دروس في مقياس المدخل إلى دراسة العلوم القانونية

لطلبة السنة الأولى

المجموعتين (ب) ، (هـ)

كلية الحقوق

جامعة قسنطينة، الإخوة منتوري

القسم الأول

النظرية العامة للقانون

الأستاذ/صالح بولحية

الفصل الأول

مفهوم القانون

الإنسان كائن اجتماعي بطبعه، لا يمكن أن يعيش إلا داخل مجتمع، ولكنه أيضا أناني بطبعه، وأن أنانيته تدفعه إلى الصدام مع الآخرين، وهو ما يدخل المجتمع في دوامة لا نهاية لها من الفوضى، لذلك أدرك الإنسان منذ القديم ضرورة وجود قواعد تحكم سلوك الأشخاص في لمجتمع من أجل تحقيق الأمن والنظام. وقد تعددت هذه القواعد الاجتماعية بحيث شملت قواعد الدين والأخلاق وقواعد العادات والتقاليد وكذلك قواعد القانون.

وسنتناول في هذا الفصل تعريف القانون ثم خصائص القاعدة القانونية ثم تمييز القواعد القانونية عن غيرها من قواعد السلوك الاجتماعي الأخرى ثم أنواع القواعد القانونية.

المبحث الأول

تعريف القانون

كلمة (قانون) في الأصل كلمة يونانية اللغة (Kanun) وتعني العصا المستقيمة، وقد انتقلت هذه الكلمة اليونانية إلى اللغة العربية بحرفها ومعناها، ولكنها انتقلت أيضا لغات أخرى كاللغة اللاتينية بمعنى مستقيم (Droit)، أما اصطلاحا فتطلق على: مجموعة القواعد التي تحكم سلوك وعلاقات الأشخاص في المجتمع بصورة ملزمة، والتي تجبر الدولة الأشخاص على احترامها.

المبحث الثاني

خصائص القاعدة القانونية

القاعدة القانونية هي جزئية القانون، فالقانون يتكون من مجموعة كبيرة من القواعد.

والقاعدة عموما هي كل أمر يحدث تترتب عليه نتيجة معينة، وبذلك فهي تستخدم في مجال العلوم الطبيعية مثل قاعدة الجاذبية أو قواعد تحول المواد، كما تستخدم في مجال علم الاقتصاد مثل قاعدة العرض والطلب، ولكنها تستخدم أكثر في مجال العلوم القانونية بنفس المعنى أيضا للدلالة على كل فرض يقابله حكم معين، فالقانون في النهاية يتكون من مجموعة كبيرة من الفروض

(الافتراضات) تقابلها أحكام (نتائج) معينة، مثال ذلك ما نصت عليه المادة (124) من القانون المدني بقولها: ((كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض.))، فهذه القاعدة تتكون:

. فرض: هو ارتكاب شخص لفعل يوصف بأنه خطأ، ويسبب ضررا للغير.
. حكم: هو إلزام المتسبب في هذا الفعل بتعويض المتضرر.

وتتميز القاعدة القانونية بالخصائص التالية:

المطلب الأول: إنها قاعدة مجردة:

فالقاعدة القانونية تعتبر قاعدة موضوعية، ذلك أنها توضع بمعزل عن الاعتداد بشخص بذاته أو بواقعة معينة، بمعنى أنها لا توجه إلى شخص بذاته أو إلى واقعة بعينها، وإنما توجه وتنطبق على كل الأشخاص وعلى كل الوقائع التي تتوافر فيها الصفات أو الشروط التي تحددها القاعدة.

وعلى ذلك فالقاعدة القانونية:

1 . غير ذاتية:

فهي لا توجه لحالة خاصة أو إلى شخص بذاته، وبذلك لا يمكن أن تكون لمصلحة شخص بذاته، أو ضد شخص بذاته، بل تنطبق على الجميع بدون تمييز.

2 . أنها عامة:

والعمومية هي الأثر المترتب على التجريد، ذلك أن تجريد القاعدة القانونية يؤدي إلى عموم تطبيقها على جميع الأشخاص في المجتمع، والقاعدة القانونية لا تكون عامة إلا إذا كانت مجردة، ومن ثمة فإن هناك تلازما بين تجريد القاعدة القانونية وعمومية تطبيقها.

