مجلة العلوم الإنسانية — المجلد 34-عدد 3- ديسمبر 2023، ص.ص.513 - 523

# النظام العام المستحدث والأطراف الفاعلة في بلورته

## Up-to-date public order and Actors in its development

تاريخ الاستلام: 2023/07/03؛ تاريخ القبول: 2023/08/21

**ملخص**

لقد تم توسيع دائرة الثلاثية التقليدية للنظام العام لتشمل عناصر أخرى استحدثت تبعا لتطور تصورات المجتمع وتطلعاته من جهة، وزيادة مجال تدخل الدولة في مختلف المسائل الاجتماعية والاقتصادية وغيرها من جهة ثانية، وتؤدي كل من السلطات الثلاث دورها ضمن مسار تطوير عناصر النظام العام، وللقضاء دور بارز في تقرير الوجود المستقل لعناصر مستحدثة، تمثلت في النظام العام الأدبي، والنظام العام الاجتماعي و الاقتصادي، إضافة إلى النظام العام الجمالي، ويظهر من خلال ما خلصت إليه هذه الورقة البحثية أن القائمة مفتوحة لظهور عناصر أخرى تحاكي تطور المجتمع ونظرة الدولة لمختلف مناحي الحياة ومدى إمكانية التدخل فيها وفقا لظروف الزمان والمكان.

**الكلمات المفتاحية:** النظام العام، سلطات الضبط الإداري، السلطة التقديرية، المصلحة العامة.

* إدريس رحموني

الصديق ريكلي

مخبر العقود وقانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، الجزائر.

**Abstract**

The circle of traditional triad of public order has been expanded to include other elements introduced acording to the evolution of society's perceptions and aspirations, and increasing the scope of the state's intervention in various social, economic and other matters, and each of the three authorities plays its role whithin the path of developing elements of public order, and the judiciary has a prominent role to play in determining the independent existance of new elements, it consists publicmoralorder, social and economic order, and aesthetic public order, thispaper concluded that the list is open to the emergence of other elements that reflect the evolution of society, the state's view of defferent aspects of life and the extent to which they can be interfered with an accordance with the circumstance of time and space.

**Keywords:** public order ; administrative contrôle autorities ; discresionary autority ; public interest.

**Résumé**

Le cercle de la trilogie traditionnelle de l'ordre public a été élargi pour inclure d'autres éléments introduits en fonction de l'évolution des perceptions et des aspirations de la société, et augmentant de la portée de l'intervention de l'état dans diverses questions sociales, économiques et d'autres, chacune des trois autorités joue son rôle, et le pouvoir judiciaire a un rôle de premier plan dans la détermination de l'existence indépendante de nouveaux éléments, représentés par l'ordre public moral, l'ordre public social et économique, et l'ordre public esthétique, ce document conclut que la liste est ouverte à l'émergence d'autres éléments qui imitent l'évolution de la société et la vision de l'état sur les différents aspects et la mesure dans laquelle ils peuvent être interférés en fonction des circonstances du temps et de l'espace.

**Mots clés:** ordre public ; autorités de régulation administrative ; pouvoir discrétionnaire ; intérêt public.

* Corresponding author, e-mail: idriss.rahmouni25@gmail.com

© جامعة الاخوة منتوري قسنطينة 1، الجزائر 2023.

**I - مقدمة**

يعرف النظام العام بأنه مجموعة الأسس والدعامات التي يقوم عليها بناء الجماعة وكيانها، بحيث لا يتصور بقاء هذا الكيان سليما دون استقرار عليها[1]، وبالتالي فهو يرتكز على قواعد أمرة وجب على الأفراد الالتزام بها حتى ولو كانت مصلحتهم تتحقق بمخالفتها، وذلك ترجيحا لكفة المصلحة العامة على الخاصة.

ويمثل النظام العام مجموعة من الأفكار المرنة والقابلة للتغيير تبعا للظروف والأحوال داخل المجتمع، وتماشيا وفلسفة الدولة في مختلف الميادين، وقد حصل الاتفاق في بادئ الأمر على ثلاث عناصر للنظام العام والتي أطلق عليها فيما بعد تسمية الثلاثية التقليدية، وتمثل الحد الأدنى اللازم لاستقرار المجتمع، فلا يمكن تصور وجود مجتمع مستقر وهادئ من دونها، وتتمثل هذه العناصر في الأمن العام، الصحة العامة والسكينة العامة.

ويتصف النظام العام بالمرونة والتطور، فإذا كان مضمونه مجموعة من القواعد الأمرة، فإن ذلك لا يعني أنها جامدة وغير قابلة للتغيير والتبديل، إذ أن طابع المرونة يفتح المجال لتكييف هذه القواعد حسب مقتضيات الظروف والأحوال، ونتيجة لذلك فهي تتطور وتتبلور بتدخل أطراف مختلفة، وفق مسار محدد، مشكلة بذلك عناصر جديدة للنظام العام، سنحاول ابراز كل ذلك من خلال هذه الورقة البحثية.

ومجال هذه الدراسة وإن كان يركز على القانون الإداري باعتبار أن الهدف الوحيد للضبط الإداري هو حفظ وصيانة النظام العام، فإنه يشمل كذلك القانون الخاص بقدر يسير، لا سيما بتوضيح تدخل التشريع والقضاء في نطاق العقود وما يترتب غلى ذلك من آثار.

وفي سياق ما تقدم، نتساءل عن مضمون العناصر المستحدثة للنظام العام؟ وأدوار الأطراف المتدخلة في مسار بلورته ؟

من أجل الإجابة على التساؤل أعلاه، نستعرض مضمون النظام العام المستحدث ( **المبحث الأول**)، أين سنبين المقصود بكل عنصر، ثم ننتقل إلى تحديد دور مختلف الأطراف في تطوير وبلورة النظام العام **(المبحث الثاني)**.

