المبحث الثاني

تقسيم القواعد القانونية من حيث درجة الالزام

كل القواعد القانونية لها خاصية الإلزام، إلا أن درجته تختلف من قاعدة إلى أخرى ففي بعض الأحيان يترك المشرع للأفراد حرية تطبيق القاعدة أو الاتفاق على مخالفتها أين نكون أمام القواعد المكملة، لكن في حالات أخرى لا يمنح لهم هذا الخيار ونقصد هنا القواعد الآمرة، فما معنى هذه القواعد(المطلب الأول) وكيف نميز بينها(المطلب الثاني).

المطلب الأول

معنى القواعد الآمرة والقواعد المكملة

تطرقنا فيما سبق إلى خصائص القواعد القانونية، واستنتجنا أن كلها تشترك في هذه الخصائص، مع ذلك قسمت إلى قواعد آمرة(الفرع الأول) وأخرى مكملة(الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف القواعد الآمرة

أولا: القواعد الآمرة:

أ- تعريف القواعد الآمرة: هي تلك القواعد التي تأمر القيام بأمر أو سلوك أو تنهى عنه، حيث لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها هنا تكون العلاقة بين الفرد والقاعدة علاقة الخضوع التام أو الكامل[1].

ب-أثر مخالفة القاعدة الآمرة: لقد سبق وأن قلنا أن القاعدة الآمرة هي تلك التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها وكل اتفاق على مخالفتها يقع باطلا وهذا البطلان يكون مطلق ومعنى

[1]- تناغو سمير عبد السيد، مرجع سابق، ص 84.

ذلك لا يمكن تصحيحه ولا إجازته[1].

ثانيا: القواعد المكملة

أ- تعريف القواعد المكملة: هي تلك القواعد التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها، لأنها تتعلق بمصالحهم الخاصة حيث ترك المشرع تدبير هذه الأمور لهم حتى ولو كان على نحو مخالف للقاعدة المكملة، هنا يكون الشخص أمام حالتين:

_ إما أن يتفق على مخالفة القاعدة المكملة، معناه هنا الاتفاق هو الملزم بينهما.

_ إما أن لا يتفق على مخالفتها، في هذه الحالة القاعدة المكملة هي الملزمة.

نستنتج إذن، أن القاعدة المكملة لا تكون ملزمة للطرفين في حالة اتفاقهما على مخالفتها.

المطلب الثاني

معايير التمييز بين القواعد الآمرة والمكملة

تشترك القواعد القانونية في خاصية الالزام، لكن تختلف في درجته. فالقاعدة الآمرة يكون فيها الخضوع تاما، عكس المكملة التي يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها فالتمييز إذن بين هاذين النوعين من القواعد له أهمية كبيرة، هنا انقسم الفقه إلى فريقين الأول يعتمد على المعيار اللفظي(الفرع الأول) أما الثاني على المعيار المعنوي(الفرع الثاني).

[1]- نصت المادة 102 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: « **إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا، جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة**»، مرجع سابق

الفرع الأول

المعيار اللفظي

أولا مضمون المعيار: هو معيار سهل فمن أجل التعرف على نوع القاعدة القانونية يكفي النظر إلى العبارات والألفاظ المستعملة في النص، فهناك عبارات تدل على أن القاعدة آمرة والأخرى مكملة، وهو معيار جامد لا يحتاج إلى جهد[1].

ثانيا: أمثلة عن القواعد الآمرة والمكملة استنادا على المعيار اللفظي

أ- أمثلة عن القواعد الآمرة :

_ نصت المادة 418 فقرة أولى من القانون المدني الجزائري على ما يلي: « **يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا...**»[2].

_ نصت المادة 351 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: «**البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي**»[3].

_نصت المادة 14 من الدستور الجزائري على ما يلي: « **لا يجوز البتة التنازل أو التخلي عن أي جزء من التراب الوطني**»[4].

_ نصت المادة 24 من الدستور الجزائري على ما يلي: « **يعاقب القانون على التعسف في استعمال السلطة**»[5].

---

[1]- أنظر: أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2005، ص55. تناغو سمير عبد السيد، مرجع سابق، ص87.

[2] - المادة 418 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[3]-المادة 351 من نفس القانون.

[4]- المادة 14 من الدستور الجزائري، مرجع سابق.

[5]-المادة 24 من نفس الدستور.

_ أيضا نصت المادة 25 من الدستور الجزائري على ما يلي: «**عدم تحيز الادارة يضمنه القانون**»[1].

