

النظام العام الحمائي آلية لحماية الطرف الضعيف في العقد

د. عاشور فاطيمة

المركز الجامعي مرسلني عبد الله تيبازة

ملخص:

يعتبر النظام العام من الدعائم الاساسية التي يجب ان تقوم عليها مختلف القوانين، وقد يختلف معنى الفكرة من قانون الى آخر، غايته استقرار المجتمع من خلال حفظ الامن العام والسكينة التي تمثل عناصر هامة تقوم عليها المصلحة العامة وهي فكرة جوهرية يقوم عليها النظام العام، فكل قانون يتم صدوره او تطبيقه يجب ان يكون الغرض منه تنظيم مسألة معينة وفق اطر لا تخرج عن النظام العام والمصلحة العامة التي تحكمه، كما يعتبر آلية مهمة في يد القاضي من خلالها يتدخل لحماية الطرف الضعيف في القد و اعادة التوازن للعقد الي اختل بسبب عدم التكافؤ بين أطرافه في الكثير من نماذج العقود .

الكلمات المفتاحية :

العقد - النظام العام - حرية التعاقد - عدم التوازن العقد - المصلحة العامة

Abstract:

Public order is considered one of the main pillars on which different laws should be based. The meaning of the idea may vary from one law to another, with the aim of stabilizing society through the preservation of public security and tranquility, which are important elements of the public interest. A law to be promulgated or enforced should be intended to regulate a particular matter according to frameworks that do not depart from the public order and the public interest governing it. Between the limbs in a lot of prototypes Contracts.

key words :

Contract - public order - freedom of contract - imbalance contract - public interest

مقدمة:

ترتبط فكرة النظام العام في نشأتها بظهور الدولة القومية حيث كان المجتمع منظما سياسيا ومقسما إلى حكام ومحكومين، وهي بذلك فكرة متأصلة ومتصلة اتصالا مباشرا بالمجتمع كونها مستمدة من مجموع القواعد المعبرة عن القيم والأسس العليا الكامنة في ضمير الجماعة، لذلك تلعب دورا هاما في ترجمة القيم والأصول الدينية والسياسية والاقتصادية في صورة قواعد تسمو وتعلو على القواعد العادية، بهدف توفير حماية فعالة تضمن عدم اختراقها من كل تهديد أيا كان مصدره ¹.

وبالرغم من تطور فكرة النظام العام مع تطور الوظيفة الإدارية للدولة التي لم تعد متدخلة فقط، بل أصبحت فضلا عن وظائفها السابقة طرفا هاما في المعادلة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، الأمر الذي انعكس على مفهوم النظام العام، اذ لم يعد يكتسي طابع الاستثناء المقيد للحرية الفردية بل أصبحت ضابطا أصيلا للحفاظ على استقرار الحياة العامة ²

معنى ذلك ان تطور هذه الفكرة من حيث المدلول والمضمون مرتبط بتطور المجتمع وتغيره، وهو ما يعود من جهة بالإيجاب على نظام الجماعة بحفظ قيمها العليا، الى جانب اتسامها بالمرونة فيتفاوت مضمونها ضيقا واتساعا من زمن لآخر في المجتمع بحسب الافكار والمعتقدات السائدة فيه ³ وارتباطها بالقانون دليلا على انه يسعى الى حماية مصالح اجتماعية مشتركة تمه الصالح العام، اي انها مرتبطة بالمصلحة دون النظر الى هذه المصلحة ما اذا كانت شخصية او عامة.

والقانون وجد من اجل تحقيق مصلحة ما، وأي كان نوعها لا يجب ان تخرج على قواعد النظام العام التي تم النص عليها في القوانين او فرضتها وعادات وتقاليد مجتمع معين، تعارفت على تداولها و اعتبرتها من ثوابت المجتمع التي لا يجوز مخالفتها، والمصلحة العامة تعد معيارا اساسيا في تحقيق النظام العام، و تعلو عن المصالح الاخرى .

وإذا كان النظام العام بهذا المفهوم جاء لتحقيق و الحفاظ على المصلحة العامة، لا يخلو من أن يتضمن الطابع الحمائي الذي من شأنه إيجاد التوازن بين المصلحة الفردية و المصلحة العامة، فقد أصبح أسلوب من الأساليب المتاحة لحماية الطرف الضعيف في العقد خاصة بعد الثورة الاقتصادية التي عرفها العالم و التي يعتبر العقد فيها وسيلة هامة للتبادل الاقتصادي وتحقيق الرغبات، و الهيمنة الاقتصادية أصبحت بطاقة تعريف للسوق،وعليه وجب البحث في آليات

جديدة لفرض مبدأ العدالة الاجتماعية في تقسيم الثروة دون المساس بقوة العقد، فكان النظام العام الحمائي بمثابة المضلة التي يستظل بها الطرف الضعيف في العقد، والأسلوب الذي ينتهج القاضي لإعادة التوازن العقدي .

ومن خلال ذلك يمكن طرح الإشكالية التالية كيف يساهم النظام العام في تحقيق حماية للطرف الضعيف في العقد ؟

المبحث الأول ضبط مفهوم لفكرة النظام العام

يعد النظام العام الأداة القانونية لضبط الاجتماعي و تأسيس لدولة القانون و كحد لمبدأ سلطان الأداة، وبذلك أصبح المصطلح يتمتع بالجاذبية تأسر المشرعين و الفقهاء، بما استوت عليه الفكرة من مرونة و غموض جعلت الجميع يسعون خلفها دون أن يتمكن أحد من احتوائها وبتحديدها تحديدا دقيقا أو تعريفها تعريفا جامعا، وعليه توالت التعاريف الفقهية والقضائية والتشريعية محاولة إعطاء المدلول الواضح التي تبني عليه فكرة النظام العام و سنحاول من خلال المبحث الولوج إلي أهم التعريفات كما نسلط الضوء علي موقف المشرع والاطلاع على الفكر الذي تبناه من خلال المطلبين التاليين

المطلب الأول : تعريف⁴ النّظام العام.

نظرا لمرونة وغموض فكرة النّظام العام؛ فقد سعى الجميع خلفها دون أن يتم احتوائها وتحديدها بدقة ولا تعريفها تعريفا جامعا مانعا⁵. إذ أن فكرة النّظام العام والآداب العامة⁶ من المسائل المكرّسة والمطبّقة في القواعد القانونية، سواء كانت تنتمي لفروع القانون العام أو فروع القانون الخاص، وغني عن القول أن تطبيقات النّظام العام والآداب العامة في القانون واسعة لا يمكن حصرها، بحكم طبيعة مفهومهما، ولجلاء مفهومها نتطرق لبعض تعاريف النّظام العام في الشريعة الإسلامية، ثم في الفقه والقضاء، ففي التشريعات، وذلك من خلال ثلاثة فروع كما يلي.

الفرع الأول: تعريف النّظام العام في الشريعة الإسلامية.

نبحث من خلال هذا الفرع ما إذا كان هناك تأصيل وتعريف للنّظام العام في الشريعة الإسلامية باعتبار هذه الأخيرة استبقت زمنيا - كونها بدأت في العصر الوسيط -، ظهور فكرة النّظام العام في الفقه القانوني مع بداية القرن التاسع عشر.

لم يظهر النظام العام كمصطلح حديث في العصر الوسيط، ولكن ظهر في صور ومضامين وتطبيقات شرعية وفقهية استبقت إليها الشريعة والفقهاء الإسلاميين كلا من الفقه والقانون الوضعيين، حيث ارتبط معناه بالعدل الإسلامي والمصلحة المعتبرة شرعا، والحكم القطعي الشرعي⁷. فقد استخلص البعض⁸، بعد الإطلاع على أبحاث سابقه⁹، أن النظام العام لا يمكن أن يخرج عن ثلاثة أفكار رئيسية وهي: فكرة حق الله أو الحق العام، فكرة الحكم الشرعي أو الحلال والحرام، وفكرة المصلحة.

