القواعد الآمرة والقواعد المكملة
التفرقة بين القواعد الآمرة والمكملة مؤسسة على شروط التطبيق

ملخص

تتوافر القواعد الآمرة على قوة خاصة إذ لا يملك الأفراد الذين يخضعون لإحكامها إن يستبعدوا تطبيقها.لأنها تتقرّر وبصفة عامة لحماية النظام العام واحترام الآداب كالقواعد التي تحدد سن الرشد القانوني ببلوغ 19 سنة كاملة المادة 40 ق م ج والقواعد المكملة / تتوافر لها قوة الإلزام. لكنها تعبر عن إرادتهم المفترضة.و لذلك يجوز للأفراد استبعاد تطبيقها بإرادتهم . وهي تكثر في نطاق العقود مثل البيع والإيجار.

أ. أحمد بوكرزازة
كلية الحقوق
جامعة قسنطينة 1
الجزائر

Résumé

Les règles impératives sont celles qui s'imposent avec une rigueur particulière, les individus qui se trouvent placés dans la situation qu'elles régissent, ne peuvent, en aucune manière en éluder l'application; en général les règles impératives adoptées pour assurer le maintien de l'ordre public et le respect des bonnes mœurs.

Les règles supplétives sont celles dont les particuliers peuvent écarter l'application par une manifestation de volonté contraire; celles ci sont particulièrement nombreuses parmi celles qui déterminent les effets des contrats usuels comme la vente et la location.

يحتوي القانون في مجمله على مجموعة من القواعد القانونية، تختلف بحسب الموضوع الذي تتناوله، وهي تتوزع إلى عدة تقسيمات تبعا للزاوية التي ننظر إليها، لعل أهم هذه القواعد هي القواعد الآمرة والقواعد المكمّلة وهو تقسيم يقوم على أساس مدى قدرة الأشخاص على مخالفة النص القانوني.

كما أن القانون في تنظيمه لسلوك الأشخاص في المجتمع في شأن ما ينشأ بينهم من علاقات لا يسلبهم إرادتهم إلا بالقدر الذي يلزم لمقتضى نوع النظام السائد في المجتمع، فهو تارة يضع قيودا على حريات الأشخاص ونشاطهم، فيوجه إليهم طائفة من الأوامر والنواهي يجبرون على طاعتها واحترامها وهنا توجد القواعد التي تسمى اصطلاحا "القواعد الآمرة"، وهو تارة أخرى لا يقيّد من حريات الأشخاص و نشاطهم بصورة مطلقة، بل إنّه يترك لهم قدرا من الحرية في تنظيم علاقاتهم مع الغير، وفي هذا النطاق الأخير لا يوجّه القانون لهم الأوامر والنواهي ليلتزموا بها، بل يترك لهم قدرا

© جامعة قسنطينة 1، الجزائر 2013.

من الحرية في توجيه نشاطهم الوجهة التي تروق لهم، وهنا توجد القواعد التي يطلق عليها القواعد المكملة أو المفسرة.

ويثير موضوع القواعد الآمرة والمكملة جملة من الإشكالات، جعلته يحتل صدارة المواضيع القانونية الأكثر أهمية وتعقيدا. ومن حيث الإشكالات التي يطرحها الموضوع فهي عديدة لعل أهمها:

1) كيف نوفق بين القول إنّ القانون بمختلف قواعده يتمتع بخاصية الإلزام والجزاء و بين أن يسمح المشرع للأشخاص بالاتفاق على مخالفة الحكم الذي تقرره القاعدة القانونية المكمّلة وهل إجازة المخالفة تستتبع أيضا إجازة الجهل بها طالما لا يتعرض المخالف لها لجزاء القانون؟

2) ثم هل يمكن التوفيق بين حماية النظام العام والآداب العامة بواسطة القواعد الآمرة، و بين السماح للأشخاص تنظيم سلوكاتهم وعلاقاتهم بحرية خروجا عن القواعد القانونية المكمّلة؟

3) ومع ازدواج معايير التمييز بين القواعد القانونية الآمرة والمكملة هل للقاضي السلطة التقديرية في اختيار أحد المعيارين؟ وعند صعوبة تحديد نوع القاعدة القانونية من عباراتها هل يمكننا اعتماد المعيار المعنوي؟

4) وإذا كانت جل نصوص القانون تتكون من عدة فقرات، هل يمكن أن يجتمع في النص الواحد قواعد آمرة و مكملة في آن واحد؟

أما من حيث أهمية الموضوع فتكمن في أن هذه القواعد القانونية بنوعيها تسود في كل فروع القانون "فالقانون آمر ومكمل في آن واحد" تتوسع إحداها على الأخرى تبعا للنظام السياسي والاقتصادي والاجتماعي الذي يسود المجتمع. ولكن لا يمكن الأخذ بإحداها دون الأخرى في أي مجتمع، ولذلك احتلت القواعد الآمرة والمكمّلة إحدى المواضيع الأساسية للدراسة القانونية، و لكن من أكثرها تعقيدا وصعوبة.

وقد اعتمدت في دراسة الموضوع منهجا استقرائيا تحليليا للنصوص وفق المحاور الرئيسة الآتية:

المبحث الأول: التعريف بالقواعد القانونية الآمرة والمكمّلة وصفة الإلزام فيهما.

المبحث الثاني: التمييز بين القواعد القانونية الآمرة والمكمّلة وأهمية هذا التمييز.

المبحث الثالث: نصيب فروع القانون من هذه القواعد.

المبحث الأول:

التعريف بالقواعد القانونية الآمرة والمكملة وصفــه الإلــزام فيهما

إن أزواج قواعد القانون "آمرة ومكمّلة يتطلب إعطاء تعريف لكل نوع من هذه القواعد ثم البحث في الصفة الإلزامية لهما، بمعنى من أين تستمد القواعد القانونية الآمرة والمكملة قوتها الإلزامية.

المطلب الأول:

التعريف بالقواعد القانونية الآمرة و القواعد القانونية المكملة

أولا: المقصود بالقواعد القانونية الآمرة: Règles impératives ou absolues

يعرفها البعض بأنها تلك القواعد القانونية الملزمة التي لا يجوز للمتعاقدين أن يتفقوا على ما يخالفها لأنها تمثل إرادة المجتمع العليا.

ويعرفها البعض الآخر بأنها تلك القواعد التي يجبر الأفراد على احترامها، ولا يجوز لهم أن يتفقوا على ما يخالف حكمها، و كل اتفاق بين الأفراد على مخالفة أحكامها يعدّ اتفاقا باطلا لا يعتد به كما يعرفها آخرون بأنها تلك القواعد التي تأمر بسلوك معين أو تنهى عنه، بحيث لا يجوز للأفراد الاتفاق على خلاف الحكم الذي تقرره، فإذا اتفق الأفراد على خلاف الحكم الذي تقره فإن هذا الاتفاق لا يعتد به ويعتبر باطلا.

يتضح من هذه التعاريف أنه حيث يكون نوع من السلوك لازما وفقا للأفكار السائدة لإقامة النظام في المجتمع. بحيث لا ترتضي الجماعة غيره نجد المشرع يضع قواعد تفرض هذا السلوك فرضا لا يتاح معه لإرادة الأفراد شيء من الحرية، وهذه القواعد هي التي تسمى بالقواعد الآمرة، فهي نواحي النشاط في المجتمع الذي يستقل بتنظيمها و تعدّ قيودا ترد على حرية الأفراد، وهي قيود ضرورية لإقامة النظام في المجتمع، و تفرض تحقيقا للمصلحة العامة.

ومن أمثلة هذه القواعد التي تنهى عن القتل وعن السرقة وعن التزوير والرشوة أو التي تفرض أداء الضرائب، أو الخدمة الوطنية، أو تلك التي تحدد حد السعر الفائدة الاتفاقية لا يجوز تجاوزه، أو التي تنهى عن التعامل في تركه إنسانا على قيد الحياة، أو التي تمنع القضاة من شراء الحقوق المتنازع فيها إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها.

فالقاعدة التي تحرّم القتل مثلا هي قاعدة آمرة فهي تواجه ظاهرة يمكن أن تحدث في المجتمع وهي ظاهرة خطيرة حيث لا يقتصر أثرها لو حدثت على الإضرار بالقتيل أو أفراد أسرته، بل تمتد إلى المساس بكيان المجتمع، لذلك لا يترك للأفراد أي قدر من الحرية في تنظيمها وإنما تستقل الجماعة "السلطة" عن طريق القانون بهذا التنظيم و لا تعترف بأي اتفاق بشأنها "كالاتفاق على القتل".

