتفرضها عليهم فرضا، في حين ان النوع الثاني لقواعد النظام العام، والذي يعد انعكاسا للغايات العليا للدولة، ما هو الا ضوابط وتوجيهات تستطيع الدولة التحلل منها وعصيائها متى شاءت ذلك¹، خاصة اذا اصبحت هذه الضوابط والتوجيهات عبئا على الساسه تعترض طريقهم في سبيل الحفاظ على حكمهم او سيطرتهم على المجتمع، او زلزلة عروشهم .

المبحث الثاني:الاطار الغائي لمفهوم فكرة النظام العام.

المطلب الاول: فكرة النظام العام تفرض ضوابط السلوك لحفظ التوازن بين الروابط القانونية.

يقتضي ان يكون لكل جماعة من الجماعات البشرية نظام اجتماعي، وهذا النظام الاجتماعي يحكم بمبادئه علاقات الافراد المكونين للمجتمع ويبين حقوقهم وواجباتهم، فهو ضرورة حتمية لكل جماعة من الجماعات الانسانية، وهو يختلف باختلاف تصور كل جماعة عن شكل النظام الاجتماعي الذي ترغب فيه، فالنظام الاجتماعي الذي يحكم الجماعات الاسلامية يختلف عن النظام الاجتماعي الذي يحكم الجماعات الرأسمالية، والاسلامي والرأسمالي يختلف عن النظام الاشتراكي او غيره، ، واي اخلال بهذا النظام يعرض المجتمع الى الانهيار ويمسه في اصل وجوده، لذلك يتوجب حماية النظام الاجتماعي من اشكال العدوان الموجهة اليه، فحماية النظام الاجتماعي لحماية للجماعة وبقاء وصلاح لها².

ولا يتحقق النظام الاجتماعي لاي مجتمع، الا بتحقيق العدالة الاجتماعية التي تنطوي على تحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة، بهدف تحقيق النظام اللازم لسكينة المجتمع، والابتعاد به عن كل ما يهدد كيانه وتضامنه القسري³. وتحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة

¹عصفور، محمد: مرجع سابق، ص128-129.

²عوده، عبد القادر: التشريع الجنائي الاسلامي مقارنا بالقانون الوضعي ، الجزء الاول، مكتبة دار التراث، بدون سنة طباعة، ص617-618.

³عطية، نعيم: في النظرية العامة للحريات الفردية، المرجع السابق، ص 36.

هي مهمة القانون بهدف حماية التنظيم الاجتماعي للمجتمع، بحيث لا تطفى مصلحة على أخرى، فالقاعدة القانونية هي تتويج للصراع من اجل القانون¹.

والصراع من اجل القانون هو الطريقة التي يتم فيها خلق القواعد القانونية في مجتمع معين، وذلك بضغط من المصالح الاجتماعية واقامة التوازن بين هذه المصالح وحيثيات الاستقرار العام، فالحاجة الملحة التي تفرضها المصالح الاجتماعية بما يحقق السلام والنظام، تؤدي الى ايجاد تنظيم ثابت يقوم على تقويم سلوك البشر عن طريق التصدي وكبح جماح النزوع الفردي بما يتلائم مع المصالح الاجتماعية².

فالقانون يجب ان يجد تبريره ، باعتبار انه وسيلة هامة لضمان الصالح العام، لذلك يتوجب على سلطة اصدار القوانين ان لا تجعل من القانون وسيلة لتحقيق الرغبات الفردية الانانية، وانما يجب ان تكفل عن وعي تحقيق الخير العام، فالخير العام يجب ان يكون هدف المشرع وذلك من خلال تحقيق الموازنة بين صالح الافراد وصالح الجماعة، والسبيل الى ذلك تدريب وعي الافراد لكي يحصلوا على السعادة بوسائل ليست على نقيض مع الروح الاجتماعي، وذلك يجعل القانون معادي للسلوك غير الاجتماعي³.

فاذا تعارضت مصلحة الجماعة مع مصالح الافراد، قدمت مصلحة الجماعة على الصالح الخاص للافراد، لان الصالح العام هو الاصل في الاعتبار، وفي هذا الصدد يقول الاستاذ الدكتور فتحي الدريني " ان الصالح العام هو الاطار الذي يجب ان تدور في فلكه المصالح الفردية، او الحريات العامة"⁴، فلا يترك للافراد ان ينظموا علاقاتهم بمليء اراداتهم كما يشاؤون، فذلك يقف في طريق تحقيق الصالح العام للمجتمع، فاذا تعارض مصالح الافراد مع الصالح العام للمجتمع، اخذ هذا الاخير بالاعتبار، والا تعرض المجتمع للانهايار والفوضى، فالصالح العام هو الكفيل بتحقيق التقدم والازدهار والتطور للمجتمع.

¹تتاغو، سمير عبد السيد: مرجع سابق، ص93.

²باوند، روسكو: مدخل الى فلسفة القانون، مرجع سابق ، ص14.

³دياس: مرجع سابق، ص94-95.

⁴الدريني، فتحي: خصائص التشريع الاسلامي السياسي والحكم، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثانية، 1987، ص273.

فالتصور الذي يقوم على اساس الحرية المطلقة التي لا تطالها يد القانون او السلطة بأمر او نهي، بالاضافة الى قانون مغلول اليدين عن التدخل في فرض القيود التي تحد من هذه الحرية، ينتج عنه نظام اجتماعي منهار، يسكن في اعماقه صراع ساكن لا يهدأ له قرار¹. حيث ان القانون لم يوجد للفرد كغاية في ذاته او لذاته، وانما وجد لتحقيق مصلحة الفرد على ضوء وهدى من مصلحة الجماعة، فالفرد المنتمي الى الجماعة يكون في مركز اسمى واعلى شأنًا من الفرد باعتباره كائنا ناطقًا²، لذلك يجب ان يكون دور القانون ايجابيا يتدخل من خلال قواعد قانونية آمرة تنظم سلوك الافراد بما يحفظ كيان الجماعة ومعتقداتها ويوزع الفرص المتكافئة على الجميع³.

فالقانون ليس نظاما شكليا للاحكام، بل هو اسلوب رئيسي في تنظيم المجتمع، لان المجتمع يتألف من كتله من المصالح التي ليست كلها على درجة واحدة من الاهمية، والصدام بين هذه المصالح يؤدي الى الفوضى والاضطراب، لذلك كان هناك بعض من المصالح لا بد من رفضها وعدم قبولها سلفا، باعتبارها متعارضة او معادية للمجتمع، وان هناك مصالح اقل اهمية من غيرها⁴. لذلك فانه لا بد من وجود اداه تحفظ للمجتمع مصالحه العليا وكلياته التي يراها بحسب تصوراته ومعتقداته الفلسفية عن الانظمة الفكرية والدينية والاقتصادية والخلقية .

وفي ذات الصدد يرى الدكتور نعيم عطيه" ان الحياة الانسانية لا يمكن ان تترك للتحكم الفردي ولا لمجرد تلاقي الانشطة المستقلة فليس امام الانسان من سبيل الا تحقيق الاغراض التي تتوجه اليها انسانيته، الا في الحدود التي يحترم فيها الافراد بعضهم بعضا، ويتعاونون بغية تحقيق هدف مشترك مما يقضي اخضاع سلوكهم لقاعدة عليا تسري على الجميع"⁵.

فالحرية يجب ان تفهم على انها توصل الى الهدف الاجتماعي، بحيث ينسجم نشاطها الفردي مع الهدف الاجتماعي الذي يبسط نفوذه على تصرفات الافراد، على اعتبار ان الفرد لا يعيش منعزلا، ولم يكن بمقدوره الا العيش في وسط اجتماعي ذو مصلحة عامة- تتوقف عليه

¹ عطية، نعيم: المرجع السابق، النظرية العامة للحرية الفردية، مرجع سابق، ص22.

² دياس: فلسفة القانون، مرجع سابق، ص80.

³ الصدة، عبد المنعم فرج: اصول القانون، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1979، ص34.

⁴ لويد، دينس: مرجع سابق، ص247-248.

⁵ عطية، نعيم: النظرية العامة للحرية الفردية، مرجع سابق، ص36.

مكنة الفرد-التمتع بحقوقه وممارستها، فأذا ناقضها عادت عليه بالضرر، وفي ذات الصدد يقول الدكتور الدريني: "اذا تهاون الافراد، او كانوا على غير وعي كافي لادراك الصلة بين الحرية والصالح العام، فانه يتوجب على الدولة وان تلزمهم بذلك بتشريعاتها الزاما، وذلك حماية لجهة التعاون"¹.

ولا يخفى ان جميع القواعد القانونية يتوفر فيها عنصر الالزام²، وكذلك جميع القواعد القانونية تقوم بالدور المتمثل بإقامة التوازن بين المصالح المتعارضة بما يحقق النظام والاستقرار في المجتمع، لكن الحاجة الى النظام العام كان وراءها القصد الذي تسعى اليه بهذا الصدد، وكذلك الصيغة الامر الهاتية التي تتصف بها، فقواعد النظام العام لا تستهدف جميع تصرفات الافراد، بل ما يتعلق منها بالصالح العام الاعلى للجماعة، كما يتصوره المجتمع مستندا الى نظريته الفلسفية والفكرية ومعتقداته الدينية والاخلاقية والاقتصادية والثقافية، هذا بالاضافة الى سلطة الامر والنهي التي تفرضها هذه القواعد بما لا يدع سبيلا لمجاوزتها³.

ففكرة النظام العام هي التي تقف بوجه الارادة اذا تعدت هذه الارادة على مقتضيات الصالح العام، وهي تقف بهدف تحقيق التوازن بين الارادات الذي يحقق صالح المجتمع الاعلى، فالتقصي عن الصالح المشترك يتمثل في الوسائل المنظور اليها بهدف تحقيق مستوى اجتماعي معتبر في زمن من الازمنه على انه مثل اعلى⁴.

ان فكرة النظام العام وهي تفرض على الجماعة ضوابط السلوك الاجتماعي، تؤكد حتما على انه لا يجوز بأي حال من الاحوال مجاوزة هذه الضوابط او الخروج عليها، وذلك على اعتبار ان هناك اصولا وقيما تخص الجماعة لا يمكن انتهاكها، وليس هناك من سبيل الا احترامها وتقديرها، ويترتب على ذلك الوقوف بوجه تصرفات الافراد التي تعتبر خروجا على ما تعتقده الجماعة او تهديدا لقيمها العليا⁵.

¹الدريني، فتحي: خصائص التشريع الاسلامي، مرجع سابق، ص 275.

²انظر ما سياتي بحثه في موضوع صلاحية التكليف الامر لمعيار التمييز بين القواعد الامرة والقواعد المكملة.

³البشري، عماد طارق: مرجع سابق، ص 51.

⁴عطية، نعيم: في النظرية العامة في الحريات الفردية، مرجع سابق، ص 35.

⁵عصفور، محمد: مرجع سابق، ص 126.

فضرورة الاحتجاج بقواعد النظام العام لتفرض ضوابط السلوك الاجتماعي في المسائل التي تخص المجتمع وقيمه العليا ، يجد سنده في ان قواعد النظام العام عسوية على المخالفة والعصيان وتؤتي اكلها على قدر ما وجدت له فلو انها كانت قواعد قانونية عادية، لاستطاع الافراد تخطيها بتصرفاتهم الفردية، ففكرة النظام العام هي من يحمل هذه الميزة من تنظيم الارادات الفردية داخل المجتمع بشكل يمنع تعارضها او تصادمها، وعلى هذا فالنظام العام شرط كامن في الحرية، فهما وجان لعملة واحدة¹.

في هذا الصدد يذهب الدكتور الدريني الى القول: بأن ممارسة الحريات العامة مقيد بالمحافظة على حق الغير سواء كان فردا او المجتمع كله، فالتكاليف التي يفرضها المشرع على عاتق المكلف تكون حقوقا وحريات للغير اذا ادبت ، فالتكليف يتتافى مع الاطلاق في الاستعمالتحقيقا لمصالح معينه، اضافة الى صيانه هذه الحريات ،. اذ لا حرية مع الفوضى ، فالحريات العامة مصونه، وهي من النظام الشرعي العام، الا ان حق الغير من الفرد والمجتمع ملاحظ فيها صيانة لها وتحقيقا للتوازن بين الحريات والمصالح المتعارضة².

فالدور المهم الذي تلعبه فكرة النظام العام على صعيد الانظمة القانونية لكل مجتمع، يتمثل في ضبط سلوك الافراد ضمن اطار معين، على حسب النظرة العامة لهذا المجتمع ، وذلك بهدف انسجام هذا السلوك مع التصورات العامة العليا التي تعتقدها الجماعة، باعتبار ان ارادة الافراد يجب ان تدور في فلك هذه التصورات التي ترسمها الجماعة عن النظام الاجتماعي وما يتعلق به من الانظمة الاخرى سواء السياسي او الاقتصادي او الثقافي او الفكري او العقدي بما يحقق الصالح العام للجميع، وذلك لان فكرة النظام العام تتمتع بسلطة الامر والنهي الذي لا يمكن مجاوزتها، فالتصرف او السلوك المخالف يكون باطلا بطلانا مطلقا بدعوى مخالفته لمصالح المجتمع العليا³.

وخلاصة القول، ان فكرة النظام العام هي التي تفرض قواعد السلوك الاجتماعي الواجب الاتباع، فيما يتعلق بالمسائل العليا للجماعة والصالح الاعلى للمجتمع، وهي اذ تقوم بهذا الدور،

¹البشري ، عماد طارق: مرجع سابق، ص 56.

²الدريني، فتحي: خصائص التشريع الاسلامي، مرجع سابق، ص 255-256.

³البشري، عماد طارق: مرجع سابق، ص 51.

فانها تنطلق من حق الجماعة الذي يسود على حق الفرد، ويجب ان يؤخذ الاول بالاعتبار عند التصادم مع الحق الثاني دون اهمال او تهميش لحق الفرد وحرية، ولكن لاعتبار ان حق الفرد ليس بمعزل عن الجماعة، فإذا اطلق العنان لحقه وحرية عاد ذلك بالضرر على نفسه وعلى الجماعة، فالفرد ليس بممكنه الاستمتاع بحقه خالصا دون النظر الى حق الجماعة فيه.

وفكرة النظام العام اذ تقوم بهذا الدور من خلال فرض ضوابط السلوك الاجتماعي، فهي الاقدر على ذلك لان الارادة الفردية ليس بمقدورها تجاوز هذه الفكرة او مخالفتها، فالنظام العام يفرض نفسه اذا تعلق الامر بالصالح الاعلى للمجتمع، لضمان انسجام سلوك الافراد وما يتمخض عن ارادتهم من تصرفات مع الصالح الاعلى للمجتمع، لتعطي هذه التصرفات صفة المشروعية، اما اذا اختلف هذا الانسجام فإن صفة المشروعية تسقط عن هذه التصرفات لمخالفتها للنظام العام واصطدامها مع مقتضيات الصالح الاعلى للجماعة.

المطلب الثاني: سلوك الافراد معلق في مشروعيته على اساس الاستعمال الاجتماعي.

تحدثنا في متن هذه الرسالة عن غاية القانون و هي الوصول الى نظام اجتماعي يتحقق من خلاله الصالح المشترك للجماعة ضمن اطار العدل والعدالة، وان اساس خضوع الافراد للقانون يتمثل في الهدف الذي يسعى اليه، حيث ان القانون بلا هدف كالعدم ويفقد مبررات وجوده، فقناعة الافراد وشعورهم بأن القانون يسعى الى تحقيق صالح مشترك هو الذي يفرض عليهم الاستجابة لهذا القانون وخضوعهم واحترامهم له، فغاية القانون اذن هي التي تبرر الخضوع له، حيث يرى كل فرد في المجتمع ان حقوقه قد احترمت، فيؤدي ذلك حتما الى انصياع الافراد الى متطلبات القانون، وهذا الانصياع ما هو الا استجابة لمقتضيات النظام العام.

من هنا، يجب ان تكون حقوق الافراد وسلوكهم معلقة في مشروعيتها على اساس توظيفها واستعمالها في نطاق النظام الاجتماعي الذي تقوم فكرة النظام العام على حمايته، باعتبار ان الفرد يمارس حقوقه داخل المجتمع، ولا يستطيع ان يعزل بها لوحده، وبالتالي فإن هذه الممارسة يجب ان لا تعتدي على حقوق الاخرين، فالفرد يمارس حقوقه داخل المجتمع بهدف تحقيق التضامن الاجتماعي، وما ممارسه الافراد لحقوقهم الا تحقيقا للمصالح الجوهرية

التي يسعى المجتمع لتحقيقها، ومما لا شك فيه ان فكرة النظام العام هي التي تطلع بهذه المهمة من حيث ضبط سلوك الافراد بغية تحقيق الصالح العام للجماعة¹، وذلك على اعتبار انه لو اطلع بهذه المهمة غير فكرة النظام العام لاستطاع الافراد ان يخالفوها، فهي وحدها العvisية على الخرق والمخالفة .

وإذا كان سلوك الافراد محكوم في مشروعيته على اساس توظيفه بما ينسجم مع متطلبات النظام الاجتماعي، وان القانون تنحصر وظيفته في تحقيق النظام الاجتماعي، الذي هو هدف القانون وغايته، وهذا يعني ان سلوك الافراد لكي يعد مشروعاً، فإنه لابد ان يستمد شرعيته من انسجامه مع مقتضيات القانون.

حيث ان القانون وان كان يهتم بالمواقف الفردية، الا انه لا يهتم بها الا اذا كان لهذه المواقف تأثير اجتماعي، فهو يهتم بالفرد من خلال الجماعة، والقانون لا يشغل بالمراكز التي تكون للافراد، وانما يشغل بالجماعة من خلال الروابط الاجتماعية التي تربطهم ببعض، ومدى تأثير سلوكهم على الحياة الجماعية، فمواجهة القانون لسلوك الافراد لا يكون محل اعتداء الا من خلال انسجام هذا السلوك مع النظام الاجتماعي، فهو لا يهتم بالمركز الذي يحتله الفرد، وانما ظل اهتمامه منصباً على ترتيب الجماعة بأسرها، وما المراكز التي يحتلها الافراد الا نتيجة حتمية تترتب على التنسيق الشامل للجماعة².

والقانون هو وليد ارادة المشرع الذي يسنه مستلهما بذلك الافكار والمبادئ العامة والقيم السائدة حسب تصور المجتمع من اجل تحقيق نظام اجتماعي مرغوب فيه، ويكون دور النظام العام تعبيراً عن هذه المبادئ والافكار والقيم، التي يسخر المشرع القانون الذي يسنه لحمايتها، وبالتالي فإن سلوك الافراد كما هو القانون معلق في مشروعيته على تطابقه مع متطلبات المبادئ والافكار التي يتصورها المجتمع لبناء نظام اجتماعي وكذلك مع مقتضيات النظام العام، وبما ان القانون حسب هذا المفهوم يشكل الحماية لهذه القيم، لذلك فإن سلوك الافراد يكون مشروعاً او غير مشروع، بقدر انسجامه مع الضوابط المحددة في القانون التي توصله الى هذه القيم³.

¹البشري، عماد طارق: مرجع سابق، ص74.

²عطية، نعيم: مرجع سابق، في النظرية العامة للحريات، ص83.

³مصلح، علي محمد علي: مبدأ المشروعية في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، الجامعة الاردنية، 1997، ص-5.

فمصالح الافراد وحقوقهم لا تكون مشروعة الا اذا استعملت لصالح الجماعة، حيث ان حق الجماعة والمصالح العام ينظر اليه في كل حق فردي، فالاصل ان صالح الافراد لا ينظر اليه ولا يتصف بالمشروعية اذا اعتدى على صالح الجماعة او تعارض معه، ومن هنا يتبين ان هذا الاصل يصف الحقوق والمصالح ويعطيها الصفة الاجتماعية، وليس ادل على ذلك من نظرية التعسف في استعمال الحق، التي ترعى المصالح العامة وحق الغير، ومنع استعمال الحقوق على وجه غير اجتماعي¹.

وهذا لا يعني ان صالح الفرد غير معتبر، وكذلك لا يعينان الفرد ليس الغاية النهائية للقانون، وعندما ينظر القانون الى صالح الفرد من خلال الجماعة، فإنه بذلك أي القانون يؤكد على حرصه على صالح الفرد، وذلك لان اهتمام القانون بالجماعة والمصالح العام، ليس الرعاية لمصالح الافراد المكونين لهذه الجماعة، باعتبار ان مصلحة الفرد لا تتحقق الا من خلال الصالح المشترك للجماعة، واذا كان القانون يولي رعاية الى مصالح الافراد في بعض الاحيان، فهذا ليس الا لان صالح الجماعة مرهون تحقيقه بتلك المصالح الفردية².

يعود ذلك الى خلفية ان الفرد ليس منعزلاً بذاته ولن يكون، فو يعيش في وسط اجتماعي، وهذا المجتمع له صالحه العام، وبالتالي فإن الفرد وهو بهذه الهيئة لا يستطيع تحقيق صالحه الخاص الا من خلال الصالح العام للجماعة، ومن هنا يبدو ان تحقيق الصالح العام شرط لكي يتمكن الفرد من تحقيق مصلحته الخاصة، وبالتالي فإن مخالفة هذا الشرط تعود على الفرد بالضرر لعدم تمكنه من تحقيق مصالحه الخاصة حالاً او مآلاً، ولكن اذا تمكن الافراد من رعاية هذا الشرط لتحقيق مصالحهم الخاصة، فإنه يكون بذلك قد تحقق المعنى الاجتماعي والاقتصادي والسياسي لحقوقهم وتصرفاتهم، وهذا المعنى الاجتماعي الذي ترتبط به مشروعية التصرف وجوداً وعدم³.

¹الدريني، فتحي: الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، الطبعة الثانية، مؤسسة الرسالة- بيروت، 1977، ص23-24.

²عظية، نعيم: في النظرية العامة للحريات الفردية، مرجع سابق، ص84، في الهامش رقم(1)و(3).

³الدريني، فتحي: خصائص التشريع الاسلامي في السياسة والحكم، مرجع سابق، الطبعة الثانية، مؤسسة الرسالة-بيروت، 1987، ص275.

وما من شك بأن القواعد التي تتجه الى ضبط سلوك الافراد وتصرفاتهم اجتماعيا، انها قواعد نظام عام، باعتبار ان قواعد النظام العام هي التي تحدد الضوابط الخاصة بالسلوك الاجتماعي، التي يتوجب على الافراد السير على خطاها والبعد عن مخالفتها او انتهاكها، وذلك لانها تفرض قيما واوزاعا يجب على الافراد احترامها والمحافظة عليها¹.

وعلى ذلك اذا تهاون الافرد باحترام قواعد السلوك الاجتماعي والمحافظة عليها وجعل تصرفاتهم تتسجم معها، كان لزاما على الدولة ان تلزمهم بذلك وتفرضها عليهم قهرا بموجب تشريعاتها، حماية لجهة التعاون²، فالقوة والاكراه اهم ما يميز الدولة الحديثة، بل ان احتكارها الشرعي لمصادر القوة والاكراه هو معيار وجودها، الذي من خلاله تضمن احترام فكرة النظام العام على الصعيد الداخلي³.

ولكن هذا الالتزام من جانب الدولة للافراد، لا يعني باي حال من الاحوال التضحية بالفرد وامكانته واختياراته على مسلخ الجماعة، بل لا بد ان يكون هذا الالتزام يحمل تبريرا اخلاقيا وان لا يتجاوز الحدود اللازمة لاقامة التنظيم الاجتماعي او تحقيق الصالح المشترك، لان هذا الصالح هو بالاساس صالح الجميع ويحمل في طياته ما يجب ان تكون عليه علاقات الافراد الاجتماعية، وعلى ذلك فان سلوك الافراد مقيد بالشروط الضرورية التي لا غنى عنها لقيام الحياة الاجتماعية⁴.

خلاصة القول، ان علاقة الافراد بالمجتمع وعلاقته بهم، تمثل العلاقة القائمة ما بين خلية النحل وعاملاتها، حيث لا حياة لهذه الخلية بدون العاملات، ولا حياة للعاملات بدون هذه الخلية، فمصلحة الخلية تنصرف الى مصلحة العاملات وكذلك مصلحة العاملات الى الخلية.

المطلب الثالث: موقف النظام العام من الحرية.

قلنا ان النظام العام يعبر عن الخطة السياسية التي تضعها الدولة بهدف تحقيق نظام اجتماعي مترابط، وتنظم الروابط القانونية بين افراد المجتمع، وان النظام العام يتلون بحسب لون

¹ عصفور، محمد: مرجع سابق، ص 128.

² الدريني، فتحي: خصائص التشريع الاسلامي في السياسة والحكم، مرجع سابق، ص 275، وكذلك انظر عصفور، محمد، مرجع سابق، ص 129.

³ فوزي، صلاح الدين: المحيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، دار النهضة العربية، 1999-2000، ص 136.

⁴ عطية، نعيم: القانون والقيم الاجتماعية، دراسة في الفلسفة القانونية، الهيئة المصرية العامة للتأليف والنشر، 1971، ص 45-47.

هذه الخطة السياسية التي يقيم المشرع نظامه القانوني لحمايتها، فإذا اخذت لون النظام الفردي، كان النظام العام فردياً، وان اخذت اللون الاجتماعي ، اخذ النظام العام اللون الاجتماعي، وبالتالي فإن وظيفة القانون هي حماية الخطة التي تهدف الى تحقيق نظام اجتماعي معين، من خلال توجيه النشاط الاجتماعي داخل المجتمع بوضع القيود عليه، من خلال ما سبق يتبين ظاهراً ان العلاقة بين القانون والنظام العام وبين الحرية هي علاقة نقيض وعداء، بحيث لا يلتقيان، فوجود النظام العام يلغي الحرية تلقائياً، وكذلك وجود الحرية يعصف بالنظام العام، فالى أي مدى يمكن تصديق هذا القول؟.

للجابة على هذا السؤال، لا بد من محاكاة الواقع الانساني ، والتأكيد على ان الانسان لم يخلق ولم يكن يوماً من الايام منعزلاً، يعيش في حالة الفطرة، بل هو اجتماعي تربطه بالمجتمع الذي يعيش فيه علاقات متداخلة تفرض عليه قيود وضوابط، ومقدار الحرية التي يتمتع بها وحدود الضوابط التي تفرض عليه متوقف على التنظيم الاجتماعي الذي هو جزء منه. وطالما ان الفرد يعيش مع الاخرين في المجتمع، وانه يمتلك قسطاً كبيراً من النزوع الفردي بما ينسجم مع انانيته وغرائزه الفطرية، التي تغلب صوالحه الخاصة على صوالح المجموع، الامر الذي يؤدي الى الاضرار بالصالحين معاً، وبالتالي لا يمكن اطلاق حريته، على اعتبار ان هذا الاطلاق لا بد وان يؤدي الى التصادم بين هذه الحريات المطلقة للأفراد، مما يقتضي فرض قواعد سلوكية معينة على نشاط الافراد متضمنة قيوداً تحد من حرياتهم المطلقة حفاظاً على نظام المجتمع وسكينته.

فالحرية بهذا المعنى ليست قيمة مطلقة لذاتها بقدر ماهية وظيفة اجتماعية تجعل من الفرد قادر على اختيار نماذج معينة لنشاطه بما ينسجم وتحقيق التضامن الاجتماعي¹، فلا يكفي ان يقرر القانون بنصوصه حريات الافراد حتى يكونوا احراراً، وانما يجب ان يمتلكوا من الوسائل المادية والاقتصادية ما يمكنهم من ممارسة هذه الحريات².

¹ جلال، محمود طه: اصول التجريم والعقاب في السياسة الجنائية المعاصرة، دراسة في استراتيجيات استخدام الجزاء الجنائي وتأصيل ظاهري الحد من التجريم والعقاب، الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية ، 2005، ص76. نقلاً عن الدكتور محمد جمال عطية عيسى: اهداف القانون بين النظرية والتطبيق، المجلة القانونية الاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، العدد السابع، 1995، ص193.

² فهمي، مصطفى ابو زيد: مرجع سابق، ص 110.

لكن قواعد السلوك التي تفرض على النشاط الانساني، والتي تتضمن ضوابط وقيود تقتر من اطلاق الحريات الفردية، لا تعني بأي حال من الاحوال اعدام الحرية والقضاء عليها، وذلك لاعتبارات ان قواعد النظام وهي تعبر عن الخطة السياسية التي تهدف الى تحقيق تنظيم اجتماعي، لاتعدو ان تكون انعكاسا لتصورات الافراد داخل المجتمع عن هذا التنظيم الاجتماعي المرغوب فيه، وهم في كل الاحوال قد يتصوروا اكثر من صورة لحياتهم، لكنهم لايمكن بأي حال ان يتصوروا حياة العبودية والفوضى¹.

هذا بالاضافة الى ان القانون حتى يطبق في مجتمع ما، فانه بحاجة الى ان يرتبط بقيم يؤمن بها هذا المجتمع، وعلى اساس هذه القيم يتم تقييمه، فان بدا فيه عيب بالنسبة لتلك القيم يتم تقييمه على اساسها، فهذه القيم التي يتم تجسيدها في قوانين المجتمع، هي مجرد تعبير فردي عن الكفاح العام نحو العدالة نفسها².

وهذا يعني انه يجب ان تفهم الحرية على اساس مدلولها الاجتماعي، وليس على اساس مدلولها الفردي، باعلاء شان الفرد وازالة العراقيل من امامه، ليحظى بالنشاط الذي يريد و الطموح الذي يرغب بعدم التدخل بحريته وحقوقه³، والا تعارضت مع اختيارات الجماعة، وهذا الامر لا يمكن تصوره، على اعتبار ان المجتمع ضرورة لا غنى عنها بالنسبة للفرد الذي لا يمكنه ان يعيش منفردا باختياراته، يضاف الى ذلك القدر الكبير من الطموح والامال والتطلعات التي يعلقها الافراد على المجتمع.

وخير صورة للحرية الفردية اعطتها الشريعة الاسلامية، فلم تعتبرها مطلقة اذ منحته اياها باعتباره انسانا، ولكنها وضعت عليها من القيود بما القت على كاهله من مسؤولية تجاه الدنيا والاخرة لتحد من حريته وتمنعه من الظلم والاثم والفساد والاضرار، فهذه المسؤولية ما القتها الشريعة الاسلامية على الفرد الا لتؤكد من جهة على حريته، باعتبار ان المسؤولية تبرر الحرية اذ لا حرية بدون مسؤولية، ومن جهة اخرى تقيدها بدائرة البر والاحسان والصالح العام، حيث ان هذه المسؤولية تشعره بالواجب المفروض عليه تجاه المجتمع الذي هو احد افراده، فهو مرتبط

¹ عطية، نعيم: في النظرية العامة في الحريات الفردية، مرجع سابق، ص135.

² لويد، دنيس: مرجع سابق، ص143.

³ خليل، محسن: النظم السياسية و الدستور اللبناني، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، 1973، ص106.

معها برباط البر والتعاون والصالح العام و البعد عن الاثم والعدوان والافساد والظلم والاضرار، حيث ان هذه المبادئ هي قوام التشريع الاسلامي في المعاملات، وهي تمثل قيما عاما على حرية الفرد اثناء ممارسته لها، فلا يجوز له ان ينحرف بها عن المقصد الشرعي الذي وجدت من اجله، واذا تصرف على هذا الوجه فان تصرفه باطل¹، وتاكيدا على ذلك القاعدة الكلية الواردة بنص المادة (19) من مجلة الاحكام العدلية الماخوذة من الفقه الاسلامي : " لا ضرر ولا ضرار".

و الحرية الفردية اذا تصادمت مع الصالح العام، وحصل تناقض بينها وبين مقتضيات التضامن الاجتماعي، فإن النظام العام في هذه الحالة يقف حجر عثره في طريقا، وذلك على اعتبار ان المشروعية سقطت عنها حفاظا على المجتمع من خطر التزلزل والانهيال والفوضى، فالصالح العام يقتضي ان تدور حريات الافراد في فلكه وتسعى الى تحقيقه².

فالنظام العام الذي هو انعكاس لحق الجماعة (الصالح العام) لا يمكن ان يعد تعديا على الحرية او انتقاص لها، ولا يعد سلطة خارجية عنها، وانما يمثل النظام العام مع الحرية وجهان لعملة نقدية واحدة، فالاول شرط كامن في الثاني، وليس عدوان عليها، فلا يتحقق النظام العام الا من خلال الحرية، فهي لا تحمل معنى الفوضى او الاخلال، او انها حقوق فردية يتمتع بها افراد متفوقين دون الاخرين، ولكن هي حقوق للفرد والجماعة، ويتوجب على النظام العام ان يقوم على خدمة الحرية، وان يمنع أي نشاط يجعل من الحرية توجهها للفوضى او الاخلال بالامن والسكينة، لان الاعتداء على الحرية بهذا المفهوم او مواجهتها يمثل اشد اوجه الاخلال بالنظام العام³.

وفي هذا الصدد، لا يجب ان تفهم الحرية فقط، على انها يجب ان تدور في فلك الصالح العام حتى تكون مشروعة وغير مخالفة للنظام العام، ولكن يجب من ناحية اخرى ان تفهم على ان اساسها ليس سببا في جلب المضار، وانما اساس مشروعيتها، جلب المصالح، واذا استعملت

¹الدريني، فتحي: الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مرجع سابق، ص74.

²الدريني، فتحي: خصائص التشريع الاسلامي في السياسة والحكم، مرجع سابق، ص272-273.

³عصفور، محمد: مرجع سابق، ص94-95.

على خلاف هذا الوجه، عاد ذلك على اساس تشريعها بالنقض والمخالفة للغاية التي شرعت من اجلها¹.

واكد روسكو باوند في هذا المضمار، ان المصلحة الاجتماعية تنبثق من خلال تمكين كل فرد من افراد المجتمع العيش وفقا لاسس ومقتضيات ومعايير ذلك المجتمع، وان الحرية الفردية يمكن اعتبارها مصلحة خاصة، لكن مصلحة الجماعة تتمثل في ان يكون الافراد احرارا²، ولا يمكن ان يكون الافراد احرارا ولا ضمانا لهذه الحرية الا بتقييدها، لذلك وباسم النظام العام يتقرر بطلان عقد العمل الذي يلتزم فيه العامل بالعمل طوال حياته³، وذلك لاجل الحفاظ على حرته واطلاقه من العبودية التي يفرضها عليه مثل هذا العقد.

من هنا يتضح ان الحرية الفردية المعتبره، يجب ان تدور في فلك الصالح العام، وان لا تتعارض مع المصلحة العامة، وان تتسجم مع ادعاءات الجماعة، وهذا الحال يفضي الى ان الحرية والنظام العام مرهونان بالهدف الاجتماعي الذي يشكل حلقة الوصل فيما بينها.

تأكد هذا المفهوم للحرية الفردية في احكام التشريع الاسلامي، فهي لا تنظر الى الحرية باطلاقها، لان الفرد باعتباره مكلف مسؤول بنظر الشريعة الاسلاميه بما القت عليه من مسؤولية دنية ودينيوية، لا يمكن ان يدور في فلك الحرية المطلقة، فا التكليف والمسؤولية لا تتسجم مع الاطلاق، فهي تفرض عليه واجبات كما تفرض له حقوق، فالشريعة الاسلاميه بما منحت للفرد الحرية والعصمة والمالكية جعلته مسؤولا عن نفسه وغيره ومجتمعه، فهذه المسؤولية لا شك اكبر دليل على الحرية، كما انها تفرض عليها القيود التي اوجبها التشريع، وهذه القيود تدور في دائرة البر والتعاون والاحسان وتنتهي عن الاثم والعدوان والافساد⁴.

فالتشريع الاسلامي ينظر الى الفرد على انه متمتع بحريته الشخصية على وجه الاستقلال، ولكن في الوجه الاخر هو مكلف ومسؤول، والمسؤولية تحد من حرته بما تفرض عليه من واجبات، فما من حق الا ويقابله واجب.

¹الدريني، فتحي: مرجع سابق، خصائص التشريع الاسلامي، ص277.

²موجودفي دياس: فلسفة القانون، مرجع سابق، ص107-108.

³سوار، محمد وحيد الدين: شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الاول، مصادر الالتزام، المصادر الارادية، منشورات جامعة حلب، مديرية الكتب و المطبوعات الجامعية، 1989-1990، ص168.

⁴الدريني، فتحي: الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مرجع سابق، ص74.

فالفرد في جميع تصرفاته وواجه نشاطه مكلف ومسؤول، بما منح من الحرية والحقوق الفردية الخاصة، فحريته مقيدة بالتكافل الاجتماعي والبر وعدم الاضرار وتجنب الالم والافساد، وهذا التقييد يفرض بالحرية الى عدم الاطلاق بما ينسجم مع الوظيفة الاجتماعية¹.

فالمدلول الاجتماعي للحرية يعطيها قيمة نسبية، لان الاطلاق لا مكان له في المجتمع، ولذلك فإن نسبية الحرية تتحدر من طبيعتها والغاية منها، وليس من خلال التصادم مع بعضها، فهي ما وجدت الا لكي تمارس داخل المجتمع، وتعمل على دمج الفرد وتمكنه من العيش داخله، وتساعده على تحقيق الغايات الاجتماعية وما التضامن الاجتماعي الذي يفرض على الفرد الانخراط مع الجماعة الا الحد الفاصل بين الحرية والفضى، فهذا التضامن هو اساس مشروعية الحرية، حيث ان الحرية تستمد شرعيتها من استخدامها للغاية الاجتماعية².

لذلك اصبح الاتجاه في الوقت الحاضر نحو الانسجام بين انماط السلوك الاجتماعي، وتحقيق نظام اجتماعي قائم على التوازن بين المصالح والاختيارات، والوقوف بوجه الاختيارات الفردية المنحرفة، واصبحت النظرة التي تؤكد ان المبادرة الفردية الحقيقية تظل في نطاق ضيق الى ابعد حد اذا لم يتم السيطرة على الثروة وطرق توزيعها، حاضرة في اذهان المجتمعات³.

فالنظام العام عندما يفرض الحماية، فإنه لا يسبغها على الفرد الا اذا تضمنت في ثناياها حماية للمجتمع، على اعتبار ان الحماية القانونية لا تنصرف الى حماية الحرية الفردية الا اذا كان لها مدلول اجتماعي، وبالتالي فإن القانون لا يحمي الفرد لذاته، وانما يحميه كعضو في الجماعة، فالحماية تنصرف الى المجتمع وليس الى الفرد، على سند من القول ان حماية الحرية الفردية وحماية المجتمع كل منهما مكمل للآخر، فاذا فقدت الحماية للحرية الفردية فإن ذلك يعد فقداناً لحماية المجتمع⁴.

قد بينا فيما سبق، ان القانون على أي مضمون كان، ينحدر من تصورات الافراد في المجتمع للنظام الاجتماعي الذي يعبر عنه النظام العام، وبالتالي فإن مصدره حرية الافراد،

¹الدريني، فتحي: خصائص التشريع الاسلامي، مرجع سابق، ص 306-307.

²عطية، نعيم: في النظرية العامة للحريات الفردية، مرجع سابق، ص 139.

³كوييد، دنيس: مرجع سابق، ص 169-170.

⁴⁴الغريب، محمد عيد: مرجع سابق، ص 138-139.

بحيث لا يمكن ان يحتوي على مضمون ينكر مصدره الاصلي، فإذا استطاعت حرية الافراد ان تعطي تصورا عن القانون الذي يهدف الى تحقيق نظام اجتماعي مرغوب فيه، ألا يمكنها ان تتصور ما يجب ان تكون عليه هذه الحرية في هذا النظام، وهذا ما يؤكد ان النظام والحرية ليسا على طرفي نقيض، بل على العكس من ذلك، فإن النظام يقود الحريات الى غاياتها، بحيث يحدد للنشاط الفردي هذه الغايات الموافقة للحريات في مدلولها الاجتماعي، ويجعلها ممكنة الممارسة في نطاق الحياة الاجتماعية¹.

وهذا يعني ان الانسان لا يمكن ان يتمتع بالحرية بمعزل عن التنظيم الاجتماعي، فالحرية لا يمكن اعتبارها قيمة اعلى من الصرح الاجتماعي، وانما هي احد اللبانات التي يتكون منها هذا الصرح، وعلى ذلك فإن النظام العام وهو بصدد حماية النظام الاجتماعي تلقائيا يحمي الحرية ويجعلها ممكنة في اطار هذا النظام.

وإذا كان ليس بالامكان اعتبار الحرية اعلى من الصرح الاجتماعي، الا انه لا يمكن بنفس المقدار انكار دورها ومكانتها بين ثنايا هذا الصرح، فهي تتبوأ مكانا مرموقا وتحتل مكان الصدارة فيه، من خلال ما انيط بها من وظيفة حقيقية كبرى في سلم القيم التي يراها المجتمع، ويعتبر انها مثل عليا لازمة لتحقيق تنظيم اجتماعي يرغب فيه².

وعلى هذا الاساس لا يمكن فهم الحرية كما تصورها النظام الفردي، انطلاقا من ان الفرد غاية في ذاته وهو غاية القانون وهدفه وهو الغاية من تنظيم المجتمع³، فهذا التصور يجعلها جوفاء فارغة من مضمونها، لا تعدو ان تكون امتياز لاشخاص متفوقين يسيطرون على السلطة والمال في المجتمع، يستغلونه بطريقة لا اكثر من اضرارها بمصائر الاغلبية الساحقة، متسلحين بمبدأ اطلاق الحريات الزائف ومبدأ عدم التدخل.