الفرع الثاني: تعريف النظام العام فقها وقضاء.

بالرغم من ورود مصطلح النظام العام في الكثير من التشريعات المقارنة والوطنية، إلا أنه لم يعرفها، لذلك تصدى الفقه القانوني للاضطلاع بهذه المهمة الأصيلة، حيث قدّم عدة تعاريف كما ساهم القضاء في محاولة اعاء تعريفا لنظام العام ندرجها فيما يلي

أولا: التعاريف الفقهية.

- لقد تعددت التعاريف التي قدمها فقهاء القانون بشأن مصطلح النظام العام، سواء كانت تعاريف فقهية غربية أو عربية، نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر ما يلي:
- تعريف الفقيه كابتان (Capitant) النظام العام بأنه: " مجموعة النظم والقواعد اللازمة لسير الدولة "
 - تعريف الفقيه مالوري (philippe MALUAURIE) هو: " السير الحسن للمؤسسات الضرورية للجماعة "
 - تعريف الفقيه هيمار (HEMART) هو: " القواعد التي وضعها الشارع لصالح الجماعة "
 - تعريف الفقيه جيليو دي لانورانديير (Julliot De La Monrandiere) هو: " تلك الفكرة التي تترجم ضرورة النظام والسلام داخل الدولة "
 - تعريف الفقيه بارتان (Bartin) هو: " تلك المقتضيات التي لا يمكن لاتّفاقات الأطراف مخالفتها أو تعديلها "

- تعريف الفقيه دوغي (Duguit) هو: " مصلحة اجتماعية مهما كان مفهومها ".
- تعريف سمير تناغو: النظام العام هو: " مجموع المصالح السياسية التي يقوم عليها كيان المجتمع سواء كانت سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية ".
- تعريف الفقيه حسن كيرة: هو " مجموع المصالح الأساسية للجماعة أي مجموع الأسس والدعامات التي يقوم عليها بناء الجماعة وكيانها بحيث لا يُتصور بقاء هذا الكيان سليما دون استقراره عليها ".
- تعريف زهدي يكن: هو " كل ما يرتبط بمصلحة عامة تمس النظام الأعلى للمجتمع سواء كانت هذه المصلحة سياسية (روابط القانون العام) أو اجتماعية (القوانين الجزائية وما يتعلق بتكوين الأسرة وحالة الأشخاص المدنية والأهلية)، أو اقتصادية (كالقواعد التي نصّت على حماية الملكية والقواعد التي تجعل التنافس حراً أمام الجميع)، أو خلقية (المعبر عنها بقواعد الآداب) " ¹⁰.
- تعريف عماد طارق البشري: هو " مظلة يتعيّن على جميع التصرفات القانونية أن تستظل بشرعيتها وإلا كان البطلان جزءا لها " ¹¹.
- تعريف عبد الحي الحجازي بأنه: " مجموعة النظم والقواعد التي قُصد بها إلى المحافظة على حسن سير المصالح العامة في الدولة، وإلى ضمان الأمن والأخلاق في المعاملات بين الأفراد، بحيث لا يجوز للأفراد أن يستبعدوها في اتّفاقاتهم " ¹².
- تعريف الفقيه عبد الرزاق السنهوري: " إن القواعد القانونية التي تعتبر من النظام العام هي قواعد يُقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية، وتتلّص بنظام المجتمع الأعلى، وتعلو على مصلحة الأفراد، فيجب على جميع الأفراد مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها، ولا يجوز لهم أن يناهضوها باتّفاقات فيما بينهم، حتى ولو حققت لهم مصالح فردية، لأن المصالح الفردية لا تقوم أمام المصلحة العامة " ¹³.

- تعريف عبد الله العتبي: النظام العام هو: " مجموعة الأحكام والإجراءات الموضوعة لحماية المجتمع وتحقيق النفع العام له في الدنيا والآخرة والتي لا يجوز لأحد مخالفتها أو إسقاطها أو تعديلها أو الاتفاق على خلافها " ¹⁴ .

يتضح من خلال هذه التعاريف الفقهية سواء كانت غربية أو عربية أن طبيعة وحركية فكرة النظام العام أثرت في محاولات إيجاد تعريف واحد جامع ومانع لها، فكل تعريف يُؤسس ويُقيم معنى النظام على مجموعة عناصر وميزات وخصائص وأسس وأهداف النظام العام إلى تحقيقها لضمان استقرار وأمن المجتمع وبلوغ أرقى مراتب مصالحه الحيوية والجمهورية التي لا يمكن المساس بها.

ثانيا: التعاريف القضائية.

كما هو معلوم أن القضاء يمكن له أن يقدم تعاريف أثناء الممارسة لاسيما في حالة التفسير، أو رفع الغموض، أو الاجتهاد، لذلك كان للقضاء دور مهم في تحديد مفهوم للنظام العام، وفي هذا الشأن نتطرق للقضاء الإنجليزي ثم الجزائري كما يلي:

- حيث قال القضاة الإنجليزي حول النظام العام: " إنك إذا حاولت تعريف النظام العام، فإنما تركب حصانا جامحا لا تدري بأي أرض سيلقى بك " ¹⁵ .

- كما تدخل القضاء الجزائري فقدّم تعريفا للنظام العام بموجب قرار قضائي صدر سنة 1982، حيث عرّفه بأنه: " لفظ النظام العام يعني مجموع القواعد اللازمة لحماية السلم الاجتماعي والواجب توفرها كي يستطيع كل ساكن ممارسة جميع حقوقه السياسية عبر التراب الوطني في إطار حقوقه المشروعة " ¹⁶ .

الفرع الثالث: التعاريف التشريعية.

لم تُعرّف التشريعات الوضعية مصطلح النظام العام، بل ذكرته في الكثير من المواضع والمحطات التي نظمت من خلالها تطبيقات المسائل القانونية المختلفة، فالمرجع الجزائري مثلا في الكتاب الثاني المتضمن الالتزامات والعقود، في القانون المدني باعتباره الشريعة العامة ذكر مصطلح النظام العام في الكثير من المواد التي تعلقت بمخالفة التصرفات القانونية لضوابط النظام العام والآداب العامة تارة أخرى، مثل نص الفقرة الثانية من المادة الرابعة والعشرين من القانون المدني التي نصت على أنه: " يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة " ¹⁷ ، وكذا نص

المادتين 93 و 97 من نفس القانون اللتين رتبنا البطلان المطلق جزاء مخالفة العقد لمقتضيات وشروط كلا من المحل والسبب على التوالي؛ أي عدم مخالفتها للنظام العام والآداب العامة، وفي آثار الالتزام من خلال المادة 161 التي اشترطت ألا يكون الالتزام الطبيعي مخالفا للنظام العام، وفي الأوصاف المعدلة لأثر الالتزام من خلال المادة 204 التي أكدت عدم قيام الالتزام على شرط مخالف للنظام العام، وفي طرق إثبات الالتزام أيضا من خلال المادة 344 التي أقرت عدم جوازية توجيه اليمين الحاسدة في واقعة مخالفة للنظام العام، وفي أركان الصلح من خلال المادة 461 التي أكدت أيضا على عدم جوازية الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام.

ويلاحظ أن المشرع الأردني خالف أغلب التشريعات الوضعية العربية، فعدّد بعض صور النظام العام في قانونه المدني من خلال المادة 163 التي نصّت على أنه: " ويُعد من النظام العام بوجه خاص، الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية، كالأهلية والميراث، والأحكام المتعلقة بالانتقال، والإجراءات اللازمة للتصرّف في الوقف والعقار والتصرّف في مال المحجور، ومال الوقف، ومال الدولة، وقوانين التسعير الجبري، وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية " 18 .

