

جامعة البليدة 2 - لونيبي علي -

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

رئيس المجلس العلمي لكلية
الحقوق والعلوم السياسية
د. بن شويش الرشيد

محاضرات في مقياس:

مقارنة الأنظمة القانونية



مقدمة لطلبة السنة الثالثة ليسانس LMD

- تخصص : القانون الخاص.

من إعداد الدكتور: قاشي علال

أستاذ محاضر قسم - أ -

السنة الجامعية: 2017 / 2018

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي



البلدية في: 2018/01/07

جامعة البلدية -2-

الرقم: 47/ م ع 2017/

كلية الحقوق و العلوم السياسية

المجلس العلمي

مستخرج من محضر اجتماع المجلس العلمي المنعقد بتاريخ 2017/12/18

بتاريخ 18 ديسمبر 2017 وعلى الساعة العاشرة وبمقر كلية الحقوق والعلوم السياسية اجتمع المجلس العلمي للكلية ، وذلك بحضور السادة أعضاء المجلس الأتية أسماؤهم:

رئيسا	الأستاذ بن شويخ الرشيد . رئيس المجلس العلمي
عضوا	الأستاذ عقاب عبد الصمد . عميد الكلية
	الأستاذة بن ناصر وهيبة . نائبة العميد المكلفة بما بعد التدرج والبحث العلمي
عضوا	والعلاقات الخارجية
عضوا	الأستاذ عكروم عادل . نائب العميد المكلف بالدراسات والمسائل المرتبطة بالطلبة
عضوا	الأستاذ كرنيش بغداد . رئيس قسم العلوم السياسية
عضوا	الأستاذ بلقاسم محمد . رئيس قسم القانون الخاص
عضوا	الأستاذ يومعية جابر . رئيس قسم القانون العام
عضوا	الأستاذ بوشعة خالد . رئيس اللجنة العلمية لقسم القانون الخاص
عضوا	الأستاذ قاسمية جمال . رئيس اللجنة العلمية لقسم القانون العام
عضوا	الأستاذة بعوني حميدة . رئيسة اللجنة العلمية لقسم العلوم السياسية
عضوا	الأستاذ بلقاسم أحمد . ممثل الأساتذة ذوي مصف الأستاذية قسم القانون العام
عضوا	الأستاذة مريوة صباح . ممثلة الأساتذة ذوي مصف الأستاذية قسم القانون العام
عضوا	الأستاذ خليل عمرو . ممثل الأساتذة ذوي مصف الأستاذية قسم القانون الخاص
عضوا	الأستاذ بلهول نسيم . ممثل الأساتذة ذوي مصف الأستاذية قسم العلوم السياسية
عضوا	الأستاذ دريس نبيل . ممثل الأساتذة ذوي مصف الأستاذية قسم العلوم السياسية
عضوا	الأستاذة عابر نجوى . ممثلة الأساتذة المساعدين
عضوا	الأستاذة بودية سعيدة . ممثلة الأساتذة المساعدين
عضوا	السيدة عيسى أمال . مسؤولة المكتبة

جدول الأعمال:

- 1- تشكيل لجان المناقشة.
- 2- اعتماد تسجيلات طلبة الدكتوراه الناجحين في مسابقة الدكتوراه للسنة الجامعية 2018/2017.
- 3- اعتماد المطبوعات العلمية.
- 4- متفرقات.

3- اعتماد المطبوعات العلمية.

بناء على التقرير الايجابي للخبير تم اعتماد مطبوعة:
مطبوعة معنونة بـ " محاضرات في مقياس مقارنة الأنظمة القانونية " ، موجهة
لطلبة السنة الثالثة حقوق، قانون خاص، السنة الجامعية 2017/ 2018 من اعداد
الدكتور قاشي علال.

رئيس المجلس العلمي



مقدمة

مقدمة

لقد تم استحداث مادة مقارنة الأنظمة القانونية في الجامعات الجزائرية في مرحلة اليسانس على طلبه ل. م. د عندما تم توحيد البرنامج على مستوى الوزارة فقررت هذه المادة على طلبه السنة الثالثة حقوق تخصص قانون خاص ، وقانون عام ، حيث أن محتوى المادة هو ثلاث أنظمة قانونية : (النظام القانوني اللاتيني ، النظام القانوني الانجلوساكسوني ، النظام القانوني الجرماني) ، ونشير إلى أن مادة القانون المقارن كانت مبرمجة سابقا على طلبه السنة الرابعة حقوق نظام كلاسيكي و كانت تتضمن بالإضافة إلى الأنظمة القانونية الثلاثة المذكورة النظام القانوني الإسلامي وهو حاليا غير مدرج ضمن محتويات المادة لذا لم أتطرق إليه في هذه الدراسة .

إن دراسة القانون المقارن تعتبر بمثابة النافذة القانونية التي تمكننا من الاطلاع على القوانين الأجنبية التي تساعد المشرع والباحث على الاستفادة من تجارب الآخرين من خلال استخلاص ما تحتويه هذه القوانين من إيجابيات وحلول يمكن الأخذ بها ، وما أخرجنا اليوم إلى معرفة التطورات الحاصلة في كل المجالات التشريعية و الفقهية والاجتهادات القضائية للدول الأخرى ، حتى تكون كل القوانين الوطنية متوافقة مع قوانين هذه الدول ، وهذا ما يصبو إليه القانون المقارن .

إن مادة القانون المقارن فرع من فروع القانون وهو قانون حديث النشأة (1900م) ولذلك كثر الجدل حوله إن كان علما أم مجرد طريقة من طرق البحث القانوني ، ونظرا لكون الأنظمة العالمية تسودها الشمولية والعولمة بما تحمله من آثار إيجابية ، وأثار سلبية ، و أصبحت المجتمعات المعاصرة تؤثر وتتأثر فيما بينها وتكون الغلبة لمن يملك وسائل التكنولوجيا الحديثة فحتمًا يكون للقانون المقارن دورا يؤديه من خلال الحلول المتوصل إليها في القوانين الأجنبية من أجل تحقيق الانسجام حيث أصبح القانون المقارن (مقارنة الأنظمة القانونية) عنصرا أساسيا في تكوين الثقافة القانونية ، و أصبحت المقارنة محورا أساسيا لدراسة الكثير من المواد القانونية من أجل الوقوف على مواطن الاتفاق ومواطن الاختلاف ومعرفة أسباب ذلك .

إن تنوع القوانين وتعددتها مرتبط بتنوع المجتمعات والثقافات واللغات وهنا يكون عدد القوانين بعدد الدول وقد يفوق ذلك لكون إن بعض الدول هي دول اتحادية، لذا فإن من أهداف وغاية القانون المقارن هو توحيد القوانين من أجل مواجهة كل الأخطار والتحديات الراهنة خاصة وإن الدول تعرف التكتلات الاقتصادية والسياسية .

وإن كل دولة تريد مواكبة التطور عليها معرفة الأفكار والمفاهيم الجديدة المائدة من خلال اطلاعها على أساليب التنظيم في المجتمع حتى تستطيع إجراء مقارنة بينها وبين الدول الأخرى عن طريق القانون المقارن من أجل إثراء علم القانون من هذه الدولة وغيرها من الشعوب الأخرى.

إن القانون المقارن له تأثيرات مختلفة على المنظومات التشريعية سواء من حيث وضع التشريع أو من خلال الاجتهادات الفقهية والقضائية وعمليات التفسير التي تؤدي إلى صياغة قواعد في دولة ما متأثرة بقواعد دولة أخرى ينتميان إلى نفس النظام القانوني، ويجب أن تتسع هذه المقارنات لتشمل كل فروع القانون إثراء للمنظومة القانونية الوطنية، و توسيع معارف رجل القانون عن طريق استفادته من خبرة الآخرين و اجتناب أخطائهم.

إن موضوعنا " محاضرات في مقارنة الأنظمة القانونية " يكتسي أهمية علمية تتمثل في التزود بالمعارف العلمية عن القانون المقارن، وله أهمية عملية من خلال كيفية التصدي للمنازعات ذات العنصر الأجنبي وكيف يساعد القانون المقارن القانون الدولي الخاص ويعمل على تحسين القانون الوطني وتحقيق التوحيد من خلال استرجاع الاستقرار واستتباب النظام.

وقد اعترضتنا عدة صعوبات لانجاز هذا الموضوع تتمثل أساسا في قلة المراجع على مستوى المكتبات الجامعية أو الوطنية أو الخاصة.

وقد عالجتنا هذا الموضوع وفقا لإشكالية مفادها: ما هو مفهوم القانون المقارن، وما هي الأنظمة القانونية الكبرى المعاصرة المعروفة وما مدى تأثيرها على المنظومة التشريعية الجزائرية؟

وقد اتبعت المنهج المقارن والتحليلي من أجل معالجة هذا الموضوع والإجابة على الإشكالية الرئيسية.

حيث تناولنا الموضوع محل الدراسة في بابين الأول يتضمن: مفهوم القانون المقارن وتطوره وتضمن ثلاثة فصول أما الباب الثاني تضمن: الأنظمة القانونية الكبرى المعاصرة و تأثيرها على المنظومة التشريعية الجزائرية وتضمن ثلاثة فصول.

وأخيرا خاتمة تضمنت النتائج المتوصل إليها من دراسة هذا الموضوع.

الباب الأول

مفهوم القانون المقارن
وتطوره

الباب الأول

مفهوم القانون المقارن وتطوره

إذا كان القانون هو الذي يعكس صورة الحياة الإنسانية السائدة في أي مجتمع ويبرز مختلف النشاطات السائدة، ويكشف عن مدى رغبة الأفراد إليه وتطبيقه طوعية لأنه يهدف إلى إقامة النظام والقضاء على مختلف الفوارق الاجتماعية وينشد الرقي والتقدم.

وإذا كانت الشعوب والأمم ليست على درجة واحدة من الرفاهية والتطور نتيجة انتشار الفكر الاستعماري وحصول الحروب الأهلية والأزمات والكوارث فكان لزاما أن تكون هناك فوارق في القوانين إلى تحكم كل مجتمع و الذي ينتمي إلى حضارة معينة و خلال فترة زمنية و ينتهج مذهبها عقائديا معينة أولا.

إن قوانين الدول تختلف من حيث طريقة النشأة ومن حيث المصادر التي تدخل في تكوينها فهناك دول وضعت قواعد قانونية لقيت استجابة من الأفراد طوعية وإلا فرضت عليهم جبرا ووصلت إلى أعلى مراتب الحضارة وأوجدت مختلف الحلول للنزاعات التي طرحت فلا مانع من اقتباس نصوص من قوانينها مع مراعاة خصوصية كل مجتمع من حيث الزمان والمكان.

إن معرفة ما كان يسود في الحضارات القديمة والتي تلتها لا يمكن الوصول إليه إلا من خلال القانون المقارن الذي يرسم لنا معالم تلك العهود بدقة كما أنه يساهم في توحيد تفاسير القوانين وتوحيد القوانين على المستوى الداخلي في الدول الاتحادية أو على المستوى الخارجي، فهذا أمر يدعو إلى ضرورة الأخذ به من أجل تحقيق وحدة القوانين التي تتظم مسائل معينة في مختلف أوجه النشاط الإنساني، أو تتظم مختلف العلاقات الإنسانية⁽¹⁾.

إن فكرة المقارنة قديمة ولكن تأسيس قانون مقارن فكرة حديثة كانت في سنة 1900 من خلال المؤتمر الدولي الذي انعقد في باريس، ومنذ ذلك الحين توالى الآراء حول ضرورة وجود قانون مقارن نتيجة مختلف أدواره على المستوى الوطني والدولي وإن اختلفت هذه الآراء حول وظيفة هذا القانون وطبيعته القانونية، ولذا كان من الأهمية أن نعطي تعريفا لهذا القانون ونحدد فروعته وصوره و فائدته و تاريخه و طبيعته القانونية ووظيفته⁽²⁾.

⁽¹⁾: R. RONIÈRE, introduction au droit comparé, DALLOZ, paris, 1979, p30 .

⁽²⁾: René David, les grands systemes de droit contemporains 6ed, DALLOZ, paris, 1998, p 13.

الفصل الأول

التعريف بالقانون المقارن

الفصل الأول

التعريف بالقانون المقارن

إن تسمية القانون المقارن حديثة العهد وهي تسمية اصطلاحية لكنها لا تدل على ما توحى إليه حيث إن هذا القانون لا يشكل مجموعة قواعد مثل باقي فروع القانون ولكن هذا التعبير الاصطلاحي يدل على أنه بحث قانوني أو دراسة قانونية.

فالقانون المقارن هو ذلك المجال الدراسي المكرس للمقارنة المنظمة بين نظامين قانونيين أو أكثر، أو بين عناصر من تلك النظم، من خلال تحليل مجموعة من الأفكار المشتركة أو المختلفة بينهما⁽¹⁾

وهناك من يعتبر بأن القانون المقارن عبارة عن دراسات مقارنة تهدف إلى تقويم النظم والقواعد القانونية محليا أو دوليا أو حتى على مستوى العائلة (الشريعة) القانونية الواحدة أو الشرائع العالمية الأخرى .

إن إعطاء تعريف للقانون المقارن أمر صعب جدا على اعتبار أن الفقه أول خلاف وقع بشأن هذا القانون هو تحديد طبيعته فهناك من لا يعتبره علما بل طريقة أو أسلوب مقارنة ومن ثمة كانت محاولات تعريفه مبنية على خلفية مفادها ما طبيعة هذا القانون؟

المبحث الأول: محاولة وضع تعريف للقانون المقارن

إن مسألة تعريف القانون المقارن ليست من الأمور المتفق عليها لدى الفقه، وذلك راجع إلى مختلف وجهات النظر في أمر هذا القانون لأن بعض الفقهاء يعتبر هذا القانون أداة مقارنة وموازنة بين قوانين فقط.

إن أمر التعاريف متروك للفقه وإن قامت التشريعات بذلك فهو من قبيل حصر الأمر وإيضاحه بدقة.

⁽¹⁾:mishael A , ALHAJERI , lecteur ehandout ,Rechearch methods , 2005.

المطلب الأول: صعوبة وضع تعريف لهذا القانون مع إبراز فروعته وصوره

إن وضع تعريف جامع ومانع للقانون المقارن أمر صعب ، لذا أطلق بعض الفقه على هذا القانون تسميات أخرى لا تفيد بأنه قانون فقد وصف بأنه عبارة عن دراسات مقارنة تهدف إلى تحسين القوانين الوطنية أو الدولية و الاستفادة من تجارب النظم القانونية الأخرى التي تنتمي إلى نفس العائلة القانونية أو المتباعدة معها، لأن الهدف في الأخير هو القضاء على العوائق والمنازعات التي تحصل و يكون فيها عنصرا أجنبيا، و كذلك العمل على فتح النشاطات الاقتصادية و التجارية بين كل الدول و بدون تفضيل ، ولا يكون هذا متاحا وممكن إلا إذا كانت قوانين هذه الدولة موحدة على الأقل في المجال أو القطاع الصناعي أو التجاري المفتوح لكل الدول.

و بناء على ذلك فإن الفقه يرى بأنه من الصعب وضع تعريف للقانون المقارن خصوصا وأن هناك أنظمة قانونية كبرى معاصرة و البعض بقي محصورا في نطاق محدد، حيث أنا نجد النظام القانوني اللاتيني، و النظام القانوني الانجلوساكسوني، و النظام القانوني الجرماني ولا يستقيم الأمر بدراسة النظام القانوني فقط بل لا بد من دراسة النظام القضائي أيضا .

الفرع الأول: إيراد بعض التعاريف التي حظي بها هذا القانون

إن سبب اختلاف الفقهاء في تعريف هذا القانون يعود إلى اختلافهم حول تحديد وظيفة هذا القانون، ونشير إلى أن إطلاق عبارة القانون المقارن كانت لأول مرة تذكر في المؤتمر الدولي بباريس لسنة 1900 وبذلك فهي عبارة حديثة لكن تاريخ المقارنة قديم قدم القانون ذاته⁽¹⁾.

إن تسمية هذا القانون بالمقارن في حقيقة الأمر فيه نوع من المغالاة على أساس أن قواعد القانون تصاغ بطريقة عامة، مجردة، وملزمة ولها مجال نطاق تطبيق، وبذلك فإن هذا القانون لا يعتبر مجموعة من القواعد التي تنظم سلوك أفراد المجتمع كالقانون المدني، أو الجنائي، أو الإداري ولا يعد وصفا من أوجه النشاط بل هو علم ومنهج يعمل على مقارنة القوانين واستخلاص أجه التشابه وأوجه الاختلاف بينهما.

(1) الأستاذ: علي بن غانم، محاضرات في القانون المقارن، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، السنة الجامعية، 2009/2008، ص7.

كما أن تسميته في البرنامج المقرر على طلبة السنة الثالثة نظام ل م د هو "مقارنة الأنظمة القانونية" والتي ينبغي أن تفهم على أنه كلمة مرادفة للعائلات القانونية (les familles juridiques) ، أو الشرائع القانونية الكبرى التي لها اشتراك كبير في كثير من المسائل مما يؤدي إلى إنشاء عائلات للقوانين الوضعية.

إن المقارنة تقتضي الموازنة بين شيئين من أجل إبراز أوجه التشابه وأوجه الاختلاف، ولا تكون المقارنة بين الأشياء التي تنتمي إلى طبيعة واحدة وإلا كانت غير ممكنة، وهذه المقارنة لا يمكن حصرها في القانون فقط بل توجد في فروع أخرى كالسياسة ، والاقتصاد ، والأدب .

إن القيام بالمقارنة يكشف لنا في بعض الأحيان بأن النظام القانوني فيه تعارض في قواعده الموضوعية، وفي حالات أخرى يتعارض مع الفكرة (الفرض) الذي وضعه المشرع عند وضعه للقواعد القانونية عن طريق صياغتها ، إذ أن كل عائلة (شريعة) قانونية لها مفهومها الخاص لفكرة العدالة، و هذا يؤكد بأن عملية المقارنة كلها علمية .

إن ما يدل عليه هذا التعبير الاصطلاحي " القانون المقارن " هو دراسة قانونية، أو بحث قانوني يقوم على المقارنة و الموازنة بين قانونين أو أكثر ⁽¹⁾، حتى أن بعض الفقهاء يستعوض تسمية مقارنة القوانين (comparaison des lois) على تسمية القانون المقارن ، والبعض يقترح تسميته بالطريقة المقارنة (la méthode comparative) .

وتأكيدا لذلك يرى الفقيه " روني دافيد " بأن " عبارة القانون المقارن عبارة تعيسة لأنها أعطته قيمة معينة لكن من الأحسن تجنبها⁽²⁾ .

إن الفقيه " لا مبير " الذي يعتبر بأن القانون المقارن علم قائم بذاته و يرى بأن القانون المقارن " هو العلم الذي يبحث عن القواعد المشتركة بين الشرائع و النظم المختلفة " ، وهو أحد منظمي مؤتمر باريس الذي كان بعنوان :المؤتمر الدولي للقانون المقارن ، أصدر كتابا في 1902 وأطلق عليه تسمية " التشريع المقارن " تأكيدا لما يمثل هذا القانون من حقيقة .

وبناء على ما سبق ذكره فإن الفقه قد قدم تعريفات للقانون المقارن سواء الفقه الغربي أو العربي نورد منها ما يلي:

(1): الدكتور: عصام نجاح، القانون المقارن والأنظمة القانونية الكبرى، دار العلوم للنشر والتوزيع، دون سنة، ص

(2): Reni david , traite élémentaire , de droit civil comparé , LGDJ, paris ,1950, p 3.

- تعريف الأستاذين دافيد " david " وجوتريدج " GUITRIDGE " : " القانون المقارن هو الطريقة المقارنة في تطبيقها على الدراسات القانونية " .
 - تعريف مؤتمر لاهاي لسنة 1937 : " القانون المقارن يعمل على المقارنة بين قوانين بلدان مختلفة و استخلاص أوجه التشابه و أوجه الاختلاف بين هذه القوانين " .
 - تعريف الأستاذين سالي " soleilles " ولامبير " Lambert " : " القانون المقارن هو العلم الذي يبحث عن القواعد المشتركة بين الشرائع و النظم القانونية " .
 - أما الدكتور :حبيب إبراهيم الخليلي الأستاذ الذي تولى تدريس مادة القانون المقارن في جامعة الجزائر لمطالبة كلية الحقوق عام 1980 / 1981 وأصله مصري فإنه يعرف هذا القانون في محاضراته بأنه: "علم منهجي يدرس النظم القانونية من أجل استخلاص أوجه التشابه و أوجه الاختلاف وتحديد جوهرها الاجتماعي و شكلها، ووظائفها، من أجل إظهار الاتجاهات المتعارضة و المتناقضة في مختلف نماذج نظم القانون و ترجيح بعضها على بعض"⁽¹⁾.
- إن القانون المقارن هو ترجمة للمصطلح الفرنسي (droit comparé) و للمصطلح الانجليزي (comparative law) ، وهو عبارة عن تسمية اصطلاحية كتسمية القانون الدولي الذي لا يعتبره بعض الفقهاء بأنه فرع من فروع القانون نظرا لعدم تمتع قواعده بما تتميز به القواعد القانونية عموما ، ولذا فإن الفقه يطلق عليه تسمية القانون المقارن اصطلاحا و لكن هذه التسمية لا تدل على محتواها ، لأن هذا القانون ليس هو مجموعة من القواعد كالقانون الجزائري ، أو المغربي ، أو المصري ، وهو ليس مجموعة من القواعد النازمة لموضوع معين ضمن فروع القانون كنظام الشركات ، أو نظام الملكية ، أو نظام الإفلاس و التسوية القضائية ، أو نظام الأهلية .

الفرع الثاني: فروع القانون المقارن وصوره

إذا كان القانون بوجه عام يقسم تقليديا إلى قانون عام، وقانون خاص، وكل نوع من النوعين له فروع، حيث أن القانون العام يشمل القانون الدستوري، القانون المالي، القانون الإداري، القانون الدولي.

وبناء على ذلك يكون لدينا القانون المقارن الدستوري، القانون المقارن المالي، القانون المقارن الدولي.

أما فروع القانون الخاص فنجد فيها القانون المدني، القانون التجاري، قانون الأسرة، ويكون لدينا القانون المقارن المدني، القانون المقارن التجاري، القانون المقارن لأحوال الشخصية.

(1) الدكتور : حبيب إبراهيم الخليلي، محاضرات في القانون المقارن، ألقيت على مطلبة كلية الحقوق، جامعة الجزائر ، (غير منشورة) ، السنة الجامعية 1980/1981 ، ص 22.

أما بالنسبة لمختلف صور القانون المقارن فإنها تأخذ عدة أشكال تعرض لها الفقهاء بصدد دراساتهم المقارنة ومنها⁽¹⁾ :

- القانون المقارن المجرد " abstrait " : وهناك من يطلق عليه تسمية المقارنة البحتة على أساس أنه يهدف إلى تحصيل مكثف للمعلومات في المجال القانوني، وهناك من يرى من الفقهاء بأن هذا الشكل من الدراسات المقارنة لا وجود لها في القانون المقارن.
- القانون المقارن التاريخي: ويقصد منه مقارنة قانونين خلال فترة زمنية معينة من أجل استخلاص بعض النتائج المميزة لكل واحد منهما.
- القانون المقارن الوصفي: إن مقتضى هذا الشكل من القانون المقارن معناه عرض قانونين أو أكثر و إبراز ما يميز كل واحد عن الآخر من خلال أوجه الاختلاف وهذا بغية التعرف على القوانين الأجنبية و الحصول على معلومات دون هدف آخر مثل : (البناء في ملك الغير في كل من القانونين المصري و الجزائري) .
- القانون المقارن التطبيقي: إن هذا الشكل من القانون المقارن يقتصر على جمع المعلومات من القوانين الأجنبية لأنه يهدف إلى تحليل جوهري و دقيق للقوانين موضوع المقارنة و استخلاص النتائج من هذا التحليل الذي لا يقتصر على وصف مختلف الخلافات الموجودة في الأنظمة القانونية بل لا بد من إيجاد نتائج فالمقارنة ذات نتيجة مثل: (نظرة الميسرة في القانون الجزائري و الفرنسي) .

المطلب الثاني: مكانة القانون المقارن في الدراسات الجامعية وبعض مؤسساته

إن دراسة القانون المقارن أصبحت عنصرا أساسيا في تكوين الثقافة القانونية و ليست دراسة تكميلية وعلى مستوى دراسات الليسانس ل م د و في نطاق الدراسات العليا حيث أن جميع كليات الحقوق في ظل النظام الكلاسيكي للدراسة تدرس مادة القانون المقارن بالنسبة لطلبة السنة الرابعة ولما ألغي النظام الكلاسيكي ألغيت معه هذه المادة تماما أما في ظل نظام ل م د فكانت المواد المدرسة تقترح من رئيس فرقة التخصص و فرقة التكوين فكان هناك اختلاف شائع في المواد المدرسة على مستوى تخصص واحد ، مما جعل الوزارة الوصية تعيد النظر في الوحدات المدرسة وتم اعتماد مواد موحدة لطلبة الليسانس ل م د حقوق ، وتم تقرير هذه المادة (القانون المقارن) على طلبة السنة الثالثة ل م د حقوق سواء قانون خاص أو قانون عام وجاءت تسميتها كما يلي :

مقارنة الأنظمة القانونية، و الهدف منها : التعرف على النظم القانونية المقارنة و مقارنتها بالنظم

(1) الدكتور: جيب إبراهيم الخليلي، المرجع السابق، ص27.

القانونية المطبقة في الجزائر و مدى تعاضدها أما محتواها فيتضمن : النظام القانوني اللاتيني من حيث المصادر والمناهج ، وكذا النظام القانوني الانجلوساكسوني من حيث المصادر و المناهج ، وكذا النظام القانوني الجرماني من حيث المصادر و المناهج ولم ترد الشريعة الإسلامية كنظام في هذا المحتوى، لذا لم أتطرق إليها في هذه الدراسة على الرغم بان الكل يجمع على أنها أكبر الأنظمة القانونية ذات المصدر الرباني .

إن الدراسات المقارنة موجودة ومكرسة في الجزائر من خلال المواضيع والبحوث والرسائل الجامعية التي تعد، وسواء كانت المقارنة بين قانونين أو بين القانون الجزائري والشريعة الإسلامية.

الفرع الاول:مكانة القانون المقارن في الدراسات الجامعية

إن بداية تدريس القانون المقارن حديثة نسبيا في الدول التي بادرت بذلك أما تاريخ المقارنة فيعود إلى جذور قديمة⁽¹⁾، وعليه فانه يتعين علينا إبراز الدول التي عملت على تدريس هذا القانون وفي فترات مختلفة حيث استفادت كل دولة من الدولة التي سبقتها في هذا المجال وهذا ما يبرز مكانة القانون المقارن في الدراسات الجامعية.

ووفقا لذلك فان فرنسا بدأت تدريس القانون المقارن سنة 1831 بواسطة إنشاء كرسي لتدريس التاريخ العام وفلسفة الشرائع، وفي سنة 1869 تأسست جمعية التشريع المقارن.

أما في ألمانيا فقد بدأت الدراسات المقارنة خلال النصف الأول من القرن التاسع عشرة (19) ،

أما في إنجلترا فتم إنشاء أول كرسي للقانون المقارن سنة 1869 في جامعة oxford، وعمل الفقهاء الانجليز على المساهمة في الدراسات المقارنة و نشر القانون المقارن .

أما في بلجيكا فقد أسس المركز الجامعي للقانون المقارن، وكذلك في اسبانيا أين تم إنشاء معهد القانون المقارن، وفي إيطاليا تم إنشاء معهد القانون التجاري المقارن.

أما في أمريكا فان الدراسات المقارنة عملت على توحيد القانون الداخلي وذلك بعد الحرب العالمية الأولى.

(1)؛ الأمستلا؛ علي بن غانم، المرجع السابق، ص 21.

الفرع الثاني: مؤسسات القانون المقارن

زيادة على الدراسات الجامعية فإنه توجد العديد من المعاهد الخاصة بالقانون المقارن وكذا مراكز وجمعيات البحوث المقارنة نذكر منها:

- في اسبانيا يوجد معهد القانون المقارن
- في لكسمبرج يوجد معهد القانون المقارن
- في هولندا توجد الأكاديمية الدولية للقانون المقارن
- في أمريكا يوجد التجمع الأمريكي للدراسات القانونية المقارنة
- في إنجلترا توجد جمعية التشريع المقارن والقانون الدولي، ويوجد معهد القانون الدولي والقانون المقارن.
- في فرنسا يوجد المركز الفرنسي للقانون المقارن
- زيادة على المعاهد الإقليمية توجد معاهد دولية كمعهد روما الدولي لتوحيد القانون الخاص، وتوجد منظمات دولية تهتم بشكل مباشر وغير مباشر بتوحيد القوانين كهيئة الأمم المتحدة، منظمة العمل الدولية، الاتحاد الأوروبي، منظمة اليونسكو، وغيرها من المنظمات .

وهنا نشير إلى مسألة هامة تتعلق بالدراسات المقارنة في الدول الغربية التي تعد رائدة في ذلك، وافتقار الدول العربية لمثل هذه الدراسات المقارنة بل يمكن أن نقول بأنها تكاد تكون منعدمة.

المطلب الثالث: فائدة القانون المقارن

إن أهمية القانون المقارن تعاظمت في بداية القرن العشرين خصوصاً بعد الحرب العالمية الثانية وإن كان هناك بعض الفقهاء يرون بأن الاهتمام بالقانون الأجنبي لا فائدة منها بل يتوجب دراسة قوانين الدولة من طرف فقهاءها حيث قال أحد الفقهاء الداعين إلى عدم دراسة القانون الأجنبي Bowen عن المقارنين "إنهم يعرفون قدراً ضئيلاً من قوانين هذا الكوكب ما عدا قوانين بلادهم"⁽¹⁾

(1)مشار إليه في مرجع الدكتور: عبد السلام الترماني، القانون المقارن و المناهج القانونية الكبرى ، مطبوعات جامعة الكويت ، 1980، ص 45.

الفرع الأول: فائدة القانون المقارن في المجال الوطني

إن للقانون المقارن فائدة في المجال الوطني في نطاق العلوم القانونية النظرية حيث تبرز فائدته بالنسبة لتاريخ القانون عندما تتم المقارنة بين القوانين (المشرعات) المختلفة منذ تكوينها إلى استقرار أسسها عن طريق عرض كل المشرعات من أجل التعرف على مراحل تطورها ، والقيام بدراسة مختلف العادات و الأعراف السائدة في المجتمعات البدائية ، و تتبع مسيرة هذه العادات و الأعراف ، وبعدها المقارنة و استخراج ما آلت إليه القوانين المختلفة لتأتي مرحلة الوصول إلى نتائج البحث وهذه فائدة تحققها الدراسة المقارنة .

أما بالنسبة لفائدة القانون المقارن بخصوص فلسفة القانون فتتمثل في أن الدراسة المقارنة تسبب إلى تقديم حلول لمشاكل ذات نطاق عالمي إذ لا تنقيد بقانون معين بذاته ولا بنطاق مكاني معين، أن القانون المقارن يقوم بإظهار أثر الفلسفة في القانون ولا يقتصر دوره على تفسير النظم القانونية بل يعمل على تقييمها من خلال ما احتوته من مبادئ وأفكار بقدر ما توحى العدالة و احترام شخصية الإنسان، ووفقا لذلك فإن القوانين الاستبدادية و العنصرية لا تلقى رواجا ومحكوم برفضها لكونها تهين الإنسان.

إن علاقة القانون المقارن و فلسفة القانون ومدى تأثير الأول في الثانية انقسم بشأنها الفقهاء فهناك فريق متحمس للربط بينهما و فريق آخر لا يجعل أي علاقة مباشرة بين القانون المقارن وفلسفة القانون و منهم " لامبير " و "رينيه دافيد " ، على الرغم من أن مؤتمر باريس الذي انعقد سنة 1900 (ميلاد القانون المقارن) يعتبر بأن أسمى أهداف القانون المقارن هي فكرة القانون العالمي .

وعليه فإن القانون المقارن يعمل على إبراز فلسفة القانون ويكشف عن العلاقة الموجودة بين الأفكار الفلسفية والفترة التي سادت فيها هذه الأفكار والمبادئ⁽¹⁾.

أما فائدة القانون المقارن بالنسبة للنظرية العامة للقانون حيث أن هذه الأخيرة تنظم العديد من المواضيع كتقسيم القانون إلى قانون عام و قانون خاص وتقسيم القواعد القانونية إلى قواعد قانونية آمرة وأخرى مكملة ومصادر القانون، ونطاق تطبيقه من حيث الزمان و المكان والأشخاص وتفسير القانون بحيث أن الدراسة المقارنة تبين لنا الأصل التاريخي لتقسيم القانون، وتأثير الظروف السياسية و الاجتماعية في تكييف النظم القانونية و معرفة أسباب التمييز بين القانون العام

(1) بحبيب إبراهيم الخليلي، المرجع السابق، ص 54.

والخاص ،كما أنها تبين مصادر القانون لدى كل دولة فمثلا في فرنسا يعتبرون أن النص القانوني هو المصدر الأساسي للقانون، أما الاجتهاد القضائي وآراء الفقه فإنها مجرد وسيلتين لتطبيق وتفسير القانون .

