



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة مصطفى اسطمبولي معسكر

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



مقارنة الأنظمة القانونية

محاضرات موجهة لطلبة السنة الثالثة ليسانس

(السداسي الخامس)

من إعداد الدكتور: حيدور جلول

السنة الجامعية 2020-2021

مقدمة

تتعدد وتتوسع الأنظمة القانونية بتنوع وتعدد الدول بل قد تتعدد هذه النظم القانونية داخل الدولة الواحدة، بحيث هناك دول تتعدد فيها التشريعات إما على أساس طائفي أو على أساس جغرافي، وفي ظل التطور الذي عرفه العالم خاصة في مجال التكنولوجيا وفي مجال النقل الذي ساهم زيادة تعامل المواطنين مع غيرهم من الأفراد من مختلف دول العالم، كما أدى هذا التطور إلى انتشار ظواهر اجتماعية تقتضي تنظيمها، الأمر الذي دفع بالفقهاء إلى ضرورة العمل على توحيد القوانين، وهذا لا يتأتى إلا من خلال معرفة القوانين الوضعية التي تشترك في الخصائص الأساسية من أجل وضع عائلة قانونية كبرى تضم الدول التي تشترك قوانينها في الخصائص لا سيما من حيث المصدر والصياغة، ويكون ذلك بالاعتماد على المنهج المقارن.

إن المقارنة تعتبر من بين المقاربات المنهجية المختلفة التي تُستخدم في مناهج البحث العلمي؛ وهي تعتمد على تبيان أوجه الاختلاف والاتفاق بين مادتين أو أكثر محل المقارنة، وقد ساهم استخدامها في إعداد البحوث والدراسات القانونية إلى ظهور وصياغة وتطوير "القانون المقارن كميدان من ميادين البحث والدراسة، وكعلم قائم بذاته، وأصبح موضوعاً من موضوعات الدراسات القانونية، ويرتبط بدراسة المنهج المقارن في دراسة وتفسير مختلف فروع القانون"¹، وهو ما يعرف أيضاً بمقارنة الأنظمة القانونية أو الأنظمة القانونية المقارنة.

ويعتبر القانون المقارن بمثابة النافذة التي يطل منها القانون الوطني على القانون أو القوانين الأجنبية أو أي نظام قانوني آخر يمكن أن يلعب دور كبير في تعديل وإصلاح وتنقيح القانون الوطني، كما يساهم في تطوير وإثراء الآراء الفقهية والاجتهادات القضائية، إضافة إلى ذلك فإن العالم اليوم في حاجة إلى التعاون وتنسيق الجهود لمواجهة مختلف

¹ حسن ملحم، التفكير العلمي والمنهجية، مطبعة دحلب، الجزائر 1993، ص 276.

التحديات التي تهدده¹، كالفساد، التلوث البيئي، الهجرة غير الشرعية، المخدرات، الإرهاب، الاحتجاجات.... الخ.

إن الدراسات القانونية المقارنة تساهم بفاعلية في عملية إصلاح القانون الوطني على أساس رؤية واسعة وشاملة لما توفره القوانين والنظم القانونية الأخرى من حلول للمشاكل والظواهر التي سبق وأن عالجتها "مع مراعاة الفروق على مستوى تباين الحقائق الاجتماعية والاقتصادية والثقافية والدينية للمجتمعات والدول، وبشكل اختلاف هذه الحقائق من بلد إلى بلد عنصرًا مهمًا يتم اعتباره في عملية المقارنة القانونية؛ لأن قيمة القاعدة القانونية وجودتها ومدى قابليتها للتطبيق بصفة فعلية هي أمور يتم تقديرها على أساس تكيفها مع تلك الحقائق². مما يقتضي تحديد المفاهيم العامة للقانون المقارن، وبعد ذلك نتطرق إلى الأنظمة القانونية للقانون المقارن.

¹ مجدي فتحي، القانون المقارن، محاضرات مقدمة لطلبة السنة الرابعة ليسانس، جامعة الجلفة، الجزائر، 2012/2011، ص. 414.

² عبد الفتاح باباه باباه، المقارنة القانونية ودورها في تجويد الرسائل والأطروحات العلمية، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، المجلد 31، العدد 64، الرياض، السعودية، 2016، ص. 241.

الفصل الأول:

مفاهيم عامة للقانون المقارن

باعتبار أن مقارنة الأنظمة القانونية أو ما يسمى بالأنظمة القانونية المقارنة أو القانون المقارن¹، هو العلم الذي يضع أسس المقارنة ومناهجها وأهدافها بما يُمكن من إعداد منظومة قانونية تتسم بالوضوح والدقة والثراء الواقعية والعدل وتستجيب لمقتضيات التنمية وإشباع الحاجيات المتزايدة للأشخاص والمجتمع، لذلك يتعين علينا تحديد مفهوم القانون المقارن، وبعدها أهمية القانونية للقانون المقارن.

المبحث أول: ماهية القانون المقارن

إن القانون المقارن كعلم يدرس مختلف الأنظمة القانونية لم ينشأ إلا في أواخر القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين، وكان نتيجة استخدام المنهج المقارن في معالجة الظواهر الاجتماعية، لذلك سنحاول تناول مفهوم القانون المقارن وبعدها مضمون وطبيعة القانونية القانون المقارن ثم فروع وأنواعه.

المطلب الأول: مفهوم القانون المقارن

للتعريف بالقانون المقارن أو الأنظمة القانونية المقارنة ينبغي تبين أصل هذا المفهوم وذلك بالرجوع إلى أصله اللاتيني، ومختلف التطورات التي عرفها، ولا يقتصر الأمر في هذه الدراسة على جذور مفهوم القانون المقارن من حيث التسمية والمصطلح؛ بل يشمل أيضا تبين مضمونه، وتحديد طبيعته، وما إذا كان علماً أو تخصصاً أو مجرد منهج في الدراسات المقارنة².

الفرع الأول: التطور التاريخي لقانون المقارن

إن المقارنة قديمة بقدم القانون ذاته، وكان يعمل بها في العصور القديمة، فيعود جذورها إلى العهد اليوناني، حيث قام الفقيه "SOLON" صولون في القرن السادس قبل الميلاد

¹ أحمد عبادة، محاضرات في مقارنة الأنظمة القانونية، أفريكان للنشر والتوزيع، الجزائر، 2020، ص. 03.

² أحمد ادريوش، القانون المقارن، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، الطبعة الثانية، المغرب، 2017، ص. 07.

بزيارة عدة بلدان لإعداد قوانين اثينا¹. وعند إعداد قانون الألواح الاثني عشر في روما كلف المدونون² بدراسة القوانين اليونانية (قوانين SOLON) واقتباس ما يصلح منها لمجتمعها واستناداً إلى ذلك تم تحرير قانون الألواح الاثني، مما جعل الكثير من المختصين يؤكدون تأثر القانون الرماني بالقانون اليوناني³.

كما أن الفيلسوف اليوناني ارسطو في كتابه عن السياسة أعده بعد أن قام بمقارنة ما يقارب 158 دستورا منظما للمدن الاغريقية، ويعتبر ذلك ثورة منهجية في علم السياسة⁴. "ويقول أرسطو في هذا الصدد بأنه: ينبغي على المشرع معرفة قوانين المدن الأخرى ليستخلص منها ما يفيد مدينته ويجد في هذه القوانين من الحلول التي استخدمت في اجتهادات مدن أخرى"⁵.

وقد نشطت الدراسات المقارنة ابتداء من النصف الثاني من القرن التاسع عشر في الكثير من دول أوربا مثل فرنسا، ألمانيا، سويسرا، إنجلترا، إيطاليا وإسبانيا وغيرها، وأضحت هذه الدراسات وسيلة للاستفادة من تجارب الدول الأخرى والاستفادة من قوانينها من أجل تحسين القوانين الوطنية وسد الثغرات التي توجد بها، وبدأت عملية تدريس القانون المقارن في فرنسا سنة 1831 من قبل الفقيه الفرنسي أوجان لارمينييه Eugène Lerminier⁶. "حيث

¹ أحمد عبادة، المرجع السابق، ص. 22.

² قانون الألواح الاثني عشر في روما تم إعدادها من لجنة تتكون من عشرة فقهاء بعد ان أرسلوا بعثة الى اليونان الكبرى عام 454 ق. م. لدراسة قوانين SOLON ثم حرروا قانون الألواح الاثني عشر بعد دراسة ما توصلت اليه هذه البعثة على ألواح من الخشب ونشرت في ساحة روما ليطلع عليها الجمهور وكان ذلك في القرن الخامس قبل الميلاد وبالتحديد 449 ق. م.

³ مجدي فتحي، المرجع السابق، ص. 418.

⁴ حسن ملح، المرجع السابق، ص. 284.

⁵ معراج جديد، محاضرات في القانون المقارن وفي طرق البحث، دار هومة، الجزائر، 2004، ص 04.

⁶ حميد شاوش، الأنظمة القانونية المقارنة، محاضرات أقيمت على طلبة السنة الثالثة ل م د، جامعة قالم، الجزائر، 2018/2017، ص. 05.

عرف القانون المقارن تطوراً معتبراً خلال القرن التاسع عشر، وذلك بتأسيس جمعية التشريع المقارن في باريس سنة 1869¹.

غير أن الفقهاء يرجعون نشأة القانون المقارن إلى بداية القرن العشرين (20) بعد انعقاد المؤتمر الأول للقانون المقارن في باريس من 1900/07/31 إلى 1900/08/04، وقد توسع نطاق الدراسات المقارنة في الفترة الواقعة بين الحربين العالميتين، وأسفر عن انتقال الدراسات من المقارنة بين القوانين ذات الأصول المشتركة إلى المقارنة بين القوانين المختلفة من حيث البنية والخصائص؛ ذلك أن التعاون الدولي يستدعي حتماً التعرف على قوانين الدول المتعاونة بغية تسهيل حل النزاعات التي قد تقع بينها خاصة بعد تأسيس عصبة الأمم المتحدة المحكمة الدائمة للعدل الدولي في لاهاي والتي حلت محلها محكمة العدل الدولية، وقد أفضى هذا التطور إلى سعي الدول إلى توحيد القوانين، وأنشئت لهذا الغرض معاهد وهيئات دولية مثل الأكاديمية الدولية للقانون المقارن التي تأسست في لاهاي سنة 1924 والتي كانت تهدف إلى دراسة النظم القانونية المقارنة²، وفي نفس السنة أنشئ التجمع الدولي للقانون الجنائي والذي تفرع عنه المكتب الدولي لتوحيد القانون الجنائي سنة 1930، بالإضافة إلى إنشاء المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص تحت رعاية عصبة الأمم المتحدة في روما عام 1926م من أجل وضع مبادئ عامة للإجراءات المدنية الدولية³، كما كانت هناك العديد من اللقاءات والمؤتمرات انطلاقاً من جمعية القانون المقارن، ومؤتمر بودبست سنة 1926، وفيه تمت المقارنة بين قوانين أوروبا الشرقية والغربية، وبذلك أصبح بالإمكان المقارنة بين القوانين والشرائع المختلفة في البنية والخصائص، والمقارنة بين النهج الأنجلوسكسوني والنهج الاشتراكي ولم تقتصر المقارنة بين قوانين الدول اللاتينية الجرمانية

¹ صالح طليس، المنهجية في دراسة القانون، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، الأردن، 2010، ص. 40.

² Benedict Fauvarque-Cosson, Deux siècles d'évolution du droit comparé, In: Revue de droit comparé, Vol. 63 N°3, 2011, p. 531.

³ Bruno de Loynes de Fumichon, Introduction au droit comparé, Journal de droit comparé du pacifique, Volume II, Aout 2013, p. 19.

وقوانين الدول الأنجلو سكسونية، بل أصبحت تمتد إلى مقارنة قوانين الدول الرأسمالية وقوانين الدول الاشتراكية¹.

وعموماً يمكن القول أنه: رغم قدم المقارنة فإن القانون المقارن كعلم لم يظهر بصورة واضحة إلا في بداية القرن العشرين فهو علم حديث رغم قدم المقارنة.

الفرع الثاني: مضمون وطبيعة القانون المقارن

مقارنة الأنظمة القانونية أو الأنظمة القانونية المقارنة أو ما يعرف بالقانون المقارن لدى غالبية الدول²، لا يعتبر فرع من فروع القانون المنظم للعلاقات الاجتماعية في ميدان معين، كالقانون المدني أو التجاري، أو العمل، وإنما هو فرع من فروع العلوم القانونية التي تتخذ مجموعة من القوانين الوضعية التي تشترك في الخصائص الأساسية، كالمصدر القانوني والصبغة القانونية وتقسيمات القانونية، ووضعها ضمن منظومة قانونية علمية كبرى، والغاية من ذلك تشكل شريعة عالمية رئيسية أو عائلة قانونية كبرى مما يُمكن من خلال دراسة هذه الشريعة من فهم أي قانون وضعي وتصنيفه في أحد هذه العائلات القانونية الكبرى.

أولاً: مضمون القانون المقارن

ولقد توصل فقهاء القانون من خلال معايير معينة الى تصنيف القوانين الوضعية في أربع شرائح عالمية رئيسية هي:

- الشريعة اللاتينية الجرمانية،
- الشريعة العامة الانجليزية الكومن لو (Common Law)،
- شريعة البلدان الاشتراكية،
- الشريعة المتأثرة بالأديان،

¹ مجدي فتحي، المرجع السابق، ص. 419.

² أحمد عبادة، المرجع السابق، ص. 03.

غير أن هذا التقسيم هو محل اختلاف وتحفظ لدى فقهاء القانون لا سيما في السنوات الأخيرة بعد التطور الجذري الحاصل نتيجة زوال المعسكر الشرقي ونظامه الاشتراكي، وإذا كان هناك شبه إجماع حول موضوع القانون المقارن باعتباره فرع من فروع العلوم القانون الذي يدرس الشرائع القانونية الكبرى، فإن هناك اختلاف بينهم حول تسميته لا سيما في المرحلة الأولى من ظهوره؛ فأطلق عليه فقهاء الألمان مصطلح مقارنة القوانين في حين أطلق عليه فقهاء الانجليز تسمية الاجتهاد المقارن، أما في فرنسا فقد استحسن الفقيهان إدوارد لامبير Édouard Lambert ورايمون سالي Raymond Saleilles تسميته بـ "التشريع المقارن"¹، وبعد التطور الذي عرفه القانون المقارن "استقر الرأي الآن على تسميته بالقانون المقارن"² في جميع البلدان باعتباره فرعاً من فروع الدراسات القانونية.

مما سبق يمكن تعريف القانون المقارن بأنه: مجال دراسي مكرس للمقارنة المنظمة بين نظامين قانونيين أو أكثر، أو بين عناصر معينة من تلك النظم، من خلال تحليل مجموعة من الأفكار المتشابهة والمختلفة بينها بغرض معرفة مكامن الإيجابيات والسلبيات في مختلف الأنظمة، ومدى نجاعة الوسائل أو المؤسسات القانونية التي يعتمدها كل نظام على حدى، ويشمل موضوع الدراسة في القانون المقارن النظم القانونية الكبرى المتمثلة في النظام اللاتيني الجرمانى، النظام الأنجلوسكسونى (Common Law)، والنظام الاشتراكي والنظام الإسلامى.

