

# فكرة الاداب العامة و مدلولها القانوني و الفلسفي دراسة قانونية مقارنة

د.حسين عبدالله عبدالرضا الكلابي

كلية القانون - جامعة بغداد

## ملخص

لقد اثارت فكرة الاداب العامة جدلا وخلاف بين الفقه حيث ان هذه الفكرة المرنة نسبيا و التي تختلف من مكان الى مكان ومن زمان الى زمان اخر، وذلك نتيجة صعوبة وضع تعريف جامع و شامل لهذه الفكرة مما ادى الى تعدد واختلاف اراء الفقه حول وضع معيار ضابط ومحدد لها، اذ يختلف المعيار الموضوع حسب الزاوية التي ينظر من خلالها الفقيه لهذه الفكرة.

كما ان هذه الفكرة هي حصيلة الفلسفة الاخلاقية للمجتمع و بالتالي فهي مرآة عاكسة للموروث الفلسفي و الاخلاقي و الديني المتراكم لمجتمع ما، ويسهر القضاء على حماية هذا الموروث من خلال تلك الفكرة كما ان قراراته التي تتخذ في هذا المجال خاضعة لرقابة و تدقيق محكمة التمييز.

ولقد اثارت العلاقة بين النظام العام و الاداب العامة جدلا واسعا حول مشكلة التعارض بينهما ايهما اولى بالتطبيق، كما ان تكيف طبيعة التصرف المخالف للاداب لم تتفق كلمة الفقهاء على تحديد معيار محدد لتحديد الطبيعة القانونية له.

لذا جاء هذا البحث كمحاولة للاجابة على هذه المشاكل و ازالة كافة جوانب الغموض الذي يكتنف

هذه الفكرة.

# فكرة الاداب العامة و مدلولها القانوني و الفلسفي دراسة قانونية مقارنة

د.حسين عبدالله عبدالرضا الكلابي

كلية القانون – جامعة بغداد

## Summary

We have raised the idea of public morals debate and disagreement between the doctrine is that the idea of flexible relatively, which vary from place to place and from time to time another, and that as a result of the difficulty of the definition of an inclusive and comprehensive of this idea, which led to many different views of jurisprudence on the status of the standard officer and specific them, as it differs from the standard issue depending on the angle through which the jurist for the idea.

Also, this idea is the result of moral philosophy of society and are therefore a mirror reflecting the heritage the philosophical and moral and religious accumulated complex is, and ensures the elimination of the protection of this heritage through that idea, as the decisions taken in this area is subject to the supervision and scrutiny the Court of Cassation.

We have raised the relationship between public order and public morals sensation on the problem of conflict between them, whichever is the first application, and the adaptation of the nature of the act contrary to the literature the word jurists do not agree to identify a specific standard to determine the legal nature of it. So this research was an attempt to answer this kaleidoscope and remove all the ambiguities surrounding this idea.

Top of Form

---

## مقدمة

ليس ثمة مقياس يمكن بواسطته ان نحدد بالضبط الحد الفاصل بين النظام العام و الاداب العامة ،  
فبينما يميل اولئك الذين يشددون على الغرض الاجتماعي للقانون الى اعتبار الاداب كمظهر من مظاهر  
النظام العام ليس الا يسعى الآخرون الى ان يقيموا القانون على نظام خلقي لصيق بالمجتمع الغربي ،  
وبالتالي فلا مناص عندهم من ان يحتل مفهوم الاداب مقام الاولوية على الاقل كمثّل اعلى ينبغي ان يسعى  
القانون للوصول اليه و الانسجام معه.

و القانون الانكليزي بمداه رقعة النظام العام لتشمل كلا هذين المفهومين و بميله على الاقل منذ ايام  
بنثام Bentham الى التاكيد على استقلال القانون عن الاخلاق ، يبدي من الاهتمام بالعواقب الاجتماعية  
التي يؤدي اليها اتفاق او عقد ما اكثر مما يبدي بعواقبه الاخلاقية.

و بنفس الروح يعتبر القانون الفرنسي الاتفاق على القيام بعمل هو من واجب المتعهد القيام به باطلا  
لمخالفته للاداب العامة، نظرا لان هذا الاتفاق يدفع المتعهد الى ان يفعل بدافع المصلحة شيئا يتحتم عليه  
فعله بدافع الشعور بالواجب.

و في القانون الفرنسي كما في القانون الانكليزي ليس ثمة اجماع على ماهية السبل التي يمكن بواسطتها  
تصنيف الحالات التي تتعلق بالاداب.

لذلك اثارت فكرة الاداب العامة جدلا واسعا بين فقهاء القانون و اختلافا بينا في ارائهم ، وعلى هذا  
الاساس نجد من الضروري ان نتناول فكرة الاداب العامة بالبحث و التعمق فيها وفق خطة علمية نتناول في  
المبحث الاول مفهوم الاداب العامة و المبحث الثاني نطاق الاداب العامة.

## المبحث الاول

### مفهوم الاداب العامة

يبدو ان فكرة الاداب العامة مشابهة لفكرة النظام العام فهي مصاحبة لها في جميع المواد القانونية  
التي نتناول فكرة النظام العام.

لهذا يرى البعض ليس ثمة مقياس يمكن بواسطته ان نعين بالضبط الحد الفاصل بين النظام العام و  
الاداب .<sup>١</sup>

و المتتبع للنصوص القانونية التي نتناول فكرة النظام العام و الاداب العامة سوف يجد ان عبارة  
النظام العام تأتي معطوفة على عبارة الاداب العامة فتارة يقال " النظام العام او الاداب العامة " و لو تناولنا  
المشكلة من الناحية اللغوية سوف نجد ان (او) التخيرية تجعل منهما شيئين مختلفين كل منهما عن الآخر  
فهو تخير اما النظام العام او الاداب.

<sup>١</sup> دينيس لويدي ، مفهوم النظام العام و الاداب ، ترجمة حسن زكريا ، مجلة القضاء العدد ٤ ، السنة ١٤ ، ١٩٥٦ .

<sup>٢</sup> انظر المواد ١٣٥ و ١٣١ و ١٣٢ من القانون المدني العراقي و المادة ١٣٥ من القانون المدني المصري .

وتارة اخرى يقال " النظام العام و الاداب العامة " فنجد ان عبارة النظام العام معطوفة على الاداب بـ( واو ) العطف وهذه الواو تفيد الجمع فهي تجمع بينهما ، بمعنى اخر ان التصرف القانوني قد يكون مخالفا للنظام العام ، و بالمعنى ذاته هل يشترط لابطال ذاك التصرف ان يكون مخالفا للنظام العام و الاداب في وقت واحد لكي يكون البطلان جزاء له ؟ ام البطلان يكون جزاء ذلك التصرف اذا خالف النظام العام فقط ؟ او الاداب فقط.

نريد ان نعرف هل فكرة الاداب تعتبر جزءا من فكرة النظام العام ام تعتبر مرادفه لها ، فاذا اعتبرت جزءا من فكرة النظام العام ، فهل يكون المقصود بهذه الفكرة " الناموس الادبي " الذي يقوم عليه المجتمع و<sup>٢</sup> هو جزء من كل يضاف الى الاساس الاجتماعي و الاقتصادي و السياسي ليتكون بعد ذلك ما يسمى بالنظام العام.

اما اذا اعتبرت فكرة الاداب العامة مرادفة لفكرة النظام العام فهل يقصد باصطلاح الاداب العامة كل الافكار الاخلاقية و الدينية السائدة في المجتمع، للاجابة على كل هذه الاسئلة ينبغي تقسيم هذا المبحث الى مطلبين نتناول في الاول تعريف الاداب العامة و في الثاني تبلور فكرة الاداب العامة وفقا للتصور الفلسفي السائد في المجتمع.

## المطلب الاول

### تعريف الاداب العامة

ان النصوص القانونية لم تزد في قولها بوجوب ان يَكُون التصرف القانوني او الشرط غير مخالف للاداب.

حيث تضع النصوص القانونية المبدأ القانوني فقط دون ان تذكر ماهي الاداب التي تكون سببا لبطلان التصرفات الواقعة بين الافراد و لا اساس مصدرها.

و لو رجعنا الى الفقه نلاحظ ما ينطوي عليه من سكوت و اختلاف اراء الفقهاء بصدد الاداب العامة و نتيجة لذلك برزت عدة اتجاهات:-

---

<sup>١</sup> المادة ٦ من القانون المدني الفرنسي.

<sup>٢</sup> د. عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، دار النشر للجامعات المصرية جرينتيرج، القاهرة، ١٩٥٢، فقرة ٢٢٨، ص ٤٠٠.