أما فائدة القانون المقارن في مجال علم الاجتماع فنجد بأن الدراسة المقارنة تظهر أثر الظروف الاجتماعية الخاصة بقانون كل مجتمع من المجتمعات وتحاول الربط بين حركة القانون (تطوره) وبين ما سبق تلك الحركة و التطور من ظواهر اجتماعية .

إن الدراسة المقارنة في مجال علم الاجتماع القانوني تفيد في التمييز بين مراحل تطور القانون حيث يرى بعض الفقهاء بأن علم الاجتماع هو الذي يقود القانون المقارن لتمييز مراحل تطور القانون.

الفرع الثاني: فائدة القانون المقارن في المجال الدولي

إذا كان القانون المقارن يقدم فوائد في المجال الوطني فهذا لا يعني أنه قاصر على هذه الفوائد فقط بل إنه يقدم فوائد في المجال الدولي وهذا ما نشير إليه في النقاط التالية⁽¹⁾ :

- إن الدراسات المقارنة تجعلنا على علم وإحاطة بالقوانين الأجنبية ومن شأن هذه الإحاطة أن تؤدي إلى خلق مزيد من التقارب والتفاهم بين الشعوب من أجل تنمية التعاون الدولي في كل المجالات.
- إن الدراسات المقارنة تساعد على استخلاص المبادئ العامة المشتركة بين الشعوب المتمدينة، حيث أن هذه المبادئ تعد مصدرا من مصادر القانون الدولي العام وفقا للمادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، وهنا يمكننا الدراسة المقارنة من استخلاص هذه المبادئ من القوانين المكونة للشرائع المختلفة ومن أهم هذه المبادئ (مبدأ سلطان الإرادة) حسب المادة 106 من القانون المدني الجزائري، (مبدأ تفسير الشك لمصلحة المدين) حسب 112 من القانون المدني الجزائري، إن هذه المبادئ وغيرها من المبادئ الموجودة في القانون المدني انتقلت إلى نطاق القانون الدولي العام وتم تطبيقها من طرف محكمة العدل الدولية ، وهنا يبرز دور القانون المقارن في استخلاص هذه المبادئ من القوانين الوضعية .

(1) : مشار إليه في مرجع الدكتور: عبد السلام الترماني، المرجع السابق، ص 51.

- إن الدراسة المقارنة تساهم في توثيق الروابط و إنشاء وحدات إقليمية بينها أو إنشاء تجمع اقتصادي أو سياسي (السوق الأوروبية المشتركة ، و مجلس أوروبا ، و مجلس التعاون الخليجي) ، كما أن إبرام الاتفاقيات بين الدولة يفترض في المفاوض معرفة قوانين الدول الأخرى من أجل معرفة أفكارها المياسية ، وأن الدراسة المقارنة تجعل الموضوع لا يستمد من قانون محدد بل من مناهج قانونية مختلفة وبذلك تحقيق الاستفادة من تجارب الغير ، و الاقتباس من القوانين الأجنبية لتحسين القوانين الوطنية وسد ثغراتها⁽¹⁾.

(1): الدكتور: العيد حداد، محاضرات في القانون المقارن (غير منشورة)، ألفت على «طلبة السنة الرابعة ليسانس، كلية الحقوق، جامعة البليدة، السنة الجامعية 2006/2005» ص 15.

المبحث الثاني: تاريخ القانون المقارن

إذا كان الفقه يتفق على أن ظهور القانون المقارن كان سنة 1900م وهذا بالاعتماد على أول مؤتمر دولي انعقد في هذا التاريخ (1900/ 08/01)، فإن البعض الآخر من الفقه يؤكد أن الدراسات القانونية في هذا المجال كانت قد بدأت في ظل الحضارات القديمة فالمقارنة قديمة قدم القانون ذاته ولكن علم القانون المقارن حديث وهناك العديد من الشواهد التي توحى بوجود المقارنة في الحضارات القديمة ،و كذا في العصور الوسطى ، ولعل سبب تأخر ظهور القانون المقارن يكمن فيما يلي⁽¹⁾ :

- تنوع القوانين كما ونوعا وتعدد اللغات والثقافات والمجتمعات من شأنه ألا يشجع على الدراسة ويؤدي إلى التساؤل حول غاية هذا القانون المقارن ونظريته.
- استغراقه لمدة طويلة من أجل استخلاص المبادئ والحلول القانونية العادلة.
- عزوف رجال الجامعات عن التفكير فيما يكون متغيرا وعرضيا مكتفين بتعليم المنهج القانوني الذي يكشف عن العدالة في كل بلد وفي كل وقت.

المطلب الأول: القانون المقارن في العصور القديمة

إن الدراسات المقارنة عرفت لدى الحضارات القديمة لكنها كانت محدودة زمانيا ومكانيا، ولم يكتب لها الانتشار الواسع إلا مع بداية القرن العشرين.

وعليه نتطرق إلى مسألة القانون المقارن في هذه العصور بنوع من الاختصار مؤكدين على أهمية وجود المقارنة في كل عصر منها.

الفرع الأول: في بلاد ما بين النهرين

إن الملك " حمورابي " الذي حكم بلاد ما بين النهرين و اتخذ من مدينة " بابل " عاصمة من سنة 1728 إلى 1686 قبل الميلاد، أعد مدونة قانونية من أشهر المدونات في تلك الفترة ، حيث أن هذه المدونة تضمنت توحيد مختلف الأعراف و القوانين التي كانت سائدة في بلاد ما بين النهرين .

(1): الأستاذ: علي بن غالم، المرجع السابق، ص9.

كما أن هذه المدونة شملت في بعض المسائل منها على حكمين مختلفين حيث راعى فيها " حمو راى " الساميين والسوماريين على حد المواء خاصة ما تعلق بمسائل الأحوال الشخصية⁽¹⁾

يفهم من هذا بأن مدونة حمو راى اعتمدت على دراسات مقارنة بسيطة بين مختلف الأعراف والقوانين السائدة في بلاد ما بين النهرين.

الفرع الثاني: في مصر القديمة

لقد عرفت مصر القديمة مدونة " بكوريس " التي صدرت في عهد الملك " بكوريس أي في 817 إلى 712 قبل الميلاد، والملاحظ على هذه المدونة أنها جاءت متأثرة بشكل واضح بمدونة حمورابي⁽²⁾ خاصة في نطاق العقود المالية.

الفرع الثالث: في اليونان

لقد قام " أفلاطون " بمقارنة قوانين عصره في كتابه حول حوار القوانين " dialogue sur les lois " ، كما قارن " أرسطو " في كتابه " السياسة " بين قوانين أثينا و قوانين إسبارطة وكريت و قرطاجة و غيرها من البلاد ، وكتب في ذلك مايلي : " ينبغي على المشرع أن يعمل على تحسين القوانين ، و لذلك يتعين عليه أن يعرف قوانين حكومات المدن الأخرى و الفروق بينها و يقتبس منها ما يصلح لمدينته"⁽³⁾.

وقد قام " صولون " بوضع قانون " أثينا " وأصبح يسمى " قانون صولون " الذي عوض مدونة " دراكون " التي غضب منها الجميع، وكان " صولون " كثير السفر حيث مكثه ذلك من التعرف على قوانين و أعراف أمم أخرى معاصرة له⁽⁴⁾ فقد أخذ " صولون " عن القانون الفرعوني و لكنه في مجال التنفيذ نص فقط على التنفيذ على أموال المدين فقط لا التنفيذ على جسم المدين.

(1): لدكتور: صوفي حسن أبو طالب، تاريخ النظم القانونية و الاجتماعية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008 ، ص 128.

(2): لدكتور: صالح فركوس، تاريخ النظم القانونية والاسلامية، دار العلوم للنشر والتوزيع، دون سنة، ص 22.

(3): أرسطو، السياسة، ترجمة أحمد لطفي السيد، القاهرة، 1947، ص 307 .

(4): Jeanpaumier , introduction au droit comparé , ed, ghistau ,dagas , nantes , 1902 , p11.

الفرع الرابع: في الرومان

إن أهم ما رواه التاريخ القديم عن الدراسة المقارنة بخصوص تدوين "قوانين الألواح الإثنى عشر" حيث ذكر المؤرخ "tite live" أن الحكام العشرة الذين كلفوا بتدوين القانون الروماني قد أرسل ثلاثة منهم إلى اليونان لدراسة قوانين المدن اليونانية والاقتباس منها، وقد تأثر أعضاء البعثة بقوانين "صولون"⁽¹⁾.

وعليه جاءت القوانين الألواح الإثنى عشر الرومانية متأثرة بشريعة اليونان وظهر ذلك في تقسيم الأموال وفقا لما كان معروفا لدى اليونان.

وكذلك الحال بالنسبة لإجراءات المحاكمة، ويذكر المختصون بدراسة القانون الروماني أنه بعد تشكيل النظام القانوني الروماني لم يبق هناك مجالاً للمقارنة مما يوحي بأن المقارنة لم تكن شائعة لدى الرومان بالقدر الكبير.

المطلب الثاني: القانون المقارن في العصور الوسطى

إن هذه المرحلة تشمل مرحلة الإمبراطورية الرومانية الغربية، والحركة العلمية في الجمهوريات الإيطالية والقانون الكنيسي وهذا ما كان يسود في أوروبا بالإضافة إلى دراسة ما كان سائدا من مقارنة في بلاد المسلمين.

الفرع الأول: في أوروبا

بمجرد سيطرة الإمبراطورية الرومانية على أوروبا انعدمت حركة المقارنة القانونية وما حصل من تأثير قوانين وأعراف المناطق الأوربية كان نتيجة اختلاط الأجناس وثقافتهم المختلفة وبقي الحال على ما هو عليه حتى القرن الحادي عشر ميلادي⁽²⁾.

وبعد سقوط الإمبراطورية الرومانية في القرن الخامس الميلادي على يد القبائل وتم تكوين ممالك وكان القانون السائد والنظام المطبق بالنسبة للقانون هو مبدأ "شخصية القوانين" أي أن قانون الدولة التي يحمل للشخص جنسيتها هو الذي يطبق عليه سواء كان موجودا داخل الوطن أو خارجه.

⁽¹⁾:ارزقي العربي ابرباش، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار الخلدونية، الجزائر، 2006، ص 142.

⁽²⁾:lean paumier , op cit , p 27

وطبق القانون الروماني على الرعايا الرومانيين مدة طويلة من الزمن، وإلى جانب هذا القانون الروماني كانت التقاليد الجرمانية سائدة⁽¹⁾.

وفي القرن الحادي عشر ميلادي برزت في مدينة " بولون " بايطاليا حركة تهتم بإحياء دراسة القانون الروماني متخذة من المجموعة " جوستينيان " مرجعا لها مما أدى إلى إحياء الدراسة المقارنة التي كانت تتبلور في مقارنة العادات و الأعراف المحلية و القانون الروماني .

وفي مرحلة أخرى شملت المقارنة القانون الإقطاعي والقانون الكنسي و انتشرت هذه الحركة لتعم كل ربوع أوربا الغربية خصوصا لما أصبح القانون المقارن يدرس في جامعات المدن الكبرى⁽²⁾.

وخلال القرن الثالث عشر تحررت مدن سهل لومبارديا في شمال إيطاليا من حكم الإمبراطورية الجرمانية و تحولت إلى جمهوريات صغيرة مستقلة لها قانونها الخاص و نتيجة النشاط التجاري المتبادل بين هذه الدول ووجود قانون روماني (الشريعة العامة) أدى إلى ظهور نزاعات بين القوانين المحلية لمختلف المدن وهذا هو السبب الذي أدى إلى إنشاء مدرسة المحشّين les glossateurs أي مدرسة الشرح على المتن وكان أول أساتذتها " ارنيروس " سعت إلى شرح وتفسير القانون الروماني و مقارنته بقوانين و أعراف المدن الإيطالية و استنتاج القواعد التي يمكن تطبيقها على الواقع ،وظهرت هذه الدراسة في إيطاليا و بولونيا .

ولكن منذ بداية القرن الرابع عشر ظهرت مدرسة المحشّين بأسلوب جديد عما كان معروفا لدى سابقهم حيث اعتمدت هذه المدرسة (مدرسة المحشّين اللاحقين) على نمط وأسلوب جديد في دراسة القانون الروماني يعتمد على الطريقة العلمية وكانت تستخلص النتائج و الحلول بما يتماشى مع المسائل المستجدة في المدن الإيطالية التي كانت تزخر بالنشاط التجاري ،و كانت دراسات هذه المدرسة ذات طابع عملي و ليس علمي .

(1): الدكتور : محمود إبراهيم الوالي ، دروس في القانون المقارن ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، دون سنة ، ص 14.

(2): الدكتور : عبد السلام الترماني ، القانون المقارن و المناهج القانونية الكبرى المعاصرة ، الطبعة الثانية ، جامعة الكويت ، 1982 ، ص 28 .

الفرع الثاني: في بلاد المسلمين

إن المقارنة عند المسلمين عرفت عند ظهور المذاهب الفقهية فانتشرت ما يشبه يومنا هذا الدراسات المقارنة وتم تأليف العديد من الكتب و المراجع في هذا المجال فمثلا الإمام الطبري ألف كتابا سماه " اختلاف الفقهاء " قارن فيه بين أقوال الفقهاء في مسائل متنوعة⁽¹⁾

كما قام الفقيه الشهيد " أسد بن فرات بن سنان " المولود في سنة 145 هجرية والذي استشهد في جزيرة صقلية سنة 213 هجرية حيث كان قائدا للجيش الفاتح للجزيرة بمقارنة بين المذهب المالكي و المذهب الحنفي في كتاب ألفه سماه " الأسدية " ، حيث أن هذا الفقيه درس في تونس ثم توجه إلى المدينة المنورة و سمع عن الإمام مالك رحمه الله " الموطأ " و بأمر من الإمام مالك توجه هذا الفقيه الى العراق وهنا التقى بصاحبي الإمام " أبي حنيفة " ، أبو يوسف و محمد بن الحسن و تلقى العلم الذي دونه محمد بن الحسن عن أبي حنيفة حيث أن هذا الأخير كان يتعرض الى الفروض في المسائل و يجد لها الحلول ، في حين أن الإمام مالك كان لا يتصدى الا للمسائل الحاصلة (الواقعة) لا المفترضة ، و بعد أن تلقى هذا الفقيه علم " أبي حنيفة " أراد أن يعرف آراء " الإمام مالك " في المسائل التي تعرض إليها الإمام " أبو حنيفة " لكن الإمام مالك كان قد توفي ، مما دفع الفقيه أسد بن مالك فرات بن سنان إلى التوجه نحو مصر التي يقيم فيها أشهر تلامذة الإمام مالك فاتصل هذا الفقيه بأفقه أصحاب الإمام مالك ألا وهو " عبد الرحمن بن القاسم " الذي أجابه عن كل مسألة بحسب ما سمعه عن الإمام مالك وكل مسألة لم يكن واثقا هذا التلميذ من رأي " الإمام مالك " فأجاب إجابة ترجيحية .

قام " أسد بن فرات بن سنان " بجمع هذه المسائل وأجوبتها من طرف الفقيهين الإمامين في كتاب ألفه سماه الأسدية⁽²⁾

كما أن " ابن رشد " الجد قد قام بشرح مدونة الإمام مالك في كتاب تحت عنوان " المقدمات الممهدة لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعية والتحصيلات المحكمات لأحكام مسائلها المشكلات " ⁽³⁾ .

(1): الإمام الطبري، اختلاف الفقهاء، دار الكتب العلمية ، بيروت ، دون سنة.

(2): الدكتور: مصطفى الشكعة، الإمام مالك، دار الكتاب المصري ودار الكتاب اللبناني ، القاهرة ، بيروت ، الطبعة الثالثة ، 1991 ، ص 149 .

(3): الدكتور: مصطفى الشكعة، نفس المرجع، ص 153 .

ولعل من أشهر الكتب التي تناولت المقارنة بين كل المذاهب هو كتاب " ابن رشد " الحفيد الذي توفي عام 1198 م ودون أن يقتصر على مذهبين هو المعنون بـ " بداية المجتهد و نهاية المقتصد " حيث ذكر صاحبه فيه في مقدمته مايلي : " إن غرضي في هذا الكتاب أن أثبت فيه لنفسي على جهة التذكير من مسائل الأحكام المتفق عليها و المختلف فيها بادلتها و التنبيه على نكت الخلاف فيها ، ما يجري مجرى الأصول و القواعد لما عسى أن يرد على المجتهد من المسائل المسكوت عنها في الشرع ، وهذه المسائل في الأكثر هي المسائل المنطوق بها في الشرع....⁽¹⁾

المطلب الثالث: القانون المقارن في العصر الحديث والعصر المعاصر

لقد ذاعت الدراسات المقارنة في العصر الحديث وأصبحت وضعاً مقبولاً لدى الباحثين، أما في الفترة المعاصرة فقد تم تأسيس القانون المقارن واعتباره أداة من الأدوات القانونية العلمية.

الفرع الأول: القانون المقارن في مرحلة ما قبل القرن التاسع عشر (19)

يذكر المؤرخون بأن الدراسات المقارنة قد ظهرت في القرن السابع عشر من خلال مؤلفين الأول لـ "ويليام فولباك " fulbecke william عام 1602 ، و الثاني لـ " لايبنتز " leibnitz . ولكن لم يكتب لهما النجاح معا لكون أن الأول جاء في شكل حوار و بدون منهجية تاريخية و لم يهتم به الباحثون، في حين أن الثاني تبنى صاحبه وضع جدول زمني كبير يتيح للباحث و القارئ معرفة التاريخ القانوني العالمي.

كما ظهرت في هولندا وألمانيا دعوة من أجل إحياء القانوني الطبيعي لكي يكون أساسا لقانون عالمي يسود كل الدول ويكون الحكم فيه للعدل لا للقوة.

و فكرة القانون الطبيعي عند اليونان قانون غير مكتوب لأنها جزء من نظام الكون، و عند الرومان فكرة مستقرة في القلوب و الضمائر و قد تبنتها الكنيسة و قالت بأنها قانون إلا هي مصدره إرادة الله الذي خلق الناس و زودهم بالعقل، و قد كان أول المنادين بهذه الفكرة الفقيه الهولندي " جروسيوس " Grotius (1583-1645) حيث ألف كتابا سماه " قانون الحرب و السلم " droit de guerre et de paix ، و كذلك الفقيه الألماني puffendorf (1632-1649) ألف كتابا سماه " قانون الطبيعة و الشعوب " droit de la nature et des gens .

⁽¹⁾الإمام أبو الوليد محمد بن أحمد، بن أحمد بن رشد القرطبي (520-595 هـ) ، بداية المجتهد و نهاية المقتصد ، المجلد الأول ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، دون سنة ، ص 2.

و هناك فقهاء آخرون من المقارنين ، و بعدها انتشرت فكرة القانون العالمي التي نادى بها الفيلسوف vico (1668-1744) في ألمانيا ، و من ألمانيا انتقلت الفكرة إلى إيطاليا و نادى بها الفقيه " إيمانويل كانت " Emmanuel Kent الذي دعا إلى قانون عالمي .

أما في إنجلترا فقد انحصرت الدراسة المقارنة على مقارنة القانون الإنجليزي بغيره من القوانين من أجل الوصول إلى الأصول التاريخية للنظم الإنجليزية و محاولة تطويرها كما فعل " سلدن " Selden عندما قارن القانون الإنجليزي مع القانون الروماني و العبري ، أو من أجل استخلاص حلول من القوانين المقارنة كما فعل " اللورد " lord monsfild و هو أكبر الفقهاء الإنجليز في القرن الثامن عشر (18) عندما قارن القوانين الأوروبية مع القانون الإنجليزي ، و استمد من خلال إجراء هذه المقارنة قواعد القانون التجاري الإنجليزي⁽¹⁾ .

أما " مونتيسكيو " Montesquieu (1689-1755) في كتابه الذي ألفه " روح القوانين " l'esprit des lois فقد ذكر بأنه لابد من مقارنة نظرية الحكومة و التشريعات مع ما هو موجود لدى الدول الأجنبية ، لأنه هو من قام برحلات متعددة لدراسة الدساتير الأجنبية (ألمانيا ، إيطاليا ، هولندا ، سويسرا ، المجر ، إنجلترا ...) و هو أول من استخدم مصطلح " التشريع المقارن " وركز على ضرورة دراسة قوانين البلدان مع مراعاة الظروف التي نشأت فيها ، لكن هذا الفقيه في حد ذاته يقر بصعوبة أمر المقارنة خصوصا إذا كان الأمر يخص القوانين المدنية و السياسية و يعتبر بأن تلازم قوانين دولة مع دولة إذا حصل يكون من قبيل الصدفة.⁽²⁾

لذا فإن كل أعماله ودعواته للقيام بالدراسات المقارنة ثم يكتب لها القبول لأن جهود رجال القانون كانت موجهة لتشكيل قانون داخلي للدولة، ومن جهة ثانية انتشر الخلافات بين الهيئات والمؤسسات الحاكمة في الدولة.

وقبيل بداية القرن التاسع عشر الميلادي تم في فرنسا على مستوى وزارة العدل إنشاء مكتب متخصص في ترجمة و نشر أهم قوانين الدولة الأجنبية من أجل الاستفادة منها عند إعداد التقنين المدني، و تم إلغاء هذا المكتب و تم إعادة بعثه من جديد عام 1833 و نشرت مجمل أعماله من سنة 1833 إلى سنة 1862.

(1): الدكتور: عبد السلام الترماني، المرجع السابق، ص30.

(2): الدكتور: عصام نجاح، المرجع السابق، ص16.

و في سنة 1834 أسس الباحث " فوليكس " Foelix المجلة الأجنبية للتشريع و الاقتصاد السياسي احتوت هذه المجلة على العديد من التشريعات الأجنبية المترجمة و استمرت إلى سنة 1850 ، و هنا ركز الباحث دعوته إلى ضرورة إتحاد الأمم من خلال عهد عالمي لجمع و نشر دروس تجربة المقارنة .

كما أنه ذكر بأن مزايا دراسة التشريعات الأجنبية لا تنحصر في توسيع دائرة المعارف أو ثلابة الفضول بل تمكن من تحديد التطور الحاصل في التشريع الوطني و الخل المعيق له و هنا تتاح الفرصة من أجل تصحيح الخل و مواكبة التطور .

كما أن تدريس القانون المقارن بدأ في فرنسا سنة 1831 و تم إنشاء كرسي في المعهد الفرنسي collège de france لتدريس التاريخ العام و فلسفة الشرائع ، و تم تدريس مادة القانون الجنائي و التشريع العقابي المقارن في كلية الحقوق بجامعة باريس سنة 1846 .

أما في إنجلترا فبدأ الاهتمام بالتشريع الأجنبي و الدراسات المقارنة يتوسع و تم تأسيس الجمعية الأنجليزية للدراسات المقارنة عام 1857 ، و بعدها الأمريكية عام 1865 و بعدها الألمانية ، و البلجيكية و الفرنسية عام 1869 ، و تم إنشاء أول كرسي للقانون المقارن في إنجلترا في جامعة إكسفورد عام 1869 .

أما في بلاد المسلمين فقد ساد نوع من الركود و عم التعصب للمذاهب الفقهية حيث أن من يقوم بدراسة مقارنة في المذاهب لم يكن يهدف إلى الاستفادة من مذهب آخر بقدر النيل منه والتجريح . و مع ذلك وجد من تبتدأ التعصب و الخلاف و قام بإجراء مقارنة بين المذاهب من أجل الاستفادة من أكثرها أدلته و صوابا و من هؤلاء الإمام الشوكاني اليمني حيث قارن بين المذاهب الفقهية في كتابه : " نيل الأوطار " و كان يرجح أصوبها حسب اجتهاده وهذا ما كتبه في مقدمة كتابه: (و قد سلكت في هذا الشرح ... مسلك الاختصار ... و لكنني قد نصرت ما أظنه الحق بمقدار ما بلغت إليه الملكة)⁽¹⁾ .

أما عن مقارنة الشريعة الإسلامية بالقوانين الغربية فلم تكن موجودة نظرا لكون الفقهاء لم يكونوا على علم بما توصل إليه الغربيون في نطاق القانون الوضعي و لعدم اهتمام فقهاء المسلمين بالقوانين الوضعية الغربية.

(1): الإمام الشوكاني ، نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار ، تحقيق أبو معاذ طارق بن صوض، المجلد الأول، دار ابن القيم ، دار ابن عثان ، الرياض ، القاهرة ، الطبعة الأولى ، 2005 ، ص 101.

الفرع الثاني: القانون المقارن خلال القرن التاسع عشر وما بعده

إن القانون المقارن خلال هذه المرحلة مر بفترتين حيث أن الأولى تمثلت في النصف الأول من القرن التاسع عشر أين ظهرت الفكرة القومية في ألمانيا التي نادت بها المدرسة التاريخية بزعامة الفقيه " سافيني " Savigny حيث ترى هذا المدرسة بأن القوانين تستمد طابعها من ماضي الأمة و من صميم تاريخها ، و أن قانون كل أمة ينبع من تقاليدها و ضميرها ، و يتكون و ينشأ بفعل عوامل تطورها التاريخي و من ثمة لا حاجة للدراسة المقارنة التي قد تصل إلى الأخذ والاستعارة من القوانين الأجنبية و هذا قد يؤدي إلى إفساد ضمير الأمة .

و لكن هذا الفقيه في حد ذاته قد قام بدراسات قانونية عندما تولى دراسة القانون الروماني وبرر عمله ذلك نظرا لأن القانون الروماني أصبح جزء من التاريخ القانوني لألمانيا .⁽¹⁾

كما أن الفقيه الألماني الكبير " ihring " تصدى لكل المحاولات الرافضة لدراسة القوانين الأجنبية التي أثارها المدرسة التاريخية و نادى بضرورة الاستفادة من القوانين الأجنبية إذ أن التعاون بين الشعوب أمر ضروري و أن اقتباس النظم القانونية الأجنبية لا يشكل جناية كبرى وليس مسألة قومية بل هي مسألة مصلحة و ضرورة.

إن المبررات التي ساقها الفقيه " إهرنج " و الانتقادات التي وجهها للمدرسة التاريخية جعلت الدراسات المقارنة تتشط، و تبلور هذا النشاط في إنشاء مدرسة " هيدلبرغ " Heidelberg بجنوب ألمانيا و من أبرز روادها " فيوريغ " (1755-1833) ، زكاريا " Zacharia (1769-1843) ، و " جانس " Grans (1795-1839) ، و " ميثرماير " mittermaire (1787-1868) حيث نادى هؤلاء جميعا بضرورة التعرف على قوانين الشعوب الأخرى و دراستها من أجل الوصول إلى قانون وطني أحسن و لا يتم ذلك إلا بإجراء عملية المقارنة بين القوانين .

(1): الدكتور: عبد السلام الترماني، المرجع السابق، ص32.

أما الفترة الثانية فتمثلت في النصف الثاني من القرن التاسع عشر أين نشطت الدراسات المقارنة نشاطا معتبرا نتيجة العوامل التالية:⁽¹⁾

- عدم اقتصار المقارنة على العلوم القانونية بل شملت العلم و الآداب و اللغة نتيجة تطور مناهج البحث العلمي .

- قيام الثورة الصناعية و ما رافقها من تطور اقتصادي و ظهور المذهب الاشتراكي .

و قد ساهم علماء كبار في كل من فرنسا ، و ألمانيا ، و إنجلترا ، و سويسرا ، و إيطاليا ، في عملية تنشيط الدراسة المقارنة و ظهر ذلك فيما يلي :

- قيام الفقيه " جلاسون " Glasson في فرنسا بدراسة مقارنة لنظام الزواج و الطلاق في القوانين القديمة و القوانين الحديثة .

- قيام الفقيه " سالي " Salielles (1855-1912) بترجمة القانون المدني الألماني و مقارنته بالقانون المدني الفرنسي .

- قيام الفقيه الألماني " فون شتاين " vonstein (1815-1890) بدراسات في القانون الدنماركي و القانون الفرنسي و اهتم بمقارنة القوانين الإدارية في أوروبا .

- قيام Gold Schmid (1829-1879) الألماني بدراسة مقارنة للقانون التجاري و البحري .

- قيام " كوهلر " Kohler (1849-1919) الألماني بأبحاث مقارنة في القانون المدني ، و القانون الجنائي ، و في قانون القضاء ، و كتب مقارنة في القانون الاقتصادي (droit compare) (economique) .

- قيام الفقيه " فون ليزت " vonliszt الألماني (1815-1909) بدراسة مقارنة في القانون الجنائي و يعتبر رائد هذا العمل.

- قيام " اللورد ماك " الإنجليزي بنشر كتاب عن القانون المقارن بين القانون الروماني و القانون الفرنسي و الإنجليزي حيث أنه يكون قد قابل بين كل حكم من أحكام القانون الروماني و أحكام القوانين المقارن بها هذا ما جعل عمله يقترب من المقابلة و ليس من المقارنة.

(1) الدكتور : عصام نجاح، المرجع السابق، ص 27.

إن مرحلة النصف الثاني من القرن التاسع عشر تعد مرحلة تحضيرية لتأسيس القانون المقارن حيث انعقد مؤتمر باريس للقانون المقارن سنة 1900 و ترأس هذا المؤتمر الفقيه " سالي " الذي ضم مشاهير عالم العلم ، السياسة ، المحاماة ، الإدارة ، و ضم ممثلين عن الجمعية الدولية للقانون المقارن لمدينة برلين ، و ضم ممثلين عن جمعية قانوني سويسرا .

حيث تبادل المجتمعون مختلف الآراء حول القوانين الأجنبية و أهمية الدراسة المقارنة مما أدى إلى إعداد ثمانين تقريراً و إيداعها لدى المؤتمر احتوت على تحليلات تتصل بالقانون المقارن ، حيث أن هذه التقارير كانت بمثابة الأعمال التحضيرية لعلم القانون المقارن الذي هو في طريق التأسيس ، لكن الفقيه " لامبير " Lambert الذي يعد أحد منظمي المؤتمر خالف طرح الفقيه " سالي " و اعتبر بأن الهدف من دراسة القانون المقارن هو " إنشاء قانون مشترك تشريعي " *législatif droit commun* و لا يكون هذا إلا للدول التي تجمعها ساحة مشتركة و هذا لا يتوافر إلا في القوانين المتقاربة ⁽¹⁾ من ناحية التربية و الحضارة و التاريخ و الاقتصاد للشعوب ولا يمكن ترك ذلك لكل القوانين ، كما أن هذا المؤتمر أدى إلى صدور القانون المدني الألماني ، و صدور القانون المدني السويسري 1907 و توسع نطاق المقارنة بالقانون الفرنسي في ظل الشريعة الرومانية الجرمانية .

أما وضع القانون المقارن خلال فترة الحرب العالمية الأولى أين تغيرت الخريطة السياسية في أوروبا و زالت بعض الدول و تداخلت أجزاء من دول في أقاليم دول أخرى مما استدعى تعديل في التشريع الداخلي و وضع تشريع موحد يستوعب الوضع الجغرافي الجديد فمثلاً تركيا تقلصت أرضها ، و رمانيا توسعت أرضها ، كما أن أمريكا و إنجلترا قد دخلتا الحرب و أنه وفقاً لمؤتمر باريس فإن المقارنة كانت تتم بين الدول التي تنتمي إلى شريعة متقاربة و هي الشريعة الجرمانية اللاتينية ⁽²⁾ ، إلا أن نتائج الحرب جعلت الأوروبيين يتعرفون على شريعة جديدة لم يألفوها و هي قانون *Common law* ، كما أن هذه الفترة عرفت ظهور أنظمة استبدادية أعاقت الدراسات المقارنة و تم رفض كل ما هو أجنبي و الاكتفاء بالأعراف السائدة .

أما عن مصير القانون المقارن بعد الحرب العالمية الثانية فشهد انتعاشاً حيث عملت منظمة الأمم المتحدة على التعاون في المجال القانوني لكن كل هذه المساعي لم تفلح في ذلك لكون العالم انقسم إلى معسكر شرقي و معسكر غربي و ظهرت الحرب الباردة بين المعسكرين حيث اعتبر

⁽¹⁾ الدكتور: عبد السلام الترماني، المرجع السابق، ص 11.

⁽²⁾ الدكتور: علي بن غانم، المرجع السابق، ص 8.

رجال القانون الاشتراكي أن القانون المقارن هو تعبير للإمبريالية الرأسمالية و إحدى وسائلها، كما أن رجال القانون في الغرب تجاهلوا القانون السوفياتي.

و بناء على ذلك نقول بأن نطاق المقارنة شمل القوانين اللاتينية و الجرمانية في عام 1900، و في 1929 شمل نطاق المقارنة القوانين الأوربية بالقوانين الأنجلوأمريكية ، و بعدها ظهر القانون الاشتراكي ، و في الستينات تمت المقارنة بين القوانين الاشتراكية و القوانين الغربية عندما حصل لقاء بين رجال القانون في الشرق و في الغرب خلال مؤتمرات دولية لكن مجال و نطاق المقارنة كان محدودا ⁽¹⁾.

(1): الدكتور: العيد حداد، المرجع السابق، ص3.

الفصل الثاني

طبيعة القانون المقارن

الفصل الثاني: طبيعة القانون المقارن

لقد حصل خلاف فقهي حول تحديد طبيعة القانون المقارن في أواخر القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين تجسد في اتجاهين فقهيين بيزين وهناك من يجعلها ثلاثة اتجاهات على أساس أن الاتجاه الثالث يعتبر بأن القانون المقارن ذو طبيعة مزدوجة.