ثانياً: الطبيعة القانون المقارن

اختلاف الفقهاء حول الطبيعة القانون المقارن وظهر نتيجة هذا الاختلاف ثلاثة اتجاهات هي:

¹ أحمد عبادة، نفس المرجع، ص. 25.

² معراج جديد، المرجع السابق، ص. 06.

الاتجاه الأول: القانون المقارن علم قائم بذاته

"ظهر هذا الاتجاه مع بداية انعقاد أول مؤتمر دولي للقانون المقارن عام 1900¹، حيث يرى أنصار هذا الاتجاه الذي يتزعمه كل من الفقيهين إدوار لامبير Lambert Édouard وريمون سالي Raymond Saleille أن القانون المقارن علم مستقل بذاته موضوعه البحث عن القواعد المشتركة في الشرائع المختلفة، "غايته الوصول إلى استخلاص قواعد عامة مشتركة تكون الأساس لقواعد العالم المتحضر"²، فهو بذلك علماً قائماً بذاته، له خصائص تميزه عن باقي العلوم.

لكن إذا كان لامبير وسالي يتفقان على أن القانون المقارن علم قائم بذاته إلا أنهم اختلفوا حول الهدف والدور الذي يجب أن يلعبه هذا العلم، فسالي يرى أن الغاية من هذا العلم هو الوصول إلى وضع قواعد قانونية مشتركة للإنسانية، ويعاب على هذا الرأي بعدم اتسامه بالواقعية، إذ يستحيل من الناحية الواقعية وضع قواعد قانونية مشتركة للإنسانية³. بينما يرى لامبير أن القانون المقارن "علم قائم بذاته، غايته استخلاص القواعد المشتركة"⁴ للدول التي يوجد بها تشابه في الجوانب الاجتماعية والثقافية والتاريخية والتي من شأنها توحيد نظماً قانونية، وهو رأي أقرب للواقعية لذلك أيده جانب من الفقه، غير أنه أنتقد من حيث أنه أخلط بين القانون المقارن كعلم يدرس الشرائع العالمية الكبرى وبين علم تاريخ القانون.

¹ معراج جديد، نفس المرجع، ص. 07.

² نفس المرجع، ص. 07.

³ مجيد فتحي، المرجع السابق، ص. 414.

⁴ معراج جديد، المرجع السابق، ص. 07.

الاتجاه الثاني: القانون المقارن مجرد طريقة بحث

يرى أنصار هذا الاتجاه الذي يتزعمه قهوريج Guheridj الإنجليزي وروني دفيد Rene David الفرنسي بأن القانون المقارن هو طريقة المقارنة في تطبيقها على الدراسات القانونية، وأن الأفكار التي كانت سائد قبل الحرب العالمية الثانية والتي كانت تعتبر القانون المقارن علماً لم تكون حسب هذا الاتجاه موفقة، حيث أضفت عليه الغموض واللبس والذي كان من الممكن تفاديه لو تقرر في البداية أن القانون المقارن ليس علماً ولا فرعاً من فروع القانون وإنما هو طريقة للمقارنة في مجال العلوم القانونية. بحيث "يقول قهوريج Guheridj في هذا الصدد أن القانون المقارن هو طريقة تساعد الباحث على الوصول إلى الكشف عن أوجه الخلاف وأوجه التشابه بين قانونيين أجنبيين أو أكثر بهدف الحصول على المعلومات من القوانين موضوع المقارنة"¹. ويرى روني دفيد أن القانون المقارن لا وجود له وإنما الذي يوجد بالفعل هو الطريقة المقارنة المستخدمة لدراسة قوانين دول مختلفة واقتباس منها ما يعد إيجابياً لإصلاح ما هو ناقص في القوانين الأخرى، ويحقق بهذه الطريقة توحيد القواعد القانونية في دول الاتحاد، وفي الدول المنظمة إلى مجموعة سياسية أو اقتصادية²، كما تستخدم هذه الطريقة المقارنة في الأبحاث المتعلقة بتاريخ القانون أو فلسفة القانون... إلخ

ولقد لقي هذا الاتجاه صداً لدى الفقهاء خاصة عند المناهضين لتوحيد القانون كالبريطانيين الذين نشؤ في بيئة خاصة و متمسكون بقوانينهم وكذلك الدول الاشتراكية التي ترفض التقريب بين القوانين البرجوازية وقانونهم الاشتراكي³.

¹ معراج جديد، نفس المرجع، ص. 08.

² نفس المرجع، ص. 08.

³ مجيد فتحي، المرجع السابق، ص. 415.

الاتجاه الثالث: القانون المقارن ذو طبيعة مزدوجة (علم وطريقة بحث)

يرى أنصار الاتجاه التوفيقي وعلى رأسهم يونك وروني دفيد الذي تراجع عن رأيه الأول، واعترف بأن القانون المقارن يعد علمًا قائمًا بذاته الهدف منه تيسير المقارنة بين القانون الوطني والقوانين الأجنبية، إذ يعتبر القانون المقارن علم يبحث بالمقارنة والقياس والمواجهة والاستنباط عن أنجع الحلول التي يتضمنها كل من القانون الوطني والقوانين الأجنبية¹، مما يمكن من إرساء قواعد أو مبادئ مشتركة بينها تجعله ذو طبيعة مزدوجة، فيبدو علما في نطاق المقارنة بين الشرائع بعد تصنيفها إلى طوائف وعائلات كبيرة تتميز بمناهجها ومركزها الجغرافي، حيث يقول الأستاذ خليل الجزائري بأن: القانون المقارن هو علم منهجي يستهدف دراسة النظم القانونية لاستخلاص أوجه الشبه والاختلاف وتحديد جوهرها الاجتماعي وشكلها ووظائفها بغية إظهار الاتجاهات المتعارضة والمتناقضة في مختلف نماذج نظم القانون وترجيح بعضها عن بعض².

خلاصة القول: أن للقانون المقارن طبيعة مزدوجة فهو من جهة علم يمهّد الطريق لاستعمال الطريقة المقارنة لتسليط الأضواء على الخصائص الأساسية للشرائع العالمية وتبيان ما بينها من تشابه واختلاف، فَيُمكنُ مستخدم الطريقة المقارنة من إنجاز مهمته بكل وعي وإلمام كافٍ بالشرائع التي تنتمي إليها القوانين موضوع المقارنة من حيث تاريخها ووظيفتها وبنائها القانوني. وعليه فإن القانون المقارن ظهر كميدان من ميادين البحث والدراسة، وكعلم قائم بذاته، وأصبح موضوعًا من موضوعات الدراسات القانونية، ويرتبط باستخدام هذا المنهج في دراسة وتفسير مختلف فروع القانون³.

¹ معراج جديد، المرجع السابق، ص. 08.

² مجيد فتحي، المرجع السابق، ص. 415، 416.

³ حسن ملحم، المرجع السابق، ص. 276.

المطلب الثاني: تقسيمات القانون المقارن

إن القانون المقارن باعتباره مجال دراسي مكرس للمقارنة بين القوانين فهو يعرف نفس التقسيمات التي تعرفها القوانين، كما أنه توجد عدة صور للقانون المقارن، ويعتمد في مقارنة القوانين على أساليب تختلف حسب الغاية من الدراسة، كما تتعدد طرق المقارنة بتعدد المقارنين.

الفرع الأول: فروع القانون المقارن

يقسم القانون المقارن إلى نفس التقسيمات التي يعرفها القانون بفروعه العام والخاص، ففي مجال القانون العام نجد مثلاً إلى القانون المقارن الدستوري القانون المقارن الجنائي القانون المقارن المالي، وفي مجال القانون الخاص نجد مثلاً القانون المقارن المدني، القانون المقارن التجاري، القانون المقارن البحري.

الفرع الثاني: أنواع القانون المقارن¹

هناك عدة صور للقانون المقارن نذكر أهمها:

أولاً: القانون المقارن الوصفي

وهو المقارنة بين قانونين أو أكثر وإظهار ما يتميز بها عن غيره، ويهدف إلى جمع أكبر قدر من المعلومات دون أن تسعى لحل المشكلة.

ثانياً: القانون المقارن التطبيقي

وهو المقارنة بين قانونين أو أكثر بهدف استنباط النتائج من خلال التحليل العميق للقوانين موضوع المقارنة ومحاولة التأسيس ثم القيام بعملية التركيب بناءً على النتائج التي أسفر عنها التحليل، قصد تحديد غايات عملية، كاستهداف تعديل قانون وطني معين كالقانون الدستوري أو التجاري أو الجنائي، أو من أجل توحيد قوانين متباينة كما هو عليه

¹ مجيد فتحي، المرجع السابق، ص. 416.

الحال بالنسبة للدول العربية التي تسعى إلى توحيد قانون الأحوال الشخصية، والقانون التجاري.

ثالثاً: القانون المقارن المجرد

ويطلق عليه المقارنة البحتة أي تحميل معلومات في المجال القانوني فقط دون أي تحليل، وفي الغالب لا يُعير الفقه اهتماماً للمقارنة البحتة.

الفرع الثالث: أساليب المقارنة

توجد عدة أساليب للمقارنة حيث أن طرق المقارنة تتعدد بتعدد المقارنين وكل واحد منهم يقترح طريقته الخاصة نذكر البعض منها فيما يلي:

أولاً: المقابلة

هي التي يضع فيها الباحث النصوص أو الأحكام التي تعالج موضوع معين في قوانين مختلفة جنباً إلى جنب بحيث يقابل بعضها بعضاً¹، وبذلك يتعرف الباحث على مواضع التشابه في النقطة محل الدراسة والقانون الوطني فيحاول الوصول إلى عملية جرد للأوجه المشابهة وأوجه الخلاف ويقترح في الأخير الحلول الإيجابية التي أخذ بها القانون الأجنبي²، ومثل ذلك دراسة أحكام الزواج أو الطلاق أو الحضانة أو النفقة أو الرهن الأيجار... إلخ.

ثانياً: المقاربة

وهي طريقة تستخدم لمعرفة أوجه التقارب بين قوانين مختلفة، وتتبع عادة في مقارنة القوانين التي لها خصائص مشتركة ومستمدة من مصادر مشتركة مثلما هو الحال بالنسبة لقوانين الدول العربية الخاصة بالأحوال الشخصية التي تتشابه في البنية والخصائص والمصدر وهي نابعة من الشريعة الإسلامية³. وعليه فإن الباحث يدرس جوانب التقارب بين

¹ مجيد فتحي، نفس المرجع، ص. 416.

² معراج جديد، المرجع السابق، ص. 10.

³ نفس المرجع، ص. 10.

القوانين وهي القوانين المتشابهة في الخصائص كالقوانين اللاتينية الجرمانية باستمدادها من مصادر قانونية مشتركة تخضع لمنهج قانوني واحد يجعلها قابلة للمقارنة. وهي طريقة تتبع في توحيد القوانين الداخلية وفي الدول الاتحادية ففي هذه الدول يوجد إلى جانب القوانين الاتحادية قوانين خاصة بكل دولة أو ولاية.

ثالثاً: المضاهاة (المعارضة)

وهي طريقة تستخدمها الباحث لمعرفة أوجه التباين بين أنظمة قانونية مختلفة، بهدف بيان أوجه الاختلاف بين منهجين مختلفين كالمنهج اللاتيني الجرمني والمنهج والاشتراكي أو منهج الكومن لو.

رابعاً: الموازنة (المقارنة المنهجية)

وهي طريقة تمكن الباحث من استخلاص نتائج يمكنه التعرفُ بها على القانون الأفضل بعد دراسة أسباب الاختلاف والتقارب بين هذه القوانين بناء على الظروف التي تحيط بكل قانون. وتوجد نوعين من المقارنة وهي المقارنة الأفقية والمقارنة العمودية، حيث يقصد بالمقارنة الأفقية: تلك المقارنة التي تتم بين القوانين المتباعدة من حيث المكان كالمقارنة بين القوانين الوضعية للدول المتباعد جغرافياً، مثلاً المقارنة بين القانون الجزائري والقانون والبريطاني. بينما يقصد بالمقارنة العمودية: المقارنة المتباعدة من حيث الزمان كمقارنة القانون الوضعي بقوانين أخرى قديمة تكون مصدراً للقانون الحالي.

وبفرض هذا المنهج على الباحث إتباع الخطوات التالية:

- 1- تجزئة النص الأجنبي: بمعنى تحليل النص الأجنبي قصد دراسته وبعد ذلك الانتقال إلى دراسة المنهج الكامل لهذا القانون ومثال ذلك؛ دراسة البنية الشرعية تتطلب دراسة الأحكام والنصوص المتعلقة بالمولد الشرعي مما يقتضي دراسة نظام الأسرة ككل.
- 2- استخلاص الروابط بين القواعد القانونية المختلفة وما يوجد بينهما من تشابه واختلاف توضح أسبابه ثم إصدار حكم لتقييمه.

- 3- معرفة القانون الأجنبي معرفة حقيقية وموضوعية كاملة بالتعرف على تقسيمات ومصادر مع الإحاطة بتطبيقاته، وليس معرفة مجردة¹.
- 4- معرفة لغة القانون الأجنبي ومصطلحاته مع تفسير هذه المصطلحات وفقاً للنظام القانوني الذي تنتمي إليه².
- 5- معرفة العوامل الاقتصادية واجتماعية وسياسية وتاريخية التي تسهم في تكوين النص أو القانون الأجنبي.
- 6- دراسة القوانين بموضوعية والابتعاد عن التحيز فمن المنطقي أن تتم المقارنة بين القوانين دون أي حكم سابق بسمو واحد منها على الآخر. حيث يقول المفكر الفرنسي ومؤسس القانون المقارن مونتسكيو Montesquieu : إن المقارنة تفيد الجمع بين شيئين أو أكثر بطريقة متساوية، وعليه فإن القانون المقارن يفرض دراسة القوانين بالطريقة نفسها ودون حكم سابق بسمو واحد منها على الآخر.
- إلا أن قاعدة الحياد في المقارنة لا تنطبق على المقارنة التي تجمع بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، بل يجب فيها التحيز للشريعة إن لم تكن المقارنة تهدف إلى تكييف القانون معها³.

¹ Jaluzot Béatrice, Méthodologie du droit comparé: bilan et perspective, In: Revue internationale de droit comparé, Vol 57 N°1, France, 2005, p 33.

² Ibid.p. 35.