ولكن لا يجب أن يفهم من العمومية أن تنطبق القاعدة القانونية فعلا من الناحية الواقعية على جميع الأشخاص المجتمع، بل يكفي أن تطبق على مجموعة منهم كبيرة أو صغيرة طالما توجهت إليهم بصفاتهم وليس بذاتهم، بل يمكن حتى أن تنطبق القاعدة في الواقع على شخص واحد، ومع ذلك توصف بأنها عامة، مثال ذلك القواعد الدستورية المتعلقة برئيس الجمهورية، فهي لا توجه إليه بذاته بل بصفته، ومن ثمة تنطبق على كل من يشغل هذا المنصب في الوقت الحالي أو المستقبل.

والغاية من استلزام أن تكون القاعدة القانونية مجردة وعامة هو تحقيق العدل (المساواة) والنظام في المجتمع، لأنه ليس من السهل وضع قاعدة قانونية لكل شخص على حدة، ولذلك يكتفي المشرع بوضع معيار موضوعي مجرد وليس معيارا ذاتيا، اعتمادا على الوضع الغالب لدى الأشخاص، وبذلك ينطبق هذا المعيار الموضوعي المجرد على نحو واحد كلما توفر شرط انطباق هذه القاعدة. ولذلك توصف القاعدة القانونية بأنها قاعدة معيارية، لأنه يقاس بواسطتها سلوك الأشخاص في المجتمع.

3 . أنها مستمرة:

كل قاعدة سواء في مجال علم القانون أو في مجال العلوم الأخرى كعلوم الطبيعة يجب تتصف بالنظام والاستمرار، ولذلك فإن القاعدة القانونية توصف بأنها مستمرة، لأنها تبقى تنطبق في كل الحالات التي يتوافر فيها شرط انطباقها إلى أن تلغى، ومن ثمة فهي تنطبق تطبيقات غير متناهية وغير محدودة، على كل الفروض التي تتحقق في الحاضر و المستقبل.

المطلب الثاني: أنها قاعدة اجتماعية:

فالقاعدة القانونية توجد في المجتمع، والمجتمع الذي نقصده هو المجتمع المنظم الذي توجد فيه سلطة سياسية، هي التي تتولى بعد ذلك إجبار الأشخاص على احترام قواعد القانون، والقاعدة القانونية تهدف إلى تنظيم المجتمع وتحقيق الأمن و العدل في المجتمع، ومن ثمة فالقاعدة القانونية ضرورة لا غنى عنها لتنظيم المجتمع.

المطلب الثالث: أنها قاعدة تحكم سلوك الأشخاص في المجتمع:

والسلوك الذي تحكمه القاعدة القانونية يتمثل سلوك الشخص الاجتماعي، أي سلوكه المادي الظاهر الذي يتصل بغيره من الأشخاص، من أقوال أو أفعال، ويكون لهذا السلوك أثر في المجتمع كالزواج والطلاق والبيع والميراث والعمل، أو ارتكاب الشخص عملا يلحق ضررا بالآخرين، ولكن القانون لا يحكم بحسب الأصل سلوك الشخص مع نفسه، بحيث يبقى هذا النوع من السلوك خارج دائرة القانون، تحكمه قواعد الدين والأخلاق.

والقانون عندما يحكم السلوك الاجتماعي الظاهر لا شأن له بالنوايا أو المشاعر المجردة التي تبقى كامنة في ذهن أصحابها، ولكنه بالمقابل يهتم بهذه النوايا فقط بقدر ارتباطها بالسلوك المادي

الظاهر الذي يدل عليها، فإذا كان لشخص ما نية قتل آخر، ولكنه لم ينفذ ما فكر فيه، فالقانون لا يحاسبه على ذلك، لأن القانون لا يحاكم النوايا، ولكن إذا صاحب هذه النية سلوك مادي ظاهر بأن أطلق عليه النار فأرداه قتيلا فإن القانون هنا يتدخل ويبحث في نوايا هذا الشخص لمعرفة ما إذا كان القتل حصل منه عمدا أو خطأ، لأن العدالة تقتضي التفرقة في العقاب بين القتل الخطأ والقتل العمد.

