مفهوم النظام العام وتطبيقاته في التشريع المغربي

إنجاز : عبد الرحمان الباقوري

طالب بماستر القانون والممارسة القضائية، كلية الحقوق السويسي - الرباط

مقدمة

يعتبر العقد المبرم بشكل صحيح قانونا على المتعاقدين تطبيقا للفصل 230 من ظهير العقود والالتزامات، وتعتبر الحرية الأصل في التعاقد، فيلتزم الطرفان بتنفيذ ما التزما به إلا ما كان مخالفا للنظام العام. وإلى حد بعيد تم اعتماد العقود وسيلة لتبادل السلع والخدمات، وهذا هو المفهوم الاقتصادي للعقد، فضلا عن مفهومه التقليدي المنحصر في فكرة تبادل الإرادات وتطابقها قصد ترتيب آثار قانونية.[1]

فتأثر العقد بجملة من المذاهب، منها من كرس الإرادة الفردية، اعتبارا أن الفرد له مطلق الحرية في إبرام العقود وتحديد مضمونها، مع من شاء بالطريقة التي يرتضيها. وفق هذا التوجه فالأفراد متساوون أمام القانون، وساد هذا الاتجاه لما كانت المراكز القانونية للأفراد متقاربة من حيث الخبرة والقوة الاقتصادية، وإذا كان هناك تفاوت فكان ذلك طبيعي بل إن ذلك من متعلقات التجارة، فلم يكن الأمر يستدعي التفريط بالقوة الملزمة للعقد لحاجة المجتمع للاستقرار لأجلها.

وفي الجانب الآخر اتجاه معاكس لم يقتنع بالمساواة القانونية فقط، بل كان ينادي بالمساواة الفعلية، بحيث يفترض هذا الاتجاه في الإرادة الفردية عدم قدرتها على تحقيق مصالحها، الأمر الذي يستدعي تدخل الدولة بصفتها مسؤولة على حماية الفئات الضعيفة تحقيقا للعدالة الاجتماعية، فالأمر

[1] – إسماعيل محمد مداقري، الحماية القانونية لحديثي الخبرة من الشروط التعسفية، دراسة فقهية قضائية مقارنة، مجلس النشر العلمي، الكويت، مجلة الحقوق العدد 4 ، ص 360.

عند هذا الاتجاه يقوم على تجاوز النظرة الذاتية القائمة على الفرد منعزلا عن مجتمعه وضرورة اعتماد التصور الموضوعي للعقد.

وعليه فالعقد أو العلاقة التعاقدية إنتاج المتعاقدين نزولا عند مبدأ سلطان الإرادة والذي تولدت عنه قاعدة الحرية التعاقدية وقاعدة القوة الملزمة للعقد ومفاهيم أخرى تجسد الدور الذي تؤديه الإرادة في العلاقة التعاقدية، إلا أن انتقال الدولة من كونها حارسة إلى متدخلة وموجهة للاقتصاد، انتكص مبدأ سلطان الإرادة تحت تأثير العديد من الاعتبارات أولها مفهوم النظام العام، الذي حقيقة يعتبر من القيود الواردة على الإرادة في العلاقة التعاقدية.

ومنه كيف يمكن تحديد مفهوم النظام العام في ظل التطورات الاقتصادية والاجتماعية بل والسياسية التي أصبح يشهدها العالم اليوم؟ وما تطبيقاته في التشريع المغربي ؟

المبحث الأول : ظهور وتطور فكرة النظام العام

سنتناول في هذا المبحث التطرق للإرهاصات الأولى لظهور فكرة النظام العام، على أن نبحث بعد ذلك في التطور الذي طرأ عليه.

المطلب الأول : الظهور القانوني لفكرة النظام العام وإشكالية تحديد مفهومه

قبل أن نسلط الضوء على مختلف التعاريف والمفاهيم التي أعطيت للنظام العام، فإنه من باب أولى أن نجلي الستار عن الإطار التاريخي لهذا الكيان.

