



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الجيلاي اليابس بسيدي بلعباس

كلية الحقوق والعلوم السياسية (19 مارس 1962)

مستخرج من محضر المجلس العلمي

المنعقد بتاريخ 2023/02/22

بناء على طلب المصادقة على تقارير كل من الأستاذ الدكتور غراس عبد الحكيم والأستاذة الدكتورة مكايي آمال والأستاذ الدكتور بن عودة حسكر مراد من جامعة تلمسان كخبراء للمطبوعة الجامعية للدكتورة رحاوي آمنة والموسومة بـ «مقارنة الأنظمة القانونية»، موجهة لطلبة السنة الثالثة ليسانس تخصص قانون خاص.

بعد الإطلاع على تقارير الخبرة الذي أكد على قابلية المطبوعة لتكون مرجع يعتمد عليه الطالب في مساره البيداغوجي.

بعد المناقشة والمداولة أبدى المجلس العلمي رأيه بالموافقة على المصادقة على تقارير الخبرة وإعتمادها كمطبوعة جامعية.

حرر بسيدي بلعباس في 2023/02/23

عميد الكلية

مصطفى كراجي
عميد الكلية

رئيس المجلس العلمي

أ. ادريس خويحة
نصيرة



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة جيلالي ليايس - سيدي بلعباس



كلية الحقوق والعلوم السياسية

19 مارس 1962

قسم القانون

مطبوعة في مقياس مقارنة الأنظمة القانونية
موجهة لطلبة السنة الثالثة ليسانس
تخصص: قانون خاص

من إعداد الأستاذة :

- د. رحاوي آمنة

السنة الجامعية: 2022-2023



مقدمة

تتعدد وتتوسع الأنظمة القانونية بتنوع وتعدد الدول، بل الأكثر من ذلك، قد تتعدد النظم القانونية داخل الدولة الواحدة لتعدها التشريعي المبني على أساس طائفي أو جغرافي.

وفي ظل التحوّل التكنولوجي، وتحوّل العالم إلى قرية صغيرة، وسهولة التواصل بين المواطنين والأجانب، وتشعب العلاقات فيما بينهم، وظهور علاقات مشتملة على عنصر أجنبي أدى إلى تنازع القوانين واختلاف أحكامها في تنظيم مسائل كثيرة. وبهدف تحقيق نوع من التوحيد القانوني، ظهرت الدراسات الفقهية المقارنة في مجال القانون المقارن، والتي تنطلق من المقارنة بين الأنظمة القانونية المختلفة، السائدة في العالم، من خلال الاعتماد على معايير معينة، في سبيل الوصول إلى الأهداف المرجوة.

وقد برزت أهمية الدراسات المقارنة أكثر في عصر النهضة، حيث بدأت دراسته في الجامعات الغربية، ويرجع السبب في ذلك إلى انتشار التجارة الدولية، وفي الوقت الحالي تميّزت الدراسات المقارنة ببعدها الاقتصادي لتحقيق المنفعة من المعاملات لا سيما التجارية. وقد اتسع نطاق المقارنة، فبعد أن كانت تتم بين قوانين ذات أصول مشتركة من حيث البنية والمفاهيم، أصبحت تتم بين قوانين دول مختلفة، من حيث البنية والمفاهيم لتعزيز التعاون الدولي.

ولتسهيل عملية المقارنة بين الأنظمة القانونية، سعى الباحثون إلى تصنيف الدول من خلال الخصائص القانونية، التي يميّز بها النظام القانون لكل دولة، بإدخالها ضمن طائفة من النظم القانونية التي تجمع بينها خصائص مشتركة أو متقاربة، وذلك من خلال تصنيف العائلات القانونية إلى: العائلة الرومانية الجرمانية، عائلة القانون المشترك، وعائلة الشريعة الإسلامية.

ويستمد هذا التصنيف أساسه انطلاقاً من مصادر القاعدة القانونية، تقسيمات القانون، مفهوم القاعدة القانونية وخصائصها، والتنظيم القضائي السائد في كل عائلة.



القانون المقارن، فهو بمثابة نافذة قانونية يطلّ منها القانون على القوانين الأجنبية التي تحكم عالمنا المعاصر وما أشدّ حاجتنا للاستفادة منها كعالم زاهر بالتجارب الإنسانية.

ومع هذه الدراسات القانونية المقارنة سيتيسر بالضرورة على المشرّع، والقاضي، والفقهاء في المجال القانوني، عملية تحسين التشريع الداخلي وتطويره، من خلال سدّ ثغراته أو تعديل أو إلغاء بعض أحكامه بما يتوافق وتوجّهات التشريع في القانون المقارن.

إضافة إلى ذلك إنّ العالم اليوم في حاجة إلى التعاون وتنسيق الجهود، لمواجهة مختلف التحديات التي تواجهه، ولا يتحقق ذلك إلا من خلال التوحيد الدولي الذي تهدف إلى تحقيقه الدراسات القانونية المقارنة.

إنّ الاستعانة بالقانون المقارن في وقتنا الحاضر أصبحت ضرورة حتمية، بالنظر إلى الوظائف التي يؤديها، والأهمية البالغة التي يسعى إلى تحقيقها وطنياً ودولياً.

وفي سبيل تحقيق ذلك، اهتمت الجامعات الجزائرية بتدريس مادة "مقارنة الأنظمة القانونية" في مرحلة ليسانس لطلبة السنة الثالثة ل.م.د. تخصص قانون خاص.

ولهذا المقياس أهمية بالغة، من خلال ما يقدمه للطلبة من معارف قانونية في مجال القانون المقارن، من خلال التعرّف على المبادئ العامة للقانون المقارن (نشأته، طبيعته، أسسه ووظائفه)، هذا إلى جانب دراسة الأنظمة القانونية الكبرى، بهدف التعرّف على خصائصها ومن ثمّ التوصل إلى أوجه الشّبه والاختلاف فيما بينها، ومعرفة موقف القانون الوضعي منها.

ولذلك ظهرت ضرورة صياغة المحاضرات المقدّمة للطلبة في شكل مطبوعة بيداغوجية، تضمنت الإجابة عن الإشكالية التالية:

- ما هي المبادئ العامة للقانون المقارن (مقارنة الأنظمة القانونية)؟ وما هي أهمّ النظم القانونية المعاصرة؟



مقدمة

* ويطرح عن الإشكالية الرئيسية التساؤلات الفرعية التالية:

- ما المقصود بمقارنة الأنظمة القانونية؟
- ما هو تاريخ القانون المقارن؟
- ما هي طبيعة المقارنة بين الأنظمة القانونية؟
- فيما تتمثل أسس المقارنة المعتمدة في الدراسات القانونية المقارنة؟
- فيما تتمثل وظائف المقارنة بين الأنظمة القانونية؟
- ما هي أهم الأنظمة القانونية السائدة في القانون المقارن؟
- ما هي خصائص كل نظام قانوني؟ وما مدى تأثير القانون الوضعي به؟
- ما مدى تأثير المشرع الجزائري بهذه الأنظمة القانونية؟

وللإجابة، قسمنا دراستنا إلى فصلين:

- الفصل الأول: المبادئ العامة لمقارنة الأنظمة القانونية.
- الفصل الثاني: الأنظمة القانونية المعاصرة.

وقد اعتمدنا في دراستنا على المنهج الوصفي التحليلي والمقارن، لأن طبيعة الموضوع تقتضي ذلك.



الفصل الأول: المبادئ العامة لمقارنة الأنظمة القانونية.

مقارنة الأنظمة القانونية يقتضي الإحاطة بالمبادئ العامة للقانون المقارن، أو ما يصطلح على تسميته أيضا بمقارنة الأنظمة القانونية، ولا يتحقق ذلك إلا من خلال الوقوف على نشأة القانون المقارن للتعرف على مراحل تطوّر الدراسات القانونية المقارنة، وتحديد طبيعته التي اختلف فيما بين اعتباره علماً أو طريقة مقارنة، كما يجب التعرّض إلى تقسيماته، بتوضيح فروعه وصوره.

هذا وتعتمد المقارنة بين الأنظمة القانونية على الطريقة المقارنة، ممّا يدفعنا لدراسة أسس المقارنة بتحديد شروطها، وأساليبها، ومراحلها، والوقوف على الصعوبات التي تواجه الباحث، وهو بصدد القيام بها، كل ذلك بهدف إيجاد حلول لها، حفاظاً على الدور والوظائف التي يؤديها القانون المقارن، سواء في علاقته بالعلوم القانونية المختلفة، أو من خلال أهميته الوطنية أو الدولية.