<sup>٣</sup> تنص المادة ١٣٠ من القانون المدني العراقي " يلزم ان يكون محل الالتزام ..... غير مخالف للاداب " و كذلك المادة ١٣٢ " الا يكون السبب .....مخالفا للاداب " وتنص المادة ٢/١٣١ و المادة ٢٨٧ على ان لا يكون الشرط ..... مخالفا للاداب. و تنص المادة ١٣٥ من القانون المدني المصري على ان لا يكون المحل مخالفا للاداب. و تنص ايضا المادة ١٣٦ منه على ان السبب ان كان مخالفا للاداب فالعقد باطل ، و المادة ٢٦٦ منه ان لا يكون الشرط مخالف للاداب . اما القانون المدني الفرنسي فان المادة ٦ منه تنص على ان " الاتفاقات الخاصة لايجوز ان تكون مخالفة للاداب ، والمادة ١١٣٣ منه تنص على ان السبب يكون غير مشروع اذا كان مخالفا للاداب .

## اولا:-الاتجاه المعارض لفكرة الاداب العامة.

لم يتناول انصار هذا الاتجاه فكرة الاداب العامة بالبحث و لا يرى بانها فكرة مستقلة عن النظام العام لذلك هذا الاتجاه لم يعر هذه الفكرة اهتمام كبير بالبحث، الا انه و مع ذلك فقد تعددت اراء الفقهاء بتبرير هذا الاتجاه و نتيجة ذلك برزت عدة اراء:-

**الراي الاول:-** لقد تبنى هذا الراي الفقيهان " اوبري و رو " حيث اثناء شرحهما للمادة السادسة من القانون المدني الفرنسي لم يتعرضا لفكرة الاداب العامة بالبحث وذلك لاعتقادهما بان فكرة الاداب العامة لا تختلف عن النظام العام فكلاهما وجهان لعملة واحدة لهذا لا يوجد مبرر للخوض ببحث هذه الفكرة حسب اعتقادهما.

**الراي الثاني:-** يتساءل الفقيه لوران " Laurant " اين توجد الاداب العامة هذه ؟ هل في الاداب الدينية ؟ فاذا كان الامر كذلك - حسب اعتقاد الفقيه لوران - فانه يرى بانه يجب البحث عما يكون اعتقاد القاضي الديني ، و اذا كان هناك عدة اديان فهل من الضروري القول بانها قد لا تتفق على قاعدة خلقية ، ام ان الاداب العامة يجب البحث عنها في دائرة الاخلاق الفلسفية ؟ و لكن الفلاسفة لم يتفقوا على امر معين ، وينتهي " لوران " الى القول بان الاخلاق هي في الضمير الانساني.

**الراي الثالث:-** لم يبين الفقيه " دمولوب Demolomp " لنا معنى الاداب العامة بل ان كل ماقاله هو " انه لمعرفة الشرط المخالف للاداب الذي يجعل الاتفاق باطلا ، يجب ان يكون اثر الاتفاق نفسه مخالفا للاداب العامة ، وكذلك يجب البحث عن العقد الذي يهدف اليه الطرفان بتصرفهما و هل النية التي يقصدان الوصول اليها مخالفة للاداب.

**الراي الرابع:-** يرى الفقيه " هوك Huc " بان الاداب العامة هي العادات المكتسبة الثابتة و التي راعاها القانون الوضعي و سنّها ، و بالتالي فان مخالفة قواعد الاداب هي مخالفة لنصوص القانون التي نظمها و بالتالي فلا توجد حاجة لبحث هذه الفكرة مادامت نصوص القانون قد تضمنت ذلك.

## ثانيا:- الاتجاه المؤيد لفكرة الاداب العامة.

يرى انصار هذا الاتجاه بان فكرة الاداب العامة هي مستقلة عن فكر النظام العام و ان التصرف القانوني ممكن ان يكون مخالف للاداب العامة ونتيجة لذلك يكون جزاءه البطلان ، لكن اختلف انصار هذا الاتجاه في تحديد المعيار المعتمد لتعريف الاداب و نتيجة لذلك برز معياران.

**المعيار الاول:-** و يذهب انصار هذا المعيار الى تعريف الاداب العامة بانها " اداب سلوك " ، لكن في الواقع ان مصطلح اداب السلوك مصطلح غامض يجعل المعاملات القانونية عرضه للطعن فيها ، و لا بد

---

<sup>١</sup> Aubry et Rou, droit civil francais , 3 ed tome 2, p.90. نقلا عن د. عبّاش الجليلي ، الشرط المستحيل و المخالف للنظام العام و

الاداب في القانون المدني ، القاهرة ١٩٥٨، ص ٣٠٩.

<sup>٢</sup> Laurant, principes de droit civil francais , 3 ed tome 2, p.90.

<sup>٣</sup> نقلا عن المرجع السابق ، ص ٣١٠.

<sup>٤</sup> Huc, contract et obligation,tome 1,p.194.

من وجود معيار محدد يجب الوقوف عنده لمعرفة الاداب العامة ، ونتيجة لذلك تعددت اراء انصار هذا الاتجاه في تبريره و عليه برزت عدة اراء فقهية:-

**الراي الاول:-** يرى الاستاذ " ريبير Ripert " في كتابه القاعدة الخلقية في<sup>١</sup> الالتزامات المدنية للفقهاء ان لا ينسى ان القانون يجب ان يطبق على مجتمع انساني يرتكز على الاخلاق المسيحية في (البلاد المسيحية) و هذه الاخلاق بتصويرها الخاص لغايات الانسان في هذا العالم ، تفرض طائفة من القواعد التي لا تهدف فقط الى ضمان احترام القريب بل تهدف الى تهذيب الروح ، فهي مجموعة من القواعد المحددة التي تنظم واجبات الانسان نحو ربه ، و واجباته نحو غيره و نحو نفسه و مراعاة هذه القواعد الخلقية لا تنظم بسهولة لانها تصادف في سبيلها عقبات كاداء من المصالح الخاصة و من انانية الانسان الطبيعية و كلما ساد تطبيق هذه القواعد كان ذلك دليلا على تقدم الحضارة ، فكيف لا يعني القانون بهذه القواعد الخلقية التي تحكم الناس كما تحكم القواعد القانونية .

كذلك يرى الاستاذ " ريبير " انه لا يمكن ان تقرض قاعدة قانونية باسم الخلق الديني و مع ذلك فهناك قواعد قانونية لا تبررها الا قاعدة خلقية اتخذتها القواعد القانونية اساسا لها ، وهذه القاعدة الخلقية لا يمكن تبريرها الا بفكرة دينية.

**الراي الثاني:-** يرى الاستاذ " سيجي Saiget " ان القضاء الفرنسي اعتبر أن الاداب المسيحية مستوحاة من ديانة ، كما يؤكد قبل ذلك ان القضاء الفرنسي اتبع في احكامه الاداب التي وضعتها الكنيسة حين عرضت عليه بعض المسائل مثل الحقوق التي لا يمكن وضعها موضع تصرف مثل الاداب الجنسية و الاداب المهنية و قواعد الشرف.

**الراي الثالث:-** يرى الاستاذ " لوتكوز " في كتابه نظرية البطلان ان الاداب العامة في مجموعها الاداب الرسمية و هي الاخلاق المثالية و المبادئ التي يمكن استخلاصها في هذا المجال من فكة المشرع في عمومها ، و هي ليست الاداب بحسب راي الفلاسفة و الاجتماعيين .<sup>٤</sup>

ان هذا الراي الاخير قد يكون من الممكن التسليم به بالرغم مما يكتنفه من الغموض ، اما بالنسبة للراء الاخرى فانه لايمكن القبول بها لانها تتنافى مع منطق العقل السليم و تتنافى ايضا مع الواقع ، حيث ان القانون لا يقتصر تطبيقه فقط على البلاد المسيحية بل هو حالة منظمة للحياة فحسب سواء في البلاد المسيحية او الاسلامية او حتى في البلا التي ليس لها دين ، كذلك فان الواقع اثبت عكس ذلك حيث يطبق القانون في كثير من البلاد الاسلامية و نجحه تطبيقه فيها و منها العراق.

**المعيار الثاني:-** يذهب انصار هذا الاتجاه الى القول بان فكرة الاداب العامة هي عبارة عن قواعد الاخلاق ويحاول انصاره ان يرجع هذه الفكرة الى اصلها المتمثل بقواعد الاخلاق لكن بالرغم من اتفاق انصار هذا الاتجاه بان فكرة الاداب تعود الى نطاق و قواعد الاخلاق الا انهم اختلفوا في تبرير ذلك فلبعض يرى بان

<sup>١</sup> Ripert, la regle morale dans les obligations civiles, 4e ed, 1949, p.152.

