الأكاديمية العربية الدولية
Arab International Academy

الأكاديمية العربية الدولية

المقررات الجامعية

www.aiacademy.info | care@aiacademy.info

معهد: الحقوق و العلوم السياسية

قسم: الحقوق

مطبوعة بيداغوجية بعنوان :

محاضرات في مقارنة الأنظمة القانونية

المستوى:السنة الثالثة

التخصص:القانون العام

السداسي: الخامس

إعداد الدكتور: علي عثماني

الرتبة: أستاذ محاضر قسم " أ"

السنة الجامعية:2022/2021

مقدمة :

إنّ الأنظمة القانونية في العالم تختلف بتعدّد الدول و باختلاف أشكالها ، و تتباين من حيث مصدرها أو بنيتها بتباين أنظمتها الإقتصادية و السياسية و الاجتماعية ، و تطبيقًا لذلك فإنّ القوانين في الدول الموحدة تختلف عن قوانين الدول المركبة ، طبقا لما تحدده دساتيرها ، و من جهة أخرى فان لبنية القوانين تختلف في الدول الليبرالية عن بنية القوانين في الدول الاشتراكية ، و إنّ دراسة التشريعات المختلفة و النظم المقارنة تساهم في فهم أفضل للقانون الوطني ، و اكتشاف ما قد يعتريه من عيوب و ثغرات و إدراك أفكاره الكامنة ، ثم تطويره و إصلاحه ، على أساس أنّ الإحاطة بايجابيات النظام القانوني أو القضائي الداخلي أو دعمها أو اكتشاف سلبياته و إصلاحها ، لا تُحقق بشكل مُكتمل إلاّ من خلال مُقارنته بأنظمة و قوانين الدول الرائدة في هذا المجال [1].

هذا و تُعتبر دراسة الأنظمة المقارنة اليوم عُنصرًا أساسيًا لكل علم قانوني أو ثقافة قانونية ، كما أصبحت الدراسة المقارنة ركنا أساسيًا و عُنصرًا فعّالا في علم القانون إن لم نقل عنه قانون القوانين بما اشتمل عليه من دراسة للقوانين من حيث زمانها و مكانها مساهمة منه لتدعيم هذا التقارب و التوحيد ، كما أنّه أصبحت دراسة مقُارنة الأنظمة القانونية أداة ضرورية لتنظيم التحول و ذلك بواسطة مقارنة القوانين المعاصرة بعضها ببعض ، ثم استخلاص أما هو مشترك من القوانين بينها ليكون أساسا للتنسيق في علاقات الدول فيما بينها و رائدا لتعاونها .

[1]- حميد شاوش ،مطبوعة بيداغوجية بعنوان :الأنظمة القانونية المقارنة ، محاضرات ألقيت على طلبة السنة الثالثة قانون عام التخصص : مؤسسات سياسية و دستورية ، قسم العلوم القانونية و الإدارية ، كلية الحقوق و السياسية ، جامعة 8ماي 1945 قالمة السنة الجامعية: 2017-2018 ، ص01

و من ثمّة فإنّ المجتمع يتأثر بهذه التطورات و ينسجم و يتكيّف معها في جميع المجالات كي يتحقق الهدف الذي يقوم عليه كل مجتمع معاصر من تنظيم و انسجام [2].

و من خلال المقارنة بين القوانين المعتمدة التي وضع القانون المقارن أساسها و حدد أهدافها يُؤدي ذلك بدون شك إلى إثراء علم القانون ، وهو إثراء تُساهم فيه كل الشعوب و تُشارك كذلك في جني ثمار فكرة التوحيد هذه الأخيرة التي تُعتبر فكرة فلسفية في أساسها نادى بها بعض فلاسفة " اليونان " كما نادت به " الشرائع السماوية و قد عبّرت هذه الفكرة عدّة عصور و دعى إليها الكثير من المفكرين ، حيث أصبحت حقيقة في كثير من المجالات ، متخذة المقارنة كسبيل للوصول إلى هذا التوحيد في النطاق الوطني و الدولي :[3]

- في النطاق الوطني :

كثيرا من الدول " تأثرت " و الصحيح اقتبست قوانينها على أنظمة دول أخرى سبقتها في التجربة ، فمعرفة القوانين الأجنبية يُساعد على معرفة و فهم و تحكم أكبر في القوانين الوطنية و تطويرها، فالمشرع في مختلف الأزمنة و الأمكنة اعتمد على الدراسات المقارنة ، لانجاز مختلف أعماله ، فالحركة التشريعية عبر العالم ، كانت دائما متأثرة بما ينجز هنا و هناك من إصلاح و تجديد للأنظمة القانونية ، كما هو الحال في القانون التجاري ، الجنائي ، القوانين الاجتماعية ، الضمان الاجتماعي ، قانون حماية البيئة ، حماية المستهلك ، الحماية من إخطار التطور ...إلخ .

فعلى سبيل المثال لا الحصر ، " الشيك" إنجليزي الأصل ، " عُقوبة الحبس مع عدم التنفيذ " بلجيكي الأصل ، " الشركة ذات المسؤولية المحدودة و شركة الرجل الواحد "

[2]- عبد الرزاق بن خروف ، مدخل للقانون المقارن ، محاضرات ألقيت على طلبة السنة الرابعة ليسانس ، السنة الجامعية : 2008/2007 ، ص 01.

[3]- عبد الرزاق بن خروف ، نفس المرجع ، ص 02 ، و حميد شاوش، المرجع السابق ، ص 07.

أصلها ألماني ، " الإيجار الاعتمادي " أصله أمريكي " الشهر العقاري " أصله استرالي ... و غيرها من الأنظمة ، ذلك أنّ الاستعانة بالدراسات المقارنة في وقتنا الحاضر ، أصبحت ضرورة و حتمية ، إذ أنّه يُساهم ومن خلال مختلف الاجتهادات في عملية تفسير القانون ، الأمر الذي انعكس على التشريع ، ذلك انه إذا كان بالإمكان أن يكتسب التشريع الطابع الوطني ، إلاّ أن العدل و الإنصاف يختلف عن القانون و يجتاز الحدود الإقليمية للوطن بحيث ما يصاغ و ما يحكم به في بلد ما يمكن أن يؤثر في بلد آخر من نفس النظام القانوني .

- في النطاق الدولي :

كثيرا من الأنظمة الدولية ، نشأت عن طريق الاتفاقيات و العاهدات الدولية ، و أصبح للمقارنة شأن في الدراسات القانونية ، فهي تحث و تدفع مصادر القانون من تشريع و قضاء إلى مسايرة التطور العلمي المتسارع ، فيزداد التقارب و التعاون و الانسجام بين الشعوب [4]، إذ تساهم الدراسات المقارنة على المستوى الدولي في التقريب بين الشعوب و حسن التفاهم و التعاون بينها ، و في سبيل تحقيق هذا الهدف دعى الفقيه الفرنسي " لامبير " lambert" في المحاضرة الافتتاحية للموسم الجامعي إلى جعل الدراسات المقارنة وسيلة اتصال بين القوانين الوطنية لتكوين ضمير قانوني عالمي تؤدي إلى جعل القانون أداة تفاهم بين الشعوب لتتمكن من الاتفاق فيما بينها ، كما يقوم بتوثيق العلاقات بين الدول من خلال إعداد مختلف المعاهدات [5].

[4]- ينظر حميد شاوش ، المرجع السابق ، ص 03

[5]- نفس المرجع ، ص 09.

هذا و سوف يتم التطرق من خلال محاضرات مقارنة الأنظمة القانونية إلى العناصر الآتية :

-الباب الأول: القانون المقارن و تطوره

الفصل الأول : مفهوم القانون المقارن و بيان طبيعته .

الفصل الثاني : مراحل القانون المقارن و تطوره

- الباب الثاني :الأنظمة القانونية المقارنة

الفصل الأول : (- النظام القانوني اللاتيني الجرماني (المصادر و المناهج) .

الفصل الثاني :(- النظام القانوني الأنجلوسكسونية : (المصادر و المنهاهج)

الفصل الثالث : (النظام القانوني الإسلامي) .

-الباب الأول: القانون المقارن و تطوره

من خلال الباب الأول : القانون المقارن و تطوره ، التطرق إلى مفهوم القانون المقارن و بيان طبيعته(الفصل الأول) ،و في(الفصل الثاني) مراحل القانون المقارن و تطوره .

الفصل الأول :ماهية القانون المقارن و بيان طبيعته .

و يتم معالجة في الفصل الأول بيان تعريف القانون المقارن (المبحث الأول) (المبحث الثاني) طبيعة القانون المقارن .

المبحث الأول : مفهوم القانون المقارن .

ففي المبحث الأول يتم التطرق بتعريف القانون المقارن (المطلب الأول) و في المطلب الثاني (فروع القانون المقارن) أما المطلب الثالث (صور القانون المقارن) .

المطلب الأول : تعريف القانون المقارن

يُعرّف كل من الاستاذان " لامبيير " و " ساليي" القانون المقارن بأنّه:" العلم الذي بحث عن القواعد المشتركة بين الشرائع و النظم المختلفة " و يعرفه مؤتمر لاهاي لسنة 1937 بأنه القانون المقارن هو :" يعمل على المقارنة بين قوانين بلدان مختلفة و استخلاص من هذه القوانين أوجه الشبه و الاختلاف " ، و من جهته " د.دافيد و قوتدريج" يعرّف القانون المقارن بأنّه :" الطريقة المقارنة في تطبيقها على الدراسات القانونية "

و من جانبه الدكتور خليل الجزائري :" فيعرّف القانون المقارن بأنّه :" علم منهجي يستهدف دراسة النظم القانونية لاستخلاص أوجه الشبه و الاختلاف و تحديد

جوهرها الاجتماعي و شكلها ووظائفها بغية إظهار الاتجاهات المتعارضة و المتناقضة في مختلف نماذج نظم القانون و ترجي بعضها عن بعض "[6].

ومما سبق بيانه من مختلف التعريفات يتضح جليا ان القانون المقارن :[7]

- ليس مجموعة من القواعد التي تنظم حياة المجتمع كالقانون الجزائري أو الفرنسي
- القانون المقارن ليس فرعا من فروع القانون كالقانون المدني أو القانون التجاري ...
- القانون المقارن ليس مجموعة قواعد تنظم موضوعا معينا في نطاق فرع من فروع القانون كنظام الملكية أو الأهلية .

فكل ما يدل عليه هذا التعبير الاصطلاحي للقانون المقارن بأنه دراسة قانونية أو بحث قانوني أو بحث قانوني يقوم على المقارنة أو الموازنة بين قانونين أو أكثر.

[6]- ينظر عبد الرزاق بن خروف ، المرجع السابق ، ص 04

[7]- بن سعيد موسى ،مطبوعة محاضرات " القانون المقارن " ،موجهة لطلبة ماستر 01 شريعة و قانون ، قسم العلوم الإسلامية ، كلية العلوم الإسلامية ، جامعة محمد بوضياف – المسيلة ، السنة الجامعية :2019-2020، ص 02.

المطلب الثاني : فروع القانون المقارن

للقانون المقارن نفس تقسيمات التي يعرفها القانون في فروعه بين القانون العام و القانون الخاص ، فالقانون العام يقسم إلى القانون المقارن الدستوري ، و القانون المقارن الإداري و القانون المقارن الدولي .

و هو نفس التقسيم بالنسبة للقانون الخاص ، القانون المقارن المدني ، القانون المقارن التجاري ، و القانون الدولي الخاص المقارن[8] .

المطلب الثالث : صور المقارنة[9]

إنّ الدراسات المقارنة تتخذ العديد من الأشكال ، فنميز بين القانون المقارن الوصفي و القانون التطبيقي و القانون المقارن النظري و القانون المقارن التاريخي و العديد من الأشكال الأخرى و التي نوضحها كما يلي :

- **القانون المقارن الوصفي :** و يقصد به عرض قانونين أو إظهار ما يميزها عن بعضها بإظهار الفروق التي بينتها للتعرف على القوانين الأجنبية و الحصول على معلومات دون غاية أخرى و كمثال على ذلك ، التمييز بين تامين الكوارث الطبيعية في كل من النظامين الفرنسي و الجزائري .

- **القانون المقارن التطبيقي** : و يعتمد على القانون التطبيقي لتحقيق هدف عملي محدد يتجاوز تحصيل و جمع المعلومات الأجنبية ، فهو ليس مجرد وصف للخلافات القائمة بين المفاهيم و القواعد و الأنظمة القانونية موضوع المقارنة دائما ، فهو تحليل جوهري و دقيق للقوانين موضوع المقارنة ، ثم استنباط النتائج من هذا التحليل و كمثال على ذلك : حماية المؤمن له كمستهلك في النظام الجزائري و الفرنسي .

[8]- ينظر بن سعيد موسى ، المرجع السابق ، ص02

[9]- ينظر عبد الرزاق بن خروف ، المرجع السابق ، ص 04

- **القانون المقارن المجرد** : و يهدف إلى تكثيف تحصيل المعلومات في المجال القانوني و هذا ما يسميه " رابل Rabel" بالمقارنة البحتة و لكن و بحسب الفقيه " Guittridje" لا وجود لهذه الطريقة في القانون المقارن .

المبحث الثاني : طبيعة القانون المقارن (طبيعة دراسة الأنظمة القانونية)

بداية نشير إلى اختلفت الآراء بين مختلف الفقهاء حول تحديد طبيعة القانون المقارن ، فمنهم من يرى أن القانون المقارن عبارة أنه علم (المطلب الأول) ، و منهم من يرى أنه طريقة(المطلب الثاني) و اتجاه ثالث من الفقهاء الذي هو في حقيقة الأمر رأي ترجيحي أو الرأي التوفيقي بمعنى أن القانون المقارن عبارة على انه علم و طريقة [10].

المطلب الأول : الدراسات المقارنة (القانون المقارن) علم .

يرى الفقيهان " ايدموندلومنبار " و " يرمون سالي " إن القانون المقارن عبارة عن علم قائم بذاته و يتميز بخصائصه كباقي العلوم (كعلم النفس و علم الاجتماع ..." و هدفه وضع قانون مشترك بين الدول ، و على هذا الأساس يقسم القانون المقارن إلى قسمين :

- **التاريخ المقارن** : و يدرس فيه أصل و تطور القواعد القانونية في جميع الشرائع و النظم القانونية ، و يهدف إلى البحث فيما يوجد بين الظواهر القانونية من تشابه

- **التشريع المقارن** :و يهدف إلي البحث في الشرائع الوضعية على الأسس المشتركة بهدف تكملة القوانين الوطنية و تطويرها ، للحصول على قواعد قانونية جديدة .

[10]- ينظر بن سعيد موسى ، المرجع السابق ، ص02 و ينظر عبد الرزاق بن خروف ، المرجع السابق ، ص 04 ، و ينظر محاضرات في مقياس ،القانون المقارن تصنيف مجيدي فتحي ، محاضرات ملقاة على طلبة الحقوق السنة الرابعة ، قسم الحقوق ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة الجلفة ، السنة الجامعية : 2011-2012، ص 01.

هذا و قد تأثر هذا المذهب بالأفكار التي كانت سائدة قبل مؤتمر باريس لعام 1900 خاصة تلك التي تجعل من القانون الطبيعي القانون المثالي ، فهو وسيلة للوصول إلى قانون مشترك للإنسانية ، كما دافع عن هذا المبدأ الفقيه " تراد " و الفقيه " سالي " خلال مؤتمر باريس ، ومما قال " تراد " :" فالقانون المقارن كعلم مستقل يدرس النظام القانوني المطلق و العلاقة بين مختلف القواعد القانونية في مختلف مراحلها الاجتماعية و هذا ما يجعل القانون المقارن يتقاطع مع علم الاجتماع القانوني " .

أما " سالي " المتأثر برأي " اهرنج " و المتمثل في أن القانون يتغير و يتطور باستمرار متكيفا مع متغيرات الحياة الاجتماعية ، فالقانون المقارن كعلم مستقل يبحث عن تحديد (المثالي النسبي) المستخرج من مقارنة التشريعات و من تطبيقاتها ومن نتائجها المختلفة ، و يقصد بالمثالي :" القانون الطبيعي المثالي " ومع ذلك فله مضمون مُتغيّر وهو الذي يحدث عن التشريع الأحسن و الأفضل من أجل اعتماده

هذا و قد انتقد هذا الرأي لان القانون المقارن لا يمكنه بحال من الأحوال أن يصل إلى قانون مشترك للإنسانية ، و إن كان يمكنه الوصول إلى مشترك للدول التي يوجد بينها عوامل مشتركة تاريخية و اقتصادية [11].

[11]- ينظر بن سعيد موسى ، المرجع السابق ، ص02 .

المطلب الثاني : الدراسات المقارنة (القانون المقارن) طريقة .

لقد ساد هذا المذهب بعد الحرب العالمية الثانية نتيجة الخلافات و النقاش التي أثارها مؤتمر باريس 1900 خلافات حول و أهداف ووظائف القانون المقارن و حول المنهج الذي يتعين إتباعه في دراسته كذلك كان الخلاف حول تعريفه بل و حتى على تسميته (استعملت اصطلاحات أخرى غير القانون المقارن كمقارنة القوانين ، الطريقة المقارنة للتشريع ، التشريع المقارن ، و في انجلترا غلبت تسميته بالاجتهاد المقارن) و تحددت هذه الاختلافات و المناقشات في (مؤتمر لاهاي للقانون المقارن 1937) الذي عرف القانون المقارن دون التطرق إلى طبيعته : يعمل على المقارنة بين قوانين بلدان مختلفة و استخلاص بين هذه القوانين من أوجه الشبه أوأوجه الخلاف و على رأس هذا المذهب" قوتريدج" في انجليترا بنشر مؤلفه(القانون المقارن مدخل إلى الطريقة المقارنة في البحوث القانونية) 1946 ، و ترجم الى الفرنسية سنة 1953 و تبعه و تبعه في ايطاليا الأستاذ " اسكاريلي " و في فرنسا " دافيد " بنشر مؤلفه سنة 1950و يرى أصحاب هذا المذهب أنّ القانون المقارن هو الطريقة المقارنة في تطبيقها على الدراسات القانونية و أن الأفكار التي كانت سائدة قبل الحرب العالمية الثانية و التي تعتبر القانون المقارن علما لم تكن حسب هذا المذهب موفقة و أدت هذه الأفكار إلى جدل عميق ذات القانون المقارن ليس علما و لا فرعا من فروع القانون

و إنما هو طريقة للطريقة للمقارنة في مجال العلوم القانونية أو منهج دراسة و بحث فالقانون المقارن حسب هذا المذهب ليس غرض بذاته كبقية فروع القانون ، و إنّما هو وسيلة ومنهج و تقنية تتبع للبحث في مواضيع تتصل بفروع أخرى من فروع القانون ، و لقد لقي هذا المذهب الجديد للقانون المقارن صدى عند الفقهاء خاصة عند المناهضين لتوحيد القانون كالبريطانيين الذين نشأ و في تقاليد خاصة ومتمسكون بقوانينهم كذلك الدول الاشتراكية الذين يرفضون فكرة التقريب بين القوانين البرجوازية وقانونهم الاشتراكي .

مهما كان الجدل و الخلاف بين الفقهاء ، فلم يعد له أي أثر مادام أنّ القانون المقارن حسب " الأستاذ دافيد " يقوم على أسس علمية و يتجلى ذلك من خلال كشف الحقائق [12].

[12]- ينظر طروب كامل ،محاضرات في القانون المقارن ، موجهة لطلبة السنة أولى ماستر : تخصص شريعة و قانون جامعة باتنة 1 ، السنة الجامعية : 2020/2019، ص ص 26و 27.

المطلب الثالث : الدراسات المقارنة (القانون المقارن) علم و طريقة (الرأي الترجيحي)

إنّ للقانون المقارن أهمية في إثراء فروع القانون المختلفة ، و يؤدي إلى التقارب و التفاهم بين الشعوب ، و هذا الدور الذي يقوم به لكشف الحقائق العلمية و التقريب بين الشعوب من خلال مقارنة قوانينها و إرساء قواعد أو مبادئ مشتركة بينهما تجعله ذو طبيعة مزدوجة .

فيبدو علما ، في نطاق المقارنة بين الشرائع ، و ذلك بعد تصنيفها إلى طوائف و عائلات كبرى ، و تتميز بمناهجها و مركزها الجغرافي ، بحيث يمكن أن يتألف منها ما يسمى بالجغرافيا القانونية ، و تتناول مركزه الجغرافي و تطوره التاريخي و تقوم بعد ذلك بمقارنة بين عناصر هذه المناهج الأساسية و تبيان الخصائص المشتركة بينهم ، و بهذه الدراسة يتجمع بناء متكامل من المعلومات الخاصة بالعناصر الأساسية لقوانين الدول المختلفة ، و لتحقيق هذه الغاية يعتمد على الطريقة المقارنة في تحصيل المعلومات الخاصة بالعناصر الأساسية لقوانين الدول المختلفة و لتحقيق هذه الغاية يعتمد على الطريقة المقارنة في تحصيل المعلومات المتشتتة و المتفرقة و الكشف عنها بالملاحظات الجزئية في شتى المجلات القانونية .

هذا و يلاحظ الدكتور " خليل الجزائري :"أن المنهج و العلم مترابطان و يقعان في علاقة متداخلة و من العسير ميدانيا وواقعيا التفرقة بين الوسائل و النتائج في مجال المعرفة بين النظرية و المنهج ، فالمنهج كما يقول الدكتور خليل الجزائري " يقع في وحدة مترابطة مع النظرية ، من حيث الموضوع يمكن لأي نظام معرفي أن يصبح

منهجا ، ومن حيث الجوهر ، المنهج هو النظرية نفسها المتوثق منها بالممارسة ، فالفلسفة مثلا هي علم و في نفس الوقت منهج غير أنّه منهج عام .

فالمضمون الأساسي لمنهج العلم يشكل أولا و قبل كل شيء ، حسب نفس الكاتب النظريات العلمية المتوثق منها بالممارسة ، إذ أن أية نظرية من حيث الجوهر تتصدى لوظيفة المنهج عند بناء النظريات الأخرى سواء كان ذلك في المعرفة العلمية أو ميادين أخرى .

فالدكتور خليل الجزائري يقول :" لا ينبغي نفي وجود منهج مقارن كأحد أساليب معرفة الواقع و البحث و النشاط العلمي ، و في ذات الوقت فان القانون المقارن هو علم ومن حيث مضمونه هو علم منهجي يكون جزء من علم مناهج القانون ، و من المؤكد كما يقول الأستاذ " دافيد " على انه " لا وجود لعلم القانون إلا إذا كان عالميا " [13].

[13]- ينظر عبد الرزاق بن خروف ، المرجع السابق ، ص 09

المبحث الثالث : طرق المقارنة و مراحلها .

من خلال المبحث الثالث نتطرق إلى أنواع المقارنة (المطلب الأول) أما(المطلب الثاني) فيكون محل دراسة مراحل المقارنة، فمن أجل و تقدير القانون الوطني بطريقة صحيحة ، يجب ألاّ تقتصر المقارنة بينه و بين القوانين القريبة منه فحسب ، و إنّما يجب أن تمتد إلى القوانين التي لا صلة له بها ، أي التي تخالفه من حيث عناصره الأساسية[14].

المطلب الأول : أنواع المقارنة [15].

تتم الدراسات المقارنة بين القوانين الوضعية و تتم المقارنة في هذا الإطار بين قوانين تنتمي إلى عائلات مختلفة ، أم بين قوانين الدولة الواحدة كالدولة الفيدرالية كما قد تتم المقارنة بين القوانين الوضعية و الشريعة الإسلامية ، و لا تنظر التشريعات الغربية إلى الشريعة الإسلامية على أساس أنها نظام كامل بل تعتبرها عائلة تقليدية ثانوية ، لهذا على الباحثين في العالم الإسلامي الالتزام بإظهار ما يوجد من القانون الوضعي من خلل و لُبس و شرح الحلول التي تتضمنها الشريعة الإسلامية بطريقة منطقية علمية .

