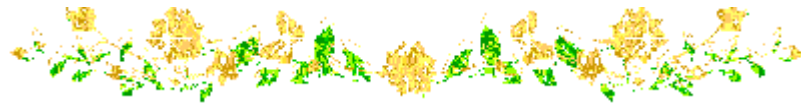


مبدأ سلطان الإرادة وفكرة النظام العام

Le principe de l'autonomie de la volonté et l'ordre public



وعلى ذلك فإن لمبدأ سلطان الإرادة وتطوره أثر ملموس في نطاق القانون العام بصفة عامة , وفي مجال القانون الإداري بصفة خاصة , وذلك من وجهين الوجه الأول يتمثل في كون المبدأ أحد الدعامات الأساسية التي قام عليها المذهب الفردي الذي تنبته الثورة الفرنسية وأرست دعائمه , وقد رأينا كيف كان لتلك الثورة أثر ملحوظ في تطور هذا القانون , أما الوجه الثاني الذي يعكس هذا الأثر فيتمثل في أهم آثار هذا المذهب الفردي هو إحلال الحكم الديمقراطي محل الحكم الفردي مع حصر لسلطات الدولة في أضيق الحدود إحتراماً للحريات الفردية , ولا شك في إتصال هذا الإحلال وذلك الحصر بصفة مباشرة بنطاق القانون العام والقانون الإداري , خاصة وأن التطور الذي لحق بنظام العقود والمشارطات ومبدأ سلطان الإرادة بصفة خاصة قد إرتبط بتطور فكرة النظام العام L'ordre public وهي أحد الأفكار الجوهرية في نطاق القانون العام والقانون الإداري بصفة خاصة .

فالثابت أن فكرة النظام العام تلك تحتل في مجال القانون العام وأفرعه مكان الصدارة , وخاصة في مجال القانون الإداري , حيث تعد الفكرة أحد الأسس الرئيسية لهذا القانون , وهو الأمر الذي كان سبباً في الخلط بين الفكرة وبين القانون العام لفترة طويلة من الزمان حيث ذهب البعض إلى أن تعبيرى النظام العام والقانون العام متطابقان ([1]).

إن التطور الذي أصاب كلاً من فكري النظام العام وسلطان الإرادة قد كان نتاجاً للتطورات السياسية والإقتصادية والإجتماعية , والتي يمكن القول بأنها كانت تطورات ذات أثر مزدوج على الفكرتين , وقد نتج عن ذلك تأثير في سلطة الإدارة بطريقة غير مباشرة .

فغني عن البيان أن سلطان الإرادة ليس مطلقاً من كل قيد , فهناك العديد من القيود التي تحد من الدور الذي تقوم به الإرادة في التصرف القانوني , سواء تعلق الأمر بإنشاء هذا التصرف أو تحديد آثاره , ويكاد يكون هناك إجماع فقهي على أن تلك القيود مردها - في معظمها - فكرة النظام العام والآداب , تلك الفكرة التي من المسلم به كونها فكرة نسبية ذات مضمون متغير *Notion à continu variable* , فضلاً عن كونها فكرة مرنة يتفاوت مضمونها ضيقاً وإتساعاً من وقت لآخر في المجتمع الواحد تبعاً لما يسود هذا المجتمع من أفكار , فتأثر فكرة النظام العام بالتغيرات التي تطرأ على سلوك وقيم كل من الأفراد وسلطات الدولة , بل والفقه , كل على حده , قد أدى إلى اعتبار اضطراب العلاقة النموذجية بين مفهوم السلطة العامة ومفهوم الحرية من أهم آثار الخلل المباشر الذي قد يصيب النظام العام ([2]).

ففكرة النظام العام ليست نتاج النصوص بصفة مطلقة , فالنظام العام ما هو إلا تعبير عن فكرة إجتماعية حية , فحالة الآداب العامة والجو الفلسفي والإجتماعي والسياسي في وقت ما ولحظة معينة هي التي تكون المصدر المباشر للنظام العام , ولاشك أن تعدد وإختلاف التعريفات المقترحة لفكرة النظام العام مرده كون الفكرة نسبية ذات مضمون متغير يتعذر وضع تعريف دقيق لها على نحو جامع , وقد كان ذلك وراء الفهم المتباين لكل من حاول وضع تعريف لها , وهو تباين من الناحيتين التطبيقية والنظرية على حد سواء , وذلك فضلاً عما تتسم به الفكرة من مرونة أدت إلى إختلاف مضمونها من وقت لآخر وفي داخل الدولة الواحدة تبعاً للأفكار السائدة في كل وقت داخل هذه الدولة , ولم يقف الخلاف عند حد تعريف الفكرة إنما تعداه إلى تحديد طبيعة النظام العام ذاته , وهل يعتبر فكرة سياسية أم قانونية , تعبر عن حالة واقعية أم إنها حالة أو فكرة خلقية ([3]).