وتجدر الإشارة إلى أن النظام العام يرتبط بالآداب العامة ارتباطا وثيقا، باعتبار أن هذه الأخيرة عبارة عن مجموعة قواعد وجد الناس أنفسهم ملزمين بإتباعها طبقا لناموس أدبي يسود علاقتهم الاجتماعية¹⁹ . أما الآداب العامة فإنها تُمثل الجانب الخلفي للنظام العام²⁰ ، فلا فرق جوهري بين النظام العام والآداب العامة كون كلا منهما يفضل ويمنح الأولوية لصالح المجتمع على حساب الفرد، وكذا تقديم المصلحة العامة على الخاصة، ويلزم المتعاقدين باحترام مبادئ وأسس وكيان المجتمع ضمانا للتعايش وتحقيق السّلم المدني ليس إلا²¹ ، بالرغم من محاولة الفصل بينهما بحجة أن الآداب العامة تقوم على أسس المثل العليا والدين والعرف والعادات والتقاليد²² .

المطلب الثاني : تبني المشرع للمفهوم المتغير والمتطور للنظام العام

فكرة النظام العام متصلة اتصالا وثيقا بالمجتمع كونها مستمدة من مجموع القواعد المعبرة عن القيم والأسس العليا الكامنة في ضمير الجماعة و فق لما ورد سابقا من تعاريف مما يجعلها صمام الأمان لهوية المجتمع وحفظ ثوابته، فإن استعراض مختلف الأسس التي قامت عليها الأنظمة القانونية

قديمًا وحديثًا يكشف حقيقة في غاية الأهمية تتمثل في أن الأفراد في حاجة إلى مجموعة من القواعد الضابطة لسلوكهم داخلها، فتمتع حيالها بسطان الأمر والنهي المصحوب بجزاء يوقع على من يخالف أحكامها²³.

تتميز قواعد النظام العام بصعوبة وضع تعريف دقيق شاملًا ومانعًا كون الفكرة متغيرة ومرنة لكن هذا لم يمنع من وضع تعريف لهذه الفكرة، فهو مجموع الأسس التي يقوم عليها المجتمع وكيانه المادي بحيث لا يتصور بقاء هذا الكيان واستمراره عند تخلفها، فقواعده تهدف إلى تحقيق مصلحة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع وتعلو على مصلحة الفرد، ولا يجوز للأفراد الإتفاق على مخالفتها كون المصالح العامة مسبقة على المصالح الخاصة²⁴ إذا خرجوا على هذا النظام بإتفاق خاص وقع هذا الإتفاق باطلا²⁵

والمتفق عليه في معظم التشريعات أن فكرة النظام العام تتمثل في مجموعة من القواعد التي لا تتسامح الدولة في الخروج على أحكامها سواء كانت علاقة قانونية وطنية أو ذات طابع دولي²⁶ ففكرة النظام العام مكرسة في جميع فروع القانون بقسميه العام والخاص، ففي القانون العام تعد هدفًا ينبغي إتباعه من أجل حماية الأمن العمومي والصحة العمومية والسكينة العمومية، أم في القانون الخاص فهو مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم المصالح الأساسية والعليا في شكل قواعد أمرة وناهية يمنع على الأفراد الإتفاق على مخالفتها في الحال، كونها تهم مصلحة المجتمع مباشرة أكثر مما تهم الأفراد مما يجعل فكرة النظام العام قيدًا على حرية التعاقد²⁷.

يرى بعض الفقهاء أن القواعد الأمرة ليست كلها من النظام العام، لكن كل قواعد النظام العام هي قواعد أمرة ويترتب على مخالفتها قواعد البطلان المطلق والذي يتمسك به كل من له مصلحة في ذلك، كما للقاضي الحق في إثارته من تلقاء نفسه مع جواز إثارة الدفع في أي مرحلة كان عليها النزاع، وهذا وما تبناه المشرع في العديد من النصوص²⁸.

فالنظام العام يستمد مصدره تارة من القانون الذي يقدر بمناسبة كل حالة تعرض عليه، ما إذا تعلق النص بالنظام العام أم لا، مهتديا في ذلك بالمصالح العليا للدولة والمجتمع، حتى ولو ظل التشريع صامتًا حول هذه المسألة²⁹.

فالسبب في نسبية وتغير النظام العام يكمن في كونه يتطور بتطور المجتمع، ومن ثمة يتصف بالنسبية لأنه يختلف من مكان إلى مكان ومن زمان إلى زمان لاختلاف المثل والمبادئ باختلاف الجهات والأوقات والأفكار والمعتقدات، ومن ثمة فيتعذر تحديد مضمونه إلا في ظل أمة معينة وفي جيل معين، فما يعتد بنظام عام في دولة لا يعتبر كذلك في ظل دولة أخرى³⁰.

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

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

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

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

فالنظام العام بمفهومه التقليدي كان يهدف إلى حماية الحرية العقدية للأطراف العقد فعند إبرام العقد الذي هو عبارة عن إتفاق بين شخصين فأكثر على إحداث آثار قانونية ولهم كامل الحرية في تنظيم العقد بشرط أن لا تتعارض مع النظام العام والآداب العامة³¹، فكان النظام العام يعمل على ضمان وحماية الحرية العقدية للأفراد فيما يسمح به القانون³²،

إلا أنه سرعان ما غير المشرع من منطق هذه الحماية التي كانت تعمل على ضمان النزاهة والأمن في العقد فالنظام العام التقليدي في الحقيقة كان وسيلة فعالة لحماية الحرية العقدية، إلا أن التحولات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية أدت إلى ظهور النظام العام الاقتصادي الذي يقيد به إرادة ونشاط الأفراد، فتدخل المشرع لتحقيق المصلحة العامة وحماية الفئات الضعيفة، فلم يعد العقد حكراً على أطرافه بل أصبح المشرع يشارك الأطراف في صياغة هذا العقد وتحديد مضمونه بموجب نصوص آمرة³³.

فحسب الفقيه بول برنارد PAUL BERNARD فالنظام العام التقليدي قاصراً نظر لسلبياته التي تجعله يتوقف عند حد نتيجة المباشرة المتمثلة في عدم وجود اضطراب مادي في المجتمع بل هو نظام حي ديناميكي كونه ثمرة لعمل بناء مجهودات كبيرة مدعمة بوسائل كثيرة موجهة لأهداف متعددة من أجل هدف اجتماعي عام شامل، فهو تنظيم منسجم لكل العلاقات الإنسانية الاجتماعية الاقتصادية السياسية الفكرية الأخلاقية الكائنة في حياة مجموعة معينة³⁴.

فالدولة الحارسة كانت تسهر على احترام الحرية العقدية، بحيث انحصر النظام العام مجاله في تطبيق المبادئ التي يقوم عليها المذهب الفردي، أما الدولة الحامية فهي المتدخلة في كل المجالات سواء كانت الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، كما تسعى لتحقيق المصلحة العامة وحماية الطرف الضعيف، وتلجأ إلى التوجيه كوسيلة لتحقيق أهدافها، وهذا الأخير يعد الأكثر مساساً بالحرية العقدية مما يؤدي إلى تقييد هذه الأخيرة³⁵.