و المقارنة ليست غاية في حد ذاتها بل وسيلة كما تُشير الدول الآسيوية تفضل الحلول السلمية و ترى بأن القانون ليست الوسيلة المثلى لحل النزعات ...[16] .

---

[14]- ينظر محمد نصر محمد ،علم القانون المقارن و تطبيقاته القضائية ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، 2013 ، ص 08 أشار إليه حميد شاوش المرجع السابق ، ص 9.

[15]- ينظر بن سعيد موسى ، المرجع السابق ، ص 04، حميد شاوش المرجع السابق ، ص 9.

[16]- ينظر راجي عبد العزيز ،محاضرات لطلبة السنة الرابعة ليسانس " القانون المقارن " ، معهد الحقوق و العلوم الإدارية ، المركز الجامعي خنشلة ، السنة الجامعية : 2005/2004 ، ص 4.

هذا و يمكن تحديد طرق المقارنة على النحو الآتي : المقابلة ، المقاربة المضاهاة و المقارنة المنهجية .

الفرع الأول : المقابلة و المقاربة

أولا : المقابلة . و تسمى المجانبة و التي من خلالها يضع الباحث النصوص التي تعالج موضوعا معينا جنبا لجنب و يستخلص مواضع التشابه و الاختلاف و يقارنها مع قانونه الوطني فيتبين بذلك من اختلاف و ائتلاف مثل أحكام الزواج أو الطلاق أو الحضانة .

ثانيا : المقاربة . و يدرس الباحث من خلالها التقاربين القوانين المتشابهة في الخصائص كالقوانين اللاتينية الجرمانية باستمدادها من مصادر قانونية مشتركة تخضع لمنهاج قانوني واحد يجعلها قابلة للمقارنة ، و تستعمل كثيرا لتوحيد القوانين الداخلية للدول الفدرالية ، و في الشريعة الإسلامية يوجد نطاقا مشابها لذلك حيث سعى بعض العلماء إلى المقارنة بين أحكام المذاهب الإسلامية المختلفة و يطلق عليها اسم " علم الخلاف " أو " الفقه المقارن " .

الفرع الثاني :المضاهاة (المعارضة) ، المقارنة ، المقارنة الأفقية و العمودية الموازنة(المقارنة المنهجية) .

أولا : المضاهاة (المعارضة)

تقوم هذه الطريقة على تبيان أوجه الخلاف بين منهجين مختلفين كالمنهج اللاتيني الجرماني و المنهج الاشتراكي أو المنهج الأنجلوساسوني .

ثانيا : المقارنة الأفقية و العمودية

الأفقية تكون بين قانونين وضعيين متباعدين في المكان كالمقارنة بين القانون الصيني و الجزائري أما العمودية فتكون في القوانين المتباعدة في الزمن كقانون حمو رابي و القوانين الحالية و ذلك للوقوف على مدى تطور القانون .

ثالثا: الموازنة (المقارنة المنهجية) .

إذا كانت طرق المقارنة السابقة تقوم على تقرير وصفي بخصائص قانونية معينة ، و تكتفي ببيان أوجه التشابه أو الاختلاف بينها ، فان طريقة المقارنة المنهجية هي أهم طرق المقارنة ، لأنّ المقارنة بموجبها تنتهي إلى نتيجة إيجابية ، بحكم أنها تخضع لمنهج يساعد على استخلاص نتائج يتعرف الباحث بموجبها على القانون الأفضل بعد دراسة أسباب الاختلاف و التشابه ، على ضوء الظروف المؤثرة في القاعدة القانونية و المحيطة بها .

هذا و تقُوم هذه الطريقة على تحليل القاعدة القانونية في النصوص الأجنبية و تجزئتها ، أي بحث العلاقة بين العناصر الجزئية في القوانين المختلفة ، و تسمى بالمقارنة الجزئية ، ثم دراسة النظام الذي يحتويها ، و أخيرا تحديد موقعها من المنهج بصفة عامة . غير أنّ هذه الطريقة لا تقوم بصورة ناجحة إلاّ بتوافر مقوماتها الأساسية المتمثلة أساس في ضرورة معرفة القانون الأجنبي محل المقارنة معرفة موضوعية كاملة و الإحاطة بأحكامه و لغته و مصطلحاته بدقة [17].

[17]- ينظر حميد شاوش ، المرجع السابق ، ص 11

المطلب الثاني : مراحل المقارنة .

و تمر هذه المراحل بالمرحلة التحليلية (الفرع الأول) ، و المرحلة الاستنتاجية (الفرع الثاني) و التي نتطرق من خلالها كما يلي : [18].

الفرع الأول : المرحلة التحليلية.

تبدأ هذه المرحلة بتجزئة النص الأجنبي أي تحليل القاعدة القانونية الأجنبية إلى جزئيات ، ثم دراسة النظام الذي تحتوي عليه هذه القاعدة و بعدها ينتقل الباحث إلى دراسة المنهج الكامل للقانون الأجنبي ، فلو أراد الباحث الجزائري أن يقارن بين القانون الجزائري و القانون الفرنسي أو القانون الألماني أو السويسري في موضوع الحضانة مثلا أو توزيع الميراث ، فإنّه يقوم بداية بدراسة القاعدة القانونية وما يتفرع عنها من الحالات ثم ينتقل إلى النظام القانوني بأكمله ليتمكن من فهم القاعدة المراد دراستها ، ومدى تقاربها مع القواعد الأخرى محل المقارنة فيتعرف على أحكام الولد غير الشرعي و الولد بالتبني و غيرها من المراكز القانونية لهذه الوضعية في القوانين محل المقارنة ليشمل العلاقة بين الرجل و المرأة قبل الزواج و بعده ، ثم العلاقة بين الوالدين و الأولاد و مدى سلطة الأبوين عليهم إلى غير ذلك من الحقوق أو الحماية التي يتمتع بها الطفل في مختلف محل المقارنة و مدى مطابقتها لقواعد حقوق الإنسان العالمية .

فهذه المرحلة تشمل في نهاية المطاف دراسة الأنظمة القانونية الأجنبية محل المقارنة بأكملها و مواجهتها فيما بينها و الوقوف على أوجه الشبه و الاختلاف في القاعدة القانونية و النظام القانوني و المنهج بأكمله و بذلك يصبح استخلاص النتيجة ميسورا و سهلا .

[18]- ينظر طروب كامل ،المرجع السابق ، ص 30

* **العناصر التي تقوم عليها المرحلة التحليلية :** تقوم هذه المرحلة من المقارنة على عناصر أساسية يتعين على الباحث مراعاتها و التي تتمثل في :

– **معرفة القوانين محل المقارنة :** يجب على الباحث أن يطلع على القانون الأجنبي اطلاعا كافيا ، فلا يُمكن للباحث أن يُصبح مُقارنًا ، إلاّ إذا تعرف على القانون الأجنبي من الناحية النظرية و التطبيقية ، و هذا يتطلب معرفة القانون الأجنبي و معرفة اللغة لا تكفي بل على الباحث المقارن أن يلم بمصطلحات و مفاهيم القانون الأجنبي ، و على الباحث أن يتجنّب الأخذ بقاعدة قانونية أو مضمون حكم قضائي إلا بالرجوع إلى نصها الأصلي ، و أن يتجنب كذلك الدراسة السطحية و يحظر التشابه السطحي لأنّه قد يكون هناك اختلاف إذا كانت الدراسة معقدة .

–البحث عن العوامل المؤثرة في تكوين القانون الأجنبي :[19]

من المسلم به أنّ كل قانون تؤثر في عملية تكوينه عوامل تاريخية و اجتماعية و سياسية .

– فمن الناحية التاريخية :يتعين على الباحث أن يطلع على العوامل التاريخية التي ساهمت في تكوين القانون الأجنبي محل المقارنة ، فالنظم القانونية الانجلوسكسونية لا يمكن فهمها بشكل واضح إلا بالرجوع إلى أصلها التاريخي .

و لتوضيح أهمية العوامل التاريخية في فهم القوانين نشير إلى الاختلاف بين القانون الفرنسي و الألماني فيما يتعلق بفسخ العقد مثلا يرجع إلى أسباب تاريخية، ففي القانون الفرنسي لا يتقرر فسخ العقد (كقاعدة عامة) إلا بحكم قضائي ذلك أن القانون المدني الفرنسي مستمد من القانون الكنسي الذي يقرر الفسخ عند امتناع المدين عن الوفاء بوعد قطعه لدائنه ، فإذا أخل المدين بما تعهد به فيكون بذلك قد

[19]- ينظر طروب كامل ،المرجع السابق ، ص32

ارتكب خطيئة أخلاقية يعاقب عليها القضاء فيكون المدين مستحقا للجزاء جراء جنيه ، و قد انتقل هذا المبدأ إلى القانون المدني الفرنسي عن طريق الكنيسة ، أما القانون الألماني فالفسخ فيه يتم بإرادة الدائن الذي يريد أن يمنح القاعدة القانونية قوة بحيث يطبقها بصورة آلية دون حاجة إلى تأييدها بحكم قضائي .

- **من الناحية الاجتماعية** :إذ ينبغي على الباحث في مجال المقارنة أن يدرس البيئة الاجتماعية التي يطبق القانون محل المقارنة فإذا كان القانون الألماني مثلا هو المراد مقارنته فعلى الباحث أن يتعرف على الحياة الألمانية كمجتمع متقدم يعيش مرحلة ما بعد الثروة الصناعية و يحظى بمستوى معيشة مرتفع و إذا كانت الشريعة الإسلامية هي المراد دراستها و مقارنتها بالقانون الوطني ، فعلى الباحث أن يدرس أصول الفقه الإسلامي و تقاليد المجتمع الإسلامي و قيم الأسرة الإسلامية

- **من الناحية السياسية** : ينعكس الاختلاف السياسي على تحديد المفاهيم القانونية السياسية و الإيديولوجية التي تقوم عليها النظم الاشتراكية أو الدول النامية حيث تعتمد على مفاهيم و أساليب التنظيم و التسيير تختلف في مفهومها عن أنظمة الدول الغربية الديمقراطية مثل اختلاف القانون الألماني و القانون الفرنسي حول الآثار التي تترتب على مفهوم الحوادث الطارئة في تنفيذ العقود و هذا حتى في نفس العائلة القانونية و بصفة عامة ، فان المقارنة تتطلب معرفة النصوص محل المقارنة و التشريع وحده هنا لا يكف لأنّ يكون مصدرا إذ يجب الرجوع إلى الفقه و القضاء و يجب دراسة النص محل المقارنة كما ينظر إليه في النظام الذي ينتمي إليه أي في ضوء المصادر القانونية و النظام الخاص به و على القانونيين دراسة القوانين الأجنبية من الموسوعات و الكتب العامة و التوجه إلى المجموعات القانونية ثم الأحكام القضائية و على العموم يمكن الرجوع إلى الكتب العامة

و المجلات القانونية المتخصصة و مراجع البحث تعتبر أدوات الباحث للتجوال خلال القانون الأجنبي و عليه الاتصال بمصادرها سواء كانت في مجلات عامة أو مجالات القانون المقارن ...

الفرع الثاني : المرحلة الاستنتاجية .

تبدأ المقارنة المنهجية كما تمت الإشارة إليها سابقا بفهم النصوص محل المقارنة ، كما يحددها النظام الذي ينتمي إليه أي بعد الرجوع إلى مصادره المختلفة أي العوامل التي أدت إلى ميلاد هذا النص ثم يشرع في تحصيل النتائج المتوصل إليها ، و هنا تبدأ مرحلة التحليل و النتائج أو المقارنة الكلية و تهدف إلى استخلاص العلاقات بين النصوص محل المقارنة ووجود التشابه و الاختلاف و أسبابها من ناحية أخرى ، و تنتهي الدراسة المقارنة بتقرير نهائي لما توصل إليه الباحث المقارن من وجود أسباب التشابه أو الاختلاف و أن يعرض برأيه في موضوع ، و قد يكون رأيه متفقا مع أحد الأنظمة أو مخالفا أو رأي توفيقي ومن الأفضل إلا يكتف الباحث المقارن ، بهذا بل عليه أن يقدم تعليلا قانونيا موضوعيا سواء تعلق الأمر بالقانون الوطني أو الأجنبي هذه بصفة عامة هي مراحل المقارنة و صورها أو المنهج المعتمد في الدراسات المقارنة [20].

[20]- ينظر طروب كامل ،المرجع السابق ، ص34.

الفصل الثاني : مراحل القانون المقارن و تطوره .

يتم معالجة الفصل الثاني و ذلك بالتطرق إلى التطور التاريخي للدراسات القانونية المقارنة (المبحث الأول) ، أما (المبحث الثاني) فيتم ومن خلاله بيان أهمية و دور الدراسات المقارنة .

المبحث الأول : التطور التاريخي للدراسات القانونية المقارنة [21].

إنّ التطور التاريخي للدراسات القانونية المقارنة مر بالعديد من المراحل المختلفة و التي تتمثل في مرحلة نهضة حركة الجامعات في أوربا (المطلب الأول) و كذا مرحلة ركود الدراسات القانونية المقارنة (المطلب الثاني) و في مرحلة أخرى تتمثل في مرحلة انتشار الدراسات المقارنة (المطلب الثالث) .

المطلب الأول : مرحلة نهضة حركة الجامعات في أوربا

إنّ الدراسة القانونية المقارنة ليست وليدة اليوم ، فهي قديمة قدم القوانين ، و كان يعمل بها في العصور القديمة ، عمل بها العهد اليوناني ، حيث اعتمد فلاسفتها على الدراسات المقارنة عند بحثهم في القوانين ، فقد استعملها أرسطو سنة 322 –384 (ق.م) في كتابه عن السياسة بمقارنة ما يفوق عن 153 دستور من الدساتير التي كانت تحكم المدن اليونانية و استحدثها بعده صولون 640–558 (ق.م) في إعداد قوانين أثينا .

و عند إعداد الألواح الإثني عشر كلف المدونون بدراسة القوانين اليونانية و اقتباس ما يصلح منها مما جعل الكثير من المختصين يؤكدون تأثر الرومان بالقوانين اليونانية .

[21]- عبد الرزاق بن خروف ، المرجع السابق ، ص ص 16،17

و في القرون الوسطى عرفت الدراسات المقارنة انبعاثا جديدا بإحياء دراسة القانون الروماني من جديد عن طريق الحركة العلمية للجامعات الأوربية . و ذلك انطلاقا من مدينة بولون الايطالية في القرن الحادي عشر متخذة أساس دراستها ، بطريقة الشرح على المتون ....

هذا و قد تزامن انبعاثات الحركة العلمية للجامعات بانتعاش التجارة بين المدن الغربية الأوربية في القرن 11 و 12 مما سها امتداد هذه الحركة إلى كل أوربا الغربية خاصة بعد أن اضطرت الكنيسة أن تتبنى القانون الروماني و تجعل مبادئه المؤسسة على العقل مطابقة للقانون الألاهي ذلك بتأثير من القديس " توما الاكويني " .

و في القرن 13 انتقلت هذه الحركة إلى فرنسا فشرع في تدريس القانون المقارن في الجامعات و استعين بالقانون الروماني و فقهه و كذا تعاليم الديانة المسيحية لتفسير العادات المحلية ، و ساهمت كثيرا من الدراسات في تجميع الأعراف و تدوينها ثم توحيدها لتستقر في شكل ما سمي في فرنسا " القانون العرفي المشترك " .

و كانت الحركة العلمية للجامعات أساسا لظهور فكرة القانون الطبيعي كنظام عالمي صالح يحكم كافة الشعوب في كل زمان و مكان ، كما مهدت الحركة العلمية للجامعات من جهة أخرى ، السبيل لحركة التدوين و التقنين التي عرفتها أوربا في القرن 19 م .

المطلب الثاني : مرحلة ركود الدراسات القانونية المقارنة

إنّ الدراسات المقارنة اتخذت في هذه المرحلة مفهوما يقترن بدراسة القوانين الأجنبية ، و ساهم هذا الاتجاه في ركود هذه الحركة ، حيث عرفت الدراسات المقارنة ركودا نسبيا خاصة في ألمانيا ، و ذلك بعد ظهور المدرسة التاريخية القائمة على فكرة أن القوانين تستمد طابعها من ماضي الآمة و من صميم تاريخها و أن قانون كل امة ينبع من ضمير الأمة ، و كل قانون أجنبي يسيء إلى تقاليدها باستثناء القانون الروماني الذي لا يعتبر قانونا أجنبيا ، و تطبيقه منذ قرون عديدة في المجتمع الجرماني يجعله من أعراف الشعب الألماني ، و إن وجدت مقارنة في هذا المجال ، فهي مقارنة داخلية و لا تدخل في مجال القانون المقارن و امتدت هده الأفكار إلى خارج ألمانيا ، فتأثرت بها فرنسا و رأت في ثروتها 1789 صدى لتاريخها و قوميتها و اقتصر الشراح في هذه الفترة على تفسير النصوص الجديدة و التقيد بحرفية النصوص .

هذا و قد أثرت مدرسة القانون الطبيعي على ركود الدراسات المقارنة ، التي تقوم أصلا على وجود قانون عالمي جديد ثابت مبني على العدل يقتاد به المشرع في سن قوانينه الوضعية ، حق الإنسان في الحياة ، الحق في الزواج ، عدم الأضرار بالغير ، الوفاء بالعهد و غيرها من المبادئ فهذه تعتبر أبدية على أساسها يستقر النظام الاجتماعي و هي عند فلاسفة اليونان قانون غير مكتوب لأنها جزء من نظام الكون و هي عند الرومان مستقرة في الضمائر و قد تبنتها الكنيسة و قالت أنها قانون اللاهي غرضه تحقيق العدل و الخير غير أن فكرة القانون الثابت و الدائم و المطابق و طبيعة الأشياء و العقل لا تترك مكانة للقانون المقارن [22].

[22]- عبد الرزاق بن خروف ، المرجع السابق ، ص 18

المطلب الثالث : مرحلة انتشار الدراسات المقارنة

يرجع الفقهاء نشأة و تأسيس القانون المقارن إلى بداية القرن العشرين و يُعتبر انعقاد المؤتمر الأول للقانون المقارن في باريس 31جويلية إلى 04 أوت 1900 بمثابة تاريخ ميلاد القانون المقارن .

و بعد الحرب العالمية الأولى ، توسع نطاق الدراسات المقارنة بعد التحولات التي عرفها العالم و تغير الخريطة السياسية و الجغرافية للعالم ، و لم تعد الدراسات المقارنة تقتصر على القوانين اللاتينية و الجرمانية التي كانت السائدة بعد القانون المدني الألماني " BGB" في 1896 و قانون الالتزامات السويسري سنة 1908 بل تعدتها إلى قانون الكومن لو ، الذي كان سائدا في انجلترا و أمريكا و استراليا و المستعمرات الانجليزية ، و بدأت تلعب الدراسات المقارنة دورها في مجال التعاون الدولي و حل النزاعات بين الدول خاصة بعد تأسيس محكمة العدل الدولية في لاهاي التابعة لعصبة الأمم المتحدة و التي حلت محل المحكمة الدائمة للتحكيم الدولي و اعتمد كذلك على الدراسات المقارنة في عملية توحيد القوانين ، فأنشىء في سنة 1924 في لاهاي الأكاديمية الدولية للقانون المقارن [23]و التي تهدف الى توحيد القوانين ، و في نفس السنة فأنشىء التجمع الدولي للقانون الجنائي ... كما تعددت اللقاءات بين القانونيين أو ما يسمى باللقاءات القانونية في مختلف الدول انطلاقا من جمعية القانون المقارن الفرنسية سنة 1926 و مؤتمر بودابست في نفس السنة ، و في هذه اللقاءات جرت المقارنة بين قوانين متباينة و مختلفة المنهج و كانت الغاية من المقارنة ليس تحسين القوانين الوطنية أو توحيدها أو إقامة أساس قانوني مشترك بين القوانين محل المقارنة و إنما توضيح حدود التعارض بين قوانين

[23] - عبد الرزاق بن خروف ، المرجع السابق ، ص 18.

أوربا الشرقية و الغربية و فيها روعيت العناصر الفارقة التي تحدد سمات كل منها و تأثيرها في النصوص التي تجري مقارنتها مثل حرية الصناعة و التجارة ، الديمقراطية ....

و بعد الحرب العالمية الثانية و في ظل الحرب الباردة و التعايش السلمي و ظهور مناهج و أنظمة قانونية جديدة ، عرفت الدراسات المقارنة أفاقأخرى و ذلك من خلال ظهور هيئات محلية و أخرى دولية تهتم بالدراسات المقارنة و تعميم تعليمها و لم تعد هذه الدراسات تقتصر على المقارنة بين قوانين الدول الأوربية و اللاتينوجرمانية و بين دول الانجلوساكسونية بل اعتنت الدراسات القانونية المقارنة كذلك بمقارنة القوانين الغربية بقوانين المعسكر الشرقي أو قوانين الدول الاشتراكية و الدول الرأسمالية و الليبرالية و اهتمت كذلك الدراسات المقارنة بالأنظمة القانونية لدول العالم الثالث بعد زوال الاستعمار.

كما أنّ لسقوط جدار برلين و الأحداث التي عرفتها دول أوربا الشرقية من القرن الماضي ، و ما يعرفه العالم من تحولات في جميع المجالات ما هي الا مظاهر لنظام عالمي جديد يجعل للدراسات المقارنة أمرا ضروريا و حتميا لمسار متطلبات الألفية ، كل هذا يسمح لرجل القانون و لغيره أن يبقى منعزلا و منطويا حول قانونه الوطني دون اهتمام بكما يدور حوله مت تقدم ومن ابتكار و أثره على وسطه ، فالعولمة و التطور التكنولوجي و الانترنت و الاستنساخ و علم الجنات و الطاقة النووية و غيرها من التطورات المذهلة ما هي إلاّ بداية و مظاهر لثورة تكنولوجية هائلة و تحولات عميقة لمسار الإنسانية و تطورها ، سيكون القانون المقارن حتما ركيزة ضرورية لهذه التحولات[24].

[24]- عبد الرزاق بن خروف ، المرجع السابق ، ص 19.

المبحث الثاني :أهمية و دور الدراسات المقارنة .

إنّ للدراسات المقارنة أهمية بارزة و دور فعّال في مجال إثراء الدراسات القانونية بصفة عامة و على هذا الأساس يتم التطرق إلى دور الدراسات المقارنة بالنسبة للقانوني(المطلب الأول) ،أما(المطلب الثاني) فيكون محل دراسة أهمية و دور الدراسات المقارنة بالنسبة لفروع القانون ، و في (المطلب الثالث)أهمية و دور الدراسات المقارنة في المجال الدولي .كما أن للدراسات القانونية أهمية بالغة في توحيد القوانين و هو ما سوف يكون محل دراسة في (المطلب الرابع) .

المطلب الأول : أهمية و دور الدراسات المقارنة بالنسبة للقانوني

إنّ للدراسات القانونية أهمية بالغة بالنسبة للقانوني ، فلها دور في مجال التكوين ، و كذا دور و أهمية بالنسبة للقاضي ، و دور و أهمية بالنسبة للفقيه[25].