ولئن تعددت تطبيقات فكرة النظام العام في مجال القانون العام وأفرعه , إلا أن للفكرة تطبيقات خاصة في مجالي القانون الدستوري والقانون الإداري باعتبارها قيداً على الحقوق والحريات العامة , وبمكنا القول بأن لفكرة النظام العام في مجال القانون الدستوري جانباً إيجابياً مشرقاً فيما يتعلق بحماية تلك الحقوق والحريات , فمن مقتضى هذه الفكرة - في مجال هذا القانون - عدم جواز مخالفة القواعد الدستورية (الواردة في الدستور والقوانين الأساسية) والمتعلقة بالحقوق والحريات العامة والمنظمة لها .

أما في مجال القانون الإداري فيشكل تطبيق الفكرة في مجال الضبط الإداري - إلى جانب تطبيقها أيضاً في مجال الإجراءات الإدارية ([4]) - الجانب السلبي فيما يتعلق بالحقوق والحريات العامة , فالفكرة في هذا المجال تمثل قيداً على ممارسة تلك الحريات العامة وعلى إستعمال تلك الحقوق , ففكرة النظام العام في مجال القانون الإداري - كما أشرنا من قبل - أشد حركية عنها في باقي أفرع القانون العام والخاص , فهي تكشف عن وجه إيجابي ... أكثر بروزاً , ولذلك فهي كما قيل " تنطوي في مجال الحريات العامة على تحديد مزدوج للحرية أحدهما مستقر أو ثابت ويكون بإجراءات الحظر والمنع والآخر ديناميكي ويكون عن طريق منح الإدارة سلطات وتغذيتها بإمتميازات

فيكون النظام العام مصدراً لها من أجل تزويدها بالوسائل الضرورية للتوصل إلى غاية معينة - يشترك فيها التحديدان السابقان - هي حفظ النظام أو إعادته إن كان هناك اضطراب ([5]).

ويبدو أن السبب في كون فكرة النظام العام تمثل الجانب السلبي فيما يتعلق بالحريات العامة هو الفلسفة المهيمنة على النشاط الضبطي - المجال الرحب لتطبيق الفكرة - والمتمثلة في إقامة التوازن بين الحريات وبين النظام العام وتحقيقه , فالغرض من النشاط الضبطي يتم تحديده بما يوضع من قيود على تلك الحريات حفاظاً على النظام العام وهو ما يعنى - بمفهوم المخالفة - أن إطلاق العنان لتلك الحريات دونما قيد - أو تنظيم على أقل الفروض - يستتبعه إشاعة الفوضى والمساس بالنظام وهو ما يعنى أن الفكرة تشكل قيداً حقيقياً على الحريات العامة أيا كان الشكل الذى يتخذه هذا القيد عند المساس بتلك الحريات وسواء أكان تقييداً فعلياً أو مجرد تنظيم لها ([6]).

عود على بدء , وقد رأينا كيف أنه في ظل سيادة المذهب الفردي قد ازدهرت فكرة سلطان الإرادة وهو ما يؤدي إلى تضيق نطاق فكرة النظام العام - نتيجة لمحدودية القيود التي تتعرض لها فكرة سلطان الإرادة والتي تنبع (أى القيود) في الغالب من فكرة النظام العام ... فقد تركزت تلك القيود بصفة أساسية حول حرية إبرام العقد , ولاشك أن هذا الوضع قد أدى إلى تقليص دور السلطة والإدارة كنتيجة طبيعية لإتساع حرية الأفراد وإحترامها في ظل المبدأ الفردي ([7]).

وعلى النقيض من ذلك , فقد أدت التطورات التي شهدتها نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين إلى تضيق نطاق فكرة سلطان الإرادة , وذلك بوضع العديد من القيود عليها لإجبار الأفراد على إحترام العديد من القواعد التي أصبحت متعلقة بالنظام العام في ثوبه الجديد , ذلك الثوب الذي أضفى إتساعاً شديداً على مضمون فكرة النظام العام , وتطوُّراً ملحوظاً في أهداف الفكرة لتمتد لتشمل حماية الكيان الإقتصادي والإجتماعي في الدولة وهو ما عرف بالنظام العام الإقتصادي والإجتماعي *L'ordre public économique et social* , كل ذلك أثر بزوغ نجم ورواج المذهب الاشتراكية وما ترتب عليها من زيادة تدخل الدولة في شتى جوانب الحياة .