<sup>٢</sup> Op.cit.p.27.n.17.

<sup>٣</sup> Saiget, le contract immoral, paris, 1939, p.220.

<sup>٤</sup> لوتكوز ، نظرية البطلان ، سنة ١٩٣٩ ، ص ٤٠ . نقلا عن د.عبدالله الجليلي ، المصدر السابق ، ص ٣١١.

فكرة الاداب تعود الى الاخلاق الدينية في حين يرى البعض الاخر بانها ترجع الى الاخلاق الاجتماعية او الى ما درج عليه افراد المجتمع و نتيجة لذلك برزت عدة اراء:-

**الراي الاول:-** يرى البعض " ان الاداب في امة معينة و في جيل معين ، هي مجموعة من القواعد وجد الناس انفسهم ملزمين باتباعها طبقا لناموس يسود علاقتهم الاجتماعية " ، و يضيف هولاء البعض الى ان الراجح في هذا الشأن انه لا يجوز للقاضي في تعيين مايعتبر من الاداب العامة ان يتبع في ذلك تصوره وهو كما يجب ان تكون عليه الاخلاق ، بل يجب عليه ان يتبع في ذلك الراي العام او مايشعر به ضمير المجتمع ، فيعتبر كل اتفاق لا ينفر منه المجتمع صحيحا و لو كان في ذاته منافيا للمثل الاعلى للاخلاق ، و يرى ان هذا المعيار المادي الذي يراد به نحو القاضي من تطبيق اراءه الخاصة، معيار مرن متغير يتغير بظروف الزمان والمكان وانه تدخل في تكوينه بنسب مختلفه وعوامل شتى ، منها الدين و المعتقدات الموروثة و العادات المتأصلة و ماجرى بها العرف و تواضع عليه الناس .<sup>٢</sup>

**الراي الثاني:-** يرى البعض الاخر ان الاداب العامة هي النصوص الشرعية الاسلامية الامرة او الناهية التي كانت من قبل نصوص ملزمة بذاتها و لها جزاء على مخالفتها و لكن وجدت نصوص قانونية وضعية ابطلت حكم هذا الجزاء .<sup>٤</sup>

**الراي الثالث:-** يرى انصار هذا الراي ان الاداب العامة هي القواعد التي يتبعها الافراد بناء على العرف المستقر و العادات الموروثة و المعتقدات الثابتة .<sup>٥</sup>

و يضيف انصار الراي علاه ان الاداب العامة هي القواعد الاخلاقية التي تسود في امة معينة في وقت معلوم ، فهي مجموعة اسس اخلاقية موروثة تواضع عليها الناس وجرى عليها العرف و تقوم في مجتمع معين في وقت معلوم .<sup>٧</sup>

ويؤخذ على هذا الاتجاه انه اعاد بنا الى الخلط بين قواعد الاداب وقواعد الاخلاق فمن المعلوم ان الفقه القانوني يفرق بين قواعد الاداب و قواعد الاخلاق:-

---

<sup>١</sup> انظر السنهاوري، الوسيط ، المصدر السابق ، ص ٤٠٠ ، فقرة ٢٢٨.

<sup>٢</sup> قريب من هذا المعنى د.حشمت ابو ستيت ، نظرية الالتزام ، ١٩٥٤ ، الطبعة الثانية، ف ٢. حيث " يرى ان الاداب هي مجموعة التي تمثل الحالة الخلقية السادة في بيئة معينة و في عصر من العصور و التي يتبعها الناس طبقا للناموس الادبي الذي يسود علاقتهم الاجتماعية كلما تقدمت الاخلاق و ارتفعت ازادات حساسية المعيار الخلقي "

<sup>٣</sup> د.عبدالله الجليلي ، المصدر السابق ، ص ٣١٤-٣١٥.

<sup>٤</sup> انظر بهذا المعنى ايضا د.سليمان مرقس، المدخل للعلوم القانونية ، ط ١، ١٩٥٣، القاهرة، ص ٤٧. حيث يرى ان الدين عنصرا من العناصر التي تحكم الاداب العامة.

<sup>٥</sup> د.حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزامات ، بغداد ، ١٩٧٥، ص

<sup>٦</sup> د.عبدالفتاح عبد الباقي، نظرية القانون ، ط ٣ ، القاهرة، ١٩٥٣، ص

<sup>٧</sup> المحامي محمود نعمان، موجز المدخل للقانون ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٧٥ ، ص ٣٨.

١- من حيث النطاق ، فدائرة قواعد الاخلاق هي اوسع من دائرة قواعد الاداب العامة لان قواعد الاداب تهتم بالبواعث و النوايا اضافة الى السلوك المادي الخارجي في حين تهتم قواعد الاخلاق اضافة الى ذلك بواجب الفرد نحو المجتمع.

٢- من حيث الغاية ، ان غاية الاخلاق هي الوصول بالانسان الى الكمال و السمو النفسي ، اما غاية الاداب فهي حماية المجتمع من بعض انواع السلوك التي يمكن ان تؤدي الى انحلاله و تفسخه و الانحدار به.

٣- من حيث الجزاء ، لا يترتب من حيث الاصل على الخروج على قواعد الاخلاق اي جزاء دنيوي الا ما ينص عليه القانون في حين يترتب على قواعد الاداب جزاء مدني ، و قد يكون هناك عقاب جزاء على الخروج على الاداب العامة.

عليه يلاحظ من جميع المحاولات لتعريف الاداب العامة سواء في الفقه الفرنسي او الفقه العربي انها لم تصل الى نتيجة محددة تفيد الباحث و القاضي على حد سواء في معرفة مفهوم الاداب العامة و مايدخل ضمن هذه الاداب و ماخرج منها.

## المطلب الثاني

### تبلور فكرة الاداب العامة وفقا للتصور الفلسفي السائد في المجتمع

اذا كانت الاداب العامة تعكس الفلسفة الاخلاقية في المجتمع بما تآثر به ذلك المجتمع من عادات و تقاليد موروثة كما ان مفهوم هذه العادات و التقاليد الموروثة هو مفهوم نسبي مرن لايمكن تحديده، ونحن امام فكرة قانونية لايمكن ان يترك تحديدها الى هذه المعايير المرنة و النسبية، لذا يتطلب الامر ان يوجد هناك معيار موضوعي لتعريف الاداب .

عليه سوف نتناول اولاً المظهر الاخلاقي للاداب العامة وثانياً البحث عن معيار موضوعي للاداب العامة.

#### اولاً:-المظهر الاخلاقي للاداب العامة.

يرى البعض ان معظم محاولات الفقه في تعريف الاداب انها تصب في تعريف واحد هو ان الاداب يقصد بها الاصول الاساسية للاخلاق في الجماعة ، اي مجموعة الاسس السلوكية لكيان المجتمع ، و بقاءه سليماً من الانحلال و التدهور ثم الفناء.

ان هذا التعريف لا يمكن ان يعطي فكرة واضحة كل الوضوح عما يقصد بالاداب العامة ، فالواجب و النزاهة و الحشمة و غيرها من التصورات الذهنية التي يشعر بها الانسان اكثر مما يمكنه ان يحددها. لذلك يرى البعض الاخر انه لايقصد بالقواعد المتعلقة بالاداب كل قواعد الاخلاق و الا اختلط القانون القانون بالاخلاق ، وهما منفصلان نتيجة اختلافهما في الغاية و الهدف.

<sup>١</sup> انظر د.وحيد رضا سوار، القانون المدني الجزائري، ج ١، بلا مكان و سنة طبع، ص ١٢٩.

<sup>٢</sup> انظر د.شمس الدين الوكيل، المدخل لدراسة القانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٦٢.



و لهذا السبب رفض واضعي المشروع الثاني للتقنين الالمانى اقتراح يقضي باستبدال عبارة (الاداب العامة) (bonnes moeurs) بكلمة الاخلاق (morale) اذ الاخلاق تفسح المجال للمعايير الذاتية فما يراه قاض متفق مع الاخلاق قد يراه قاض اخر متعارضا معها .<sup>١</sup>

فالقواعد الخلقية هي التي تامر بالتعاون و مساعدة الانسان لاخيه الانسان و عدم استغلاله اياه، الخ.....و مصدر هذه القواعد هو علم الاخلاق الذي يستمد مبادئه من الفكر الانساني السليم الذي يدعو الى اقامة مجتمع صالح يعيش افراده متعاونين متضامنين.

و الاداب ايضا ليست هي الدين ، اي الاحكام السماوية لانها تقوم على مجرد التنظيم الوضعي و الظاهري للجماعة، ومن ثم كانت تفترق ان لم تكن بعيدة عن فكرة الحلال و الحرام المبنية على بواطن الامور.