أولا : أهمية الدراسات المقارنة في مجال التكوين

تظهر أهمية القانون المقارن من خلال المكانة و الدور الذي يلعبه في مختلف المجالات فنجد معظم البرامج التدريسية لمختلف الدول تولي عناية خاصة للقانون و هي مادة مدرسة في جميع جامعات العلم على مستوى التدرج و ما بعد التدرج . و من جهة أخرى كثيرا من الدول أنشأت مؤسسات و مراكز بحث و هيئات متخصصة في الدراسات المقارنة و يمكن معرفتها بفتح أي مجلة متخصصة و هذه المؤسسات مدعمة من طرف الدول و تقوم بنشاط كبير في نشر الثقافة القانونية و إبعادها .

و تجاوزت هذه المهمة الحدود الوطنية لهذه البلدان لتتكفل بها في نطاق أوسع يخص الجهات الجغرافية أو بعض التكتلات المختلفة و تتعداه للمستوى الدولي .

[25]- عبد الرزاق بن خروف ، المرجع السابق ، ص 20 .

كما أنّ الدراسات المقارنة تلعب دورًا هامً ا في تطوير القانون و تحديثه و اعتباره عنصرا أساسيا لكل علم قانوني .

معرفة القوانين الأجنبية تكمن من مواجهة العصر و المشاكل المُستحدثة و الاحتياط منها و الإحاطة بها تمكن كل رجل قانون من فتح نافذة على المجتمع الخارجي من خلال قوانينه نظام الملكية ، نظام الجنسية ، نظام الأحوال الشخصية ، نظام الرقابة نظام الحماية ، و غيرها تعطي صورة عن المجتمع و أصوله .

فالدراسات المقارنة تمكن المشرع حين يريد وضع تشريع معين أن يستخلص القواعد المثلى من التشريعات و الأنظمة الأخرى فالبرلمانات عبر العالم تستغل هذا المجال بإنشاء مصالح خاصة بالدراسات المقارنة تستعين بها في إعداد تشريعاتها .

فالقانون المدني الفرنسي الصادر في 1804 قانون نابليون ، كان و لازال مثلا يقتدى به في جميع أنحاء العالم حيث أثر في معظم الدول الأوربية كبلجيكا لوكسمبورغ و تأثر بعضها إلى حد الاقتباس مثل الدول الأسيوية مثل : الصين و اليابان و في إفريقيا فقد طبق القانون الفرنسي في كثير من الدول خاصة في المستعمرات القديمة التي كانت خاضعة للنفوذ الفرنسي كما هو الحال في الجزائر .

ثانيا: أهمية الدراسات المقارنة بالنسبة للقاضي

تلعب الدراسات المقارنة دورًا هامًا في تنوير القاضي في تفسير النصوص و إيجاد الحلول الملائمة للقضايا المطروحة أمامه فيستعين القاضي في تفسير النصوص بالمصدر الأصلي إذا كان مصدرا أجنبيا [26].

[26] - فعلى سبيل المثال **أعمال السيادة :** إنّ أعمال السيادة أو أعمال الحكومة كما يسميها بعض الفقهاء هي قرارات إدارية تحتوي على جميع عناصر القرار الإداري و لكن القاضي لا يستطيع إلغائها لكونها تتعلق بأعمال السيادة ، و للإشارة أنّه قد استقر في فرنسا من أعمال السيادة علاقة السلطة التنفيذية مع السلطة التشريعية و استدعاء الهيئة الناخبة ، و للتوسع حول المعنى راجع ، رشيد خلوفي ، قانون المنازعات الإدارية ، الدعاوى و طرق الطعن الإدارية ، الجزء الثاني ، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر 2011. ص 42 وما بعدها .

ذلك أنه تتميز قواعد القانون بقدر كبير من العمومية و التجديد فيكون للقاضي حرية في التفسير وهو يصدر أحكامه في نطاق هذه الصيغ العامة التي كثيرا ما تفتقر إلى الوضوح و من اجل ذلك يلجا إلى مناهج عديدة في التفسير ليتمكن من إبعاد الغموض من قواعد القانون .

ومن المناهج التي يستعين بها القاضي في تفسير القانون الرجوع إلى المصدر التاريخي الذي أخذت منه فيرجع القاضي إلى القانون الأجنبي الذي اقتبس منه المشروع الوطني نظاما قانونيا معينا " فمثلا قانون الأسرة[27].أو القانون المدني [28]... و قد يقتضي الأمر الرجوع إلى المصدر التاريخي للقانون الأجنبي ذاته.

و يؤدي القانون المقارن بالنسبة للقاضي دورا هاما إذ يمكنه من إيجاد الحلول لمسألة مطروحة أمامه ، و من المألوف أن يواجه المشرع هذا الاحتمال فيحيل هو بذاته القاضي إلى مصادر احتياطية يستعين بها لاستكمال نقص التشريع ومن بينها مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة ، و هذا ما أشارت إليه المادة الأولى من القانون المدني الجزائري [29] و الآتي نصها :" يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في محتواها و إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى القانون الطبيعي و قواعد العدالة " .

و فكرة القانون الطبيعي رغم عمرها الطويل فكرة غامضة و قد حاول الفقيه " ساليي " أن يوضحها عن طريق ربطها بالقانون المقارن فلجا إلى فكرة القانون الطبيعي ذي الحدود المتغيرة للقول بوجود من المبادئ يمكن استخلاصها من القانون المقارن و يستطيع القاضي أن يستعين بها لاستكمال نقص القانون الوضعي و هذه الفكرة

[27]- القانون 84-11المؤرخ في 9 يونيو 1984المتضمن قانون الأسرة ، المعدل و المتمم
[28]- الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975المتضمن القانون المدني ، المعدل و المتمم
[29]- الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975المتضمن القانون المدني ، المعدل و المتمم

قادت الفقيه " ساليي " إلى القول بأن القانون المقارن وسيلة من أجل الوصول إلى استخلاص قانون عالمي مُشترك يصلح لحكم الإنسانية جمعاء " .

و لما كان التشريع لا يُمكن أن يَستوعب جميع المسائل التي تعرض أمام القضاء فقد تنازل للقاضي عن مدى واسع من سُلطته فمنحه الحق في أن يقيم حكمه في حالة عدم وجود نص تشريعي أو عرف مُستقر على مبادئ القانون الطبيعي و مفهوم العدالة ، و هي تعابير غامضة أراد بها المشرع أن يقطع الحجة على القاضي في عدم الفصل بالجلسة و بذلك ألزمه أن ينشأ القاعدة القانونية يستمدها من ضميره فلا يتذرع بعدم وجود نص تشريعي أو عرف مستقر أن يطبق ما كان يضع من القواعد لو عهد إليه بأمر التشريع (المادة الأولى من القانون المدني السويسري [30].

ثالثا : أهمية الدراسات المقارنة بالنسبة للفقيه .

يعتمد كل من التشريع و القضاء على الدراسات التي يقدمها الفقيه في المجال القانوني ، فيها يوجه المشرع حين وضع التشريع أو حين تعديله أو تنقيحه و يُوجه أيضا القاضي في إيجاد الحلول للمسائل التي تطرح عليه حين يكون النص القانوني الذي يعتمد عليه غامضا و توجيه المشرع و للقاضي لا يكون مُثمرًا إلاّ بقدر ما يتمتع به الفقيه من دراية بالاتجاهات القانونية العالمية ، وهو يعتمد على اطلاعه الواسع على الفكر القانوني في مجال القضاء و الفقه الأجنبي و الدراسات المقارنة هي التي تكمن من تكوين فقيه قادر على أداء هذه المهمة خير أداء .

فالفقيه حين دراسته للقوانين الأجنبية و مقارنتها بقانونه الوطني ، تظهر له عيوب هذا القانون و جوانبه السلبية ، فينتقده مُقترحًا على المشرع التعديلات التي تصحح

[30]- عبد الرزاق بن خروف ، المرجع السابق ، ص 23.

عيوبه و تسد ثغرات هو بذلك يكون الفقيه رائدا للمشرع يمهد له الطريق و يسانده في صنع القواعد القانونية و مثال ذلك دراسات الفقيه البلجيكي " سانكتليت" التي كانت تهدف إلى إخضاع حوادث العمل للمسؤولية العقدية فهي التي اوحت إلى الفقيهين الفرنسيين " سالي " و " جوسران " الأخذ بنظرية تحمل التبعة أو دور العلامة " السنهوري " في وضع تشريعات الدول العربية و تلقب عند المختصين ببلاد السنهوري [31].

المطلب الثاني أهمية و دور الدراسات المقارنة بالنسبة لفروع القانون

تلتقي الدراسات المقارنة في هذه الغاية مع عدة تخصصات أخرى كفلسفة القانون أو النظرية العامة للقانون و تاريخ القانون و علم الاجتماع القانوني بل و يفيد و يستفيد منها في نفس الوقت ، لكنه لا يختلطبها ، إذ لكل واحد من هذه المعارف مجاله الخاص كما أنّه يُفيد كثيرًا في دراسات القانون الدولي الخاص و كذا القانون الدولي العام [32].

و نتطرق و من خلال المطلب الثاني إلى أهمية و دور الدراسات المقارنة بالنسبة لفروع القانون ، فبالنسبة لفلسفة القانون و تاريخ القانون و كذا بالنسبة للنظرية العامة للقانون .

[31]- عبد الرزاق بن خروف ، المرجع السابق ، ص23.

[32]- ينظر أحمد أدريوش ،القانون المقارن ، محاضرات ملقاة على طلبة الماستر في العلوم القانونية ، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية ، أكدال بجامعة محمد الخامس – الرباط ، منشورات سلسلة المعرفة القانونية ، الطبعة الثانية : 2017، ص 32.، ينظر طروب كامل ، المرجع السابق ، ص 35.

أولا : دور و أهمية الدراسات المقارنة بالنسبة فلسفة القانون .

إنّ دراسة أساليب الصياغة القانونية و مختلف التصورات و المفاهيم و الأفكار القانونية الأساسية ، تتناولها في العادة النظير العامة للقانون كما يتناولها القانون المقارن ، و كذلك الشأن لدراسة تأثير العوامل الاجتماعية و الاقتصادية و السياسية في القاعدة القانونية حيث تعتبر هذه الدراسة من صميم فلسفة القانون .

و التساؤل الذي يستوقفنا في هذا الصدد أن القانون المقارن شيء و فلسفة القانون شيء آخر و لكل منهما مفاهيمه و آلياته و مناهجه ، فما الذي يضيفه علم القانون المقارن إلى هذه الدراسات الفلسفية و النظرية .

فالأولى تقوم على أساس تجريبي صرف ، و هي تصل إلى الكشف عن الحقائق القانونية الأولى أي عن أصول القوانين مستوحية تارة الروح العامة للقانون في بلد معين ، و تارة أخرى مختلف القوانين المعروفة ، بل هي بطبيعتها عالمية أو كونية لذا يجب أنتكون دراستها بالصيغة العالمية أيضا ، و أن حصر تنظيرتها حول قانون وطني واحد سيجعلها فقرة وضيقة على حد تعبير " spinosl c"و R.david " ومن بعدهما M.gore" .

أما القانون المقارن فيقتصر بحثه على الأصول المشتركة و الفروق المتباينة ما بين مختلف النظم القانونية ، فهي مرحلة وسطى ما بين الدراسة الموضوعية للقوانين المختلفة و فلسفة القانون عندما تستعين الدراسة الفلسفة بالمعلومات التي يمدها بها القانون المقارن ، هذا و يضيف الفقيه شفيق شحاتة " بأننا لو تمثلنا هيكل العلوم القانونية المختلفة على صورة هرم،فإنّنا سوف نلمح على قمة ذلك الهرم مادة فلسفة القانون مرتكزة مباشرة على علم القانون المقارن الذي يرتكز بجذوره على فروع القانون في البلاد المختلفة .

و يُشكل القانون المقارن عاملاً حاسمًا في تقرير نسبية كثير من المفاهيم و التصورات القانونية ، فقد كشفت لنا عن اختلاف الأسس التي يستند إليها كل نظام قانوني .

ومن جهة أخرى ، فإنّ بناء نظرية عامة للقانون استنادًا إلى نظام قانوني مُعين أو مجموعة من الأنظمة المتشابهة سيظل بناء محدود و خاصة جدا ما لم يأخذ بعين الاعتبار باقي النظم القانونية الأخرى المختلفة .

و هكذا فالنظرية العامة للقانون التي تلقن لطلبة السنة الأولى في الحقوق تظل نظرية خاصة و ضيقة و محدودة في النظام المدروس دون غيره .

فيما يلقن للطلبة عن " القاعدة القانونية " و عن خصائصها و عن تقسيماتها و عن مصادرها ، يظل خاصة بالنظام المدروس وهو الذي يجمع القوانين المصنفة ضمن العائلة الرومانية الجرمانية . و يجدر بنا أن نذكر قصة" الباحث الفرنسي " الذي خصص أطروحته لنيل الدكتوراه لموضوع التمييز بين القانون المدني و القانون التجاري في القانون الانجليزي ، فقد قال له الانجليز عن استقباله :" لقد جئت لبحث قضية غير مطروحة في انجيلترا " و بعد أن انتهى من بحث هذه القضية وهم بالمغادرة قالوا له :" ومع ذلك لم تقنعنا بأنّ هذه التفرقة موجودة " و نظرا لهذه الاختلافات الموجودة بين مختلف النظم القانونية انصبت جهود " اليونسكو " في البداية على التعريف بمختلف هذه النظم من خلال التركيز على النظرية العامة للقانون ، حيث دعمت و أشرفت على نشر العديد من الدراسات و المؤلفات في هذا الصدد إضافة إلى موسوعاتها حول الدراسات المقارنة و التي صدرت باللغة الانجليزية [33].

[33]-ينظر أحمد أدريوش ، المرجع السابق ، ص 32 ، ينظر حميد شاوش ، المرجع السابق ، ص 06.، ينظر طروب كامل ، المرجع السابق ، ص 36.

ثانيا : دور و أهمية الدراسات المقارنة بالنسبة للنظرية العامة للقانون[34].

يعتمد على الدراسات المقارنة في مجال النظرية العامة للقانون لتبين الأصل التاريخي لتقسيمات القانون و الخصائص التي تتميز بها مفاهيمها .

فالتفرقة بين القانون الخاص و القانون العام ، القانون المدني و القانون التجاري ، القاعدة الآمرة ، و المكملة تظهر كضرورة و أمر طبيعي إذا ما تقيدنا بدراسة القانون الوطني و لكن بمقارنة هذه القواعد مع غيرها من الأنظمة المخالفة لها بتبيين سلبيات أو ايجابيات هذا النظام و المغزى الحقيقي لهذه التفرقة فقهاء القانون المدني الفرنسي يرون أن التقنين أو التشريع أي القانون المكتوب هو النمط الأرقى للتعبير عن قواعد القانون و يكتفي القضاء بتطبيقها و تفسيرها .

و على العموم إنّ مقارنة القوانين التابعة لنفس الحضارة تمكن من الوصول إلى وضع مبادئ جديدة مشتركة بين مختلف القوانين كما توصل إلى ذلك رجال القانون خلال القرون الوسطى و عهد النهضة الأوربية بوضع القانون المشترك أو الأعراف المشتركة و لكن التساؤل الذي يبقى مطروحا في عصرنا الحالي في الألفية الثالثة و في أجواء العولمة.

هل سيكون هذا القانون المشترك قانون القارة الأوربية أو قانون الاتحاد الأوربي أو قانون كل الدول المتطورة أو قانون الإمبراطورية ؟أن تجربة و صرامة العولمة في العلاقات الاقتصادية و الثقافية توحي بظهور أو بوضع قانون شبه عالمي ، يتعين عليا تحديد معالم هذا القانون بوضع نظرية عامة للقانون .

[34]- ينظر عبد الرزاق بن خروف ، المرجع السابق ، ص 26.

ثالثا : دور و أهمية الدراسات المقارنة بالنسبة تاريخ القانون

تتحقق الدراسة في مجال فلسفة القانون فوائد من جانب تفسير العلاقة بين القانون و المذاهب الفلسفية و الاعتقادات الدينية ، و كذا مدى تأثير القواعد الأخلاقية فيه و الكشف عن كل ما يباعد أو يقارب الأنظمة القانونية بحسب التوجيهات التي تغذيها [35].

هذا و يبحث تاريخ القانون في المؤشرات الاجتماعية التي أدت إلى تطور القواعد القانونية على مر الزمن ، و يكشف عن الأوضاع التي فرضتها مقتضيات البيئة في وقت معين على مجموعة من الناس و لا شك أنّ الباحث في تاريخ القوانين يستفيد كثيرا من علم القانون المقارن ، فإذا ما تعمق الباحث في دراسة القوانين التي تعاقبت على مدى الأجيال في مختلف أنحاء العالم سيتضح له ما ينير طريقه و يساعده على تتبع تطور النظم القانونية و استخلاص نواميس مطردة لهذا التطور ، فتوظيف الدراسة المقارنة ينتهي بالباحث في تاريخ القانون ، أو تاريخ مؤسسة قانونية ما ، إلى عدم الاقتصار على دراسة تطور تلك القواعد في بلد واحد ، و هذا ما قام به " ليفي أولمان " بالنسبة للتطور التاريخي لقواعد تنازع القوانين فيما بين الشعوب المختلفة ، و قد أفضت به هذه الدراسة إلى تأكيد المصير العالمي لهذه القواعد القانونية ، و هذا بخلاف ما نادت به المدرسة التاريخية الألمانية التي قللت كثيرا من أهمية الدراسة المقارن بالنسبة لتاريخ القانون ، باعتبار أن هذا الأخير مظهر من مظاهر الخصوصية المطلقة لشعب معين .

و في المقابل يستفيد القانون من علم التاريخ ، ذلك أن الباحث يحتاج إلى الدراسة التاريخية لكل نظام من النظم القانونية التي اتخذها مجالا لدراسته المقارنة لكي

[35]- ينظر حميد شاوش ، المرجع السابق ، ص 07.

يتمكن كذلك من استخلاص الأصول و الأفكار المشتركة أو الفروق أو الاختلافات الموجودة.

هذا و يُعتبر " مونتسكيو " في كتابه " روح القوانين " أحسن نموذج لهذه الاستفادة لدى الأوربيين ، فقد اهتم بالملاحظة الموضوعية للوقائع التاريخية من جهة و طبق منهجية مقارنة للمؤسسات القانونية خاصة الدستورية منها من أجل إظهار الفوارق و اقتراح الإصلاحات الضرورية الموضوعة أو المقتبسة من الأجنبي ، و تبعا لذلك أنشأ الفقهاء منهجهم الخاص للدراسة المقارنة ،إما لتبرير هذا الاقتباس عن طريق مقابلة المقتضيات المقتبسة مع القانون المحلي ، أي مع الفقه الإسلامي ، أو للبحث لتلك المقتضيات عن سند من الشريعة الإسلامية ، وهو ما يسمى عند البعض :" بالمقارنات الإسلامية " و عند البعض الآخر "بتوجيه النظر الشرعي " [36]

المطلب الثالث : أهمية و دور الدراسات المقارنة في المجال الدولي

للدراسات المقارنة دور و أهمية بالغة في المجال الدولي فوائد وهي :[37] التقريب بين الشعوب ، توثيق العلاقات بين الدول عن طريق القانون الدولي و تيسير التعاون بين رعايا الدول عن طريق القانون الدولي الخاص .

أولا : التقريب بين الشعوب .

إنّ القانون المقارن وسيلة للتقريب بين الشعوب و التفاهم بينها و عندما كانت الشعوب تعيش منعزلة لم يكن تعارفها شرطًا أساسيًا لوجود المجتمع الدولي ، لكن الوضع تطور و أصبح العالم يخضع لنظام دولي و بذلك وَجد القانون المقارن

[36]- ينظر أحمد أدريوش ، المرجع السابق ص 38.
[37]- ينظر عبد الرزاق بن خروف ، المرجع السابق ، ص 27.ينظر طروب كامل ، المرجع السابق ، ص 38

ميدانًا واسعًا للقيام بمهمته ، ولاشك أنّ معرفة قانون شعب أجنبي تساعد على فهمه و تسهيل التعارف و بهذه المعرفة تقيم نظاما دوليا أفضل.

و البحث عن فهم متبادل بين الشعوب بواسطة الدراسات المقارنة هو الذي أوحى بتأليف أكثر جمعيات التشريع المقارن " ، و قد اعتمد " لامبير " هذه الفكرة و دعى إلى جعل القانون المقارن وسيلة اتصال بين القوانين الوطنية لتكوين ضمير قانوني عالمي ، و قد احتضن هذه الفكرة عدة فقهاء بعده ، كما دعى إلى جعل القانون أداة تفاهم بين الشعوب لتتمكن من الاتفاق فيما بينها وهو الغاية الأساسية التي تتحقق بها فائدة القانون المقارن .

ثانيا : في نطاق القانون الدولي .

للدراسات المقارنة دورا مهما في توثيق العلاقات بين الدول و إقامة العلاقات بينها و توثيقها و إقامة علاقات أفضل بينها عن طريق المعاهدات و المفاوضات فالمعاهدات لا تستمد حين إعدادها من قانون مُعيّن ، و إنّما تستمد من مناهج قانونية مختلفة و لهذا يلجا المتفاوضون إلى المقارنة و يستخلصون من قوانين متعددة و مختلفة القواعد الموضوعية للمعاهدات لتكوين قواعد مشتركة بين الدول المتعاهدة .

و لا شك أنّ حاجة الدبلوماسيين و حاجة المفاوضين التجاريين لمعرفة القوانين الأجنبية تبدو اليوم اشد مما كانت عليه من قبل ، و على هؤلاء الإلمام بها لمعرفة آراء من يفاوضونهم ووجهات نظرهم و إعداد الحجج التي تكفل نجاحهم في مهامهم ، فالدبلوماسي الجزائري أو العراقي أو الفرنسي من اجل أن يرقى إلى مستوى مهمته في المفاوضات التي يجريها مع الولايات المتحدة أو الصين أو الاتحاد السوفياتي عليه أن يتعرف على الطرف الذي يفاوضه من خلال قوانينه ومن المعلوم انه يلجا

عادة إلى اختيار أشخاص يحسنون لغة الطرف الآخر حتى لا تكون اللغة عائقا إما المفاوضات .

و من مظاهر أهمية دراسات القانون المقارن في المجال الدولي إنّها تؤدي إلى معرفة القوانين الأجنبية جلية في المؤثرات الدولية و في أعمال توحيد أو تنسيق القوانين في المنظمات الدولية و في تفسير المعاهدات إذ تساعد المعرفة بتلك القوانين على فهم أفضل يسهل به تحقيق المقاصد في هذه المجلات [38].

المطلب الرابع : أهمية و دور الدراسات المقارنة في مجال توحيد القوانين

الفرع الأول : فكرة التوحيد كمدلول .

أضحت مهمة دراسة المقارنة للقوانين هي تحقيق التوحيد أو المطابقة بين القوانين على الأقل التقريب بين التشريعات أو ملائمتها ، فقد نادى الكثير من فقهاء القانون المقارن بأن الغاية من هذا العلم المنهاجي هي توحيد القوانين لكنهم اختلفوا على مدى القرن العشرين ، حول القوانين المراد توحيدها ، مثلما اختلفوا حول المجلات المعنية بهذا التوحيد وحدوده و أدواته و مناهجه .

هذا و قد اتخذ التوحيد كغاية للمقارنة بين القوانين المختلفة في صياغتها أو في فلسفتها أو في بنياتها ، كما هو الشأن في الدراسات المقارنة التي اعتمدت في القرن التاسع عشر لتقريب قوانين الدول العربية بقوانين المستعمر الأوربي .

و من جهة أخرى لا تقتصر مظاهر أو أشكال التوحيد على توحيد القوانين بين الدول التوحيد الخارجي ، بل هناك التوحيد الداخلي الذي يقتضيه طبيعة الدولة الاتحادية أو الفيدرالية كما هو الشأن بالنسبة للولايات المتحدة الأمريكية و الاتحاد السوفياتي سابقا ، أو تقتضيه غاية القضاء على تعدد القوانين في الدولة الواحدة

[38]- عبد الرزاق بن خروف ، المرجع السابق ، ص 28.