وكما نتج عن سيادة المذهب الفردي تحجيم لدور الإدارة والسلطة بصفة عامة , نتيجة لإطلاق الحريات وتقديسها , فإن سيادة المذاهب الاشتراكية قد أفرزت العكس , فشهد مبدأ سلطان الإرادة تضيقاً ملحوظاً , تزايدت - على العكس - سلطات الإدارة وإتسعت , وذلك نتيجة لما إستتبعه إنتشار تلك المذاهب من تدخل متزايد من قبل الدولة في شتى نواحي النشاطات الإقتصادية والإجتماعية لأسباب عديدة مردها التطورات الإجتماعية والإقتصادية والسياسية ولعل أبرزها في العصر الحديث تلك التي خلفتها الحرب العالمية الثانية والتي أدت إلى التدخل المباشر من قبل الدولة في تنظيم عمليات الإنتاج والتوزيع للسلع والخدمات , وهو ما يعرف بالتوجيه

الإقتصادي Le dirigisme économique [8] , وقد نتج عن تلك التطورات ظهور نوع آخر من النظام العام الإقتصادي - أو تطور له - و هو ما عرف بالنظام العام الموجّه L'ordre public de direction , وبذلك حوت فكرة سلطان الإرادة وحرية التعاقد قيوداً جديدة أملتتها تلك التطورات التي إقتضت وجود توجيهاً عقدياً Un dirigisme contractual .

و خلاصة القول أن التطورات المختلفة التي شملت النواحي الإقتصادية والإجتماعية والسياسية قد أثرت على كل من فكري النظام العام وسلطان الإرادة , وهو تأثير عكسي في العلاقة بين الفكرتين , بمعنى أنه كلما مكن لأحدى الفكرتين وإتسع نطاقها , زاد - على العكس - تحجيم الأخرى , وقد إنعكس ذلك على سلطة الإدارة - التي يعني القانون الإداري بها - تلك السلطة التي ترتبط مع فكرة النظام العام بعلاقة طردية - إتساعاً وضيقاً - وعلاقة عكسية مع مبدأ سلطان الإرادة , فكلما إتسعت دائرة النظام العام إزدادت بالتالي سلطات تلك الإدارة , في الوقت الذي تغل فيه الإرادة بالمزيد من القيود التي تفرض عليها نتيجة لإتساع فكرة النظام العام .

(1) د / محمد عصفور - البوليس والدولة - الأصول القانونية والسياسية الإدارية الممهدة لقيام الدولة البوليسية المعاصرة , مطبعة الإستقلال الكبرى بالقاهرة - طبعة 1972 , ص 43 وما بعدها , وإنظر أيضاً الباب الثاني من هذا البحث عند التعرض للفكرة كأحد القيود المفروضة على الحريات العامة (2)

- د/ فاروق عبد البر - موقف عبد الرزاق السنهوري من قضايا الحرية والديمقراطية - طبعة 2005 - ص 137 .
Ch. Parleman et, R.Vaner: Les nations à continu variable en droit, Bruxelles - 1984, p: 77 et s.
(3)
:Pour en savoir plus

P. Bernard: La notion d'ordre public en droit administratif, Thèse, 1969, p; 229 et s -
et s éd, L. G. D. J. Paris, TI, 1966, p; 141 em G. Burdeau: Traité de science politique, 2 -
والواقع أن فكرة النظام العام أكثر من أن تكون فكرة قانونية , فهي كما يراها البعض - وبحق - ظاهرة قانونية شاملة , ولذلك فإن القانون العام لا يستأثر بها وحده وإنما وجودها يكاد يكون في جميع فروع القانون عامة وخاصة , ففي القانون الخاص تتخذ الفكرة مظهراً عديدة فهي في مجال القانون المدني تظهر في شكل قيد علي حرية المتعاقدين وفي قانون المرافعات ترتدي ثوب قاعدة إجرائية يترتب البطلان علي مخالفتها , وفي القانون الدولي الخاص تبدو كقيد على قواعد الإسناد لمصلحة القانون الوطني , أما في مجال القانون العام فهي - أو ما يقابلها- كما أسلفنا تعطي عرش الصدارة في أكثر من فرع من فروع هذا القانون , فعلى سبيل المثال لا الحصر وفي نطاق القانون الدستوري نجد أن كلاً من الدستور والقوانين الأساسية تمثل النظام العام الذي لا يجوز الخروج عليه أو إنتهاكه وفي مجال القانون الدولي العام تشكل أحد الأسس الرئيسية له خاصة فيما يتعلق بمجال البوليس , أما في مجال القانون الإداري فلا شك أن الفكرة هي أحد دعائم هذا القانون مع تميزها بطابع خاص يكمن في كونها - داخل نطاق هذا القانون - أداة ذات حدين , بمعنى أنها تنطوي إلى جانب السلطة المقيدة - أو الوجه السلبي لها - والذي يبدو منفرداً في مجال القانون الخاص - سلطة أخرى موسعة أو وجه إيجابي لها - وهو أكثر أهمية من نظيرة السلبي في كونه سبباً للمنع , فإذا كان الجانب السلبي للفكرة يظهر