الفرع الأول : الظهور القانوني لفكرة النظام العام

ظهر النظام العام لأول لأزول مرة في القانون الانتقالي للثورة الفرنسية، الذي جاء بجملة من المبادئ الكبرى : الحرية الفردية، الملكية، المساواة، وكل اتفاق هدفه المساس بها يعد مخالفا للنظام العام.[2] بعد ذلك حين وضع التقنين المدني الفرنسي، اعتنى واضعوه بالمبادئ نفسها، إذ برزت فيه – التقنين المدني الفرنسي - الإرادة كعنصر أساسي في العقد، وهو ما اصطلح عليه بمبدأ سلطان

[2] – مندي أسيا يسمينة، النظام العام والعقود، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة 2009، ص 2.

الإرادة، الذي جاء لخدمة اللبرالية التي بدأت تظهر كخيار اقتصادي تم تبنيه من قبل البلدان التي عرفت الثورة الصناعية.

تقرر في هذا التقنين ضرورة حماية الحرية الفردية وعدم تقييدها إلا ما كان منه خدمة للحرية الفردية نفسها، غير أنه ضمانا وصونا لهذه الحرية، اقتضى الأمر منع بعض الاتفاقات التي تمس بالمصلحة العليا للجماعة، ذلك أن المساس بها يهدد الفرد في حريته الشخصية، وتمجيدا للفرد ألغيت كل الاتفاقات التي تحد من الحرية التعاقدية مثل اتفاق التنازل عن الملك وعقد الإيجار المؤبد وكذا عقد تأجير الخدمات مدى الحياة، فكانت الحرية التعاقدية محددة لضمان الحرية الفردية واعتبرت هذه الأخيرة من النظام العام.

وبعد الحرب العالمية الثانية أخذت الدولة تنتقل من مفهوم الدولة الحارسة إلى التدخل في الشؤون الاقتصادية بسنها قوانين تحد من هذه الحرية التعاقدية وإخضاع عدة عقود لقوانين أو شروط إلزامية، ظنا منها أن الحرية التعاقدية لا تحمي الطرف الضعيف ولا تحقق المنفعة الاجتماعية ولا تحقق خاصة التوازن الاقتصادي في العقود.

الفرع الثاني : إشكالية تعريف النظام العام

لم يتحمل المشرع المغربي ولا التشريعات المقارنة عناء محاولة تعريف النظام العام، بل ترك الأمر لكل من الفقه والقضاء، ذلك أن هذا المفهوم معلوم عنه أنه مفهوم قانوني متغير ونسبي، ولا يمكن حصره ولا تقديم تعريف دقيق له، فتنكر بعض الفقه الأجنبي من ذلك بأن أطلق عليه أوصافا للدلالة على هذه الصعوبة، من ذلك :

عبر عنه الفقيه PILON بالقول " **إن البحث عن تعريف للنظام العام كالمغامرة في رمال متحركة** "[3]، وقال الفقيه JAPIOT بأن " **النظام العام يستعير عظمته من الغموض المحيط به** ". ووصفه الفقيه VAREILLES –SOMMIERES DE " **بأنه عذاب حقيقي للفكر** "،

[3] - LEVENEUR Laurent. La liberte contractuelle en droit prive.les notions de base (autonomie de la volente. La liberte contractuelle. Capacite… AJDA. 1998 p 676.

وأضاف اللورد أكتون، وهو أحد الجنرالات البريطانيين قائلا " **إن محاولة تعريف النظام العام، كوخز حصان جامح وثاب لا يمكن معرفة الوجهة التي سيطيح بك فيها** ".[4]

ونظرا لعدم إمكانية حصر تعريف واحد للنظام العام، قام الأستاذ MALAURIE PHILIPPE بسرد 22 تعريفا له، وأضاف هو الآخر تعريفا خاصا به معتبرا إياه أنه : " **السير الحسن للمؤسسات العمومية** "[5].