والقاعدة القانونية عندما تحكم السلوك الاجتماعي الظاهر فإنها توجه إلى الأشخاص أوامر أو نواهي، أي أنها تطلب منهم السلوك على نحو معين، ولذلك توصف القواعد القانونية بأنها قواعد تقويمية للسلوك وليست مجرد قواعد وصفية تكتفي بوصف ما هو موجود مثلما هي عليه قواعد الطبيعة.

المطلب الرابع: أنها قاعدة ملزمة:

القاعدة القانونية هي قاعدة سلوك ملزمة مقترنة بجزاء يوقع جبرا على من يخالفها، من أجل ضمان احترامها من طرف الجميع، فالقاعدة القانونية تصدر إلى الأشخاص أوامر أو نواهي، يجبر الأشخاص على احترامها من طرف الدولة ولو بالقوة عند الاقتضاء، ولذلك يقال أن قواعد القانون قواعد مؤيدة من طرف الدولة، ولهذا يختلف الجزاء في القاعدة القانونية عن الجزاء في قواعد السلوك الاجتماعي الأخرى كالدين والأخلاق والعادات والتقاليد، وهي قواعد لا تجبر الدولة الأشخاص على احترامها.

1 . الهدف من الجزاء:

يهدف الجزاء في القاعدة القانونية إما للإصلاح، وإما للردع:

أ . الجزاء الإصلاحي: يهدف هذا النزع من الجزاء إلى إزالة أثر المخالفة للقاعدة القانونية عن طريق إصلاح الضرر الناتج من هذه المخالفة، مثل إلزام المتسبب في الضرر بدفع تعويض للمتضرر. أو إلزام المدين على تسديد الدين والوقع في ذمته،

ب . الجزاء الردعي: ويهدف هذا النوع من الجزاء إلى توقيع عقوبة كالغرامة والحبس والسجن والمصادرة وهو ما يحقق فكرة الردع سواء للمخالف أو لبقية الأشخاص في المجتمع، وهذا النوع من الجزاء يترتب بحسب الأصل على مخالفة قواعد القانون الجزائي مثاله العقوبة التي توقع في حالة ارتكاب جريمة القتل أو السرقة أو التزوير.

2 . أنواع الجزاء:

يتنوع الجزاء المقترن بقواعد القانون، فيمكن أن يكون:

أ . جزاء مدني:

وهو جزاء قد يتخذ إما صورة التنفيذ العيني أو التنفيذ بمقابل (التعويض) وإما صورة الحكم ببطلان العقد الذي يبرم خلافا لما يشترطه القانون. وإما في الحكم ببطلان الدعوى المرفوعة للمحكمة خلافا للقانون.

ب . جزاء جنائي:

يوقع في الأصل على الشخص عند ارتكاب فعل يوصف بأنه جريمة، مثال ذلك عقوبة الغرامة أو المصادرة أو الحبس أو السجن أو الإعدام أو تحديد الإقامة.

ج . جزاء إداري:

مثل الحكم ببطلان العقد الإداري أو التعويض أو الغرامات التي تصدرها الإدارة كالغرامات على التأخر في تسديد الضريبة، أو الجزاءات التأديبية التي تطبق على الموظف في مجال الوظيفة العامة.

وقد يجتمع الجزاء المدني أو الإداري مع الجزاء الجنائي مثل الحكم على مرتكب السرقة بالحبس والغرامة وهذا جزاء جنائي يستهدف الردع وتحقيق المصلحة العامة، وفي نفس الوقت الحكم عليه بتعويض ضحية جرم السرقة، وهذا جزاء مدني يستهدف تحقيق المصلحة الخاصة للضحية. وعلى ذلك فكل عقوبة هي جزاء، ولكن ليس كل جزاء هو عقوبة.

3 . خصائص الجزاء:

يتميز الجزاء المقترن بالقواعد القانونية بخصائص تميزه عن الجزاء في باقي قواعد السلوك الاجتماعي الأخرى مثل الدين والأخلاق والعادات والتقاليد:

أ . أنه جزاء مادي:

أي أن له طابعا ملموسا يمس إما جسم المخالف كالحبس أو السجن أو الإعدام، أو تحديد الإقامة. وإما أن يمس مال المخالف كالغرامة أو المصادرة، أو التعويض، وقد يتخذ صورة إزالة أثر المخالفة نفسها، مثل التنفيذ الجبري على المدين الممتنع عن تنفيذ التزامه.