كلّ هذه الضرورات دفعتنا إلى تقسيم الفصل الأول إلى مبحثين:

- المبحث الأول: مفهوم القانون المقارن.
- المبحث الثاني: وظائف القانون المقارن.



الفصل الأول.....المبادئ العامة لمقارنة الأنظمة القانونية

المبحث الأول: مفهوم القانون المقارن.

تتم تقويم المقارنة في مطلبين على التوالي، يتناول أولهما نشأة القانون المقارن وطبيعته، وثانيهما: يتناول الأسس التي تقوم عليها المقارنة.

المطلب الأول: نشأة القانون المقارن وطبيعته.

القانون المقارن ليس مجموعة من قواعد القانون التي تنظم حياة المجتمع، ولا فرعاً من فروع القانون العام أو الخاص، ولكنه دراسة قانونية أو بحث قانوني يقوم على أساس المقارنة بين قانونين أو أكثر، مهما كانت التسمية التي اختارها الباحثون له، سواء سمي القانون المقارن، مقارنة القوانين، الطريقة المقارنة، أو التشريع المقارن¹.

ومردّ اختلاف الفقهاء والباحثين في تسمية القانون المقارن هو اختلافهم في تحديد طبيعته، وقد نتج عن الاختلاف في التسمية اختلاف في تعريف القانون المقارن، بين من يعتبره علماً مستقلاً بذاته، غايته توحيد الشرائع والنظم الحديثة وتحسينها²، ومن يراه طريقة مقارنة تستخدم لتوضيح الحلول الواردة في القوانين الوضعية³.

سواء كان القانون المقارن علماً مستقلاً بذاته أو كطريقة مقارنة، فإنه يعتبر حديث النشأة، رغم أنّ الدراسات المقارنة قديمة جداً، ولذلك سنحاول التعرّض للتطور التاريخي للقانون المقارن في الفرع الأول، وبعدها نوضح الطبيعة القانونية للقانون المقارن في الفرع الثاني.

¹ -Alexandre Otetelisanu, Les conceptions de Eduard Lambert sur le droit comparé, cité dans « Introduction à l'étude du droit comparé, Recueil d'étude en l'honneur d'Eduard Lambert », Recueil Sirey, Paris, 1938, p 39 et suites.

² -Pfeersmann Otto, Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit, Revue internationale de droit comparé, vol. 53, N°2, avril-juin 2001, pp 275- 288 (<http://www.persée.fr>, site visité le 10/10/2022 à 13h).

³ -Etienne Picard, L'état du droit comparé en France, Revue internationale de droit comparé, vol. 51, N°4, octobre-décembre 1999, p. 885- 901 (<http://www.persée.fr>, site visité le 10/10/2022 à 13h).



الفرع الأول: نشأة القانون المقارن.

إذا كان الفقه يتفق على أنّ ظهور القانون المقارن كان سنة 1900، وهذا بالاعتماد على أول مؤتمر دولي انعقد في هذا التاريخ (1900/08/01)، فإنّ البعض الآخر من الفقه يؤكد أنّ الدراسات القانونية في هذا المجال كانت قد بدأت في ظلّ الحضارات القديمة، فالمقارنة قديمة قدم القانون ذاته، ولكن علم القانون المقارن حديث، وهناك العديد من الشواهد التي توحي بوجود المقارنة في الحضارات القديمة، وكذا في العصور الوسطى، ولعلّ سبب تأخر ظهور القانون المقارن يكمن فيما يلي¹:

- تنوّع القوانين كمّاً ونوعاً وتعدّد اللّغات والثقافات والمجتمعات من شأنه ألاّ يشجع على الدراسة، ويؤدي إلى التساؤل حول غاية هذا القانون المقارن ونظريته.
- استغراقه لمدّة طويلة من أجل استخلاص المبادئ والحلول القانونية العادلة.
- عزوف رجال الجامعات عن التفكير فيما يكون متغيراً وعرضياً، مكثفياً بتعليم المنهج القانوني الذي يكشف عن العدالة في كل بلد وفي كلّ وقت.

البند الأول: القانون المقارن في العصور القديمة.

الملاحظ هو أنّ الدراسات المقارنة عرفت لدى الحضارات القديمة، لكنّها كانت محدودة زمانياً ومكانياً.

أولاً- في بلاد ما بين الرافدين:

من أشهر المدونات القانونية في العصر القديم "مدونة الملك حمورابي" الذي حكم بلاد ما بين الرافدين، واتخذ من مدينة "بابل" عاصمة له، حيث قام هذا الملك بتوحيد الأعراف والقوانين التي كانت سائدة في بلاد ما بين الرافدين.

¹ - علي بن غانم، محاضرات في القانون المقارن، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، السنة الجامعية، 2008-2009، ص 09.



الفصل الأول.....المبادئ العامة لمقارنة الأنظمة القانونية

كما أنّ هذه المدوّنة شملت في بعض المسائل منها على حكمين مختلفين حيث راعى فيها "حمورابي" الساميين والسوماريين على حدّ السواء خاصّة ما تعلق بمسائل الأحوال الشخصية¹.

ثانياً- في مصر القديمة:

لقد عرفت مصر القديمة مدوّنة "بكوريس"، التي صدرت في عهد الملك "بكوريس" (من 817 إلى 712 ق.م). والملاحظ على هذه المدوّنة أنّها جاءت متأثرة بشكل واضح بمدوّنة حمورابي، خاصّة في نطاق العقود المالية².

ثالثاً- لدى اليونان:

تعود الأبحاث المقارنة إلى أثينا، حيث قام أفلاطون بمقارنة قوانين المدن في كتابه "حوار حول القانون"³. كما قارن أرسطو في كتابه "السياسة"⁴ بين دساتير 158 مدينة يونانية وأجنبية، ليصوغ دستور أثينا. وقد كتب في هذا الصدد أنّه علينا أن ندرس معاً قوانين الدول التي نعتبر أنّها تتمنّع بأحسن القوانين والدساتير، فنكتشف عمّا ينطوي عليه كلّ منها من خير قابل للتطبيق.

وقد قام "صولون" بوضع قانون أثينا، وأصبح يسمّى قانون "صولون"، وقد امتاز هذا الفقيه بكثرة السفر، فقد قام بزيارة عدّة بلدان لإعداد قوانين أثينا في القرن 16 ق.م، الأمر الذي مكّنه من التعرّف على قوانين وأعراف أمم أخرى معاصرة له⁵.

رابعاً- في الرومان:

تأثر الرمان بثقافات وحضارات الشعوب المختلفة، فاستفاد الرومان من تجارب اليونان في دراسة قوانين المدن، فاقتبسوا منها، إذ أنّه عند سنّ مدوّنة قانون الألواح الإثني عشر، تأثروا بقانون صولون، حيث تمّ إعداد هذا الأخير من قبل لجنة تتكوّن من عشرة

¹- صوفي حسن أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2008، ص 128.

²- صالح فركوس، تاريخ النظم القانونية والإسلامية، دار العلوم للنشر والتوزيع، دون سنة، ص 22.

³- أحمد حمزة، محاضرات في القانون المقارن، موجودة بالموقع التالي: <http://learning.univ-djelfa.dz>، تاريخ الدخول: 2022/10/08، على الساعة 22h.

⁴- أرسطو، السياسة، ترجمة: أحمد لطفي السيد، القاهرة، 1947، ص 307.

⁵- أحمد عبادة، محاضرات في مقارنة الأنظمة القانونية، أفريكان للنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2020، ص 22.



الفصل الأول.....المبادئ العامة لمقارنة الأنظمة القانونية

فقهاء، بعد أن أرسلوا بعثة إلى اليونان الكبرى لدراسة قوانين صولون، وذلك في القرن الخامس ميلادي. وقد تأثر القانون الروماني بتقسيم الأموال حسب ما كان معروفا لدى اليونان¹.

وكذلك الحال بالنسبة لإجراءات المحاكمة، ويذكر المختصون بدراسة القانون الروماني أنه بعد تشكيل النظام القانوني الروماني لم يبق هناك مجالاً للمقارنة، مما يوحي بأن المقارنة لم تكن شائعة لدى الرومان بالقدر الكبير².

البند الثاني: القانون المقارن في العصور الوسطى.

وسنوضح تطوّر القانون المقارن في العصور الوسطى في كل من أوروبا، وبلاد المسلمين.

أولاً- في أوروبا:

ظهرت في القرن الحادي عشر ميلادي، تحديداً في مدينة "بولونا" بإيطاليا حركة تهتم بدراسة القانون الروماني، اتخذت أساساً لها مجموعة جوستينيان، فنشطت بذلك الدراسة المقارنة، ثم تطوّر الأمر ليشمل المقارنة بين القانون الكنسي والقانون الإقطاعي، ثم انتشرت هذه الحركة لتشمل أغلب ربوع أوروبا الغربية، سيما لما أصبح القانون الروماني يدرّس في جامعات المدن الكبرى³.