فيما عرفه الفقيه عبد الرزاق السنهوري بأنه " **مجموع القواعد لتي تستهدف تحقيق المصالح العامة، سياسية كانت هذه المصالح أو اجتماعية أو اقتصادية.**[6]

أما الأستاذ إدريس العلوي العبدلاوي فقد أشار إليه بأنه " **فكرة تستعصي طبيعتها على التحديد، ويمكن أن يقال في شيء من التعميم والتقريب أن النظام العام هو كل ما يمس كيان الدولة أو يتعلق بمصلحة عامة وأساسية من مصالحها، وسواء في ذلك أكانت هذه المصلحة سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية** ".

ولا يجب خلط النظام العام بفكرة الآداب العامة، فهذه الأخيرة تمثل الحد الأدنى من القيم والأفكار الخلقية التي تواضع الناس عليها، فهي تمثل جزء من الأخلاق العامة، فالنظام العام أشمل من الآداب العامة.

المطلب الثاني : تطور مفهوم النظام العام

سنحاول من خلال هذا المطلب معالجة أمر هو بالأهمية بمكان بالنسبة لموضوع البحث، وهو تطور النظام العام من المفهوم التقليدي (الفرع الأول) إلى المفهوم الاقتصادي (الفرع الثاني).

---

[4] - ARCHER Delphine. Imperativete et ordre public en droit communautaire et droit international prive des contrats. Theses de Doctorat detat en droit. Universite Cergy-Pontoise.2006. P 25.

[5] - MALAURIE Philippe. Lordre public et le contrat.(etude de droit civil comparé France.Angleterre.URSS) These de Doctorat. Paris matot-Braine.1953 P 69.

[6] - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الموجز في نظرية الالتزامات، دار الإحياء والتراث العربي، بيروت الطبعة الأولى، ص 145.

الفرع الأول : النظام العام التقليدي

طبع التقنين المدني الفرنسي بالمفهوم التقليدي للنظام العام، ذلك أنه في المادة 6 منه تم وضع قيد للأصل العام وهو مبدأ سلطان الإرادة، فينظر للنظام العام على أساس أنه قيد للحرية التعاقدية ولمبدأ سلطان الإرادة، وهو ما أكده البعض بالقول بأن " النظام العام مضاد للحرية"[7].

فالنظام العام من المنظور التقليدي هو ذو نزعة سلبية إذ يقتصر دوره على بيان التصرفات التي لا يجوز إبرامها ولا الاتفاق عليها، لذلك قيل بأن قواعد النظام العام التقليدي غالبا ما تكون مرتبطة بمرحلة تكوين العقد.

تولدت عن هذا المفهوم خصائص شتى أبرزها :

- الاهتمام بالمصالح الجماعية أكثر من المصالح الفردية

- أنه قيد للحرية التعاقدية

- أنه ذو نزعة سلبية.

الفرع الثاني : النظام العام الاقتصادي

بعد عجز قواعد النظام العام التقليدية عن تحقيق العدالة التعاقدية بعد أن تم اعتباره قيدا لها، وبعد أن أصبحت الدولة في عصرنا الحديث مضطرة تحت الظروف الاقتصادية والاجتماعية تتدخل في أوجه النشاط الاقتصادي من أجل تحقيق الصالح العام للأفراد، فقد ترتب على ذلك فرض مجموعة من القيود على حرية التجارة والصناعة، بسبب الدور التوجيهي الذي أصبحت تقوم به الدولة للحياة الاقتصادية، فانتقلنا من نظام عام غايته الحفاظ على المصالح العامة بشكل محض، إلى مفهوم جديد هدفه تحقيق توازن اقتصادي حماية لمصالح خاصة.

وتبعا لذلك تميز النظام العام الاقتصادي بما يلي :

- أنه ذو نزعة ايجابية : بحيث لا يكتفي بتبيان ما لا يجب القيام به وجعله محلا للتصرفات، بل أصبح يحدد السلوك القويم الذي يجب على الفرد سلوكه وفرض ذلك.

---

[7] - FaRJAT G Lordre public economique Dijon 1962 N 17/S p 209.

- الاهتمام بالمصالح الفردية للطرف الضعيف: ان العقد شريعة المتعاقدين أصبحت قاعدة لا تكرس إلا مساواة قانونية فقط دون المساواة الفعلية، وهو ما عبر عنه الفقيه LA CORDAIRE " ما بين القوي والضعيف توجد الحرية التي تستعبد والقانون يحرر"[8].