المبحث الأول: طبيعة القانون المقارن علم مستقل بذاته

يتزعم هذا الاتجاه كلا من الفقيهين الفرنسيين " سالي " و " لامبير " و يعتبران بأن القانون المقارن علم قائم بذاته مستقل عن باقي فروع الدراسات القانونية كعلم الاجتماع ، و علم اللغات ، غاية استخلاص قانون مشترك يكون صالحا لحكم الإنسانية يسمى " القانون المشترك الدولي المثالي " ⁽¹⁾ " droit commun international et idéal "

إن وصف القانون المقارن بأنه علم قائم بذاته قد تبناه المدرسة التاريخية وكرست وصف القانون المقارن بذلك، وأكد مؤتمر باريس عند انعقاده على استقلالية هذا القانون.

المطلب الأول: طبيعة القانون المقارن المدرسة التاريخية ودورها في القانون المقارن

إن المدرسة التاريخية يرجع لها الفضل عندما اعتبرت بأن " القانون المقارن علم " و بينت نسبة هذا القانون و أنه في تحول نتيجة ضغط المجتمع بسبب المصالح المتعارضة ، و صراع فئات المجتمع من أجل إشباع الرغبات و مختلف التطلعات و بذلك فالقانون حسب هذه المدرسة أنه نسبي خاضع للتطور و التغيير وفقا للأزمنة و الأمكنة ، فبادئ القانون ذات طبيعة نسبية لأنها من إنتاج المجتمع الذي يأخذ صورا مختلفة خلال مراحل زمنية مختلفة ، و بناء على هذه التصورات و الطروحات المقدمة من هذه المدرسة يقوم القانون المقارن كعلم ⁽²⁾ .

إن القانون المقارن هو علم مستقل بذاته مرتبط بالعامل الاجتماعي الذي يظهر حركة الحياة الاجتماعية ، و مرتبط بالعامل التاريخي الذي يحصر التحولات عبر الزمن ، و عليه فإن القانون المقارن يركز على فكرة مؤداها بأن القانون هو تسلسل موجه و موحد من مراحل متتابعة مترتبة

⁽¹⁾ بحث منشور للفقير سالي بعنوان: المدرسة التاريخية والقانون الوضع Ecole historique et droit

naturel في المجلة الفصلية للقانون المدني في 1902، ص 81 وما بعدها.

⁽²⁾ بالأستاذ: علي بن عالم ، المرجع السابق ، ص 13.

عن جملة من المتغيرات التي لا يمكن تجنبها ، و هدف القانون المقارن هو تتبع خط هذا المسار التسلسلي .

المطلب الثاني: مؤتمر باريس ودوره في تأكيد استقلالية القانون المقارن

عندما انعقد المؤتمر الدولي للقانون المقارن في 1900 بباريس دافع عن استقلالية القانون المقارن كلاً من الفقيه " تراد " (trad) ، و سالي ، حيث أن الفقيه " تراد " يعتبر بأن تطور القانون يكون بطرق متعددة مما يجعل العديد من الأنواع القانونية المختلفة قابلة التحقق بطرق مختلفة .

و القانون المقارن كعلم مستقل يتولى دراسة القانون في الزمان و المكان ، محددا مصادر القانون لكل دولة ، ثم يقوم بدراسة النظام القانوني المطبق و العلاقة الموجودة بين مختلف القواعد القانونية في مراحلها الاجتماعية المختلفة وفي هذه الحالة يتقاطع القانون المقارن مع علم الاجتماع القانوني .

أما وجهة الفقيه " سالي " المتأثر بالفقيه " إهرنج " حيث يعتبر بأن القانون في تطور مستمر لكي يتكيف مع الظروف الاجتماعية و حسب هذا الفقيه فإن القانون المقارن كعلم مستقل بذاته يقوم بتحديد " المثالي النسبي " المتوصل إليه من مقارنة التشريعات و من تطبيقاتها ، حيث يشكل هذا " المثالي " بالنسبة للفقيه سالي القانون الطبيعي المتغير و حسبه فإن القانون المقارن هو الذي يبين المسار الموضوعي للمؤسسات القانونية من حيث قيمتها العلمية و القانونية .

حيث يرى " سالي " بأن القانون المقارن هو علم يختلف عن علم الاجتماع و عن الطريقة المقارنة ، و يتميز عن السياسة التشريعية المتعلقة بالملاءمة و الاحتمال حيث أن هذا القانون لا يعبرها أدنى اهتمام عند وضع الاستنتاجات ، و هو مختلف عن القانون في ذاته الذي يدرس مختلف التشريعات السارية المفعول (النافذة) ، بل إن القانون المقارن هدفه استخلاص القانون الواجب و الأصوب لكي يتم اعتماده .

يرى " سالي " بأن طريقة الحصول على " المثالي النسبي " تتم عن طريق مقارنة التشريعات ثم نقوم بدراسة نقدية للتشريعات الأجنبية من الناحية الاجتماعية و الاقتصادية⁽¹⁾ و هنا يكشف لنا عن العامل التاريخي ، و عن النظرة القانونية ، و حسبه فإنه يتوجب في تشريع كل بلد معرفة حصة

⁽¹⁾، الدكتور: عصام لجاح ، المرجع السابق ، ص25

وتأثير العامل التاريخي المحلي عليه ، و من جهة ثانية معرفة حصة و تأثير عوامل التطور العامة و مدى تألقه مع مختلف الاحتياجات الاقتصادية و الاجتماعية .

لنأتي مرحلة البحث عن نقاط الاتصال المرتبطة بمسار التطور المشترك لبلدان مختلفة من أجل استخراج العوامل الاجتماعية وحصر أنواع التشريعات حسب أوجه تشابهها ، و هدفها ، حيث أن العامل الاجتماعي هو الذي كشف وجود تقاربات غير إرادية موجودة بين الشعوب .

و بعد الفراغ و الانتهاء من هذا العمل يسهل تحديد نوع قانوني أو أكثر لمختلف البلدان المتشابهة في الحالة الاجتماعية ، و بعدها نبحث عن وحدة النتائج داخل الأشكال القانونية المختلفة.

المبحث الثاني: القانون المقارن طريقة مقارنة

يذهب جانب من الفقه القانوني إلى القول بأن القانون المقارن لا يعدو أن يكون طريقة مقارنة فقط في العلوم القانونية⁽¹⁾ و بذلك لا يعد قرعا من فروع القانون كالقانون المدني أو التجاري ، والأبعد من ذلك أن أنصار هذا الاتجاه الفقهي يرفضون إطلاق تسمية القانون المقارن و يستخدمون مصطلح " المقارنة القانونية " أو " البحث القانوني المقارن " . و عندهم أن القانون المقارن لا يكون إلا تابعا لقانون آخر .

و المؤكد أن أغلبية الفقه الفرنسي متفق على أن القانون المقارن يهدف إلى معرفة القوانين الأجنبية عن طريق المقارنة ، و لكنهم لم يبينوا هذه الطريقة و ما هو تصورهما و ما مذهبها ، و من ثمة يتعذر القول بأن القانون المقارن طريقة ؟ و لو سلمنا بأن هذا القانون طريقة فما هو الشيء الذي نقارنه (النظام القانوني ، القواعد القانونية ، فروع القانون) و ما هو مجال المقارنة و ما طرق إجراؤها و إلى ماذا ترمي هذه المقارنة ؟ هل معرفة أوجه التشابه و أوجه الاختلاف ، أم تهدف إلى أبعد من ذلك من خلال توحيد تفسير القانون، و من خلال توحيد القوانين سواء على المستوى الداخلي أو الخارجي (الدولي).

(1): الأستاذ: علي بن غالم، المرجع السابق، ص14.

المطلب الأول: طريقة المقارنة المنهجية

إن طريقة المقارنة المنهجية تختلف عن غيرها من طرق المقارنة الأخرى (المقابلة، المضاهاة، المقاربة) و تعد هي الطريقة المعتمدة في وقتنا الحالي من أجل القيام ببحوث في القانون المقارن.

إن أسلوب المقارنة متعدد بتعدد المقارنين حيث أن كل واحد منهم يسلك في مقارنته نوعا معينا من المقارنة التي تتعدد صورها نذكر⁽¹⁾ منها :

- المقاربة أو المقابلة (juxtaposition) : و يطلق عليها البعض المجانبية و سميت هكذا لأن الباحث فيها يضع كل النصوص أو الأحكام التي تتناول موضوع معين في قوانين مختلفة جنباً إلى جانب و يقابل بعضها ببعض حتى يستطيع أن يتعرف على نقاط التشابه و نقاط الاختلاف بينها ، ثم يقوم بمقارنتها مع قانونه ليظهر له مدى الاختلاف أو الإلتاف بينهما مثل مقارنة: أحكام شركة المحاصة ، و شركة المسؤولية المحدودة ذات الشخص الوحيد في القانون الجزائري والقانون المصري.

- المقاربة (Rapprochement) : في هذه الحالة يقوم الباحث بدراسة مظاهر التقارب بين مختلف القوانين التي تشابه في الخصائص لكونها تنتمي إلى نفس العائلة (الشرعية) القانونية كالقوانين اللاتينية الجرمانية مما يجعلها قابلة للمقارنة ، و هذا النوع من المقارنة يستخدم في عملية توحيد القوانين الداخلية و في الدول الاتحادية لأن هذه الدول تحتوي على قوانين اتحادية خاصة بكل دولة أو ولاية .

- المضاهاة (confrontation) أو المعارضة (opposition) : في هذه الحالة يقوم الباحث بإظهار أوجه الاختلاف بين منهجين مختلفين مثل المنهج (النظام) اللاتيني الجرمانى و المنهج (النظام) الاشتراكي أو منهج الكومن لو و الشريعة الإسلامية .

- المقارنة الأفقية (comparaison horizontale) و المقارنة العمودية (comparaison verticale) حيث يقوم الباحث في هذه الحالة بإجراء مقارنة بين قوانين متباعدة في المكان كمقارنة القانون الصيني بالقانون الكندي و هذه مقارنة أفقية ، أما عندما يقوم الباحث بإجراء مقارنة بين قوانين متباعدة في الزمان مثل مقارنة قانون وضعي بقوانين أخرى قديمة قد تكون هي مصدر

(1)؛ الدكتور: عبد السلام الترماتيني، المرجع السابق، ص38.

للقانون الحالي من أجل الوقوف على مدى التطور الحاصل في الحياة السياسية و الاجتماعية والاقتصادية أو من أجل الوقوف على نقاط التشابه و الاختلاف بينهما .

- الموازنة أو المقارنة المنهجية (comparaison méthodique) : إن هذه الطريقة خاضعة لمنهج معين يساعد على استخلاص نتائج تمكن من معرفة القانون الأحسن بعد دراسة أوجه الاختلاف و التقارب بين هذه القوانين انطلاقا من الظروف المحيطة بكل قانون محور الدراسة.

إن طريقة المقارنة المنهجية تتميز بمرحلتين أساسيتين هما⁽¹⁾ :

- المرحلة التحليلية : حيث يتم تحليل القاعدة القانونية الأجنبية إلى جزئيات و دراسة النظام القانوني الذي تنتمي إليه القاعدة ، و بعدها نقوم بدراسة المنهج الكامل للقانون الأجنبي فمثلا عند دراسة ركن الخطأ في المسؤولية التقصيرية في القانون المصري و الجزائري (المادة 163 مدني مصري ، المادة 124 مدني جزائري) فلا يقتصر عملنا على مجرد المقابلة بين المادتين ، بل لابد من تحليل القاعدة القانونية التي تعرفنا على أنواع الخطأ (عمدي ، غير عمدي ، مفترض أو واجب الإثبات) ، و تحديد علاقة الضرر بالخطأ من أجل التعرف على المنهج المتبع في القانون الأجنبي.

- المرحلة التركيبية: و هنا نشير إلى أنه إذا كانت خطوات المرحلة التحليلية دقيقة فحتما تؤدي إلى نتائج إيجابية للمقارنة حيث يتمكن الباحث من الوصول إلى العلاقة الحقيقية محل المقارنة، والتي تنتمي إلى أنظمة قانونية مختلفة من أجل كشف نقاط التشابه و نقاط الاختلاف .

المطلب الثاني: أسس المقارنة المنهجية

إن عملية المقارنة المنهجية تتطلب من الباحث معرفة القانون الأجنبي، و الإحاطة علما بمختلف العوامل التي ساهمت في تكوين هذا القانون الأجنبي ، و معرفة تاريخ هذا القانون و هذا ما جعل الجامعات الأوروبية في كلياتها تدرس تاريخ القانون كفرع مستقل عن فروع القانون و خاصة فرنسا .

⁽¹⁾ : الأستاذ : راجي عبد العزيز، القانون المقارن، محاضرات لطلبة السنة الرابعة ليسانس، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، المركز الجامعي، خنشلة، السنة الجامعية 2004/2005، ص4.

الفرع الأول: معرفة القانون الأجنبي

على الباحث الذي يريد إجراء مقارنة بين قانونه الوطني و غيره من القوانين الأخرى أن يكون له معرفة كبيرة بالقانون الأجنبي⁽¹⁾ سواء من حيث صياغته، و لغته ، و أحكامه ، و مصطلحاته ليجد لها ما يقابلها في قانونه الوطني و لا يقتصر دور المقارن على عملية الترجمة اللغوية بل يحدد مفهوم هذا القانون الأجنبي و ما يقابله لدى قانون الباحث المقارن .

فمثلا عندما يقوم الباحث بترجمة " commun law " (الكومن لو) على أنها تعني " القانون المشترك " ، أو " القانون العام " في القانون الوطني الذي ينتمي إلى المجموعة اللاتينية الجرمانية لكن لها معنى آخر في القانون الإنجليزي (النظام الأنجلوسكسوني) .

وهنا يجب على الباحث المقارن أن ينصب نفسه من فقهاء القانون الأجنبي و يضع كل الاعتبارات في الحسبان من حيث مصادر هذا القانون الأجنبي و يستحضر دائما بأن الأحكام القضائية تعد من مصادر القانون الانجليزي الذي هو محل المقارنة به.

الفرع الثاني: التمكن من معرفة العوامل المؤثرة في تكوين القانون الأجنبي

إن صياغة القاعدة القانونية و تكوينها تساهم فيه عوامل عدة فقد تكون سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية أو تاريخية ، و من أراد إجراء مقارنة بين قانونه الوطني و قانون أجنبي يتوجب عليه الإحاطة و الإلمام بهذه العوامل فالعوامل السياسية تمكنه من معرفة النظام السياسي السائد في تلك الدولة فلو كانت دولة ديمقراطية فإن القواعد القانونية الموضوعية من طرفها تكون متناسقة مع هذا التوجه و تكرس الحريات و الحقوق بشكل واسع ، أما لو كانت دولة غير ديمقراطية فإن القواعد القانونية الموضوعية من طرفها تكون متفقة مع هذا التوجه و لا تكرس الانفتاح و تكبح الحقوق والحريات .

أما الإحاطة والإلمام بالعوامل الاقتصادية فيمكن الباحث المقارن من الوقوف على خلفية وضع النصوص القانونية بتلك الكيفية فقد تضع الدولة نصوصا تجعلها متخلطة في الاقتصاد وتحد من الحرية الفردية كما حصل في بعض الأوقات والأزمان بالنسبة لفرنسا فبعد الحرب العالمية

(1): الدكتور : عصام تجاح، المرجع السابق، ص35.

الأولى صدر قانون نص على وجوب فسخ كل العقود التجارية المبرمة قبل 1918/08/01 وليس تعديلها في حالة إرهاب أحد المتعاقدين⁽¹⁾.

حيث أن التوجه الاقتصادي و حصول أزمات اقتصادية يؤثر سلبا في تكوين القاعدة القانونية فمثل هذه الاعتبارات يتوجب على الباحث المقارن الإلمام بها .

أما الإحاطة والإلمام بالعوامل الاجتماعية و الدينية فيجب أيضا على الباحث المقارن أن يعرف العامل الذي ساهم في تكوين القاعدة القانونية و عليه أيضا أن يعرف مكانة القانون الأجنبي لدى المجتمع فمثلا في اليابان القانون له مكانة ثانوية على أساس أن الأفراد يلجؤون إلى تسوية منازعاتهم إلى التحكيم بدلا من القضاء⁽²⁾

المبحث الثالث: القانون المقارن ذو طبيعة مزدوجة (علم وطريقة)

على خلاف المذهبين السابقين ظهر اتجاه فقهي ثالث يتوسطهما و حاول التوفيق بين الاتجاه الذي يرى بأن طبيعة القانون المقارن هو علم مستقل بذاته ، و الاتجاه الذي يعتبر بأن طبيعة القانون المقارن هو مجرد طريقة للمقارنة و ظهر هذا الاتجاه في كتابات كل من " روني دافيد " في كتابه الأخير ، و الفقيه " أندري تونك " .

حيث ذكر " روني " بأن القانون المقارن و إن اعتبره غالبية الفقهاء على أنه مجرد طريقة للمقارنة ، فإنه يمكن تمديد فهم القانون المقارن إلى أوسع من ذلك ليصبح علما حقيقيا أو فرعا مستقلا من المعرفة القانونية خاصة لدى الفقهاء الدارسين للقوانين الأجنبية من أجل إجراء مقارنة وهذا أمر من شأنه أن يسهل عليهم المقارنة .

إن القانون المقارن يبدو علما عند استعماله كوسيلة من أجل المقارنة بين قاعدتين قانونيتين لأن عملية المقارنة تثمر تحصيل معلومات علمية جديدة ، ولأن التعرف على تاريخ هذه القاعدة وبنيتها و مصدرها تساعد في معرفة هذه القاعدة القانونية أكثر ، و هنا يكون القانون المقارن علما كما قال " مارك أنسال " أي أنه موضوعا لمجموعة من المعلومات المنسقة⁽³⁾، و إلى نفس الاتجاه يذهب " كونستانتينيسكو " (constantinesco) عندما يقرر بأن موضوع الطريقة المقارنة هو تحصيل و تكثيف الملاحظات الجزئية ، فعلم القانون المقارن هو تنظيم و ترتيب هذه المعلومات .

(1):الدكتور: عبد السلام الترماني، المرجع السابق، ص 108.

(2): الدكتور: عبد السلام الترماني، نفس المرجع، ص 109.

(3): للدكتور: عبد الرزاق بن خروف، مدخل إلى القانون المقارن، دار الخلدونية، الجزائر ، 2017 ، ص20.

و يذهب الدكتور : حبيب إبراهيم الخليلي إلى القول بأن المنهج و العلم مترابطان ⁽¹⁾ أو هما في علاقة متداخلة إذ يصعب واقعا التفرقة بين الوسائل و النتائج في مجال المعرفة بين النظرية و المنهج ، حيث أن هذا الأخير يقع في وحدة مترابطة مع النظرية ، فمن حيث الموضوع يمكن لأي نظام معرفي أن يصبح منهجا ، أما من حيث الجوهر فالمنهج هو النظرية فمثلا الفلسفة هي علم ، و في نفس الوقت هي منهج عام.

فالفارق بين المنهج و العلم ينحصر في الطابع الوظيفي فمثلا الجراحة ، الرياضيات ، لها طرق تستخدم في العديد من المجالات ، و هي في نفس الوقت علوم فنقول علم الجراحة ، علم الرياضيات ، فالقانون المقارن هو عبارة عن علم يمهّد لاستخدام الطريقة المقارنة ، و بناء على ذلك لا ينبغي نقي وجود منهج مقارن كأسلوب معرفي واقعي أو أسلوب بحث و نشاط علمي وفي نفس الوقت فإن القانون المقارن هو علم ، و من حيث مضمونه هو علمي منهجي يكون جزء من علم مناهج القانون .

وبذلك فإن القانون المقارن هو علم منهجي يهدف إلى دراسة النظم القانونية من أجل كشف أوجه التشابه وأوجه الاختلاف و تحديد جوهرها الاجتماعي ووظائفها من أجل الوقوف على اتجاهات المتناقضة في مختلف نماذج نظم القانون و ترجيح بعضها على بعض ⁽²⁾ فيتم تتويج عمله بالنتيجة المنتظرة و يحقق الآمال المرجوة من الدراسة المقارنة في مختلف المجالات.

(1): الدكتور : حبيب إبراهيم الخليلي ، المرجع السابق ، ص30

(2): الدكتور : عبد الرزاق بن خروف، المرجع السابق، ص21.

الفصل الثالث

وظيفة القانون المقارن

الفصل الثالث: وظيفة القانون المقارن

إذا كان الخلاف قد احتكم بين الفقهاء بشأن طبيعة القانون المقارن و تنازعت في ذلك اتجاهات فقهية ثلاثة و استقر الأمر على أن القانون المقارن هو علم مستقل بذاته فحتمًا أن لهذا العلم وظيفة يؤديها بحيث تمكن الباحث من استخدام الوسائل المؤدية للمقارنة في مجال البحث من أجل الوصول إلى الأهداف المرجوة .

إن الدراسات المقارنة لا يمكن تحديد طريقة محددة لها لذا يجب شرح مختلف التصورات التي أعطيت للقانون المقارن من حيث الوظيفة التي يؤديها⁽¹⁾ حيث هناك من رأى بأن وظيفة القانون تتمثل في تحسين القوانين الوطنية من خلال عمليات المقارنة و هناك من يرى بأن وظيفته لا تتم إلا في حالة تنازع القوانين ، و هناك من اعتبر أن وظيفة القانون المقارن هي العمل على توحيد القوانين .

المبحث الأول: تحسين القوانين الوطنية

إذا كان القانون المقارن يهدف إلى تحسين القوانين الوطنية فإن ذلك يتم من خلال عملية جمع القوانين و المراجع التي يقوم بها المشرع من أجل تحسين قانون دولته، حيث أن هذه الفكرة ترعّمها بعض الفقهاء و قدموا أسسها، و لكن في النهاية سجلت عليها مأخذ.

المطلب الأول: رأي القائلين بأنه يعمل على تحسين القوانين الوطنية

إن الاستفادة من القانون الأجنبي تقتضي إنشاء لجنة متخصصة تقوم بإعداد مشاريع القوانين حيث تعمل على جمع كل الدراسات المتعلقة بالقانون المقارن من أجل إعداد هذه المشاريع، وهنا يكون القانون المقارن محفزًا للمشرع من أجل مواكبة كل التحولات الجديدة الحاصلة في العالم ومثالها القوانين التي أصبحت اليوم قوانين عالمية كقانون حماية المستهلك، و قانون حماية البيئة إذ يبرز دور القانون المقارن في العمليات التشريعية⁽²⁾ .

(1): الدكتور: عبد الرزاق بن خروف، المرجع السابق، ص44.

(2): الدكتور: العيد حداد، المرجع السابق، ص27.

إن تحسين القوانين الوطنية لا تعني نسخ القوانين الأجنبية ووضعيها كقوانين وطنية، لأن القوانين الأجنبية قد تختلف كلياً مع القوانين الوطنية خصوصاً إذا كانوا ليس من نفس النظام

(الشريعة) و بذلك يختلف القانون الأجنبي عن القانون الوطني من حيث المصدر ، و من حيث النشأة و حتى يتم أخذ بعض قواعد القانون الأجنبي يجب التأكد من ملاءمته لذلك و مراعاة كل الخصوصيات ، و هذا لا يتحقق إلا ببحوث في القانون المقارن فمثلاً في فرنسا نجد أن البرلمان

الذي اعتمد في 1936 نظام التأمينات الاجتماعية كان ذلك مشفوعاً بتقرير من الطبيب " شوفر " حيث قام هذا الأخير بدراسة تتعلق بالعديد من التشريعات الأجنبية و خاصة التشريع الألماني وبين الفوائد المحققة من خلال تقليد القانون الألماني .

كما أن القانون الفرنسي للأمراض المهنية الصادر في 25 أكتوبر 1919 كان أيضاً قد سبقه تقرير أعده النائب " بروتون " حيث قام هذا الأخير بدراسة السوابق التشريعية الأجنبية في مجال الأمراض الناشئة عن العمل.

إن العمل على تحسين القانون الوطني من خلال الدراسات المقارنة يقتضي معرفة القانون الأجنبي في المسألة المراد المقارن بها ، و لكن هذا القانون الأجنبي طبقه قضاء ذلك البلد وأعطوه التفسير المراد فهل عند تقليد هذا القانون الأجنبي نعامله مثل ما عامله قضاة من حيث التطبيق و التفسير ، و عليه حتى يحقق قانون أجنبي وظيفته يجب أن يكون دور القضاء في الدولة المقلدة هو نفسه في الدولة المقلدة⁽¹⁾ .

إن تقليد قانون أجنبي أو الأخذ منه ليس معناه الصياغة الحرفية له بل يجب أن يهدف إلى النتيجة التي حققها في دولته عند تطبيقه وتفسيره بمعنى أن دراسة القانون المقارن و فق هذا التصور تمكن المشرع من معرفة الحقائق العلمية عن القوانين الأجنبية و كيف طبقت و فسرت في بلدها الأصلي و هذا هو المبرر من أجل دراسة كيفية وضع و تفسير القانون الأجنبي.

المطلب الثاني: مآخذ هذا الرأي

إن عملية تبني قانون أجنبي قد تؤدي إلى حصول منافسة مع هذا القانون في العديد من المجالات ومنها التجارة الخارجية لذا يجب تقدير حجم الآثار السلبية من خلال تبني قانون أجنبي وقد أخذ مجلس الشيوخ الفرنسي بهذه الفكرة حيث أنه لم يتبن قانون العطل المنفوعة الأجر إلا

(1): الدكتور: عصام نجاح، المرجع السابق ، ص36.

عندما رأى بأن هذا القانون لا يجعل أصحاب العمل الفرنسيين في وضعية سيئة مقارنة مع غيرهم من العمال في دول أجنبية.

كما أن البرلمان الفرنسي قد أخذ فكرة الآثار الاقتصادية و السلبية المترتبة عن تبني قانون أجنبي بعين الاعتبار عندما قام النائب " غريغار " بتقديم تقرير يتضمن مزايا و عيوب القانون الإنجليزي من أجل سن قانون يتعلق بالرهن البحري ، حيث ذكر هذا النائب بأن القانون الإنجليزي المتعلق بالرهن البحري قد نجح بالكلية .

إن تقليد قانون أجنبي ينبغي أن يكون بناء على تحديد المزايا و العيوب و ترجيح هذه المزايا حتى لا يترتب عن التقليد أزمة على مستوى المجال الذي تم فيه تقليد هذا القانون الأجنبي و حتى لا يضمحل القانون الوطني المراد تحسينه و ليس إعدامه⁽¹⁾.

المبحث الثاني : القانون المقارن علم تتم دراسته عند تنازع القوانين

لقد أراد أنصار هذه الفكرة القول بأن وظيفة القانون المقارن تكمن في حل تنازع القوانين خصوصا عندما تشير قواعد الإسناد الوطني إلى تطبيق القانون الأجنبي .

المطلب الأول : رأي القائلين بأن القانون المقارن علم متصل بالقانون الدولي الخاص

إن تصور أنصار هذا الرأي بأن القانون المقارن علم متصل بالقانون الدولي الخاص هو بسيط إذ أن القانون المقارن لا يمكن له إلا أن يقدم حلا عندما ندرس القانون الأجنبي الذي يمكننا من حل النزاع في حالة تطبيق هذا القانون⁽²⁾ .

و من ثم فقد اهتم العديد من الفقهاء إلى دراسة القوانين الأجنبية و الأعراف كما أن القضاء كرس في أحكامه تطبيق قوانين أجنبية عندما يكون أحد أطراف العلاقة عنصرا أجنبيا ، و من جهة ثانية فإن أهمية القانون الأجنبي تكمن في الضمانات و الامتيازات التي يمنحها قانون الدول الأجنبية بالنسبة للمستثمرين في غير دولهم و هذا ما جعل بعض الدول تتفق أمولا باهظة من أجل التعريف بقوانينها في المجال الاقتصادي و مختلف الامتيازات الممنوحة لرجال الأعمال الأجانب للقيام باستثمارات مباشرة أو غير مباشرة .

⁽¹⁾: David et Foutridz, introduction de droit comparé, paris, 2009, p 168 .

⁽²⁾: الأستاذ: محمد العروصي، دروس في القانون المقارن، دار التراث العربي، 2016 ، ص 26.

و في نفس الاتجاه لجأت المجموعة الاقتصادية الأوربية في 1973 إلى إنشاء مكتب متخصص يعمل على تسهيل العلاقات بين المؤسسات الصغيرة و المتوسطة في إطار الإتحاد الأوربي من خلال مدهم بمعلومات أساسية حول مختلف التشريعات و التسهيلات التي تمنحها الدول في إطار الاستثمار⁽¹⁾.

إن الدراسات المقارنة تعمل على تخفيف العبء عن القانون الدولي الخاص عن طريق نزع بعض الإجراءات منه و هذا يؤدي إلى التقليل من حالات التنازع بين القوانين ، كما أن القاضي وهو بصدد منازعة ذات عنصر أجنبي يبحث عن القانون الواجب التطبيق إذ أن التنازع يقتضي إجراء مقابلة بين القوانين المتضاربة حول حكم النزاع الحقيقي و موضوعه ليخلص إلى اتخاذ وجهة نظر القانونيين في النزاع و وكيف الرابطة القانونية محل النزاع ، و هذا لا يمكن الوصول إليه إلا بعد دراسة مختلف النظم الداخلية في التنازع و هذا الأخير تختلف القوانين فيه لكون أن كل قانون يرد العلاقة القانونية إلى نظام قانوني معين لذا يرى بعض الفقهاء بأن حل مسألة تنازع التكييف يحكمها القانون المقارن و هذا ما يقرره " بارتن " حيث يقول بأن التكييف يجب أن يكون وفقا لقانون القاضي مهما كان التنازع الحاصل في التكييف سواء بين قانون القاضي و قانون أجنبي ، أو بين قانونين أجنبيين و هذا ما كرسه الفقه و القضاء المقارن و أخذ به المشرع الجزائري في المادة 9 من القانون المدني ، و هناك من يرى بخضوع التكييف إلى القانون الذي يحكم الموضوع و يبرر قوله بأنه من غير الممكن أن يفرض القاضي على العلاقة القانونية تكييف قانونه الوطني في حين أن هذا القاضي يزعم تطبيق القانون الأجنبي .

إن الرأي الأول هو الذي لقي رواجاً كبيراً، لكن منذ 1931 و من خلال فكرة قدمها الفقيه الألماني " رابل " (Rabel) تتمثل في أن القاضي و هو بصدد تفسيره لقاعدة الإسناد (تحديده للطبيعة القانونية لنظام من النظم) يتوجب عليه أن يسلك الطريقة المقارنة في كل الشرائع⁽²⁾.

المطلب الثاني: مآخذ هذا الرأي

إن هذا التصور الذي قدمه هؤلاء الفقهاء وظيفته لا تتعلق بالقانون المقارن بل بدراسة القانون الأجنبي لذلك اعترض فقهاء القانون على هذا التصور المقدم من طرف جانب من الفقهاء .

(1):الدكتور: عصام نجاح ، المرجع السابق ، ص39.

(2):الدكتور: محمود إبراهيم الوالي ، المرجع السابق ، ص37.

إن القانون المقارن يقارن بين قانون وطني و قانون أجنبي أو يقارن بين قانونين أجبيين أو أكثر، و عندما نقرر بأن القانون الأجنبي يعطي حلاً للنزاع معين يتعلق بالقانون الدولي الخاص لا نكون بحاجة للقانون المقارن أصلاً و هذا يدحض حجج أنصار هذا التصور الذي يعتبر بأن القانون المقارن هو علم ملحق بالقانون الدولي الخاص ، و مع ذلك فإن هذا النقد فيه نوعاً من المبالغة لأن دراسة القانون الدولي الخاص مرتبطة ببحوث القانون المقارن و العكس صحيح .

كما أنه من الناحية التطبيقية أن القاضي عندما لا يجد حلاً للمنازعة ذات العنصر الأجنبي يطبق قانونه الوطني و لا يترك النزاع بدون حل و إلا كان مرتكباً لجريمة إنكار العدالة.

المبحث الثالث: القانون المقارن يعمل على توحيد القوانين

إن التصور الثالث الذي قدمه بعض الفقهاء بخصوص وظيفة القانون المقارن هو تحقيق توحيد القوانين سواء كان ذلك داخلياً أو خارجياً ، و تعد فكرة التوحيد أصلية في حياة الشعوب ومختلف الحضارات .

إن الحضارات الشرقية عرفت مدونات للقانون في مصر و بابل و آشور و يعود تاريخها إلى ما قبل عام 2000 قبل الميلاد⁽¹⁾ ، و من أهم هذه المدونات نجد قانون " حمورابي " الذي جمع بين مجموعتين من الشعوب (الأكادية و السومارية) تحت سلطة واحدة .

أما في الحضارتين اليونانية والرومانية فهناك مدونات بالنسبة لليونان منذ سنة 700 قبل الميلاد، وفي منتصف القرن الخامس قبل الميلاد للرومان⁽²⁾.