وقد تأثر القانون الروماني بالقانون الكنسي، ومن بين الأحكام التي استمدّها هذا النظام من القانون الكنسي: حكم الأخذ بالظروف المستجدة التي تجيز تعديل العقد. ثم ظهرت مدرسة

¹ - مجدي فتحي، القانون المقارن، محاضرات مقدّمة لطلبة السنة الرابعة ليسانس، جامعة الجلفة، الجزائر، 2011/2012، ص 418.

² - علال قاشي، محاضرات في مقارنة الأنظمة القانونية، مقدّمة لطلبة السنة الثالثة ليسانس، تخصص قانون خاص، جامعة البليلة 2، لونيبي علي، 2017-2018، ص 19.

³ - عبد السلام الترماني، القانون المقارن والمناهج القانونية الكبرى المعاصرة، الطبعة الثانية، جامعة الكويت، سنة 1982، ص 28.



الفصل الأول.....المبادئ العامة لمقارنة الأنظمة القانونية

القانون الطبيعي في القرن السابع عشر، والتي نادت إلى قانون عالمي مشترك، مما مهد لظهور التشريع.

وفي إنجلترا تمّت المقارنة بين القانون الكنسي المستمدّ من الديانة المسيحية، والمهتم بمسائل الزواج وحسن النية، وتجنب الاستغلال وتحريم الربا مع شريعة الكومن لو.

وحدثت أيضا في ألمانيا مقارنة بين القانون الروماني والكنسي والأعراف السائدة لدى القبائل الجرمانية¹.

كما أشار مونتسكيو في كتابه "روح القوانين" إلى المقارنة بين الأنظمة السياسية المختلفة، للتمكّن من استخلاص قواعد دستورية لحكومة صالحة، أي مبادئ أحسن نظام حكم².

ثانياً- في بلاد المسلمين:

أمّا عند المسلمين، فقد عرف الفقهاء المقارنة بين المذاهب الفقهية المختلفة، ومن أوائل من قام بالمقارنة الإمام الشافعي، من خلال الكتاب المنسوب إليه المعنون "اختلاف مالك والشافعي"³. كذلك ما ألفه الطبري حيث قارن بين أقوال الفقهاء في مسائل متعدّدة في كتابه "اختلاف الفقهاء"⁴، كما قام الفقيه "أسد بن فرات بن سنان" بالمقارنة بين المذهب المالكي والحنفي في كتابه "الأسدية"⁵.

ومن أشهر الكتب التي تناولت المقارنة بين كلّ المذاهب الفقهية: كتاب "بداية المجتهد ونهاية المقتصد" لابن رشد الحفيد، حيث ذكر صاحبه في مقدّمته ما يلي: «إنّ غرضي في

¹ - فاطمة الزهراء زيتوني، محاضرات في مقارنة الأنظمة القانونية، موجهة لطلبة السنة الثالثة قانون خاص، جامعة تلمسان، سنة 2020-2021، ص 05.

² - موسى بن سعيد، محاضرات في القانون المقارن، موجهة لطلبة السنة الأولى ماستر شريعة وقانون، 2020/2019، ص 03.

³ - فاطمة الزهراء زيتوني، المرجع السابق، ص 04.

⁴ - الطبري، اختلاف الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

⁵ - مصطفى الشكعة، الإمام مالك، دار الكتاب المصري ودار الكتاب اللبناني، القاهرة- بيروت، الطبعة الثالثة، سنة 1991، ص 149.



الفصل الأول.....المبادئ العامة لمقارنة الأنظمة القانونية

هذا الكتاب أن أثبت فيه لنفسي على جهة التذكرة من مسائل الأحكام المتفق عليها، والمختلف فيها بأدلتها، والتنبيه على أن نكتب الخلاف فيها، ما يجري مجرى الأصول والقواعد لما عسى أن يرد على المجتهد من المسائل المسكوت عنها في الشرع، وهذه المسائل في الأكثر هي المسائل المنطوق بها في الشرع...»¹.

البند الثالث: القانون المقارن في العصر الحديث.

نشطت الدراسات المقارنة ابتداء من النصف الثاني من القرن التاسع عشر في الكثير من دول أوروبا، مثل فرنسا، ألمانيا، سويسرا، إنجلترا، إيطاليا، إسبانيا. وأضحت هذه الدراسات وسيلة للاستفادة من تجارب الأمم الأخرى، والاستمداد من قوانينها من أجل تحسين القوانين الوطنية وسد ما بها من ثغرات².

ومن العوامل التي ساهمت في تنشيط الدراسات المقارنة ما يلي³:

- عدم اقتصار المقارنة على العلوم القانونية بل شملت العلم والآداب واللغة، نتيجة تطوّر مناهج البحث العلمي.
- قيام الثورة الصناعية وما رافقها من تطور اقتصادي وظهور المذهب الاشتراكي. وقد ساهم علماء كبار في كل من فرنسا وألمانيا، وإنجلترا، وسويسرا، وإيطاليا، في عملية تنشيط الدراسة المقارنة، وظهر ذلك فيما يلي:
- قيام الفقيه "جلاسون" في فرنسا بدراسة مقارنة لنظام الزواج والطلاق في القوانين القديمة والحديثة.
- قيام الفقيه "ساليي" Salielles (1855-1912) بترجمة القانون المدني الألماني ومقارنته بالقانون المدني الفرنسي.
- قيام الفقيه الألماني "فون شتاين" Von Stein (1815-1890) بدراسات في القانون الدنماركي والقانون الفرنسي، واهتم بمقارنة القوانين الإدارية في أوروبا.

¹- أبو الوليد محمد بن أحمد، بن أحمد بن رشد القرطبي (520-595هـ)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المجلد الأول، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، دون سنة، ص 02.

²- عبد السلام الترماني، المرجع السابق، ص 34-37.

³- عصام نجاح، القانون المقارن والأنظمة القانونية الكبرى، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، بدون سنة، ص 27.



الفصل الأول.....المبادئ العامة لمقارنة الأنظمة القانونية

- قيام "Gold Schimid" (1829-1879) الألماني بدراسة مقارنة للقانون التجاري والبحري.

- قيام "كوهلر" Kohler (1849-1919) الألماني بأبحاث مقارنة في القانون المدني، والقانون الجنائي، وفي قانون القضاء، وكتب مقارنة في القانون الاقتصادي.

- قيام الفقيه "فون ليست" Von List الألماني (1815-1909) بدراسة مقارنة في القانون الجنائي، ويعتبر رائد هذا العمل.

- قيام "اللورد ماك" الانجليزي بنشر كتاب عن القانون المقارن بين القانون الروماني والقانون الفرنسي والانجليزي، حيث أنه يكون قد قابل بين كل حكم من أحكام القانون الروماني، وأحكام القوانين المقارن بها. هذا ما جعل عمله يقترب من المقابلة وليس من المقارنة¹.

وبدأت عملية تدريس القانون المقارن في فرنسا سنة 1831 من قبل الفقيه الفرنسي "أوجان لارمينيه"² Eugène Larminier، حيث عرف القانون المقارن تطوراً معتبراً خلال القرن 19، وذلك بتأسيس جمعية التشريع المقارن في باريس سنة 1869³.

وبدأت مرحلة التأسيس الفعلي للقانون المقارن في مطلع القرن العشرين، وذلك بموجب انعقاد المؤتمر الدولي للقانون المقارن بباريس سنة 1900، الذي دافع المشاركون فيه، وعلى رأسهم الفقيهان الفرنسيان Lambert et Saleilles عن مفهوم جديد للقانون المقارن باعتباره علماً مستقلاً، وضرورة الكف عن الخلط بينه وبين دراسة التشريعات المقارنة، ودعوا إلى اعتماد قانون مشترك للإنسانية المتحضرة، يهدف إلى تقارب الحضارات وتطوير القانون الدولي⁴.

¹ - عصام نجاح، المرجع السابق، ص 27.

² - حميد شواوش، الأنظمة القانونية المقارنة، محاضرات أقيمت على طلبة السنة الثالثة ل.م.د.، جامعة قلمة، الجزائر، سنة 2018/2017، ص 05.

³ - صالح طاليس، المنهجية في دراسة القانون، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، الأردن، سنة 2010، ص 40.

⁴ - P. Benedict Fainvarque-Cosson, Deux siècles d'évolution du droit comparé, Revue de droit comparé, vol. 63, N°3, 2011, p 530.