وخلاصة القول، يتمثل في ان الحرية الفردية هي التي تعطي تصورات عن النظام الاجتماعي الذي يرغب افراد الجماعة فيه، وما القانون الا انعكاسا لهذه التصورات، فهذه بمثابة المرآة تعكس صورة حقيقية عن هذا النظام الاجتماعي الذي هو وليد تصورات الافراد في كل

¹ عطية، نعيم: في النظرية العامة للحريات الفردية، مرجع سابق، ص 139-140.

² لويد، دنيس: مرجع سابق، ص 169.

³ خليل، محسن: النظم السياسية والدستور اللبناني، مرجع سابق، ص 102.

مجتمع، بمعنى انه نتاج لحرية هؤلاء الافراد، وذلك يعني ان الحرية هي التي تفرض القيود الموجودة في القانون، لكي تتمكن من تحقيق النظام الاجتماعي المقصود، حيث ان هذا النظام لا يمكن ان يتحقق بدون هذه القيود، وبالتالي فإن هذا القانون عندما يفرض قواعد أمره تمثل قواعد نظام عام ، فإن الافراد هم الذين صنعوها، باعتبار ان النظام الاجتماعي المقصود تحقيقه لا يمكن الا من خلالها، فالحرية بدون قيد مطلقه ، والاطلاق لا يمكن ان يلتقي مع التنظيم الاجتماعي .

الفصل الثاني

خصائص فكرة النظام العام ودور المشرع والقاضي في تحديد محتواها ودورها في تحديد الحقوق وضمان مباشرتها.

سوف يتناول الباحث في هذا الفصل خصائص فكرة النظام العام، وذلك من خلال ارتباطها بغاية القانون و علاقتها بفكرة الاخلاق و صلتها بفكرة العدل والعدالة، وكذلك سيتناول دور المشرع والقاضي في تحديد محتوى النظام العام، و دور هذه الفكرة في تحديد الحقوق وضمان مباشرتها، وذلك من خلال علاقتها بفكرة الحق ونظرية التعسف في استعماله ودورها في العلاقة التعاقدية.

المبحث الاول : خصائص فكرة النظام العام .

المطلب الاول : فكرة النظام العام وارتباطها بغاية القانون.

يرتبط القانون وجوداً وعملاً بالغاية التي وضع من أجلها و هي المصلحة والعدل، و يتجلى دور النظام العام في مراجعة القانون للتأكد من انسجامه مع الغاية التي وضع من أجلها والنظر في مآله، ووضع ضوابط تسلبه صفة المشروعية اذا انحرف عنها. يقول الدكتور نعيم عطية في مستهل مؤلفه القانون والقيم الاجتماعية: "لن تكتسب المعرفة القانونية كمالها الا بالبحث عن الغاية من الانظمة القانونية، وعند اذن ستكتشف تلك المعرفة"فكرة القيمة الاجتماعية"التي تجعل لذلك الصرح الشامخ من النصوص والاحكام وجودا منطقيا، فالقانون صياغة من اجل هدف اجتماعي، هو تصور لما يجب ان تكون عليه الاوضاع والعلاقات في الحياة الاجتماعية، فالقانون انما ينبع عن تصور لما هو الصالح المشترك للجماعة التي يصدر لتتظيمها"¹.

¹ عطية، نعيم: القانون والقيم الاجتماعية، مرجع سابق، ص3.

فما دام ان غاية القانون هي الوصول الى القيم الاجتماعية التي يعتقدونها الناس في زمان معين ومكان معين، وحتى نتمكن من فهم القانون يتوجب علينا فهم الغاية التي اراد مجموع الناس الوصول اليها في ذلك الزمان والمكان من خلال النظام القانوني¹.

على هذا فغاية القانون هي الوصول الى القيم التي يعتقدونها الناس او التي تمثلها النظرة السائدة في المجتمع، فمثلا غاية القانون في ظل المذهب الفردي تختلف عن غاية القانون في ظل المذهب الاجتماعي و غاية التشريع الاسلامي مختلفة عن غاية القانون في المذهبين ، فغاية القانون في الاول تحقيق اكبر قدر ممكن من تاكيد الفرد لذاته واثباتها بحرية².

بينما غاية القانون في المذهب الثاني الانتصار للجماعة واعتبارها الحقيقة النهائية للوجود وان المهم الوصول لصالح الجماعة الذي يحقق بدوره ايا صالح الافراد، فالجماعة هي الهدف الاسمى من الوجود وهي غاية في ذاتها، وهي القيمة التي تعلق جميع القيم التي ينبغي حمايتها والدفاع عن مصالحها بما يضمن السعادة للجميع³.

اما غاية التشريع الاسلامي واساس احكامه "المصلحة" والمتمثلة في مصلحة الفرد والمصلحة العامة دون ان تطغى احدهما على الاخرى، حيث اقر هذا التشريع بالمصلحتين كل على استقلال، وعمل على ايجاد وسائل تحقق التوازن والتنسيق بينهما باعتبار ان كل منهما حقيقة قائمة بذاتها، ومن اجل تحقيق هذه الغاية شرع من القواعد العامة ما يكفل هذا التنسيق على مقتضى من العدل والانصاف⁴، كالقواعد الكلية المنصوص عليها في مجلة الاحكام العدلية، كنص المادة 26 "يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام" ، ونص المادة 27 "الضرر الاشد يزال بالضرر الاخف" ، ونص المادة 28 "اذا تعارضت مفسدتان روعي اعظمهما ضررا بارتكاب اخفهما، ونص المادة 29 " يختار اهون الشرين"، ونص المادة 30 "درء المفسد اولى من جلب المصالح" ونص المادة 58 " التصرف على الرعية منوط بالمصلحة"، وهناك الكثير من

¹باوند، روسكو: مدخل الى فلسفة القانون، المرجع السابق، ص45.

²باوند، روسكو، المرجع السابق، ص51.

³خليل، محسن: المرجع السابق، ص 109. وكذلك انظر ، كيرة، حسن: المرجع السابق، ص171.

⁴الدريني، فتحي: خصائص التشريع الاسلامي، مرجع سابق، ص277 ، وكذلك الدريني، فتحي: الحق ومدى سلطان الدولة فينتقيده، مرجع سابق، ص20-21.

القواعد التي تضمن التنسيق بين المصالح والتي تجعل التشريع الاسلامي منسجما روحا ونصا،
ومتميز عن التشريعات الوضعية.

والمصلحة التي هي غاية التشريع الاسلامي اساس احكامه باعتبار انها تنطلق من كون
هذا التشريع مرتبط بالواقع الذي يعيشه الناس في كل زمان ومكان، وما المصلحة الا الحاجيات
والمطالب التي يفترق اليها الانسان وبناء الاحكام المناسبة لتحقيقها، فالاحكام في التشريع
الاسلامي مرتبطة بالمصالح والغاية منها جلب المنافع ودرء المفسدات فبالاباحة والتحرير مرتبطان
بالمصلحة، فبإباحة التصرف لما فيه من مصلحة تقتضي الاباحة، ويحرم لما فيه من مصلحة
تقتضي التحريم، وبذلك تكون المصلحة هي غاية التشريع ومقصده¹.

فالقانون الذي يجب ان يوجد في ظل المذهب الفردي هو الذي يقدر الفرد ويطلق حريته
في اتيان ما يشاء من التصرفات، بمعنى ان القيمة العليا التي يسعى اليها الناس في ذلك الزمان
هي الفرد باعتباره غاية في ذاته، اما في ظل المذهب الاجتماعي فان القيمة العليا النهائية تتمثل
في الجماعة وتقديس دورها وسحق دور الفرد الذي لا ينظر الى صالحه الخاص، " لهذا فإن
النظرة الى القانون تختلف باختلاف النظرة الى الانسان ومكانته وعن طبيعته، وما هي الاهداف
التي يتمنى الوصول اليها او الاهداف التي هو ملزم بتحقيقها، باعتبار ان طبيعة الانسان تمكنه
من الوصول الى حقيقة بشرية حول فكرة القانون ووجودها من عدمها، وهذا يتضمن افتراض
ضمني عن هدف الانسان وغايته، وما يحتاج اليه من ادوات للوصول الى هذه الاهداف"².

ومعنى ذلك ان القانون مرتبط وجودا وعدمها بالغايات التي يرمى الانسان للوصول اليها،
فهو الوسيلة التي توصله الى غايته المنشودة، وغايات الانسان كما ذكرنا هي القيم العليا التي
تعطي لهذه الوسيلة القيمة الحقيقية والوجود المنطقي، فبدون هذه الغايات وهذه القيم يصبح
القانون كالعدم.

¹ الدريني، فتحي: مرجع سابق، خصائص التشريع الاسلامي، ص 274-275.

² لويد، دنيس: مرجع سابق، ص 15.

و في هذا الصدد يرى الدكتور حسن كيره "ان القانون هو وسيلة مبصره لادراك غاية معينه هي حفظ المجتمع، وهذه الوسيلة تتحكم فيها وفي تكييفها - بما يكفل ادراك هذه الغاية- ارادة الانسان الواعية"¹.

و القانون عبارة عن خطة محكمة تصبو الى غاية الا وهي تحقيق تنظيم اجتماعي يعمل على تنظيم حياة الناس الجماعية وفقا لما يتطلبه الصالح المشترك، فتصور القانون يكون من خلال التفسير او التصور الذي يعطى للصالح المشترك².

فقواعد القانون تكون ضرورة لذلك التصور الذي يرى مبادئ التنظيم الاجتماعي التي تعمل على تنظيم علاقات الافراد ونشاطاتهم وسلوكهم بما يحقق الصالح العام، وهذا يعني ان القانون يتمخض عن ذلك الهدف المنشود لمبادئ التنظيم الاجتماعي، مما يحتم بوجود رابطة بين القانون والغايات التي يتطلع اليها، على اعتبار ان قواعد القانون تمثل الجانب التطبيقي لمبادئ القانون في الواقع العملي من اجل تحقيق الصالح المشترك الذي يرجى الوصول اليه³.

ففكرة القانون تقوم على تصور وضع عام للحياة الاجتماعية، ترجو تحقيقه بواسطة القواعد القانونية الوضعية⁴.

بمعنى ان القواعد القانونية التي يضعها المشرع ليست غاية في ذاتها وانما هي وسيلة تتمثل في وضع معين للحياة الاجتماعية، كما تتصوره فكرة القانون.

والقانون ما هو الا تامين لأكبر قدر ممكن من الحاجيات والمطالب والتوقعات والامال البشرية الموجودة في مجتمع متحضر، لضمان المصالح الاجتماعية المتعلقة بالصالح المشترك وذلك بادنى حد من الخسارة او التضحية⁵.

والصالح المشترك لا يتحقق الابدوجود مبادئ نظام اجتماعي متطلع اليها تقوم على تنظيم الروابط الانسانية في المجتمع بما يحقق الصالح المشترك، بمعنى ان مبادئ النظام الاجتماعي التي تستخلص من تصورات الفكر الانساني لها وظيفة هي تحقيق النظام الاجتماعي، وحتى

¹كيره، حسن: مرجع سابق، ص 128.

²عطية، نعيم: في النظرية العامة للحريات الفردية، امجع سابق، ص 79.

³عبدالله، محمد محمود: مرجع سابق، ص 49-51.

⁴عطية، نعيم: النظرية العامة للحريات الفردية، مرجع سابق، ص 103 في الهامش .

⁵باوند، روسكو: مرجع سابق، ص 61.

تقوم هذه المبادئ بتحقيق غاياتها المتمثلة بالنظام الاجتماعي، لا بد من توافر قواعد ملزمة ومنظمة لنشاط الافراد تاخذ طريقها لكي تصل المبادئ القانونية الى غاياتها او مبتغاها¹.

وما دام القانون يسعى وراء الصالح المشترك للجماعة، فانه يتوجب علينا دراسة القانون من ناحية الغاية والهدف، وحتى يتم لنا ذلك، لا بد من النظرالى ما وراء النصوص وصيغ القانون، حيث تكمن القيم الاجتماعية المجسدة في النصوص القانونية، وهذه القيم بعد ان كانت مستخلصة من نظريات القانون الطبيعي ذو الابعاد العلوية والمثل العليا، اصبح ينظر اليها على اساس حاجات وطموحات وامال واقعية يرجى من القانون توفيرها².

اذا فالقيم هي معيار يقاس على اساسه ما هو موجود او كائن متطلعا اليه نحو السمو ليصل الى درجة المثل الاعلى الذي تتطوي عليه هذه القيم، فهي أي القيم مثل عليا ومعايير تحكم السلوك للافراد في ان واحد، وبالتالي فهي الاساس للالتزام والخضوع، فالقاعدة القانونية تستمد قوتها وصفة الالزام فيها من قدسية الغاية التي تسعى الى تحقيقها وهي الصالح المشترك الذي يعد اعلى القيم الاجتماعية واكثرها شمولا، وبالتالي فان هذا الصالح المشترك هو الذي يقود السلوك الانساني نحو الخضوع لمضمون القاعدة القانونية باعتباره هدفا لها³.

فالقاعدة القانونية التي ترمي الى تحقيق الصالح المشترك، وتشارك في بناء النظام الاجتماعي المطلوب، فانها والحالة هذه تكون جديرة بالاحترام والقبول، وهذا القبول يكون نتيجة لوعي افراد المجتمع بضرورة الغاية التي تسمو اليها، وهو ما يكفي لاعتبار أي قاعدة من قواعد القانون ان يتوافر وعي قانوني من قبل هؤلاء الافراد بالزامها⁴.

لهذا فان وجود القانون يبرر على اساس انه وسيلة هامة لضمان السعادة لجميع افراد المجتمع بشكل عام، لذلكالدولة عندما تقوم باصدار القوانين، يتوجب عليها ان تمارس هذه الوظيفة بحذر، ليس لتحقيق الرغبات الانانية الفردية، ولكن لضمان تحقيق الخير العام للجميع

¹ بهذا المعنى، عبدالله، محمد محمود: مرجع سابق، ص 20

² عطية، نعيم: القانون والقيم الاجتماعية، مرجع سابق، ص 31-14.

³ عطية، نعيم: القانون والقيم الاجتماعية، مرجع سابق، ص 15-16.

⁴ محمود، همام محمد ومنصور، محمد حسين: مبادئ القانون، المدخل الى القانون، الالتزامات، منشأة المعارف بالاسكندرية، بدون سنة طباعة، ص 21.

عن وعي، وبهذا المقام يشير "بنتام"¹ الى أن: "الخير العام يجب ان يكون هدف المشرع، كما يجب ان تكون المنفعة العامة هي اساس تسببها العقلي"، لذلك يجب الموازنة بين صالح الفرد وصالح الجماعة لكي يتحقق الخير العام الذي هو هدف المشرع².

المطلب الثاني : علاقة فكرة النظام العام بالاخلاق.

تتمثل صلات الربط بين فكرة النظام العام والاخلاق، من خلال ان فكرة النظام العام لا تقتصر وليست محصورة بتلك القواعد القانونية التي تتعلق او تتصل بمصالح الجماعة، ولكنها تتعدى ذلك الى المبادئ القانونية العامة التي تمثل النظرة العامة للوجود السائد في المجتمع، وبالتالي تسيطر على حياة الجماعة، وان لم تكن موجوده في نصوص قانونية³. على اعتبار ان هذه المبادئ يتم الكشف عنها ولا توضع⁴، فان مهمة المشرع والقاضي تنحصر بالكشف عنها من خلال التبصر بتصورات الجماعة عن هذه المبادئ التي تهيم على حياتهم .

وان من اهم المبادئ التي تهيم على حياة الجماعة، هي مجموعة المبادئ الاخلاقية، التي وجد الناس انفسهم في المجتمع ملزمين بالانصياع اليها استنادا للناموس الادبي الذي يحكم حياتهم وعلاقاتهم الاجتماعية⁵، وهي التي تقوم عليها فكرة الاداب العامة التي تدخل في مفهوم النظام العام، فالاداب العامة تمثل الشكل الاخلاقي للنظام العام لدرجة لا يمكن الفصل بينهما⁶. وفي نفس الاطار يرى الدكتور محمد محمود عبد الله ان القاعده القانونية كانت حتما قاعده خلقية عبر عنها ضمير الجماعة، في زمن معين ومن ثم اصبحت مبدأ من مبادئ التنظيم الاجتماعي الساكن في اعماق الجماعة و من ثم تحولت الى قاعدة قانونية في مرحله من مراحل

¹ جيرمي بنتام: عالم قانون و فيلسوف انجليزي ومصلح قانوني واجتماعي، وهو صاحب النظرية الاخلاقية في المنفعة التي عرضها في كتابه " مقدمة في مبادئ الاخلاق والتشريع "، عاش في الفترة " 1748-1832".

²دياس: مرجع سابق، ترجمه هنري رياض، ص94.

³السنهوري، عبد الرزاق احمد: مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص432-436، بند228.

⁴تروبير، ميشيل: مرجع سابق، ص76.

⁵السنهوري، عبد الرزاق احمد: ذات المرجع، ص436، بند228 .

⁶الغريب، محمد عيد: النظام العام في العقود المدنية، مرجع سابق، بند269، بند150.

تطور المجتمع ونتيجة للحركة الدائبة فيه تطلعا لما يكون، مؤيدة بجزء نظرا الى ما تهدف اليه من مصلحة الجماعة¹.

ويقر الدكتور سليمان مرقس " بانعدام وجود حدود فاصلة بين القانون والاخلاق، وهذه الحدود ليس لها وجود الا في تصور الفقهاء، وذلك لان القانون ما هو الا اخلاق اجتماعية، او هو الاخلاق في دور الحركة والعمل، الاخلاق التي تستحق ان يتقرر لها اجبار"².

والمعيار الذي تقاس به الاداب والاخلاق ليس ذاتيا، وانما هو معيار اجتماعي يتمثل في الناموس الادبي المتمخض عن ما هو موروث ومعتقد، وما هو متأصل بالعادة والعرف، وما تواضع الناس عليه، فبذلك تسند الاخلاق الى معيار موضوعي متمثل بالنظرة العامة للمجتمع³.

كما ان اللورد دنييس لويد يرى انه بالرغم من وجود تعارض بين الاخلاق والقانون، الا ان هناك مساحات واسعه مشتركة بينهما، فهناك من انماط السلوك التي يفرضها كل منها، لا يستطيع المجتمع البشري ان يعيش بدونها، حيث يرى ان القانون والاخلاق يساند كل منهما الاخر في العديد من هذه الانماط السلوكية الجوهرية، باعتبار ان هذه الانماط جزء من النسيج الاجتماعي، ويضرب لنا امثله على ذلك، كالاعتداء على جسد الانسان او ماله، حيث تساند القواعد الخلقية قواعد القانون التي تمنع مثل هذه الافعال، فالاستنكار الادبي الذي تفرضه قواعد الاخلاق على هذه الافعال يتساند بالعقوبات التي يفرضها القانون⁴.

ايضا من القائلين بفكرة ان القانون محكوم بشكل تام بالقواعد الاخلاقية الفقيه الفرنسي ريبير⁵، ولكن هذا لا يولد الاعتقاد بأن جميع قواعد القانون الوضعي محكومة بقواعد اخلاقية، على اعتبار ان الاخلاق تشترك مع قواعد اجتماعية كثيرة في الصراع نحو القانون بغرض تقويمه، وتتحقق الغلبة للاخلاق بالوقت الذي يفترق فيه القانون الى الاساس المثالي، وطالما

¹ عبد الله ، محمد محمد: مرجع سابق، ص42.

² مرقس، سليمان: مرجع سابق، ص40، موجود في عبد الله، محمد محمود، مرجع سابق، ص42، في الهامش رقم (1).

³ المهدي، روضه: مفهوم النظام العام في تكوين العقد، رسالة للاحراز على شهادة الدراسات المتعمقة في القانون الخاص، اشراف الاستاذ عماد العربي، جامعة المنار، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، السنة الجامعية، 2002-2003، ص26-27.

⁴ لويد، دنييس: مرجع سابق، ص70.

⁵ ريبير: من فقهاء القانون الفرنسي وله كتاب " القواعد الاخلاقية في قانون الالتزامات المدنية ".

يوجد اناس يؤمنون بالمثل الاخلاقية وسيطرتها على القانون، وهذا ما يفسر استيعاب القانون لنظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية الظروف الطارئة ذات المنبت الاخلاقي¹.

حتى ان القائلين بفكرة الوضعية القانونية بما تحويه من انكار وجود مقياس تقاس على اساسه صحة الاحكام او القواعد خارج اطار النظام القانوني، واصرارهم على ان شرعية القوانين تختلف عن شرعيتها الاخلاقية، ومع ذلك فإن الوضعيون اذا ما تبين لهم ان هناك قيم اخلاقية مطلقة وقادره على اظهار نفسها بكافة الوسائل، وتتمتع بالشرعية الكونية فأنهم والحالة هذه يقبلون بخضوع القانون الوضعي لتلك القيم².

ونظرية هيغل³ تجسد العلاقة بين القانون والاخلاق، من حيث ان هناك واجبا أدبيا باطاعة القانون، على اعتبار ان الفرد يكون مندمجاً في الدولة التي هي حقيقة اسمى واكبر منه، باعتبار حكمتها العظمى هي تجسيد حقيقي للاخلاق على حد تعبير سقراط⁴، الا انه ومع الاخذ بهذا الاتجاه بأن هناك هامش مشترك يفرض نفسه بين القانون والاخلاق، ومع ذلكلا يوجد توافق حتمي بين القانون وقواعد الاخلاق، فالواجب الاخلاقي باطاعة القانون لا يقوم ، اذا تبين ان هناك تعارض كبير وجوهري بين المبدئين، حيث ان الاخلاق في هذه الحالة تبرر عدم اطاعة القانون، ومع ذلك فإن هذا المبدأ (الواجب الاخلاقي باطاعة القانون) يبقى قائماً، طالما ان هناك افتراض مسبق بأن القوانين وجدت لتحافظ على المستويات الاخلاقية للمجتمعات التي تحكمها⁵.

هذا بالاضافة الى ان العلاقة بين القانون والاخلاق تتمثل بأن المصلحة الاجتماعية لها بعد ثنائي مادي وأدبي يجعل من النظام العام يقوم بمهمة تكريس المظهر الاجتماعي على

¹كيره، حسن: مرجع سابق، ص35 ، انظر كذلك فرج، توفيق حسن : المدخل الى العلوم القانونية، الطبعة الثانية، 1974، بدون دار طباعة، ص33.

²لويد، دنيس: مرجع سابق، ص136.

³جورج فيلهام فريديش هيغل: فيلسوف الماني عاش في الفترة "1770-1831"، وهو اهم الفلاسفة الالمان ومؤسس المثالية الالمانية، و اهم مؤلفاته "اصول فلسفة الحق" وترجمه الى العربية امام عبد الفتاح امام عام 1996.

⁴سقراط: فيلسوف يوناني عاش في الفترة "469-399" قبل الميلاد، ويعد اعظم فلاسفة التاريخ، وهو احد مؤسسي الفلسفة الغربية، اشتهر بإسهاماته في علم الاخلاق ، ولم يترك اعمالا كتابية وانما وصلت تعاليمه الينا من خلال الملاحظات التي دونها تلاميذه ومن اشهرهم افلاطون.

⁵لويد، دنيس: مرجع سابق، ص68-71.

القانون بالاضافة الى الاخلاق التي يكسوه بها، مما يجعل من القانون والاخلاق وجهين لعملة واحدة¹.

هذا بالاضافة الى ان علاقة القانون بالاخلاق، وتأثير الثانية على الاول يتجلى بوضوح في صلب احكام التشريع الاسلامي، فالشريعة الاسلامية تنهى عن كل فعل يناهض الاخلاق، فالسلوك الانساني المعتبر بنظر الشريعة الاسلامية والذي يأخذ صفة المشروعية يجب ان يستحضر الاخلاق وينطلق منها، لان القيم الاخلاقية غاية الشريعة، يفترض بالمكلفين الوصول اليها، وفي هذا يقول الدكتور فتحي الدريني "الاسلام جعل للمبادئ الخلقية والمثل الانسانية الاثر البالغ في تقويم الاراده وتوجيهها، وكذلك في تطهير الباعث الانساني بل لا نجد حكما شرعيا واحدا في الاسلام لا يستند الى مبدأ خلقي، ينبع منه او يتأيد به، او يستهدف قيمة انسانية عليا او الاقتراب منها، ولذلك كانت القيم لها اثر في التشريع"².

يتأكد ارتباط التشريع الاسلامي بالاخلاق من خلال انه تشريع تقويمي مصدره الله عز وجل، وليس فقط قواعد تنظم سلوك الافراد و تهتم بتنسيق وتوازن المصالح والعلاقات بينهم، فهو بالاضافة الى ذلك يهتم بالكمال الخلفي والقيم والمثل العليا للإنسان، وطالما دعا الى مكارم الاخلاق وجعلها من صلب التشريع، فاحكامه تجمع بين القواعد الخلقية والتشريع، فهو يأمر بالعدل والاحسان ويدعو الى البر والتقوى وينهى عن الاثم و العدوان و يحث على التعاون في دروب الخير، فهو دين وخلق وتشريع، وليس ادل على ذلك من القواعد التي جاء بها للمحافظة على حقوق الجار، فهي تنبثق من منطلقات اخلاقية، حيث لم تكلف الشريعة بان يكف المالك الاذى عن جاره اثناء استعمال ملكه، وانما تعدت لابعد من ذلك فالزمته ان يمد يد العون والخير له وان يتحمل الاذى منه، وفي ذلك يقول الامام الغزالي: "واعلم انه ليس حق الجار كف الاذى فقط بل احتمال الاذى، ولا يكفي احتمال الاذى بل لا بد من الرفق واسداء المعروف"، و ان دل ذلك على شيء، فانما يدل على ان الاخلاق تحتل مكان الصدارة في الشريعة الاسلامية³.

¹المهذبي، روضة: مرجع سابق، ص28.

²مصلح، علي محمد علي: مرجع سابق، ص51.

³الدريني، فتحي: الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مرجع سابق، ص78-83.

بناء على ما سبق، يمكن القول: انه لا يكاد أي حكم في التشريع الاسلامي يخلو من قيمة خلقية، فهاهي مجلة الاحكام العدلية (التشريع المدني الفلسطيني) تزخر بالنصوص ذات الاصل الاخلاقي "ما ابيح للضرورة يتقدر بقدرها"¹، و"درء المفاسد اولى من جلب المصالح"²، و"لا ضرر ولا ضرار"³، و كذلك النصوص المتعلقة بحقوق الجوار الواردة في الباب الثالث من المجلة تحت عنوان الحيطان والجيران في المواد 1195-1212، وكل هذه القواعد جاء بها التشريع الاسلامي فضلا عن تنسيق المصالح بين الافراد والمجتمع، فانها تركز معنى الاخلاق في هذا التشريع، وتؤكد على منع الاضرار بالناس، وتعطي للملكية معنأ اجتماعياً يؤكد التكافل والتضامن بين افراد المجتمع، وهي موجّهات للعدل والعدالة لتحقيق مفهوم النظام العام من خلال تطبيق نصوص القانون وضمان وصول تصرفات الافراد الى غاياتها التي شرعت من اجلها، بملائمة قصد المكلف في العمل مع احكام التشريع .

فقواعد التشريع الاسلامي مترابطة مع قواعد الاخلاق والقيم والمثل العليا، وهذا الترابط يصل بالانسان الى المسؤولية والتكليف، التي بدورها توصله الى القيم والاخلاق وتضبط سلوكه منسجما معها، وتمنعه من أي تصرف يخرج عن جادتها، باعتبارها غاية اراد التشريع من المكلفين الوصول اليها، ومعيارا للكشف عن مشروعية التصرف بالحرص على سلامة القصد والباعث والغاية، كحرصها على حقيقة المصلحة⁴.

مما سبق، تبين ان العلاقة وطيدة بين القانون والاخلاق، رغم وجودالخلاف بين فقهاء القانون بين مؤيد ومنكر لهذه العلاقة، فإن الباحث يرى ان القانون متأثر بالقيم الاخلاقية، بل يجب ان يتأثر بها، وذلك لان القانون هو عبارته عن قواعد تنظم سلوك الافراد في المجتمع، وبالتالي فإن هذا السلوك يجب ان يتجه الى القيم الاخلاقية التي تقرها الجماعة، وليس ادل على ذلك من النظريات ذات الاصل الاخلاقي التي اصبحت في صلب القواعد القانونية، مثل قاعدة تحريم الاثراء بلا سبب، وقاعدة الغبن الفاحش المقترن بالتغيرير، واحترام حق الملكية، ومشروعية

¹المادة 22 من مجلة الاحكام العدلية.

²المادة 30 من مجلة الاحكام العدلية.

³المادة 19 من مجلة الاحكام العدلية.

⁴مصلح، علي : مرجعسابق، ص 50-52.

المحل والسبب، فهذه النظريات جميعها كما يرى الدكتور السنهوري مشبعة بالروح الاخلاقية ، فهي تقوم على محاربة سوء النية والضرب على ايدي العابثين بالاخلاق، وهي في الواقع اوامر ونواهي اخلاقية، وهو يقول بذات الصدد اننا لا نكون مبالغين ولا نكون جانبنا الصواب حين نقول بأن القانون يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر، ونكون في الوقت ذاته قد انتهينا الى ان القانون والاخلاق شيئان متلازمان¹.

اما بالنسبة للنظام العام الذي يهدف الى حماية القيم والاصول التي تقرها الجماعة، والحفاظ على الصالح العام وكنيات المجتمع عن طريق وصول المكلفين الى هذه الكليات اثناء قيامهم بالتصرفات عبر وسيلة النظام العام للوصول الى الغايات التي تقرها الجماعة، وبالتالي فإنه يفترض ان تكون هذه الاصول والكليات ذات صبغة اخلاقية الامر الذي يفرض ان تكون الوسيلة مطبوعة بالطابع الاخلاقي.

فعندما لا تجد الجماعة مفرا من التمسك بالقيم الاخلاقية للمحافظة على التماسك الحيوي للنظام الاجتماعي وتحقيق الصالح المشترك، فإن القانون يتدخل لاضفاء الحماية وتقرير الاحترام لهذه القيم كما هو الحال بالنسبة لفكرة الاداب العامة، حيث ان مفهوم فكرة الاداب العامة يعبر عن المظهر الخلفي للنظام العام، بمعنى انها القواعد الخلفية التي تقرضها مصلحة المجتمع².

وعلى هذا فالنظام الخلفي هو الذي يحدد الافق القانوني للمجتمع، بحيث ينير الطريق امام حركة الضمير الاجتماعي الصامته، التي ترمي الى تقرير مبادئ التنظيم الاجتماعي، التي يستلهمها المشرع عندما يضع القوانين والقاضي عندما يصدر الاحكام، وما ذلك الا دليل على ان المجتمع يهيمن على عملية التشريع .

وعلى هذا فالنظام الخلفي هو النظام الكامن في اعماق الجماعة ووجدانها، والتي ترى فيه انه جدير بالاعتبار، حيث انه ينير الطريق امام حركة الضمير الاجتماعي الصامته التي ترمي الى تقرير مبادئ التنظيم الاجتماعي، وهو بهذا المعنى يقوم على تحديد الافق القانوني

¹ السنهوري، عبد الرزاق احمد: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 128.

² غستان، جاك، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، مرجع سابق، ترجمة منصور القاضي، ص 107.

للمجتمع، فالمشرع حينما يقوم بعملية سن القوانين فإنه يستهدي هذه المبادئ الاجتماعية التي تفرض هيمنة المجتمع على التشريع، وإذا كانت هذه المبادئ في حالة تغيير أو تبديل، فإن ذلك مرهون بتغير نظرة المجتمع لمفهوم العدالة¹.

المطلب الثالث: العدل والعدالة وصلتها بفكرة النظام العام.

عندما تحدثنا في السابق عن غاية القانون، بينا كيف ان القانون يجب ان يرتبط بقيم عليا وتكون غايته الوصول اليها، وهذه القيم هي التي يؤمن بها المجتمع الذي يفترض ان يطبق القانون على افرادة، فالقانون كما قلنا سابقا يتميز بظاهرة الخضوع له ليس من خلال سلطة العقاب الموجودة فيه، ولكن من خلال الغاية التي يسعى للوصول اليها، فغاية القانون هي التي تفرض له الطاعة والخضوع والتزام افراد المجتمع في احترامه وتقديسه لما يروه انه يحقق مصالحهم وتطلعاتهم، ويوائم نظرتهم المستقبلية لضمان الخير للجميع .

فالقانون عندما يستهدف القيم التي يؤمن بها المجتمع، ويستهدف مؤيدات القانون التي تستخلص من ضمير الجماعة المتغيرة في الزمان والمكان، فإن اعظم واهم قيمة يستهدف القانون الوصول اليها من خلال قواعده هي قيمة العدل، التي استقرت في عقل المجتمع على انها اسمى القيم واعلاها شانا².

حيث ان فكرة القانون ارتبطت منذ الازل بفكرة العدل، استنادا الى النظرة الجمعية للمجتمع بأن القانون يتوجب ان يكون رديفا للعدل، وانه بدون عدل تناقض وسخرية، لان العدل في ذاته قيمة خلقية وهو احدى الغايات التي يسعى الانسان للوصول اليها لضمان حياة تقوم على السعادة والخير المطلق³.

وإذا كان هدف القانون هو تحقيق الخير العام للجميع، بمعنى ان يعيش الافراد حياة افضل، حيث ان الانسان لا يوجد داخل الدولة فقط ليعيش مع غيره، وانما ليعيش حياة افضل، فجميع المؤسسات داخل الدولة ومنها القانون، تعد وسائل لادراك هذا الهدف الذي يتمثل بالحياة

¹ عبد الله، محمد محمود: مرجع سابق، ص36.

² عباس، عبد الهادي : ازمة العدالة، الطبعة الاولى، 2007، دار الحارث، ص58.

³ لويد، دنيس: مرجع سابق، ص 144.

السعيدة الشريفة، وذلك لان المجتمع المدني ليس هو الحياة المشتركة، وانما هو مجتمع الشرف والفضيلة، وهذا التلازم بين السعادة والفضيلة يؤكد انه ليس بالمستطاع ان تدرك السعادة الا بقدر ما يكون لدينا من فضيلة ونحرص عليها في تصرفاتنا¹، والفضيلة هنا تعني العدل.

ومسألة ارتباط وعلاقة القانون بالعدل، هي مسألة خلافية بين الفقهاء والفلاسفة ورجالات القانون من ناحية القانون بحد ذاته ومعنى العدل فيه، ومن ناحية اخرى تطبيق القانون على الناس بعدل، وهذا ما دفع الكاتب الفرنسي اناطول فرانس² للقول: "ان عظمة القانون الفرنسي بتطبيقه للمساواة، انه يبيح لروتشيلد ولاي متسكع ان ينام تحت قناطر نهر السين"³، وهذا يعني انه لا يكفي لضمان العدل ان يكون القانون عادلا و يتضمن معنى العدل، وانما يتوجب ان يلاحظ هذا العدل في تطبيقه على الناس، وذلك من خلال تمكينهم من جميع الوسائل و الظروف التي تضمن تحقيق العدل.

فالقانون يجب ان يتضمن في طياته من الأوامر والنواهي ما يجعل النظام القانوني قادرا على توفير الامن وتحقيق العدل داخل المجتمع، بحيث يصبح النظام القانوني انعكاسا واضحا وسليما لفكرة العدل الساكنة في خلد الجماعة وتصويرا صحيحا لمعنى الصالح العام⁴.

فالعدل مرتبط بالمساواة، التي يعني انه يجب تطبيق القانون بالتساوي على جميع الناس بدون تحيز، وفي جميع الظروف والحالات، اذ ان العدل المطلق يعني تحقيق المساواة التامة بين جميع الناس، لكن المساواة قد تخرج عن نطاق العدل عندما نساوي من يستحق بمن لا يستحق، لذلك فإن المساواة قد تكون العدل، وقد تكون الظلم، بمعنى انها لا تستطيع تحقيق العدل في كل الحالات، وهذا ما دفع علماء القانون الى تقسيم العدل الى عدل وعدالة، او عدل شكلي وهو تطبيق القواعد القانونية على الجميع بعمومية وتجريد، من دون الاهتمام بعدالة هذه القواعد ذاتها، وعدل جوهري يوصلنا الى عدالة القواعد التي نطبقها بالذات⁵.

¹تناغو، سمير، عبد السيد: مرجع سابق، ص131-132.

²اناطول فرانس: كاتب و روائي و ناقد فرنسي، عاش في الفترة " 1844-1924"، حصل على جائزة نوبل في الادب عام 1921، وكان عضواً في الرابطة الفرنسية لحقوق الانسان.

³عباس، عبد الهادي: ازمة العدالة، مرجع سابق، ص58.

⁴الجرف، طعيمة: مبدا المشروعية وضوابط خضوع الادارة العامة للقانون، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، 1976، ص12-14.

⁵مصلح، علي محمد علي: مرجع سابق، ص 53-54.

والنظرة الى العدل تختلف باختلاف المعتقد الفلسفي والفكري للانسان، فما يراه شخص ما انه عدل، قد يكون عين الظلم في نظر شخص اخر، لذلك يجب النظر الى العدل من خلال ما يعتقده المجتمع فلسفيا وفكريا، وما هي القيم التي تأخذ طابع التقديس بنظره او التي يتطلع اليها، فقواعد القانون يجب ان تستند الى هذه القيم التي تقع خارج نطاق العدل ذاته، وهذا ما دفع لويد الى القول بأن : "القانون وان كان يهدف الى العدل، فإن ذلك لايعني وليس بديلا عن سلم القيم، لانه بدون هذه القيم فإن اسوأ اشكال الظلم الجوهري سترتكب باسم العدل نفسه"¹.

بالاضافة الى سلم القيم الذي يكون خارج نطاق العدل، والذي بموجبه يتم تحقيق العدل الجوهري الذي يرشدنا الى ان القواعد في حد ذاتها عادلة، فإنهاك طريقة اخرى تكمل متطلبات العدل الشكلي وتخفف من وطأته وشدته وذلك عن طريق تفسير قواعد القانون بروح العدالة التي تتجاوز حرفية النص، بحيث لا تسمح بان يراق دم العدل على مسلخ النصوص، وهذا ما دفع الانظمة القانونية الى البحث عن طريق لاصلاح صرامة القانون وشدته، وهذا الاصلاح يكون عن طريق سلطة رشيدة تفسر القانون بروح العدالة، وغض النظر عن حرفية النص، وذلك للوصول الى معالجة الحالات الفردية بروح العدالة، "واقامة العدل مع الرحمة"².

والعدالة لا تعني فقط عدم ايقاع الضرر بالآخرين، واعطاء كل ذي حق حقه، وانما تنطوي على شئ اعمق يتمثل في التوازن المرغوب فيه بين المصالح المتعارضة للوصول الى النظام اللازم لسكينة المجتمع الانساني وتقدمه³.

و العدالة تعمل على كفالة النظام العام في المجتمع، لانها عنصر من العناصر الاساسية والاصولية للصالح المشترك الذي يهدف النظام العام للوصول اليه، فالنظام العام عندما يهدف للوصول الى الصالح المشترك، فإنه تلقائيا يهدف الى تحقيق العدالة، التي هي في حقيقتها تمثل مصلحة انسانية عليا ذات صلة وطيدة بالاخلاق ، حيث ينظر اليها المجتمع على

¹لويد، دنيس: مرجع سابق، ص162.

²لويد، دنيس: مرجع سابق، ص152.

³عطية ، نعيم: في النظريات العامة للحريات الفردية، مرجع سابق، ص36.

اساس انها مجموعة من المطالب الجوهرية المتعلقة بالاخلاق التي تحتل اعلى منزلة في مستويات المصلحة الاجتماعية¹.

والعدالة او العدل الخاص او كما يسميه ارسطو² الانصاف، يتحقق في حالتين: وذلك من اجل تحسين ما يعتبر عدلا حسب القانون، فالحالة الاولى عندما يوجد نقص في التشريع، فيقوم القاضي بسد هذا النقص من خلال ايجاد الحل المناسب معتمدا على مجهوده الشخصي، اما الحالة الثانية فتتمثل عندما لا يطبق القاضي القاعدة العامة في التشريع مراعاة لظروف خاصة متعلقة بالنزاع، بل يلجأ الى المرونة في تطبيق القاعدة من خلال استلها من روح القانون، بالابتعاد عن التطبيق الحرفي الجامد لهذه القاعدة، وبالتالي تكون الصفة المميزة للانصاف هي اصلاح القانون في الاحوال التي يعتره النقص³.

فالقاضي اعطي هذا الحق على اعتبار انه ابجر في محيط القانون، وادرك فكرته، واصبح يرى ان العدالة تتطلب منه ان يستشف روح القانون لتحقيق الغايات التي يهدف اليها، وليس تطبيق النصوص الجامدة، فالغاية الاسمى للقاضي هي احقاق الحق⁴، وليس تطبيق النصوص بحرفيتها، بحيث ان حرفية النصوص تعطي صورة مضللة عن فكرة القانون وغاياته، وتتحرف عن عدله و عدالته.

فالقاضي عندما يقوم بهذا الدور فانه حتما يستشعر النظام العام ويهدف الى حمايته، لانه عندما يقوم باصدار الحكم في تلك الحالات فإنه يضع نصب عينيه الاسس والاصول التي يهدف القانون في مجتمعه الوصول اليها وهذه الاسس والاصول هي التي يقوم النظام العام على حمايتها من خلال وصول التصرفات اليها.