إن القاعدة التي تقرر حق الزوج المسلم في أن يطلق زوجته قاعدة آمرة، فلا يجوز الاتفاق وقت الزواج أو بعد إبرامه على تنازل الزوج عن حقه في الطلاق، فإذا اتفقا

على هذا فالاتفاق باطل لا أثر له.

كما أن القاعدة التي تنهي عن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة هي قاعدة آمرة لا تجيز لشخص ما أن يتعامل في مال معيّن على أساس أنه سيرثه في المستقبل فمثل هذا التعامل يعد مضاربة على حياة المورّث.

يتضح من هذه التعاريف والأمثلة السابقة أن طبيعة هذه القواعد هي آمرة أو ناهية تتضمن خطابا موجها للأفراد بأداء عمل معين أو الامتناع عن أداء عمل معين وهي تمثل قيودا على حريات الأشخاص لإقامة النظام العام وتحقيقا للمصلحة العامة وهذا خروجا عن الأصل العام في أن الأشخاص أحرار في إبرام عقودهم تبعا لمبدأ سلطان الإرادة في العقود و التصرفات بوجه عام، فالإنسان في إبرامه لعقود معينة ليست له الحرية والسلطة المطلقة لأن إرادته يجب أن تحترم المصلحة العامة وتراعيها ومن ثم فإن القوانين تضع حدّا على حرية الأشخاص بواسطة القواعد الآمرة أو الناهية ويتمثل هذا الحد في رعاية النظام العام للمجتمع، وكل مخالفة لهذه القواعد تعدّ باطلة خلافا للقواعد المكمّلة أو المفسرة التي تسمح بمخالفتها

كما أن هذه القواعد تمثل النشاط المحكوم إلزاميا بسلطان القانون، فالمشرع يفرض بعض السلوكات بالأمر أو النهي "يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا، منع التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة، واجب على الأشخاص البالغين أداء الخدمة الوطنية، النهي عن السرقة والقتل والتزوير والرشوة، يجب على الأشخاص دفع الضرائب والرسوم على الممتلكات والبضائع والسلع، عدم تجاوز سعر الفائدة الاتفاقية وغيرها من الأمثلة" فتنعدم حرياتهم إزاءها فلا يطبقون إلا السلوك القانوني المحدد في القاعدة القانونية وفقا للأفكار السائدة في المجتمع و لإقامة النظام العام فيه.

فضلا عن ذلك فإن هذه القواعد تمثل إرادة المجتمع العليا حول هذا السلوك يتأثر مباشرة بالنظام العام بمجرد مخالفتها من الأشخاص، لذلك فإن المشرع غالبا ما يفرض هذه السلوكات بصيغة الأمر والنهي أو حتى عدم جواز مخالفتها أو البطلان لكل اتفاق يخالفها، فهذه القواعد القانونية الآمرة أو الناهية أو المطلقة لا يجوز مخالفتها ولا الاتفاق على مخالفتها ولا إغفال تطبيقها ولا حتى الاعتذار بجهلها، وفقا للقاعدة الدستورية "لا عذر بجهل القانون" فهي إذن واجبة التطبيق كلما توافرت شروط تطبيقها.

ثانيا: المقصود بالقواعد القانونية المكملة: Règles supplétives

يعرفها البعض بأنها تلك القواعد التي تنظم سلوك الأفراد على نحو معين ولكن يجوز لهم الاتفاق على ما يخالف حكمها أو هي تلك القواعد التي تسري على الأفراد ما لم يتفقوا على مخالفة أحكامها أو هي تلك القواعد التي يجوز للمتعاقدين الاتفاق على إتباع حكم آخر يخالف الحكم الذي أشارت إليه تلك القاعدة كما يعرفها آخرون بأنها تلك القواعد التي تهدف إلى تنظيم مصالح فردية للأشخاص فقط في الحالات التي يكون

هؤلاء الأفراد غير قادرين على تنظيم علاقاتهم بأنفسهم.

والعلة من وجود القواعد المكمّلة بالرغم من إمكان الاتفاق على مخالفة حكمها أنها قواعد احتياطية لأن القانون لا يسلب الأفراد كل الحرية في تنظيم علاقاتهم، بل يترك لهم ذلك التنظيم لإبراز سلطان إرادتهم فيتفقوا على ما يشاؤون لأن الأمر يعنيهم وحدهم. وبالتالي فإن هذه القواعد القانونية لا تمثل إرادة المجتمع العليا بل تمثل إرادة المتعاقدين المفترضة بحيث إذا وجد اتفاق بين المتعاقدين كان أولى بالاتّباع لأنّ إرادتهما الحقيقية هي الغاية، ومن ثم انعدمت الحاجة إلى الإرادة المفترضة المتمثلة في القاعدة المقررة وأمكن الاستغناء عنها، أما إذا شاب إرادتهما نقص أو غموض حلت محلها القاعدة المقررة لإرادتهما المفترضة ولذا تسمى أيضا القواعد المكملة بالمقررة Déclaratives أو المفسرة Interprétatives .

كما أن هذه القواعد- وعلى خلاف القواعد الآمرة- لا تمثل قيودا على حرية الأفراد إذ يجوز لهم الاتفاق على خلاف ما تقرره في تنظيم علاقاتهم في المجالات التي لا تمس فيها هذه العلاقات بمصلحة عامة، فلا يضر المجتمع بالتالي أن تنظم على نحو معيّن فهي علاقات تهم أطرافها وحدهم وبالتالي فهي تتعلق بالنشاط الحر للأفراد يملكون تنظيمه بإرادتهم دون الخضوع لسلطان القانون، ولكن هذا لا يعني أن يتخلى القانون نهائيا عن تنظيم مثل هذه المسائل إذ لو تخلى عنها نهائيا لكان الأفراد في حاجة إلى التعبير عن إرادتهم في تنظيم كافة المسائل التفصيلية التي تتصل بعلاقاتهم والتي يحتمل أن يثور بشأنها النزاع بينهم وهو ما يحتاج إلى الكثير من الوقت والجهد ومن شأنه أن يعرقل المعاملات، كما يحتاج إلى الكثير من الخبرة التي لا تتوافر للشخص العادي وهكذا نظرا لاحتمال قصور إرادة الأفراد في تنظيم علاقاتهم يشتمل القانون على قواعد احتياطية تكمل ما يشوب اتفاقات الأفراد من نقص أي تنطبق حيث لا يوجد اتفاق على خلاف الأحكام التي تقررها تنظيما لمسائل تفصيلية كثيرا ما لا ينتبه الأفراد إلى تناولها بالتنظيم في اتفاقاتهم.

وأخيرا فإن جواز الاتفاق على خلاف الحكم الذي تقرره القاعدة القانونية المكملة لا يعني أن تتحول هذه القواعد إلى قواعد اختيارية موجهة للأفراد على سبيل النصح وإنما هي قواعد قانونية بمعنى الكلمة، لها صفة الإلزام التي تميز قواعد القانون عن قواعد الأخلاق، وكل ما هنالك أن من شروط تطبيق هذه القواعد عدم وجود اتفاق على ما يخالف حكمها، فإذا تحقق هذا الشرط فإنها تكون ملزمة تماما مثل القواعد الآمرة فيلتزم القاضي بتطبيقها على علاقات الأفراد.

ومن أمثلة هذه القواعد القاعدة التي تقرر موعد استحقاق الأجرة في عقد الإيجار أو القاعدة التي تقرر موعد دفع الثمن و تسليم المبيع في عقد البيع أو القاعدة التي تقرر من يتحمل الالتزام بصيانة العين المؤجرة وإجراء الترميمات الضرورية فيها أثناء الإجارة والقاعدة التي تحدد من يتحمل نفقات عقد البيع ورسوم الدمغة والتسجيل والقاعدة التي تحدد من يتحمل نفقات تسلم المبيع.