الفصل الأول.....المبادئ العامة لمقارنة الأنظمة القانونية

وقد اتسع مجال المقارنة أكثر في الفترة بين الحربين العالميتين، وأسفر عن انتقال الدراسات من المقارنة بين القوانين ذات الأصول المشتركة إلى المقارنة بين القوانين المختلفة، من حيث البنية والمفاهيم والخصائص، ذلك أن التعاون الدولي يستدعي حتماً التعرف على قوانين الدول المتعاونة، بغية تسهيل حلّ النزاعات التي قد تقع بينها¹.

وقد أفضى هذا التطور إلى سعي الدول إلى توحيد القوانين، وأنشئ لهذا الغرض معاهد وهيئات دولية، مثل الأكاديمية الدولية للقانون المقارن، التي تأسست في لاهاي سنة 1924، المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص الذي أنشأته عصبة الأمم المتحدة سنة 1928، وتم إبرام الكثير من الاتفاقيات والمعاهدات وعقد الكثير من المؤتمرات².

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

الفرع الثاني: طبيعة القانون المقارن.

سنتهم في هذا الفرع بتحديد طبيعة القانون المقارن، وذلك من خلال ضبط تصنيفه (أولاً)، كما سنحاول وضع تعريف له (ثانياً)، ونتطرق إلى صورته (ثالثاً).

البند الأول: تصنيف القانون المقارن.

لقد حصل خلاف فقهي حول تصنيف أو تحديد طبيعة القانون المقارن في أواخر القرن 19 وبداية القرن العشرين، فهناك من يصنّفه على أساس أنّه علم مستقلّ بذاته، وهناك من يعتبره طريقة مقارنة، كما يعتبره البعض الآخر من الفقه ذو طبيعة مزدوجة.

أولاً- القانون المقارن علم مستقلّ بذاته:

يتزعم هذا الاتجاه، كلّ من الفقيهِين الفرنسيين "سالي" و"لامبير"، ويعتبران القانون المقارن علم قائم بذاته، مستقلّ عن باقي فروع الدراسات القانونية كعلم الاجتماع، وعلم

¹ - حميد شاوش، المرجع السابق، ص 06.

² - فاطمة الزهراء زيتوني، المرجع السابق، ص 05. راجع كذلك، عصام نجاح، المرجع السابق، ص 20.



الفصل الأول.....المبادئ العامة لمقارنة الأنظمة القانونية

اللغات، غايته استخلاص قانون مشترك يكون صالحاً لحكم الإنسانية، يسمّى القانون المشترك الدولي المثالي"، فهو بذلك علم قائم بذاته، له خصائص تميّزه عن باقي العلوم¹.

لكن إذا كان "لامبير"، و"سالي" يتفقان على أنّ القانون المقارن علم قائم بذاته، إلا أنّهما اختلفا حول الهدف والدور الذي يجب أن يلعبه هذا العلم، فد"سالي" يرى أنّ الغاية من هذا العلم هو الوصول إلى وضع قواعد قانونية مشتركة للإنسانية. ويعاب على هذا الرأي بعدم اتسامه بالواقعية، إذ يستحيل من الناحية الواقعية وضع قواعد قانونية مشتركة للإنسانية.

بينما يرى "لامبير"²، أنّ القانون المقارن علم قائم بذاته، غايته استخلاص القواعد المشتركة للدول التي يوجد بها تشابه في الجوانب الاجتماعية والثقافية والتاريخية، والتي من شأنها توحيد نظم قانونية، وهو رأي أقرب للواقعية، لذلك أيده جانب من الفقه. غير أنّه انتقد من حيث أنّه أخلط بين القانون المقارن كعلم يدرس الشرائع العالمية الكبرى، وبين علم تاريخ القانون.

فحسب "لامبير"، يوجد تحت عبارة القانون المقارن علمين متميزين في الموضوع والهدف، ولا يشتركان إلا في المظهر الخارجي، أي في استعمال الطريقة المقارنة على كلّ منهما.

ويسمّى الأوّل بالتاريخ المقارن، وهو علم يهدف إلى الكشف عن الحقيقة، وعلى العلاقة الموجودة بين الظواهر القانونية، من حيث أسباب نشوئها وتطورها، ولا يمكن أن يتحقق ذلك إلا باستخدام الطريقة المقارنة ما بين الشرائع المختلفة، سواء تعلّق الأمر بالشرائع الحديثة أو القديمة.

¹ - محمد كمال الدين إمام، مقاصد الشريعة والقانون المقارن، مجلة الفقه والقانون، جامعة الإسكندرية، بدون سنة، وبدون عدد، ص ص 263-264.

² - حيدور جلول، مقارنة الأنظمة القانونية، محاضرات موجهة لطلبة السنة الثالثة ليسانس، السادس الخامس، جامعة مصطفى اسطبولي- معسكر، 2021/2020، ص 11.



الفصل الأول.....المبادئ العامة لمقارنة الأنظمة القانونية

ويطلق علي الثاني "التشريع المقارن"، ويراد منه البحث في الشرائع المتقاربة عن أسس مشتركة في نظمها القانونية والاستفادة من هذا الأساس المشترك في تكملة القوانين الوطنية، ويطلق عليه "الامبير" تسمية "القانون العام التشريعي".

وانتقد هذا الرأي على أساس أن التشريع المقارن ليس لديه موضوع، لأن الأمر يتعلق بمجرد تطبيق الطريقة المقارنة في عدة قوانين بهدف استخلاص قانون تشريعي مشترك، وأن هذا القانون هو العمل التحضيري لكلّ توحيد للتشريع.

ويلاحظ على هذا الاتجاه أنه عرّف القانون المقارن كعلم مستقلّ معتمداً في ذلك على أحد وظائف القانون المقارن، وبذلك يكون قد أقصى الوظائف الأخرى للقانون المقارن¹.

ثانياً- القانون المقارن طريقة مقارنة:

يعتبر جانب من الفقه القانوني القانون المقارن طريقة مقارنة في العلوم القانونية، وبذلك لا يعدّ فرعاً من فروع القانون كالقانون المدني أو التجاري. والأبعد من ذلك أن أنصار هذا الاتجاه الفقهي يرفضون بإطلاق تسمية القانون المقارن، وعندهم أن القانون المقارن لا يكون إلاّ تابعاً لقانون آخر².

فحسب أنصار هذا الرأي، يعتبر القانون المقارن منهج أو طريقة بحث، تساعد الباحث في المقارنة والموازنة بين مختلف القوانين، للوصول إلى الكشف عن أوجه الاختلاف أو التشابه بين هذه القوانين لإظهار إيجابياتها وسلبياتها³.

وتأكيداً لذلك يقول "قهوريدج" Cruheridj الانجليزي في هذا الصدد: «إنّ القانون المقارن هو طريقة تساعد الباحث على الوصول إلى الكشف عن أوجه الخلاف وأوجه التشابه بين قانونين أجنبيين أو أكثر بهدف الحصول على المعلومات من القوانين موضوع المقارنة».

¹ - نعيمة لوراد، مقارنة الأنظمة القانونية، محاضرات موجهة لطلبة السنة الثالثة قانون خاص، جامعة سيدي بلعباس، 2021/2020، المحاضرة الأولى، موجودة بالموقع التالي: <http://www.univ-sba.dz>

² - علي بن غانم، المرجع السابق، ص 14. علاء قاشي، المرجع السابق، ص 32.

³ - موسى بن سعيد، المرجع السابق، ص 10.



الفصل الأول.....المبادئ العامة لمقارنة الأنظمة القانونية

ويرى "روني دافيد" René David الفرنسي أنّ القانون المقارن لا وجود له، وإنما الذي يوجد بالفعل هو الطريقة المقارنة المستخدمة، لدراسة قوانين دول مختلفة، واقتباس منها ما يعدّ إيجابياً لإصلاح ما هو ناقص في القوانين الأخرى، ويحقق بهذه الطريقة توحيد القواعد القانونية في دول الاتحاد وفي الدول المنضمة إلى مجموعة سياسية أو اقتصادية¹.

وقد لقي هذا المذهب الجديد للقانون المقارن صدى عند الفقهاء خاصة عند المناهضين لتوحيد القانون كالبريطانيين الذين نشأوا في تقاليد خاصة، ومنتسكين بقوانينهم، كذلك الدول الاشتراكية الذين يرفضون فكرة التقريب بين القوانين البرجوازية وقانونهم الاشتراكي².