اما التشريع الاسلامي فهو تشريع غائي، احكامه مرتبطة بغاياتها، وهي وسائل للوصول الى هذه الغايات، فإذا انحرفت الوسيلة عن الغاية المرسومة لها او تقاعصت في الوصول اليها ارتفعت عنها المشروعية لخروجها عن العدل، فكان العدل والعدالة امران واقعيان يتمثلان في

¹ عطية، نعيم: القانون والقيم الاجتماعية، مرجع سابق، ص 62.

² ارسطو : فيلسوف يوناني عاش في الفترة " 322-384" قبل الميلاد، وهو مؤسس علم المنطق والعلوم الطبيعية والفيزياء وعلم الاحياء وعلم الاخلاق .

³ تباغو، سمير عبد السيد: مرجع سابق، 152-153.

⁴ مصلح، علي محمد علي: مرجع سابق، ص 56.

المصلحة التي هي غاية التشريع، حيث وضع هذا التشريع الكثير من الخطط اللازمة لتحقيق العدل سواء في مرحلة التشريع او التطبيق كالأستحسان وسد الذرائع، كما ان مجلة الاحكام العدلية جاءتبقواعد تحقق الموازنة¹ بين المصالح حسب مقتضيات العدل والعدالة، وخير موجه للقاضي في عمله فعلى هدى منها يؤسس حكمه و يوازن بين المصالح ويحقق العدل، سواء كانت المصالح فردية خاصة او مصالح عامة، فتحقيق التوازن يكون بين المصالح الخاصة المشروعة فيما بينها عند التعارض وتحقيق التوازن بين المصالح الخاصة والعامة وترجيح المصلحة الانفع، مما جعل التشريع الاسلامي كل متكامل لا يحتاج الى قواعد اخرى تكمل النقص فيه²، كما احتاج القانون الوضعي الى قواعد العدالة للتخفيف من صرامته وسد النقص الذي يعتريه، فالعدالة لا تعني اكثر من ان يسلك المكلف الطرق التي رسمها التشريع ولا ينحرف عنها، وهذا ما حققه التشريع الاسلامي من خلال قواعده واحكامه، فالتصرف لا يكتسي بالمشروعية الا اذا انسجم مع الغاية التي ارادها الشارع وهو الله عز وجل من تشريعه.

فإحقاق الحق الذي هو غاية المشرع من وضع القانون، يكون هدف القاضي الفاضل وهو بصدد اصدار الاحكام، وقد لا يتيسر له ذلك من تطبيق نصوص القانون بحرفيتها، لذلك يتوجب عليه ان يبحث عن الحل من خلال الفكرة العامة للقانون في بلده، وهو بذلك يصل الى غاية التشريع، من اقامة العدالة وحماية النظام العام، باعتبار ان فكرة النظام العام هي المكمل الضروري لفكرة العدالة ، وذلك لان المشرع عندما يحدد النطاق القانوني لممارسة الافراد نشاطهم وعلاقاتهم في اطاره، فإنه يقيم هذا التحديد على اساس هاتين الفكرتين " النظام العام والعدالة "، على اعتبار انهما الفكرة القانونية التي يستند اليها المشرع عندما يقوم بتنظيم نشاط الافراد بشكل عام³.

¹ نص المادة (19 ، 26 ، 27،28،29،30،31، 27) من مجلة الاحكام العدلية .

² مصلح ، علي محمد: مرجع سابق ، ص59.

³ عصفور، محمد: مرجع سابق، ص131، في الهامش، رقم (1) .

المبحث الثاني : دور المشرع والقاضي في تحديد محتوى النظام العام .

المطلب الاول: دور المشرع في تحديد محتوى النظام العام

تحدثنا فيما سلف، ان النظام العام اوكلت له مهمة الحفاظ وحماية الافكار الفلسفية التي يتاسس عليها النظام السياسي والاجتماعي لامة ما، وذلك على اعتبار ان النظام الاجتماعي يقوم على اساس خطة سياسية تهدف الى تحقيق تنظيم اجتماعي ينظم الروابط الاجتماعية لحياة المجتمع، وان النظام العام يعد تعبيراً عن هذه الخطة التي تنظم الروابط الاجتماعية في المجتمع. حيث ان هذا التنظيم الاجتماعي هو الذي يقوم على تصويب اوضاع المجتمع وترتيبها تبعاً لما هو متصور عن الصالح المشترك للمجموع، وهو الذي يحدد المساحات المتروكة للنشاط الفردي، وما هي المساحات التي يجب ان تحف بالقيود، وعلى هذا الاساس يمكن وضع تصور للقانون الذي يشتمل على خطة تهدف الى هذا التنظيم الاجتماعي ، وهذا يعني ان التصور الذي يوضع للقانون يترتب على نوع التصور الذي وضعه التنظيم الاجتماعي للصالح المشترك، وعلى ذلك فإن المجتمع الذي سترتب على ذلك سيكون اما مجتمعاً حراً او مجتمعاً اشتراكياً او شيوعياً او غير ذلك من الاشكال السياسية الاجتماعية¹ .

ومن هنا فإن الدولة الحاكمة اذا ارتضت تنظيم اجتماعي معين، فإنها تضع خطة سياسية لتحقيق هذا التنظيم، وعلى هدى من ذلك يقوم المشرع بوضع القانون الملائم لهذا التنظيم الاجتماعي.

وعلى ذلك يعد النظام العام معبراً عن هذه الخطة السياسية التي تبنتها الدولة بهدف تحقيق تنظيم اجتماعي في وقت معين ليقوم على تنظيم الروابط الاجتماعية، فإن هي تبنت وانتهجت نظاماً سياسياً يقوم على اساس الفلسفة الفردية، فإن النظام العام يعبر عن هذه الخطة السياسية القائمة على الفلسفة الفردية، واذا تبنت الدولة خطة سياسية تقوم على اساس الفلسفة الاجتماعية (الاشتراكية)، فإن النظام العام يعبر عن هذه الخطة القائمة على اساس الفلسفة

¹ عطية، نعيم: في النظرية العامة للحريات، مرجع سابق، ص79، نقلاً عن بيرتو: المطول في علم السياسة.

الاجتماعية او الاشتراكية، وبذلك يكون النظام العام فرديا او اجتماعيا بناء على الخطة السياسية التي تنتهجها الدولة بهدف تحقيق النظام الاجتماعي، ويسخر المشرع نظامه القانوني لحمايتها¹.
على ان النظام العام يمكن ان تضيق او تتسع دائرته تبعا للخطة السياسية او الاتجاه الفلسفي الذي تتبعه الدولة في تنظيم الروابط الاجتماعية من خلال التنظيم الاجتماعي الذي تحدده، والذي يسخر المشرع نظامه القانوني لحمايته، فهذه الدائرة تضيق الى ابعد حد اذا كان الاتجاه الفلسفي الذي تنتهجه الدولة من خلال الخطة السياسية فرديا، وهي تتسع اذا ساد الاتجاه الاجتماعي (الاشتراكي)، بحيث تسيطر فكرة النظام العام على النظام القانوني بأكمله لتشمل جميع مناحي الحياة، من حماية للطبقات العاملة والاطراف الضعيفة في العلاقات القانونية التعاقدية، وتشمل كذلك خطط التنمية الاقتصادية وخطط الدولة الشاملة².

وهذا لا يخفى على احد ان المجتمع في حركة دائبة ترنو الى التطور المستمر، والتطلع المثالي، وبالتالي تتغير اسس تنظيمه الاجتماعي، تبعا لاختلاف المبادئ والافكار السائدة فيه سواء الاجتماعية او السياسية او الاقتصادية او الفكرية، حيث ان هذه الافكار لا تستطيع التهرب من امكانية التغير او التبديل، ولكنها بالتأكيد اكثر ثباتا من القانون الذي يسخره المشرع لحمايتها على اعتبار انها لا تنطوي الا على التوفيق بين مبادئ عامه³،

وهنا يمثل النظام العام المنفذ الذي يسمح بدخول هذه المبادئ والافكار الى علاقات الافراد، فتؤثر في القانون وروابطه وتجعله ينسجم مع هذه التطورات، مما يؤدي الى خضوع معاملات الافراد الى هذه المبادئ والافكار السائدة في المجتمع⁴.

ولا يعترض القول، ان النظام العام يعبر عن خطة سياسية ترسمها الدولة لتحقيق تنظيم اجتماعي يعمل على تنظيم الروابط الاجتماعية بين افراده، مع قولنا ان دائرة النظام تضيق الى ابعد حد في ظل نظام فردي يدعو الى اطلاق الحريات، ذلك ان النظام الفردي يمتلك خطة سياسية لإقامة تنظيم اجتماعي، فكل قانون يجب ان يقترن بسياسة معينة، باعتباره خطة تهدف

¹ عصفور، محمد: مرجع سابق، ص124.

² البدرابي، عبد المنعم: المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للالتزام والنظرية العامة للحق، دار النهضة العربية، 1966، ص147 وكذلك انظر تتاغو، سمير عبد السيد: مرجع سابق، ص 91 .

³ عطية، نعيم: في النظرية العامة في الحريات، مرجع سابق، ص79-80، في الهامش رقم2.

⁴ السنهوري، عبد الرزاق احمد: الوسيط، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص437، بند 228.

الى تحقيق نظام اجتماعي، فلا مناص من ان يقترن بفكرة تخطيط سياسي، حيث ان القانون طالما انه يهدف الى اقامة نظام اجتماعي على هيئة معينة، فانه يمثل اداة لتنفيذ سياسة معلومة¹.
ويدعم هذا الرأي، ان القوانين التي وضعت لتنظيم اجتماعي قائم على النظام الفردي اشتملت على خطة سياسية لتنظيم الروابط الاجتماعية، حيث كان مبدأ سلطان الارادة من اهم تطبيقات النظام العام²، وهذا يعني وجود خطة سياسية لهذه النظم القانونية، ولكن ضيق دائرة النظام العام في هذه الانظمة مرده الى احجام الدولة عن التدخل في الشؤون الخاصة للأفراد، تاركة لهم الحرية الواسعة في تنظيم علاقاتهم الخاصة، اما اتساع دائرة النظام العام في الانظمة الاجتماعية او الاشتراكية فمرده الى ان يد الدولة تمتد لتطال معظم الروابط القانونية، وترتفع بعض المصالح الخاصة الى مرتبة المصالح العامة الجديرة بالحماية³، اذن فالنظام العام يعد تعبيراً عن الخطة السياسية التي تنتهجها الدولة لاقامة نظام اجتماعي في النظام الفردي والاجتماعي (الاشتراكي) على حد سواء.

اما التشريع الاسلامي فالامر فيه مختلف، فهو تشريع غائي يهدف الى تحقيق المصلحة والعدل، واحكامه ومبادئه وقواعده وسائل تستهدف غايات متمثلة بمصالح العباد، فلا بد من الوصول الى الغاية التي توخاها الشارع من النص باستقراء الفلسفة التشريعية من وراءه، او المقصد العام الذي اراده من تشريعه، وغالبا ما يكون المقصد او الغاية التي ارادها الشارع من تشريع النص او المبدأ خارج عن منطوقه او لغويته لان الامور بمقاصدها⁴، والعبارة في العقود للمقاصد والمعاني لا للالفاظ والمباني⁵، لذلك لا بد من البحث خارج النصوص للوصول الى غاية الشارع ومقصده باستقراء روحه ومعناه تحريماً للعدل والوصول الى المصلحة المعتبرة شرعاً⁶.

لكن وجه الخلاف بين فكرة النظام العام في النظام الفردي، وفكرة النظام العام في النظام الاجتماعي (الاشتراكي)، هو اختلاف في نوع السياسة التي يعبر عنها، ففي النظام الاشتراكي

¹ عطية، نعيم: مرجع سابق، النظرية العامة للحريات، ص 80.

² تناغو، سمير عبد السيد: مرجع سابق، ص 92.

³ البدرابي، عبد المنعم: مرجع سابق، ص 147.

⁴ المادة (2) من مجلة الاحكام العدلية.

⁵ المادة (3) من مجلة الاحكام العدلية.

⁶ الدريني، فتحي: خصائص التشريع الاسلامي، مرجع سابق، ص 9.

تلقي فكرة النظام العام بظلالها على النظام القانوني بأكمله، فلا يكاد أي نشاط خاص يخرج عن إطاره، بينما في النظام الفردي، وان كان النظام العام يهيمن على النظام القانوني بأكمله وهو يعبر عن الخطة السياسية التي تنظم روابط المجتمع، الا ان وجه الخلاف ان احتمالات التصادم بين قواعد النظام العام وبين النشاط الفردي، بحسب رؤية المجتمع الذي يعتنق الفلسفة الفردية، هي احتمالات نادرة وهذا السبب الذي يجعل النظام الفردي لا يقبل بأي قيد او حد على الحرية وما تقوم به من نشاط الا في حالات استثنائية¹.

لكن التشريع الاسلامي اعتد بالمصلحتين معا الفردية والصالح العام، واعتبر ان المصلحة والعدل هي القيمة المحورية للتشريع تقوم عليها البنية الذاتية له، ووضع من الخطط والقواعد ما يضمن التنسيق والموازنة بين المصلحتين بحيث لا تطغى احدهما على الاخرى، وكذلك الموازنة بين المصالح الفردية الخاصة المشروعة مع بعضها البعض بدون جور او تناقض، استجابة لمقتضيات النظام الشرعي العام، لما في ذلك من تحقيق للعدل والعدالة، ولجل هذه الغاية وضع التشريع الاسلامي الكثير من الخطط الشرعية كفكرة الباعث والاستحسان وسد الذرائع والتحليل .

وهذا يعني ان النظام القائم على الفلسفة الفردية يمثل نظاماً اجتماعياً، يشتمل على خطة سياسية، وان كانت الدولة لا تتدخل في الشؤون الخاصة بالافراد، فعدم التدخل هو بحد ذاته خطة سياسية ترمي الى اقامة نظام اجتماعي يمنع الدولة من التدخل فيه الا في اضيق الحدود، فالخطة السياسية لا تعني تدخل الدولة في جميع الروابط الاجتماعية، وانما نجد الخطة السياسية اينما وجدت قواعد قانونية تعالج مظاهر الحياة الاجتماعية، وهو في ذلك كالمذهب الاشتراكي باعتبار انه يمثل نظام اجتماعي، اللهم سوى ان النظام الفردي ينظر الى الحرية انها الصالح المشترك او هي الوسيلة الوحيدة لتحقيقه²، وترك الناس احرار اكثر جدوى وفاعلية لتحقيق الخير العام لهم³.

¹ عصفور، محمد: مرجع سابق، ص 125.

² عطية، نعيم: مرجع سابق، النظرية العامة للحريات، ص 82 وص 90 في الهامش، رقم (2)

³ فهمي، مصطفى ابو زيد: النظرية العامة للدولة، مرجع سابق، ص 119.

قلنا ان النظام الفردي لا يقبل أي توجيه للحرية اوقيد عليها الا في حالات استثنائية، وهذه الصفة الاستثنائية لا ترجع الى عدم تأثير النظام العام في النظام القانوني الفردي، وانما ترجع الى ان هذا النظام يفترض ان الافراد اذا ما تركوا احرارا فانهم لن يمسو النظام العام، ولن يعتدوا على حقوق الجماعة التي يمثلها النظام العام، وذلك بتأثير من نظريات القانون الطبيعي على الفكر القانوني التي كانت تعتبر ان القانون يعبر عن قانون عالمي مثالي، وان وظيفة المشرع مقتصرة على تطبيق هذا القانون، الذي لا يوجد نظام عام يتعارض مع احكامه، الا في حالات استثنائية تمثل وجود مصلحة عليا تتصادم مع مبدأ من مبادئ القانون الطبيعي¹.

خلاصة القول: ان دور المشرع يتمثل في وضع نظام قانوني يحمي من خلاله الخطة السياسية التي تضعها الدولة للتنظيم الاجتماعي الذي تبنته، ويكون النظام العام معبرا عنها وعن روح النظام القانوني الذي يحميها، فالمشرع عندما يضع النظام القانوني يجعله منسجما مع الخطة السياسية التي تضعها الدولة ومنسجما مع النظام العام الذي يعبر عنها، وذلك من خلال خطة شاملة يظهر فيها روح نظامه القانوني والنظام العام وفكرة القانون الذي وضعه اسوة بالتشريع الإسلامي وخطته التي تسعى لأحقاق الحق والعدل وضمان وصول التصرفات الى غاياتها .

المطلب الثاني: دور القاضي في تحديد محتوى النظام العام.

تعرفنا فيما سبق ان دور القاضي الفاضل، على حد تعبير أستاذنا الدكتور علي مصلح، تنحصر مهمته في احقاق الحق باعتباره الغاية المثلى، وليس تطبيق النصوص الجامدة في القانون، فالقاضي يمتلك اساسا قانونيا يبيح له تحديد محتوى النظام العام، لانه تقع على عاتقه مسؤولية الدفاع عن المبادئ الاساسية التي يقوم عليها التضامن الاجتماعي في المجتمع الذي يحكم فيه.

اما التشريع الإسلامي، فهو تشريع غائي يستهدف المصلحة والعدل واحكامه وقواعده وسائل قصد من تشريعها بلوغ هذه الغاية، فإذا انحرفت عن غاياتها ومقصد الشارع من تشريعها

¹عصفور، محمد: مرجع سابق، ص 125.

ناقضت الغاية التي شرعت من اجلها والمناقضة باطلة وما بني على الباطل فهو باطل، والمصلحة هنا تمثل المصلحة الفردية الخاصة والصالح العام، ومن اجل الحفاظ على هذه الغاية اوجد التشريع الاسلامي المبادئ والاحكام والقواعد التي تحقق التنسيق والتوازن بينها، سواء تحقيق التوازن بين المصالح الفردية الخاصة المشروعة فيما بينها عند التعارض وتغليب المصلحة الارجح نفعا والحكم بمشروعيتها، وسلب المشروعية عن المصلحة التي تتمحض الاضرار والمفسدة او التي ضررها ارجح¹، حفاظا على العدل ومقتضيات العدالة والنظام الشرعي العام .

من اجل هذه الغاية يتوجب على القاضي والمجتهد ان يبحث فيما وراء النصوص والقواعد مستلهما روح التشريع ومعناه وما هي السياسة التشريعية والغاية التي ارادها المشرع من تشريع المبادئ والقواعد، فغالبا ما تكون علة الحكم خارج منطوق النص والفاظهم من اجل تحقيق المصلحة والعدل التي ارادها الشارع من تشريعه، تحقيقا لما اراد في اوسع نطاق ومدى، هذا مع الاخذ بعين الاعتبار الظروف والملابسات التي تحيط بالاشخاص والوقائع واثرها في تشكيل علة الحكم ضمنا لمشروعية نتائجه، فالعبرة بالنتائج العملية الواقعة او المتوقعة، فالظروف والملابسات ينشأ عنها احكاما جديدة تتاسبها وتعارض احكامها الاصلية، فوحدة الحكم تقتضي تشابه الظروف، وهذا لن يكون لان الظروف مختلفة ومتغيرة باستمرار ويتوجب اعتبارها شرعا، والا ادى ذلك الى قلب معايير الشرع من ضلال الفهم وسوء التطبيق، مما يؤدي الى تطبيق احكام تقضي الى الظلم والفساد والضرر، وهو مناقض للفلسفة التشريعية التي يقوم عليها التشريع الاسلامي من المصلحة والعدل جملة وتفصيلا².

يتضح من السابق ان التشريع الاسلامي اخذ بالاعتبار الظروف المحيطة بالاشخاص والوقائع كدلائل تكليفية جديدة ينشأ عنها احكاما جديدة مختلفة عن احكامها الاصلية تضمن الموازنة بين المصالح وترجح المصلحة الانفع والاصح، يعني ذلك ان الاحكام تختلف باختلاف الظروف والاشخاص والازمان، وهذا دليل على عدالة التشريع الاسلامي وعدله، وهو احد

¹مصلح، على محمد: من مناقشات الرسالة .

²الدريني، فتحي : خصائص التشريع الاسلامي في السياسة والحكم ، مرجع سابق، ص6-7.

المفاصل التي تميز التشريع الاسلامي عن القوانين الوضعية، فهي لم تستطع ان تعالج الحالات الفردية الخاصة لان قواعدها عامة مجردة تسري على الجميع بدون الاخذ بعين الاعتبار لهذه الظروف والملابسات، لذلك لم تستطع هذه التشريعات بلوغ العدالة التي وصل اليها التشريع الاسلامي¹.

وهذا يعني ان محتوى النظام العام لا يحدده فقط التشريع، وانما يقوم ايضا بتحديدته القضاء في الحالة التي يغيب فيها النص على اعتبار القاعدة موضوع النزاع هي من النظام العام او في حالة غياب القاعدة كليا، حيث ان هناك توافق على ان هناك مصادر اخرى للنظام العام غير القانون².

الا ان الفقه انقسم الى اتجاهين بصدد تحديد محتوى النظام العام، الاول يؤمن بقسدية النص ويرى ان النظام العام لا يمكن ان يكون مستقلاً عن القانون، وقد تزعم هذا الاتجاه الفقيه الفرنسي بنتام، الذي آمن بفضائل القانون المكتوب، لانه الوسيلة الوحيدة التي يمكن من خلالها تجنب التشريع القضائي، واطهر عداؤه للشكوك التي يخلقها صنع القانون من قبل القضاء³، فهذه الطريقة في صنع القانون تعطي المجال للمكلفين بإتيان اعمال غير مرغوب فيها بدون ان يكونوا على علم بأن هذه الاعمال تمثل انحرافات سلوكية يعاقب عليها القانون، فقانون القضاء لا يظهر الابدع اتيان المخالفة، وينحصر دور القضاء بهذه الحالة على معاقبة هذه الافعال، وهذا بخلاف النصوص المكتوبة التي هي من صنع المشرع، فهي تنبه المكلفين بعدم اتيان المخالفة، وفي حالة الإتيان تفرض عليهم العقوبة المنصوص عليها في القانون، فالقانون الذي من صنع المشرع يفرض المخالفة والعقوبة معا، فيكون المكلفون على علم بها مسبقا .

بناء على ما سبق يمتنع على القاضي ان يقوم بابطال أي تصرف بحجة مخالفته للنظام العام، الا اذا نص المشرع صراحة على منع مثل هذا التصرف لارتباطه بالنظام العام، فالنصوص التشريعية المتصلة بالنظام العام جاءت على سبيل الاستثناء لا يجوز ان يتوسع فيها، فالقانون وحده هو الذي يحدد ان النص امر متعلق بالنظام العام ام انه اختياري، لانه حسب هذا

¹ مصلح، على محمد : مرجع سابق، ص 55-56.

² غستان، جاك: تكوين العقد، مرجع سابق، ص 113.

³ لويد، دنيس: مرجع سابق، ص 309.

النظر، فان ترك المجال للقاضي تحديد محتوى النظام العام من شأنه ان يعطي القاضي صلاحية يخشى ان تكون اداة لتعسف القضاء، كما يشكل خرق لمبدأ الفصل بين السلطات، باعتبار ان القاضي في هذه الحالة يأخذ دور المشرع¹.

اما الاتجاه الثاني، يرى ان الدور الذي يقوم به القضاء في صناعة القانون ما هو الا الدور الطبيعي له، الذي يهدف الى معرفة المفاهيم العامة للنظام العام والاداب العامة التي لا يحدد القانون محتواها، حتى ان الامر وصل الى حد القول بأن النظام العام لا يوجد الا خارج القوانين الآمره، وبالتالي فإن القاضي هو الذي يقع على عاتقه ما هو مشروع ومطابق للنظام العام، وما هو غير مشروع لمخالفته لمقتضيات النظام العام وذلك في الحالات التي لا ينص القانون عليها².

وفي هذا الصدد اقرت محكمة النقض الفرنسية بإستقلال النظام العام عن النص القانوني، في صدد التعليق على المادة (1133) من مدونة القانون المدني الفرنسي حيث اكدت "ان السبب هو غير مشروع عندما يكون مناقضا للنظام العام بدون ان يكون من الضروري ان يحظره القانون"³.

الى هذا الرأي ذهب الفقيه الفرنسي(مورنديار)⁴، الذي ذهب الى ان النظام العام بالاصل ليس مفهوما تشريعيًا، لان القانون يعتبر معيار غير دقيق لتحديد محتواه، كذلك فالنظام العام مستقل عن التشريع، وبناء عليه لا يكون ضروريا معرفة ما اذا كانت القاعدة القانونية مخالفة للنظام العام ام لا، ولكن المهم هو معرفة ما اذا كان التصرف القانوني مخالفا للنظام العام ام لا، لان ذلك يعطي مفهوم النظام العام طابعا نسبيا واقعيا يعطي القاضي دورا ضروريا في تحديد نطاقه⁵.

¹المهذبي، روضة : مرجع سابق، ص34.

²عستان، جاك: مرجع سابق، ص116

³وارد في غستان، جاك : مرجع سابق ، ص116.

⁴ جوليودي مورنديار، من كبار رجال القانون في فرنسا وعميد كلية الحقوق بجامعة باريس، وكان رئيس اللجنة التي تشكلت بفرض تنقيح التقنين المدني الفرنسي في عام 1945.

⁵وارد لدى المهذبي، روضة: مرجع سابق، ص35.

الا ان الدور الذي يقوم به القاضي المدني، يختلف كلياً عن الدور الذي يقوم به القاضي الجزائي من حيث تحديد نطاق ومحتوى النظام العام وحسن الاداب، فالقاضي المدني يقوم بدور ايجابي بهذا الصدد، فهو يكشف عن النظام العام والاداب العامة من خلال ما يقضي به شعور الجماعة ومدى مخالفة التصرف الذي قام به الشخص للقيم الاخلاقية في المجتمع، اضافة الى انه ملزم بتسبيب حكمه اذا كان مخالفا لحكم محكمة اخرى في دعوى مشابهه، اما القاضي الجزائي فإنه يكون ملزماً بالمبدأ القاضي بأن لاجريمة ولا عقوبة الا بنص القانون، حيث ينحصر تقديره للنظام العام والاداب من خلال جريمة جنائية¹.

وفي هذا الصدد يقول الدكتور حسن كيرة ان فكرة النظام العام والاداب العامة هما فكرتان مرتتان يعطيان القاضي سلطة واسعة في تحديد مضمونهما، لان هذا المضمون متغير في الزمان والمكان، ومع ذلك لا يستطيع القاضي ان يحدد هذا المضمون استنادا الى قناعته الشخصية او معتقداته بدلا من معتقدات الجماعة، ذلك لان فكرة النظام العام فكرة نسبية، أي انها تنسب الى جماعة معينة وزمن معين، لذا يكون القاضي مقيد في تحديد مضمونها بالرأي السائد للجماعة في زمن معين، وهو في ذلك يكون خاضع لرقابة محكمة النقض باعتبارها مسألة قانونية لا ينفرد في تقديرها قاضي الموضوع².

كما ان مخالفة النظام العام والاداب العامة امر مستقل عن مخالفة القواعد القانونية، وهذا يؤدي حتما الى استقلال فكرة النظام العام والاداب عن نصوص القانون، مما يحتم بالضرورة تحديد مضمونها وما هو المقصود منها حتى يمكن تطبيقها، حيث ان فكرة النظام العام والاداب لا يمكن ان تكون مرتبطة في وجودها بوجود نصوص قانونية تركزها³.

والدور الذي يقوم به القاضي هو من قبيل الرقابة الاجتماعية على القانون تجري من خلالها عملية فحص او قبول او رفض المصالح المتنافسة، لان وظيفة المحاكم باعتبارها الوكيل الاسمي للقانون فرض الرقابة الاجتماعية⁴.

¹ الغريب، محمدعبد: المرجع السابق، ص284-285، بند161.

² كيرة، حسن: مرجع سابق، ص52-53.

³ تيناغو، سمير عبد السيد: مرجع سابق، ص90.

⁴ لويد، دينيس: مرجع سابق، ص251.

حيث ان السلطة القضائية في مجال تحديد الابعاد الغائية لمفهوم فكرة النظام العام تقوم بدور مهم، من خلاله تعمل على وزن وقياس مدى مشروعية التصرفات الفردية والجماعية والمؤسسية من منظور قيم وافكار وفلسفة الجماعة¹.

بحيث يترك للقاضي مهمة تفسير هذه القيم والافكار من خلال الروح السائدة في المجتمع، الامر الذي يفضي الى اعتبار القاضي مشرعا او يكاد يكون مشرعا في هذه الدائرة المرنة التي تسمح له التقيد بكليات ومصالح امته².

باعتبار ان فكرة النظام العام تنتمي الى نطاق التفسير الذي يتولاه القضاة، فيجب ان يكونوا على درجة عالية من الوعي والادراك بالخصائص السياسية، لفكرة القانون كما هي في الجماعة، بل ان القاضي يعي ويدرك الضمير الكامن للقانون في مجتمعه وروح هذا القانون الا وهو النظام العام، فالامر لا يتعلق بمعيار موضوعي، وانما يتعلق بفكرة قانونية اجتماعية يستشعرها القاضي باحساسه الذي يقوده اليها من غير خطأ يرتكبه الا نادرا³.

و حتمية دور القضاء في صنع القانون، حتى في ظل نظام تشريعي مقنن، باعتبار ان هذه الوسيلة ضرورية لجعل القانون منسجما مع حاجات المجتمع الجديدة⁴، فالقانون ما هو الا وسائل يستهدف غايات لا يجوز ان ينحرف عنها، و دور القضاء يتمثل في مراقبة مستمرة لأنسجامه مع الغايات التي يستهدفها.

الا انه في الحالة التي يقوم بها المشرع باظهار روح النظام القانوني

(النظام العام) او فكرة القانوني امر ما، فإنه لا يكون هناك حاجة الى تدخل القاضي ليقوم بتحديد فكرة النظام العام في هذا الامر، وذلك في الحالة التي يفرض فيها المشرع من خلال القانون الذي يسنه خطة شاملة ويبرز فيها روح النظام القانوني في مجتمعه، فتكون مهمة القاضي فقط هي الاستجابة لهذه الخطة الواضحة التي وضعها المشرع⁵.

¹البشري، عماد طارق: مرجع سابق، ص57.

²السنهوري، عبد الرزاق احمد: مرجع سابق، ص437.

³عصفور، محمد: مرجع سابق، ص120-121.

⁴لويد، دينس : مرجع سابق، ص309.

⁵عصفور، محمد: مرجع سابق، ص 120-121، في الهامش رقم 3.

بالعودة الى التشريع الاسلامي نلاحظ انه اتبع خطة كاملة شاملة لبلوغ غايته في المصلحة والعدل، حيث وضع الكثير من القواعد والمبادئ والنظريات التي تحقق هذه الغاية كسد الذرائع ونظرية الباعث والاستحسان، وما على القاضي الا الالتزام بها للوصول الى غاية الشارع ومقصده من التشريع، وقد تمثلت هذه الخطة بمجلة الاحكام العدلية المأخوذة من الفقه الاسلامي وهي تمثل القانون المدني الفلسطيني، حيث اشتملت على خطة توصل التصرفات والاحكام الى غايتها التي شرعت من اجلها، فما الاحكام الا وسائل لبلوغ القصد الذي توخاه الشارع من تشريعها، فكانت القواعد الكلية بمجلة الاحكام خير موجه ومرشد ودليل للقاضي في بلوغ العدل والمصلحة حفاظا على مقتضيات النظام العام من خلال تأسيس حكمه عليها فالقواعد الكلية الواردة في مقدمة المجلة تمكن القاضي من تطبيق احكامها ونصوصها بعدل وعدالة من خلال وصولها الى الغاية التي شرعت من اجلها.

فالرجوع الى تلك القواعد نبراس يستهدي به القاضي في تأسيس حكمه عليها واحقاق الحق بوصول احكام التشريع الى الغاية التي شرع من اجلها، فمثلا بالرجوع الى قاعدة " الامور بمقاصدها"¹، حيث جاء بالمجلة ان الحكم الذي يترتب على امر يكون على مقتضى ما هو المقصود من ذلك الامر، ويقول الاستاذ الدريني في شرح هذه القاعدة " ان الصورة الحسية التي توجد في الخارج لاي امر من الامور، لا تأخذ حكما شرعيا بالاستناد الى محسوسيتها فقط بل بالانضمام الى المقصد والغرض الذي هو الحامل-الباعث- على ايقاع تلك الصورة واحداثها"²، وهذا يعني ان اكتمال الصورة المادية للتصرف او العمل لا تكفي لاعطاءه وصف المشروعية او سلبه اياها، فلا بد من النظر الى الباعث الذي يدفع الى القيام بهذا التصرف، فالتصرف الذي في اصله مشروعاً حتى يكتسب المشروعية لا بد ان يكون الباعث عليه مشروعاً، فمثلا عقد الايجار الذي يتم بين المستأجر والمؤجر مستكملاً شروطه واركانه مشروعاً بأصله، لكن اذا كان باعث المستأجر من الاجارة هو فتح بيت للدعارة مثلاً، يكون التصرف باطلا بالنظر الى باعته.

¹نص المادة (2) من مجلة الاحكام .

²الدريني ، فتحي : التعسف في استعمال الحق، مرجع سابق، ص 195.

والرجوع الى قاعدة "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا الالفاظ والمباني"¹ ، يستطيع القاضي من خلالها التوصل الى حقيقة العقد وتكييفه بغض النظر عن مسماه من قبل الاطراف، فالقاضي لا يتقيد عند تكييفه للعقد بالوصف الذي اطلقه عليه المتعاقدان، ولو كانت عبارة الوصف واضحة، فالوصف الظاهر قد لا يطابق حقيقة العقد رغبة من المتعاقدين في اخفاء حقيقة التعاقد او لخطأ ارتكبه، وفي الحالتين يكون واجب القاضي تحديد الوصف القانوني الحقيقي للعقد ، لانه يتوقف على هذا التحديد معرفة القواعد القانونية التي تحكم التعاقد².

ومن التطبيقات الواردة على النص السابق نص المادة (649) من المجلة التي تنص على ان عقد الحوالة الذي يشترط فيه عدم براءة المحيل ينقلب الى كفالة، ونص المادة (648) التي تنص على ان عقد الكفالة الذي يشترط فيه براءة الاصيل ينقلب الى حوالة .

وبالرجوع الى قاعدة "لا ضرر ولا ضرار"³ ، يلاحظ ان هذه القاعدة تعد الاساس في منع الضرر مطلقا قبل وقوعه وبعده، وترتب نتائجها والتعويض عليه، والضرر اما ان يكون واقعا فعلا فتجب ازالته سواء نشأ عن فعل مشروع او غير مشروع في الاصل، وقد يلجأ القاضي الى الموازنة فيدفع الضرر الاشد بالضرر الاخف، واما ان يكون الضرر متوقعا فيجب دفعه لان ذلك اولى من ازالته بعد الوقوع عملا بأحكام القاعدة "الضرر يدفع بقدر الامكان"⁴، ودفع الضرر قبل وقوعه او ازالته بعد الوقوع قد ينتج عنه ضرر اخر، فيتعارض الضرر المراد ازالته او دفعه مع ضرر ينشأ عنهما⁵.

ومن الامثلة العملية على هذه القاعدة، لو فرضنا ان مدة عقد ايجار ارض انتهت قبل تمام اجراءات الحصاد، فان عقد الايجار يتمدد تلقائيا حتى الانتهاء من اجراءات الحصاد منعا للضرر بالمستأجر (الزارع)، وكذلك اذا تم عقد البيع بين البائع والمشتري، ولكن المشتري لسبب من الاسباب لم يتسلم المبيع وكان عرضة للتلف، فقام البائع ببيعه لشخص اخر، فيكون فعله من

¹ نص المادة (3) من مجلة الاحكام العدلية .

² سلطان ،انور : مرجع سابق ، ص 197 .

³ نص المادة (19) من مجلة الاحكام العدلية

⁴ نص المادة (31) من مجلة الاحكام العدلية

⁵ الدريني ، فتحي: نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الاسلامي، الطبعة الثانية، 1998، دار البشير، ص213.

هذا المنطلق مشروعاً منعا للاضرار بالمشتري والبائع عملاً بقاعدة لا ضرر ولا ضرار والضرر يدفع بقدر الامكان.

لكن الضرر المراد ازالته او دفعه قبل الوقوع قد يكون خاصاً او عاماً، فاذا كان خاصاً يدفع الاشد بالاخف، فالذي ترجح فيه المصلحة على المفسدة ياخذ صفة المشروعية، واذا تساوت المصلحة مع المفسدة او غلبت المفسدة تسقط عنه المشروعية، حيث ورد بالمجلة: "الضرر الاشد يزال بالضرر الاخف"¹ و "اذا تعارضت مفسدتان روعي اعظمهما ضرراً بارتكاب اخفهما"² و "يختار اهون الشرين"³ و "درء المفسد اولى من جلب المصالح"⁴، اما اذا كان الضرر المراد دفعه او ازالته عاماً، فيدفع الضرر العام ويتحمل الضرر الخاص، فورد بالمجلة: "يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام"⁵.

بالرجوع الى هذه القواعد وغيرها يستأنس القاضي بها للوصول الى الاساس الذي يمكن ان يبني عليه حكمه، فهي خير موجه له في تطبيق نصوص القانونو قواعده بناء على الغاية من تشريعها وصولاً الى العدل والعدالة وحماية لمقتضيات النظام العام، فهذه القواعد تفسر للقاضي الكثير من الحقوق التي شرعت فهي تفسر حق الشفعة لمصلحة الجار من سوء الجوار الطارئ، وتفسر مبدأ الحجر على السفينة رغم ان الانسان حر بالتصرف بأمواله كما يشاء، لكن الحجر عليه دفعا لضرره عن نفسه وعن من يتعامل معهم، وكذلك هذه القواعد تفسر للقاضي مدى مشروعية كف يد المدين المفلس عن ادارة امواله دفعا للضرر بالدائنين، وهي تفسر ايضا حق الدائن بالحجز التحفظي على اموال المدين ومنعه من السفر دفعا للضرر عنه وعن باقي الدائنين⁶، لان مقتضيات النظام العام ومصلحة الجماعة التي يعبر عنها تقتضي تقرير الحماية للضعفاء .

¹المادة (27) من مجلة الاحكام العدلية.

²المادة (28) من مجلة الاحكام العدلية.

³المادة (29) من مجلة الاحكام العدلية.

⁴المادة (30) من مجلة الاحكام العدلية.

⁵المادة (26) من مجلة الاحكام العدلية.

⁶الدريني، فتحي: التعسف في استعمال الحق، مرجع سابق ، ص214-215، وكذلك خالد ، غسان: محاضرة القيت على طلاب كلية الدراسات العليا في القانون الخاص في مساق اعداد البحث العلمي والصياغة القانونية .

وتجدر الإشارة هنا ان قاعدة " الضرر يدفع بقدر الامكان" يقوم عليها مبدأ سد الذرائع الذي يتأسس على منع الفساد المتوقع حدوثه ومنع الوسائل المفضية اليه، فكل فعل يسبب ضررا راجحا يقينا او ظنا يتوجب منعه بناء على هذه القاعدة، وعلى المشرع ان يسن من القوانين ما يدفع الضرر المتوقع عن الافراد والجماعة قبل وقوعه، وهذه القاعدة تمثل الدور الوقائي لنظرية التعسف في استعمال الحق¹، حيث لا يجوز التوسل بالمشروع للوصول الى غير المشروع منعا للافساد والظلم والضرر وتحريا للمصلحة والعدل .

وبالرجوع كذلك الى نصوص المجلة يستطيع القاضي التوصل الى مبدأ التنفيذ العيني، فهي لم تتضمن نصا صريحا يقرره في العقد، الى انه يستشف من معنى وروح الكثير من النصوص التي تقيد الزامية التنفيذ العيني وان الاطراف ملزمون بتنفيذ ما تعاقدوا عليه، كالقاعدة التي تنص على انه " يلزم مراعاة الشرط قدر الامكان " ² و " المواعيد بصورة التعاليق تكون لازمة " ³، وكذلك عرفت المجلة العقد بأنه " التزام المتعاقدين " ⁴، وهذه النصوص جميعا تؤكد للقاضي ان التنفيذ العيني اولا ملزما، وانه لا يلجأ الى الفسخ الا عند عدم امكانيته .

بالرجوع الى القاعدة الكلية " لا عبءة للتوهم " ⁵، والتوهم هو الذي لا يعتبر الاحتمال العقلي ونادر الحدوث، فلا يستطيع القاضي ان يأخذ به ويؤسس عليه حكما، فالتوهم لا يجوز ان يمول سببا في تأخير منع الحقوق لاصحابها، لما في ذلك من ضرر ومفسدة واعطاء الحقوق لاصحابها اولى من تأخيرها بحجة وهمية لا تستند الى واقع او قانون، وعملا بمبدأ درء المفساد اولى من جلب المصالح.

والضرر يدفع بقدر الامكان ولا ضرر ولا ضرار، فإذا تم حصر دائني التاجر المفلس حسب الاصول والقانون فلا يعتد بعد ذلك بأي دفع يطلب تأخير توزيع امواله على الدائنين بدعوى انه قد يظهر له دائما جديدا، حرصا على مصالح الدائنين ودفع الضرر عنهم وتحقيق العدل والعدالة، لان ايقاع الضرر بالآخرين يخرم العدل ويعتدي على مقتضيات النظام العام.

¹ الدريني، فتحي: التعسف في استعمال الحق ، مرجع سابق ص 217.