فهنالك من الامور ماحرمها الدين وحللتها القوانين الوضعية كالربا و البغاء و الاعتراف بنسب الابن غير الشرعي و الميسر وغير ذلك مما هو معروف.<sup>٣</sup>

وكذلك ينبغي التمييز بين ( الاداب العامة ) و ( العرف المتواضع عليه ) usage فالقاضي يلتزم الاداب العامة دون ان يلتزم العرف المتواضع عليه ، فقد تتواضع الناس على عرف قبيح ، و بالرغم من تواضع الناس على ذلك يستقر في ضمير المجتمع ، بالرغم من ان هذا العرف قبيح و انه يخل بالاداب العامة .<sup>٥</sup>

لذا يلاحظ ان الاداب العامة انما يقصد بها الحد الأدنى من قواعد الاخلاق و ليست كل قواعد الاخلاق الذي تعتبره كل جماعة لازما لوجودها و كيانها بحيث تفرض على الجميع احترامه وعدم المساس به او الانتقاص منه.

و بذلك تعتبر فكرة الاداب مثلا من الامثلة القليلة على تاثر القانون بالاخلاق و حاجته في سبيل تدعيم المجتمع بل و الحفاظ عليه و تماسكه، الى استخدام حد ادنى من الاصول الاخلاقية ، لا تبيح للأفراد الخروج عليها باي حال من الاحوال.

---

<sup>١</sup> د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، مطبوعات معهد الدراسات العربية، ج ٤، سنة ١٩٥٤، ص ٤٣.

<sup>٢</sup> انظر المواد ١٧١-١٧٢ من القانون المدني العراقي حيث تجيز اخذ الفوائد الربوية.

<sup>٣</sup> حيث كان يسمح بفتح دور البغاء بمجرد الحصول على ترخيص اداري الا انه بعد ذلك الغت هذه الدور في العراق . لزيادة الايضاح انظر د. عبد المجيد الحكيم ، الوسيط ، المرجع السابق، ص ٤٠٣-٤٠٤، فقرة ٥٥٧.

<sup>٤</sup> حيث صدر في فرنسا قانون في ٣ كانون الثاني ١٩٧٢ يقضي بالاعتراف بالاولاد الطبيعيين من خلال الاثبات الشرعي لبنوتهم. انظر حول ذلك . 101. n. Dalloz, Jean Hauser, order public et bonnes moeurs, و انظر كذلك فيما يتعلق بالولد الطبيعي *Enfant naturel* د. عبد المجيد الحكيم ، الوسيط ، المصدر السابق ، ص ٣٨١ ، ف ٥٢٢.

<sup>٥</sup> سالي في التعبير عن الارادة فقرة ٤٤-٤٥ نقلا عن السنهوري ، مصادر الحق، المصدر السابق، ج ٤، ص ٤٤.

و هذه القاعدة السلوكية سواء سميت ادابا او اخلاقا عامة ، انما تختلف من مكان الى اخر ، حتى في البلد الواحد، ومن زمان الى زمان حتى في العصر الواحد .<sup>١</sup>

<sup>١</sup> فما يكون موافق للاداب في بلد ما فقد يكون مخالف للاداب في بلد اخر، فعلى سبيل المثال Arabic BBC راديو مباشر شاهد تلفزيون مباشر

- ارسل لصديق
- نسخة سهلة الطبع

استأنف بريطانيان في دبي حكما بالسجن بسبب اتهامهما بتبادل قبلة حميمة داخل أحد المطاعم، ورغم أن دبي لها أحد أكثر الأنظمة الاجتماعية تسامحا في منطقة الخليج، فإنها تتخذ إجراءات قضائية في حق الأشخاص الذين يتهمون "بتجاوز الحدود"، حيث اعتقل أيمن نجفي وهو بريطاني يعمل في دبي وسائحة بريطانية بعد تلقي الشرطة المحلية شكوى في الموضوع، فقد أدين الاثنان بسبب سلوكهما "غير اللائق" ووجهت لهما اتهامات أخرى، وقد حكم عليهما بالحبس لمدة شهر.

وكانت أم إماراتية اشتكت إلى الشرطة، قائلة إن ابنها شاهد الطرفين وهما يقبلان بعضهما بعضا ويتناولان المشروبات الكحولية ، وقالوا إن ما قاما به لم يزد عن "قبلة سريعة على الخد"، وحددت محكمة في دبي، الموعد بهدف استئناف الحكم.

وقال المحامي، خلف الحسني، الذي مثل البريطانيين إن اللقاء بينهما لم يتضمن قبلا غير لائقة، وهما مجرد صديقين، مضيفا أمام المحكمة أنه لم يكن هناك "تقبيل بالشفاه". وأمرت المحكمة بالإفراج عنهما بكفالة كما غرمتها مبلغ ألف درهم إماراتي أي نحو ٢٧٢ دولار أمريكي بسبب استهلاك الكحول بصورة غير شرعية. ومن المقرر ترحيلهما خارج الإمارات بعد إكمال مدتي عقوبتهما.

وكان بريطانيان آخران حكم عليهما بالسجن لمدة ثلاثة أشهر عام ٢٠٠٨ بسبب ما وصفته السلطات بأنه ممارسة الجنس على أحد الشواطئ لكن الحكم علق خلال مرحلة الاستئناف. وأفلت زوجان بريطانيان في دبي من السجن بعد تقديمهما وثيقة زواج لاتهامهما بممارسة الجنس خارج عش الزوجية لأنهما كانا يسكنان مع بعض في غرفة داخل أحد الفنادق. القضية اعلاه منشورة على موقع شبكة BBC الاخبارية على الانترنت بتاريخ ١٤ / اذار / ٢٠١٠. ارسل لصديق

- نسخة سهلة الطبع

اضف هذا الموضوع الى:

ما هذه؟

لذلك فيكون القول الفصل بوجودها او بتعين حدودها الملزمة هو القضاء و ان لم يحدد القانون ماهيتها و ضوابطها.

و فكرة الاداب العامة على هذا النحو ، كفكرة النظام العام ، فكرة نسبية بحته، تتفاوت بتفاوت الجماعات لان العبرة في مضمونها هي بما تغيره كل جماعة في زمن معين من الاصول الاساسية للاخلاق فيها، وهي تخضع في ذلك لما يحيط بها من ظروف خاصة متعلقة بالعادات و التقاليد و الدين.

و مهما يكن من امر فالثابت ان الاداب العامة تتاثر ايضا بالمذهب الفلسفي السائد سواء اكان فرديا او اشتراكيا .

و في ضوء ذلك يرى الاستاذ مالوري فيليب (Philippe Malaurie) " ان الاداب في المجتمع الشيعي ليست حد ادنى من المبادئ الاخلاقية يجب على الانسان ان يمتلك لها ، كما هو الحال في بلد برجوازي ، بل هي خلق الدولة الاشتراكية وهي لا تتمثل بقائمة من النواهي ، بل لها تعبير وضعي وهي بالنسبة للمواطن قائمة بحقوقه و واجباته المدنية ، و تختلف الاداب بالمعنى الشيعي عنها بالمعنى الذي نقصده نحن في بلد برجوازي او رأس مالي فهي هناك وسيلة كفاح ، و بالتعبير الذي يستعمله فيشنسكي، هي وسيلة يقصد بها الوصول الى غرض معين ، هذا الغرض هو الثورة البلشفية ، بينما الاداب بالمعنى الذي نحن نفهمه انما هي غاية بنفسها ، و لا تهدف الى تحسين حالة الفرد".

و نشاط الاستاذ مالوري رايه و نقول قد يكون هذا الفهم الخاطئ للاداب سببا غير مباشر من الاسباب التي ادت الى انهيار الاتحاد السوفيتي السابق.

<sup>١</sup> ففي بعض الدول كفرنسا مثلا لم يكن يسمح للابن الغير الشرعي برفع دعوى لاثبات نسبه لمخالفته ذلك للاداب في ذلك الوقت ثم تصور الجماعة لفكرة الاداب من هذه الناحية تبدل فاصبح مباحا الان اثبات هذا النسب ، انظر Jean Hauser, op. Cit. n.101 و في اغلب الدول كان عقد ضمان الحياة و التامين على الحياة و عقد الوساطة في الزواج تعتبر باطلة لمخالفتها للاداب ثم تغير النظر اليها فاصبحت اليوم من العقود المشروعة ، و اغلب الجماعات لاتزال ترى في الاتفاقات الخاصة لانشاء نواد للعرافة مخالفة للاداب ، بينما تغيرت نظرة بعض الجماعات الى ذلك فاصبحت تعتبر مثل هذه الاتفاقات مشروعة. وهناك امور اصبحت بالعكس الان مخالفة للاداب كالاسترقاق و ادخال المهربات ف بلاد اجنبية ، و كانت قبل غير ذلك. انظر السنهوري ، الوسيط ، المصدر السابق ، ص ٤٠٠.