المبحث الثاني : تطبيقات النظام العام في مجال القانون الخاص

يجمع القانون الخاص بين القواعد الموضوعية والقواعد الإجرائية، وكل فرع من هذه إلا ويضم بين ثناياه قواعد آمرة وأخرى مكملة مع اختلاف النسبة لصالح قواعد الموضوع، ومنه فإنه سنبحث في نصيب النظام العام من هذه القواعد، بالتركيز على القانون المدني (الفرع الأول) ثم قانون الإجراءات المدنية.

الفرع الأول : النظام العام في مجال القانون المدني

اتخذ المشرع المغربي النظام العام معيارا وظيفيا للتمييز بين القواعد الآمرة وغيرها من القواعد، بل إن القواعد الآمرة ليست كلها من النظام العام، فهي إما أن تكون قواعد آمرة نظامية وإما أن تكون قواعد آمرة تعالج مسائل خاصة، بحيث تكون الأولى مرتبطة بالنظام العام دون الأخرى، مع فرق جوهري بينهما يكمن في أن الأولى لا استثناء لها في حين قد يكون للثانية استثناءات.

ومثال ذلك ففي مجال الإثبات فإن كل التزام يفوق مبلغه 10 آلاف درهم لا يجوز إثباته بغير الكتابة، تطبيقا لما نص عليه الفصل 443 من ظهير العقود والالتزامات، فهذه قاعدة آمرة لكنها ليست نظامية لأنه تم تقرير استثناءات لها في الفصول الموالية بالضبط في 447 و 448 من نفس الظهير. أما مثلا ما يتعلق بأسباب الطعن بالنقض المدني والمضمنة في الفصل 359 من قانون المسطرة المدنية، فأبدا لا استثناء لها، ومن ثم فهي قاعدة نظامية.

عموما قواعد القانون المدني تتعلق إما بالأحوال الشخصية أو بالمعاملات المالية، فالقواعد التي تنظم الأحوال الشخصية، تتعلق كقاعدة عامة، بالنظام العام، فلا يجوز للأفراد تعديلها باتفاقات بينهم، من ذلك مثلا الحالة المدنية للشخص وأهليته وعلاقته بأسرته. فلا يجوز تعديل الحالة المدنية باتفاق خاص، كن يتفق شخص مع آخر على تعديل جنسيته أو تغيير اسمه أو التنازل عن بنوته

[8] – مندي أسيا يسمينة، النظام العام والعقود، مرجع سابق، ص 1.

لأبيه، ولا يستطيع شخص التنازل عن أهليته أو يزيد فيها أو ينقص باتفاق خاص. كما لا يجوز للمقدم أو للوصي أن يزيد في حدود نيابته.

ومن روابط المعاملات المالية ما يحقق مصلحة عامة فيعتبر من النظام العام، من ذلك الأس التي يقوم عليها النظام الاقتصادي في البلاد، فهي تارة تفسح المجال للنشاط الفردي وطورا تحد من هذا النشاط لحماية الجانب الضعيف، ومن ذلك أيضا الأحكام التي تكفل حماية الغير ذي النية الحسنة.[9]

الفرع الثاني : النظام العام في مجال قانون الإجراءات المدنية

تحقق نظم التقاضي في مجموعها مصالح عامة، لذلك فأغلبها مرتبط بالنظام العام، ولا يجوز بالتالي معارضتها باتفاقات فردية، وتستخدم فكرة النظام العام في قانون الإجراءات لضمان صحتها ولإبعادها عن كل ما قد يصيبها من اتفاقات تعارض مضمونها وشكلها، ومن أبرز القواعد المتعلقة بالنظام العام نجد :

- القواعد المتعلقة بالتنظيم القضائي

- القواعد المرتبطة بالمقتضيات المنظمة للعمل الإجرائي كوجود الخصوم وصحة تمثيلهم

- كل الأشكال التي ترمي إلى ضمان حسن سير المرفق القضائي أو تتصل بالتنظيم العام للخصومة كتقرير الآجال واحترام حقوق الدفاع.