**المبحث الأول: عناصر النظام العام المستحدث**

لم تعد العناصر التقليدية للنظام العام تلبي متطلبات المجتمع، الذي يخضع لتحولات كبيرة في مختلف المجالات، ليشمل بذلك عناصر جديدة نصت عليها التشريعات وأقرها القضاء، فالدولة أصبحت تحمي الأخلاق العامة للمجتمع وتتدخل في الأنشطة الاقتصادية وتحمي الحياة الاجتماعية، كما تتدخل كذلك في المجالات التعاقدية خرقا لمبدأ سلطان الإرادة، وتهتم بالحفاظ على جمال ورونق المدن، كل ذلك تحت مظلة النظام العام، وسنعرض كل ذلك في المطالب الموالية:

**المطلب الأول: النظام العام الأدبي**

يعرف بالوجه المعنوي للنظام العام ويسمى كذلك بالآداب العامة، وهو أول العناصر المستحدثة ظهورا، ويرتبط ارتباطا وثيقا بظروف الزمان والمكان من جهة، وبالعادات والتقاليد والدين من جهة أخرى، وقد لعب القضاء دورا بارزا في إرساء معالمه.

**الفرع الأول: التعريف**

إن لاحترام قواعد الأخلاق أهمية كبيرة باعتبارها تحث الفرد على اتباع طريق الخير، وتنهاه عن اتيان الشر، فهي تأمره بالتزام سلوك معين في مواجهة نفسه وتعرف بالأخلاق الفردية، كما ترشده كذلك إلى ما يجب اتباعه في مواجهة غيره ويعبر عنها بالأخلاق الاجتماعية[2]، وهذه الأخيرة هي المقصودة والمرادفة للآداب العامة، حيث يخرج عن مجال دراستنا الأخلاق الفردية التي تدخل في اهتمام مجالات

أخرى متعلقة بالدين وعلم النفس وغيرها.

وللدكتور عبد الرزاق السنهوري تعريف محكم وتحديد فريد لمعيار الآداب العامة بأنها "الناموس الأدبي الذي يسود العلاقات الاجتماعية في دولة معينة وزمن معين وهو مجموعة من القواعد وجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها ولو لم يأمرهم القانون بذلك، وهذا الناموس الأدبي هو وليد المعتقدات الموروثة والعادات المتأصلة، وما جرى عليه العرف وتواضع عليه الناس، وإلى جانب ذلك ميزان إنساني يزن الحسن والقبح ونوع من الإلهام البشري يميز بين الخير والشر". [3]

ويجب التمييز بين ما هو أخلاقي وفاضل وما هو قانوني وشرعي، ذلك أنه في إزالة الفواصل بين الفضيلة والمشروعية سلبيات كثيرة، يأتي على رأسها صعوبة تحديد الواجبات الخلقية تحديدا دقيقا، لذلك ذهب في بداية الأمر الفقه والقضاء الفرنسي إلى إخراج الأخلاق والآداب العامة من وظيفة الضبط الإداري، ما لم يؤدي ذلك الاخلال إلى اضطراب النظام العام في عناصره التقليدية.[4]

**الفرع الثاني: موقف القضاء من النظام العام الأدبي**

صدرت بعض الأحكام في القضاء الفرنسي التي تجيز لسلطة الضبط التدخل في المجال الأخلاقي في حالات متفرقة، رغم رفض مجلس الدولة في أول الأمر الاعتراف بالنظام العام في غير جانبه المادي، وبالتالي استبعد الأخذ بجانبه المعنوي الذي يهدف للحفاظ على الآداب والأخلاق العامة.

غير أن قضية أفلام لوتيسيا غيرت من موقف مجلس الدولة الفرنسي، أين قضى بأحقية سلطة الضبط في الحفاظ على النظام العام في جانبه الخلقي، وتتلخص وقائع هذه القضية في اصدار عمدة "نيس" قرارات تمنع عرض بعض الأفلام حيث كان واقعا تحت ضغط الجماعات العائلية وجمعيات المحافظة على التقاليد، وكانت هذه الأفلام قد تحصلت من قبل على ترخيص بالعرض من الوزير المختص[5].

ولا يفهم من قضاء مجلس الدولة أنه أقر سلطة للعمدة أعلى من سلطة الوزير، بل أقر للعمدة سلطة تقديرية في منع عرض الأفلام محليا مادامت تمس بالنظام العام في إطار اختصاصه الاقليمي، دون المساس بالترخيص المسلم من الوزير، فهو قرار بمنع العرض على مستوى محلي وليس قرارا بسحب الترخيص الذي يشمل كل التراب الوطني، وهذا السحب لا يمكن أن يقوم به من هو أدنى درجة من الوزير في السلم الإداري، مراعاة لقاعدة توازي الأشكال.

بعد أن أقر القضاء الفرنسي الوجه المعنوي للنظام العام وأرسى أسسه وأكد استقلاليته عن الثلاثية التقليدية، تبلورت عناصر أخرى مادية لم تكن تدخل ضمن نطاق النظام العام ولا مشمولة بأحكامه، فتوسعت رقعته أكثر بظهورها، ويتعلق الأمر بالنظام العام الاقتصادي والاجتماعي والنظام العام الجمالي.