ب . توقعه السلطة العامة في المجتمع:

فالسلطة العامة في المجتمع هي وحدها التي تختص بتطبيق الجزاء المقترن بقواعد القانـون على شخص المخالف للقاعدة القانونية، بعد أن انتهت فكرة الثأر التي، وتمارس السلطة العامة تطبيق هذا الجزاء باسم المجتمع، ووفقا لنظام معين معروف سلفا، ولا يجوز للأشخاص أن يوقعوا هذا الجزاء بأنفسهم إلا في حالة استثنائية هي حالة الدفاع الشرعي عن النفس والمال، استجابة لغريزة حب البقاء، عندما يتعذر على السلطة العامة التدخل في الوقت المناسب لحماية الشخص المدافع، فيعفى الشخص المدافع عن نفسه من أية مسؤولية مدنية أو جنائية إذا تحققت شروط هذا الدفاع الشرعي.

المبحث الثالث

تمييز القواعد القانونية عن غيرها من قواعد السلوك الاجتماعي الأخرى

القواعد التي تنظم السلوك والعلاقات في المجتمع متعددة، منها قواعد القانون، وقواعد الأخلاق، وقواعد الدين، وقواعد العادات والتقاليد،

وإذا كانت هذه القواعد جميعها توصف بأنها قواعد عامة ومجردة، إلا قواعد القانون يختلف عن بقية الأنواع الأخرى من هذه القواعد في نواحي مختلفة.

المطلب الأول: قواعد القانون وقواعد الأخلاق:

قواعد الأخلاق هي المثل العليا تسعى للوصول بالإنسان إلى درجة الكمال المطلق، وهي أيضا إلى جانب ذلك تهدف إلى تنظيم المجتمع، وأغلب القواعد القانونية مستمدة من القواعد الأخلاقية، فدائرة الأخلاق أوسع نطاقا من دائرة القانون، ولكن الدائرتين يتقاطعان، فينتج من تقاطعهما ثلاثة مناطق:

1 . منطقة مشتركة:

وهي المنطقة الأكثر اتساعا، بحيث تضم القواعد الأخلاقية التي تعتبر في نفس الوقت قواعد أخلاقية، مثال ذلك القواعد المتعلقة بالقتل أو السرقة أو عدم الإضرار بالغير، و وجوب تنفيذ العقد.

2 . منطقة تنفرد بها الأخلاق:

وهي المنطقة التي تضم القواعد التي تعتبر قواعد أخلاقية، ولكنها لا تعتبر قواعد قانونية، بحيث لا يجبر الأشخاص على احترامها لأنها ليست مؤيدة من طرف الدولة، مثل ذلك القواعد التي تحث على الصدق وتنهى عن الكذب، وتحث على الإيثار ومساعدة الضعفاء، ولكن إذا كانت الأخلاق مثلا تنهى عن الكذب إلا أن القانون لا يعاقب عليه إذا لم ينتج عنه ضرر للغير.

3 . المنطقة التي ينفرد بها القانون:

وهي المنطقة التي تضم القواعد التي تعتبر قواعد قانونية، ولكنها لا صلة لها بالأخلاق، مثال ذلك القواعد التي تنظم السير، أو تلك التي تحدد اختصاص المحاكم، والأكثر من ذلك يمكن لقواعد هذه المنطقة أن تتعارض حتى مع قواعد الأخلاق نفسها، بسبب اختلاف الغاية في كل منهما، فغاية القانون نفعية تهدف إلى تنظيم المجتمع، في حين أن غاية الأخلاق مثالية تسعى للوصول بالإنسان إلى درجة الكمال، فإذا تعارضت الغايتين فإن القانون يمكن أن يضحي ببعض الاعتبارات الأخلاقية، من أجل تحقيق النظام في المجتمع، مثال ذلك القواعد المتعلقة بالتقادم المسقط للحقوق، كسقوط بدل الإيجار بمضي 05 سنوات إذا لم يطالب به صاحب الحق، حتى لا يتضرر المجتمع ببقاء النزعات في المجتمع إلى مدد طويلة.