ثالثاً- القانون المقارن ذو طبيعة مزدوجة (علم وطريقة):

خلافاً للاتجاهين الفقهيين السابقين، ظهر اتجاه فقهي ثالث يتوسطهما، وحاول التوفيق بينهما، ومن رواد هذا الاتجاه: الفقيه "روني دافيد" والفقيه "أندري تونك". فالقانون المقارن يبدو علماً عند استعماله كوسيلة من أجل المقارنة بين قاعدتين قانونيتين، لأنّ عملية المقارنة تتمرّحصول معلومات علمية جديدة. ولأنّ التعرّف على تاريخ هذه القاعدة وبنيتها، ومصدرها تساعد في معرفة هذه القاعدة القانونية أكثر. وهنا يكون القانون المقارن علماً، أي أنه موضوع لمجموعة من المعلومات المنسقة.

كما يعتبر القانون المقارن طريقة مقارنة، إذا تعلّق الأمر بتنظيم وترتيب هذه المعلومات³.

فالمنهج والعلم مترابطان، وهما في علاقة متداخلة، إذ يصعب واقعياً التفرقة بين الوسائل والنتائج في مجال المعرفة بين النظرية والمنهج، فالقانون المقارن هو عبارة عن علم يمهد لاستخدام الطريقة المقارنة.

¹- معراج جديدي، محاضرات في القانون المقارن، وفي طرق البحث، دار هومة، الجزائر، سنة 2004، ص 08.

²- موسى بن سعيد، المرجع السابق، ص 11.

³- عبد الرزاق بن خروف، مدخل إلى القانون المقارن، دار الخلدونية، الجزائر، سنة 2017، ص 20.

وبناء على ذلك لا ينبغي نفي وجود منهج مقارن كأسلوب معرفي واقعي أو أسلوب بحث ونشاط علمي، وفي نفس الوقت فإنّ القانون المقارن هو علم، ومن حيث مضمونه هو علم منهاجي يكون جزء من علم مناهج القانون¹.

وخالصة القول، أنّ للقانون المقارن طبيعة مزدوجة، فهو من جهة علم يمهّد طريق استعمال الطريقة المقارنة، لتسليط الأضواء على الخصائص الأساسية للشرائع العالمية، وتبيان ما بينها من تشابه واختلاف، فيمكنّ مستخدم الطريقة المقارنة من إنجاز مهمّته بكلّ وعي وإلمام كافٍ بالشرائع التي تنتمي إليها القوانين موضوع المقارنة، من حيث تاريخها، ووظيفتها، وبنائها القانوني.

وعليه فإنّ القانون المقارن ظهر كميدان من ميادين البحث والدّراسة، وكعلم قائم بذاته، وأصبح موضوعاً من موضوعات الدراسات القانونيّة، ويرتبط باستخدام هذا المنهج في دراسة وتفسير مختلف فروع القانون².

البند الثاني: تعريف القانون المقارن.

اختلف الفقهاء في إيجاد تسمية موحّدة للقانون المقارن، حيث وجدت عدّة مصطلحات له نذكر أهمّها: القانون الموازي- مقارنة القوانين- الطريقة المقارنة- الاجتهاد المقارن- التشريع المقارن- القانون المقارن³.

إنّ تسمية القانون المقارن حديثة العهد، وهي تسمية اصطلاحية، لكنّها لا تدلّ على ما توحى إليه. حيث أنّ هذا القانون لا يشكّل مجموعة قواعد مثل باقي فروع القانون، ولكن هذا التعبير الاصطلاحي يدلّ على أنّه بحث قانوني أو دراسة قانونيّة.

¹ - علال قاشي، المرجع السابق، ص 37.

² - حسن ملح، التفكير العلمي والمنهجية، مطبعة دحلب، الجزائر، 1993، ص 276.

³ - علال قاشي، المرجع السابق، ص 07.

فالقانون المقارن هو ذلك المجال الدراسي المكرّس للمقارنة المنظمة بين نظامين قانونيين، أو أكثر، أو بين عناصر من تلك النظم، من خلال تحليل مجموعة من الأفكار المشتركة أو المختلفة بينها¹.

وهناك من يعتبر بأنّ القانون المقارن هو عبارة عن دراسات مقارنة، تهدف إلى تقييم النظم والقواعد القانوني محلياً أو دولياً، أو حتى على مستوى العائلة (التشريعية) القانونية الواحدة، أو الشرائع العالمية الأخرى.

إنّ مسألة تعريف القانون المقارن ليست من الأمور المتفق عليها لدى الفقه، وذلك راجع إلى مختلف وجهات النظر في أمر هذا القانون، كما رأينا سابقاً.

وسنحاول إيراد بعض التعريفات للقانون المقارن، التي جاء بها الفقه:

- تعريف الأستاذين دافيد David وجوتردج "Guitridge": «القانون المقارن هو الطريقة المقارنة في تطبيقها على الدراسات القانونية»².
- تعريف مؤتمر لاهاي لسنة 1997: «القانون المقارن يعمل على المقارنة بين قوانين بلدان مختلفة، واستخلاص أوجه التشابه وأوجه الاختلاف بين هذه القوانين».
- تعريف الأستاذين "سالي" و"لامبير": «القانون المقارن هو العلم الذي يبحث عن القواعد المشتركة بين النظم القانونية»³.

إنّ تسمية هذا القانون بالمقارن في حقيقة الأمر فيه نوع من المغالاة على أساس أنّ قواعد القانون تصاغ بطريقة عامّة، مجردة، وملزمة، ولها مجال نطاق تطبيق، وبذلك فإنّ هذا القانون لا يعتبر مجموعة من القواعد التي تنظم سلوك أفراد المجتمع، كالقانون المدني أو

¹- جيلالي عجة، مقارنة الأنظمة القانونية، محاضرات لطلبة السنة الثالثة ليسانس، قانون عام، جامعة الجزائر، بن يوسف بن خدة، 2018/2019، ص 02.

²- ويرى الفقيه "روني دافيد" أن عبارة القانون المقارن تعيسة لأنّها أعطته قيمة معيّنة، لكن من الأحسن تجنّبها. راجع في ذلك:

René David, Traité élémentaire de droit civil comparé, L.G.D.J., Paris, 1950, p 3.

³- محمّد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص 274.

الجنائي أو الإداري، ولا يعدّ وصفاً من أوجه النشاط بل هو علم ومنهج يعمل على مقارنة القوانين، واستخلاص أوجه التشابه وأوجه الاختلاف بينهما.

البند الثالث: تقسيمات القانون المقارن.

إنّ القانون المقارن باعتباره مجال دراسي مكرّس للمقارنة بين القوانين، فهو يعرف نفس التقسيمات التي تعرفها القوانين، كما أنّه توجد عدّة صور للقانون المقارن.

أولاً- فروع القانون المقارن:

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

ثانياً- صور القانون المقارن¹:

هناك عدّة صور للقانون المقارن نذكر أهمّها:

- 1- **القانون المقارن الوصفي:** وهو المقارنة بين قانونين أو أكثر، وإظهار ما يتمييز بها عن غيره، ويهدف إلى جمع أكبر قدر من المعلومات، دون أن تسعى لحلّ المشكلة.
- 2- **القانون المقارن التطبيقي:** وهو المقارنة بين قانونين، أو أكثر، بهدف استنباط النتائج من خلال التحليل العميق للقوانين موضوع المقارنة، ومحاولة التأسيس، ثم القيام بعملية التركيب بناء على النتائج التي أسفر عنها التحليل، قصد تحديد غايات عملية، كاستهداف تعديل قانون وطني معيّن، كالقانون الدستوري أو التجاري أو الجنائي، أو من أجل توحيد قوانين متباينة، كما هو عليه الحال بالنسبة للدول العربية التي تسعى إلى توحيد قانون الأحوال الشخصية، والقانون التجاري.

¹ - جلول حيدور، المرجع السابق، ص ص 14 - 15.

3- القانون المقارن المجرد: ويطلق عليه المقارنة البحتة، أي تحميل معلومات في المجال القانوني دون أي تحليل، وفي الغالب لا يعير الفقه اهتماماً للمقارنة البحتة.

المطلب الثاني: أسس المقارنة.

المقارنة هي أحد الأساليب المنطقية الأساسية لمعرفة الواقع الموضوعي والوصول إلى حكم معيّن يتعلّق بوضع الظاهرة في المجتمع، باستخدام عناصر التشابه أو التباين بين الظاهرتين المدروستين، أو بين مراحل تطوّر ظاهرة ما، وبالتالي فالمقارنة نوع من البحث يهدف إلى تحديد أوجه التشابه وأوجه الاختلاف بين ظاهرتين أو أكثر، أو بالنسبة لظاهرة واحدة، ولكن ضمن فترات زمنية مختلفة¹.