**المطلب الثاني: النظام العام الاقتصادي والاجتماعي**

إن ظهور طائفة من القواعد تعزى للنظام العام الاقتصادي والاجتماعي، إنما هو نتيجة تطور دور القانون وتعدد وظائفه، وتوسع دائرة تدخله في العلاقات الخاصة للأفراد بطريقة مغايرة للتدخل الذي يقوم به في ميدان النشاط العام، ويؤدي هذا التدخل إلى تغيير طبيعة التصرف القانوني نفسه، بحيث يدخل في التنظيم القانوني والاقتصادي والاجتماعي المفروض كعنصر موضوعي في التصرف القانوني، ويقيم التوازن مع العنصر الشخصي المتمثل في حرية الإرادة التعاقدية.[6]

وكما أن النظام العام التقليدي لا ينفصل عن الشرطة، فإن النظام العام الاقتصادي يربط بين مفهوم الشرطة المطبق على الاقتصاد والمفهوم القانوني للتنظيم.[7]

وانطلاقا من هذا المفهوم برز وجهين للنظام العام الاقتصادي والاجتماعي، فالأول غايته خدمة توجهات الدولة الاقتصادية والاجتماعية ويسمى النظام العام التوجيهي، أما الاخر فهو النظام العام الحمائي الذي ينصب جل اهتمامه في حماية الطرف الضعيف في العقد، وسنتعرض لكلا النظامين بشيء من التفصيل فيما يلي:

**الفرع الأول: النظام العام التوجيهي**

ويقصد بالنظام العام الاقتصادي والاجتماعي التوجيهي القواعد التي يتدخل بها المشرع في العقد للحد من الأحكام التي يتفق عليها أطراف العقد، وتتضمن عدم مخالفة هذه الأحكام للنظام العام الاقتصادي والاجتماعي الوطني، وإلزام الأطراف بكل ما من شأنه تحقيق المصلحة العامة في الجوانب الاقتصادية والاجتماعية.

واعتمادا على ما جاء في التعريف أعلاه فإن المفاضلة تكون بين المصلحة العامة في جانبها الاقتصادي والاجتماعي من جهة، وفي الجهة المقابلة المصلحة الفردية بما تقتضيه من حرية في التعاقد تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة المكرس في مختلف النظم القانونية[8]، وقد أحدثت فكرة النظام العام الاقتصادي تطور في مجال الروابط التعاقدية الخاصة بالحد منها واخضاعها لقواعد آمرة بما يتماشى والسياسة الاقتصادية للدولة.

وفي هذا الإطار تتخذ الدولة الحديثة من النظام العام الاقتصادي والاجتماعي وسيلة فعالة في رسم وتحقيق سياستها الاقتصادية والاجتماعية، من خلال اجراءات إدارية وتنظيمية متنوعة تسخر كلها لخدمة المصلحة العامة.

فالتراخيص التي تمنحها الإدارة لممارسة نشاط معين، والشروط التي تفرضها بمناسبة ممارسة أنشطة محددة ليست فقط لمراقبة النشاط بل تتعداه لتوجيه الاستثمارات نحو شعب وميادين تراها الدولة مهمة أو ذات أولوية وتسهم في تحقيق رفاهية الأفراد، كتقديم تسهيلات ومنح امتيازات للمصانع الكبرى التي توظف عددا كبيرا من العمال، وبالتالي تساهم في امتصاص البطالة، والعكس من
ذلك فقد تضع شروطا الهدف منها الحد من انتشار نشاط معين نظرا لفائدته الزهيدة أو أنه وصل لحد الإشباع.[9]

**الفرع الثاني: النظام العام الحمائي**

لقد خفت صيت مبدأ سلطان الإرادة وأصيب في صميمه، وأصبح القول بأن كل ما هو عقدي يكون عادلا محل نظر، لأن قولا كهذا يصح في ظل المساواة العقدية وتبادل الحقوق والالتزامات بشكل عادل، أما في ظل تفاوت قدرات الأفراد وامكانياتهم فلا يمكن التسليم بهذا الطرح[10].

عطفا على ذلك، وخلافا للنظام العام الاقتصادي والاجتماعي التوجيهي الذي يرمي إلى تنظيم تأثير التصرف القانوني على الاقتصاد الوطني، فإن النظام العام الحمائي يستهدف حماية تأثير التصرف القانوني على الوضع الداخلي الخاص لكلا المتعاقدين في نفس هذا التصرف القانوني، ويظهر ذلك جليا في عقود الإذعان أين يخضع الطرف المذعن للشروط التي يضعها الطرف القوي، وكذلك عقود العمل وغيرها، فيكون تدخل القاضي لتحقيق التوازن برفع الشروط التعسفية ورد الالتزامات المرهقة إلى الحد المعقول، تطبيقا لفكرة النظام العام الحمائي.[11]

**المطلب الثالث: لنظام العام الجمالي (جمال الرونق والرواء)**

برزت إلى الوجود بفعل التوسع العمراني المتزايد مدينة مكتظة بالسكان و البنايات الحديثة العالية، التي تؤثر بأشكال عديدة على الأبنية الأثرية التي تمثل حضارة البلدان وفي نفس الوقت تاريخها العريق الذي يستوجب الحفاظ عليه بحيث يمكننا من الإحساس بصدق التاريخ والشعور بحقيقة ما كانت عليه حياة الإنسان في العصور القديمة باعتبار تلك الاثار في الواقع هي مؤرخ صادق يحكي لنا قصة حياة وتطور، وأهم من ذلك استشعار الراحة النفسية والفنية عند مشاهدة هذه الاثار، وهذا ما أدى إلى كثرة المنادين بضرورة حماية القيم الجمالية والفنية[12].