³ وفي الواقع أن التحيز عند مقارنة القوانين بالشريعة الإسلامية لصالح هذه الأخيرة مرتبطة بالبيئة التي تتم فيها الدراسة ويشخص الباحث وخلفيته الدينية. ففي الجامعات الغربية يسجل اهتمام كبير بمقارنة قوانين بلدانهم بالشريعة الإسلامية، لكن تلك المقارنة تتم في الظروف نفسها التي تتم فيها مقارنة قانون وضعي بقانون آخر وضعي طبقاً لقاعدة الحياد والمساواة بين القوانين التي تتم مقارنته. ويرجع ذلك إلى غياب الوازع الديني عند الباحثين غير المسلمين، وإلى علمانية المؤسسات المشرفة على الدراسات المقارنة، يفسرون ذلك بمقتضيات الموضوعية وعدم الانحياز في المقارنة بين نظامين قانونيين. أما في الدول الإسلامية لا يفتح باب المقارنة بين الشريعة والقانون إلا إذا كانت المقارنة تنطلق من حكم سابق بسمو الشريعة، وتتم بهدف تكييف القانون مع قواعد الشريعة الإسلامية، أنظر عبد الفتاح باباه باباه، المرجع السابق، ص. 246-249.

المبحث الثاني: دور وأهمية القانون المقارن

يكمن دور القانون المقارن في الوظائف التي يؤديها على المستوى الوطني والدولي، فهو يعتبر على الصعيد الداخلي أداة لمعرفة النفاصل والثغرات الموجودة بالقانون الوطني والعمل على إصلاحها، كما يساهم في تقويم المؤسسات الوطنية لا سيما التشريعية والقضائية، في حين يكمن دوره على الصعيد الدولي في العمل على توحيد أو على الأقل تقريب القوانين خاصة تلك التي تحكم عن العلاقات بين الأفراد، للتقليل من الخلافات، التي يمكن أن تقع بينهما، لذلك تبرز أهمية القانون المقارن خاصة في مجال توحيد القانون الخارجي.

المطلب الأول: دور القانون المقارن في مجال العلوم القانونية

إن دور القانون المقارن لا يقتصر على معرفة القانون الأجنبي، بل يعول عليه من أجل، فهم القانون في ذاته، وهو يلتقي في هذه الغاية مع عدة تخصصات أخرى كفلسفة القانون أو النظرية العامة للقانون وتاريخ القانون وعلم الاجتماع القانوني، بل يفيد ويستفيد منها في نفس الوقت، لكنه لا يختلط بها، إذ لكل واحد من هذه المعارف مجاله الخاص¹.

الفرع الأول: القانون المقارن وفلسفة القانون

تقوم الدراسات المقارنة بتحديد المفاهيم القانونية لمختلف المجتمعات بإبراز مختلف المذاهب الفلسفية والاعتقادات الدينية المؤثرة في المجتمع، والكشف عن كل ما يؤدي إلى تقارب أو تباعد الأنظمة القانونية، بحسب التوجهات الفلسفية المستمدة منها². إذ أن تحديد المفاهيم يمكن من معرفة مدى تأثير المبادئ الأخلاقية والفلسفة الإيديولوجية على القانون كتأثر القانون السوفياتي سابقاً بالفلسفة اللاتينية الماركسية، وتأثر بعض التشريعات بالديانات السماوية، إذ تأثرت بعض الدول الإفريقية والآسيوية بالديانة المسيحية³.

¹ أحمد ادريوش، المرجع السابق، ص. 32.

² René DAVID, Les grands systèmes de droit contemporain, 11 édition, Dalloz, Paris, 2002, France, p.03.

³ مجيد فتحي، نفس المرجع، ص. 420.

ثانيا: القانون المقارن والنظرية العامة للقانون

أن النظرية العامة للقانون تحررت من تأثير القانون الوطني وتوجه نظرها نحو القانون الأجنبي وتمارس المقارنة بشكل عفوي خاصة إذا كانت الظاهرة القانونية عالمية¹، ويُعتمد كذلك على الدراسات المقارنة في مجال النظرية العامة للقانون لتبين الأصل التاريخي للتقسيمات القانون والخصائص التي تتميز بها مفاهيمها فالتفرقة بين القانون الخاص والعام القانون المدني والقانون التجاري القاعدة الآمرة والمكملة تظهر أمر طبيعي إذ تم دراستها في إطار القانون الوطني، ولكن بمقارنة هذه القواعد مع غيرها من الأنظمة المختلفة يتبين لنا سلبيات وإيجابيات هذا النظام والمغزى الحقيقي لهذه التفرقة، فقهاء القانون المدني الفرنسي يرون أن التقنين أو التشريع هو النمط الأرقى للتعبير عن قواعد القانون ويكتفي القضاء بتفسيرها وتطبيقها وفي بريطانيا العظم لها نظرة مغايرة للنظرية الفرنسية فلا يعد التقنين هو النمط الأرقى للتعبير قواعد القانونية².

ثالثا: القانون المقارن وتاريخ القانون

لقد كانت دراسة تاريخ القانون وفلسفته الدافع الاساسي لظهور القانون المقارن، ولما كان هذا الأخير يتطلب المقارنة بين الشرائع المختلفة منذ بداية تكوينها حتى إتمامها فإن ذلك يمكن من الاحاطة بالنظم القانونية أثناء تطورها، بحيث يوفر تاريخ القانون مجموعة من الملاحظات والتأملات والآراء تمتد لآلاف السنين³، مما يوضح الكثير من جوانبها الغامضة بواسطة الاستعانة بالقانون المقارن.

¹ Bruno de Loynes de Fumichon, op. cit, p. 36.

² مجيد فتحي، نفس المرجع، ص. 420، 421.

³ Bruno de Loynes de Fumichon, op. cit, p. 35.

الفرع الثاني: دور القانون المقارن في مجال القوانين العملية

يعد القانون المقارن أداة فعالة وناجعة لفهم القانون الذي ينظم سلوك الأشخاص على الصعيد الوطني والدولي وتطويره نحو الأحسن، من خلال معرفة النقائص والعمل على سدها.

أولاً: دور القانون المقارن على المستوى الوطني

يساهم القانون المقارن بشكل كبير في تحسين القانون الوطني، خاصة إذا كان القانون محل المقارنة أكثر تطوراً، فيسمح لكل من المشرع والقاضي والفقهاء من معرفة إيجابية وسلبية القانون الوطني والعمل على إيجاد الحلول بناء على التشريعات المقارنة بما ينعكس إيجاباً على المواطنين.

1- دور القانون المقارن بالنسبة للمشرع: غالباً ما يلجئ المشرع عند سنه أو تعديله وتتيحه للنصوص القانونية إلى الاستعانة بالقانون المقارن، بالاطلاع على تجارب الآخرين ومعرفة ما في هذه القوانين الأجنبية من مزايا وعيوب، لتفادي تلك العيوب وإرساء تلك المزايا في التشريع الوطني، وبذلك تثير المشرع الوضعي حتى يكون القانون الوطني أكثر فائدة، "وبهذه الطريقة يمكن تحسين وتطوير قواعد القانون الداخلي بجميع فروعها وذلك بما يتلاءم مع التغيرات المستحدثة والظروف المستجدة، وجعلها تتماشى مع مقتضيات والمتطلبات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في المجتمع"¹.

2- دور القانون المقارن بالنسبة للفقهاء والقاضي: يساهم الفقهاء والقضاة بدور هام عن طريق الدراسة المقارنة في إصلاح التشريع أو تحسين تطبيقه، فالفقيه بما يقوم من دراسة للقوانين الأجنبية، يطلع على مزاياها وعيوبها ومن خلالها يستخلص ما يشوب قانونه الوطني من نقصان وعيوب فيستعمل الحلول التي تعرف عليها عن طريق الدراسة المقارنة لإصلاح

¹ معراج جديد، المرجع السابق، ص. 11.

القانون الوطني وسد ثغرات ونواقصه، وبذلك هو يمهّد الطريق للمشرع ويساعده في صنع القواعد القانونية الملائمة لمجتمعه والمنسجمة معه.

ولا يقل دور القضاء شأنًا عن دور الفقيه في إصلاح عيوب التشريع وإصلاح النقائص التي تشوبه عند بحثه عن الحلول العادلة في القضايا المطروحة أمامه باللجوء إلى القانون الأجنبي ولاسيما عندما يكون الأخير مصدرًا تاريخيًا للقانون الوطني كالقانون التجاري الفرنسي بالنسبة للقانون التجاري الجزائري.

إن القانون المقارن يعتبر رافد خصب للمشرع والفقه والقاضي، مما يلزمهم بمواكبة التطورات الحاصلة في المنظومة القانونية.

ثانياً: دور القانون المقارن في المجال الدولي

يعمل على التقارب بين الشعوب ويوثق العلاقات بين الدول عن طريق القانون الدولي كما ييسر التعاون بين رعايا الدول عن طريق القانون الدولي الخاص.

1- القانون الدولي العام: إن معرفة قانون أي بلد يسهل التعامل معه وييسر التواصل ويقلل الخلافات والنزاعات مما يؤدي إلى التفاهم والتعاون في كل الميادين، وتنشأ ظاهرة الانسجام والتجانس بين الشعوب وتزول عوامل الخلاف والتنازع، ويمكن القانون المقارن رجال القانون من معرفة الأنظمة القانونية للمجتمعات الآخرين مما يسهل لهم استخلاص المبادئ العامة التي تصلح للمجتمع الدولي وتنظيم العلاقات بين الدولة وإنشاء الهيئات الدولية التي تتكفل بمصالح المجتمع الدولي في مختلف المجالات، وبذلك تتقارب وجهات النظر بين الدول وتتوصل إلى إبرام المعاهدات والاتفاقيات الدولية في شتى المجالات. حيث ساهمت الدراسات المقارنة باستخدام المنهج المقارن في نقل مبادئ القانون الخاص إلى القانون الدولي العام بعد التأكد من قابليتها للتطبيق بين الدول، فعلى سبيل المثال تم نقل الحيابة كسبب

من أسباب نقل الملكية إلى القانون الدولي العام وأصبح يطبق على كسب الدولة إقليمياً غير مملوك للغير وغير متنازع عليه¹.

2- القانون الدولي الخاص: القانون الدولي الخاص، يقصد به القانون الذي يحدد قواعد الإسناد للقانون الواجب التطبيق والنزاع المختص في العلاقات القانونية التي يكون فيها عنصر أجنبي طرفاً فيها، وقد تزايد تطبيق القانون الدولي الخاص بسبب الحركة الاقتصادية الكبيرة وتشابك العلاقات الدولية الأمر الذي يفرض على القضاة الاطلاع على القوانين الأجنبية.

إلا أن أهم مشكلة يعاني منها القانون الدولي الخاص هي مسألة التكييف والتي تسبق تطبيق قاعدة الإسناد خاصة في حالة خلو القواعد الوطنية من تنظيم العلاقة المطروحة أو في حالة الاختلاف بين القانون الوطني والقانون الأجنبي المعني بالتنازع، على الرغم من أن المشرع الجزائري حسم مسألة التكييف في نص المادة 09 من القانون المدني² وأخضعها لقانون القاضي، وهي فكرة مننقدة لأنها لا تحقق العدل، كما أنها غير كافية خاصة في الفروض التي يجهل فيها القاضي الوطني نطاقاً قانونياً معيناً يتمسك به الخصم أمامه. لذلك يرى الفقه الحديث أنه ينبغي على القاضي أن يستأنس بالقانون المقارن لإيجاد التكييفات العالمية المطلقة والمجردة للمسألة القانونية حتى لا يتم تشويهها³، وهو يسعى إلى توحيد ضابط الإسناد على أساس القانون المقارن.

¹ مجيد فتحي، المرجع السابق، ص. 422.

² الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 78 الصادرة في 30 سبتمبر 1975.

³ علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص. 44.

المطلب الثاني: أهمية القانون المقارن

إن الاقتصار على معرفة القانون الوطني والاكتفاء به من شأنه أن يحد من أفق رجال القانون ويجعل معرفتهم جزئية ومحصورة في مكان أو زمن معين. لكن الدراسة المقارنة تجعل معرفتهم تنبض بالحركة والحياة والتطلع إلى المستقبل والإحاطة بقوانين العالم واستيعابها. وتتجلى فائدة الدراسة في فهم أفضل للقانون الوطني خاصة إذا كان هذا القانون مقتبساً من قوانين أجنبية متقدمة، وذلك بالرجوع إلى تطبيقاتها فيهندي بها لفهم القانون الوطني والتعرف على النقائص والثغرات الموجودة فيه من أجل إصلاحها. كما أن الاطلاع على قوانين الدول يسهل التعامل معهم وييسر التواصل ويقلل الخلافات والنزاعات مما يؤدي إلى التفاهم والتعاون في كل الميادين.

الفرع الأول: أهداف القانون المقارن

من الأهداف التي يسعى إليها القانون المقارن هو توحيد القانون خاصة القانون الخاص من خلال الدراسات المقارنة يمكن التوصل إلى أنظمة قانونية دولية تحل محل القوانين الوطنية، والاتفاقيات والمعاهدات من شأنها أن تصبح قوانين وطنية، ومن دواعي الحاجة إلى القانون المقارن (أهميته) أنه:

- أداة لتطوير وتحسين قواعد القانون الداخلي بجميع فروعها¹،
- التعرف على حلول جديدة لمشاكل قديمة،
- التعرف على حلول لمشكلات جديدة،
- الوقوف على الثغرات القانونية في التشريعات الداخلية والعمل على سدّها.
- أداة لفهم القواعد القانونية،
- أداة لتقييم المؤسسات القانونية (البرلمان، القضاء)،

¹ معراج جديدي، المرجع السابق، ص. 11.

- أداة لتوحيد القوانين على المستوى الداخلي والإقليمي والدولي.

الفرع الثاني: التوحيد

ويعتبر التوحيد أهم غاية يسعى إليها القانون المقارن وذلك منذ انعقاد مؤتمر باريس للقانون المقارن في عام 1900م¹، ولكن وضع قانون واحد يحكم الإنسانية مستحيل، فهو يسعى على الأقل إلى توحيد القانون بين النظم المتقاربة المتشابهة، "أو على الأقل التقريب بين التشريعات أو ملاءمتها"²؛ والتوحيد يأخذ صورتين:

أولاً: التوحيد الداخلي

يقصد به توحيد القانون داخل الدولة الواحدة والتي يوجد بها عدة قوانين، وهو تكملة لسيادة وطنية ومن شأنه أن يقضي على أسباب التفرقة الطائفية والإقليمية ويجعل الدولة وحدة متماسكة، "والتوحيد الداخلي تقتضيه طبيعة الدول الاتحادية أو الفيدرالية كما هو الشأن بالنسبة للولايات المتحدة الأمريكية والاتحاد السوفياتي سابقاً؛ أو تقتضيه غاية القضاء على تعدد القوانين في الدولة الواحدة كما حصل في عدد كبير من دول أوربا خلال القرن التاسع عشر"³. فقد تحققت هذه الفكرة في فرنسا بصور قانون نابليون عام 1808، وحدث حذوها دول أخرى فوحدت إيطاليا القانون المدني 1865 وألمانيا 1896 وظهرت قوانين موحدة بعد الحرب العالمية الأولى في الدول الشرقية لأوروبا وانتقلت فكرة التوحيد إلى الشرق العربي فوحدت مصر القانون المدني وساعد ذلك على توحيد القوانين في البلاد العربية الأخرى وكان القانون المصري القانون النموذجي الذي اقتدت به الدول وكان للعلامة السنهوري دور فعال في هذا التوحيد حيث أسندت له مهمة تحرير مشروع القانون المدني في الكثير من الدول العربية⁴.