² المادة (83) من مجلة الاحكام العدلية.

³ المادة (82) من مجلة الاحكام العدلية .

⁴ المادة (103) من مجلة الاحكام العدلية.

⁵ المادة (74) من مجلة الاحكام العدلية.

هذه بعض القواعد الكلية التي جاءت بها مجلة الاحكام العدلية لتكون خير موجه للقاضي يؤسس عليها حكمه مسايرا للعدل والعدالة والنظام العام .

المبحث الثالث: دور فكرة النظام العام في تحديد الحقوق وضمان مباشرتها .

المطلب الاول : مفهوم فكرة الحق وعلاقتها بفكرة النظام العام.

لقد آل الباحث على نفسه وهو بصدد البحث في مفهوم فكرة النظام العام، البحث في مفهوم فكرة الحق، باعتبار ان مفهوم الحق هو الذي ترتكز عليه نظريات القانون، و على هدى منه تتحدد ملامح فلسفته العامة، وعلى هدية تتضح غايته¹، فكيفما يكون مفهوم الجماعة للحق، تتحدد نظرية القانون على ضوء هذا المفهوم، فمفهوم الحق هو خلاصة القانون وقصده، فالقانون يجب ان يصاغ على سند من مفهوم الجماعة للحق ويكون تطبيقا له.

حيث ان فكرة الحق في ذاتها، هي فكرة تمخض عنها التفكير الجماعي للبشرية كلها، ففي الوقت الذي بدا فيه الانسان بالتفكير بالعيش الجماعي المشترك، مدفوعا بانانيته او اشباع غرائزه، لسد حاجاته الضرورية لاكمال عيشه واستمراره على الارض، كان لابد له من اقامة علاقات مع غيره لاشباع هذه الحاجيات، وان هذه العلاقات يجب ان تقيد بحدود وشروط تمنع تعارضها مع ما يسعى اليه الاخرين من تصرفات لتأمين حاجاتهم، فكان ان اهتدى التفكير الانساني الى تصور فكرة الحق، التي تمنع تصادم احتياجات الافراد وتعارض اراداتهم في اكتساب هذه الاحتياجات، ادى ذلك الى التفكير في ضرورة وضع النظام الى جانب التفكير في سد الاحتياجات، حيث لا يمكن الوصول الى هذه الاحتياجات بدون تعارض او تصادم الا من خلال هذا النظام، وهذا النظام الذي هو وليد شعور البشرية ليس سوى فكرة الحق².

فالنظام الذي تضعه الجماعة، يتلون باللون الذي تتخذه لفكرة الحق ومفهومه، فاذا اتخذت الجماعة من الحق الفردي عقيدة لها، كان النظام الذي تضعه ليس له من وظيفة الا

¹الدريني،فتحي: نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الاسلامي، مرجع سابق، ص338.

²الزرقاء مصطفى احمد:الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد،الجزء الثالث، المدخل الى نظرية الالتزام العامة في الفقه الاسلامي، دار الفكر، ص7-8.

حماية الحقوق الفردية، وتوفير السبل لتمتع الافراد بها غاضا النظر عن حق الجماعة واختياراتها، فالنظام الفردي ليس الا تطبيقا لمفهوم فكرة الحق في مجتمع يقدر الحقوق الفردية، اما اذا اتخذت الجماعة من مفهوم فكرة الحق على اساس انه منحه من الجماعة للفرد، وان ليس هناك من حقوق للافراد سوى تلك الحقوق التي تمنحهم اياها الجماعة، كان النظام الذي تقرضه هذه الجماعة اشتراكيا جماعيا، ينظر بعين الرعاية الى حقوق الجماعة، غاضا النظر عن حق الافراد، وهذا يعني ان نظرية القانون وفلسفته العامة تتحدد بناء على مفهوم الجماعة لفكرة الحق. حيث ان النظام الفردي ينظر الى الفرد على اساس انه يولد متمتعا بحقوقه الطبيعية باعتباره انسانا، وبذلك يكونه الفرد محور القانون وغايته، لان حقوق الفرد سابقة على القانون والجماعة، فالقانون لا ينشئ هذه الحقوق، وانما يقرها ويعمل على حمايتها وتمكين الافراد من ممارستها والتمتع بها، فالحق في نظر النظام الفردي هو اساس القانون¹.

اما النظام الاشتراكي او الجماعي، فقد وجد ان الجماعة هي هدف القانون وغايته، فالحقوق التي يتمتع بها الافراد ليست الا منحه من الجماعة لهم، وانه ليس هناك حق للافراد سوى تلك الحقوق التي تمنحهم اياها الجماعة، فالقانون هو منشئ الحقوق ومانحها، ولا تنحصر وظيفته في حمايتها وتمكين الافراد من ممارستها والتمتع بها، وبالتالي فالقانون هو اساس الحقوق ومنشئها وليس العكس².

من هنا يلاحظ، ان النظام الفردي والنظام الاشتراكي عجز عن اقامة التوازن بين الحق الفردي وحق الجماعة، فبينما انحاز الاول الى الحق الفردي وانكر حق الجماعة، انحاز الثاني الى حق الجماعة منكر الحق الفردي، الامر الذي ادى الى نتائج ظالمة تمثلت في فقدان العدالة الاجتماعية والاعتداء على العدل الذي هو الغاية القصوى التي تسعى الى تحقيقها جميع النظم القانونية.

حيث انه ليس هناك من تعبير اصدر عن حقيقة النظام القانوني، الا وجود الحق وتصور الجماعة عن مفهومه، فكما استطاع النظام القانوني المحافظة على الحقوق وحمايتها

¹ البدرابي، عبد المنعم: مرجع سابق، ص 432.

² البدرابي، عبد المنعم: مرجع سابق، ص 432.

واقامة التوازن بينها، من خلال اقامة التوازن بين المصالح الفردية والمصالح العامة، كان النظام القانوني اكثر تماسكا وقدرة على تحقيق الامن والاستقرار والنظام في المجتمع¹، وتحقيق العدل الذي هو غاية القانون ومقصده.

وتظهر وظيفة النظام العام، باعتباره معول الدفاع عن المجتمع ضد الاخلال بالتوازن الذي يمكن ان يحدث من خلال التصور الخاطئ لمفهوم الحق، او اساءة استعماله، فالتوازن لا يستقيم الا من خلال تصور صحيح لمفهوم الحق، باضطلاعه بوظيفة مزدوجة تحقق صالح الفرد وصالح الجماعة من خلال الاعتراف بالحقين معا، وعدم طغيان احدهما على الاخر.

و غاية النظام القانوني مزدوجة: تتمثل في مصلحة الفرد الخاصة ومصلحة الجماعة، ووضع القواعد القانونية التي تكفل التنسيق بين المصلحتين عند التعارض تحقيقا للعدل وانسجاما مع مقتضيات العدالة، فالاعتراف بحق الفرد وحق الجماعة على السواء، باعتبار ان الحق وسيلة لتحقيق غاية الا وهي المصلحة التي شرع الحق من اجلها، وليس هو غاية في ذاته، فالقانون هو اساس الحق، وليس الحق الفردي اساس القانون.

وليس في الامر غرابة او استهجان، فالطبيعة المزدوجة للحق هي تحصيل حاصل وطرح منطقي مقبول عقلا ، بالنظر الى طبيعة الانسان وحقيقته وصفته، باعتباره كائنا اجتماعيا وليس فطريا منعزلا، وهذا ما قرره الشريعة الاسلامية على سند انطلاقها من الحقيقة الربانية للحياة والاعتراف لله عز وجل بالمرجعية التشريعية ، اذ ان الفقه الاسلامي يعتبر ان الحق منحه من الله تعالى للانسان على سبيل الوديعة²، وكل حق فردي فيه حق لله، وحق الله هذا هو المحافظة على حق الغير سواء كان فردا او جماعة ، والمحافظة على حق الغير ليس فقط بالامتناع عن الاعتداء عليه، بل وعن التعسف في استعمال الحق الذي يترتب عليه ضرر بالغير³.

¹ الفتلوي، صاحب عبيد: السهل في شرح القانون المدني، مدخل لدراسة علم القانون، الجزء الاول، الطبعة الاولى، 2011، دار وائل للنشر ، ص261

²المودودي، ابو الاعلى: نظرية الاسلام وهديه في السياسة و القانون و الدستور،الدار السعودية للنشر والتوزيع،1405هـ،1985م، ص130-131.

³الدريني، فتحي: الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مرجع سابق، ص22-23.

وبما ان الله عز وجل اودع الحق لدى الانسان، فيكون بهذا الاعتبار قد فرض عليه التزاما يتمثل في حفظ الوديعة والمحافظة عليها وعدم استعمالها لغير ما شرعت له، فلا يجوز له التصرف بها كما يشاء، لان سلطان الانسان على الحق مقيد بالحدود التي فرضها الله عز وجل ليتم الانتفاع به كما اراد جل وعلا¹.

التشريع الاسلامي ينظر الى الحق من خلال نظرته الى الفرد، فهو ينظر الى الفرد انه مكلف ومسؤول، والمسؤولية تبرر الحرية، اذ لا حرية بدون مسؤولية، وهي مقيدة بدائرة البر والاحسان و العدل وبعيدة عن الاطلاق، فالمسؤولية تفرض عليه واجبا بعدم الاضرار بنفسه وبالغير وبالصالح العام والبعد عن الاثم والمفسدة، وواجبا اخر يتمثل بالتعاون والبر والاحسان والعدل، فلا يجوز له ان ينحرف باستعماله حقه عن هذه الاصول والا كان عمله باطلا لانه خالف الغاية التي شرع من اجلها الحق، والمسؤولية تجعل من الفرد يلتفت الى مصالحه الخاصة ومصالحة المجتمع معا ولا يكون آلة اجتماعية تعمل لمصلحة الجماعة دون مصلحته الخاصة، كذلك تجعله اهلا للملك²، فالشريعة لم تمنحه الملك باعتباره انسانا وانما استحق الملك باعتباره مسؤولا.

لذلك وضع التشريع الاسلامي الكثير من القيود على حق الملكية، فمنها ما قيد حرية التملك لاجل المصلحة العامة ومنها ما ورد قيودا على استعمال المالك لمملكه كالقيود التي جاءت بها نظرية التعسف في استعمال الحق، ومنها قيود وردت على حق الملكية للمصلحة الخاصة وترجع هذه القيود بشكل عام الى علاقات الجوار، حيث ان ابرز تطبيق لنظرية التعسف هو منع مضار الجوار غير المألوفة التي نظمت احكامها مجلة الاحكام العدلية في الباب الثالث تحت عنوان الحيطان والجيران³.

ومجلة الاحكام العدلية وضعت معيارا تقاس على اساسه مضار الجوار غير المألوفة وهو " الضرر الفاحش "، أي الضرر غير المألوف، حيث ورد بالمجلة "لا يمنع احد من

¹البشري، عماد طارق : مرجع سابق، ص197.

²الدريني، فتحي: الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مرجع سابق، ص74-75.

³المواد 1192-1212 من مجلة الاحكام العدلية.

التصرف في ملكه ما لم يكن فيه ضرر فاحش بالغير¹، والضرر الفاحش هو ما يوجب وهن البناء ويسبب هدمه ويمنع الحوائج الاصلية، أي المنفعة المقصودة من البناء². ومضار الجوار غير المألوفة تختلف عن التعسف، فالمالك لم يقصد الاضرار بالجوار، وليس لجاره مصلحة ترجح رجحانا كبيرا على مصلحته، ولم يهدف من استعمال ملكه تحقيق غرض غير مشروع، لكنه ابان استعمال ملكه تسبب بضرر لجاره، فاذا كان الضرر الحاصل ضمن الحد المألوف بين الجيران فلا مسؤولية عليه وليس لجاره الرجوع عليه بهذا الضرر، اما اذا تجاوز الضرر الحد المألوف ترتبت مسؤوليته ولجاره الرجوع عليه بما جاوز الحد المألوف³. فالمالك له ان يستعمل ملكه كما يشاء ولا يكون مسؤولا عن ذلك ولو اضر بجاره الا اذا كان الضرر فاحشا يتجاوز الحد المألوف، وهذا ما نصت عليه مجلة الاحكام العدلية: "لا يمنع احد من التصرف في ملكه ما لم يكن فيه ضرر فاحش بالغير" و "لكل احد التعلي على حائطه الملك بقدر ما يريد وان يعمل أي شئ اراده وليس لجاره منعه ما لم يكن ضرراً فاحشاً"، فالمالك بهذه الحالة ليس متعديا حدود ملكه المادية ولا مسيئاً، ولكنه اثناء استعمال ملكه سبب ضرراً غير مألوف لجاره، بذلك تترتب مسؤولية المالك حين يتعسف في استعمال ملكه وينتج عن هذا التعسف ضرراً غير مألوف بجاره⁴.

تلك القواعد التي جاءت بها مجلة الاحكام لتقييد حق المالك في استعمال ملكه دليل قاطع على عدالة التشريع الاسلامي وعدله، فهي ترمي الى اقامة التوازن بين مصالح اطراف متعارضة وان حق الملكية منحة من الله عز وعلا يتقيد بالغاية التي شرع من اجلها وهي جلب المصالح ودرء المفاسد، وتحقيق مصلحة المالك الخاصة و رعاية مصلحة المجتمع، فالتشريع الاسلامي لم يحظر على المالك استعمال ملكه حتى لو اضر بغيره، فالضرر المألوف يتحملة الجار و يجب التسامح فيه والا غلت ايدي الملاك عن استعمال املاكهم، فالمالك قد يحدث

¹المادة 1197 من مجلة الاحكام العدلية.

²المادة 1199 من مجلة الاحكام العدلية.

³السنبوري، عبد الرزاق احمد: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، 2000، ص693.

⁴مصلح، علي محمد: محاضرة القيت على طلبة الدراسات العليا في القانون الخاص بجامعة النجاح الوطنية في مساق الحقوق العينية "حق الملكية في ذاته".

ضررا لجاره اثناء استعمال ملكه وهذا لا يتعارض مع حقيقة الاشياء، لذلك كان منطقيًا وعدلا ان لا يسأل عن الضرر المألوف ويكون مسؤولا عن الضرر الذي يتجاوز الحد المألوف.

التشريع الاسلامي اعتد بالمصلحة الراجحة، فالتصرف الذي تغلب فيه المصلحة على المفسدة يكون مشروعًا لان "درء المفاسد اولى من جلب المصالح"¹، والتصرف الذي ترجح مفسدته او تتساوى مع المصلحة تسلب منه صفة المشروعية، فقد جاء بالمجلة "لا ضرر ولا ضرار"² و "الضرر يزال"³ و "الضرر يدفع بقدر الامكان"⁴، على هذا الاساس قام معيار الضرر غير المألوف في ترتيب مسؤولية المالك في استعمال ملكه، لان المفسدة التي يسببها الضرر الفاحش للجار تغلب مصلحة المالك فلا بد من ازالة المفسدة، اما لو اخذنا بهذا الحكم في الضرر المألوف لغلت ايدي الملاك عن املاكهم وهذه هي المفسدة بعينها، حيث جاء بالمجلة "الضرر الاشد يزال الاخف"⁵ و "اذا تعارض مفسدتان روعي اعظمهما ضررا بارتكاب اخفهما"⁶ و "يختار اهون الشرين"⁷.

مجلة الاحكام العدلية على اساس مبدا الموازنة بين مصلحة المالك ومصلحة الجار بازالة الضرر غير المألوف، قامت بالتدرج ولم تلجا الى الازالة مباشرة تحقيقا للعدل والعدالة ومقتضيات النظام العام، بحيث اذا كان بالامكان ابقاء المصلحتين بتوازن اولى من ازالة احدهما، فقد جاء بالمجلة: ان الذي يبرز رفراف غرفته على دار جاره يلزم بقطع الجزء الذي جاء على تلك الدار ولا يلزم بازالة الرفراف كله⁸، واذا امتدت اغصان شجرة الى دار الجار او بستانه يكلف المالك بربط الاغصان وشدها الى الوراء قبل قطعها⁹، و اذا انشق بالوع احد وجرى الى دار جاره يكلف بتعميره وليس ازالته¹⁰، و اذا احدث المالك نافذ في بيته او حائطا من الاغصان

¹المادة 30 من مجلة الاحكام العدلية.

²المادة 19 من مجلة الاحكام العدلية.

³المادة 20 من مجلة الاحكام العدلية.

⁴المادة 31 من مجلة الاحكام العدلية.

⁵المادة 27 من مجلة الاحكام العدلية.

⁶المادة 28 من مجلة الاحكام العدلية.

⁷المادة 29 من مجلة الاحكام العدلية.

⁸المادة 1195 من مجلة الاحكام العدلية.

⁹المادة 1196 من مجلة الاحكام العدلية.

¹⁰المادة 1200 من مجلة الاحكام العدلية.

بحيث يرى من خلاله مقر نساء الجار يكون ملزم برفع الضرر وسد محلات النظر ولا يلزم بسد النافذة او هدم الحائط¹.

يتبين كيف تدرجت مجلة الاحكام العدلية برفع الضرر غير المألوف، فلم تلجا الى الازالة مباشرة بل اقامت التوازن بين المصلحتين، واتبعت اجراءات معينة لتخفيف الضرر الى الحد المألوف، واذا لم يكن بالامكان ذلك فانها تلجا الى الازالة، لان "ما ابيح للضرورة يتقدر بقدرها" و "الضرر لا يزال بمثله"، فهذا التدرج يقتضيه العدل ومقتضيات العدالة والنظام العام.

وطالما ان القانون هو اساس الحق ومصدره، كما اسلفنا القول: فهذا يعني ان الحق ليس مطلقا لصاحبه ان يستعمله كما يشاء بدون قيد او حد، بل على العكس من ذلك ، فالقانون هو الذي يضع القيود على الحق، يجعله حقا فرديا ذو وظيفة اجتماعية، بحيث يكون وجوده واستعماله متفقا مع الصالح العام ، واذا لم يكن استعماله متفقا مع الصالح العام ومتجاوزا فيه ولا يحقق المصلحة التي شرع من اجلها منع هذا الاستعمال².

هذا ولما كان اقامة التوازن بين الحقوق، والاعتراف بالحق الفردي والجماعي معا من صميم النظام العام، فقد حرصت الشريعة الاسلامية على هذا التوازن، بحيث اعتبرت الحق الفردي منحه من الله عز وجل، وليس صفة طبيعية للانسان، فهو شرع لتحقيق مصلحة، اي انه وسيلة للوصول الى غاية، فالاصل فيه التقييد لا الاطلاق، لان الشريعة هي اساس الحق، وليس هو اساسها، واستعماله يجب ان يحقق التكافل الاجتماعي، واذا انحرف عن هذه الغاية لا يصح هذا الاستعمال وتسقط عنه المشروعية، فاستعماله يجب ان يكون موافقا لقصد الله في التشريع، فاذا استعمل لغير ما شرع له من المصلحة اعتبر تعسف، لانه مناقضه لقصد الشارع من التشريع، ومناقضة الشرع باطلة، وما ادى الى باطل فهو باطل³.

لا شك في ان المصلحة التي شرع الحق من اجلها وما ينبري عنها من تحقيق التكافل الاجتماعي تمثل العدل، فاقامة التوازن بين المصالح المتضاربة التي يتولى التشريع القيام بها، باعتباره اساس الحق، والقيود التي يفرضها على وجود الحق واستعماله، ويرجح الاكثر نفعاً

¹المادة 1202 من مجلة الاحكام العدلية.

²البيدراوي، عبد المنعم: مرجع سابق، ص 439.

³الدريني، فتحي: الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مرجع سابق، ص 25.

والادفع ضررا ، كل ذلك من اصول العدل و موجهاته، فاعتراف التشريع بحق الفرد وحق المجتمع معا، واعتبار الحقين على السواء القيمة المحورية للتشريع، وقوام النظام العام، هو ما ميز التشريع الاسلامي عن غيره من الانظمة القانونية الوضعية، سواء الفردية او الاشتراكية التي اشرنا اليها سابقا، وان كانت هذه الانظمة قد تراجعت عن تصورهما لمفهوم الحق تلبية لمقتضيات العدالة¹، وانسجاما مع موجهات العدل.

وطالما سلمنا بأن الحق الفردي ذو وظيفة اجتماعية يجب تحقيقها ، تتمثل بالمصلحة الفردية والجماعية لتحقيق التكافل الاجتماعي، وانه يتوجب على القانون الذي هو اساس الحق ان يضع المعايير المناسبة لتقييد استعمال الحق بما يضمن ان يؤدي هذه الوظيفة ، لكن يجب ان لا تغطي الصفة الاجتماعية للحق لدرجة اهمال الحق الفردي، وذلك لان اهمال الحق الفردي يؤدي الى تقاعس الافراد عن العمل، والركون الى الدعة والكسل، مما ينعكس بالضرر على المجتمع بأكمله وعلى اقتصاده ودخله القومي وتقدمه وازدهاره.

هذا بالاضافة الى ان هناك حقوق ملازمة لصفة الانسان باعتباره انسانا، وهي سابقة في وجودها على المجتمع والقانون، كحق الانسان في الحياة وحرية الحركة والقدرات الفكرية ، فهي حقوق سابقة في وجودها على فكرة الحق في معناها القانوني، والعدل يكفي لضمانها واحترامها، ولا يسع أي نظام قانوني الا ان يثني عليها ويحترمها، باعتبارها نتيجة حتمية لطبيعة الانسان وذاته الفردية، فهي حقوق يفرض احترامها العدل والقانون الاخلاقي الذي هو اسمى من القانون الوضعي².

وخلاصة القول، ان الفرد بدون نظام قانوني يفرض فكرة الحق، التي هي وليدة العيش المشترك في جماعة، لا يتمتع بأي حقوق، ولا يمكن القول ابدأ انه صاحب حق³.

فالنظام هو الذي يصون الحقوق ويحفظها ويقيم التوازن بينها، وبدون هذا النظام يتعرض التوازن الى الانهيار والخطر، ويمتد هذا الانهيار الى المجتمع الذي يهدد تضامنه القسري من خلال انتشار الظلم والاستغلال وسيطرة الاقوياء وتحكمهم بالضعفاء، وانتشار الفوضى والقلق

¹الدريني، فتحي: نظرية التعسف في استعمال الحق، مرجع سابق، ص26-27.

²البيدراوي، عبد المنعم: مرجع سابق، ص436-437.

³البيدراوي، عبد المنعم: مرجع سابق، ص436.

وانعدام الامن والاستقرار والسكينه لدى المجتمع، فكان النظام العام هو اداة الحماية والدفاع عن النظام القانوني والمجتمع من خطر الاخلال بالتوازن الناجم عن اساءة استعمال الحق، فالنظام العام يعبر عن وسائل الدفاع الدائم عن المجتمع ضد الاخلال بالتوازن الذي يمكن ان يتولد من اساءة استعمال الحق¹.

المطلب الثاني: علاقة النظام العام بنظرية التعسف في استعمال الحق.

لا بد من القول بداية عند الحديث عن نظرية التعسف في استعمال الحق، ان هذه النظرية تمثل اهم المحاور التي تؤكد على مدى ارتباط القانون بفكرة الاخلاق، حيث ان هذه النظرية وهي وليدة الفكر الاسلامي، تعد اهم التطبيقات لارتباط القانون بالاخلاق.

فكان لاجماع الشعور البشري منذ العصور الاولى على الاقرار بفكرة الحق والاعتراف بفكرة الحق الى جانب سد الاحتياجات، ان تكون لدى الجماعة رأي عام بواجب الاحترام لهذه الحقوق والاحتجاج بها والاستشعار بحرمتها وعدم المساس بها، الا ان اختلاف نظرة البشر الى تحديد المفهوم الكلي للحق، ورسم حدوده والخضوع لحرمة وقدسيتها، كان من اهم الاسباب التي ادت بالبشرية الى حياة الظلم والاستبداد وعدم الاستقرار، كما عرفت بالتضامن القسري للمجتمعات ومنعتها من العيش في طمأنينة تنعم بالسكينة والسلام، رغم انهم متفقين على فكرة الحق².

الا ان الارادة الالهية قد تدخلت من خلال الشرائع السماوية بواسطة الوحي والتي كان خاتمها الرساله الاسلامية، بوضع نظم مدنية قامت على تعين الحقوق وتفاصيلها وجزئياتها كما انها فرضت احترامها وحرمتها ، واوصلتها بارادة الخالق بما يضي عليها القدسية والتمكين³، فما من حق للفرد الا وفيه حق لله تعالى الذي يتمثل بعدم الاضرار بالغير.

ان اختلاف التشريعات الوضعية بالنظر الى فكرة الحق يعود الى اختلاف الفلسفة التي قامت عليها فكرة الحق، التي نادى بها تلك التشريعات، فهناك تشريعات انكرت الحق الفردي،

¹ الغريب ، محمد عيد: مرجع سابق ، ص33، في الهامش رقم (2).

² الزرقاء، مصطفى احمد: الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص8-9.

³ الزرقاء، مصطفى احمد : مرجع سابق ، ص9.

وهناك من نادى باطلاقه، كما ان هناك تشريعات انكرت حق المجتمع واطلقت حقوق الافراد، فهذا الانكار وذلك الاطلاق يعد انكارا لمكونات الواقع، فالاعتراف بحق الفرد وحق المجتمع على السواء، واقامة التوازن بين الحقين هو العدل، فالتطرف والغلو لصالح احد الحقين على حساب الاخر هو التعسف بحد عينه، وبذلك يكون التعسف هو اساس هذه التشريعات الوضعية، فلم يكن هناك تصور لوجود نظرية ترفع هذا التعسف وتقيده، لان ذلك يهدم هذه التشريعات ويبطل اساسها¹.

الا ان هذه التشريعات الوضعية اخذت تقلل من هذا التطرف، واصبحت الى حد ما تعترف بفكرة الحق وطبيعته المزدوجة، وتقيم التوازن بين المصلحة الفردية والصالح العام، استجابة للواقع ومراعاة لمقتضيات العدالة، مقترية بذلك من التشريع الاسلامي ونظرته الى فكرة الحق وطبيعته المزدوجة باعتبارها قوام النظام العام، ووجود نظرية التعسف وارتباطها باصل الحق والعدل في هذا التشريع، فالتشريع الاسلامي عمل على ايجاد القواعد اللازمة² لتنسيق المصالح المتعارضة، منعا للتعسف او الاخلال بالبنية الذاتية للتشريع التي تمثل النظام العام³.
فالقانون يجب ان يتضمن في طياته قواعد قانونية لازمة لتقييد الحق وتنسيق المصالح المتعارضة، حتى تصل بالحق الى غايته، لكي يؤدي الوظيفة التي شرع من اجلها، من خلال تحقيق التوازن بين المصلحة الخاصة للفرد والصالح العام للمجتمع، فالخروج على هذه القواعد باستعمال الفرد لحقه كما يحلو له هدم للغاية التي شرع الحق من اجلها، الا وهي المصلحة بشقيها الفردية والاجتماعية، ويعد خروجا على العدل، وما بعد العدل الا الظلم⁴ والمفسدة، وكلاهما ينافي العدالة .

وهذا يعني ان النطاق القانوني المتروك لكي يمارس الافراد حقوقهم في اطاره، يتحدد على ضوء فكرة العدالة والنظام العام، باعتبارهما الفكرة الرئيسية التي يأخذها المشرع بعين الاعتبار عندما يضع القواعد القانونية التي تنظم ممارسة الافراد لنشاطهم وحقوقهم⁵.

¹الدريني، فتحي: التعسف في استعمال الحق، مرجع سابق، ص28.

²من الامثلة على القواعد الازمة لتنسيق المصالح المتضاربة، المواد26،27،29 من مجلة الاحكام العدلية .

³الدريني، فتحي: التعسف في استعمال الحق، مرجع سابق، ص27، في الهامش رقم4.

⁴مصلح، علي محمد علي: مرجع سابق، ص224.

⁵عصفور، محمد: الحرية، مرجع سابق، ص131، في الهامش رقم1.

على اعتبار ان ممارسة الافراد لحقوقهم وحررياتهم، لا يمكن ان تكون جلبا لمضار ومفاسد، وانما شرعت لتجلب المصالح، والا ناقضت قصد الشارع، وهو الغاية التي شرعت من اجلها هذه الحقوق¹.

حيث ان استعمال الحقوق وممارستها يجب ان يقصد منه تحقيق المصلحة الاجتماعية، فموجبات التضامن الاجتماعي هي الغرض الذي انشأت من اجله الحقوق، وان القانون انما منح هذه الحقوق للافراد بقصد تحقيق هذا الغرض، ولا يجوز الاستعمال المنحرف عن هذا الغرض، على اعتبار انه لا يمكن التصور ان الحقوق تقررت بموجب القانون بغرض استعمالها على الوجه الذي يسبب الضرر، فكانت نظرية التعسف في استعمال الحق تلبية لنداءات العدالة والاخلاق واستحقاقات النظام العام، وذلك بغرض اقامة التوازن بين المصالح المتعارضة، وتغليب المصلحة التي نفعها اعم واشمل².

الا ان القواعد القانونية التي تفرض القيود على الحق الفردي كي يحقق الغرض الذي شرع من اجله ممثلا بالوظيفة الاجتماعية، والتي تجعله خلال استعماله يهدف الى المصلحة ويتعد صاحب الحق في هذا الاستعمال عن الاضرار بالغير، وان يحقق مصالح غير مشروعة، او التسبب في رجحان الضرر، حتى لو كانت هذه الاستعمالات تعود بالفائدة عليه، وذلك على اعتبار ان الوظيفة الاجتماعية للحق ليس فقط عدم الاستعمال غير المشروع للحق، وانما هي عنصر جوهري من عناصر مفهوم الحق في ذاته، وهي قوام الحق الفردي الذي يتوجب العمل به، حتى لو لم يرد نص يقيد هذا الاستعمال في الاحوال المستجدة او الطارئة، بدعوى ان تحقيق الوظيفة الاجتماعية للحق هي من النظام العام، الذي يرتب حقا عاما للفرد او المجتمع بموجبه يطالب المالك بأداءه³.

وما يدل على اعتبار ان الوظيفة الاجتماعية للحق تعتبر حقا عاما للغير وهي من النظام العام، انه في الاحوال التي يحصل ضرر لاحد الافراد من جراء استعمال الاخر حقه، فاللمضرور ان يطالب بإزالة الضرر، ولا يجوز له التنازل عن هذا الحق، وانها يسقط باسقاطه

¹الدريني، فتحي: خصائص التشريع الاسلامي، مرجع سابق، ص 277.

²عامر، حسين: التعسف في استعمال الحقوق والغاء العقود، الطبعة الاولى، مطبعة مصر، 1960، ص 51-52.

³الدريني، فتحي: التعسف في استعمال الحق، مرجع سابق، ص 365.

لأنه حق عام استنادا الى مبدأ "الضرر يزال"¹، فصاحب الحق لدى استعماله لحقه، يتوجب عليه ان يرعى ويحفظ المصلحة التي شرع الحق من اجلها، سواء كانت مصلحة فردية او الصالح العام، لان مراعاة المصلحة في استعمال الحق من النظام العام الذي لا يجوز اسقاطه او التنازل عنه²، وكما يقول الشاطبي "لاحظ فيهِ للفرد"³، بمعنى انه ليس لصاحب الحق الخيار باستعمال حقه.

لذلك، فإن الفكرة القانونية الحديثة _ بعد ان ثبت فشل المذهب الفردي والاجتماعي_ في اعطاء مفهوم دقيق للحق يبعد عن التطرف باتجاه الفرد او الجماعة_ أوضحت الى ان الحق منح لخدمة الفرد ، لتحقيق هدف اجتماعي، مطلعا بالوظيفة الاجتماعية الموكولة اليه تحقيقها، فإذا اسئ استعمال الحق على هذا الوجه، فإنه يكون قد اخل بالوظيفة الاجتماعية⁴، وهذا هو التعسف في استعمال الحق، الذي يؤدي الى الاخلال بمقتضيات النظام العام، باعتبار ان هذا الاستعمال للحق على هذا الوجه يجافي العدل ، ويعد اخلايا بقواعد العدالة والاخلاق .

وبالتالي فإنه يتوجب على الافراد استعمال حرياتهم على وجه ينافي الفوضى، وان لا يحولوا حقوقهم الى حقول واوجه نشاط عدواني للمفاسد والاضرار بالغير، حيث ان النظام العام، يتمثل في فكرة منع اساءة استعمال الحق والحريات، سواء في صورة فردية او جماعية⁵.

والتعسف في استعمال الحق عرفه الدكتور احمد النجدي زهو على انه " استعمال الحق على وجه غير مشروع، بمعنى مجاوزة الحق حين مزاولة الانسان له"⁶.

وهذا يعني ان التعسف يقوم على اساس نسبية الحقوق التي لا يجوز اطلاقها، فهي مقيدة بما رسم لها من حدود تضبط استعمالها على وجه اجتماعي تحقيقا لجهة التعاون، حيث ان هذه الحدود هي من النظام العام، فهناك من النصوص القانونية التي تضع حدودا وقيودا على

¹المادة 20 من مجلة الاحكام العدلية .

²مصلح، علي محمد علي: مرجع سابق، ص225-226.

³الدريني ، فتحي: التعسف، مرجع سابق، ص 366، في الهامش رقم(2).

⁴عامر، حسين: التعسف، مرجع سابق، ص45-55، في الهامش رقم (1).

⁵عصفور، محمد: الحرية، مرجع سابق، ص95.

⁶زهو، احمد النجدي: التعسف في استعمال الحق، دار الانهضة العربية، مطبعة القاهرة، 1991، ص27.

استعمال الحق، وهذه القيود امتلتها الضرورة، بحيث لا يمكن تجاوزها، ومن تجاوزها عدّ متعسفًا، وترتب عليه مسؤولية قانونية¹.

نظرية التعسف في استعمال الحق، استجابة لمقتضيات العدالة والنظام العام، وتخفيفا لمعنى اطلاق الحقوق لاصحابها لدى الاستعمال، ولاعتبار ان هذه الحقوق انما تؤدي وظيفة اجتماعية، وهي ذات طبيعة مزدوجة ، تركز على مصلحة الفرد والصالح العام معا، وتقيم التوازن بين المصلحتين على اعتبار ان اقامة التوازن من النظام العام ، الذي يصل في استعمال الحق الى العدل، فكانت هذه النظرية تخفيفا لصرامة القانون في تمكينه للحقوق وعلاقتها باصحابها وبالغير سواء كان فردا او المجتمع.

وهذه النظرية تعود بالفضل الى قضاء المحاكم والفقه قبل وصولها بطون التشريعات الوضعية، حيث ان المحاكم وخاصة الفرنسية منها، ما انفكت ان تدافع عن هذه النظرية وتقرض وجودها من خلال احكامها تحقيقا للعدل والعدالة ، الى ان اصبحت معظم تشريعات العالم تقر هذه النظرية وتقرض احكامها، فكانت هذه النظرية وليدة التطور والحاجة، واستجابة للواقع وتحقيقا للعدالة، فهي نشأت نتيجة لتطور الفكر الانساني ، وشعوره بالحاجة الى تقييد الحقوق ليكون بالمستطاع تحقيق الهدف الاجتماعي منها، حفاظا على التضامن والتعاون في المجتمعات، اذ لا يمكن للانسان ان يستمتع بحقه الا اذا حافظ على حق غيره، فكل حق لا بد وان يفرض واجبا.

اما بشأن نظرية التعسف في الفقه الاسلامي، فهي ليست وليدة الفكر الانساني، وانما هي متأصلة في احكامه وتعاليمه، والتي هي مشبعة بالاخلاق والمثل العليا، التي تدعو الى العدل والاحسان وتتهى عن الاضرار بالغير، باعتبار القاعدة الكلية "لا ضرر ولا ضرار"² فالحقوق بنظر الشريعة الاسلامية وسائل لتحقيق غايات شرعت لها، فأى مناقضة لقصد الشارع في استعمالها، يناقض اصلها وغايتها، ومناقضة الاصل باطله، وكل ما ينبري عنها باطل.

¹العمرى، اسماعيل : الحق ونظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة والقانون، الطبعة الاولى ، مطبعة الزهراء الحديثة، منشورات مكتبة بسام، 1984، ص14.

²المادة 19 من مجلة الاحكام العدلية.

والتشريع الإسلامي اقام نظرية التعسف على معيارين من خلالهما يتم تقدير ان صاحب الحق تعسف في استعمال حقه وناقض الغاية التي شرع من اجلها الحق ام انه توخى هذه الغاية ولم ينحرف عنها و كان استعماله مشروعاً.

المعيار الاول شخصي ذاتي يتطلب البحث في العوامل النفسية التي حركت الارادة نحو التصرف بقصد الاضرار، او الباعث الى تحقيق مصالح غير مشروعة على نقيض العدل والمصلحة التي توخاها الشارع من تشريع الحق، والمعيار الثاني مادي ينظر فيه الى التوازن بين ما يحققه صاحب الحق من منفعة من استعمال ملكه وما ينتج عن هذا الاستعمال من ضرر، فاذا رجحت المنفعة على الضرر شرع التصرف، واذا تساوت معه او رجح الضرر سلبت صفة المشروعية منه، وهذا المعيار يحكم التعارض بين المصالح الفردية الخاصة فيما بينها، والمصالح الفردية مع المصلحة العامة¹.

المعيار الاول: ينظر الى تمحض قصد الاضرار عند صاحب الحق من استعمال ملكه وباعثه غير المشروع الى التصرف، فاذا تمحض صاحب الحق الاضرار بالغير من استعمال حقه من غير ان يكون له منفعة كان استعماله تعسفاً وغير مشروع²، لان تمحض قصد الاضرار يجافي العدل والعدالة و مبادئ الاخلاق التي يقوم عليها التشريع الاسلامي عملاً بمبدأ " لا ضرر ولا ضرار"³، لذلك يمنع التصرف الذي اتخذ وسيلة للاضرار، فانثناء مصلحة صاحب الحق لا يحمل تصرفه الا تمحض قصد الاضرار بالغير⁴، لا يجوز له أن يحتج بأنه يتصرف في حقه، فالحق ما شرع الا لغاية ولا يمكن ان يكون استعماله عبثاً لا يرجى منه منفعة لان التشريع منزه عن العبث، كما لا يجوز لصاحب الحق ان يستعمل حقه لغير الغاية التي شرع من اجلها، وان يتخذ من المشروع وسيلة لغير المشروع، فذلك مناقض لقصد الشارع من تشريع الحق، ومناقضة قصد الشارع باطلة وكل ما يبني عليها باطل.

¹الدريني، فتحي: التعسف في استعمال الحق، مرجع سابق، ص226.

²السنهوري، عبد الرزاق احمد: الوسيط، حق الملكية، مرجع سابق، ص 689.

³المادة 19 من مجلة الاحكام العدلية.

⁴سوار، محمد وحيد الدين: شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، المصادر غير الارادية، مرجع سابق، ص101.

اما المعيار الثاني لنظرية التعسف مادي يتعلق باختلال التوازن بين المصلحة التي يربوها صاحب الحق من استعمال حقه والمفسدة التي تنتج عن ذلك سواء لحقت بالفرد او الجماعة، لان التوازن بين المصالح المتعارضة من مقتضيات العدل المطلق في التشريع الاسلامي¹، فلا يجوز لصاحب الحق ان يستعمل حقه لاجل مصلحة تافهة ويعود على غيره بضرر كبير².

حيث ان المطابقة بين الهدف من استعمال الحق، والغاية التي شرع من اجلها هذا الحق هو الضابط في اعتبار استعمال الحق مشروعاً او غير مشروع، فالانسان الذي يستعمل حقه بهدف لا يتلائم مع تحقيق المصلحة الاجتماعية والاقتصادية التي تقر الحق من اجلها يكون غير مشروع، فالتعارض الذي ينشأ نتيجة استعمال الحق بقصد تحقيق مصلحة معينة مع مصلحة شخص آخر يكون الفيصل فيه مراعاة الغايات الاجتماعية والاقتصادية التي شرع الحق من اجل تحقيقها³.

على ذلك تكون الحقوق شرعت لتحقيق غايات، ولا يمكن ان تكون غاية بذاتها، وحماية القانون لهذه الحقوق مرهونة بتحقيق الحق لهذه الغايات، فإذا انحرف استعمال الحق عن هذه الغايات التي شرع من اجل تحقيقها، فإنه بالتأكيد سترتفع الحماية القانونية عنه، لذلك فإن نظرية التعسف في استعمال الحق مرتبطة اساساً بفكرة الحق وجوهره ومدى تحقيقه لهذه الغاية، فهي أي نظرية التعسف تمثل المقياس الذي يقاس به استعمال الحق على ضوء غايته، فهي التقويم لفكرة الحق واستعمالها بما يؤدي الدور والوظيفة المنوطة به، بما يتناسب ومقتضيات العدل، فالقانون وسائل مبصرة لادراك غايات شرعت لاجلها⁴.

فاستعمال الحق على وجه يضر بالغير، يعد انحرافاً في الحق عن غاياته التي وجد من اجلها، الا وهي تحقيق الصالح العام الى جانب الصالح الفردي، واخلالاً بالتوازن القائم بين

¹الدريني، فتحي: التعسف في استعمال الحق، مرجع سابق، ص 247.

²السنهوري، عبد الرزاق احمد: الوسيط، حق الملكية، مرجع سابق، ص 690، سوار، محمد وحيد الدين: مصادر الالتزام، المصادر غير الارادية، مرجع سابق، ص 101.

