

ملخص محاضرات مادة مقارنة الانظمة القانونية

موجهة الى طلبة السنة الثالثة قانون خاص (المجموعة الاولى)

أ: زيتوني فاطمة الزهراء

تمهيد :

تسعى جل الأنظمة القانونية إلى تنمية العلاقات الإنسانية فيما بينها لتحقيق التعاون المنشود. و لا يمكن أن يتحقق ذلك إلا بالتعرف على الشعوب، و أنظمتها و دراسة شرائعها و ايدولوجياتها. كل ذلك للتقريب بينها و حسن التعاون و التفاهم فيما بينها، و ايضا للاستفادة من تجارب الاخرين .

من ثم تظهر أهمية المقارنة بين الأنظمة القانونية، في أننا نهتدي بها إلى مصدر القاعدة القانونية لاعطاء تفسير للقانون. و أيضا إلى اصلاح التشريع الذي عادة ما يكون عن طريق معرفة محاسن و مساوئ القانون الوطني مقارنة بالقانون الاجنبي .

و قد برزت أهمية الدراسات المقارنة أكثر في عصر النهضة، حيث بدأت دراسته في الجامعات الغربية ، و يرجع السبب في ذلك إلى انتشار التجارة الدولية. و في الوقت الحالي تميزت الدراسات المقارنة ببعدها الاقتصادي لتحقيق المنفعة من المعاملات سيما التجارية .

و قد اتسع نطاق المقارنة، فبعد أن كانت تتم بين قوانين ذات أصول مشتركة من حيث البنية و المفاهيم، أصبحت تتم بين قوانين دول مختلفة من حيث البنية و المفاهيم لتعزيز التعاون الدولي.

و قد أفضى التطور إلى سعي الدول لتوحيد القوانين، و أنشأت لهذا الغرض معاهد و هيئات دولية مثل الأكاديمية الدولية للقانون المقارن التي تأسست في لاهاي سنة 1924. و المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص الذي أنشأته عصبة الأمم المتحدة سنة 1928. معهد روما الدولي لتوحيد القانون الخاص ...

و أمام تعدد القوانين الوضعية السائدة في بلدان العالم أصبح من الصعب بل من المستحيل الاطلاع عليها جميعا. مما جعل الفقه المقارن يتبعون منهج الانتقال من العام إلى الخاص فبدلو جهودا في تصنيف مختلف القوانين الوضعية على أساس معايير معينة في شرائع كبرى، تتصف كل شريعة بخصائص جوهرية مشتركة من شأن معرفتها تسهيل الإطلاع عليها و دراستها.

و من بين الخصائص التي صنفت على أساسها هذه الشرائع مصادر القاعدة القانونية الموحدة . تقسيمات القانون وحدة المفاهيم و المصطلحات، و اتباع نفس مناهج التفسير و التصورات و أيضا اسلوب صياغة القاعدة القانونية. لذلك فإن موضوع القانون المقارن هو دراسة الشرائع العالمية الأساسية السائدة في العالم المعاصر. و يقصد بكلمة شريعة في هذا الصدد عائلات تسمح بجمع عدد كبير من القوانين التي تشترك في مسائل مشتركة .

لأجل انجاز هذه الدراسة نعرض أهم المحاور التي سنتعرض لها :

**المحور الاول: مفهوم القانون المقارن**

**المحور الثاني : النظام اللاتيني\* النظام الروماني الجرمانى \***

تضم هذه العائلة مجموعتين من القوانين .

المجموعة اللاتينية (الرومانية) تتمثل في القانون المدني الفرنسي و غيره من القوانين المتأثرة به كإسبانيا و البرتغال و إيطاليا و مستعمراتها ، و غيرها من الدول كالصين و اليابان و بعض دول أمريكا اللاتينية .

المجموعة الجرمانية: تتمثل في القانون الألماني و الأنظمة المستمدة منه كالنمسا و المجر .

و سنتعرض في دراستنا لهذا النظام إلى مصادر القانون ثم إلى الإيديولوجية التي يقوم عليها هذا النظام

**المحور الثالث : النظام الأنجلوسكسوني (الكومن لو البريطاني و الكومن لو الامريكي) و يقصد بالكومن لو القانون المشترك**

تضم أيضا مجموعتين

الكومن لو البريطاني أو مجموعة القانون العام الانجليزي . و هو نظام يقوم على السوابق القضائية . حيث أن القاعدة القانونية في هذا النظام هي قاعدة قانونية خاصة بواقعة معينة .

الكومن لو الامريكي : أي النظام القانوني الامريكي إذ يمتلك خصوصيات تختلف عن النظام البريطاني نظرا لعدة عوامل أهمها تركيبة المجتمع الامريكي . تعدد الشعوب . النظام السياسي رئاسي . فعلى الرغم

من أن النظام الأمريكي و البريطاني يشتركان في المبادئ الأساسية و البناء القانوني إلا أنهما يختلفان في بعض المسائل .

**المحور الرابع : النظام الاسلامي و تأثر القانون الجزائري بالقانون المقارن و بأحكام الشريعة الإسلامية**

**المحور الأول : مفهوم القانون المقارن .**

• نشأة القانون المقارن : (قدم المقارنة و حداثة علم القانون المقارن)

إن الدراسات القانونية قديمة النشأة ، غير أن القانون المقارن كعلم و منهج حديث النشأة نسبيا . و يرجع السبب في ذلك إلى أنه بقي لمدة طويلة يهتم باستخلاص مبادئ و حلول مع احترام ارادة الله و الطبيعة و عقل الانسان .

في بلاد ما بين الرافدين : قام الملك حمورابي بتوحيد الأعراف و القوانين التي كانت سائدة في بلاد ما بين الرافدين و هو من أهم أهداف القانون المقارن أي توحيد القانون سيما في الدولة الواحدة .

لدى اليونان : تعود الأبحاث المقارنة إلى أثينا حيث قام أفلاطون بمقارنة قوانين المدن في كتابه حوار حول القانون كذلك الفيلسوف أرسطو سنة 322-384 قبل الميلاد في كتابه عن السياسة قام بالمقارنة بين دساتير 158 مدينة يونانية و أجنبية ليصوغ دستور أثينا . و قد كتب في هذا الصدد أنه علينا أن ندرس معا قوانين الدول التي نعتبر أنها تتمتع بأحسن القوانين و الدساتير ، فنكشف عما ينطوي عليه كل منها من خير قابل للتطبيق .

و يرى الفقه الراجح في هذا الاطار بأن الفقيه صولون قد قام بزيارة عدة بلدان لإعداد قوانين أثينا في القرن السادس عشر قبل الميلاد .

لدى الرومان : تأثر الرومان بثقافات و حضارات الشعوب المختلفة . فإستفاد الرومان من تجارب اليونان في دراسة قوانين المدن فإقتبسوا منها . إذ أنه عند سن مدونة قانون الألواح الإثني عشر تأثرو بقانون صولون . حيث تم إعداد قانون الألواح الإثني عشر من قبل لجنة تتكون من عشرة فقهاء ، بعد أن أرسلو بعثة إلى اليونان الكبرى لدراسة قوانين صولون . و ذلك في القرن الخامس الميلادي . و قد تأثر القانون الروماني بتقسيم الأموال حسب ماكان معروفا لدى اليونان ، كذلك باجراءات المحاكمة .

## القانون المقارن في العصور الوسطى :

في أوروبا : ظهرت في القرن الحادي عشر ميلادي تحديدا في مدينة بولونا بإيطاليا حركة تعني بإحياء دراسة القانون الروماني اتخذت أساسا لها مجموعة جوستينيان . فنشطت بذلك الدراسة المقارنة ثم تطور الأمر ليشمل المقارنة بين القانون الكنسي و القانون الاقطاعي . ثم انتشرت هذه الحركة لتشمل أغلب ربوع أوروبا الغربية ، سيما لما أصبح القانون الروماني يدرس في جامعات المدن الكبرى .

وقد تأثر القانون الروماني بالقانون الكنسي و من بين الأحكام التي استمدتها هذا النظام من القانون الكنسي حكم الأخذ بالظروف المستجدة التي تجيز تعديل العقد . ثم ظهرت مدرسة القانون الطبيعي في القرن السابع عشر و التي نادى إلى قانون عالمي مشترك ، مما مهد لظهور التشريع

و في انجلترا تمت المقارنة بين القانون الكنسي المستمد من الديانة المسيحية ، و المهتم بمسائل الزواج و حسن النية و تجنب الاستغلال و تحريم الربا مع شريعة الكومن لو .