كما حصل في المغرب بعد الاستقلال مع منتصف ستينات القرن العشرين بموجب القانون رقم 3-64 [39].

هذا و كان العديد من الفقهاء في مجال القانون المقارن أكثر حذرا في مجال التوحيد حيث ركزوا على الكيفية التي ينبغي أن يتم بها ، و بتعبير "R.DAVID" احد كبار فقهاء القانون المقارن في القرن العشرين ، الذي تساءل قائلا :" ليس المشكل هو معرفة هل يجب تحقيق التوحيد الدولي للقانون ، بل هو كيف سيتم ؟ " .

و قد تطور مفهوم التوحيد تحت تأثير تطور حقوق الإنسان و التزام الدول المكونة للمنتظم الدولي بمطابقة قوانينها أو على الأقل ملاءمتها مع المواثيق الدولية لحقوق الإنسان

فمفهوم المطابقة يؤدي إلى إحدى النتيجتين ، أما المطابقة أو عدمها ، كما يقتضي ترجيح المواثيق الدولية أو أولويتها على القانون الداخلي و يستتبع عدم التحفظ ، علما أن التحفظات أو التصريحات على بعض المواثيق المصادق عليها أو المنظم إليها تغلب دائما القانون الداخلي مدونا كان أو غير مدون على الاتفاقيات الدولية و فضلا عن ذلك فهو قد يؤدي أيضا شأن التوحيد الذي نادى به فقهاء القانون المقارن ، إلى إيجاد نظام جديد وحيد يقطع الصلة مع ما هو موجود ، بل و يفرض نظاما جديدا قد يكون مفروضا على الدولة المستقبلة و قد يكون بناء على اختيار منها .

أما الملائمة أو الاكتفاء بمجرد مراعاة الاتفاقيات الدولية ، فتعتبر منطقية لقبول مبدأ الاعتراض أو التصريح ، و قد استقر القانون الدولي على التحفظات مبدأ مساعدا للاتفاقيات الدولية بوجه عام ، فهي وسيلة تتمكن بها الدول من أن تتعاون فيما بينها دون المساس بمبادئ سياستها و سيادتها و نظامها العام ، وهذا ما نلاحظه في المرونة التي تعتمدها الاتفاقيات الدولية نفسها في صياغة مقتضياتها و يؤدي تبني هذا المفهوم

[39]- ينظر أحمد أدريوش ، المرجع السابق ، ص 52.

إلى نتائج مخالفة للأولى ، لأنه لن يكون هناك قطيعة مع ما هو موجود ، و لن يكون هناك إلغاء أو إقصاء لخصوصيات النظام المستقبل أو المتلقي ، بل تغني هذه الخصوصيات ما هو متواضع عليه عالميا كما هو الشأن بالنسبة لمفهوم " الكفالة "[40].

الفرع الثاني :أنواع التوحيد [41].

إنّ التوحيد من حيث أشكاله قد يكون داخليا و قد يكون خارجيا و قد يكون ثنائيا متعدد الأطراف و في هذه الحالة قد يكون إقليميا و قد يكون عالميا .

أولا : التوحيد الداخلي .

وهو توحيد القانون داخل الدولة الواحدة ، وهو تكملة للسيادة الوطنية ومن شانه أن يقضي على أسباب التفرقة الطائفية أو الإقليمية ، و يجعل الدولة وحدة متماسكة كما انه يسهل العلاقات بين أفراد الدولة الواحدة و يؤدي إلى نموها و ازدهارها .

هذا و قد تحققت هذه الفكرة في فرنسا بصدور قانون " نابليون " عام 1804 و حذت حذوها دول أخرى ، فوحدت ايطاليا القانون المدني عام 1865 و سويسرا عام 1881و 1908 ثم ألمانيا عام 1896 و قد ظهرت قوانين موحدة بعد الحرب العالمية الثانية الأولى في الدول الشرقية لأوربا ، روسيا بولندا ...و غيرها .

و قد انتقلت فكرة التوحيد إلى الشرق العربي فوحدت مصر القانون المدني و ساعد ذلك توحيد القوانين في البلاد العربية الأخرى . و كان القانون المصري النموذجي الذي اقتدت به هذه الدول ، كما كان للعلامة الفقيه " عبد الرزاق السنهوري " دور فعّال في هذا التوحيد حيث أسندت له مهمة تحرير مشروع القانون المدني في كثير من الدول العربية إلى أن وافته المنية سنة 1971 .

---

[40]- أحمد أدريوش ، المرجع السابق ، ص 54.

[41]- عبد الرزاق بن خروف ، المرجع السابق ، ص 28.

ثانيا : التوحيد الخارجي .

01- **التوحيد الثنائي :** هذا التوحيد يكون بين دولتين تتفقان على توحيد قانونيهما كاتفاق فرنسا و ايطاليا على توحيد قانون الالتزامات و قد تم وضع المشروع الموحد عام 1929 لكنه لم يرى النور .

02- **التوحيد المتعدد الأطراف :** و هذا التوحد إماأن يكون إقليميا و إماأن يكون عالميا .

أ- **التوحيد الإقليمي** :و يكون بين بلدان ترتبط بروابط سياسية و اقتصادي و تاريخية مختلفة

و أهمها :

اتحاد الدول الاسكندنافية : و يسمى هذا الاتحاد ، بالاتحاد الشمالي و يتألف من السويد و النرويج و الدنمارك و اسلاندا و فيلندا ، فهذه الدول تجمعها وحدة جغرافية في شمال أوروبا ، قامت بينها وحدة في كثير من القوانين و رغم أن القانون النرويجي و الدنماركي ينتهجان أسلوب القانون الانكليزي و أن القانون السويدي و الفلندي يرتبطان بالقانون الألماني فان فكرة التوحيد قد تغلبت على الاختلاف القائم بين مصادر هذه القوانين فيما يتعلق بالقانون التجاري .

اتحاد دول البينيلوكس :تتألف هاته الكلمة من المقاطع الأولى لأسماء الدول التي تؤلف الاتحاد ، و يتألف هذا الاتحاد من بلجيكا و هولندا و اللكسمبورج بموجب معاهدة وقعت في لندن سنة 1944 من قبل حكوماتهم في المنفى ثم تم التصديق عليها من مجالسهم النيابية عام 1970 بعد تحريرها من الغزو الألماني ، و كانت الغاية منها إقامة وحدة جمركية بينها ثم المعاهدة عام 1958 لإقامة وحدة اقتصادية

ووضع سياسة مشتركة للتجارة الخارجية و تنسيق التعامل في مجال الاستثمارات المالية و في مجال الزراعة و الأعمال الاجتماعية .

الاتحاد الأوروبي : أنشىء هذا الاتحاد بموجب معاهدة " مايستريشت " في نوفمبر 1992 كتتويج تعاوني و اندماجي بدا سنة 1951 باتفاقية الحديد و الصلب بين الدول الأوربية لتكون المجموعة الاقتصادية الأوربية المنبثقة من معاهدة روما 1957 التي تضم كل من ألمانيا و بلجيكا و فرنسا و ايطاليا و اللوكسمبورج و هولندا كدول مؤسسة ثم انضمت إليها بريطانيا و الدانمارك و ايرلندا 1973 لتكون السوق الأوربية المشتركة ، و التحقت بها اليونان في سنة 1981اسبانيا و البرتغال في سنة 1986 ثم السويد و فيلندا و المجر 1995 للتوسع في 1ماي 2004 إلى 25 دولة بانضمام دول أوروباالشرقية سابقا ، و انضمت رومانيا و بلغاريا في جانفي 2007 ليرتفع العدد إلى27 دولة ....

و يهدف هذا الاتحاد إلى دعم اقتصاد الدول الأعضاء و رفع مستوى المعيشة بينها باعتماد حرية انتقال البضائع و الأشخاص و رؤوس الأموال ووضع سياسة مشتركة في مجال الزراعة و التجارة و الصناعة و الطاقة و النقل المشترك و إلغاء الرسوم الجمركية فيما بينها ...[42] .

مجلس أوروبا :لقد تم إنشاء هذا المجلس بموجب معاهدة لندن سنة 1949 و يتألف من بلجيكا و الدنمارك و فرنسا و ايرلندا و ايطاليا و اللوكسمبورج و هولندا و انجليترا و السويد كدول مؤسسة و انضمت إليه دول أخرى كتركيا منذ 1949 و بعض دول أوربا الشرقية في العشرية الأخيرة ، و على رأسها روسيا منذ 1996 ليصل عدد الدول المكونة لهذا المجلس إلى 46 دولة[43] .

[42]- ينظر عبد الرزاق بن خروف ، المرجع السابق ، ص34

[43]- نفس المرجع ،ص35.

و من أهداف هذا المجلس هي توثيق العلاقات بين أعضائه و صيانة المبادئ المشتركة بينها و دفع الحياة الاقتصادية و الاجتماعية إلى التقدم و دراسة القضايا التي تؤمن النفع المشترك بين الأعضاء و بعقد الاتفاقيات في جميع المجالات الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية ...الخ .

- **الاتحاد من أجل حوض البحر الأبيض المتوسط** :نادى بهذه الفكرة الرئيس الفرنسي (ن . ساركوزي)أثناء حملته الانتخابية للرئاسيات الفرنسية في 2007 ، و اعتمدها رؤساء دول و حكومات الاتحاد الأوربي في 13 مارس 2008 و يجمع هذا الاتحاد بين 27 دولة المكونة للاتحاد الأوربي و الدول المطلة على حوض البحر المتوسط خاصة منها دول الجنوب (دول المغرب العربي ، مصر ، الأردن ، لبنان ، سوريا فلسطين ، و إسرائيل ، و يضاف إليها تركيا) .

- **جامعة الدول العربية** :في 22 مارس 1945 انشئت جامعة الدول العربي و كانت تضم آنذاك مصر و المملكة العربية السعودية و الأردن و العراق و اليمن و سوريا و لبنان ، و انضمت إليها تدريجيا الدول العربية الأخرى بعد ذلك فأصبحت تضم جميع الدول العربية و تتألف الجامعة من مجلس الجامعة و الأمانة العامة و اللجان .

هذا و ما حققته بعض الدول العربية من تجديد قوانينها و استمداده من القانون المدني المصري المقتبس من قانون " نابليون " و إنّما قامت به تلك الدول بصفة مستقلة و لم يقم على أساس التعاون بقصد التوحيد ، غير أنّ قمة مارس 2005 بالجزائر ، توعد بان يكون للجامعة نفس جديد يجعلها تساير متطلبات الساعة و ترقية دورها على الصعيد الإقليمي و الدولي ، حيث تقرر تعديل ميثاق الجامعة بإنشاء برلمان عربي انتقالي و إنشاء هيئة لمتابعة تنفيذ القرارات ، و تعديل نظام التصويت و نظام اعتماد القرارات .

مجلس التعاون الاقتصادي المتبادل في أوروبا الشرقية : نشا في عام 1956 و الغاية منه كانت أساسا اقتصادية إلاّ أنّ الاقتصاد في البلاد الاشتراكية له تأثير في المجال القانوني لذلك فان الخطة القانونية تكاد تكون موحدة مع الخطة الاقتصادية و يشترك في عضوية هذا المجلس الاتحاد السوفياتي و الدول الاشتراكية في الدول الغربية و قد انشئ ضد سياسة أوربا الغربية التي تعمل على إقامة تكتل سياسي بينها [44].

– **مجلس التعاون لدول الخليج العربي** :وأعضاؤها الإمارات و العربية السعودية ، سلطنة عمان ، دولة قطر ، دولة الكويت ، و قد اتفقوا على إنشاء تعاون لدولهم و في 10 مارس 1981/1401 ، تم التوقيع في مسقط (سلطنة عمان) على القانون الأساسي لهذا المجلس و كان الهدف من إنشائه هو تحقيق التنسيق و التكامل و الترابط بين الدول الأعضاء في جميع الميادين ، و ذلك من اجل وحدتها و تعميق و توثيق الروابط و الصلات و أوجه التعاون بين شعوبها .

–**الاتحاد الإفريقي** : التحولات الجذرية التي يعرفها العالم في مختلف المجالات فضت على الدول الإفريقية مسايرة هذا الاتجاه بإعادة النظر في منظمة الوحدة الإفريقية و استبدالها بالاتحاد الإفريقي و على غرار الاتحاد الأوروبي ، فالاتحاد الإفريقي مؤسسات تنفيذية و تشريعية ، قضائية و مالية تتمثل في المؤتمر ، يتكون من رؤساء دول و حكومات دول الأعضاء و يترأسه احدهم بالتناوب لمدة سنة ، وهو أعلى هيئة للاتحاد يحدد الاتجاه العام لسياسة الاتحاد و يصادق على الميزانية و مجلس تنفيذي يتكون من وزراء دول الأعضاء أو ممثليهم الدائمين و مفوضية تعمل على تنفيذ و تجسيد سياسة الاتحاد و التنسيق بين هيئاته ....

[44]- عبد الرزاق بن خروف ، المرجع السابق ، ص 36.

هذا و تتمثل سياسة الاتحاد الإفريقي تمثل قطيعة في بعض المجالات لما كان معمول به في عهد منظمة الوحدة الإفريقية ، كالتدخل في الشؤون الداخلية لدول الأعضاء في الحالات الخطيرة الحروب ، الجرائم الإبادية ، الجرائم ضد الإنسانية ، كما اعتمد الاتحاد آليات بهدف تحقيق اندماج أكثر للمواطن الإفريقي مع مؤسساته كالمبادرة الجديدة لتنمية إفريقيا (النيباد) و الآليةالإفريقية للتقييم من قبل الخبراء ... و تعد الجزائر أحد العناصر البارزة في هذه الآليات .

ب- التوحيد العالمي :[45]

يتم التوحيد العالمي في غالب الأحيان عن طريق التشريع و يتم عن طريق العرف و عن طريق قوانين نموذجية .

*- **التوحيد عن طريق التشريع** :يتوحد التشريع عن طريق الاتفاقيات الدولية و يتناول في الغالب المسائل المتعلقة بالعمل و التعامل التجاري بما يضمنه سلامته و يرفع ما يثور بشأنه من تنازع في القوانين و بذلك يحل القانون الموحد في الموضوع الذي تناوله التوحيد ، و هذا لا يمس سيادة الدول ما دام الاتفاق قائما بين الدول و فق المجالات التي تم فيها التوحيد باتفاقيات دولية .

-**توحيد قواعد النقل بالسكك الحديدية** :تم هذا التوحيد باتفاقية " برن " المبرمة سنة 1890 و المعدلة باتفاقيات لاحقة آخرها سنة 1953 .

- **توحيد قواعد النقل البحري** :تم هذا التوحيد باتفاقيات " بروكسل " و قد تناولت توحيد القواعد المتعلقة بالتصادم بين السفن و تلك المتعلقة بالإسعاف و الإنقاذ البحري و تلك المتعلقة بتحديد مسؤولية المجهز و تلك المتعلقة بتداول وثائق الشحن و الحقوق العينية التي تقع على السفن كالامتيازات و الرهون الرسمية .

[45]- أحمد دريوش ، المرجع السابق ، ص ص 55.54 . عبد الرزاق بن خروف ، المرجع السابق ، ص 38 .

- **توحيد قواعد النقل الجوي** :و قد تم لاتفاقية " وارسو " على 1929 ثم اتفاقية " روما " عام 1933 التي تحددت فيها مسؤولية مالك الطائرة عن الأخطار الناجمة عن الطائرة و التي تصيب الفرد .

- **توحيد قواعد النقل البري** :و قد تم هذا التوحيد باتفاقية " جنيف " المبرمة عام 1955 .

- **توحيد قانون العمل** : حيث تم توحيد كثير من أحكام قانون العمل باتفاقيات كثيرة بمبادرة من المكتب الدولي ومنها :

اتفاقية 1919 بشأن البطالة ، اتفاقية 1919 و 1934 بشان منع النساء من العمل ليلا ، اتفاقية 1919 -1934 -1937-1946 بشان عمل الأطفال ، اتفاقية 1921 الخاصة الراحة الأسبوعية ....

- **توحيد القواعد الخاصة بالبيع الدولي** : و قد تم توحيد هذه القواعد بموجب الاتفاقيتين المبرمتين في مدينة لاهاي " في1 جويلية1964 الأولى خاصة بالبيع الدولي للأشياء المنقولة و المادية و الثانية تتعلق بإنشاء عقد البيع الدولي التطور الذي عرفته العلاقات الدولية زاد في أهمية في المبادلات التجارية بين الدول ، ضرورة امن و استقرار المعاملات التجارية أدىإلى التوحيد التدريجي للبيوع الدولية عن طريق المعاهدات الدولية بعد ما كانت قواعد عرفية أو قواعد ميدانية فرضتها الظروف المحيطة بالمعاملات بين المتعاقدين ، شرع المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص منذ 1935 في دراسة مشروع قانون لتوحيد البيوع التجارية الذي أسفر عن معاهدتين في جويلية 1964 بلاهاي تتعلق إحداها :

* بالبيع الدولي المنقولة المادية للأشياء(تظم 101 قاعدة تتعلق بتنظيم كل التزامات البائع و المشتري) .

* و تتعلق المعاهدة الثانية بالقانون الموحد الخاص بإنشاء عقد البيوع و تظم 13 قاعدة تعالج المسائل المتعلقة بالإيجاب و القبول بين المتعاقدين .

هذا و هناك اتفاقيات انصهرت في القانون الوطني و اتحدت معه اتحادا كليا نذكر منها :

- **الاتفاقية الخاصة بحماية الملكية الصناعية** :و قد تمت في باريس عام 1883 و هناك الاتفاقية المبرمة في مدريد عام 1891 الخاصة بالعلاقات التجارية و الصناعية و اتفاقية " لاهاي " الخاصة بالبيانات التجارية .

- **الاتفاقية الخاصة بتوحيد أحكامالأوراقالتجارية** :و هي اتفاقية جنيف لعام 1930و 1931 الأولى خاصة بتوحيد أحكام السفتجة و السند لأمر و الثانية خاصة بتوحيد الشيك .

*- **التوحيد عن طريق العرف** :و هذا معروف في العلاقات التجارية و العرف هو قاعدة غير مكتوبة جرى العمل على الأخذ بها و تولد اعتقاد في النفوس بالزاميتها ، و قد نشا العرف التجاري تدريجيا و بدا على أساس شروط يتألف عليها التجار في أمر مادي كطريقة نقل البضائع أو في أمر قانوني كالمضائق بين المدينتين و يستمر التجار على النص على هذه الشروط في عقودهم حتى تصبح عادات و يستقر الوضع عليها ثم تصبح مفهومة ضمنا دون الحاجة إلى النص عليها في العقد.

*- التوحيد عن طريق العقود و القوانين النموذجية : فالتوحيد يتم بوضع قوانين نموذجية تُعدها هيئات رسمية فيتخذها المشرعون مثالا مدروسا يسهل اقتباسه و يتحقق به التوحيد مثل نموذج قانون موحد للقانون التجاري أو قانون العقوبات أو القانون البحري ، و يتم التوحيد أيضا عن طريق وضع عقود نموذجية تضعها بعض

الهيئات ذات النفوذ في ميدان التجارة الدولية [46]، كالنموذج الذي وضعته جمعية لندن لجارة القمح في البيوع الدولية للقمح أو الذي وضعته نقابة الحبوب و الدقيق في باريس فالبيوع الدولية و على الأخص تلك التي تتم عن طريق النقل البحري كانت مجالا لتقرير جملة من القواعد العرفية الموحدة حاليا ، أغلب الشركات العالمية تعتبر تعتمد على هذه الصيغة في معاملاتها مع زبائنها .

- الباب الثاني : الأنظمة القانونية المقارنة

من خلال الباب الثاني سوف يتم معالجة الأنظمة القانونية و ذلك بمعالجة (- النظام القانوني الجرماني (الفصل الأول) .

أما الفصل الثاني ، فيتم التطرق إلى (- النظام القانوني الأنجلوسكسونية : (المصادر و المناهج) .

بداية نُشير إلى التصنيفات المعتمدة للأنظمة القانونية ، إذ اختلف الفقهاء في تصنيف الأنظمة القانونية الكبرى الموجودة على المستوى الدولي و يتجلى ذلك في التصنيفات الأربع الآتية : [47]

01- **التصنيف الأول** :اعتمد على معيار تأثير القانون الروماني أو القانون الجرماني في النظام القانوني في الدولة ، حيث قسم الأنظمة القانونية إلى ثلاث مجموعات :

المجموعة الأولى : تمتاز بالتأثير الكبير للقانون الروماني ، و يشمل ايطاليا ، اسبانيا .

المجموعة الثانية : تمتاز بالتأثير الضعيف للقانون الروماني و تمثل انجلترا ، روسيا .

---

[46]- عبد الرزاق بن خروف ، المرجع السابق ، ص41.

[47]- راجي عبد العزيز ، المرجع السابق ، ص 04.

المجموعة الثالثة : تمتز بالتأثير المتساوي للقانون الروماني و القانون الجرماني و تشمل فرنسا ، ألمانيا ، سويسرا .

الملاحظ هنا أنّ هذا التصنيف اعتبر انجلترا من بين الدول التي تعتمد القانون الروماني و لو بدرجة ضعيفة ، رغم أنها مصدر نظام الكومن لو – الانجلوسكسوني – كما انه حصر التصنيف في أوروبا.

02- **التصنيف الثاني :** استعمل مصطلح العائلة و قسم العالم إلى أربع عائلات .

العائلة الأولى : العائلة الرومانوجرمانية .

العائلة الثانية : عائلة القوانين المشتركة الكومن لو .

العائلة الثالثة : عائلة القوانين الاشتراكية .

العائلة الرابعة : عائلة أخرى يدخل فيها النظام القانوني الإسلامي ، و قانون الهند ، و قانون الأقصى و الصين و اليابان و لا تشكل عائلة.

03- التصنيف الثالث يقسم الأنظمة إلى ثلاثي مجموعات .

المجموعة الأولى :الأنظمة الغربية أنظمة مستنبطة من الدين المسيحي دون أن يكون هذا الدين مصدرا للقانون .

المجموعة الثانية :الأنظمة الاشتراكية و هي الأنظمة التي لها نزعة غير دينية .

المجموعة الثالثة : الأنظمة الدينية و تضم النظام الإسلامي ، قانون الكنيسة قانون الهند .

04- **التصنيف الرابع :** يقسم إلى مجموعتين :

المجموعة الأساسية : تضم النظام القانوني الرومانوجرماني ، الكومن لو و النظام الإسلامي.

المجموعة الثانوية : تظم الأنظمة الدينية و أنظمة العالم الثالث .

**** العائلات القانونية الأساسية :**

01- عائلة القانون الرومانوجرماني :مصدرها هو القانون الروماني و العادات الجرمانية و تشمل ألمانيا و المجموعة الجرمانية و التي تجسدت في القانون الألماني ، و تشترك المجموعة الرومانية و الجرمانية في المبادئ رغم وجود بعض الاختلافات التفصيلية ، و قد أخذت دول أخرى بهذا النظام منها ايطاليا اسبانيا بلجيكا ، المجر ...الخ و كذلك دول أمريكا اللاتينية و إفريقيا .

و في هذه العائلة تعتمد على التشريع هو المصدر الأساسي للقانون ، ووظيفة القانون الحفاظ على النظام العام و تنظيم سلوك الأفراد في الحاضر و المستقبل ، حيث يرد صياغة القواعد القانونية عامة و مجردة .

عائلة الكومنلو : ظهر هذا النظام في انجلترا و أخذت به الولايات المتحدة الأمريكية

و دول الكومن لو حيث يشترك القانون الأمريكي في المبادئ رغم وجود اختلافات بينهما .