<sup>٢</sup> لذلك يرى البعض بانه ظهر نوع من الاداب ما يسمى بـ ( الاداب الاشتراكية ) وهي التي عبر عنها ( بقواعد الحياة في الجماعة الاشتراكية ) و يلاحظ ان الاداب الاشتراكية وهي اوسع من الاداب بمعناها التقليدي ذلك لانها تتسع لتشمل اية قاعدة اخرى جوهرية في حياة المجتمع الاشتراكي، ومن ثم فان فكرة الاداب الاشتراكية تعبر في مجال العلاقات القانونية عن الفلسفة السياسية للدولة. انظر د. وحيد سوار ، المصدر السابق، ص ١٢٩ الهامش.

و قد وجد رواد الاشتراكية صعوبة بالغة في تعريف المقصود بقواعد الحياة في الجماعة الاشتراكية و قد اعطوا لهذه الفكرة تعريفات غامضة منها ( كل ما هو لازم لتحقيق اهداف المجتمع الاشتراكي ) و كل ما هو لازم ( لتشجيع العمل على بناء الاشتراكية ) او ( كل ما يساهم بطريقة ايجابية في تدعيم الاشتراكية ) وهذه التعريفات الغامضة غير المحددة تعبر عن اهداف الاشتراكية و ليس عن مضمون فكرة الاداب. انظر في هذه التعريفات موسوعة القضاء و الفقه للدول العربية، الدار العربية للموسوعات ، لبنان ، بلا سنة طبع ، ج ٥.

<sup>٣</sup> Philippe Malaurie , L'ordre public et contract ,Reims ,p. 100.

## ثانياً: - البحث عن معيار موضوعي للاداب العامة.

اذا كانت الاداب العامة ليست سوى المظهر الاخلاقي الاكثر خصوصية للنظام العام كما يرى البعض ، فان العديد من النصوص التشريعية تهدف الى مراعاة الاداب العامة .<sup>٢</sup>

ان الدافع في التصرف القانوني يقوم بدور هام حيث ان التطبيق العملي لمفهوم الاداب العامة غالبا ما يكون على اساس السبب غير المشروع و بالتالي يتم النظر اليه مع هذا السبب .

و اذا كان تحديد الاداب العامة صعب فانه ينبغي اعطاء نوع من الموضوعية لمفهوم الاداب العامة ، وذلك بان يرجع القاضي الى العرف كممارسة متبعة عموما لان القانون يستهدف الاداب العامة لا الاداب بصورة عامة.

و القاضي في الواقع لا يكتفي بالثبوت من عرف او عادة او ممارسة سابقة فلفقراره دائما اساس اخلاقي وهو مزود بمهمة حماية المصلحة العامة حيث انيط بالقاضي وقاية الاداب الجوهرية في المجتمع ، لكن الصعوبة التي تواجه القاضي تكمن في تحديد الاداب التي يجب تامين احترامها.

و ان قواعد الاخلاق و ان لم تكن ملزمة التطبيق فعلى الاقل يجب على الافراد في علاقاتهم و تصرفاتهم احترام القواعد المقبولة من قبل الاكثية و التي يوجد حولها اجماع و توافق من افراد المجتمع الى حد كبير .

و الاداب العامة بحكم كونها مشابهة لفكرة النظام العام تستمد بعض خصائصها من هذا النظام ، فقواعد الاداب العامة قواعد نسبية متغيرة تختلف باختلاف المكان و الزمان من مجتمع الى اخر و من جيل الى جيل في المجتمع الواحد، فما يعد مخالفا للاداب في مجتمع ما، قد لا يكون مخالفا لها في مجتمع اخر و ما يعد غير مقبول في المجتمع في حقبة زمنية قد يعد مقبول في حقبة لاحقة.

و ان هذه الخصائص التي ترى في الاداب العامة لا يمكن الوصول الى معيار محدد لها سوى الناموس الادبي للجماعة ، فانه يجب عمليا اعمال هذا المعيار و ضبطه من قبل القاضي الذي يتمتع بسلطة واسعة ، الا ان سلطته هذه ليست سلطة مطلقة فيجب عليه وهو يقوم بتحديد ما ان ينطلق من انه يمثل الجماعة في التعبير عن ناموسها الادبي و الاخلاقي ، اي يجب ان يكون تفكيره موضوعيا و يستند الى الشعور العام السائد في المجتمع و الروح العامة للنظام القانوني القائم فيه.

و على هذا فانه يتمتع عليه ان ينطلق في تحديد ما يعد من الاداب العامة من معتقداته الشخصية ، و انطباعاته الخاصة و ميوله و ارائه الفلسفية و الاخلاقية او من اراء بعض الافراد او الفئات في المجتمع ، و انما يجب ان يضع نفسه في ضمير الجماعة التي ينتمي اليها و ينطلق من ذلك في تحديد الاداب العامة فيها في زمن معين بيد ان سلطة القاضي في تحديد مضمون الاداب العامة تخضع لرقابة محكمة التمييز وذلك للحيلولة دون الشطط و الانحراف في التقدير .

---

<sup>١</sup> جاك غستان ، المطول في القانون المدني - تكوين العقد ، ترجمة منصور القاضي ، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، بيروت، الطبعة الثانية، بيروت، ٢٠٠٨، ص ١٢٨.

<sup>٢</sup> انظر المواد ١٣٠ و ١٣٥ من القانون المدني العراقي وكذلك المواد ٣٩٣ و ما بعدها من قانون العقوبات العراقي.

<sup>٣</sup> J. Carbonnier, flexible droit, 5ed, 1983, p.253.

<sup>٤</sup> Op.Cit.p.

إذا فالآداب العامة غير مكتوبة و لكنها شائعة في شعور الجماعة، و المشرع اذ يحيل على هذه القواعد يجعل منها قواعد قانونية ، وتتخذ هذه الآداب بمعيار الرجل العادي و ليس بمعيار الرجل الحريص ، ذلك لان مهمة المشرع لا يمكن القول بانها تهدف الى الوصول بالجماعة الى مرتبة الآداب و الاخلاق السامية فهذه مهمة الديانات.

## المبحث الثاني

### نطاق الآداب العامة

يثار تساؤل مهم جدا هو هل النظام العام شئ مختلف عن الآداب ام انهما شئ واحد ؟ ، بمعنى اخر هل يترتب عليهما نفس الاثر القانوني ؟ ، لو رجعنا الى التشريع لوجدنا ان المشرع قد عطف الآداب على النظام العام ، الامر الذي يفيد انهما شيان متميزان الا ان بعض التشريعات لم ترتب اي اثر على التفرقة بينهما.

بينما البعض الآخر من التشريعات يفرق بين النظام العام و الآداب و يرتب لكل منهما اثارا فتنص بعض التشريعات على رفض طلب الاسترداد المقدم من الطرف الملوث " الطرف الذي خالف بتصرفه الآداب ."

لو رجعنا الى الفقه لوجدنا اختلافا بيننا في الفقه فالبعض يعتبر فكرة الآداب شئ مستقل بذاته عن فكرة النظام العام بينما البعض الآخر يرى ان فكرة الآداب تتصل بفكرة النظام العام و تعتبر جزء منها، بمعنى اخر يرتبون لفكرة النظام العام معنى واسع يشمل الآداب ايضا و ان هذا الاختلاف في الفقه في كون الآداب العامة جزء من النظام العام ، ام هي شئ مستقل عنه يضع الباحث في شك و حيرة من امره و خصوصا ان كلمة المشرعين لم تتفق بعد على ماهية طبيعة العلاقة بين النظام العام و الآداب العامة و كذلك المشكلة التي تنشأ نتيجة تعارض النظام العام مع الآداب و مشكلة تحديد طبيعة التصرف المخالف للآداب العامة عليه سوف نقسم هذا المبحث الى مطلبين نتناول في الاول العلاقة بين النظام العام و الآداب العامة و الثاني لتحديد الطبيعة القانونية للتصرف المخالف للآداب العامة.

## المطلب الاول

### العلاقة بين النظام العام و الآداب العامة

<sup>١</sup> د.اسماعيل غانم ، محاضرات في النظرية العامة للالتزام، ج ١، مطبعة النصر، مصر، ١٩٥٥، ص ١١٤.