فهذه القواعد وما يماثلها نجد المشرع يضع لها حلا أو حكما قانونيا ولكنه يسمح للمتعاقدين الاتفاق على خلاف الحكم الذي نصت عليه القاعدة القانونية، ففي عقد البيع مثلا نجد المشرع يحدد الثمن بحيث يكون مستحق الوفاء في المكان وفي الزمان الذي يتسلم فيه المشتري المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك، وهكذا قد يتفقان على مكان وزمان آخر لاحق لتسلم المبيع أو الاتفاق على أن يتحمل البائع نفقات تسلم المبيع أو مصاريف عقد البيع، كما يتفق المؤجر و المستأجر على تحمل الأخير كل مصاريف الترميمات الضرورية للعين المؤجرة، ففي هذه العلاقات بين المتعاقدين لا يتأثر المجتمع بما يختاره المتعاقدان من تنظيم لعلاقاتهم، فلا يتدخل القانون بفرض حكم أو تنظيم لعلاقاتهم بل يترك لهم الحرية في تنظيمها بالاتفاق فيما بينهم وفقا لما يرتضون.

المطلب الثاني:
صفة الإلزام في القواعد القانونية الآمرة و المكملة

من أين تستمد هذه القواعد قوة إلزامها؟ و هل من اختلاف في درجة إلزام القواعد الآمرة عن القواعد المكملة؟ وهل يتأثر إلزام القاعدة المكمّلة أمام جواز مخالفة حكمها ومن ثم عدم تطبيقها وبصيغة أخرى هل يوجد تعارض بين خاصية إلزام القواعد المكمّلة وبين جواز مخالفة حكمها من المتعاقدين؟

أولا: صفة الإلزام في القواعد القانونية الآمرة:

لا تثير القواعد القانونية الآمرة جدلا أو اختلافا في إلزامها ولا من أين تستمد قوة إلزامها وقوة تطبيقها، فبالنظر إلى أن هذه القواعد تعتبر قيودا قانونية على حريات الأفراد وأنها تتعلق بمسائل تمس النظام العام في المجتمع في مختلف أسسه السياسية، الاقتصادية، الاجتماعية أو الخلقية مما يجعلها تمثل إرادة المجتمع العليا في تنظيم هذه المسائل، فإن هذه القواعد تثبت لها القوة الملزمة المطلقة التي لا يسمح بالاتفاق على ما يخالف حكمها و أنها تستمد قوة إلزامها و تطبيقها من إرادة السلطة العليا باعتبارها تمثل النشاط المحكوم إلزاميا بسلطان القانون.

فالقاعدة القانونية التي تحرّم القتل مثلا هي آمرة يلتزم الأفراد باحترامها، ولا يوجد هناك طريقة للتهرب من حكمها، ولو كان ذلك عن طريق الاتفاق بين شخصين على أن يقتل أحدهما الآخر، فمثل هذا الاتفاق لا يعتد به ولا يمنع من معاقبة القاتل إذا ما ارتكب جريمته.

ثانيا: صفة الإلزام في القواعد القانونية المكملة:

إذا كانت القواعد الآمرة لم تثر أي تساءل أو اختلاف حول مدى إلزاميتها فان القواعد المكملة قد أحدثت هذا الاختلاف لدى فقهاء القانون انطلاقا من تعريف هذه القواعد، فهذه القواعد هي تنظم نشاط الأشخاص على نحو معين مع السماح للأفراد أن يتفقوا على مخالفة هذا التنظيم القانوني المسبق.

- انطلاقا من هذا فقد شكك مجموعة من الفقهاء في مدى إلزامية هذه القواعد إلا أن هذا التشكيك يرد عليه البعض الآخر بقولهم أن جواز الاتفاق على ما يخالف حكم القاعدة القانونية المكملة لا يقدح فيما لها من صفة الإلزام الواجب توفرها لكل قاعدة قانونية، ويرد آخرون أنه لا تعارض بين الصفة الإلزامية في القاعدة المقررة وبين جواز الاتفاق على ما يخالفها، فالقاعدة المقررة شأنها شأن القاعدة الآمرة هي قاعدة قانونية بالمعنى الصحيح وتتوفر لها صفة الإلزام غاية الأمر أن القانون يشترط لتطبيق القاعدة المقررة شرطا خاصا هو عدم تنظيم المتعاقدين للمسألة التي تحكمها هذه القاعدة، فإذا تحقق هذا الشرط توفر للقاعدة مجال تطبيقها فتنطبق أما إذا لم يتحقق هذا الشرط فمعنى ذلك عدم توفر مجال تطبيقها، وليس معنى استبعاد تطبيقها بإرادة المتعاقدين أنها غير ملزمة بل معناه عدم توفر شروط انطباقها، ولكل قاعدة أيا كانت شروط معينة لانطباقها.

- بل لقد ذهب البعض الآخر بان القاعدة المقررة تمر بمرحلتين تختلف في كل منها طبيعتها، فهي تعتبر قاعدة اختيارية أي غير ملزمة في الأصل ولكن إذا تمت بين الأفراد معاملة مما تنظمه القواعد المقررة دون أن يتفق أطراف هذه المعاملة على استبعاد حكمها، فإنها تطبق في حكم هذه العلاقة وتصبح قاعدة إجبارية أي تدخل في المرحلة الثانية التي تعتبر فيها قاعدة قانونية ملزمة يعاب على هذا الرأي والذي لا يمكن التسليم به إطلاقا من حيث:

1 - أنه يعطي للقاعدة القانونية المكملة وصفان أو خاصيتان متعارضتان ومتناقضتان في آن واحد أنها اختيارية غير ملزمة ثم إنّها ملزمة عند عدم الاتفاق على مخالفتها.

2 - كما أن القاعدة لا تكون قانونية إلا من الوقت الذي يتوفر لها عنصر الإلزام و ليس من المعقول أن تكون القاعدة غير ملزمة قبل الاتفاق فلا تكون حينئذ قاعدة قانونية ثم نصبح ملزمة بعد تمامه فتصير في هذا الوقت قاعدة قانونية مع أنها في ذاتها لم تتغير، فالصحيح أن القاعدة القانونية يتوفر لها خاصية الإلزام من وقت وضعها، وهذا هو شأن القاعدة القانونية المكملة والآمرة على حد سواء.

3 - أن هذا الرأي يؤدي بنا إلى الوقوع في الفراغ القانوني عند عدم الاتفاق بين المتعاقدين وعند مخالفتهما للقاعدة المكملة واستبعادهما لها وهذه القاعدة لم توجد إلا لتكملة هذا النقص أو للقضاء على الفراغ القانوني.

إذن فإن القاعدة القانونية المكملة هي قاعدة قانونية ملزمة التطبيق إذا توفرت شروط تطبيقها المتمثل في عدم الاتفاق على ما يخالفها، إلا أنه طالما أن هذه القواعد هي سلوكية فهي تمثل إرادة الأفراد المفترضة ومخالفتها لا يتأثر بذلك النظام العام في المجتمع كما أنها تتعلق بالنشاط الحر للأفراد الذين لهم الحق في الاتفاق على الحكم الذي ينظم علاقاتهم، ومن ثم فإن القاعدة القانونية المكملة مثلها مثل القواعد القانونية

الآمرة تستمد قوة إلزامها و تطبيقها من السلطة العليا التي تسهر على تطبيق قوانينها، وأيضا من عدم الاتفاق على مخالفتها من الأفراد صراحة أو ضمنا، وإن وجد اتفاق على مخالفتها فهذا يؤدي إلى عدم تطبيقها فقط دون أن يزيل عنها عنصر الإلزام الذي تتمنع به هذه القواعد كغيرها من القواعد الآمرة.

المبحث الثاني

التمييز بين القواعد القانونية الآمرة و المكملة و أهمية التمييز

قبل توضيح معايير التمييز بين هذه القواعد القانونية يتطلب أولا تحديد المصطلحات المستخدمة في هذه القواعد وثانيا الإجابة عن السؤال الآتي لماذا نميز بين هذه القواعد وما هي الأهمية والنتائج المترتبة على التمييز.

المطلب الأول:

مدلول مصطلحات هذه القواعد و أهمية التمييز بينها

تتعدد المصطلحات المستخدمة في هذه القواعد ويختلف مدلول كل مصطلح عن الآخر كاختلاف مدلول القواعد الآمرة عن المكملة، ويترتب على ذلك نتائج مهمّة من الناحية العملية.

أولا: المصطلحات المستخدمة في هذه القواعد:

فبالنسبة للقواعد الآمرة أو الناهية: والتي تتضمن خطابا موجها للأفراد بأداء عمل معين أو للامتناع عن أداء عمل معين.

- فإذا كانت القاعدة القانونية تتضمن أمرا بالقيام بعمل فهي قاعدة آمرة Règle impérative من أمثلة ذلك ما نصت عليه المادة 1/418 ق م ج "يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا وكذلك يكون باطلا كل ما يدخل على العقد من تعديلات إذا لم يكن له الشكل نفسه الذي يكتسبه ذلك العقد ".