في هذه العائلة القضاء هو المصدر الأساسي للقانون ، حيث أن الأحكام القضائية الصادرة عن الهيئات العليا هي التي تنشئ القانون و القواعد القانونية في هذا النظام تنشأ من الواقع ، و تنظم سلوك الأفراد ، و عليه فالبحث في الكومن لو ينطلق من الخاص إلى العام .

02- عائلة الشريعة الإسلامية :تعتبر الشريعة الإسلامية نظاما متكاملا تغطي الجوانب الدينية و الدنيوية للفرد ، إلاّ أنّ الفقه الغربي و المسيحي يعتبرها نظاما قانونيا قديما ثانويا .

الفصل الأول : النظام القانوني الجرماني (المصادر و المناهج)

الشريعة اللاتينو جرمانيةRG" :Romano-Germanique"

يُمكن تسمية المجموعة الرومانية بدول الشريعة المدنية كمقابل لشريعة الكومن لو لكون الفقهاء الرومان اعتبروا أن القانون المدني هو القلب النابض للقانون الخاص لأنّ محله يشمل قانون الأشخاص و قانون الأموال و قانون الإجراءات المدنية و يُعد القانون الرُوماني في وقتنا الحاضر تراث تاريخي للقانون المعاصر فهو جزء من تاريخ القانون بالمعنى العام [48] ، هذا نشأت هذه الشريعة في أوروبا ويرجع أصلها إلى القانون الروماني القديم وتكونت بجهد حركة النهضة للجامعات ونشاطها منذ القرن 12 وذلك باستخلاص منهج موحد مستمد من مجموعات أو قانون جو ستنيان ومن الأعراف خاصة منها الجرمانية التي سادت في القرن 05 جزء من الإمبراطورية الرومانية ومن أجل ذلك تسمى بالعائلة أو شريعة الرومانية الجرمانية. وتظم هذه العائلة مجموعتين من القوانين المجموعة اللاتينية وتتمثل في القانون المدني الفرنسي (قانون نابليون 1804) والأنظمة المستمدة منه كإسبانيا والبرتغال وإيطاليا ومستعمراتها وغيرها من الدول الأخرى كالصين واليابان ودول أمريكا اللاتينية والمجموعة الجرمانية وتتمثل في القانون الألماني (BGB 1896) والأنظمة المستمدة منه خاصة منها التي كانت تحكمها الأعراف الجرمانية (النمسا – المجر وغيرها) .

وهي في الوقت الحاضر تبتعد كثيرا عن القانون الروماني من حيث القواعد الموضوعية والإجراءات والمفاهيم عن العهد الذي كانت عليه في عهد مجموعات جوستنيان [49].

---

[48] - عجة الجيلالي ، دروس في القانون المقارن و النظم القانونية المقارنة ، كلية الحقوق ،جامعة الجزائر 1 ، السنة الجامعية : 2022/2021، ص 87.

[49]- ينظر عبد الرزاق بن خروف ، المرجع السابق ، ص 57.

المبحث الأول: التكوين التاريخي لـ "RG".

و لمعالجة المبحث الأول يتم معالجته وفقا للمطالب الآتية :

المطلب الأول :نشأة شريعة اللاتينو جرمانيةRG.

نشأ هذا المنهج في أوروبا وبدأت عناصره تتألف منذ القرن الثاني عشر بظهور حركة النهضة التي دعت إلى إحياء القانون الروماني وقادت الجامعات هذه النهضة بدراسة القانون الروماني كنموذج التنظيم المجتمع، مقابل تعدد وتنوع وهمجية أو بربرية الأعراف المحلية. ويتميّز عمل الجامعات بدراستها للقانون الروماني بالمحافظة على المعاني الأصلية ومجموعاته ولم يستبعد منه إلاّ المؤسسات والأنظمة القانونية التي لم يعد لها وجود كالرق أو العلاقات التي يحكمها القانون الكنسي كالزواج. وانتهجت في هذه الدراسة طريقة الشرح على المتون التي تتمثل في شرح وتفسير المعنى الأصلي للحكم أو النص بوضع حواشي هامشية. باعتماد هذه الطريقة تمكن الفقهاء من استخلاص قواعد اتخذوها أساسا لتفسير الأعراف التي كانت منتشرة مع المحافظة على المجموعات والقواعد الرومانية الأصلية، هذا وفي منتصف القرن 13 توج عمل هؤلاء الشراح على المتون: بإصدار الحاشية الكبرى بفضل الفقيه "أكيرز "Accurse" الذي جمع96.000" ستة وتسعون ألف حاشية على مجموعات جوستيان مضيفا إليها حواشي قام هو بكتابتها على هامش النصوص، وقد سبق أن رأينا كيف تبنت الكنيسة بتأثير القديس " توما الاكوني" القانون الروماني وجعلت مبادئه المؤسسة على العقل مطابقة للقانون الإلهي وبذلك شملته الدراسات الجامعية إلى جانب القانون الروماني[50].

[50]- طروب كامل ، المرجع السابق، ص ص 09-10.

وعرفت الدراسات المقارنة، بعد ذلك، ما سمي بواضعي الحواشي اللاحقين أو المتأخرين "Les Post Glossateurs" في القرن 14 بإتجاه جديد في الدراسات، حيث لم يعد البحث عن الحلول وفقا للنصوص الرومانية هو الأصل وإنما تستعمل هذه الأخيرة لتبرير قواعد تتكيف مع المجتمع. كما شُرِع في ترتيب القانون ترتيبًا منهجيًا يختلف مع فكرة فقهاء الرومان وأضيفت من جهة أخرى دراسات جديدة للقانون المدني المتمثلة في القانون التجاري والقانون الدولي الخاص. وقد سبق أن رأينا كيف تبنت الكنيسة بتأثر القديس" توما الأكويني " القانون الروماني وجعلت مبادئه المؤسسة على العقل مطابقة للقانون الإلاهي وأدمجته الجامعات في دراساتها إلى جانب القانون الروماني، وفي القرن 15 و16 درس القانون الروماني محرفا تماما بتأثير من فقهاء المدرسة البارتولية أو الشراح المتأخرون "EcoleBartolistes" بارتول "Bartole" وبالد "Bald" وأزو"Aro" وغيرهم.

وفي القرن 16 ظهرت حركة علميّة جديدة في فرنسا علي يد كوجاس "Cujas" ودونو "Donot" اتجهت إلى دراسة القانون الروماني دراسة علمية بحتة لم تتقيد فيها بمجموعات جوستان وقد انتقلت هذه الحركة إلى هولندا في القرن 17 ومهدت الطريق إلى ظهور مدرسة القانون الطبيعي في القرن 17 و18.

ظهرت مدرسة القانون الطبيعي باتجاه جديد يقوم على وضع قانون أساسه العقل يتجاوز التقاليد، الأعراف الإقليمية والقانون الروماني ذاته. ومن الفقهاء الذين نادوا بهذه الأفكار جروسيوس "Grutius" ودوما "pumas" وبيفندورف "Pufondorr" وغيرهم من مدرسة القانون الطبيعي ، ونتج عن أفكار هذه المدرسة تجديد علم القانون بصفة كلية وذلك في مجالين رئيسيين : [51]

[51]- طروب كامل ، المرجع السابق ، ص ص 12.11.

تمهيد الطريق للتشريع: وذلك بدعوة لتقنين أو تدوين القانون النموذجي العقلي للجامعات باعتباره أنه عقل مكتوب "Raison écrite" وبها بدأت مرحلة التشريع في شريعة "RG".

المطلب الثاني :المبادئ المتعلقة بشريعة اللاتينو جرمانيةRG.

ومن أهم مبادئ هذه المدرسة ترتيب القانون عن طريق العلوم الدقيقة باستعمال المنطق وتحكيم العقل في وضع واستنباط القوانين وفي تنظيم العلاقات بين الدول. وقد تزامنت هذه الدعوة بقيام المذهب الإنساني الذي يقوم على بناء نظام اجتماعي يمجد فيه الإنسان أو الفرد باعتبار أن لهذا الأخير حقوق طبيعية تثبت له بمجرد ميلاده لك الحق في الحياة والزواج والسلطة الأبوية والالتزام بتعهداته وغيرها من الحقوق الأبدية التي تعتبر من النظام القانوني الطبيعي. ويعرف هذا الأخير بأنه القاعدة التي يوحي بها العقل (و التي يتعين الحكم بأن عمل معين ظالم أو عادل بحسب اتفاقه مع المعقول بأنّ الإلاه منشأ الطبيعة ينهي عنه أو يأمر به) .

و ساهم كذلك في انتشار القانون (الروماني) النموذجي للجامعات التنظيم القضائي وتبسيط الإجراءات بمحاولة تطوير العرف حيث تخلت الدول عن الإجراءات التي سادت في العصور الوسطي وتبنت إجراءات مكتوبة أساسها العقل، وبهذه الأفكار السالفة الذكر أصبحت العدالة في يد رجال القانون الذين عملوا تحت تأثير تعاليم الجامعات. وهكذا دخلت المفاهيم الرومانية الفكر القانوني الذي ساد في بلاد شريعة "RG" كالتقسيم القانوني إلى عام وخاص – مفهوم القاعدة القانونية – تصنيف الحقوق إلى عينة وشخصية . فكرة التدليس – التقادم إلخ ...[52].

[52]- تراري ثاني مصطفى ، محاضرات في الأنظمة القانونية المقارنة ، القانون المقارن ، تقدم في إطار إجراءات التباعد الاجتماعي ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة وهران 2 ، السنة الجامعية : 2020-2021 ، ص 9 وما بعدها

كل هذه المفاهيم أصبحت تقود فكر ومنهج عمل الحقوقيين الذين تلقوا دراساتهم في القانون الروماني، وأدت التعاليم الجامعية إلى نظرة جديدة للقانون فوضعت معايير للقانون الذي يحكم المجتمع الجديد إذا يجب أن تتوفر فيه صفات الثبات وعمومية التطبيق والموافقة لمبادئ العدالة والقابلية للتكيف مع الظروف الجديدة في المجتمع يعيش مرحلة التغير والتجديد. وهي آخر مرحلة في تكوين هذه الشريعة.

ومن جهة أخرى تبين لفقهاء المدرسة الطبيعية، أن الجامعات لم تولي اهتماما للقانون العام، و دعو إلى إعداد ما تفتقد إليه القارة الأوربية على غرار الجزيرة البريطانية أو إنكلترا التي حاولت التوفيق بين ضرورات البوليس وحريات الأفراد. وذلك بإعطاء أهمية للقانون العام الذي يضع حيز لتطبيق الحقوق الطبيعية للإنسان ويضمن حرياته. واقترحت نماذج لبناء القانون العام الدساتير، أعمال الإدارة....) وهذه النماذج إن كانت مستوحاة من التجربة الإنكليزية، إلاّ أنّ مبادىء القانون الروماني ظلت بارزة. وهكذا في رثت الدولة بمفهومها المعاصر انطلاقا من "Res Rupiblica " التي تعني السلطة المسيرة والمنظمة للمجتمع مستقلة عن الأشخاص الطبيعيين ولا تزول بزوالهم، فتتمتع الدولة بسيادة مستقلة عن الأشخاص الذين يمارسون مهامهم في إطارها، وتتميز بتمثيل النظام العام ولتحقيقه تتمتع بصلاحيات خاصة وسلطة عليا فهي من جهة تخضع للقانون العام ومن جهة أخرى تعمل على تحقيق المصلحة العامة وحفظ النظام والأمن للمواطن[53].

[53]- طروب كامل ، المرجع السابق ، ص 12.

المبحث الثاني : مصادر القانون في شريعة الروماني الجرماني "RG"

تتمثل في التشريع والعرف و الإجتهاد و الذي يكون محل دراسة وفقا للمطالب الآتية :

المطلب الأول: التشريع .

و يشمل جميع القواعد و اللوائح القانونية المكتوبة الصادرة عن السلطة التشريعية أو التنفيذية ، و الدستور هو أعلى درجة هذه القواعد القانونية ، و تخضع جميع القوانين لمبدأ الرقابة من قبل المجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية ، و تعتبر الاتفاقيات الدولية المصادق عليها مساوية أو أعلى لدرجة من التشريع العادي حسب قوانين كل دولة [54] . ذلك أنّ التشريع بكل صوره و مظاهره ، دورًا أساسيًا في قوانين " الروماني الجرماني " ، ويحتل الصدارة في مرتبة المصادر القانونية ويتميز بأنّه مكتوب ويحكمه مبدأ تدرج القوانين ، ويرجع سمو التشريع على المصادر الأخرى في بلاد " الروماني الجرماني " لإكتمال و إنتشار التقنيات في القرن 19 من جهة و ضرورة مواجهة تنظيم العلاقات في الدولة الحديثة التي إزدادت أعبائها نتيجة لسياسات التدخل الإقتصادي و الإجتماعي بغرض تحقيق المصلحة العامة والحفاظ على النظام العام والنظام العام الإقتصادي و الإجتماعي من جهة أخرى.

[54] - البرج أحمد ، محاضرات في الأنظمة القانونية المقارنة ، قسم الحقوق ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة غرداية ، السنة الجامعية ، 2022- 2023 ، ص 49.

المطلب الثاني: العرف.

يُشكل العرف مصدر من مصادر القانون في النظام اللاتيني الجرماني وهو " يحتل المرتبة الثانية بعد التشريع و لا زال في كثير من الدول يمثل أهمية كبيرة في المجال التطبيقي ، حيث أن القاضي يلتجئ إليه في حالة عدم وجود النص المكتوب ، أو في الحالة التي يحيل فيها التشريع عند تنظيم موضوع معين إلى العرف لتحديد و تفسير و تفصيل بعض المسائل اللازمة لتطبيقه ، و قد ذهب الفقه في هذا المجال إلى التفرقة بين العرف المساعد للتشريع و دعا إلى الاستعانة به و العرف المكمل للتشريع لسد الفراغ يمكن تطبقه ، و العرف المخالف للتشريع الذي ينظم حالات معينة يختلف فيها عن التشريع فيمكن الاستئناس به في حدود ضيقة مادام غير مخالف للنظام العام حيث أنه كمبدأ عام لا يجوز لقاعدة عرفية أن تخالف قاعدة تشريعية آمرة [55] .

المطلب الثالث: الإجتهاد القضائي .

فالإجتهاد القضائي هو مجموعة الأحكام التي تصدرها المحاكم فيما يرفع إليها من القضايا وفيها يتولى القاضي تطبيق القانون الذي وضعه المشرع عمومية القاعدة القانونية وتجريدها يخولان للقاضي سلطة في تفسيرها عند فصله في قضية ما فهو ملزم بتطبيق النص ويلزم بحرفيته ، يسري القانون على جميع المسائل التي تناولها نصوصه في لفظها "ما دام النص واضحا في دلالته على نية المشرع أو "فحواها" تضيف المادة الأولى من القانون المدني فهنا القاضي يذهب إلى البحث عن نية المشرع في الأعمال التحضيرية للقانون وظروفها إعدادها بهدف التعرف على أرادة المشرع الحقيقية .

[55] - حيدور جلول ، مقارنة الأنظمة القانونية ، محاضرات موجهة لطلبة السنة الثالثة ليسانس ، (السداسي الخامس) ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة اسطمبولي معسكر ، السنة الجامعية :2020-2021 ، 40.

وفي نطاق إرادة المشرع، الحقيقة يُمارس القاضي سلطته في التفسير وتكييف الوقائع وملائمة النص لهذه الوقائع. وتتسع سلطة القاضي في التفسير إذا كانت نصوص التشريع عاجزة أو قاصرة عن تقديم الحل العادل إذ يكون له حرية واسعة في التفسير لجوئه إلى القياس أو الإستدلال "Analogic".

فعندما يقوم القاضي بمهمته المتمثلة في تطبيق القانون وتفسيره فهو يساهم في تطوير القانون بالدور الخلاق الذي يؤديه كلما ابتعد عن الإلتزام بحرفية النص فيعتبر القاضي حسب قول أحدهم (دافيد) هو " القانون الحي الذي ينبثق من الحياة العملية" . ومهما أتسع دور القاضي في مجال التفسير فإنه لا يرقى إلى دور المشرع في شريعة الروماني الجرماني "RG" حيث يبقى الحكم يقتصر على قضية معينة ولا يلتزم بالحكم إلاّ الأطراف وهذا تجسيدا لمبدأ الفصل بين السلطات[56].

* **الفقه** : اختلفت أهمية الفقه باعتباره مصدرا للقانون عبر العصور ،إلاّ أنّه لا يمكن إنكار دوره و أهميته في صنع قواعد القانون ، فقد ساهم الفقه في تطوير القاعدة القانونية من خلال تفاعلاته المختلفة [57].

وهو مجموعة الآراء القانونية الصادرة من علماء القانون أي الفقهاء ، بمناسبة شرح القانون و تفسيره ، و يساهم بدور بارز في تطوير القانون في تحليل و نقد النصوص القانونية من خلال صياغتها و تطبيقها و استنباط الأحكام القانونية من مصدرها بالطرق العلمية ، و قد كان للفقه أهمية كبرى في العهد الروماني خاصة في العصر العلمي ، الذي تم فيه الاعتراف لبعض الفقهاء بحق إعطاء فتاوى ملزمة

[56]- عبد الرزاق بن خروف ، المرجع السابق ، ص 57.

[57] - وكواك الشريف ، مطبوعة بيداغوجية بعنوان محاضرات في القانون المقارن لمقياس مقارنة الأنظمة القانونية ، محاضرات ألقيت على طلبة السنة الثالثة ل م د ، تخصص قانون عام قانون خاص ، قسم الحقوق ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة الوادي ، السنة الجامعية : 2019/2018 ، ص 41.

للقضاة ، فأصبح الفقه بذلك مصدرا للقانون غير أن قيمته تراجعت و لم يعد مصدرا رسميا من مصادر القانون في العصر الحديث ، بل أصبح مصدرا تفسيريا ، و تقتصر مهمته على شرح القانون و عرض أحكامه و إبداء الآراء التي تثير السبيل أمام كل من المشرع و القاضي [58].

[58] - حيدور جلول ، المرجع السابق ، ص 41.

الفصل الثاني : النظام القانوني الأنجلوسكسوني: المصادر و المنهاهج

شريعة الكومن لو "Common-law" " "CL"

– يُقصد بمصطلح الكومن لو "Common-law" " القانون المشترك لكل انجلترا بمفهوم القانون العادي أو الشريعة العامة " Droit Commun " مقارنة بالأعراف المحلية.وتسمى هذه الشريعة، كذلك بشريعة القانون غير المكتوب أو شريعة القانون العرفي أو شريعة القانون القضائي.

وتعرف بأنّها القواعد القانونية التي لا يستمد مصدرها من التشريع Tune" وقد تكونت شريعة "CL" واستقرت في انجلترا على يد المحاكم الملكية منذ الغزو النورماندي في سنة 1066 لتصبح منهجا ونظاما قانونيا عالميا تعتمده أغلب الدول التي تتكلم اللغة الإنجليزية .

فإذا كانت شريعة "RG" وشريعة "CL" تشتركان في الإيديولوجية والفلسفة التي يقوم عليها بناء المجتمع حيث تمجد كلاهما المذهب الفردي (الملكية والنظام الرأسمالي والليبرالي) وكلاهما تأثر بالقانون الكنسي فإنهما تختلفان من حيث التكوين التاريخي والبنيان القانوني ومصادره [59].

[59] - طروب كامل ، المرجع السابق ، ص 14.

المبحث الأول: التكوين التاريخي لشريعة الكومن لو "CL"

و عليه يتم التطرق من خلال المبحث الأول التكوين التاريخي لشريعة الكومن لو وفقا للمطالب الآتية : مرحلة تكوين قواعد الكومن لو (المطلب الأول) و في المطلب الثاني ، التطور التاريخي لشريعة الكومن لو .

المطلب الأول: مرحلة تكوين قواعد الكومن لو.

إنّ طبيعة نظام الحكم في انكلترا (ملكي) جعل الملوك يمنحون صلاحيات لقضاة متنقلين لفض بعض النزاعات خارج مجلسهم وخاصة منها تلك التي تهم أمن المملكة وسلامتها والسماح كذلك إستثناء بإستصدار أمر مكتوب يمكن القاضي الملكي في فض بعض النزاعات الخاصة.

وبهدف تكوين نظام عام موحد يطبق على كل رعايا المملكة وبناء جهاز قضائي موحد يحل محل المحاكم التقليدية. عملت ما سمي بالمحاكم الملكية أو محاكم" وايست منستر " Westminister " على تحقيق هذه الغاية بإستعمال الحيل القانونية لإنتزاع الدعاوى من المحاكم التقليدية وجلب المتقاضين إليها باعتماد " الأمر المكتوب Writ". ويعد الأمر المكتوب المحور الأساسي الذي يتمركز عليه ويلتف حوله البناء القانوني الانكليزي والتطور الذي عرفه فيما بعد. بحيث يعتبر كل أمر مكتوب بمثابة اجراء خاص بتأسيس دعوى معينة وينتج عن كل أمر حكم قضائي غالبا ما يشمله القرار من حيثيات ومن "حكمة القرار Ratio–Decidendi" وتتكون القاعدة القانونية التي ستطبق على قضايا مماثلة فيما بعد لتصبح حينها سابقة قضائية. وفي القرن 12 إنبثق عن مجلس الملك ثلاثة هيئات قضائية سميت بالمحاكم الملكية لها إختصاص محدود يتعلق بالنظر في المواد التي تمس موارد الخزينة والتعدي على الملكية العقارية أو حيازتها على أساس أن الملك هو المالك الأصلي لهذه الأراضي وكذلك كل ما يمس النظام العام على أساس أنّها تمس أمن وسلامة المملكة [60] .

[60] - عبد الرزاق بن خروف ، المرجع السابق ، ص 67 .

المطلب الثاني : التطور التاريخي لشريعة الكومن لو .

مرّ القانون في شريعة الكومن لو" قبل ن تظهر بنيته الحديثة بعدة تطورات يمكن تقسيمها إلى ثلاثة مرحل نحددها على لنحو الآتي : [61]

الفرع الأول : المرحلة الأنجلوسكسونة (500 م- 1066 م).

" غزت قبائل " الأنجلو " و " الساكسو " الجزيرة البريطانية في القرن الخامس ميلادي ، و هي من القبائل الجرمانية ، و أنهت الوجود الروماني الذي استمر خمسة قرون ، حي أسست كل منها مملكة خاصة بها ، ومن ثم توحدتا تحت اسم انجلترا .

و قد تميّز عهد " الانجلو سكسون " بتطبيق الأعراف المحلية التي كانت تطبق من قبل محاكم تسمى محاكم الإقليم ، و بعد اعتناق هذه القبائل للديانة المسيحية ، تم تطبيق القانون الكنسي إلى جانب الأعراف المحلية ، لتنظيم شؤونهم المختلفة و التي تتصل بالزواج الطلاق و النسب و الوصايا ، و تم تأسيس محاكم كنسية لتطبيق القانون الكنسي .

[61] - حيدور جلول ، المرجع السابق ، ص 43 و ما بعدها ، عجة الجيلالي ، المرجع السابق ، ص 102.احمد بن مسعود ، محاضرات مقياس مقارنة الأنظمة القانونية ، مقدمة لطلبة السنة الثالثة ليسانس قانون عام ، السداسي الخامس ، المجموعة الأولى ، قسم الحقوق ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة زيان عاشور ، الجلفة ، السنة الجامعية :: 2020-2021 ، ص 50 و ما بعدها

الفرع الثاني : مرحلة تكوين شريعة الكومن لو (1066م – 1485م) .