_ نصت المادة الأولى من قانون العقوبات الجزائري على ما يلي: « **لا جريمة ولا عقوبة أو تدبير أمن بغير القانون**»[2].

_ نصت المادة09 من القانون التجاري الجزائري على ما يلي: « **كل شخص طبيعي أو معنوي له صفة تاجر ملزم بمسك دفتر لليومية...**»[3].

ب_ أمثلة عن القواعد المكملة :

- نصت المادة 388 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: «**يكون ثمن المبيع مستحقا في الوقت الذي يقع فيه تسليم المبيع ،ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك**».

- نصت المادة 395 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: « **إن نفقات تسليم المبيع تكون على المشتري، ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بخلاف ذلك**».

- نصت المادة 394 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: « **إذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكان أو زمان لتسلم المبيع، وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع وأن يتسلمه دون تأخير باستثناء الوقت الذي تتطلبه عملية التسليم**»[4].

نستنتج من كل هذه الأمثلة، أن من بين العبارات والألفاظ التي يستعملها المشرع للدلالة على القواعد الآمرة هي: يجب، كل، لا يجوز، يلتزم ...الخ. أما تلك التي يستعملها للدلالة على القواعد المكملة هي: إذا لم يبين الاتفاق، ما لم يوجد عرف أو اتفاق ...الخ

[1]-المادة 25 من نفس الدستور.

[2]- المادة 01 من قانون العقوبات الجزائري، مرجع سابق.

[3]-المادة 09من القانون التجاري الجزائري ، مرجع سابق.

[4]- أنظر المواد 388 و 395و 394 على التوالي من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

الفرع الثاني

المعيار المعنوي

هذا المعيار ليس بمعيار حاسم كالمعيار اللفظي، فهو تقديري، يحدد نوع القاعد القانونية على أساس موضوعها وحسب هذا المعيار تكون القاعدة آمرة إذا كان موضوعها يتعلق بالنظام العام والآداب العامة، وتكون مكملة إذا تعلقت بالمصالح الخاصة للأفراد.

لكن لم تعطي قائمة لما هو داخل أو مخالف للنظام العام والآداب العامة لهذا يصعب العمل بهذا المعيار.

_النظام العام: يصعب تحديد معنى النظام العام لأن فكرته غير محددة تختلف من مكان إلى آخر ومن زمان إلى آخر. فهو الأساس السياسي، الاجتماعي، الاقتصادي والخلقي الذي يسود مجتمعا ما، حيث لا يمكن تصور وجود مجتمع سليم مستقر دون هذا الأساس[1].

الآداب العامة: هي تلك القواعد الخلقية الضرورية لحفظ كيان المجتمع وهو القدر من المبادئ التي تنبع من تقاليد ومعتقدات وأخلاق المجتمع، إذن فالآداب العامة جزء من النظام العام، لذا فالقواعد التي تتعلق بها هي قواعد آمرة لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها. وعلى سبيل المثال فقد تمكنت المحاكم ببطلان كل الاتفاقات المخالفة للآداب العامة خاصة في المسائل المتعلقة بالدعارة، المقامرة[2].

[1]- أنظر: أنور سلطان، مرجع سابق، ص57. تناغو سمير عبد السيد، مرجع سابق، ص89.

[2]- للتفصيل في تطبيقات الآداب العامة أنظر: الفار عبد القادر، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مبادئ القانون، النظرية العامة للحق، دار الثقافة للتوزيع والنشر، عمان، 2008، ص 59.- تناغو سمير عبد السيد، مرجع سابق، ص105. -أنور سلطان، مرجع سابق، ص64

الفصل الثالث

مصادر القانون

يقيد القاضي عند فصله في أي نزاع معروض أمامه، بالرجوع لمصادر القانون بالترتيب المنصوص عليه في أحكام نص المادة الأولى من التقنين المدني الجزائري التي جاءت على ما يلي: « **يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها.**

وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاصي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف.

فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ».

تنقسم بذلك مصادر القانون حسب نص هذه المادة إلى مصادر رسمية أصلية (المبحث الأول) ومصادر رسمية احتياطية إلى جانب المصادر التفسيرية[1](المبحث الثاني).