و حدثت أيضا في ألمانيا مقارنة بين القانون الروماني و الكنسي و الأعراف السائدة لدى القبائل الجرمانية .

كما أشار مونتسكيو في كتابه روح القوانين إلى المقارنة بين الأنظمة السياسية المختلفة ، للتمكن من استخلاص قواعد دستورية لحكومة صالحة ، أي مبادئ أحسن نظام حكم .

## في بلاد المسلمين :

عرفت المقارنة بين المذاهب الفقهية و من أوائل من قامو بالمقارنة الإمام الشافعي من خلال الكتاب المنسوب اليه المعنون \*اختلاف مالك و الشافعي\* . كذلك ما ألفه الطبري حيث قارن بين أقوال الفقهاء في مسائل متعددة في كتابه \*اختلاف الفقهاء\* . و من أشهر الكتب التي تناولت المقارنة بين كل المذاهب الفقهية كتاب "بداية المجتهد و نهاية المقتصد" لابن رشد الحفيد .

**القانون المقارن في العصر الحديث :** نشطت الدراسات المقارنة في أوروبا ابتداء من النصف الثاني من القرن التاسع عشر ، و أصبحت هذه الدراسات وسيلة للاستفادة من تجارب باقي الأمم لتحسين القوانين الوطنية ، و سد ما بها من ثغرات .

إذ برزت أهمية الدراسات المقارنة أكثر في عصر النهضة ، حيث بدأت دراسته في الجامعات الغربية . و يعود الفضل في تدريسه في الجامعات إلى أعمال البريطاني "سير هنري سومر ماين" .

و من ثم فإن القانون المقارن كان وليد الدراسات القانونية المقارنة التي انتشرت في الجامعات الغربية ، و قد ساعدت عدة عوامل على انتعاش الحركة العلمية في الجامعات أهمها :

-انتشار التجارة بين الدول الغربية لاوربا و التي أدت إلى خلق قواعد قانونية تجارية مشتركة.

-تبني الكنيسة للقانون الروماني لما يقوم عليه من مبادئ مبنية على العقل، و مطابقة القانون الالهي.

-امتداد اعتماد الدراسات القانونية في الجامعات الاوربية لا سيما الجامعات الفرنسية، و التي اتخذت من القانون الروماني و الدين المسيحي و القانون الطبيعي مجالاً للمقارنة، ليتشكل ما يسمى القانون العرفي المشترك.

ثم نشأت جمعية التشريع المقارن في فرنسا سنة 1869 .

و قد بدأت مرحلة التأسيس الفعلي للقانون المقارن في مطلع القرن 20، وذلك بعقد مؤتمر دولي للقانون المقارن بباريس سنة 1900 /07/31، بدعوة من جمعية التشريع المقارن. إذ كانت الفكرة الأولى للمؤتمر هو وضع قانون مشترك للإنسانية المتحضرة .

إلى جانب الدراسات الجامعية أنشأت معاهد و مراكز و جمعيات للبحوث المقارنة كالمركز الفرنسي للقانون المقارن.

حيث يصدر حولية التشريع الفرنسي و الأجنبي .جمعية التشريع المقارن تصدر مجلة دولية للقانون المقارن.معهد القانون الدولي و القانون المقارن .في ايطاليا معهد القانون التجاري المقارن .في بلجيكا المركز الجامعي للقانون المقارن في بروكسل.

#### • تعريف القانون المقارن وطبيعته.

تعريف القانون المقارن : إن القانون المقارن ليس فرع من فروع القانون كالقانون المدني و التجاري أو الاداري و الجنائي . فالقانون المقارن ليس مجموعة من القواعد القانونية التي تعني بتنظيم سلوك الافراد داخل المجتمع. فهو علم يشمل كل فروع القانون مهما كانت تقسيماته مثل القانون المقارن الجنائي، المقارن التجاري المقارن المدني...الخ و هو دراسة قانونية أو بحث قانوني يقوم على أساس المقارنة بين قانونين أو أكثر .

و قد أطلق عليه الفقه عدة تسميات فأطلق عليه الفقه الألماني مصطلح مقارنة القوانين، في حين أطلق عليه الإنجليز تسمية الإجتهد المقارن، أما في فرنسا فأطلق عليه الفقيهان لامبير و سالي تسمية التشريع المقارن و يعود لهما الفضل في إنشاء جمعية التشريع المقارن سنة 1869 .

عرفه لامبير و سالي بأنه " القانون الذي يبحث عن القواعد المشتركة بين الشرائع و النظم المختلفة".

عرفه روني دافيد بأنه \*الطريقة المقارنة التي تطبق على الدراسة المقارنة\*

و عرفه مؤتمر لاهاي للقانون المقارن سنة 1937 على أنه \* القانون الذي يعمل على المقارنة بين قوانين بلدان مختلفة من أجل استخلاص أوجه التشابه و أوجه الإختلاف بين هذه القوانين\*

و يختلف القانون المقارن عن المنهج المقارن في أن المنهج المقارن فيه مصطلح منهج يعبر عن الطريقة التي يتبعها الباحث في دراسة مشكلة ما، و فيه مصطلح المقارنة و هي عملية ذهنية يتم من خلالها إبراز أوجه الإختلاف و أوجه التشابه بين نظامين متشابهين. فهي عملية نظرية تدخل ضمن الملكات الذهنية للإنسان. أما المنهج المقارن يشمل عملية المقارنة الذهنية إضافة إلى تقنيات و وسائل البحث بغرض استخلاص النتائج. لذلك نجد أن المنهج هو الذي يعطي للعلم ( و نقصد بذلك القانون المقارن باعتباره علم ) قيمته العلمية. ذلك دون منهج لا يقوم العلم .

#### ● طبيعة القانون المقارن

يرجع سبب اختلاف الفقه في مسألة تعريف القانون المقارن إلى اختلافه في تحديد طبيعته. إذ ثار الجدل و إحتدم بين الفقهاء بخصوص طبيعة القانون المقارن بين من يرى أنه علم و من يرى أنه طريقة:

القانون المقارن علم مستقل فهو علم يضع أسس المقارنة و مناهجها و أهدافها، و يحدد نطاقها ليحقق الهدف منه بإثراء علم القانون و إعداد منظومة تشريعية تتسم بالوضوح و الدقة و الثراء و الواقعية و العدل، و تستجيب لمقتضيات التنمية، و اشباع الحاجيات المتزايدة للأشخاص و المجتمع .

و يتزعم هذا الإتجاه كل من الفقيهين سالي و لامبير حيث يريان أن القانون المقارن علم مستقل عن فروع القانون المختلفة، الغاية منه استخلاص قانون مشترك يصلح لحكم الانسانية .

و يرى هذا الإتجاه و بالرجوع للمدرسة التاريخية أن القانون غير مطلق، و لايقوم على مبادئ ثابتة و عالمية. فالقانون متطور و متغير و نسبي، يتغير حسب الأمكنة و الأزمنة. على هذه الفكرة يقوم القانون المقارن كعلم مستقل بذاته يهدف إلى معرفة القوانين الأجنبية إذ أن غايته تحسين و توحيد القانون و النظم المختلفة. فالقانون المقارن مرتبط بالعامل التاريخي. غير أنه انتقد هذا الاتجاه لكون أن علم التاريخ القانون مستقل عن علم القانون المقارن و ليس جزءا منه. و أيضا لمبالغته في تحديد الغاية من القانون المقارن و المتمثل في قانون مشترك دولي إنساني يصلح لكل مجتمع و لكل بلد. لإصطدام هذه الفكرة بعقبات، و لا سيما اختلاف عادات الشعوب و بناءها القانوني .

القانون المقارن طريقة: أغلبية الفقه الفرنسي متفقون على أن القانون المقارن يهدف إلى معرفة القوانين الأجنبية و ذلك باستخدام الطريقة المقارنة. فهو طريقة و منهج تستخدم عند دراسة و مقارنة أكثر من قانونين وضعيين للتعرف على أوجه التشابه و أوجه الاختلاف .