لقد بدأت معالم القانون الانجليزي تتبلور بعد غزو النورمانديين لبريطانيا سنة 1066 من طرف الأمير " وليام الفاتح " ، الذي عمل على إقامة حكما مركزيا قويا القانون ، فالموازاة إلى تطبيق القانون الأنجلوسكسوني من طرف المحاكم العادية و المتمثلة في محاكم المناطق التي تطبق الأعراف المحلية و محاكم الإقطاع التي تطبق القانون الكنسي ، كان الملك يفصل في المسائل التي تتعلق بأمن و سلامة الدولة و العصيان و قطع الطرق في مجلسه الخاص الذي كان بمثابة محكمة استثنائية .

هذا و قد تحول ذا المجلس في عهد هنري الثاني إلى جهاز حكم الأعلى يجعل حكم مركز في يد الملك يمكنه من الانفراد بالحكم في انجلترا و قد انبثقت على هذا المجلس في القرن الثاني عشر ثلاث هيئات قضائية سميت بمحاكم الملكية و هي المحكمة المالية تنظر بالقضايا التي تمس مواد الخزينة ، محكمة المدنية تنظر يترأسها و تختص بالأمن و سلامة الدولة و العصيان و هذه المنصة بقيت إلى غاية 1873 إذ ألغاها البرلمان في عهد الملكة " فكترويا " و كانت هذه المحاكم تنتقل إلى أماكن تواجد الخصومة و تعقد جلساتها هناك برئاسة الملك ، و هذا سعيا لإقامة نظام فقضائي موحد يقضي على تعدد المحاكم التي كانت موجودة في العهود السابقة [62].

[62] - حيدور جلول ، المرجع السابق ، ص 44.

الفرع الثالث:مرحلة تكوين قواعد العدالة والنزاع مع قواعد الكومن لو(1485-1833).

إزاء التطورات التي شهدها المحاكم الملكية و التي أصبحت غير قادرة على مسايرة القضايا الجديدة في ظل تقييدها بالأحكام السابقة مما أدى إلى جمود الكومن لو " و هذا نتيجة الدقة المبالغ فيها في الإجراءات الشكلية التي زادت من تعقيد القضايا إلى جانب ارتفاع تكاليف التقاضي ، مما أدى إلى تحول المتقاضين من جديد إلى الملك يلتمسون منه العدل ، و كان يقبل بهذه الإلتماسات و كان يقضي فيها بالعدل المطلق الذي ينبع من ضميره دون التقيد بأحكام القانون و بإجراءاته و بعد أن تولت " أسرة تودور " الحكم سنة 1485 بعد الحرب الأهلية التي عرفتها انجلترا ، كان الملك يحيل القضايا التي تطرح عليه إلى مستشاره ليقضي فيها بالعدالة . هذا و في سنة 1852 ألغى البرلمان جميع أشكال العمل القديمة و تم تحرير الدعوى من إطار الأوامر ، و قد أدت هذه الإصلاحات إلى إزالة الشكلية السابقة في القانون الانجليزي أو تخفيفها على الأقل و في سنة 1873 و 1875 تم إصدار قوانين لإصلاح التنظيم القضائي و تبسيطه [63] .

[63] - حيدور جلول ، المرجع السابق ، ص 47.

الفرع الرابع : القانون الانجليزي المعاصر .(كنموذج لنظام الكومن لو) .

لا يستند نظام الحكم البريطاني على دستور مكتوب ، بل يقوم على أعراف عريقة تمتد عبر عدة قرون و يتألف هذا النظام من المؤسسات التالية : مؤسسة التاج و مؤسسة البرلمان و مؤسسة الوزير الأول و السلطة القضائية [64].

أولا : مؤسسة التاج .

يُعتبر نظام الحكم في بريطانيا نظام ملكي برلماني و تعود المؤسسة الملكية إلى عهود قديمة و تعد من أعرق الأنظمة الملكية في العالم و علاقة التاج بالبرلمان هي علاقة وجودية ، حيث أن الدستور العرفي البريطاني يعتبر أن الوجود القانوني للبرلماني يتوقف على ممارسة التاج لسلطته على أنّ سلطات التاج تخضع لقيود و تفسيرات بموجب العملية التشريعية و تمارس دائما من خلال وزراء مسؤولين أمام البرلمان .

ثانيا : مؤسسة البرلمان .

يعد البرلمان السلطة التشريعية الأسمى في بريطانيا يتكون من ثلاث هيئات و هي : " التاج و مجلس اللوردات و مجلس العموم المنتخب و لا يجتمع البرلمان بهيئاته الثلاثة إلاّ في مناسبات رمزية كحفل تتويج الملك أو افتتاح الرسمي للبرلمان . هذا و ينتمي البرلمان البريطاني إلى نظام المجلسين وهما : مجلس الروردات و مجلس العموم " .

[64] - عجة الجيلالي ، المرجع السابق ، ص 108 و ما بعدها .

ثالثا : السلطة القضائية .

يقوم التنظيم القضائي في انجلترا على هيئات قضائية عليا و هيئات قضائية دنيا ، يتم التطرق إليها على النحو الآتي : [65]

- الهيئات القضائية العليا : تتمثل في :

الهيئات القضائية العليا : تتمثل في : المحكمة العليا للعدالة : تختص بالنظر في الطعون المرفوعة ضد أحكام الدرجتين الأولى و الثانية.

-محكمة التاج : أنشأت بموجب تعديل1971 تختص بالنظر في القضايا الجزائية .

- محكمة الاستناف : تحتوي على قسم مدني يختص بالطعون ضد أحكام الدرجة الأولى ، و أحكام المحكمة العليا للعدالة ، و قم جزائي يختص بالنظر في الطعون المرفوعة ضد أحكام محكمة التاج .

- غرفة اللوردات : كان لها اختصاص تشريعي و آخر قضائي ، و بعد تعديل 2005 تغير اسمها إلى المحكمة العليا للمملكة المتحدة ، و جعل اختصاصها قضائي فقط ، حيث تنظر في الاستئنافات المرفوعة ضد محكمة الاستئناف ، و كذا أحكام المحكمة العليا للعدالة التي لا تمر على محكمة الاستئناف إذا كانت قضية متميزة .

- الهيئات القضائية الدنيا : و تتمثل في :

- محاكم المناطق التي تنظر في المسائل المدنية .

- محاكم القضاة و محاكم التاج التي تنظر في المسائل الجزائية تبعا لخطورة الجريمة . و يمكن لمحكمة التاج أن تنظر في الطعون المرفوعة ضد أحكام محكمة القضاة.

[65] - برابح السعيد ، محاضرات في مقارنة الأنظمة المقارنة ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة المسيلة ، ص 14.

هذا و نُشير إلى أنّه على الرغم من عدم وجو قضاء إداري في النظام القانوني الانجليزي إلا أنه بدا يعرف نوع التقارب مع النظام الفرنسي، حيث تم إنشاء هيئات قضائية سنة 2000 في المسائل ذات الطابع الإداري .

المبحث الثاني :مصادر القانون في شريعة الكومن لو "CL"

تتمثل هذه المصادر في القضاء والعرف و التشريع و الذي يكون محل دراسة و تحليل وفقا للمطالب الآتية :

المطلب الأول : القضاء كمصدر للقانون.(السابقة القضائية) .

لا تقتصر وظيفة القضاء على تطبيق القانون بل تمتد هذه الوظيفة إلى إنشاء القاعدة القانونية بمعنى يقوم القضاء بوظيفة تشريعية و ذلك من خلال الأحكام التي يصدرها في قضايا مختلفة عرضت ليه للحل و من مجموع هذه الأحكام تشكل سابقة قضائية .

و التي يقصد بها الحكم الذي يصدر من أحد المحاكم العليا و يفصل في أحد الدعاوى المرفوعة إليها وفقا لمبدأ معين يكون ملزما للمحكمة ذاتها في القضايا المماثلة و المحاكم الأخرى قل درجة السابقة القضائية يحكمها مبدأ التقييد بما حكم به و لما كانت السابقة القضائية تشكل المصدر الأول في شريعة الكومن لو ، هذا و تتشكل الهيئات القضائية من : [66]

* المحكمة العليا للمملكة المتحدة : و هي أعلى هيئة قضائية في القضاء البريطاني تم تأسيسها في 01 أكتوبر 2009 ، لتحل محل للجنة الاستئنافية في مجلس الوردات حيث تم فصل السلطة القضائية عن لحكومة و البرلمان و ذلك بموجب الإصلاح الدستوري لسنة 2005 ، و تم تغيير مقرها إلى مبنى الحكمة العليا بدلا من البرلمان ، و تفصل في النقاط القانونية ، كما حافظة على دورها بصفتها محكمة

[66] - حيدور جلول ، المرجع السابق ، ص 49.

الاستئناف التي تفصل في النقاط القانونية ، كما حافظة على دورها بصفتها محكمة الاستئناف النهائية التي تفصل في القضايا العامة ذات الأهمية الكبرى .

– محكمة الاستئناف : هي الدرجة الثانية بالنسبة لمحكمة العدل العليا و محكمة العدل العليا و محكمة التاج ، حيث تتشكل من قسمين دائرة مدنية تستأنف أمامها أحكام المدنية و الأسرة الأكثر تعقيد و دائرة جنائية تستأنف أمامها أحكام محكمة التاج.

و كذا محكمة العدل العليا: و التي تختص بالنظر في القضايا المدنية الأكثر تعقيدا و قضيا الأسرة و تضم ثلاث أقسام ، قسم مقعد المملكة ، قسم المستشار قسم الأسرة محكمة التاج و كذا المحاكم الابتدائية كما أسلفنا الإشارة إليهما سابقا .

المطلب الثاني: التشريع .

يسعى التشريع في انجلترا القانون المدون تمييزا له عن الكومن لو ، و يسمى كذلك القانون البرلماني تمييزا له عن القانون القضائي ، و يشمل على القانون نفسه على القواعد التنظيمية المختلفة التي تصدرها السلطة التنفيذية لتنفيذ القانون .

هذا و تجدر الإشارة إلى أنه نتطرق إلى التشريع كمصدر لشريعة" الكومن لو" وفقا للعناصر الآتية : [67]

الفرع الأول : مكانة التشريع حسب النظرية الكلاسيكية .

يعتبر التشريع في انجلترا حسب النظرية الكلاسيكية مصدرا ثانويا للقانون ، لأنه لا يشكل بالنسبة لهذه النظرية إلا أداة تصحيح الهيكل الأساسي للقانون الإنجليزي و الذي يتألف أصلا من القانون القضائي .

[67] - وكواك الشريف ، المرجع السابق ، ص 63.

الفرع الثاني : مكانة التشريع حسب النظرية الحديثة .

اعترفت النظرية الحديثة بالطابع التشريعي للقانون الانجليزي ، نظرا للدور الحيوي الذي أصبح يؤديه في ظل نشاط حركة التشريع في مجالات متعددة لتنظيم قطاعات واسعة في المجال الاقتصادي و الاجتماعي .

هذا و نُشير غلى أنه قد نال البرلمان البريطاني سيادته وعزز استقلاليته منذ ثورات الإنكليز في القرن 17 فكما يقال "يمكنه إحداث كل شيء ما عدا تحويل رجل إلى إمرأة" فيمكنه تغيير ما يسمي بالقواعد الدستورية والقوانين العادية والقرارات التي يصدرها تأتي في قمة الهرم بالنسبة لتدرج القواعد القانونية[68]ويترتب على ذلك:

– لا يميز بين القوانين العادية والقوانين الدستورية ولا أثر للرقابة الدستورية على القوانين. فتعد بريطانيا من البلدان الأوروبية النادرة التي ليس لها دستورا مكتوبا ولا تعرف تطبيق الرقابة الدستورية للقوانين. بينما رأينا الولايات المتحدة تحتل الصدارة في هذا المجال وتعتبر نموذجا رغم أن النظام الأمريكي مستوحى من النظام الإنكليزي ولكن مع تطويره وجعله يتلاءم ومتطلبات المجتمع الأمريكي .

– كما لا يميز كذلك بين المعاهدات الدولية والقانون الداخلي لأن المعاهدة يصادق عليها البرلمان بقانون خاص يتم بموجبه إدماجها في القانون الداخلي لتصبح ملزمة لبريطانيا وبالتالي تصبح قانون داخلي إذا صودق عليها كما هو الحال بخصوص المعاهدة المؤسسة للاتحاد الأوروبي وإدخال أحكامها في القانون الإنكليزي بموجب قانون 72 الذي يقر سريان القانون الأوروبي في الحاضر والمستقبل على كل التراب الإنكليزي مع نفاذه في حالة تناقضه مع قاعدة وطنية لكن كما أشرنا ما دام أن هذه

[68]– عبد الرزاق بن خروف ، المرجع السابق ، ص 77 .

المعاهدة أصبحت قانون داخلي فيمكن إصدار قوانين تناقضها أو تلغي البعض منها لعدم تمييز بين المعاهدة الدولية والقانون الداخلي في النظام الانجليزي.

و هذا الوضع يبقي قائما بعد الإصلاحات الدستورية الأخيرة 1998 المشار إليها فإذا كانت بريطانيا من الأوائل التي صادقت على المعاهدة الأوروبية لحقوق الإنسان في سنة 1951 ألا أنّ هذه الأخيرة لم تطبق لأنها لم تدمج في القانون الداخلي ولكن المواطن البريطاني استفاد من حماية هذه العاهدة بطريقة غير مباشرة حيث اعتبرت المعاهدة كمصدر مبدئي "sources de Principes" وطبقها القضاء خاصة في مجال حماية المواطن من تعسف السلطة وعلاقات الإدارة بالمستخدمين وحماية حقوقهم الأساسية وتم إدماج هذه المعاهدة بموجب قانون "Human Right Act1998" ودخل حيز التنفيذ في 12 أكتوبر 2000 وينص في القاعدة الثالثة منه "يتعين على القاضي تفسير القانون تفسيرا يتلاءم مع المعاهدة، وفي حالة عدم ملائمة نص قانوني للمعاهدة يتعين على القاضي التصريح بعدم الملائمة أو المطابقة النص القانوني للمعاهدة وفي هذه الحالة يتدخل الجهاز التنفيذي لتغيير النص وجعله يتلاءم مع المعاهدة .

و يمكن للقاضي إلغاء القرارات الإدارية التي لا تتلاءم مع نصوص المعاهدة والتي تمس بالحقوق الأساسية للمواطن.

– الطابع التقني للقانون التشريعي .

التقنية المستعملة في وضع القاعدة القانونية يطغي عليها الطابع التقني بحيث يحرر النص القانوني بصورة مفصلة و دقيقة[69]. فإلى جانب التعاريف المختلفة الكلاسيكية تضاف إليها تعاريف تمهيدية، وتعاريف المصطلحات ثم تليها شروط تطبيق كل قاعدة وتوضيحها بدقة مع دراسة كل الحالات أو الإفتراضات التي يمكن حدوثها مع تنظيم

[69]– عبد الرزاق بن خروف ، المرجع السابق ، ص 78 .

الآثار المترتبة على ذلك بدقة كبيرة. لأن القانون في نظر المشرع لا يزال يقوم بالدور التصحيحي والتكميلي للقانون الساري المفعول وهذا لتسهيل مهمة القاضي الذي سيطبق هذه القاعدة. وهيكلة هذه الأخيرة تبدو معقدة حيث تتألف من فقرات طويلة تتخللها إحالات متعددة وتعقبها أو يضاف إليها ملاحق طويلة. ويتخذ القانون العنوان الذي سمي به متبوعا بالسنة التي صودق عليه "Human Right Act1998" مثلا، وتنقسم إلى مواد أو بنود تسمى بما يعادل "Article" في النظام الجزائري أو الفرنسي والفقرة أو "Alinea" تسمى ب "Sub-Section ".

المطلب الثالث: العرف .

يحتل العرف المرتبة الثالثة في الهرم القانوني وهو مصر احتياطي من مصادر القانون الانجليزي لان القضاة لم يعتمد إلا على الأعراف المستقرة في المعاملات التجارية و يتبنون منها إلا ما يعتقدون انه يحقق العدل المستوحى من ضمير الملك ، و تجدر الإشارة إلى أن القانون الانجليزي قبل نشأة قواعد الكومن لو كان عرفيا [70].

هذا و تجدر الإشارة إلى أنّ العرف قد لعب دورا مهما في بداية تك القانون الإنجليزي لكن مكانته تراجعت و لم يعد له دور ثاني ، و رغم أن العديد من قواعد الكومن لو مصدرها الأعراف المحلية ، فلم يعد اعرف سوى مصدر احتياطي لا يعتمد عليه إلا في بعض المعاملات التجارية و حي كون محقا للعدل [71] .

[70] - حيدور جلول ، المرجع السابق ، ص 51.
[71] - برابح السعيد ، المرجع السابق ، ص 15.

المطلب الرابع: العقل[72].

كما سبق وأن أشرنا تأسست قواعد" الكومن لو " على العقل، بفضل الحيل القانونية التي استعملت لاستبعاد الأعراف المحلية، والأنظمة القانونية والقضائية التي كانت سائدة وذلك عن طريق المحاكم. وكان الملك في مجلسه أو المستشار والقضاة فيما بعد يفصلون في النزاع المطروح عليهم بالإعتماد على العقل. وفي تحكيمهم العقل، كانوا يستلهمون أحكامهم من القانون الكنسي والقانون الروماني، والأفكار السائدة في قانون القارة الأوروبية المكتوب". هذا لا يعني أنه لا يوجد اختلاف بين المنهجين، فإذا كان القاضي في بلاد "RG" يقوم بتحكيم العقل في إطار التعميم والتجريد الذي تتسم به القاعدة القانونية وفي حدود التي يسمح بها المشرع عند صياغتها. فإن القاضي الإنكليزي هو الذي يضع القاعدة القانونية بإيجاد الحلول للقضايا المطروحة أمامه، ولا يتقيد إلا بما يمليه عليه ضميره، فتحكيم العقل يبقى مستمرا كلما وضع القاضي قاعدة قانونية جديدة. هذه الطريقة مكنت تطوير القانون الإنكليزي وجعلته يتلائم ويساير الظروف المحيطة به. مما أطلق عليه بالنظام المفتوح "systemeOuvert" عكس نظام RG الذي يتقيد فيه القاضي بتطبيق النص وحرفيته أو في حدود نية المشرع لذا سمي بالنظام المغلق " SystemeFermé" .

[72]- عبد الرزاق بن خروف ، المرجع السابق ، ص 81 .

المبحث الثالث :موقف المشرع الجزائري من الأنظمة المقارنة :

سوف يتم التطرق إلى العناصر الآتية : مدى تأثر النظام القانوني الجزائري بالنظام الروماني ، و من حيث تقسيمات القانون و كذا التقنين (المطلب الأول) ، والخصائص المتعلقة بالقاعدة القانونية و مصادر القانون و الازدواجية القضائية ومن حيث الرقابة على دستورية القوانين (المطلب الثاني) .

-المطلب الأول :مدى تأثر النظام القانوني الجزائري بالنظام الروماني و بيان تقسيمات القانون المتعلقة به [73].

الفرع الأول : مدى تأثر النظام القانوني الجزائري بالقانون الروماني .

يعتبر القانون الروماني المصدر التاريخي للقانون الفرنسي وما دامت الجزائر كانت تحت الاستعمار الفرنسي ، فنجد أنّ القانون الجزائري قد بطريقة غير مباشرة بالقانون الروماني .

ذلك أنّه و عقب الإستقلال مباشرة اصدر المشرع الجزائري المرسوم رقم : 157/62 الصادر بتاريخ : 1962/12/11 المتعلق بتمديد سريان العمل بالقوانين الفرنسية ما لا يتعارض مع السيادة الوطنية.

[73]- ينظر عمريوجويدة ، محاضرات في مقياس مقارنة الأنظمة القانونية، 2022-2023 ، المحاضرة السابعة ، المرجع السابق ص 07

الفرع الثاني :تقسيمات القانون في التشريع الجزائري .

يعرف القانون الجزائري تقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص ، فالقانون العام هو الذي ينظم العلاقات القانونية التي تكون الدولة طرفا فيها ،وتهدف إلى تحقيق المصلحة العامة ، أما القانون الخاص فلا تكون الدولة طرفا في العلاقة القانونية و تهدف إلى تحقيق المصالح الخاصة .

هذا ونشير إلى أنه تم تقسيم القانون العام إلى فروع منها القانون الدستوري ، القانون الإداري ، ...

وتم تقسيم القانون الخاص إلى فروع منها : القانون المدني ، القانون التجاري ... و معظم هذه القوانين اقتبسها المشرع الجزائري من القانون الفرنسي .

هذا و يعرف القانون الجزائري تقسيم القانون الخاص إلى قانون خاص بالأشخاص فعرف الشخصية القانونية ، كما عرف الشخصية المعنوية سواء تجمعات الأشخاص أو تجمعات الأموال .

إلى جانب القانون الخاص بالأشخاص تم تقسيم القانون الخاص الى قانون خاص بالأموال ،و قسمت الأموال إلى أموال عقارية و أموال منقولة ، وتم تقسيم المسؤولية إلى المسؤولية عن الفعل الشخصي و المسؤولية عن فعل الغير ،و تقسيم العقود إلى عقود رضائية وعقود شكلية وعقود ملزمة لجانب وعقود ملزمة لجانبين.

هذا وتجدر الإشارة إلى الخصائص المتعلقة بالقاعدة القانونية في النظام القانوني الجزائري .

باعتبار أنّ الجزائر كانت مستعمرة فرنسية ، والنظام الفرنسي ينتمي إلى النظام القانوني الرومانو جرماني فالقواعد القانونية تتميز بالعمومية التجريد.

المطلب الثاني : مصادر القاعدة القانونية في النظام القانوني الجزائري[74]

طبقا للمادة الأولى (01) من القانون المدني الجزائري [75] ، تتمثل المصادر الرسمية للقانون في : التشريع ، مبادئ الشريعة الإسلامية ، العرف ، و مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة .

الفرع الأول : التشريع .

يُعتبر التشريع المصدر الأول للقاعدة القانونية في القانون الجزائري ،وذلك طبقا للمادة الأولى من القانون المدني الجزائري (المشار إليها سابقا) .

و التشريع هو مجموعة القواعد المكتوبة التي تضعها السلطة المختصة في الدولة ، وهناك التشريع الأساسي المتمثل في الدستور الذي تضعه السلطة التأسيسية ،و باعتباره القانون الأسمى فتخضع له كل القوانين ، لذلك وجد مبدأ الرقابة على دستورية القوانين .

هذا وتُعتبر الاتفاقية الدولية المصادق عليها أعلى درجة من القانون العادي لكونها أقل درجة من الدستور .

التشريع العادي : و يُقصد به القانون بالمعنى الضيق أي النصوص الصادرة عن السلطة التشريعية المتمثلة في البرلمان ، كما يوجد التشريع الفرعي وهو مجموع النصوص القانونية الصادرة عن السلطة التنفيذية وتسمى التنظيمات ، و تخضع هذه النصوص لمبدأ المشروعية [76] ، أي الخضوع التام للقانون ، كما يتمتع رئيس

---

[74]- ينظر عمريوجويدة ، المحاضرة السابعة ، المرجع السابق ، ص 8 .

[75]- الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري ، المعدل و المتمم .

[76]- يقصد بمبدأ المشروعية تعريف المشروعية لغة : نعني به شرَع شرعاً و شُروعاً تناول الماء بيه وشرعت الدواب في الماء – تَشرَعُ شَرعاً وشُروعا : أي دخلت . و الشريعة و الشراع و المشرعة: المواضع التي ينحدر منها الماء .و الشريعة و الشرعة : ما سنَّ الله من الدين و أمر به كالصوم و الصلاة و الحج و الزكاة و سائر أعمال البر ، و الشارع الطريق الأعظم الذي يشرُعُ فيه الناس عامة و هو على هذا المعنى ذو شرع من الخلق – أي الناس يشرعون فيه ، ابن منظور ، لسان العرب المحيط ، المجلد الثالث ، دار الجيل ، دار لسان العرب ، بيروت ، 1988 ، ص 299.