وما نصت عليه المادة 28 ق م ج " يجب أن يكون لكل شخص لقب واسم فأكثر ولقب الشخص يلحق أولاده. يجب أن تكون الأسماء جزائرية وقد يكون خلاف ذلك بالنسبة للأطفال المولودين من أبوين غير مسلمين " .

ومما نصت عليه أيضا المادة 61 من قانون الحالة المدنية الصادر بالأمر رقم 20 في 1970/02/19 بقولها:

" يصرح بالمواليد خلال خمسة أيام من الولادة إلى ضابط الحالة المدنية للمكان، وإلا فرضت العقوبات المنصوص عليها في المادة 442 بالفقرة الثالثة من قانون العقوبات" .

وقد نصت المادة 4.1/442 ق ع ج المعدل بالأمر رقم 47/75 الصادر في 75/6/17

وبالقانون رقم 04/82 الصادر في 1982/02/13 على " يعاقب بالحبس من عشرة أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر وبغرامة من 100 إلى 1000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط ... كل من حضر ولادة طفل ولم يقدم عنها الإقرار المنصوص عليه في القانون في المواعيد المحددة..."

- ولكن لا يعني هذا أن جميع القواعد التي لا يجوز مخالفتها تأتي بصيغة الأمر، بل إنها قد تتخذ صورة النهي Règles prohibitives و تبقى مع ذلك آمرة وهذا إذا كانت القاعدة القانونية نفسها تتضمن نهيا عن العمل أو امتناعا عن أداء عمل معين، ومن أمثلتها كل قواعد قانون العقوبات التي تنهي عن الإتيان بأفعال مجرمة كالسرقة، القتل، التزوير، مخالفة قواعد المرور، الزنا، إفشاء أسرار اقتصادية أو عسكرية إلخ، فقد نصت المادة 350 ق ع ج المعدل بالقانون رقم 04/82 الصادر في 1982/02/13 على "كل من اختلس شيئا غير مملوك له يعد سارقا ويعاقب بالحبس من سنة على الأقل إلى خمس سنوات على الأكثر وبغرامة من 500 إلى 20.000 دج ..." كما نصت المدة 288 ق ع ج على:

" كل من قتل خطأ أو تسبب في ذلك برعونته أو عدم احتياطه أو عدم انتباهه أو إهماله أو عدم مراعاته الأنظمة يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات و بغرامة من 1000 إلى 20.000دج"

- كما يستخدم بعض الفقهاء مصطلح القواعد المطلقة Règles absolues وهو اصطلاح يضم داخله القواعد الآمرة والناهية التي لا يجوز الاتفاق على خلاف حكمها كما تعني مطلقة في هذه القواعد أن حرية الأشخاص إزاءها مفقودة، حيث يلتزمون بأمرها أو نهيها و كل اتفاق على خلاف ذلك يعد باطلا.

أما بالنسبة للقواعد المكملة: والتي تنظم سلوك الأفراد على نحو معين ولكن يجوز لهم الاتفاق على ما يخالف حكمها، فقد استخدم فقهاء القانون عدة مصطلحات لهذه القاعدة لكل مصطلح مدلول:

فاستخدموا مصطلح قواعد مكملة Règles supplétives وتعني: تلك القواعد التي تنظم علاقات يترك تنظيمها في الأصل لإرادة الأفراد و لكن لاحتمال قصور إرادتهم عن تنظيم علاقاتهم يشتمل القانون على قواعد احتياطية تكمل ما يشوب اتفاقاتهم من نقص

كما استخدموا مصطلح قواعد مقررة Règles déclaratives والتي تعني أنها قد تقر حكما لم يتفق عليه المتعاقدان، بمعنى أنهما اتفقا على حكم يخالف حكم القاعدة المقررة.

ثم استخدموا مصطلح القواعد المفسرة Règles interprétatives ويعني هذا المصطلح أن القاعدة المفسرة جاءت لتفسير ما جاء غامضا في اتفاقهما.

واستخدموا أخيرا مصطلح القواعد النسبية Règles relatives بالمقارنة لمصطلح القواعد المطلقة الذي اقترحوه للقواعد الآمرة، وتعني نسبية هذه القواعد أن تطبيقها

يعتمد على عدم الاتفاق على مخالفتها بمعنى انها قد تطبق وقد لا تطبق ويرتبط نسبية هذه القواعد أن تطبيقها يعتمد على عدم الاتفاق على مخالفتها بمعنى أنها قد تطبق وقد لا تطبق و يرتبط ذلك كله بشروط تطبيقها وهو عدم الاتفاق على مخالفتها.

ثانيا: أهمية التمييز بين القواعد الآمرة والمكملة:

تختلط القواعد القانونية الآمرة بالمكملة في كونهما قواعد سلوكية، اجتماعية ملزمة يترتب على توافر شروط تطبقها أنها تطبق على جميع المخاطبين بأحكامها، وذلك حتى ولو تم الاستعانة في ذلك بالقوة العمومية.

وتحتاج هذه القواعد بنوعيها إلى التمييز بينها وفق معايير فقهية، ولكن ما هي الفائدة والأهمية المترتبة على هذا التمييز، وبمعنى آخر ما نتائج التمييز بين القواعد القانونية الآمرة والمكملة ؟

إن التمييز بين هذه القواعد له أهمية بالغة وذلك لما يترتب على اعتبار القاعدة القانونية آمرة من إبطال كل اتفاق يخالف حكمها، وهو جزاء خطير الأثر والعلة من كل ذلك أن طبيعة هذه القواعد القانونية تتعلق بالنشاط المحكوم إلزاميا بسلطان القانون، والذي يترتب على مخالفته المساس بالنظام العام ولذلك يتقيد الأفراد بحكم هذه القواعد وعلى سبيل الإلزام. ولكن هذا الجزاء "بطلان الاتفاقات لا مجال لإعماله بالنسبة للقواعد المكملة التي يسمح المشرع نفسه بحق الأفراد على مخالفتها لتعلقها بالنشاط الحر للأفراد والذي لا يتأثر النظام العام بأي حكم يختاره المتعاقدان.

المطلب الثاني

طرق التميز بين القواعد الآمرة و القواعد المكملة

كيف يمكن التمييز بين القواعد الآمرة و القواعد المكملة، بمعنى كيف يمكن أن نعرف أن قاعدة ما يجوز الاتفاق على ما يخالف حكمها أو لا يجوز؟

يمكن تصور التمييز بين هذه القواعد بالاعتماد على أحد معيارين أو عليهما معا المعيار الأول مادي أو لفظي أو شكلي أو معيار الصياغة القانونية للنص والمعيار الثاني معنوي أو معيار النظام العام والآداب العامة.

أولا: المعيار اللفظي: يمكن هذا المعيار من الاهتداء إلى نوع القاعدة و ما إذا كانت آمرة أو مكملة وذلك بالرجوع إلى نص المشرع ذاته، فإذا تبين من عبارات النص وألفاظه أن القاعدة آمرة أو مفسرة ترتب على ذلك عدم إمكان مخالفتها أو إمكان ذلك بحسب الأحوال ويرى البعض أن الاعتماد على هذا المعيار يكون باتّباع إحدى الطرق الثلاثة الآتية:

الأولى: أن تتضمن كل قاعدة قانونية نصا صريحا على جواز الاتفاق على ما يخالفها أو على عدم جوازه.

الثانية: أن يعدّ الأصل أن القواعد القانونية آمرة ما لم ينص فيها على جواز الاتفاق على مخالفتها فتكون مفسرة.

الثالثة: أن يعدّ الأصل أن القواعد القانونية مقررة ما لم يتضمن النص على بطلان كل اتفاق يخالفها.

فقد تتضمن عبارة القاعدة القانونية ما يشعر بأنها آمرة و يعبر المشرع عن ذلك بأي لفظ يؤدي إليه إذ يبين مثلا عدم جواز الاتفاق على مخالفتها أو يبين أن الخروج على القاعدة التي نص عليها يعتبر باطلا أو يضع النصوص في صيغة الأمر أو النهي كأن ينص على أنه يلزم أو يجب أو لا يصح...