ولا يتوقف الأمر عند حماية الأبنية الأثرية، بل يمتد إلى الحاضر والمستقبل، حيث يتجسد النظام العام الجمالي بوضع قواعد التهيئة والتعمير التي تعد انعكاسا

وترجمة للحضارة العمرانية لذلك البلد، فمن خلال فن تنظيم العمران والبناء، تعرف درجة تقدم المجتمع، فتعد نوعية البنايات وشكلها وطابعها شاهدة على عمق الانتماء الحضاري للأمة ودليل على تميزها[13]

ويقصد بجمال الرونق والرواء جمال المدن وحسن مظهرها، ويتجسد ذلك باتخاذ اجراءات للحفاظ على اتساق المباني وانسجامها من حيث الألوان، وتزيين الميادين، وتخطيط المدن، وترميم البنايات القديمة والأثرية، وتشييد العمارات، وتنظيم لوحات الدعاية والإشهار في المدن، وتشير المدن وتزيينها بمساحات خضراء...الخ [14].

**المبحث الثاني: الأطراف الفاعلة في بلورة النظام العام المستحدث**

إن ظهور أوجه جديدة للنظام العام يرجع إلى تدخل ثلاث أطراف هي: المشرع، سلطة الضبط الإداري والقضاء، لكل واحد منهم دور يؤديه من أجل إخراج النظام العام المستحدث من الفكرة إلى التجسيد على أرض الواقع، فتتدخل السلطة التشريعية بالنص على قواعد وأحكام واجبة الاتباع، عن طريق الضبط التشريعي **(المطلب الأول)** وتعمل سلطة الضبط الاداري في إطار القوانين والتشريعات وتتخذ كل الإجراءات التنفيذية لها **(المطلب الثاني)**، وللقضاء دور هام في تقرير عناصر مستحدثة للنظام العام بأحكامه وقراراته **( المطلب الثالث)**.

**المطلب الأول: الضبط التشريعي كمصدر لنظام عام مستحدث**

يقصد بالضبط التشريعي مجموعة القوانين والتشريعات التي تصدرها السلطة التشريعية، والتي تبين نطاق مباشرة الحريات الفردية والقيود التي ترد عليها.

والهدف من الضبط التشريعي أعم وأشمل من الضبط الإداري، فيستهدف من سن القوانين حماية المجتمع بأكمله وتنظيمه على النحو الذي يكفل توفير الأمن والطمأنينة للوطن والمواطنين[15]، لكن وإن كان مجال الضبط التشريعي واسع فإن غاية الحفاظ على النظام العام تكتسي عنده أهمية خاصة، نظرا لتعلق الأمر بكيان الدولة ووجودها.

وتدخل المشرع بالنص على نظام عام مستحدث يرجع إلى أحد أمرين:

**الأول:** خدمة لتصورات الدولة وأهدافها الاقتصادية والاجتماعية أو أي مقصد اخر تعتبره الدولة هدفا ذو أهمية خاصة في زمن معين أو مكان محدد، فيقوم المشرع بإصدار قوانين يدرج بها ضمن النظام العام عناصر جديدة كانت خارجة عن نطاقه.

**أما الثاني:** فيكون استجابة لمطالب المجتمع المعبر عنها صراحة عن طريق الجمعيات وغيرها، أو المستخلصة من ممارسات وأفعال توحي باتجاه إرادة الجماعة إلى إضافة عناصر جديدة للنظام العام، فيتدخل المشرع بتجسيد إرادة المجتمع بنصوص قانونية.

وإن كان تدخل المشرع لوضع وتحديد القواعد المتعلقة بالنظام العام أمر مسلم به، فهو يضع من النصوص ما يراه مناسبا، وفقا لتصورات الدولة وأهدافها في مختلف المجالات، لكن سلطة المشرع ليست مطلقة، إذ ينبغي له مراعاة مبدأ تدرج القوانين، ويظهر جليا في هذا الصدد ضرورة مراعاة الضوابط والقيود التي يضعها الدستور بوصفه القانون الأسمى، وهو ما يسمى بالرقابة على دستورية القوانين، حيث ينجر عن مخالفة التشريع لفحوى الحريات ذات الطابع الدستوري إلغاء النص المخالف من طرف المحكمة الدستورية، وفقا لإجراءات الإخطار أو الدفع بعدم الدستورية[16].

وينبغي ألا تشكل الرقابة على دستورية القوانين حاجزا يمنع تطور القواعد القانونية بما تقتضيه الظروف والأحول، وبالتالي تشكل حجر عثرة أمام تطور المجتمع وتقدمه، لا سيما في مجال الضبط الإداري، الذي يتطلب مرونة في التعامل مع النصوص والأحداث بحسب ظروف الزمان والمكان.

وعلى هذا الأساس، فإن المحكمة الدستورية العليا في مصر قضت في أحد أحكامها أنه " ... لا يجوز بالتالي أن تفسر النصوص الدستورية بما يبتعد بها عن

الغاية النهائية المقصودة منها ولا أن ينظر إليها بوصفها هائمة في الفراغ، أو باعتبارها قيما مثالية منفصلة عن محيطها الاجتماعي، وإنما يتعين دوما أن تحمل مقاصدها بمراعاة أن الدستور وثيقة تقدمية لا ترتد مفاهيمها إلى حقبة ماضية وإنما تمثل القواعد التي يقوم عليها والتي صاغتها الإرادة الشعبية، انطلاقة إلى تغييرلا يصد عن التطور أفاقه الرحبة..."[17].

**المطلب الثاني: سلطة الضبط الإداري ودورها في تجسيد نظام عام مستحدث**

عرف الضبط الإداري بأنه نشاط ذو طابع وقائي تمارسه الإدارة بواسطة قواعد وإجراءات دستورية وقانونية لحماية النظام العام في المجتمع، ويتضمن قيودا وضوابط على حريات الأفراد[18].