غير أن الفقه لم يتفق على الطريقة المقارنة التي من الممكن أن تصل إلى اعداد مجموع من القواعد أو على الأقل اقتراح مجموع من المبادئ المنهجية المشتركة التي تسمح بتشكيل الأساس للطريقة المقارنة. فإعتبار القانون المقارن طريقة جاهزة للتطبيق مجرد فرضية ، إذا لم يتم الاجابة بشكل واضح عن الأسئلة المهمة التالية:ماذا يجب أن تقارن بشكل دقيق الأنظمة القانونية أم فروع القانون أم فقط القواعد القانونية. و على ماذا تقوم المقارنة و ما هي إجراءاتها؟فالمقارنة بين القوانين الأجنبية و الوطنية ليس بالأمر الهين و لا تأتي ثمارها بمجرد المقابلة بين القواعد الموضوعية التي تتضمنها هذه القوانين.فالفهم الكامل لهذه القواعد لا يتم إلا في ضوء المعرفة السابقة للخصائص الأساسية للشريعة التي ينتمي إليها كل قانون من القوانين الأجنبية موضوع المقارنة .

إن الفقه و مع تصاعد الأهمية العلمية للقانون المقارن أصبح يهتم بالإجابة عن تلك الأسئلة أي :ماهي الغاية من وجود قانون مقارن أو ماهو هدفه . هل هدفه توحيد القانون على أكبر مستوى ممكن؟ماهي الاجراءات و التقنيات المعدة لتحقيق هذه الغايات ؟ و ذلك لأجل إعداد أسس و مبادئ عامة و مشتركة للطريقة المقارنة .و إهتمو بالأساس بماهية و تطبيقات القانون المقارن، و موضوعه و دوره و وسائل الطريقة المقارنة.

#### القانون المقارن ذو طبيعة مزدوجة: الراي الراجع

يرى الأغلب الفقه بأن القانون المقارن علم و طريقة في نفس الوقت. فهو علم مستقل بالنظر للموضوعات التي يهتم بها ، إذ يهتم بالدراسة المقارنة للأنظمة القانونية للوصول إلى الخصائص المشتركة للأنظمة القانونية الكبرى بالإعتماد على الطريقة المقارنة لذلك .و هو طريقة لها خصوصياتها فالعلم و المنهج يشكلان وحدة مترابطة .و هذا ما عبر عنه الفقيه روني بالقول بأنه و إن كان بعض الفقه يرى أن القانون المقارن هو طريقة للمقارنة إلا أنه يمكن تمديد فهم القانون المقارن إلى أوسع من ذلك باعتباره علم مستقل يهتم بالبحث في القوانين الأجنبية للوقوف على أصول المقارنة . فالقانون المقارن هو علم يمهد الطريق لإستخدام الطريقة المقارنة و الإستعانة بها في مختلف مجالات القانونية فهو علم و منهج.

بناء على ما سبق يمكن تعريف القانون المقارن كعلم منهجي بأنه دراسة النظم القانونية السائدة أو عبر العصور لأجل استخلاص الأصول العامة المشتركة ، أو الكشف عن أوجه التشابه و أوجه الإختلاف لأجل اصلاح التشريع أو لتوحيد القوانين أو التقريب بينها ، و البحث في مصادرها و أصولها و إنتشارها الجغرافي.

● وظيفة و أهداف القانون المقارن :

إن السؤال المطروح في هذا الصدد ما الهدف من دراسة التشريعات الأجنبية، و لماذا تتم مقارنتها مع التشريع الوطني ؟

1-تحسين القوانين الوطنية : تستعين اللجان المختصة على مستوى البرلمان بدراسات و أبحاث بالرجوع إلى قوانين أجنبية ، عند إعداد مشروع أي قانون قبل عرضه للمصادقة عليه.و هذه الطريقة المعمول بها منذ القدم.فتستعين بالدراسات الأجنبية المتعلقة بقوانين أجنبية كمرحلة أولى لإعداد القوانين.

فالمشروع لا يمكنه أن يتجاهل التطورات القانونية الجديدة عبر العالم ، و التي يهتم القانون المقارن بدراستها.و قد تبين أهمية القانون المقارن في سن التشريعات في مجال حماية البيئة، و قوانين حماية المستهلك و قوانين حماية الملكية الفكرية...إلخ

إن دراسة القانون المقارن تكون نافعة، حينما تقدم للمشرع مشاريع قوانين تتضمن قوانين موجودة في تقنيات أجنبية مع تبيان كيفية تطبيقها و محاسنها.و ما هو ملاحظ أنه كلما ازدهر نظام قانوني معين و تطور و برز على المستوى الدولي ،إلا و فرض هيمنته على المجال القانوني.و كان محل اهتمام باقي الدول.

2- حل مشكل تنازع القوانين في مجال القانون الدولي الخاص : فالقاضي الوطني يلجؤ في كثير من الأحيان الى تطبيق القوانين الاجنبية لحل نزاع أحد أطرافه أجنبي.و من هنا تظهر أهمية دراسة القوانين الأجنبية لحل تنازع القوانين

و أهمية دراسة القوانين الاجنبية في مجال القانون الدولي الخاص تظهر في نقطتين :

أهمية قضائية فالقضاء أمام تنازع القوانين قد يلجؤ الى تطبيق القانون الأجنبي لحل نزاع الاطراف.و معرفته و إطلاعه على القوانين الأجنبية لها أهمية في إعطاء حكم جيد للنزاع المطروح أمامه .

أهمية تجارية : عادة ما يهتم رجال الأعمال رغبة منهم في الاستثمار في بلدان أجنبية بالإطلاع على الضمانات التي يكفلها قانون البلد الأجنبي الذي يرغبون أن يستثمرو فيه. إذ عادة ما تلجؤ الدول لمنح امتيازات لرجال الاعمال الأجانب لجلب استثمارات أجنبية مباشرة تعود بالنفع على الدولة.تلك الضمانات يكفلها قانون البلد الاجنبي الذي يرغبون في أن يستثمرو فيه.

2-توحيد القوانين :

فكرة التوحيد من أهم المسائل التي يعالجها القانون المقارن.فمن خلال الدراسات المقارنة يمكن التوصل إلى أنظمة قانونية دولية تحل محل القوانين الوطنية سيما في مجال القانون الخاص .



التوحيد الداخلي و يقصد به توحيد القوانين داخل الدولة الواحدة. من ثم تظهر أهميته في القضاء على التفرقة و الطائفية. كما أنه ضروري لتحقيق فكرة السيادة الوطنية. أيضا يسهل العلاقات داخل الدولة الواحدة، فيؤدي الى نموها و ازدهارها.

تحققت هذه الفكرة في فرنسا بصدور قانون نابليون عام 1808. ايطاليا وحدت قانونها المدني عام 1865. سويسرا عام 1881. المانيا عام 1896.

بعد الحرب العالمية الأولى ظهرت قوانين موحدة في دول اوربا الشرقية. ثم انتقلت فكرة التوحيد إلى المشرق العربي فوحدت مصر القانون المدني و كان هذا القانون النموذج الذي اقتدت به الدول العربية لتوحيد قوانينها الوطنية .

التوحيد الخارجي فهو توحيد قوانين دولتين أو اكثر. فينصب التوحيد على فرع من فروع القانون كتوحيد القانون المدني أو التجاري. أو ينصب على مسألة معينة كتوحيد أحكام العقود و أحكام المسؤولية المدنية .

و التوحيد الخارجي له أهمية في تحقيق السلامة القانونية سيما في التجارة الدولية. فتنوع الأنظمة القانونية و صعوبة تطبيق إحداها في وجود نزاع يشير إلى أهمية توحيد القوانين سيما في مجالات معينة كقانون الأعمال للتخفيف من العوائق التي قد تثور مثلا في مجال التجارة الدولية.

يتحقق التوحيد الخارجي عن طريق الإنضمام للاتفاقيات الدولية. و من المواضيع التي كان لها السبق في مجال التوحيد القانوني لدى المجتمع الدولي عقد البيع الدولي للبضائع، بعد جهود قام بها معهد روما لتوحيد القانون الخاص و بمساعي من الأمم المتحدة. و أدى ذلك إلى إبرام اتفاقية الأمم المتحدة بعقود البيع الدولي للبضائع و المعروف باتفاقية فيينا سنة 1980.

ايضا في مجال القانون الدولي الخاص حيث يعاني من معضلة تنازع القوانين، أي تحديد القانون الواجب التطبيق في العلاقات ذات الطابع الاجنبي، سيما مع اختلاف القوانين في قواعد الإسناد. و قد تظن الفقهاء إلى ضرورة توحيد قواعد التنازع و لا سيما أمام ازدياد العلاقات الدولية في مختلف المجالات. هذا بالطبع يتطلب إعادة النظر في قواعد القانون الدولي الخاص بتوحيد احكامه .

و بالنسبة لقانون الاحوال الشخصية فإنه يثير صعوبة كبيرة للتوحيد ذلك أن هذا القانون يتأثر بالعادات و التقاليد و الدين لكل دولة على حدى .