¹ Bruno de Loynes de Fumichon, op. cit, p. 18.

² Ibid, p. 18.

³ أحمد درويش، المرجع السابق، ص. 52.

⁴ نفس المرجع، ص. 51.

ثانياً: التوحيد الخارجي

تكمن أهمية القانون المقارن على المستوى الدولي في الوظيفة التي يؤديها وهي توحيد القواعد القانونية بين الدول وهذا بالرغم من التباين في أنظمتها القانونية والاقتصادية والاجتماعية¹، وتجسدت عملية التوحيد في الكثير من الاتفاقيات سواء الثنائية أو المتعددة الأطراف الإقليمية منها والعالمية.

1- التوحيد الثنائي: يكون بين دولتين تتفقان على توحيد قانونيهما كاتفاق فرنسا وإيطاليا على توحيد قانون الالتزامات وقد تم وضع مشروع التوحيد عام 1929م لكنه لم يرى النور²، ومن الاتفاقيات الثنائية نذكر اتفاقيات الازدواج الضريبي.

2- التوحيد المتعدد الأطراف: التوحيد المتعدد الأطراف إما أن يكون توحيد إقليمي أو توحيد عالمي.

أ - التوحيد الإقليمي: ويكون من بلدان ترتبط بروابط سياسية واقتصادية وتاريخية أو جغرافية وأهم هذه الاتحادات نذكر:

- اتحاد الدول الإسكندنافية: ويسمى هذا الاتحاد بالاتحاد الشمالي، ويتألف من السويد والنرويج والدنمارك وأيسلندا وفنلندا هذه الدول تجمعها وحدة جغرافية في شمال أوروبا قامت بينها وحدة في كثير من القوانين ورغم أن القانون النرويجي والدنماركي ينتهجان أسلوب القانون الإنجليزي وأن القانون السويدي والفنلندي يرتبطان بالقانون الألماني فإن فكرة التوحيد قد تغلبت على الاختلاف القائم بين مصادر هذه القوانين فيما يتعلق بالقانون التجاري³.

- اتحاد دول البيني ليكس: يتألف هذا الاتحاد من بلجيكا وهولندا ولكسمبورغ، حيث وقعت حكومات هذه الدول معاهدة في عام 1944م من أجل إقامة وحدة جمركية، ثم تلتها معاهدة

¹ معراج جديدي، المرجع السابق، ص. 13.

² مجيد فتحي، المرجع السابق، ص. 422.

³ نفس المرجع، ص. 423.

وقعت عام 1958م لإقامة وحدة اقتصادية ووضع سياسة مشتركة للتجارة الخارجية وتنسيق لأعمال في مجال الاستثمارات والزراعة والأعمال مما ساعد على توحيد الكثير من القوانين في هذه الدول، كالقانون الدولي الخاص وأحكام البيع وتنفيذ الأحكام القضائية، وتأسيس محكمة البني ليكس التي تعمل على توحيد الاجتهاد القضائي، ويلتزم القضاة في دول الاتحاد باتباع أحكامها¹.

- **الاتحاد الأوروبي:** أنشئ هذا الاتحاد بعد التوقيع على معاهدة ماستريخت بهولندا في 07 فبراير سنة 1992 التي بمقتضاها تم تجميع مختلف الهيئات الأوربية في إطار واحد وهو الاتحاد الأوربي وكان يضم 28 دولة قبل أن تقرر بريطانيا الانسحاب منه بموجب استفتاء شعبي أجرته في 23 جوان 2016، وهو يهدف إلى تأسيس مواطنة أوربية تضمن الحقوق الأساسية والحقوق المدنية والسياسية، وضمان مبادئ الحرية والأمن والعدل، ويعتمد في تحقيق تلك الأهداف على أربع ركائز أساسية هي: مجلس الاتحاد الأوربي وهو أهم جهاز إداري يقوم بتمثيل مصالح الدول الأعضاء على المستوى الأوربي، برلمان أوربي ينتخب أعضاؤه مباشرة من قبل ناخبي الدول الأعضاء، له وظيفة تشريعية، المفوضية الأوربية وهي الجهاز التنفيذي للاتحاد وتملك صلاحيات تقديم مشاريع القوانين، والاشرف على تنفيذ القوانين وتوقيع المعاهدات، ومحكمة العدل الأوربية التي تشرف على احترام القوانين الخاصة بالاتحاد²، وبذلك يساهم الاتحاد الأوربي في وضع قانون موحد لدول الاتحاد يحكم دول الأعضاء.

- **الاتحاد الإفريقي:** تم إعادة النظر في منظمة الوحدة الإفريقية واستبدالها بالاتحاد الإفريقي سنة 2002م على غرار الاتحاد الأوربي وله مؤسسات تنفيذية وتشريعية وقضائية، فمن بين أجهزته الرئيسية المجلس التنفيذي وهو يتشكل من وزراء خارجية الدول الأعضاء،

¹ مجيد فتحي، نفس المرجع، ص 423.

² أنظر الموسوعة السياسية، مقال منشور على الموقع <https://political-encyclopedia.org> أطلع عليه يوم 06 جوان

2021 على الساعة 19:20.

وبرلمان عموم إفريقيا وهو أعلى سلطة تشريعية وينتخب أعضائه من طرف الدول الأعضاء، ومحكمة العدل الإفريقية وهي تبت في الخلافات التي تنشأ بين الدول الأعضاء حول تفسير المعاهدات الخاصة بالاتحاد الإفريقي¹.

- **جامعة الدول العربية:** تتألف الجامعة من مجلس الجامعة والأمانة العامة واللجان، هذه الأخيرة تقوم بإعداد دراسات في الشؤون السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والصحية والقانونية وتعد اللجنة الثقافية للدراسات التحضيرية لتوحيد التشريع في الدول العربية، وإن كانت أغلب الدول العربية استمدت قوانينها من القانون المدني المصري المقتبس من قانون نابليون والذي كان بصفة مستقلة وليس على أساس التعاون².

ب - التوحيد العالمي:

يكون التوحيد العالمي عن طريق الاتفاقيات الدولية ويتناول المسائل المتعلقة بالعمل والتعامل التجاري بما يضمن السلامة ويرفع ما يثور من شأنه من تنازع في القوانين وبذلك يجعل القانون الموحد في الموضوع الذي تناوله التوحيد وهذا لا يمس سيادة الدول مادام الاتفاق قائما بين الدول وفق المجالات التي يتم فيها التوحيد باتفاقيات دولية ومن بين هذه الاتفاقيات الدولية نذكر:

- توحيد قواعد النقل البحري: تم هذه التوحيد بموجب اتفاقية بروكسل في 1924/05/25³.
- توحيد قواعد النقل الدولي عن طريق الجو: كان بموجب اتفاقية وارسو 1929/10/12 التي دخلت حيز التنفيذ في 1933/02/13⁴.

¹ مقال منشور في جريدة الشروق المصرية، بتاريخ 2019/02/10، على الموقع <https://www.shorouknews.com> أطلع عليه يوم 06 جوان 2021 على الساعة 20:05.

² مجيد فتحي، المرجع السابق، ص. 424.

³ سليم بولديو، اتفاقية الأمم المتحدة للنقل البحري للبضائع بالمقارنة مع اتفاقية بروكسل، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد أ، العدد 42، جامعة قسنطينة 1، الجزائر 2015، ص. 516.

⁴ عبد الخالق صالح عبد الله معزب، النظام القانوني لمسؤولية الناقل الجوي الدولي عن الأشخاص، المركز الديمقراطي العربي، الطبعة الأولى، 2019، ص. 25.

- توحيد القواعد المتعلقة بالبيع الدولي: لقد تم التوحيد بموجب اتفاقيتين دوليتين بتاريخ 1964/06/01، الأولى خاصة بالبيع الدولي للأشياء المنقولة المادية، والتي دخلت حيز النفاذ بتاريخ 1974/08/18، والثانية تتعلق بإنشاء عقد البيع الدولي والتي دخلت حيز النفاذ بتاريخ 1972/08/23¹.

- توحيد القواعد المتعلقة بمكافحة الفساد: تم بموجب اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد في 2003/10/31.

¹ أشار إلى ذلك: العياشي شتو، نظرة قانون لاهاي الموحد لمعيار دولية عقد البيع، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 11، العدد 02، الجزائر، 2014، ص. 309.

الفصل الثاني:

الأنظمة القانونية الكبرى

أمام تعدد القوانين الوضعية الوطنية التي تفوق عدد البلدان في العالم أصبح من الصعب على رجل القانون أن يدرس جميع هذه القوانين وأن يطلع عليها لأسباب واضحة. فظهرت فكرة تجميع القوانين الوطنية الوضعية في عائلات قانونية كبرى لوجود تشابه والصلات القوية بحيث تصنف القوانين التي تجمع بينها الخصائص الأساسية المشتركة في عائلة قانونية كبرى تسمى بالشرعية العالمية. ورغم أن العالم مازال "منقسماً إلى قسمين كبيرين في القانون، هما قسم القانون المدني، وقسم السوابق القانونية Common Law، وبداخلها: قوانين متعددة ومتنوعة بتنوع الأنظمة السياسية والمجتمعات"¹.

ولقد ارتبط هذا التقسيم بالاستعمار الفرنسي والبريطاني، حيث تبنت دول العالم الثالث قوانين الدولة المحتلة، فكان هناك توحيد جغرافي لأغلب القواعد القانونية. لكن هذا التوحيد كان على المستوى الداخلي²، وهذا يسهل وضع تلك القوانين ضمن أحد الشرائع العالمية الكبرى، ورغم أنه هناك خلاف بين الفقهاء حول المعيار الذي يتم بناء عليه تصنيف الشرائع العلمية الكبرى، إلا أن الكثير من الفقهاء المعاصرين يعتمدون على التصنيف القائم على مراعاة العناصر الثابتة في القانون دون العناصر المتغيرة مما يجعل التقسيم أكثر وضوحاً، إذ يرى الفقيه الفرنسي روني دافيد الذي أثبتت جدارته وتفوقه في ميدان القانون المقارن أنه عند تصنيف القوانين الوضعية ضمن أنظمة وشرائع كبرى يجب أن يراعي في التصنيف العناصر الثابتة والأساسية في القانون، وليس القواعد المتغيرة فيه لأن العناصر الثابتة كمصادر القانون وتقسيماته وصياغته الفنية ودراسته ومفاهيمه ومناهج تفسيره، هي الخصائص المشتركة والثابتة والتي يمكن بواسطتها تجميع مختلف القوانين ضمن عائلات كبرى، خلافاً للعناصر المتغيرة كالمضمون والمحتوى والتي تجعل من القوانين تزداد تنوعاً أو تقل.

¹ موسى خليل مري، توحيد القواعد القانونية للتجارة الدولية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 22،

العدد الثاني، سوريا، 2012، ص. 144.

² نفس المرجع، ص. 144، 146.

ويقسم روني دافيد الشرائع العالمية الكبرى إلى:

- الشريعة اللاتينية الجرمانية،

-شريعة الكومون لو Common Law،

- شريعة الدول الاشتراكية،

-الشريعة الإسلامية والهندية واليهودية وغيرها.

البحث الأول: النظام اللاتيني الجرمني (الروماني الجرمني)

نشأ هذا النظام في أوروبا وبدأت عناصره تتألف منذ القرن الثاني عشر (12) ميلادي، وانتشر فيما بعد في دول أخرى خارج القارة الأوروبية الذي أخذ جل مبادئه من القانون الروماني¹، وذلك بظهور حركة النهضة التي دعت إلى إحياء القانون الروماني وقادت الجامعات هذه النهضة بدراسة القانون الروماني كنموذج لتنظيم المجتمع مقابل تعدد وتنوع وهمجية الأعراف المحلية، وقد تميز عمل الجامعات بدراسة القانون الروماني والمحافظة على معانيه الأصلية، ولم يستبعد منه إلا المؤسسات والأنظمة القانونية التي لم يعد لها وجود كالرق أو العلاقات التي يحكمها القانون الكنسي كالزواج².

ولهذا يعتبر القانون الروماني أعظم تراث قانوني ورثته الحضارة الحديثة عن العالم القديم فقد كان القانون الرومان مصدرا تاريخيا لمعظم القوانين الحديثة، "ويطلق على هذا النظام اسم العائلة الرومانية الجرمانية لأن الحقوق الجرمانية (الألمانية، النمساوية والسويسرية) قد تأثرت أيضاً بالقانون الروماني وبالتالي تنتمي إلى نفس عائلة الحقوق اللاتينية (الفرنسية، الإيطالية والإسبانية)³"، وفي هذا الصدد يقول الفقيه الألماني إهرنج IHRNIG: "إن روما غزت العالم ثلاث مرات الأولى: بجيشها، والثانية: بدينها، والثالثة:

¹ معراج جديدي، المرجع السابق، ص. 47.

² مجيد فتحي، المرجع السابق، ص. 425.

³ Bruno de Loynes de Fumichon, op. cit, p. 103.

بقانونها، وكان الفتح الأكثر سلمًا والأبعد مدى¹، وبذلك يعد القانون الروماني إرثًا تاريخيًا لهذه الشريعة والتي نظم مجموعتين من القوانين.

- **المجموعة اللاتينية:** وتتمثل في القانون المدني الفرنسي والدول المستمدة منه كالبرتغالي الإسباني، الإيطالي، ودول أمريكا اللاتينية والصين واليابان.

- **المجموعة الجرمانية:** وتتمثل في القانون الألماني والقوانين المستمدة منه خاصة التي تحمل الأعراف الجرمانية كالقانون النمساوي، المجر والسويسري.

ونظرا لتأثر الشريعة اللاتينية الجرمانية بالقانون الروماني فيحتم علينا الأمر التطرق لأهم مصادره وتقسيماته.

المطلب الأول: بنية القانون الروماني

إن القانون الروماني ثري للغاية، لذلك كان مصدرا للعديد القوانين لاسيما القانون المدني، وقد كان لهذا القانون مصادره الخاصة، وهي نفس المصادر التي تعتمدها أغلب الأنظمة القانونية مع اختلاف في ترتيب وأهمية من نظام إلى آخر، كما كان القانون عند الرومان يقسم العام والخاص.

الفرع الأول: مصادر القانون الروماني

مرّ القانون الروماني بثالث مراحل تاريخية وتميزت كل مرحلة بخصائص ومصادر معينة، وأول مرحلة كانت هي مرحلة القانون القديم، التي تشمل العصر الملكي العصر الجمهوري، فهي تبدأ منذ نشأة روما عام 754 ق. م. وتمتد إلى قيام النظام الجمهوري عام 509 ق. م. وإلى غاية صدور قانون إيبوتيا عام 130 ق. م.² وقد انحصرت مصادر القانون في هذا المرحلة في العرف والتشريع وإن كان المصدر الثاني ثانوي الأهمية، كما

¹ مصطفى فاضل الخفاجي، القانون الروماني وتأثيره على القوانين الحديثة اللاحقة، مقال منشور على الموقع <http://bchc.uobabylon.edu.iq> بتاريخ 10 جوان 2013، أطلع عليه بتاريخ 11 جوان 2021 على الساعة 18:10.