ومن أمثلة القواعد الآمرة في نصوص القانون المدني الجزائري ما نصت عليه المادة 1/28 "يجب أن يكون لكل شخص لقب واسم فأكثر ولقب الشخص يلحق أولاده" كما نصت المادة 45 ق م ج "ليس لأحد التنازل عن أهليته ولا لتغيير أحكامها".

ونصت المادة 1/97 ق ع معدل بالأمر 47/75 صادر بتاريخ 1975/06/17 "يحظر ارتكاب الأفعال الآتية في الطريق العام أو في أي مكان عمومي:

1- التجمهر المسلح 2- التجمهر غير المسلح الذي من شأنه الإخلال بالهدوء العمومي".

وقد تتضمن القاعدة القانونية ما يبين أنها مكملة أو مفسرة وبالتالي يصح للأشخاص أن يخالفوها بالاتفاق على غير ما تقضي به، ومن أمثلة ذلك كأن تقضي المادة القانونية ما لم يقض الاتفاق على غير ذلك" أو "ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك" أو "ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك" أو حتى أن يصيغ المشرع النص القانوني بدون الإشارة إلى الوجوب أو النهي.

ومن أمثلة القواعد المكملة التي جاءت في القانون المدني، نص المادة 1/178 "يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعية الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة" ونص المادة 217 "التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون" ونص المادة 1/244 "إذا كانت الحوالة بعوض فلا يضمن المحيل إلا وجود الحق المحال به وقت الحوالة ما لم يكن هناك اتفاق يقضى بغير ذلك".

ثانيا:المعيار المعنوي: يكون معيار التفرقة معنويا إذا كان ضابط التفرقة لا يبحث في الألفاظ التي صيغت بها القاعدة القانونية ولكن في مضمون الخطاب الذي تتضمنه القاعدة وطبيعة العلاقة التي ينظمها كتعلق هذه العلاقة أو ذلك المضمون بمصلحة المجتمع أو بالنظام العام. فإذا أفاد معنى النص أو مضمونه أنه يتضمن قاعدة لا يصح

الاتفاق على خلافها نظرا لأنها تتعلق بكيان الجماعة ومصالحها الأساسية كانت القاعدة آمرة. ذلك لأنه إن كان النظام العام هو مجال القوانين الآمرة، إلا أن القوانين العامة لا تمثل لوحدها كل مجالات النظام العام، بل توجد إلى جانبها من القواعد القانونية في فروع القانون الخاص تتعلق بالنظام العام.

أما إذا كان النص ينظم علاقة خاصة بين الأفراد وليس فيها مساس بكيان الجماعة أو مصالحها الأساسية فإن القاعدة تكون مكملة أو مفسرة لأن موضوعها لا يستوجب عدم إمكان الاتفاق على خلافها.

و من أمثلة القواعد الآمرة و التي لا تفصح عبارة النص على نوعها نص المادة 1/6ق م " تسري القوانين المتعلقة بالأهلية على جميع الأشخاص الذين تتوفر فيهم الشروط المنصوص عليها".

كما نصت المادة 40 ق م "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية و لم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية". وسن الرشد "تسع عشرة "19" سنة كاملة".

فعبارة المادتين لا تبين نوع القاعدة القانونية، ومع ذلك فإن معنى النص ومضمونه يتعلق بمصلحة أساسية في المجتمع "الأهلية" ولهذا فإنّ المادتين تعتبران آمرة.

وإذ لم يتضمن النص في ألفاضه وعبارته ما يشعر أنه يتعلق بمصلحة أساسية في الجماعة بل يتعلق بالمصالح الخاصة للأفراد فقط و في هذه الحالة تعتبر القاعدة الواردة فيه قاعدة مكملة أو مفسرة يمكن الاتفاق على عكسها وهذا ما يكون عادة في النصوص المتعلقة بالالتزامات والعقود والتي يسود فيها مبدأ سلطان الإرادة.

ولكن ماذا يقصد بالنظام العام والآداب العامة و ما هي الأسس التي يقومان عليها وما مدى نسبيتهما من ثباتهما.

1- النظام العام: L'ordre public

ما المقصود بالنظام العام وما هي الأسس التي يقوم أو يرتكز عليها وهل يتعرض النظام العام إلى التغيير بتغير المكان والزمان؟

أ- المقصود بالنظام العام: ليس من اليسير تحديد المقصود بالنظام العام، لأنه فكرة يحيط بها الكثير من الإبهام والغموض، بل واستعصت على التعريف السليم، كما أن المشرع الجزائري لم يعرفه لأنه فكرة غير ثابتة تتغير بتغير الزمان والمكان.

فعرفه البعض على أنه الأساس السياسي والاجتماعي والاقتصادي والخلقي الذي يقوم عليه كيان المجتمع في الدولة كما ترسمه القوانين المطبقة فيه

عرفه البعض أنه عبارة عن مجموعة المصالح الجوهرية للمجتمع، أو مجموعة

الأسس التي يقوم عليها كيان الجماعة سواء كانت سياسية أم اجتماعية أم خلقية أم اقتصادية. عرفه البعض من خلال المحور الأساس للنظام العام بأنه المصلحة العامة في مختلف جوانبها الاجتماعية والسياسية والاقتصادية والأدبية.

و يرى آخرون أن النظام العام هو مفهوم غير واضح لا من حيث تعريفه ولا من حيث مجالاته ولكن الفكرة العامة فيه تتمثل في تغليب المصلحة العامة على المصالحة الفردية و هو تغليب لإدارة المجتمع على إدارة الفرد، وأن العبرة في ذلك هي في إدارة الأمة في تنظيم المجتمع.

ب: أسس النظام العام: تتعدد هذه الأسس ويختلف مدلول كل أساس:

فالأسس السياسية يقصد بها كل القواعد التي تتعلق بتنظيم الدولة وطريقة مباشرتها لسيادتها عن طريق السلطات المختلفة فيها والتي تحدد علاقاتها و واجباتها نحو المواطنين" المساواة أمام القانون، تكافؤ الفرص، الحفاظ على ممتلكات المواطنين، تنظيم الجرائم والعقوبات المختلفة..." أمّا الأسس الاجتماعية فيقصد بها مجموعة القواعد التي ترمي إلى كفالة الأمن والنظام في الدولة وكذلك كل ما يتعلق بتنظيم الأسرة وبمسائل الأحوال الشخصية وما يتعلق بتحقيق التضامن الاجتماعي مثل "تنظيم مسائل الزواج، الطلاق، العمل...".

أما الأسس الاقتصادية فيقصد بها كل ما يتعلق بتنظيم الإنتاج القومي و تداول النقد و كفالة مستوى معين للاستعمار. أمّا الأسس الخلقية فيقصد بها تلك القواعد المتصلة بالناموس الأدبي في الجماعة والذي يحرص عليه أبناؤها وهذا ما يتصل بحسن الآداب، وهي أسس تتأثر بعوامل مختلفة منها الدين و التقاليد والفلسفة السائدة في المجتمع.

ج- نسبية النظام العام: نظرا لتغير هذه الأسس واختلافها بين المجتمعات، تأكد لنا صعوبة وضع تعريف ثابت للنظام العام لكونه مفهوما أو فكرة مرنة ونسبية تتغير بتغير المجتمعات وبتغير الزمان وتبعا للمذهب السياسي الذي تنتهجه الدولة فمن حيث المكان نجد أن فكرة النظام العام تختلف من مجتمع رأسمالي إلى مجتمع اشتراكي، إلى مجتمع إسلامي يحظى فيه الدين بمكانة مرموقة، ففي المجتمعات الليبرالية مثلا نجد فكرة النظام العام تضيق إلى أضيق الحدود، فلا تتدخل في معاملات الأفراد إلا بالقدر الضروري، بحيث تطلق الحرية للأفراد في معاملاتهم اليومية بخلاف المجتمعات الاشتراكية والتي تتسع دائرة النظام العام لتجعل تدخل الدولة في الروابط الاجتماعية والاقتصادية وفي المجالات السياسية أكثر بروزا فهي تتدخل مثلا لحماية الطرف الضعيف من القوى مثل الروابط بين العمال وأرباب الأعمال. و من حيث الزمان نجد أن فكرة النظام العام تتطور داخل المجتمع الواحد من زمن إلى آخر ويكفي الإشارة في ذلك إلى فكرة النظام العام التي سادت في المجتمع عند سلوكه منهجا رأسماليا، وتلك الفكرة ذاتها إذا تغير نظام المجتمع إلى نظام اشتراكي حيث يحدث تغييرا جذريا وجوهريا في مفهوم العلاقات الاجتماعية والاقتصادية والخلقية، فمثلا مفهوم الزواج و

تعدد الزوجات والطلاق كلها مفاهيم تتغير عبر الزمان والمكان.