وتتلخص أهم الفوارق بين القانون والأخلاق في النقاط التالية:

أ . من حيث الغاية:

فالأخلاق تهدف إلى الوصول بالإنسان إلى درجة الكمال المطلق، في حين يهدف القانون إلى تحقيق النظام في المجتمع، ولذلك لا يهتم القانون إلا بسلوك الشخص الاجتماعي.

ب . من حيث المصدر:

فمصدر القواعد الأخلاقية هو الضمير، في حين أن مصدر القواعد القانونية هو إرادة الدولة.

ج . من حيث الجزاء:

الجزاء في قواعد الأخلاق هو مجرد جزاء معنوي يوقعه على الشخص ضميره، أو الضمير الجمعي، في حين أن الجزاء في قواعد القانون هو جزاء مادي يجبر عليه الأشخاص من طرف الدولة، ولو بالقوة عند الاقتضاء.

المطلب الثاني: قواعد القانون وقواعد الدين:

قواعد الدين هي تلك الأوامر والنواهي التي يفرضها الدين على الأشخاص، وتشترك الكثير من قواعد الدين مع قواعد القانون مثال ذلك القواعد التي تنهى عن القتل أو السرقة أو تنفيذ العقود، وعدم الإضرار، كما أن القانون قد يتبنى الكثير من القواعد الدينية مثال ذلك القواعد المتعلقة بالزواج والطلاق والميراث في القانون الجزائري.

ولكن قواعد القانون تختلف عن قواعد الدين من حيث:

1 . المصدر:

قواعد الدين منزلة حسب الأصل كالأديان السماوية، ولكن هناك من قواعد الدين ما ينسب للبشر كالبوذية والكونفيشيوسية.

2 . من حيث النطاق:

فقواعد الدين أوسع من نطاق القانون، ذلك أن قواعد الدين تحكم سلوك الشخص الفردي والاجتماعي، في حين لا يحكم القانون إلا سلوك الشخص الاجتماعي.

ج . من حيث الجزاء:

مخالفة القواعد الدينية يترتب عليها جزاء يوقع على الشخص في الآخرة، في حين أن الجزاء على مخالفة قواعد القانون هو جزاء مادي عاجل في الدنيا توقعه الدولة جبرا على الشخص المخالف.

المطلب الثالث: قواعد القانون وقواعد العادات والتقاليد:

توجد في كل المجتمعات قواعد عادات وتقاليد تحكم بعض جوانب سلوك الأشخاص في المجتمع مثل قواعد المجاملات والقواعد المتبعة في المناسبات، يتبعها الأشخاص بطريقة تلقائية، وتنتقل من جيل إلى جيل، وهي قواعد ملزمة إلزاما معنويا الجزاء فيها توقعه الهيئة الاجتماعية، يتمثل

في استنكار المجتمع، في حين أن الجزاء في قواعد القانون هو جزاء مادي توقعه الدولة ولو بالقوة عند الاقتضاء.

المبحث الرابع

أنواع القواعد القانونية

(القواعد الآمرة والمكملة)

تنقسم القواعد القانونية تقسيمات متعددة، أهمها هو تقسيمها من حيث القوة الملزمة إلى قواعد قواعد آمرة (**Impératives**) وقواعد مكملة (**Supplétives**).

المطلب الأول: تعريف القواعد الآمرة:

هي تلك القواعد التي يجبر الأشخاص على احترامها، ولا يجوز لهم استبعادها والاتفاق على ما يخالفها، مثال ذلك القاعدة التي تعاقب على القتل إذ لا يجوز استبعادها حتى لو تم القتل برضا القتيل كما في حالة القتل الرحيم (**euthanasie**)، أو القاعدة التي تعاقب على المشاجرة (المادة **268** من قانون العقوبات) فالقانون يعاقب على المشاجرة حتى ولو كانت بالتراضي، وكذلك القاعدة التي تمنع التنازل على الحرية الشخصية (المادة **45** من القانون المدني).