إن معالم فكرة توحيد القوانين ظهرت في القانون الطبيعي لدى اليونان عندما أرادوا توحيد القانون داخلياً من خلال جمع العادات المقدسة ونجد أهم القوانين هما " قانون دراكون " الذي قضى على نظام الثأر و الانتقام من خلال توقيع العقوبة، و قانون " صالون " عام 600 قبل الميلاد الذي جاء معدلاً لقانون دراكون.

(1):الدكتور :علي جعفر، تاريخ القوانين، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر و التوزيع ، لبنان، 1998، ص23.

(2): الدكتور : محمد اللاقي، والدكتور : منصور بونس، مذكرات في تاريخ النظم القانونية، الطبعة الثانية، الجامعة المفتوحة، ليبيا، 1997، ص78.

كما أن الرومان عرفوا فكرة توحيد القوانين التي ظهرت في قانون الشعوب سواء على المستوى الداخلي من خلال جمع قوانين الإمبراطورية و الأحكام و العمل بها ، أو على المستوى الخارجي لكون أن الأجانب في القانون الروماني كانوا يعتبرون أعداء لا يتمتعون بالشخصية القانونية و لذا يجب قتلهم و استرقاقهم و في فترة لاحقة بدأ الاعتراف لهم ببعض الحقوق كمباشرة حق التصرفات القانونية و لم يتقرر لهم حق التقاضي لأن روما هي صاحبة السيادة ، و لكن مع المد التوسعي للدولة الرومانية و ازدياد مختلف العلاقات على مستوى الاقتصاد و التجارة اقتضى ذلك إيجاد قواعد قانونية لكي تحكم هذه العلاقات الجديدة للأجانب بعضهم ببعض فأوجدت روما قانون الشعوب أو قانون الأمم و هو قانون شرعه العقل الفطري بين البشر حسب ما قال به " جايوس " .

كما برزت فكرة التوحيد في إنجلترا على يد الملك " جاك الأول " (1603-1625) عندما عمل على توحيد القانون الإنجليزي و القانون الإيقوسي نتيجة إتحاد إيقوسيا مع إنجلترا و ضمها إليها حيث كان مصدر القانون الإنجليزي ينتمي إلى شريعة " الكومن لو " بينما مصدر القانون الإيقوسي ينتمي إلى القانون الروماني ، و أهم مساهمة فعلية في عملية التوحيد هي التي قام بها الفقيه الإنجليزي " ليون ليفي " عندما قدم مشروعا لقانون تجاري استمدته من مقارنة قانون التجارة البريطاني بالقانون الروماني و قوانين خمسين دولة أخرى ، و بعد هذه المساهمة توالى عمليات التوحيد و الدعوة إليها نظرا لما لها من أهمية كبيرة في ذلك ⁽¹⁾.

إن توحيد القوانين كانت محل خلاف بين معارض و مؤيد و لكن حسب الفقيه " دافيد " أن كل فريق لم يقدم أساسا لموقفه و حسبه فإن أساس كل فريق هو العاطفة فقط و مع ذلك فإن مبررات التوحيد تظل قائمة و تتمثل في : تسهيل المعاملات التجارية الدولية ، و تحقيق حماية بعض صور الملكية كالملكية الأدبية ، و حماية بعض الفئات العمالية من أجل أن تكون المنافسة عادلة ، و مع ذلك تبقى فكرة الوحيد صعبة و لكنها ليست مستحيلة لكون وجود اختلافات جغرافية و طبيعية و مذهبية و أخرى في الصياغة القانونية في حد ذاتها لكل تشريع . و مع ذلك يمكن التغلب على مثل هذه الاختلافات من خلال إبداء التحفظات على المسائل التي ترك أمر تنظيمها لكل دولة و ذلك حسب ظروفها و مقتضيات الواقع ، أو عن طريق التوحيد في العلاقات الدولية وبقاء العلاقات الداخلية خاضعة للقوانين الوطنية ، و هذا يعد خطوة للتوحيد الشامل .

(1) : الدكتور: العيد حداد، المرجع السابق، ص46.

المطلب الأول: القانون المقارن وعملية التوحيد الداخلي للقوانين

إن أشكال توحيد القوانين متعددة فهناك التوحيد الداخلي للقوانين داخل الدولة الواحدة و هو أمر ضروري لأن الوحدة القانونية تكمل الوحدة السياسية و هذا يؤدي إلى عدم وجود طائفية أو تفرقة و يجعل الدولة متماسكة ⁽¹⁾ و إن كان التوحيد القانوني يأتي ثانيا في بعض الحالات للوحدة السياسية لأن عملية وضع القوانين تحتاج إلى وقت طويل من أجل بحث و دراسة و تجميع للقوانين ⁽²⁾ .

و بالرجوع إلى الحضارات القديمة شرقا فنجدها قد عملت على توحيد قوانينها من أجل تحقيق العدالة و إزالة الظلم و دعت إلى ذلك على أساس أنه كلما ازدهر نظام قانوني و تطور على مستوى معين أدى ذلك إلى التخفيف من اختلاف الأنظمة القانونية ، و ما تقوم به دول الإتحاد الأوربي من خلال سن قواعد قانونية جديدة تنظم مختلف المجالات إلا دليل على إمكانية تحقيق الوحدة القانونية ، و قبل القيام بتوحيد قانون دولتين أو أكثر لابد من توحيد القوانين داخل الدولة الواحدة .

إن توحيد المنظومة القانونية في معظم الدول الأوربية حصل في القرن التاسع عشرة فمثلا فرنسا قامت بتوحيد منظومتها القانونية مع ظهور قانون " نابليون بونابرت " عام 1804 ، و أما إيطاليا فحصل توحيد قانونها عام 1865 و اكتمل عام 1942 ، و أما ألمانيا فحصل توحيد قانونها أثناء الفترة الحاصلة من 1896 إلى 1900 .

و ظهرت بعد الحرب العالمية الأولى في الدول الشرقية لأوربا قوانين موحدة مثل روسيا ، وبولندا ، كما كان للدول العربية حظ من توحيد القوانين حيث قامت مصر بتوحيد ⁽³⁾ القانون المدني حيث يرجع الفضل في مصر إلى الفقيه الدكتور : " عبد الرزاق أحمد السنهوري " الذي تولى إعداد مشروع القانون المدني للكثير من الدول العربية إلى حين وفاته في عام 1971 ، و لا يخفى على أحد أن القانون المدني المصري مأخوذ تقريبا من القانون المدني الفرنسي مع وجود بعض الاختلافات في بعض المسائل . و قد قامت مصر بإلغاء القانون المدني المختلط والأهالي، و سارت على منهجها سائر الدول العربية .

(1): الدكتور: عبد السلام الترماني، المرجع السابق ، ص57.

(2): الدكتور : محمود إبراهيم الوالي ، المرجع السابق ، ص 51.

(3): الدكتور : عبد الرزاق بن خروف ، المرجع السابق ، ص 57.

الفرع الأول: توحيد النظام القانوني

إن توحيد النظام القانوني لا يحصل إلا في الدول التي يكون نظامها القانوني يتكون من عدة قوانين و تشريع اتحادي لذا نتناول هذه الفكرة من خلال عرض تجارب بعض الدول في هذا المجال فقط .

إن توحيد القانون داخل الولايات المتحدة الأمريكية أمر في غاية الصعوبة و التعقيد لأنه يتكون من 51 تشريع وطني زيادة عن ذلك التشريع " الفيدرالي " ، و وجود نظام قضائي في كل ولاية تعلوه محكمة عليا أو مجلس أعلى للقضاء ، و نظام قضائي فيدرالي تعلوه محكمة عليا أو مجلس أعلى فيدرالي حيث يتولى هذا النوع الأخير بالفصل في النزاعات الناشئة بين مواطنين لولايتين مختلفتين ، و يتولى النظام القضائي الفيدرالي الفصل في النزاعات المتعلقة بالدستور الفيدرالي ، و نشير هنا إلى أن تشريعات الولايات تظل مستقلة فيما يتعلق بتطبيق القانون الخاص ما عدا أحكام الإفلاس (عجز المدين و توقفه عن دفع ديونه الحالة الوفاء و لا يتقرر إلا بحكم) فهذا يعني وجود 51 قانون خاص (مدني ، تجاري) .

و لكن كيف يمكن تفادي كل الاختلافات التي يتضمنها هذا النظام القانوني الفيدرالي في ظل تعدد الولايات بقوانينها ؟ إن معالجة كل ذلك تستدعي إتباع إحدى الطريقتين : حيث تتمثل الأولى في هيمنة السلطة التشريعية الفيدرالية فيمتد اختصاصها إلى كل الولايات و ذلك من خلال اعتماد نموذج مشترك يعرض على هذه الأخيرة مثل ما تم بالنسبة للقانون التجاري الموحد الذي تضمن مبادئ عامة اعتنقته كل الولايات باستثناء ولاية " لوزيانا " ، و أهم هيئة تقوم بإعداد مشروعات نموذجية للقوانين الموحد في الولايات المتحدة الأمريكية هي الهيئة المعروفة باسم " لجنة توحيد قوانين الولايات " التي تضم في عضويتها أبرز أساتذة القانون المقارن في أمريكا و من أجل وضع مشروع للقانون الموحد تستغرق سنوات طويلة فمثلا مشروعه الذي أعدته حول " التصرف الموحد في الأوراق التجارية و السندات " استغرق مدة 33 سنة ، و في الوقت الحاضر يساهم مع الهيئة السابقة المعهد الأمريكي للقانون و هو عبارة عن جمعية خاصة ⁽¹⁾.

أما الطريقة الثانية فتتمثل في أن يحل التشريع الفيدرالي محل تشريع الولايات مثل ما حصل في مسألة الاكتتاب العام أين تطلب الأمر بأن يكون قانون ولاية ما متوافقا مع متطلبات القانون المنظم لعمليات الاكتتاب العام لأنهم و هو القانون الفيدرالي .

(1) الدكتور: محمود إبراهيم الوالي ، المرجع السابق ، ص55.

أما توحيد القانون في سويسرا التي كانت تتشكل من مقاطعات يحق لها إصدار القوانين وكانت تشكل الاتحاد الفيدرالي السويسري ، حيث أن هذه المقاطعات رفضت التنازل عن سلطتها في التشريع للسلطة المركزية و لكن اكتسبت هذه الأخيرة الاختصاص في التشريع سنة 1881 عندما أصدرت " القانون الاتحادي للالتزامات" ، كما أن الدستور السويسري أعطى للسلطة الاتحادية سلطة التشريع في كل مسائل القانون الخاص و هنا اكتملت فكرة توحيد القانون الخاص في سويسرا، لكن فكرة التوحيد الداخلي للقوانين يصعب أن تكون مكتملة لأن أغلب الدول ذات الدساتير الفيدرالية مثل البرازيل و المكسيك بادرت بذلك لكنهما لم تحقق ذلك ، زيادة عن ذلك ⁽¹⁾ أن بعض الدول ليست اتحادية مثل لبنان و الهند لكنهما لم تستطع توحيد قانونها .

أما توحيد القانون في دول وسط أوروبا فكان بعد نهاية الحرب العالمية الأولى عن طريق معاهدات أبرمت بين عامي 1919 ، 1921 فمثلا في " تشيكوسلوفاكيا " تم وضع قانون جديد يوحد القانون الخاص ، أما في " بولونيا " فكانت تطبق عدة تشريعات على المسائل المدنية قبل إعادة تكوينها بعد الحرب العالمية الثانية و هي : النمساوية ، الروسية ، مجموعة نابليون و تم توحيد كل ذلك خلال عامي 1934 ، 1950 ، أما يوغسلافيا فكان فيها القوانين العثمانية ، والنمساوية ، و المجرية و لكنها وحدث قانونها عن طريق مجموعة مدنية متأثرة بالمجموعة النمساوية أعدتها عام 1937 لكن ظروف الحرب حالت دون إصدارها ، و لكنها بعد الحرب واصلت عملية التوحيد التي كتب لها النجاح تمثلت في إصدار مجموعة لقانون الأسرة المتأثرة بالمبادئ الماركسية ، أما في رومانيا فكانت تسود فيها قبل الحرب العالمية الثانية ثلاثة أنظمة وهي الإيطالي ، النمساوي و المجرية و تم توحيد القانون المدني الروماني في 1943 بمرسوم يقرر امتداد قواعد المجموعة المدنية القديمة إلى كل مقاطعات رومانيا ، لأن فكرة التوحيد بدأت قبل الحرب العالمية الثانية .

الفرع الثاني: توحيد تفسير القانون

إن عملية توحيد القانون داخل الدولة الواحدة لا يكون كافيا لتحقيق كل نتائج عملية التوحيد ، بل لابد من الذهاب إلى أبعد من ذلك من خلال توحيد التفسيرات التي تعطيها أجهزة القضاء للقانون (التفسير القضائي) و إلا كان كل قاضي يفسر نصا حسب ما يراه و تتعدد التفسيرات لنص واحد مطبق .

(1)؛ الدكتور: عصام نجاح ، المرجع السابق ، ص47.

ومن أجل تحقيق توحيد تفسير للقانون كان ضروريا من أن تكون محكمة عليا على رأس الجهات القضائية من أجل مراقبة تفسير المحاكم للتشريع و تعمل على توحيد هذا التفسير من أجل الوصول إلى توحيد القانون توحيدا حقيقيا⁽¹⁾ .

إن الدول في قوانينها قد أعطت هذه الوظيفة إلى المحكمة العليا فمثلا في فرنسا تكون محكمة النقض أو محكمة عليا هي محكمة قانون لا محكمة موضوع و كذلك بالنسبة للنظام القضائي الجزائري ، حيث يقتصر دور المحكمة العليا على مدى مراقبة الأحكام و القرارات القضائية و مطابقتها لما يقرره القانون و إذا تم نقض الحكم أو القرار يحال على الجهة التي أصدرته مشكلة تشكيلا جديدا .

أما في إنجلترا قديما فهناك غرفة " اللوردات " أو مجلس اللوردات حيث تعد محكمة واقع وقانون فهي من جهة تعمل على مراقبة الأحكام و القرارات و مدى مطابقتها للقانون ، و إذا تم نقض الحكم أو القرار تتولى الفصل فيه كآخر درجة⁽²⁾ ، و لكن لم يبق هذا الوضع سائدا إذ تم إنشاء محكمة عليا و هي التي تتولى الصلاحيات القضائية ، و لم يعد لمجلس اللوردات هذه الصلاحية .

إن الدول التي أرادت توحيد قوانينها الداخلية اعتمدت على توحيد تفسير القانون و ذلك من خلال ممارسة القضاء لذلك و الدليل على ذلك أن إيطاليا عرفت العديد من محاكم النقض في العصر الحديث ، في " ميلانو " عام 1796 ، و في " جنوا " عام 1797 ، و في " روما " عام 1790 ، و على نفس المنوال في إيطاليا سنة 1865 ظهرت أصوات منادية من أجل إنشاء محكمة نقض ، و لكن لأسباب جبهوية هناك تأخر إنشاؤها إلى سنة 1898 و اختصت في المسائل الجنائية ، أما اختصاصها في المسائل المدنية فتأخر إلى سنة 1923 .

أما في الجزائر وحسب دستور 1996 المعدل فإننا قد أخذنا بنظام ازدواج القضاء و ثم إنشاء محاكم إدارية ومجلس الدولة ومحكمة التنازع لتفصل في التنازع الإيجابي والسلبي بين القضاء العادي والقضاء الإداري.

(1): الدكتور: محمود إبراهيم الوالي، المرجع السابق، ص58.

(2): الدكتور: عصام نجاح ، المرجع السابق ، ص47.

المطلب الثاني: القانون المقارن وعملية التوحيد الخارجي للقوانين

إن التوحيد الخارجي للقوانين يأخذ عدة صور⁽¹⁾ فمنه الثنائي الذي يحصل بين دولتين بحيث يتفقان على توحيد قانونيهما (توحيد ثنائي) ، و منه التوحيد الإقليمي الذي يقع بين دول تشترك في عناصر معينة (سياسية ، اقتصادية ، تاريخية) و منه التوحيد العالمي الذي يحصل عن طريق التشريع بواسطة اتفاقيات دولية و تمهد لهذا التوحيد المؤسسات الدولية عن طريق وضع وإعداد مشاريع للقانون الموحد و تشمل مواضيع هذا التوحيد الأمور المرتبطة بالتعامل التجاري والعمل .

الفرع الأول: التوحيد الاتفاقي للقوانين بين دولتين أو أكثر

إن توحيد القانون بين دولتين أمر اتفاقي يمكن من وضع مشروع ثنائي موحد كما حصل بين فرنسا و إيطاليا على توحيد قانون الالتزامات حيث أطلق الفقيه القانوني الإيطالي " سيالوجا " (seialoja) في عام 1916 هذا المشروع من أجل قانون موحد بين الدولتين يقضي على كل المنازعات المترتبة عن عمليات اقتصادية بين فرنسا و إيطاليا ، إن هذا المشروع لم يكتب له النجاح لأنه لم يعرض على البرلمان الفرنسي و لم يعرض على البرلمان الإيطالي⁽²⁾ .

أما عن التوحيد الإقليمي الذي يحصل بين بلدان لها روابط و علاقات مشتركة قد تكون قومية، أو سياسية ، أو تاريخية ، أو اقتصادية فإن الوحدة تحصل نتيجة الاختلافات البسيطة في قوانينها في مسائل معينة (كالقانون التجاري مثلا) . و نتيجة المصالح المشتركة بين هذه الدول وأهم هذه الاتحادات نذكر ما يلي :

- إتحاد الدول الإسكندنافية و يسمى الإتحاد الشمالي : يتكون من خمس دول و هي : (السويد ، النرويج ، الدنمارك ، إيرلندا ، فنلندا) هذه الدول تشترك في الوحدة الجغرافية (تقع شمال أوروبا) لقد حصل توحيد القانون الدنماركي و النرويجي من جهة ، و القانون السويدي و الفنلندي من جهة أخرى على الرغم من أن القانون الدنماركي و النرويجي مرتبطان بالقانون الإنجليزي ، أما القانون السويدي و الفنلندي يرتبطان بالقانون الألماني ، و تم التغلب على كل الاختلافات القائمة بين مصادر هذه القوانين فيما يتعلق بالقانون التجاري .

(1) الدكتور: العيد حداد، المرجع السابق، ص20.

(2) P.LE GRAND, le droit comparé, ed PUF collection " que sais je", 2000, p 45.

وتم توحيد نظام الأوراق التجارية ⁽¹⁾ منذ عام 1880 ثم توحيد نظام السجل التجاري ، ونظام المحل التجاري ، و نظام الوكالة التجارية و عقد التأمين و توحيد القانون البحري منذ 1891. و تم توحيد أحكام العقود في القانون المدني ، و شهد التوحيد مسائل في قانون الأسرة منها نظام الزواج و الطلاق و الوصاية و من أجل استكمال التوحيد تم إنشاء معاهد لذلك و لجنة تشريعية تمثل الدول الشمالية من أجل متابعة التوحيد .

- إتحاد دول " البينيلوكس " (Benelux) : يضم هذا الإتحاد كلا من بلجيكا و هولندا واللوكسمبورغ بمقتضى معاهدة تم التوقيع عليها في لندن عام 1944 من قبل حكوماتهم في المنفى و تمت المصادقة عليها في المجالس النيابية بعد تحررها من الغزو الألماني سنة 1947 من أجل إقامة وحدة جمركية .

إن قوانين هذه الدول مستمدة من القانون الفرنسي و هذا ما يساعد على توحيد بعض النظم والقوانين فيها كتوحيد أحكام البيع ، و توحيد قواعد القانون الدولي الخاص ، كما تم إنشاء محكمة للبينيلوكس تقوم بتوحيد الاجتهاد القضائي الذي يلتزم به كل قضاة هذا الإتحاد .

- الجماعة الاقتصادية الأوروبية : تم تشكيل هذه الجماعة بمقتضى معاهدة روما سنة 1957 ، حيث تتشكل هذه الجماعة من ألمانيا الاتحادية ، و بلجيكا و فرنسا ، و إيطاليا ، و اللوكسمبورغ ، و هولندا و بريطانيا ، و كانت تهدف إلى تطوير و تدعيم اقتصاد الدول الأعضاء من خلال السماح بتقل البضائع و حركة رؤوس الأموال من أجل خلق سياسة موحدة في مجال التجارة والطاقة و الزراعة ⁽²⁾ .

- مجلس أوروبا (conseil de l'Europe) : تم إنشاء هذا المجلس بموجب معاهدة لندن سنة 1949 و يضم عضوية كلا من (بلجيكا ، و الدنمارك ، و فرنسا و إيرلندا ، و إيطاليا ، واللوكسمبورغ ، و النرويج ، و هولندا ، و إنجلترا ، و السويد ، و اليونان ، و قبرص ، و تركيا ، وألمانيا الاتحادية ، و النمسا ، و سويسرا ، و مالطا) ، حيث يهدف هذا المجلس إلى توثيق العلاقات بين أعضائه ، و عقد الاتفاقيات بين أعضائه في مختلف الميادين (الاقتصادية ، الاجتماعية ...) .

(1):الدكتور: محمود إبراهيم الوالي ، المرجع السابق ، ص62.

(2): الدكتور: عبد الرزاق بن خروف، المرجع السابق، ص60.

إن من أهم إنجازات هذا المجلس ترقية حقوق الإنسان و حماية الحريات الأساسية للمواطن من خلال الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان سنة 1950 و دخلت حيز التنفيذ سنة 1953 ، وأنشأ المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان سنة 1959 .

- جامعة الدول العربية : تكونت هذه الجامعة في 22 مارس 1945 و كانت تضم كلا من : (مصر، المملكة العربية السعودية ، الأردن ، العراق ، اليمن ، سوريا ، لبنان) و بدأ الانضمام إليها تدريجياً حتى أصبحت تضم كل الدول العربية ، و تتكون هذه الجامعة من مجلس الجامعة ، و الأمانة العامة للجامعة و اللجان .

مجلس الجامعة يتكون من ممثلين تختارهم الدول ينعقد مرتين في السنة مارس و أكتوبر، حيث يعمل المجلس على تحقيق التعاون العربي في الأمور السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية.

أما الأمانة العامة موكولة للأمين العام المعين بثلاثي الأعضاء لمدة خمس سنوات قابلة للتجديد، و يقوم الأمين العام بتعيين مساعديه.

أما لجان الجامعة فهي من تقوم بإعداد الدراسات في المجال الاقتصادي ، و الصحي ، و الثقافي ، حيث أن اللجنة الثقافية هي تعد الدراسات لتوحيد التشريع في البلاد العربية و منها⁽¹⁾: مشروع عربي استرشادي من أجل مكافحة جرائم تقنية أنظمة المعلومات ، مشروع عربي واسترشادي لمنع استنساخ الكائنات البشرية لأغراض التنازل ، مشروع اتفاقية عربية لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الحدود العربية .

- مجلس التعاون لدول الخليج العربي : يضم المجلس عضوية كلا من : (الإمارات العربية المتحدة ، البحرين ، المملكة العربية السعودية ، عمان ، قطر ، الكويت) و في 10 مارس 1981 وقعوا في مسقط سلطنة عمان على القانون الأساسي للمجلس ، حيث كان يهدف هذا الأخير إلى تحقيق أكبر قدر من التماسك و الترابط بين أعضاء هذا المجلس في كل الميادين ، ووضع أنظمة في مختلف الميادين الاقتصادية و المالية و الثقافية و الصحية .

(1) الدكتور : عبد الرزاق بن خروف ، المرجع السابق ، ص 67.

- الإتحاد الإفريقي : نتيجة التطورات الحاصلة على مستوى العالم في كل المجالات جعل الدول الإفريقية تسير هذا التطور و أسفر ذلك عن ميلاد إتحاد إفريقي ⁽¹⁾ بديلا عن منظمة الوحدة الإفريقية ، و تمت المصادقة على القرار التأسيسي في 11 جويلية 2000 في قمة لومي بالطوغو ، و دخل حيز التنفيذ في مارس 2001 بعد أن صادق عليه ثلثي دول الأعضاء في الإتحاد و تم حل منظمة الوحدة الإفريقية بصفة رسمية في 9 جويلية 2002 في قمة درويان (إفريقيا السوداء)

يضم هذا الإتحاد مؤسسات تنفيذية و تشريعية و قضائية و مالية تتمثل في المؤتمر الذي يتكون من رؤساء دول و حكومات دول الأعضاء يرأسه أحدهم بالتناوب لمدة سنة بعد ما كانت المدة المحددة بستة أشهر فقط .

يعمل هذا الإتحاد على تحقيق اندماج أكثر للمواطن الإفريقي مع مختلف مؤسساته من أجل ترسيخ ثقافة الحكم الراشد ، و الديمقراطية ، و الشفافية من أجل الوصول إلى دولة القانون ، كما يعمل على توحيد القوانين و التقريب بين المواطنين وذلك من خلال الاتفاقيات و هذا كله تحقيقا لتوحيد القوانين .

أما عن التوحيد العالمي للقوانين ⁽²⁾ فقد يكون ذلك بشكل جزئي و يتخذ صورتين الأولى توحيد العلاقات الدولية و مداها ، و الثانية توحيد العلاقات الدولية و الداخلية في موضوع من المواضيع و من أمثلة التوحيد الجزئي نذكر منها :

- توحيد قواعد النقل بالسكك الحديدية ببرن، سنة 1890.
- توحيد قواعد النقل البحري ببروكسل و تضمنت العديد من المسائل منها قانون التصادم ، والإسعاف ، و الإنقاذ .
- توحيد قواعد النقل البري بجنيف عام 1929 ثم بروما عام 1933 تحدد مسؤولية مالك الطائرة.
- توحيد قانون العمل .
- توحيد القواعد المتعلقة بالبيع الدولي في لاهاي عام 1963 .

(1) الدكتور : عبد الرزاق بن خروف ، المرجع السابق ، ص 69.

(2) الدكتور : عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة (مصادر قانون التجارة الدولية، عقود التجارة الدولية، حل نزاعات التجارة الدولية)، الطبعة الأولى، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 115 وما بعدها.

و قد يكون التوحيد العالمي للقوانين في شكل كلي حيث يشمل كل القوانين و ينظم جميع المواضيع نظرا لاشتراك هذه الدول في بعض العناصر و المقومات (التاريخ ، الأصل ، التقاليد ، الاعتقاد ، الاعتناق السياسي) و من أمثلة التوحيد الكلي عن طريق التشريع و العرف نذكر ما يلي⁽¹⁾ :

- الاتفاقية الخاصة بحماية الملكية الصناعية بباريس عام 1836 .
- الاتفاقية الخاصة بحقوق المؤلفين ببرن عام 1882 .
- الاتفاقية الخاصة بتوحيد الأوراق التجارية بجنيف عام 1930 .
- القواعد الخاصة بتنظيم الخسائر البحرية المشتركة و التي تقرر في مؤتمر بنويويورك عام 1841 و في عام 1877 بأنفوس .
- و قد يتم التوحيد عن طريق وضع عقود نموذجية تعد من طرف هيئات رسمية أو خاصة .
- أما بالنسبة للجزائر فإن عملية التوحيد تمثلت في العديد من الاتفاقيات و التي نظمت العديد من المجالات نذكر منها ما يلي :
- في مجال النقل سواء كان بحريا أو جويا مع الإشارة إلى أن هذا الأخير حديث النشأة تم إبرام العديد من الاتفاقيات في هذا المجال بنوعيه و هي :
- اتفاقية حول توحيد القواعد الخاصة بالمساعدات و الإنقاذ في البحر (الجريدة الرسمية العدد 29 لسنة 1964) .
- اتفاقية حول توحيد القواعد الخاصة بسند الشحن (الجريدة الرسمية العدد 28 لسنة 1964) .
- اتفاقية حول توحيد بعض القواعد الخاصة بالحجز التحفظي على السفينة البحرية (الجريدة الرسمية العدد 14 لسنة 1964) .
- اتفاقية خاصة بتحديد قواعد الاختصاص المدني في قضايا الاصطدام (الجريدة الرسمية العدد 12 لسنة 1964) .

(1) الدكتور: معراج جديدي، محاضرات في القانون المقارن، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2012/2013، ص9.

- اتفاقية خاصة بتحديد مسؤولية مالك السفينة أو المجهز للبواخر البحرية (الجريدة الرسمية العدد 13 لسنة 1964) .

- اتفاقية خاصة بنقل المسافرين بحرا (الجريدة الرسمية العدد 09 ، لسنة 1973) .

- اتفاقية خاصة بنقل أمتعة المسافرين (الجريدة الرسمية العدد 09 ، لسنة 1973) .

في مجال التجارة والملكية الصناعية والأدبية و حقوق الإنسان و في مجال العمل و المجال الجمركي هناك العديد من الاتفاقيات المبرمة و التي انضمت إليها الجزائر لا يسعنا المقام لنذكرها بل نحيل إلى مكانها⁽¹⁾.

الفرع الثاني: التوحيد عن طريق المحاكاة

إن عملية التوحيد القانوني بين الدول المستقلة تساهم فيها استعارة كل فرع لقانون أجنبي معين ، كما حصل و أن أثر القانون الروماني على غيره في مختلف الدول و مختلف الأزمنة ، و في الوقت الحاضر هناك مجموعتين قانونيتين لهما تأثير كبير على قوانين العالم هما : تقنين نابليون بونابارت سنة 1804 ، و التقنين المدني الألماني⁽²⁾ .

إن مجموعة نابليون بونابارت يعود إليها الفضل في توحيد قوانين كثير من الدول ، و سواء تم فرض هذه المجموعة عن طريق الجيوش (الحرب) أو طوعية مع الإشارة إلى أن الدول التي أخذت بهذه المجموعة لم تأخذ بها بحذافيرها بل تأثرت بها إلى حد كبير بطريقة مباشرة و برز ذلك في طريقة ترتيب النصوص و الأسلوب و أخذت عنه مزاياه و عيوبه فمثلا أحكام الشهر العقاري التي تضمنها تقنين بونابارت لم تستطع هذه الدول المتأثرة بهذا التقنين معرفة إدراج أحكام هذا الشهر ، كما تم الخلط بين نظام التقادم المكسب و المسقط و استقروا على وضعهم في التقنين المدني .

(1): الدكتور: معراج جديدي، المرجع السابق، ص10 وما بعدها.

(2):الدكتور: عصام نجاح ، المرجع السابق ، ص53.

زيادة عن التأثير المباشر بالتقنين الفرنسي هناك دول تأثرت بذلك المجموعات التي أخذت عن مجموعة نابليون ⁽¹⁾ مثل القانون المدني الشيلي و انتشاره بين بلاد أمريكا اللاتينية ، و هناك بعض الدول احتفظت بتقنين نابليون بعدما عدلت بعض أحكامه مثل هولندا ، و بسببه تم توحيد قانونها الوطني .

و هنا نشير إلى أن التقنين التجاري الفرنسي الصادر من طرف " كولبار " (colbert) سنة 1681 تأثرت به بعض التشريعات الأوروبية و خاصة في مجال التجارة البحرية الذي تأثرت به كلا من إنجلترا و الولايات المتحدة الأمريكية .

كما يعود الفضل إلى التقنين المدني الألماني في انتشار عملية التوحيد ليس لأنه فرض بالقوة بل نتيجة جودته القانونية حيث استغرق مدة عشرين سنة من أجل إعداده و تحضيره من طرف مجموعة من القانونيين الألمان المتمكنين ، فصدر بصورة تقنية حتى أطلق عليه بعض الفقهاء بأنه الآلة الحسابية بامتياز للقانونيين، و كان أول المتأثرين به كلا من النمسا و يوغسلافيا و اليونان ، و بعدها انتشر خارج حدود أوربا و تأثر به واضعو القانون المدني البرازيلي عام 1916 و الذي مازال مطبقا من حيث تربيته و هذا بشهادة فقهاء قانون من البرازيل ⁽²⁾ ، و عليه فإن تأثير القانون المدني الألماني لا يجد سببه في النفاذ السياسي بل في دقته العلمية .

إن عملية الأخذ عن تشريع دولة ما يكاد أن يكون مقبولا إذا كان القاسم المشترك بين شعوب الدول أو الدولتين من عادات و تقاليد ، كما أن الصياغة تؤدي إلى الأخذ من هذا القانون ، و لكن في بعض الحالات لا توجد أي عوامل مشتركة و لا أفراد بالصياغة الرائعة و مع ذلك يتم تقليد قانون دولة من دولة أخرى ⁽³⁾.

فمثلا روسيا في 1933 كانت في حرب مع فرنسا و لكنها قلّدت تقنين نابليون بونابارت ، و قام " كمال أتاتورك " بتكليف برلمان تركيا بأن يتبنى القانون المدني السويسري في 4 أبريل 1926 ، مع إدخال تعديلات بسيطة على القانون المدني السويسري ليتم تبني القانون المدني السويسري كاملا في 8 ماي 1926 ، و بعدها توالى عملية التقليد الكلي و تبني قوانين مقاطعات و دول أخرى منها قانون الإجراءات المدنية لإحدى مقاطعات سويسرا و أصبح يمثل

⁽¹⁾الدكتور : محمود إبراهيم الوالي ، المرجع السابق ، ص60.

⁽²⁾الدكتور : عصام نجاح ، المرجع السابق ، ص54.

⁽³⁾الدكتور: عبد السلام الترماليني، المرجع السابق، ص71.

قانون الإجراءات المدنية التركي، و كذلك قانون العقوبات الإيطالي وأصبح يمثل قانون العقوبات التركي، و كذلك القانون البحري التجاري الألماني و أصبح يمثل القانون البحري التجاري التركي .

