فكرة النظام العام والآداب وتطبيقاتهما فى القانون الأمريكى مقارنة بالقانون المصرى

دكتورة / مروه محمد عبد الغنى

فكرة النظام العام والآداب وتطبيقاتهما في القانون الأمريكي مقارنة بالقانون المصري

إعداد

دكتورة مروة محمد عبد الغني

مدرس بقسم القانون المدني

كلية الحقوق- جامعة الإسكندرية

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

يتناول البحث القائم أحد أكثر المفاهيم غموضاً وإثارة للجدل وهو مفهوم النظام العام والآداب. ولهذا المفهوم أهمية كبيرة إذ ينعكس أثره على تطبيقات قانونية لا متناهية في المعاملات اليومية في كافة المجالات. وفي هذه الدراسة نبحث فيما يتضمنه هذا المفهوم وكيفية تطبيقه في القانون الأمريكي ومدى إختلافه عن القوانين اللاتينية وبوجه خاص القانون المصري.

ومثل هذه المقارنة تعكس التباين في تنظيم مسألة النظام العام والآداب في النظامين القانونيين للعالم ؛ النظام اللاتيني والنظام الأنجلو أمريكي.

هذه الفكرة في القانون المصري تتكون من شقين أساسيين كل منهما يمثل جزءاً مكمل للآخر وهما النظام العام من ناحية والآداب من ناحية أخرى. كما ظهر حديثاً بالإضافة للمفهوم التقليدي للنظام العام، آخر إقتصادي.

ذلك في حين النظام الأنجلوسكسوني يتناول المسألة بمنهجية أخرى فمفهوم النظام العام وإنعاكاسه على العقود بشكل خاص وكافة أشكال المعاملات لا يختلف كثيراً عما ينطبق في القانون المصري والقوانين اللاتينية.

أما الآداب العامة، فإن لها وضع منفصل، فهي ليست جزء مكمل لفكرة النظام العام ولا تتمتع بذات الثبات والإلزام. بل أنها قد مرت بتطورات تاريخية عديدة. فقد كان القانون الأمريكي قديماً يعطي أهمية كبيرة لاحترام الآداب العامة ويحظر كل ما يخالفها من معاملات أو تصرفات مستمداً هذه الأهمية من القانون الكنسي. وأخذت هذه الأهمية تقل تدريجياً حتى أصبحت في العصر الحالي في نظر غالبية الفقه والقضاء تتعارض مع الحرية الشخصية وتخالف الدستور الأمريكي. وذلك لا يمنع من إعتراض القلة على هذا الفهم وإستحسانهم للتمسك بتطبيق محاذير الآداب العامة والتأكيد على مدى أهميتها وضرورتها لتحقيق الصالح العام.

على ذلك، تنقسم هذه الدراسة إلى قسمين:

الأول: ارتباط فكرتي النظام العام والآداب العامة في القانون المصري وتطبيقاتهما.

الثاني: إنفصال النظام العام عن الآداب العامة في القانون الأمريكي وكيفية تطبيق كل منهما.

القسم الأول

ارتباط فكرتي النظام العام والآداب العامة فى القانون المصرى وتطبيقاتهما

وفى هذا القسم نتناول النظام العام والآداب فى القانون المصرى من الناحيتين النظرية والتطبيقية. إلا أننا نرى أن نبدأ بالناحية التطبيقية لهذه الفكرة ثم نستخلص من تلك التطبيقات المفهوم الأقرب للدقة. وعليه ينقسم هذا القسم إلى فصلين:

الفصل الأول

أبرز تطبيقات النظام العام والآداب فى القانون المصرى

يقصد بتطبيقات النظام العام والآداب هنا، تلك النظريات القانونية التى تلعب فكرة النظام العام[1] دوراً جوهرياً فى تشكيلها كالتفرقة بين

(١) عند ذكر النظام العام فيما يتعلق بالقانون المصري في هذا البحث، إنما نقصد النظام العام والآداب معاً نظراً لعدم انفصالهما في هذا القانون، و ذلك للاختصار.

القواعد الآمرة والمكملة. ونقصد بالآثار انعكاسات فكرة النظام العام على مبادئ راسخة فى القانون الخاص مثل مبدأ سلطان الإرادة وأثر النظام العام على المعاملة محل المخالفة.

فى هذا الفصل نتعرض لتلك التطبيقات بالشرح الموجز فى المباحث الآتية:

المبحث الأول

تقسيم القواعد القانونية إلى آمرة ومكملة وعلاقته بالنظام العام:

إن أحد أهم التقسيمات التى وضعها الفقه للقواعد القانونية هو تقسيمها إلى قواعد آمرة وأخرى مكملة. ومعيار التفرقة بين هذين النوعين من القواعد هو مدى جواز اتفاق الأطراف على مخالفة حكم القاعدة. فإن كان محظوراً على الأطراف الاتفاق على ما يخالف حكم القاعدة تعد قاعدة آمرة. وإن كان مباحاً للأطراف الاتفاق على خلاف ما تأتى به القاعدة فهى مكملة. ويُلحق بعض الفقهاء إلى هاتين الطائفتين نوع ثالث من القواعد و هو القواعد نصف الآمرة، وهى التى يجوز الاتفاق على مخالفتها بالزيادة فقط لمصلحة أحد الطرفين دون مخالفتها بالانتقاص من مصالحه[1]. وذلك حال غالبية قواعد قانون العمل.

على ذلك، فإن القاعدة الآمرة، سواء تضمنت أمراً أو نهياً، تأتى مطلقة فى إلزامها للمخاطبين بها[2]. أى لا خيار لأى فرد فى تطبيقها أو استبعادها. والعلة من وراء ذلك أن ما تتناوله القاعدة الآمرة ينعكس على مصلحة عليا للمجتمع بأسره. فتأثير تطبيقها يحقق مصلحة المجتمع عامة ولا ينحصر فى المخاطبين بها فحسب، واستبعادها يؤثر سلبا على مصلحة المجتمع قاطبة كذلك. أما القاعدة المكملة فإنها ملزمة كذلك ولكن بشرط

---

(١) أنظر: أ.د. محمد حسام محمود لطفى، المدخل لدراسة القانون فى ضوء أراء الفقه وأحكام القضاء، الطبعة الثانية عشرة، القاهرة ٢٠١٦- ٢٠١٧، ص٦٨.

(٢) د. نبيل سعد، المدخل إلى القانون، نظرية القانون، دار الجامعة الجديدة٢٠١٤، ص٥٤.

ألا يتفق الأطراف على خلاف ما جاءت به. فحرية الاختيار بين تطبيقها أو استبعادها متوفرة للمخاطبين بأحكامها، بحيث إن لم يعبروا عن رغبتهم فى استبعادها واستبدال حكمها بآخر، يجب أن يطبق حكمها. ويرجع ذلك إلى أن موضوع القاعدة المكملة يتعلق بمصلحة خاصة لأطرافها ولا يتأثر به سواهما. فإن اتفقا على خلافها لن يؤثر ذلك على مصلحة المجتمع بأكمله.

تتضح علاقة النظام العام بهذا التقسيم فى معيار التفرقة بين القواعد الآمرة والمكملة. فمن أجل تحديد ما إذا كانت قاعدة معينة آمرة أم مكملة (بما يترتب على ذلك من نتائج) هناك معياران كالآتى:

أ- المعيار الأول: المعيار اللفظى:

يعتمد هذا المعيار على اللجوء لعبارة النص ذاتها، والألفاظ المستخدمة فى صياغته. فهذه الألفاظ قد تدل بوضوح وبلا لبس على ما إذا كانت القاعدة آمرة أم مكملة.

فإن تبين من تلك الألفاظ أنه لا خيار للأفراد فى تطبيق القاعدة أو استبعادها فهى قاعدة آمرة. ومثال ذلك المادة ١١٠ مدنى والتى تقضى بأنه: "ليس للصغير غير المميز حق فى ماله وتكون جميع تصرفاته باطلة". أما إذا اتضح من ألفاظ النص أنه يمنح الخيار للمخاطبين فى تطبيقه أو استبعاد حكمه، فالقاعدة التى يتضمنها ذلك النص مكملة. ومثال ذلك المادة ٥٨٦ مدنى والتى تنص على أنه: "يجب على المستأجر أن يقوم بوفاء الأجرة فى موطن المستأجر ما لم يكن هناك اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك".

يتميز هذا المعيار بأنه معيار مادى وشكلى ومباشر. فهو مادى وشكلى لأنه يعتمد على شئ ملموس وهو عبارة النص ذاتها والألفاظ المكونة لها فى الدلالة على طبيعة القاعدة، ولا ينظر إلى المعنى المقصود من تقرير القاعدة. وهو مباشر إذ لا يعتمد على ما وراء السطور، بل أن السطور ذاتها هى المعيار. فلا شك أنك عندما تقرأ ألفاظ مثل (لا يجوز،

ليس لأحد، كان العقد باطلاً... إلخ، تستنبط أنك بصدد قاعدة آمرة دون البحث فى القصد والغاية من ورائها. فى حين تعلم أن القاعدة مكملة عندما تواجه التعبيرات التالية (يجوز، إذا اتفق، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك..).

إلا أنه لا يمكن أن تقتصر فى التمييز بين القاعدة الآمرة والمكملة على المعيار اللفظى. ذلك أن هناك قواعد لات تفصح ألفاظها عن طبيعتها الآمرة أو المكملة وهنا تتجلى أهمية المعيار الثانى والذى يعتمد على فكرة النظام العام والآداب.

ب ـ المعيار الثانى: النظام العام والآداب:

فى بعض الأحيان قد يصعُب أو يستحيل تمييز طبيعة القاعدة بشكل مباشر اعماداً على ألفاظها. فى هذه الحالات لا مفر من اللجوء إلى معيار النظام العام والآداب من أجل التوصل إلى تبين مدى إمكانية الاتفاق على خلاف القاعدة.

إن أساس هذا المعيار يكمن فى فهم معنى النص وفحواه وتفحص ما وراء الألفاظ وما تدل عليه. فإن دل معناه على أنه يتضمن أمر متعلق بالصالح العام للمجتمع، مؤثراً فيه فهى قاعدة تتعلق بالنظام العام، وبالتالى قاعدة آمرة لا يجوز مخالفتها. أما إن استخلصنا من معنى النص دلالته على تنظيم مسألة تتعلق بمصالح خاصة بالأفراد ولا تؤثر على عموم مصالح المجتمع فهى قاعدة مكملة ولا تتعلق بالنظام العام، وعليه يجوز للمخاطبين بها الاتفاق على خلافها. فالقاعدة المكملة إنما تكمل إرادة الأفراد فى حال أغفلوا الاتفاق على أمر ما.

من الضرورى فى هذا الموضع محاولة توضيح المقصود بفكرتى النظام العام والآداب. وبالرغم من أننا سوف نتناول شرحهما فيما بعد، إلا أننا سنعرض لهما هنا بإيجاز شديد:

النظام العام: هو المفهوم الذى يشير إلى مجموعة المبادئ الجوهرية فى المجتمع، ومصالحه العليا التى لا يقوم بدونها. فأية قاعدة تتعلق بتنظيم

مصالح المجتمع ككل من النواحى السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية أو الأمنية تعتبر متعلقة بالنظام العام. بعبارة أخرى، قواعد النظام العام هى الضمانات والأعمدة الأساسية لقيام مجتمع مدنى متحضر.

ويتضح من ذلك، أن مفهوم النظام العام وما يتضمنه من قواعد، هى أمور نسبية تتباين بتباين المجتمعات والعصور، كما أنها تعصى على التحديد الدقيق بطبيعة الحال.

الآداب العامة: هى جزء لا يتجزأ من النظام العام، وتتمتع بنفس خصائصه. وتختص الآداب العامة بالشق الأخلاقى من تلك القواعد الأساسية التى يقام عليها المجتمع. فالآداب العامة تمثل الحد الأدنى من الأخلاقيات التى ينبغى أن يلتزم بها الأفراد حفاظاً على سلامة مجتمعهم.

إن استخدام مفهوم النظام العام والآداب كمعيار موضوعى للتمييز بين القواعد الآمرة والمكملة على هذا النحو، يعد من أبرز تطبيقاته ومن أهم دواعى استعماله فى القانون المصرى.

المبحث الثانى
النظام العام والآداب كقيد على مبدأ سلطان الإرادة:
المطلب الأول
نشأة المبدأ ومضمونه وتطوره

بدأ مبدأ سلطان الإرادة فى التكون التدريجى فى العصور الوسطى حينما ظهرت عيوب الشكلية التى فرضها القانون الرومانى[1]. ففى تلك الفترة بدأ المذهب الفردى فى الظهور والتوسع وأخذ دور الإرادة فى تكوين المعاملات يبرز تدريجياً إلى أن استقر فى القرن السابع عشر، وتوهج فى القرنين الثامن عشر والتاسع عشر. وقد تسبب فى بروز ذلك المبدأ عدة عوامل، لعل أهمها هى العوامل الاقتصادية من زيادة النشاط

(١) أنظر: د. عبد الرزاق السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى، الجزء الأول: نظرية الالتزام بوجه عام، منشأة المعارف، ٢٠٠٤، ص١٢٠-١٢٦.

التجارى وما يتطلبه من سرعة وسهولة فى إتمام المعاملات وهو ما لا يتناسب إطلاقاً مع الأوضاع والأشكال التى فرضها القانون الرومانى. كما ساهمت فى إنشاء المبدأ عوامل أخرى سياسية ودينية وغيرها.

إن المحور الأساسى لمبدأ سلطان الإرادة هو الفرد. فقد اعتبر أنصار المبدأ أن الفرد هو الغاية الرئيسية، ولابد من تسخير القانون من أجل حماية مصالحه بحيث تعمل القواعد القانونية على التوفيق بين المصالح الفردية للمواطنين. ولا تتأتى مراعاة مصالح الفرد وغاياته على هذا النحو إلا عن طريق إعلاء حرية إرادته. فحرية الإرادة فى إبرام التصرفات القانونية هو جوهر الشخصية وأساس وجودها فى مفهوم المذهب الفردى. وبالتالى فإن إطلاق حرية الإرادة وسلطانها إنما هو السبيل لتحقيق مصالح الأفراد[1].

وتتجلى آثار هذا المفهوم من عدة نواح، و فى مجال إبرام العقود بشكل خاص منها:

١- أن مبدأ سلطان الإرادة هو أساس القوة الملزمة للعقد. فالأثر الأساسى المترتب على إبرام أى عقد وهو لزوم تنفيذه كما اتفق طرفاه، إنما يجد أساسه المنطقى فى مبدأ سلطان الإرادة. كما يُعد هذا المبدأ فى ذات الوقت ضمانة تنفيذ الالتزامات العقدية ومبرر توقيع الجزاء على المخالف.