والسبب في عدم جواز الاتفاق على مخالفة هذه القواعد هو تعلقها بالنظام العام والآداب العامة، أي بمجموع المصالح العامة، وأن مخالفة هذه القواعد يمس بالمصالح والأسس التي يقوم عليها المجتمع.

المطلب الثاني: تعريف القواعد المكملة:

هي تلك القواعد التي يجوز للأشخاص استبعادها من التطبيق عليهم والاتفاق على ما يخالفها،

وبذلك فهي قواعد لا تطبق عليهم إلا عند عدم وجود اتفاق على ما يخالفها، لأن دور هذه القواعد المكملة يتمثل في تكملة إرادة الطرفين بخصوص هذه المسألة التي لم يتضمنها الاتفاق الحاصل بينهم، ولهذا سميت بالقواعد المكملة، مثال ذلك:

أ . ما نصت عليه المادة (387) من القانون المدني التي نصت على: ((يدفع ثمن البيع من مكان تسليم المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك.)).

فنص المادة (387) مدني يتضمن قاعدة مكملة تقضي بأن يدفع ثمن البيع في مكان تسليم الشيء المبيع، ولكن المشرع لا يجبر الطرفين المتعاقدين في عقد البيع وهما البائع والمشتري على تطبيق هذه القاعدة، بل يسمح لهما أن يتفقا على خلاف ما تضمنته هذه القاعدة، فيجوز لهما أن يتفقا مثلا على دفع الثمن في مكان المشتري أو في أي مكان آخر غير المكان الذي تسلم فيه المشتري الشيء المبيع. فإذا اتفقا على دفع الثمن في مكان المشتري أو أي مكان آخر، فإن هذا الاتفاق يكون صحيحا، ويستبعد تطبيق القاعدة المنصوص في المادة (387) مدني عليهما، ويصبح الاتفاق المخالف لهذه القاعدة المكملة هو الواجب التطبيق على علاقة البيع التي بينهما. فوجود الاتفاق يستبعد تطبيق القاعدة المكملة.

ب . ما نصت عليه المادة (494) من القانون المدني بقولها: ((يلتزم المستأجر بالقيام بالترميمات الخاصة بالإيجار والجاري بها العمل ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك.)).

فنص المادة (494) مدني يتضمن قاعدة مفادها أن الترميمات في عقد الإيجار تكون على عاتق المستأجر. ولكن المشرع يجيز للمتعاقدين الاتفاق على خلاف هذه القاعدة، بأن يتفقا مثلا على جعل هذه الترميمات على عاتق المؤجر. فإذا لم يوجد اتفاق بين المؤجر والمستأجر بخصوص من يتحمل هذه الترميمات فإن القاعدة المنصوص عليها في المادة (494) مدني هي التي تطبق في هذه الحالة، ولكن إذا حصل اتفاق بين المؤجر والمستأجر على أن يتحمل المؤجر هذه الترميمات ففي هذه الحالة تستبعد القاعدة المنصوص عليها في المادة (494) مدني فلا تطبق عليهم، ويطبق عليهما الاتفاق، ويلزم المؤجر بالقيام بالترميمات. فوجود الاتفاق يؤدي إلى استبعاد تطبيق القاعدة المكملة.

والسبب في منح الأشخاص القدرة على استبعاد القواعد المكملة والاتفاق على مخالفتها هو أن هذه القواعد لا تتعلق بالنظام العام والآداب العامة، أي لا تتعلق بالمصالح والأسس العامة التي

يقوم عليها المجتمع، بل أن هذه القواعد تتعلق فقط بالمصالح الخاصة للطرفين المتعاقدين وهما المؤجر والمستأجر، فلا يهم بقية الأشخاص في المجتمع أن تكون هذه الترميمات على عاتق المؤجر أو المستأجر.

وعلى هذا فالقاعدة المكملة لا يجبر الأشخاص عليها ابتداء، وإنما وضعت احتياطا لمواجهة حالة عدم وجود اتفاق مخالف بين الطرفين على حكم المسألة التي تناولتها القاعدة المكملة.