لذلك فإن الضبط الإداري يخضع لقاعدة تخصيص الأهداف، فلا يمكن أن يحيد عن الهدف المحدد له وهو حفظ النظام العام، حتى ولو كان ذلك خدمة للمصلحة العامة، فإذا خالف ذلك، كان القرار الضبطي مشوب بعيب الانحراف عن السلطة ويتعرض للإبطال.

ولا يمكن تصور مجتمع منظم دون وجود ضبط إداري يهدف إلى حماية النظام العام، كما لا يمكن تبرير أي إجراء من إجراءات الضبط المقيدة للحريات العامة إلا إذا كان ضرورية لحماية النظام العام، ويجب أن تتصف هذه الإجراءات بالحيادية بحيث لا تكون مرتبطة بمصالح حزبية مغايرة لمصلحة الجماعة ولا أن تستهدف حماية النظام السياسي باعتباره أمرا مستقلا عن أمن الجماعة، بالإضافة إلى خضوع وظيفة الضبط الإداري لسيادة القانون ورقابة القضاء[19].

ويؤدي الضبط الإداري وظيفة وقائية تتمثل في الحيلولة دون كل ما من شأنه أن يؤدي إلى الإخلال بالنظام العام، فغايته منع وقوع الجرائم وغيرها من الأفعال التي تهدد الأمن العام والصحة العامة و السكينة العامة[20].

غير أنه ثار خلاف في مدى استقلالية الضبط الإداري عن الضبط التشريعي في تدخلاته لمنع الإخلال بالنظام العام.

ففي مجال حماية جمال الرونق على سبيل المثال، يرى جانب من الفقه الفرنسي عدم أحقية سلطات الضبط الإداري في تدخلها، إلا إذا وجدت نصوص تشريعية تمنحها هذا الحق[21]، لكن هذا الرأي منتقد، ذلك أن وضع الحدود والضوابط التي تمنع التوسع في نطاق النظام العام دون الاهتمام بالاعتبارات الأخرى، يقضي على المرونة المطلوبة في مفهوم فكرة النظام العام، والتي منذ ظهورها لم تفارقها هذه الخاصية فهي جزء من حقيقة الفكرة ملازمة لها، ولا يمكن أن تنفصل عنها بأي حال من الأحوال.

وعلى هذا المنوال قضى مجلس الدولة الفرنسي في أول الأمر بوجوب النص صراحة في القانون على تدخل سلطة الضبط الإداري للحفاظ على جمال الرونق، لكنه تراجع عن موقفه سنة 1932 في قراره الصادر في قضية اتحاد نقابات مطابع باريس، أين أكد أن حماية جمال الرونق والرواء تعد من اهداف الضبط الإداري وبالتالي استقر قراره على مشروعية تدخل سلطات الضبط الإداري لتحقيق أغراض جمالية لا علاقة لها بالعناصر التقليدية للنظام العام[22].

فإذا كانت القوانين و التشريعات المنظمة للحريات التي يصدرها البرلمان تشكل الإطار القانوني الذي تمارس ضمنه سلطة الضبط مهامها كأصل عام، فهذا لا يحجب أهلية السلطة التنفيذية في وضع أنظمة ولوائح ضبطية بصورة مستقلة عن القوانين، حتى وإن لم يرد نص دستوري يخولها ذلك، وهو ما جرى عليه العرف الدستوري في بعض البلدان، باعتبار أن نشاط الضبط الإداري اختصاص أصيل للسلطة التنفيذية تمارسه من أجل حماية النظام العام مما قد يتعرض له من تهديد أو اضطراب حالي أو محتمل[23].

ومسألة تدخل سلطة الضبط الإداري لحفظ النظام العام بمختلف عناصره دون وجود نص قانوني يخولها ذلك، إنما يصطدم بمبدأ المشروعية الذي يقتضي مطابقة قرارات مختلف السلطات للقانون وإلا كانت باطلة وغير منتجة لآثارها، ويبرز هذا الإشكال بشدة عند بداية تشكل العناصر الجديدة للنظام العام وقبل النص عليها تشريعيا أو إقرارها قضائيا، ففي هذه المرحلة الانتقالية تجد سلطة الضبط نفسها في مواجهة ضمير المجتمع وضغوطاته في ظل الفراغ التشريعي كما مر معنا في قضية لوتيسيا، فقراراتها تكون تحت ضغط المواطنين وإن خالفت السلم الإداري ولم يكن لها سند من القانون لاعتبارات محلية تتعلق بالنظام العام.

وتدخل سلطة الضبط لم يأت من اجتهادها بإدراج عنصر جديد للنظام العام، ولكنه كان استجابة لضغط المجتمع بمختلف مكوناته، حيث أصبح يهدد الأمن العام، أي أن عمدة نيس أصدر القرار حفاظا على النظام العام التقليدي وليس الآداب العامة التي لم تكن تدخل ضمن عناصر النظام العام في ذلك الوقت، ويمكن القول أن المجتمع استعمل طرق ضغط لإرساء نظام عام أدبي بدأ يتكون من وقت رفض المجتمع لعرض تلك الأفلام وتعبيره عن ذلك بطرق ووسائل مختلفة، أجبرت سلطة الضبط على اتخاذ قرار المنع، والذي أيده القضاء بعد ذلك.

إن هذا المسار، الذي ينطلق من عمق المجتمع بتحركه الإيجابي، ويستتبع باستجابة سلطة الضبط، هو نقطة البداية لتشكل نظام عام مستحدث كان مرتبط بعناصر الثلاثية التقليدية، لكنه لم يلبث أن انفصل واستقل عنها، وأصبح عنصر قائم بذاته، لأنه في الحقيقة يعبر عن إرادة الجماعة.