٢- تفرع عن مبدأ سلطان الإرادة، مبدأ الحرية التعاقدية. فالإرادة الفردية ذات السلطان لها كامل الحرية في إبرام التعاقدات. ويتضح ذلك فى مراحل التعاقد المختلفة. فالفرد يتمتع بالحرية أولاً فى قرار الدخول فى التعاقد من عدمه، ثم يكون له حرية اختيار الشخص الذى يتعاقد معه. وبعد ذلك يكون لطرفى العقد حرية تحديد ما يتضمنه

(١) أنظر: د. همام محمد محمود، الأصول العامة للالتزام: نظرية العقد، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٤، ص ١٥ - ٢٠.

اتفاقهما من بنود وشروط. وإن أدخل أى تعديل على تلك البنود، فإنه يتم بواسطة أولئك الأطراف دون غيرهم. وأخيراً فإن قرار إنهاء التعاقد أو إلغائه يكون كذلك منوطاً بإرادة عاقدية.

كل ما سبق يفترض بالطبع عدم مخالفة النظام العام والآداب.

لقد ظل مبدأ سلطان الإرادة لفترة زمنية طويلة مسيطراً على غالبية النظريات القانونية، ولم يعد تطبيقه قاصراً على الالتزامات وحدها، بل امتد ليشمل كافة الحقوق الآخرى[1]. وذلك إلى أن بدأ الفكر الإشتراكى فى الظهور والانتشار - بسبب العوامل الاقتصادية السائدة آنذاك- . فقد شرع انصاره فى محاربة المذاهب الفردية و توجيه النقد اللاذع لمبدأ سلطان الإرادة والوقوف ضد إطلاق تطبيقه وهنا بدأ نجم المذهب الفردى فى الأفول والانحسار.

بعد ذلك ظهر تيار معتدل ينادى بالتوسط بين إطلاق المبدأ بلا حدود، و رده إلى أدنى حد ممكن. وقد وضع هذا التيار منهجاً لتطبيق مبدأ سلطان الإرادة يعيد الامور إلى النصاب المعقول.[2]

المطلب الثانى
تأثير النظام العام والآداب على مبدأ سلطان الإرادة

يُعد النظام العام والآداب من أبرز القيود التى تحد من نطاق سلطان الإرادة والحرية التعاقدية. فإن كان الأصل العام هو أن إرادة الفرد حرة فى إبرام ما تشاء من العقود، وفى تحديد مضمون تلك العقود، ولها تعديلها كذلك، إلا أن كل ذلك مشروط باحترام النظام العام والآداب و تجنب مخالفة أي منهما. فالعقد الذي يخالف أمر يتعلق بالنظام العام و الآداب فى مضمونه أو محله أو سببه يعد باطلاً بطلاناً مطلقاً ولا يرد عليه التصحيح أو الإجازة.

---

(١) أنظر: د. عبد الرزاق السنهورى، مرجع سابق، ص ١٢٢، ١٢٣.

(٢) أنظر فى تفصيل ذلك: د. السنهورى، المرجع السابق، ص ١٢٥٠.

ومن مقتضيات ذلك أن سلطان الإرادة فى إبرام التصرفات القانونية منوطا بمراعاة القواعد الآمرة. بعبارة آخرى، أن الحرية التى يخولها مبدأ سلطان الإرادة للفرد مقيدة بما يفرضه القانون من قواعد آمرة. فهى لا يجوز الإتفاق على ما يخالفها أو عدم العمل بما جاءت به وإلا يعتبر التصرف باطلاً، لا وجود له.

ويرى بعض الفقهاء أن الازدياد الواضح للقواعد الآمرة فى الآونة الاخيرة قد أدى إلى إنحسار مبدأ سلطان الإرادة إلى حد الزوال او النزول إلى الحد الأدنى [1] فى مجال التعاقد. إلا أننا نرى أن الحدود التى رسمها القانون لمبدأ سلطان الإرادة جعلت نطاقه معقولاً، يكفل توازناً بين حرية الفرد وما تفرضه المصلحة العامة بحيث لا يضر أحدهما الآخر.

المبحث الثالث

نظرية البطلان وعلاقتها بالنظام العام

لا يقتصر أثر تدخل فكرة النظام العام والآداب فى المجال التعاقدى[2] على إعتباره قيداً على مبدأ سلطان الإرادة، وانما يتعلق كذلك بنظرية بطلان الالتزامات.

المطلب الاول

نظرة على مفهوم البطلان وأنواعه

بطلان التعاقد يمثل الجزاء الذى يرتبه القانون على عدم استيفاء العقد لأركانه وشروط صحته.

فالتعاقد بشكل عام يقوم على ثلاثة أركان أساسية وهى الرضا والمحل والسبب، كما يضع القانون شروطاً محددة لصحة هذه الأركان. فالرضا لابد وأن يصدر من ذى أهلية وألا يكون مشوبا بعيب. والمحل

---

(١) د. توفيق حسن فرج النظرية العاملة للإلتزام: مصادر الإلتزام، الطبعة الثانية ١٩٨٠- ١٩٨١، ص ٤٠.

(٢) أبو جعفر عمر المنصورى، فكرة النظام العام والآداب العامة فى القانون والفقه مع التطبيقات القضائية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٠، ص ٣٧٨.

يشترط أن يكون ممكناً ومعنياً ومشروعاً[1]. والسبب يجب ان يكون موجوداً ومشروعاً[2] وعليه، إذا تخلف أى من تلك الاركان أو الشروط يكون الجزاء هو بطلان التعاقد.

إلا أن للبطلان أنواع، فقد استقر الفقه على لزوم تدرجه ولكنه اختلف فى كيفية تقسيمه [3] وقد ظهرت نظريات فقهية فى تقسيم البطلان البعض يرى أى وضع ثلاثة درجات من البطلان هى الانعدام والبطلان المطلق والبطلان النسبى. بينما راى كثرة الفقهاء تقسيمه إلى بطلان مطلق وبطلان نسبى. بل قد رأى البعض حصر البطلان فى درجة واحدة هى البطلان – المطلق. ذلك فى حين إتجه فريق إلى عدم حصر البطلان فى درجات محددة وإنما اطلاقه بحسب المخالفة.

إن عرض تلك النظريات المعالجة لتقسيم البطلان تفصيلاً ليس مجال هذا البحث. وإنما يكفى القول أن غالبية الفقهاء قد استقروا على الاتجاه الذى يقسم البطلان تقسيما ثنائياً: بطلان مطلق وبطلان نسبى، وهو ما يأخذ به القانون المدنى المصرى الحالى.

وإن استقر الفقه والتشريع والقضاء على انحصار البطلان فى هذين الشكلين، فما هو معيار التفرقة بينهما؟. وبعبارة أخرى، ما الحالات التى يُعتبر التعاقد فيها باطلاً مطلقاً، ومتى يمكن اعتباره قابلاً للإبطال؟. هنا اختلف الفقه مرة أخرى حول هذا المعيار، فظهرت نظريتان إحداهما تقليدية والأخرى حديثة.

تتجه النظرية التقليدية، إلى أن أساس التفرقة بين البطلان المطلق والقابلية للإبطال يقوم على شروط الانعقاد والوجود من ناحية وشروط

---

(١) يستخلص ذلك من المواد ١٣٢، ١٣٣، ١٣٥، من القانون المدنى رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨

(٢) المادة ١٤٦ مدنى.

(٣) انظر. د. عبدالرازق السنهورى، المرجع السابق، ص ٣٩٦- ٤٠٠.

الصحة من ناحية أخرى[1]. وتقضى هذه النظرية أن البطلان المطلق يترتب كجزاء فى حالة تخلف ركن من أركانه (الرضا والمحل والسبب والشكلية إذا تطلبها القانون كشرط انعقاد). وهنا لا يكون للعقد وجود فى نظر القانون فيعتبر كأن لم يكن بأثر رجعى.

بينما يعتبر التعاقد باطلاً بطلاناً نسبياً إذا توافرت اركان وجوده فى حين تخلف أحد شروط صحة هذه الأركان مثل نقصان أهلية أحد المتعاقدين أو إصابتها بأحد عيوب الإرادة. وفى هذه الحالة يُعد التعاقد غير مستقر، فهو ينعقد وينتج آثاره ولكن يكون لأحد الطرفين أن يطلب إبطاله.

اما النظرية الحديثة ؛ فقد اتجهت إلى أن المعيار السليم لتقسيم البطلان إلى مطلق ونسبى إنما هوالمصلحة التى يراد حمايتها على إثر تقرير البطلان [2]. فإذا تعلق الأمر المتخلف فى العقد بحماية مصلحة عامة سواء كانت اقتصادية أو اجتماعية أو أخلاقية، كان البطلان مطلقاً.

أما إذا كان الشرط المتخلف يتعلق بحماية مصلحة خاصة بأحد المتعاقدين دون ان يتجاوز ذلك إلى المساس بمصلحة عامة، كان الجزاء هو البطلان النسبى فقط باعتباره أقل شده.

وقد رجح الفقه والقضاء فى فرنسا الأخذ بالمعيار الذى أرسته النظرية الحديثة[3] وكذلك فعل الفقه والقضاء فى مصر. والسبب وراء ذلك أن هذا المعيار يسمح باستغلال البطلان كجزاء على نحو أفضل — ويعلق الاستاذ الدكتورتوفيق فرج على هذا المعيار قائلاً: " والواقع أن البطلان المطلق إنما يتقرر جزاء على تخلف عنصر جوهرى من العناصر اللازمة لتكوين العقد، أو يتقرر بصفة عامة محافظةً على النظام العام

---

(١) د. نبيل سعد، النظرية العامة للالتزام: مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٩، ص ٢٣٢ ما بعدها.

(٢) د. توفيق حسن فرجن المرجع السابقن ص٢٣٣.

(٣) د. نبيل سعد، المرجع السابق، ص ٢٣٧، ٢٣٨.

والآداب" [1] وهذا الرأى هو ما يقودنا إلى أثر النظام العام على نظرية البطلان، وهو ما نعالجه فى المطلب التالى.

المطلب الثانى
العلاقة بين النظام العام ونظرية البطلان

كما سبق أن ذكرنا فى المطلب السابق، فإن القانون قد حدد شروطاً لصحة أركان العقد. من أبرز هذه الشروط مشروعية المحل، ومشروعية السبب. فمحل الالتزام يجب أن يكون مشروعا، أى غير مخالف للقانون أو للنظام العام والآداب .فإن جاء محل الإلتزام مخالفا للنظام العام والآداب، يعد التعاقد الوارد عليه باطلان بطلاناً مطلقا وليس له وجود.

وكذلك سبب الالتزام يُشترط أن يكون مشروعا فلا يأتى على خلاف قاعدة قانونية أو أمر يتعلق بالنظام العام والآداب. فإن كان سبب الالتزام مخالفا للنظام العام يعد التعاقد باطلاً مطلقاً ويلغى بأثر رجعى.

يستخلص مما سبق إذاً، أن تداخل فكرة النظام العام والآداب مع نظرية البطلان فى المجال التعاقدى يكون فيما يتعلق بمشروعية محل الالتزام ومشروعية سببه. وهنا ينبغى أن نعرض لبعض الأمثلة لكل منهما على حده:

١- عدم مشروعية محل الالتزام:

من أهم شروط صحة التعاقد أن يكون محله مشروعاً، وهو ما يعبر عنه أحياناً بضرورة أن يكون المحل قابلا للتعامل فيه[2]. وعدم المشروعية قد يرجع إما إلى نص فى القانون أو بسبب تعارض المحل مع النظام العام والآداب. بل إنه فى كثير من الأحيان عندما يحظر نص قانونى التعامل فى محل ما، يكون هذا الحظر لأسباب تتعلق بالنظام العام والآداب، فنصل إلى ذات العلة.

---

(١) د. توفيق فرج، المرجع السابق، ص ٢٣٤.

(٢) د. السنهورى، المرجع السابق، ص ٣٥٢ وما بعدها، فقرة٢٢٧.

ويترتب على تلك المخالفة البطلان المطلق طبقا للنظرية الحديثة فى البطلان التى سبق أن أشرنا إليها. وقد نص القانون المدنى المصرى على ذلك صراحةً فى المادة ١٣٥، والتى تقضى بأنه: " إذا كان محل الإلتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا".

يوجد العديد من الامثلة على الاتفاقات التى تتعلق بمصالح عامة وبالتالى تُعد من النظام العام فى فى فلك القانون الخاص، سواء فى مجال الأحوال الشخصية أو المعاملات المالية ولا شك ان مثل هذه المسائل لا يجوز الاتفاق على مخالفتها وإلا ترتب جزاء البطلان.

فيما يتعلق بالأحوال الشخصية، تُذكر على سبيل المثال القواعد المنظمة لأهلية الفرد كتحديد سن الرشد ، ولحقوق الأسرة (غير المالية) الناشئة عن علاقة الزواج والبنوة. وكذلك القواعد المنظمة للحالة المدنية للشخص كالإسم والجنسية وغيرها. بطبيعة الحال كافة هذه الأمور لا تصلح كمحل للتعاقد ولا يجوز تغيير احكامها، وبالتالى هى مما يتعلق بالنظام العام. فإذا وقعت محلاً لأى تعاقد، كان هذا الإتفاق باطلاً مطلقاً.

وفى مجال المعاملات المالية، هناك مسائل يُحظر أن تكون محلاً لأى اتفاق لتعلقها بالصالح العام مثل التعاقد على تركة إنسان مازال على قيد الحياة[١]. كما يُحظر مثلاً الاتفاق على سعر للفائدة أعلى من السعر الذى يسمح به القانون [٢]. ومن ذلك أيضا أن يكون محل الالتزام احتكار سلعة معينة فقد صدر فى شأن ذلك قانون حماية المنافسة ومنع الاحتكار[٣]. كما لا يجوز أن يتضمن اتفاق ما يفيد تقاضى فوائد على متجمد الفوائد، فهو أمر محظور بصريح النص لمخالفته للنظام العام[٤].

---

(١) مادة ٢/١٣١ من القانون المدنى.
(٢) مادة ٢٢٧ من القانون المدنى.
(٣) القانون رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥.
(٤) مادة ٢٣٢ مدنى.

هناك مسائل لا يجوز أن تكون محلاً لأى تعاقد لمخالفتها للآداب العامة. ومن ذلك أن يكون محل الإتفاق علاقة جنسية غير مشروعة أو مكان معد لمزاولة الدعارة، أو الإتفاقات التى يكون مضمونها مقامرة أو رهان على أمر ما. كما يُعد مخالفا للآداب الاتفاق الذى محله التزام بالقيام بعمل يمثل جريمة مخلة بالشرف.

٢- عدم مشروعية سبب الالتزام:

يشترط لكى يُعتبر ركن السبب فى الإلتزام صحيحاً أن يكون موجوداً ومشروعاً. وما يخصنا فى هذا المقام هو الشرط الثانى الخاص بالمشروعية . فالمشروعية هنا كذلك تعنى عدم مخالفة سبب الإلتزام للقانون أو للنظام العام والآداب. وقد أورد القانون المدنى ذلك فى المادة ١٣٦ والتى جاء نصها كالآتى: "إذا لم يكن للالتزام سبب، أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب، كان العقد باطلاً".