كما أن اليابان في منتصف القرن التاسع عشر كان له الحظ الأوفر من عملية التقليد محاولة منه الانتقال من النظام الإقطاعي إلى النظام الرأسمالي فطلب من مختصين قانونيين فرنسيين و ألمان وضع قوانين يابانية على طريقة القوانين الأوروبية و هكذا كان الأمر .

إن كل هذه الأمثلة عن فكرة توحيد القوانين عن طريق المحاكاة فيها نوع من الغواية نتيجة عدم وجود أي عوامل بين هذه الدول و مع ذلك حصل نوع من التقليد للقوانين من دول أخرى⁽¹⁾.

⁽¹⁾: Michel Fromont, Grandes systèmes de droit étrangères, Dalloz, paris, 1998, p 17 .

الباب الثاني

الأنظمة القانونية الكبرى

المعاصرة وتأثيرها على

المنظومة التشريعية

الجزائرية

الباب الثاني: الأنظمة القانونية الكبرى المعاصرة وتأثيراتها على المنظومة التشريعية الجزائرية

إن الأنظمة القانونية يصعب حصرها نظرا لتعددتها⁽¹⁾ ولا فرق بين نظام قانوني كبير ونظام قانوني صغير لأن الواقع أثبت أن هناك قوانين تأثرت وقلدت غيرها، و بعد مدة زمنية أصبحت هي المؤثرة في غيرها و منها تم استعارة بعض الأحكام ، و هناك أنظمة قانونية كانت مرجعا لكثير من الدول و مع الزمن اندثرت كما هو حال الأنظمة القانونية في أوروبا الشرقية .

إن النظام القانوني هو مصطلح يراد به مجموعة قانونية تحتوي على قواعد تكفل حل المشاكل التي قد تتور في مجتمع معين ، حيث أن مقارنة بين القوانين تمكن من تحديد أوجه الشبه و أوجه الاختلاف بين الأنظمة القانونية .

و إذا كانت هذه الأنظمة كثيرة فإننا نقتصر على المعايير التي بموجبها يتم ترتيب هذه الأنظمة و ذكر الأنظمة بنوع من الاختصار لنعالج أهم الأنظمة في ذلك (العائلة اللاتينية الجرمانية ، العائلة الأنجلوساكسونية) و لم نورد عائلة الشريعة الإسلامية التي تعد بحق نظام قانوني إسلامي متميز عن غيره من الأنظمة القانونية التي نتعرض إليها لكون أن البرنامج المقرر لا يتضمنها ضمن محتويات المادة : مقارنة الأنظمة القانونية للعام 2016/2017 فاككتيت بما هو مبرمج و مدرج في المحتوى .

إن التطرق للأنظمة المقارنة الكبرى و إن كانت أهميته تكمن في التعرف عليه بدقة سواء من الناحية القانونية أو القضائية، و له أهمية بارزة تتمثل في مدى تأثير هذه الأنظمة على المنظومة التشريعية الجزائرية في مختلف مراحل تكوين المنظومة التشريعية الجزائرية و عبر مختلف التوجهات و الإصلاحات التي باشرتها الجزائر و سواء على نطاق التشريع أو على مستوى الفقه والاجتهاد القضائي.

(1): الدكتور: عبد المنعم البدرابي، القانون المقارن، مجلة القانون والاقتصاد، العدد 4، 1959، ص345.

الفصل الأول

مفهوم الأنظمة القانونية

الكبرى للقانون

الفصل الأول: مفهوم الأنظمة القانونية الكبرى للقانون

الباحث لا يستطيع اختيار نظام قانوني دون نظام آخر نتيجة وجود أنظمة قانونية متعددة عبر مختلف الحضارات، مما نتج عن ذلك من أفكار تمت ترجمتها في قواعد قانونية تنظم علاقة الأفراد فيما بينهم، وعلاقة الأفراد مع الدولة، وعلاقة المجتمعات فيما بينهم. ونتيجة هذا التعدد اقتصرنا على بعض الأنظمة من أجل الوقوف على مصادر ومناهج كل نظام.

المبحث الأول: تعريف الأنظمة القانونية الكبرى

إن الأنظمة القانونية الكبرى هي عبارة عن قواعد قانونية مشتركة في المصادر القانونية ، و تقسيمات القانون ، و تحديد طبيعة القاعدة القانونية و وظائفها و تفسيرها، و الصياغة القانونية ، و المفاهيم القانونية و المصطلحات المستخدمة .

لقد قدم " جيرارد كورنو " ⁽¹⁾ (Gérardcornu) تعريفا للنظام القانوني بأنه : " مجموعة المعطيات المكونة للقانون (سواء كانت شكلية أو موضوعية) " و يعرفه أيضا بقوله : " الاسم الذي يطلق على مجموعة من العلامات المميزة لقانون دولة ما بالمقارنة بدولة أخرى والمتعلقة بالمبادئ و المصادر و طرق التفسير و التوجهات المتعلقة بالقانون نفسه " .

إن دراسة القانون المقارن لا تتم إلا بواسطة استخدام علم تاريخ القانون لأن الماضي هو الذي يبني الحاضر و المستقبل حتى قال الفقيه الإنجليزي " ميتلاند " : " ألغينا القوانين القديمة ولكنها ما زالت مهيمنة علينا انطلاقا من قهرها " فدراسة نظام قانوني يقتضي الاعتماد على علم تاريخ القانون ⁽²⁾ .

إن الشرائع (الأنظمة) تختلف فيما بينها من الناحية الموضوعية فمنها ما تتبنى المذهب الشخصي مثل (فرنسا) ، و منها ما تتبنى المذهب المادي مثل (ألمانيا) و منها ما تتبنى المذهب المختلط مثل (إيطاليا) ، كما يحصل الاختلاف من حيث مصادر القاعدة القانونية وطريقة تطبيقها .

⁽¹⁾:Gerard cornu , droit civil , introduction paris , 13 ed , 2007 , p258.

⁽²⁾: الدكتور: عصام نجاح ، المرجع السابق ، ص 60.

و قد يحصل أن تتشابه الشرائع (الأنظمة) عندما يؤثر بعضها على بعض كما هو الحال بالنسبة لمختلف تأثيرات القانون الروماني على القوانين الأوروبية أو تأثير الشريعة الإسلامية على قوانين الدول الإسلامية .

و من أجل تسليط الضوء على هذه الأنظمة القانونية الكبرى المعاصرة لابد من الإشارة إلى معايير ترتيب هذه الأنظمة (الشرائع) و حصرها ثم الاقتصار على دراسة أهمها .

المبحث الثاني: معايير ترتيب الشرائع الوضعية في شرائع كبرى

لقد تبنى الفقهاء عدة معايير من أجل ترتيب الشرائع الوضعية ضمن شرائع كبرى سواء كانت معايير تقليدية ، أو معايير حديثة من أجل وضع قائمة معيارية لهذه الشرائع .

المطلب الأول: المعايير التقليدية

إن المعايير التقليدية متنوعة⁽¹⁾ و برز في ذلك الحين تقسيم القوانين إلى قوانين وضعية، وشرائع سماوية .

الفرع الأول: معيار صياغة القواعد القانونية

يقدم أصحاب هذا الرأي من أجل ترتيب الشرائع الوضعية في شرائع كبرى معيار صياغة القواعد القانونية و قسموا الشرائع كما يلي⁽²⁾:

- شريعة تتضمن القوانين ذات الصياغة الرومانية: و تشمل القانون الفرنسي، و القوانين ذات الصبغة اللاتينية كقوانين أمريكا اللاتينية ، القانون الإيطالي ، القانون الإسباني ، و القانون الألماني ذو الصياغة الرومانية الأصل .

- شريعة الكومن لو (commun law) : و تشمل القانون الانجليزي و القانون الأمريكي والقوانين المتأثرة بهذين القانونيين ، و لكن هذه الشريعة تختلف صياغتها عن الصياغة الرومانية ، لكونها تكونت من مختلف الأحكام القضائية المساهمة في حل النزاعات .

- الشريعة الإسلامية : إنها تختلف من حيث الصياغة عن الشريعة الرومانية و عن شريعة " الكومن لو " بل هي شريعة مستقلة قائمة بذاتها .

(1) الدكتور: عبد المنعم البدرابي، المرجع السابق، ص347.

(2) الأستاذ: علي بن هانم، المرجع السابق، ص34.

و قد انتقد هذا الرأي على اعتبار أنه أسقط القانون الهندي على اعتبار أنه قانون ديني وكذلك أسقط القانون الصيني ، كما أنه جمع بين قوانين ضمن شريعة واحدة رغم الاختلاف الكبير بينها من جميع النواحي (القوانين الغربية و قانون الجمهوريات السوفياتية) .

الفرع الثاني : معيار الأجناس

لقد تبنى هذا المعيار الفقيه "سوزرهول " (Souser Hall) في كتابه Fonction et méthode de droit compare الصادر في 1931 حيث يقرر فيه أن كل مجموعة بشرية منتمية لجنس واحد تكون شريعة رئيسية مستقلة . وقسم الشرائع الأساسية إلى ما يلي⁽¹⁾ :

- شريعة الشعوب الآرية.
- شريعة الشعوب السامية.
- شريعة الشعوب المغولية.
- شريعة الشعوب الهمجية.

و قد أنتقد هذا الرأي على اعتبار أنه يقف عاجزاً عن إعطاء تفسير الخلاقات القائمة بين قوانين الشعوب التي تنتمي إلى جنس واحد ، كما أن عملية تقسيم الأجناس البشرية قائم على العنصرية المرفوضة عالمياً .

الفرع الثالث: معيار مدى الأخذ بالقانون الروماني

لقد تبنى هذا المعيار الفقيه " جلاكسون " (Glasson) في كتابه le mariage civil et etle divorce dans l'antiquite et les principales legislation modernes de l'europe, publie 1889 حيث اعتبر بأن التمييز بين الشرائع العالمية الرئيسية يكون على أساس مدى تأثيرها بالقانون الروماني و أخذها منه⁽²⁾ ، و قسم الشرائع الأساسية إلى ما يلي :

- القوانين الوضعية التي تأثرت بصفة أساسية بالقانون الروماني و تشمل القانون الإيطالي ، والقانون الإسباني .

(1): الدكتور : عبد الرزاق بن خروف، المرجع السابق، ص84.

(2): الأستاذ: علي بن غالم ، المرجع السابق ، ص31.

- القوانين الوضعية التي لم تتأثر بالقانون الروماني و تشمل قانون البلاد الإسكندنافية ، و قانون روسيا ، و قانون إنجلترا .

- القوانين الوضعية التي تأثرت بالقانون الروماني و العرف المحلي ، و تشمل القانون الألماني و القانون الفرنسي و القانون السويسري .

و قد أنتقد هذا الرأي على اعتبار أنه جمع بين القانون الإنجليزي و الروسي في مجموعة واحدة رغم الاختلاف الكبير الموجود بينهما و من جهة ثانية أنه لم يدرج الشريعة الإسلامية ، و لا القانون الهندي ، و لا القانون الصيني في المجموعة الثانية التي لم تتأثر بالقانون الروماني .

الفرع الرابع: معيار مدى الأخذ بالدين

لقد تبني هذا المعيار الفقيه " دي سولا كانيزاريس " (desolacanzarès) و اعتبر بأن التمييز بين الشرائع العالمية الرئيسية يكون على أساس مدى أخذها و تأثرها بالدين ، و قسم الشرائع (القوانين الوضعية) إلى ما يلي⁽¹⁾ :

- شريعة القوانين الغربية و تتمثل في القوانين الوضعية التي تدين شعوبها بالمسيحية ولكنها غير متأثرة بالدين .

- شريعة القانون السوفييتي: الذي تأثر بالمذهب الماركسي المعادي والرافض للأديان .

- شريعة القوانين المتأثرة بالدين: و تشمل هذه المجموعة الشريعة الإسلامية، و القانون الكنسي، و القانون الهندي .

و قد أنتقد هذا الرأي على اعتبار أنه يميز بين الشرائع وفقا لمعيار الدين فقط ، مما جعله يجمع بين قوانين الشريعة اللاتينية الجرمانية مع شريعة الكومن لو ، رغم وجود اختلافات كبيرة بين الشريعتين ، و من جهة أخرى جعل الشريعة الإسلامية و قوانين بلدان تدين بالبوذية في مجموعة واحدة رغم الاختلاف الشاسع بينهما⁽²⁾ .

(1): الدكتور: عبد المنعم البدرأوي، المرجع السابق، ص351.

(2): الأستاذ: علي بن غانم، المرجع السابق، ص33.

الفرع الخامس: المعيار الجغرافي (الحضاري)

لقد تبنى هذا المعيار " أنسال " (Ancel) و اعتبر بأن التمييز بين الشرائع العالمية الرئيسية يكون على أساس جغرافي ⁽¹⁾ ، و قسم الشرائع (القوانين الوضعية) إلى ما يلي :

- مجموعة الشرائع الأساسية : و تشمل شريعة (RG) : (Roma No – Germanque) ، و شريعة (CL) (Commun Law) ، و شريعة قوانين الدول الاشتراكية .
- مجموعة الشرائع الثانوية : و تشمل القوانين ذات الصبغة الدينية ، و قوانين العالم المتبقية .

و قد أنتقد هذا الرأي على اعتبار أنه ركز على المعيار الجغرافي و أهمل بقية المعايير ، مما أدى به إلى إدماج قوانين في مجموعة واحدة دون مراعاة للعامل الحضاري .

المطلب الثاني: المعايير الحديثة

نتيجة للانتقادات التي وجهت إلى المعايير التقليدية التي قيلت بشأن إيجاد تعداد مناسب للشرائع الوضعية و ترتيبها في شرائع كبرى ظهرت معايير حديثة من شأنها إيجاد ترتيب دقيق للقوانين الوضعية ضمن الشرائع الكبرى و لذلك أقترح بعض الفقهاء هذه المعايير للقيام بذلك وهي:

الفرع الأول: معيار التقارب و التجاوب

لقد تبنى هذا المعيار الأستاذ " فرومون (Fromont) و يرى بأن تجميع و ترتيب الأنظمة القانونية في شرائع كبرى الهدف منه تجميع القوانين التي تربطها عناصر مشتركة .

أولاً:أسس هذا المعيار

إن معيار التقارب و التجاوب يقوم على عدة أسس و في النهاية نتبلور عنه أنظمة قانونية مقارنة ⁽²⁾ ، و بذلك نشير إلى هذه الأسس باختصار :

- النظام الاجتماعي : يحدد النظام الاجتماعي القواعد القانونية حيث أن هذه الأخيرة تستقي من العوامل المؤثرة في المجتمع فإذا كانت القواعد الدينية هي التي تسود فيه كان مجتمعاً دينياً ، وبخلاف ذلك يكون مجتمعاً لائكياً . أما بالنظر إلى تغليب المصلحة الخاصة على العامة فيكون

(1): الدكتور: عبد الرزاق بن خروف ، المرجع السابق ، ص87.

(2): الدكتور: عبد الرزاق بن خروف ، نفس المرجع ، ص90.

القانون ذو نزعة فردية و إذا كان يغلب المصلحة الجماعية على المصلحة الخاصة فيكون القانون ذو نزعة جماعية .

- نور القانون و مكانته في المجتمع : إذا كان القانون يضبط مختلف السلوكات فإن هذه الفكرة تتوافر في الدول الغربية حيث يحتل القانون مركزا أساسيا في تنظيم المجتمع ، أما في المجتمعات القديمة فيقتصر دور القانون على حفظ النظام الاجتماعي و يساعد الدين ، أما في المجتمعات الغربية فيكون القانون أداة لتغيير المجتمع .

- مصادر القواعد القانونية : إذا كانت القواعد القانونية من صنع الأعراف و العادات فحتما تستغرق زمنا طويلا لتكوينها ، و تكون الأعراف في مرتبة أسنى في القانون ، أما إذا كانت القواعد القانونية تسمو على الأعراف و العادات فإن ذلك يؤدي إلى تقنين تلك القواعد ، كما أن الاجتهاد القضائي يعمل على تطوير القواعد القانونية .

- صياغة القواعد القانونية : إن الصياغة الفنية للقواعد القانونية تجعلها نظاما متكاملة خصوصا إذا تأثرت بعوامل تاريخية أكسبتها نوعا من الاستقرار و الاستمرار بحيث أن هذه القواعد القانونية لا تؤثر عليها العوامل الخارجية كحصول أزمة أو ثورة بل تظل صامدة ضابطة لسلوك أفراد المجتمع مقدمة للحلول .

إن صياغة القواعد القانونية يترجم مدى الثقافة القانونية التي يتمتع بها واضعوا هذه القواعد سواء من حيث سلامة هذه القواعد ، و بنيتها ، و طريقة إعدادها ، و هذا ما نلاحظه على القوانين الأوروبية الأمريكية ، و القوانين الرومانو جرمانية⁽¹⁾.

ثانيا: حصر نوع الأنظمة المقارنة تبعا لهذا المعيار

حسب صاحب معيار " التقارب و التجاوب " الأستاذ فرومون و اعتمادا على الأسس التي يقوم عليها هذا المعيار فإنه يحصر و يرتب الأنظمة المعاصرة⁽²⁾ في مجموعتين: الأولى تتضمن قوانين أوروبا و أمريكا ، و الثانية تتضمن قوانين إفريقيا و آسيا .

(1):الأستاذ: علي بن غانم، المرجع السابق، ص34.

(2): الدكتور: عبد المعلم البدرابي، المرجع السابق، ص449.

- قوانين أوروبا و أمريكا : يراها " فرومون " قوانين متقاربة تركز المذهب الفردي يسودها النظام الليبرالي ، لا مجال للقواعد العرفية فيها ، تسود فيها مبادئ سيادة القانون ، و يقرر أيضا بأنها متنوعة حتى و إن كانت هذه قوانينها موحدة لكنها تسودها قوانين أصلها روماني مثل أوروبا وأمريكا اللاتينية ، و عائلة القوانين الروسية (الدول التي كانت تابعة للإتحاد السوفياتي) ، و عائلة قوانين الكومن لو مثل قوانين بريطانيا ، الولايات المتحدة الأمريكية ، أستراليا ، و عائلة قوانين دول أوروبا الشمالية مثل فنلندا ، إسبانيا ، النرويج ، الدانمارك .

و يقول " فرومون " بأن هذه القوانين هي في تقارب أكثر فيما بينها نتيجة العلاقات الأوروبية و تأثير قواعد القانون الدولي .

- قوانين إفريقيا و آسيا : يراها " فرومون " قوانين تشمل مجموعة قوانين قديمة و مجموعة قوانين حديثة ، حيث أن القوانين القديمة يراها تنحصر في الأعراف الإفريقية ، النظام الإسلامي (و هو منهج رباني مصادره القرآن و السنة و القياس و الإجماع ، و قول الصحابي ، و الاستحسان ، والاستصحاب ، و شرع من قبلنا ، و سد الذرائع ، و العرف ، و يبقى تطبيقه صالحا لكل زمان و مكان ، تتضمن قواعده أحكام العقيدة ، و أحكام العبادة ، و أحكام المعاملات ، و من الشريعة الإسلامية استلهمت بعض الدول قوانينها الوضعية) ، القانون الهندي المتأثر بالديانة الهندوسية ، الأنظمة الكونفوشية و هي عبارة عن أفكار كونفوشيوس (479 إلى 555 قبل الميلاد) و تضم (القانون الصيني القانون الياباني) .

الفرع الثاني: معيار دولة القانون

لقد تبنى هذا المعيار الأستاذ " ريمون لوجي " (R. legeais) و يرى بأن تصنيف القوانين الوضعية داخل شرائع كبرى يكون بناء على مدى تطبيق أسس دولة القانون و ما تتضمنه أصلا دولة القانون من عناصر (سمو الدستور ، الفصل بين السلطات ، الخضوع إلى القانون ...) .

أولا: أسس هذا المعيار

إن معيار دولة القانون يقوم على عدة أسس⁽¹⁾ و في النهاية تتبلور عنه أنظمة قانونية تصنف ضمن شرائع (عائلة) معينة ، و هنا لابد من الإشارة إلى أسس هذا المعيار بنوع من الاختصار:

(1): الدكتور: عبد الرزاق خروف، المرجع السابق، ص103.

- الجانب التقني: حيث يتم تصنيف الأنظمة القانونية بنفس التقنية التي تم بها وضع وإعداد القاعدة القانونية.

- الجانب الإيديولوجي: و مقتضى ذلك أن القوانين المنتمية لنفس العائلة يجب أن يكون لها تصورا واحدا حول مفهوم القانون و الدولة ، و كذا العلاقة الموجودة بين الدولة و القانون .

- الجانب التاريخي: حيث أن الدول التي يعد فيها التاريخ مصدرا للقواعد القانونية لا يمكن ترتيبها أو تصنيفها مع الدول التي تنفقد إلى هذه الخاصية.

و بناء على ذلك فإن هذا الأستاذ اعتمد في معياره على جوانب متعددة قد تؤدي إلى تصنيف للأنظمة القانونية ضمن شرائع كبرى.

ثانيا: حصر نوع الأنظمة المقارنة وفقا لهذا المعيار

حسب صاحب معيار دولة القانون الأستاذ ريمون لوجي و اعتمادا على الأسس التي يقوم عليها هذا المعيار فإنه يحصر و يرتب الأنظمة في مجموعتين⁽¹⁾:

- تشمل المجموعة الأولى: دول أوروبا الغربية و الشمالية و الجنوبية أو دول أوروبا ماعدا دول أوروبا الشرقية و في أمريكا الشمالية و الجنوبية .

- تشمل المجموعة الثانية: كل الدول التي تخضع قوانينها إلى ديانة أو إيديولوجية معينة ، أو تنفقد إلى التقاليد العريقة .

ثم يتردد الأستاذ ريمون لوجي و بيدي طرحا آخر على أساس أنه رأى أن هذه الأنظمة ليست منسجمة و ليست متكافئة و يقرر تقسيم هذه المجموعة من الدول إلى شبه مجموعات و هي:

- دول قانونية مفتقدة لتقاليد قانونية حقيقية لكونها اقتبست كل أنظمتها القانونية من أنظمة أخرى ومثالها اليابان .

- دول قانونية مستمدة من ديانة أو من إيديولوجية معينة أدى إلى افتقاد قانون هذه الدول من طبيعته ، و من اعتباره عمل تقني موضوعي يهدف إلى ضمان حقوق الأفراد و يدلل على افتقاد

⁽¹⁾: R, Leageais, Grandes systèmes de droit contemporains, approches comparatives, Litec, paris, 2004, p 86 .

القانون الكنيسي كل آثاره ، كما أن قانون الاتحاد السوفياتي المتأثر بالإيديولوجية اللينينية التي اندثرت نهائيا في الدول التي تكون هذه العائلة .

و بناء على ما سبق يمكن القول بأنه تنوعت معايير تصنيف الشرائع الوضعية ضمن الشرائع المعاصرة⁽¹⁾ ، و أن الأنظمة المعاصرة متقاربة و متشابهة نتيجة التطورات العلمية خاصة في مجال تكنولوجيا الإعلام و الاتصالات و ما أفرزته الحضارة المادية نتيجة الاحتكاكات المتبادلة بين الشعوب مما جعل القوانين تتقارب و تتجاوب و حصل توحيد العديد من القوانين . و عليه ندرس بنوع من التفصيل أهم الأنظمة القانونية الكبرى .

(1) الأستاذ: علي بن غانم، المرجع السابق، ص34،35.

الفصل الثاني

دراسة أهم الأنظمة القانونية

الكبرى

الفصل الثاني: دراسة أهم الأنظمة القانونية الكبرى

إن دراستنا تقتصر على أهم الأنظمة القانونية الكبرى السائدة في العالم الحديث ، و التي تنتمي إليها مجموعة قوانين الدول ، حيث يرى الفقهاء بأن أهم الأنظمة القانونية الكبرى في الوقت الحاضر تتمثل في⁽¹⁾ : الأنظمة القانونية اللاتينية -جرمانية ، الأنظمة القانونية الأنجلوساكسونية ، النظام القانوني الإسلامي و لكون هذا الأخير غير مقرر فإننا لا نتناوله بالدراسة رغم أهميته .

المبحث الأول: العائلة (الشريعة) القانونية اللاتينية - الجرمانية

لقد جمعنا في دراستنا هذه بين النظام القانوني اللاتيني، و النظام القانوني الجرمني لكون أن هناك العديد من النقاط المشتركة العديدة التي تجمعهما سواء من حيث مصادر أحكام كل قانون، أو من حيث فكرة التقسيم الكلاسيكي للقانون إلى قانون عام و قانون خاص ، و مع هذه النقاط المشتركة التي جعلت الفقهاء يدرسون النظامين القانونيين تحت عائلة قانونية واحدة فهناك اختلاف بين النظامين القانونيين خاصة في مسألة الحلول الموضوعية لبعض المسائل القانونية⁽²⁾ .

المطلب الأول: النظام القانوني والقضائي الفرنسي

إن النظام القانوني والقضائي الفرنسي يعتبر مرجعا للعديد من الدول سواء داخل أوربا أو خارجها.

الفرع الأول: مصادر القانون الفرنسي عند تشكله

إن القانون الفرنسي و خلال مراحل تشكله و تطوره تأثر بالمصادر القانونية التالية وهي⁽³⁾ :

- القانون الروماني : على الرغم أن تدريس القانون الروماني كان ممنوعا في فرنسا و خاصة في جامعة باريس و مع ذلك تأثر القانون الفرنسي بالعديد من المفاهيم التقنية الموجودة في القانون الروماني ، و أول جامعة قامت بتدريس هذا القانون سنة 1230 م هي جامعة أورليون الفرنسية .
- القانون الجرمني : و ظهر ذلك من خلال جملة الأعراف التي كانت مجسدة و أصبحت مصدرا للتشريع الفرنسي .

(1): الدكتور : عبد المنعم البدرابي، المرجع السابق، ص350.

(2): Marc Ancel, Utilité et méthodes du droit comparés , paris,1989,p 40 .

(3): الدكتور : عصام نجاح ، المرجع السابق ، ص 60.

- القانون الكنسي : كان هذا القانون يدرس في الجامعات ، و كان يطبق على المنازعات أمام أجهزة القضاء الدينية ، و كانت معالم هذا القانون بارزة في قانون الأسرة .

- الاجتهاد الفقهي القانوني : لقد أسهم الفقهاء من خلال مؤلفاتهم في وضع مصادر القانون الفرنسي ، و كذلك اجتهادات البرلمان ، حيث كانت بصمات الفقه بارزة في ذلك فمثلا الفقيه " شارل دومولن " (charles dumaulin) في مؤلفه حول مراجعة عرف باريس في القرن 16 م حيث دافع على ضرورة تعميم أعراف باريس على كل المدن الفرنسية ، و كذلك فعل الفقيه " بوتيه " (Pothier) في كتابه حول اتفاقيات عديدة في القرن 18 ، و كذلك كتاب " القوانين المدنية في نظامها الطبيعي " للمؤلف " دوما " (domat) في القرن 19 .

إن وتيرة و شكل تطور القانون الفرنسي كانت متباينة ، فكان القانون المكتوب هو السائد في وسط وجنوب فرنسا و هو القانون الروماني ، أما في الشمال فكانت تسمود الأعراف الجرمانية حيث كان يطلق على هذه المناطق ببلاد العرف .

و نشير هنا إلى أن كل قبيلة كانت تطبق مجموعة قواعد القانون أو أعرافها ، حتى مرحلة الإقطاعية أين كان يسود نظام الأسايد حيث أن هؤلاء يحلون مشاكلهم و نزاعاتهم بالحرب و القوة ، مما أفضى إلى انحطاط في القانون .

و لكن بدء من القرن الثاني عشر أين بدأ تدريس القانون الروماني في الجامعات فتولد نوع من الوعي و هو أن المنازعات يجب حلها بقواعد قانونية أو عرفية و هنا أصبحت منطقة الشمال من فرنسا عرفية بالكامل و امتد هذا الوضع من القرن 15 إلى القرن 16 ، لكن بداية من القرن 18 أصبح العرف مصدرا للتشريع و تجسد ذلك في الأوامر الملكية و القرارات البرلمانية⁽¹⁾.

إن هيمنة الإمبراطورية الرومانية على وسط و جنوب فرنسا أدى إلى تأثير القانون الروماني على هذه المناطق ، و استمر ذلك التأثير إلى غاية القرن 18 م ، و فيما بعد ظهرت فكرة جديدة تهدف إلى توحيد القانون في فرنسا .

(1) الدكتور: عصام نجاح ، المرجع السابق ، ص 89.

الفرع الثاني: دور الثورة الفرنسية في تكوين النظام القانوني الفرنسي

إن الثورة الفرنسية لعام 1789 استقرت عن نظام قانوني جديد و مؤسسات جديدة نتيجة⁽¹⁾ إلغاء لمؤسسات التي كانت ترمز للتعسف (غير مشروعة) و من هنا برزت مبادئ تشريعية جديدة و لكنها لم تعمر لكونها جاءت بكيفية غير مقبولة و برز فيها الانتقام لكن البعض منها ظل قائما مثل " محكمة النقض " أو المحكمة الجنائية " ، و كذلك بعض القواعد القانونية في القانون الخاص .

حيث قامت " القنصلية " التي كانت تحكم فرنسا و بعدها تم إنشاء " الإمبراطورية " عندما وصل " نابليون بونابارت " إلى سدة الحكم حيث قام هذا الأخير بوضع لجان لإعداد التقنين الذي أصدره في 1804 (التقنين المدني) و بعده تقنين الإجراءات المدنية في سنة 1807 ، و تقنين التحقيقات الجنائية سنة 1808 ، و تقنين التجارة لسنة 1809 ، و تقنين العقوبات لسنة 1810 . و بذلك اكتملت المنظومة القانونية في فرنسا و كانت موحدة تطبق على مستوى الإقليم الفرنسي⁽²⁾.

و أصبح ينظر إلى القانون على أنه هو الوسيلة التي بموجبها يتم ضبط العلاقات بين الأشخاص تحقيقا للعدالة و تحقيق التوفيق بين مصالح الأفراد و مصالح الجماعة (الدولة) ، و تحقيقا لهذا الهدف كان التشريع هو المصدر للقانون الفرنسي و تم استبعاد العرف و تم تحديد دور القاضي .

كما أن الفقه و القضاء كانت إسهاماته بارزة في القانون المدني من أجل مساهمته لتطورات المجتمع ، و استقل القانون التجاري عن القانون المدني .

الفرع الثالث: النظام القضائي الفرنسي

يمتاز النظام القضائي الفرنسي بأنه نظام مزدوج حيث يتضمن القضاء العادي، و القضاء الإداري.

⁽¹⁾ الدكتور : عصام نجاح، المرجع السابق، ص90.

⁽²⁾ R.Leageais, Grandes systèmes de droit contemporains, approches comparatives, 2ed, litec ,paris,2008,p 28 .

أولاً: النظام القضائي العادي وتشكيلته

إن هذا النوع من القضاء⁽¹⁾ يختص بالفصل في المنازعات التي تنشأ بين الأفراد العاديين حيث يطبق على النزاع القانون الخاص بحسب نوعية النزاع و يرفع النزاع أمام القضاء العادي و إلا كانت الدعوى مرفوضة شكلاً لو تم رفعها في جهة أخرى لا يؤول إليها الاختصاص .

إن القضاء العادي هو على نوعين: قضاء أول درجة، و قضاء هيئات عليا ، حيث أن قضاء أول درجة هو على نوعين : الهيئات القضائية المدنية لأول درجة ، الهيئات القضائية الجزائية لأول درجة .

- هيئات القضاء المدنية لأول درجة وتضم ما يلي:

- المحكمة الجوارية : إن هذا النوع من المحاكم حديثة حيث أنشأت بمقتضى القانون التوجيهي المؤرخ في 2002/09/09 و المعدل بمقتضى القانون العضوي في 2003/02/20 حيث أن هدف إنشاء هذه المحكمة هو تخفيف الأعباء على محاكم إجراء الدعوى (أو التمييز) ، تعقد المحكمة الجوارية جلساتها في مقر محكمة التمييز بقاضي واحد يعين من طرف المجتمع المدني من الأشخاص المختصين في القانون و هو قاض غير محترف .

- محكمة التمييز : إن هذا النوع من المحاكم يفصل في كل الدعاوى المدنية التي يكون موضوعها يتراوح من أربعة آلاف أورو الى عشرة آلاف أورو، و كذا في الدعاوى المتعلقة بالجنسية ، و نظام الوصاية . وقبل أن تفصل في هذه الدعاوى تقوم بإجراء المصالحة بين المتنازعين. وإذا فشل إجراء المصالحة تقوم بالفصل في النزاع⁽²⁾.

إن محكمة التمييز تتشكل من قضاة متعددين محترفين، حيث انخفض عدد هذه المحاكم من 473 إلى 297 في 2010 نتيجة الإصلاحات القضائية في فرنسا، ومن أجل تخفيف العبء على الدولة في هذا المجال.

(1): الدكتور: عبد أحمد الغفلول، الدفع بعد الدستورية في القانون الفرنسي في ضوء أحكام القانون الدستوري رقم 724 لسنة 2008 بشأن تحديث مؤسسات الجمهورية الخامسة، الطبعة الثانية منقحة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص 177.