د- مجال النظام العام: تسود هذه الفكرة في كل فروع القانون العام الداخلي لأنها تمس كيان الدولة و وجودها.

أما في مجال القانون الخاص فتسود هذه الفكرة في بعض الروابط المرتبطة مباشرة بكيان المجتمع كالروابط العائلية "الزواج والطلاق والآثار المترتبة عن ذلك من ولاية، وصاية، نفقه حضانة وأهلية الخ"...

وفي الروابط المالية رغم أن السائد هو مبدأ سلطان الإرادة، إلا أن بعض الروابط تتصل مباشرة بأسس الدولة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية فتنظم بقواعد آمرة، مثل قواعد تنظيم شكل التصرفات، وحماية الطرف الضعيف في العقد، وحماية حق الملكية والحقوق العينية الأخرى.

2- الآداب العامة: les bonnes moeurs

ماذا يقصد بالآداب العامة وما هي الأسس التي تتركز عليها وما مدى نسبيتها و ما هو مجال اتصالها بالنظام العام و أخيرا ما هي مجالات الآداب العامة؟

أ- المقصود بالآداب العامة والأسس التي تقوم عليها: باعتبار أن الآداب العامة هي جزء من النظام العام للمجتمع فقد استعصى وضع تعريف مضبوط لهذه الفكرة لكونها فكرة مرنة ونسبية ومتغيرة، من مكان إلى آخر ومن زمان إلى آخر.

فيعرفها البعض بأنها مجوعة الأسس الخلقية التي يقوم عليها نظام المجتمع والتي يرى الناس أنها هي الواجبة الاتباع في علاقاتهم، ولذلك لا يباح الخروج عليها عن طريق الاتفاقات الخاصة.

و يعرفها البعض الأخر"الفقه الحديث" هي أنها جزء من الأخلاق الاجتماعية و الذي يعتبره المشرع أساسا للتنظيم القانوني في المجتمع، و نجد مصدرها في أعراف الناس ومعتقداتهم الموروثة وإن كانت غير محددة فإنه يجب على القاضي أن يستوحيها مما تواضع عليه أفراد المجتمع

كما يعرفها الآخرون بأنها عبارة عن الأسس الخلقية التي يقوم عليها نظام المجتمع والتي تعدّ في نظر الجماعة في وقت معين ضرورية لحفظ كيانه ويعتبر الخروج عليها مظهرا من مظاهر الانحلال وأنها تمثل الحد الأدنى من قواعد الأخلاق التي تعتبر في وقت معين لازمة لحفظ المجتمع من الانحلال بحيث يفرض على المجتمع احترامها وعدم المساس بها وأنها تهدف إلى حماية الأصول الأساسية للأخلاق في الجماعة. وبالتالي فإن منشأ الآداب العامة و قوامها هو الرأي العام وما يتأثر به من عوامل أخلاقية و اجتماعية منبعها الدين والعرف والتقاليد في مجتمع معين و زمن معين.

ومن الأمثلة التي تعتبر مخالفة للآداب العامة كل اتفاق على دفع مبلغ من المال

مقابل إنشاء علاقة غير شرعية أو مقابل استمرارها أو العودة إليها بعد انقطاعها و كذلك الاتفاقات المتعلقة باستغلال بيوت الدعارة و لو رخص بها إداريا لأنها مخالفة لما هو معلوم من الدين بالضرورة و كذلك المقامر.

على أنه إذا كان يقصد بالآداب العامة قواعد الأخلاق، فليس المقصود منها قواعد الأخلاق بصفة عامة، لأن نطاق القانون يختلف عن نطاق الأخلاق، بل إن الفقه التقليدي يرى أن الآداب العامة ليس لها وجود قانوني مستقل فقاعدة الآداب إما أن يكون قد نص عليها القانون وقرر لها جزاء وإما ألا يكون قد نص عليها، و في الحالة الأولى تكون قاعدة قانونية أما في الحالة الثانية فليست سوى قاعدة أخلاقية وليس لها سوى جزاء أدبي، بينما القاعدة القانونية فجزاؤها مادي.

ولذلك فان الآداب العامة لا تشتمل على جميع القواعد الأخلاقية التي اندمجت في نطاق القانون عن طريق جزاء قانوني على مخالفاتها ولكنها تشمل فقط على ما يتصل بالمعيار الأدبي أو الناموس الأدبي الذي تحرص الجماعة عليه في العلاقات بين الأفراد.

ب: نسبية الآداب العامة و اتصالها بالآداب العام:

إن الآداب العامة مثلها مثل النظام العام هي فكرة مرنة نسبية متغيرة بتغير الزمان والمكان، فهي ذات مضمون متغير من مجتمع إلى آخر و من زمن إلى آخر، فآداب اليوم ليست هي آداب الأمس و لن تظل آداب اليوم هي آداب الغد، ولنضرب أمثلة توضح هذا التغيير، إن عقد التأمين ظل إلى عهد قريب يعد مخالفا للآداب العامة ثم أصبح حديثا أداة نافعة تكفل للأشخاص الكثير من الأمان والاستقرار، وعقود الوساطة في الزواج ظلت زمنا طويلا مسألة منافية للآداب العامة ثم اتجه القضاء إلى إقرارها في المجتمع تشجيعا على الزواج والشيء نفسه بالنسبة لدين القمار إذ ظل فيما مضى دينا يقضي الشرف بأدائه، ثم أصبح الآن مخالفا للآداب العامة.

و باعتبار الآداب العامة المعبرة عن الأسس الخلقية للأفراد والمجتمع هي جزءا من النظام العام فإنه كثيرا ما يستعمل اصطلاح النظام العام بمعنى واسع بحيث يشمل إلى جانب الأسس السياسية و الاقتصادية والاجتماعية، الأسس الخلقية فتضاف لفظة الآداب إلى النظام العام فيقال النظام العام والآداب.

و بالنظر إلى الآداب العامة هي فكرة غير ثابتة وغير محددة و يستعصى على تعريفها، فإنه يترك للقضاة تقديرا ما إذا كانت هناك مخالفة للنظام العام و الآداب أم لا وقد قرر هذا القضاء في هذا الصدد مثلا أن كل اتفاق على قيام علاقات جنسية غير مشروعة باطل لمخالفته للآداب، وكذلك الشأن بالنسبة للاتفاقات الخاصة باستغلال بيوت الدعارة.

المبحث الثالث

نصيب فروع القانون من القواعد الآمرة و القواعد المكملة

إذا كان تقسيم القانون إلى عام و خاص قديم يرجع إلى القانون الروماني فإنه يتفرع عن كل تقسيم مجموعة فروع قانونية مختلفة و يستند هذا التقسيم إلى فكرة وجود الدولة باعتبارها صاحبة سلطة في النظام القانوني تتميز عن الأشخاص الطبيعية من حيث الحقوق والواجبات.

فما مدى نصيب هذه الفروع المختلفة من القواعد القانونية الآمرة و المكملة و على أي أساس يتم هذا التوزيـع؟

المطلب الأول:

نصيب فروع القانون العام من القواعد الآمرة

بالنظر إلى أن القواعد القانونية الآمرة تتعلق أصلا بالنشاط الإلزامي المحكوم بسلطان القانون وأنها تعمل في مجال يتعلق بكيان الدولة ومصالحها الأساسية ولهذا لا يجوز إطلاقا مخالفاتها وكل اتفاق على ذلك باطلا، بالنظر إلى أن القانون العام بمختلف فروعه وهو عبارة عن مجموعة القواعد الملزمة التي تنظم كيان الدولة والعلاقات التي تكون الدولة طرفا فيها بوصفها صاحبة السيادة فإنه في دائرة القانون العام تعتبر كل قواعده من النظام العام لأنها تمس كيان الدولة و وجودها و بالتالي تعتبر آمرة، حيث لا وجود للقواعد القانونية المكملة وهذا حتى وإن لم يتبين من النص – قواعد القانون العام- صيغة الأمر أو النهي والإطلاق بحيث تعتمد في ذلك على المعيار المعنوي " النظام العام والآداب".

وسوف أعطي أمثلة من فروع القانون العام والتي تؤكد على أنها آمرة.