فإذا ثبت أن الدافع من وراء إبرام التعاقد أمر يتعارض مع النظام العام والآداب، يعد التعاقد باطلاً حتى وإن استوفى كل من ركنى الرضا والمحل كافة شروط صحتهما.

ومن تطبيقات ذلك أن يكون الهدف من وراء إبرام عقد بيع مثلا إقامة علاقة جنسية غير مشروعة مع المشترية. وكذلك إبرام عقد يتعهد فيه احد الطرفين بتعيين آخر للعمل لديه بشرط ان ينفذ ذلك الأخير جريمة قتل، فمحل التعاقد مشروع لأنه عقد عمل يقوم فيه رب العمل بدفع مرتب فى مقابل قيام العامل بالوظيفة إلا أن الهدف الذى دفع رب العمل إلى توظيف ذلك العامل دون غيره، وهو موافقته على إرتكاب جريمة القتل، سبب مخالف للنظام العام والآداب.

المبحث الرابع
بعض التطبيقات القضائية للنظام العام فى القانون الخاص

فى هذا المبحث نعرض لبعض التطبيقات القضائية من أحكام محكمة النقض توضح فيها المحكمة نطاق النظام العام والآداب فى القانون

المصرى مفرقة فيما عرض عليها بهذا الشأن بين ما يدخل ضمن النظام العام والآداب وما يخرج عن نطاق هذا المفهوم[1].

(أ)- بطلان شرط الذهب فى المعاملات الداخلية والخارجية لتعلق ذلك بالنظام العام.

قد قررت محكمة النقض أن التشريع الخاص بشرط الذهب فى مصر، والذى نص على بطلان شرط الذهب فى العقود التى يكون الالتزام بالوفاء فيها ذا صبغة دولية، تتعلق أحكامه بالنظام العام. ومن مقتضى تلك الأحكام بطلان شرط الذهب فى المعاملات الداخلية والخارجية على السواء وهو أمر راعى الشارع فيه المصلحة العامة المصرية. ومن ثم فإنه لا يمكن القول بأن انضمام مصر إلى اتفاقية فارسوفيا بالقانون رقم ٥٩٣ لسنة ١٩٥٥ من شأنه التأثير فى هذا التشريع الخاص بما يُعد إلغاء له أو استثناء من بطلان شرط الذهب يضاف إلى الاستثناءات الواردة فيه على سبيل الحصر. وعلى ذلك فلا يُعتد بالشرط الوارد فى اتفاقية فارسوفيا الذى يقضى بأداء التعويض بما يعادل قيمة الذهب المبينة له من العملة الوطنية إذ أن شرط الوفاء بعملة ورقية على أساس قيمتها ذهباً ليس إلا تحايلاً على القانون الذى فرض للعملة الورقية سعراً إلزامياً[2].

٢- التصرف فى تركة مستقبلة:

الهبة الصادرة من والد لولده وتضمنها تعاملاً مسبقاً فى تركته أثرها بطلان التصرف بطلاناً متعلقاً بالنظام العام.

يتضمن الحكم هنا تصرف أب لابنه فى حق انتفاع بأرض زراعية سلمها إياه بغير عوض مما يُعتبر معه التصرف تبرعاً، أى هبة. و قد اعتبرت محكمة النقض تكييف هذا العقد على أنه هبة تكييفاً صحيحاً ولم يخرج فى تفسيره عما تحتمله نصوصه إذ يتبين ذلك من عباراته الظاهرة. وقد وقعت

---

(١) المستشار أحمد طلبه، مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها محكمة النقض منذ إنشائها سنة ١٩٣١، الجزء الخامس، ١٩٩٠.

(٢) نقض ٢٧/ ٤/ ١٩٦٧ ، طعن ٣٦٦ السنة ٣٣ القضائية

الهبة باطلة لعدم مشروعية سببها المخالف للنظام العام بانصرافه إلى تعامل فى تركة مستقبلة.

و من المقرر أن تعيين الورثة وأنصبتهم وانتقال الحقوق فى التركات بطريق التوريث لمن لهم الحق فيها شرعا مما يتعلق بالنظام العام، وتحريم التعامل فى التركات المستقبلة يأتى نتيجة لهذا الأصل فلا يجوز قبل وفاة إنسان الاتفاق على شئ يمس بحق الإرث وإلا كان الاتفاق باطلاً. وكان الحكم قد استدل على قيام ذلك السبب غير المشروع – وهو الباعث الدافع إلى التبرع – بما ورد فى الاتفاق مع بيان صريح يفصح عن أن ما تسلمه الابن الطاعن، أرض زراعية يمثل مقدار نصيبه ميراثاً عن أبيه الذى لم يزل على قيد الحياة ومن الاشتراط على هذا الابن بعدم المطالبة بميراث أرض أخرى من بعد وفاة الأب[1].

٣- الدفع بتقادم دعوى بطلان العقد لايتعلق بالنظام العام. و يجب التمسك به أمام محكمة الموضوع.

إن التقادم لا يتعلق بالنظام العام ويجب التمسك به أمام محكمة الموضوع. وقد عُرضت دعوى أمام محكمة النقض حيث كان الثابت من الأوراق فيها أن الطاعنين لم يتمسكوا أمام محكمة الموضوع بتقادم دعوى البطلان، فلم يُقبل منهم التمسك بالتقادم لأول مرة أمام النقض[2].

و هذا التطبيق مثال للموضوعات التي تخرج عن نطاق النظام العام و أثر ذلك على كيفية التمسك بها.

٤- بيع الصيدلية لغير صيدلى:

بيع الصيدلية إلى غير صيدلى مرخص أو بيعها لصيدلى موظف أو مالك لصيدليتين، بطلاناً مطلقاً لمخالفة قاعدة متعلقة بالنظام العام.

يشترط لصحة عقد البيع أن يكون التعاقد غير محظور لأمر يتصل بالنظام العام أو الآداب ومؤدى نص المادة ٣٠ من القانون ١٢٧ لسنة

---

(١) نقض ٢٩/ ١١/ ١٩٧٩، طعن ٦٢٦ س ٤٦ ق.

(٢) نقض ١٥/ ١٢/ ١٩٧٧، طعن ٩٣ س ٣٩ ق

١٩٥٥ أن عقد بيع الصيدلية وهو عقد ناقل للملكية بطبيعته – إلى غير صيدلي باطل بطلاناً مطلقاً لمخالفته للنظام العام. كما أن بيع الصيدلية إلى صيدلي موظف أو صيدلي يملك صيدليتين أخريين خلاف الصيدلية المبيعة محل النزاع يُعتبر كذلك باطل بطلاناً مطلقاً لمخالفته للنظام العام.

٥- التزام بائع المتجر بضمان عدم التعرض للمشترى فى انتفاعه.

الالتزام بعدم المنافسة فى شتى صوره ومنها حظر التعامل مع العملاء لا يكون باطلاً إلا إذا تضمن تحريم الإتجار كليةً على البائع لمخالفته لمبدأ حرية التجارة وحرية العمل وهما من النظام العام.

كان عقد البيع محل النزاع في هذه الدعوى يتضمن بيع محل تجارى (صيدلية) بكافة مقوماته المادية والمعنوية. و من الالتزامات التي تقع على عاتق البائع هو التزامه بالضمان. و من مقتضياته إلزامه بعدم التعرض للمشتري في الانتفاع. و يتضمن عدم التعرض بدوره الالتزام بعدم المنافسة. و لكن شرط عدم المنافسة يجب أن يكون محدداً من حيث الموضوع و من حيث الزمان و المكان تحديداً معقولاً. أما إن جاء هذا الشرط مطلقاً بحيث يفرض عدم المنافسة في شتى صورها و من ضمنها حظر التعامل مع العملاء و تحريم الإتجار كليةً على البائع (كما في الدعوى محل التطبيق) فإنه يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً. و ذلك لمخالفته لمبدأ حرية التجارة و حرية العمل و هما من النظام العام[1].

٦- البيوع الجبرية الاتفاق فيها على عدم التقرير بزيادة العُشر مخالف للنظام العام. هذا الاتفاق فى البيوع الاختيارية لامخالفة فيه للنظام العام.

لئن صح أن الاتفاق على عدم التقرير بزيادة العُشر مخالف للنظام العام بالنسبة للبيوع الجبرية التى نظمتها نصوص قانون المرافعات، إلا أنه لا يجرى على البيوع الاختيارية التى يجريها البائع بطريق المزاد ولايفرض

---

(١) نقض ٧/ ٦/ ١٩٦٢، طعن ٣٨٧ س ٢٦ ق.

فيها القانون نظام الزيادة بالعُشر، وإنما يرجع وضع هذا الشرط فى قائمة المزاد إلى محض اختيار البائع وإرادته تحقيقاً لما يراه من صالحه الخاص.

وإذا كان ذلك، وكان يبين من الحكم المطعون فيه أن البيع الذى رسا مزاده على المطعون ضده لم يكن بيعاً جبرياً تم تحت إشراف القضاء إنما كان بيعاً اختيارياً فإن الحكم المطعون فيه إذ انتهى إلى أن الاتفاق على عدم التقرير بهذه الزيادة يُعتبر مخالفاً لقاعدة آمرة من قواعد النظام العام[1].

٧- تغليب قوة الأمر المقضي على النظام العام عند التعارض. مثال بشأن حكم حاز قوة الأمر المقضى بالنسبة لما انتهى إليه من عدم انطواء عقد البيع على شرط الدفع بالذهب.

إذا تعارضت قوة الأمر المقضى مع قاعدة من قواعد النظام العام كانت قوة الأمر المقضي هى الأولى بالرعاية والاعتبار. وعلى ذلك فمتى اتفق فى عقد البيع على الوفاء بالثمن بما يعادل الجنيهات المصرية، وانتهى الحكم إلى أن هذا الاتفاق لا ينطوى على شرط الدفع بالذهب وحاز الحكم قوة الأمر المقضى في هذا الخصوص فإنه لايجوز المجادلة فيه بعد ذلك بحجة تعلق بطلان هذا الشرط بالنظام العام[2].

الفصل الثانى
تحليل مفهوم النظام العام والآداب و أثرهما فى القانون المصرى

بعد أن تعرضنا فى الفصل السابق لأبرز تطبيقات فكرة النظام العام والآداب فى القانون المصرى، ننتقل الآن إلى محاولة سبر أغوار هذا المفهوم ورصد تأثيره.

المبحث الأول
خصائص النظام العام

تتميز فكرة النظام العام والآداب بعدة خصائص، نعمل هنا على تجميعها و استخلاصها بهدف أن تقودنا هذه الخصائص إلى استنباط مفهوم للنظام العام قريب قدر الإمكان من الدقة.

---

(١) نقض ١٧/ ١١/ ١٩٧٥، طعن ٤٧٥ س ٤٠ ق.

(٢) نقض ٩/ ١/ ١٩٥٨، طعن ٣٤٣ س ٢٣ ق.

(١) فكرة نسبية ومرنة:

إن النظام العام والآداب يعد من أكثر المفاهيم القانونية – إن لم يكن اكثرها على الإطلاق – التى تستعصى على التعريف أو التحديد. لذا لم يضع المشرع المصرى أو الفرنسى أو غيرهما أى تعريف لهذه الفكرة باعتبار طبيعتها تتعارض مع استقرار النصوص القانونية.

فمفهوم النظام العام والآداب يتمتع بطبيعة حيوية[١] متغيرة ومتجددة. ذلك أن مضمون الفكرة يختلف من دولة لأخرى وداخل الدولة الواحدة يختلف من إقليم لآخر، بل أنه فى ذات المكان يتجدد ويتطور من فترة زمنية لأخرى، فهو يعبر عن أفكار نسبية تتطور زماناً ومكاناً.

فما يمكن أن يعد من المصالح العليا والجوهرية لأحد المجتمعات قد لا يمثل ذات الأهمية لمجتمع آخر. وما يعتبر من الآداب العامة التى لا يجوز تخطيها فى معتقدات مجتمع ما فى حقبة زمنية معينة قد لا يظل كذلك فى الفترة الزمنية اللاحقة. لذا من المسلم به أن مفهوم النظام العام والآداب مرن يتسع لمتغيرات المجتمع وحماية مصالحه الجوهرية[٢].

الدليل البيِّن على نسبة ومرونة مفهوم النظام العام والآداب أن المشرع يتجنب وضع تحديد لمضمونه حتى يتفادى التقيد به فيما قد يدخل على هذا المضمون من إضافة أوتعديل أو تغيير جوهرى. وكذا حتى لا يعطل أداء وظيفته التى تعتمد بشكل مباشر على رصد التطورات المتلاحقة فى المفاهيم الاجتماعية والسياسية والدينية للمجتمع. لذا، يلقى المشرع هذه المهمة على عاتق الفقه والقضاء، فيترك لهما وضع إطار عام لما يدخل فى أو يخرج من مفهوم النظام العام مما قد يثور بشأنه الخلاف ولكنه (المشرع) على الرغم من ذلك يعترف بكافة آثاره القانونية.

---

(١) أبو جعفر المنصورى، المرجع السابق، ص ١٩٢ وما بعدها.

(٢) د. همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص ١٩.

٢ـ مفهوم ذو طبيعة اجتماعية، سياسية ودينية:

يتسم مفهوم النظام العام بتأثره الشديد بالاتجاهات السياسية والاجتماعية السائدة فى المجتمع. فهى تساهم بشكل جوهرى فى تحديد مضمونه ونطاقه. ومن ناحية أخرى، يتأثر مفهوم الآداب العامة بالمعتقدات الدينية بشكل جوهرى.

فيما يتعلق بتأثير الاتجاهات السياسية فى مجتمع ما على مفهوم النظام العام فيه، فإنه يرتبط بمدى سيطرة النزعة الفردية أو الاشتراكية على الخطة السياسية الحاكمة لهذا المجتمع، فكلما ساد المذهب الفردى فى الدولة اتسع نطاق سلطان الإرادة، وكان لحرية الإرادة الغلبة فى إبرام التصرفات القانونية، وبالتالى يضيق نطاق القواعد المتعلقة بالنظام العام. أما عندما يسود المذهب الإشتراكى على النظام السياسى للدولة، تتلقص مساحة حرية الإرادة الفردية، وعليه يتسع نطاق القواعد المنظمة للتصرفات القانونية بشكل آمر لتعلقها بالنظام العام.[1]

من ناحية أخرى يُعد مفهوم النظام العام ذو طبيعة اجتماعية، ذلك أن مضمون هذا المفهوم فى أى مجتمع يعتمد بشكل كبير على المفاهيم والمعتقدات والاتجاهات الاجتماعية فيه، والتى قد يكون مصدرها تاريخى أو يرجع إلى العادات والتقاليد المتأصلة فى ذلك المجتمع.