<sup>٢</sup> و منها القانون المدني العراقي في المواد ١٣٠ و ١٣١ و القانون المدني المصري في المادة ١٣٥.

<sup>٣</sup> و من هذه التشريعات القانون المدني الالمانى المادة ٨١٧ و قانون الالتزامات السويسري المادة ٦٦ .

<sup>٤</sup> د.السنهوري ، الوسيط ، المصدر السابق ، ص ٤٠٠.

<sup>٥</sup> د.ثروت حبيب ، المصادر الارادية للالتزام ، مطابع دار الكتاب ، بيروت ، ١٩٧٢، ص

<sup>٦</sup> د.محمد يحيى مطر ، الاصول العامة للقانون ، الدار الجامعية ، بلا سنة طبع ، ص ٦٨.

للبحث في طبيعة العلاقة بين النظام العام و الاداب العامة ينبغي اولا ان نتناول التأصيل القانوني للعلاقة بين النظام العام و الاداب العامة ، و ثانيا نبحت في مشكلة تعارض الاداب العامة مع النظام العام.

#### اولا:- التأصيل القانوني للعلاقة بين الاداب العامة و النظام العام.

لقد ورث الفقه الفرنسي عن الرومان الفصل بين النظام العام و الاداب ، وقد كان لدى الرومان سبب لهذا الفصل اذ لم تكن نتائج بطلان الاتفاق الذي يقع مخالفا للنظام العام و ذاك الذي يقع مخالفا للاداب واحدا في الحالتين عندهم ، فالقاعدة العامة في بطلان الاتفاق هي اعتباره كأن لم يكن ، و بالتالي ارجاع الطرفين الى الحالة التي كانا عليها قبل ابرامه ، و الاثر المترتب على ذلك هو انه اذا كان احد الطرفين قد دفع مبلغ من النقود تنفيذا لهذا الاتفاق ، حق له ان يسترده منه وكان الرومان يعملون هذا الاثر بما يتعلق بالبطلان الذي ياتي نتيجة مخالفة النظام العام.

حيث يجيز الرومان لمن دفع مبلغا من المال لآخر نظير ارتكابه جريمة مثلا الحق في استرداد مبالغ ، و لكنهم لم يعملوا هذا الاثر بالنسبة الى البطلان المترتب على مخالفة الاداب ، فما كانوا يجيزون للرجل الذي وهب خليلته بعض المال مثلا لكي يصل منها الى معاشرتها ، ان يسترد ما اعطاها اياه ، و الحكمة التي ادت بالرومان الى تقرير هذه القاعدة (Nemo auditor) هي انهم لم يريدوا بالنقاش الذي يدور حول تنفيذ الاتفاق المخالف للاداب ان يتناهى الى سماع القاضي فيدسنه ، و قد وجدت التفرقة عند الرومان بين النظام العام وبين الاداب ، فيما يتعلق بالاثار المترتب على البطلان الناتج عن مخالفة الاتفاق وقد جرى القضاء و الفقه الفرنسيان اتباعا لهذه القاعدة وفي اواسط القرن التاسع عشر اخذ فقهاء مدرسة الشراح على المتون يهاجمون القاعدة المذكورة بحجة انها لم ترد ضمن نصوص القانون المدني ، و اخذت بعض الاحكام تحت تاثير هذا الفقه تفضل عدم تطبيقها في حالات كانت تطبقها فيها من قبل .<sup>٤</sup>

<sup>١</sup> ( لا يصغى الى قول من يستفيد من سوء عمله - من يتججح بالفسوق غير جدير بالاستماع له ) انظر قاموس المعجم العملي ، تأليف يوسف شلاله ، مشاة المعارف ، الاسكندرية ، ص XX II .

<sup>٢</sup> انظر د. عمر عبد الباقي عبد الفتاح ، المصدر السابق ، ص ١٤٤ .

<sup>٣</sup> Julliot de la Morandier, d'ordre public dans le droit prive cours de doctorat, paris, 1950- 1951, p.337.

<sup>٤</sup> تقول محكمة لودن بتاريخ ١٩٤١/٢/٢٨ في قضية اقامها مورد على صاحب دار للدعارة واقع في مدينة لودان ورد له مشروبات كحولية و امتنع عن دفع ثمنها للمورد بحجة ان العقد مخالف للاداب " وحيث انه كان حسب نص المادة ١١٣١ مدني فرنسي ان الالتزامات التي التي يكون سببها غير مشروع لا يكون لها اثر قانوني ، فان هذا الجزاء لا يمكن ان يلحق الاتفاقات التي باعثها فقط هو الذي تكون له صفة المخالفة للنظام العام او الاداب، وحيث انه اذا كانت الاتفاقات المعقودة لاستغلال الدار بين صاحب محل الدعارة و مديره او المستخدم فيه سببها مخالف للاداب فان الامر ليس كذلك للمشتريات التي و ان كان الباعث عليها مخالف للاداب الا ان سببها ليس باقل من كونه سببا مشروعاً بذاته و هو توريد البضائع"، وتستشهد المحكمة بحكم صادر من محكمة استئناف بورجو بتاريخ ١٨٨٢/٢/٦ . منشورة وقائع القضية في مجموعة سيرري (١٦-١-٨٨٦) مشار اليه في د. عبدالله الجليلي ، المصدر السابق، ص ٣٦٥ . و في حكم اخر صادر من محكمة بواتيه بتاريخ ١٩٢٢ / ٢ / ٨ يقول : "حيث ان الدار التي توجد فيها

اما بالنسبة للقانون المدني العراقي فهو لم يأخذ بقاعدة ( Nemo auditor ) السابقة و لكن من الملاحظ على عبارة المادة ١٣٥ منه بانه يفرق بين النظام العام و الاداب و ان لم يرتب لهما اثر مختلف و يستنتج كذلك من اتجاه القضاء العراقي انه يفرق بين النظام العام و الاداب كاسباب للبطلان دون التفرقة بين الآثار المترتبة عليها.

لذا نستطيع ان نقول بان فكرة الاداب العامة فكرة مستقلة عن فكرة النظام العام وذلك ليس تائرا بالقانون الروماني و انما فعلا هي مستقلة لكل منهما طبيعته الخاصة به و معياره الخاص الي يميزه عن غيره فمعيار النظام العام هو ( المصلحة العامة ) اما معيار الاداب فهو ( الناموس الادبي ) و ان كان تشريعنا العراقي يساوي بين اثار البطلان لكل منهما فهذا لا يمنع من ان تكون كل منها مستقلة عن الاخر . فكل مافي الامر يميل اولئك الذين يشددون على الغرض الاجتماعي للقانون الى اعتبار فكرة الاداب صورة مستقلة عن النظام العام لكي يحمي بذلك المجتمع من التفسخ و الانحلال الاجتماعي بينما اولئك الذين يريدوا ان يقيموا القانون على نظام خلقي لصق بالمجتمع الغربي فلا مناص عندهم من ان تكون فكرة الاداب ممزوجة بالنظام العام.

#### ثانياً: - مشكلة التعارض بين الاداب العامة و النظام العام.

يبدو لأول وهلة ان هذا الفرض لايمكن ان يتحقق ، و لكن الحقيقة غير ذلك فان تعارض النصوص القانونية مع الاداب العامة كان مثار جدل وخلاف بين الفقهاء ونتيجة لذلك برز رأيان في الفقه:-

---

المنقولات كانت مخصصة فعلا لاستعمال دار الدعارة الذي اجر الى المستأنف عليه في اليوم نفسه بعقد موثق ، ولكن اعتناء الطرفين باثبات اتفاقهم بعقدين منفصلين يبرهن ان قصدهما هو ان البيع لم يعتبر كانه عقد ضروري و لا غنى عنه لعقد الايجار ، و ان المستأنف عليه لم يقصد بعقد الايجار التزام اخر غير تائث الاماكن المستاجرة بالمنقولات و الاثاث ، اجابة لطلب المستاجر فهو اذن يمكنه ان يرفع الاثاث و ان يبيعه او ان يعطيه الوجهة التي ترضيه ، و بكلمة واحدة مهما كان الباعث المقارن لتسليم الدراهم ، فبيع المنقولات ليست مربوطة بشكل لا يمكن فصله عن استغلال دار الدعارة" . مشار اليه في المصدر السابق، ص ٣٦٦.