² سهى منذر، مراحل نشأة القانون الروماني، مقال منشور في جريدة الناحي العراقية، بتاريخ 2018/08/16، على الموقع <https://www.shorouknews.com> أطلع عليه يوم 11 جوان 2021 على الساعة 20:20.

تميز هذا العصر بأن رجال الدين هم الذين كانوا يتولون تفسير القوانين وتطبيقه. وثاني هذا المراحل مرحلة العصر العلمي، ويمتد هذا العصر من منتصف القرن الثاني قبل الميلاد 130 ق. م. إلى أواخر القرن الثالث بعد الميلاد وبالتحديد عام 284 م وهو تاريخ تولي الإمبراطور دقلديانوس الحكم، ويعتبر هذا العصر أزهى وأرقى عصور لذلك يسمى بالعصر الذهبي¹، وتميز هذا العصر بتعدد مصادر القانون، فظهر بجانب العرف والتشريع مصادر جديدة هي القانون البريتوري² الذي أنشأه البريتور (الأحكام الصادرة عن القاضي في النزاعات التي تثور بين المواطنين) وقانون الشعوب (الأحكام الصادرة عن القاضي الذي يفصل في نزاع بين الأجانب، الذي يسمى ببريتور الأجانب)³، وقد ساهم هؤلاء الحكام في تكوين القواعد القانونية من خلال المنشورات التي كانوا يصدرونها فاعتبرت منشورات البريتور مصدراً جديداً للقانون⁴. كما كان يعتبر الفقه في هذا العصر مصدراً رسمياً للقانون أين تم الاعتراف "لبعض الفقهاء بحق إعطاء الفتاوي ملزمة للقضاة، وأشهر الفقهاء الرومان

¹ سهى منذر، نفس المرجع.

² المقصود بالبريتور هو القاضي أو الحاكم القضائي الذي يفصل في النزاع المدني ولعل أو وظيفة ترجع لعام 367 ق.م. لحسم النزاعات بين المواطنين الرومان. أنظر منذر الفضل، تأريخ القانون، دار ثاراس للطباعة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، العراق، 2005، ص 116.

³ بعد توسع روما جغرافياً ودخول شعوب كثيرة تحت سيطرة الدولة الرومانية، وفي ظل عدم اعتراف الرومان بالقوانين الأجنبية، ورفضها تطبيق قواعد القانون المدني على الأجانب، تم إنشاء منصب بريتور الأجانب (قاضي الأجانب) في عام 242 ق. م. للفصل في النزاعات التي تثور بين الأجانب أو التي تحدث بينهم وبين الرومان، وقد كان البريتور حر في صياغة القاعدة القانونية التي تحكم النزاع الأجنبي، واستوحاها من مبادئ العدالة والقانون الطبيعي مع استناده إلى الأعراف والتقاليد والشرائع التي شاع التعامل بها مع الأجانب، فانتقلت قواعد قانون الشعوب إلى القانون المدني. أنظر محمد عبد الحميد عبد المجيد العلوي، أهمية القانون الروماني ومراحل تطوره، مجلة التهامية، العدد العاشر، جامعة الحديدة، اليمن، 2016، ص. 149.

⁴ منذر الفضل، المرجع السابق، ص. 116.

في ذلك العصر هم جايوس Jaus وبابينيان Papinien والبيان Uipien وبول Paul ومودستان Modestin¹.

أما المرحلة الثالثة فهي مرحلة عصر الإمبراطورية السفلى وتبدأ من العهد البيزنطي عام 284 م. إلى غاية وفاة الإمبراطور جستنيان عام 565 م. وعرفت هذه الفترة جمود في القانون الروماني، وفي هذا العصر كان التشريع هو المصدر الوحيد للقانون والعرف لا يعتبر مصدرًا إلا عند العودة إليه في حالة خلو التشريع من القاعدة القانونية²، وقد تميزت هذه المرحلة بتقنين قواعد القانون الروماني والتي قام بها الإمبراطور جستنيان الذي وضع مدونته في القرن السادس بعد الميلاد، حيث تستمد أحكامها من آراء الفقهاء الخمس السابقين³، وهي تسمى في العصر الحديث ب القانون المدني Droit civil وهي آخر الأعمال العلمية في العصر الروماني وفضل الجهود العلمية آنذاك⁴.

الفرع الثاني: تقسيمات القانون الروماني

قسم الرومان القانون إلى قسمين رئيسيين؛ هما القانون العام والقانون الخاص⁵.

أولاً: القانون العام

ظهر القانون العام لدى الفقه الروماني في أواخر العصر العلمي ولم يبلغ في تطوره المستوى المعروف عنه اليوم عن القانون العام إنما كان يقصد به القانون الذي يهتم بمصلحة الدولة ويسعى إلى حماية المصلحة العامة وهذا القانون قسم إلى الفروع التالية:

¹ محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 2010، ص. 212.

² محمد عبد الحميد عبد المجيد العلوي، المرجع السابق، ص. 147.

³ محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 2010، ص. 212.

⁴ منذر الفضل، المرجع السابق، ص. 112.

⁵ معراج جديدي، المرجع السابق، ص. 50.

1- قانون الحكام: يضم القواعد المنظمة للمسائل التي وظيفة ما يعرف اليوم بالقانون الدستوري والقانون الإداري والقانون المالي والقانون المالي دون أن يعرف هذا التقسيم أو يحتوي الأحكام المعروفة اليوم في المجتمعات المعاصرة.

2- قانون العبادة: ويضم مجموعة القواعد المتعلقة بدور العبادة وإقامة الشعائر الدينية داخل المدينة بالإضافة إلى تنظيم الجمعيات الدينية التي يشرف عليها الكهنة في روما ولا وجود له في القوانين الوضعي الحديثة.

3- القانون الجنائي: كان في البداية يقتصر على الجرائم العامة التي تمس الصالح العام ثم اتسع فيما بعد نطاقه إلى كثير من الجرائم الخاصة التي تمس مصالح الأفراد واعتبر القانون الجنائي قانونا عاما لكون السلطة العمومية هي التي توقع العقوبة.

ثانيا: القانون الخاص

يقصد بالقانون الخاص القانون الذي يهتم بتنظيم مصالح الأفراد وقد أشتمل على مجموعة الأحكام القانونية التي "تدخل اليوم في نطاق القانون المدني والقانون التجاري وقانون الإجراءات المدنية والتجارية"¹، كما كان الرومان يعتبرون الجرائم الخاصة ضمن القانون الخاص ويتميز القانون المدني الروماني بخاصيتين تميزانه عن القانون المدني في العصر الحديث.

الخاصية الأولى: تتعلق بالأشخاص الخاضعين له

لم يكن القانون المدني عند الرومان هو القانون الذي يحكم المعاملات بين جميع الأشخاص الخواص في إقليم دولة كما هو الأمر اليوم، وإنما يسري على المواطنين الرومان دون سواهم فلا يجوز أن يتمسك به الأجانب المقيمون في الإمبراطورية الرومانية، وقد أدت

¹ معراج جديدي، نفس المرجع، ص. 50.

الحاجة إلى تنظيم المعاملات القائمة بين الأجانب التابعين للإمبراطورية الرومانية ولاسيما بعد توسعها لتشمل الكثير من بلدان العالم القديم إلى ظهور قانون الشعوب والذي يرجع الفضل في تكوينه إلى جهود بريطور الأجانب الذي يفصل في النزاعات المطروحة من الأجانب والذي اتسم بالتححرر التدريجي من شكليات القانون المدني الروماني¹.

الخاصية الثانية: تتعلق بالموضوعات التي ينظمها

كان القانون المدني الروماني يشتمل القواعد المنظمة للعلاقات الخاصة المدنية والعلاقات التجارية لأن القانون الروماني لم يعرف تقسيم القانون الخاص إلى مدني وتجاري وهو التقسيم الذي ظهر فيما بعد بإيطاليا كما هو معروف على يد التجار الأجانب، كما يشتمل القانون المدني عند الرومان على القواعد الموضوعية والإجراءات المدنية والتجارية، ويعود ذلك إلى عدم تفرقة الرومان بين الحق والدعوى التي تحميه. وقسم القانون الخاص إلى قانون الأشخاص وقانون الأموال وقانون الدعاوى².

1- قانون الأشخاص: هو مجموعة القواعد القانونية الخاصة بمركز الشخص باعتباره أهلاً لاكتساب الحقوق والتزامه بالواجبات³. ومن جملة المسائل التي عرفها القانون الروماني في نذكر؛ فكرة الشخصية القانونية إلا أن فكرة الشخصية المتعارف عليها لدى الرومان كانت ضيقة، واشترطوا لاكتسابها الشروط الآتية:

- أن يكون الشخص حراً فلا يعترف بها للعبد،
- أن يكون من المواطنين فلا يعترف بها للأجانب،
- أن يكون له الصفة العائلية أن يتمتع بنسب معروف.

¹ محمد عبد الحميد عبد المجيد العلوي، المرجع السابق، ص. 147.

² معراج جديدي، المرجع السابق، ص. 50.

³ نفس المرجع، ص. 50.

كما عرف الرومان فكرة الشخصية المعنوية أو الاعتبارية حيث اعترف فقهاء الرومان في العصر العلمي بالشخصية المعنوية للجماعات الدينية وهيئات الدولة والشركات وقد ميزوا بين نوعين من الأشخاص المعنوية هما: جماعات الأشخاص كالجمعيات الدينية وهيئات الدولة وجماعات الأموال كالشركات.

2- قانون الأموال: هو مجموعة "القواعد الخاصة بالملكية والحقوق العينية بمختلف صورها والحقوق الشخصية والالتزامات، وقد قسم الرومان الأموال إلى أموال عقارية وأموال منقولة وأموال مادية وأموال معنوية¹". وهو نفس التقسيم الذي تعرفه القوانين الحديثة، كما عرف الرومان نظام التقادم ومنه اشتقت أحكام التقادم في القوانين الحديثة وقد قسموا الحقوق إلى حقوق عينية وحقوق شخصية وهذا التقسيم جاء كنتيجة طبيعية لتقسيمهم للدعاوى إلى دعاوى عينية وشخصية، فكانت الدعوى تعتبر عينية حينما يطالب المدعي بتقرير سلطة له على شيء معين بينما تعد شخصية إذا طالب المدعي بتقرير حق له على شخص معين.

"وقسمت الالتزامات في القانون الروماني بحسب مصدرها أو أطرافها أو موضوعها أو الأثار الناجمة عنها. وقد جاء في المدونة على أن الالتزامات على قسمين هما: التزامات أقرها القانون المدني والتزامات حاكمة (شرفية) التي رتبها الحاكم في حدود سلطته التشريعية²".

"وقسم الرومان المسؤولية التي تقوم عن الخطأ الإيجابي والتي تقوم عن الخطأ السلبي والمسؤولية التي تقوم عن فعل الشخصي والمسؤولية التي تقوم على فعل الغير³.

¹ معراج جديدي، نفس المرجع، ص. 50.

² منذر الفضل، المرجع السابق، ص. 153.

³ معراج جديدي، نفس المرجع، ص. 51.

3- قانون الدعاوى: هو القانون الذي يتناول القواعد الخاصة بالدعاوى وعلى وجه الخصوص نظام المرافعات الكتابية وجاء هذا التقسيم الثلاثي في مجموعة النظم "لجستيان". ويستند هذا التقسيم على اعتبار الحق وحدة النظم القانونية، ويعالجه في أركانه الثلاثة: "الشخص كصاحب للحق-والمال كمحل للحق-والدعوى كوسيلة ل حمايته.

المطلب الثاني: البناء القانوني لقوانين الشريعة اللاتينية الجرمانية

رغم الاختلاف والتباين المتواجد بين قوانين الشريعة الرومانية الجرمانية خاصة في مجال القانون العام لاتصاله بالأنظمة السياسية والإدارية التي تختلف من دولة إلى أخرى، إلا أنها تجتمع في بنائها القانوني كما أن هناك عناصر متشابهة أكثر فأكثر ويظهر هذا التشابه في التقسيمات والمفاهيم القانونية من جهة وفي فكرة القاعدة القانونية.

الفرع الأول: التشابه من حيث التقسيمات الأساسية

إن تقسيمات القانون هي نفسها في كل القوانين الوضعية التابعة لهذه الشريعة بحيث تتشابه فئات القانون وكذلك نفس الأفكار مع الإشارة إلى أنه توجد بعض الاختلافات والخصوصيات المتعددة في هذه التقنيات فمضمونها يختلف من بلد لآخر نسبياً ومن أهم خصائص الشريعة اللاتينية الجرمانية تقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص وقد أصبح هذا التقسيم بالنسبة لرجال القانون في الشريعة اللاتينية الجرمانية اليوم مسألة بديهية وأمرًا مسلماً به، ويضم كل من القانون العام والخاص فروعاً، ويترتب على هذا التقسيم وجود نوعين من المؤسسات القضائية (محاكم عادية) و(محاكم إدارية) هذا لا ينفي وجود التقارب والانسجام بين كل فروع القانون، بل تربط بينهما قواعد مشتركة وثابتة، ويرجع ذلك إلى الأصول التاريخية في تكوين العائلة الرومانية الجرمانية حيث تشكل النظرية العامة للالتزامات النواة الأساسية والعمود الفقري التي بنيت عليها الشريعة الرومانية الجرمانية، وتعتبر همزة وصل بين القانون الروماني الذي عملت الجامعات على دراسته والقانون الكنسي خاصة في مجال الأحوال الشخصية، أما في مجال القانون العام تمت دراسة هذا

القسم من القانون على منهج القانون المدني مما أدى إلى ظهور قواعد مشتركة وثابتة بين القانون العام والقانون الخاص¹.

كما تقسم العقود في النظام اللاتيني الجرمانى إلى عدة تقسيمات إلى عقود رضائية وعقود شكلية، عقود ملزمة للجانبين، عقود ملزمة لجانب واحد وغيرها... الخ، وهي التقسيمات التي كانت سائدة في القانون الرومانى².

الفرع الثاني: صياغة القواعد القانونية في النظام اللاتيني الجرمانى

تتم صياغة القواعد القانونية في الشريعة اللاتينية الجرمانية على أساس اعتبارات سياسية واجتماعية وثقافية في المجتمع، وهي تتصف بكونها عامة ومجردة ولا تستهدف حالة معينة، وتوجه إلى فئة من المجتمع أو إلى عامة الجمهور³ وموجهة للمستقبل، وترمي إلى تحقيق العدل والأخلاق وبناء المجتمع في المستقبل ولا تتعرض للتفاصيل وتبتعد عن الدقة وهي المسائل التي تركت لحرية القاضي وللسلطة التنفيذية بإصدار مراسيم ومناشير لتوضيحها على خلاف القاعدة القانونية في شريعة الكومون لو التي هي من صنع القاضي وتبتعد عن العمومية والتجريد لأنها صدر بمناسبة نزاع معين وتتسم بالدقة ومعالجة للتفاصيل⁴.

الفرع الثالث: مصادر القانون في الشريعة اللاتينية الجرمانية

يعتبر التشريع هو المصدر الأول في النظام اللاتيني الجرمانى، ويليه العرف ثم الاجتهاد القضائي.