**المطلب الثالث: القضاء كاشف ومنشئ لنظام عام مستحدث**

لطالما لعب القضاء دورا هاما في بلورة مفهوم النظام العام وتكريس عناصره الحديثة، وحقيقة هذا الدور إنما تكمن في منح السلطة التقديرية للقاضي في حالة وجود نص تشريعي **(الفرع الأول)**، كما يمكن للقاضي أن يدخل ضمن نطاق النظام العام عناصر غير واردة في التشريع **(الفرع الثاني)**.

**الفرع الأول: السلطة التقديرية للقاضي في مواجهة البنود القانونية أو الاتفاقية**

يتدخل القاضي في كثير من الأحيان بالرغم من وجود النصوص القانونية وهذا التدخل يكون إما بسبب عدم تحديد المشرع للآثار المترتبة على مخالفة النص القانوني رغم وضوحه، أو يعود لترك المشرع السلطة التقديرية للقاضي بحسب وقائع كل دعوى على حدى، وهذا ما سنبينه فيما يلي:

**أولا: عدم تحديد اثار مخالفة النص القانوني من طرف المشرع**

الأصل أنه عند تحديد ما يدخل ضمن مفهوم النظام العام، يتدخل المشرع مباشرة في النصوص التشريعية سواء بذكر "النظام العام" أو الاثار المترتبة عنه كقوله تعتبر غير مكتوبة أو بدون أثر، أو يعتبر الشرط كأن لم يكن وغيرها من العبارات التي تؤدي نفس المعنى وكلها تدل على تعارض بند من بنود العقد مع مفهوم النظام العام أو بذكر عبارة " البطلان المطلق" كعقوبة لبعض الأفعال والعقود، وهنا نكون بصدد نظام عام نصي وهذا هو الغالب.

لكن يحصل أحيانا أن تكون العبارات المستخدمة من طرف المشرع لا يستنتج منها بالضرورة إلزامية الحكم، بحيث لا توجد أي إشارة تدل على أن ما ورد في النص يندرج ضمن النظام العام، ففي هذه الحالة يعود للقضاء تحديد إن كان النص من النظام العام، وهذا ما يطلق عليه بالنظام العام الافتراضي[24].

وغني عن البيان أن باب اجتهاد القاضي لا يفتح إلا في حالة وجود نص غامض أو غياب النص من أصله بمناسبة قضية مطروحة أمامه، إذ لا اجتهاد مع وضوح النص كما يؤكد ذلك المبدأ القانوني، غير أن المسألة هنا تتعلق بالأثر المترتب عن الحكم القانوني، فرغم وجود نص واضح من حيث الحكم إلا أن المشرع غفل عن ذكر الأثر المترتب عن مخالفته، وبالتالي هل هو من النظام العام فيترتب على مخالفته اثار

شديدة أم هو ذو طابع توجيهي فقط ؟.

في هذا الصدد، يتحرى القاضي قصد المشرع من وضعه لذلك النص في سياق الأحداث والظروف التي أحاطت بسن ذلك القانون، والهدف من وضعه، مع مراعاة عدم المساس بالحريات المقابلة والمكفولة دستوريا إلا بالقدر الضروري المتعارف عليه في ذلك النظام القانوني، ويختلف هذا القدر بحسب التوجه الإيديولوجي للدولة، فيزداد في الدول ذات التوجه الاشتراكي وينقص في الدول الليبيرالية.

غير أنه توجد حالات عديدة لا يتطابق فيها النص مع الحقيقة، ففي الواقع فإنه متى ما خرج النص عن يد واضعه اتصل بالحياة وتفاعل معها، وعلى القاضي أن يقوم بتفسير النص متجها للبحث عن المعاني التي يحملها في طياته[25] بحيث يتناسب تطبيقه مع المسائل المطروحة أمامه حتى ولو أن هذه المسائل لم تخطر على بال المشرع أثناء وضع النص[26].

**ثانيا: سلطة القاضي التقديرية لترتيب الاثار**

أحيانا يمنح المشرع للقاضي سلطة تقديرية واسعة تجاه الأثر القانوني للقاعدة المراد تطبيقها، بحيث تتمثل هذه السلطة للقاضي في تقدير ملاءمة إعمال أو عدم إعمال هذا الأثر، ومثال ذلك سلطة القاضي في تطبيقه لنظرية الظروف الطارئة بحيث تجيز له و بحسب الظروف، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق للحد المعقول، ونفس الشيء في حالة الشروط التعسفية في عقود الإذعان للقاضي سلطة تعديلها أو إعفاء الطرف الضعيف منها[27].

وفي مجال العقود، فإنه يمكن تطويع العقد رغم عدم وجود نص تشريعي، فمهما كانت الحلول المطروحة، فإن التوجه الجديد يقضي بأن تكون الرغبة في الإبقاء على العقد هي الفكرة الرئيسية، لا بطلانه وإنهاؤه، ذلك أن سياسة البطلان كجزاء أصبح أمرا لا يواكب العصر الذي يتطلع دائما لاستحداث أحكام جديدة، وعلى القاضي الإلمام بمجريات السياسة الاقتصادية والاجتماعية والدينية في المجتمع، وعليه فإن إعمال القاضي للنظام العام يجب أن يكون مقرونا دائما بالحكمة والاعتدال[28].