(2): الدكتور: ايمونويل جورديون، القانون المقارن، دراسة القانون المقارن في جامعة باريس، مجلة القانون والاقتصاد، العدد 1، 1936، ص 2.

- محكمة التمييز الكبرى : هذا النوع من المحاكم يفصل في المنازعات المدنية التي يكون موضوعها يفوق عشرة آلاف أورو ، و كذا في المسائل الجزائية حيث تضم في تشكيلتها قاض رئيس ، قاضيين مساعدين على الأقل و وكيل الجمهورية .

إن اختصاصها الجزائي تمارسه غرفة جزائية أصبحت تدعى فيما بعد المحكمة التصحيحية⁽¹⁾

- المحكمة التجارية : يؤول إليها الفصل في كل النزاعات التي يحكمها القانون التجاري حيث تقوم بإصدار أحكام ابتدائية قابلة للاستئناف .

- محكمة شؤون الضمان الاجتماعي : إن هذا النوع من المحاكم يفصل في الدعاوى الناشئة بين المؤمنين و أجهزة الضمان الاجتماعي ، و مختلف النزاعات القائمة بين أجهزة الضمان فيما بينها .

تضم تشكيلة هذه المحكمة قاض محترف ، و مساعدين غير محترفين يتم تعيينهم لمدة ثلاثة سنوات من طرف رئيس محكمة الاستئناف .

- محكمة الإجراءات الريفية المتساوية الأعضاء : إن هذا النوع من المحاكم تختص بالفصل في النزاعات المتعلقة بالأحكام الفلاحية أو تأجيرها ، و تفصل في هذه الدعاوى بموجب حكم ابتدائي نهائي إذا كان موضوع النزاع لا يتجاوز قيمته أربعة آلاف أورو ، و ما زاد عن ذلك تفصل فيه بموجب حكم ابتدائي .

تضم تشكيلة هيئة هذه المحكمة قاضي رئيسا للجلسة ينتمي إلى محكمة التمييز ، و أربعة قضاة فرنسيين حيث يمثل اثنان منهم المؤجرين ، و اثنان يمثلان المستأجرين بشرط أن يتجاوز سنهم 26 سنة و ينتخبون لذلك .

- محكمة العمل : إن هذه المحكمة تتواجد في نطاق اختصاص محكمة التمييز الكبرى حيث تؤول إليها كل النزاعات المتعلقة بعلاقات العمل .

تضم في تشكيلتها قضاة منتخبون ، عدد منهم يمثل العمال ، و العدد الآخر يمثل المستخدمين و يكون ذلك بشكل متساوي لمدة 5 سنوات قابلة للتجديد .

⁽¹⁾ "organisation judiciaire en France in :http://www.justice.gouv.fr/art_pix/plaquette_justice_en_France.fr.pdf .

- محكمة نزاعات العجز : قبل عام 1994 كان يطلق عليها " اللجنة الجهوية للعجز " حيث تضم في تشكيلتها القضاة المستخدمين الأطباء ، العمال الأجراء ، الموظفين .

تختص بالفصل في النزاعات ذات الطابع الطبي كحالة العجز ، و عدم التأهيل المهني ، تقع في المديرية الجهوية لهيئة الضمان الاجتماعي .

- هيئات القضاء الجزائية لأول درجة و تضم ما يلي⁽¹⁾:

- المحكمة الجوارية : لقد أصبحت المحاكم الجوارية تفصل في المنازعات الجزائية بموجب القانون الصادر في 2005/01/26 المتمثلة في المخالفات إلى غاية الدرجة الرابعة ما عدا مخالفات الصحافة ، و يحكم قاضي المحكمة الجوارية بالغرامات فقط دون الحبس .

- محكمة الشرطة : إن هذا النوع من المحاكم تتولى الفصل في المخالفات التي تكون من الدرجة الخامسة و كذا المخالفات الجمركية .

تضم في تشكيلتها قضاة محترفين و وكيل الجمهورية ممثلا للنياحة العامة ، يكون مقرها في محكمة التمييز .

- مجلس أو محكمة الجنائيات : إن هذا النوع من المحاكم تتولى الفصل في الجنائيات و يضم في تشكيلته ثلاثة قضاة محترفين ، و تسعة قضاة شعبيين محلفين .

- المحكمة التصحيحية : تختص بالفصل في الجناح باستثناء جناح القصر ، و جناح رئيس الجمهورية ، أو أعضاء الحكومة عند ممارستهم لمهامهم .

أما النوع الثاني من القضاء العادي فهو قضاء الهيئات العليا و التي بدورها تشمل ما يلي :

- مجلس أو محكمة الاستئناف : يتم عرض النزاع الذي لا يتقرر الفصل فيه لمحاكم الدرجة الأولى على هذا النوع من القضاء حيث يتم الفصل في كل الأمور المدنية و الجنائية ما عدا الجنائيات ، في فرنسا يوجد 35 محكمة استئناف .

⁽¹⁾ الدكتور : إيمونويل جوردون، المرجع السابق، ص5.

- مجلس أو محكمة الاستئناف للجنايات : تختص بالفصل في استئناف قرارات محكمة الجنايات تم إنشاؤها بالقانون الصادر في 2000/06/15 ، تتكون من ثلاثة قضاة محترفين و 12 قاضي شعبي محلف .

- المحكمة الوطنية للعجز : تنظر في كل الدعاوى التي تم استئنافها ضد أحكام محكمة المنازعات المتعلقة بالعجز ، و كذا الدعاوى التي لا تستطيع أن تفصل فيها محكمة نزاعات العجز بحكم عدم الاختصاص .

تتكون من قاض رئيس ينتمي لمحكمة الاستئناف معين لمدة ثلاثة سنوات ، و من مساعدين اثنين يمثلان العمال و آخرين يمثلان المستخدمين .

- محكمة النقض : تعتبر أعلى هيئة قضائية تتشكل من غرف و هي محكمة قانون لا محكمة موضوع و يشمل اختصاصها كامل التراب الفرنسي و مقرها مدينة باريس .

ثانيا: النظام القضائي الإداري و تشكيلته

إن هذا النوع من القضاء ⁽¹⁾ يختص بالفصل في المنازعات الإدارية أي تلك التي تنشأ بين شخص طبيعي و شخص معنوي عام ، أو بين الأشخاص المعنوية فيما بينها ، حيث أن القضاء الإداري الذي يعد مهده في فرنسا يتشكل من الأجهزة التالية :

- مجلس الدولة : يباشر أعمالا قضائية نظرا لأنه يمثل قاضي أول درجة و آخر درجة بخصوص التصرفات الصادرة عن الأجهزة المركزية ، و أنه جهة استئناف و لكن باستحداث مجالس إدارية للاستئناف لم يبق له النظر إلا في الاستئناف ضد نتائج الانتخابات المحلية ، كما يعتبر محكمة نقض في الطعون المقدمة ضد قرارات المجالس الإدارية للاستئناف ، و كذا أحكام المحاكم الإدارية إذا كانت نهائية .

- المجالس الإدارية للاستئناف : تنظر في الاستئناف المقدمة ضد أحكام المحاكم الإدارية تم إنشاؤها في 1987/12/31 بموجب قانون إصلاح المنازعات الإدارية⁽²⁾ و لكن تأخر تنصيبها فمثلا في 1989 نصب مجلس باريس و ليون ، و نانسي ، نانت ، بورجو ، و في 1997 نصب مجلس مرسيليا ، و في 2004 نصب مجلس فرساي .

(1): الدكتور: عيد أحمد الغفلول ، المرجع السابق ، ص170.

(2): الدكتور: عيد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1996 ، ص81.

- المحاكم الإدارية : تختص بالفصل في المنازعات التي تصدر عن الجهات الإدارية المحلية ، حيث أنشأت سنة 1953 ، و يوجد في فرنسا 43 محكمة إدارية.

- مجلس المحاسبة : لقد نص عليه دستور فرنسا لعام 1958 في المادة 2/47 : " يساعد مجلس المحاسبة البرلمان في مراقبة عمل الحكومة ... في مراقبة تنفيذ قوانين المالية ... " ، حيث يتولى الرقابة على استخدام المال العام ، و يعيد النظر في الميزانيات العامة للدولة والمؤسسات العمومية .

- الغرف الجهوية و الإقليمية للمحاسبة : يكون نطاق اختصاصها على مستوى إقليم ، و هي نفس الاختصاصات المخولة لمجلس المحاسبة .

- المجلس التأديبي المالي : يختص بالنظر في كل الدعاوى المقدمة ضد المسؤولين للأموال العمومية .

المطلب الثاني: النظام القانوني والقضائي الألماني

إنه من الصعب أن يتم تشكيل قانون حديثا ، و يصبح مؤثرا في القوانين العالمية الأخرى ولكن بالنسبة للنظام القانوني الألماني نجده قد حقق ذلك رغم أن النازية كانت لها تأثيرات سلبية على العالم و لكن بقيت ألمانيا هي بلد قانون⁽¹⁾ .

كما أن نظامها القضائي كان مزدوجا حيث شمل القضاء العادي وكذا القضاء الإداري.

الفرع الأول: مراحل تكون النظام القانوني الألماني

إن القانون الألماني و من خلال حركتيه التاريخية يصعب رصد مختلف تطوراته على أساس تحول المملكة الجرمانية إلى إمبراطورية عندما أصبح " أتون الكبير " (othon le grand) إمبراطور سنة 962 م و تم تشكيل الإمبراطورية الرومانية الجرمانية الذي يسودها النظام القطاعي فحتمًا كان يسود في هذه الفترة القانون الإقطاعي و القانون الكنسي⁽²⁾ .

إن هذه الإمبراطورية بدأت في الانهيار في منتصف القرن 13 م و نشأت مدن لها استقلالية ما لبثت أن تحولت إلى مدن حقيقية منذ انعقاد معاهدة وستفاليا لسنة 1648 م ، و تم سقوط

⁽¹⁾الدكتور : محمود إبراهيم الوالي ، المرجع السابق ، ص75.

⁽²⁾الدكتور : عبد الرزاق بن خروف ، المرجع السابق ، ص120.

الإمبراطورية نهائيا على يد الملك النمساوي " فرانسوا الثاني " سنة 1806 .

إن مرحلة الإمبراطورية ساهمت في تطور القانون الألماني⁽¹⁾ و كان ذلك ببطء حيث كان الإمبراطور يدعى بأنه وريث الأباطرة الرومان و بذلك كان يتمتع باختصاصات واسعة و مطلقة فمثلا " آتون الثالث " الذي حكم من 996 إلى 1002 كان يهدف إلى تحويل الإمبراطورية المسيحية إلى حقيقة سياسية عاصمتها روما و يتم تطبيق القانون الروماني في هذه الإمبراطورية .

لكن لم يكتب له النجاح في أن يحقق ذلك نظرا لأنه لم يمارس الاختصاص التشريعي و سمح بتطبيق قانون جوستينيان ، أما عن اختصاصه القضائي فكان تدخله يقتصر على المنازعات التي يكون فيها الأسياد الإقطاعيين و نظرا للاستقلال النسبي للمدن و الأقاليم فكانت تمارس اختصاصها التشريعي في مسائل معينة كإقرار الضرائب ، و فيما بعد أصبحت هذه الأقاليم ممالك كبرى مثل مملكة بروسيا .

ونشير إلى أن كل قبيلة و كل مدينة كانت تسودها الأعراف و التقاليد بخصوص القانون الجنائي ، لكن بعد صدور أمر " شارل كنت " (charles quint) عام 1532 تم توحيد العديد من مواضيع القانون الجنائي ، أما فيما يتعلق بقانون الإجراءات الجزائية فكان قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي لعام 1808 هو مرجع معظم الممالك الألمانية .

أما فيما يتعلق بالقانون الخاص فقد كان مصدره العرف⁽²⁾ ، و في منتصف القرن 18 م تم وضع تقنيات في مجال القانون الخاص فمثلا في " بافاريا " (Baviere) تم وضع تقنين مدني مستلهما من مدرسة القانون الطبيعي عام 1756 م ، و في " بروسيا " (pruss) تم وضع تقنين مدني يتضمن 1700 مادة أصبح ساري المفعول منذ 1794 ، و في 1812 وضعت مملكة " ساكسونيا " (Saxonie) قانون مدني جديد .

و بداية من مرحلة الوحدة (1871) بدأ التفكير في وحدة قانونية تجسدت في إصدار تقنين مدني ألماني (BGB) حيث نصبت في سنة 1874 لجنة تحضيرية من أجل إعداد قانون مدني ألماني موحد لا تظهر فيه تأثيرات القوانين الموجودة في ألمانيا ، و بتاريخ 1888/01/31 تم نشر المشروع التمهيدي لهذه اللجنة لكن هذا المشروع لقي انتقادا لاذعا تمثل في أن هذه النصوص

(1): الدكتور: معراج جديدي، المرجع السابق، ص45.

(2): الدكتور: عصام نجاح، المرجع السابق ، ص102.

وردت غير مفهومة و أنها نظرية ، و أنها اقتبست من القوانين الرومانية ، و البعض أخذ من التقنيات الجرمانية .

و نتيجة لهذه الأسباب تم التخلي عن اللجنة السابقة و نصبت لجنة ثانية من أجل مواصلة المهمة ضمت 22 شخصية من مختلف التخصصات، حيث أعدت هذه اللجنة المشروع سنة 1895 و عرض على البرلمان الذي صوت عليه في 1896 و أصبح ساري المفعول منذ 1900/01/01 .

و هنا نجد بأن التقنين المدني الألماني انضم بمواصفات و خصوصيات حيث قسم التقنين إلى قسمين : تضمن الأول كل الأحكام بمؤسسات القانون المدني و كان ذلك بمثابة مقدمة عامة ، أما القسم الثاني احتوى على أربعة أجزاء من الخمسة المكونة للتقنين القديم .

أما من حيث الموضوع فقد أهمل كل الأفكار السياسية و الاجتماعية و تبني الأفكار المتوافقة مع المذهب الفردي الرأسمالي السائد في ذلك الوقت ، و قد أصطبغ القانون المدني الألماني بتقنية قانونية جديدة خاصة به عكس ما كان يعرفه القانون المدني الفرنسي .

إن معالم النظام القانوني الألماني بدأت تتضح بصور (BGB) القائم على " الدستورية الألمانية " حيث وجدت سلطتان (سلطة الإمبراطور ، و سلطة البرلمان الإمبراطوري) و كانت الدولة فيدرالية (دولة مركبة) و كان للولايات التي تشكل الفيدرالية اختصاصات تشريعية ، و خضعت الإدارة لمبدأ الشرعية عن طريق رقابة القضاء الإداري لكل أعمالها المادية و القانونية ، كل هذا ساهم في تطور النظرية الألمانية في نطاق القانون العام و لا يختلف الأمر في نطاق القانون الخاص .

الفرع الثاني : مصادر القانون الألماني

القاعدة القانونية الألمانية تجد مصادرها في ما يلي⁽¹⁾:

- التشريع : حيث له النصيب الأوفر في القاعدة القانونية .
- القضاء : على الرغم من أنه يطبق القواعد القانونية لكن في بعض الحالات يقوم بإنشاء قواعد قانونية .

⁽¹⁾:الدكتور: محمود إبراهيم الوالي ، المرجع السابق ، ص76

- العادة : للقاضي دور فعال و مهم في ذلك .

- الفقه : سيطر خلال مدة طويلة على مصادر القانون إلى أن حل محله التشريع .

- المبادئ العامة : و هي من إسهامات القضاء لأن هذه المبادئ غير منصوص عليها في القانون.

إن التشريع يعد قاعدة مكتوبة عامة و مجردة و ينقسم إلى : الدستور الذي ينظم الحقوق و الحريات الأساسية و يعبر عن إرادة المجتمع ، حيث أن الدول التي تنتمي إلى الشريعة اللاتينية الجرمانية تسبق الدستور على المعاهدات . و هناك التقنيات التي تتخلم بعض القطاعات و تضم التشريعات الخاصة و اللوائح و المراسيم التي تصدرها السلطة التنفيذية لتفسير النصوص القانونية الصادرة عن السلطة التشريعية .

أما المصادر العرفية فتحل مرتبة بعد التشريع في ظل هذه الشريعة و أن كل الأعراف يتم تدوينها اليوم مثل التشريع ، كل ما في الأمر أن هذه الأعراف تصدر عن الغرفة التجارية أو الجمعيات الدولية للقانون البحري .

و أما المصادر التفسيرية فتتمثل في الاجتهادات القضائية الممنوحة للقاضي من خلال تفسير القواعد القانونية⁽¹⁾ حيث يمكن للقاضي أن يستعين بمبادئ القانون الطبيعي و مبادئ العدالة عندما يعوزه الحكم في التشريع أو العرف ، و يستطيع المتقاضي ممارسة حقه في الطعن في الأحكام الصادرة ضده أمام جهة القضاء التي تعلو الجهة التي أصدرت الحكم المطعون فيه و تستطيع جهة القضاء العادي و الإداري أن تراقب مدى صحة تطبيق القانون و تصدر اجتهادات قضائية لكنها غير ملزمة في قضايا أخرى .

الفرع الثالث: النظام القضائي الألماني

إن الفقه يرى بأن النظام القضائي الألماني يختلف نوعا ما عن غيره من التنظيمات القضائية المعروفة في فرنسا حيث يضم النظام القضائي الألماني العديد من التنظيمات تشمل القضاء العادي و هو بدوره يتكون من هيئات قضائية، و التنظيم القضائي الإداري ، و القضاء الدستوري ، و القضاء الاجتماعي و القضاء العمالي ، و القضاء المالي .

(1): الأستاذ: علي بن غانم ، المرجع السابق ، ص58 .

أولاً: النظام القضائي العادي وتشكيلته

إن القضاء العادي يتولى الفصل في كل النزاعات التي تقوم بين الأفراد أو بين الأشخاص المعنوية الخاصة، و عموماً فإن تشكيلة هذا النظام هي كما يلي :

- **محاكم المقاطعات :** هي عبارة عن جهة قضائية قريبة من المتقاضين و قليلة التكلفة ، تتولى الفصل في النزاعات المدنية التي لا تزيد عن 500 أورو ، أو في المنازعات الاستعجالية مهما كانت قيمتها المالية ، و تختص بالفصل في مسائل إثبات النسب ، الزواج كما أنها تتولى الفصل في النزاعات الجزائية و خصوصاً في الجرائم التي لا تتعدى عقوبتها أربعة سنوات حبساً .

- **المحاكم الجهوية :** إن هذه المحاكم تفصل في النزاعات المدنية و الجزائية باعتبارها محكمة أول درجة ، و مرة أخرى لكونها محكمة استئناف .

- **المحاكم الجهوية العليا :** على العموم يكون دورها محاكم استئنافية و هي مقسمة إلى غرف اختصاصها يشمل المسائل المدنية و المسائل الجزائية حيث أن عددها في ألمانيا هو 24 محكمة جهوية عليا .

- **المحكمة الفيدرالية العليا :** هي محكمة قانون لا محكمة موضوع إلا في حالات استثنائية ، وتعد أعلى هيئة قضائية في ألمانيا مقسمة إلى غرف حيث أنها تضم 12 غرفة مدنية ، 5 غرف جزائية، 8 غرف خاصة لها مجالات متخصصة متعددة مثل المنازعات المتعلقة بالتوثيق ، والمنازعات المتعلقة بالفلاحة و المنازعات المتعلقة بالبناء ...

ثانياً : النظام القضائي الإداري و تشكيلته

إن القضاء الإداري مجاله معروفا بالنظر إلى المعيار العضوي في النزاع ، و بالرجوع إلى هذا النوع من التنظيم القضائي فإنه يتشكل من ثلاثة درجات ⁽¹⁾:

- **محاكم إدارية درجة أولى.**

- **محاكم إدارية درجة ثانية تختص بالنظر في الاستئناف .**

(1): الدكتور: عصام نجاح، المرجع السابق، ص106.

- المحكمة الفيدرالية الإدارية و تعد درجة ثالثة للنظر في الطعن بالنقض ، إن هذه الهيئات الثلاثة المشكلة للقضاء الإداري تفصل في كل النزاعات المتعلقة بالقانون العام ماعدا النزاعات الدستورية أو الجبائية .

ثالثا : القضاء الدستوري

نظرا لمتنوع كل الولايات في ألمانيا بالاستقلال الدستوري فإن المحكمة الدستورية الفيدرالية لا تمثل أعلى الهرم للهيئات القضائية الدستورية و مع ذلك فإن قراراتها تحظى بالقبول و لها نفس القيمة على مستوى الجهات المقررة لها على مستوى الفيدرالية والعكس ليس صحيح فان الهيئات القضائية الدستورية على مستوى الولايات لا تتعدى حدود الولاية الواحدة .

إن المحكمة الفيدرالية الدستورية تضم 16 قاض موزعين بالتساوي على غرفتين تتصدى للنزاعات المتعلقة بعلاقة السلطات العامة فيما بينها ، و مراقبة دستورية القوانين ، و دعاوى الأفراد التي ترمي إلى حقوقهم .

رابعا: القضاء العمالي و الاجتماعي

إن القضاء العمالي يتكون من محاكم درجة أولى ، و محاكم عليا للعمل للاستئناف ، ومحكمة فيدرالية للعمل (محكمة النقض) حيث أن هذه الهيئات تتكون من غرف تنظر في كل النزاعات الفردية و الجماعية للعمل ، كما أن القضاء الاجتماعي يشبه القضاء العمالي فهناك محاكم درجة أولى ، و محاكم عليا للمنازعات الاجتماعية للاستئناف ومحكمة فيدرالية للمنازعات الاجتماعية تنظر هذه الهيئات في كل النزاعات المترتبة عن تطبيق قانون الضمان الاجتماعي⁽¹⁾.

خامسا:القضاء المالي

إن القضاء المالي يراقب مدى شرعية قرارات الإدارة الجبائية من خلال الفصل في المنازعات الضريبية التي ترتبط بالاختصاص التشريعي للفيدرالية .

إن هذا القضاء يتكون من درجتين على خلاف ما هو معروف في القضاء العادي ، و في القضاء الإداري حيث يشمل محاكم مالية ، و هي عبارة عن محاكم عليا للجهات ، و محكمة فيدرالية .

(1): الدكتور: عصام نجاح، المرجع السابق، ص108.

المبحث الثاني: العائلة (الشريعة) القانونية الأنجلوساكسونية

إذا كانت العائلة اللاتينية الجرمانية تعد إحدى الأنظمة القانونية الكبرى⁽¹⁾، فإن العائلة القانونية الأنجلوساكسونية هي الأخرى تشكل النوع الثاني من الأنظمة القانونية الكبرى ، حيث أن القانون اللاتيني يختلف عن القانون الإنجليزي حيث أن الأول هو مجموعة من القواعد المحددة من حيث الموضوع الحلول الواجب اتخاذها بخصوص كل المسائل المتعلقة بها ، بينما القانون الإنجليزي هو عبارة عن مجموعة من القواعد الشكلية (الإجرائية) الواجبة الإلتزام لكي يعطي القضاء حلولاً للمنازعات المطروحة أمامهم .

وإن كانت القوانين اللاتينية تشترك مع القوانين الأنجلوساكسونية من حيث الفكر الفلسفي والسياسي الذي يقوم عليه المجتمع ، و هي تقديس الملكية الفردية و اعتناق النظام الرأسمالي ، وتأثرهما بالقانون الكنسي ، إلا أنها يختلفان في العديد من المسائل منها التطور التاريخي ، و البناء القانوني و مصادره ، و قد أخذت بالنظام الأنجلوساكسوني كلا من المملكة المتحدة ، دول الكومنولث ، الولايات المتحدة الأمريكية

المطلب الأول: النظام القانوني و القضائي الإنجليزي

إن معرفة النظام القانوني و القضائي الإنجليزي يتطلب دراسته من الناحية التاريخية و معرفة خصائصه ، و تحديد مختلف مصادره ، و أن الجهاز القضائي في إنجلترا يشمل نوعين من الهيئات القضائية (هيئات قضائية عليا ، هيئات قضائية دنيا)

الفرع الأول: ظهور القانون الإنجليزي و تطوره

إن بداية تبلور معالم القانون الإنجليزي كانت في منتصف القرن الحادي عشر ميلادي (11م)، بعد غزو إنجلترا عام 1066 من طرف " غيوم الغازي " أو الفاتح (Guillaume le conquérant) انطلاقاً من منطقة " النورمندي " بفرنسا .

و بعد احتلال إنجلترا من طرف هذه الشخصية قام بتكليف قضاة متنقلين عهد إليهم مهمة الفصل في المنازعات التي تتعلق بالأمن و سلامة الدولة⁽²⁾ حيث كان " الكومن لو " عبارة عن

(1) الدكتور: معراج جديدي، المرجع السابق، ص13.

(2) الدكتور : معراج جديدي ، نفس المرجع ، ص14.

حلول إجرائية ، و هذا ما ظهر من خلال الوثائق التي كانت متواجدة بأرشيف المحاكم الذي يرجع إلى القرن الحادي عشر ميلادي (مصنف القرارات القضائية مكتوب باللغة النورماندية ، و مؤلفات لكل من قلانغيل ، و براكتون) .

إن هذه الوثائق تبرز بأن " الكومن لو " هو مجموعة من القواعد الإجرائية التي تطورت في فترات لاحقة و هذه سمة القانون الإنجليزي ، ثم تطورت هذه القواعد و أصبحت تبحث عن حلول لمنازعات موضوعية⁽¹⁾ .

إن القضاة الذين عينهم الملك أوجدوا سوابق قضائية موحدة في كامل إنجلترا منافسة لكل الهيئات القضائية التي كانت قائمة قبل الغزو النورماندي و التي بقيت موجودة دون المساس بها من قبل هؤلاء القضاة المتنقلون مثل القضاء الشعبي الذي كان يطبق الأحكام العرفية ، و قضاء الإقطاع (الأسياد) الذي كان يطبق القانون الإقطاعي ، و قد عمل القضاء المتنقلون على ابتكار حلول عادلة مع مراعاة مصلحة الأطراف المتخاصمة ، و المصلحة العامة و ما تستوجبه من استقرار في المعاملات ، أما من حيث صياغة هذه الحلول تقنيا فلم يكن هؤلاء القضاة يخضعون لتقيد بل لهم سلطة تقديرية واسعة في تطبيق الأعراف ، و قواعد القانون الروماني و القانون الكنسي مما أدى إلى ابتكار حلول كثيرة ، و تشير إلى أن إنجلترا لم تتأثر كثير بالقانون الروماني رغم المدة الطويلة التي سيطرت فيها الإمبراطورية الرومانية حيث يرجع الفقه عدم التأثير الشديد بالقانون الروماني إلى عدم اقتناع القضاة الملكيون المتنقلون بالحلول المقدمة من قبل هذا القانون ، و من جهة ثانية كان القانون الروماني يقدم على أنه قانون خاص لكن " الكومن لو " سيطر عليه موضوعات القانون العام و أن القانون الروماني سيماته كانت تظهر في الدول التي تأثرت به في الحلول الموضوعية ، أما القانون العام الإنجليزي فكان في مراحل نشأته قانون إجرائي⁽²⁾ .

و في مرحلة أخرى عجز " الكومن لو " عن إيجاد حلول للمنازعات فأصبح الملك هو الذي يقضي بحلول أكثر عدالة و يخالف فيها ما تحكم به محاكم " الكومن لو " ، و مع تزايد القضايا أصبح من المستحيل أن ينظر فيها الملك فوكل مستشار ملكي (ضمير الملك) و كان هذا المستشار هو الذي يفصل في النزاعات لكونه حامل أختام الدولة و لكونه تلقى تكوينا كنسيا و من هنا تكونت قواعد العدالة⁽³⁾ التي يرجع الفضل في إيجادها إلى المستشار الملكي ، و هي قواعد

(1): عبد السميع أمين، محاضرات في القانون المقارن، دار الإحياء، 2016، ص15.

(2): الدكتور: عبد السلام الترماليني ، المرجع السابق ، ص74.

(3): الدكتور: عبد الرزاق بن خروف، المرجع السابق، ص133.

حديثاً بسيطة تطبق على النزاع و حلت هذه القواعد محل قواعد الكومن لو حيث صدرت في شكل قرارات قضائية .

و في مرحلة أخرى أصبح المستشار قاضياً و برزت قرارات قضائية كأنها محكمة " الكومن لو " و في نهاية القرن السادس عشر ميلادي (16م) أصبحت محكمة المستشار هيئة قضائية مقرها قصر " واست مانستر " ، إلى أن وصلت قواعد العدالة في مرحلة أخرى مهددة لقواعد " الكومن لو " و هنا برز العداء الشديد بين أنصار النظامين حيث قال أحدهم : إن العدالة شيء كريه وهي متعلقة بضمير الملك ورد الآخر : بأن قانون " الكومن لو " يتضمن مقاييس للاقتزار بها و سبب هذا العداء هو الاعتبار السياسي حيث تعبر المحكمة الاستشارية عن الملكية المطلقة أما محاكم " الكومن لو " المستقلة عن الملك في القرن 16م تمثل المبادئ الديمقراطية⁽¹⁾، وأصبحت هذه المحاكم تمارس نوعاً من الضغط على محاكم قواعد العدالة و اشتد الصراع بينهما في عهد الملك " جاك الأول " و هو من عائلة " ستوارت " الاسكتلندية حكمت إنجلترا و إسكتلندا من 1603 إلى 1714 ، و قد ورث هذا الملك من سابقه مفهوم السلطة المطلقة .

وخلال هذه الفترة كان المستشار هو اللورد " آل سميث " أما القاضي الرئيسي لمحاكم " الكومن لو " هو " إدوارد كوك " ، و أن كل ما تصدره المحاكم الاستشارية من قرارات لا تنفذ إذا رفض المعنى ذلك بل تتدخل محاكم " الكومن لو " و تجبر كل من تقاس عن تنفيذ هذه القرارات و قد يصل الأمر إلى حبسه⁽²⁾ .

و في 1616 لم تعد محاكم " الكومن لو " تجبر كل من تقاس عن تنفيذ قرارات محاكم قواعد العدالة ، و أن التعدي من الشخص المطلوب منه التنفيذ على عون المستشار القائم بالتنفيذ هو دفاع شرعي و لو توفي المكلف بالتنفيذ و هنا تدخل الملك لردع محاكم " الكومن لو " و أصبح المستشار منتصباً و لكنه قبل في 1621 بأن تكون قرارات المحكمة الاستشارية قابلة للطعن أمام مجلس " اللوردات " و هي أعطى هيئة لدى " محاكم الكومن لو " .

و حصلت هيئة قانونية بين محاكم قواعد العدالة⁽³⁾ التي توقفت عن توسيع اختصاصاتها على حساب محاكم " الكومن لو " و هذه الأخيرة وافقت على بقاء قواعد العدالة مستمرة و حصل

(1): الدكتور : عصام نجاح ، المرجع السابق ، ص 67.

(2): الدكتور : معراج جديدي، المرجع السابق ، ص 14.

(3): الدكتور : محمد العروصي، المرجع السابق ، ص 64.

تفاهم بين النظامين القضائيين و أصبح القانون الشامل الإنجليزي " الكومن لو " يشكل القسم الرئيسي من هذا القانون بالإضافة إلى قواعد العدالة التي أعيد ترتيبها في بداية القرن 19م من طرف اللورد "إلدون" .

و قد تم تحديث القانون الإنجليزي ⁽¹⁾ بداية من عام 1832 و ظهر القانون المكتوب على أساس أن عصنة المجتمع و تحسين القانون لا يتم إلا عن طريق التشريع و بذلك تم التصويت على العديد من القوانين أمام البرلمان حيث جاءت بعض القوانين بالحلول الموضوعة من قواعد " الكومن لو " (قانون البيوع سنة 1839 م) . و بذلك أصبح التشريع المكتوب يحتل مكانة في النظام القانوني الإنجليزي و برزت حركة التقنين و أصبح القانون المكتوب مقبولا لدى القانونيين الإنجليز⁽²⁾، و تم إصلاح العدالة و القواعد الإجرائية بالموازاة مع القانون المكتوب و استمرت الإصلاحات و التعديلات إلى نهاية القرن العشرين (20م) من أجل تسهيل الإجراءات فمثلا في 1985 تم إنشاء نيابة عامة على النمط الإنجليزي ، و تم تحديد الأدلة الواجب اعتمادها في القضايا المدنية و التجارية و الأدلة الواجبة في القضايا الجزائية و بين الاختلافات بينهما .

وبناء على ما سبق يمكن أن نقول بأن القانون الإنجليزي مر بالعصر الأنجلوساكسوني ثم بالفتح النورماندي ثم عصر الكومن لو و بعدها ظهر نهج العدالة مع الكومن لو و استمر على هذا الوضع.

الفرع الثاني: خصائص القانون الإنجليزي

إن القانون الإنجليزي يتميز بالعديد من الخصائص يمكن إجمالها في نقاط محددة وفق ما توصلنا إليه من بحث و هي ⁽³⁾ :

- عدم معرفة تاريخ بداية القانون الإنجليزي بدقة حيث ذكر الباحثون في هذا القانون أنه مجهول البداية مقارنة بغيره من القوانين كالقانون الروماني ، حيث أن هذا القانون ليس له معالم تدل على بدايته .

- عدم تقنين هذا القانون بل هو أعراف غير مدونة أو مكتوبة .