³مرقس، سليمان: الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات، في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، المجلد الاول، الطبعة الخامسة، 1992، بدون دار نشر، ص 347.

⁴كيرة، حسن: المدخل، مرجع سابق، ص 765-767.

الحقين، الذي يستتبع اعتبار هذا الاستعمال تعسفياً، وغير مشروع ويرفع حماية القانون عنه¹، لأن إقامة التوازن بين الحقوق من النظام العام، لانسجامها مع مقتضيات العدل. وحفاظاً على العدل في استعمال الحقوق، ومنعاً للانحراف بها عن غاياتها، فقد توجب أن يكون استعمال الحقوق مقيداً ومرهوناً بتحقيق الغاية التي شرعت من أجلها هذه الحقوق، فأذا انسجم استعمال الحقوق مع الغرض الذي وجد الحق من أجله، فإن هذا الانسجام يجعل من استعمال الحق مشروعاً، أما إذا لم ينسجم استعمال الحق مع الغاية التي شرع من أجلها، فإن هذا الاستعمال يصبح غير مشروع لمخالفته مقتضيات العدل، وذلك لأن الباعث إلى استعمال الحق في هذه الحالة مخالفاً لروح القانون (النظام العام)، وذلك لمخالفته للغرض الاقتصادي والاجتماعي الذي شرع من أجله الحق²، حيث أن "النظام العام هو تعبير عن روح النظام القانوني لجماعة ما، ويمثل خطة عامة لتنظيم المجتمع"³.

المطلب الثالث: مفهوم النظام العام في العلاقة التعاقدية .

عند الحديث عن العلاقة التعاقدية لا بد من الإشارة إلى أن العقد من أهم مصادر الالتزام، وهو يعد من الأدوات الأكثر انتشاراً التي يستخدمها الأفراد من أجل تبادل جميع صنوف الخدمات والسلع والحاجيات، من أجل الوفاء باحتياجاتهم اللازمة لاستمرار عيشهم وسد حاجتهم من الأكل والملبس وغيرها من الضروريات التي لن تستمر حياة الإنسان بدونها . والعقد عبارة عن تصرف ارادي يتم بموجب اتفاق ارادتين أو أكثر على القيام بعمل ما ، فهو توافق ارادتين على انشاء التزام اونقله⁴، لذلك فهو يقوم على اساس الحرية التعاقدية لعاقديه ، ويستند على اساس ارادة الاطراف المتعاقدة بموجبه، وإذا توافرت لدى اطرافه الاهلية اللازمة لابرار العقود، فإنه يفترض ان كل طرف من اطرافه يسعى الى تحقيق مصلحته، وبالتالي تحقيق

¹كبيره، حسن: مرجع سابق، ص 779.

²مرقس، سليمان : الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات، مرجع سابق، ص 346-347.

³عصفور، محمد: مرجع سابق، ص 119.

⁴السنهوري ، عبد الرزاق احمد: مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 149.

العدل حسب تصوره، فيكون العقد بهذه الحالة تعبيراً عن العدل لعاقديه، حيث قيل : ان من قال عقداً قال عدلاً¹، وإذا تم الاتفاق فكل ما اتفق عليه يقوم مقام القانون لمن تعاقداً².

فالحرية التعاقدية واتفاق الإرادتين على محل العقد التي تصل بالعقد إلى مرتبة العدل بالنسبة للمتعاقد تكفي لانعقاده، ولكن حتى يكتسب درجة الكمال ويحقق الغاية المرجوة منه لا بد أن ينسجم مع مقتضيات الاجتماعية ويراعي فيه النظام العام، لأن العقد هو أداة اجتماعية فضلاً عن كونه أداة فردية، فكان لا بد للمجتمع أن يتدخل فيه من خلال موافقته لحيثيات النظام العام الذي لن تقوم له قائمة بدون الانسجام معها، باعتبار أنها تمثل الحد الأدنى لاتفاق العقد مع مقتضيات الاجتماعية³.

لذلك كان لا بد وأن تتسجم الحرية التعاقدية مع مقتضيات الإرادة الجماعية والصالح العام، وأن لا تخل بالتوازن المطلوب داخل المجتمع، ويكون ذلك بالحد من حرية الإرادة في إبرام العقود، والتخلي عن جزء منها لصالح المصلحة العامة، فالإطلاق في حرية الإرادة التعاقدية قد يخل بالمصلحة العامة والنظام في المجتمع⁴، ويعتدي على العدل لمجاورته للنظام العام .

فالعدل الذي يحققه المتعاقد لنفسه من جراء تعاقده، ينسجم مع انانية طبعه وتغلبه لمصلحته على صالح الجماعة، فالفرد عند إبرامه للتصرفات القانونية، أو القيام بأي عمل، غالباً لا يراعي إلا مصالحه الخاصة، معرضاً عن مصالح الجماعة⁵، وبالتالي فإن العدل الذي يحققه من جراء تعاقده لا يرقى إلى العدل الجوهري والحقيقي، بل هو العدل بالنسبة له بالنظر إلى مصالحه وليس ضرورياً أن يكون عدلاً حقيقياً، وأن يكون عدلاً بالنسبة للمتعاقد الآخر، أو أنه عدل يفرضه متطلبات الجماعة وصالحها، أو أنه عدل يحقق التوازن بين صالح المتعاقدين والصالح العام، فإرادة الإنسان وهي تسعى إلى إبرام التعاقدات يجب أن تراعي اعتبارات العدل

¹تتاغو ، سمير عبد السيد : مرجع سابق، ص143.

²السنهوري، عبد الرزاق احمد: شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزامات ، نظرية العقد ، دار احياء التراث العربي، بيروت، المجمع العلمي العربي الاسلامي، منشورات محمد التايه ، بدون سنة طباعة ، ص96.

³سوار، محمد وحيد الدين: شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، مرجع سابق، ص160-161.

⁴المهدي، روضة : مفهوم النظام العام في تكوين العقد، مرجع سابق ،ص1.

⁵البشري، عماد طارق: مرجع سابق، ص160 .

وتتقيد بها، حتى وهي تسعى الى تحقيق مصالحها الخاصة ، فالعقود التي تخالف العدل تكون واجبة الرفض وعدم القبول¹، على اعتبار ان المصلحة التي يتوخاها القانون تسمو على المصالح الخاصة².

فسلطان الارادة في ابرام العقود ، يقتضي عدم تقييد اثر هذه العقود بدعوى عدم التعادل في الالتزامات، لان الاصل حرية الانسان وطالما انه التزم بموجب العقد، فيكون من العدل ان يفي بما التزم به ولو كان هذا الالتزام مرهقا له، فالعامل الذي يتعاقد مع رب العمل، يتوجب عليه ان يقوم بما الزم نفسه به بموجب العقد، حتى لو في خضم شروط جائرة او غير عادلة³.
و ما يتفق عليه اطراف العقد بشكل متفق مع القانون، يعد هو القانون بالنسبة لهم، وبتعبير اخر الذي يحكم اطراف العقد هو ما اتفقت عليه ارادتهم الحرة، فهذه الارادة الحرة هي بمثابة القانون يتوجب عليهم الانصياع اليه وعدم مخالفته، حتى ان المحاكم لا تستطيع احداث أي تغيير بالعقد لانها لا تملك هذا التغيير قانونا فالعقد يفرض احترامه على القضاء وعلى المشرع⁴.

وهذا المبدأ اختفى من تشريعات العالم، ولم تعد الارادة تتمتع بهذا الحظ من التقديس، ولم تعد هي وحدها الاساس الذي يبني عليه العقد، فأثار العقد وتفسيره لم تعد محكومة بسلطان الارادة فقط، وانما القانون هو الذي يرتب الاثار على العقد، على اعتبار ان المتعاقدين يتركان العقد للقانون لكي يتولى ترتيب الاثار عليه، فالمتعاقدان يفترض انهم قد اتفقوا على الشئ الجوهرى فيه فقط، ولم يخطر بخلدهم باقي التفاصيل حيث يتولى القانون ذلك ناظرا للمصالح العام وتحقيق العدل، فالقانون لا يمكن ان يفترض ان ارادة الاطراف قد اتجهت الى غير ذلك وقت التعاقد، وانما يفترض حسن النية لدى المتعاقدين⁵.

اما تفسير العقد فذلك مهمة المحكمة من خلال افتراضها ان ارادة الاطراف لم تتجه الى كل الامور لتتفق عليها، او من خلال الغموض في التعبير عن الارادة، او انها لم تظهر واضحة

¹تناغو، سمير عبد السيد : مرجع سابق، ص 145.

²المهذبي، روضة : مرجع سابق، ص3.

³السنهوري، عبد الرزاق احمد: نظرية العقد، مرجع سابق، ص100.

⁴باوند، روسكو: مرجع سابق، ص183-184.

⁵السنهوري، عبد الرزاق احمد: نظرية العقد، مرجع سابق، ص 104-105.

وقت التعاقد، فالغموض في الارادة يؤدي الى ايجاد شروط في العقد لم تكن موجودة في ذهن المتعاقدين وقت التعاقد، أي ان المتعاقدين لم يتوقعوها¹، كما ان للمحكمة سلطة تعليق العقود وابطالها والغاء الشروط المجحفة والمرهقة لأحد الأطراف، حيث قيل في هذا الصدد ان العقود قليلة التبصر في المستقبل، كما ان تغير الظروف الاقتصادية قد تؤثر في قيمة الالتزام او في المقابل².

المنهج الذي اتخذته مجلة الاحكام العدلية المأخوذة من الفقه الاسلامي في تفسير العقود هو الاخذ بالارادة الظاهرة للمتعاقدين، فجملة احكامها تأخذ بصريح العبارة الموجودة في العقد، حيث جاءت بالكثير من القواعد التي تدل على هذا المبدأ، كقاعدة "الاصل في الكلام الحقيقة"³ و"لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح"⁴ و"لامساغ للاجتهاد في مورد النص"⁵ و"اعمال الكلام اولى من اهماله"⁶ و"يلزم مراعاة الشرط بقدر الامكان"⁷، لذلك يتوجب على القاضي اذا كانت عبارات العقد واضحة وكان السياق اللغوي لعباراته لا يحتمل الا تأويلا واحدا ان يأخذ بالارادة الظاهرة للمتعاقدين، ولا يعتد بالارادة الباطنة⁸ ان لم يوجد قرينة عليها وان وجدت، وذلك ضمانا لاستقرار المعاملات وحفاظا على العدل ومقتضيات العدالة، لان العبارة الصريحة هي التي تعبر عن ارادة المتعاقدين وما اتفقوا عليه.

لكن في الحالة التي تكون فيها عبارات العقد غامضة، فانه يتوجب على القاضي البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، ويقوم بذلك مستعينا بما يجب ان يتوافر من امانة وثقة بينهم

¹ نظرية الظروف الطارئة التي تقضي بأن على القاضي ان يعدل في الشروط التي لم يتوقعها المتعاقدان وقت التعاقد، سيأتي الحديث عن نظرية الظروف الطارئة في الفصل الثالث من هذه الدراسة في المطلب الثاني من المبحث الثاني.

² باوند، روسكو: مرجع سابق، ص 184.

³ المادة (12) من مجلة الاحكام العدلية.

⁴ المادة (13) من مجلة الاحكام العدلية.

⁵ المادة (14) من مجلة الاحكام العدلية.

⁶ المادة (60) من مجلة الاحكام العدلية.

⁷ المادة (83) من مجلة الاحكام العدلية.

⁸ هناك حالات تبدى فيها الاراد الباطنة على الارادة الظاهرة وهي: حالة الوكالة الظاهرة، و حالة الصورية، والحالة التي يثبت فيها نقل غير صحيح للارادة، و حالة غموض عبارات العقد فيكون البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، و حالة عيوب الرضا التي دخلت الى دائرة التعاقد مع علم الطرف الاخر او امكانية علمه، وعقود الاذعان، وانهايار توازن العقد. خالد، غسان: محاضرة الفيت علطلبة الدراسات العليا بجامعة النجاح الوطنية في مساق التنظيم القانوني لصياغة العقد.

والنظر الى طبيعة التعامل والعرف الجاري في المعاملات، كذلك يستعين بالدلائل التي تكشف عن هذه النية، من خلال عبارات العقد التي يفسر بعضها بعضا والظروف التي رافقت انعقاده، والظروف والملابسات التي سبقت الانعقاد¹.

ويمكن للقاضي ان يستعين في تفسير العقد ببعض القواعد الاصولية والتتبع وسائل داخلية فيه، من ذلك حمل العبارة على المعنى التي يعطيها اثر اولى من حملها على المعنى الذي يجرده من كل اثر لان " اعمال الكلام اولى من اهماله"²، وكذلك تصريح العقد بذكر شئ معين لا يعني نفي ما سواه، فمثلا اذا باع احد مزرعة وذكر في العقد أن الحيوانات الموجودة في المزرعة من ضمن المبيع، فهذا لا يعني ان الاشياء الاخرى من المنقولات الموجودة في المزرعة ليست من المبيع، وكذلك يستطيع القاضي تفسير العقد من مجمل بنوده واذا حمل اللفظ اكثر من معنى يتوجب حمله على المعنى الاكثر انطباقا مع روح العقد ومعناه³.

ومجلة الاحكام العدلية قد اوردت الكثير من القواعد الاصولية التفسيرية التي تساعد القاضي في عملية تفسير العقد ومنها " الامور بمقاصدها"⁴، و "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للالفاظ والمباني"⁵، وهنا المقاصد والمباني ليست الارادة الباطنة للمتعاقدين، ولكن المعنى الذي يستخلص من عبارات العقد ومضمونه، لان مجلة الاحكام العدلية نصت على ان "دليل الشئ في الامور الباطنة يقوم مقامه"⁶، و "الاصل في الكلام الحقيقية"⁷، فالفقه الاسلامي لم يأخذ بارادة المتعاقدين الباطنة في تفسير العقود، فالتفسير يقوم على الارادة الظاهرة التي يستطيع القاضي استخلاصها من عبارات العقد ومجمل الفاظه وصيغته⁸.

¹ سلطان، انور: مرجع سابق، ص 198-199.

² المادة 60 من مجلة الاحكام العدلية.

³ سوار، محمد وحيد الدين: شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، المصادر الارادية، مرجع سابق، ص 313-318.

⁴ المادة (2) من مجلة الاحكام العدلية.

⁵ المادة (3) من مجلة الاحكام العدلية.

⁶ المادة (68) من مجلة الاحكام العدلية.

⁷ المادة (12) من مجلة الاحكام العدلية.

⁸ سلطان، انور: مرجع سابق، ص 199-200.

يلاحظ ان مجلة الاحكام العدلية اخذت بالارادة الظاهرة في تفسير العقود وما يمكن ان يستخلص من عباراتها، فالعبارة لا تهمل ويؤخذ بها طالما انها تحمل معنا معينا، لان "إعمال الكلام اولى من اهماله"¹ و " اذا تعذرت الحقيقة يسار الى المجاز"²، و " اذا تعذر إعمال الكلام يهمل"³.

هذه القواعد تعد وسائل وموجهات للقاضي في عملية التفسير للوصول الى نية المتعاقدين المشتركة، فإذا تعذر الوصول اليها بأن فشلت جميع هذه الوسائل بالوصول اليها، يتوجب على القاضي الاستعانة بقواعد التفسير الموضوعي البعيدة عن نية المتعاقدين المشتركة، وانما القواعد التي تهدف الى حماية مبدأ حسن النية ومقتضيات العدالة وحماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، وذلك على سند من ان الشك يفسر لصالح المدين والشك يفسر لصالح الطرف المذعن في عقود الاذعان، حيث يتأسس هذا التفسير على اساس مقتضيات العدالة التي تقرر الحماية للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، فالمدين في الالتزام هو الذي يتوجب حمايته، وكذلك الطرف المذعن في عقد الاذعان لم يستطع مناقشة شروط العقد التي يملئها الطرف الاخر عليه، ولم يكن بوسعه الا التسليم بها، لذلك قرر القانون حمايته من خلال تفسير العقد لمصلحته، لان اخلال المشتراط" الطرف القوي" في عقد الاذعان بعدم توضيح العبارات يجعله لا يفيد من تقصيره عدالة، لانه كان بإمكانه ان يجعل العبارات واضحة⁴.

المحكمة وهي تقوم بمهمتها في تفسير العقد، لا تنظر الى ارادة الاطراف فقط، بل انها تستعين بهذه الارادة من خلال النظر في ظروف التعاقد وصولا الى قواعد العدالة، باعتبار ان المتعاقدين لا يمكن لهما التعاقد الا في اطار النظام العام والاداب، وهذا الاطار يضيق ويتسع تبعا لما تقتضيه الظروف الاجتماعية والخلقية، فهذه الظروف هي من اهم القيود التي تفرض على سلطان الارادة في التعاقد⁵.

¹المادة (60) من مجلة الاحكام.

²المادة (61) من مجلة الاحكام العدلية.

³المادة (62) من مجلة الاحكام العدلية.

⁴سوار، محمد وحيد الدين: شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، المصادر الارادية، مرجع سابق ، ص 319-322، انظر كذلك سلطان، انور: مرجع سابق ، ص 206.

⁵السنهوري، عبد الرزاق احمد: نظرية العقد، مرجع سابق، ص 105-106.

من ذلك يتبين ان الاساس الذي يقوم عليه العقد ليس الارادة، وانما يتمثل هذا الاساس في تحقيق العدل والعدالة والصالح العام، فالارادة يجب ان تكون محكومة في حريتها بما يتناسب مع الصالح العام ويحقق العدل¹، والتنسيق بين المصالح الفردية، فالعدالة تقتضي ان يتحقق التوازن بين مصالح الافراد وان لا تطغى مصلحة فردية على اخرى .

فحرية الارادة في التعاقد مع تجاهل مبدأ المساواة في القدرة على المساومة تكون حرية من جانب واحد، فمثلا العامل الذي لا يكون في مركز المساواة من حيث قدرته على المساومة مع رب العمل، لا يمكن التذرع بأنه قد قبل شروط العمل التي فرضها صاحب العمل عليه ، وبالتالي يتوجب ان يترك له حرية المساومة، وذلك كله انكارا لواقع الامر، الذي يتمثل في القوة الاقتصادية التي يتمتع بها رب العمل مع ضعف العامل وحاجته الى عمل².

و الحرية التعاقدية واطلاق سلطان الارادة، قد يكون لها من الكفاية بما يحقق المساواة القانونية المتمثلة بالتعبير الصادق عن الارادة الحقيقية لاطراف التعاقد، والقائم على الرضى بينهم لولادة العقد، الا ان المدلول الاقتصادي والاجتماعي للعقد تتلاشى امامه الحرية التعاقدية، فبين الفقر والغنى والضعف والقوة، الحرية هي التي تضيق والحاجة هي التي تسيطر، فتعاقد العامل مع رب العمل لا يكون نابعا من حرية التعاقد، وانما هو نابع من خلال العوز والحاجة، فبالقدر الذي يكون هناك توازن بين المدلول الاجتماعي والاقتصادي من جهة، وبين المدلول القانوني من جهة اخرى نكون امام عقد غاية في العدل مصدره المساواة الحقيقية الفعلية وليس فقط المساواة القانونية المتمثلة في سلطان الارادة³.

و الفلسفة الاجتماعية والاقتصادية في العلاقة التعاقدية ينصب اهتمامها على تحقيق المساواة الفعلية الحقيقية بين المتعاقدين بما ينسجم مع مقتضيات العدل والعدالة، ولا تكتفي بالنص التشريعي على هذه المساواة حتى تتحقق الحرية التعاقدية، فالحرية التعاقدية في المفهوم

¹ السنهوري، عبد الرزاق احمد: نظرية العقد، مرجع سابق، ص 107.

² كويد، دنيس: مرجع سابق، ص 175.

³ الخطيب، محمد عرفان: الحرية التعاقدية في تشريع العمل ازمة عقد العمل، دراسة مقارنة في القانونين الفرنسي والسوري، ص 64-

<http://sljournal.uaeu.ac.ae/issues/47/images/1-%20Alkhataib.pdf>.68

الاجتماعي والاقتصادي هي الترجمة الفعلية لمبدأ المساواة تحقيقاً للعدل، وانسجاماً مع مقتضيات العدالة .

و الحرية التعاقدية بمفهومها القانوني لم تستطع تحقيق العدل بين المتعاقدين، وانما يتحقق العدل من خلال التعادل بين الالتزامات التي يفرضها العقد، فالتوازن في الالتزامات يعد تعبيراً صادقاً عن مدى العلاقة بين القانون والاخلاق، فضلاً عن تحقيق الامن والسلام الاجتماعيين، فالتوازن يمنع ظاهرة استغلال الانسان لاخيه الانسان، من خلال تدخل النظام العام لحماية الطرف الضعيف، وإعادة التوازن الى العقد باصلاح الاوضاع المترتبة على عدم التوازن، بما يحقق العدل التعاقدى¹.

وهذا ما دفع الدكتور نعيم عطية الى القول ساخراً : "اننا لا نفهم كيف يكون للفقير ذات الحرية التي للغني في ان يقضي الصيف في الريفيرا او الشتاء في الاقصر"². وعلى ذلك، فالقيود التي يضعها القانون على سلطان الارادة تحقيقاً للعدالة من خلال اقامة التوازن بين التزامات الاطراف المتعاقدة، فإنه يكون قد اعطى لهذه الارادة جل التقدير والاحترام، بما وضع عليها من قيود منعا لاطلاقها، وحماية للطرف الضعيف من الاستغلال، فالقانون عندما لا يعتد بارادة الطرف الضعيف، فإن هذا يمثل احتراماً لسلطان الارادة، على اعتبار ان ارادة الضعيف لم تكتمل لها الحرية، وبالتالي فلا سلطان لارادة غير مكتمله، وانما السلطان يكون للارادة الحرة³.

فحماية الطرف الضعيف من استغلال القوي في العلاقة التعاقدية هي من صميم النظام العام، وذلك ان اصلاح ما يصيب العقد من اختلال في التوازن، ووقوف الطرف الضعيف مكتوف الايدي امام القوي، يلقي على عاتق الجماعة واجبا يعينها يتمثل في حماية الضعيف لكي يتمكن من مواجهة الطرف القوي⁴، وذلك حماية لمصالحها، لان قبول الاختلال في توازن العقود يعرض الجماعة الى الانهيار من خلال الفتنك بالعدل والاعتداء على مقتضيات العدالة.

¹ الغريب ، محمد عيد: مرجع سابق، ص164-166.

² عطية، نعيم: في النظرية العامة للحريات الفردية، مرجع سابق ، ص 25.

³ السنهوري، عبد الرزاق أحمد: الوسيط، نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص91، في الهامش رقم(1).

⁴ السنهوري، عبد الرزاق أحمد: مصادر الالتزام، ذات المرجع، ص111.

حيث ان القيود التي ترد على سلطان الارادة ، ما هي الا قيود استثنائية لا تظهر الا في حالة التعارض بين صالح الجماعة والمصلحة الخاصة، مما يؤدي الى تأكيد النظام العام حتما في هذه الاحوال على المصلحة العامة ويعترض سبيل المصلحة الخاصة، لانه تعبير عن الارادة الجماعية التي تقع تحت تهديد بعض التصرفات التي تكون على شكل عقود، و النظام العام يمثل الجماعة و يغلب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة عند التعارض، و يرمز الى الاهداف الاساسية للمجتمع الذي تسوده القيم¹.

وعلى ذلك فالقيود التي يفرضها النظام العام على سلطان الارادة، ما هي الا ارادة المجتمع التي تعصف بأي اعتداء عليها موجه من سلطان الارادة الفردية، باعتبار ان الفكرة العامة للنظام العام تظهر من خلال سيادة الجماعة على الافراد²

والقيود التي يفرضها النظام العام تظهر ايضا في حالة اختلال التوازن بين مصالح اطراف متعارضة، والقانون وضع ليكون ضابطا لهذا التوازن وعدالته تتحقق في الحالة التي تطرأ ظروف تخل بهذا التوازن بين المصالح المتعارضة، والنظام العام يقتضي التدخل لاعادة التوازن والا اصبح ماكان معيارا للعدل بقوته الملزمة وسيلة للظلم.

¹ الغريب، محمد عيد: مرجع سابق، ص33، في الهامش رقم (2) من ذات الصفحة.

² سوار، محمد وحيد الدين: النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، المصادر الارادية، مرجع سابق، ص162 .

الفصل الثالث

ماهية فكرة النظام العام ودورها الوظيفي .

سوف يعير الباحث اهتمامه في هذا الفصل الى تأصيل فكرة النظام العام، وذلك من خلال الوقوف على ماهية هذه الفكرة ، واستظهار الدور الذي تقوم به وذلك من خلال مبحثين.

المبحث الاول: ماهية فكرة النظام العام.

المطلب الاول : النظام العام يفرض قواعد السلوك كامر او تكليف.

بداية لابد من الاشارة الى ان القانون بما يتضمن من قواعد، انما وضعت لتحكم سلوك الافراد داخل المجتمع من خلال تقويم سلوكهم باتجاه القيم التي يتم تجسيدها في هذه القواعد ، فالقانون يقوم سلوك الافرادولا يقرر هذا السلوك، فهو يعني بما يجب ان يكون عليه هذا السلوك، ولايعني بما هو عليه فعلا، فالسلوك يجب ان يساير القانون وينسجم مع القيم المجسدة فيه، وليس على القانون ان يساير السلوك وينسجم معه¹، فالتكليف القانوني يتوجه الى الافراد للالتزام بمضمون قواعده وفحواها وما تحويه من قيم يجب المحافظة عليها والسير على خطاها، وعدم مخالفتها او الخروج عليها.

والتكليف الذي يفرضه النظام العام ينطلق من صالح الجماعة التي ينتمي اليها الفرد او صالح الدولة الذي يعيش في كنفها، فهذا التكليف يستمد شرعيته من المسائل والاوضاع الفوقية المتعلقة باختيارات الجماعة ومثلها العليا وصالحالدولة وبنائها السياسي والاقتصادي و الاجتماعي والعقدي.

والنظام العام اذا يقوم بهذا التكليف حرصا على مصالح الجماعة ومصالح النظام السياسي الحاكم وحماية لهما، بافتراض ان الافراد بسعيهم الغريزي نحو البقاء وتحقيق سبل الرفاه، غالبا ما يعرضون عن مصالح باقي افراد المجتمع، وكذلك عن صالح الهيئة الاجتماعية ذاتها، نزوعا منهم الى صالحهم الخاص، مما يؤدي حتما الى التصادم والتعارضيين نزوع الافراد

¹كيره، حسن: مرجع سابق، ص20.

نحو صالحهم الخاص وبين نزوع الجماعة نحو الرفاه الاجتماعي، مما يؤدي الى اختلالات تهدد التضامن الاجتماعي، الامر الذي يؤدي الى تهديد حياة الفرد ذاته وصالحه الخاص، لذلك وجب ضبط سلوك الافراد بمقتضيات التكليف التي يفرضها النظام العام حرصا على استمرار حياة الجماعة والفرد على السواء¹.

فالتكليف بمفهوم فكرة النظام العام، هو تكليف أمر لا يستطيع الافراد الخروج عليه او مخالفته، بحيث لا يملكون سوى الانصياع لمضمونه، والا كان البطلان المطلق جزاء هذا الخروج او هذه المخالفة، والبطلان يعني حرمان التصرف من ترتيب الاثار التي يروجها المتصرف من هذا التصرف الذي قام به، فلا يعتد بأي اثر له، وكل ما يترتب على هذا التصرف يلغى من اساسه².

ومرد هذا البطلان يعود الى ان هذا النوع من التكليف يتعلق بضروريات انتظام الحياة، وكل ما يعرض كيان الجماعة والدولة الى الفناء او الاختلال الذي من شأنه ان يعكر الصفو العام، او يعترض سبيل الرفاه والتقدم الاجتماعي في المجتمع، باعتبار ان النظام العام هو الحصن الحصين والسياج المنيع الذي يقف في وجه كل من يعتدي على ادعاءات الجماعة واختياراتها واسس الدولة وكيانها فهذه الاسس وتلك الاختيارات هي التي تفرض التكليف بمفهوم فكرة النظام العام.

التكليف بمفهوم فكرة النظام العام، ما هو الا خطاب موجه الى اشخاص المكلفين لامثال اوامره واجتناب نواهيته على سبيل الالتزام، بحيث لا يجدوا من سبيل لمخالفته او الخروج عليه اثناء قيامهم بتصرفات ما، باعتبار انه يجد من ملكات ارادتهم ويجعلها تدور في اطاره لا تعصيه او تخالفه او تخرج عليه، على سند من مصالح الجماعة والمصالح العليا للنظام السياسي الحاكم .

وهو ما يؤكد ان انصياع ارادة الافراد لاحكام القانون وعدم مخالفته يترد الى الغاية التي يسعى القانون الى تحقيقها، فغاية القانون هي التي تجعله جدير بالخضوع له، وطالما ان غاية

¹البشري، عماد طارق: مرجع سابق، ص 82.

²البيدراوي، عبد المنعم: المدخل للعلوم القانونية ، مرجع سابق، ص 28.

النظام العام هي الحفاظ على اصول الجماعة وكلياتها واسس الدولة وغاياتها، فإن ذلك يحتم على الافراد عدم مخالفة أوامره ونواهيه، وان حصلت المخالفة، كان البطلان المطلق بالمرصاد، وهذا يعني ان الجزاء هو استثناء يمكن اللجوء اليه عند الاقتضاء، في الحالات التي تمثل خروجاً على القانون¹.

وهذا يعني ان الافراد عندما يتكبدون اعباء هذا التكليف بمفهوم فكرة النظام العام، فإنهم والحالة هذه ينزلون عن جانب كبير من حرياتهم الفردية استجابة لاوامر هذا التكليف ونواهيه، فهم لا يستجيبون لهذا التكليف الاعلى اساس مسوغات تملئها مصلحة الجماعة²، وعلى هذا فإن مصلحة الجماعة هي التي تكون حاضرة في اذهان الافراد لتبرر استجابتهم لابعاء هذا التكليف، والا لما نزلوا عن هذا الجزء الكبير من حرياتهم، وما ومصلحة الجماعة الا الاطار الذي يحوي مصالح الافراد، فمصلح الافراد لا تتحقق الا من خلال مصلحة الجماعة.

حيث ان الاساس الذي يبنى عليه التكليف بمفهوم فكرة النظام العام يأخذ صورتين: الاولى، مصالح الدولة العليا وغاياتها الاساسية، والثانية، اختيارات الجماعة والاصول والكليات التي يقوم عليها نظامها الاجتماعي والسياسي والاقتصادي والثقافي والعقدي، اذن فالتكليف بمفهوم فكرة النظام العام مصدره الاساسي الجماعة واختياراتها، والدولة وغاياتها العليا. وقد اسلفنا القول: عندما تحدثنا عن مفهوم فكرة النظام العام وعلاقتها بقواعد ها القانونية، ان فكرة النظام العام لها مكونان: الاول، يمثل المكون الموضوعي لاسس الدولة وغاياتها والثاني، يمثل المكون الموضوعي لاصول الجماعة وكلياتها.

حيث ان المكون الموضوعي لاسس الدولة وغاياتها ينحدر من حقيقة ان الدولة الحديثة عندما استقر لها الشأن، فانها قد وجدت ان هناك اسس وغايات تختص بها للمحافظة على كيانها واستقلالها بامور السيادة والحكم يتوجب حمايتها والحفاظ عليها، هذه الاحتياجات الخاصة بكليات الدولة، فرضت عليها حقائق لا خلوص منها تتمثل باستخدام ادوات معينة للحفاظ على هذه الحاجيات، فكان النظام العام اهم هذه الادوات التي استخدمتها الدولة في هذا السبيل، مما

¹البدرابي، عبد المنعم: مرجع سابق، ص 22-23، كذلك انظر بنفس المعنى عبد الله، محمد محمود: مرجع سابق، ص 18-19.

وانظر عكس ذلك حسن كيرة: مرجع سابق، ص 38-39

²جلال، محمود، طه: اصول التجريم والعقاب في السياسة الجنائية المعاصرة، مرجع سابق، ص 74.

فرض عليها بواسطة الهيئة التشريعية من سن قواعد قانونية لامجال لعصيانها، تهدف لحماية هذه الضروريات، فباتت قواعد النظام العام على شكل قاعدي مسنون من قبل الهيئة التشريعية للحفاظ على المكونات الضرورية للدولة ومؤسساتها الحيوية، فجاءت هذه القواعد على صيغ أمره ناهية يتكبتها المكلفون، ملزمة لهم اداء وانتهاء، تتضمن احكاما تكلفية مستهدفة حماية هذه الضروريات العليا.

اما المكون الموضوعي لاصول الجماعة وكلياتها، وهو انعكاس تصور الجماعة عن النظام الاجتماعي الذي ترغب فيه، وهو محور افكار الجماعة ومفاهيمها عن الكل الموضوعي لاصول الجماعة وكلياتها السياسية والاقتصادية والثقافية والاجتماعية، وقد تجد الدولة من خلال هيئتها التشريعية ضرورة للكشف عن بعض هذه المبادئ والافكار وتعييدها بنصوص قانونية ضمن تشريعاتها، فتصبح جزء من قواعد النظام العام الموجودة في طيات التشريع، واما الجزء الاخر يبقى في ضمير الجماعة ووجدانها يبرز كاصل كلي كلما دعت الحاجة اليه صونا للصالح الكلي للجماعة¹، وهو ما تم التعبير عنهما سابق القول، القانوني او نمط الثقافة الذي يهيمن على الحياة نفسها داخل المجتمع .

على هذا الاساس فإن التكليف بمفهوم فكرة النظام العام الذي تتضمنه قاعدة قانونية مسنونة، سواء تعلق هذا التكليف بمسائل الدولة العليا وغاياتها، او تعلق باصول الجماعة وكلياتها الذي تم تعقيده من قبل المؤسسة التشريعية في الدولة، فهذا التكليف لا يثير أي صعوبة في ابرازه وتحديد محتواه، لان حكمه مفرغ ضمن قاعدة قانونية موضوعة يتم تطبيقها في حالة المخالفة او العصيان .

اما التكليف بمفهوم النظام العام الذي يتأسس على ما هو كامن في ضمير الجماعة ووجدانها من مبادئ واصول وكليات ترمي لحماية الجماعة والذي لا يأخذ حكمه شكل القاعدة القانونية المسنونة، فإن دور القاضي هنا يبرز لاطهار ما اذا كان التصرف الوارد مخالفاً لاصل او كل من اصول الجماعة وكلياتها، فإنه لا يتردد في اسباغ صفة البطلان المطلق على هذا التصرف، بالرغم انه لم يخالف أي نص من النصوص القانونية، ولكن البطلان يرد عليه لانه

¹البشري ، عماد طارق: المرجع السابق، ص 84.

خالف ما يدور في خلد الجماعة من تصورات عن قيمها ومبادئها الحاكمة للحياة الاجتماعية نفسها.

فالقاضي عندما يقوم بهذا الدور، فإنه يحتل دور المشرع من خلال الوقوف على حقيقة المبدأ أو الكل الذي تمت مخالفته، وتبيان ما اذا كان هذا المبدأ على صلة باصول الجماعة وكيانها، حتى يصدر حكمه بالبطلان، وهذا الدور الذي يقوم به القاضي لا يعد تجاوزا لحدود اختصاصه، فهو يأخذ دور المشرع في هذه الدوائر المرنة،¹ على حد تعبير الاستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، فالقضاء يعتبر الوكيل الاسمي للقانون في فرض الرقابة الاجتماعية،² مما يجعل من الصعب انكار دوره في صناعة القانون، بل يجب التأكيد على حتمية هذا الدور.³ والتأكيد على حتمية دور القاضي في صناعة القانون، واعتباره مشرعا في حالة خلو التشريع من النص، يجد سنده في ان مصادر المشروعية لما يعد قانونا يجب ان لا تنحصر في التشريعات المسنونة التي تصدر عن المشرع، وانما يجب ان تتعدى الى تصورات الجماعة عن اختياراتها الجمعية،⁴ على اعتبار ان القانون وان عميق الجذور في التركيبة الاجتماعية وما يتمخض عنها من مفاهيم وفلسفات، الا انه يطور بعض المبادئ الخاصة به، والتي تتغير وتتبدل تبعا لتغير المجتمع.⁵

والقوانين التي يسنها المشرع لغاية تحقيق العدل والعدالة عملا بمفهوم النظام العام ما هي الا وسائل ترمي الى غايات وضوابط لتحقيق التوازن بين المصالح العامة والمصالح الخاصة، والمصالح الخاصة فيما بينها عند التعارض فلا تغطي مصلحة على اخرى، فكل قانون يضعه المشرع لابد ان يكون له غاية من وراء تشريعه لان مصدر الالتزام في القانون هو الغاية التي يسعى لتحقيقها، فإذا اصبح القانون غير مفضي الى هذه الغاية ومنتكبا لها في مآله من خلال مراجعته المستمرة بالنظر الى النظام العام، فإنه لا بد من سلبه صفة المشروعية لانه تنكب الغاية التي شرع من اجلها،

¹ السنهوري، عبد الرزاق احمد: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 437، بند 228.

² كويد، دينس: مرجع سابق، ص 87.

³ البشري، عماد طارق: مرجع سابق، ص 87.

⁴ البشري، عماد طارق: مرجع سابق، ص 87.

⁵ كويد، دينس: مرجع سابق، ص 250-251.

والتأكيد على حتمية دور القاضي في عملية صناعة القواعد القانونية وخاصة تلك القواعد التي تنضوي على عناصر النظام العام، يجد سنده في الاحوال التي تتم فيها الاعتداء على الاخلاق او العدل مع عدم مخالفة هذا الاعتداء لأي نص من نصوص القانون، فبهذه الحالة لا يجد القاضي مفرأً من الاستعانة بمفهوم فكرة النظام العام كأساس شرعي لابطال مثل هذا العدوان، كالاتفاق على الفجور، او تضمين عقد العمل شروطاً قاسية تسري على العامل ما بعد انتهاء عقده¹.

فالقاضي يقوم بابطال هذه الاتفاقات، وهذه الشروط، ليس على سند من القواعد القانونية المسنونة، وانما على سند من مفهوم فكرة النظام العام التي تنصدر للتصدي لاي تصرف اعتدى على الاخلاق او خرم صورة العدل، باعتبار ان الاخلاق والعدل يندرجان في سلم القيم الاجتماعية، ان لم تكن على رأس هذا السلم على حسب تصورات الجماعة لمصالحها العليا. فالاتفاق المخالف للنظام العام يكون باطلا، حتى لو أنه لم يخالف نص قانوني مكتوب، فالنظام العام يجاوز حدود النصوص المكتوبة، والتصرف او الاتفاق قد يصطدم مع كليات الجماعة او مصالح الدولة دون ان يصطدم مع نص قانوني، كالاتفاق على منع المالك من التصرف في ملكه تأبيداً، لما يؤدي ذلك الى منع الاموال من التداول وتجميد الثروات، كذلك الاتفاق على عدم ذكر الثمن الحقيقي في عقد البيع تهرباً من رسوم التسجيل، لما يؤدي ذلك الى التأثير على الوضع المالي لخزينة الدولة وايراداتها².

وخلاصة القول، ان التكاليف بمفهوم فكرة النظام العام، يجد مصدره في الدولة التي تسن التشريعات لحماية مصالحها العليا وغاياتها، وكذلك يجد مصدره في تصورات الجماعة عن اصولها وكلياتها، وهو تكليف يتضمن الزام يتعدى حدود القواعد المسنونة تشريعياً من قبل الدولة لحماية مصالحها العليا الى ما تحتفظ به الجماعة في ضميرها ووجدانها تصوراً لمصالحها العام وكلياتها العليا، دون ان تكون هذه التصورات قد تقعدت بشكل نصوص تشريعية مسنونة بالصفة الرسمية.

¹لويدي، دينيس: مرجع سابق، ص322.

²مرقس، سليمان: مدخل للعلوم القانونية، الطبعة الثانية، مرجع سابق، ص 74-75.

المطلب الثاني: التكليف بمفهوم فكرة النظام العام يحمل الزاما بفعل حتمي او الزاما بترك حتمي.

قلنا ان القانون يضع قواعد تقويمية تفرض السلوك الواجب على الافراد اتباعه، وهو يفرض هذه القواعد فرضا على سبيل الامر او التكليف.

حيث ان القانون يستهدف اقامة النظام الاجتماعي، وهو لا يمكن ان يقوم بهذه المهمة، الا اذا انطوى على تكليف او امر، وبالتالي، فانه يختلف عن باقي قواعد السلوك الاجتماعي الاخرى، كالعادات والتقاليد والاخلاق، التي تكون على سبيل النصح او الارشاد، ولا تحمل أي تكليف او أمر، وهذا هو الفارق بينها وبين القانون، الذي كان دائما وابدا ينضوي على تكليف يحمل امرا للافراد باتباع السلوك الذي يراه مناسبا، وبالتالي فان قواعده لا يمكن ان تحمل معنى النصح والارشاد.¹

من هنا يتبين ان التكليف هو من ضروريات القاعدة القانونية ولوازمها ولا يمكن ان يتصور القانون بدون تكليف يحمل الافراد على اتباع سلوك معين لاجل تحقيق النظام الاجتماعي، فالقانون بدون هذه الضرورة، يصبح قواعد تحمل معنى النصح والارشاد والخير، التي تبرر للافراد تجاوزها والسير على خلاف مقتضاها، فالقانون بدون الامر والالزام لا يمكن تصوره، وبالتالي يفقد معناه، وما يحمل في طياته ومضمونه من حمل السلوك الانساني على الانصياع له.²

بينما يخالف هذا الرأي الدكتور محمد محمود عبدالله الذي يرى : ان الالزام ليس خصيصه للقاعدة القانونية، وان ظاهرة الخضوع للقاعد القانونية، لا يعود الى خصيصه الالزام التي تتضمنها، وانما ظاهرة الخضوع تعود الى الهدف الذي تصبوا اليه هذه القاعدة، فالخضوع

¹كيره، حسن: مرجع سابق، ص21.