فالتطور الذي مس فكرة النظام العام الناتج عن التحولات التي مست الإرادة نتيجة الانتقال من الدولة الحارسة إلى دولة الرفاهية أدى إلى تغير هذه الفكرة من حيث الموضوع والدرجة، بحيث أصبحت هذه الفكرة تشمل مجموع القواعد الآمرة التي تتدخل الدولة بواسطتها في الاقتصاد، ومن ثمة فالنظام العام الاقتصادي لا يعتبر كاستثناء لكنه يشكل التكييف العادي للتشريعات الجديدة، بحيث ينقسم إلى نظام عام توجيهي ونظام عام حمائي³⁶ يقصد بالنظام العام الاقتصادي التوجيهي تلك الأسس الاقتصادية والاجتماعية التي يقوم عليها مجتمع ما، بحيث ترمي إلى تجسيد السياسة الوطنية بتدخل السلطة في حرية الأفراد³⁷، فقواعد النظام العام الاقتصادي التوجيهي قواعد يراد بها تحقيق المصلحة العامة، فهي قواعد متغيرة من بلد لآخر، قواعد مرتبطة بنظام الحكم القائم، ويهدف من خلال أحكامه تنظيم التبادلات أو النقد الوطني وكذا التجارة الخارجية والاستثمار والإنتاج والتسويق، وتحضير التنمية الاقتصادية والتهيئة العمرانية أي تنظيم كل ما له علاقة بالتنمية الاقتصادية والاجتماعية للدول³⁸، فهذا النوع من النظام العام يؤكد علو المصلحة العامة على المصلحة الخاصة.

فالنظام العام التوجيهي يحمل من الممنوعات مثله مثل النظام العام بمفهومه التقليدي (السياسي) لكن في نفس الوقت له مفهوم إيجابي وهو حمل الأفراد على المشاركة في الحياة الاقتصادية والاجتماعية، ولن يكون ذلك إلا بفرض مضمونا للعقد يقع لزاما على الأفراد التقيد به وهذا ما يطلق عليه بالعقود المنظمة والمفروضة وأخرى محظورة ومراقبة³⁹.

أما بالنسبة للنظام العام الاقتصادي الحمائي أراد المشرع به حماية المصالح الخاصة للأفراد بحيث أصبحت تعد من اهتمامات الدولة التي تعمل على تحقيق التوازن في المجتمع بين الأفراد تحقيقا للعدالة الاجتماعية، بواسطة جملة من الحقوق تعطى للطرف الضعيف في العلاقة العقدية لتحد من تعسف الطرف القوي⁴⁰، ونظرا لكون العامل يتصف بالضعف مثله مثل المستهلك ظهر مصطلح النظام العام الاجتماعي الذي يسعى هو أيضا إلى تحقيق التوازن بين مصلحتين متناقضتين حماية المصلحة الاجتماعية للطبقة العاملة من جهة، والمصلحة الاقتصادية لأرباب العمل من جهة أخرى⁴¹.

فالتطور الذي حدث على النظام العام في مظهره الكلاسيكي والسلبية في جانبه، هو الذي أدى إلى تطوره للنظام العام الاقتصادي الذي أصبح يعرف بالإيجابية يعمل على تضيق الحرية العقدية لحماية فئات معينة في العقد⁴²، فإذا كان النظام العام التقليدي يمنع فالنظام العام الاقتصادي ينظم .

فاستعمال الدولة لقواعد النظام العام يعد وسيلة فعالة لتقييد الحرية العقدية، فهذا التقييد ينتج عن مجموع القواعد الحمائية المكرسة لبعض الفئات من الأشخاص كالعمال، المستأجرين، المستهلكين،.... إلخ، فبذلك يعد النظام العام السبيل القانوني الذي تلجأ إليه الدولة والذي بمقتضاه يفرض النظام على كل أعضاء المجتمع، كما تقتصر وظيفته على تقييد الحرية العقدية، بحيث تعتبر قواعد النظام العام قواعد آمرة محققة للمصلحة عامة⁴³.

كون النظام العام الحمائي يسعى لحماية الطرف الضعيف في المجتمع، إلا أن أسلوب التدخل حمايته يختلف من بلد لآخر حسب النظام السائد، من هنا فكلما تعلق الأمر بتحقيق العدالة بين الأفراد كلما كنا بصدد نظام عام اجتماعي وحمائي⁴⁴، فالعقد اليوم أصبح محتاج للعدالة العقدية لاستقراره نظرا لاختلال التوازن بين أطرافه الذي أصبح يخيّم عليه، ولن يتحقق ذلك إلا عن طريق نظام حديث لتحقيق هذه العدالة⁴⁵، فهذه الأخيرة وفق المنطق الجديد للنظام العام تعد إصلاحية بحيث تؤدي إلى إنقاذ المتعاقدين من وضعية غير متساوية وتقلهم إلى وضعية متساوية لتحقيق التوازن بين أطراف هذه العلاقة⁴⁶ فهذا النظام العام الحديث الذي كان نتاجا لتطور النظام العام التقليدي المتمثل في النظام العام الاقتصادي يمكن أن نجده في القواعد الخاصة بحماية المستهلك والقواعد الخاصة بحماية العامل متمثل في النظام العام الحمائي الاجتماعي، كما يمكن أن نجده في القواعد الخاصة بحماية المنافسة، فمن بين وسائل النظام العام الاقتصادي يسمح للمشرع بالحظر، باقتراح، التنظيم، الرقابة وأيضا بفرض عقود على الأطراف⁴⁷.

فيمكن القول أن الملاحظ على قواعد النظام العام أن المشرع تبني المفهوم المتغير بسبب اتساع قواعد النظام العام بعدما كانت تحمي الحرية العقدية مع جعل لها روابط، فهذا يعد مؤشرا على حركية النظام العام في المجال العقدي وأداة لتنظيم العقد ومن ثمة تغيرت وظيفة النظام العام من الحامية للحرية العقدية إلى المقيدة لها، فالنظام العام يعمل على مراقبة العقد بمقتضى قواعد آمرة،

وقد ترتب على ذلك أن أصبحت القواعد المتعلقة بهذا الأخير في ازدياد مستمر، مما يسمح بذلك للقاضي في بسط سلطته التقديرية الواسعة لتحديد النظام العام.

المبحث الثاني تدخل النظام العام لحماية الطرف الضعيف في العقد

المطلب الأول : المقصود بالضعف التعاقدي كمبرر لحماية الطرف الضعيف في العقد

تتمثل مبررات النظام العام الحمائي في مواجهة الضعف الاقتصادي للمتعاقد و الضعف المعرفي له.

فهدف فكرة النظام العام الحمائي يكمن في مواجهة الضعف التعاقدي الذي يتمثل في إنعدام المساواة الفعلية بين طرفي العقد، بمعنى أن أحدهما يوجد في مركز ضعيف من الناحية الواقعية في مواجهة المتعاقد الآخر بحيث يؤثر هذا الضعف في إرادة الطرف الضعيف في العقد وبالتالي يؤثر هذا على مضمون العقد وشروطه، وحقوق والتزامات كلا من طرفيه خاصة الطرف الضعيف فتزيد التزاماته ويسوء مركزه، وعلى العكس يستفيد من ذلك الطرف القوي في العقد.⁴⁸

الفرع الثاني: صور الضعف التعاقدي

وهناك صوراً عديدة لضعف التعاقدي التي يعتري أحد الطرفين العقد يمكن أن نجملها تحت الصورة الاقتصادية، أو النفسية

أولاً: الضعف الاقتصادي

يتحقق هذا الضعف عندما يضطر احد المتعاقدين إلى قبول شروط جائرة يفرضها عليه الطرف الآخر دون أن يكون له الخيار، بين قبول هذه الشروط أو رفضها.⁴⁹ ويظهر هذا الضعف في صورتين:

الصورة الأولى: يتمتع فيها أحد المتعاقدين بنفوذ اقتصادي هائل وسيطرة على السوق بما يسمح له بفرض شروط العقد. أما الطرف الآخر فقد يكون ضعيف بسبب حاجة تعوزه كالحاجة إلى العمل أو إلى مسكن. فنكون أمام طرف قوي يسعى إلى الافادة من حالة الاحتياج التي يوجد فيها الطرف الضعيف.⁵⁰

الصورة الثانية: ويوجد فيها أحد الطرفين في مركز قوي أثناء التفاوض على العقد، ثم يجد نفسه في مواجهة طرف يتمتع بنفوذ قوي فيلحق الضعف بالطرف الذي يعد تنفيذ العقد أمراً بالغ الأهمية بالنسبة له.⁵¹

وقد يكون الضعف الاقتصادي ملازماً لطبيعة العقد ذاته فينعكس حتى على تعريفه، ومثال ذلك عقد العمل الذي يعرف بأنه «العقد الذي يتعهد بمقتضاه بأن يعمل لدى صاحب العمل وتحت رقبته وإشرافه لقاء أجر».⁵²

فالعنصر الجوهرى الذي يميز هذا العقد يتمثل في خضوع العامل لرقابة وإشراف صاحب العمل الذي يكون له بمقتضى هذه التبعية القانونية أن يصدر أوامره وتعليماته إلى العامل بشأن طريقة تأديته للعمل المكلف به.⁵³

ثانياً: الضعف المعرفي:

لقد أدى تطور الحياة الاقتصادية الحياة الاقتصادية وما صاحبها من طفرات تكنولوجية يمتلك أدواتها البعض دون البعض الآخر إلى ظهور نوع جديد من عدم المساواة يطلق عليه « إختلال التوازن المعرفي» وهذا الاختلال يعكس عدم المساواة في المعرفة والخبرة بين طرفي العقد، حيث نجد طرفاً يمتلك المعرفة والخبرة وطرف آخر يفتقر إلى المعلومات والبيانات المتعلقة بالعقد الذي سيبرمه ونتيجة لهذا الضعف المعرفي أصبح على عاتق الطرف الضعيف أن يقوم بالاستعلام والتحري من أجل الحصول على المعلومات والبيانات المتعلقة بالعقد.

لكن الواقع العملي أثبت أن هناك حالات يكون فيها من الصعب على الطرف الضعيف أن يتحرى بنفسه عن معلومات والبيانات التي يريد معرفتها من أجل اتخاذ قرار بالتعاقد من عدمه.⁵⁴

المطلب الثاني : تطبيقات النظام العام الحمائي

سنتناول تطبيقات النظام العام الحمائي في عقود الإذعان وعقود الاستهلاك باعتبارهما العقدين الذين يظهر فيهما بوضوح تدخل فكرة النظام العام لحماية الطرف الضعيف في العقد من خلال فرض و تشديد من قبل المشرع لقواعد حمائية للطرف الضعيف .

الفرع الأول: حماية الطرف الضعيف في عقود الإذعان

سنتناول فيما يلي مفهوم عقود الإذعان وسلطة القاضي في هذه العقود.

أولاً مفهوم عقود الإذعان

عقد الإذعان هو «العقد الذي يسلم فيه القابل، بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها وذلك فيما يتعلق بسلعة، أو مرفق ضروري، يكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق بشأها»⁵⁵

ويمكن إجمال خصائص عقود الإذعان فيمايلي:⁵⁶

- تعلق العقد بسلع أو مرفق تعتبر من ضروريات الأولى للمستهلكين والمنتفعين.
- احتكار هذه السلعة أو المرفق إحتكاراً قانونياً أو فعلياً أو قيام منافسة محدودة النطاق بشأها.
- توجيه عرض للإنتفاع بهذه السلع أو المرفق إلى الجمهور بشروط متماثلة على وجه الدوام بالنسبة إلى كل فئة منها.

وتعتمد عقود الإذعان على استخدام نموذج نمطي للعقد يعده أحد طرفي العقد بصورة منفردة ويعرضه على الطرف الآخر الذي ليس له إلا الموافقة عليه كما هو أو رفضه دون أن يكون له القدرة على تغيير العبارات الواردة فيه أو الشروط أو الأحكام التي يتضمنها، ولذلك وصفة هذه العقود بالإذعان.⁵⁷

ومن ضمن الاشكاليات التي يطرحها عقد الإذعان أيضاً، الاستغلال الذي قد يعتمد إليه الطرف القوي تجاه الطرف المدعن مستغلاً حاجة هذا الأخير إلى الخدمات أو السلع المقدمة فيبادر إلى فرض الشروط التعسفية وهو على يقين بأن الطرف الساعي إلى التعاقد بالإذعان، وبسبب احتكار هذه السلع والخدمات لن يكون أمامه إلا أن يذعن لها.⁵⁸

ولاشك أن نظرية عقود الإذعان بهذا المعنى تتضمن مفهوماً خاصاً لفكرة الطرف الضعيف في العقد، وهو مفهوم جرى التعبير عنه وتجسيده في إطار فكرة الطرف المدعن.⁵⁹

ويتحدد معنى الإذعان في العقود بالنظر إلى معيارين:⁶⁰

الأول اقتصادي يتمثل في أن أحد طرفي العقد وهو الموجب يتمتع بنفوذ اقتصادي هائل في مواجهة الطرف الآخر بحيث تنعدم المساواة الفعلية بين مركزيهما.

والثاني، قانوني مفاده أن ينفرد أحد طرفي العقد أي الموجب، بصياغة العقد وتحديد شروطه بصورة قاطعة على نحو لا تقبل المناقشة أو المساومة فيها من طرف الآخر.⁶¹

ثانيا سلطة القاضي إزاء عقود الإذعان

سنتناول فيما يلي سلطة القاضي في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان و تفسيره للشروط الغامضة الواردة في هذه العقود.

أ- مواجهة الشروط التعسفية

«الشرط التعسفي هو الشرط الجائر الذي يتضمن أحكاماً تنافي العادلة»⁶² ويرى بعض الفقه أن الشرط التعسفي يقوم على عنصرين: أحدهما موضوعي يتمثل في التعسف في استعمال القوة الاقتصادية للمهني. والثاني شخصي، ويتمثل في حصول المهني بسبب هذا الشرط على ميزة مفرطة أو محرفة بالمستهلك، ويجب أن يرتبط هذان العنصران بعلاقة سببية، فالميزة المفرطة التي يحصل عليها المهني تكون نتيجة القوة الاقتصادية التي يتمتع بها.⁶³

وقد نصت المادة 110 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 149 من القانون المدني المصري على أنه إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المدعن منها وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة.

بهذا النص يكون المشرع قد كفل للطرف المدعن حماية أكيدة في مواجهة الشروط التعسفية التي يتضمنها عقد الإذعان، وذلك من خلال منح القاضي سلطة تعديل هذه الشروط على نحو يرفع عن الطرف المدعن ما بها من تعسف إضافة إلى سلطته في إعفاء الطرف المدعن منها إذا وجد أن ذلك هو السبيل إلى إزالة ما بها من تعسف.⁶⁴

ودعماً لحماية الطرف المدعن باعتباره الطرف الضعيف في الرابطة العقدية اعتبرت المادة 110، من القانون المدني الجزائري كل اتفاق يقضي بخلاف ما تضمنته بشأن سلطة القاضي إزاء الشروط التعسفية باطلاً.