المطلب الثالث: مدى الإلزام في القواعد القانونية المكملة:

لا يجب أن يفهم أن منح الأشخاص القدرة على استبعاد تطبيق القواعد المكملة هو أن هذه القواعد غير ملزمة، فقواعد القانون جميعها سواء أكانت قواعد آمرة أو مكملة هي قواعد ملزمة، ومؤيدة بقوة الدولة، ولكن قدرة الأشخاص على استبعاد القواعد المكملة من التطبيق عليهم راجع إلى أن هذه القواعد المكملة هي قواعد مشروطة التطبيق، وأن شرط انطباقها هو عدم الاتفاق على ما يخالفها، فإذا لم يتحقق هذا الشرط طبقت القاعدة المكملة عليهم، وأجبر الأشخاص على احترامها، أما إذا وجد اتفاق مخالف فإن القاعدة المكملة تكون عندها قد فقدت شرطا من شروط إنطاقها، وتستبعد من التطبيق عليهم.

المطلب الرابع: معيار التفرقة بين القواعد الآمرة والمكملة:

يتم التمييز بين القواعد الآمرة والمكملة باستخدام أحد المعيارين: معيار شكلي (لفظي) ومعيار موضوعي (معنوي).

أولا: المعيار الشكلي (اللفظي):

هو معيار بسيط يعتمد على العبارات التي صيغت بها القاعدة القانونية، ذلك أن المشرع في كثير من الأحيان يضمن القاعدة القانونية عبارة صريحة وقاطعة في دلالتها على أن القاعدة آمرة أو أنها مكملة، أي في جواز أو عدم جواز الاتفاق على مخالفتها.

مثال ذلك بالنسبة للقواعد الآمرة:

1 . ما نصت عليه المادة (**107** فقرة **03**) بقولها:

((غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز

للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقـول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك.)).

فعبارة (ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك) الموجودة في النص هي عبارة واضحة وقاطعة تدل على أن القاعدة آمرة، لأنه كل اتفاق على مخالفتها يعتبر باطلا.

2 . ما نصت عليه المادة (110) من القانون المدني بقولها:

((إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية،جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك))

فعبارة (ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك) الموجودة في النص هي عبارة واضحة وقاطعة تدل على أن القاعدة آمرة، لأنه كل اتفاق على مخالفتها يعتبر باطلا.

3 . ما نصت عليه المادة (418) من القانون المدني بقولها:

((يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا ...))

فعبارة (وإلا كان باطلا) هي عبارة صريحة وقاطعة في دلالتها على أن المشرع يعتبر كل مخالفة لهذه القاعدة باطل، ومن ثمة فلا يجوز الاتفاق على مخالفة هذه القاعدة، وكل اتفاق على مخالفتها يعتبر باطلا.

ومثال ذلك بالنسبة للقواعد المكملة:

1 . ما نصت عليه المادة (368) من القانون المدني بقولها:

((إذا وجب تصدير المبيع إلى المشتري فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك.)).

فعبارة (ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك) الموجودة في نهاية النص تدل دلالة قاطعة أن القاعدة مكملة، لأن المشرع يجيز للمتعاقدين الاتفاق على خلاف هذه القاعدة، كأن يتفقا على اعتبار التسليم تاما في مكان البائع وقبل وصول المبيع للمشتري.

2 . ما نصت عليه المادة (277) من القانون المدني بقولها:

((لا يجبر المدين الدائن على قبول وفاء جزئي لحقه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بذلك.)).

فهذا النص يتضمن عبارة واضحة وقاطعة تجيز الاتفاق على خلاف هذه القاعدة، وبذلك تعتبر قاعدة مكملة.

3 . ما نصت عليه المادة (395) من القانون المدني بقولها:

((إن نفقات تسلم المبيع تكون على المشتري ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك.)).

فهذا النص بدوره يتضمن عبارة واضحة وقاطعة تجيز الاتفاق على خلاف هذه القاعدة، وبذلك تعتبر قاعدة مكملة.