أما بالنسبة للمقارنة في الدراسات القانونية، فهي تستعمل المعرفة كأسلوب مقارن، من خلاله يتم وصف وتفسير القاعدة القانونية، وإجراء المقارنة بينها وبين القواعد القانونية الأخرى، داخل الدولة الواحدة، أو في إطار الشرائع القانونية الكبرى. فالدراسات القانونية المقارنة تركز في تحليلها المقارن على تفسير ودراسة التماثلات والتناقضات بين الأنظمة القانونية، باعتبار هذه الطريقة أساس المقارنة².

والمقارنة في مجال الدراسات القانونية، وباعتبارها عملية معرفية، يستلزم فهمها ودراستها، الإحاطة بمختلف جوانبها، فينظر إليها من زاوية كيفية الوصول إلى معرفة علمية من خلالها، وحدود هذه المعرفة، ومصادقيتها وكيفية التحقق منها ودورها في إعانة العقل الإنساني على فهم القانون وحسن إدراكه، ولذلك أصبح من الضروري الاهتمام بها في الدراسات القانونية.

وبناء على ذلك سنتطرق في هذا المطلب إلى شروط المقارنة وأساليبها في الفرع الأول، وإلى مراحلها في الفرع الثاني، ونخصّص الفرع الثالث لدراسة البناء المنهجي للمقارنة.

¹- ثامر كامل الخزرجي، النظم السياسية الحديثة والسياسات العامة، عمان، دار مجدلاوي، 2000، ص 73.

² -Mark Kerselman, and others, Introduction to comparative politics, USA, Houghton, Mifflin Harcourt publishing company Boston, New York, 2009, p 07.

الفرع الأول: شروط المقارنة وأساليبها.

وسنوضح شروط المقارنة في البند الأول، وأساليبها في البند الثاني.

البند الأول: شروط المقارنة.

تستند المقارنة لتحقيق الغاية المرجوة منها في القانون المقارن على جملة من الشروط يمكن إجمالها فيما يلي:

1- تتطلب المقارنة القانونية من الباحث معرفة القانون الأجنبي، والإحاطة علما بمختلف العوامل التي ساهمت في تكوينه، ومعرفة تاريخ هذا القانون، وهذا ما جعل الجامعات الأوروبية في كلياتها تدرّس تاريخ القانون كفرع مستقلّ عن فروع القانون، وخاصة فرنسا.

2- على الباحث الذي يريد إجراء مقارنة بين قانونه الوطني، وغيره من القوانين الأخرى، أن يكون ذا معرفة كبيرة بالقانون الأجنبي، سواء من حيث صياغته، لغته، أحكامه، ومصطلحاته، ليجد لها ما يقابلها في القانون الوطني. ولا يقتصر دور الباحث المقارن على عملية الترجمة اللغوية¹.

3- أن لا يتقيد الباحث في مجال المقارنة بالتشريع فقط، ولكن عليه الاهتمام بكلّ مصادر القانون، والتعرّف على ترتيبها في الأنظمة القانونية موضوع الدراسة، وكيفية تفسيرها وتطبيقها².

4- ضرورة تجنّب المقارنة السطحية، واستكشاف الجوانب الأكثر عمقا لفحص وفهم طبيعة الواقع المدروس، وعقد المقارنات الجادة والعميقة.

5- ضرورة تحديد معايير ثابتة للموازنة، كونها تضيي طابع الدقّة على البحث³.

¹ - عصام نجاح، المرجع السابق، ص 35.

² - نعيمة لوراد، المرجع السابق، المحاضرة رقم 02.

³ - بومدين طاشمة، مدخل إلى علم السياسة مقدمة في دراسة أصول الحكم، الطبعة 01، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2003، ص 122.

6- ضرورة التقيّد بالطابع الموضوعي، وهو ما يعبر عنه بالواقعية والموضوعية في البحث، والذي يعتبر شرطاً أساسياً للدراسة المقارنة¹.

7- أن يمتاز محلّ المقارنة بنوع من الثبات والاستمرارية، إذ لو كان يمتاز بالتغيّر المستمر لكانت المقارنة صعبة².

البند الثاني: أساليب المقارنة.

إنّ أسلوب المقارنة متعدّد بتعدّد المقارنين، حيث أنّ كلّ واحد منهم يسلك في مقارنته نوعاً معيناً من المقارنة، التي تتعدّد صورها، ونذكر منها:

1- **المقابلة:** بمقتضى هذه الطريقة يضع الباحث الأحكام المتعلقة بموضوع معيّن في قانونه الوطني، وقوانين أخرى جنباً إلى جنب، بحيث يقابل بعضها ببعض ليتعرّف على مواضع التشابه والاختلاف بينها وبين قانونه³، ويقترح في الأخير الحلول الإيجابية التي أخذ بها القانون الأجنبي⁴. ومثال ذلك دراسة أحكام الزواج أو الطلاق أو الحضانة أو النفقة أو الرهن، أو الإيجار... الخ.

إلا أنّ الرأي الراجح في فكر القانون المقارن يرى أنّ هذه الطريقة لا تعتبر دراسة مقارنة بالمفهوم الفني، وإنّما هي تجميع لأحكام قوانين مختلفة⁵.

2- **المقاربة:** تقتصر هذه الطريقة على دراسة أوجه التشابه والتقارب بين القوانين المتشابهة في البنية وفي الخصائص، والمستمدّة من مصادر قانونية مشتركة، تخضع لمنهج قانوني موحد، يجعلها قابلة للمقارنة فيما بينها⁶، وهذا النوع من المقارنة يستخدم في عملية توحيد القوانين الداخلية، وفي الدول الاتحادية، لأنّ هذه الدول تحتوي على قوانين اتحادية خاصّة بكل دولة أو ولاية⁷.

¹ - نادية بن أحمد، محاضرات في السياسة المقارنة، أقيمت على طلبية السنة الثالثة ل.م.د، تخصص تنظيمات سياسية وإدارية، جامعة سيدي بلعباس، 2021/2020، ص 12.

² - نعيمة لوراد، المرجع السابق، المحاضرة رقم 02.

³ - Michel Fromont, Grands systèmes de droit étrangers, Dalloz, Paris, 2013, p. 2.

⁴ - معراج جديدي، المرجع السابق، ص 10.

⁵ - فاطمة الزهراء زيتوني، المرجع السابق، ص 12.

⁶ - Marc Ancel, Utilité et méthode de droit comparé, Paris, 1960, p. 40.

⁷ - عبد السلام ترماني، المرجع السابق، ص 98.

3- **المضاهاة (المعارضة):** خلافا لطريقة المقابلة التي تقوم على بيان أوجه التشابه بين القوانين المختلفة، فإنّ طريقة المضاهاة تقوم على تحديد أوجه الاختلاف والتباين بين القوانين التابعة من بنية اقتصادية متباينة، كالمقارنة بين قوانين المنهج الروماني الجرمانى، والقوانين الاشتراكية¹.

4- **الموازنة (المقارنة المنهجية):** وهي طريقة تمكّن الباحث من استخلاص نتائج، تمكّنه من التعرف على القانون الأفضل بعد دراسة أسباب الاختلاف، والتقارب بين هذه القوانين، بناءً على الظروف التي تحيط بكل قانون².

تقوم هذه الطريقة على تحليل القاعدة القانونية في النصوص الأجنبية وتجزئتها، أي بحث العلاقة بين العناصر الجزئية في القوانين المختلفة، وتسمّى بالمقارنة الجزئية، ثم دراسة النظام الذي يحتويها، وأخيراً تحديد موقعها من المنهج بصفة عامة، كدراسة قواعد البنوة في نظام الأسرة التي يحتويها المنهج اللاتيني، وتسمّى بالمقارنة الكلية³.

5- **المقارنة الأفقية والعمودية:** المقارنة الأفقية تكون بين قانونين وضعيين متباعدين في المكان، كالمقارنة بين القانون الصيني والجزائري. أمّا المقارنة العمودية فتكون في القوانين المتباعدة في الزمن كقانون حمورابي والقوانين الحالية، وذلك للوقوف على مدى تطوّر القانون⁴.

الفرع الثاني: مراحل المقارنة.

إنّ طريقة المقارنة المنهجية تتميز بمرحلتين أساسيتين هما:

1- **المرحلة التحليلية:** حيث يتم تحليل القاعدة القانونية الأجنبية إلى جزئيات، ودراسة النظام القانوني الذي تنتمي إليه القاعدة. وبعدها يتم دراسة المنهج الكامل للقانون الأجنبي، فمثلاً عند دراسة ركن الخطأ في المسؤولية التقصيرية في القانون

¹ - حميد شاوش، المرجع السابق، ص 10. راجع كذلك: جلول حيدور، المرجع السابق، ص 16.

² - فاطمة الزهراء زيتوني، المرجع السابق، ص 12.