وتنص وتجدر الإشارة في هذا الشأن أن المشرع الجزائري اعتمد من خلال النصوص الخاصة أسلوباً جديداً في معالجة الشروط التعسفية بعد تعريفه للشرط التعسفي على أنه « كل بند أو شرط بمفرده أم مشتركاً مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنها الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد».⁶⁵ وأورد بعض صورها على سبيل المثال ووضع آلية جديدة لتحديد الشروط التعسفية عن طريق التنظيمات.⁶⁶

ب- تفسير الشروط الغامضة في عقود الإذعان

تنص الفقرة الأولى من المادة 112 على أنه « يؤول الشك في مصلحة المدين ». وإذا كانت هذه القاعدة العامة في التفسير، فإن المشرع قد خرج عليها بشأن عقود الإذعان، حيث نص في الفقرة الثانية من المادة المذكورة على أنه « ومع ذلك لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة، في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المدعن.

الفرع الثاني: حماية الطرف الضعيف في عقود الإستهلاك

سنتناول فيما يلي تعريف عقد الاستهلاك والمستهلك ثم بعد ذلك سنتناول أوجه حماية المستهلك.

أولاً : مفهوم عقد الاستهلاك

يعرف عقد الاستهلاك بأنه « عقد يبرم بين طرفين يسمى الأول المستهلك ويسمى الثاني المهني بموجبه يتلقى الأول من الثاني منتجاً أو خدمة لغرض غير مهني مقابل ثمن معلوم.⁶⁷ وتعد فكرة المستهلك فكرة محورية عامة في إطار أحكام قانون الاستهلاك بما يقتضي بيان المقصود منها ووسائل حمايته.

وقد ذهب بعض الفقه في تعريف المستهلك على أنه كل شخص يقوم بإبرام تصرفات قانونية من أجل الحصول على مال أو خدمة بهدف إشباع حاجاته الاستهلاكية الشخصية أو العائلية.⁶⁸

ثانياً : أوجه حماية المستهلك

يعد المستهلك طرفاً ضعيفاً في العلاقة التعاقدية وعلى هذا الأساس تقررت حمايته ومن أوجه الحماية مايلي:

أ- حق المستهلك في الإعلام السابق على التعاقد

يعرف الالتزام بالإعلام قبل التعاقد بالتزام احد المتعاقدين بأن يقدم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد البيانات اللازمة لإيجاد رضا سليم كامل متنور على علم بكافة تفصيلات هذا العقد وذلك بسبب ظروف اعتبارات معينة قد ترجع إلى طبيعة هذا العقد أو إلى صفة أحد طرفيه، أو طبيعة محله، أو أي اعتبار آخر يجعل من المستحيل على أحدهما أن يعلم ببيانات معينة أو يحتم عليه منح

ثقة مشروعة للطرف الآخر، الذي يلتزم، بناءً على جميع هذه الاعتبارات بالالتزام بالإدلاء بالبيانات».⁶⁹

يتبين من هذا التعريف أن الالتزام بالإعلام قبل التعاقد هو التزام نشئ عن عدم وجود التكافؤ في المعلومات بين المتعاقدين.

وهناك خصائص يتسم بها هذا الالتزام تتمثل في أنه يعد الالتزام عاماً سابقاً على التعاقد ويؤدي دوراً وقائياً هو العمل على حماية العقود في المستقبل من مقومات الإنهيار ودواعي الإبطال.⁷⁰ وأما مبررات نشؤ هذا الالتزام فتتمثل فيما يلي:

- مواجهة عدم التكافؤ بين طرفي العقد من حيث مستوى العلم والدراية .
-
- قصور الوسائل التقليدية المتمثلة في نظرية عيوب الرضا في توفير الحماية اللازمة للمستهلك.⁷¹ ومن موجبات تقرير الالتزام قبل التعاقد بالإعلام قيام أحد طرفين بتقديم معلومات حول مضمون وتفصيلات العقد المراد إبرامه إلى الطرف الآخر ليكون على بينة من أمره وهو بصدد تقرير أمر قيامه بالتعاقد. وبناء على ذلك يكون محل هذا الالتزام هو هذه المعلومات والبيانات التي يقدمها أحد الطرفين لآخر قبل إبرام العقد ويقاس مدى وفاء المدين بهذا الالتزام بمدى كفاية المعلومات المقدمة لدائن واللازمة لتنوير رضائه في المرحلة قبل التعاقدية.⁷²
- وعليه يجب أن تتعلق المعلومات التي يدلي بها المدين للدائن بالجوانب القانونية المتصلة بالشيء وبشروط التعاقد وبحالة الشيء في ذاته.⁷³

ب- حق المستهلك في العدول عن العقد

لقد قررت التشريعات الحماية للمستهلك الحق في العدول عن العقد سواء قبل إبرامه أو بعد إبرامه.

وقد أعطى القانون هذا الحق للمستهلك باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة العقدية نظراً لجهلة وعدم خبرته والضعف المقصود هنا ليس الضعف الاقتصادي وإنما الضعف الناشئ عن جهله وعدم خبرته بموضوع العقد.⁷⁴

وتتمثل صور العدول عن العقد في صورتان هما:

الصورة الأولى: مهلة التفكير السابقة على العقد وفي هذه الصورة يكون من حق المستهلك العدول عن العقد قبل إبرامه ويعرف بالحق في الانسحاب ويكون هذا الحق خلال مدة زمنية يعينها القانون وهي مهلة يترتب على فواتها انعقاد العقد.⁷⁵

الصورة الثانية: مهلة التفكير اللاحقة على التعاقد وتعرف هذه الصورة بمهلة العدول وفيها يحق للمستهلك أن يقرر العدول عن العقد بعد إبرامه وبالتالي يكون له الحق في نقد العقد الذي أبرمه بإرادة منفردة.⁷⁶

ويجد هذا الحق أساسه القانوني في فكرة العقد غير اللازم فالعقد رغم إبرامه صحيحاً لا يكون نافذاً إلا في مواجهة أحد الطرفين فقط، أما الطرف الآخر وهو المستهلك الذي تقرر له هذا الحق فلا يلزمه العقد.⁷⁷

خاتمة

إن إقرار فكرة النظام العام هو تدعيماً لفكرة العدالة التعاقدية القائمة على أساس التوازن بين المتعاقدين، لذلك لا يمكن أن نعتبر وجودها إنقاصاً لحرية الإرادة في التعاقد، بل هو استعمال فعلي للإرادة التي نص عليها القانون، مع ضرورة احترام مقتضيات أعلى وأسمى تتمثل في النظام العام، فهو بذلك وسيلة قانونية في يد المشرع يفرض من خلالها على أفراد المجتمع سلوكاً اجتماعياً وقانونياً معيناً طبقاً لفكرة أن القاعدة القانونية وجدت من المجتمع لتنظم وتضبط سلوك أفراد نفس المجتمع، ومتى تصادمت الحرية الفردية مع الصالح العام، وتناقضت مع مقتضيات التضامن الاجتماعي، فإن النظام العام يتدخل في هذه الحالة، وتفقد الحرية التعاقدية مشروعيتها لأنها كانت سبباً في جلب الضرر للمجتمع.

فالنظام العام كونه ضابطاً للإرادة فإنه يعكس آثاراً كثيرة في مجال القوانين الخاصة كبطلان التصرف الذي يخالف النظام العام، باعتبار أن البطلان هو أثر قانوني، كما هناك أثر قضائي يتمثل في الحرمان من حق رفع الدعوى في حالة مخالفة النظام العام.

وما يمكن أن نخلص له من خلال هذه الدراسة إلى نتيجة مفادها سعي المشرع الجزائري الدؤوب - في المرحلة الحالية- نحو تحقيق التوازن بين مصالح مختلف الأطراف في العلاقة العقدية حتى لو

جاء ذلك بوضع نظام عام حمائي من شأنه المساس بمبادئ تقليدية راسخة كحرية التعاقد، والقوة الملزمة للعقد، والأثر النسبي للعقد، وغيرها مما يفترضه مبدأ سلطان الإرادة.