في كثير من الأحيان تطبيق سلطات الإرادة والمواطن علي حد سواء , فإن لجانب الإيجابي لها يبرز حينها تعد الفكرة سبباً للتصرف الأمر الذي تتفاوت شدته وذلك عن طريق توسيع مجال تصرف السلطات الإدارية وللمزيد من التفصيلات إنظر :

- د / محمد عصفور , البوليس والدولة , المرجع السابق ص 38 وما بعدها
وعن دور الفكرة في القانون العام والخاص يراجع د / محمد محمد بدران - مضمون فكرة النظام العام في مجال الضبط الإداري - دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي دار النهضة العربية - طبعة 1992 , ص 27 وما يليها , وأنظر أيضاً د/ عماد طارق عبد الفتاح البشري- إطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة الإسكندرية بعنوان " فكرة النظام العام في التشريع الإسلامي - النظرية والتطبيق - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية - عام 2003 حيث يرى الباحث أن الفكرة ليست قانونية خالصة إبتداعها علم القانون فأنحصرت فيه وتوقعت داخله , بل أن لها مكان بين العلوم الإنسانية المختلفة لتقع في منطقة التماس بين علم القانون وعلوم السياسة والإجتماع والاقتصاد ... فهي مفصل من مفصل ربط هذه العلوم بعضها ببعض , بإعتبارها إحدى قوى التأثير داخل الدولة , ودلل الباحث على إتساع نطاق الفكرة عن علم القانون وإطلاعها على العلوم الإجتماعية الأخرى , وكذا نسبيتها ومرونتها , بما حدث إبان وضع القانون المدني الألماني من مناقشات حادة في مجلس " الريشستاج " إنتهى إلى إستيعاد النصوص التي ذكر فيها العقد المخالف للأداب و النظام العام مخافة أن يتخذها القاضي =نظرية فلسفية ودينية يبننها على مجموعة المبادئ الدستورية أو سياسة التشريع العامة ... وذلك بحسبان أن الفكرة عامة مجردة وهو ما يعكس بصدق مرونة ونسبية الفكرة وعسر تحديدها , ولمزيد من التفصيلات يراجع صفحة 1 : 5 من الرسالة وكذلك مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري - الجزء الثاني - طبعة دار الكتاب العربي - ص 123 ومشار إليها أيضاً في مؤلف د/ محمد عصفور , المرجع السابق , هامش ص 53 .

minimum public, au sens administratif du terme, est constitué par un certain L'ordre " :Vedel dit Son contenu varie avec l'état de croyances . condition essentielles à une vie sociale convenable

Dr. Adm. op. cit. p; 15 . "*sociales*

(4) ويرى البعض أن هدف أو غاية الإجراءات الإدارية هي نفسه هدف أو غاية الضبط الإداري فيما يتعلق بتطبيق فكرة النظام العام في كلا المجالين , فكلاهما من طبيعة قانونية واحدة إذ يهدفان إلى الحيلولة دون حدوث الإضطرابات . إنظر في ذلك:

P. Bernard: Thèse, précitée, p; 167 -

:Pour en plus (5)

P. Bernard: Thèse, précitée. p; 25 -

Paris, 1968, avec une préface de G. .Ph. Braud: La notion de liberté publique en droit français, L.G.D.J -
.Dupuis, p; 423 et s

(6) حول مشكلة التفرقة بين تنظيم الحرية وتقييدها والمحاولات الفقهية التي بذلت في هذا الشأن يراجع :
د / محمد عصفور- إطروحته للدكتوراه بعنوان " وقاية النظام الإجتماعي بإعتبارها قيداً على الحريات العامة " - كلية الحقوق بجامعة القاهرة _ عام 1961 ص 79 : 90

(7) لمزيد من التفصيل يراجع : د / محمد حسين عبد العال , المرجع السابق , ص 52 وما بعدها , حيث يشار المؤلف إلى أن فكرة النظام العام آنذاك عرفت بالنظام العام السياسي أو الأخلاقي = L'ordre public politique et moral , والذي إقتصرت أهدافه علي حماية الكيان السياسي والأخلاقي داخل نطاق المجتمع .

(8) ونتيجة لذلك التوجيه الإقتصادي ظهر ما سمي بالعقد الموجه dirig é Le contra t كإصطلاح يقابل " العقد الحر " ويرجع الفضل في الإشارة إلى هذا الإصطلاح إلى الأستاذ / L . Jusserand الذي إستخدمه لأول مرة في مقال له نشر "بدالوز الأسبوعية" Dalloz Hebdomadire في عام 1933 بعنوان "العقد الموجه Le contrat dirigé " , إنظر د / محمد حسين عبد العال , المرجع السابق , هامش صفحة رقم 102
إنظر أيضاً : R . Savatier : op.cit pp; 53:69

منقول