تحديد اختصاص المحاكم – عدا الاختصاص المحلي – كذلك يعتبر من النظام العام، ولا يجوز للخصوم الاتفاق على إسناد الاختصاص إلى محكمة غير مختصة بالنسبة إلى ولايتها أو بالنسبة إلى اختصاصها النوعي، لكن هذه القاعدة لم يتبناها المشرع المغربي إذ جاء في الفصل 16 من ق م م أنه يجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص نوعيا كان أو محليا قبل كل دفع أو دفاع في الجوهر، بل ولا يمكن إثارته أمام محاكم الدرجة الثانية إلا بالنسبة للأحكام الغيابية، دون ذلك أمام محكمة النقض، والغريب في الأمر أن المشرع وإن لم يعتبره من النظام العام فقد جعله من أسباب الطعن بالنقض في الفصل 359 من ق م م، وهذا موقف غير منسجم فكيف يمكن جعل قاعدة ما ليست لها علاقة

[9] – إدريس العلوي العبدلاوي، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد، الطبعة الأولى 1996، ص470.

بالنظام العام سببا للنقض، لكن بدأنا نلاحظ تنحي المشرع عن هذا الاتجاه وبدأ تدريجيا يعتبره من النظام العام، فمثلا في قانون إحداث المحاكم الإدارية تم اعتباره كذلك، وفي مشروع قانون المسطرة المدنية تم اعتباره أيضا من النظام العام أمام محاكم الدرجة الأولى، وسيأتي اليوم الذي سيجعل المشرع الاختصاص النوعي من النظام العام بشكل مطلق.

وقد ينص المشرع على اعتبار بعض القواعد من النظام العام صراحة مما يستتبع بطلان الإجراء الذي يأتي مخالفا لها، وإذا لم ينص المشرع على ذلك فللقاضي أن يستنبط مدى تعلقها بالنظام العام من خلال تقدير المصلحة التي شرعت القاعدة لحمايتها.

خاتمة

الملاحظ أن النظام العام مفهوم قانوني ورد يطبق على فروع القانون الخاص لتحقيق مصلحة المجتمع، سواء كان ذلك بشكل فردي أو جماعي.

إذ هناك تفكير تأسس على أن كل قواعد القانون الآمرة التي تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة من النظام العام، وغيرها من القواعد الآمرة لا تلج النظام العام. لكن، لصعوبة الفصل بين ما هو مصلحة عامة للمجتمع وما هو مصلحة خاصة للفرد كان من الضروري تكييف قواعد النظام العام لتمتد إلى حماية المصالح الشخصية، فلاحظنا أن مفهوم النظام العام طاله التطور بشكل ممتد لأجل حماية المصالح الفردية تحقيقا للمصلحة العامة للمجتمع.

لائحة المراجع

المراجع باللغة العربية

– **إسماعيل محمد محاقري**، الحماية القانونية لعديم الخبرة من الشروط التعسفية، دراسة فقهية قضائية مقارنة، مجلس النشر العلمي، الكويت، مجلة الحقوق العدد 4.

– **مندي أسيا يسمينة**، النظام العام والعقود، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة 2009.

– **عبد الرزاق أحمد السنهوري**، الموجز في نظرية الالتزامات، دار الإحياء والتراث العربي، بيروت الطبعة الأولى

– **إدريس العلوي العبدلاوي**، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد، الطبعة الأولى 1996.

المراجع باللغة الفرنسية

- **LEVENEUR Laurent**. La liberte contractuelle en droit prive.les notions de base (autonomie de la volente. La liberte contractuelle. Capacite… AJDA. 1998

- **ARCHER Delphine**. Imperativete et ordre public en droit communautaire et droit international prive des contrats. Theses de Doctorat detat en droit. Universite Cergy-Pontoise.2006

- **MALAURIE Philippe**. Lordre public et le contrat.(etude de droit civil comparé France.Angleterre.URSS) These de Doctorat. Paris matot-Braine.1953

– **FaRJAT** G Lordre public economique Dijon 1962 N 17/S