فالأولويات الجديدة للمشرع الجزائري هي إيجاد مساواة فعلية بين المتعاقدين، وحماية الطرف الضعيف، فإرادة الأطراف وحدها أضحت غير كافية لإنشاء التزامات كاملة وشاملة مما استتبعه أن المشرع يفرض التزامات على المتعاقدين يكون مصدرها القانون.

و في الختام يمكن أن نخلص إلي النتائج التالية :

- بسبب غموض فكرة النظام العام لم يتفق الفقهاء على وضع تعريف دقيق لها والسبب يعود بالدرجة الأولى إلى مرونة ونسبية هذه الفكرة.
- يميز الفقه بين النظام العام التقليدي وهو ما يسمى بالنظام السياسي و النظام العام الاقتصادي فالأول له دور سلبي يقتصر على تقييد سلطان الإرادة التعاقدية بتحريم تصرفات أو شروط معينة، أما الثاني فله دور إيجابي بمقتضاه يتدخل المشرع في تنظيم العلاقات التعاقدية.
- أن مفهوم الطرف الضعيف في العقد ليس واحداً في كل الأحوال وإنما يختلف تبعاً للضعف الذي يعتري المتعاقد فالضعف التعاقدية وإن كان يرجع إلى انعدام المساواة الواقعية بين طرفي العقد إلا أنه يتخذ عدة مظاهر أهمها الضعف الاقتصادي الذي يتمثل في عدم التوازن بين القوة الاقتصادية للمتعاقدين و الضعف المعرفي الذي ينشأ بسبب عدم تكفيء بين المتعاقدين من حيث العلم والدراية بأمور العقد المزمع إبرامه.
- نقترح بخصوص الشروط التعسفية الإسراع في تنصيب لجنة البنود التعسفية الموضوعة لدى وزير التجارة، والتي تم إنشاؤها بموجب المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المعدل بموجب المرسوم التنفيذي رقم 08 - 44 لما لها من دور ولو استشاري في الحد والتقليل من الشروط التعسفية من خلال توصياتها والخبرات التي تقوم بها .

قائمة الهوامش::

- ¹ عليان عدة، فكرة النظام العام وحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري والفقہ الاسلامي، اطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السيلسية، جامعة ابي بكر قايد، تلمسان، 2016، ص، 19.
- ² فيصل نسيغة، رياض دنش، النظام العام، مجلة المنتدى القانوني، عدد5، جامعة مُجد خيضر بسكرة، 201، ص، 174.
- ³ عليان عدة، مرجع سابق ص، 05 .
- ⁴ يتخذ مصطلح المفهوم معنى حُسن تصوّر المعنى وجوده استعداد الذهن للاستنباط، والبعض يعتبر المفهوم فكرة مجردة تمثل الخصائص الأساسية للشيء الذي تمثله، يمكن أن تنشأ المفاهيم ضمن إطار التجريد أو التعميم، أو كنتيجة للتحويلات التي تطرأ على الأفكار القائمة، لتفاصيل أكثر يُراجع الموقع الإلكتروني: <https://ar.wikipedia.org/wiki/>، وقد لوحظ بتاريخ: 24 فبراير 2019.
- ⁵ عماد طارق البشري، فكرة النظام العام في النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقہ الإسلامي، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط. 01، سنة: 2005، ص. 49.
- ⁶ أما النظام العام من المصطلحات القانونية التي استعصى على كل من الفقہ والتشريع تقديم تعريف جامع مانع، كونه ذو مفهوم فضفاض وضبابي غير واضح المعالم، كما أنه يتغيّر بتغيّر الزمان والمكان، وقد قيل بأن محاولة تعريفه هي عبارة عن " مغامرة على الرمال الزّاحفة "، و " مسلكا محاطا بالأشواك "، و " يتغيّر مع طول أقدام القضاة "، وقد قال القضاة الإنجليز بشأنه: " إنك إذا حاولت تعريف النظام العام، فإنما تركب خصانا جامحا لا تدري بلي أرض سيلقى بك "، وقد عرّفه عبد الحي الحجازي بأنه: " مجموعة النظم والقواعد التي تُصَدّ بما إلى المحافظة على حسن سير المصالح العامة في الدولة، وإلى ضمان الأمن والأخلاق في المعاملات بين الأفراد، بحيث لا يجوز للأفراد أن يستبعدوها في اتّفاقاتهم".
- وأما الآداب العامة فإنها تمثل الجانب الخلقي للنظام العام، وتفاصيل أكثر عن فكرة النظام العام والآداب العامة، يُراجع: علاق عبدالقادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية: 2007-2008، ص. 97، 98، وبالخصوص: فيلالى علي، الالتزامات، التّظرية العامة للعقد، موفم للنشر والتوزيع، ط. سنة 2001، ص. 208، 211، خاصة الهوامش من 01 إلى 06.

⁷ عليان عدة، فكرة النّظام العام وحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري والفقہ الإسلامي، أطروحة مُقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2016/2015 ص. 35.

⁸ عبدالله العتيبي، من خلال رسالته حول النّظام العام للدولة المسلمة، راجع: عليان عدة، المرجع السّابق، ص. 36.

⁹ ابن أبي الرّبيع الذي أسّس النّظام العام على أربع مقومات وهي الملك والرعية والعدل والتدبير. أما الماوردي فقد أقام النّظام العام على الصّلاح العام بوجود ستة قواعد وهي: دين متبع، وسلطان قاهر، وعدل شامل، وأمن عام، وخصب دائم، وأمل فسيح، أما الغزالي فقد رأى بضرورة النّظام العام لأنه سلطان ضروري في الدنيا، ونظام الدين للفوز بالسعادة الآخرة كونه كان مقصودا للأنبياء. أما القرابي فقد رأى أن المحكوم عليه مُلزم بحكم الحاكم، لذلك حُرمت عليه المخالفة لما فيها من مفسدة، أما الشاطبي فقد استعمل مصطلح النّظام للدلالة على النّظام العام في الكثير من المحطّات، ويظهر ذلك من خلال تأكيده على أن الشارع إذا قصد بالتّشريع إقامة المصالح الأخروية والدنيوية، بشرط ألا يتخلل بها النّظام سواء كان ضروريات أو حاجيات أو تحسينات وُضعت مع إمكانية اختلال النّظام فلا يُعتد بوضع التّشريع لها. لتفاصيل أكثر عن ذلك: يُراجع: عليان عدة، المرجع السّابق، ص. 35، 36.

¹⁰ أشار إلى جميع هذه التعاريف: عليان عدة، المرجع السّابق، ص. 27، 29.

¹¹ عماد طارق البشري، المرجع السابق، ص. 49.

¹² فيلالتي علي، المرجع السابق، ص. 208، 211، الهوامش من 01 إلى 06.

¹³ عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد؛ نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، مج. 01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط. سنة: 2000، ص. 399، 400.

¹⁴ عليان عدة، المرجع السّابق، ص. 41.

¹⁵ فيلالتي علي، المرجع السابق، ص. 208، 211، الهوامش من 01 إلى 06.

¹⁶ لقد صدر هذا القرار القضائي عن الغرفة الإدارية لمجلس قضاء الجزائر بتاريخ 17 يناير 1982، حيث أشار إليه أيضا: عليان عدة، المرجع السابق، ص. 31.