أما بالنسبة للآداب العامة فإن مضمونها ونطاقها في مجتمع معين وفى جيل معين يُستمد إلى حد كبير من المعتقدات الدينية السائدة فيه وكذلك من العادات والتقاليد التى تحكم الشق الأخلاقى. كما يدخل فى تحديد الناموس الأخلاقى الذى يحدد الآداب العامة الحس المنطقى السليم لدى الأشخاص فى التمييز بين ما هو مقبول ومالا يجوز وفقا للجو العام للمجتمع الذى نشأوا فيه.

---

(١) انظر: د. السنهورى، المرجع السابق، ص ٣٢٦ ، ٣٢٧.

وعلى ذلك، نرى ان للدين أثر جوهرى فى تشكيل مفهوم الآداب العامة. وهو ما يدفع للقول بأن مفهوم النظام العام والآداب ذو طبيعة دينية (بجانب الطبيعة السياسية والاجتماعية).

٢- فكرة ذات طابع جزائى[1]:

لعل من أبرز ما تختص به فكرة النظام العام والآداب هو اقترانها بجزاء. فمن المتعارف عليه أن أى تصرف يتم بالمخالفة لقاعدة تتعلق بالنظام العام والآداب يكون جزاؤه البطلان المطلق.

وكما رأينا من قبل بصدد الحديث عن القواعد الآمرة والمكملة، فإن القاعدة ذاتها قد تنص بصراحة على هذا الجزاء وذلك عند حظر نوع معين من الاتفاقات أومنع شروط بعينها. أما إذا لم يُذكر ذلك صراحة فى النص وإنما كان مضمون النص دال بلا شك على تعلقه بالنظام العام، فإنه يتبع ذلك أن مخالفته يترتب عليها البطلان المطلق. ويلاحظ مما سبق أن احترام النظام العام والآداب لا يتأتى عن طريق عمل إيجابى، وإنما يقتصر على تجنب الإتفاق على أى مما يخالفهما.

وبناء على ما سبق، يترتب على اعتبار المعاملة باطلة مطلقاً لمخالفتها للنظام العام أن يجوز للمحكمة أن تقضى ببطلانها من تلقاء نفسها ولو لم يتمسك بها الخصوم.

المبحث الثانى
أنواع النظام العام

حتى النصف الثانى من القرن العشرين ، كان للنظام العام مفهوماً واحداً تقليدياً يتمثل فى قيد يفرضه المشرع على الحرية التعاقدية لأغراض تتعلق بالمصلحة العامة للمجتمع أو للحفاظ على اخلاقياته الجوهرية. ثم ظهر بدءاً من تلك الآونة شكلاً جديداً للنظام العام أطلق عليه "النظام العام الاقتصادى أو الجديد".

---

(١) د. أبو جعفر عمر المنصورى المرجع السابق، ص١٩٤.

وفى هذا المبحث نعرض لكل من نوعى النظام العام التقليدى والاقتصادى، ونوضح بايجاز الفارق بينهما وكذلك نقاط التقاطع التى تجمعهما.

١ـ النظام العام التقليدى:

وهو يمثل الفكرة الأصلية للنظام العام منذ نشأته القانونية. فهو يعنى بالحفاظ على أساسيات المجتمع السياسية والاجتماعية والأخلاقية والدينية، أى أنه ذو مضمون معنوى فى غالبه، ويطلق عليه كذلك النظام العام السياسى.

الهدف الأساسى للنظام العام التقليدى هو حماية العناصر الأساسية فى المجتمع من أى اعتداء أو ضرر مباشر أو غير ذلك، يمكن أن ينتج عن الاتفاقات التعاقدية للأفراد.

ويتم ذلك عن طريق تقييد الحرية التعاقدية بواسطة حظر الدخول فى بعض الاتفاقات أو إدراج نوع معين من الشروط حفاظا على المصلحة العامة[١].

طبقا لهذا المفهوم، فإن النزول على هذه القواعد لا يتطلب سوى القيام بعمل سلبى وهو تجنب الدخول فى الاتفاقات المحظورة أو إدراج شرط يخالف النظام العام.

٢ـ النظام العام الاقتصادى (الجديد):

قبل منتصف القرن العشرين بدأت تظهر تطورات للمفهوم التقليدى، أفرزت فى النصف الثانى من ذلك القرن نوعا جديدا من النظام العام أطلق عليه " النظام العام الجديد أو الاقتصادى".[٢]

يعبر هذا النوع عن تدخلات الدولة فى الاقتصاد عن طريق التشريع بهدف حمايته من الاضطراب. فالسلطة هنا تتحكم فى العلاقات المالية

---

(١) د. نبيل سعد، المرجع السابق ص ٦٤- ٦٥.

(٢) انظر: د. نبيل سعد، المرجع السابق، ص ٦٥.

على وجه التحديد واضعة لها أسس تحكمها تمثل قواعد آمرة لا يجوز مخالفتها.

إلا أن النصوص في هذه الحالة تتضمن تنظيماً إيجابياً لا يقتصر على حظر شرط او عقد محدد، بل تفرض على المتعاقد صورة محددة لما ينبغي أن يتضمن الاتفاق. بعبارة أدق، تمثل فكرة النظام العام الاقتصادى مساساً مباشراً بمبدأ حرية التعاقد وانتقاصاً فى هذه الحرية.

وهنا يثور التساؤل عن الحكمة من فصل المجال الإقتصادي على هذا النحو وإفراد مفهوم خاص جديد للنظام العام يقتصر على هذا الجانب دون غيره. يرى غالبية الفقه الحديث أن الدوافع التي أدت إلى ظهور هذا المفهوم تتلخص في ناحيتين[1]. الأولى: العقود التي تنطوي على عدم تعادل ظاهر في القوة الإقتصادية لطرفيها، حيث يتدخل المشرع من أجل حماية الطرف الضعيف وإعادة التوازن إلى مثل هذه العقود قدر الإمكان. وذلك على سبيل المثال هو حال عقد العمل وعقود الإذعان. ويُطلق على هذا الاتجاه "النظام العام الحمائي". أماالناحية الثانية: العمل على تحقيق التوازن والاستقرار الإقتصادي بشكل عام عن طريق فرض إجراءات إقتصادية معينة تعمل على تأمين المصلحة العامة على الصعيد الإقتصادي حيث تعجز الحرية التعاقدية عن تأمينها. ومن أبرز الأمثلة على هذه الطائفة القواعد الإقتصادية المتعلقة بالأسعار، وتنظيم المنافسة، وغيرها. ويُطلق على هذه القواعد "النظام العام التوجيهي".

ويُستخلص مما سبق أن مفهوم النظام العام الإقتصادي يتمتع بعدة خصائص تميزه عن النظام العام التقليدي وهي: [2]

- نظام أساسه تشريعي يقوم على تنظيم آمر للمعاملات الإقتصادية والمالية. فالمشرع هو الذي يرسي قواعد هذا النظام في صورة

---

(١) د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص٦٨.

(٢) د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص٦٦، ٦٧.

نصوص آمرة لا تجوز مخالفتها (فلا دخل للمجتمع أو عاداته ولا للقضاء في إرساء هذه الأسس الإقتصادية). وموضوع هذه النصوص يقتصر على المعاملات القائمة على الأموال والخدمات، أي كل ما يتعلق بالمعاملات الإقتصادية.

- قواعد النظام العام الإقتصادي تقوم على فرض إبرام المعاملات بطريقة معينة، فالمشرع في وضع مثل هذه القواعد يقوم بالتدخل في تحديد مضمون المعاملة وتحديد الآثار المترتبة على إبرامها. وهو بذلك لا يترك الاختيار للأفراد في كيفية تنظيم المعاملات من هذا النوع، فالفرض أن القاعدة آمرة، لذا إما إبرامها بالطريقة المحددة تفصيلاً في النص أو عدم الدخول فيها.
- تتسم هذه القواعد بالتجدد المستمر تبعاً لتغير الظروف الإقتصادية التي تُسن من أجل تنظيمها. فبالرغم من أنها من قواعد النظام العام إلا أنها لا يُشترط فيها الاستقرار لفترات زمنية طويلة.

◆ الخلاصة:

يشترك نوعي النظام العام؛ التقليدي والجديد (الإقتصادي) في إستهدافهما للمصلحة العامة. فكلاً منهما غايته النهائية هي الحفاظ على أساسيات مبادئ المجتمع وضمانات إنضباطه وإقامة العدالة بين أفراده. وحتى قواعد النظام العام الإقتصادي الحمائية وإن كانت تبدو مناصرة لمصلحة خاصة (وهي مصلحة الطرف الضعيف في التعاقد) إلا أن الهدف من ذلك هو تحقيق العدالة وتفادي الإستغلال، وهو ما يحافظ بطريقة غير مباشرة على المصلحة العامة ويرسي مبادئ أساسية لا يقوم المجتمع بدونها. وعلى ذلك، لا يوجد تناقض أو إختلاف بين نوعي النظام العام وإن اختلف مجال كل منهما عن الآخر. كما أن الجزاء المترتب على مخالفة أية قاعدة متعلقة بالنظام العام هو إعتبار التصرف باطلاً مطلقاً.

ويُستخلص كذلك من مجمل ما سبق أن الآداب العامة في القانون المصري (والقوانين اللاتينية) جزء مكمل لمفهوم النظام العام، لا انفصام بينهما. فكلا من النظام العام والآداب العامة يحمل نفس الغايات: المصالح العليا للمجتمع من حيث أساساته ومبادئه أو نواميسه الأخلاقية والأدبية المتأصلة فيه. وكلاهما يترتب على مخالفتة ذات الجزء وهو البطلان المطلق للمعاملة.

المبحث الثالث

محاولة لتحديد معنى النظام العام والآداب في القانون المصرى

لقد عمدنا إلى التعرض أولاً (فى الفصل الأول من هذا القسم) إلى تطبيقات فكرة النظام العام والآداب ثم إلى خصائص هذه الفكرة وانواعها (فى المبحثين السابقين من الفصل) حتى يقودنا ذلك إلى وضع إطار عام لمفهوم هذه الفكرة، أو على الأقل محاولة الاقتراب من معناها بحسب ما يفرضه مجمل الأفكار السابقة.

لاشك ولا خلاف على أن مفهوم النظام العام و الآداب واسع ومطاط و يستعصي على التعريف أو التحديد فهو يمثل فكرة نسبية متغيرة تبعا للمكان والزمان. لذا، لا يمكن أن نعثر لمثل هذه الفكرة على تعريف تشريعى واضح. كما لا يقدم المشرع حصرا لها يدخل فى نطاق النظام العام أو يخرج عنه فالمشرع المصرى يترك وضع توضيح للفكرة على عاتق الفقه والقضاء حتى لا يقيد نفسه بتعريف ترد عليه تطورات مستمرة تستلزم تعديله كل حين.

بناء على ما سبق، نجد اجتهادات متعددة من جانب الفقهاء من أجل توضيح مفهوم النظام العام ووضع تعريف يعد أقرب ما يكون للفكرة من وجهة نظر واضعه. كما يلعب القضاء المصرى دوراً بارزاً فى محاولة إزالة الغموض الذى يكتنف تلك الفكرة قدر الإمكان.

إن ما يمكننا استقراءه من مجمل تعريفات الفقه والقضاء بهذا الصدد هو ربطهما لهذا المفهوم بالمصلحة العامة أو المنفعة العامة. فالأستاذ

السنهورى على سبيل المثال يعبر عن فكرة النظام العام قائلاً: "القواعد القانونية التى تعتبر من النظام العام هى قواعد يقصد بها إلى تحقيق مصلحة عامة، سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد"(١). كما عرَّفت محكمة النقض المصرية النظام العام بأنه: " تلك القواعد التى يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية متعلقة بالنظام الأعلى للمجتمع، وتعلو على مصلحة الأفراد فيجب على الأفراد مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها، ولا يجوز أن يناهضوها باتفاقات فيما بينهم، حتى ولو حققت هذه الاتفاقات مصالح شخصية فردية"(٢).

إن الشاهد من التعريفات السابقة هو الارتباط الوثيق بين فكرة النظام العام والآداب، وفكرة المصالح العليا للمجتمع سواء كانت تلك المصالح إقتصادية أو اجتماعية أو سياسية أو أخلاقية فمفهوم النظام العام يبتعد عن المصالح الفردية المتفرقة ؛ ويعبر عن إرادة المجتمع ككل أو ماتفرضه مصالح هذا المجتمع من تنظيمات جوهرية لأمور على قدر كبير من الأهمية. وعليه، فإن تنظيم مسألة ما بشكل يحقق إحدى المصالح الأساسية التى يقوم عليها المجتمع، ولا يقوم بدونها يدخل ضمن إطار النظام العام ولا يجوز أن تخالفه اتفاقات الأفراد الخاصة. ذلك سواء كان هذا التنظيم وارداً فى نصوص قانونية أم لا، حيث ان فكرة النظام العام والآداب العامة أوسع نطاقاً من نصوص القانون(٣).

ويلاحظ أن المشرع وإن كان يتفادى وضع تعريف محدد أو مضمون واضح لفكرة النظام العام، إلا أنه يتعرض لمضمونه بشكل غير مباشر عن طريق الإشارة لبعض صور المحافظة عليه وذلك إما من خلال النصوص

---

(١) د. عبد الرازق السنهورى، المرجع السابق، ص ٣٢٦.

(٢) نقض مدنى مصرى، ٢٣ فبراير ١٩٨٠، مجموعة أحكام النقض السنة ٣١، ص ٥٣.

(٣) ابو جعفر عمر المنصورى، المرجع السابق، ص ٩٨.

التى تأمر بحتمية تنفيذ أمر معين، أو تلك التى تنهى عن مخالفة أمر آخر[1].
ومن أمثلة تلك النصوص المادة١٣٥ من القانون المدنى المصرى التى تقضى بأنه: " إذا كان محل الإلتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً" والمادة.١٣٦ : "إذا لم يكن للإلتزام سبب أوكان سببه مخالفاً للنظام العام والآداب، كان العقد باطلاً". وهذا التنظيم إنما يعكس مدى ارتباط فكرة النظام العام والآداب بالقانون ذاته- من ناحية أخرى- فالقانون علم اجتماعى لابد وأن يعكس التطور الحاصل فى المجتمع الذى يتولى تنظيمه. ومن أبرز أوجه هذا التطور، مفهوم النظام العام والآداب فيه.

إن مفهوم النظام العام والآداب فى القانون المصرى أحد أبرز الضمانات التى تضمن مصالح المجتمع وأكثرها قوة. و هو يمثل الدرع الذى يقف أمام أى إتفاق ضار بالمصلحة العامة أو مخالف للناموس الأخلاقى للمجتمع، وما قد ينتج عنه من آثار سلبية عامة أيا كان حجم المصلحة الفردية التى يحققها لأطرافه.

بذلك نكون قد انتهينا من القسم الأول المتعلق بتحليل فكرة النظام العام و الآداب في القانون الوطني المصري. و في القسم التالي، ننتقل لبحث فكرة النظام العام و الآداب في النظام القانوني الآخر؛ الأنجلوسكسوني. و تحديداً في القانون الأمريكي.