¹ مجيد فتحي، المرجع السابق، ص. 429.

² معراج جديدي، المرجع السابق، ص. 51.

³ نفس المرجع، ص. 59.

⁴ مجيد فتحي، المرجع السابق، ص. 429.

أولاً: التشريع

وهو القواعد المكتوبة الصادرة عن السلطة التشريعية في شكل قانون أو صادرة عن السلطة التنفيذية في شكل تنظيم¹، وذلك حسب تصنيفها ودرجة ترتيبها الهيكلي²، ويظهر ترتيب التشريع في النظام اللاتيني الجرمانى حسب درجة قوته في شكل هرمى على رأس هذا الهرم الدستور ثم يليه التشريع العادية وبعدها التشريع الفرعى.

ثانياً: العرف

يشكل العرف مصدر من مصادر القانون فى النظام اللاتينى الجرمانى وهو "يحتل المرتبة الثانية بعد التشريع ولا زال فى كثير من الدول يمثل أهمية كبيرة فى المجال التطبيقى حيث أن القاضى يلتجئ إليه فى حالة عدم وجود النص المكتوب³" أو فى الحالة التى يحيل فيها التشريع عند تنظيم موضوع معين إلى العرف لتحديد وتفسير وتفصيل بعض المسائل اللازمة لتطبيقه⁴. "وقد ذهب الفقه فى هذا المجال إلى التفرقة بين العرف المساعد للتشريع ودعا إلى الاستعانة به والعرف المكمل للتشريع لسد الفراغ يمكن تطبيقه، والعرف المخالف للتشريع الذى ينظم حالات معينة يختلف فيها عن التشريع فىمكن الاستئناس به فى حدود ضيقة ما دام غير مخالف للنظام العام حيث أنه كمبدأ عام لا يجوز لقاعدة عرفية أن تخالف قاعدة تشريعية أمره⁵".

¹ Philippe Jestaz, Les sources de droit, Dalloz, Paris, France, 2015, p. 47.

² معراج جديدي، المرجع السابق، ص. 57.

³ نفس المرجع، ص 58.

⁴ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص. 212.

⁵ معراج جديدي، المرجع السابق، ص. 58.

ثالثا: الاجتهاد القضائي

"القاضي في النظام اللاتيني الجرمانى يملك سلطة تفسير القواعد القانونية قصد الوصول إلى إيجاد حلول للمسائل التي تبقى عالقة وهو بذلك يضع مبدأ قانونيا لحل النزاعات المماثلة مستقبلا وفي حالة ما إذا صدر هذا المبدأ من أعلى هيئة في الهرم القضائي وبشروط خاصة يؤثر على أحكام المحاكم الأقل درجة فيما يعرض عليها من قضايا مماثلة في المستقبل¹"، حيث تلتزم المحاكم بما يصدر عن المحكمة العليا إذ في هذا الصدد تنص المادة 179 في فقرتها الثالثة على أنه: "تضمن المحكمة العليا ومجلس الدولة على توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد، ويسهران على احترام القانون".

"ومن ثم، يتحول الاجتهاد القضائي إلى سابقة قضائية إلى سابقة قضائية إلا أن هذه السابقة في النظام القانوني اللاتيني الجرمانى ليست لها من الناحية القانونية القوة الملزمة لتطبيقها من الجهات القضائية الأخرى²"، لكنها تتمتع بحجية عامة تختلف من دولة إلى أخرى ووفقا لضوابط محددة قانونا³.

رابعا: الفقه

هو مجموعة الآراء القانونية الصادرة من علماء القانون أي الفقهاء، بمناسبة شرح القانون وتفسيره، ويساهم بدور بارز في تطوير القانون في تحليل ونقد النصوص القانونية من خلال صياغتها وتطبيقها واستنباط الأحكام القانونية من مصدرها بالطرق العلمية⁴. وقد كان للفقه أهمية كبرى في العهد الروماني خاصة في العصر العلمي، الذي تم فيه الاعتراف

¹ التعديل الدستوري لسنة 2020، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 20-442، المؤرخ في 15 جمادى الأولى الموافق 30 ديسمبر 2020، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 82، الصادرة في 15 جمادى الأولى الموافق 30 ديسمبر 2020.

² معراج جديدي، المرجع السابق، ص. 59.

³ René David et Camille Jauffret- Spinosi, Les grands systèmes du droit contemporains, 11ème édit, Dalloz, France, 2002, p.115

⁴ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص. 235.

لبعض الفقهاء بحق إعطاء فتاوى ملزمة للقضاة، فأصبح الفقه بذلك مصدرا رسميا للقانون، غير أن قيمته تراجعت ولم يعد مصدرا رسميا من مصادر القانون في العصر الحديث، بل أصبح مصدرا تفسيريا، وتقتصر مهمته على شرح القانون وعرض أحكامه وابدأ الآراء التي تثير السبيل أمام كل من المشرع والقاضي¹.

المبحث الثاني: شريعة الكومن لو Common Law أو ما يعرف بالانظام الأنجلوسكسوني

تأخذ بهذا النظام في الوقت الحالي كل من المملكة المتحدة البريطانية، والولايات المتحدة الأمريكية ودول "الكومن ولث"²، ولما كانت نشأة هذا النظام ترتبط ارتباطا وثيقا بتاريخ إنجلترا، فإن الأمر يقتضي التطرق إلى نشأته التاريخية وكذا خصائصه ومصادره.

المطلب الأول: نشأة شريعة الكومن لو Common Law

"يقصد بمصطلح الكومن لو (Common Law) مجموعة القانون المشترك بمفهوم القانون أو الشريعة العامة مقارنة بالأعراف المحلية، وتسمى هذه المدرسة كذلك بمدرسة القانون غير المكتوب أو شريعة القانون القضائي وتسمى هذه العائلة أيضا بعائلة النظام الأنجلوسكسوني، غير أن هذه التسمية تعتبر خاطئة لأن القانون الأنجلوسكسوني ما هو إلا مرحلة من المراحل التي مر بها القانون الإنجليزي وتأثيرها فيه جدا ضعيف"³.

وتعرف شريعة الكومن لو على أنها: مجموعة الأحكام الصادرة عن المحاكم الملكية البريطانية والتي تحولت إلى نظام قانوني حل محل الأعراف المحلية والأنظمة التي كانت سائدة (نظام الإقطاع والقانون الكنسي)، وأصبحت هذه القواعد هي القانون العادي الذي يطبق على كل رعايا المملكة ويشترك بينهم ولهذا يسمى Common والتي تعني بالإنجليزية مشترك ويقابله مصطلح الفرنسي Droit Commun، وقد نشأت هذا الشريعة في إنجلترا

¹ محمد حسين منصور، نفس المرجع، ص. 235.

² معراج جديدي، المرجع السابق، ص. 19.

³ أحمد عبادة، المرجع السابق، ص. 82.

على يد المحاكم الملكية منذ عهد الغزو النورماندي لبريطانيا سنة 1066¹، لتصبح نظاماً قانونياً علمياً تعتمد عليه أغلب الدول التي تتكلم الإنجليزية. ولمعرفة القانون الإنجليزي ينبغي الرجوع إلى تاريخ تشكله ثم بنيته الحديثة.

الفرع الأول: تاريخ تكوين القانون الإنجليزي

مرّ القانون الإنجليزي قبل أن تظهر بنيته الحديثة بعدة تطورات يمكن تقسمها إلى ثلاثة مراحل أساسية²، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: المرحلة الأنجلوسكسونية (500م - 1066م)

"غزت قبائل " الأنجلو " و " الساكسو " "Anglo-Saxons" الجزيرة البريطانية في القرن الخامس ميلادي، وهي من القبائل الجرمانية، وانتهت الوجود الروماني الذي استمر خمسة قرون. حيث أسست كل منها مملكة خاصة بها، ومن ثم توحدتا تحت اسم إنجلترا³.

وقد تميز عهد الانجلو سكسون بتطبيق الأعراف المحلية التي كانت تطبق من قبل محاكم تسمى محاكم الإقليم، وبعد اعتناق هذه القبائل للديانة المسيحية، تم تطبيق القانون الكنسي إلى جانب الأعراف المحلية، لتنظيم شؤونهم المختلفة والتي تتصل بالزواج الطلاق والنسب والوصايا⁴، وتم تأسيس محاكم كنسية لتطبيق القانون الكنسي.

¹ معراج جديدي، المرجع السابق، ص. 19.

² Bruno de Loynes de Fumichon, op. cit, p. 142.

³ أحمد عبادة، المرجع السابق، ص. 85.

⁴ عبد السلام الترماني، القانون المقارن والمناهج العلمية الكبرى المعاصرة، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1980، ص. 133.

ثانيا: مرحلة تكوين شريعة الكومن لو (1066م - 1485م)

لقد بدأت معالم القانون الإنجليزي تتبلور بعد غزو النورمانديين لبريطانيا سنة 1066 من طرف الأمير "وليام الفاتح"¹، الذي عمل على إقامة حكما مركزيا قويا القانون، فالموازاة إلى تطبيق القانون الأنجلوسكسوني من طرف المحاكم العادية والمتمثلة في محاكم المناطق التي تطبق الأعراف المحلية ومحاكم الإقطاع التي تطبق القانون الكنسي، كان الملك يفصل في المسائل التي تتعلق بالأمن وسلامة الدولة والعصيان وقطع الطرق في مجلسه الخاص الذي كان بمثابة محكمة استثنائية². وقد تحول هذا المجلس في عهد هنري الثاني Henri II إلى جهاز حكم الأعلى يجعل حكم مركز في يد الملك يمكنه من الانفراد بالحكم في إنجلترا، وقد انبثقت على هذا المجلس في القرن الثاني عشر ثلاث هيئات قضائية سميت بمحاكم الملكية وهي المحكمة المالية تنظر بالقضايا التي تمس موارد الخزينة، محكمة المدنية تنظر في القضايا الملكية العقارية والمحكمة الجزائية التي كانت تسمى منصة الملك، وهو الذي يتراستها وتختص بالأمن وسلامة الدولة والعصيان وهذه المنصة بقيت إلى غاية 1873م، إذ ألغاه البرلمان في عهد الملكة "فكتوريا"³. وكانت هذه المحاكم تنتقل إلى أماكن تواجد الخصومة وتعقد جلساتها هناك برئاسة الملك. وهذا سعيًا لإقامة نظام قضائي موحد يقضي على تعدد المحاكم التي كانت موجودة في العهود السابقة.

وبعد اتساع اختصاصات الملك في تسيير شؤون المملكة عين قضاة لمحاكم المملكة وأوكلت لهم مهمة الفصل في المنازعات، ومع مرور الوقت ترتب عن ذلك سوابق قضائية عملوا على توحيدها، ومن ثم بدأت تتكون قواعد القانون الكومن لو، والتي كانت تتميز

¹ سمي في فرنسا Guillaume le Conquerant وفي إنجلترا يطلق عليه Guillaume le Bâtard وهو أمير النورماندي، لولاية في شمال فرنسا، وقام بنقل نظام الإقطاع الذي ساد في تلك المرحلة أوربا، إلى إنجلترا إذ تقاسم الرؤساء النورمانديين أراضيها وأنشئوا فيها محاكم الإقطاع. أنظر أحمد عبادة، المرجع السابق، ص. 86.

² أحمد عبادة، المرجع نفسه، ص. 85.

³ أنظر معراج جديدي، المرجع السابق، ص. 20. وأحمد عبادة، المرجع السابق، ص. 87.

بكونها قواعد إجرائية، كما كان للقضاة حرية الاعتماد على الأعراف المحلية في أحكامهم، وذلك حسب ما تقضيه قواعد العدل والأنصاف وبما يتجاوب وضمير الملك الذي يفترض فيه أنه "لا يظلم ولا يخطئ"¹. واستقرت هذه المحاكم خلال القرن الثالث عشر 13 في لندن، وأصبح لها كيان مستقل، وأصبحت تعقد جلساتها في حي (ويستمستر) واشتهرت باسم "محاكم ويستمستر" (Court of Westminster)²، وظهرت إلى جانب المحاكم الملكية محاكم أخرى سميت "بمحاكم المستشار" والتي كانت تقضي بمبادئ العدالة، وكان يرأسها مستشار المالك، الذي كان له الفضل في خلق قواعد قانونية جديدة إلى جانب قواعد "الكومن لو"³. وبهذه الازدواجية في مصادر القانون، قانون يستند إلى السوابق القضائية لمحاكم الكومن لو وقانون يستند إلى السوابق القضائية لمحاكم المستشار، ظل القانون الإنجليزي وقتاً طويلاً يتكون من قواعد العدالة التي هي من نتاج محاكم المستشار، وقواعد القانون العام أو القانون المشترك "الكومن لو" التي هي من صنع المحاكم الملكية وذلك إلى غاية أن تم دمج هذين القانونين وأصبحا يشكلان القانون الإنجليزي الحالي، والقضاء نهائياً على ازدواجية المحاكم"⁴.

ثالثاً: مرحلة تكوين قواعد العدالة والنزاع مع قواعد الكومن لو (1485م - 1833م)

مع مرور الوقت لم تعد المحاكم الملكية قادرة على مسايرة القضايا الجديدة في ظل تقييدها بالأحكام السابقة مما أدى إلى جمود الكومن لو، وهذا نتيجة الدقة المبالغ فيها في الإجراءات الشكلية التي زادت من تعقيد القضايا إلى جانب ارتفاع تكاليف التقاضي، مما أدى إلى تحول المتقاضين من جديد إلى الملك يلتمسون منه العدل، وكان يقبل بهذه الملتزمات وكان يقضي فيها بالعدل المطلق الذي ينبع من ضميره دون التقيد بأحكام القانون

¹ أنظر معراج جديدي، المرجع السابق، ص. 20.

² René David et Camille Jauffret- Spinosi, op. cit. p. 229.

³ Ibid, p. 142.

⁴ أنظر معراج جديدي، المرجع السابق، ص. 21.

وإجراءاته¹. وبعد أن تولت أسرة تودور Tudor الحكم سنة 1485 بعد الحرب الأهلية التي عرفتها إنجلترا، كان الملك يحيل القضايا التي تطرح عليه إلى مستشاره ليقضي فيها بالعدالة، وذلك بسبب كثرة القضايا وتشعبها وأن ظروفه لا تسمح له بالنظر فيها². وفي ظل توسيع الملوك لسلطاته واجه معارضة شديدة من البرلمان ومحاكم ويستمنستر والمدافعين على القانون العام، ولمواجهتهم تم إنشاء هيئات قضائية جديدة: محكمة النجوم (la chambre étoilée) (Star Chamber)، والمحكمة الأدميرالية (la cour de l'amirauté) (Court of Admiralty)، التي وجدت مؤيدين لها بفعل قصور القانون العام³، وقد بدأت قواعد العدالة تتشكل من خلال الأحكام التي تصدر عن المستشار، وتتميز قواعد العدالة عن قواعد الكومن لو من الزوايا التالية⁴:

1- من حيث التعريف: العدالة وهي مجموعة القواعد التي أقرتها محكمة المستشار ابتداءً من سنة 1485 أما الكومن لو هو المنهج القانوني الذي تكون في إنجلترا منذ الغزو النورماندي عام 1066، والمنبثق عن أحكام المحاكم الملكية.