³ - Jaluzot Béatrice, *Méthodologie du droit comparé: bilan et perspectives*, Revue internationale du droit comparé, vol. 57, N°1, 2005, pp. 29- 48.

⁴ - موسى بن سعيد، المرجع السابق، ص 12.

المصري والجزائري (المادة 163 مدني مصري، المادة 12 مدني جزائري)، فلا يقتصر العمل هنا على مجرد المقابلة بين المادتين، بل لا بدّ من تحليل القاعدة القانونية التي تعرّفنا على أنواع الخطأ (عمدي، غير عمدي، مفترض، واجب الإثبات)، وتحديد علاقة الضرر بالخطأ من أجل التعرّف على المنهج المتبع في القانون الأجنبي¹.

2- المرحلة الاستنتاجية: خلال هذه المرحلة يشرع الباحث في المقارنة الكلية، وبالتالي استخلاص أوجه الشبه والاختلاف، وأسباب ذلك، وبالتالي يعرض الباحث رأيه في الموضوع الذي قد يكون متفقاً مع أحد الأنظمة، أو رأي توفيق، ولكن مع تحليل قانوني موضوعي².

الفرع الثالث: الصعوبات التي تواجه الباحث في عملية المقارنة.

يتولّى القانون المقارن عملية المقارنة ما بين الأنظمة القانونية لمختلف الدول، وإنّ التنوع الموجود ما بين هذه الأنظمة القانونية يترتّب عنه وجود بعض المشاكل والصعوبات التي تواجه الباحث في عملية المقارنة وأهمّها:

- 1- صعوبة الوصول إلى بعض الوثائق الخاصّة بالدراسات القانونية.
- 2- صعوبة إلمام الباحث بكل التطوّرات التي يعرفها نظام قانوني ما.
- 3- عدم تمكّن الباحث من إتقان عدّة لغات أجنبية، فمعرفة كلّ اللّغات مسألة غير ممكنة دائماً، بحيث أنّ الأغلبية تجهل اللّغات، مما لا يسمح بالوصول إلى المصادر الأصليّة لنظام قانوني معيّن ومهمّ للبحث الذي يقوم به.

¹ - علال قاشي، المرجع السابق، ص 34.

² - موسى بن سعيد، المرجع السابق، ص 12، راجع كذلك كامل طروب، محاضرات في القانون المقارن، موجهة لطلبة سنة أولى ماستر، تخصص شريعة وقانون، جامعة باتنة 1، 2020/2019، ص 34.

- 4- اعتماد الباحث أحيانا على ترجمة قانونية، والتي لا تخلو في حد ذاتها من الصعوبة، وذلك نظراً لتقنية اللّغة القانونية التي تتسم بصيغة صارمة يعترضها الغموض في كثير من الأحيان، وهذا يرجع لتعدد المعاني لنفس العبارة¹.
- 5- قلّة المراجع في مجال القانون المقارن.
- 6- الإشكالية الجوهرية لمن يقوم بالبحث المقارن على المستوى الدولي، أنّه يعيش ويتعامل، ويحلّل ثقافة مجتمع غير ثقافة مجتمعه، ومن ثمّ قد لا يستطيع دائماً إدراك دلالة المفاهيم والحقائق المادية المغايرة في قانون دولته، فجد التحيز والانغلاق، دون إدراك لطبيعة التنوّع والتعدّد والاختلاف التي تتصف بها الظاهرة القانونية محلّ المقارنة، والتي تجعل لنفس الظاهرة معاني مختلفة، بل متناقضة، عندما يختلف مكانها، ومجتمعها، وزمانها.
- 7- إشكالات تتعلّق بتتميط وتصنيف بعض المسائل القانونيّة محلّ المقارنة، سواء عن طريق إساءة تقدير درجة الاختلاف بين الأصناف، أو الإكثار من الأنماط بدرجة تجعل الفارق بينها غير ملحوظ، أو مدّ المفاهيم وتوسيعها لدرجة تفقدها التحديد².
- 8- توسيع الدراسات القانونية المقارنة لدول نظامها القانوني بدائي، يجعلها أكثر صعوبة وحساسية، لأنّه يظهر اختلافات يصعب ولفترة طويلة تقليصها، أو بعبارة أخرى إنّ القانون المقارن يظهر كقانون الدول المتقدّمة، يقدّم للدول الأخرى على أنّه النموذج الذي يجب الوصول إليه، ممّا يرتّب جعله قانون أمبريالي³.

ولتفادي هذه الصعوبات نقترح الإستراتيجيات⁴ التالية:

¹ - فمثلا عبارة Décret يقصد بها في اللّغة الفرنسية ordonnance، وهي عمل تشريعي يتخذ من السلطة التنفيذية بالتفويض من البرلمان، ويراد بنفس العبارة في إيطاليا وإسبانيا تشريع الضرورة. كما يوجد من المصطلحات ما هي خاصّة بنظام معيّن ولا يمكن ترجمتها إلى لغة أخرى مثل نظام Trust في إنجلترا. راجع، لوراد نعيمة، المرجع السابق، المحاضرة رقم 02.

² - نادية بن أحمد، المرجع السابق، ص 26.

³ - نعيمة لوراد، المرجع السابق، المحاضرة رقم 02.

⁴ - عبد الرزاق بوضياف، المرجع السابق، ص 12.

- 1- ضرورة أن يكون الباحث المقارن واسع الاطلاع بجانب كبير من القوانين الوطنية والأجنبية، والعلم بالقواعد القانونية لكلّ نظام ليعلم واقع الأنظمة القانونية ومن ثمّ معرفة الأسباب المهمّة التي أدت إلى الاختلاف والائتلاف.
- 2- أن يكون المقارن أميناً في نقله عن المصادر الموثوقة وصادقاً في نسبتها إلى أصحابها، وذلك باختيار أقوى الآراء مقرونا بأقوى الأدلة، حتى يبعد الآراء المسبقة التي يحاول أصحابها فرضها وعدّها من المسلّمات دون التأكّد منها، كما هو الحال لدى الاختلاف.
- 3- أن يكون المقارن موضوعياً، منصفاً، متجرّداً عن جميع المؤثرات السلبية، وأن يكون ترجيحه على وفق الضوابط العلميّة.
- 4- معرفة القانون الأجنبي معرفة حقيقيّة وموضوعيّة كاملة بالتعرّف على تقسيماته ومصادره مع الإحاطة بتطبيقاته، وليس معرفة مجردة.
- 5- معرفة لغة القانون الأجنبي ومصطلحاته مع تفسير هذه المصطلحات وفقاً للنظام القانوني الذي تنتمي إليه.
- 6- معرفة العوامل الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والتاريخية التي تساهم في تكوين النص أو القانون الأجنبي.

المبحث الثاني: وظائف القانون المقارن.

رغم الاختلاف الفقه بشأن طبيعة القانون المقارن وتنازعهم في ذلك، إلاّ أنّه لهذا العلم وظائف يؤدّيها، بحيث يمكّن الباحث من استخدام الوسائل المؤدية للمقارنة في مجال البحث، من أجل الوصول إلى الأهداف المرجوة.

ولتوضيح الوظائف التي يؤدّيها القانون المقارن، نتعرّض إلى علاقته بالعلوم القانونية في (المطلب الأوّل)، ونتعرض إلى أهميته في (المطلب الثاني).

المطلب الأوّل: علاقة القانون المقارن بالعلوم القانونية.

يلتقي القانون المقارن مع عدّة تخصصات أخرى كفلسفة القانون، والنظرية العامّة للقانون، وتاريخ القانون، وعلم الاجتماع القانوني. ويطلق على هذه العلوم القانونية تسمية العلوم القانونية النظرية، كما للقانون المقارن علاقة وطيدة بالعلوم القانونية العملية كالقانون الدولي العام والقانون الدولي الخاص.

ويهتم القانون المقارن بالمقارنة بين قانون وطني وآخر أجنبي، أو بين قانونين أجنبيين فأكثر، ممّا يثير مسألة البحث عن معاملة القانون الأجنبي في القانون المقارن.

الفرع الأوّل: علاقة القانون المقارن بالعلوم القانونية النظرية.

ونوضح هذه العلاقة من خلال التطرّق إلى القانون المقارن وفلسفة القانون (البند الأوّل)، القانون المقارن والنظرية العامّة للقانون (البند الثاني)، القانون المقارن وتاريخ القانون (البند الثالث)، القانون المقارن وعلم الاجتماع القانوني (البند الرابع).

البند الأوّل: القانون المقارن وفلسفة القانون.