أما اصطلاحا : فعني بالمشروعية خضوع الدولة بجميع أجهزتها للقانون القائم و يستند هذا المبدأ إلى سيادة القانون بصفته مُعبرا عن إرادة الشعب و نعني بالقانون هنا مدلوله العام أي جميع القواعد الملزمة و المقترنة بجزاء سواء كانت مكتوبة أو غير مكتوبة كما أن مبدأ المشروعية لا يقتصر على خضوع تصرفات الأفراد فيما بينهم بل يتعدى حدود ذلك إلى العلاقة بين الأفراد و الدولة بجميع

الجمهورية بسلطة إصدار التنظيمات والتشريع بأوامر في ظروف استثنائية [77]مثلما هو الحال في القانون الفرنسي

الفرع الثاني : مبادئ الشريعة الإسلامية .

تعتبر مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرسمي الثاني من المصادر الرسمية و المصدر الرسمي الاحتياطي الأول من المصادر الرسمية الاحتياطية ،و لا يمكن للقاضي أن يلجأ إلى مبادئ الشريعة الإسلامية في المسائل المتعلقة بقانون العقوبات [78] ، طبقا لمبدأ لا جريمة ولا عقوبة و لا تدبير أمن إلا بنص قانون . و لا يلجأ القاضي لمبادئ الشريعة الإسلامية إلا في حالة ما إذا لم يجد حلا في التشريع .

و يجب التمييز بين المصدر المادي و المصدر الرسمي للقانون ، فالمصدر المادي نقصد به المصدر الذي يستمد منه المشرع مضمون القاعدة القانونية ، أما المصدر الرسمي فهو المصدر الذي يلجا إليه القاضي للفصل في النزاع المعروض عليه ومبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الثاني من المصادر الرسمية للقانون و المصدر الرسمي لاحتياطي الأول .

تصرفاتها للقانون ، الدكتور أبو بكر صالح بن عبد الله ، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة المطبعة العربية ، غرداية ، الجزائر الطبعة الأولى نوفمبر ، 2005 ، ص 22.

[77]- ينظر المادة142 فقرة 05 من دستور 1996 المعدل و المتمم حسب آخر تعديل له 2020

[78]- الأمر 66-156 المؤرخ في 08يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم .

الفرع الرابع : العرف .

يُعتبر العرف مصدرًا رسميًا ثالثًا و رسميًا احتياطًيا ثانيًا من مصادر القانون في القانون الجزائري ،و يقصد بالعرف اعتياد الناس على إتباع سلوك ما مع شعوبهم بوجوب احترام هذا السلوك ،و يأتي العرف بعد التشريع ومبادئ الشريعة الإسلامية .

و هناك العرف المكمّل للتشريع وهو العرف الذي يكمل النقص الموجود في التشريع لكون التشريع لم ينظم مسألة ما .

وهناك العرف المساعد للتشريع يلجأ إليه القاضي في حالة ما اكتفى التشريع بتنظيم المسائل الرئيسية دون التفصيلية فيلجأ القاضي بشأن هذه الأخيرة إلى العرف .

هذا و يعرف " العرف " بأنه ما ألفه الناس و صاروا عليه في تصرفاتهم ، سواء كان فعلا أو قولا دون أن يخالف نصا قانوني ، وهو من أقدم مصادر التشريع الإنساني لأن التشريعات المختلفة ، بدأت بعادات و أعراف جعلت منها شريعة تحتكم إليها ، و لا يزال العرف إلى يومنا هذا من أهم المصادر القانونية و التشريعية " [79]

[79] - البرج أحمد ، المرجع السابق ، ص 42.

الفرع الخامس : مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة .

تُعتبر مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة المصدر الرسمي الاحتياطي الثالث و الأخير في القانون الجزائري ، فلا يلجأ إليه القاضي إلا إذا لم يجد حلا في النزاع في التشريع و في مبادئ الشريعة الإسلامية و في العرف ، وفرصة لجوء القاضي الجزائري لهذه المبادئ والقواعد ضئيلة لان المشرع نظم تقريبا كل المسائل .

الفصل الثالث : النظام الإسلامي .

و في هذا الصدد يتم معالجة الفصل الثالث بالتحليل الى مفهوم الشريعة الإسلامية و بيان خصائصها من خلال (المبحث الأول) .

أما (المبحث الثاني) فيكون معالجة مصادر التشريع الإسلامي و بيان مبادئه ،

و في (المبحث الثالث) يكون محل دراسة وشرح تطور النظام القانوني والقضائي الإسلامي .

المبحث الأول : مفهوم الشريعة الإسلامية و بيان خصائصها .

و عليه يتم التطرق من خلال المبحث الأول إلى مفهوم الشريعة الإسلامية (المطلب الأول) ، و في المطلب الثاني (الخصائص المتعلقة بالشريعة الإسلامية).

المطلب الأول :مفهوم الشريعة الإسلامية .

و هي ما شرع الله تعالى لعباده من الأحكام التي جاء بها النبي من الأنبياء صلى الله و عليه و سلم سواء كانت متعلقة بكمية عمل ، و تسمى فرعية و عملية و خصص لها علم الفقه ، أو بكيفية الاعتقاد و تسمى أصلية أو اعتقادية .

و في هذا الصدد يعرفها الدكتور مصطفى أحمد الزرقا بأنّها :" مجموعة الأوامر و الأحكام الاعتقادية و العملية التي يوجب الإسلام تطبيقها لتحقيق أهدافه الإصلاحية في المجتمع " ، هذا ومن بين أسمى أهداف النظام الإسلامي هو إصلاح الحياة الاجتماعية بصورة يسود فيها النظام و الأمن العام ، و العدل بين حماية حرياتهم و صون كرامتهم ، و لتحقيق هذا الهدف الاجتماعي ، و سمت النظام نظاما مدنيا

يتضمن تشريعا شاملا لجميع الأسس القانونية اللازمة لإقامة المجتمع ، و تنظيم علاقات الأفراد فيما بينهم و علاقاتهم بالسلطة [80] .

هذا و نُشير إلى أنّه وُجب التمييز بين الشريعة الإسلامية و الفقه الإسلامي فالشريعة الإسلامية هي نصوص القرآن الموحى به من الله تعالى إلى رسوله محمد صلى الله عليه وسلم ، و السنة النبوية الشريفة ، و هي أقوال الرسول محمد صلى الله عليه و سلم و فعاله التي هي شرح و تفصيل لما أجمله القرآن ، و تطبيق عملي لأوامره و نواهيه و إباحته ، بإعتبار أن كل ما يصدر عن الرسول صلى الله عليه و سلم يكون متصلا بتفسير الشريعة و تطبيقاتها ، و ليس من عند نفسه ، و إنما هو وحي من الله تعالى وفقا لقوله :" و ما ينطق عن الهوى " .

أما الفقه فهو ما يفهمه العلماء من نصوص الشريعة و ما يستنبطونه من تلك النصوص ، و يقررونه و يوصلونه وما يضعون من القواعد المستمدة من دلالات النصوص ، فالشريعة الإسلامية معصومة ، أما الفقه فهو من عمل الفقهاء .

و عليه ، يمكن القول التمييز بين الشريعة و الفقه من زاوية أن الشريعة أعم و أشمل من الفقه على أساس أن الشريعة تشتمل على جميع الأحكام الشرعية المتعلقة بالعقيدة و الأخلاق و العبادات و المعاملات ، بينما لا يعني الفقه إلاّ بأحكام العبادات و المعاملات [81] .

[80]- حميد شاوش ، المرجع السابق ، ص 42.
[81]- نفس المرجع ، ص 43.

المطلب الثاني :الخصائص المتعلقة بالشريعة الإسلامية .

تتميز الشريعة الإسلامية بعدة خصائص ترفعها إلى أرقى درجة من الكمال لا يرقى إليها أي قانون وضعي ، أهمها : [82]

* **الربانية:**أي أنّ مصدر الشريعة هو الله تبارك و تعالى ، عكس الأنظمة الأخرى التي هي من صنع البشر ، و الله تعالى هو المنصف بكل صفات الجلال و كمال الخالي من كل عيب أو نقص أو جهل أو هوى لذلك فإنّ أحكام الشريعة تهدف إلى ربط الناس بخالقهم ، و الأخذ بهذه الشريعة هو جزء من العقيدة و شرط للإيمان ، قال تعالى :" و ما كان لمؤمن ولا مؤمنة إذا قضى الله و رسوله أمرا أن يكون لهم الخيرة من أمرهم " [83].

هذا و تجدر الإشارة إلى أنه ينتج عن خاصية الربانية عدة نتائج ، أهمها :

1- خذو أحكام الشريعة الإسلامية من أي نقص ، لأن شارعها هو الله صاحب الكمال المطلق .

2- عصمتها من معاني الجور و الظلم تأسيسا على عدل الله المطلق .

3- قدسية أحكامها عند المؤمن بها إذ يجد في نفسه القدسية و الهيبة تجاهها .

* الجمع بين الثبات و المرونة : تجمع الثبات و المرونة ، و يتجلى الثبات في أصولها و كلياتها، و تتجلى المرونة في فروعها و جزئياتها ، فالثبات يمنعها من الميوعة و الذوبان في غيرها من الشرائع ، و المرونة تجعلها تستجيب لكل مستجدات العصر .

* الموازنة بين مصالح الفرد و مصالح الجماعة ، إن الشريعة الإسلامية توازن بين مصالح الفرد و الجماعة فهي لا تميل إلى الجماعة على حساب الفرد.

---

[82]- بن سعيد موسى ، المرجع السابق ، ص 39 و ما بعدها

[83]- سورة الأحزاب ، الآية رقم 36.

4- الجمع بين الجزاء الدنيوي و الأخروي :تتفق الشريعة الإسلامية مع القانون الوضعي في توقيع الجزاء على المخالف لأحكامها في الدنيا ، في حين لا تمتد يد القانون الوضعي إلى معاقبة الإنسان في آخرته بينما تعاقب الشريعة كل من خالف أحكامها في الآخرة، فهي تجمع بين الجزاءين معا .

5- الشمولية : وتتجلى خاصية الشمولية في عدة أمور والتي نوجزها كما يلي : [84]

- من حيث الزمان : بمعنى أنها شريعة لا تقبل نسخا أو تعطيلا ، فهي الحاكمة إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها .

- من حيث المكان : فلا تجد لها حدود جغرافية ، فهي نور الله الذي يضئ جميع أرض الله .

- من حيث الإنسان : فالشريعة تخاطب جميع الناس بأحكامها ، لقوله تعالى :" وما أرسلناك إلا كافة للناس بشيرا ونذيرا "[85]. وكذا قوله تعالى :" وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين " [86].

- من حيث الأحكام : إنّ أحكام الشريعة الإسلامية تناولت جميع شؤون الحياة ، فقد رسمت للإنسان سبيل الإيمان و بينت شروط وتبعات استخلافه ، وتخاطبه في جميع مراحل حياته ، وتحكم علاقاته بربه و بنفسه و بغيره ، فهي منهج حياة كامل جمع بين الدنيا و الدين ، و بين العمل و العبادة ، و بين الظاهر و الباطن ، فضمن بذلك للإنسان خيري الدنيا و الآخرة .

- صلاحية الشريعة الإسلامية لكل زمان ومكان : إنّ أحكام شريعتنا الإسلامية السمحاء صالحة لكل زمان ومكان لأنّها من لدن حكيم خبير و لأنّها تحفظ للإنسان

[84]- بن سعيد موسى ، المرجع السابق ، ص 40
[85]- سورة سبأ ، الآية رقم 28 .
[86]- سورة الأنبياء ، الآية رقم107

توازنه في بنائه وتكوينه وتلبية مطالب حياته في شكل متكامل واضح مرن ، وهي نوعان : قواعد خاصة بالعبادات و قواعد خاصة بالمعاملات.

المبحث الثاني : مصادر التشريع الإسلامي و بيان مبادئه .

وفي هذا الصدد يتم التطرق في المبحث الثاني الى مصادر الشريعة الإسلامية (المطلب الأول)، كما يتم معالجة المبادئ التشريع الإسلامي في (المطلب الثاني) .

المطلب الأول : مصادر التشريع الإسلامي .

تتمثل مصادر الشريعة الإسلامية في القرآن الكريم و السنة النبوية الشريفة وكذا الإجماع و القياس و الذي نتطرق فيه على النحو الآتي :[87]

أولا : القرآن الكريم .

يعتبر القرآن الكريم المصدر الأول و الأساسي للشريعة الإسلامية وهو كلام الله المنزّل على خاتم الأنبياء و المرسلين سيدنا محمد صلى الله عليه و سلم بالغة العربية ، المكتوب في المصاحف ، والمحفوظ في الصدور ، المنقول بالتواتر ، و التعبّد بتلاوته ، والشامل في تنظيمه لكل ما تعلق بالعبادات و الأخلاق و المعاملات .

فبالنسبة للمعاملات يتضمن القرآن الكريم أحكاما في المجالات الآتية:

– الأحكام المتعلقة بالأسرة :كالزواج والطلاق و النفقة و النسب و الميراث ، وتسمى حسب التقسيمات الحالية للقانون بقانون الأسرة أو قانون الأحوال الشخصية .

– الأحكام المتعلقة بالمعاملات المالية كالبيع و الإيجار و الرهن والكفالة ،و التي تصنف ضمن القانون المدني .

[87]- عمريوجويدة ، محاضرات في مقياس : مقارنة الأنظمة القانونية ، كلية الحقوق ،جامعة الجزائر1 ، المحاضرة السادسة 2022.2023 ، منشورة عبر المنصة التعليمية بكلية الحقوق ، ص 03 وما بعدها .

– الأحكام المتعلقة بالقضاء والدعاوى والشهادة واليمين ،والتي تدرج في قانون المرافعات أو الإجراءات المدنية .

– الأحكام المتعلقة بمعاملة الأجانب غير المسلمين في الدولة الإسلامية وتدرج في فرع القانون الدولي الخاص .

– الأحكام المتعلقة بتنظيم علاقة الدولة الإسلامية بالدول الأخرى في حالتي السلم والحرب ، تتم وفقا لقواعد القانون الدولي العام.

– الأحكام المتعلقة بنظام الحكم وقواعده ،وحقوق الأفراد وحرياتهم في علاقتهم بالدولة تدرج في قواعد القانون الدستوري .

– الأحكام المتعلقة بموارد الدولة الإسلامية ونفقاتها وتنظيم العلاقات المالية بين الأفراد والدولة و بين الأغنياء و الفقراء ، فتتم وفقا لقواعد القانون المالي .

– الأحكام المتعلقة بتحديد الأفعال المنهي عنها والمصنفة كجرائم و تحديد العقوبات المقررة لها ، مع بيان الإجراءات المتبعة عند توقيع تلك العقوبات ،وهو ما يقابل قانوني العقوبات و الإجراءات الجزائية .

ثانيا :السنة النبوية الشريفة:[88] تعتبر السنة النبوية الشريفة المصدر الثاني للشريعة الإسلامية ، وهي ما صدر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قول أو فعل أو تقرير إذ قال تعالى في كتابه العزيز :" وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا " [89].

– **السنة القولية** :هي أحاديث الرسول صلى الله عليه و سلم في مختلف المواضيع و المناسبات ، كقوله صلى الله عليه و سلم :" من كلن يؤمن بالله و اليوم الآخر فليقل خير أو ليصمت " .

[88]- عمريوجويدة ، المرجع السابق ، ص 4
[89]- سورة الحشر ، الآية رقم 7

-**السنة الفعلية** : هي أفعال الرسول صلى الله عليه و سلم ككيفية الصلاة و كقضائه بشاهد واحد و يمين المدعي .

- **السنة التقريرية** : هي ما أقرّه الرسول صلى الله عليه و سلم مما صدر عن أصحابه من أقول وأفعال دون أن ينكر ذلك أو بسكوته عنه ، أو بأن يوافق على ما صدر منهم و يستحسنه ، فسكوته وعدم الإنكار والاستحسان يعتبر وكأنه صادر منه صلى الله عليه و سلم .

- **ثالثا : الإجماع** . يعتبر الإجماع المصر الثالث من مصادر الشريعة الإسلامية وهو اتفاق مجتهدي الأمة الإسلامية بعد وفاة النبي محمد صلى الله عليه و سلم على حكم شرعي في مسألة لم يرد بشأنها حكم في القرآن الكريم و لا في السنة النبوية الشريفة .

إذ أنّ انتشار الإسلام في أماكن مختلفة في العالم ذات حضارات و ثقافات مختلفة وظهور وقائع جديدة لمتكن معروفة في عهد الرسول صلى الله عليه و سلم أدى إلى الحاجة إلى أحكام لتنظيم هذه الوقائع والإجماع هو وسيلة لوضع هذه الأحكام .

والإجماع نوعان :[90]

-**الإجماع الصريح** : وهو أن يتفق مجتهد و الأمة الإسلامية على قول أو فعل بشكل صريح و قيام الدليل على ذلك دون أن يخالف في ذلك أحدهم و بالتالي وجب العمل بما اتفق عليه .

-**الإجماع السكوتي** :وهو أن يقول أو يعمل أحد المجتهدين بقول عمل فيعلم الباقون و لم يوافقوا عليه صراحة و لم يعارضوه صراحة بل يسكتون مع عدم وجود مانع من إبداء رأيهم .

[90]- عمريوجويدة ، المرجع السابق ، ص 4 ،والجدير بالذكر أنّ مظاهر تأثر القانون الوضعي بالشريعة الإسلامية عديدة نذكر منها :الاعتراف بالشخصية المعنوية ، الاعتراف بالشخصية المعنوية للدولة، نزع الملكية للمنفعة العامة ، تعويض الدولة عن الخطأ المرفقي و للإستزادة والتوسع ينظر بن سعيد موسى ، المرجع السابق ، ص 47 وما بعدها.

رابعا : القياس يعتبر القياس مصدر من مصادر الشريعة الإسلامية ، هذا ويُعرّفه الأصوليون بأنّه تسوية لواقعة لم ينص بشأنها حكم بواقعة نص بشأنها حكم لاتفاقهما في العلّة ،و بالتالي في الحكم أو هو إلحاق أمر منصوص على حكمه بأمر منصوص على حكمه لاشتراكهما في علّة ذلك الحكم .

المطلب الثاني : المبادئ المتعلقة بالتشريع الإسلامي

إنّ مبادئ التشريع الإسلامي في بداية تكوينه الأول في عهد الرسول محمد صلى الله عليه وسلم على أربع مبادئ أساسية و التي نبينها كما يلي: [91]

الفرع الأول :التدرج في التشريع .

شرعت أحكام الشريعة الإسلامية متدرجة من حيث الزمان أومن حيث أنواع الأحكام ، فالأحكام التي شرعها الله و رسوله لم تشرع دفعة واحدة ، و إنّما شرعت متفرقة على مدار فترة حياة الرسول صلى الله عليه وسلم ، مع تدرجها في تكليفهم وفقا لمسلك يساعدهم على تكوين استعداداتهم بحسب مقتضى كل حدث و سببه ، و الحكمة من هذا التدرج هي تيسير معرفة هذه الأحكام فهمها على أكمل وجه .

[91]- حميد شاوش ، المرجع السابق ، ص 52 وما بعدها

الفرع الثاني :التقليل من التقنين .

ويتجلى ذلك في أنّ الأحكام التي شرعها الله ورسوله لم تشرع إلا على قدر الحاجات التي دعت إليها و الحوادث التي اقتضتها ،ولم تشرع منها أحكام لحل مسائل افتراضية أو للفصل في خصومات محتملة .

الفرع الثالث : التيسير و التخفيف .

يُعتبر هذا من أهمها يُميّز الأحكام الشرعية ، مصداقا لقوله تعالى :" يريد الله بكم اليسر و لا يريد العسر " وقوله :" يريد الله أن يخفف عنكم ، و خلق الإنسان ضعيفا "، و قد ورد في صحيح السنة المطهرة أن الرسول صلى الله عليه و سلم ما خُيّر بين أمرين إلا اختار أيسرهما ما لم يكن إثما .

الفرع الرابع : مسايرة التشريع لصالح الناس .

و برهان ذلك أن المقصود من تشريع الأحكام هو تحقيق مصالح الناس ، لذلك فإنّ الأحكام تدور مع عللها وعدما ، و لذلك شرعت بعض الأحكام ثم أبطلت ونسخت لما اقتضت المصلحة تعديلها ، مثل مسألة تحويل القبلة في الصلاة من بيت المقدس إلى الكعبة الشريفة.

المبحث الثالث :تطور النظام القانوني والقضائي الإسلامي .

لما اتسعت رُقعة الإسلام و كثر الداخلين في الإسلام ، فكان لزاما أن يتفاعل معه الفقه الإسلامي ،و على هذا الأساس سوف يتم التطرق من خلال المبحث الثاني ، (المطلب الأول) التشريع في عهد الصحابة والتابعين ، و التطرق الى التشريع في عصر التدوين و الأئمة المجتهدين (المطلب الثاني) .وفي (المطلب الثالث) النظام القضائي الإسلامي

المطلب الأول : التشريع في عهد الصحابة والتابعين.

يبدأ هذا الدور من ولاية معاوية ابن أبي سفيان للخلافة الأموية أي من سنة 41 هجرية إلى أوائل القرن الثاني من الهجرة ، و يسمى هذا الدور بالدور التأسيسي للفقه ، هذا و تميزت هذه المرحلة بما يلي :

- اتساع نطاق الخلاف بين المسلمين و تفقهم سياسيا الى ثلاثة فرق :سنةو شيعة وخوارج وكذا انتشار الصحابة في البلاد الإسلامية بعد أن كانوا محصورين بين مكة و المدينة . وكثرة الكذب في الأحاديث النبوية [92]

وعلى هذا الأساس يتم التطرق إلى ما يلي : المطلب الأول (مصادر التشريع) المطلب الثاني (القضاء)

[92]- عصام نجاح ،القانون المقارن و الأنظمة القانونية الكبرى ، دار العلوم للنشر و التوزيع ، عنابة ، الجزائر ، 2011 ، ص123.

الفرع الأول : مصادر التشريع .

إنّ هذه المرحلة بدأت مدرستان فقيهتان بالتشكل ، الأولى هي مدرسة الأثر ومقرها الأساس هو الحجاز ، و التي عرفت بتمسكها بالنص القرآني أو النبوي ، ومن أشهر فقهائها الفقهاء السبعة وهم :"سعيد بن المسيب المتوفي سنة 94 هجرية ، عروة بن الزبير المتوفي سنة 94 هجرية ، أبا بكر بن عبد الرحمان بن الحارث المتوفي سنة 94 هجرية ، عبيد الله بن عتبة المتوفي سنة 98 هجرية ، خرجة بن زيد بن ثابت المتوفى سنة 99 هجرية ، القاسم بن محمد بن أبي بكر المتوفي سنة 99 هجرية ، القاسم بن محمد بن ابي بكر المتوفي سنة 107 هجرية ، و سليمان بن يسار المتوفي سنة 107 هجرية .

أما الثانية فهي مدرسة الرأي ومقرها الأساس هو العراق ،كانت نواة تشكلها بمجهودات مجموعة من الصحابة منهم ابن مسعود ، أبو موسى الأشعري ، سعد بن أبي وقاص ، عمار بن ياسر وأنس بن مالك ، ثم ازداد عددهم بعد مقتل عثمان بن عفان و اتخاذ علي بن أبي طالب من الكوفة عاصمة له .