ثانيا: المعيار الموضوعي (المعنوي):

قد لا تتضمن القاعدة القانونية عبارة واضحة وقاطعة في دلالتها يمكن بالاعتماد عليها معرفة ما إذا كانت القاعدة القانونية آمرة أم مكملة، ولذلك يتوجب الاستعانة بمعيار آخر يبحث في موضوع القاعدة ومعناها وليس في ألفاظها، وذلك عن طريق البحث في مسألة هل يدخل الموضوع الذي تتناوله القاعدة القانونية في دائرة المصالح الخاصة للأشخاص فقط، أم يتجاوز ذلك ليدخل في دائرة المصالح العامة الأساس للمجتمعّ؟

والمصالح العامة الأساس للمجتمع هي ما يطلق عليها فكرة النظام العام والآداب العامة، ولذلك تستخدم فكرة النظام العام والآداب العامة معيارا للتمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة، فتكون القاعدة آمرة إذا تعلقت بالنظام العام والآداب العامة، وتكون القاعدة مكملة إذا لم تتعلق بالنظام العام أو الآداب العامة.

مفهوم النظام العام والآداب العامة:

اختلف الفقهاء في تعريف فكرة النظام العام والآداب العامة، بسبب اختلاف الاتجاهات التي انبعثت عنها هذه التعريفات، ففكرة النظام العام والآداب العامة من الأفكار المرنة والنسبية المتغيرة بتغير الزمان والمكان واختلاف المذاهب السياسية والاقتصادية والاجتماعية السائدة في كل بلد من البلدان، ومن ثمة يصعب تحديدها تحديدا دقيقا، ولكن مع ذلك يمكن القول أن النظام العام هو مجموعة الأسس الفلسفية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والأخلاقية والدينية التي يقوم عليها المجتمع.

تطبيقات النظام العام والآداب العامة:

أولا: في نطاق القانون العام:

تعتبر فروع القانون العام كالقوانين المتعلقة بالتنظيم العام للدولة وقوانين الأمن العام كالقانون الدستوري و الإداري و قانون العقوبات أو القوانين المتعلقة بالأنظمة المالية كقانون المالية والضرائب داخلة في نطاق النظام العام، وبالتالي فقواعد هذه القوانين هي قواعد آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها. فلا يجوز الاتفاق على تغيير النظام الدستوري، أو الاتفاق على تنازل الشخص عن حرياته الدستورية، أو الاتفاق على تعريض سلامة الأشخاص للخطر كالاتفاق على القتل أو المبارزة.

ثانيا: في نطاق القانون الخاص:

تعتبر القواعد المكملة هي الغالبة في فروع القانون الخاص كالقانون المدني والتجاري وقانون العمل وقانون الأسرة وغير ذلك، ولكن جزء من قواعد القانون الخاص يعالج مسائل متعلقة بالنظام العام، فتكون هذه القواعد آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، من ذلك:

1. في مجال الأحوال الشخصية:

حيث تعتبر الحالة المدنية للشخص من النظام العام، ومن ثمة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، فيبطل كل اتفاق الهدف منه تغيير اسم الشخص أو جنسيته أو أهليته، حيث نصت المادة (45) من القانون المدني على: (ليس لأحد التنازل عن أهليته أو لتغيير أحكامها).

2. وفي مجال الأسرة:

يبطل مثلا كل اتفاق على حرمان الزوج المسلم من إيقاع الطلاق. أو كل اتفاق تعديل قواعد الميراث.

3. وفي مجال الأحوال العينية:

يبطل كل اتفاق محله أشياء خارجة عن دائرة التعامل كالمخدرات (المادة 93 من القانون المدني)، أو الاتفاق على استبعاد القواعد التي تحمي الطرف الضعيف في عقود الإذعان (المادة 110 من القانون المدني)، أو القواعد المتعلقة بشكل التصرفات القانونية (المادة 883 من القانون المدني).

فكرة الآداب العامة:

فكرة الآداب العامة هي جزء من النظام العام بالمعنى الواسع، ولكن الفقه استقر على إبرازها بشكل منفصل إلى جانب فكرة النظام العام، والآداب العامة هي مجموع المصالح الجوهرية التي تمس الأخلاق في مجتمع معين، وهي كالنظام العام فكرة نسبية تختلف من مجتمع إلى آخر ومن زمان لآخر، وأبرز تطبيقات الآداب العامة متعلقة بمسائل القمار، والعلاقات الجنسية غير المشروعة، فكل اتفاق ينصب على هاتين المسألتين يعتبر باطلا لمخالفته للآداب العامة.