غير أن مهمة توحيد القوانين تبدو مهمة صعبة و مستحيلة توعا ما، سيما أمام تعدد الثقافات و المجتمعات. فقد أصبح اليوم عدد القوانين الوضعية السائدة في العالم اكثر من عدد الدول نفسها، و لا سيما أن بعض

الدول لم توحد القانون المطبق على اقليمها. لذلك فمهمة المختصين في مجال القانون المقارن عند تحديد الشرائع القانونية هو تبسيط هذا التعدد الفوضوي .

و عادة تلجؤ الدول للتغلب على صعوبات التوحيد في العلاقات الدولية بإبداء التحفظات. إذ تساهم فكرة التحفظ في تحقيق التوحيد و لو بصورة جزئية .و من بين المواضيع التي كانت محلا للتوحيد مع ابداء التحفظ هو القانون الموحد للسندات التجارية سنة 1930/1931. حيث تم ابداء التحفظ ازاء بعض البنود كحق الحامل على مقابل الوفاء...إلخ

#### ● علاقة القانون المقارن بتاريخ القانون وفلسفته :

تاريخ القانون انتشرت خلال القرن التاسع عشر و اتسعت الدراسات المقارنة، و قد تميزت بالإستعراضات التاريخية لتطور القانون، في إطار تحسين الأفكار نحو التقدم و التطور بأن كانت دافعا أساسيا لظهور القانون المقارن. فقد ساهمت دراسة قوانين الشعوب المخلفة في رسم السيرة التاريخية لتقدم الإنسانية انطلاقا من أعراف القبائل البدائية التي كثيرا ما ساعدت فقهاء القانون لفهم قوانين الشعوب الأكثر رقيا . و مع تطور العالم و الدراسات القانونية لم يعد أحد يشكك في أهمية الدراسات القانونية من الجانب التاريخي ابتداء من القانون الروماني و الجرمانى و الاقطاعي .

فلسفة القانون : تحقق الدراسة في مجال فلسفة القانون فوائده من جانب تفسير العلاقة بين القانون و المذاهب الفلسفية و الاعتقادات الدينية ، و كذا مدى تأثير القواعد الأخلاقية فيه، و الكشف عن كل ما يساعد أو يقارب بين الأنظمة القانونية بحسب التوجهات الفلسفية التي تغذيها. إذ أن كل نظام قانوني قائم على فلسفة معينة فعرض التصورات الفلسفية للقانون ،تؤدي إلى فهم كامل للأنظمة القانونية المختلفة و تسهيل التقارب بين تلك الأنظمة.

إذ تبحث فلسفة القانون في دراسة النظريات و المذاهب ،بهدف تقديم الحلول للمشاكل و القضايا ذات البعد العالمي. لذلك فالقانون المقارن لما يستهدف الكشف عن الأصول المشتركة بين الشرائع العالمية بتحديد أوجه التشابه و الإختلاف بينها. فإن نتائج ذلك تصلح بأن تكون بداية لفلسفة القانون بالتنقيب عن أصل القانون و غايته .

#### ● دور القانون المقارن وأهميته :

دور القانون المقارن بالنسبة للمشرع لأن المشرع دائما مايسعى إلى أن يكون التشريع أكثر تطورا ، فإنه دائما مايسعى إلى الإطلاع على تجارب الاخرين، لمعرفة ما في هذه القوانين من مزايا و عيوب عند سنه أو تعديله و تنقيحه للقانون الوطني .

إن سعي المشرع للاطلاع على القوانين الأجنبية يكون بشكل مستمر، لإنتقاء أحسن ما في تلك القوانين الأجنبية لإعداد أحسن تشريع وطني مع مراعات الخصوصيات الوطنية لأجل إقامة النظام العام و لأجل تحسين حياة الأفراد داخل الدولة. أي أنه يقتبس القواعد القانونية المثلى مع تكييفها مع ما يتماشى مع مجتمعه.

### دور القانون المقارن بالنسبة للفقه والقضاء

يساهم الفقه و القضاء بدور هام عن طريق الدراسة المقارنة في اصلاح التشريع أو حسن تطبيقه فالفقيه بما يقوم به من دراسة للقوانين الأجنبية و مقارنتها بالقانون الوطني يستفيد من ثمرة الآخرين، و يطلع على مزاياها و عيوبها و ما يشوب قانونه الوطني من نقصان و عيوب. فيستعمل الحلول التي تعرف عليها بالدراسة المقارنة لإصلاح القانون الوطني و سد الثغرات و النواقص فيه و بذلك يمهد الطريق للمشرع، و يساعده في صنع القواعد القانونية الملائمة لمجتمعه و المنسجمة معه.

فالفقه في ميدان القانون تبقى دراساته القانونية ناقصة، و لا تفي بما هو مطلوب من اصلاحات في التشريع إذا ما ابتعدت عن الدراسة المقارنة. فالفقه لما يقارن بين قانونه الوطني و بين مختلف الأنظمة القانونية تبرز له عيوب و ثغرات و نواقص قانونه الوطني، فيقدم اقتراحاته للمشرع فيساهم في وضع القوانين و في تعديل أخرى بما يناسب توجهات المشرع. لذلك تعد الدراسات المقارنة الفقهية المجال الخصب لدراسة القانون المقارن، و قد رأينا أن بداية التركيز على القانون المقارن كان من قبل الجامعات الغربية لا سيما الجامعات الفرنسية.

و لا يقل دور القضاء شيئاً عن دور الفقه في اصلاح عيوب التشريع و استكمال نقائصه عند بحثه الحلول العادلة في القضايا المطروحة أمامه. فالقاضي في تفسيره لإرادة المشرع قد يصعب عليه معرفة إرادة المشرع، ويكون النص مأخوذاً من القانون الأجنبي فيرجع إلى ذلك القانون لتفسير النص (حيث في حالة غموض القاعدة القانونية يستعين المشرع بمناهج عديدة للتفسير من بينها الرجوع الى المصدر التاريخي للنص و ذلك من خلال العودة الى القانون الأجنبي الذي اقتبس منه المشرع الوطني نظامه القانوني)، سواءا لكون النص أكثر وضوحاً أو لتدخل القضاء الأجنبي في تفسير النص. فيستعين باجتهاد القضاء الأجنبي. حيث سمحت أغلب التشريعات المقارنة للقاضي إذا لم يجد حلاً للنزاع المطروح أمامه أن يلجأ إلى الحكم بموجب مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة.

ذلك أن القاضي و إن كان ملزم بتطبيق القاعدة القانونية بصفة عامة و مجردة، إلا أنه في حالة انعدام النص أو النقص أو التعارض أو الغموض يلجأ إلى تقنية التفسير لأنه ملزم بإيجاد حل مناسب للنزاع المعروض أمامه، فيلجؤ في حالة عدم وجود نص قانوني إلى المصادر الإحتياطية لاسيما مبادئ القانون

الطبيعي و قواعد العدالة. فيستخلص الحل من القانون المقارن تحت ستار التفسير. و يمكنه أن يستعين إلى أحكام القضاء الأجنبي و الدراسات الفقهية و النصوص الأجنبية المستمد منها القانون الوطني .

فالحجوة إلى الدراسة المقارنة سيما عندما يكون القانون الأجنبي مصدرا تاريخيا للقانون الوطني ، كالقانون المصري بالنسبة للقانون المدني الجزائري ، و القانون التجاري الفرنسي بالنسبة للمشرع الجزائري فيتمكن الفقه فيستشهد بهما القضاء الجزائري مما يمكنه من حسن تطبيق القانون الجزائري. و اثره بالإجتهد القضائي .

#### • طرق المقارنة :

تتم المقارنة باعتماد طرق كثيرة. و تتحدد الطريقة المناسبة حسب موضوع المقارنة :

المقابلة و تسمى أيضا المجانبية أي جنبا لجنب : بموجب هذه الطريقة يضع الباحث الأحكام المتعلقة بموضوع معين في قانونه الوطني و قانون أجنبي جنبا إلى جنب ، بحيث يقابل بعضها ببعض ليتعرف على أوجه التشابه و أوجه الإختلاف. إلا أن الرأي الراجح في فكر القانون المقارن أن هذه الطريقة لا تعتبر دراسة مقارنة بالمفهوم الفني و إنما هي تجميع لأحكام قوانين مختلفة.

مثلا أحكام الوكالة دراسة مقارنة بين أحكام القانون الجزائري و المصري ، تعتمد على الطريقة المقارنة باستخلاص أوجه التشابه و أوجه الاختلاف .