١ فقد حكمت محكمة صلح بغداد في الدعوى المرقمة ( ١٩٥٠/٤٢٤٠ ) بمخالفة الدعوى للاداب العامة وتتلخص هذه القضية في ان فنانة ( راقصة ) اقامت دعوى على صاحب فندق تطالبه فيها بحصتها من العمولة الناتجة عما شريته من اقداح المسكرات مع الزبائن، وفي ذلك تقول المحكمة ( وجدت المحكمة بان المدعية كانت قد بينت في ١٩٥٠/١٠/٧ بان الدعوى هي عن نصيبها من ثمن الاقداح المشروبة في فندق المدعي عليه ، وزادت في ١٩٥١/١/١٠ بان الثمن في الواقع هو لمجالستها الزبائن و بهذا فتكون الدعوى واجبة الرد لان اتفاق الطرفين في ذلك غير معتبر ، فهو مخالف للاداب التي اوجدتها المادة ٦٤ من الاصول الحقوقية التي على الناس مراعاتها ) ، وقد صادقت محكمة التمييز بالحكم المرقم ٢٢٣/ص ٩٥١. مشار اليه في المصدر السابق، ص ٣١٦.

٢ وخصوصا ونحن في مجتمع عربي بحاجة لمثل هذه الافكار لكي تضل منفذا للعادات و التقاليد العربية و الاسلامية لكي تحافظ على المجتمع من الانحطاط الاخلاقي ، فمجتمعنا له عادات و تقاليد تختلف عما موجود في الدول الغربية لذلك نرى في هذه الفكرة منفذا للقضاء يسبغ على القانون الطابع الاجتماعي و الاخلاقي و الانساني العربي الاسلامي.

**الراي الاول:-** يرى الاستاذ ( برتان ) ( Bartin ) ان التصرف اذا كان متفقا مع الاداب يكون صحيحا .  
**الراي الثاني:-** يقول الاستاذ ( لبيولتيه ) ( Lepelletier ) ان هذا التعميم غير صحيح<sup>٢</sup> بمعنى انه ليس صحيحا ان كل تصرف متفق مع الاداب يكون صحيحا ، بل قد يكون التصرف متفقا مع الاداب و لكنه غير صحيح لمخالفته لنص قانوني.

و يقول الاستاذ ( لبيولتيه ) في بيان رايه لنضرب مثلا شرط العزوبة على شخص ضعيف العقل، فمما لا شك فيه ان اشتراط عزوبيته لاستحقاقه هبة او وصية امر متفق مع الاداب العامة ، فهل ممكن ان يكون صحيحا ، يجيب الاستاذ ( لبيولتيه ) بالنفي لانه ليس لاحد ان يمنع هذا الشخص من الزواج ، ويضيف انه يكف للرد على الاستاذ ( برتان ) ان نأخذ شرطا مخالفا للنظام العام في رايه وهو شرط الامتناع عن التصرف المطلوب من شخص لمصلحته هو نفسه ، فهو عند ( برتان ) مخالف للنظام العام و لهذا يبطل مهما كان السبب و لكن لو كان الشرط لحماية المشتري عليه من التبذير فانه يكون متفقا مع الاداب ، و مع ذلك فقد اصبح مخالفا للنظام العام .<sup>٣</sup>

ان الملاحظ على مايقوله ( برتان ) بانه يعتبر كل ما كان متفقا مع الاداب العامة صحيحا بغض النظر عما اذا كان التصرف موافقا للقانون او النظام العام ، و ان ما يقول به ( برتان ) و ان كان فيه شيء من الصحة ، ان لم يكن هو نفسه ما كان يطبق في البلاد الاسلامية عندما كانت الشريعة الاسلامية هي القانون الذي يحكم تلك البلاد حيث كانت الاداب الاسلامية و النظام العام الاسلامي يكمل احدهما الاخر و ينذر ان يحصل تعارض بين الاداب الاسلامية و النظام العام الاسلامي ، لانهما منظمان تنظيمهما سماويا فهما من عند الله لذلك كان ما يتفق مع الاداب الاسلامية يتفق مع النظام العام الاسلامي ايضا.  
لكن هذا الذي يقول به ( برتان ) يبعد عن الواقع القانوني و يدخلنا في دائرة الاخلاق ، و قد تم الفصل بين القانون و الاخلاق بعد صراع اخذ وقتا ليس بقليل.

لذلك فالواقع القانوني يجعلنا نأخذ برأي ( لبيولتيه ) فتكون الغلبة للنظام العام ونصوص القانون على الاداب وهذا ما اثبته فعلا الواقع القانوني ، ففي البلاد الاسلامية قد تتعارض نصوص شرعية مع نصوص و ضعية تتعلق بالنظام العام كما في النصوص الخاصة بالفائدة القانونية ( الربا ) ، وكذلك نظام الرق و الجوارح الذي كانت تسمح به الاداب الاسلامية و الغربية على حد سواء ، فقد اصبح الان يتعارض مع النظام العام لذلك فقد كانت الغلبة هي للنظام العام ، ونخلص من ذلك ايضا بانه اذا تعارض نص قانوني امر مع الاداب العامة فتكون الغلبة للنص القانوني على الاداب العامة.

---

<sup>١</sup> Bartin,théorie des conditions impossibles,illicites,au contrain aux moeurs,paris,1887,p.243-245.

<sup>٢</sup> Lepelletier,des conditions impossible illicites au contrain aux moeurs,thèse,paris,1889,p.20.

<sup>٣</sup> Op.cit.,p.25.



## المطلب الثاني

### طبيعة التصرف المخالف للاداب العامة

لم تتفق اراء الفقهاء على تكييف طبيعة التصرف المخالف للاداب العامة و نتيجة لذلك برزت عدة اراء فقهية حول تحديد هذه الطبيعة للتصرف المخالف للاداب العامة وهذه الاراء انطلقت بتحديد طبيعة التصرف من خلال معايير مختلفة:-

#### اولا:- معيار الواقعة المخالفة للاداب.

يرى الفقيه ( ليبولتيه ) ان التصرف المخالف للاداب هو ذاك التصرف الذي يتجه الى ايجاد واقعة تمنعها الاداب بشرط الايمنعها القانون .<sup>١</sup>

اي ان التصرف المخالف للاداب العامة هو اشتراط حصول واقعة مخالفة للاداب ، اي حدوث واقعة مخالفة للنصوص الامرة التي تمنع هذا التصرف.

فكما ان اشتراط واقعة مخالفة للقانون يعد تصرفا مخالفا للنظام العام ، كذلك التصرف المخالف للاداب يتجه الى غاية معينة لانه يفترض واقعة مخالفة للقوانين الاخلاقية .<sup>٢</sup>

ولكن التصرف المخالف للنظام العام كما يراه الفقيه ( ليبولتيه ) قد يتجه مع ذلك الى تقيد ارادة الملتزم بالقيام بعمل صحيح في ذاته غير مخالف للاداب .<sup>٣</sup>

و استنادا الى هذا الرأي وفي هذه الحالة لايمكن الرجوع الى الغاية النهائية من التصرف ، كما هو الامر بالنسبة للتصرف المخالف للنظام العام ، لانه يتميز بواقعة صريحة بينه تدل على المقصود منه.

#### ثانيا:- معيار القصد النهائي.

يرى الفقيه الفرنسي ( برتان ) ان التصرف الذي يمس الاداب هو ذلك التصرف الذي يضع العلاقات الشخصية تحت تصرف الشخص الاخر ، لان كل واقعة تضع الاخلاق في التصرف تضع الشخص موضع التصرف ، اي الفرد باعتباره كائن ذا قيمة اعتبارية .<sup>٤</sup>

فيجب حسب رأي برتان ان نستبعد مما يتعلق بالاداب التصرفات الراجعة للذمة الشخصية و التصرفات الراجعة للحقوق السياسية لانها تتعلق بالانسان باعتباره عضوا في المجتمع اي كمواطن فيه ، كما ان التصرفات الراجعة الى العقيدة بعيدة عن نطاق هذه التصرفات لانها ترجع الى علاقة الانسان بذاته هو فقط و لا تتعدى الغير .<sup>٥</sup>

<sup>١</sup> Op.cit.,p.253

<sup>٢</sup> Op.cit.,p.17 et 249.

<sup>٣</sup> Op.cit.,p.248.

<sup>٤</sup> Martin, op.cit, p.249.

<sup>٥</sup> Op.cit.,p.248.

و المعيار القانوني للتصرف المخالف للاداب ليس في القصد المباشر للمتصرف لان اذا ارتبط الشخص بهذا ( القصد المباشر ) سيكون كل تصرف يمس الاداب سواء كان موافقا لها او مخالفا ، مخالفا للنظام العام وباطلا ، لذا فالمعيار هو (القصد النهائي) L'intention ultime للمتصرف الذي يجب ان يكون محلا للاعتبار ، هل قصد غاية محمودة خلقيا مفيدة اجتماعيا ، فالتصرف يكون موافقا للاخلاق ومن ثم يكون صحيحا و ان كان العكس فالتصرف مخالف للاداب العامة .<sup>١</sup>

#### ثالثا: - معيار الباعث المخالف للاداب.

يرى الفقيه ( سيجيه ) ( Saiget ) ان التصرف المخالف للاداب<sup>٢</sup> يكون في حالتين اذا كان قد املى لبواعث مخالفة للاداب ، او كان الغرض منه فرض تصرف مخالف للاداب.