2- من حيث الإجراءات: الإجراءات المتبعة في قواعد العدالة كتابية وتحقيقية، مع غياب هيئة المحلفين، خلافاً لإجراءات الكومن لو التي هي شفوية ووجاهية، مع اعتماد هيئة المحلفين.

3- من حيث مضمون الحكم: تكفي محاكم الكومن لو بالحكم بالتعويض على خاسر الدعوى، بينما تلزم محاكم العدالة المدعى عليه الذي خسر الدعوى بالتنفيذ العيني.

¹ René David et Camille Jauffret- Spinosi, op. cit. p. 142.

² أنظر حميد شاوش، المرجع السابق، ص. 22.

³ René David et Camille Jauffret- Spinosi, op. cit. p. 148.

⁴ أنظر حميد شاوش، المرجع السابق، ص. 23.

4- من حيث المصطلحات المستعملة: تستعمل محاكم الكومن لو مصطلح الدعوى على النزاع المرفوع أمامها، بينما تستعمل محاكم العدالة مصطلح الشكوى، كما تستعمل محاكم الكومن لو تعبير الحق، في حين تستعمل محاكم العدالة عبارة مصلحة، كما تستعمل محاكم الكومن لو عبارة حكم عند فصلها في النزاع بينما تستعمل محاكم العدالة مصطلح أمر.

الفرع الثاني: هيكل القانون الإنجليزي الحديث

لقد أدت ازدواجية القضاء في إنجلترا إلى عدم معرفة المتقاضين الجهة التي تختص بمنازعاتهم، كما أدت الشكليات السابقة للقانون الإنجليزي إلى إرهاق المتقاضين، لذلك عملت الحكومة البريطانية القيام إصلاح العدالة وذلك بإصدار عدة قوانين، إذ أنه في سنة 1852 ألغى البرلمان جميع أشكال العمل القديمة، وتم تحرير الدعوى من إطار الأوامر، وقد أدت هذه الإصلاحات إلى إزالة الشكليات السابقة في القانون الإنجليزي أو تخفيفها على الأقل، وفصلوا بين الحق والإجراء¹. وفي سنة 1873 و1875، أصدرت قوانين لإصلاح التنظيم القضائي وتبسيطه، تم التخلي عن فكرة أن المحاكم الملكية هي هيئات قضائية استثنائية، وتم إلغاء الفصل بين محكمة العدل التي تطبق الإنصاف ومحاكم ويستمنستر (المحاكم الملكية) التي تطبق القانون العام، وبذلك تم القضاء على ازدواجية الإجراءات، حيث شجعت المنظومة القضائية الجديدة التقارب بين القانون العام والإنصاف².

المطلب الثاني: البناء القانوني لشرعية الكومن لو

تتميز شرعية الكومن لو بالخصائص الأساسية التي تجعلها تتميز عن الأنظمة القانونية الأخرى، كما أن لهذه الشريعة مصادر خاصة بها، لذلك نبين أهم الخصائص التي تتميز شرعية الكومن لو وبعدها نتناول مصادرها.

¹ René David et Camille Jauffret- Spinosi, op. cit. p. 151.

² Ibid, p. 151.

الفرع الأول: خصائص شريعة الكومن لو

تتميز هذه الشريعة بمجموعة من الخصائص تجعلها تتميز عن غيرها من الأنظمة القانونية لاسيما النظام الجرمانى اللاتينى، فعلى الرغم من تعرضها لنفس الغزو الذى تعرضت له الدول اللاتينية الجرمانية والتقارب الجغرافى بينهما، إلا أنها تنفرد بالخصائص التالية¹:

- شريعة الكومن لو لا تعرف تقسيم القانون إلى عام وخاص والى مدنى وتجارى وإنما تقسم القانون إلى قواعد الكومن لو وقواعد العدالة أما التقسيم القانونى هو القانون التشريعى والقانون القضائى.

- مصدر نشوء شريعة الكومن لو هي المحاكم الملكية غايتها إقامة الأمن العمومى والاستقرار والسلم فى المملكة على عكس الشريعة اللاتينية الجرمانية التى نشأت عن الحركات العلمية فى الجامعات الأوروبية وهى بنت الفكر والعقل.

- تشكل السابقة القضائية المصدر الأول لشريعة الكومن لو، بينما يعتمد النظام الجرمانى اللاتينى على القاعدة القانونية كما هو معروف " لا اجتهاد مع وجود النص".

- تتسم القاعدة القانونية فى شريعة الكومن لو بالدقة والتفصيل على عكس الشريعة اللاتينية الجرمانية المتمسمة بالعمومية والتجريد.

- تهتم شريعة الكومن لو بالجانب الإجرائى وهى غير منفصلة عن الجانب الموضوعى لأنها تنشأ بمناسبة النظر فى النزاع الذى يتطلب احترام الإجراءات.

- لشريعة الكومن لو مفاهيم وتطورات وأنظمة قانونية لا توجد فى الشريعة اللاتينية الجرمانية وكذلك تتضمن مصطلحات خاصة بها.

¹ أنظر معراج جديدي، المرجع السابق، ص. 21-22.

- عدم التأثر بالقانون الروماني على خلاف معظم قوانين الدول الأوربية، لأن القانون الانجليزي خلال القرنين الخامس عشر والسادس عشر تطور تطوراً ذاتياً متحرراً من رِبْقَةِ (قيد) القانون الروماني.

- القضاء عندهم أكثر استقلالاً واجتهاداً لأنه يلعب مهمة المشرع والفصل في النزاعات ويتم اختيارهم من رجال القانون الممارسين الذين يثبتون كفاءة عالية وخبرة معتبرة في المجال العملي، بينما يعتمد النظام اللاتيني الجرمانى على الشهادات العلمية لممارسة هذه الوظيفة.

الفرع الثاني: مصادر القانون في شريعة كومن لو

لما كانت السابقة القضائية تشكل المصدر الأول في شريعة الكومن لو ليأتي بعدها التشريع ثم العرف، وسنتناول هذه المصادر حسب أهميتها.

أولاً: السابقة القضائية

"لا تقتصر وظيفة القضاء على تطبيق القانون بل تمتد هذه الوظيفة إلى إنشاء القاعدة القانونية، بمعنى يقوم القضاء بوظيفة تشريعية وذلك من خلال الأحكام التي يصدرها في قضايا مختلفة عرضت عليه للحل ومن مجموع هذه الأحكام تشكل السابقة القضائية¹، والتي يقصد بها الحكم الذي يصدر من أحد المحاكم العليا ويفصل في أحد الدعاوى المرفوعة إليها وفقاً لمبدأ معين يكون ملزماً للمحكمة ذاتها في القضايا المماثلة والمحاكم الأخرى أقل درجة والسابقة القضائية يحكمها مبدأ التقييد بما حكم به. ولما كانت السابقة القضائية تشكل المصدر الأول في شريعة الكومن لو يتعين علينا التطرق إلى التنظيم القضائي الإنجليزي²، الذي يتشكل من الهيئات القضائية التالية:

1- المحكمة العليا للمملكة المتحدة Supreme Court of the United Kingdom: وهي

أعلى درجة في القضاء البريطاني تم تأسيسها في 01 أكتوبر 2009، لتحل محل اللجنة

¹ أنظر معراج جديدي، المرجع السابق، ص. 25-26.

² مجيد فتحي، المرجع السابق، ص. 433.

الاستئنافية في مجلس اللوردات، حيث تم فصل السلطة القضائية عن الحكومة والبرلمان، وذلك بموجب الإصلاح الدستوري لسنة 2005م، وتم تغيير مقرها إلى مبنى المحكمة العليا بدلا من البرلمان، وهي تفصل في النقاط القانونية، كما حافظة على دورها بصفتها محكمة الاستئناف النهائية التي تفصل في القضايا العامة ذات الأهمية الكبرى¹.

2- محكمة الاستئناف Court of Appeal: هي الدرجة الثانية بالنسبة لمحكمة العدل العليا ومحكمة التاج، حيث تتشكل من قسمين دائرة مدنية تستأنف أمامها أحكام المدنية والأسرة الأكثر تعقيد ودائرة جنائية تستأنف أمامها أحكام محكمة التاج².

3- محكمة العدل العليا High Court of Justice: تختص بالنظر في القضايا المدنية الأكثر تعقيدا وقضايا الأسرة، وتضم ثلاث أقسام، قسم مقعد المملكة، قسم المستشار وقسم الأسرة³.

4- محكمة التاج Crown Court: تتكون إلى جانب القاضي من هيئة محلفين تختص في المواد الجنائية.

5- المحاكم الابتدائية: تفصل في جميع المواد، المواد المدنية والتجارية تستأنف أحكامها أمام محكمة الاستئناف مباشرة، والمواد الجنائية تستأنف أمام محكمة التاج، "إذ توجد محاكم جزائية تفصل في القضايا الجزائية بواسطة مواطنين عاديين يطلق عليها قضاة الصلح، ويبحث القضاة عن أدلة الاتهام ضد المتهم وفي حالة حصولها على ذلك يقدم المذنب الذي ارتكب جريمة خطيرة إلى محكمة التاج، إلا أن المتهم قد يفضل محاكمة من طرف قضاة الصلح بشرط أن يعترف أنه مذنب حتى يستفيد من عقوبة محددة خلافا لأحكام محكمة التاج

¹ موقع المحكمة لعليا للمملكة المتحدة <https://www.supremecourt.uk>، أطلع عليه بتاريخ 11 ماي 2021 على الساعة 10:25، صباحا.

² Lady Justice Arden, A visitor's guide, The Judicial System of England and Wales, Prepared by the judicial office International Team, p. 08.

³ Ibid, p. 09.

التي قد تكون عقوبتها¹، كما تفصل المحاكم العادية في المواد الإدارية، بحيث لا يوجد قضاء إداري كما في النظام اللاتيني، مع وجود محاكم شبه قضائية ولجان تفصل في القضايا الإدارية².

ثانياً: التشريع

يحتل التشريع المرتبة الثانية في مصادر القانون الإنجليزي ويعرف بالقانون البرلماني لتمييزه عن القانون العام "الكومن لو" أي القضائي، ويشمل على التشريع الصادر عن البرلمان والتشريع الصادر عن السلطة التنفيذية³، غير أنه في ظل زيادة الحاجة إلى تحديث القانون في القرن التاسع عشر قام البرلمان بالتشريع بشكل أكثر نشاطاً، كما أدى تدخل الإدارة في الحياة الاقتصادي والاجتماعي في القرن العشرين إلى نشوء نشاط تشريعي وتنظيمي جديد، وفي ظل تحديث القانون أصبح التشريع يلعب نفس الدور الذي يلعبه القضاء⁴. ويمتلك البرلمان البريطاني صلاحيات واسعة إذ يمكنه إصدار قواعد تشريعية تغيير قواعد دستورية، وبريطانيا لا تعرف الرقابة على دستورية القوانين، باعتبار أنها لا تملك دستور مكتوب.

ثالثاً: العرف

يحتل العرف الرتبة الثالثة في الهرم القانوني وهو مصدر احتياطي من مصادر القانون الإنجليزي، لأن القضاة لم يعتمد إلا على الأعراف المستقرة في المعاملات التجارية، ولا يتبنون منها إلا ما يعتقدون أنه يحقق العدل المستوحى من ضمير الملك، وتجدر الإشارة إلى أن القانون الإنجليزي قبل نشأة قواعد الكومن لو كان عرفياً⁵.

¹ أنظر معراج جديدي، المرجع السابق، ص. 25.

² نفس المرجع، ص. 24.

³ نفس المرجع، ص. 26.

⁴ René David et Camille Jauffret- Spinosi, op. cit. p. 155.

⁵ أنظر حميد شاوش، المرجع السابق، ص. 30.

المبحث الثالث: النظم القانونية ذات الصبغة الإيديولوجية والدينية

ترتبط المجتمعات على أسس إيديولوجية أو دينية، حيث تسعى الدول عند صياغة قواعد قانونية أن تراعي تلك الروابط مما يتشكل عنه نظام قانوني واحد بالنسبة للدول ذات التوجه الإيديولوجي الواحد أو التي لها نفس العقيدة الدينية، وتعتبر الشريعة الاشتراكية من بين أهم الشرائع التي تقوم على نهج إيديولوجي، بينما تشكل الشريعة الإسلامية أكثر النظم القانونية انتشارا وعدالة واستمرارية باعتبارها تصلح لكل زمان ومكان وأكثر تأثيرا على القوانين الوضعية على خلاف الديانات الأخرى.

المطلب الأول: الشريعة الاشتراكية

القانون الاشتراكي أو القانون السوفيتي هو نوع من النظام القانونية الذي تم استخدامه في الدول الشيوعية، وهو يقوم على القانون المدني مع تعديلات وإضافات رئيسة تتماشى والإيديولوجية الماركسية، لذلك كان هناك جدلا حول ما إذا كان القانون الاشتراكي يشكل نظام قانوني مستقل أم لا¹، خاصة بعد زوال المعسكر الشرقي ونظامه الاشتراكي²، الذي يعتبر نظام حقوقي يستجيب للمتطلبات الموضوعية للمجتمع الاشتراكي، يجعل معظم الممتلكات تنتمي إلى الدولة أو التعاونية الزراعية، وأن المحاكم والقوانين خاصة بمؤسسات الدولة. حيث كان الاتحاد السوفيتي قانون مدني احتفظ بنفس خصائص القانون المدني الروماني الجرمانى، وهو يقترب من الناحية العملية والاستدلال القانوني إلى النظام اللاتيني الجرمانى، وتعتبر الشريعة السوفياتية أهم نموذج في النظام الاشتراكي. لذلك نتطرق للقانون السوفياتي وبعدها الخصائص المميزة للشريعة الاشتراكية.

¹ Le droit socialiste, Article publié sur le site, <https://www.lsp-mas.be>, consulté le 06/12/2020 à 10h30.

² أنظر أحمد عبادة، المرجع السابق، ص. 12.

الفرع الأول: القانون السوفياتي

كان للقانون السوفياتي العديد من الخصائص المميزة والمستمدة من الطبيعة الاشتراكية للدولة التي تعكس الإيديولوجية الماركسية، ويقوم القانون السوفياتي على أساس القانون المدني، بعد تعديله حسب النظرية القانونية الشيوعية، ولا يمكن أن تُراجع التشريعات القانونية قضائياً، حيث كان يعتبر القانون ذراعاً للسياسة والمحاكم وكالات للحكومة، كما أن الجريمة وفقاً للقانون السوفياتي لم تحدد على أساس مخالفة القانون، وإنما على أساس العمل الذي يمكن أن يهدد الدولة، وفي نفس الوقت كان يميل إلى عدم المعاقبة على الجرائم الصغيرة من خلال إحالتها إلى المحاكم الشعبية والهيئات الإدارية، ومعالجتها بالتعليم بدلاً من الحبس¹.