المقاربة تقوم على دراسة أوجه التشابه و التقارب بين القوانين المتشابهة في البيئة و في الخصائص المستمدة من مصادر قانونية مشتركة. و تستعمل هذه الطريقة خاصة للتوحيد القوانين الداخلية سيما الدول الاتحادية التي يقوم فيها النظام القانوني على الازدواجية .

المعارضة أو المضاهاة تقوم هذه الطريقة على بيان أوجه الاختلاف و التباين بين القوانين النابعة من بنية اقتصادية مختلفة كالمقارنة بين قوانين المنهج الروماني الجرمانى و القوانين الاشتراكية .

المقارنة المنهجية أو الموازنة هي من أهم طرق المقارنة لأن المقارنة بموجها تنتهي بنتيجة ايجابية ، بحكم أنها تخضع لمنهج يساعد على استخلاص نتائج يتعرف الباحث بموجها على القانون الأفضل ، بعد دراسة أسباب الاختلاف و التشابه على ضوء الظروف المحيطة بالقاعدة و المؤثرة فيها.

تقوم هذه الطريقة على تحليل النصوص الأجنبية و تجزئتها ، أي بحث العلاقة بين العناصر الجزئية في القوانين المختلفة ثم دراسة النظام التي يحتويها ، و أخيرا تحديد موقعها من المنهج بصفة عامة. كدراسة قواعد البنوة في نظام الاسرة التي يحتويها المنهج اللاتيني و تسمى بالمقارنة الكلية.

و المقارنة المنهجية يمكن ان تكون على صورتين المقارنة الأفقية و المقارنة العمودية

المقارنة الأفقية تكون بين قوانين متباعدة في المكان .كالمقارنة بين القواعد الوضعية الحالية لبلدان مختلفة مثل المقارنة بين القانون الفرنسي و الياباني .

المقارنة العمودية هي المقارنة التي تكون بين قوانين متباعدة في الزمان ، كمقارنة قوانين وضعية قائمة بقوانين قديمة تعتبر مصدرا لها .و هذا بغرض الوقوف على مدى تطور الحياة الاجتماعية و الاقتصادية أو لبيان مواضع الشبه بينها أو لتفسيره .

### مقومات المقارنة المنهجية :

و لاتباع هذه الطريقة و نجاحها و حتى تكون صحيحة ، فإن الأمر يتطلب من جهة الإلمام بالقانون الأجنبي و الإحاطة بأحكامه و معرفة بنيته و تقسيماته و مصادره ، و من جهة أخرى التحري عن مختلف العوامل المؤثرة في تكوين القانون الأجنبي .

-معرفة القانون الأجنبي محل المقارنة : فيجب على الباحث أن يكون له معرفة جيدة و كاملة بالقانون الاجنبي محل المقارنة و لا يقتصر الأمر على معرفة أحكامه بل لا بد لإكتمال هذه المعرفة الإلمام الكامل بهذا القانون و الإحاطة بجميع جوانبه و لا يتأتى ذلك إلا من خلال :

\*تحديد مجال الدراسة المقارنة و موضوعها و الغايات المرجوة منها.

\*دراسة القانون الأجنبي محل المقارنة بالرجوع إلى مصادره الأصلية ، فدراسة القانون الانجليزي كموضوع بحث مقارن تستدعي الرجوع إلى الأحكام القضائية كمصدر أساسي لهذا القانون .

\*ينبغي على الباحث المقارن أن يكون واسع الإطلاع في اللغة القانونية ، فالترجمة قد تعجز أحيانا عن إبراز المضمون و المصطلحات التي قد يتفاوت مفهومها من نظام قانوني لآخر، بل أن نفس المصطلح قد يعبر عن معنى مغاير تماما لنظيره في القانون الآخر.

\*معرفة العوامل المؤثرة في تكوين القانون الأجنبي إذ لا بد للباحث الإلمام بالظروف الكامنة وراء النظام القانوني محل المقارنة :

العوامل التاريخية التي ساهمت في تكوين القانون الأجنبي. فقد يرجع الإختلاف بين القوانين المقارنة محل الدراسة إلى تاريخ نشأتها

العوامل السياسية إذ على الباحث معرفة النظم السياسية المقارنة و النظم السائدة ، مثل النظام الاشتراكي في الشرق و النظام الليبرالي في الغرب و بعض الانظمة السياسية كالانتخابات و الانظمة السياسية و حقوق الانسان ... إذ أن الاختلافات السياسية تنعكس بطريقة مباشرة أو غير مباشرة على تحديد المفاهيم القانونية ، و التي تختلف حتى بين الأنظمة القانونية التي تنتمي لنفس العائلة القانونية .فمثلا في الانظمة الديمقراطية

المتفتحة تكون ممارسة السلطة باسم الشعب لذلك من الطبيعي أن تكون القواعد التي تسنها السلطة التشريعية متناسقة مع هذا التوجه أي مع متطلبات الفئة الناجبة بما يسمح بمجال أوسع للحريات. وأما النظام غير الديمقراطي فتكون القوانين المشرعة متوافقة مع هذا التوجه أيضا حيث تخدم القوانين الطبقة الحاكمة ، مما يعني سن قوانين تقيّد الحريات لأنها ترى فيها تهديدا لهذا النظام الذي تكون آخر اهتماماته هي مفاهيم الحرية و التعبير عن الرأي .

**العوامل الاقتصادية التي يختلف تأثيرها على القانون باختلاف مدى تدخل الدولة في تقييد الحرية الاقتصادية .و العوامل الاجتماعية كون المجتمع يؤثر و يتأثر بالقاعدة القانونية ناهيك عن تأثر هذه الأخيرة بالدين و العادات و التقاليد و اللغة....**

فيجب دراسة البيئة الاجتماعية التي يطبق فيها القانون و مكانة القاعدة و بعدها و اثرها على المجتمع. ذلك أن ملامح و سمات قانون مجتمع متدين تقليدي محافظ، تختلف بالضرورة عن نظام علماني متفتح.

تقوم عملية المقارنة بين قانونين يبدأ الباحث المقارن بتجزئة النص الأجنبي أي تحليل القاعدة القانونية الأجنبية إلى جزئيات ثم دراسة النظام الذي تحتوي عليه هذه القاعدة القانونية و بعدها ينتقل إلى دراسة المنهج الكامل للقانون الأجنبي .

فعلى سبيل المثال إذا تمت المقارنة بين القانون الجزائري و الفرنسي في مسألة الحضانة .فإنه يتطرق بداية إلى القاعدة القانونية المنظمة للحضانة في ظل القانون الأجنبي و ما يتفرع عنها من حالات، ثم ينتقل إلى النظام القانوني للأحوال الشخصية بالكامل، فتظهر حينئذ معطيات و أنظمة أخرى أو مايسمى بالمراكز القانونية لهذه الحالات مثل الولد المتبنى .الطفل غير الشرعي ...

و من ثم يكون الإنتقال من الجزء إلى الكل، فيتعرف الباحث على نظام الأسرة و لا يتوقف عند ذلك، بل يتعداه إلى معرفة طبيعة العلاقة بين الرجل و المرأة قبل الزواج و بعده و من ثم العلاقة بين الوالدين و الطفل، و يمكن أن يتعدى الأمر إلى الإرث و الميراث لمعرفة الحقوق و الحماية المقررة للطفل .

و من بعد ذلك الوقوف على أوجه الإختلاف و أوجه التشابه بين القانونين .و من ثم فاستنتاج و استخلاص الحقائق لا يتحقق أمام الباحث المقارن إلا بمقارنة النصوص المتعلقة بمسألة معينة ،و بالرجوع إلى النظام القانوني و إيديولوجياته.

**المحور الثاني : النظام اللاتيني أو النظام الروماني الجرمانى.**

و هو نظام مستمد من القانون الروماني ، يضم النظام القانوني الفرنسي المتمثل في قواعد القانون المدني الفرنسي و قوانين البلدان الجرمانية أي قواعد القانون الألماني و الأنظمة المستمدة منه . و كلاهما يقوم على أساس واحد من المبادئ العامة و القواعد الكلية .

تشارك و تتفق كل قوانين الدول المستمدة من هذا النظام في تقسيم القانون إلى قانون عام و قانون خاص . و يقابل هذا التقسيم الثنائي للقوانين وجود نوعين من المحاكم عادية و ادارية . كما و تشارك قوانين هذه العائلة في المبادئ كالنظرية العامة للالتزامات و حقوق التقاضي ...