(1): الدكتور : عبد الرزاق بن خروف ، المرجع السابق ، ص138.

(2): الدكتور : محمود إبراهيم الوالي ، المرجع السابق ، ص81.

(3): الدكتور: عبد السميع أمين، المرجع السابق ، ص4.

- عدم التفرقة بين القانون العام و القانون الخاص في ظل هذا النظام بخلاف النظام اللاتيني
الجرماني ، بل أن القانون الإنجليزي يقوم على ما يسمى " الكومن لو " و قواعد العدالة ، كما أن
هذا القانون لا يعترف بالمشخصية المعنوية للدولة فالدولة تمثل أعلى نموذج للهيئة التي يجب أن
يخضع لها القانون العام فلا يوجد القضاء الإداري كمجلس الدولة الفرنسي بل هناك القضاء العادي
الذي ينظر في كل القضايا العامة و الخاصة .

- اعتماده على نظام السابقة القضائية⁽¹⁾ و اعتبارها المصدر الأول من مصادر القانون و بالتالي
وجوب تطبيق القاعدة العرفية التي اعتاد الناس عليها و بذلك يكون القاضي مسؤولا عن تطبيق
قاعدة عرفية سبقه إليها حكم قضائي سابق لأن ذلك الحكم يجسد تلك القاعدة العرفية .

- غلبة الطابع الإجرائي من أجل ضمان الحريات و العدالة و استمرارها .

- ارتباط القانون بالنظام السياسي حيث أن القانون الإنجليزي فرض وجوده على الكيان السياسي
والوضع الدستوري في الدولة و هذا من أجل رعاية الأفراد الذين بقوا متمسكين بالأعراف التي
ورثوها عن أوضاعهم .

- عدم التأثير الشديد بالقانون الروماني .

- يتميز القانون العام الإنجليزي بنظام " الترتست " و هو نظام لا يعرفه النظام اللاتيني الجرمني ،
و هو نظام خاص يقوم على تواجد ثلاثة (03) أشخاص : الأمين الذي يتسلم أموالا لإدارتها
وتسييرها من شخص ثاني هو المستأمن حيث أن هذا الأخير يسلم للأمين أموالا من أجل إدارتها ،
المستفيد الذي قد يكون شخصا طبيعيا أو معنويا مثل نظام تصفية الشركات و التركات .

- لا يعرف القانون العام الإنجليزي التفرقة بين القانون المدني و القانون التجاري فكلهما مدمج
في مجموعة واحدة إنها المجموعة المدنية .

- عدم اهتمام القانون الإنجليزي بالجوانب النظرية بل يركز على الجوانب العملية و الأمر على
خلاف ذلك في القانون اللاتيني الجرمني⁽²⁾ فالقاضي أو المحامي في القانون الإنجليزي عند
ممارسته للقضاء أو المحاماة لا يشترط فيه الحصول على شهادات في العلوم القانونية بل يجب أن
تكون له خبرة في المجال العلمي أما في النظام اللاتيني الجرمني فإنه يركز على الشهادة العلمية

(1) : الدكتور : معراج جديدي، المرجع السابق، ص15.

(2) : الدكتور : محمود إبراهيم الوالي، المرجع السابق ، ص83.

كشرط أساسي لممارسة هذه الوظائف و لا يكتفي بالخبرة إذ القانون الإنجليزي بمعناه الحديث نشأ
نشأ قضائية .

- يتميز القانون العام الإنجليزي بوجود القانون العام " الكومن لو " و قواعد العدالة التي تعني
مجموعة القواعد التي تكونت خلال القرنين الخامس عشر و السادس عشر حيث استخلصها
وطبقها قضاء المستشار الملكي من أجل تصحيح نظام القانون العام الإنجليزي.

الفرع الثالث: مصادر القانون الإنجليزي

إن مصادر القانون الإنجليزي تتمثل فيما يلي :

- الأحكام القضائية : و هي عبارة عن سوابق قضائية حيث لا تعتبر سوابق إلا إذا توافر فيها ما
يلي : إن الأحكام الصادرة عن محكمة الاستئناف تعد سوابق ملزمة لكل أنواع المحاكم حيث تعد
سوابق تلزم المحكمة التي أصدرتها و تلزم ما دونها من المحاكم ، أما الأحكام الصادرة من محكمة
العدل العليا فهي أحكام تعتبر سوابق للمحاكم الدنيا و لكن ليس من الضروري الالتزام بها و لكن
لها قيمة معنوية كبيرة و غالبا ما تميل إليها الدوائر المختلفة لهذه المحكمة⁽¹⁾.

- التشريع : لقد احتل التشريع المرتبة الثانية بعد السوابق القضائية في كونه مصدرا للقانون
الإنجليزي حيث أن التشريع المكتوب أصبح سمة القانون الإنجليزي ، كما أن القانونيين أصبح لا
يزعجهم تقنين القوانين حيث كانوا في السابق يعتمدون على السوابق القضائية، و العرف و تم
التصويت على العديد من التشريعات في البرلمان، كما أن القانون الإنجليزي لا يفرق بين القوانين
العادية و القوانين الدستورية، و لا وجود لفكرة الرقابة على دستورية القوانين فبريطانيا ليس لديها
دستور مكتوب⁽²⁾.

- العرف : يحتل العرف المرتبة الثالثة ضمن مصادر القانون الإنجليزي حيث ساهم العرف في
الماضي في تكوين قواعد " الكومن لو " ، أما حاليا فإن كل الأعراف تم تقنينها ، و القانون
الإنجليزي هو قانون مكتوب و مقنن و هناك من يقرر حكما بأن القانون الإنجليزي لم يكن أصلا
عرفيا بل كان قضائيا و رأينا كيف قضت قواعد " الكومن لو " على القواعد العرفية⁽³⁾ ، و كيف

(1): الدكتور: عبد الرزاق بن خروف، المرجع السابق، ص142.

(2): الدكتور: عبد الرزاق بن خروف، نفس المرجع ، ص152.

(3): الدكتور: عبد المصعب أمين، المرجع السابق، ص3.

توسعت صلاحيات المحاكم الملكية و تم استبعاد النظام الإقطاعي ، و القانون الكنسي ، والأعراف المحلية

الفرع الرابع: النظام القضائي الإنجليزي

لقد رأينا سابقا كيف تم تركيز سلطات الملك و توسع نطاق القضاء الملكي حيث أصبحت المحاكم الملكية تنظر في النزاعات التي كانت تختص بها المحاكم التجارية ، و المحاكم الكنسية معتمدة على التقاليد و الأعراف و تم تغيير كل إجراءات الإثبات و ساد نوعين من المحاكم أولاهما المحاكم الملكية التي تطبق قواعد " الكومن لو " ، و محكمة المستشار التي تطبق قواعد العدالة ولها كل السلطات في وقف تنفيذ أحكام المحاكم الملكية ، و هنا سادت هذه الازدواجية إلى 1873 و 1875 حيث صدر قانون قضائي جديد و حد القضاء الإنجليزي ثم أعقبه تعديل في 1971 من أجل إصلاح الهيئات القضائية .

إن الإصلاحات العميقة التي حصلت في إنجلترا مكنت من إيجاد نوعين من الجهات القضائية (1) .

أولا: الجهات القضائية العليا

بمقتضى إصلاحات تم القيام بها من أجل إعطاء مكانة للقضاء أصبح هذا الأخير وخصوصا في الهيئات القضائية العليا يتكون مما يلي:

- المحكمة العليا للعدالة : تتولى النظر في كل الطعون المقدمة ضد القرارات و الأحكام القضائية التي تصدرها محاكم الدرجة الأولى و الثانية و كذا الدعاوى التي ترفع أمامها باعتبارها درجة أولى ، تتكون هذه المحكمة من ثلاثة أقسام أسوة بما كان معروفا عن المحاكم العليا " للكونن لو " وقواعد العدالة " حيث يسمى القسم الأول: قسم كرسي الملكة ويرأسه اللورد (lord) ، أما القسم الثاني : فهو قسم المستشارية على رأسه نائب مستشار ، أما القسم الثالث : فهو قسم العائلة ويرأسه قاضي ، إن القسم الأول ينقسم إلى محكمتين محكمة تجارية و محكمة مدنية ، أما القسم الثاني فينقسم إلى محكمتين ، محكمة الشركات ، و محكمة الإفلاس ، أما القسم الثالث فهو قسم الأحوال الشخصية و يختص بالزواج و الطلاق و الوصايا ، حيث يتم الفصل في الدعاوى أمام المحكمة

(1):الدكتور: معراج جديدي، المرجع السابق ، ص 17 ، 18.

العليا للعدالة بقاضي واحد يمكن أن تساعده هيئة من المحلفين عند الحاجة و يتم استئناف هذه الأحكام أمام محكمة الاستئناف .

تُعقد هذه المحكمة جلساتها في لندن أو في المقاطعات الأخرى و لكن العادة جرت على انعقاد جلساتها في لندن ، يوجد فيها حوالي 100 قاض فقط أغلبهم محامين يتم تعيينهم مباشرة أو كقضاة بعد سنتين من العمل في المحاكم الأدنى درجة .

- محكمة أو مجلس التاج : تم إنشاؤها في 1971 بمقتضى تعديلات على القانون القضائي ، وتفصل هذه المحكمة في المواد الجزائية تعقد جلساتها في لندن كما أنها تستلمع عقد جلساتها في 90 مركزا موزعة على البلاد .

- محكمة الاستئناف : تختص بالنظر في الاستئناف المرفوع أمامها من المحاكم الدنيا⁽¹⁾ ، والمحكمة العليا للعدالة ، و هي محكمة واحدة مقرها في لندن و لها أن تعقد جلساتها في مناطق أخرى ، حيث أنها تتكون من قسم مدني يتولى النظر في الاستئناف ضد الأحكام الصادرة عن محاكم الدرجة الدنيا و أحكام المحكمة العليا للعدالة ، و قسم جزائي يتولى النظر في الاستئناف ضد الأحكام الصادرة عن محكمة التاج و تضم 37 قاضيا حيث يتم عقد جلسات القسم الجزائي بقاضيين ، أما جلسات القسم المدني فيتم عقده بثلاث إلى خمس قضاة حسب القضايا المعروضة.

- غرفة اللوردات : يتولاها قضاة معينون هم النبلاء و بعدها يتحصلون على لقب " اللورد " و بدء من 2005 أصبحت تدعى المحكمة العليا للمملكة المتحدة على أن يكون نشاطها فعليا في 2009 و أصبح لديها وظيفة قضائية فقط بعدما كانت تمارس وظيفة تشريعية⁽²⁾ ، يتم تعيين هؤلاء القضاة من طرف الحكومة و يستطيع البرلمان عزلهم ، تتولى هذه المحكمة النظر في الاستئناف المقدم ضد قرارات محكمة الاستئناف و كذا الاستئناف المقدم ضد أحكام المحكمة العليا دون اللجوء إلى محكمة الاستئناف إذا كانت للقضية أهمية حيث أن عدد هذه الاستئنافات قليلة حيث لم يسجل من 1999 إلى 2001 إلا 8 حالات .

أما في 2005 فأصدرت المحكمة العليا 80 قرارا منها 65 قرارا متعلق بالاستئناف ضد أحكام محكمة الاستئناف، و 11 قرار متعلقة بالاستئناف ضد أحكام محكمة الدورية الاسكتلندية ،

(1):الدكتور : معراج جديدي، المرجع السابق ، ص 17 .

(2): الدكتور عصام نجاح، المرجع السابق، ص 75.

و قرارات متعلقين بالاستئناف ضد حكم محكمة الاستئناف الايرلندية ، و قرارات متعلقين بالاستئناف ضد حكم المحكمة العليا للعدالة .

ثانيا: الجهات القضائية الدنيا

إن الهيئات القضائية الدنيا هي على نوعين حسب⁽¹⁾ اختصاصها:

-هيئات قضائية مختصة في المواد المدنية: في كل البلاد يوجد 220 محكمة ابتدائية (إنجلترا) حيث تتشكل هيئة المحكمة من قاضي واحد، حيث أن المواد المدنية مقسمة بين المحاكم الابتدائية والمحكمة العليا للعدالة حيث يتحدد اختصاصهم وفقا للأهمية المالية محل النزاع.

-هيئات قضائية مختصة في المواد الجزائية: تقوم بالفصل في القضايا الجزائية بواسطة مواطنين عاديين يدعون "قضاة الصلح"، يتولى القضاة البحث عن أدلة الاتهام ضد المتهم وعند تمكنهم من الحصول على ذلك يتم تقديم المذنب المرتكب لجرائم خطيرة إلى محكمة التاج، لكن المتهم يفضل أن يحاكم من طرف "قضاة الصلح" بشرط اعترافه بأنه مرتكب للجريمة وهنا يضمن لنفسه عقوبة محددة عكس حكام محكمة "التاج" التي تتكون من القاضي وهيئة المحلفين والتي قد تكون عقوبتها أشد من عقوبة محكمة الصلح ويتم استئناف أحكام محاكم القضاة أمام محكمة التاج أو أمام محكمة العدل العليا، أما في المنازعات الإدارية فلا وجود لجهات القضاء الإداري بل المحاكم العادية (المحاكم الابتدائية، الهيئات القضائية العليا) هي التي تتولى مراقبة كل التصرفات المادية والقانونية التي تبأشرها الأشخاص المعنوية العامة مع الإشارة إلى أن هناك جهات قضائية استثنائية تتولى الفصل في كل المنازعات التي تحصل بين الإدارة والمواطنين، وهنا يختلف النظام القضائي اللاتيني - الجرمانى عن النظام القضائي الإنجليزي حيث أن الأول فيه قضاء مزدوج شكلا وموضوعا، أما الثاني فيه قضاء موحد حيث أن القضاء العادي⁽²⁾ هو الذي يفصل في القضايا التي تكون فيها الأشخاص المعنوية العامة طرفا ويطبق القانون الخاص على المنازعة.

المطلب الثاني: النظام القانوني والقضائي الأمريكي

إن النظام القانوني الأمريكي وإن كان يرتبط بالقانون العام الإنجليزي إلا أن هناك اختلاف بينهما، حيث أن النظام القانوني الأمريكي يعد نظام معقد إذ هو نظام فيدرالى يحتل فيه الدستور

(1)الدكتور: محمد إبراهيم الوالى، المرجع السابق، ص84،83.

(2)الدكتور: محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون، الكتاب الأول، القاعدة القانونية، دار النهضة العربية، بيروت،

1995، ص227.

مكانة بارزة إذ يحكم الدولة الفيدرالية والولايات المشكلة لها، وهنا يكون هذا النظام القانوني يتكون من أكثر من تنظيم قانوني معين وهذا ما يجعل أيضا النظام القضائي متعدد الأول محلي يرتبط بالولايات والثاني وطني مرتبط بالاتحاد الفيدرالي.

إن الدستور الأمريكي من أقدم دساتير دول العالم وضع عام 1787م وخضع لتعديلات جزئية وبدايته تعود إلى المرحلة الاستعمارية البريطانية لأمريكا عام 1607م وانتهت بتحالف 13 مستعمرة أعلنت استقلالها عام 1776 وتبنت دساتير كنول مستقلة وفي 1777 تبني المؤتمر الذي يضم ممثلين عن الولايات المتحالفة لأجل تجسيد الاستقلال ميثاقا ينظم عمل حكومة التحالف وقواعد جامعة للولايات.

وبمجرد استقلال الولايات الأمريكية لم يكن هناك دافع لمواصلة تحالفها نظرا للعديد من العوامل التي تفرقها أكثر مما تجمعها (اختلاف السكان، التنافس التجاري، عادات وتقاليد مختلفة، حدود متباعدة) ولكن هناك من رأى ضرورة اتحاد الولايات وسعت لبقائه من خلال إعداد دستور فيدرالي تم التصويت عليه في مدينة "فيلادلفيا" بولاية "بنسلفانيا" حيث جاء هذا الدستور بأحكام تنظم عمل المؤسسات الفيدرالية، وعلاقة الاتحاد بالولايات المكونة له ولكن لكل ولاية مجلس تشريعي وحاكم للولاية ونظام قضائي، ويوجد على المستوى الوطني سلطة تشريعية (الكونجرس) المكون من غرفة الممثلين المنتخبين من كل ولاية، وغرفة الشيوخ (السناتور) المشكلة من ممثلين اثنين لكل ولاية مهما كان عدد سكانها⁽¹⁾.

وفي القرن السابع عشر هاجر الإنجليزيون إلى أمريكا لكونها أراضي اكتشفت حديثا حيث تأثرت "بالكومن لو" وعندما استقر الانجليز في أي منطقة لا يطبق فيها أي قانون أوربي طبقوا قانونهم الذي حملوه معهم ولكن هذا القانون لم يطبق لعدة ظروف (عدم وجود قضاة متخصصون، صراع الإنجليزيين مرة مع قبائل الهنود الحمر، ومرة مع الأزمات والمجاعة...) هذا ما جعل بعض الفقه يرى بأن العامل المساهم في تشكيل القانون الأمريكي هو الجهل⁽²⁾.

ولكن عند قيام الثورة الأمريكية عام 1776 بتحالف 13 مستعمرة ضد الوجود البريطاني في أمريكا بدأت كراهية القانون الإنجليزي تنتشر وعندما استقلت هذه المستعمرات وتحولها إلى ولايات

(1): الدكتور: عصام نجاح، المرجع السابق، ص 80، 78.

(2): الدكتور: العيد حداد، المرجع السابق، ص 38.

مشكلة للاتحاد الفيدرالي الأمريكي تم استبعاد قانون "الكومن لو" وتعويضه بقواعد التحكيم، ولكن في النهاية كان هناك تأثير كبير بقانون "الكومن لو" من خلال تأثيرات الفقهاء وتجسيد ذلك خلال ظهور كتابات عالمين أعلام القانون الأمريكي هما "كينت" (kent) و "ستوري" (story) أظهر إيجابيات "كومن لو" وظهرت حركة واسعة تقبل تبني "الكومن لو" بشرط تدوينه.

وتم تقنين الإجراءات المدنية وبنته 25 ولاية أمريكية وتقنين العقوبات وتقنين الإجراءات الجزائية.

إن الوقوف على معرفة النظام القانوني والقضائي الأمريكي يتطلب دراسته من الناحية التكوينية (تشكله)، ومعرفة خصائصه، وتحديد مختلف مصادره بالإضافة إلى إبراز التنظيم القضائي للولايات، وكذا التنظيم القضائي الفيدرالي ثم معرفة اختصاصات كل هيئة قضائية على حدى.

الفرع الأول: خصائص قانون الولايات المتحدة الأمريكية

إن قانون الولايات المتحدة الأمريكية تأثر بالقانون العام الإنجليزي من عدة نواحي (المصطلحات، التقسيمات....) ولكن مع تطور المجتمع الأمريكي عبر مراحل مختلفة أخذ يستقل أو ينفرد عن النظام القانوني الإنجليزي نظرا لاختلاف الأنظمة السياسية بين الدولتين. ولهذا نجد بأن هذا القانون يتميز بما يلي⁽¹⁾:

-ازدواجية القوانين: حيث هناك القانون الفيدرالي وقانون الولايات لكون الولايات المتحدة الأمريكية دولة اتحادية وفيها من القوانين ما يصدر عن السلطة الاتحادية، ومنها ما يصدر عن الولايات، حيث أن الدستور يحدد المسائل التي تتولى الولايات المتحدة بتنظيمها، والمسائل التي يتولى الاتحاد بتنظيمها.

-وجود دستور مكتوب ينظم الصلاحيات والسلطات المختلفة المركزية وعلى مستوى الولايات.

-المفهوم الخاص لسيادة القانون إذ أن النظام السياسي للدولة لا يعد أسمى من نظامها القانوني أو خارجا عنه بل أن النظام السياسي هو أحد الجوانب المتعددة للنظام القانوني نظرا لسمو القواعد القانونية أمام محاكم الدولة على كل المبادئ والتعاليم الأخرى، ونظرا لاستقلال القضاة في تطبيقهم للقانون.

(1): الأمثالا: راجي عبد العزيز، المرجع السابق، ص 15.

-وجود نظام رقابة المحاكم على دستورية القوانين لكون أن الولايات المتحدة الأمريكية تعتمد على الأحكام التي يتضمنها الدستور.

الفرع الثاني: مصادر قانون الولايات المتحدة الأمريكية

إن قانون الولايات المتحدة الأمريكية يكاد يتشابه مع القانون الإنجليزي من حيث المصادر، لكن هناك اختلافات فيما بينهما من حيث المصادر، حيث أن هذا القانون مصدره هي كما يلي⁽¹⁾:

-القضاء: يعد مصدرا لقانون الولايات المتحدة الأمريكية حيث أن النظام القضائي في أمريكا مزيج المحاكم الاتحادية ومحاكم الولايات.

-التشريع: يعد الدستور من أهم المصادر التشريعية ثم القوانين التي تصدرها السلطة البرلمانية (الكونغرس)، والسلطات التشريعية للولايات، إن دستور الولايات المتحدة الأمريكية هو من الدساتير المكتوبة التي كرست مبدأ الرقابة على القوانين وهي مبدأ رقابة القضاء على دستورية القوانين، وأنه دستور جامد في تعديله مرن في تفسير أحكامه.

-الفقه: دستور الولايات المتحدة الأمريكية يضع المبادئ العامة دون تفاصيل ومن ثم يتدخل الفقه لكي يستخلص التفاصيل عن طريق عملية التفسير حيث هو دستور يتولى الفقه تفسيره، وهذا الدستور وضع لمجابهة كل الأزمات ومن ثمة يجب أن يطول أمدته. ومن هنا يكون للفقه دور في تفسيرات الدستور لمجابهة كل المشاكل، والدستور هو الذي يمنح هذه الصلاحية للفقه لكي يكرس اجتهاداته ووضع حلول مناسبة للنزاعات المطروحة.

الفرع الثالث: النظام القضائي للولايات المتحدة الأمريكية

يسود الولايات المتحدة الأمريكية نظامين قضائيين⁽²⁾ الأول محلي متعلق بالولايات، والثاني وطني يخص الاتحاد الفيدرالي وهذا ما نوضحه.

أولا: النظام القضائي للولايات

إن لكل ولاية تنظيم قضائي يختلف عن التنظيم القضائي لولاية أخرى، ولكن هناك هيئات متشابهة توجد في أغلب الولايات، ويكون قضاء هيئات النظام القضائي للولايات منتخبون بطريقة

(1): الدكتور: عبد السمیع أمين، المرجع السابق، ص 45.

(2): الدكتور: معراج جديدي، المرجع السابق، ص 26.

مباشرة من قبل الأمريكيين المقيمين في الولاية ماعدا ثمانية (8) ولايات يتم فيهم انتخاب القضاة من طرف المجلس التشريعي للولاية مثل ولاية "فرجينيا" أو يعينون من طرف حاكم الولاية ويتم المصادقة على ذلك من المجلس التشريعي للولاية مثل ما هو معروف في ولاية "كاليفورنيا".

إن تنظيم القضاء للولايات يشمل ثلاثة أنواع وهي:

-المحاكم الدنيا: تنظر في النزاعات ذات الأهمية المحدودة وتشمل المحاكم البلدية المكونة من قضاة محترفين، ومحاكم قضاة السلام تتكون من قضاة منتخبين من الأمريكيين يتمتعون بخبرة إدارية وقضائية⁽¹⁾.

-محاكم المنطقة: هي عبارة عن محاكم من الدرجة الأولى ضمن التنظيم القضائي للولاية ويشمل اختصاصها المسائل المدنية والجزائية تعقد جلساتها بقاضي واحد.

-المحكمة العليا للولاية: هي محكمة قانون لا محكمة موضوع تنظر في كل الاستئنافات المقدمة ضد أحكام كل المحاكم الأقل درجة، تضم في تشكيلتها سبعة (7) قضاة معينين لمدى الحياة.

ثانيا: النظام القضائي الفيدرالي

إن النظام القضائي الفيدرالي يضم في تشكيلته ما يلي⁽²⁾:

-المحاكم الفيدرالية الجهوية: تعد أول درجة في التنظيم القضائي الفيدرالي تنظر في النزاعات المدنية والإدارية تتشكل من قضاة معينين لمدى الحياة، يتجاوز عدد هذه المحاكم المائة (100) محكمة.

-الهيئات القضائية المتخصصة: هذه المحاكم تتولى الفصل في بعض النزاعات ذات الطابع الإداري ومثالها: محكمة الجمارك الفيدرالية، ومحكمة الضرائب الفيدرالية، إن أحكام هذه الهيئات قابلة للطعن بالاستئناف أمام المحاكم الفيدرالية للاستئناف.

-المحاكم الفيدرالية للاستئناف: تتمثل مهمتها في النظر في الاستئنافات المتعلقة بالقضايا الفيدرالية، عددها ثلاثة عشر (13) محكمة يتم تعيين قضاتها من ذوي المستوى العالي.

(1): الأستاذ: راجي عبد العزيز، المرجع السابق، ص 17.

(2): الدكتور: معراج جديدي، المرجع السابق، ص 26 و الدكتور: عصام نجاح، المرجع السابق، ص 85.

-المحكمة العليا الفيدرالية: تتشكل من تسعة (9) قضاة معينين من قبل رئيس الولايات المتحدة الأمريكية بعد ترقية مجلس الشيوخ لمدة الحياة ولهم حق طلب التقاعد، تختص بالنظر في الطعون المقدمة ضد الأحكام الصادرة عن المحاكم الفيدرالية ومحاكم الولايات إذا كان الأمر يتعلق بتطبيق القانون الفيدرالي، إن المحكمة العليا الفيدرالية تسهر على توحيد التفسيرات المتعلقة بالقوانين الفيدرالية وهذا ما جسده رؤساء المحكمة العليا إذ تركوا بصماتهم مثل القاضي 'مارشال' الذي ترأس المحكمة العليا من (1801 إلى 1835)، والقاضي 'وارن' الذي ترأس المحكمة العليا الفيدرالية من (1953 إلى 1969)، وتعتبر المحكمة العليا محكمة دستورية تراقب مدى مطابقة القوانين والأحكام القضائية للدستور الفيدرالي⁽¹⁾.

(1): الأستاذ: راجي عبد العزيز، المرجع السابق، ص16.

الفصل الثالث

تأثير القانون المقارن على

المنظومة التشريعية

الجزائرية

الفصل الثالث: تأثير القانون المقارن على المنظومة التشريعية الجزائرية

إن الجزائر تعاقبت عليها العديد من الحضارات نتيجة الغزو المسلط عليها حيث ورثت العديد من القوانين⁽¹⁾، وبعد حصولها على الاستقلال بحث من أجل وضع قواعد قانونية لبناء هذه الدولة التي خربها الاستعمار (من المفروض نقول الاستعمار) على جميع المستويات وصدرت العديد من القوانين منها دستور 1963 وقانون العقوبات والإجراءات الجزائية.... وجاءت متأثرة ومصطبغة بصبغة اقتصادية وسياسية معينة، وقد عرفت الدولة الجزائرية عدة مراحل وتوجهات اقتصادية منها المرحلة الاشتراكية، ومرحلة الانفتاح الاقتصادي، والتعددية الحزبية.

وبذلك كانت القوانين الجزائرية متأثرة بالعديد من التشريعات المقارنة الأخرى.

المبحث الأول: مرحلة تكوين المنظومة التشريعية الجزائرية وخصائصها

لا يمكننا الحديث عن منظومة قانونية جزائرية في ظل الغزو الذي تعرضت له من قبل بعض الغزاة بل نشير إلى القوانين التي طبقت على الأشخاص المتواجدين فوق إقليمها وكيف تم التعامل مع الشعب الجزائري آنذاك.

المطلب الأول: خلال مرحلة الاحتلال

لقد تعرضت الجزائر إلى الاحتلال الروماني والبيزنطي والعثماني والفرنسي وتأثرت بحضارة كل مستعمر بدرجات متفاوتة فمثلا عند تواجد العثمانيين كانت أحكام الشريعة الإسلامية هي المطبقة بحكم أن الجزائر تابعة للإمبراطورية العثمانية.

ولكن بعد احتلال فرنسا للجزائر في 5 جويلية 1830 أصبحت في نظر فرنسا بأن الجزائر إحدى الولايات الفرنسية تسري عليها القوانين المطبقة على الولايات الأخرى باستثناء "الأهالي" (les indigènes) ولكن بعد الحرب العالمية الثانية تم إدخال تعديلات على هذا النظام من أجل الاعتراف ببعض الحقوق للأهالي ودمجهم ضمن المجتمع الفرنسي، لكن اندلاع الثورة التحريرية أجهض كل المشاريع الفرنسية ولم يحقق مقصدهم.

(1): الدكتور: عبد الرزاق بن خروف، المرجع السابق، ص 163.

وخلال هذه الفترة الاستعمارية كانت العلاقات الجزائرية (الأهالي) خاضعة للعادات والأعراف المحلية أو بالأحرى الشريعة الإسلامية، حيث كانت النزاعات يتم الفصل فيها عن طريق "الجماعة"، أما المعاملات التجارية فكانت تتم وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية والعرف والعادات.

وهنا نشير الى أن الجزائر تمكنت من إنشاء مؤسسات موازية للإدارة الاستعمارية حيث تم إنشاء حكومة مؤقتة، وبعض الأنظمة القانونية الخاصة في بعض المجالات تخص الجزائريين.

المطلب الثاني: بعد مرحلة الاحتلال

بعد حصول الدولة الجزائرية على استقلالها في 5 جويلية 1962 سعت إلى وضع قوانينها واسترجاع سيادتها على بعض المؤسسات وتأميم بعض المرافق، حيث عملت على تعزيز السيادة الوطنية وانتهاج نظام اقتصادي يقوم على الملكية الجماعية لوسائل الإنتاج، وتم وضع دستور 1963 وتنظيم الأمن الداخلي والخارجي وبقي القانون الفرنسي رقم 157/62 المؤرخ في 31 ديسمبر 1962 هو المطبق إلا ما كان منه متعارضا مع السيادة الوطنية وفي 19 جوان 1965 واثّر عمل تم القيام به من جهة معينة (تصحيح ثوري، انقلاب) تم تجميد كل المؤسسات الدستورية وحل محلها مجلس الثورة، وأعقب هذا العمل إصدار العديد من النصوص التي تتعلق بمؤسسات الدولة، وإعادة تنظيم القطاع الاقتصادي.

حيث صدر الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتعلق بقانون العقوبات، وكذا قانون الإجراءات الجزائية بموجب الأمر رقم 155/66 المؤرخ في 8 يونيو 1966 وكذا قانون الجماعات المحلية 1967.

وتم سن قوانين من أجل إعادة تنظيم القطاع الاقتصادي واحتكار الدولة لهذا القطاع وانتهاج الاقتصاد الموجه منها قانون تأميم البنوك، وشركات التأمين وفي عام 1971 صدرت قوانين من أجل تأميم المحروقات، ووسائل النقل، وتأميم الأراضي الفلاحية بموجب الأمر رقم 73/71 والذي ألغي بقانون 19/87 (المستثمرات الفلاحية) وتم تكريس مجانية التعليم، والطب، ديمقراطية التعليم، احتكار قطاع التجارة، انتهاج أسلوب التسيير الاشتراكي للمؤسسات⁽¹⁾.

(1)؛ الدكتور: عبد الرزاق بن خروف، المرجع السابق، ص 166.

وفي 1973 صدرت توصية على مجلس الثورة تدعو الى سن قوانين جزائرية في مدة لا تزيد عن ثلاثة سنوات، ولم تكتمل هذه المدة المحددة حتى صدر الميثاق الوطني والدستور الجزائري في 1976 .

وفي 1975 صدر القانون المدني والتجاري في 1975/09/26 وطبقا بأثر رجعي ابتداء من 1975/07/5 وهذا من أجل سد الفراغ الذي وجد من خلال استبعاد تطبيق التشريع الفرنسي. ما يلاحظ على هذه النصوص أنها مقتبسة من النظام الفرنسي ولكنها تخالف الأيديولوجية الفرنسية حيث جاءت نصوصها مشحونة بفلسفة النظام الاشتراكي في الميدان الاجتماعي والاقتصادي.

وهنا نذكر بأمر مهم أن أحكام الشريعة الإسلامية تم التأثير بها وتقنينها في مجال الأحوال الشخصية خصوصا وفي بعض القوانين الأخرى عموما⁽¹⁾ حيث تم تقنين العديد من الأحكام المستوحاة من الشريعة منها (عدم التعسف في استعمال الحق، الرهن، الكفالة، الشركة، خيار الرؤية، العلم بالمبيع، النفاذ الشرعي...)

وفي نهاية الثمانينات صدر دستور 1989/02/23 وجاء مشحونا بإيديولوجية مغايرة لما جاء في دستور 1976 حيث تم تقرير التعددية الحزبية وحرية إنشاء الجمعيات، وصدرت ترسانة من النصوص بعد دستور 1989 مكرسة التوجه الجديد منها قانون التوجيه العقاري 25/90، قانون التهيئة والتعمير 29/90، قانون الأملاك الوطنية 30/90، قانون البلدية والولاية 08/90، 09/90 قانون الأوقاف، قانون نزاع الملكية للمنفعة العمومية، قانون النقد والقرض وخضع البعض الآخر من النصوص التي كانت موجودة قبل دستور 1989 إلى تعديلات حيث تم رفع احتكار الدولة، وتحرير القطاع الاقتصادي، وخصوصية المؤسسات العمومية.....