²انظر الدكتور سمير عبد السيد تناغو، الذي يفرق بين الالزام في القاعدة القانونية، وبين الجزاء الذي يتضمن القهر الصادر من الدولة باسم الجماعة في حالة مخالفة السلوك الانساني لمضمون القاعدة القانونية، حيث يرى ان صفة الالزام موجودة في جميع قواعد السلوك الاجتماعية، بما فيها قواعد المجاملات والاخلاق، على نفس الدرجة الموجود في القواعد القانونية، لان كل قاعدة سلوك تنطوي حتما على امر، وكل امر ينطوي على الزام، وان الفارق بين القاعدة القانونية وغيرها من قواعد السلوك الاخرى، ان الالزام الموجود في الثانية يتمثل في استنكار المجتمع، والرأي العام، بينما الالزام الموجود في الاولى مقرون بالقهر والاجبار الجماعي الذي تفرضه السلطة باسم المجتمع اذا خولفت القاعدة القانونية "، مرجع سابق، ص60.

يجد تبريره في ضرورة تحقيق الصالح المشترك للأفراد داخل الجماعة، فالتكليف يجد اساسه في تصور الافراد للنظام الاجتماعي الذي يتوافق مع مقتضيات الصالح المشترك، وبالتالي فإن ظاهرة الالزام في القاعدة القانونية تنبني عن الغاية التي تسعى القاعدة القانونية الى تحقيقها ، فالهدف النهائي للقانون هو الذي يقود السلوك الانساني الى مضمونه، وعلى ذلك فلا تلازم بين مضمون القاعدة القانونية وبين قوتها الملزمة¹.

الباحث يميل الى رأي الدكتور عبد المنعم البدرابي الذي عرضناه سابقا، من ان القاعدة القانونية يجب ان تكون مقرونة بجزاء، لان الجزاء ضرورة لاقرار النظام في المجتمع، فالجزاء هو الذي يميز بين القاعدة القانونية وقواعد بالسلوك الاخرى القائمة على النصيح والارشاد.

و القاعدة القانونية تحمل في طياتها هدفا تسعى الى تحقيقه ، وانه يفترض ان الاحترام الموجه الى هذه القاعدة مصدره ذلك الهدف وهو سعي القاعدة الى صالح الافراد وصالح الجماعة، واقامة تنظيم اجتماعي مرغوب فيه كفيل بأن يحقق للقاعدة القانونية ذلك الاحترام والخضوع، ولو من جانب النزوع الغريزي لادراك مصالح فردية، طالما قنع الافراد وصار لديهم وعي بأن صالحهم الفردي لا يتحقق الا بصالح المجموع.

هذا بالاضافة الى انه، لو اعتبرنا ان الجزاء او الاجبار ، هو مصدر الخضوع للقانون، لنجح هذا الاجبار في اخضاع الافراد والمجتمعات للقوانين الظالمة التي تحتوي هذا الاجبار، فالقوانين الظالمة التي لا تتطوي على مقتضيات العدالة هي ايضا لا تخلو من الاجبار، ومع ذلك لم يكتب لها الدوام، لعدم قبول الافراد بالانصياع لها ، فالقانون الذي يحمل في طياته تركيزا على عنصر الاجبار اقل دواما واستمرارا وفاعلية من القانون الذي يهدف الى قيم عليا يريدتها المجتمع ويطمح اليها.

ناهيك عن ان الافراد والمجتمعات هي مصدر القواعد القانونية ، فالقانون في أي مجتمع متحضر منظم يعد انعكاسا لتصورات الافراد والجماعة عن التنظيم الاجتماعي الذي يرغبون به، وبالتالي لا يمكن لهؤلاء الافراد ان يتحللوا من هذا القانون الذي نظم على سند من تصوراتهم الاجتماعية والسياسية والاقتصادية والفلسفية.

¹ عبد الله، محمد محمود: مرجع سابق، ص19، انظر كذلك عطية، نعيم: القانون والقيم الاجتماعية، مرجع سابق، ص15،16.

و لو تعلق الامر بفكرة النظام العام وقواعدها، وهي تحمل في مضمونها تصورات الجماعة والدولة عن المصالح الاساسية العليا التي يقوم عليها التنظيم الاجتماعي، فهي ليست فقط تعبيراً عن هذه المسائل الجوهرية، وانما تقوم على حمايتها من العدوان الداخلي والخارجي، فما دامت فكرة النظام العام هي السور الحامي لقيم الجماعة العليا وللعدل والعدالة وما يرغب المجتمع في الحفاظ عليه، فكيف يمكن والحالة هذه اعتبار الجزاء هو الذي يكفل الالتزام و الخضوع لمضمون قواعد القانون والنظام العام.

وهذا لايعني انتفاء الجزاء والاجبار من هذه القواعد، ولكن هذا الاجبار يعد استثناء يلجأ اليه عند المخالفة، فبالرغم من ان الذي يقود الى الخضوع الى القاعدة القانونية هو الهدف الذي تسعى اليه، باعتبارها تسعى الى صالح الجميع وتحقق النظام في المجتمع ويرى كل فرد ان حقوقه قد احترمت ، فهذا لا يعني انه ليس هناك مخالقات لهذه القواعد تتطلب الاجبار لكن القانون الذي يعتمد على الاجبار ليفرض احترامه، يخط سطور فشله بهذا الاجبار، فالقاعدة القانونية ملزمة، لانه ليس بالمقدور الاجتماعي مخالفتها.

وهذا المفهوم العلمي للتكليف بمفهوم فكرة النظام العام ينسجم مع الوجهة النظرية لهذا التكليف، فلو قمنا باستعراض للتصورات الفلسفية التي هي اساس لمشروعية القوانين، لوجدنا ان هذا الاساس يبنى على تصور معين للتكليف، على حسب التباين في تأصيل مشروعية الانظمة القانونية.

فمدرسة القانون الطبيعي تذهب الى ان هناك قواعد قانونية لا يمكن الخروج عليها، وهي تتضمن موجهاً مثاليه، وهذه القواعد يستلهمها العقل من طبيعة الاشياء والانسان المفطورة على التمييز بين الظلم والعدل¹، اذن فقواعد القانون الطبيعي عبارة عن مجموعة من المبادئ الاساسية التيطمح الانسان الوصول اليها، وهي عبارة عن مبادئ سامية تعبر عن الموجهاً المثالية للعدل، التي على ضوءها يتم تقدير صلاحية القانون الوضعي، فإذا كان يعكس صورة العدل

¹الجمال، مصطفى وعبد الحميد محمد: النظرية العامة للقانون، مرجع سابق، ص 133.

فيكون حريا بالاحترام و الخضوع لاحكامه، واذا كان يمثل الظلم فيكون جديرا بالرفض وعدم القبول¹.

اما القانون طبقا لفلسفة اخرى، وهي التاريخية هو عبارة عن تعاليم يتوصل اليها الانسان بطريقة التجربة²، فهو نتاج الزمن والتاريخ ، حيث انه ينشأ ويتطور اليا وتلقائيا دون ان يكون لارادة الانسان اثر في نشأته او وجوده فهو ينشأ في ضمير الجماعة مع مرور الزمن³، فالقانون في أي امة يمكن تشبيهه بلغتها، التي يتطور آلياً لمسايرة تطورها، فالامة تخلق قانونها كما تخلق لغتها، فهو ميراث الاجيال المتعاقبة تشده الى الماضي كما تشده اللغة، حتى لا يحدث هناك فراغ او توقف يهدد سير الامة نحو التقدم⁴، فالقانون بهذه المثابة يكون وليد حاجات المجتمع لتحقيق نظام اجتماعي متكامل، مما يستوجب الالتزام بالقواعد القانونية المنطوية على التكليف وجوبا او تحريما دون أي مخالفة، باعتبار ان هذا التكليف يتأصل وفق هذه الفلسفة على ان الانسان بسعيه الغريزي نحو ادراك صالحه الخاص، لا يكثرث بصالح الجماعة دون ان يعترض طريقه مقاومة ما، فاهتدى ضمير الجماعة الى قواعد قانونية لحفظ اجتماعها⁵، فكان ذلك اصل الالتزام في هذه القواعد .

وهناك فلسفة اخرى ليست بعيدة في تأصيلها عن تأصيل الفلسفة التاريخية، فكلاهما ينتمي الى المدرسة الواقعية، الا وهو فلسفة التضامن الاجتماعي، التي ترى ان اساس القواعد القانونية يتمثل في حقيقة التضامن الاجتماعي، وان الافراد يستمدون حقوقهم من هذا التضامن، وان التكليف والالزام الذي تحويه القواعد القانونية مستمد من شعور الافراد وحاجتهم الى هذه القواعد بما يكفل التضامن الاجتماعي، وان العدل يقتضي تسخير اكرام الجماعة للخضوع لهذه القواعد لضمان التضامن الاجتماعي⁶، فكل قاعدة قانونية تهدف الى حماية التضامن

¹ فرج، توفيق حسن: مرجع سابق، ص108، انظر كذلك الفتلاوي، صاحب عبيد: مرجع سابق، ص111.

² باوند، روسكو: مرجع سابق، ص42.

³ فرج، توفيق حسن: مرجع سابق، ص125.

⁴ كيرة، حسن: مرجع سابق، ص125.

⁵ البشري، عماد طارق: مرجع سابق، ص91.

⁶ جلال، محمود طه: مرجع سابق، ص79-80. وانظر كذلك كيرة، حسن: مرجع سابق، ص134. انظر كذلك دياس: مرجع سابق،

ص116-117.

الاجتماعي، هي قاعدة ملزمة يتوافر فيها صفات الالزام، فيتأصل التكليف والالزام للقاعدة القانونية على سند من ضروريات التضامن الاجتماعي والعدل.

اما الفلسفة الوضعية فهي تذهب الى ان القاعده القانونية ليست قاعدة نصح او ارشاد ، وانما هي قاعدة أمر أو نهى يتوجب على المكلفين السيرعلى مقتضاها، فهي تتصور وضع سلبي للحياة الاجتماعية تسيطر عليه الفوضى والاضطراب اذا تخلف هذا التكليف الأمر الناهي¹.

وعلى هذا، فجوهر التكليف بمفهوم فكرة النظام العام يتضمن طلب فعل او طلب ترك على سبيل الحتم والالزام بصرف النظر عن مصدر قواعده، سواء كان هذا المصدر الشكل الرسميا الذي تسنه الدولة او مهتدي اليه من عقل الجماعة، او تساندهذا التكليف على أي من المذاهب الفلسفية سالفه الذكر²، فعلى سبيل المثال قاعدة تحريم القتل، فهي تتضمن طلب الانتهاء عن افعال القتل على سبيل الانتهاء الحتمي، فهذا الطلب يتاصل على حسب الفلسفية المثالية على انه مثل اعلى للعدل الذي يتوجب على القاعدة القانونية تحقيقه، بينما يتأصل حسب الفلسفة الواقعية (التاريخية والتضامن الاجتماعي) على اساس ما يسجله الواقع وتثبته التجربة من ان القتل يؤدي الى اشاعة الفوضى والاضطراب وتهديد التضامن الاجتماعي، ويتعرض كيان المجتمع الى الانهيار اذا ابيح القتال بين الناس، فلم يكن هناك من مندوحة لتحريم القتل³.

خلاصة القول، ان التكليف الأمر الناهي الذي تحويه القواعد القانونية لا يختلف باختلاف مصادر القاعدة القانونية الأمره، سواء كان مصدرها الدولة بالشكل الرسمي لها، ام كان مصدرها عقل الجماعة ومكونون ضميرها، وهو كذلك لا يختلف باختلاف الفلسفة التي يقوم عليها التنظيم القانوني، فجميع النظم القانونية على اختلاف اساسها الفلسفي تستقيم على التكليف الأمر الناهي حتما بعناصره، التي يفرض على الافراد محاذاة سلوكهم بمضمون القاعدة.

¹البشري، عماد طارق: مرجع سابق، ص91، نقلا عن الاسيوطي، ثروت انيس: نشأة المذاهب الفلسفية وتطورها، دراسة في سوسولوجيا الفكر القانوني، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصاد، كلية الحقوق بجامعة عين شمس، العدل الاول، السنة الثامنة، مطبعة جامعة عين شمس، 1966، ص133.

²البشري، عماد طارق: مرجع سابق، ص 92.

³كيرة، حسن : مرجع سابق، ص 97.

هذا يقودنا الى بسط اليد على ضرورة لا محيص عنها، الاوهي، أي القواعد القانونية تتضمن تكليفا يقتضي الامر والنهي على سبيل الحتم من بين قواعد القانون الأمرة والمكمله، واي من هذه القواعد يمكن اعتبارها قواعد نظام عام؟.

وهل يمكن اعتبار التكليف الذي يقتضي طلب الفعل على سبيل الوجوب حتما او طلب النهي على سبيل التحريم حتما معيار للتمييز بين القواعد القانونية الأمرة والمكمله؟. للاجابة على هذه التساؤلات لا بد من البحث في موضوع صلاحية التكليف الأمر كمعيار للتمييز بين القواعد القانونية الأمرة والمكمله.

المطلب الثالث: صلاحية التكليف الأمر كمعيار للتمييز بين القواعد الأمرة والمكمله.

عظفا على ما سلف بحثه، من ان القانون يفرض قواعد السلوك الذي يتوجب اتباعه من قبل الافراد داخل المجتمع الذي يطبق فيه، منطلقا من كونه يجسد في طياته قيم يتوجب على الافراد ان يحاذوها في سلوكهم، الامر الذي يحتم عدم تحقق ذلك، الا من خلال التزامهم مضمون هذه القواعد التي تفرض هذه القيم، من خلال نمط السلوك الذي تفرضه، مما يلزم الافراد باتباعه.

وعندما تناولنا موضوع الحرية عند بحثنا عن علاقتها بالنظام العام، وجدنا انه لزاما على الافراد ان يختاروا انماط السلوك التي تتفق مع قواعد التنظيم الاجتماعي الذي ترغب فيه الجماعة، وهذا يعني ان القانون يوظف الحريات ضمن نموذج معين ليس لها الخروج عليه بما ينسجم مع ما تحويه القواعد القانونية من قيود تعطي الحرية مدلولاً اجتماعياً.

لكن السؤال الذي يطرح نفسه، هل ان جميع القواعد القانونية الأمرة والمكمله تفرض على الحرية هذا الاطار؟، وبمعنى آخر، هل السلطان الذي تملكه حرية الارادة على السواء في القواعد الأمرة والقواعد المكمله؟، وهل عنصر التكليف الملزم الذي يتوجه الى المكلفين على درجة واحده في القواعد الأمرة والمكمله ؟ .

في هذا الصدد، يرى غالبية الفقه¹، ان جميع القواعد القانونية بنوعها المكمل والامر تتضمن تكليفاً آمراً، فلا لايتصور ان تكون القاعدة القانونية خلواً من هذا التكليف، فهي لا تحمل معنى النصح او الارشاد، انما هي تتضمن تكليفاً بالسلوك الواجب الاتباع، وهي لا تكون كذلك، الا اذا سلمنا باحتوائها على هذا التكليف الأمر الناهي ، وان كان هذا التكليف في بعض القواعد القانونية لا يتخذ الصورة الواضحة والصريحة، ولكن حتماً متوافراً في كل قاعدة قانونية².

اذا فالقواعد القانونية المكملة، كما هي القواعد الآمرة تتضمن عناصر التكليف الأمر فهي قواعد قانونية بالمعنى الصحيح يتوافر لها صفة الإلزام³، لكن التكليف في القواعد المكملة قد يخفى ويكون غير ظاهر وغير صريح، فهذه القواعد تجيز لافراد المخاطبين الخروج عليها باتفاقاتهم الخاصة، حيث ان المخاطبين بموجب هذه القواعد اذا اتفقوا على خلاف مضمون هذه القواعد، فان هذه الاتفاقات تصبح بديلاً عن القاعدة القانونية المقررة التي تمت مخالفتها، اما اذا لم يكن هناك اتفاق يخالف مضمون هذه القاعدة، فانها تسري على علاقتهم، بمعنى ان التكليف الذي تتضمنه لا يتوجه الا الى الافراد الذين تتصرف ارادتهم عن مخالفتها⁴، فلا يمكن استبعادها الا اذا كان هناك اتفاق على تنظيم اخر غير الذي تقضي به⁵.

ويستند التكليف الذي تتضمنه القواعد المكملة على الشكل السالف ذكره، ان هناك علاقات معينة بين الافراد، الاصل فيها ان تترك لمحض ارادتهم لتنظيمها، وهي العلاقات التي يحكمها القانون الخاص، لكن المشرع من باب الحيطة، اذ هو يقدر ان الافراد ، قد لا يستعملون سلطان ارادتهم في تنظيم هذه العلاقات المتروكة لحريرتهم، الامر الذي يؤدي الى خلو هذه العلاقات من تنظيم يحكمها، مما يجد معه المشرع، ان لا مناص من وضع تنظيم لهذه العلاقات يحكمها اذا لم يقم الافراد بتنظيمها مستندين في ذلك الى سلطان ارادتهم⁶.

¹كيرة، حسن: مرجع السابق، ص 21 . تناغو، سمير عبد السيد: مرجع سابق، ص 84-86. البدرابي، عبد المنعم: مرجع سابق، ص 140. الجمال، مصطفى وعبد الحميد محمد: مرجع سابق، ص 52.

²كير، حسن: مرجع سابق، ص 21.

³البدرابي، عبد المنعم: مرجع سابق، ص 139.

⁴كيرة، حسن: مرجع سابق، ص 22. انظر كذلك الجمال، مصطفى عبد الحميد محمد: مرجع سابق، ص 52.

⁵تيناغو، سمير عبد السيد: مرجع سابق، ص 86.

⁶البدرابي، عبد المنعم : مرجع سابق، ص 138-139.

اما القواعد الامرة فإنها تتضمن تكليفا واضحا صريحا يجعل من القاعدة القانونية بصورة الامر او النهي¹، التي لا يجوز بأي حال من الاحوال الخروج عليها او الاتفاق على مخالفة مضمونها، بل يجبر الافراد على احترامها²، على سند منان هذه القواعد الآمرة تنظم مسائل لها تأثير على الاسس الجوهريّة التي يقوم عليها بنيان المجتمع، فهي تمثل فرض لادارة المشرع والجماعة على ارادة الافراد³، حيث ان سلطان الارادة الفردية تجاهها يكون منعما، باعتبار ان الزامها يكون باتاً مطلقاً⁴، لاتصالها الوثيق بالمسائل الجوهريّة الخاصة بالمجتمع⁵.

مما سبق يتبين لنا ان جميع قواعد القانون الآمرة منها والمكمل تتضمن تكليفا ملزما، على سند من ان القواعد القانونية جميعا تسعى الى تحديد السلوك الواجب الاتباع، ومن ثم لا يمكن تصورهما وهي في سبيل تحقيق هذا الهدف بدون عنصر الالتزام، ولكن وجه الاختلاف بينهما يتمثل في ان سلطان الارادة يتفاوت باختلاف نوع القواعد القانونية، فهو منعدم ازاء القواعد الآمرة، بينما تملك الارادة قدرا من السلطان ازاء القواعد المكملة، فالاولى تتعلق بمسائل المجتمع الاساسية وتنظيمه الاجتماعي، بينما تذهب الثانية الى تنظيم علاقات الافراد الخاصة التي يجوز لهم ان يخالفوها باتفاقاتهم، فوجود تنظيم خاص يتعلق بالمسألة موضوع القاعدة المكملة يستبعد تطبيق مضمونها، وفي حالة عدم وجود مثل هذا التنظيم، لا بد حتما من تطبيقها على تلك المسألة، ولا خيار للافراد في ذلك.

وهو ما ذهب اليه غالبية الفقه، من ان القاعدة القانونية بنوعها تحمل في مضمونها عناصر التكليف، ولكنها لكي تنطبق ويتم لها الانفعال، يجب ان يتوافر لها شروط اعمال، وهي الشروط والافصاف التي يتوجب ان تتوافر في الوقائع او الاشخاص المكلفين بمقتضى القاعدة القانونية⁶.

¹كيرة،حسن: مرجع سابق، ص 21.

²فرج، توفيق حسن: المدخل للعلوم القانونية، مرجع سابق، ص 70.

³البدرابي، عبد المنعم: مرجع سابق، ص 139.

⁴كيرة، حسن: مرجع سابق، ص 43.

⁵ذات المراجع السابقة، بذات الصفحات.

⁶تيناغو، سمير عبد السيد: مرجع السابق، ص 86. انظر كيرة حسن: مرجع السابق، ص 45. انظر كذلك البدرابي، عبد المنعم: مرجع

سابق، ص 140. انظر كذلك فرج، توفيق حسن: مرجع سابق، ص 73.

القاعدة القانونية الآمرة تحمل تكليفا ملزما تتعدم ارادة الافراد ازائها، فلا يستطيعون مخالفتها، وذلك لاتصالها بحياة المجتمع ومسائله الجوهرية، كالقواعد المتعلقة بتنظيم الكيان السياسي والمالي للمجتمع، وكذلك المتعلقة بأمن المجتمع الداخلي وسلامه الخارجي¹، وكأن هذه المسائل التي تعالجها القواعد الآمرة هي بمثابة شروط اعمال لها، فحتى تكون القاعدة آمرة لا سلطان لارادة الافراد على مخالفتها، فانه يتوجب ان يكون مقتضاها معالجة مثل تلك المسائل الجوهرية.

اما القاعدة القانونية المكملة ينقاد تطبيقها بشرط عدم وجود اتفاق مخالف لاحكامها، فإذا وجد مثل هذا الاتفاق، فإنه يعني ان الاطراف لا يرغبون باسباغ حكمها على علاقتهم الخاصة، وانما يريدون ان يحكموا هذه العلاقة بتنظيم يتفوقوا عليه يروها رعى لمصالحهم الخاصة، فوجود مثل هذا التنظيم يفقدها شرطا من شروط انطباقها، مما يؤدي الى عدم انفعال التكليف الملزم الذي تتضمنه، وهذا لا يطعن في قوة الزامها، لانها تستمد الزامها من قوتها الذاتية، باعتبارها قاعدة قانونية يخضع لها جميع الروابط والافراد المخاطبين في حالة عدم وجود اتفاق يخالف حكمها فيما بينهم².

وعلى ذلك لا يمكن الاعتماد على التكليف الملزم، كمعيار للتفريق بين القواعد الآمرة والمكمله، فكلما النوعين من هذه القواعد يتضمن تكليف ملزم يحمل الافراد على اتباع السلوك الذي تحدده دون ان يجدوا سبيلاً للمخالفة اذا توافرت شروط اعمالها.

المطلب الرابع: النظام العام معيار للتمييز بين القواعد القانونية الآمرة والمكملة.

سبق وان انتهينا الى القول: بأن القواعد القانونية الآمرة، هي القواعد التي لا يجوز الخروج عليها باتفاقات مخالفة، اذ ان سلطان الارادة ينعدم اتجاهها، فلا يجد بد من الانصياع لمضمونها وما تحمل من تكليف ملزم، بينما القواعد القانونية المكملة، وهي التي يسمح للافراد الخروج عليها والاتفاق على خلاف مضمونها، فإذا وجد مثل هذا الاتفاق يتم استبعادها، اما اذا

¹الجمال، مصطفى وعبد الحميد محمد: مرجع سابق، ص52.

²كيرة، حسن: مرجع سابق، ص 45. فرج، توفيق حسن: مرجع سابق، ص 1.73. نظر البشري عماد طارق: مرجع سابق، ص1.94. نظر كذلك تناغو، سمير عبد السيد: مرجع سابق، ص86.

لم يكن هناك اتفاق خاص على تنظيم المسألة مدار البحث، والتي تفرض القاعدة المكملّة حكم لها، فإن هذه القاعدة تنطبق حتما لأنها قاعدة قانونية بالمعنى الصحيح، ولا يطعن وجود مثل هذا التنظيم الخاص بقوتها الملزمة، فهي كالقاعدة الآمرة تحوي في ثناياها معنى التكليف والالزام.

وانتهينا الى القول : بأن القواعد الآمرة وهي توجه خطابها الى المكلفين بالفعل الحتمي او الانتهاء الحتمي، فإنها تستند في ذلك الى اتصالها الوثيق بالجماعة وادعائتها او الدولة وغاياتها، اما القواعد المكملّة فهي تنظم مسائل وروابط خاصة بين الافراد، لهم كامل السلطان في مخالفتها باتفاقاتهم الخاصة، باعتبار ان هذه المسائل ليست على اتصال بمصالح الدولة والجماعة، وهذه القواعد توجد فقط في نطاق القانون الخاص¹، فهي كما يرى الفقيه الفرنسي كابتان" انها لا تنطبق الا عند عدم انطباق قانون العقد"².

وهنال يثور تساؤل آخر، عن صلاحية النظام العام، كأساس للتمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المكملّة، وهذا يقود الى تساؤل اخر يتمثل في اعتبار جميع القواعد الآمرة نظام عام، للاجابة على هذه التساؤلات، لا بد من عرض للأراء الفقهية بهذا الصدد.

فالاول، يرى: ان القواعد الآمرة التي يمتنع على الافراد مخالفتها هي تلك القواعد المتعلقة بالنظام العام، اما القواعد المكملّة التي يجوز للافراد الاتفاق على خلاف مضمونها، فهي تلك القواعد التي لا تتصل بالنظام العام، وعلى ذلك فالنظام العام هو معيار التمييز بين القواعد القانونية الآمرة والقواعد المكملّة، ويذهب هذا الرأي الى ان جميع القواعد الآمرة تعتبر قواعد نظام عام لاتصالها الوثيق باصول الجماعة وغايات الدولة، اما تلك القواعد التي ليست لها اتصال بهذه الاصول فهي قواعد مكملّة³، وهذا يعني ان القواعد الآمرة جميعها متصلة بالنظام العام ، اما المكملّة فليست كذلك.

¹تناغو، سمير عبد السيد: مرجع سابق، ص 85.

²رأي الفقيه الفرنسي كابتان وارد لدى تناغو، سمير عبد السيد: مرجع سابق، ص 86.

³يذهب الى هذا الرأي، السنهوري، عبد الرزاق احمد وابو ستيت، حشمت: مدخل لدراسة القانون او اصول القانون دار الفكر العربي، طبعة 1953، لجنة التأليف والترجمة والنشر، ص 179. انظر مرقس، سليمان: مدخل للعلوم القانونية، مرجع سابق، ص 73. انظر زكي، محمود جمال الدين: دروس في مقدمة الدراسات القانونية، الطبعة الثانية، 1969، الهيئة العامة لشؤون المطابع الاميرية، ص 169. في

لكن الرأي الآخر من الفقه، يذهب الى انه ليس جميع القواعد الآمرة تتعلق بالنظام العام، ولكن جميع القواعد المتعلقة بالنظام العام هي قواعد آمرة¹، وذلك على اعتبار ان هناك قواعد آمرة لا تتصل بكيان المجتمع واصوله، ولا تتصل بأصول الدولة وغاياتها العليا وبالتالي فهي لا تعد قواعد نظام عام، فهي قواعد تغلب مصلحة خاصة على مصلحة خاصة اخرى اولى بالرعاية والحماية، ويضرب هذا الرأي امثلة على تلك القواعد الآمرة التي لا تعد نظاما عاما، كالقواعد القانونية التي تنظم الولاية او الوصاية على القاصر، فهي قواعد آمرة لكنها لا تتعلق بكيان المجتمع والدولة الكلي، لكنها ترمي الى حماية القاصر من الظلم الذي قد يلحق به بسبب صغر سنه او قلة خبرته، فالجزء الذي يترتب على مخالفتها هو البطلان النسبي وليس البطلان المطلق رغم انها قواعد آمرة².

من هنا يتبين ان معيار التمييز بين القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام والقواعد الآمرة التي ليس لها اتصال بالنظام العام، يجد مجاله في اتصال القاعدة الآمرة بالكيان الكلي للجماعة والدولة او ان القاعدة الآمرة تهدف الى تغليب مصلحة خاصة على اخرى خاصة اولى بالحماية، فيكون البطلان المطلق جزاء مخالفة الصنف الاول من القواعد الآمرة، بينما يكون البطلان النسبي جزاء الصنف الثاني من تلك القواعد.

فالقواعد التي تهدف الى حماية القاصر آمرة، لكنها لا تتعلق بالنظام العام، وانما تهدف الى حماية مصلحة القاصر خوفا عليه من الاستغلال، لذلك كانت تصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر موقوفة على اجازة الولي، حيث يرد عليها البطلان النسبي، فلا يتمسك بها الا اصحاب المصلحة، فهذه التصرفات ان اجازها الولي تصبح نافذه، والانفاذ لا يرد على عقد باطل بطلانا مطلقا، فهو عقد مسلوب اللزوم، بمعنى ان البطلان الوارد عليه نسبي قابل للتصحيح.

ذات المعنى حجازي، عبد الحي: النظرية العامة للالتزام، الجزء الاول، الالتزام في ذاته، 1954، مطبعة نهضة مصر بالجيزة، ص112.

¹كيرة، حسن: اصول القانون، الطبعة الثانية، 1959-1960، دار المعارف بمصر، ص69.

²تتاغو، سمير عبد السيد: مرجع سابق، ص89.

القواعد التي تهدف الى حماية القاصر وان كانت غير متعلقة بالنظام العام، الا ان مبدأ حماية القاصر هو من النظام العام فلا يجوز له ان يتنازل عن حقه في الحماية التي قررها له القانون، فهو اعطي حق انفاذ العقد او فسخه انتهاءً، وبالتالي لا يجوز الاتفاق الذي يمنع على القاصر او على وليه فسخ العقد في التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، لان من الغايات العليا للمجتمع تحقيق الحماية للضعفاء بما يتناسب مع مقتضيات العدالة، ومن هذا المبدأ نبعت قواعد الرقابة والولاية على القاصر حماية له من الاستغلال وسوء تصرفاته .

وكذلك ما نصت عليه المادة(1006) من مجلة الاحكام ان البيع الذي وقع بالاكراه لا يكون معتبرا، ولكن اذا اجازه المكره بعد زوال الاكراه يكون معتبراً، فهذه قاعدة آمرة لكنها لا تتعلق بالنظام العام ولا يرد عليها البطلان المطلق، فهي لا تعتبر البيع الذي وقع بالأكراه حماية لحق الشخص الذي وقع عليه الأكراه، وبالتالي فهو مخير بعد زوال الأكراه عنه ما بين انفاذ العقد او فسخه، وهنا الانفاذ لا يرد على عقد باطل بطلانا مطلقا، وانما يرد على عقد يشوبه البطلان النسبي المتوقف على اجازة من تقرر البطلان لمصلحته، لكن الاكراه بحد ذاته كمؤثر على العقود من النظام العام، فاذا وقع على المتعاقد عند انعقاد العقد، فان القانون قرر لهذا المتعاقد حماية متمثلة بفسخ العقد اذا اراد ذلك، وهذا الحماية من النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، بحيث لا يجوز للمتعاقد الذي وقع عليه الاكراه ان يتنازل عن حقه بفسخ العقد مسبقا، فمصلحة الجماعة تقتضي هذه الحماية تحقيقا للعدل وحفاضا على التوازن اللازم بين الاطراف.

خلاصة القول، ان النظام العام لا يصلح اساسا للتمييز بين القواعد القانونية المكملة والقواعد القانونية الآمرة.

فهناك من القواعد الأمرقليس لها اتصال بالنظام العام ولا تعبر عن مسائل لها اتصال بكيان الدولة والمجتمع ولا يؤثر على اختيارات الجماعة وقيمها العليا، وبالتالي فهذه القواعد هي محض تفضيل بين مصلحة خاصة واخرى خاصة تتطلب حماية اكثر، وان كان مبدأ الحماية التي تقرره من النظام العام ولا يجوز التنازل عنه مسبقا، اما القواعد المتعلقة بالنظام العام، فهي القواعد التي تعالج مسائل لها اتصال وثيق بالمجتمع وكيانه السياسي والاجتماعي والاقتصادي والثقافي والعقدي.

المبحث الثاني : الدور الوظيفي لفكرة النظام العام.

المطلب الأول :سلطان الارادة مقيد بفكرة النظام العام.

انتهينا الى القول، بأن دور القواعد القانونية ضبط وتوجيه كافة جوانب النشاط الانساني، فالقانون ما وجد الا من اجل تنظيم سلوك الافراد ونشاطهم بما تقتضيه حيثيات التنظيم الاجتماعي، فالقانون يجدد مبرر وجوده في توجيه نشاط الفرد بما ينسجم مع استحقاقات العيش المشترك داخل الجماعة، وهو يقوم بهذا الدور مستندا الى عدد من الادوات القانونية، وان من اهم هذه الادوات فكرة النظام العام التي تقف بوجه الارادة حماية لمصالح عليا للدولة اوكلية الجماعة.

حيث يتجلى واضحا ، ان تنظيم السلوك الانساني داخل المجتمع هو موضوع القانون وغايته، من خلال حكم جميع العلاقات والروابط القانونية داخل المجتمع، بما يحقق صالح الجماعة، والحد من الاساءة والفوضى ليتسنى تحقيق هذا الصالح على الوجه الاكمل¹.

والقانون وهو بصدد تحقيق هذه الغاية، لا بد وان يفرض قيودا على ارادة الانسان الفرد تمثل حدا على سلطان ارادته، وذلك من خلال رسم اطر قانونية معينه تكون بمثابة الاطار الحركي للارادة، لها ان تنفعل داخلها ولا تتجاوز حدودها، وتتحدد هذه الاطر بناء على معطيات الصالح العام للجماعة، على اعتبار ان الانسان الفرد لم يكن بأي حال من الاحوال منعزلا حرا، بل كان وما يزال يعيش في جماعة، بحيث ان مقدار الحرية التي يجب ان تمنح له منوط بالتنظيم الاجتماعي للمجتمع الذي يعيش فيه، وهو ما ينفي ان تكون القيود المفروضة على سلطان ارادته في التصرف تعديا على حريته او مصادرة لها، فهذه الضوابط والقيود كما يقول

¹شنب، محمد لبيب: مبادئ القانون، المدخل للدراسات القانونية والنظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، 1970، ص22.

اللورد دنيس لويد: "لا تعد تعديا على الحرية وانما ضمان لحرية المجتمع"¹، وهو يقول بهذا الصدد: "ان القانون يقيد من حرية الاعتداء على جسد الانسان، ولولا هذا المنع لما امكن لاي مجتمع بشري ان يستمر"².

فجميع القواعد القانونية، وهي تقوم بتنظيم علاقات الافراد، فإنها تضع القيود على سلطان ارادتهم وهي بصدد قيامها بالتصرفات القانونية، لكن اذا تعلق الامر بالمسائل العليا للدولة، او تعلق بكليات الجماعة واصولها، فإن هذه القيود يفرضها النظام العام، باعتباره الاداة القانونية العسية على الخرق والمخالفة، فهو يستقيم بشكل خطاب جازم يوجه الى المكلفين بأحكامه، بحيث يتمثل هذا الخطاب في هيئة اطار لا يكون بمقدور الارادة الفردية مجاوزته وهي بصدد اتيان تصرف قانوني، فلا يكون بمقدورها سوى الانصياع له³.

فالنظام العام بهذا المفهوم لا يشكل عدواناً على الحرية وسلطان الارادة، وانما يعمل على تحذير الارادة من تجاوز الاطار الذي رسمه لها لتعمل داخله، فهو يقطع الطريق امام الاستعمال السيء للحرية، و يحول دون الفوضى والاضطراب، ويقف بوجه الارادة ان شاءت تحويل الحقوق الى عدوان وظلم، ومناقضة للعدل واستغلال الحريات، وتحويلها الى رتب ونياشين وامتيازات يستأثر بها الاقوياء، ويحوزها الخاصة دون العامة⁴.

فالقيود الذي يفرضه النظام العام على اوجه النشاط الانساني، حادا من ارادة الفرد لصالح ارادة المجموع، لا يعني بأي حال أنه لا دور للارادة في انشاء التصرفات، بل هناك مساحات واسعة لارادة الفرد في عمل ما يشاء من اوجه النشاط الفردي في سبيل مصلحته، بما يتناغم مع صالح الجماعة، فلا ينحصر اهتمام القانون المباشر بالكيفية التي يمارس بها الفرد اختياراته بما يسمح به، وانما الاهتمام للقانون ينصب على منح هذه المفاهيم والقيم استحقاقاتها وقدرها في المجتمع⁵.

¹لويد، دنيس: مرجع سابق، ص 168.

²لويد، دنيس: ذات المرجع، ذات الصفحة.

³البشري، عماد طارق: مرجع سابق، ص 101.

⁴عصفور، محمد: الحرية، مرجع سابق، ص 95.

⁵لويد، دنيس: مرجع سابق، ص 170.

القيد الذي يفرضه النظام العام على ارادة الفرد ليس فقط لصالح ارادة الجماعة، لان مقتضيات العدل تستلزم التقييد للمصالح الخاصة عند التعارض والتنسيق بينها وتحقيق التوازن بين الاطراف فلا تطغى مصلحة على اخرى، لان الطغيان يعني الظلم والظلم ينافي العدل. فالارادة لا تتعدم ازاء اعتبارات النظام العام، ولا يقف هذا الحد عائقاً دون تكونها او نشأتها اصلاً او ابتداءً، ولا يؤدي الى نشوء ناقص معيب لها، فإعتبارات النظام العام لا تتحرك الا بوجود ارادة مكتملة الشروط والاركان ولكن هذه الاعتبارات تسمح للارادة المكتملة بالتحرك ضمن الاطار الذي رسمته وهي في صدد انشاء تصرف قانوني ، فإذا تم مجاوزة هذا الاطار، تخلفت اثار هذا التصرف التي تسعى الارادة الى ترتيبها، حيث ان اثار التصرف معلقة ابتداء وانتهاء على التزام حدود هذا الاطار الذي رسمه النظام العام¹.

على ان الفلسفة التي تقف وراء ذلك ، تجد صداها في ان الاطار الضاغط على الارادة الفردية لمنعها من تجاوز حدوده، وحصر نشاطها ضمن نموذج سلوكي معين، وبالتالي يفقد الفرد جزءاً من حريته المتمثلة خارج نطاق هذا الاطار، فهذا الفقد مهم بالنسبة له للحفاظ على حريته وارادته من تعديات الارادات الاخرى للاشخاص الاخرين، حيث ان السلطان المتمثل بالنظام العام الذي يجعل ارادة الفرد تتحرك ضمن الاطار الذي رسمه ويمنعه من تجاوز حدوده، هو نفس السلطان الذي يرسم لارادة الاخرين اطراً يمنعها من تجاوز حدودها، وبالتالي يمنعها من التعدي على المساحات الخاصة التي تتحرك ضمنها ارادة ذلك الفرد، فيصبح هذا الفرد مطمئن البال على اطار ارادته من عدوان سلطان ارادة الاشخاص الاخرين².

فالقيد الذي يفرضه النظام العام على ارادة الفرد وهي بصدد اتيان تصرف قانوني معين من خلال تأطيرها ضمن نموذج معين، ومنعها من تجاوز حدود هذا النموذج، فهذا المنع قد يكون بمثابة انتقاص لمجال الارادة وسلطانها في التحرك، وهذا الانتقاص قد يكون غير مرغوب فيه وغير مناسب وغير مقبول بالنسبة لهذا الفرد، لكنه في نفس الوقت ، ومن جانب آخر وخوفاً على

¹البشري، عماد طارق: مرجع سابق، ص 102.

²بهذا المعنى عطية، نعيم: في النظرية العامة للحريات الفردية، مرجع سابق، ص 24.

حدود ارادته واختياراته، يجد انه من الواجب ، بل من الضروري ، ان تقيد ارادات الافراد الاخرين وتوثر ضمن حدود معينه بمنئى عن اطار ارادته، تحاشيا للسوء والعدوان عليها.

فقيد النظام العام يفرض نوعا من المقايضة بين ارادة الفرد وارادات الاخرين، وتجعل الفرد يشعر بالامن والطمأنينه على ماله من امكانات واختيارات خاصة به تحقق مصلحته الخاصة، فنزوله عن جزء من ارادته، بالتزامه حدود الاطار الذي يفرضه النظام العام وعدم تجاوزه حدود هذا الاطار، وهو بصدد القيام بتصرف قانوني معين، يقابله اطمئنان وارتياح على الجزء الاخر الذي يسمح للارادة التحرك خلاله ضمن الاطار المرسوم لها، لان هذا الاخير مكفول بما يفرضه النظام العام على ارادة الاخرين من قيود تحد من ارادتهم في العدوان على الجزء المكفول لحرية هذا الفرد.