تتميز القاعدة القانونية في هذا النظام بانها تقوم على صفة التجريد و العموم . و أنها قاعدة سلوك اجتماعي ملزمة أي أنها تقتزن بجزء . تقسم القاعدة القانونية إلى قاعدة عامة و خاصة ، شكلية و موضوعية ، مكتوبة و غير مكتوبة قاعدة أمرة و قاعدة مكملة .

من خصائص القاعدة القانونية أيضا أنها مرنة أي قابلة للتعديل و التغيير ، و أحيانا الإلغاء لمواكبة التطور الحاصل للمجتمع . يحكمها مبدأ تدرج القوانين حيث أن القاعدة القانونية الأعلى تعدل و تلغي القاعدة التي تماثلها في الدرجة . و القاعدة الأقل درجة تعدل و تلغى بقاعدة مماثلة أو أعلى درجة منها (قاعدة توازي الاشكال)

#### • مصادر القانون في النظام اللاتيني :

1 التشريع : يأتي في المرتبة الأولى و يعد المصدر الأساسي للقاعدة القانونية . و يقصد به كل القواعد المكتوبة . يتدرج من حيث القوة إلى دساتير صادرة عن السلطة التأسيسية أو قوانين مصدرها السلطة التشريعية أو لوائح و تنظيمات صادرة عن السلطة التنفيذية .

الدستور : و يوجد في أعلى مراتب التشريع ، يسمو على بقية النصوص التشريعية . يتحقق مبدأ سمو الدستور عن طريق رقابة مدى دستورية القوانين بأساليب تختلف من دولة لأخرى سواء عن طريق الرقابة السياسية بواسطة مجلس دستوري أو رقابة قضائية . تختلف تشكيلة الهيئة المكلفة بالرقابة في اختصاصها و كيفية اخطارها .

التشريع العادي : هو مجموعة القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية .

التشريع الفرعي : هي قوانين تصدر عن السلطة التنفيذية في مجال اختصاصها و تسمى في بعض الدول مراسيم أو أنظمة أو لوائح ، و تخضع للرقابة القضائية لضمان إحترامها لمبدأ المشروعية .

2-العرف : أهميته كقانون غير مكتوب و مدى تأثيره يختلف بإختلاف نوع العرف .أذ يرى الفقه أن هناك نوعين من العرف عرف مساعد للتشريع يساعدنا في فهم النص التشريعي .و عرف مكمل للتشريع يمدنا بقاعدة لتنظيم حالة لم يرد بشأنها نص تشريعي فيكون وظيفته سد النقص في التشريع .

يختلف مركز العرف باختلاف القوانين بحيث له دور مهم في القانون التجاري و القانون الدولي العام و يتقلص دوره في القانون المدني و قانون الاحوال الشخصية و ينعدم دوره في القانون الجنائي .

كما يختلف مركز العرف من دولة لأخرى فبعض الدول تساوي بين العرف و التشريع كالقانون الالماني و السويسري .في حين دول أخرى كالنمسا لايطبق العرف إلا إذا أحال إليه التشريع صراحة .

### 3-القضاء : (الاجتهاد القضائي)

#### أولا : دور الاجتهاد في تفسير القاعدة القانونية

يقتصر دور القاضي على تطبيق القاعدة القانونية ،لذلك يعد القضاء مصدرا ثانويا و مصدرا تفسيريا للنصوص القانونية. إذ تتميز الأحكام القضائية بتطبيق القانون فالأنظمة الدستورية في الدول التابعة للمنهج الروماني تقوم على أساس مبدأ الفصل بين السلطات، إذ مهمة التشريع تقوم بها السلطة التشريعية بينما تتولى السلطة القضائية تطبيقه على النزاعات المرفوعة .

و يطرح التساؤل في هذا الصدد في حالة غموض القاعدة القانونية و عجزها عن تقديم الحل القانوني، إن كان بإمكان القاضي أن يلجأ إلى التفسير الواسع للقاعدة القانونية ؟ في هذا الصدد نجد اتجاهين فقهيين :

الاتجاه الاول : يرى أن وظيفة القاضي لا تقتصر على تطبيق القانون، إنما يمكنه تفسير النصوص في حالة غموضها. لأن قواعده عامة و مجردة، و قد يؤدي التفسير الواسع للقانون إلى توسيع مجال تطبيقه ليستوعب حالات جديدة لم ينص عليها القانون فيسد نقصه.هذا التفسير الواسع يؤدي إلى إنزالها منزلة القاعدة القانونية فلا يمكن إنكار أنها من صنع القاضي . هذا الاتجاه يجعل من القضاء مصدرا للقانون لأن دوره ليس فقط تطبيق النصوص و تفسيرها فقط، بل قد يصل لدرجة وضع القاعدة القانونية .

غير أن هذا الرأي لم يلقى استحسانا كبيرا لأنه يمس بجوهر وظيفة القاضي ،و هي تطبيق القانون و ليس انشاء القاعدة القانونية.

الاتجاه الثاني : و هو الرأي الراجح يرى أن وظيفة القاضي تقتصر على تطبيق القانون، و حتى حين يفسر قواعده و يتوسع في تفسير قواعده الغامضة فهو لا ينشئ قانون ،إنما يكشف عن ثنايا التشريع مستندا إلى مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة .



لا شك أن القضاء يساهم في تطوير القانون. غير أن تفسيره للقواعد القانونية لإزالة الغموض لا يمكن أن يرقى إلى دور المشرع نظرا لما يقتضيه مبدأ الفصل بين السلطات .

#### ● مكانة السابقة القضائية في النظام الروماني :

لا تحظى السوابق القضائية في هذا النظام بنفس درجة الأهمية التي تحظى بها في المنهج الأنجلوسكسوني، و ليس لها قوة قانونية ملزمة. ذلك أن القاضي مهما توسع في تفسير التشريع، فإن القاعدة التي يقرها القاضي تقتصر على واقعة معينة ليس لها طابع عام مجرد و ليست ملزمة إلا للطرفين اللذين صدر الحكم بشأنهما. و حتى و إن طبق القاضي نفس الحكم مجددا فيكون ذلك من باب التكرار لا من باب الإلزام. إلا في حالة واحدة عندما تنقض المحكمة العليا الحكم المطعون فيه فتعيده الى المحكمة التي أصدرته للحكم فيه من جديد. إذ لهذه المحكمة أن تتبع النقض أو تخالفه، فإن خالفته عادت القضية للمحكمة العليا مرة ثانية فتنعقد بكل هيئاتها و ما تخلص إليه فهو ملزم للمحكمة التي أصدرت الحكم، فتعيد القضية إليها لتحكم فيها بموجبه.

غير أن بعض قوانين الدول التي تنتمي إلى هذا النظام جعلت من السوابق القضائية التي تصدر عن المحكمة العليا قوة إلزامية كما في ألمانيا و الأرجنتين .

و تجدر الإشارة هنا أن النظام القضائي في هذه العائلة يخضع لمبدأ التدرج القضائي، إذ أن هناك محاكم عادية و مجالس و محاكم عليا على مستوى القضاء العادي. و على مستوى القضاء الإداري محاكم إدارية مجلس الدولة و القاسم المشترك بينها محكمة التنازع، و هذا ما اخذت به فرنسا بولندا و النمسا و الجزائر. في حين تعرف دول أخرى نظام الغرف الإدارية كسويسرا و بلجيكا. في حين اعتبرت دول أخرى القضاء الإداري تابع للقضاء العادي و مدرجا في القانون الخاص مثل البرازيل و الدانمارك .

4-الفقه : له دور كبير في تطوير القانون عن طريق شرح القاعدة القانونية و تقويم النتائج المترتبة عنها، ليمهد الطريق للمشرع لانشاء قاعدة قانونية جديدة أو تعديل القانون، مستعينا بالدراسات القانونية المقارنة التي يجريها الفقه.

#### المحور الثالث النظام القانوني الانجلوسكسوني

هو نظام مستمد من القانون الانجليزي يعرف بنظام الكومن لو أي القانون المشترك لكل انجلترا، و يتخذ معنى القانون العام أو الشريعة العامة . و هو مجموعة القواعد القانونية التي تشكلت في بداية الأمر على يد

المحاكم الملكية منذ الغزو النورمندي سنة 1066. لتصبح بعد ذلك منهجا و نظاما قانونيا معتمدا في الكثير من الدول التي تشترك في اللغة و العادات كبريطانيا و أمريكا .