القسم الثاني
إنفصال النظام العام عن الآداب العامة في القانون الأمريكي وكيفية تطبيق كل منهما

بعد إستقراء تنظيم مسألة النظام العام والآداب في النظام القانوني الأمريكي، وجدنا أن النظام العام مفهوم منفصل عن الآداب العامة من حيث أثر كل منهما على المعاملات. فالفقه والقضاء الأمريكيين في الوقت الحالي يتعامل مع كل منهما بشكل مختلف. ذلك وإن كانت نصوص

(١) انظر: وديع البقالي، بحث "إشكالية التوفيق بين النظام العام و الحريات"، مجلة الفقه و القانون، العدد الواحد و الخمسون، يناير ٢٠١٧، ص ٦٣.

القانون تقرنهما معاً في كل أمر يتعلق بالنظام العام والآداب. إلا أن التطبيق العملي لمثل هذه المسألة يعكس الإتجاه السائد في النظام الأمريكي من عدم السماح للأفراد بالإتفاق على ما يخالف الأمور المتعلقة بالنظام العام والتي تمس المصالح العليا للجماعة كقاعدة عامة.

أما فيما يتعلق بالآداب العامة فإن القانون الأمريكي كان متأثراً بشأنها بقواعد القانون الكنسي التي تأمر بإحترام فعاليتها في معاملات أفراد المجتمع وإعتبارها على ذات مستوى الأهمية التي تتمتع بها مسائل النظام العام. لكن هذا التأثر أخذ في الإنحسار التدريجي في القانون الأمريكي إلى أن وصل في العصر الحالي إلى عدم أخذ القضاء بهذا المفهوم وإعتبار حظر أية معاملة مدنية، أو توقيع عقوبة جنائية بسبب مخالفة الآداب العامة إنما هو تعدي على حريات الأفراد بل واعتبر القضاء والرأي الغالب من الفقه الأمريكي أن المطالبة بتفعيل قواعد الآداب العامة مخالفة لحقوق الحرية والخصوصية التي يكفلها الدستور الأمريكي، وبالتالي يشوب هذا التفعيل عيب عدم الدستورية. قلة من الفقهاء قد حاربت هذا الإتجاه، ولكنه أصبح الإتجاه السائد والغالب والمطبق في القضايا من هذا النوع.

وهنا يثور التساؤل، هل يتطابق إذاً وضع النظام العام (دون الآداب العامة) في القانون الأمريكي مع نظيره المصري والقوانين اللاتينية؟ الإجابة هي لا. مفهوم النظام العام برغم تفعيله في القانون الأمريكي بشكل يقارب تطبيقه في القانون اللاتيني المصري إلا أنه لا يتمتع في القانون الأمريكي بذات القدسية، وإنما يخضع لتقدير القاضي في أحيان كثيرة.

بناءاً على ما سبق، سوف نتعرض في هذا القسم لتنظيم كل من النظام العام والآداب العامة في القانون والقضاء والفقه الأمريكيين وتطبيقات كل منهما، وذلك بالتقسيم التالي:

الفصل الأول: مفهوم وتطبيقات الآداب العامة في النظام القانون الأمريكي.

الفصل الثاني: مفهوم وتطبيقات النظام العام في النظام القانوني الأمريكي.

الفصل الأول
مفهوم وتطبيقات الآداب العامة في النظام القانوني الأمريكي

• **في التشريع:**

إن تنظيم الآداب العامة في نصوص التشريع الأمريكي لا يختلف جوهرياً عن تنظيمها في نظيره المصري أو القوانين اللاتينية. فنصوص التشريعات الأمريكية سواء الخاصة بالولايات أو التشريعات الفيدرالية، تحظر مخالفة أي إتفاق للقانون أو للنظام العام والآداب وإلا اعتبر باطلاً.

ومن أمثلة تلك النصوص: "يجوز لأطراف التعاقد إبرام الإتفاق وتحديد البنود والشروط التي يرونها مستحسنة بشرط عدم مخالفتها للقانون أو للآداب أو للنظام العام"[1]

ويرد نص آخر في التقنين المدني لولاية لويزيانا يقضي بأنه:

" يعتبر العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً عندما ينتهك قاعدة تتعلق بالنظام العام، كما لو كان محل التعاقد غير مشروع أو منافي للأخلاق، والعقد الباطل مطلقاً لا يجوز تصحيحه".[2]

أما النص الوارد في التقنين المدني الفيدرالي[3] فإنه لا يشير إلى الآداب بشكل مباشر، فهو ينص على أنه : "قد تستخلص المحكمة وجود

---

(1) **Title 31. Civil code, subtitle 4. Obligations and contracts, Part II. Contracts, Chapter 253: General Provisions, 31 L.P.R.A.S.3372 Permissible clauses and conditions: "The contracting parties may make the agreement and establish the clauses and conditions which they may deem advisable, provided they are not in contravention of law, morals, or public order".**

(2) **Louisiana civil code, Book III, Title IV. Conventional obligations or contracts, Chapter 11; Nullity LSA. C.C. Art 2030: "A contract is absolutely null when it violates a rule of public order, as when the object of a contract is illicit or immoral. A contract that is absolutely null may not be confirmed".**

(٣) من الجدير بالإشارة أن التقنينات الفيدرالية إنما يتم سنها على سبيل الاسترشاد بها في سن التقنينات الخاصة بكل ولاية ولكنها ليست مُلزمة. والتشريع=

مسألة تخص النظام العام تتعارض مع تنفيذ وعود أو شروط الإتفاق من خلال:

أ- تشريع له علاقة بالمسألة المذكورة.

ب- الحاجة لحماية بعض أوجه الصالح العام، كما هو حال السياسات القضائية المضادة على سبيل المثال لما يلي:

١- إعاقة التجارة.

٢- إتلاف الصلات العائلية.

٣- التضارب / التداخل مع مصالح أخرى محمية".[1]

ويشير التعليق الوارد على نص هذه المادة إلى أن تحديد نطاق مسائل النظام العام التي تتعارض مع تطبيق شروط أي إتفاق كانت تاريخياً مهمة القضاء يعتمد القاضي في ذلك على إدراكه للحاجة إلى حماية جوانب معينة تمس الصالح العام. وعليه فإن بعض هذه السياسات قد أصبحت متأصلة في السوابق القضائية المتراكمة على مدار عقود من الزمن.

=الفيدرالي الوحيد المُلزم لكافة الولايات هو الدستور الأمريكي. وتلك التقنينات الفيدرالية هي عبارة عن تجميع للمبادئ التي أرستها السوابق القضائية يساهم في وضعها أساتذة القانون والقضاة والمحامين المتمرسين ويعدها معهد القانون الأمريكي (American Law Institute) و تسمى Restatement of laws وهي مقسمة إلى طوائف بحسب الموضوعات التي تتناولها مثل Restatement of law of contracts و Restatement of law of Trusts.

(1) Restatement (second) of contracts, chapter 8: Unenforceability on Grounds of Public Policy. Topic 1. Unenforceability in general.S.179: "A public policy against the enforcement of promises or other terms may be derived by the court from:

(a) Legislation relevant to such a policy or welfare, as is the case for the judicial policies against, for example:

(i) Restraint of trade.

(ii) Impairment of family relations.

(iii) Interference with other protected interests.

ومن أبرز أمثلتها المسائل الواردة في التعداد الذي نصت عليه المادة.

ويلاحظ التعليق الوارد أنه على الرغم من هذا الدور التاريخي للقضاء، إلا أن تقرير ما يُعد مخالفاً للنظام العام والآداب قد أصبح إلى حد كبير مسئولية المشرع وليس القاضي، ويرجع ذلك إلى أن المشرع يملك الأدوات التي تمكنه من استقصاء هذه المسائل، كما أنه الهيئة المنوط بها الإستجابة لمطالب العامة.[1]

❖ في القضاء والفقه:

إن وضع الآداب العامة في الفقه والقضاء الأمريكيين ليس بذات الوضوح والسلاسة التي تصورها النصوص التشريعية، بل أنه مثار جدل مستمر. إن العلاقة بين القانون والأخلاق يشوبها الكثير من الغموض واللبس في الفكر الأمريكي.[2]

فالغالبية العظمى من الفقهاء والقضاة يرون في الحفاظ على الآداب العامة قيداً على الحرية الشخصية للمواطنين، وهو ما يخالف الدستور الأمريكي في نصه على إحترام الحريات جميعها.[3]

---

(1) **Restatement (second) of contracts S. 179, chapter 8. Unenforceability on grounds of public policy, comment, reporter's Note. P.1.**

(2) **Gregory Kalscheur, "Moral limits on morals legislation: lessons for U.S. constitutional law from the declaration on religious freedom", 16 S.Cal. Interdisc. L.J. southern California Interdisciplinary law Journal Fall 2006. P.1.**

(٣) التعديل الأول للدستور الأمريكي:

First amendment "Congress shall make no law respecting an establishment or religion, or prohibiting the free exercise thereof or abridging the freedom of speech or the press, or the right of the people peaceably to assemble and to petition the government for a redress of grievances".

ويلاحظ أن النظر إلى الآداب العامة من هذه الوجهة لم يكن هو الحال دائماً على مر التاريخ القانوني وإنما قد مر بتطورات جوهرية. ولعل ما لفت الإنتباه إلى هذا التغيير الذي طرأ هو حكم تاريخي أصدرته محكمة النقض الأمريكية في قضية تدعى "Lawrence V. Texas" أثار جدلاً واسعاً بين الفقهاء.

لقد كان الشق الأخلاقي لمفهوم النظام العام، أي الآداب العامة أو الأخلاقيات مرتبطاً إرتباطاً وثيقاً بالتعاليم الدينية الكاثوليكية في المجتمع الأمريكي. وقد أكد ذلك الإعلان الثاني لمجلس الفاتيكان حول الحرية الدينية[1]. وكانت المبادئ الكاثوليكية تؤكد على حظر كل ما هو غير أخلاقي في معاملات الأفراد عن طريق نصوص القانون حفاظاً على النظام العام للمجتمع، وقد كان هذا هو الفكر السائد لقرون عدة.

وقد كان من الطبيعي حتى منتصف القرن العشرين إصدار تشريعات تقوم على أساس أخلاقي بحت، بحيث تعتمد في الحظر أو الفرض على مسوغات تتعلق بالآداب العامة[2]. هذا على الرغم من عدم الإرتياح الفقهي الواضح لمثل هذه التشريعات، فالفقه لا يعتبر الأخلاقيات والآداب مسوغ كافي لسن قوانين تخول الحكومة العمل على أساسها. فهو يخشى أن تتخذ الحكومة من ذلك ذريعة لسن وتنفيذ ما يحلو لها باسم الآداب.[3]

---

(1) See: Documents of the II vatican council: Dignitatis humanae (held on 11 October 1962).

(2) Suzanne: B. Goldberg. "Morals-based justifications for lawmaking: Before and after Lawrence V.Texas", 88 Minnesota Law Review, May 2004, p.1,2.

(3) see: Suzanne B. Goldberg, OP. CIT, P.3: 'Morals rationales are treated in the doctrine as legitimate and sufficient justifications for law making, they provide virtual carte blanche for government to act in the name of morality because they can be contested only by other moral philosophical argument'.

إن ما ذكرناه آنفاً يُعبر عن الوضع السائد خلال القرن التاسع عشر وحتى منتصف القرن العشرين. وقد أخذ هذا الوضع في التغيير التدريجي، إلا أن نقطة التحول التي سلطت الضوء على هذا التغيير تمثلت في حكم محكمة النقض الأمريكية الشهير في قضية Lawrence v. Texas. لذا ينبغي أن نعرض بشئ من التفصيل لهذه القضية ولحكم النقض بشأنها وتعليقات الفقه على هذا الحكم.

المبحث الأول

(١) *Lawrence v. Texas*

تتناول القضية واقعة إقتحام الشرطة محل إقامة المدعي عليه "Lawrence" إستجابةً لبلاغ بسماع أصوات استعمال أسلحة. وإثر الإقتحام رأت قوات الشرطة المدعي عليه وآخر يُدعى "Garner" منخرطين في علاقة جنسية رضائية.

فقامت بإلقاء القبض عليهما بتهمة ممارسة علاقة جنسية شاذة بالمخالفة لقانون ولاية تكساس الذي يحظر تورط شخصين من نفس الجنس في علاقة جنسية حميمة.

بعد إدانة المتهمين من قبل المحكمة الإبتدائية قاما بالطعن أمام محكمة الإستئناف إستناداً إلى أن القانون المذكور والذي تم القبض على المتهمين بناءً عليه يُعتبر مخالفاً للدستور، وعلى وجه الخصوص لمبدأ المحاكمة المشروعة (Due Process Clause) الوارد ضمن التعديل الرابع عشر للدستور الأمريكي (٢). إلا أن محكمة الإستئناف قد أيدت حكم المحكمة

---

(1) 123 Supreme court of the united states 2472, 156 L.Ed. 2d 508, 71 USLW 4574, 03 Cal. Daily op. Serv. 5559. March 2003.

(٢) التعديل الرابع عشر (The fourteenth Amendment) تم إقراره في التاسع من يوليو عام ١٨٦٨ ضمن تعديلات إعادة البناء (Reconstruction Amendments) وهو يتناول حقوق المواطن ومبادئ المساواة أمام القانون. ومن ضمن المبادئ التي تناولها مبدأ المحاكمة= المشروعة (Due Process Clause) يقضي بأن لا يحرم أحد من حياته أو حريته أو ماله إلا بمحاكمة مشروعة.

الإبتدائية وقررت أن القانون المذكور لا يخالف الدستور ولا يخالف مبدأ المحاكمة المشروعة.

تم رفع الأمر إلى محكمة النقض، ولم يكن إصدار حكمها في مثل هذه المسألة أمراً يسيراً على الإطلاق ذلك لأن جميع السوابق المشابهة قد قضى فيها بما يتفق مع ما تمليه الأخلاقيات العامة أي بإدانة المواقعة الجنسية بين شخصين من نفس النوع. أما في النزاع محل النظر كانت محكمة النقض مقتنعة بأن إدانة المتهمين على هذا الأساس يتضمن مخالفة للحرية الشخصية وبالتالي لمبادئ الدستور.

بناءً على ما سبق، قضت محكمة النقض بأن قانون ولاية تكساس الذي يجرم إنخراط شخصين من نفس النوع في سلوك جنسي حميم، يعتبر غير دستوري. ورأت المحكمة أن تطبيق مثل هذا الحظر على اثنين من الذكور البالغين قد تراضيا على ممارسة اللواط في خصوصية المنزل، إنما هو إعتداء على ممارستهما لحريتهما التي يكفلها لهما الدستور في مبدأ المحاكمة المشروعة.