أولا: في القانون الدستوري: باعتباره أعلى التشريعات الوضعية أو أنه التشريع الأساس والذي ينظم نظام الحكم في الدولة وشكلها ويبين السلطات المختلفة والعلاقة بينها ثم بيان الحقوق والحريات العامة و واجبات الأشخاص في المجتمع، فإن كل نصوصه آمرة ومن أمثلة ذلك القواعد التي تنظم نظام الدولة حيث نصت المادة 1/13ق د 1996:

"لا يجوز البتة التنازل أو التخلي عن أي جزء من التراب الجزائري"

كما نصت المادة 22 ق د "يعاقب القانون على التعسف في استعمال السلطة"

وفي مجال الحقوق و الحريات نجد الدستور نص على عدم جواز النزول عن حق الانتخاب أو عن الحريات العامة، مثلا نصت المادة 29 ق د "كل المواطنين سواسية

أمام القانون" ولا يمكن أن يتذرع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد، أو العرق أو الجنس أو الرأي أو أي شرط أو ظرف آخر شخصي أو اجتماعي".

ونصت المادة 35 ق د "يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات و على كل ما يمس سلامة الإنسان البدنية والمعنوية". ونصت المادة 36 ق د "لا مساس بحرمة حرية المعتقد، وحرمة حرية الرأي".

و في مجال الواجبات نجد المشرع نص في المادة 60 ق د "لا يعذر بجهل القانون

يجب على كل شخص أن يحترم الدستور و قوانين الجمهورية".

و نصت المادة 66 ق د "يجب على كل مواطن أن يحمي الملكية العامة ومصالح المجموعة الوطنية و يحترم ملكية الغير".

و في مجال تنظيم السلطات نصت المادة 1/87 ق د "لا يجوز بأي حال من الأحوال أن يفوض رئيس الجمهورية سلطته في تعيين رئيس الحكومة و أعضائها، وكذا رؤساء المؤسسات الدستورية وأعضائها الذين ينص الدستور على طريقة أخرى لتعيينهم".

ثانيا: في القانون الجنائي فإن كل قواعده آمرة حتى وإن جاءت أغلبها بصيغة النهي فلا يجوز الاتفاق على السرقة، القتل، التزوير أو حتى الاتفاق بين مريض بمرض مزمن أو مستعصى عن الشفاء مع طبيب ليمنحه عقارا طبيا مميتا، فقد نصت المادة 1/350 قانون رقم 04/82 الصادر في 1982/02/13 ق ع ج:

"كل من اختلس شيئا غير مملوك له يعد سارقا و يعاقب بالحبس من سنة على الأقل إلى خمس سنوات على الأكثر و بغرامة من 500 إلى 20000 دج".

و نصت المادة 262 ق ع ج "يعاقب باعتباره قاتلا كل مجرم مهما كان وصفه استعمل التعذيب أو ارتكب أعمالا وحشية لارتكاب جناية".

و نصت المادة 1/205ق ع ج "يعاقب بالسجن المؤبد كل من قلد خاتم الدولة أو استعمل الخاتم المقلد".

و نصت المادة 273 ق ع ج "كل من ساعد عمدا شخصا في الأفعال التي تساعده على الانتحار أو تسهله له أو زوده بالأسلحة أو السم أو بالآلات المعدة للانتحار مع علمه بأنها سوف تستعمل في هذا الغرض يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات إذا نفد الانتحار"

ثالثا: في القانون الإداري فإن قواعده آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، فلا يجوز مثلا الاتفاق على تنازل موظف عن حقوقه في الوظيفة أو الترقية.

رابعا: في القانون المالي فإن قواعده كلها آمرة لتعلقه بمالية الدولة "ميزانيتها" من

حيث الواردات، الصادرات، توزيع الميزانية ومراقبتها وكيفية إجراء المصروفات، فلا يجوز مثلا الاتفاق على إعفاء شخص من ضريبة أو رسم معين.

وهكذا فإن جميع فروع القانون العام تتعلق بالنظام العام مما جعلت نصوصها كلها آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، ومن ثم انحصرت أهمية التفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المكمّلة في نطاق القانون الخاص الذي تضم فروعه المختلفة قواعد آمرة ومكملة، مما ازدادت في هذا النطاق أهمية الاعتماد على فكرة النظام العام كوسيلة للتمييز بين هذه القواعد.

المطلب الثاني

نصيب فروع القانون الخاص من القواعد الآمرة و المكملة

بالنظر إلى أن القانون الخاص ينظم علاقات أصلا بين الأفراد، أو بين الأفراد والدولة (إحدى سلطاتها) ولكن باعتبارها شخصا عاديا لا يتمتع بامتيازات السلطة العامة، بمعنى أنه ينظم علاقات بين طرفين لا يعمل أي منهما بوصفه صاحب سيادة أو سلطة على الطرف الآخر فهو يحمي أساسا المصالح الخاصة للأفراد، ولهذا كثرت القواعد المكملة لإرادة الأفراد، بينما وجدت القواعد الآمرة ولكن في مجال ضيق حيث تتصل المسألة المنظمة بالصالح العام، كما يتأثر هذا التوزيع في القواعد الآمرة أو المكملة بالمذهبين الرأسمالي والاشتراكي في المجتمع، فحيث تسود الحرية الفردية تتوسع القواعد المكملة، وحيث يتوسع تدخل الدولة في مختلف المجالات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والثقافية تكثر القواعد الآمرة وبالتالي يجب استعراض بعض الأمثلة عن القواعد الآمرة في فروع القانون الخاص ثم أتبعها بأمثلة مقارنة عن القواعد المكمّلة في هذا القانون.

1) أمثلة عن القواعد الآمرة في فروع القانون الخاص:

لقد أورد المشرع مجموعة من النصوص الآمرة في فروع القانون الخاص أهمها:

أولا: ففي قانون الأسرة و الذي ينظم مسائل تتصل مباشرة بالنظام العام و هي مسألة الزواج و الطلاق و ما يترتب عن ذلك من آثار كالحضانة و النفقة و الإرث وقواعد الأهلية فإن جميع نصوصه آمرة و من أمثلة ذلك نجد نص المادة 1 ق س ج رقم 11/84 الصادر في 9 يونيو 1984 حيث نصت "تخضع جميع العلاقات بين أفراد الأسرة لأحكام هذا القانون".

كما نصت المادة 9 مكرر المعدلة "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

- أهلية الزواج.
- الصداق.

- الولي.
- شاهدان.
- انعدام الموانع الشرعية للزواج.

ثم نصت المادة 13 معدلة "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز أن يزوجها بدون موافقتها".

كما نصت المادة 22 ق س معدلة:

"يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية و في حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي. يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة".

ثانيا: في القانون المدني الجزائري نصت المادة 6 معدلة بالقانون رقم 10/05 الصادرة بتاريخ 20 يونيو 2005 على:

"تسري القوانين المتعلقة بالأهلية على جميع الأشخاص الذين تتوافر فيهم الشروط المنصوص عليها. وإذا صار شخص توافرت فيه الأهلية بحسب النص القديم ناقص الأهلية طبقا للنص الجديد، فلا يؤثر ذلك على تصرفاته السابقة".

كما نصت المادة 42 من نفس القانون المعدل:

"لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون. يعتبر غير مميّز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة"

كما نصت المادة 93 ق م ج المعدلة على: "إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا".

ثم نصت المادة 125 ق م ج معدلة على:"لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه أو عدم حيطته إلا إذا كان مميزا".

ثالثا: في القانون التجاري نصت المادة 1 منه على:"يعد تاجرا كل من يباشر عملا تجاريا و يتخذه حرفة معتادة له". ثم نصت المادة 8 ق ت ج على: "تلتزم المرأة التاجرة شخصيا بالأعمال التي تقوم بها لحاجات تجارتها ويكون للعقود بعوض التي تتصرف بمقتضاها في أموالها الشخصية لحاجات تجارتها، كامل الأثر بالنسبة للغير"

كما نصت المادة 62 ق ت ج على:"يجب على ناقل الأشخاص، أن يضمن أثناء مدة النقل سلامة المسافر وأن يوصله إلى وجهته المقصودة في حدود الوقت المعين بالعقد".

2) أمثلة عن القواعد المكملة في فروع القانون الخاص:

إن القانون الخاص هو المجال الطبيعي للقواعد المكملة لإرادة الأفراد ولهذا تكثر فيه هذه القواعد بل تعد هي الأصل وبصفة خاصة في مجال العقود، ومن أمثلة

هذه القواعد المكملة في فروع القانون الخاص:

أولا: في القانون المدني نصت المادة 1/39 من القانون المعدل على: "يجوز اختيار موطن خاص لتنفيذ تصرف قانوني معين".