اذ لا يعترف النظام الانجليزي بتقسيم القانون الى عام و خاص انما يقسمه إلى كومن لوو عدالة تعني هذه الأخيرة مجموع القواعد التي اقترتها محكمة المستشار ابتداء من 1485 ، و طبقها لسد بعض ثغرات الكومن لوو اصلاح ماكان يظهر من عيوب .

كما أن مفهوم القاعدة القانونية يدل على غير مايدل عليه مفهومها في النظام الروماني، فهي تصدر عن القضاء و هي أقل عمومية و تجريد، لأنها تصدر في نزاع معين الأطراف. فلكل واقعة قانونية قاعدة قانونية خاصة بها. كما أنها خالية من التمييز بين الأمرة منها و المكملة على خلاف النظام اللاتيني .

### خصائص القانون الانجليزي :

\*القانون الانجليزي له نشأة قضائية ، لانجد فيه فكرة القاعدة القانونية و إنما نظام السابقة القضائية .

\*لا يعرف التفرقة بين القانون العام و القانون الخاص ، و لا التفرقة بين القانون المدني و القانون التجاري فكلاهما مدمج في المجموعة المدنية. لذلك يغيب في التنظيم القضائي القضاء الاداري غير أنه في سنة 2000 تم انشاء بعض الهيئات القضائية في بريطانيا مختصة في المسائل ذات الطابع الاداري ضمن المحكمة العليا بعد دعوة الفقه .

التفرقة في القانون الانجليزي هي تفرقة بين القانون العام أي الكومن لوو و قواعد العدالة التي تكونت خلال القرنين الخامس و السادس. كما أن هذا القانون يركز على الجوانب العملية خاصة الاجرائية .

### ● مصادر القانون الانجليزي

#### 1- القضاء

تاريخيا القضاء هو من أنشأ الكومن لوو في انجلترا، إذ لا يقتصر دور القضاء في انجلترا على تطبيق القانون بل أنه هو من يقوم بوضع القاعدة القانونية و يلتزم باتباع القواعد التي سبق للقضاء أن قررها في قضايا معروضة عليه سابقا ، أي مايسمى بالسوابق القضائية .

مايميز أحكام القضاء في هذا النظام أنها تصدر في منطوق مطول ،دون التقييد بتقديم الأسباب لأن القاضي غير ملزم بالتسبيب .بعد ذلك تدون الأحكام القضائية أي السوابق القضائية و تجمع في مدونات لتكون ما يسمى بالتقنينات . غير أن الإلتزام بالسابقة القضائية مقيد بجملة من الضوابط :

\*الاحكام الصادرة عن مجلس اللوردات تعتبر سابقة ملزمة لجميع أنواع المحاكم .

\*الاحكام الصادرة عن محكمة الاستئناف تعتبر سوابق ملزمة للمحكمة نفسها و لجميع من دونها من المحاكم و في هذا الاطار نشير إلى أن النظام القضائي الانجليزي يتكون من محاكم دنيا ، و المحكمة العليا للقضاء التي تضم محكمة العدل العليا و محكمة التاج ثم محكمة استئناف تنظر في الاستئناف المرفوع من المحاكم الدنيا و محكمة العدل العليا .و مجلس اللوردات دوره الفصل في الطعون المرفوعة الصادرة عن محكمة الاستئناف و في حالات استثنائية تستأنف أمامه الأحكام الصادرة عن محكمة العدل العليا و محكمة التاج .

## التشريع:

يحتل التشريع المرتبة الثانية و يعرف بالقانون البرلماني يقتصر دور التشريع على إتمام القانون القضائي.و هو إما تشريع صادر عن البرلمان ( و هو هيئة تشريعية تتكون من مجلس العموم و مجلس اللوردات ) أو أنه تشريع صادر عن السلطة التنفيذية ( مجلس الوزراء ).

و لأن بريطانيا من الدول التي ليس لها دستور مكتوب بل اعرف دستورية فقط ، فيتميز التشريع الأساسي بعدم وجود دستور مكتوب، و هذا يعني عدم وجود رقابة على دستورية القوانين .لكن هذا لا يعني عدم وجود نصوص دستورية مكتوبة ، إذ تتمثل في الميثاق الكبير و الذي يعد أساس نظام الحكم في انجلترا الصادر سنة 1215 ، و قانون البرلمان الصادر سنة 1911 و المعدل سنة 1949 .

غير أن التشريع زادت أهميته شيئاً فشيئاً ، لذلك و إن كانت النظرية الكلاسيكية تعتبر التشريع مصدر ثانوي للقانون إلا أن النظرية الحديثة اعترفت بالطابع التشريعي للقانون الانجليزي، إذ أصبح للتشريع دور في مجالات متعددة. سيما مع انضمام بريطانيا إلى الاتحاد الاوربي، رغبة منها في مواكبة تشريعات باقي دول الاتحاد الاوربي .فاصدرت تشريعات في مجالات متعددة .سيما مع تزايد تدخل الدولة في تنظيم و توجيه الاقتصاد .

و في هذا الاطار نتساءل عن موقف القاضي من التشريعات التي تصدر سيما عن البرلمان ؟ يعتبر القضاء أن التشريع مصحح و مكمل لقاعدة وضعت من طرف سابقه من القضاء .فالتشريع بالنسبة له يحافظ على تلك الأحكام . لذلك فعندما يطبق القاضي النص التشريعي فهذا لا يعني أنه يسعى إلى تغيير النظام بل يحافظ عليه .

العرف : يحتل المرتبة الثالثة و الأخيرة في تدرج مصادر القاعدة القانونية ، فعلى الرغم من انه لعب دور مهم في بداية نشأة القانون الانجليزي غير أن مكانته تراجعت و أصبح له دور ثانوي .فقبل نشأة قواعد الكومن لو كان القانون الانجليزي يقوم على الاعراف المحلية بعد ذلك نشأت الكثير من القواعد القانونية ذات المصدر العرفي .فاصبحت كل القواعد العرفية قواعد مكتوبة بفضل حركة التقنين .

### المحور الثالث: النظام الاسلامي ومكانة النظام الجزائي

تعتبر الشريعة الاسلامية مصدرا من مصادر القانون في التشريعات العربية. ولأنها شريعة متكاملة حية و مرنة قابلة للتطبيق في كل زمان و مكان ، فقد عكف الباحثون في مجال القانون المقارن على تسليط الضوء على هذا النظام ، و الأخذ من كثير من أحكامها .

1- مصادر التشريع الاسلامي: و المقصود بها الأدلة التي تقوم عليها احكامه ، و هي مصادر اصلية الكتاب و السنة و مصادر احتياطية الاجماع و القياس .

القران : و قد نظم القرآن جانين العبادات كالصلاة و الصوم و المعاملات أي كل ما يتعلق بعلاقات الافراد فيما بينهم ، فقد تضمنت الشريعة الاسلامية تنظيما شاملا لعلاقات الأفراد فيما بينهم و علاقتهم بالسلطة .

تقسم أحكام المعاملات إلى :

\* أحكام متعلقة بالأسرة كالزواج و الطلاق و النفقة و النسب ، أي مايسمى بقانون الأسرة أو قانون الاحوال الشخصية في الوقت الحاضر .

\* احكام متعلقة بالمعاملات المالية ، كالبيع و الاجارة و الرهن و الكفالة و التي ينظمها القانون المدني حاليا .

- \* أحكام متعلقة بالقضاء و الدعاوى و الشهادة و اليمين ، مايسى بقانون المرافعات أو الاجراءات المدنية .
- \* أحكام متعلقة بمعاملة الأجانب غير المسلمين في الدولة الاسلامية، فيما بينهم أو مع رعايا الدولة الاسلامية و التي تندرج تحت إطار القانون الدولي الخاص .
- \* أحكام متعلقة بتنظيم علاقة الدولة الاسلامية بالدول الأخرى في حالي الحرب و السلم ، و التي تندرج تحت سقف القانون الدولي العام .
- \* أحكام متعلقة بنظام الحكم و قواعده و حقوق الأفراد و حرياتهم في علاقتهم بالدولة ، و تندرج ضمن قواعد القانون الدستوري
- \* أحكام متعلقة بموارد الدولة و مصاريفها ، و تنظيم العلاقة المالية بين الفرد و الدولة و بين الغني و الفقير وفقا لقواعد القانون المالي بالمفهوم الحديث .
- \* أحكام متعلقة بسلوكيات الفرد من ناحية الأفعال المنهي عنها و هي الأفعال المصنفة كجرائم ، و التي تتقرر بشأنها عقوبات أي مايسى اليوم بقانون العقوبات .