فحرص القاضي يكون منصبا على إيجاد الحلول العادلة المتزنة لا على التعسف في إعمال فكرة النظام العام، ومتى وجد مخرجا أنجع من إعمال الأثر المشدد لفكرة النظام العام والمتمثل في جزاء البطلان، دون الإضرار بالمصالح العليا للمجتمع وبما يتفق مع مصالح أطراف العقد بدرجة معقولة، فإنه ينصرف عن الأثر المشدد إلى الأثر المخفف ألا وهو تطويع العقد.

**الفرع الثاني: التدخل القضائي المنشئ لقواعد النظام العام**

الأصل أن المشرع وحده الذي يشير إلى النظام العام ثم يأتي بعد ذلك دور القاضي الذي عليه بذل الجهد في احداث التوازن بين حتمية التدخل الاداري وذلك بتطوير الفكرة السياسية والاجتماعية في مجال تقدير الحرية، وبين حق الادارة في تنظيم النشاط الخاص وفقا لمتطلبات النظام العام دون أن يترتب على ذلك الشطط[29].

أما في مجال القانون الخاص، يجب على القضاء أن يبث في صحة الالتزام أو الشرط التعاقدي في حالة غياب النص التشريعي، وبهذا فإن النظام العام لا ينحصر في المفهوم التشريعي فحسب، وإنما يمكن للقضاء عن طريق أحكامه أن يؤسس لفكرة النظام العام في حالة وجود فراغ تشريعي معتمدا في ذلك على القيم الأساسية للمجتمع في زمن معين من تطوره[30] .

فالقضاء لا يخترع النظام العام، إنما يبحث عنه ويستخرجه من مجموع المبادئ الواردة في التشريع، ويظهره إلى حيز الوجود من خلال إبطاله للعقود المخالفة له، وهذا ما جعل الفقيه جاك جستيان الفرنسي يقول: بجانب النظام العام النصي " التشريعي" يقوم نظام عام تقديري قد يستعان به في حالة غياب النص التشريعي.[31]

والقاضي اثناء فصله في القضايا إنما يستشعر ما استقر عليه ضمير المجتمع في ذلك الزمان والمكان، ويعبر عن الإرادة الحقيقية للجماعة التي يستنبطها ويستخرجها من النظام الذي ارتضاه المجتمع، ورأى أن الخروج عنه هو انسلاخ عن مبادئه وكيانه، فيدرج في خضم ذلك ضمن النظام العام من القواعد ما كان خارجا عن نطاقه، ويخرج ما كان ضمن مجاله تجسيدا للإرادة الخفية للمجتمع والتي تكونت وتبلورت عبر الزمن فظهرت في ذلك الإطار المكاني، فهو معيار موضوعي محدد من حيث الزمان والمكان.

وفي هذا السياق يخرج عن الموضوعية الحكم الذي يستند إلى الرأي الشخصي للقاضي ويكون مخالف لتصور المجتمع، كما لا يتصف بالموضوعية الحكم الذي يبنى على تصور مجتمع اخر في بلد اخر، بل حتى ولو كان في نفس البلد لكن في أماكن مختلفة، فلكل منطقة نظامها واعتقاداتها وخصوصياتها، إذ لا يمكن إلزام أهل القرى بما هو موجود في المدن ولا العكس من ذلك، كما أنه لعامل الوقت دخل في اصباغ وصف الموضوعية، حيث أنه ليس من الموضوعية في شيء الاستناد في الحكم على تصور المجتمع في وقت سابق إذا كان هذ التصور مخالف للتصور الحالي.

## الخاتمة:

نخلص من خلال ما تقدم أن التشريع يضع حجر الأساس للنظام العام بنصوص قانونية، وفق تصور المجتمع في إطار زماني ومكاني معين مراعيا في ذلك مجال الحريات ضمن مبدأ تدرج القوانين، وتتدخل سلطات الضبط الإداري في إطار القانون العام ضمن اختصاصاتها المحددة قانونا للحفاظ على النظام العام ومنع الإخلال به، ليأتي بعد ذلك دور القضاء أثناء نظر الدعاوى ليحاكي تطورات المجتمع بأحكامه وقراراته، ويلعب دور الكاشف لمراد المشرع والمطور للقانون الخفي المتأصل في وجدان المجتمع والذي ظهر وبرز تبعا لتغير الظروف والأعراف والعادات والتقاليد، مما أدى إلى وجود رؤيا مخالفة للتصور القديم، وعلى إثر ذلك ظهرت عناصر مستحدثة للنظام العام غايتها الحفاظ على القيم الأساسية للمجتمع ضمن تصور جديد يتصف بالمرونة و يبتعد عن الجمود، فتأصيل هذه العناصر المستحدثة من طرف التشريع يأتي ضمن تصور الدولة لما هو موجود وما تريده أن يكون، أما التدخل القضائي، فهو عمل لاحق، يأتي بعد تطورات حصلت في المجتمع واستقرت فيه واطمئن إليها الناس، بل واعتبروها جزء من كيانهم وضرورة لا غنى عنها لوجودهم، وإجمالا فإن هذه الغايات الحديثة ترمي إلى توجيه الأطراف وحماية الطرف الضعيف وفق السياسة الاقتصادية والاجتماعية المنتهجة من طرف الدولة، بالإضافة إلى الحفاظ على حد معين من جمال المدن وتناسقها، ولايزال المجال مفتوح لظهور عناصر أخرى مادام المجتمع ماض في تطوره.

في ضوء ما تقدم نبدي الاقتراحات التالية:

1/ ضرورة تحديد المشرع للآثار المترتبة على مخالفة النصوص التشريعية المتعلقة بالنظام العام.

2/ من الأجدى توجه القضاء إلى تطويع العقد كأثر مخفف للنظام العام بدلا من القضاء ببطلانها مادامت تتفق بعد التطويع مع مصالح المجتمع وأطراف العقد.