وتوضح المحكمة أن القانون المذكور والقوانين المشابهة له في ولايات أخرى وإن كانت تبدو ظاهرياً أنها مجرد تنظيم لسلوك جنسي منحرف عن طريق إعتباره جنحة، إلا أنها تتضمن عواقب بعيدة المدى. فمثل هذا القانون يمس أكثر النواحي الإنسانية خصوصية، وهي السلوك الجنسي، وفي أكثر الأماكن خصوصية وهو السكن. وهي تهدف إلى التحكم في علاقة شخصية، سواءً معترف بها قانوناً صراحةً أم لا، فإنها ضمن الحريات الشخصية لأي فرد و يملك حرية إتخاذ القرار بشأنها دون أن يُدان. فالحرية التي يحميها الدستور تخول الشواذ حق إختيار الدخول في علاقة في إطار حياتهم الخاصة وخصوصية مساكنهم مع حفظ كرامتهم.

وتضيف المحكمة بهذا الشأن أن وصمة العار التي يلحقها هذا القانون بالمتهم ليست بالأمر الهين. فعلى الرغم من إعتبار الفعل جنحة،

فإنه يظل جريمة بكل ما تحمله على كراسة المتهم من تسجيل الإدانة في سجلاته الرسمية، وإستمارات التقديم للوظائف وتصنيفه كأحد مرتكبي الجرائم الجنسية طبقاً لقانون الولاية.

كما ترد المحكمة على الزعم بأن حظر اللواط والعلاقات الشاذة له جذور قديمة في تاريخ القانون الأمريكي. فهي ترى أن ذلك الحظر التاريخي لم يكن موجهاً ضد اللواط في حد ذاته، وإنما كان يسعى لحظر النشاط الجنسي غير الإنجابي بشكل عام، سواء بين ذكور أو إناث.

بالإضافة إلى ذلك، فإن هذه القوانين المعنية بذلك الحظر لم تكن تطبق ضد أطراف بالغين يمارسون مثل هذه العلاقات بالتراضي وفي خصوصية وإنما مجالها الأساسي الممارسات الضارة مع من لا يستطيع إبداء الرفض، أو كالعلاقة بين الرجال والأطفال الذكور، أو بين اثنين من البالغين ولكن بالإجبار، أو بين بالغين متفاوتين في المراكز، أو بين بشر وحيوانات.

وتضيف المحكمة أن القوانين التي تستهدف العلاقات الجنسية الشاذة لم تظهر إلا في الثلث الأخير من القرن العشرين، ولم تتبنى مثل هذه القوانين وتجرم تلك الممارسات سوى تسعة ولايات.

على الرغم مما سبق، تعترف المحكمة أنه على مدار قرون عديدة قد كان هناك أصوات قوية تشجب السلوكيات الجنسية الشاذة وتعتبرها مخالفة للأخلاقيات والآداب العامة. وترد المحكمة على ذلك بقولها: "برغم ذلك، فإن واجب هذه المحكمة هو إعلاء لواء الحرية، وليس فرض الناموس الأخلاقي الذي تؤمن به"[1]. وتؤكد المحكمة هذا النظر بقولها أن مجرد أن غالبية الآراء ترى أن سلوك معين منافي للآداب ليس سبباً كافياً

(1) Lawrence V. Texas, 123, supreme court of the united states 2472, 156 Led, 2d 508, 71 VSLW 4574, 03 Cal. Daily Op. Serv. 5559: 'But this court's obligation is to define the liberty of all, not to mandate its own moral code'.

لدعم تشريع يحرم هذا السلوك ذلك أن قرارات الشخص بشأن علاقاته الجسدية الحميمة، حتى وإن كانت لا تنتج نسلاً، تعتبر أحد أشكال الحرية التي يحميها الدستور.

وتعتقد المحكمة أن هذه النظرة التي تتبناها آخذة في الإنتشار، حيث أن هناك وعي متزايد يعطي الأولوية لحماية الحريات والدليل على ذلك في نظر المحكمة أنه من ضمن الولايات التي تتبنى تشريعات مناهضة للشذوذ، هناك أربعة ولايات فقط تقوم بتطبيق هذه القوانين حالياً. وحتى هذه الولايات الأربعة غالباً ما تتغاضى عن تطبيق العقوبة عندما يتم هذا السلوك بالتراضي وفي خصوصية.

على الرغم من صدرو الحكم بإعتبار القانون المذكور غير دستوري، إلا أنه قد صدر بأغلبية آراء هيئة المحكمة وليس جميعها. فقد عارض ثلاثة قضاة من هيئة المحكمة هذا الرأي[1]. فالحكم هنا يتناقض مع آخر يسبقه بسبعة عشر عاماً يتضمن ذات الوقائع في الدعوى الشهيرة بـ Bowers. وقد أرسى هذا الأخير مبدأ أخلاقي بمخالفة ممارسة الشذوذ للآداب العامة[2]. ويُعبر القضاة المعارضون عن إندهاشهم من قيام هيئة المحكمة بمنتهى السهولة بإلغاء حكم قد مثل حجر أساس لفترة طويلة[3].

ويرى هؤلاء القضاة أن القوانين الداخلية للولايات التي حظرت تعدد الزوجات، والزواج من نفس الجنس، وسفاح القربى، والبغاء، والزنا، والتصرفات والألفاظ الفاحشة بشكل عام إنما هي مستوحاة من ذلك الحكم. وهي تقوم على أساس مخالفة كل ما سبق للآداب العامة. وهو

---

(1) Justice SCALIA, with whom the Chief Justice and Justice THOMAS, join, dissenting, Lawrence V. Texas 539 U.S.586.

(2) Bowers V. Hardwick, 478 U.S.186 (1986).

(3) "1 begin with the court's surprising readiness to reconsider a decision rendered 17 years ago in Bowers V. Hardwick". Lawrence v. Texas, 539 U.S. 586.

ما يجعل كافة هذه القوانين محل لإعادة النظر بعد ما قررته المحكمة اليوم، فهي لم تبذل أدنى جهد على الأقل لإستبعاد هذه القوانين من تطبيق ذات المبدأ! فهل يُعقل إباحة مثل هذه الأفعال بإعتبارها تنتمي إلى الحريات الشخصية؟!

كما يعبر هؤلاء القضاة عن إعتراضهم بأن إلغاء الحكم الصادر في (Bowers) يتضمن إخلال هائل بالنظام الأجتماعي.

المبحث الثاني

تعليق الفقه على حكم

Lawrence v. Texas

لقد أثار هذا الحكم جدلاً فقهياً واسعاً في الولايات المتحدة يُستخلص من مجمل ذلك الجدل أن غالبية الفقه تؤيد الحكم وترى ملاءمته من كافة النواحي.

ويرى هذا الفقه الموالي أن مجرد تعلق أمر ما بالآداب العامة ليس سبباً كافياً لإصدار تشريع يتضمن حظره. هذا التشريع يُخشى إستخدامه كذريعة من قبل الحكومة للتدخل في تصرفات الأفراد والمساس بحرياتهم[1]. بل أن هذا الفريق من الفقه يعيب على المحكمة العليا اعترافها وتشجيعها للقوانين المحرمة لأي فعل يخالف الآداب العامة على مدى زمن طويل ومساواتها بتلك المنظمة للصحة العامة أو النظام العام، وهو ما يخول سلطات الضبط التابعة للحكومة بإساءة إستعمال مثل هذه القواعد.

كما يعبر بعض هؤلاء الفقهاء عن ذات الإتجاه بالقول أن الحكم الذي أصدرته المحكمة في قضية Lawrence وما أثاره من جدل إنما يعكس التشوش المستمر في الذهن الأمريكي فيما يتعلق بالعلاقة بين الأخلاق والقانون والتي أدت إلى عدم الترابط بين الفقه والقضاء لفترة

---

(1) Suzanne B. Goldberg, Morals- Based Justifications for lawmaking: Before and after Lawrence V. Texas. 88 Minnesota Law May 2004.

طويلة من الزمان. ويشير إلى إنتهاء هذه الحالة من عدم الترابط بما أسماه بـ "صحوة Lawrence"[1].

يوضح هذا الفريق من الفقهاء أن مبدأ المحاكمة المشروعة الذي تستند إليه محكمة النقض للقول بعدم دستورية التشريع محل الخلاف، إنما يقضي بأن لا يحرم أحد من حياته أو حريته أو ماله إلا بمحاكمة مشروعة. وعلى الرغم من أن هذا النص الدستوري لم يعبر صراحة عن الحرية الجنسية للأفراد على النحو الذي انتهت إليه المحكمة، إلا أن فحوى النص لا تقتصر على الحرية المادية الملموسة متمثلة في الحبس أو التقييد. فالمحكمة تفسر مبدأ المحاكمة المشروعة بأنه يحمل محتوى موضوعي ضمني، فهو لا يقتصر على المعاني الحرفية المنصوص عليها بل يتضمن حريات أخرى محصنة ضد التشريعات التي قد تقيدها وضد التدخل الحكومي[2]. ويعتبر هذا الرأي ممارسة الشذوذ الجنسي من ضمن تلك الحريات الضمنية التي تدخل تحت حماية مبدأ المحاكمة المشروعة طالما كان بالتراضي.

أما الجانب الآخر من الفقهاء المعارض لهذا الحكم فهو يمثل الأقلية. وهؤلاء يخشون من العواقب المترتبة على المنطق الذي يتبناه هذا الحكم. ويعتبر هذا الفريق أن الحكم على هذا النحو يخلق خلطاً بين ما يمكن إعتباره من الحريات التي يحميها القانون وما يدخل ضمن حدود الآداب العامة، فمن المفترض أن يكونا خطين متوازيين يتجهان لحماية النظام العام في المجتمع[3]. ويردف "إن بسط مفهوم الحرية الصريحة

---

(1) Gregory Kalscheur, S.T., Moral Limits on Morals Legislation: Lessons for U.S. constitutional law From the Declaration on Religious Freedom.

(2) Ryan M. Bernstein," constitutional Law- Civil Rights: The Supreme Court Strikes Down Sodomy Statute by Creating New liberties and invalidating old laws: Lawrence V. Texas, .U.S (2003)", 80 North Dakota Law Review 323, 2004.

(3) Ryan M. Bernstein, Op. Cit., P.15.

والضمنية على هذا النحو لن يقتصر على الحق في ممارسة نشاط جنسي معين، بل سيؤدي إلى استبعاد تدخل الدولة في أي نشاط (سواء جنسي أو غيره) طالما كان يتم بالتراضي وفي خصوصية وأطرافه أشخاص بالغين"[1] وهو ما سيؤدي إلى إهدار أية أخلاقيات يقوم عليها المجتمع.

كما يرى هذا الجانب أنه وإن كانت الأنشطة الجنسية محل الخلاف وما يماثلها من مشاهدة الأعمال الإباحية مثلاً تعتبر أفعال يغلب عليها الفردية، بمعنى أنها لا تسبب ضرراً للآخرين كما تفعل السرقة مثلاً، إلا أننا نرى أن لها جانباً إجتماعياً. فتصنيع وتوزيع المصنفات الإباحية على سبيل المثال، يتضمن العديد من الأشخاص الذين يسمحون بإستخدام أجسادهم لهذه الأغراض. كما أن انخراط عدد كبير من الأفراد في مشاهدة مثل تلك المصنفات إنما يشغلهم ولو لبعض الوقت عن الإنتاج ويحرم المجتمع من جهودهم المفيدة. وإن كان يبدو أن مجهوداتهم الفردية لن تؤثر كثيراً على إنتاج المجتمع ككل، إلا أن مجموع الوقت المهدور لهؤلاء المنشغلين معاً يبدو ضخماً. بالإضافة إلى ذلك فإن مثل هذه الممارسات تؤثر سلباً على درجة ثقافة المجتمع ككل بلاشك[2].

المبحث الثالث

أبرز تطبيقات الآداب العامة في النظام القانوني الأمريكي

لقد تناولنا آنفاً أحد هذه التطبيقات و هي الدعوى الشهيرة باسم "لورانس" تفصيلاً وذلك نظراً لأن الحكم الصادر فيها قد أحدث تغييراً جذرياً فيما يتعلق بمسألة الآداب العامة في النظام الأمريكي. فالنظام الأمريكي بحكم إنتمائه للمدرسة الأنجلوسكسونية (Common Law System) يعتمد في الأساس على السوابق القضائية (Stare decisis).

---

(1) Ryan M. Bernstein Op. Cit.,

(2) Stephen M. Krason, The public order and the sacred order (Contemporary Issues, Catholic Social Thought, and the Western and American Traditions), Volume 1, the scarecrow press Inc. 2009, Chapter 24, P. 356.

وقد كانت (Lawrence) إحدى السوابق الفارقة والمغيرة للمسار في القانون الأمريكي.

أما هنا فسوف نعرض بإيجاز لتطبيقات قضائية أخرى بارزة تتعلق بالآداب العامة. وقد تباينت الأحكام التي انتهت إليها المحاكم في هذه التطبيقات تبعاً لتباين الوقائع ولتوقيت إصدار الحكم. و نهدف من هذا العرض استخلاص الاتجاه القانوني السائد في النظام الأمريكي فيما يتعلق بالآداب العامة من حيث مفهومها و نظامها.

١- ***Bowers V. Hardwick***[1]:

بالرغم من التشابه الكبير بين وقائع هذه الدعوى مع تلك الخاصة بـ "Lawrence" إلا أنها قد سبقتها بما يقارب العقدين من الزمن. ففي عام ١٩٨٦ تم القبض على المدعي "Hardwick" في ولاية جورجيا بتهمة ممارسة اللواط مع آخر في منزله الخاص. وهو ما يخالف قوانين الولاية التي تجرم اللواط. فقام برفع دعوى بعدم دستورية قانون الولاية لتعديه على حريات الأفراد في ممارسة سلوك رضائي في خصوصية. قضت المحكمة برفض الدعوى لعدم توافر أدلة مقنعة على إدعاء المدعي. فقام المدعي بإستئناف الحكم، وقضت محكمة الإستئناف بعدم دستورية قانون ولاية جورجيا المجرِّم للواط لأن السلوك المذكور سلوك خاص وحميمي مما يوجب عدم تدخل الدولة في تنظيمه لأن في ذلك تعدي على حريات الأفراد بما يخالف الدستور وكذلك لمبدأ المحاكمة المشروعة.

عند رفع الأمر للمحكمة العليا احتج المدعي أن إعتقاد أغلبية الهيئة التشريعية في الولاية بأن ممارسة اللواط أمر غير أخلاقي وغير مقبول لا يكفي لإقرار قانون يجرِّم مثل هذا السلوك. وكان رأي المحكمة أن القانون (عموماً) عادة ما يقوم على إعتبارات من ضمنها مراعاة الآداب الجوهرية

---

(1) Bowers V. Hardwick, 478 V.S. 186 (1986) 106 S.Ct. 2841, 92.

للمجتمع. وبناءً على ذلك قررت عدم إقتناعها بوجوب إعلان عدم دستورية القوانين المناهضة للواط والتي أقرتها حوالي ٢٥ ولاية (في ذلك الوقت). لذا قامت المحكمة العليا بإلغاء حكم الإستئناف.