الفرع الثاني: خصائص الشريعة الاشتراكية

تتميز الشريعة الاشتراكية السوفياتية بالصفات التالية:

- 1- القاعدة القانونية عامة ومجردة من حيث الشكل إلا أن كل القواعد القانونية آمرة فلا يسمح بإعطاء إرادة الأفراد مخالفة قواعد لأنها تتعارض مع أهداف المجتمع الاشتراكي.
- 2- عدم تقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص، حيث أن الفكر الاشتراكي، حيث أن الفكر الاشتراكي يرى أن بما يسمى بالقانون الخاص لا يحمي الأفراد كما يرى الغرب، إنما يحمي الطبقة المالكة أو المستقلة، ومن ثم فالقانون عندهم كله عام ويتميز بالصفة الآمرة عوض مبدأ سيادة القانون المعروفة في النظام الغربي، ويقوم في هذا النظام مبدأ الشرعية الاشتراكية، بمعنى امتثال المبادئ الاشتراكية بصفة عامة².

المطلب الثاني: الشريعة الإسلامية

تتفوق الشريعة الإسلامية عن غيرها من النظم القانونية باعتبارها صالحة لكل زمان ومكان، ذلك لأنها تعتمد على مصادر دائمة إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها، وهي تملك

¹Le droit socialiste, op. cit

² مجيد فتحي، المرجع السابق، ص. 434.

من القوة مالا تملكه النظم الوضعية، باعتبار أن مصدرها الكتاب والسنة¹، وهي خلافا لمصادر الأنظمة الأخرى التي هي من صنع الإنسان في كل من نظام "الكومن لو" والنظام اللاتيني الجرمانى²، فهي بذلك لها خصائص تميزها ومصادرها الخاصة والتي تميزها عن النظم القانونية الوضعية.

الفرع الأول: خصائص الشريعة الإسلامية

هناك مجموعة من الميزات التي تتصف بها الشريعة الإسلامية عن غيرها من النظم القانونية الوضعية، نورد أهمها على النحو التالي³:

- أنها ربانية: أي منزلة من الإله على الرسول صلى الله عليه وسلم.
- شاملة: أي تشمل جميع مراحل حياة الإنسان من قبل الولادة إلى الممات وما بعدها.
- عامة: هي موجهة للبشر جميعاً تطبيقاً لمبدأ المساواة بين الناس.
- دائمة: أحكام الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان، وهي نوعان قواعد خاصة بالعبادات وقواعد خاصة بالمعاملات.
- أنها تتميز بالمرونة في القواعد المتعلقة بالمعاملات وبالصرامة في القواعد المتعلقة بالعبادات، حيث لا تقبل لا الاجتهاد ولا التفسير.
- أن قواعد الشريعة الإسلامية يغلب عليها الطابع الموضوعي حيث نجد أن جلّ القواعد المتعلقة بالمعاملات قواعد موضوعية ولا نجد إلا القليل من القواعد الشكلية.

¹ عبد الرحمن الجويبر، النظم الإسلامية وحاجة البشر إليها، دار المائث للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، جدة، السعودية، 2002، ص. 43.

² معراج الجديدي، المرجع السابق، ص. 63.

³ أنظر عبد الرحمن الجويبر، المرجع السابق، ص. 43.

- معراج الجديدي، المرجع السابق، ص. 63.

الفرع الثاني: مصادر الشريعة الإسلامية

إن الشريعة الإسلامية لديها مصادرها الخاصة بها كغيرها من النظم القانونية، وتقسم مصادر الشريعة الإسلامية إلى مصادر أصلية أو رسمية ومصادر احتياطية أو فرعية¹.

أولاً: المصادر الرسمية

تتمثل في القرآن والسنة

1- القرآن الكريم: كتاب الله المنزل من الله وحياً بواسطة جبريل على قلب عليه السلام على قلب محمد صلى الله عليه وسلم، الكتاب الذي لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه الصالح لكل زمانٍ ومكانٍ وحالٍ للبشرية عامة، المتعبد ولا تصح العبادة بدونه حيث تأخذ منه أمور العبادة والأحكام، المحفوظ من الله². واشتمل القرآن على أحكام دينية وأخلاقية، وعلى أحكام تخص العبادات وأحكام تتعلق بمعاملات المسلم مع المسلم ومع غير المسلم.

2- السنة النبوية: "تعتبر السنة مصدر ثاني للشريعة الإسلامية بعد القرآن الكريم"³، وتقسم إلى⁴:

أ- السنة القولية: والتي تعني ما تلفظ به النبي صلى الله عليه وسلم مباشرة باللفظ والحرف فحفظه الصحابة ثم تم تدوينه، فجميع الأحاديث التي قالها النبي صلى الله عليه وسلم سنة قولية.

ب- السنة الفعلية: أي ما عمله من عمل صلى الله عليه وسلم لم يتلفظ به بل شاهده الصحابة فتم تدوينه، ومن ذلك الصلاة والصيام وجميع العبادات العملية.

ج- السنة التقريرية: وتعني ما رآه النبي صلى الله عليه وسلم من أعمال يفعلها الصحابة فلم يمنعهم ولم ينكر عليهم، فاعتبر ذلك تقريراً واعترافاً.

¹ معراج الجديدي، نفس المرجع، ص. 68.

² عبد الرحمن الجويبر، المرجع السابق، ص. 47.

³ معراج الجديدي، المرجع السابق، ص. 71.

⁴ عبد الرحمن الجويبر، المرجع السابق، ص. 49.

ثانياً: المصادر الاحتياطية:

وتعرف بالمصادر الثانوية أي تلي الأساسية، فحين لا نجد جواباً في الأساس نرجع إليها، فهذا يدل على سعة مصادر الشريعة وصلاحيتها لكل زمان ومكان، لأننا سنجد في هذه المصادر الثانوية ما يجعل النظم الإسلامية على الدوام¹. وتتمثل هذه المصادر في مالي:

-الإجماع: هو اتفاق جميع المجتهدين من المسلمين في عصر من العصور بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم، على واقعة أو أمر معين، ويعد إجماع المجتهدين على حكم واحد دليل على أن هذا الحكم هو الحكم الشرعي للواقعة².

2-القياس: وهو إلحاق أمر لم يرد له نص سابق بحكم سابق له نص لاشتراك الأمرين في الحكم قياساً³.

3-المصالح المرسلة: كل مصلحة للناس وعلى الدوام وليس في الشرع ما ينفىها أو يثبتها بسبب ظهورها من جديد، فإذا أجمع العلماء أن فيها مصلحة وليس فيها مضرّة فبذلك هي من المصالح المرسلة⁴.

4-سد الذرائع: سد باب الفتنة والشُرور في المجتمع ومنع الفساد، وذلك بمنع كل شيء يؤدي إلى هذه الذرائع⁵.

¹ عبد الرحمن الجويبر، نفس المرجع، ص. 50.

² سهيل حسين الفتلاوي، تاريخ القانون: دراسة في فلسفة النظم القانونية والسياسية عبر التاريخ، مكتبة الذاكرة، بغداد، العراق، 2010، ص. 309.

³ عبد الرحمن الجويبر، المرجع السابق، ص. 49.

⁴ نفس المرجع، ص. 52.

⁵ نفس المرجع، ص. 52.

الخاتمة

إن دراسة الأنظمة القانونية المقارنة أصبحت حتمية فرضتها مختلف التحديات على جميع الباحثين خاصة في المجال القانوني، باعتبارها من التخصصات التي تمكن الطلبة والباحثين من فهم القانون المقارن وتعميق تكوينهم في المفاهيم الأساسية للقوانين بما يقوي رصيدهم المعرفي الذي يمكنهم من دراسة مختلف القوانين واستخلاص إيجابيات وسلبيات القوانين محل الدراسة، وهذا بُغيت تفاعلي عيوب تلك القوانين والاستفادة من مزاياها، إذ تزيد الدراسات المقارنة من ملكة النقد للطلبة والباحثين التي تمكنهم من تقديم مقترحات لإصلاح القوانين الوطنية والتعرف على حلول لمشاكل جديدة، كما تسمح لهم من معرفة مكانة قانون الوطني بين مختلف النظم القانونية الكبرى،

قائمة المراجع

قائمة المراجع

1-المصادر والمراجع باللغة العربية

I - القوانين

- التعديل الدستوري لسنة 2020، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 20-442، المؤرخ في 15 جمادى الأولى الموافق 30 ديسمبر 2020، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 82، الصادرة في 15 جمادى الأولى الموافق 30 ديسمبر 2020.

- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 78 الصادرة في 30 سبتمبر 1975.

II - الكتب

- أحمد ادريوش، القانون المقارن، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، الطبعة الثانية، المغرب، 2017.

- أحمد عبادة، محاضرات في مقارنة الأنظمة القانونية، أفريكان للنشر والتوزيع، الجزائر، 2020.

- العياشي شتواح، نظرة قانون لاهاي الموحد لمعيار دولية عقد البيع، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 11، العدد 02، الجزائر، 2014.

- حسن ملحم، التفكير العلمي والمنهجية، مطبعة دحلب، الجزائر، 1993.

- سهيل حسين الفتلاوي، تاريخ القانون: دراسة في فلسفة النظم القانونية والسياسية عبر التاريخ، مكتبة الذاكرة، بغداد، العراق، 2010.

- صالح طليس، المنهجية في دراسة القانون، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، الأردن، 2010.

قائمة المراجع

- عبد الخالق صالح عبد الله معزب، النظام القانوني لمسؤولية الناقل الجوي الدولي عن الأشخاص، المركز الديمقراطي العربي، الطبعة الأولى، 2019.
- عبد الرحمن الجويبر، النظم الإسلامية وحاجة البشر إليها، دار المائث للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، جدة، السعودية، 2002.
- عبد السلام الترماني، القانون المقارن والمناهج العلمية الكبرى المعاصرة، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1980.
- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 2010.
- معراج جديد، محاضرات في القانون المقارن وفي طرق البحث، دار هومة، الجزائر، 2004.
- منذر الفضل، تأريخ القانون، دار ثاراس للطباعة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، العراق، 2005.
- III - المقالات**
- سليم بودليو، اتفاقية الأمم المتحدة للنقل البحري للبضائع بالمقارنة مع اتفاقية بروكسل، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد أ، العدد 42، جامعة قسنطينة 1، الجزائر 2015.
- عبد الفتاح باباه باباه، المقارنة القانونية ودورها في تجويد الرسائل والأطروحات العلمية، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، المجلد 31، العدد 64، الرياض، السعودية، 2016.
- محمد عبد الحميد عبد المجيد العلوي، أهمية القانون الروماني ومراحل تطوره، مجلة التهامية، العدد العاشر، جامعة الحديدة، اليمن، 2016.

قائمة المراجع

- موسى خليل متري، توحيد القواعد القانونية للتجارة الدولية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 22، العدد الثاني، سوريا، 2012،

IV - المحاضرات

- حميد شاوش، الأنظمة القانونية المقارنة، محاضرات أقيمت على طلبة السنة الثالثة ل م د، جامعة قالمة، الجزائر، 2017/2018.

- مجدي فتحي، القانون المقارن، محاضرات مقدمة لطلبة السنة الرابعة ليسانس، جامعة الجلفة، الجزائر، 2011/2012.

2- المراجع باللغة الأجنبية

I- Ouvrages

- Philippe Jestaz, Les sources de droit, Dalloz, Paris, France, 2015.
- René David et Camille Jauffret- Spinosi, Les grands systèmes du droit contemporains, 11ème édit, Dalloz, France, 2002.
- René DAVID, Les grands systèmes de droit contemporain, 11 édition, Dalloz, Paris, France, 2002.

II- Articles

- Benedict Fauvarque-Cosson, Deux siècles d'évolution du droit comparé, In: Revue de droit comparé, Vol. 63 N°3, 2011.
- Bruno de Loynes de Fumichon, Introduction au droit comparé, Journal de droit comparé du pacifique, Volume II, Aout 2013.
- Jaluzot Béatrice, Méthodologie du droit comparé: bilan et perspective, In: Revue internationale de droit comparé, Vol 57 N°1, France, 2005.

3-المواقع الإلكترونية

- <https://political-encyclopedia.org/>

- <https://www.shorouknews.com/>
- <http://bchc.uobabylon.edu.iq/>
- <https://www.shorouknews.com/>
- <https://www.supremecourt.uk>
- <https://www.judiciary.uk>
- <https://www.lsp-mas.be>

فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
01	مقدمة
06	الفصل الأول: مفاهيم عامة للقانون المقارن
06	المبحث الأول: ماهية القانون المقارن
06	المطلب الأول: مفهوم القانون المقارن
06	الفرع الأول: التطور التاريخي لقانون المقارن
09	الفرع الثاني: مضمون وطبيعة القانون المقارن
14	المطلب الثاني: تقسيمات القانون المقارن
414	الفرع الأول: فروع القانون المقارن
21	الفرع الثاني: أنواع القانون المقارن
15	أساليب المقارنة
18	المبحث الثاني: دور وأهمية القانون المقارن
18	المطلب الأول: دور القانون المقارن في مجال العلوم القانونية
18	الفرع الأول: القانون المقارن وفلسفة القانون
20	الفرع الثاني: دور القانون المقارن في مجال القوانين العملية
22	المطلب الثاني: أهمية القانون المقارن
23	الفرع الأول: أهداف القانون المقارن
24	الفرع الثاني: التوحيد
30	الفصل الثاني: الأنظمة القانونية الكبرى
31	المبحث الأول: النظام اللاتيني الجرمانى (الرومانى الجرمانى)
32	المطلب الأول: بنية القانون الرومانى
32	الفرع الأول: مصادر القانون الرومانى
34	الفرع الثاني: تقسيمات القانون الرومانى
38	المطلب الثاني: البناء القانونى لقوانين الشريعة اللاتينية الجرمانية

38	الفرع الأول: التشابه من حيث التقسيمات الأساسية
39	الفرع الثاني: صياغة القواعد القانونية في النظام اللاتيني الجرمانى
39	الفرع الثالث: مصادر القانون فى الشريعة اللاتينية الجرمانية
42	المبحث الثانى: شريعة الكومن لو Common Law أو ما يعرف بالنظام الأنجلوسكسونى
42	المطلب الأول: نشأة شريعة الكومن لو Common Law
43	الفرع الأول: تاريخ تكوين القانون الإنجليزى
47	الفرع الثانى: هيكل القانون الإنجليزى الحديث
47	المطلب الثانى: البناء القانونى لشريعة الكومن لو
48	الفرع الأول: خصائص شريعة الكومن لو
49	الفرع الثانى: مصادر القانون فى شريعة كومن لو
50	المبحث الثالث: النظم القانونية ذات الصبغة الإيديولوجية والدينية
52	المطلب الأول: الشريعة الاشتراكية
52	الفرع أول: القانون السوفياتى
53	الفرع الثانى: خصائص الشريعة الاشتراكية
53	المطلب الثانى: الشريعة الإسلامية
54	الفرع أول: خصائص الشريعة الإسلامية
54	الفرع الثانى: مصادر الشريعة الإسلامية
58	الخاتمة
60	قائمة المصادر والراجع
65	الفهرس