**المراجع:**

[1] أبو جعفر عمر المنصوري، فكرة النظام العام والآداب العامة في القانون والفقه مع التطبيقات القضائية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2010، ص106.

[2] أبو جعفر عمر المنصوري، المرجع نفسه، ص324.

[3] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام، ج1، ط2، دار النهضة العربية، مصر، 1964، ص77.

[4] غسان هادي عبد القراغلي، سلطة الضبط الإداري الإلكتروني وضماناته القضائية –دراسة مقارنة- المركز الأكاديمي للنشر و مكتبة الدراسات العربية، مصر- سلطنة عمان، 2022، ص125.

[5] فوزي حسين سلمان الجبوري، **الأغراض غير التقليدية للضبط الإداري-دراسة مقارنة-** دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر، مصر-الإمارات، 2022، ص130-131، من أجل أكثر تفاصيل في قضية لوتيسيا انظر:

Les grands arrêts administrative, 5édition_Long.Weil. Bradiband –Sirey- 1969, p131.

[6] أبو جعفر عمر المنصورى، **فكرة النظام العام والآداب العامة في القانون والفقه مع التطبيقات القضائية**، المرجع السابق، ص 329.

[7] Thomas PEZ, **l'ordre public économique** , nouveaux cahier du conseil constitutionnel, numéro49 (dossier : l'entreprise), octobre2015, p 47.

[8] انظر المادة 106 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أن " العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون".

[9] محمد فوزي نويجي، **الجوانب النظرية والعملية للضبط الإداري**، المرجع السابق، ص83.

[10] قريقر فتيحة، **حدود سلطان الإرادة في نطاق النظام العام**، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، العدد الأول، المجلد العاشر، الجزائر،2019، ص280.

[11] أبو جعفر عمر المنصورى، **فكرة النظام العام والآداب العامة في القانون والفقه مع التطبيقات القضائية**، المرجع السابق، ص 348.

[12] فوزي حسين سلمان الجبوري، **الأغراض غير التقليدية للضبط الإداري-دراسة مقارنة-** المرجع السابق، ص141.

[13] عليان بوزيان،علي فتاك، **فكرة النظام العام الجمالي وتطبيقاتها في التشريع الجزائري**، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، العدد01، مارس 2015، ص20.

[14] محمد فوزي نويجي، **الجوانب النظرية والعملية للضبط الإداري**، المرجع السابق، ص 77.

[15] خالد عبد الحميد غانم، **الضبط الإداري الصحي**-دراسة مقارنة- ط1، مركز الدراسات العربية، مصر، ص56.

[16] أنظر المواد من 193 إلى 198 من دستور 28 نوفمبر 1996، المعدل والمتمم بالقانون الصادر بتاريخ 30 ديسمبر 2020، الجريدة الرسمية عدد 82، صادرة بتاريخ 30 ديسمبر 2020، وانظر كذلك القانون العضوي رقم19/22 مؤرخ في 25 يوليو 2022، يحدد إجراءات وكيفيات الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد51، مؤرخة في 31 يوليو 2022.

[17] حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في الدعوى رقم 22 لسنة 8 قضائية "دستورية"، الصادر بجلستها العلنية المنعقدة في 4 يناير سنة 1992، أورده: محمد محمود علي محمد، **الحماية الدستورية للحقوق الاقتصادية**، دار الفكر الجامعي، مصر، 2021، ص25.

[18] رسول محمد أمين زانا، **الضبط الإداري بين حماية الأمن وتقييد الحريات** –المرجع السابق، ص 28-29.

[19] محمد فوزي نويجي، **الجوانب النظرية والعملية للضبط الإداري**، المرجع السابق،ص 24.

[20] خالد عبد الحميد غانم، **الضبط الإداري الصحي –دراسة مقارنة-** المرجع السابق، ص54.

[21] عماد كساب حسن إمام، **المواءمة بين حرية التعبير والمحافظة على النظام العام –دراسة مقارنة بين التشريع الوضعي والفقه الإسلامي-** ط1، دار العادل للنشر والتوزيع، مصر، 2022، ص 233.

[22] عماد كساب إمام، المرجع نفسه، ص 234.

[23] قتيبة نزار العنكبي، **حدود سلطة الضبط الإداري في مجال الحريات الأساسية للأفراد، دراسة في ضوء اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي**، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلة 21، عدد 3، العراق، 2019، ص 283.

[24] Karim Vincent, **l'ordre public en droit économique**, contrat, concurrence, consommation, les cahiers de droit, volume 4, numéro 2, 1999, p 408.

[25] وتشير إلى ذلك المادة الأولى من القانون المدني الجزائري بأنه " يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها...".

[26] علي خضر عبد المولى، **السلطة التقديرية للإدارة العامة ومدى خضوعها للقانون**، أطروحة دكتوراه، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، 2006، ص 75.

[27] علي خضر عبد المولى، المرجع نفسه، ص78.

[28] أبو جعفر عمر المنصورى، **فكرة النظام العام والآداب العامة في القانون والفقه مع التطبيقات القضائية**، المرجع السابق، ص433 وما بعدها.

[29] فوزي حسين سلمان الجبوري، **الأغراض غير التقليدية للضبط الإداري-دراسة مقارنة-** المرجع السابق، ص 118.

[30] Karim Vincent, **l'ordre public en droit économique**, contrat, concurrence, consommation, op.cit, p 409.

[31] أبو جعفر عمر المنصورى، **فكرة النظام العام والآداب العامة في القانون والفقه مع التطبيقات القضائية**، المرجع السابق، ص 224.