المبحث الأول

التشريع كمصدر رسمي أصلي للقانون

يستند القاضي للفصل فيما يعرض أمامه من قضايا على التشريع أولا، باعتباره المصدر الرسمي الأول. بذلك لا ينتقل إلى المصادر الأخرى إلا في حالة عدم وجود نص قانوني يطبقه. نظرا لتقديم هذا المصدر واعتباره أصليا وجب تعريفه وتبيان مختلف الخصائص التي تميزه (المطلب الأول)، ثم بيان مختلف أنواعه(المطلب الثاني).

المطلب الأول

تعريف التشريع وخصائصه

اختلف الفقهاء في تقديم تعريف جامع ومانع للتشريع (الفرع الأول) هذا الأخير يتميز بعدة خصائص تميزه عن المصادر الأخرى(الفرع الثاني).

[1]- مع الإشارة هنا أن المشرع لم يذكر الفقه والقضاء ضمن المصادر الاحتياطية للقانون الجزائري .

الفرع الاول

تعريف التشريع

بتعدد التعاريف المقدمة للتشريع قد يقصد منه معنيين إما المعنى العام الواسع، أو المعنى الخاص .

أولا- المعنى العام للتشريع La législation: يقصد به إما قيام السلطة المختصة في الدولة بوضع مجموعة من القواعد المكتوبة في حدود اختصاصاتها ووفقا للإجراءات المقررة لذلك. أو هي مجموعة من القواعد المكتوبة التي تضعها السلطة التشريعية أو التنفيذية في الدولة[1].

يستعمل مصطلح التشريع في مفهومه الواسع تارة للدلالة إما على مصدر القواعد القانونية المكتوبة، وتارة أخرى للدلالة على القواعد المستمدة من هذا المصدر[2].

ثانيا- المعنى الخاص للتشريع La loi: يقصد بها مجموعة القواعد القانونية التي تضعها السلطة التشريعية في الدولة في حدود الاختصاص المخول لها دستوريا[3].

الفرع الثاني

خصائص التشريع

نستنتج من خلال مختلف التعاريف المقدمة للتشريع الخصائص التي تميزه والتي تتمثل أساسا في:

أولا- التشريع يتضمن قواعد قانونية: هذه القواعد تكون بالخصائص التي سبق وأن درسناها في المحاضرة الأولى، حيث أنها قواعد تنظم سلوك وعلاقات الافراد في المجتمع، قواعد عامة ومجردة وخاصة هي قواعد ملزمة مقترنة بجزاء.

---

[1]- محمد حسين منصور، نظرية القانون، مفهوم وفلسفة وجوهر القانون، طبيعة وخصائص القاعدة القانونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2004، 207.- أنور سلطان، مرجع سابق، ص110.

[2]- جعفور محمد سعيد، مرجع سابق، ص 129.

[3]- MALINVAUD Philippe, op.cit., p87.- MARAIS Astrid, op.cit., p81.

ثانيا- قواعد مكتوبة: تعتبر قواعد التشريع قواعد مكتوبة، وتعتبر هذه الخاصية من أهم خصائص التشريع لما لها من مزايا المتمثلة في:

- الكتابة تقطع كل مجال للشك، لأن القواعد القانونية ستكون واضحة.

-الكتابة تسمح لنا بتحديد سريان القاعدة القانونية من حيث الزمان.

-الكتابة تضمن الدقة والوضوح في القواعد بذلك تضمن الاستقرار والعدالة بين الأفراد[1].

ثالثا- قواعده القانونية تصدر عن السلطة المختصة: تحديد السلطة المختصة في وضع التشريع يختلف باختلاف الدول والدساتير[2].

المطلب الثاني

أنواع التشريع

هناك تفاوت في درجات التشريع، أعلاها درجة هو التشريع الاساسي(الفرع الأول) ثم التشريع العادي والعضوي (الفرع الثاني) واخيرا التشريع (الفرع الثالث). ويترتب على هذا التدرج التشريع أن التشريع الأقل درجة يجب أن لا يعدل أو يخالف التشريع الأعلى منه درجة[3].

[1]- جعفور محمد سعيد، مرجع سابق، ص130 و131.

[2]- محمد حسين منصور، نظرية القانون، مفهوم وفلسفة وجوهر القانون، طبيعة وخصائص القاعدة القانونية، مرجع سابق، ص207و208.

[3]- يراقب المجلس الدستوري الجزائري مدى صحة ودستورية التشريعات وهذا ما أكدت عليه المادة 1/191 من الدستور الجزائري التي نصت على: « **إذا ارتأى المجلس الدستوري أن نصا تشريعيا أو تنظيميا غير دستوري يفقد هذا النص أثره، ابتداء من يوم قرار المجلس**»، **مرجع سابق.**