من هنا يتأكد القول بأن النظام العام ، لا يشكل اعتداء على الارادة او انتقاصاً لها، وانما هو حد على اطلاق سلطانها، يفرض عليها التحرك ضمن اطار سلوكي معين لا تتجاوزه، حتى لا تتصادم مع ارادات الاخرين، وذلك لاعتبارات تتعلق بالعدل ومقتضيات العدالة تحقياً للصالح العام، فالعدل يقتضي ان لا تجور ارادة الفرد على ارادة الاخرين، وهذا يعني ان القيد الذي يفرضه النظام العام ليس فقط لا يعد عدوانا على حرية الارادة، وانما هو حماية لها من جور الاخرين، فهو يعطي الارادة قيمتها واعتبارها ومفعولها داخل التنظيم الاجتماعي، باعتبار ان حرية الارادة من القيم الانسانية العليا، التي تعد غاية القانون، وذلك من خلال اعطائها معناها الحقيقي.

حيث ان المعنى الحقيقي والفعلي لحرية الارادة يتمثل في انه ليس هناك حقوق مطلقة، وانما مرتبطة في مشروعيتها على استعمالها الاجتماعي ، من خلال قيامها بالوظيفة التي شرعت من اجلها، الا وهي استعمالها داخل النظام الاجتماعي، فهي لم تشرع الا لكي تمارس داخل المجتمع، فلا يستطيع الفرد ان ينزل بها عنه، فهو يعيش فيه ويتوجب عليه ان يساهم في

تحقيق اغراضه الاجتماعية¹، وهو لا يكون كذلك الا اذا قيدت ارادته، و وضعت الضوابط على ملكات استعماله لحقه وممارسته لارادته صيانه للتضامن الاجتماعي².

وعلى ذلك فان اللجوء الى فكرة النظام العام وقيودها، لا تثور الا بصدد تصرف قانوني اتته الارادة على وجه يخالف اسس النظام القانوني وصالح الجماعة الاعلى ، فتحول هذه القيود دون تحقيق هذا التصرف لاثاره، وهو ما يتطلب ان تكون الارادة مكتملة الشروط والاركان، حيث ان الارادة التي صدرت ناقصة او شابها عيب، فهذا النقص او العيب يكفي لعدم اكتمال صحة التصرف ويعطي الحق في فسخه او ابطاله وحرمانه من ان يأتي ثماره، ولا يكون هناك حاجة الى الاستعانة بفكرة النظام العام لتحقيق هذا البطلان³.

وطالما ان فكرة النظام العام تعمل على تعطيل مفعول الارادة الكامله اذا تعدت هذه الارادة _ وهي بصدد تصرف قانوني معين_ على اسس النظام القانوني والنظام الاجتماعي، باعتبارها اداة النظام القانوني الحمائية لصد أي عدوان يعرض التسليح الاجتماعي او انظمة الدوله الى الاهتزاز، وذلك من خلال ابطال هذه التصرفات وتعطيل قدراتها على انتاج الاثار القانونية المترتبة عليها، فإن هذا الدور الحمائي لفكرة النظام العام يفصح عن دور اخر الا وهو التصنيف التلقائي للاحكام القانونية، باعتبار انها وهي بصدد القيام بدورها الحمائي لاسس النظام القانوني للدولة والنظام الاجتماعي تكشف القناع عن قواعد قانونية عليا بالنسبة الى المصالح التي تحميها، فهي تحدد جميع القواعد القانونية الخاصة بحماية اصول الدولة وكليات المجتمع.

بعد ان تعرفنا ان النظام العام يشكل حدا على سلطان الارادة يفرض عليها التحرك ضمن اطار سلوكي معين لا تتجاوزه، حتى لا تصطدم مع ارادات الاخرين حرصا على التوازن، تحقيقا لمقتضى العدل والعدالة الذي يفرض ان لاتجور ارادة الفرد على ارادات الاخرين بقي ان

¹عصفور، محمد: مرجع سابق، ص100.

²البشري، عماد طارق: مرجع سابق، ص74.

³البشري، عماد طارق: مرجع سابق، ص 106.

نتعرف على ما هو الذي يحرك الارادة ويدفعها للوصول الى الغاية التي تريدها من خلال قيامها بالتصرف، وما هو الاثر الذي يترتب هذا الدافع على ذلك التصرف .

الدافع للارادة هوالباعث النفسي للشخص المتصرف للقيام بالتصرف، والغاية التي يرغب الوصول اليها من تصرفه، وهنا لا بد من الاشارة ان التشريع الاسلامي اعتد بالباعث النفسي على التصرفات كما اعتد باكتمال الصورة المادية لها، فهناك من الضوابط الشرعية ما يهتم بذاتية التصرف والمنفعة التي يجلبها ومدى الانسجام مع الاحكام الشرعية الكلية، ومنها ما ينظر الى الباعث الشخصي للمكلف للقيام بالتصرف وذلك من اجل الحفاظ على استقرار المعاملات والحفاظعلى ذاتية التشريع من الهدم والمناقضة¹.

الباعث الى التصرف يعد ركنا من اركانه وبه تكتمل المشروعية فإذا كان الباعث مشروعاً ينعكس ذلك على التصرف ويأخذ صفة المشروعية، وإذا كان الباعث غير مشروع فالتصرف باطل وتسلب منه صفة المشروعية².

واهتمام التشريع الاسلامي بالباعث الشخصي اضافة الى الصورة المادية للتصرف، يرجع الى مكانة النية في هذا التشريع، فهو لايعطي المشروعية مكثفا باكتمال الصورة المادية للتصرف، ولكنه يبحث في مدى مشروعية الباعث والنية، وفي هذا الصدد يقول الدكتور الدريني : " ان الصورة الحسية التي توجد لامر من الامور لا تأخذ حكما شرعيا بالاستناد الى محسوسيتها، بل بالانضمام الى المقصود، الغرض الذي هو الحامل على ايقاع تلك الصورة واحداثها"³.

هذا الشمول الموجود في التشريع الاسلامي للحكم على مشروعية التصرفات غير موجود في التشريعات الوضعية، فالاحكام الشرعية لا تبحث التصرفات لذاتها وما تجلبه من منفعة فقط، وانما تبحث ايضا القصد الذي يقف وراء هذه التصرفات، وقد جاء بمجلة الاحكام العدلية الكثير من القواعد الكلية التي تؤكد على اهتمام التشريع الاسلامي بالباعث ومن ذلك " الامور

¹مصلح، على محمد: مرجع سابق، ص85.

²سلطان، انور : مرجع سابق ،ص 118-119. انظر عكس ذلك الدريني، فتحي: الذي يرى ان: " الباعث امر نفسي ذاتي خفي وخارج عن دائرة التعاقد، لانه ليس ركنا في التصرف داخلا في ماهيته، ولا شرطا يتوقف عليه وجوده"، التعسف، مرجع سابق، ص196.

³الدريني، فتحي: التعسف في استعمال الحق، مرجع سابق ، ص 195 .

بمقاصدها"¹، حيث جاء بالمجلة ان الحكم الذي يترتب على امر يكون على مقتضى ما هو المقصود من ذلك الامر، "والعبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للالفاظ والمباني"².

يتبين من النصوص السابقة ان الامور والاعمال والتصرفات لا تأخذ الحكم الشرعي لذواتها، فهي تابعة للقصد والباعث، والتابع لا يفرد بحكم وانما يأخذ حكم المتبوع، فإذا كان الباعث مشروعاً يكون العمل والتصرف مشروعاً، اما اذا كان الباعث غير مشروع فيكون التصرف باطلاً، ويفقد صفة المشروعية، فالباعث والقصد هو المعيار الذي تقاس به الاعمال والتصرفات من حيث الصحة والفساد والمشروعية وعدمها، وفي هذا الصدد يقول ابن القيم: " النية روح العمل ولبه وقوامه وهو تابع لها ويصح بصحتها ويفسد بفسادها، والشئ يحرم لحقيقته ومفسدته لا لصورته واسمه"، ويقول الامام الغزالي: " العمل تابع للباعث عليه فيكسب الحكم منه، لذا قيل انما الاعمال بالنيات، لانها تابعة لا حكم لها في نفسها، وانما الحكم للمتبوع"³.

و جاء بمجلة الاحكام العدلية ان: "التابع تابع"⁴، و "التابع لا يقرر بالحكم"⁵، فالتابع لا يأخذ الحكم الشرعي، وانما الحكم يضاف للمتبوع، فان كان المتبوع مشروعاً اضيفت صفة المشروعية الى التابع، وان كان غير مشروع سلبت المشروعية من التابع.

جاء اهتمام التشريع الاسلامي بالباعث وجعله مقياس تقاس به مشروعية التصرفات من عدمها، لانه اول التشريعات التي ارسى مبداء الرضائية في العقود تقديراً لسلطان الارادة، حيث جاء بمجلة الاحكام العدلية: "الانعقاد تعلق كل من الايجاب والقبول بالآخر على وجه مشروع يظهر اثره في متعلقهما"⁶، يعني ان العقد يتم وينتج اثره بمجرد اتفاق ارادتين بشكل يتفق مع الشرع، بحيث يكون باعث الارادة من التعاقد مشروعاً ويحقق الغاية التي قصد الشارع الوصول اليها من التعاقد وهي المصلحة بما تحويه من جلب المصلح ودرء المفاسد.

¹المادة (2) من مجلة الاحكام العدلية.

²المادة(3) من مجلة الاحكام العدلية.

³مصلح، على محمد: مرجع سابق، ص 90-91.

⁴المادة 47 من مجلة الاحكام العدلية.

⁵المادة 48 من مجلة الاحكام العدلية.

⁶المادة 104 من مجلة الاحكام العدلية.

التشريع الاسلامي اعتد بفكرة الباعث قيذا على الارادة و وقاية من تعسفها عندما تسلك سبلا مشروعة في ظاهرها وغير مشروعة بالنظر الى الغاية التي تستهدفها، فلا يقبل من المكلفين ان يسلكوا سبلا مشروعة تجعلها وسائل لغايات غير مشروعة او مناقضة لقصد الشارع من تشريعها، فالوسائل المشروعة ما شرعت الا لتحقيق غايات مشروعة من البر والعدل والتوازن بين المصالح وليس المفساد وتجاوز الاخلاق والتعارض مع المصالح وجلب الضرر وهدم مقاصد التشريع¹.

لأعمال فكرة الباعث غيرالمشروع وضع التشريع الإسلامي ضابطاً واكتفى لأبطال التصرفات علم المتعاقد الآخر او افتراض علمه او مظنة علمه البعيدة في عقود المعاوضات²، أما في التبرعات فلا يشترط هذا العلم، لأن الألتزام ينشأ بارادة منفردة، ولا يتوقف على ارادة الطرف الآخر³.

وخلاصة القول ، أن النظام العام يمثل قيذاً على حرية الارادة، وهي بصدد تصرف قانوني ترغب في ترتيب آثار قانونية عليه في الحالة التي يكون هذا التصرف القانوني عدوانا على اسس النظام القانوني او اسس النظام الاجتماعي او المسائل العليا المتعلقة بالدولة، او اذا نتج عن هذا التصرف اخلال بالتوازن بين مصالح اطراف متعارضة او كان في اصله مشروعاً و الباعث عليه غير مشروع، فلا يكفي ان يكون التصرف مشروعاً بأصله، فلا يكتسب صفة المشروعية الا اذا كان مآله مشروعاً، فيعمل النظام العام على حرمان الارادة من التمتع بالاثار القانونية التي رغبت في ترتيبها عندما قصدت التصرف القانوني المخالف، وهذا الدور الوظيفي لفكرة النظام العام يعطيها دوراً تلقائياً اخر، يتمثل في الكشف عن القواعد القانونية المتعلقة بأسس النظام القانوني وغايات الدولة العظمى وكليات الجماعة واصولها ، وهو كشف باعتبار المسائل التي تحميها هذه القواعد، الامر الذي يؤدي الى تصنيف وحصر القواعد القانونية التي تحمي المسائل العليا الخاصة بالمجتمع والدولة وتحقيق العدل و التوازن بين مصالح اطراف متعارضة باعتبارها قواعد نظام عام.

¹الدريني، فتحي: التعسف في استعمال الحق، مرجع سابق، ص195-196.

²سلطان، انور: مرجع سابق، ص119 . انظر كذلك الدريني، فتحي: التعسف، مرجع سابق، ص212.

³الدريني، فتحي: التعسف، مرجع سابق، ص212.

المطلب الثاني: التصرف القانوني يمثل المجال الحركي لفكرة النظام العام .

قد بينا فيما سبق ان البعد الغائي لمفهوم فكرة النظام العام يتمثل في مجموعة الاسس والكليات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والثقافية والفكرية والعقدية التي يتأسس عليها بنيان المجتمع، وان غاية النظام العام تتمثل في الحفاظ على هذه الاسس والكليات وحمايتها من اصناف العدوان الداخلي والخارجي الموجه اليها.

والنظام العام في هذا المقام يصل الى غايته التي يهدف اليها، من خلال كونه تكليفاً امراً ملزماً يتمثل حداً على سلطان الارادة وهي بصدد تصرف قانوني ترمي الى ترتيب اثار قانونية عليه، حماية لاسس وكليات الدولة والجماعة¹، فالاثار القانونية التي تترتب على التصرف القانوني اذا تعارضت مع مقتضيات النظام العام، من خلال تنافرها مع اسس الدولة وكليات الجماعة، ينفعل الدور الوظيفي لفكرة النظام العام مانعا هذه الآثار ان تؤتي أكلها.

والتصرف القانوني هو كل تعبير عن الارادة يتجه الى احداث اثر قانوني²، وهذا يعني ان التصرف القانوني هو ميدان الارادة وساحة نشاطها، وطالما ان النظام العام يمثل حدا على سلطان الارادة، يمنع الاثار القانونية المترتبة على التصرف القانوني من ان يكتب لها الظهور اذا تعارضت مع اسس الدولة وكليات الجماعة، فيكون التصرف القانوني والحالة هذه المجال الحركي لفكرة النظام العام تؤدي خلاله الدور الوظيفي لها.

و النظام العام لا يظهر درره الوظيفي الا في مجال التصرفات القانونية، باعتبارها ساحة الارادة وميدانها، وهذا يتطلب منا البحث والتفريق بين التصرف القانوني والواقعة القانونية، لنقف على حقيقة المجال الحركي لفكرة النظام العام، وذلك من خلال مشيئة الارادة في ترتيب الاثار القانونية على كل منها.

وقد قلنا ان التصرف القانوني هو كل تعبير عن الارادة تتجه الى احداث اثار قانونية، فهو ارادة محضة متجهه الى احداث اثار قانونية³، بل ان الارادة هي ذات التصرف وجوهه⁴،

¹البشري، عماد طارق: مرجع سابق، ص110.

²سلطان، انور: مرجع سابق، ص9. انظر كيرة، حسن: المدخل الى القانون، مرجع سابق، ص725.

³كيرة، حسن: المدخل الى القانون، مرجع سابق، ص736.

⁴كيرة، حسن: المدخل الى القانون، مرجع سابق، ص726.

اما الواقعة القانونية فهي احداث مادية تترتب اثارها بقوة القانون¹، او هي واقعة مادية يترتب القانون عليها اثرا معيناً².

تفصيل ذلك، ان التصرفات القانونية ارادة تتجه الى احداث اثر قانوني وتقصد اقامته، كالعقد الناتج عن النقاء ارادتين بهدف ترتيب اثار قانونية معينة، والتصرف المنفرد كالوعد بجائزة او الوصية³، اما الواقعة القانونية، حيث لا مجال لانفعال فكرة النظام العام في مجالها، وذلك لان الارادة لا دخل لها في انشائها او انها لا تتجه الى ترتيب اثار قانونية عليها، فاما ان تكون الواقعة القانونية طبيعية ناتجة عن فعل الطبيعة كالاثار التي يترتبها القانون على الزلازل والفيضانات، واما ان تكون الواقعة القانونية اختيارية بارادة الانسان، الا ان هذه الارادة لم تتجه الى ترتيب الاثار القانونية على تلك الواقعة كالفعل الضار سواء وقع قصداً او خطأ⁴.

و لا مجال للشك، بأن التصرف القانوني هو الأطار الحركي لفكرة النظام العام، لانه يمثل حداً على الارادة، والارادة لا مجال لها الا التصرف القانوني الذي هو ميدانها وساحة نشاطها.

اما الواقعة القانونية، فالطبيعية منها لا يمكن تصور انفعال لفكرة النظام العام في هذه الحالة ، فيكفي ان تكون الواقعة الطبيعية ليست من صنع الانسان، حتى يكون هناك اطمئنان وتأكيد حتمي على انه ليس هناك مجال لاختراق اسس الدولة وكليات الجماعة من قبل الارادة حتى تتفعل هذه الفكرة، اما الواقعة القانونية الاختيارية التي من صنع الانسان بحيث لا تتجه الارادة الى ترتيب الاثار القانونية عليها، وان كانت هي التي قامت بالافعال المادية لهذه الواقعة، فالقانون هو الذي يترتب اثارها القانونية ، مما يغدو معه واضحاً انه لا مجال ايضاً لانفعال فكرة النظام العام في هذه الاحوال، وذلك لان النظام العام يعمل على اهدار الارادة وشل قدرتها على

¹الجمال، مصطفى وعبد الحميد محمد: مرجع سابق، ص300.

²البدراوي، عبد المنعم: مرجع سابق، ص782.

³الجمال، مصطفى وعبد الحميد محمد: مرجع سابق، ص303.

⁴⁴السنهوري، عبد الرازق احمد: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص142-143. انظر كذلك الجمال، مصطفى وعبد الحميد محمد: مرجع سابق، ص300-301 . انظر كبيرة، حسن: المدخل الى القانون، مرجع سابق، ص731-732.

تحقيق الاثار القانونية المخالفة لمقتضياته¹، وطالما ان الارادة لم تتجه الى تحقيق الاثار القانونية في هذه الافعال، فإنه لا حاجة ولا مبرر لانفعال فكرة النظام العام في صدد هذه الوقائع، فالارادة اصلا لم ترغب بترتيب هذه الاثار على تلك الوقائع.

فالواقعة الطبيعية التي لا دخل لارادة الانسان بها ، هي من صنع الطبيعة ، كالفيضان او الزلزال عندما يستقيم قوة قاهرة تمنع او تؤدي الى استحالة تنفيذ الالتزام، فالقانون يرتب على ذلك اثرا باعفاء المكلف من تنفيذ التزامه نظرا لاستحالته، كذلك واقعة الموت لا دخل لارادة الانسان بها، لكن القانون يرتب عليها نشوء حق الميراث²، هذه الاثار لا يمكن ان تخرق مقتضيات النظام العام من خلال الاعتداء على اسس الدولة وكياليات الجماعة، فهي واضحة وضوحا لا يدع مجالاً للشك بعدم الحاجة الى فكرة النظام العام ليعمل على حماية هذه الاسس والكياليات.

اما بخصوص الواقعة القانونية التي هي من صنع الانسان ، فقد تكون افعال مادية اختيارية وقد تكون افعال مادية ليست اختيارية، فالافعال المادية الاختيارية مثل الفعل الضار، حيث يريد الانسان فعله لكنه لا يرغب بترتيب اثار قانونية عليه، فهو اراد الفعل الضار، لكنه لم يريد الاثر المترتب عليه وهو التعويض، اما الافعال المادية التي ليست اختيارية، فالارادة لم تتجه الى احداثها ولم ترغب بترتيب اثار عليها كالفعل الضار الناتج عن الخطأ او الذي يرتكبه الصغير غير المميز، فجميع هذه الافعال تترتب عليها الاثار القانونية بقوة القانون، فالقانون هو الذي يرتب التعويض للمضرور وليس ارادة الفاعل³، فالتعويض عن الضرر الاختياري او غير الاختياري الذي يقرره القانون، لا يمكن بأي حال ان يخالف النظام العام، فحسبه ان الارادة لم تكن ترغب في ترتيبه على الفعل الضار.

والدور الوظيفي لفكرة النظام العام في الحد من سلطان الارادة ينحصر في التصرفات القانونية، باعتبار ان الارادة جوهر التصرف تتجه الى احداث اثار قانونية عليه، فيغدو التصرف القانوني بهذه الحالة المجال الذي تتحرك خلاله فكرة النظام العام ، ومرد هذا الدور لتلك الفكرة

¹البشري، عماد طارق: مرجع سابق، ص 112.

²البيدراوي، عبد المنعم: مرجع سابق، ص 782.

³البيدراوي، عبد المنعم: مرجع سابق، ص 782-783. انظر كبيرة، حسن: المدخل الى القانون، مرجع سابق، ص 731-732.

يعود الى ازدياد تدخل الجماعة في علاقات الافراد صيانة للصالح العام، وتحقيقا للتوازن المرغوب فيه بين القوى الفردية غير المتعادلة اقتصاديا واجتماعيا، وما ينشأ بينهم من روابط قانونية، بحيث اصبح الكثير من التصرفات القانونية موجهة، يستقل القانون بتنظيم الاثار القانونية المترتبة عليها كعقود العمل¹، وعقود الازعان.

حيث ان المشرع باسم الجماعة و من خلال فكرة النظام العام تدخل في تنظيم الاثار المترتبة على هذه العقود، فاصبحت الاثار المترتبة على عقد العمل تحكمها قواعد آمرة من صميم النظام العام، ولم يعد للارادة دور في ترتيب هذه الاثار، كما واعطى المشرع للقاضي سلطة تعديل الشروط التعسفية او اعفاء الطرف المذعن منها، كما اعطى المشرع للقاضي سلطة تعديل العقود وتغيير شروط التعاقد التي حددتها الارادة في حالات الظروف الطارئة ، التي تجعل من تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين.

ادى انكماش سلطان الارادة الفردية في ترتيب الآثار القانونية على التصرفات، باتساع دائرة النظام العام وتدخل الجماعة في علاقات الافراد كفالة للصالح العام وتحقيق التوازن بين قوى غير متعادلة ومنع الضرر واقامة العدل، الى ظهور نظريات جديدة ادخلت الى صلب القوانين المدنية ، كنظرية الظروف الطارئة ونظرية الازعان، ونظرية التعسف في استعمال الحق مع ان هذه النظرية متأصلة في الفقه الاسلامي.

اصبحت نظرية الظروف الطارئة في صلب التشريعات المدنية، وهي وليدة الحاجة تحقيقا لمقتضيات العدل والعدالة، وفحوى هذه النظرية انه في الحالة التي تطرأ حوادث استثنائية وغير متوقعة ولم يكن بالوسع توقعها من قبل المتعاقدين، واثرت على الالتزام التعاقدى بحيث اصبح تنفيذه مرهقا ويجلب الخسارة الفادحة والضرر للمدين بالالتزام، حيث اعطى المشرع للقاضي في هذه الحالة وحسب الظروف ومقتضيات الحال ان يقوم بالموازنة بين مصلحة الطرفين، ويرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول بحيث يقلل من نسبة الخسارة والضرر²، بما

¹كيرة، حسن: المدخل الى القانون، مرجع سابق، ص748.

²كيرة، حسن: مرجع سابق، ص 749.

ينسجم مع مقتضيات العدل والعدالة والنظام العام، فمقتضيات النظام العام تتطلب تحقيق العدل ورفع الظلم واقامة التوازن بين المصالح .

فنظرية الحوادث الطارئة تفترض عقد يتراخى وقت تنفيذه، ويحصل اختلاف في الظروف عند التنفيذ بشكل مغاير عنها عند التكوين، فالظروف التي احاطت بتكوين العقد وجعلته قائما على التوازن وقت الانعقاد تغيرت تغيرا مفاجئا عند تنفيذه اخل بتوازنه اخلا لاخطيرا ، يجعل تنفيذه مرهقا يسبب خسارة فادحة للمدين تخرج عن الحد المألوف، وهي تختلف عن القوة القاهرة التي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا مما يفضي الى انقضاءه ولا يتحمل المدين تبعه عدم التنفيذ، لكن الظرف الطارئ لا يجعل الالتزام ينقضي فهو ليس قوة القاهرة، ولا يبقى الالتزام كما هو لانه مرهق فعلى القاضي رد الالتزام الى الحد المعقول ليتمكن المدين من تنفيذه¹.

يتوجب لاعمال نظرية الظروف الطارئة ان يكون وقت تنفيذ العقد مختلف عن وقت انعقاده، بأن يكون مؤجل التنفيذ او مترaxي الاجل وان لا يكون من العقود الاحتمالية، وان يكون الحادث استثنائي عام غير متوقع كالزلازل او الوباء او الحرب، وان لا يكون بالوسع دفعه، وان يصبح تنفيذ الالتزام بسببه مرهقا يتجاوز الحد المألوف ويسبب خسارة فادحة².

يلاحظ ان المعيار الذي يقاس به الحادث الطارئ موضوعي لا ينظر فيه الى شخص المدين، وهو ان يصبح تنفيذ العقد مرهقا يؤدي الى خسارة فادحة تتجاوز الحد المألوف، اما اذا لم تتجاوز الحد المألوف فلا مجال لاعمال هذه النظرية لان ذلك من استحقاقات التجارة فهي تقوم على احتمال الربح والخسارة وهما متوقعان من التجار³.

حيث تنحصر مهمة القاضي في حالة الظرف الطارئ بتخفيض الالتزام المرهق الى الحد المألوف، وان يوقف تنفيذ العقد لحين زوال الحادث الطارئ اذا كان مقدر له الزوال بحيث لا يؤدي الوقف الى ضرر جسيم بالدائن، وقد يرى القاضي ان يزيد الالتزام المقابل للالتزام المرهق، وقد يرى انقاص الالتزام المرهق، ولكن لا يجوز له فسخ العقد لان مهمته رد الالتزام الى

¹ السنهوري ، عبد الرزاق احمد: الوسيط، مصادر الالتزام، المجلد الاول ، مرجع سابق ، ص 705-706.

² سوار، محمد وحيد الدين: شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، المصادر الارادية، مرجع سابق ، ص 340-344. وانظر سلطان، انور: مرجع سابق ، ص 228-229.

³ سوار، محمد وحيد الدين: مرجع سابق، ص 334.

الحد المعقول، فيتحمل الطرفين تبعة الحادث الطارئ، فالفسخ يسبب ضررا فاحشا بالدائن وحده¹، وبالتالي لا تتحقق الغاية من هذه النظرية وهي تحقيق العدل واقامة التوازنه بين الاطراف .
اذا كان العقد من العقود المستمرة في الالتزامات وانتهى الامر الطارئ، يتوجب الغاء التعديل والعودة الى حكم العقد وهو الاصل، والتعديل استثناء اقتضته الضرورة بدافع حماية الطرف الضعيف والضرورة تقدر بقدرها².

يتبين ان نظرية الظروف الطارئة تأسست على سند من قواعد الانصاف ومقتضيات العدالة، فيكون من الظلم احترام العقد الذي حصل فيه اختلالا وقت التنفيذ، بحيث جعله بالحادث الطارئ الذي لم يكن بحسبان المدين وقت التعاقد مما جعل الالتزام الوارد فيه مرهقا الى حد غير مألوف ويسبب خسارة فادحة له، فيكون من العدل تعديل الالتزامات الواردة فيه الى الحد المعقول³.

التعديل الذي يقوم به القاضي لرد الالتزام المرهق وقت تنفيذ العقد في حال الظرف الطارئ من النظام العام، فلا يجوز ان يتفق الطرفان على استبعاد التعديل مسبقا في حصول الحادث الطارئ الذي يؤدي الى ارهاق المدين ويسبب له خسارة فادحة⁴، لان التعديل الذي يقوم به القاضي لرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول قرره القانون حماية للمدين انسجاما مع مقتضيات العدالة وتحقيق العدل بإقامة التوازن بين الاطراف المتعارضة ورفع الظلم، فلا يجوز له التنازل مسبقا عن هذه الحماية فهي من النظام العام .

كذلك بشأن الازعان، حيث يملى احد الاطراف شروط التعاقد على الاخر بدون ان يتاح له فرصة مناقشتها، كالعقود المتعلقة بالحاجيات والخدمات الضرورية التي يعقدها الافراد مع شركات الكهرباء او الغاز او الماء او النماذج التي تتعامل بها البنوك مع العملاء وبوالص التامين، لذلك اعطى القانون للقاضي سلطة تعديل شروط عقد الازعان التعسفية او يعفي الطرف

¹ السنهوري، عبد الرزاق احمد: الوسيط، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 725-727.

² سوار، محمد وحيد الدين : شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المصادر الارادية، مرجع سابق، ص 346.

³ السنهوري ، عبد الرزاق احمد : الوسيط، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 711.

⁴ سوار، محمد وحيد الدين: مرجع سابق، ص 347.

المذعن منها او يلغيها وفقا لمقتضيات العدالة¹، فالارادة لم يعد لها السلطان الكامل في ترتيب الاثار المترتبة على عقد الاذعان، فالقانون هو الذي يتولى ترتيبها حيث اعطى للقاضي هذه السلطة باسم النظام العام تحقيقا للعدل ورفع الظلم عن الطرف المذعن واقامة التوازن بين اطراف التعاقد .

طالما ان السلعة المتعاقد عليها ضرورية للمستهلك ولا بد من الحصول عليها فقد اوجد المشرع حماية للطرف المذعن باعتباره الطرف الضعيف في العقد، من خلال سلطة القاضي في التعديل او الالغاء او اعفاء الطرف المذعن من الشروط التعسفية وفقا لما تقتضي به العدالة، وقد وضع المشرع قاعدة يفسر على اساسها عقد الاذعان لصالح الطرف المذعن، بحيث ان الشك يفسر لصالح الطرف المذعن في عقود الاذعان، وهذه القاعدة استثناء على القاعدة العامة التي توجب بأن يفسر الشك لصالح المدين، وبالتالي لا يجوز للقاضي ان يفسر عبارات العقد الغامضة بشكل يضر بمصلحة الطرف المذعن، فيجب ان يكون التفسير في صالحه وليس ضارا بمصلحته، لانه الطرف الضعيف وسلطة القاضي هذه من النظام العام لا يجوز الاتفاق على خلافها²، لان تفسير العقد في صالح الطرف الضعيف يعد من النظام العام، فمصلحة الجماعة تقتضي ان يتقرر حماية قانونية للضعفاء .

تجدد الاشارة الى ان نظرية الظروف الطارئة ونظرية الاذعان تتشابهان في ان كل منهما يهدف الى اصلاح الخلل الحاصل في الالتزامات التعاقدية، فنظرية الاذعان تعالج الخلل الحاصل في مرحلة الانعقاد بينما نظرية الظروف الطارئة تعالج الخلل الحاصل في مرحلة التنفيذ، لكن الفرق بينهما ان نظرية الظروف الطارئة ترد الالتزام الى الحد المعقول وتحمل الطرفين تبعة الحادث الطارئ لانه لا يد لاحدهما في حصوله، بينما في الاذعان يتم اصلاح الخلل لصالح الطرف المذعن الضعيف بالضرب على يد الطرف القوي ورفع كامل الضرر والظلم عن الضعيف³، فالقوي وحده يتحمل كامل التبعة، لانه املى شروطه على الطرف الاخر

¹ كيرة ، حسن : المدخل، مرجع سابق، ص 749 . كذلك غسان، خالد: محاضرة القيت على طلاب الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في مساق التنظيم القانوني لصياغة العقد .

² سلطان، انور : مرجع سابق، ص 50-52، انظر سوار، محمد وحيد الدين: مرجع سابق، ص 79-83

³ السنهوري، عبد الرزاق احمد: الوسيط ، مصادر الالتزام، المجلد الاول، مرجع السابق، ص 709.

دون ان يعطيه فرصة لمناقشتها او التفاوض بشأنها، فيكون من العدل ان يتحمل كامل التبعة وان يعفى الطرف المدعن منها اذا كانت تعسفية لان النظام العام يقتضي التوازن في الالتزامات و حماية الضعيف.

ويلاحظ من خلال سالف القول، ان النظام العام باعتباره حدا على سلطان الارادة، و بما ان الارادة لا تتحرك ولا تتجه الى ترتيب الاثار القانونية الا في التصرف القانوني، فإن النظام العام لا ينشط الا في مدار التصرف القانوني، ليعمل على تقويم الاثار القانونية المترتبة عليه اذا تنافرت مع اسس الدولة وكليات الجماعة¹، او اخلت بالتوازن المطلوب بين المصالح والاطراف المتعارضة، او ادت الى ظلم او مفسدة او رجحان المفسدة على المصلحة او التعادل بينهما.

خلاصة القول ، ان الحاجة الى النظام العام ليؤدي دوره الوظيفي المتمثل بالحد من سلطان الارادة مرتبط وجودا وعدما بالدور الذي تقوم به الارادة بالقيام بالعمل وتتجه الى ترتيب اثار قانونية عليه كما في التصرف القانوني، فإن الحاجة الى النظام العام تكون موجودة وملحة لتهدب هذه الاثار بما ينسجم مع مقتضياته، اما اذا لم يكن للارادة دور في انشاء العمل، او كان لها دور في هذا الانشاء ولكنها لم تتجه الى احداث الاثار القانونية عليه كما هو الحال بالنسبة للواقعة الطبيعية كالزلازل او الفيضان او الموت، او كما هو الحال بالنسبة للفعل الضار، فإن الحاجة الى النظام العام تكون معدومة لانعدام الارادة في انشاء التصرف، او لانعدامها من حيث اتجاهاها الى ترتيب اثار قانونية على هذه الافعال.

المطلب الثالث: البطلان يلحق التصرف القانوني المخالف لمقتضيات فكرة النظام العام.

اسلفنا القول: ان النظام العام في دوره الوظيفي يمثل حدا على سلطان الارادة، وهي بصدد القيام بالتصرف القانوني الذي ترغب في ترتيب اثار قانونية عليه، وبالتالي يغدو التصرف القانوني هو المجال الحركي الذي تتفعل فيه فكرة النظام العام.

¹البشري، عماد طارق: مرجع سابق، ص112.

و الإرادة عندما تتجه لاحداث تصرف قانوني ترغب في أن ينتج اثاراً يقرها القانون، يجب ان ينسجم هذا التصرف مع مقتضيات النظام العام، وبالتالي يغدو صحيحاً منتجا لاثارة القانونية.

والتصرف القانوني الذي يأتي على خلاف مقتضيات النظام العام يكون باطلاً، فالبطلان صفة تلحق التصرف القانوني عند أي انتهاك او اخلال بحيثيات النظام العام، مما جعل البطلان الصفة الغالبة لفكرة النظام العام على الاطلاق¹، فحيثما كان النظام العام حاضرا ، خطرت على الازهان فكرة البطلان الذي يعد من اهم الاثار القانونية لفكرة النظام العام.

وهنا يدور الحديث عن البطلان الذي يطلق عليه الفقه البطلان المطلق لمخالفته للقواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام، وليس البطلان الذي يلحق القواعد الآمرة التي تغلب صالحا خاصا على اخر لاحاطته بالرعاية، وهو الذي يطلق عليه الفقه البطلان النسبي او القابلية للابطال او التصرف الموقوف على الاجازة، فهذه جميعا يتمسك بها من تقرررت لمصلحته، فهو الذي يجيز التصرف في هذه الحالات او لا يجيزه متمسكا بالخلل الذي لحق به وبإرادته لأن علة البطلان في هذه الحالات تتعلق بأحد اطراف التصرف (المتعاقدين)، غير ان البطلان الذي يلحق التصرف الذي ينتهك القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام غير مقصورة على احد ، بل لكل صاحب مصلحة ان يتمسك به، وكذلك للمحكمة ان تحكم به من تلقاء نفسها²، وذلك لانه يشكل اعتداء على المصالح العليا للدولة او كليات المجتمع السائدة.

لكن القواعد التي تقرر الحماية لأشخاص رأى المشرع حمايتهم هي بحد ذاتها من النظام العام، كالقواعد المتعلقة بحماية القاصر وقواعد الرقابة والوصاية و القواعد المتعلقة بالأكره و الغبن مع التغيرير، حيث اعطوا حق التنازل عن هذه الحماية انتهاءً، فالذي يقع عليه اكراه للقيام بالتصرف لا يجوز له انفاذ التصرف الا بعد زوال الاكراه لأن الاكراه بحد ذاته كمؤثر على العقود من النظام العام، فمبدأ الحماية التي تقرره هذه القواعد لا يجوز التنازل عنه مسبقاً او الأتفاق

¹البشري، عماد طارق: مرجع سابق، ص 135.

²سلطان، انور: مرجع سابق، ص 156-157.

على خلافه والا كان الاتفاق باطلاً لمخالفته للنظام العام، فهذه الحماية اقتضتها مصلحة الجماعة والعدل.

وتجدر الإشارة هنا الى التأكيد على ان البطلان الذي يصم التصرف الذي خالف مقتضيات النظام العام، لا ينحصر فقط بمخالفة هذا التصرف للقواعد الامرة التي سنها المشرع في طيات التشريع، بل يتعدى الى مخالفة التصرف لقواعد النظام العام المتعلقة بالمجتمع و كيانه حتى لو لم يتناولها المشرع في طيات التشريع، وذلك على اعتبار ان النظام العام متميز عن التشريع الذي يسنه المشرع، وبالتالي فان البطلان يصم التصرف الذي خالف النظام العام، سواء تمت المخالفة لنص قانوني متعلق بالنظام العام او لقاعدة او مبدا لصيق بمصلحة الجماعة و كيانها ولو لم يشير اليه نص قانوني¹، فيكفي ان تمثل المخالفة اعتداء على الجماعة حتى يتقرر البطلان و لو لم تخالف نص قانوني مكتوب.

والامر هنا، انحصر في ثلاث نظريات قيلت في البطلان: حيث ان النظرية التقليدية طرحت موضوع البطلان مؤسسا على اصل التمييز بين اركان الوجود وشروط الصحة ، فقالت : بالانعدام والبطلان المطلق والبطلان النسبي ، حيث ان التصرف يكون منعدما اذا فقد احد اركان وجوده من ارادة ومحل وسبب والشكل اذا تطلبه القانون، فخلو التصرف من احد هذه الاركان يصمه بالخلل الجسيم ويفضي به الى الانعدام، اما البطلان النسبي يلحق التصرف اذا فقد التصرف احد الشروط اللازمة لاكتمال الركن ، وهو ما حصره الفقه في الخلل الذي يصيب ركن الارادة كالاكراه والغبن والغش ، فهذا الخلل في ركن الارادة لا يفضي بالتصرف الى خلل جسيم يجعله معدوما، وانما يمكن تصحيحه بازالة الخلل الذي اصاب الارادة عن طريق اجازته ممن اصاب ارادته ذلك الخلل وهذا ما يطلق عليه البطلان النسبي².

اما البطلان المطلق فهو يلحق التصرف الذي فقد عناصر المشروعيه بأن صدر من عديم اهلية، او كان محله او سببه غير مشروعين وجوبا بنظر القانون حتى يكون معتبرا³.

¹سوار، محمد وحيد الدين: شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، المصادر الارادية، مرجع سابق، ص165-166.

²البشري ، عماد طارق: مرجع سابق ، ص 136.

³السنهوري ، عبد الرزاق احمد: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام ، مرجع سابق، ص 489.

اما النظرية الثانية في البطلان، فلم تفرق بين البطلان المطلق والانعدام، وازافت جميع احوال الانعدام الى البطلان المطلق، واعتبرت ان الانعدام والبطلان المطلق من مشكاة واحدة لا تميز بينهما، وابتقت على البطلان النسبي كما كانت احواله في النظرية السابقة، مؤسسا على اصل افتقار التصرف القانوني للاختلالات التي تشوب ارادة المتصرف من اكره او غبن او غيرها من عيوب الرضا على سبيل الحصر¹.

اما النظرية الثالثة ، فقد جاءت بوحدة البطلان منطلقة من اساس ان الانعدام لا يندرج تحت نظرية البطلان، وذلك لان التصرف القانوني اذا فقد احد اركان وجوده كالمحل او السبب ، فيكون بذلك قد انتفى وجوده المادي، ولا نكون بحاجة الى البطلان حتى نحرمة من ترتيب اثاره، فانقضاء وجوده المادي هو بحد ذاته حرمان له من ترتيب الاثار القانونية ، لانه اصلا غير موجود، فالغير موجود لا يمكن ان يكون له اثر ، باعتبار ان الارادة في هذه الحالة انصبت على لا شيء، وبالتالي اصلا عدم قيام التصرف²، فالبطلان بحسب هذا النظر ينصب على تصرف قانوني له وجود مادي يمنعه من ترتيب اثاره، بحيث تكون الارادة اتجهت لترتيب اثار قانونية على محل وسبب موجودين ، ولكن فقد أي من المحل او السبب او كلاهما عناصر المشروعية وصم هذا التصرف بالبطلان، على سند من انه خالف مضمون القواعد القانونية الامرة المتعلقة بالنظام العام³.

اما بخصوص البطلان النسبي على حسب النظر السابق ، فالعبرة بتحقق البطلان من عدمه، فالامر متعلق بمن شاب ارادته عيب من عيوب الرضا، فإن افصح عن هذا العيب وتمسك به، فإن البطلان يكون مصير تصرفه، وان لم يفصح عنه ولم يتمسك به ، بقي التصرف صحيحا منتجا لآثاره⁴، باعتبار ان التصرف من لحظة قيامه الى لحظة الافصاح عن الخلل الذي اصاب الارادة او لحظة اجازته كان صحيحا منتجا لآثاره، وان كان مهددا بالبطلان⁵.

¹ السنهوري، عبد الرزاق احمد: الوسيط، مصادر الالتزام ، مرجع سابق، 489.

² الشرقاوي، جميل: نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني، 1956، مطبعة جامعة القاهرة، بدون سنة نشر، ص 363.

³ الشرقاوي، جميل: مرجع سابق، ص 373.