و يعتبر الفقيه سيجيه الاداب العامة المقررة هي الاداب المسيحية في البلاد المسيحية ، فاذا كان التصرف تبرعا فيجب اعتبار ارادة المتصرف ، و ان كان العكس بعد مناقشة و قبول من الجانبين ( العقد الملزوم للجانبين ) فالبواعث التي تعتبر هي تلك التي في القصد المشترك للطرف ، فاذا كانت البواعث مخالفة للاداب يعتبر الشرط مخالفا للاداب ، و لكن لا يكفي ان تكون البواعث محمودة لكون التصرف كذلك ، بل يلزم ان يكون التصرف المفروض متفقا مع الاداب العامة .<sup>٣</sup>

ويلاحظ على اراء الفقهاء اعلاه انه لم تتفق ارائهم على تحديد الطبيعة القانونية للتصرف المخالف للاداب العامة حيث مذهب اليه الفقيه برتان غير مطابق للواقع لانه استبعد امورا من نطاق التصرف المخالف للاداب العامة كايجار محل للعب القمار فان هذا التصرف مخالف للاداب و هو لا يتعلق بشخص الانسان كما ان فرضه ان محل التصرف المخالف للاداب امور لايمكن التعامل بها غير منطقي لو نظر الى الشيء ذاته ، حيث يمكن ان يكون الشيء محلا للتعامل كتعهد شخص بخدمة دار تستخدم للدعارة فان تعهد الشخص القيام بالعمل امر يمكن التعاقد عليه ، و لكن لانه كان منصبا على القيام بعمل محل بالاداب اصبح التعهد مخالفا للاداب العامة.

كما ان راي الفقيه ( ليبولتيه ) الذي يعتبر التصرف المخالف للاداب ليس باكثر من واقعة مخالفة للاداب غير عملي حيث ان المطلوب ليس واقعة فقط كما ظهر في الاراء الاخرى. و على هذا النحو فيكون راي الفقيه ( سيجيه ) هو الاقرب الى الواقع في هذا الصدد ، عليه نعتقد بان التصرف المخالف للاداب العامة هو التصرف الذي يهدف اطرافه الى مخالفة القواعد الخلقية التي لا توجد نصوص قانونية وضعية صريحة باجازتها.

<sup>١</sup> Op.cit., p.247.

<sup>٢</sup> Saiget, Op.cit., p.225.

<sup>٣</sup> Op.cit., p.235.



## الخاتمة

بعد الفراغ من البحث نسجل اهم النتائج و الملاحظات التي توصلنا اليها من خلاله:-

١- بسبب غموض فكرة الاداب لم يتفق الفقهاء على وضع تعريف دقيق لها ، يمكن من خلاله الولوج الى محتوى و مضمون هذه الفكرة و السبب يعود بالدرجة الاساس الى مرونة و نسبية الاداب العامة فهذه الفكرة متغيرة بتغير المكان والزمان.

٢- ترك مسألة تحديد الاداب العامة الى سلطة القاضي الذي ينظر و يقدر كل حالة مع ما يتضمنه النظام القانوني من افكار او مبادئ اساسية تحدد طبيعة شكل ما يقوم عليه كيان المجتمع فالقضاء اقدر من غيره على القيام بهذا الدور .

٣- ان الدافع في التصرف القانوني يقوم بدور هام حيث ان التطبيق العملي لمفهوم الاداب العامة غالبا ما يكون على اساس السبب غير المشروع و بالتالي يتم النظر اليه مع هذا السبب .

٤- القاضي في الواقع لا يكتفي بالثبوت من عرف او عادة او ممارسة سابقة فلقراره دائما اساس اخلاقي وهو مزود بمهمة حماية المصلحة العامة حيث انيط بالقاضي وقاية الاداب الجوهرية في المجتمع ، لكن الصعوبة التي تواجه القاضي تكمن في تحديد الاداب التي يجب تامين احترامها.

٥- ان سلطة القاضي في تحديد مضمون الاداب العامة تخضع لرقابة محكمة التمييز وذلك للحيلولة دون الشطط و الانحراف في التقدير.

٦- فكرة الاداب العامة فكرة مستقلة عن فكرة النظام العام وذلك ليس تاثرا بالقانون الروماني و انما فعلا هي مستقلة لكل منهما طبيعته الخاصة به و معياره الخاص الي يميزه عن غيره فمعيار النظام العام هو ( المصلحة العامة ) اما معيار الاداب فهو ( الناموس الادبي ) و ان كان تشريعنا العراقي يساوي بين اثار البطلان لكل منهما فهذا لا يمنع من ان تكون كل منهما مستقلة عن الاخر.

٧- اذا تعارض نص قانوني امر مع الاداب العامة فتكون الغلبة للنص القانوني على الاداب العامة.

٨- التصرف المخالف للاداب العامة هو التصرف الذي يهدف اطرافه الى مخالفة القواعد الخلقية التي لا توجد نصوص قانونية وضعية صريحة باجازتها.

## المصادر

اولاً:- باللغة العربية:-

١. د. اسماعيل غانم ، محاضرات في النظرية العامة للالتزام، ج ١، مطبعة النصر، مصر، ١٩٥٥.
٢. جاك غستان ، المطول في القانون المدني - تكوين العقد ، ترجمة منصور القاضي ، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، بيروت، الطبعة الثانية، بيروت، ٢٠٠٨.
٣. ثروت حبيب،المصادر الارادية للالتزام،مطابع دار الكتب، بيروت، ١٩٧٢.
٤. د.حسن علي الذنون،النظرية العامة للالتزام، بغداد، ١٩٧٥.
٥. د.حشمت ابو ستيت،نظرية الالتزام،الطبعة الثانية، ١٩٥٤.
٦. د.سليمان مرقس،المدخل للعلوم القانونية، القاهرة، الطبعة الاولى، ١٩٥٢.
٧. د.شمس الدين الوكيل،المدخل لدراسة القانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٦٢.
٨. دينيس لويد، مفهوم النظام العام و الاداب، ترجمة حسن زكريا، مجلة القضاء ، العدد ٤، السنة ١٩٦٥، ١٤.
٩. د.عبدالله الجليلي،الشرط المستحيل و المخالف للنظام العام او الاداب، القاهرة، ١٩٥٨.
١٠. د.عبدالرزاق السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني ،نظرية الالتزام بوجه عام،مصادر الالتزام،دار النشر للجامعات المصرية،مطبعة جرنيتبرج،القاهرة، ١٩٥٢.
١١. د.عبدالرزاق السنهوري،مصادر الحق في الفقه الاسلامي،مطبوعات معهد الدراسات العربية،الجزء ٤، ١٩٥٤.
١٢. د.عبد الفتاح عبد الباقي،نظرية القانون،الطبعة ٣، القاهرة ، ١٩٥٣.
١٣. د.عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ، بغداد ، مطبعة العاني، ١٩٦٧.
١٤. المحامي محمود نعمان،موجز المدخل للقانون، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٧٥.
١٥. د.محمد يحيى مطر،الاصول العامة للقانون،الدار الجامعية،بلا سنة طبع.
١٦. موسوعة القضاء و الفقه للدول العربية،الدار العربية للموسوعات، لبنان، بلا سنة طبع.
١٧. د.وحيد رضا سوار،القانون المدني الجزائري، ج ١، بلا مكان وسنة طبع.

ثانياً: - باللغة الفرنسية: -

1. Bartin, theorié des conditions impossibles, illicites, au contraine aux moeurs , paris , 1887.
2. Huc, contract et obligation, tome 1.
3. Jean Hauser, ordre public et bonnes moeurs, dallos.
4. Julliot de la Morandier, d, ordre public dans le droit prive cours de doctorat, paris, 1950-1951.
5. J. Carbonnier, flexible droit, 5ed, 1983.
6. Laurant, principes de droitt civil francais , 3 ed tome 2.
7. Lepelletier, des conditions impossible illicites au contraine aux moeurs, thèse, paris, 1889.
8. Philippe Malaurie , L'ordre public et contract , Reims.
9. Ripert, la regale morale dans les obligations civiles, 4e ed, 1949.
10. Saiget, le contract immoral, paris, 1939.