¹⁷ المادة 02/24 من الأمر رقم: 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم: 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005

- ¹⁸ سوار مُجَّد وحيد الدين، الاتجاهات العامة في القانون المدني، دراسة موازنة بالفقه الإسلامى والمدونات المدنية العربية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط. 03، ص. 31. وقد أشار إليها: عليان عدة، المرجع السابق، ص. 32.
- ¹⁹ عبدالرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص. 399-400.
- ²⁰ فيلاي علي، المرجع السابق، ص. ص. 208، 211، لاسيما الهوامش من 01 إلى 06.
- ²¹ المرجع نفسه، ص. 270.
- ²² مُجَّد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، ج. 01، العقد والإرادة المنفردة، دار الهدى، الجزائر، ط. سنة: 1993، ص. 218.
- ²³ حسين عبد الله الكلابي، "النظام العام العقدي دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، دار السنهوري، 2016، ص. 10.
- ²⁴ فيلاي علي، "مقدمة في القانون"، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص. 106-107.
- ²⁵ عبد المنعم فرج الصده، "نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، القانون المصري واللبناني والسوري والعراقي والليبي والكويتي والسوداني"، دار النهضة العربية، بيروت، 1974، ص. 338.
- ²⁶ صلاح الدين جمال الدين، "فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية"، دار الفكر الجامعي، 2004، ص. 11.
- ²⁷ خراز مُجَّد صالح، "المفهوم القانوني لفكرة النظام العام"، دراسات قانونية، مجلة شهرية متخصصة في الدراسات والبحوث القانونية، دار القبة للنشر والتوزيع الوادي، الجزائر، العدد 06، جانفي، ص. 34-36.
- ²⁸ مُجَّد فريدة، "المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون"، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 1998، ص. 29.
- ²⁹ رايس مُجَّد، "مدى أثر مبدأ النظام العام والآداب الحميدة على العقد المدني"، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، 2008، ص. 52.
- ³⁰ صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق، ص. 28..
- ³¹ Nadège Meyer, "L'ordre public en droit du travail, contribution à l'étude de l'ordre public en droit privé", éditions L.G.D.J, paris, 2006, p 30-31
- ³² Philippe Malaurie, "L'ordre public et le contrat", tome 01, éditions matot-braine, reims, 1953, p13.

³³ Philippe Malaurie, op.cit , p 69

³⁴ Bernard Paul, " **Notion d'ordre public en droit administratif** ", L.G.D.J,paris, 1962, p 12 ..

³⁵ فاضل خديجة، " عيممة العقد "، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم، كلية الحقوق، جامعة الجزائر
01، 2016، ص 25

³⁶ عيساوي عزالدين، "البحث عن نظام للنظام العام"، مداخلة في الملتقى الدولي بعنوان "التحول في
فكرة النظام العام: من النظام العام إلى الأنظمة العامة"، يومي 23 و 24 أبريل 2014، مجلة
سداسية، عدد خاص، 2015، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة
عبد الرحمن ميرة، بجاية، ص 375 ..

³⁷ ميريني حنان، " النظام العام الاقتصادي وتأثيره على العلاقة العقدية "، مذكرة لنيل شهادة
الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2004، ص 09.

³⁸ مندي آسيا ياسمين، " النظام العام والعقود "، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة
الجزائر 01، 2009، ص 10 مندي آسيا ياسمين، " النظام العام والعقود "، مذكرة لنيل شهادة
الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2009، ص 10.

³⁹ ميريني حنان، مرجع سابق، ص 26.

⁴⁰ نساخ فطيمة، " مفهوم النظام العام بين الشريعة العامة والتشريعات الخاصة "، مداخلة في الملتقى
الدولي بعنوان "التحول في فكرة النظام العام: من النظام العام إلى الأنظمة العامة"، يومي 23 و 24
أفريل 2014، مجلة سداسية، عدد خاص، 2015، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق
والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، ص 417 .

⁴¹ بن عزوز بن صابر، " النظام العام الاجتماعي في مفهوم قانون العامل "، مداخلة في الملتقى الدولي
بعنوان "التحول في فكرة النظام العام: من النظام العام إلى الأنظمة العامة"، يومي 23 و 24 أفريل
2014، مجلة سداسية، عدد خاص، 2015، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم
السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، ص 617 ..

⁴² Trari-Tani Mostapha, " **Justice contractuelle et nouvel ordre commercial mondial** ", revue semestrielle, éditée par le laboratoire de droit privé fondamental, n 06, 2009, faculté de droit, université aboubekrbelkaidtelemcen, p 74-75

⁴³ Nadège Meyer , op.cit, p 46.

⁴⁴ GHestin Jaques, "**Traité de droit civil, la formation du contrat** ", éditions L.G.D.J , paris, 1996, p 240.

⁴⁵ Denis Mazeaud, "**Le nouvel ordre contractuel** ", revue des contrats, L.G.D.J ,paris, 2003, p 296.

⁴⁶ Sapitz Jean-faien, "**Qui dit contractuel dit juste: quelques remarques sur une formule d'alfred fouillée**", revue trimestrielle de droit civil, avril/juin 2007, n 02, éditions DALLOZ, paris , p 283.

⁴⁷ Florence Canut, "**L'ordre public en droit du travail** ", tome 14, éditions L.G.D.J,paris 2007, p 05.

⁴⁸ أنس مُجَّد عبد الغفار، آليات مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان، راسة مقارنة بين القانون المدني والفقہ الإسلامي، دار الكتب القانونية، مصر، 2013، ص 24.

⁴⁹ مُجَّد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، دراسة مقارنة دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 34.

⁵⁰، المرجع نفسه، ص 34.

⁵¹ أنس مُجَّد عبد الغفار، المرجع السابق، ص 26.

⁵² مُجَّد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 36.

⁵³ أنس مُجَّد عبد الغفار، المرجع السابق، ص 26-27.

⁵⁴ إبراهيم عبد العزيز داود، عدم التوازن المعرفي في العقود، دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2014، ص 24-25.

⁵⁵ هانية مُجَّد علي فقه، الرقابة القضائية على عقود الإذعان، ط01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2014، ص 13-14.

⁵⁶ مصطفى الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، ط01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002، ص 101-102.

⁵⁷ أنس مُجَّد عبد الغفار، المرجع السابق، ص 31.

⁵⁸ هانية مُجَّد علي فقيه، المرجع السابق، ص 17.

⁵⁹ مُجَّد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 77.

⁶⁰ المرجع نفسه، ص 82-83.

- ⁶¹مُحَمَّد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 84.
- ⁶²عبد الحكيم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف، 2016، ص 360.
- ⁶³أنس مُحَمَّد عبد الغفار، المرجع السابق، ص 94.
- ⁶⁴مُحَمَّد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 57.
- ⁶⁵أنظر المادة 03 من القانون رقم 04-02 المتعلقة بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.
- ⁶⁶علي فيلاي، المرجع السابق، ص 36-37.
- ⁶⁷مولك بختة، الحماية الجنائية للمستهلك في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ج37، العدد 02، الجزائر، 1999، ص 29.
- ⁶⁸عمر مُحَمَّد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك دراسة مقارنة، بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2014، ص 24.
- ⁶⁹نزيه مُحَمَّد عبد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات وتطبيقاته على بعض أنواع العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982م، ص 15.
- ⁷⁰أمانج رحيم أحمد، حماية المستهلك في نطاق العقد، دراسة مقارنة، شركة المطبوعات للتوزيع والنشر، بيروت، ط1، 2010، ص 69.
- ⁷¹أمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص 75-77.
- ⁷²عمر مُحَمَّد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 226.
- ⁷³أمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص 78-79.
- ⁷⁴أنس مُحَمَّد عبد الغفار، المرجع السابق، ص 179.
- ⁷⁵المرجع نفسه، ص 181.
- ⁷⁶أنس مُحَمَّد عبد الغفار، المرجع السابق، ص 183.
- ⁷⁷عمر مُحَمَّد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 775.