⁴ الشرقاوي ، جميل : مرجع سابق، ص 374.

⁵ البشري، عماد طارق: مرجع سابق، ص 138.

بقي ان نقول : ان هذا الراي الاخير ، يرى ان البطلان له طبيعة واحدة ووصف واحد ولا يمكن تصور عدة اوصاف له، فهو يلحق التصرف المكتمل الاركان ، الذي تتجه فيه الارادة الى ترتيب اثار قانونية منصبة على محل وسبب، أي التصرف القانوني الذي له وجود مادي، سواء انتقت صفة المشروعية عن اركانه من محل وسبب، أي كان محله وسببه مخالفا للقواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام، او اصاب ارادة المتصرف عيب من عيوب الرضا، واطهر هذا العيب وتمسك به، فالبطلان في كلا الحالين يصم التصرف ويمنعه من ترتيب اثاره القانونية ، باعتبار ان البطلان ذو طبيعة واحدة ووصف واحد ، فالبطلان النسبي متى تحقق لا تمييز بينه وبين البطلان المطلق، لا بالوصف ولا بالطبيعة.

واخيرا لا بد من الاشارة الى منهج القانون المدني الفلسطيني متمثلا بمجلة الاحكام العدلية بخصوص موضوع البطلان عندما عد مراتب انعقاد العقد، فذكر في ذات الموضوع من خلال نص المادة (112) من المجلة بأن "البيع الباطل مالا يصح اصلا يعني انه لا يكون مشروعاً اصلاً"، فهذا التصرف يكون باطلاً لانه فقد عناصر المشروعية التي قررها القانون وجوباً لكي يكون التصرف معتبراً ، كما لو كان محل التصرف او سببه يفقدان المشروعية التي ارادها القانون، وذلك من خلال انتهاك القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام، وهذا البطلان الذي قرره تلك المادة من المجلة يقابل البطلان المطلق الذي قرره الفقه.

كما ان مجلة الاحكام العدلية اظهرت ان مخالفة قواعد النظام العام قد لا تورث البطلان فقط للتصرف، وانما قد تسلب العقد صفة اللزوم وتعطي الطرف الاخر حق فسخه او تسمح للقاضي بالتدخل لتعديل شروطه ورد الالتزام المرهق الى الحد المعقول لا ابطاله كما هو الحال في الظروف الطارئة.

فمجلة الاحكام قررت القواعد القانونية التي تتعلق بالاكراه وعيوب الارادة، وهذه القواعد هي بحد ذاتها كمؤثر على العقود من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها مسبقاً او التنازل عن حق الحماية الذي قرره، فهي تؤثر على حقوق اشخاص اعطوا انتهاء حق التنازل عنها، فمثلاً لا يجوز للطرف الذي وقع عليه الاكراه انفاذ العقد او فسخه الا بعد زوال الاكراه،

وهذا دليل على ان الحق المقرر بموجب هذه الحماية من النظام العام حيث لا يجوز التنازل عنه مسبقا .

فورد بمجلة الاحكام العدلية قواعد تقرر الحماية للقاصر، حيث ان تصرفات الصغير غير المميز القولية لا تصح ابدأ وان أذن له الولي¹، فلا يجوز لوليه ان يتنازل عن هذه الحماية التي قررها له القانون لأنها من النظام العام لا يجوز الاتفاق على خلافها، كما جاء بالمجلة ان تصرفات الصغير المميز الدائرة بين النفع والضرر تتعد موقوفة على اجازة الولي²، تقرر هذه الحماية للصغير المميز بأن تكون تصرفاته موقوفة على اجازة الولي حمايةً له من الاستغلال حيث يكون في بداية مشواره العملي بادارة امواله وخوفا عليه من سوء تصرفه، فلا يجوز له التنازل عن حقه في الحماية المقرر له بموجب القانون لأنها من النظام العام لا يجوز الاتفاق على خلافها، كما جاءت المجلة بقواعد تتعلق بالغبن الفاحش اذا التقى مع التغيرير فأعطت للمغبون الذي غرر به الحق في فسخ العقد³، هنا تقرر مبدأ الحماية بنص القانون للعائد الذي شاب ارادته عيب من عيوب الرضى حيث اعطي حق الفسخ حماية له من الغبن والتغيرير الذي وقع عليه، وضربا على يد المتعاقد الاخر الذي تسبب في هذا الغبن، فيكون من العدل ان ينتقر حق الفسخ لمن وقع عليه .

يلاحظ من خلال القواعد السابقة انها جاءت بمبدأ الحماية لمصالح خاصة بأصناف معينين، واذا كان الاثر المترتب على هذه الافعال ليس تقرير البطلان وانما الفسخ لهذه العقود، الا ان مبدأ الحماية المقرر بموجبها يعد من النظام العام لا يجوز لهم الاتفاق على خلافه او التنازل عن هذه الحماية ابتداء فهذا الاتفاق يعد باطلا بطلانا مطلقا⁴، فهم اعطو حق التنازل عن هذه الحماية انتهاء بعد زوال ما وقع عليهم من مؤثر كالغبن مع التغيرير .

فالقاعدة التي تقرر ان التصرفات القولية للصغير المميز الدائرة بين النفع والضرر موقوفة، اعطت وليه الحق بفسخ العقد اذا قدر انه في غير مصلحة الصغير و لم تقرر البطلان

¹المادة (966) من مجلة الاحكام العدلية .

²المادة (967) من مجلة الاحكام العدلية.

³المادة (357) من مجلة الاحكام العدلية .

⁴كيرة، حسن: المدخل الى القانون، مرجع سابق، ص53.

لهذا التصرف، لكن الحماية المقررة بموجب الفسخ هي من النظام العام لا يجوز النزول عنها او الاتفاق على مخالفتها، وان حصل هذا الاتفاق يكون باطلا بطلانا مطلقا لمخالفته للنظام العام، لان مقتضيات العدل والعدالة والنظام العام ومصصلحة الجماعة تقتضي تقرير الحماية للضعفاء، وهي الاساس الذي نبعث من قواعد الولاية والوصاية، و نفس الحكم ينطبق على حالة الغبن الفاحش مع التعرير التي يتعرض لها المتعاقد، باعتبار ان الغبن الفاحش مع التعرير كمؤثر على العقود من النظام العام، تقرر لمن وقع عليه حق فسخ العقد ولا يجوز له التنازل عن هذا الحق مسبقا ولا الاتفاق على خلافه لانه من النظام العام كمبدأ مقررلحمائته بما ينسجم مع العدل ومقتضيات العدالة .

كما ان مجلة الاحكام العدلية ومن خلال نص المادة (111)تحدثت عن العقد الموقوف الذي يتعلق به حق الغير كبيع الفضولي، والعقد الموقوف كما يقول الدكتور انور سلطان ، هو عقد صحيح ، لكنه لا يرتب اثر ، وتبقى هذه الاثار موقوفه لحين اجازته ممن له مصلحة ويملك الاجازة ، فإذا اجيز فإنه يدخل حيز النفاذ، ويرتب اثاره القانونية، واذا لم يجزه من يملك الاجازة ، تظل اثاره موقوفة الى ان ينقضي ويبطل، وما دام ان العقد الموقوف تلحقه الاجازة فينفذ، فهذا يعني ان العقد صحيحا وله وجود قانوني، ولكنهما يترتب اثار العقد الا بعد الاجازة¹، لكن مبدأ الحماية التي تقره هذه القاعدة متعلق بالنظام العام لتعلق حق الغير به، لان مقتضيات العدالة والنظام العام تقتضيان حماية الحقوق المتعلقة بالغير، فلا يجوز لمن تعلق حقه بالبيع ان يتنازل عن حماية القانون له، فهو من يستطيع ان ينفذ العقد او يفسخه، وحق الفسخ المقرر له من النظام العام لا يجوز له التنازل عنه مسبقا

لكن البطلان الذي يلحق التصرف في هذه الحالة عند انقضاءه بعدم الاجازة ، لا يمكن ان يكون بطلانا مطلقا، وانما هو بطلان نسبي ، لان العقد الباطل بطلانا مطلقا لا يصحح ولا ترد عليه الاجازة ، كما ان التصرف في هذه الحالة لم يفقد عناصر المشروعية بمحلة وسببه، ولم ينتهك القواعد القانونية الامرة المتعلقة بالنظام العام، وانما تقرر وقفه على الاجازة حفاظا على مصلحة من تقرر له هذه الاجازة.

¹سلطان، انور: مرجع سابق، ص 145.

كذلك عالجت مجلة الاحكام العدلية بنص المادة (1006) موضوع البيع الذي وقع بالاكراه ، وهو تصرف قانوني وقع تحت وطأة الاكراه، بحيث اعتبرته المادة المذكورة بأنه تصرف غير معتبر قانونا، ولكن لو اجازته المكروه بعد زوال الاكراه كان قائما وله وجود مادي وقانوني ولكن الاكراه حال بينه وبين ترتيب اثاره، فالعقد بوجود الاكراه يكون منعقدا وليس باطلا بطلانا مطلقا ، فالاجازة والنفاذ لا يردان على عقد باطل، ولكنه كان اذ ذاك مسلوب اللزوم ، فالذي وقع عليه الاكراه له الخيار بعد زوال الاكراه في ان يفسخ العقد او ينفذه¹، لكن الذي يتعلق بالنظام العام هو الاكراه بحد ذاته كمؤثر على العقود ولا يجوز لمن وقع عليه ان يتنازل عن حقه في الحماية التي فرضها القانون في حالة الاكراه، حيث ان الذي وقع عليه الاكراه اعطي حق التنازل عن الحماية واجازة العقد انتهاءً، أي بعد زوال الاكراه .

كذلك تحدثت مجلة الاحكام العدلية عن تنسيق المصالح الفردية المتعارضة في علاقات الجوار، وان حق المالك مقيد بالتصرف بملكه بما يمنع الاضرار الفاحشة عن جاره، وهي مضار الجوار غير المألوفة، وحددت المجلة الضرر الفاحش بأنه: كل ما يجلب الوهن للبناء او يمنع الحوائج الاصلية، أي المنفعة المقصودة من البناء²، وقد جاءت المجلة بأمثلة كثيرة للضرر الفاحش في علاقات الجوار³، بالرجوع الى القواعد السابقة يتبين ان معيار الضرر الفاحش موضوعيا ماديا لا علاقة له بشخص المالك وانما يتوقف على طبيعة العقار وموقعه، وقواعد الضرر الفاحش الوارد نكرها من النظام العام، لذلك يتوجب ازالته كان قديما او حديثا " الضرر لا يكون قديما " ⁴.

جاءت المجلة بقواعد الضرر الفاحش في مسائل الجوار حماية لاختلال التوازن بين المصالح الجوارية، بحيث يؤدي تحصيل احداها الى الحاق الضرر الفاحش بالآخرى ويكون سببا في منع المتصرف من ممارسة حقه، دفعا للضرر، واذا وقع كان من قام بهم مسؤولا عن رفعه بالتعويض وازالة سببه .

¹خالد، غسان: خلال محاضرة القيت على طلبة الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في مادة اعداد البحث العلمي والصياغة القانونية .

²المادة (1199) من مجلة الاحكام العدلية.

³المواد (1204-1200) من مجلة الاحكام العدلية .

⁴المادة (7) من مجلة الاحكام العدلية .

مع ان قواعد الضرر الفاحش التي قررتها المجلة متعلقة بالنظام العام، الا انها تدرجت في ازالة هذا الضرر، ابتداء من الموازنة بين المصلحتين واتخاذ تدابير احترازية لجعل الضرر غير المألوف الى الحد المألوف، واذا تعذر ذلك وجبت ازالة الضرر¹، هذه القواعد تؤكد على ان حق الملكية ذو صفة مزدوجة، فيه حق خالص للفرد وحق لله وهو حق الجماعة، لذلك شرعت هذه القواعد للتنسيق بينها واقامة التوازن بين المصالح المتعارضة لا سيما مصالح الجوار، وهذا يؤكد ما للملكية الفردية من وظيفة اجتماعية في التشريع الاسلامي.

خلاصة القول ، ان البطلان الذي نحن بصدد الحديث عنه والذي يعد من اهم الاوصاف الاساسية، بل هو الوصف الغالب لفكرة النظام العام، هو ذلك البطلان الذي يحول بين التصرف القانوني وبين ترتيبه لاثاره التي يقرها القانون، وذلك في الاحوال التي تفقد اركان هذا التصرف عناصر المشروعية ممثله بمحله وسببه، وهذا يعني ان التصرف القانوني الذي يلحقه البطلان، هو تصرف قائم وموجود، بحيث ان الارادة تكون منصبه على محل وسبب موجودين وترغب في ترتيب اثار قانونية عليهما، الا ان البطلان يعترض سبيل هذه الاثار في الاحوال التي يخالف فيها هذا المحل وذاك السبب قواعد المشروعية التي يتطلبها القانون وجوبا، باعتبار ان هذه القواعد تمثل الانعكاس القانوني لاسس الدولة ومسائلها العليا وكليات المجتمع واصوله وتعمل على تنسيق المصالح المتعارضة وتقيم التوازن بينها على اساس العدل والعدالة ومنع الظلم والضرر، التي ليس بالمستطاع خرقها او مخالفتها، والا كان التصرف باطلا²، فهي قواعد ليس بالمقدور انتهاكها او النيل منها.

وبناء على هذا المفهوم لفكرة البطلان، فإنها تشكل معيارا للتمييز بين القواعد الامرة التي يتحقق بها مفهوم فكرة النظام العام، وبين القواعد الامرة التي ترجح شأنها خاصا على اخر رأى المشرع تحصيله تحسبا لوقوع ظلم على احد اطراف التصرف الذي شاب ارادته عارض من العوارض المبطله، رغم ان هذه القواعد بحد ذاتها كمبدأ حماية للطرف الذي وقع عليه الظلم من النظام العام، فالعدل ومقتضيات العدالة ومصالح الجماعة تقتضي هذه الحماية، لا يجوز لمن

¹ مصلح، علي محمد: محاضرة القيت على طلبة الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في مساق الحقوق العينية الاصلية، حق الملكية في ذاته.

² البشري، عماد طارق: مرجع سابق، ص 169.

تقررت لمصلحته التنازل عنها او الاتفاق على خلافها، والا كان الاتفاق باطلا، فالبطلان اما ان يكون مطلقا لتعلقه بالنظام العام، واما ان يكون غير مطلق لعدم تعلقه بالنظام العام، وهنا يظهر دور القاضي الذي يتمثل بهذا الصدد في تحديد ما اذا كان البطلان متعلق بالنظام العام ام غير متعلق بالنظام العام¹.

حيث ان البطلان المتعلق بالنظام العام يتحقق في حال مخالفة التصرف للقواعد التي تتعلق بمصلحة عامة من مصالح الدولة او مصالح المجتمع العليا او الاخلال بالتوازن بين مصالح اطراف متعارضة او النزول مسبقا عن حق الحماية المقرر بموجب القانون، كالحماية المقررة للطرف المدعى في عقود الاذعان او المدين في حالة الطرف الطارئ او الحماية المقررة لمن وقع عليه اكراه عند تكوين العقد او الحماية المقررة بموجب قواعد الولاية والوصاية للقاصر، بحيث ان البطلان في هذه الحالات ليس بحاجة الى تقرير من احد، فهو وصف يلحق بالتصرف الذي خالف هذه القواعد، فكل ذي مصلحة التمسك به وللمحكمة ان تحكم به من تلقاء نفسها، كالقاعدة التي تقرر ازالة الضرر وجبره²، فهي قواعد تقرر اطرا عامة لعلاقات الافراد القانونية، ولا تسمح بتجاوز تلك الاطر والحدود، فعلاقات الافراد تتحرك ضمن حدودها ولا تتجاوزها والا وصفت بالبطلان ومنعت من ترتيب الاثار القانونية عليها لفقدانها المشروعية، وذلك لان هذه القواعد تسعى لتكريس مفهوم العدل بين الافراد، وتحقيق العدالة من خلال استقرار العلاقات بين افراد المجتمع، وتحقيق الامن والامان بالحفاظ على المجتمع من خلال بسط الحماية على افراده وحقوقهم واموالهم.

¹ والي، فتحي: نظرية البطلان في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الاسكندرية، الطبعة الاولى، 1959، ص486-487 وما بعدها.

² نص المادة (20) من مجلة الاحكام العدلية التي تنص على ان: "الضرر يزال".

الخاتمة:

عند هذا الحد وصل الباحث الى اخر محطة من محطات دراسته حيث النتائج والتوصيات، الا انه وقبل الشروع في وضع النتائج العديدة التي توصل اليها و اقتراح بعض التوصيات، اراد التاكيد على الحمد والثناء على الله عز وجل الذي اعانه على اتمام هذه الدراسة، وكذلك التاكيد على ان كل نقص او خلل يعتربها فمناه، فالانسان ضعيف، لا يسلم من السهو والخطا، وخير ما يستشهد به الباحث بهذا الصدد، ما ختم به ابو سليمان الخطابي مقدمته لتفسير غريب الحديث: "فاما سائر ما تكلمنا عليه، فانا احقاء بان لا نركبه، وان لا نؤكد الثقة به، وكل من عثر منه على حرف او معنى يجب تغييره، فنحن نناشده الله في اصلاحه، واداء حق النصيحة فيه، فان الانسان ضعيف، لا يسلم من الخطا، الا ان يعصمه الله بتوفيقه، ونحن نسال الله ذلك، ونرغب اليه في دركه، انه جواد وهوب".

النتائج والتوصيات:

اولا: النتائج

1. لم يتوصل فقهاء القانون وشراحه الى تعريف محدد للنظام العام، ففي ذلك ارهاقا وعنتا كبيرا، فلا يمكن حصر فكرته في تعريف او تعداد معين، لكنها تتجلى بسمو اختيارات الجماعة على اختيارات الفرد، فالمجتمع اعلى من الفرد، وبذلك فان فكرة النظام العام تعبر عن ارادة الحياة الجماعية لدى المجتمع.
2. ان فكرة النظام العام تستند الى طبيعة النزعة الاجتماعية و السياسية التي تتبعث منها، بحيث تاخذ لون النظام الاجتماعي والسياسي السائد في مجتمع معين في زمن معين.
3. فكرة النظام العام تعبر عن الخطة السياسية المتبعة من الدولة لتحقيق النظام الاجتماعي الذي ترغب فيه ويسخر المشرع نظامه القانوني لحمايتها، لهذا يتوجب على المشرع والقاضي ان يكونوا على اتصال وثيق بجوهر النظام الداخلي للمجتمع، وعلى علم واسع بحيثيات القانون الذي يحكمه، وعلى اطلاع عميق على نبض المجتمع الذي يعيشون فيه، حتى لا يحصل تناقض بين نمط الثقافة الذي يسود المجتمع وبين القانون الذي يسنه المشرع والحكم الذي يصدره القاضي.
4. فكرة النظام العام لا تقتصر على مجال واحد من مجالات التنظيم القانوني وانما تستغرقها جميعا، فعندما يفرض النظام القانوني اليات بقصد حماية واستقرار المجتمع، فان هذه الاليات تنطوي على فكرة النظام العام، لان كل ما يتصل بالتسليح القانوني لحياة الجماعة يكون على علاقة وطيدة بالنظام العام.
5. النظام العام يتطور تبعا لتطور فكرة القانون ذاتها، فان كان القانون الوضعي يمثل خطة شاملة متماسكة تنظم حياة المجتمع، كان النظام العام هو الفكرة المعبرة عن هذه الخطة، واذا فقد القانون تماسكه اضحت فكرة النظام العام لا تعبر عنه.
6. ان هناك حدود فاصلة بين مفهوم فكرة النظام العام وبين قواعدها القانونية المنطوية على عناصر هذا المفهوم، بحيث ان مفهوم فكرة النظام العام تمثل المكون الموضوعي لاصول الدولة وغاياته والمكون الموضوعي لاسس الجماعة وكلياتها، اما القواعد

القانونية التي تنطوي على مفهوم الفكرة وعناصرها، فهي تتألف من نوعين من القواعد: الأولى، ما يصوغه المشرع على شكل قواعد مسنونة ضمن التشريعات التي يصدرها، والنوع الثاني، فهو قواعد النظام العام التي يكشف عنها القاضي وهو بصدد البت في القضايا المعروضة عليه.

7. ان هناك صلة وطيدة بين الحرية الفردية والصالح العام، فالفهم الصحيح للحرية يكون من خلال انها توصل الى الهدف الاجتماعي حماية لجهة التعاون.

8. فكرة النظام العام تفرض على الافراد ضوابط السلوك، بحيث تؤكد على انه لا يجوز باي حال من الاحوال مجاوزتها او الخروج عليها، وذلك على اعتبار ان هناك اصولا وقيما تخص الجماعة لا يمكن انتهاكها.

9. حقوق الافراد وتصرفاتهم معلقة في مشروعيتها على اساس استعمالها الاجتماعي، حيث ان حق الجماعة والصالح العام ينظر اليه في كل حق فردي، فالحق الفردي تسقط عنه المشروعية اذا تعدى صالح الجماعة او اعتدى عليه.

10. ان مضمون القانون يجب ان ينحدر من تصورات الافراد للنظام الاجتماعي المرغوب فيه، والذي يعد النظام العام تعبيراً عنه.

11. هناك ارتباط وثيق بين الاخلاق وفكرة النظام العام، وليس ادل على ذلك من فكرة الاداب العامة التي تمثل الشكل الاخلاقي للنظام العام لدرجة يصعب الفصل بينهما، لانها قواعد خلقية تفرضها مصلحة المجتمع.

12. ان فكرة القانون مرتبطة منذ الازل بفكرة العدل، لذلك يجب ان يتضمن القانون من الاوامر والنواهي ما يجعل النظام القانوني قادر على تحقيق العدل، وانعكاسا واضحا وسليما له وتصويرا صحيحا لمعنى الصالح العام الذي تعبر عنه فكرة النظام العام.

13. فكرة النظام العام هي المكمل الضروري لفكرة العدالة، لان المشرع عندما يحدد النطاق القانوني لممارسة الافراد نشاطهم، فانه يقيم هذا التحديد على اساس فكرة النظام العام والعدالة.

14. لا ينحصر دور القاضي في تطبيق النصوص الجامدة، وإنما يتمثل هذا الدور في احقاق الحق وتحقيق العدل والعدالة، فهو يمتلك أساساً قانونياً يسمح له بتحديد محتوى النظام العام، لأنه غاص في أعماق القانون، فتقع على عاتقه مسؤولية الدفاع عن المبادئ الأساسية التي يقوم عليها التضامن الاجتماعي في المجتمع الذي يحكم فيه.
15. إن النظام العام لا يحدد محتواه التشريعي فقط، وإنما يقوم أيضاً بتحديد القضاء في حالة النقص في التشريع أو غياب النص، وهو دوره الطبيعي في هذه الحالات.
16. إن مفهوم فكرة الحق تركز عليها نظرية القانون و تحدد فلسفته العامة و تتضح غايته، فكيفما يكون مفهوم الجماعة للحق تتحدد نظرية القانون، لأن مفهوم الحق هو خلاصة القانون و قصده.
17. إن الشريعة الإسلامية على سند انطلاقها من الحقيقة الربانية للحياة و الاعتراف لله عز وجل بالمرجعية التشريعية، ترى في الحق انه منحة من الله تعالى للإنسان اودعه اياه، وان كل حق للإنسان فيه حق لله تعالى، وحق الله تعالى يتمثل في المحافظة على حق الغير من الافراد و المجتمع، ليس فقط بالامتناع عن الاعتداء عليه، بل وعن التعسف في استعمال الحق الذي يترتب عليه ضرر بالغير.
18. وطالما ان الحق وديعة لدى الانسان من قبل الله تعالى، فيكون تعالى فرض عليه حفظها وعدم استعمالها لغير ما شرعت من اجله، فسلطان المودع لديه مقيد بسلطان المودع وهو الله عز وجل.
19. إن نظرية التعسف في استعمال الحق تمثل أهم المحاور التي تؤكد على ارتباط القانون بالاخلاق، وهي وليدة الفكر الإسلامي، وتعد أهم التطبيقات لارتباط القانون بالاخلاق.
20. التشريع الإسلامي يرى ان للحق طبيعة مزدوجة، استجابة للواقع و مراعاة لمقتضيات العدالة، باعتبار ان فكرة الحق هي قوام النظام العام.
21. إن وجود نظرية التعسف في استعمال الحق في التشريع الإسلامي و ارتباطها باصل الحق فيه، جعل هذا التشريع يعمل على ايجاد القواعد اللازمة لتنسيق المصالح المتعارضة، منعا للتعسف او الاخلال بالبنية الذاتية للتشريع التي تمثل النظام العام.

22. التعسف يقوم على سند من نسبية الحقوق وعدم اطلاقها، فهي مقيدة بما رسم لها من حدود تضبط استعمالها على اساس اجتماعي حماية لجهة التعاون، مما يؤكد ان هذه الحدود تمثل قواعد نظام عام.

23. ان النظام العام يؤكد على تغليب المصلحة العامة على المصالح الخاصة، لانه يرمز الى الاهداف الاساسية للمجتمع، فالارادة وهي تسعى الى ابرام العقود يجب ان تراعي اعتبارات العدل والصالح العام، فالعقود المخالفة للعدل تكون واجبة الرفض قانونا، لان المصلحة التي يسعى اليها القانون تسمو على المصالح الخاصة.

24. التكليف بمفهوم فكرة النظام العام تكليف امر لا يستطيع الافراد مخالفته او الخروج عليه، بحيث لا يملكون سوى الانصياع لمضمونه حرصا على استمرار حياة الجماعة والفرد على السواء، لان مصدر هذا التكليف الاساسي الجماعة واختياراتها و الدولة وغاياتها العليا.

25. التكليف بمفهوم فكرة النظام العام يتضمن طلب فعل او طلب ترك على سبيل الالتزام والاحتم بصرف النظر عن مصدر قواعده.

26. لا يصلح التكليف الامر الناهي الذي تتضمنه القاعدة القانونية كاساس للتمييز بين القواعد الامرة والمكاملة، فكلاهما يتضمن عنصر الالتزام، لكن الفرق بينهما ان سلطان الارادة يتفاوت باختلاف نوع القاعدة، فهو منعدم ازاء القاعدة الامرة بينما تملك الارادة قدرا من السلطان ازاء القاعدة المكاملة.

27. النظام العام لا يصلح اساسا للتمييز بين القواعد القانونية الامرة والمكاملة، فجميع قواعد النظام العام هي قواعد امرة بينما ليست جميع القواعد الامرة قواعد نظام عام، حيث ان هناك قواعد امرة ليس لها اتصال بالجماعة واختياراتها والدولة وغاياتها، وانما تغلب شانها خاصا على اخر.

28. النظام العام يمثل حدا على سلطان الارادة بحيث تتعدم ازاء اعتباراته، فهي تتحرك ضمن الاطار الذي يرسمه لها و لا تتجاوز حدوده، بحيث تصبح اثار التصرف الذي قامت به معلقة ابتداء وانتهاء على التزام حدود هذا الاطار.

29. التصرف القانوني الذي ينشأ عن الارادة يمثل المجال الحركي الذي تتفعل خلاله فكرة النظام العام.

30. التصرف القانوني اذا فقد احد عناصر المشروعية بان خالف مقتضيات النظام العام، فان البطلان المطلق يكون مصيره و يمنعه من ترتيب اثره.

ثانيا: التوصيات

1. يتوجب على المشرع عند اصدار القوانين ان لا يجعل منها وسيلة لتحقيق الرغبات الفردية، وانما يجب ان تكفل عن وعي تحقيق الخير العام، الذي يجب ان يكون هدف المشرع من خلال الموازنة بين صالح الافراد وصالح الجماعة.

2. القانون لا يمكن ان يفهم على اساس انه نظام شكلي للاحكام، وانما يجب ان يفهم على انه اسلوب حيوي في تنظيم المجتمع.

3. احقاق الحق هو هدف القاضي و غايته و ليس تطبيق النصوص الجامدة، لذلك يجب ان يكون متبصرا بالفكرة العامة للقانون في بلده، وهذا يفرض عليه ان يكون عالما بالاسس والاصول التي يتوجب عليه حمايتها، بحيث يستشعر الافكار السائدة ونمط الثقافة الذي يسود مجتمعه.

4. يتوجب على المشرع ان يسخر نظامه القانوني لحماية الخطة السياسية التي ترسمها الدولة لصيانة النظام الاجتماعي، بحيث يكون النظام العام معبرا عنها.

5. يجب ان يصاغ القانون على حسب مفهوم الجماعة لفكرة الحق ويكون تطبيقا لها.

6. يوصي الباحث باستكمال دراسة موضوع النظام العام، وذلك من خلال التركيز على تطبيقات هذه الفكرة في التشريع الفلسطيني بكافة فروعها، حيث ان الباحث تركزت دراسته على الجانب النظري لهذه الفكرة مع بعض الامثلة القليلة لهذه التطبيقات.

المصادر والمراجع

اولا: المصادر

مجلة الاحكام العدلية

ثانيا: المراجع

1. الغريب، محمد عيد:النظام العام في العقود المدنيه ومدى حمايه التي يكلفهاله القانون الجنائي في مجال الانعقاد والتنفيذ،،2005، بدون دار نشر .
2. البشري، عماد طارق:فكرة النظام العام في النظرية،والتطبيق، دراسة مقارنةبين القوانين الوضعية والفقہ الاسلامي، المكتب الاسلامي، الطبعة الاولى، 2005.
3. شحاته، توفيق:مبادئ القانون الاداري، الجزء الاول، الطبعة الاولى، 1954-1955، دار النشر للجامعات المصرية .
4. مرقس، سليمان: مدخل للعلوم القانونية، الطبعة الثانية، 195، دار النشر للجامعات المصرية .
5. كيره، حسن: المدخل الى القانون ، القانون بوجه عام ، النظرية العامه للقواعد القانونيه،النظرية العامه للحق، منشأة المعارف بالاسكندرية .
6. كيرة،حسن: اصول القانون ، الطبعة الثانية، 1959-1960، دار المعارف بمصر.
7. تناغو، سمير عبد السيد:النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف بالاسكندرية
8. السنهوري، عبد الرزاق احمد: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الاول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، لبنان، 2011.
9. لويد، دينيس: فكرة القانون، تعريب المحامي سليم الصويص،مراجعة سليم بسيسو،1981م،عالم المعرفة، الكويت.

10. رمضان، سيد محمود مع : الوسيط في شرح قانون العمل، دراسة مقارنة مع تطبيقات القضائية لمحكمتي التمييز و النقض، الطبعة الاولى، 2004، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.
11. ابو شنب، احمد عبد الكريم: شرح قانون العمل وفقا لاجدثالتعديلات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2006.
12. سلطان، انور: مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة السادسة، 2012.
13. عطية، نعيم: في النظرية العامة للحريات الفردية، الناشر الدار القومية للطباعة والنشر - القاهرة، 1965.
14. عبد الله، محمد محمود: المدخل الى علم القانون او النظرية العامة للقانون، الطبعة السابعة، منشورات جامعة دمشق، 1996-1997.
15. الجمال، مصطفى وعبد الحميد محمد: النظرية العامة للقانون ، الدار الجامعية، بيروت، 1987 .
16. دياس: فلسفة القانون، المذاهب الاقتصادية والواقعية والقانون الطبيعي، ترجمة هنري رياض، مراجعة عبد العزيز صفوت، دار الجليل ، بيروت، الطبعة الاولى، 1986.
17. عصفور، محمد: الحرية في الفكرين الديمقراطي والاشتراكي، بدون دار طباعة، 1961.
18. الزعبي، عوض احمد: المدخل الى علم القانون، دار وائل للنشر، 2001.
19. تروبير، ميشيل: فلسفة القانون، ترجمة جورج اسعد، دار الانوار للطباعة والنشر، الطبعة الاولى، 2004.
20. فهمي، مصطفى ابو زيد: النظرية العامة للدولة في الديمقراطية الغربية والديموقراطية الماركسية والاسلام، الناشر منشأة المعارف بالاسكندرية، الطبعة الاولى، 1985.
21. بورديو: المطول في علم السياسة، موجود في عبدالله، محمد محمود: المرجع السابق.

22. باوند، روسكو: **مدخل الى فلسفة القانون**، ترجمة الكتور صلاح دباغ، مراجعة الكتور احمد مسلم، المؤسسة الوطنية للطباعة والنشر، بيروت، 1967
23. الدكتورعلي مصلح: **من مناقشات رساله**.
24. غستان، جاك: **المطول في القانون المدني** ، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي ،مراجعة فيصل كلثوم، الطبعة الثانية، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 2008.
25. عوده، عبد القادر: **التشريع الجنائي الاسلامي مقارنا بالقانون الوضعي** ، الجزء الاول، مكتبة دار التراث، بدون سنة طباعة.
26. الدريني، فتحي: **خصائص التشريع الاسلامي في السياسة والحكم**، الطبعة الثانية، 1987، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع _ بيروت.
27. الصدة، عبد المنعم فرج: **اصول القانون**، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1979.
28. الدريني، فتحي: **الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده**، الطبعة الثانية، مؤسسة الرسالة- بيروت، 1977
29. فوزي، صلاح الدين: **المحيط في النظم السياسية والقانون الدستوري**، دار النهضة العربية، 1999-2000.
30. عطية،نعيم: **القانون والقيم الاجتماعية، دراسة في الفلسفة القانونية**، الهيئة المصرية العامة للتأليف والنشر، 1971.
31. جلال، محمود طه: **اصول التجريم والعقاب في السياسة الجنائية المعاصرة**، دراسة في استراتيجيات استخدام الجزاء الجنائي وتأصيل ظاهرتي الحد من التجريم والعقاب، الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية ، 2005.
32. خليل، محسن: **النظم السياسية والدستور اللبناني**، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، 1973.

33. سوار، محمد وحيد الدين: شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الاول، مصادر الالتزام، المصادر الارادية و المصادر غيرالارادية، منشورات جامعة حلب، 1989-1990.
34. سوار، محمد وحيد الدين: شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الاول، مصادر الالتزام، المصادر الارادية والمصادر غيرالارادية، منشورات جامعة حلب، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، 1989-1990.
35. محمود، همام محمد ومنصور، محمد حسين: مبادئ القانون ، المدخلى القانون ، الالتزامات ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، بدون سنة طباعة .
36. فرج، توفيق حسن: المدخل للعلوم القانونية، الطبعة الثانية، 1974، بدون دار طباعة.
37. عباس، عبد الهادي : ازمة العدالة، الطبعة الاولى، 2007، دار الحارث.
38. الجرف، طعيمة: مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، 1976.
39. البدراوي، عبد المنعم: المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للالتزام والنظرية العامة للحق، دار النهضة العربية، بيروت، 1966 .
40. الدريني، فتحي: نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، 1998، دار البشير.
41. الزرقاء مصطفى احمد: الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد، الجزء الثالث، المدخل الى نظرية الالتزام العامة في الفقه الاسلامي، دار الفكر.
42. الفتلاوي، صاحب عبيد: السهل في شرح القانون المدني، مدخل لدراسة علم القانون، الجزء الاول، الطبعة الاولى، 2011، دار وائل للنشر.
43. المودودي، أبو الأعلى: نظرية الإسلام وهديه في السياسة و القانون والدستور، الدار السعودية للنشر والتوزيع، 1405هـ، 1985م.

44. عامر، حسين: **التعسف في استعمال الحقوق والغاء العقود**، الطبعة الاولى، مطبعة مصر، 1960.
45. زهو، احمد النجدي: **التعسف في استعمال الحق**، دار النهضة العربية، مطبعة القاهرة، 1991.
46. السنهوري، عبد الرزاق احمد: **الوسيط في شرح القانون المدني الحديث**، الجزء الثامن، **حق الملكية**، مع شرح مفصل للأشياء والأموال، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، 2000.
47. العمري، اسماعيل : **الحق ونظرية التعسف في استعمال الحق فياالشرعية والقانون**، الطبعة الاولى ، مطبعة الزهراء الحديثة، منشورات مكتبة بسام، 1984.
48. مرقس، سليمان: **الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات**، في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، المجلد الاول، الطبعة الخامسة، 1992، بدون دار نشر.
49. السنهوري، عبد الرزاق احمد: **شرح القانون المدني**، النظرية العامة للالتزامات، **نظرية العقد**، دار احياء التراث العربي، بيروت، المجمع العلمي العربي الاسلامي، منشورات محمد التايه ، بدون سنة طباعة .
50. السنهوري، عبد الرزاق احمد وابو ستيت، حشمت: **المدخل لدراسة القانون او اصول القانون**، دار الفكر العربي، طبعة 1953، لجنة التأليف والترجمة والنشر.
51. زكي، محمود جمال الدين: **دروس في مقدمة الدراسات القانونية**، الطبعة الثانية، 1969، الهيئة العامة لشؤون المطابع الاميرية.
52. حجازي، عبد الحي: **النظرية العامة للالتزام**، الجزء الاول، الاالزام في ذاته، 1954، مطبعة نهضة مصر بالفجالة.
53. كبيرة، حسن: **اصول القانون**، الطبعة الثانية، 1959-1960، دار المعارف بمصر.
54. شنب، محمد لبيب: **مبادئ القانون**، المدخل للدراسات القانونية والنظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية للطباعة والنشر 1970.

55. الشراوي، جميل: نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني، 1956، مطبعة جامعة القاهرة، بدون سنة نشر.

56. والي، فتحي: نظرية البطلان في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الاسكندرية، الطبعة الاولى، 1959.

ثالثا: الرسائل:

1. مصلح، علي محمد علي: مبدأ المشروعية في الشريعة الاسلامية، رسالة

دكتوراه، الجامعة الاردنية ، 1997.

2 . المهدي، روضه: مفهوم النظام العام في تكوين العقد، رسالة للاحراز على شهادة

الدراسات المتعمقة في القانون الخاص، اشراف الاستاذ عماد العربي، جامعة المنار،

كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، السنة الجامعية 2002-2003.

رابعا : المحاضرات

1. خالد، غسان: خلال محاضرة القيت على طلبة الدراسات العليا فيجامعة النجاح

الوطنية في مادة اعداد البحث العلمي والصياغة القانونية.

2. خالد، غسان: خلال محاضرات القيت على طلبة الدراسات العليا في جامعة النجاح

الوطنية في مساق التنظيم القانوني لصياغة العقد.

3. مصلح، علي محمد: خلال محاضرات القيت على طلبة الدراسات العليا في جامعة

النجاح الوطنية في مساق الحقوق العينية الاصلية، " حق الملكية في ذاته".

خامسا: المواقع الالكترونية

<http://sljournal.uaeu.ac.ae/issues/47/images/1-%20Alkhataib.pdf> 1-

الخطيب، محمد عرفان: الحرية التعاقدية في تشريع العمل "ازمة عقد العمل"، دراسة مقارنة في القانونين الفرنسي والسوري، منشور في مجلة الشريعة والقانون.

An-Najah National University
Faculty of Graduate Studies

The Public System Concept and its Implementations in Palestinian Legislation

By

Najeeb Abdullah Najeeb Al- Jabsheh

Supervisor

Dr. Ali Mohammed Musleh

Co-Supervisor

Dr. Ghassan Shareef Khalid

**This Thesis is Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for the
Degree of Master of private law, Faculty of Graduate Studies, An-Najah
National University, Nablus, Palestine.**

2017

The Public System Concept and its Implementations in Palestinian Legislation

By

Najeeb Abdullah Najeeb Al- Jabsheh

Supervisor

Dr. Ali Mohammed Musleh

Co v-Supervisor

Dr. Ghassan Shareef Khalid

Abstract

The aim of this study was to identify with more focus on the concept of "Public Rule" including some of its applications in the "Journal of Judicial Judgments" and in comparison with the opinion of Islamic jurisprudence whenever needed. This study also was focused on the legal and jurisprudence details that are connected to the concept of "Public Rule" in the light of the opinions of both general and special laws scholars- even though the main scope of this study is the general law. Those opinions were considered because the main scope of "Public Rule" is oriented towards the duty of representing and protecting the group's maximum interests; while representing and protecting the state's maximum interests is the main scope of the general law. In addition, the "Public Rule" is normally colored with the color of the political and social system which is adopted by the ruling authority in order to put forward a political outlook which the legislator protects through exploiting his political system.

To achieve the aim of this study the researcher adopted a detailed research methodology to explain three major concepts: the first concept was the intellectual and philosophical bases of the "Public Rule", as an idea,

through revealing the legitimacy of texts of law and the domain of the purposeful end to this concept. The second concept that this study explained was the characteristics of the idea of "Public Rule" and the role of both the legislator and the judge in stating its content and role in classifying rights and how they must be oriented. The researcher also correlates the concept of "Public Rule" with the ultimate goal of law and morals and their relationship to fairness and justice and how to achieve and sustain both of them. The third aspect that the researcher explained throughout this study was the functional role of the "Public Rule" concept which obligates the rules of behavior either in the form of orders or in the form of duties, and these duties entails a must commitment towards an action in the form of "dos" or " don'ts".

The results of this study indicate that the validity of the ordering commitment can be used as a criterion to differentiate between the ordering law texts and complementary ones. The results of this study also indicate that the individual's authority and free will are mainly tied with the idea of " Public Rule ," and that the legal conduct represents the behavioral domain of that idea. Finally, the results of this study indicate that the principle of nullity is tied up with any legal behavior that infringes the requisites of the " Public Rule".

The researcher recommends that more studies should be made to shed more light on the idea of " Public Rule".