مما لا شك فيه أن هذا الحكم عند مقارنته بنظيره في "Lawrence" يعكس إختلاف نظرة القضاء على مر الزمن لمفهوم وحدود الآداب العامة ومدى تأثيرها على القانون.

٢- *Griswold V. Connecticut*: [1]

الطاعنان هما: Griswold المدير التنفيذي لـ "إتحاد تخطيط النسل" [2] في ولاية كونتكت والطبيب Buxtorn ويعمل المدير الطبي للإتحاد. وقد اتهمتهما حكومة ولاية كونتكت بمخالفة قوانين الولاية عن طريق ممارسات هذا الإتحاد. فإتحاد تخطيط النسل يقوم بتزويد الأزواج بمعلومات وإرشادات ونصائح طبية حول وسائل منع الحمل.

كانت قوانين ولاية كونتيكت في ذلك الوقت تحظر إستخدام وسائل منع الحمل بإعتبار ذلك مخالفاً للآداب العامة. فالمادة 32-5553 تنص على أن: "أي شخص يستخدم عقار أو أداة بغرض منع الحمل يُعاقب بغرامة لا تقل عن خمسين دولار أو بالسجن الذي لا يقل عن ستين يوماً ولا يزيد عن سنة أو بكليهما معاً". كما تنص المادة 196-554 على أن: "أي شخص يساعد أو يحرض أو ينصح أو يسبب أو يأمر آخر بإرتكاب أية جريمة، يمكن: محاكمته وعقابه وكأنه المجرم الأصلي".

بناءً على النصوص السابقة اعتُبر الطاعنان مخالفان لقانون الولاية عن طريق المساعدة والتحريض والنصح. إلا أنهما دافعا بأن القانون المذكور غير دستوري لتعديه على الحريات الشخصية للمواطنين وبالتالي يخالف التعديل الرابع عشر للدستور الأمريكي ومبدأ المحاكمة المشروعة.

---

(1) Griswold V. Connecticut 381 V.S. 479 (1965) 85 Supreme Court, 1678, 14 L.Ed. 2d 510.

(2) Planned Parenthood league of Connecticut.

عندما وصل الأمر للمحكمة العليا قضت بعدم دستورية قانون ولاية كونتيكت الذي يجرم منع الحمل على إعتبار أنه مخالف للنظام العام والآداب. ورأت المحكمة أن قرارات أي زوجين فيما يتعلق بالإجهاض أو منع الحمل أو تنظيم النسل أمور تتمتع بالحق في الخصوصية ولا يجوز أن تتدخل السلطة فيها عن طريق وضع قوانين تنظمها. كما قضت بأن حق الأفراد في الخصوصية بهذا الشأن من الحقوق المتأصلة في نفوس أفراد المجتمع.

يبدو لنا حكم المحكمة العليا هنا مناصراً للمنطق، فهناك ممارسات وإن كانت مخالفة للطبيعة إلا أنها تدخل في نطاق الحريات الشخصية بشكل واضح. ومن أبرز تلك الممارسات تنظيم النسل وإن كان يؤخذ على المحكمة المساواة في حكمها بين منع الحمل أو تنظيمه وبين الإجهاض. فالإجهاض في غالبية التشريعات جريمة جنائية تتعارض بطبيعة الحال مع النظام العام والآداب.

٣- *State V. Pope*:[1]

في هذه الدعوى وجهت ولاية كارولينا الشمالية إتهامات ضد المدعي عليها **Teresa Darlene** لقيامها بالتحريض على إرتكاب جريمة ضد الطبيعة[٢] حيث توجهت لبعض ضباط الشرطة المتخفين وبينت إستعدادها لممارسة الجنس الفموي في مقابل المال. كما تم اتهامها بالتحريض على ممارسة البغاء، وهو ما يخالف قانون الولاية الذي يجرم أي سلوك "مخالف للطبيعة"[٣].

---

(1) State of North Carolina V. Teresa Darlene pope, 168 Court of Appeals of North Carolina 592 (2005).

(٢) وقد عرفت المحكمة العليا الأمريكية (الجريمة المخالفة للطبيعة) في حكم سابق مشابه بأنها: "الإتصال الجنسي المضاد لنظام الطبيعة. وهو يشمل ممارسة الجنس مع الحيوان أو بين البشر ولكن بشكل شرجي أو فموي. كما يشمل جميع أنواع الممارسات البهيمية التي تشوه الرغبة الجنسية وتحط من قدرها".
State V. Harward, 264 N.C.746 (1965).

(3) N.C. G.S.A., Section 14 – 177 (offences against public morality and decency).

عندما عرضت الدعوى أمام محكمة المقاطعة (محكمة الدرجة الأولى) قضت بإسقاط التهم الموجهة للمدعي عليها بناء على حكم المحكمة العليا في قضية Lawrence والذي قضى بأن السلوك الجنسي الرضائي يُعد من الحريات الشخصية التي يحظر الدستور التعدي عليها. وعليه قررت المحكمة أن تجريم أي سلوك مخالفة للطبيعة يُعتبر غير دستوري أسوة بما انتهت إليه المحكمة العليا في Lawrence.

قامت الولاية بالطعن في حكم محكمة المقاطعة أمام المحكمة العليا للولاية. وقد رأت الأخيرة أن الحكم في Lawrence قد أرسى قاعدة عامة تقضي بعدم جواز تدخل الحكومة في تحديد العلاقات الشخصية الرضائية أو وضع حدود لها. إلا أن الحكم في Lawrence (برغم دفاعه عن الحرية في إقامة علاقات جنسيةعندما تتم بالتراضي و بين أشخاص بالغين و في خصوصية) لم يأت مطلقاً وإنما قيدته المحكمة بشكل واضح لا لبس فيه عندما قضت بأن:

"الحكم الحالي لا يشمل القُصّر ولا يشمل الأشخاص الذين قد يتعرضون للأذى أو للإجبار، أو أولئك الذين يتورطون في علاقات لا يكون الرفض فيها سهلاً. كما لا يشمل السلوك غير الأخلاقي العلني والبغاء. كما لا يتعرض الحكم لما إذا كان يجب على الحكومة الإعتراف رسمياً بأي علاقة تتضمن شذوذاً".[1]

بناءاً على ما سبق رأت المحكمة أن التحديد السابق الوارد في حكم Lawrence يضيق من آثاره حيث يستبعد صراحة ممارسة البغاء والسلوك غير الأخلاقي في العلن، وهو ما ينطبق على الحالة محل البحث. وبالتالي، يعتبر قانون كارولينا الشمالية الذي يجرم السلوكيات المخالفة للطبيعة غير مخالف للدستور، ولا يتضمن أي تعدي على الحريات الشخصية وعليه قضت المحكمة العليا لولاية كارولينا الشمالية بإلغاء حكم محكمة المقاطعة وإدانة المدعي عليها.

([1]) Lawrence V. Texas, 539 V.S. 558.

عند رفع الدعوى إلى محكمة إستئناف ولاية كارولينا الشمالية أكدت حكم المحكمة العليا للولاية، واعتبرت القانون محل الدعوى دستوري وأدانت المدعي عليها. كما أكدت على عدم تعارض ما وصلت إليه مع الحكم الصادر في Lawrence حيث أن هذا الأخير قد استبعد صراحة البغاء والسلوك الفاحش العلني، وهو ما ينطبق على السلوك محل الدعوى المنظورة.

الفصل الثاني
مفهوم وتطبيقات النظام العام في القانون الأمريكي

المبحث الأول
في التشريع

ينص القانون المدني الفيدرالي النموذجي في المادة ١٧٨ على أنه:

١" - أي وعد أو شرط يتضمنه العقد يُعتبر غير قابل للتنفيذ لإعتبارات النظام العام إذا ورد نص بإعتباره كذلك، أو إذا أظهرت الظروف أن الإضرار بالنظام العام المترتب على تنفيذه يفوق المصلحة المرجوة من هذا التنفيذ.

٢- عند قياس المصلحة المرجوة من تنفيذ اي شرط في العقد، يجب الأخذ في الإعتبار ما يلي:

أ- التوقعات المعقولة للأطراف.

ب- أية خسارة قد تنشأ عن عدم التنفيذ.

ج- أية مصلحة عامة قد تتعارض مع تنفيذ شرط في العقد

ينبغي أن يؤخذ في الإعتبار مايلي:

١- مدى قوة وجوهرية هذه المصلحة، وهو ما يمكن إستخلاصه من التشريع أو أحكام القضاء.

٢- إلى أي مدى سوف يؤدي عدم تنفيذ العقد إلى خدمة هذه المصلحة ..."(١)

---

(1) Restatement Second of Contracts, Section 178 (When a term is Unenforceable on Grounds of Public Policy).

يتضح من النص السابق (وكما سبق أن نوهنا في بداية هذا الفصل) أن النظام العام في مفهوم المشرع الأمريكي لا يتمتع بالقدسية والتغليب على المصالح الخاصة والحرية التعاقدية في كافة الأحوال.

فالنص يضع شروطاً ومعايير للمفاضلة بين المصلحة العامة والحرية التعاقدية، وبحسب كل حالة يتقرر تغليب إحداهما على الأخرى. وهو ما يمثل فارق جوهري بين القانونين المصري والأمريكي، فالقوانين اللاتينية ومنها المصري تعلي المصلحة العامة وكل ما يتعلق بالنظام العام فوق أي إعتبار خاص، بل وتصبغه بهالة من القدسية، لا يجوز تجاوزها.

ومن أمثلة التشريعات المحلية التي تنظم صراحة أمر النظام العام، تشريع ولاية لويزيانا بعنوان "قانون الحفاظ على المصلحة العامة"[1] والذي يقضي بأنه: "لا يجوز للأفراد الانتقاص من أو مخالفة أي قانون تم إصداره بهدف المحافظة على المصلحة العامة. أي فعل يخالف مثل هذه القوانين يُعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً".

وهنا يلاحظ أن النص لا يخص بالتنظيم العقود والإتفاقات وإنما يتناول اي فعل يخالف أي قانون متعلق بالنظام العام.

وهناك عدة تشريعات محلية أخرى قد تعرضت بالتنظيم لمسألة النظام العام بصياغة مشابهة لتلك الواردة أعلاه.[2]

المبحث الثاني
في الفقه والقضاء

إن التطبيقات القضائية التي تتناول مدى صحة ونفاذ العقود التي تتضمن مخالفة للنظام العام كثيرة لكن ليس فيها أحكام مثيرة للجدل، أو تاريخية، أو سوابق شهيرة تمثل حجراً للزاوية كما هو الحال بالنسبة للآداب العامة والتي سبق أن تناولناها.

---

(1) Louisianana Civil Code, Article, 7: Laws for preservation of the public interest.

(2) Texas Penal code, Title 9 "Offences Against Public Order and Decency".

هنا يثور التساؤل عن مدى الأهمية التي يوليها القضاء لمخالفة الإتفاقات للنظام العام، أو مدى قدسية مسألة النظام العام في النظام الأمريكي. يمكن أن توضح هذه المسألة الشائكة مقولة شهيرة لأحد القضاة في حكم أصدره يتعرض للنظام العام.[1]

علق القاضي في حكمه بالقول أن: "محل الخصومة هنا هو عدم مشروعية المحل. وعدم المشروعية تلك قد تزجع إلى مخالفته للقانون أو مخالفته للنظام العام، إلا أنني أعارض الأستناد إلى مخالفة النظام العام، فهذا المفهوم كالجواد الجامح بمجرد امتطائه لا تعلم أبداً إلى أين يحملك. فقد يقودنا بعيداً عن صحيح القانون، ولا ينبغي الإلتجاء إليه إلا عندما تستحيل كافة السبل الأخرى".

يُعبر الرأي السابق عن النهج الغالب للقضاء فيما يتعلق بالدفع بالنظام العام Public Policy defense، فعندما يطالب أحد الخصوم المحكمة بإبطال عقد ما بسبب إصطدامه بالنظام العام، فإنه يطالب بأمر غير معتاد. فإبطال التعاقد عادة ما يكون بناء على مخالفته للقانون.

باستقراء الفقه للأحكام التي تناولت إبطال عقود مخالفة النظام العام، انتهى إلى أن الخصم الذي يدفع بالنظام العام لإبطال التعاقد (عندما تتناول القضية مدى صحة تعاقد إستناداً إلى أن محل العقد مخالف للقانون وللنظام العام) إن هو استند إلى نص تشريعي بالإضافة إلى هذا الدفع فإن فرصة نجاحه تتضاعف[2]. أما إن اعتمد على الدفع بمخالفة النظام العام مجرداً دون محاولة ربطه بنص تشريعي، فإن إحتمال النجاح في

---

(1) Richardson V. Melish, 130 Eng. Rep. 294, 303, 2 Bing 229, 251-52 (Judge Burroughs J.).
تتناول القضية مدى صحة تعاقد استنادا إلى أن محل العقد مخالف للقانون وللنظام العام.

(2) David Adam Friedman, "Bringing Order to contracts against public policy", 39 Florida State University Law Review 563, Spring 2012.

إثبات إدعائه يقل كثيراً. بعبارة أخرى، يرى هذا الفقه أن المحاكم في العادة لا تمس بالعقد ما لم توجد قاعدة قانونية صريحة أو سوابق قضائية ثابتة تقضي بغير ذلك.[1]

فالشاهد هنا أنه في الغالب من الأحوال تعترف المحاكم ضمنياً باعتبار النظام العام "جواد جامح" كما وصفه القاضي Burrough وهو ما يدفعها إلى تجنب سبر أغواره وتفسير المقصود به وحدوده، وبالتالي تجنب أن يحملها ذلك الجواد إلى حيث لا تدري - على حد تعبير القاضي- .

المبحث الثالث
أبرز التطبيقات القضائية ذات الصلة

وهنا نعرض لبعض التطبيقات القضائية التي تناولت إبطال العقد بسبب مخالفته للنظام العام لنرى كيفية معالجة المحاكم لها ومدى أهمية مفهوم النظام العام في نظر القضاء.

١- *Coco V. Oden* :[2]

قام النائب العام برفع هذه الدعوى ضد النقيب Oden بسبب قيامه بعقد إتفاقات مع شركات الهاتف والتلغراف والسكك الحديدية للحصول على أسعار رمزية في بعضها وإستخدام خدمات البعض الآخر مجاناً.

وقد طالب النائب العام المحكمة بإبطال هذه الإتفاقات بإعتبارها مخالفة للنظام العام والآداب، كما تخالف المادة ١٩١ من الدستور الأمريكي.

---

(1) David Adam Friedman, OP. Cit.: 'More often, it appears that courts are most willing to let a contract stand unless an express rule or strongly established case law dictates otherwise'.

(2) Coco V. Oden, 143 La. 718 Supreme court of Louisiana 1918.

انتهت المحكمة إلى أن التعاقدات المذكورة تعتبر باطلة لإنعقادها بما يخالف حسن النية، والنظام العام والآداب، والدستور. لذا قضت ببطلانها كما قضت بعزل النقيب Oden من وظيفته.