كما نصت المادة 335 ق م ج معدلة على: "يجوز الإثبات بالشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة. وكل كتابة تصدر عن الخصم و يكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة"

كما نصت المادة 395 ق م ج على: "إن نفقات تسلم المبيع تكون على المشتري ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك".

ثانيا: في القانون التجاري نجد المشرع نص على القواعد المكملة في عدة نصوص منها:

تنص المادة 63 ق ت ج: "يجوز إعفاء الناقل من المسؤولية الكلية أو الجزئية من أجل عدم تنفيذ التزاماته أو الإخلال بها أو التأخير فيها بشرط أن يثبت أن ذلك ناشئ عن قوة قاهرة أو خطأ المسافر".

وتنص المادة 114 ق ت ج: "يجوز لبائع المحل التجاري أن يتمسك بامتيازه وحقه في الفسخ تجاه مجموعة دائني التفليسة".

وتنص المادة 1/277 ق ت ج: "يجوز للمدين في حالة التسوية القضائية وبمعونة وكيل التفليسة وإذن القاضي المنتدب متابعة استغلال مؤسسته التجارية والصناعية".

خاتمة

بعد دراسة موضوع القواعد الآمرة والقواعد المكملة في التشريع الجزائري – في فروع القوانين المختلفة – تبين لنا أهمية الموضوع واحتلاله صدارة المواضيع القانونية التي تثير بعض الالتباس، خصوصا وأنه يتناول مجموعة نصوص قانونية أحيانا غير واضحة في تحديد نوعها.

وقد توصلت من خلال دراسة هذا الموضوع عبر المباحث والمطالب السابقة إلى النتائج الآتية:

1) إن القانون وبمختلف فروعه تنقسم قواعده القانونية إلى مجموعتين آمرة و مكملة وهذا انطلاقا من جواز أو عدم جواز مخالفتها.

2) إن القواعد القانونية الآمرة والتي لا يجوز إطلاقا مخالفتها قد تأتي بصيغة الأمر أو النهي أو أنها قواعد مطلقة.

3) إن القواعد المكملة مهما أجاز المشرع على مخالفتها وشجع على ذلك إلا أنها

تبقى قواعد قانونية تتمتع بخاصية الإلزام ولا يجوز إطلاقا الجهل بها وأنها وجدت كقواعد احتياطية لاستكمال كل نقص في اتفاقات الأفراد أو غموضها.

4) إن تنوع القواعد القانونية إلى آمرة ومكملة مرجع لاختلاف وتنوع المصالح التي يراعيها المشرع في هذه القواعد هل هي المصلحة العامة وخصص لها القواعد الآمرة، أم المصلحة الخاصة للمتعاقدين وخصص لها جانب كبير من القواعد المكملة.

5) إن التنوع في القواعد من آمرة ومكملة هو تنوع وجوبي، حيث لا يمكن للأفراد العيش في ظل قواعد القانون كلها آمرة وناهية، وبالتالي حرية الأشخاص تكون مقيدة بأوامر ونواهي القانون الآمر، كما لا يمكن جعل قواعد القانون كلها مكملة بترك الحرية المطلقة للأشخاص بالمخالفة لقواعد القانون، لأن طبيعة الناس الوقوع في النزاعات وترك بعض المسائل بدون اتفاق أو وضع أحكام غامضة، فأوجد المشرع قواعد مكملة وظيفتها الرئيسة إزالة هذا النقص والغموض وحل نزاعات المتعاقدين الثنائية.

6) إن تنوع القواعد القانونية إلى آمرة ومكملة يزداد قسم على آخر تبعا للاختيارات الاقتصادية و الاجتماعية وحتى السياسية التي تسلكها الدولة، فإذا تبنت الفكر الرأسمالي تكثر في ظله القواعد المكملة تبعا لمبدأ سلطان الإرادة في العقود عموما، أما إذا اختارت الفكر الاشتراكي والذي يزداد تدخل الدولة في ظله، فتكثر القواعد الآمرة.

7) يختلف دور الدولة وتدخلها في العلاقات الاجتماعية وفي المعاملات تبعا للوجه الذي تظهر به هل صاحبة سلطة وسيادة فتخضع في ذلك للقانون العام بمختلف فروعه، أم يكون تدخلها باعتبارها شخصا عاديا لا يتمتع بالسيادة و السلطة و تكون القواعد القانونية في الحالة الأولى آمرة، وفي الثانية نجد خليطا من القواعد آمرة ومكملة.

8) أنه كلما اتجهنا نحو القانون العام بمختلف فروعه- الدستوري، الجنائي، الإداري، المالي- نجد القواعد الوحيدة السائدة هي القواعد الآمرة، لطابع هذه القواعد أنها قواعد سيادة و نظام عام ومصلحة عامة، أما التوجه نحو القانون الخاص بفروعه المختلفة- المدني، التجاري- فإن القواعد الغالبة والمسيطرة هي القواعد المكملة والتي يسود فيها مبدأ سلطان الإرادة في العقود والمعاملات، إلى جانب بعض القواعد الآمرة المتعلقة بالملكية أو التي تتطلب الشكل في بعض التصرفات "الرسمية في عقد بيع العقار أو رهنه مثلا".

المراجع

1- الدكتور: حبيب إبراهيم الخليلي: المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون، ط 1980، الناشر: ديوان المطبوعات جامعة الجزائر OPU .

2- الدكتور: محمد حسنين: الوجيز في نظرية القانون في القانون الوضعي للجزائري، ط 1986، للناشر: المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر.

3- الدكتور: أسحق إبراهيم منصور: نظريتا القانون والحق و تطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ط 1990/2، الناشر: ديوان المطبوعات الجامعة الجزائرOPU.

4- الدكتور: لعشب محفوظ: المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، ط 1992 الناشر: ديوان المطبوعات الجامعة الجزائرOPU.

5- الدكتور: توفيق حسن فرج: المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق، ط 1988/1 الناشر: الدار الجامعية ببيروت لبنان.

6- الدكتور: عبد المنعم فرج الصدة: مبادئ القانون، دراسة خاصة بكلية التجارة، ط 1980، الناشر: دار النهضة العربية للطباعة والنشر مصر.

7- الدكتور: جميل الشرقاوي: دروس في أصول القانون، المدخل لدراسة القانون، ط 1972، الناشر: دار النهضة العربية للطباعة والنشر مصر.

المحاضرات الجامعية:

1- الدكتور: عزت مصطفى: المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للحق، جامعة منتوري قسنطينة: 77/ 1978.

2- الدكتور: محمد أحمد معوض: المدخل للعلوم القانونية والنظرية العامة للحق، جامعة عنابة: سنة 1976/75 .

3- الأستاذ: لزعر بوبكر: المدخل للعلوم القانونية والنظرية العامة للحق، جامعة منتوري قسنطينة: سنة 1991/90.

القوانين والمجلات القضائية:

1- القانون المدني الجزائري الصادر بالأمر 58/75 في 1975/09/26، ط 2002/3 الناشر الديوان الوطني للأشغال التربوية الجزائر ONTE "بتعديلاته".

2- القانون المدني المصري والقوانين المكملة له، الصادر برقم 1948/131، ط1983/2 الناشر: دار الفكر الحديث للطباعة والنشر القاهرة- مصر.

3- قانون العقوبات الجزائري: الصادر بالأمر 156/66 في 8 يونيو 1966، ط 1987 الناشر: ديوان المطبوعات الجامعية الجزائرية OPU بمساعدة المصالح التقنية لوزارة العدل "بتعديلاته".

4- نص مشروع تعديل الدستور 1996. الجريدة الرسمية. العدد 61. السنة 33 في 1996/10/16.

4) القاموس الجديد للطلاب: معجم عربي مدرسي ألفبائي تأليف: علي بن هادية، بلحسن البليش، الجيلاني بن الحاج يحي، ط 1991/07. الناشر: المؤسسة الوطنية للكتاب- الجزائر.

المراجع باللغة الفرنسية:

1- René Savatier : La théorie des obligations en droit privé économique Dalloz, 1979.
2- Jean Carbonnier : Droit civil. 4 les obligations. Presses Universitaires de France. 11 éd/1982.