#### السنة النبوية :

و هي المصدر الأصلي الثاني للشريعة الاسلامية . و هي ما تقرر و صدر عن الرسول صلى الله عليه و سلم من قول أو فعل أو تقرير . فإذا كان القرآن هو الدستور الذي يتضمن الأصول و القواعد الالهية الاساسية و الكلية ، فإن السنة هي المنهاج النبوي الذي يفصل فيما جاء في مجمل القرآن .

#### الاجماع :

و قد اكتملت أحكام الشريعة بعد وفاة الرسول (ص) بالاجماع . و هو ما أجمع عليه الفقه بعد وفاة الرسول صلى الله عليه و سلم بخصوص مسألة من مسائل الدين المختلف بشأنها ، و التي لا يوجد حل لها لا في القرآن و لا بالرجوع للسنة النبوية .

#### القياس :

و هو قياس مسألة لم يرد بشأنها نص مع مسألة ورد بشأنها نص و حكم شرعي ، لتشابه الواقعتين في علة هذا الحكم .

اضافة الى هذه المصادر هناك مصادر احتياطية للشريعة الاسلامية و هي الاستحسان الاستصحاب المصالح المرسلة سد الذرائع العرف .... الخ

#### القضاء

و قد مر القضاء بتطورات هامة إذ شهد عصر الخلافة الاسلامية تطورا في تخصصات القضاء . فعرف ما يسمى بقضاء المظالم الذي يفصل في شتى التظلمات و الخصومات بين الحاكم و المحكوم . نظام الحسبة و هي نظام يسمح للمحتسب بتوقيع العقوبة على الأفراد لازالة المنكر دون الحاجة إلى إقامة دعوى من أحد الاطراف . اذ تشتمل مهام المحتسب مراقبة التجار مراقبة الاسعار و قمع الغش مراقبة الابنية و الطرقات . و يمكن للمحتسب توقيع عقوبات مباشرة كإتلاف البضاعة الفاسدة حال ضبطها . و قد عدت الحسبة من القضاء بحكم أنها تقوم على وظيفة الاتهام .

## 2- تأثر القوانين الوضعية بالشريعة الاسلامية :

جل تشريعات و قوانين الدول العربية تأثرت بأحكام الشريعة الاسلامية، و إن كانت بعض الدول العربية تجعل من الشريعة مصدرا ثانيا للتشريع كالجزائر إذ تعد مصدرا ثانيا في القانون المدني بينما هي مصدر ثالث في القانون التجاري بعد التشريع و العرف . نجد أن دول أخرى اخذت بها كمصدر أول للتشريع كالمملكة العربية السعودية . غير أن أحكام الشريعة ادخلت بطريقة مباشرة او غير مباشرة عن قصد أو عن غير قصد ضمن أحكام قوانينها فتضمن القانون المدني و قانون الاسرة أحكاما مستمدة من الشريعة الاسلامية نذكر منها :

- الاعتراف بالشخصية المعنوية : اذ اعترفت بالشخص المعنوي و بصحة تصرفاته . فقد منحت الشريعة الاسلامية الشخصية المعنوية للدولة و تجلى ذلك في المعاملات الخارجية و الداخلية التي كان يبرمها ولي الأمر إذ أن أي معاهدة يبرمها فهي ملزمة للأمة . و بالشخصية المعنوية لبيت المال مستقلة عن مال السلطة حيث يتولى ممثل بيت المال المحافظة على أموال المسلمين و بالشخصية الاعتبارية للوقف إذ يقوم ناظر الوقف بإبرام العقود المتعلقة باستغلال الوقف .
- نزع الملكية للمنفعة العامة، إذ أنه في حالة تعارض مصلحة عامة على مصلحة خاصة ، يتم تغليب المصلحة العامة مع وجوب دفع تعويض من بيت المال .
- تعويض الدولة عن الخطأ المرفقي و القضائي ، فقد اعترفت به الشريعة الاسلامية قبل القوانين الوضعية .
- التفويض و يعني تفويض بعض الإختصاصات و الصلاحيات لموظف آخر و قد اخذت به الشريعة الاسلامية

- العقار بالتخصيص فهذه الفكرة مأخوذة من أحكام الشريعة الاسلامية نصت عليها القوانين الوضعية و العقار بالتخصيص هو منقول مخصص لخدمة العقار يتمتع بالحماية المقررة للعقار.
- التصرف بارادة منفردة نصت القوانين الوضعية على الارادة المنفردة كمصدر للالتزام ، و قد أخذت الشريعة الاسلامية بالارادة المنفردة لإنشاء عدة أحكام أهمها الطلاق و الوقف.
- عقد الاذعان .يعرف في الشريعة الاسلامية ببيع الاستئمان أو الاستسلام
- التضامن بين الدائنين و المدينين و قد أخذت به القوانين الوضعية .اذ يتمثل التضامن بين الدائنين في جواز مطالبة دائن واحد بكل الدين أو المطالبة به مجتمعين .أما التضامن بين المدينين فيتمثل في امكانية مطالبة الدائن بالدين كاملا من أحد المدينين فقط و يلتزم المدين بالوفاء بالدين كاملا .
- الدفع بعدم التنفيذ و هي من تطبيقات حق الحبس الذي يخول البائع حق حبس المبيع حتى يوفي المشتري بالثمن، و قد اخذت الشريعة الاسلامية بحق الحبس.
- نظرية الظروف الطارئة و من أهم تطبيقاتها في الشريعة الاسلامية العقود الخاصة ببيع الثمار.اذ اذا وقع قبل جنمها خطر غير متوقع كالجفاف جاز للاطراف مراجعة بنود العقد .بينما في القوانين الوضعية اذا وقع اثناء تنفيذ العقد حادث استثنائي جعل تنفيذ الالتزام مرهقا بالنسبة للمدين ، جاز للقاضي التدخل لرد الالتزام الى الحد المعقول و هو حكم مستمد من الشريعة الاسلامية .
- الالتزام الطبيعي و هو الالتزام الذي لا يملك الدائن حق اجبار المدين على تنفيذه ، لبقاء عنصر المديونية دون عنصر المسؤولية .
- مسؤولية مالك البناء فيما يحدثه الانهيار الجزئي أو الكلي للبناء من اضرار ، و هو أيضا حكم مستمد من الشريعة الاسلامية .
- ملكية الطبقات اذ نصت التشريعات الوضعية على امكانية اسناد تملك الشخص طبقة من البناء دون باقي الطبقات .و هي فكرة مأخوذة من الشريعة الاسلامية و تسمى ببيع الفضاء إما ببيع فضاء فوق الارض أو ببيع فضاء فوق بناء .
- نظرية التعسف في استعمال الحق إذ أن هذه النظرية وضعتها الشريعة الاسلامية و لم يعرفها القانون الروماني .و لم يكتشفها الفقه الفرنسي إلا بعد أواخر القرن 19.

● **تأثر المنظومة القانونية الجزائرية بالقانون المقارن و بأحكام الشريعة الاسلامية :**

تأثر النظام القانوني الجزائري إلى حد بعيد بالقانون الفرنسي بدءا بقانون نابليون مروراً بالقانون التجاري نظام الاستهلاك و المنافسة ، نظام التأمين القرض و النقد دون نسيان تأثير الشريعة الاسلامية

و الاعراف و التقاليد التي تلعب دورا كبيرا و تأثيرا مباشرا على المجتمع الجزائري، و التي انعكست على قوانينه الداخلية سيما مجال الأحوال الشخصية .

كما انه أخذ من المدرسة الالمانية و تبنى أحكام السجل التجاري و الشركة ذات المسؤولية المحدودة و مؤسسة الشخص الوحيد ذات المسؤولية المحدودة .هذا و اخذت من الانظمة الانجلوسكسونية الاعتماد الايجاري و عقد تحويل الفاتورة و عقد التسيير .

و قد أخذ المشرع الجزائري من الشريعة الاسلامية نظرية التعسف في استعمال الحق ،نظرية الظروف الطارئة ،الارادة المنفردة كمصدر للالتزام ،تبعة هلاك المبيع قبل التسليم تقع على عاتق البائع ، خيار رؤية المبيع ، حكم تصرفات المريض مرض الموت .الشفعة معيار الغبن في بيع العقار .دعوى استرداد الحيازة لان الحيازة قرينة على الملكية .نظرية العقد الناقل للملكية ، اذ أن الفقه السلامي أشار إلى أن العقد ينقل الملكية بمجرد تبادل التعبير عن الارادة أي تبادل الايجاب و القبول ، أما حقوق العقد فهي آثار بين المتعاقدين .