المطلب الثالث: خصائص القانون الجزائري

إن القانون الجزائري هو عبارة عن مجموعة من القواعد القانونية المكتوبة تختص بوضعها السلطة التشريعية (البرلمان بغرفتيه المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة) وفي بعض الحالات الاستثنائية يشرع رئيس الجمهورية بموجب أوامر وهذا ما نصت عليه المادة 142 من التعديل الدستوري في 6 مارس 2017، ولكي تطبق هذه القواعد القانونية يجب نشرها في الجريدة الرسمية

(1): الأستاذ: راجي عبد العزيز، المرجع السابق، ص 28.

ومرور فترة زمنية من تاريخ النشر ومن ثمة لا يمكن التذرع والاحتجاج بعدم العلم بالقاعدة القانونية (الجهل بها) حيث وضع المشرع قرينة قانونية مفادها علم الكافة بالقاعدة القانونية ووضع مبدأ دستوري بأنه لا يعذر بجهل القانون، طبعاً مع الاستثناءات المقررة في هذا النطاق.

كما أن القانون الجزائري يجد مصادره في المادة الأولى من القانون المدني التي رتبت المصادر كما يلي: التشريع، مبادئ الشريعة الإسلامية، العرف، مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة. أما في المسائل الجزائية فإن الأمر يحكمه مبدأ الشرعية الجزائية المكرس في المادة الأولى من قانون العقوبات، وأما في المسائل التجارية وبموجب تعديل القانون التجاري في 1996 فإن مصادر القانون هي: القانون التجاري، القانون المدني، العرف التجاري.

كما أن القواعد القانونية تطبق على كل الجزائريين المقيمين في الإقليم الجزائري وفقاً لمبدأ إقليمية القوانين، وتطبق على الأشخاص الجزائريين الذي يحملون الجنسية الجزائرية حتى وإن كانوا خارج إقليم الجزائر وفقاً لمبدأ شخصية القوانين⁽¹⁾، ويطبق القانون الجزائري تطبيقاً عينياً في حالة ارتكاب بعض الجرائم خارج الجزائر ومن أشخاص لا يحملون الجنسية الجزائرية وقوانين هؤلاء الأشخاص لا تعاقب على ذلك مثل جريمة تزوير العملة الجزائرية، أو تزوير المحررات الرسمية، ولا توجد مناطق أو ولايات جزائرية تتمتع بأنظمة قانونية خاصة.

وكما أسلفنا سابقاً بأن القانون الجزائري مكتوب ويعد التشريع هو المصدر الأساسي والأول للمنظومة التشريعية الجزائرية، وهذا يشير إلى أن التشريع على أنواع حيث نجد: الدستور، القوانين العضوية، المعاهدات، القوانين العادية، التشريع الفرعي. وهنا لابد من احترام التدرج الهرمي للتشريع. وهذا يشير إلى أن القوانين العضوية تم التخصيص عليها بداية من دستور 1996 وهي مأخوذة عن القانون الفرنسي (الشريعة اللاتينية).

وعليه فإن القانون الجزائري يتميز بخصائص تم إبرازها وهي وحدة القانون، وحدة المصدر القانوني. وبالنظر إلى المعايير المعتمد عليها في تصنيف القوانين الوضعية ضمن الشرائع القانونية الكبرى المعاصرة، وبالنظر إلى خصائص القانون الجزائري فيمكن إدراج هذا القانون وفق المعيار الذي اقترحه "فرومون ميشال" كما رأينا سابقاً ضمن قوانين إفريقيا وآسيا⁽²⁾، حيث أن القانون

(1): الدكتور: إسحق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص 102، 103.

(2): للدكتور: عبد الرزاق بن خروف، المرجع السابق، ص 170.

الجزائري يتألف من مصادر متعددة، حيث تعد مبادئ الشريعة الإسلامية أحد مصادره، وكذا الأعراف بالإضافة إلى التشريع المستعار تقريبا من النظام القانوني اللاتيني و بالضبط من القانون الفرنسي، وبعض المسائل القانونية المأخوذة من النظام الأنجلوساكسوني مثل: عقد تحويل الفاتورة، الاعتماد الإيجاري، عقد التسيير، أما تأثير القوانين الاشتراكية في القانون الجزائري فهي تكاد تتدنثر تماما وما وجود قانون المنافسة وقانون خوصصة المؤسسات إلا دليل على ذلك، والذي يبدو جليا على القوانين الجزائر خلال 1990 وما بعدها يدرك كثرة الاقتباسات المأخوذة من الأنظمة القانونية اللاتينية سواء عند تعديل القانون المدني أو القانون التجاري، أو قانون المنافسة، أو قانون التأمينات.

أما إذا اعتمدنا على المعيار الذي اقترحه الأستاذ "دافيد" والمتمثل في العناصر الثابتة فإننا نقول بأن القانون الجزائري يجد مكانته ضمن الأنظمة اللاتينية التي تقدم نفس المفهوم للقاعدة القانونية، وتعتمد على نفس التقسيمات، حيث أن رجل القانون الجزائري عند تعامله مع القانون الفرنسي لا يجد أي صعوبة.

إن المنظومة القانونية الجزائرية متأثرة إلى حد كبير بالقانون الفرنسي⁽¹⁾ (النظام القانوني اللاتيني) الذي وضع قواعده "تابليون بونابارت"، ومع ذلك تصنف المنظومة القانونية الجزائرية ضمن قوانين آسيا وإفريقيا حسب معيار "فرومون ميشال"، وضمن مجموعة أنظمة الدول القانونية التي تنفقر إلى التقاليد القانونية القديمة التي تخضع قوانينها إلى ديانة أو أيديولوجية محددة حسب معيار التصنيف المقترح من طرف الأستاذ "ريمون لوجي".

إن المنظومة التشريعية الجزائرية متأثرة بالنظام القانوني اللاتيني وبالنظام القانوني الجرمانى، ولكن في المجال الاقتصادي تبدو حاليا متأثرة بالنظام القانوني "الأنجلوساكسوني" خاصة في ظل عولمة الاقتصاد وعولمة القانون وعولمة السياسة.

المبحث الثاني: تأثر المشرع الجزائري بالقانون المقارن

إن المشرع الجزائري كغيره من تشريعات دول العالم يأخذ ببعض الأحكام والحلول من قوانين دول أخرى فيقوم باستعارتها ويعمل في بعض الحالات على تحويلها أي يكسبها الصبغة الاجتماعية والثقافية الجزائرية، خاصة وأن التشريع لم يترك أي مسألة إلا ونظمها وماد التشريع وطغى على بقية المصادر القانونية الأخرى.

(1): الدكتور: حبيب إبراهيم الخليوي، المرجع السابق، ص 38.

المطلب الأول: تأثير القانون المقارن على المنظومة الجزائرية في نطاق التشريع

إن مسألة تقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص مستوحاة من القانون الروماني الموجود أيضا ضمن قانون "تابليون" فمثلا في فروع القانون العام أين نجد القانون الدستوري، نجد الدستور الجامد في المنظومة اللاتينية والمؤسسات الدستورية المتشابهة بين الجزائر وفرنسا ومصر وهذا يبدو الاقتباس واضحا وما نص عليه المؤسس الدستوري في التعديل الدستور رقم 01/16 المؤرخ في 6 مارس 2016 في المادة 188 منه الا دليل على الاقتباس، حيث سمح الدستور للأفراد بالدفع بعدم دستورية الحكم التشريعي إذا كان فيه انتهاك للحقوق والحريات، وهذه المسألة نظمها المشرع الفرنسي في 2008 عندما قام بتعديل دستور الجمهورية الخامسة. وكذلك بالنسبة للقانون الإداري سواء من حيث نشاط الإدارة، أو من حيث النظام القضائي فنجد بأن القضاء الإداري مختص في الفصل في النزاعات الإدارية وهذا ما جسده المشرع في دستور 1996/11/28 عندما نص على الازدواجية القضائية صراحة والتي كانت قبل هذا التاريخ تجعل القضاء موحدا شكلا ومزدوجا موضوعا على أساس وجود غرفة إدارية على مستوى المجلس القضائي، وغرفة إدارية على مستوى المحكمة العليا إلى جانب القضاء العادي، وكذلك بالنسبة للقانون الجنائي سواء من حيث النظام الضريبي وكيفيات التحصيل، والمنازعات الجنائية وكيفية تسوية هذه المنازعات أمام الإدارة، وتسوية هذه المنازعات أمام القاضي الإداري (المحاكم الإدارية، مجلس الدولة).

وقد جسد المشرع الجزائري الاستعارة عندما نص لأول مرة على القوانين العضوية في دستور 1996 والتي كانت معروفة من قبل في فرنسا⁽¹⁾.

أما بالنسبة لفروع القانون الخاص فنجد المشرع يقتبس من القانون الفرنسي فمثلا في القانون المدني الجزائري نجده ينص على العقد الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني، ووسائل الدفع الإلكترونية في المسائل التجارية والمسائل المدنية وهذا تأثرا بالمنظومة اللاتينية، والمنظومة الأنجلوساكسونية. وكذا الحال بالنسبة لقانون الضمان الاجتماعي، وقانون العمل، وقانون النقد والقرض وقانون المنافسة، وقانون الاستثمار، وقانون العقار الصناعي والسياحي فنجد متأثرا بالقانون الفرنسي، وحتى في قانون الأسرة تم إدخال تعديلات تتنافى مع أحكام الشريعة الإسلامية وهذا كله في إطار الالتزامات

(1) الدكتور: عجة الجيالي مدخل للعلوم القانونية، الجزء الأول، نظرية القانون بين التقليد والحداثة طبقا للمعايير الدولية لنظام LMD، بارتي للنشر، الجزائر، بدون سنة نشر، ص 258.

الدولية حيث أن الاتفاقيات الدولية سواء الثنائية أو الجماعية تستدعي ضرورة إصلاح القوانين الوطنية (الداخلية) بما يتماشى مع الالتزامات الدولية.

وفي هذا الصدد نجد العديد من المصادر التي يتأثر بها المشرع الجزائري فمثلا عندما نص المشرع على الشركة ذات المسؤولية المحدودة ذات الشخص الوحيد يكون قد تأثر بالقوانين الأوروبية ولأن المشرع الفرنسي نفسه عندما أدخل هذا النوع من الشركات في تشريعه كان ذلك في إطار توحيد التشريعات الأوروبية، وكذلك الحال بالنسبة لشركة المحاصة التي أخذها المشرع الجزائري من القانون الفرنسي الذي قننها في 1807 ولم يخلها القانون الصادر في 1673.

إن المنظومة التشريعية الجزائرية في تطور مستمر⁽¹⁾، وهي اليوم تنتهج نظام اقتصاد السوق، وتتفاوض من أجل الانضمام إلى المنظمة العالمية للتجارة وظهر هذا التطور من خلال القانون الدولي المقارن في مجال البيئة والتنمية المستدامة وتم سن العديد من القوانين المرتبطة بالمياه، والمناجم، الصناعة، السياحة، ترقية الطاقات المتجددة، وصادقت الدولة الجزائرية على كل المعاهدات المتعلقة بحماية البيئة وتحقيق التنمية المستدامة وصدر القانون رقم 10/03 المتضمن حماية البيئة في إطار التنمية المستدامة.

وعلى غرار ما سبق من إصلاحات واقتباسات نجد أيضا قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي كان قبل 2008 يسمى قانون الإجراءات المدنية. وقانون حماية الطفل رقم 12/15 المؤرخ في 15 يوليو 2015، وقانون عضوي رقم 03/12 المؤرخ في 12 يناير 2012 يحدد كفاءات توسيع حظوظ تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة، قانون الجمعيات رقم 06/12 المؤرخ في 12 يناير 2012، وقانون الأحزاب السياسية وقانون الانتخابات الجديد. فإن هذه القوانين لها مثيلاتها في النظام اللاتيني وخصوصا فرنسا.

وفي بعض الحالات يخرج المشرع الجزائري عن تأثره بالقانون الفرنسي ويأخذ أحكاما إما من القانون الألماني أو الإنجليزي وهذا دائما في إطار العولمة.

(1): الدكتور: عبد الرزاق بن خرووف، المرجع السابق، ص 172.

المطلب الثاني: تأثير القانون المقارن على المنظومة الجزائرية في نطاق الاجتهاد الفقهي والقضائي

إن الفقه يتولى دراسة القوانين الأجنبية ويقارنها بقانونه الوطني يظهر له مواطن الخلل في قانونه حيث يقدم انتقادات لقانونه ويقترح على المشرع التعديلات الواجبة التي تحقق إصلاح للقانون الوطني.

كما أن القاضي الذي يتولى الفصل في المنازعات المعروضة عليه وعندما لا يجد حلا للمنازعة بمقتضى قانونه تبرز الحاجة الملحة إلى الدراسة المقارنة من أجل إصلاح عيوب القانون الوطني وسد ما فيه من نقص وثغرات وهذا من خلال أسلوب التفسير (التفسير القضائي) من أجل تحقيق الملائمة بين القانون والظروف الاجتماعية المتغيرة.

إن الفقه أو قضاء الدولة التي تم الاقتباس من قانونها يكون على دراية تامة باستخلاص كل المسائل الدقيقة والتفصيلية وأسبق في إيجاد الحلول العملية المناسبة لها، وعندما يلجأ الفقيه أو القاضي الوطني إلى فقه الدول الأجنبية الذي تم استعارة القانون منها أو إلى أحكام القضاء المستمدة من هذه الدولة الأجنبية في نطاق مجاله، وهنا يتمتع القاضي بسلطة تقديرية كبيرة عندما لا يجد حكما يحكم النزاع المعروض عليه فله أن يعتمد على مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ولا يمكنه أن يحتج بعدم وجود النص، وبذلك فإن الدراسة المقارنة قد تساعده بقدر كبير.

وفي هذا الصدد فهناك بعض القوانين تجيز للقاضي بأن يستعين بالدراسة المقارنة ليتمكن من أخذ القواعد التي تمكنه من إصدار أحكامه⁽¹⁾.

إن الفقه والقضاء يمكنهما الوصول إلى اجتهادات من خلال الاطلاع على القوانين المقارنة ويقدمها بشأنها اقتراحات لكي تكون ضمن القواعد القانونية الوطنية عند تعديلها، وما على المشرع إلا الأخذ بأيدي الفقيه والقاضي إذا رأى ذلك مناسبا ويحقق المصلحة العامة⁽²⁾.

(1): الدكتور: عبد السلام الترماني، المرجع السابق، ص 47.

(2): الدكتور: العيد حداد، المرجع السابق، ص 15.

ولكن ينبغي أن لا تتحول هذه الفكرة إلى ظاهرة استيراد القوانين الأجنبية التي قد تكون مختلفة مع العوامل الموجودة في المجتمع المراد وضع قانون له من دولة أجنبية، بل لابد من مراعاة الخصوصية والدين والعادات والثقافة والتاريخ والتركيبية الاجتماعية.

خاتمة

.

الخاتمة

في الحقيقة إن تعدد القوانين في عالمنا اليوم يجعل من الصعب مقارنتها كليا، وهذا ما أدى بالفقهاء إلى توزيع هذه القوانين ضمن منظومات (شرائع) قانونية اعتمادا على بعض المعايير كمعيار التأثير بالدين ومعيار التأثير بالقانون الروماني، أو اعتمادا على العناصر الثابتة أو المتغيرة في القانون وبحسب هذا المعيار الأخير قسمت القوانين إلى الأنظمة (الشرائع) التالية: (القوانين اللاتينية الجرمانية، القوانين الاشتراكية، والقوانين المستندة إلى الدين والتقاليد) وظهرت بعد التقسيم طرق عدة للمقارنة أهمها المقابلة، المضاهاة لكنها لم تحقق وظيفة القانون المقارن التي كان يطمح الفقهاء إليها وهي توحيد القوانين.

ولذا اعتمد الفقهاء طريقة أخرى تتمثل في المقارنة المنهجية من خلال دراسة العلاقة القانونية الموجودة بين القوانين، ثم العلاقة الموجودة بين مختلف الأنظمة القانونية ثم العلاقة الموجودة بين المناهج القانونية وبعدها تأتي مرحلة استنباط النتائج، وحتى يمكن أن تؤدي هذه الطريقة نتائجها لابد من توافر شروط المقارنة في الباحث إذ يجب عليه أن يكون متمكنا من القانون ولغته ومعرفته مختلف العوامل المؤثرة في القانون، لكن من الناحية العملية يصعب على الباحث تمكنه من لغة القانون المراد دراسته، ولذا تم اعتماد المقارنة العمودية التي تكون بين قانونين لدول متباعدة زمنيا مثل مقارنة القانون الوضعي بقوانين أخرى قديمة تكون مصدرا للقانون الحالي وكذلك استخدام المقارنة الأفقية وهي التي تكون بين القوانين المتباعدة مكانيا مثل مقارنة القانون الكندي بالقانون الصيني.

إن المتتبع لتطور القانون المقارن يدرك بأن المقارنة قديمة ولكن القانون المقارن فرع جديد من فروع القانون تأسس في 1900 واستطاع هذا القانون أن يحقق وظيفته وأهدافه من خلال توحيد تفسيرات القانون وتوحيد القانون داخليا أو خارجيا، وهناك من يدافع عن هذا القانون وهناك من يرفضه ويقترحون تسميات أخرى مثل اقتراح تسمية (الطريقة المقارنة)، ولكن غالبية الفقه تعترف بالطابع العلمي للقانون المقارن سواء باعتباره علما مستقلا بذاته أو باعتباره طريقة أو منهجية.

إن الأنظمة القانونية الكبرى المعاصرة متعددة وتعد مرجعية لقوانين بعض الدول ولكن يتفق الفقه على أن هناك أنظمة (شرائع) قانونية مشهورة وهي النظام اللاتيني، النظام الجرمني، النظام الأنجلوساكسوني ومن ثمة يتوجب معرفة مصادر ومناهج كل نظام قانوني ودراسة نظامه القضائي ومعرفة مميزات كل نظام.

إن المنظومة التشريعية الجزائرية قد تأثرت بالنظام اللاتيني في تشريعاتها واجتهاداتها الفقهية والقضائية ولا ننسى الدور الكبير الذي تؤديه الشريعة الإسلامية باعتبارها نظاما قانونيا مستقلا عن الأنظمة القانونية الأخرى.

لقد ترك النظام اللاتيني وخصوصا القانون الفرنسي بصماته في المنظومة التشريعية الجزائرية، مع أخذ بعض النصوص من الأنظمة الأنجلوساكسونية وهذا ما يدعونا الى القول بأن القانون المقارن قد أثر على منظومتنا القانونية.

ومن خلال هذا الموضوع ودراسته يمكن إبراز جملة النتائج التي توصلنا إليها وهي:

- القانون المقارن يفيد المشرع عندما يريد هذا الأخير صياغة قواعد قانونية لأول مرة مسترشدا بهذا القانون لأجل تجنب الأخطاء التي كانت موجودة في القانون المقارن.

- القانون المقارن يفيد في الدراسات القانونية حيث يؤدي الى التعمق في فهم القانون الوطني والوصول الى معرفة مجمل لقائمه التي تشوبه، وهذا الأمر مفيد للمشرع عندما يحاول تعديل قانونه الوطني.

- يفيد القانون المقارن القاضي عندما يفصل في القضايا ذات العنصر الأجنبي حيث تحيل قواعد القانون الوطني (قواعد الاستناد) إلى القانون الواجب تطبيقه على النزاع.

- يفيد القانون المقارن في إيجاد حلول للمنازعات التي لم ينص القانون الوطني على كيفية حلها بموجب نصوص.

- يفيد القانون المقارن رجال الفقه الوطني وذلك من خلال اطلاع هؤلاء على المراجع الفقهية المقارنة التي تمكنهم من الوصول الى صياغة آراء فقهية تساعد على سد الفراغ القانوني الموجود في القانون الوطني.

- يفيد القانون المقارن طلبه الحقوق المقررة عليهم هذه المادة (مقارنة الأنظمة القانونية) في معرفة أساس اعتماد القانون خاصة في ظل العولمة والتغيرات الحاصلة على جميع المستويات بحيث أن القوانين قابلة للتعديل والتغيير بصفة دورية وسريعة من أجل مواكبة مختلف التطورات.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

المراجع باللغة العربية:

- الدكتور: إسحق إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية ديوان المطبوعات لجامعة الجزائر، 2001.
- الدكتور: إيمونويل جورديون، القانون المقارن، دراسة القانون المقارن في جامعة باريس، مجلة القانون والاقتصاد العدد 1، 1936.
- أرزقي العربي أبرياش، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.
- أرسطو، السياسية، ترجمة احمد لطفي السيد، القاهرة، 1947.
- الأستاذ: علي بن غانم، محاضرات في القانون المقارن، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2009/2008.
- الامام أبو الوليد محمد بن أحمد بن أحمد بن رشد القرطبي (595-520)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المجلد الأول، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، دون سنة.
- الامام الطبري، اختلاف الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت، دون سنة.
- الدكتور عبد الرزاق بن خروف، مدخل الى القانون المقارن، دار الخلدونية، 2017.
- عبد السميع أمين، محاضرات في القانون المقارن، دار الإحياء، 2016.
- الدكتور: عبد السلام الترماني، القانون المقارن والمناهج القانونية الكبرى، مطبوعات جامعة الكويت، 1980.
- الدكتور: حبيب إبراهيم الخلي، محاضرات في القانون المقارن أقيمت على طلبة كلية الحقوق، جامعة الجزائر (غير منشورة)، السنة الجامعية 1981/1980.
- الدكتور: صالح فركوس، تاريخ النظم القانونية والإسلامية، دار العلوم للنشر والتوزيع، دون سنة.
- الدكتور: عبد السلام الترماني، القانون المقارن والمناهج القانونية الكبرى المعاصرة، الطبعة الثانية، جامعة الكويت، الكويت، 1980.
- الدكتور: عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1996.
- الدكتور: عجة الجيلالي مدخل للعلوم القانونية، الجزء الأول، نظرية القانون بين التقليد والحداثة طبقا للمعايير الدولية لنظام LMD، بارتى للنشر، الجزائر، دون سنة نشر.
- الدكتور: عبد المنعم البدر، القانون المقارن، مجلة القانون والاقتصاد، العدد 4، 1959.
- الدكتور: عصام نجاح، القانون المقارن والأنظمة القانونية الكبرى، دار العلوم للنشر والتوزيع، دون سنة.

- الدكتور: علي جعفر، تاريخ القوانين، الطبعة الأولى، المؤسسات الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 1998.
- الدكتور: عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة (مصادر قانون التجارة الدولية، عقود التجارة الدولية، حل نزاعات التجارة الدولية) ، الطبعة الأولى، دار هومة، الجزائر، 2007.
- الدكتور: عيد أحمد الغفلول الدفع بعدم الدستورية في القانون الفرنسي في ضوء أحكام القانون الدستوري رقم 724 لسنة 2008 بشأن تحديث مؤسسات الجمهورية الخامسة، الطبعة الثانية منقحة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
- الدكتور:العبد حداد، محاضرات في القانون المقارن(غير منشورة)، ألقيت على طلبة السنة الرابعة ليسانس، كلية الحقوق، جامعة البليدة، السنة الجامعية 2006/2005.
- الإمام الشوكاني، نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، تحقيق أبو معاذ طارق بن عوض، المجلد الأول، دار ابن القيم، دار ابن عفا، الرياض، القاهرة، الطبعة الأولى، 2005.
- الدكتور:محمد حسين منصور ،المدخل إلى القانون ،الكتاب الأول ،القاعدة القانونية،دار النهضة العربية، بيروت، 1995.
- الدكتور: محمد الالفي، والدكتور: منصور يونس، مذكرات في تاريخ النظم القانونية، الطبعة الثانية، الجامعة المفتوحة، ليبيا، 1997.
- الأستاذ: محمد العروصي، دروس في القانون المقارن، دار التراث العربي، 2016.
- الدكتور: محمود إبراهيم الوالي، دروس في القانون المقارن، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دون سنة.
- الدكتور: مصطفى الشكعة، الإمام مالك، دار الكتاب المصري، ودار الكتاب اللبناني، القاهرة، بيروت، الطبعة الثالثة، 1991.
- الدكتور: معراج جديدي، محاضرات في القانون المقارن، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1 السنة الجامعية، 2013/2012.
- الأستاذ:تراجي عبد العزيز، القانون المقارن، محاضرات لطلبة السنة الرابعة ليسانس، معهد الحقوق والعلوم الإدارية،المركز الجامعي، خنشلة، السنة الجامعية 2005/2004.

المراجع باللغة الأجنبية :

- David et Foutridz, Introduction de droit comparé, paris, 2009.
- Gérard, Cornu, droit civil, introduction, paris, 13ed, 2007.
- Lean paumier, introductions ou droit compare, ed, Ghustau, dugasnentes, 1902.
- Machael A, ALHAJERI, lecteur handaut, Rechaearchemethods, 2005.
- Marc Ancel, Utilité et méthodes du droit comparés, paris,1989.
- Michel Fromont,Grandes systèmes de droit étrangères,Dalloz, paris, 1998.
- P.LE GRAND, le droit comparé, ed PUF collection " que sais je",2000.
- René david, traite élémentaire de droit civil compare, LGDJ, paris,1950.
- R.RONIERE, introduction au droit comparé, DALLOZ, paris,1979.
- R,Leageais, Grandes systèmes de droit contemporains, approches comparatives, litec ,paris, 2004.
- R,Leageais, Grandes systèmes de droit contemporains, approches comparatives, 2ed, litec ,paris,2008.
- René David, les grands systèmes de droit contemporains 6ed, DALLOZ, paris, 1998.
- l'organisation judiciaire en France in :http://www.justice.gouv.fr/art_pix/plaquette_justice_en_France.fr.pdf .

الفهرس

الفهرس		
رقم الصفحة	المحتوى	
2		مقدمة
5	مفهوم القانون المقارن وتطوره	الباب الأول
7	التعريف بالقانون المقارن	الفصل الأول
7	محاولة وضع تعريف للقانون المقارن	المبحث الأول
8	صعوبة وضع تعريف لهذا القانون مع إبراز فروعه وصوره	المطلب الأول
8	إيراد بعض التعاريف التي حظي بها هذا القانون	الفرع الأول
10	فروع القانون المقارن وصوره	الفرع الثاني
11	مكانة القانون المقارن في الدراسات الجامعية وبعض مؤسساته	المطلب الثاني
12	مكانة القانون المقارن في الدراسات الجامعية	الفرع الأول
13	مؤسسات القانون المقارن	الفرع الثاني
13	فائدة القانون المقارن	المطلب الثالث
14	فائدة القانون المقارن في المجال الوطني	الفرع الأول
15	فائدة القانون المقارن في المجال الدولي	الفرع الثاني
17	تاريخ القانون المقارن	المبحث الثاني
17	القانون المقارن في العصور القديمة	المطلب الأول
17	في بلاد ما بين النهرين	الفرع الأول
18	في مصر القديمة	الفرع الثاني
18	في اليونان	الفرع الثالث
19	في الرومان	الفرع الرابع
19	القانون المقارن في العصور الوسطى	المطلب الثاني
19	في أوروبا	الفرع الأول
21	في بلاد المسلمين	الفرع الثاني
22	القانون المقارن في العصر الحديث والعصر المعاصر	المطلب الثالث
22	القانون المقارن في مرحلة ما قبل القرن التاسع عشر (19)	الفرع الأول
25	القانون المقارن خلال القرن التاسع عشر وما بعده	الفرع الثاني

30	طبيعة القانون المقارن	الفصل الثاني
30	القانون المقارن علم مستقل بذاته	المبحث الأول
30	المدرسة التاريخية ودورها في القانون المقارن	المطلب الأول
31	مؤتمر باريس ودوره في تأكيد استقلالية القانون المقارن	المطلب الثاني
32	القانون المقارن طريقة مقارنة	المبحث الثاني
33	طريقة المقارنة المنهجية	المطلب الأول
34	أسس المقارنة المنهجية	المطلب الثاني
35	معرفة القانون الأجنبي	الفرع الأول
35	التمكن من معرفة العوامل المؤثرة في تكوين القانون الأجنبي	الفرع الثاني
36	القانون المقارن ذو طبيعة مزدوجة (علم وطريقة)	المبحث الثالث
39	وظيفة القانون المقارن	الفصل الثالث
39	تحسين القوانين الوطنية	المبحث الأول
39	رأي القائلين بأنه يعمل على تحسين القوانين الوطنية	المطلب الأول
40	مآخذ هذا الرأي	المطلب الثاني
41	القانون المقارن علم تتم دراسته عند تنازع القوانين	المبحث الثاني
41	رأي القائلين بأن القانون المقارن علم متصل بالقانون الدولي الخاص	المطلب الأول
42	مآخذ هذا الرأي	المطلب الثاني
43	القانون المقارن يعمل على توحيد القوانين	المبحث الثالث
44	القانون المقارن وعملية التوحيد الداخلي للقوانين	المطلب الأول
46	توحيد النظام القانوني	الفرع الأول
47	توحيد تفسير القانون	الفرع الثاني
49	القانون المقارن وعملية التوحيد الخارجي للقوانين	المطلب الثاني
49	التوحيد الاتفاقي للقوانين بين دولتين أو أكثر	الفرع الأول
54	التوحيد عن طريق المحاكاة	الفرع الثاني
58	الأنظمة القانونية الكبرى المعاصرة وتأثيراتها على المنظومة التشريعية الجزائرية	الباب الثاني
60	مفهوم الأنظمة القانونية الكبرى للقانون	الفصل الأول
60	تعريف الأنظمة القانونية الكبرى	المبحث الأول

61	معايير ترتيب الشرائع الوضعية في شرائع كبرى	المبحث الثاني
61	المعايير التقليدية	المطلب الأول
61	معيار صياغة القواعد القانونية	الفرع الأول
62	معيار الأجناس	الفرع الثاني
62	معيار مدى الأخذ بالقانون الروماني	الفرع الثالث
63	معيار مدى الأخذ بالدين	الفرع الرابع
64	المعيار الجغرافي (الحضاري)	الفرع الخامس
64	المعايير الحديثة	المطلب الثاني
64	معيار التقارب والتجاوب	الفرع الأول
64	أسس هذا المعيار	أولا
65	حصر نوع الأنظمة المقارنة تبعا لهذا المعيار	ثانيا
66	معيار دولة القانون	الفرع الثاني
66	أسس هذا المعيار	أولا
67	حصر نوع الأنظمة القانونية وفقا لهذا المعيار	ثانيا
70	دراسة أهم الأنظمة القانونية الكبرى	الفصل الثاني
70	العائلة (الشريعة) القانونية اللاتينية، الجرمانية	المبحث الأول
70	النظام القانوني و القضائي الفرنسي	المطلب الأول
70	مصادر القانون الفرنسي عند تشكله	الفرع الأول
72	دور الثورة الفرنسية في تكوين النظام القانوني الفرنسي	الفرع الثاني
72	النظام القضائي الفرنسي	الفرع الثالث
73	النظام القضائي العادي وتشكيلته	أولا
76	النظام القضائي الإداري وتشكيلته	ثانيا
77	النظام القانوني والقضائي الألماني	المطلب الثاني
77	مراحل تكون النظام القانوني الألماني	الفرع الأول
79	مصادر القانون الألماني	الفرع الثاني
80	النظام القضائي الألماني	الفرع الثالث
81	النظام القضائي العادي وتشكيلته	أولا
81	النظام القضائي الإداري وتشكيلته	ثانيا

82	القضاء الدستوري	ثالثا
82*	القضاء العمالي والاجتماعي	رابعا
82	القضاء المالي	خامسا
83	العائلة (الشريعة) القانونية الأنجلوساكسونية	المبحث الثاني
83	النظام القانوني والقضائي الإنجليزي	المطلب الأول
83	ظهور القانون الإنجليزي وتطوره	الفرع الأول
86	خصائص القانون الإنجليزي	الفرع الثاني
88	مصادر القانون الإنجليزي	الفرع الثالث
89	النظام القضائي الإنجليزي	الفرع الرابع
89	الجهات القضائية العليا	أولا
91	الجهات القضائية الدنيا	ثانيا
91	النظام القانوني والقضائي الأمريكي	المطلب الثاني
93	خصائص قانون الولايات المتحدة الأمريكية	الفرع الأول
94	مصادر قانون الولايات المتحدة الأمريكية	الفرع الثاني
94	النظام القضائي للولايات المتحدة الأمريكية	الفرع الثالث
94	النظام القضائي للولايات	أولا
95	النظام القضائي الفيدرالي	ثانيا
98	تأثير القانون المقارن على المنظومة التشريعية الجزائرية	الفصل الثالث
98	مرحلة تكوين المنظومة التشريعية الجزائرية وخصائصها	المبحث الأول
98	خلال مرحلة الاحتلال	المطلب الأول
99	بعد مرحلة الاحتلال	المطلب الثاني
100	خصائص القانون الجزائري	المطلب الثالث
102	تأثر المشرع الجزائري بالقانون المقارن	المبحث الثاني
103	تأثير القانون المقارن على المنظومة الجزائرية في نطاق التشريع	المطلب الأول
105	تأثير القانون المقارن على المنظومة الجزائرية في نطاق الاجتهاد الفقهي والقضائي	المطلب الثاني
108		خاتمة
111		قائمة المراجع
115		الفهرس