هذا أما أشهر علماء مدرسة الرأي هم : " علقمة بن قيس النخعي ، الأسود بن يزيد النخعي ، وأبو ميسرة عمرو بن شراحبيل الهمداني ، و مسروق بن الأجدع الهمداني ، وشريح بن الحارث ...

الفرع الثاني : القضاء [93].

بقي القضاء في هذا العهد كما كان في الدور السابق على بساطته ، إلا أنه لما كثر تناكر الخصوم بعد صدور الحكم ، أصبح يتم تسجيل الأحكام. كما لم يكن القضاة يتقيدون برأي فقهي محدد ، فلم تدون بعد الأحكام الفقهية ليلزم الخلفاء العمل بها في القضاء ،وأحيانا يسأل القضاة رأي الخلفاء في المسألة التي تعرض عليهم .

أما اختيار القضاة فكان يعهد لولاة في الغالب إلا استثناء بعينهم يعينهم الخليفة مباشرة ،وتدل الآثار أن الدولة الأموية و التي كانت هي السائدة في هذا الدور كفلت أرزق كريمة للقضاة .

المطلب الثاني : التشريع في عصر التدوين و الأئمة المجتهدين.

امتد من أوائل القرن الهجري إلى منتصف القرن الرابع الهجري وهو دور تدوين السنة و الفقه وظهور كبار الأئمة الذين اعترف لهم الجمهور بالزعامة العلمية.هذا ونتطرق إلى المطلب الثاني التشريع في عصر التدوين و الأئمة المجتهدين و فق الفروع الآتية :[94]

الفرع الأول : مصادر التشريع .

كما سبقت الإشارة سابقا وكما هو معروف أن القرآن الكريم و الذي أجمعت الأمة على وجوب إتباع أوامره واجتناب نواهيه ، أي أنّه المصدر الأول و الأساس

[93]- عصام نجاح ، المرجع السابق ، ص 125.
[94]- نفس المرجع ، ص ص 126.

للتشريع الإسلامية ، الخلاف الواقع بين الفقهاء في هذا العهد ،وكما كان الحال بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم " متعلق بمعانيه و ليس بحجته أو بصحة كون آياته وحيا .

وقد طرأ على أهل القرآن في نهاية الدور السابق وبداية هذا الدور مسألتان ، الأولى هي ضبط كتابة المصحف الشريف ، حيث أنه من المعروف أنه كتب أول الأمر في عهد الخلفاء الراشدين دون نقاط و لا تشكيل ، فكان يصعب على غير العرب الذين دخلوا الإسلام التفريق بين كلماته كالتفريق بين " عند" و" عبد" و قد ابتدأ العمل " أبو الأسود الدؤلي " بطلب من أمير العراق " زياد بن أبيه " وحسنه " نصر بن عاصم"بطلب من أمير العراق " الحجاج بن يوسف الثقفي " وأنهاه الخليل بن أحمد " ،و بقي رسم القرآن على الضبط الذي وضعه الى يومنا هذا .

أما المسألة الثانية فهي إهتمام الفقهاء وإقبالهم على تفسير معانيه وكان من أولهم " ابن جرير الطبري " .

أما المصدر الثاني وهو السنة النبوية فقد نشطت حركة تدوينها ، ولما لم يصل إلينا ما دونه " أبوبكر بنحزام " و "محمد بن شهاب الزهري " بطلب من الخليفة " عمر بن عبد العزيز " اعتبر كتاب " الموطأ " للإمام مالك أول كتاب جامع للسنة .

كما بدأ التعقيد لعلم جديد من علوم الحديث وهو علم التجريح و التعديل الذي أثار إعجاب المنشغلين بالعلوم الإسلامية حتى المستشرقين منهم ، ليكون سياجا مانعا ضد الأحاديث الضعيفة و الموضوعة .

هذا ونشير إلى أهم كتب السنة والتي نبينها على النحو الآتي :[95]

- موطأ الإمام مالك لصاحبه الإمام مالك بن أنس (93-129 هجرية).

- مسند الإمام أحمد ، صاحبه الإمام أحمد بن حنبل (164 - 241 هجرية).

- صحيح البخاري و يُسمى الجامع الصحيح ويعتبر أصح كتب السنة و الأحاديث على الإطلاق بل هو علماء أهل السنة أصح كتاب بعد القرآن الكريم ، مؤلفه هو محمد ابن إسماعيل بن المغيرة بن بردزبة البخاري (194- 296 هجرية) .

-صحيح مسلم ، ويُعتبر ثاني كتب الصحاح ، صاحبه هو مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري (203-261 هجرية).

- أبو حليفة النعمان ، هو النعمان بن زوطي(ولد سنة 80 هجرية بالكوفة وتوفي سنة 130 هجرية) .

- مالك ابن أنس ،(ولد سنة 93 سنة هجرية وتوفي سنة 179 هجرية) .

- محمد ابن ادريس الشافعي ،(ولد بغزة عام 150 هجرية في العام الذي توفي فيه أبو حنيفة ،وتوفي سنة 204 هجرية).

- أحمد بن حنبل ، (ولد سنة 164 هجرية وتوفي سنة 241 هجرية) .

[95]-عصام نجاح ، المرجع السابق ، ص 127 وما بعدها .

الفرع الثاني : القضاء

لم يتغير الوضع من حيث التعيين و الهياكل ، كثيرا خلال هذا الدور فمازال القضاة يتم تعيينهم من طرف الخليفة أومن طرف ولاة الامصار ، و قد انتعش القضاء شأنه شأن الفقه ، فأصبح للقضاة اجتهادات عديدة وذات فائدة للفقه بشكل عام ، ذلك لأن القضاء هو الجانب التطبيقي للفقه .

المطلب الثالث : النظام القضائي الإسلامي .

أقام الإسلام نظاما قضائيا على أساس العدالة والإنصاف ، و قد أكد عليهما القرآن الكريم في الكثير من المواضع .

الفرع الأول :القضاء في صدر الإسلام[96] .

أولا : القضاء في عصر الرسول صلى الله عليه وسلم .

كان الرسول صلى الله عليه وسلم هو القاضي الأول والمسؤول عن القضاء ، بحيث وضع أسس القضاء للدولة الإسلامية ، وكان يحكم بين الناس وفقا للقرآن الكريم ، و بناء على ما ينزل عليه من الوحي ، و قد اعتمد في إصدار أحكامه على البينة و اليمين و الشهود و الكتابة ، و قضى في الميراث و الحدود و في الشقاق بين الزوجين و في الحضانة و غيرها .

[96]- حميد شاوش ، المرجع السابق ، ص52 وما بعدها

ثانيا : عصر الخلفاء الراشدين :

اسند الخليفة أبو بكر الصديق مهمة القضاء في المدينة إلى عمر بن الخطاب ، فمكث عمر سنة في هذا المنصب و لم يأته متخاصمان لشدة حزمه في الحق ، أما في عهد عمر بن الخطاب بحيث انتشر الإسلام وتوسعت حدود الدولة الإسلامية و اختلط العرب المسلمين بالأعاجم ، الأمر الذي تطلب تعيين قضاة ينوبون عن الخليفة في الأقاليم و المناطق البعيدة عن مركز الخليفة ،و بذلك عين عمر بن الخطاب القضاة في الولايات ، وكانوا مستقلين عن الولاة ليحافظوا على النظام و عدم دمج المصالح السياسية بالمسائل القضائية ، لقد سار عثمان بن عفان و علي بن أبي طالب على نفس النهج الذي انتهجه عمر بن الخطاب فعينوا القضاة في مختلف الولايات .

الفرع الثاني : القضاء في العصرين الأموي والعباسي[97] .

لم يباشر خلفاء العصر الأموي القضاء بأنفسهم وقلدوا غيرهم لآداء هذه المهنة وذلك نظرا لانشغالهم بالجهاد و الفتوحات والأمور السياسية ، ولقد كان القضاة يحكمون بما بوحيه إليهم اجتهادهم ،إذ لم تكن المذاهب الفقهية الأربعة ، فكان القاضي يرجع إلى القرآن الكريم والسنة النبوية والإجماع و القياس ليفصل في الخصومات بين الناس .

ومن أهم التطورات التي طرأت في العصر الأموي هي تسجيل الأحكام التي كان يصدرها القضاة في سجلات خاصة و تحفظ للرجوع إليها إذا لزم الأمر .

و قد شهد القضاء في العصر العباسي تطورا بارزا و أصبح القضاء متأثرا بالأهواء السياسية ، إذ اعتمد بعض الخلفاء على حمل القضاة للسير وفق رغباتهم ، فأصبح

[97]- حميد شاوش ، المرجع السابق ، ص 54

القضاة أداة للخليفة في تسيير سياسته ، مما دفع الكثير من الفقهاء إلى الامتناع عن تولي منصب القضاء ، وكان أبرزهم أبو حنيفة النعمان .

إضافة إلى ظهور منصب قاضي القضاة ، الذي كانت وظيفته تعيين القضاة في الأقاليم ومناطق الدولة الإسلامية ، وكان أول من عين في هذا المنصب القاضي أبو يعقوب أبو إبراهيم ، بحيث كان يطوف ويفقد أحوال القضاة ،و قد أجبرهم على لبس لباس خاص بهم يميزهم عن الناس .

و بالإضافة إلى ازدياد عدد القضاة في كل ولاية ، بحيث في كل ولاية أربعة قضاة يمثلون المذاهب السنية الأربعة ، فقد اتسعت سلطة القاضي في هذا العصر وأصبح يفصل في الدعاوي و الأوقاف و غيرها من القضايا .

الفرع الثالث : أنواع القضاء في الإسلام

عرف الإسلام نوعان من القضاء ، القضاء العادي و القضاء الاستثنائي [98]

01- القضاء العادي : قضاء الخصومات .

يتمثّل القضاء العادي في قضاء الخصومات ، ويتعلق بالخصومات المتعلقة بالمعاملات و العقوبات فيفصل في المسائل المدنية و التجارية و الأحوال الشخصية وإقامة الحدود و القصاص و الولاية وتزويج الأيامى وتقسيم المواريث و رعاية أموال القاصر وغيرها من الاختصاصات الأخرى .

[98]- عميروجويدة ، المرجع السابق ، المحاضرة السادسة ، ص 07.

02-**القضاء الاستثنائي** : وهو القضاء الذي يختص بالفصل في القضايا التي يختص بها القضاء العادي و تمثل في قضاء المظالم ونظام الحسبة .

أ- قضاء المظالم : وهو قضاء يختص بالفصل في الاعتداءات التي تقع من الدولة على الأفراد سواء من طرف رئيس الدولة أو معانيه أو الولاة أو أحد موظفي الدولة بصفتهم الرسمية ، فهدف قضاء المظالم هو منع استغلال السلطة و حماية حقوق الرعية ، من بينها :

- النظر في تعدّي الولاة على الرعية .
- النظر في جور العمال في جباية الأموال .
- تصفّح ومراجعة كتاب الدواوين فيما يجبونه وما ينفقونه .
- النظر في تظلّم الموظفين من نقص أرزاقهم (الأجرة) أو تأخرها .
- النظر في الوقوف و الإشراف عليها .
- النظر بين المتاجرين والحكم بين المتنازعين .

ب – نظام الحسبة :

قضاء يختص في الفصل في الاعتداءات التي تقع على الحق العام الذي يشمل الاعتداء دين الله تعالى بترك الواجبات كالعبادات و فعل المنكرات ،و الاعتداء على دستور و قوانين وقوانين الدولة الإسلامية وعلى المال العام ، الغش و التدليس في الحرف و الصناعات و الأسواق ، ومن طرف الدولة ورئيسها وموظفيها .

الخاتمة :

وكخاتمة لموضوع مطبوعتنا المتعلقة بمقياس " مقارنة الأنظمة القانونية المقارنة " فنشير إلى أنه كما سبقت الإشارة أنّ كثيرا من الدول " تأثرت " و الصحيح اقتبست قوانينها على أنظمة دول أخرى سبقتها في التجربة ، فمعرفة القوانين الأجنبية يُساعد على معرفة و فهم و تحكم أكبر في القوانين الوطنية و تطويرها، فالمشرع في مختلف الأزمنة و الأمكنة اعتمد على الدراسات المقارنة ، لانجاز مختلف أعماله ، فالحركة التشريعية عبر العالم ، كانت دائما متأثرة بما ينجز هنا و هناك من إصلاح و تجديد للأنظمة القانونية ، كما هو الحال في القانون التجاري ، الجنائي ، القوانين الاجتماعية ، الضمان الاجتماعي ، قانون حماية البيئة ، حماية المستهلك

فعلى سبيل المثال لا الحصر ، " الشيك" إنجليزي الأصل ، " عُقوبة الحبس مع عدم التنفيذ " بلجيكي الأصل ، " الشركة ذات المسؤولية المحدودة و شركة الرجل الواحد " أصلها ألماني ، " الإيجار الاعتمادي " أصله أمريكي " الشهر العقاري " أصله استرالي ... و غيرها من الأنظمة ، ذلك أنّ الاستعانة بالدراسات المقارنة في وقتنا الحاضر ، أصبحت ضرورة و حتمية ، إذ أنه يُساهم ومن خلال مختلف الاجتهادات في عملية تفسير القانون ، الأمر الذي انعكس على التشريع ، ذلك انه إذا كان بالإمكان أن يكتسب التشريع الطابع الوطني ، إلا أن العدل و الإنصاف يختلف

عن القانون و يجتاز الحدود الإقليمية للوطن بحيث ما يصاغ و ما يحكم به في بلد ما يمكن أن يؤثر في بلد آخر من نفس النظام القانوني .

كما أنّ للدراسات المقارنة أهمية بارزة و دور فعّال في مجال إثراء الدراسات القانونية بصفة عامة ذلك أن للدراسات المقارنة بالنسبة للقانوني من فقيه وباحث و قاض فهي تساهم في حل المشاكل القانونية المثارة أمامه من خلال الاستناد على النظريات المقارنة مثلا نظرية أعمال السيادة أمام القضاء الإداري ،كما أن للدراسات المقارنة أهمية و دور بالنسبة لفروع القانون أهمية و دور الدراسات المقارنة في المجال الدولي و يتجلى ذلك في توحيد القوانين .

هذا ونشير أنّ الأنظمة القانونية الكبرى تتمثل في:

النظام القانوني اللاتيني الجرماني

النظام القانوني الأنجلوسكسونية

النظام القانوني الإسلامي. هذا الأخير الذي له دور بارز و اثر بالغ من خلال مساهمته في اعداد العديد من الشعوب قوانينها الوضعية .

قائمة المصادر و المراجع المعتمدة :

- القرآن الكريم برواية ورش عن نافع .

أولا :النصوص القانونية .

- الدستور الجزائري 1996 المعدل و المتمم حسب آخر تعديل له لسنة 2020.

- الأمر 66-156 المؤرخ في 08يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم

- الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975المتضمن القانون المدني ، المعدل و المتمم .

- القانون 84-11المؤرخ في 9 يونيو 1984المتضمن قانون الأسرة ، المعدل و المتمم .

ثانيا : المؤلفات .

ابن منظور ، لسان العرب المحيط ، المجلد الثالث ، دار الجيل ، دار لسان العرب ، بيروت ، 1988 .

أبو بكر صالح بن عبد الله ، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة ، المطبعة العربية ، غرداية ، الجزائر الطبعة الأولى نوفمبر ، 2005

– عصام نجاح ،القانون المقارن و الأنظمة القانونية الكبرى ، دار العلوم للنشر و التوزيع ، عنابة ، الجزائر ، 2011

– محمد نصر محمد ،علم القانون المقارن و تطبيقاته القضائية ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، 2013 .

ثالثا : المطبوعات الجامعية.

– أحمد بن مسعود ، محاضرات مقياس مقارنة الأنظمة القانونية ، مقدمة لطلبة السنة الثالثة ليسانس قانون عام ، السداسي الخامس ، المجموعة الأولى ، قسم الحقوق ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة زيان عاشور ، الجلفة ، السنة الجامعية ،: 2020–2021 .

– البرج أحمد ، محاضرات في الأنظمة القانونية المقارنة ، قسم الحقوق ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة غرداية السنة الجامعية ، 2022– 2023 .

– أحمد أدريوش ،القانون المقارن ، محاضرات ملقاة على طلبة الماستر في العلوم القانونية كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية ، أكدال بجامعة محمد الخامس – الرباط ، منشورات سلسلة المعرفة القانونية ، الطبعة الثانية : 2017.

– بن سعيد موسى ،مطبوعة محاضرات " القانون المقارن " ،موجهة لطلبة ماستر 01 شريعة و قانون ، قسم العلوم الإسلامية ، كلية العلوم الإسلامية ، جامعة محمد بوضياف – المسيلة ، السنة الجامعية :2019–2020.

برابح السعيد ، محاضرات في مقارنة الأنظمة المقارنة ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة المسيلة .

تراري ثاني مصطفى ، محاضرات في الأنظمة القانونية المقارنة ، القانون المقارن ، تقدم في إطار إجراءات التباعد الاجتماعي ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة وهران 2 السنة الجامعية : 2020-2021

حميد شاوش ،مطبوعة بيداغوجية بعنوان :الأنظمة القانونية المقارنة ، محاضرات ألقيت على طلبة السنة الثالثة قانون عام التخصص : مؤسسات سياسية و دستورية ، قسم العلوم القانونية و الإدارية ، كلية الحقوق و السياسية ، جامعة 8ماي 1945 قالمة السنة الجامعية: 2017-2018 .

- حيدور جلول ، مقارنة الأنظمة القانونية ، محاضرات موجهة لطلبة السنة الثالثة ليسانس (السداسي الخامس) ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة اسطمبولي معسكر السنة الجامعية :2020-2021 .

- راجي عبد العزيز ،محاضرات لطلبة السنة الرابعة ليسانس " القانون المقارن " ، معهد الحقوق و العلوم الإدارية ، المركز الجامعي خنشلة ، السنة الجامعية : 2005/2004 .

- رشيد خلوفي ، قانون المنازعات الإدارية ، الدعاوى و طرق الطعن الإدارية ، الجزء الثاني ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر 2011.

- طروب كامل ،محاضرات في القانون المقارن ، موجهة لطلبة السنة أولى ماستر : تخصص شريعة و قانون جامعة باتنة ، السنة الجامعية : 2020/2019

– عبد الرزاق بن خروف ، مدخل للقانون المقارن ، محاضرات ألقيت على طلبة السنة الرابعة ليسانس ، السنة الجامعية : 2008/2007 .

– عجة الجيلالي ، دروس في القانون المقارن و النظم القانونية المقارنة ، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1 ، السنة الجامعية : 2022/2021 .

– عمريو جويدة ، محاضرات في مقياس : مقارنة الأنظمة القانونية ، كلية الحقوق ،جامعة الجزائر1 ، المحاضرة السادسة 2022.2023 ، منشورة عبر المنصة التعليمية بكلية الحقوق .

– مجيدي فتحي ، محاضرات في مقياس ،القانون المقارن محاضرات ملقاة على طلبة الحقوق السنة الرابعة ، قسم الحقوق ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة الجلفة السنة الجامعية : 2011–2012 .

– وكواك الشريف ، مطبوعة بيداغوجية بعنوان محاضرات في القانون المقارن لمقياس مقارنة الأنظمة القانونية ، محاضرات ألقيت على طلبة السنة الثالثة ل م د ، تخصص قانون عام قانون خاص ، قسم الحقوق ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة الوادي ، السنة الجامعية : 2019/2018 .

الفهرس :

الموضوع	الصفحة
مقدمة :	01
–الباب الأول: القانون المقارن و تطوره	05
الفصل الأول : ماهية القانون المقارن و بيان طبيعته	05
المبحث الأول : مفهوم القانون المقارن	05
المطلب الأول : تعريف القانون المقارن	05
المطلب الثاني : فروع القانون المقارن	07
المطلب الثالث : صور المقارنة	07
المبحث الثاني :طبيعة القانون المقارن (طبيعة دراسة الأنظمة القانونية).	08
المطلب الأول : الدراسات المقارنة (القانون المقارن) علم .	08
المطلب الثاني : الدراسات المقارنة (القانون المقارن) طريقة	10
المطلب الثالث : الدراسات المقارنة (القانون المقارن)علم و طريقة (الرأي الترجيحي)	12
المبحث الثالث : طرق المقارنة و مراحلها .	14
المطلب الأول : أنواع المقارنة.	14
المطلب الثاني : مراحل المقارنة	17
الفصل الثاني : مراحل القانون المقارن و تطوره	21
المبحث الأول : التطور التاريخي للدراسات القانونية المقارنة	21
المطلب الأول : مرحلة نهضة حركة الجامعات في أوربا	21
المطلب الثاني : مرحلة ركود الدراسات القانونية المقارنة	23

المطلب الثالث : مرحلة انتشار الدراسات المقارنة	24
المبحث الثاني : أهمية و دور الدراسات المقارنة .	26
المطلب الأول : أهمية و دور الدراسات المقارنة بالنسبة للقانوني	26
المطلب الثاني أهمية و دور الدراسات المقارنة بالنسبة لفروع القانون	30
المطلب الثالث : أهمية و دور الدراسات المقارنة في المجال الدولي	35
المطلب الرابع : أهمية و دور الدراسات المقارنة في مجال توحيد القوانين	37
– الباب الثاني : الأنظمة القانونية المقارنة	47
الفصل الأول : (– النظام القانوني الجرماني (المصادر و المناهج) .	50
المبحث الأول: التكوين التاريخي لـ "RG".	51
المطلب الأول : نشأة شريعة اللاتينو جرمانيةRG	51
المطلب الثاني : المبادئ المتعلقة بشريعة اللاتينو جرمانيةRG	53
المبحث الثاني : مصادر القانون في شريعة "RG".	55
المطلب الأول: التشريع	55
المطلب الثاني: العرف	56
المطلب الثالث: الإجتهاد أو التفسير	56

الفصل الثاني :(– النظام القانوني الأنجلوسكسوني. – شريعة الكومن لو "Common–law" "CL"	59
المبحث الأول: التكوين التاريخي لشريعة الكومن لو "CL"	60
المطلب الأول: مرحلة تكوين قواعد الكومن لو	60
المطلب الثاني : التطور التاريخي لشريعة الكومن لو	61
المبحث الثاني :مصادر القانون في شريعة "CL" .	66
المطلب الأول : القضاء كمصدر للقانون.	66
المطلب الثاني: التشريع	67
المطلب الثالث: العرف	70
المطلب الرابع: العقل	71
المبحث الثالث :موقف المشرع الجزائري من الأنظمة المقارنة :	72
–المطلب الأول : مدى تأثر النظام القانوني الجزائري بالنظام الروماني و بيان تقسيمات القانون المتعلقة به	72
المطلب الثاني : مصادر القاعدة القانونية في النظام القانوني الجزائري	74
الفصل الثالث : النظام الإسلامي .	78
المبحث الأول : مفهوم الشريعة الإسلامية و بيان خصائصها .	78
المطلب الأول :مفهوم الشريعة الإسلامية .	78
المطلب الثاني : الخصائص المتعلقة بالشريعة الإسلامية .	80
المبحث الثاني : مصادر التشريع الإسلامي و بيان مبادئه .	82
المطلب الأول : مصادر التشريع الإسلامي .	82

المطلب الثاني : المبادئ المتعلقة بالتشريع الإسلامي	85
المبحث الثالث : تطور النظام القانوني والقضائي الإسلامي	87
المطلب الأول : التشريع في عهد الصحابة والتابعين.	87
المطلب الثاني : التشريع في عصر التدوين و الأئمة المجتهدين .	89
المطلب الثالث : النظام القضائي الإسلامي .	92
الخاتمة:	97
قائمة المصادر و المراجع :	98
الفهرس :	102