يُلاحظ هذا أن النائب العام لم يقتصر على الإستناد إلى مخالفة الإتفاقات المذكورة للنظام العام والآداب، بل استند كذلك إلى مخالفتها إلى مادة محددة في الدستور الأمريكي، وهو ما يثير التساؤل: إن لم تكن تلك العقود مخالفة للدستور على هذا النحو، هل كان حكم المحكمة سيختلف؟

٢- ***Marais V. Kramer*** [1]:

في هذه الدعوى قام المحامي (Kramer) بإعطاء إستشارات قانونية لعدة أطراف لكل منهم مصلحة مختلفة في ذات المعاملة ثم قام أحد هذه الأطراف بإستدعائه للشهادة في دعوى لاحقة على تلك المعاملة بين ذات الأطراف. دفع الطرف الآخر بعدم جواز إستدعاء المحامي المذكور للشهادة، لأن إدلائه بما تلقاه من معلومات من أطراف أصحاب مصالح متعارضة إنما يخالف النظام العام، كما يخالف قاعدة المعلومات الخاصة[2] .و حكمت المحكمة الإبتدائية ببطلان شهادة المحامي بناء على هذه الأسباب.

عند الطعن في الحكم، رأت محكمة الإستئناف خطأ حكم المحكمة الإبتدائية وقامت بإلغائه. استندت المحكمة في ذلك إلى أن الفقه السائد في مجال الإثبات قد استقر على أنه: "حينما يلتزم محامي تجاه عدة أطراف في معاملة قانونية واحدة بإعتباره ممثلاً عنهم أو مجرد مستشار قانوني لهم حيث يكون لكل منهم مصلحة مختلفة فيها، فإن المعلومات التي يطلع عليها في هذا الصدد لا تدخل ضمن قاعدة المعلومات الخاصة. ويجوز أن

---

(1) Marcuse V. Kramer, 5 Teiss, 247 WL1377 (June 8, 1908). Court of Appeal of Louisiona, parish of Orleans.

(2) Rule of privileged communication.
وهي القاعدة التي تحظر على المحامي إذاعة المعلومات التي يطلع عليها بحكم مهنته

يستدعيه أحد هؤلاء الأطراف للشهادة بها في أية دعوى لاحقة بين ذات الأطراف".[1]

يرد في هذه المسألة كذلك أنه: "قد يتخذ خصمين أو أكثر نفس المحامي وكيلاً عنهما، ويتم الإفضاء إليه بمعلومات تتعلق بالخصومة مثل هذه المعلومات تعتبر محصنة (privileged) في مواجهة الغير ولا يجوز إطلاعه عليها ولكنها غير محصنة فيما بين المتخاصمين الأصليين أنفسهم. وبالتالي، يجوز لأيهما أن يطلب شهادة هذا المحامي ضد خصمه في أي دعوى تتعلق بنزاعهما."[2]

بناء على ما سبق، قررت محكمة الإستئناف إلغاء حكم المحكمة الإبتدائية لعدم مخالفة الشهادة المذكورة لغالبية الفقه.

وهنا يتضح أنه عندما يتم الإستناد للدفع بالنظام العام وحده دون أن يسانده نص قانوني أو رأي فقهي مستقر، لا تقيم له المحكمة وزناً.

٣- ***Master v. Red River Entertainment*** :[3]

تتلخص وقائع هذه الدعوى في إتفاق المدعي (Master) مع أحد نوادي القمار (Red River Entertainment) على أن يخصص له النادي إستعمال حصري لإحدى ماكينات القمار (وهي آلة التوزيع الآلي)[4] وذلك بعد أن أعرب مدير النادي عن توقعاته بأن هذه الآلة سوف تربح الجائزة الكبرى في وقت قريب.

بعد أن طال أمد إستعمال Master للآلة وإنفاقه مبالغ باهظة دون أن يتحقق الفوز بالجائزة الكبرى، قام برفع شكوى للجنة المختصة بألعاب القمار، إلا أن الأخيرة لم تستجب لشكواه.

---

(1) Marcuse V. Kramer, Op.Cit, 'Underwood on Evidence, P. 171'.

(2) Marcuse V. Kramer, Op.Cit, 'Weeks, On Attorney at Law, P. 175 Or, Wigmore on Evidence Vol. 4, P.3235.'.

(3) Master V. Red River Entertainment L.L.C., 188 s0.3d 284. (2016) cout of appeals of Louisiana, second circuit.

(٤) جهاز آلي تستعمل فيه قطع النقد المعدنية.

قام Master برفع دعوى على نادي القمار مدعياً عدم تنفيذ الأخير لإتفاقهما الشفهي الضمني بالفوز. دفع المدعي عليه بأن هذا الإدعاء لا أساس له إذ أن مثل هذا الإتفاق المزعوم يخالف النظام العام لأن محل التعاقد غير مشروع وغير أخلاقي. حكمت المحكمة الإبتدائية لصالح المدعي عليه.

طعن Master في الحكم السابق أمام محكمة الإستئناف مطالباً بتعويض عن عدم تنفيذ الإتفاق. فقامت محكمة الإستئناف بتأييد حكم المحكمة الإبتدائية و اعتبار التعاقد باطل بطلاناً مطلقاً لمخالفته للنظام العام. وذكرت المحكمة أن التوقع الذي صدر من جهة النادي بالفوز القريب لا يمكن إعتباره سبباً مشروعاً لإنشاء تعاقد، فمثل هذا التعاقد يُعد غير نافذ.

وتضيف المحكمة أن الإتفاق المذكور يخالف صريح القانون كذلك فهو يتعارض مع المادة ٢٠٣٠ من التقنين المدني لولاية لويزيانا، والتي تنص على أنه: "يُعتبر العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً عندما يخالف قاعدة تتعلق بالنظام العام، كما لو كان محل التعاقد مخالفاً للقانون أو غير أخلاقي"[1].

بناءً على ما سبق، يُمكن أن نستنبط أنه على الرغم من مدى وضوح و بداهة المخالفة التي تتناولها الدعوى هنا للنظام العام بل و عدم منطقيتها، إلا أن المحكمة آثرت أن تدعم رأيها ذلك بنص القانون الصريح على ما انتهت إليه.

خاتمة

يهدف هذا البحث إلى رصد التباين في فكرة النظام العام و الآداب بين النظامين القانونيين اللاتيني و الأنجلوسكسوني. و قد اتخذنا القانون المصري كنموذج للنظام اللاتيني، و نظيره الأمريكي كنموذج للنظام

(1) Louisiana Civil Code, Book III, chapter 11: Nullity, Art. 2030 (absolute nullity of contracts). LA.C.C. art 2030: "A contract is absolutely null when it violates a rule of public order, as when the object of a contract is illicit or immoral".

الأنجلوسكسوني. و تمت معالجة تلك الفكرة من حيث مفهومها و كيفية تطبيقها في كل من القانونين المعنيين.

لا شك أن تلك المعالجة تسلّط الضوء على عدة أمور هامة، من أبرزها:

١ـ العلاقة بين القانون و الأخلاق: و مدى اهتمام كل نظام قانوني بدمج الأخلاق في التشريع و إعطائها دور إيجابي في صياغة نصوصه.

و قد اتضحت الأهمية الكبيرة التي يوليها القانون المصري للأخلاقيات السائدة في المجتمع عن طريق إعلاء قيمتها القانونية على جميع ما دونها من الأمور. و قد تمثل ذلك في مفهوم الآداب العامة التي ينبغي أن يضعها الأفراد حداً لهم في أية معاملة أو عند إبرام أي اتفاق و إلا اعتُبر باطلاً مطلقاً. و لا اختلاف على تلك القدسية بين التشريع المصري و الواقع التطبيقي المتمثل في أحكام القضاء.

على عكس ذلك، قد استقر النظام القانوني الأمريكي في الوقت الحالي و بعد صراعات طويلة الأمد و تغيرات عديدة ، على عدم إعلاء هذا المفهوم على حرية الفرد. فقد أظهر الواقع العملي إعطاء الأولوية للحرية الفردية و الشخصية دون تقيُّد بما تفرضه الأخلاقيات و الاعتبارات الدينية. و قد دعم هذا النظر، الخوف من اتخاذ مثل هذه الاعتبارات ذريعة من قِبل السلطة التنفيذية للحد من الحريات الشخصية التي يدعمها الدستور الأمريكي.

و يأتي هذا الاتجاه على عكس ما تقضي به النصوص القانونية في التشريع الأمريكي و التي تعترف بالاعتبارات الأخلاقية و الضوابط الدينية و تحظر مخالفتها و تُرتب على هذه المخالفة جزاء البطلان المطلق أيضاً. و نرى أن هذه النصوص ما هي إلا نوع من الاحترام الظاهري لما فرضه القانون الكنسي على مدى قرون زمنية طويلة.

٢ـ مدى التوازن بين المصلحة العامة للمجتمع و الحرية الفردية:

إن إقامة التوازن بين هذين الاعتبارين إحدى التحديات الأزلية التي تواجهها القوانين في كل العصور. إلا أن استقراء نصوص التشريع

وكتابات الفقهاء و أحكام القضاء في قانون ما، يقود إلى معرفة أي هذين الاعتبارين هو الراجح في هذا القانون. و بُناءً على ذلك، و من خلال التحليل الذي أجريناه على مدار هذا البحث، اتضح التباين الشاسع بين القانونين محل الدراسة بهذا الشأن.

فالقانون المصري يحيط كافة ما يتعلق بالمصلحة العامة و يدخل في إطار النظام العام، بهالة من القدسية التي لا يمكن المساس بها.حتى و إن أدى ذلك إلى المساس بحرية الأفراد التعاقدية. فترجيح كفة المصلحة العامة و النظام العام في القانون المصري (أسوةً بالقوانين اللاتينية) لا يشوبها شك. و قد ترك هذا الترجيح أثره الواضح على الكثير من النظريات و التطبيقات في هذا القانون.

أما في القانون الأمريكي، يتضح أن الاتجاه السائد هو إعلاء الحرية الفردية فوق أي اعتبار آخر. فهي ترجح على المصلحة العامة في الواقع العملي. فمجمل التطبيقات القضائية و التحليلات الفقهية في هذا الشأن تدل على أن حرية الفرد لا يحد منها سوى نصوص القانون. فإن اتضح أن تعاقداً ما يتعارض يتعارض مع النظام العام للمجتمع ، لا يتم إبطال هذا التعاقد إلا بُناءً على مخالفة نص قانوني. أما الاقتصار على القول بمخالفته للنظام العام دون نص، غير ذي جدوى في غالبية الأحوال.

قائمة المراجع

- **المراجع باللغة العربية:**

- أبو جعفر عمر المنصورى، فكرة النظام العام والآداب العامة فى القانون والفقه مع التطبيقات القضائية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٠.
- المستشار أحمد طلبه، مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها محكمة النقض منذ إنشائها سنة ١٩٣١، الجزء الخامس، ١٩٩٠.

- د. توفيق حسن فرج النظرية العاملة للإلتزام: مصادر الإلتزام، الطبعة الثانية ١٩٨٠- ١٩٨١.
- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط فى شرح القانون المدنى، الجزء الأول: نظرية الالتزام بوجه عام، منشأة المعارف، ٢٠٠٤.
- د. محمد حسام محمود لطفى، المدخل لدراسة القانون فى ضوء أراء الفقه وأحكام القضاء، الطبعة الثانية عشرة، القاهرة ٢٠١٦.
- د. نبيل سعد، المدخل إلى القانون، نظرية القانون، دار الجامعة الجديدة٢٠١٤.
- وديع البقالي، بحث "إشكالية التوفيق بين النظام العام و الحريات"، مجلة الفقه و القانون، العدد الواحد و الخمسون، يناير ٢٠١٧.

- **المراجع باللغة الإنجليزية:**

- **Bowers V. Hardwick, 478 U.S.186 (1986).**
- **Civil Code, Part II. Contracts, Title 31, subtitle4: Obligations and contracts, chapter 253: General Provisions, 31 L.P.R.A.S.3372 Permissible clauses and conditions.**
- **Coco V. Oden, 143 La. 718 Supreme court of Louisiana 1918.**
- **David Adam Friedman, "Bringing Order to contracts against public policy", 39 Florida State University Law Review 563, Spring 2012.**
- **Documents of the II vatican council: Dignitatis humanae (held on 11 October 1962).**
- **Gregory Kalscheur," Moral limits on morals legislation: lessons for U.S. constitutional law from the declaration on religious freedom". , 16 S.Cal. Interdisc. L.J. southern California Interdisciplinary law Journal, Fall 2006.**
- **Griswold V. Connecticut 381 V.S. 479 (1965) 85 Supreme Court, 1678, 14 L.Ed. 2d 510.**

- Lawrence V. Texas: 123 Supreme court of the united states 2472, 156 L.Ed. 2d 508, 71 USLW 4574, 03 Cal. Daily op. Serv. 5559. March 2003.
- Louisiana Civil Code, Book III, chapter 11: Nullity, Art. 2030 (absolute nullity of contracts).
- Louisiana civil code, Book III, Title IV. Conventional obligations or contracts, Chapter 11; Nullity LSA. C.C. Art 2030.
- Louisiana Civil Code, Article, 7: Laws for preservation of the public interest.
- Marcuse V. Kramer, 5 Teiss, 247 WL1377 (June 8, 1908). Court of Appeal of Louisiona, parish of Orleans.
- Master V. Red River Entertainment L.L.C., 188 s0.3d 284. (2016) cout of appeals of Louisiana, second circuit.
- N.C. G.S.A., Section 14 – 177 (offences against public morality and decency).
- Restatement (second) of contracts S. 179, chapter 8. Unenforceability on grounds of public policy, comment, reporter's Note.
- Restatement (second) of contracts, chapter 8: Unenforceability on Grounds of Public Policy. Topic 1. Unenforceability in general.S.179.
- Restatement Second of Contracts, Section 178 (When a term is Unenforceable on Grounds of Public Policy).
- Richardson V. Melish, 130 Eng. Rep. 294, 303, 2 Bing 229, 251-52 (Judge Burroughs J.).
- Ryan M. Bernstein," constitutional Law- Civil Rights: The Supreme Court Strikes Down Sodomy Statute by Creating New liberties and invalidating old laws: Lawrence V. Texas, .U.S (2003)", 80 North Dakota Law Review 323, 2004.
- State of North Carolina V. Teresa Darlene pope, 168 Court of Appeals of North Carolina 592 (2005).
- State V. Harward, 264 N.C.746 (1965).
- Stephen M. Krason, The public order and the sacred order (Contemporary Issues, Catholic Social Thought,

and the Western and American Traditions), Volume 1, the scarecrow press Inc. 2009.

- Suzanne: B. Goldberg. "Morals-based justifications for lawmaking: Before and after Lawrence V.Texas", 88 Minnesota Law Review, May 2004.
- Texas Penal code, Title 9 "Offences Against Public Order and Decency".