تقوم الدّراسات المقارنة بتحديد المفاهيم القانونية لمختلف المجتمعات بإبراز مختلف المذاهب الفلسفية، والاعتقادات الدينية المؤثرة في المجتمع، والكشف عن كل ما يؤدّي إلى تقارب أو تباعد الأنظمة القانونية، بحسب التوجهات الفلسفية المستمدّة منها¹. إذ أنّ تحديد المفاهيم يمكّن من معرفة مدى تأثير المبادئ الأخلاقية والفلسفية الإيديولوجية على القانون،

¹ - جلول حيدر، المرجع السابق، ص 18.

كتأثر القانون السوفياتي بالفلسفة اللاتينية الماركسية، وتأثر بعض التشريعات بالديانات السماوية، إذ تأثرت بعض الدول الإفريقية والآسيوية بالديانة المسيحية¹.

وبهذا تحقّق الدراسة في مجال فلسفة القانون فوائد من جانب تفسير العلاقة بين القانون والمذاهب الفلسفية والاعتقادات الدينية، وكذا مدى تأثير القواعد الأخلاقية فيه، والكشف عن كلّ ما يباعد أو يقارب بين الأنظمة القانونية بحسب التوجهات الفلسفية التي تغذيها².

البند الثاني: القانون المقارن والنظرية العامة للقانون.

يعتمد على الدراسات القانونية في مجال النظرية العامة للقانون، لتبيّن الأصل التاريخي لتقسيمات القانون، والخصائص التي تتميز بها مفاهيمها، فالتفرقة بين القانون الخاص والعام، القانون المدني والقانون التجاري، القاعدة الآمرة والمكّملة، نظهر أمر طبيعي إذا تمّ دراستها في إطار القانون الوطني، ولكن بمقارنة هذه القواعد مع غيرها من الأنظمة المختلفة، يتبيّن لنا سلبيات وإيجابيات هذا النظام، والمعزى الحقيقي لهذه التفرقة³.

ففقهاء القانون المدني الفرنسي يرون أنّ التقنين أو التشريع هو النمط الأرقى للتعبير عن قواعد القانون، ويكتفي القضاء بتفسيرها وتطبيقها، أمّا الفقه البريطاني فله نظرة مغايرة للنظرة الفرنسية.

وبهذا تهدينا الدراسة المقارنة في مجال النظرية العامة للقانون إلى معرفة أصل تقسيمات القانون وسبب التمييز بين أقسامه وفروعه، وبيان خصائصه ومفاهيمه، التي يتميّر بها عن خصائص ومفاهيم القوانين المقارنة⁴.

¹ - مجدي فتحي، المرجع السابق، ص 420.

² - Michel Fromont, op.cit., p 05.

³ - جلول حيدور، المرجع السابق، ص 19.

⁴ - René David, Les grands systèmes de droit contemporain, 11^e édition, Dalloz, Paris, 2002, p. 3.

البند الثالث: القانون المقارن وتاريخ القانون.

تكمن أهمية التاريخ في علاقته بدراسة القانون، ودراسة التطور التاريخي للقواعد القانونية عبر العصور والأزمنة، والدور الهام الذي يقوم به المؤرخون في دراسة العلاقة المتبادلة بين القانون كظاهرة اجتماعية والأحداث التي تطوّرت كثيراً من أصوله، ومصادر تفسيره التقليدية. ويهتمّ رجل القانون بالتاريخ ليقف على الأنظمة القانونية السابقة، ومدى نجاحها العلمي في التطبيق لقضايا العدالة والحرية منذ العصور القديمة، وهذا بالفعل ما أيّدته اكتشافات المؤرخين وعلماء الآثار، لفكرة العدالة، كما وجدت عند قدماء المصريين، والعلاقة المتبادلة بين العدالة، والموت، والخلود، وتحليل أهمية دور الكهنة، وإله الموت مثل أوزوريس.

كما ترجع أهمية تحليلاً لعلماء التاريخ في الكشف عن العلاقة المتبادلة والتطورية بين كلّ من القانون والقواعد الأخلاقية، والدين، والعرف، والعادات والتقاليد والتشريع، والفقه والقضاء وغيرها من مصادر القانون المختلفة، وكيفية تباين أهميّة وألوية هذه المصادر بين بعضها البعض عبر العصور التاريخية، وبين المجتمعات الإنسانية في نفس الوقت من ناحية أخرى. وتكشف دراسات المؤرخين عن تحليل الجوانب المختلفة لتطور فقه القانون، وفروع القانون المختلفة، مثل القانون العام، والإداري، والخاص، وغير ذلك من فروع أخرى، كانت نشأتها ذات علاقة تاريخية ومجتمعية واضحة¹.

وبهذا تؤدّي الدراسة في مجال تاريخ القانون إلى معرفة مفاهيم القانون من حيث أصولها، ومدى ارتباطها بالمعتقدات المحلية، ممّا يساعد على التعمّق في فهم بعض النظم والقواعد القانونية².

¹ - عبد الرزاق بوضياف، المرجع السابق، ص 09.

² - حميد شاوش، المرجع السابق، ص 07.

البند الرابع: القانون المقارن وعلم الاجتماع القانوني.

إنّ علم الاجتماع القانوني يسمح بالكشف عن العلاقة بين القانون والمجتمع، فعلم القانون يعتمد على علم الاجتماع في التعرف على الحقائق الاجتماعية كما هي حيّة في المجتمع، وقد عمل على ظهور علم الاجتماع القانوني، وهو احد فروع علم الاجتماع العام.

هذا ولم تأت إسهامات علم الاجتماع من فراغ، إذ ترجع جذورها إلى تحليلات ودراسات العديد من الفلاسفة وعلماء السياسة، وعلماء التفكير الاجتماعي الذين اهتموا بدراسة القانون وتطوره في الواقع، وارتباطه بالنظام السياسي والاقتصادي. فالقانون يحتاج إلى تأييد من غالبية أفراد المجتمع، لأنّ مقاومته والخروج المنظم على أحكامه يفقد قوّته وهيئته.

وقد استفاد علماء فقه القانون من دراسات علم الاجتماع، ومن قبيل ذلك، تعامله مع زيادة السّكان، سنّ تشريع يؤخّر سنّ الزواج وآخر يشجّع أو يمنع زيادة النسل عن طريق خدمات الأسرة التي يتجاوز عدد أفرادها الحد المسموح به من دعم الدولة على المستوى التعليمي أو الغذائي أو الصحي، أو عن طريق فرض أعباء ضريبية على العدد الزائد من الأولاد.

وفيما يخصّ ظاهرة انتشار التدخين، تقرّر منع التدخين من وسائل المواصلات العامّة، أو في أماكن العمل، أو في الأماكن العامّة المغلقة، كما تقرّر إجبار شركات إنتاج السجائر على الإعلان عن مكوّنات السجّارة، والتحذير من أضرارها على ذلك المنتج، أو منع الإعلان عن السجائر في أجهزة الإعلام والصحف التابعة للدولة، أو رفع الضرائب والجمارك على منتجاتها.

وفيما يتعلّق بظاهرة تشغيل الأطفال، فرض القانون حدّا أدنى لسنّ العمل أو التدرّج المهني، ورفع من التعليم الإلزامي، وجعله مجانيًا، وبيّن الأعمال الشاقة أو الخطرة التي لا يجوز إسنادها للأطفال قبل سنّ معيّنة.

ووضع القانون ضوابط لمنع زيادة تلوث البيئة، فوضع ضوابط على استيراد السيارات، وحدّ أعلى لنسبة الرصاص في منتج البنزين لا يتجاوز¹.

وما يمكن الإشارة إليه، هو أنّه غالباً ما يعتمد علم الاجتماع المقارنة ما بين قوانين عدّة دول، خاصّة عندما تكون القوانين المدروسة ليس لديها نفس الحضارة، ولا نفس الإيديولوجية ولا نفس درجة التطور². وبهذا تبين الدراسة المقارنة في هذا المجال أثر الظروف الاجتماعية الخاصّة بكلّ نظام قانوني، ومدى ارتباط حركة القانون بالظواهر الاجتماعية، وتكشف مدى إمكانية إحاطة القاعدة القانونية بالظاهرة الاجتماعية، أو إفلاتها منها بسبب قصور تلك القاعدة، وعدم مراعاتها للجوانب المتطورة لتلك الظاهرة³.

الفرع الثاني: علاقة القانون المقارن بالقانون الدولي العام والقانون الدولي الخاص.

وسنوضّح علاقة القانون المقارن بالقانون الدولي العام أوّلاً (البند الأوّل)، ثم علاقته بالقانون الدولي الخاص ثانياً (البند الثاني).

البند الأوّل: علاقة القانون المقارن بالقانون الدولي العام.

لا شكّ في أنّ القانون المقارن يفيد في تقارب الشعوب عن طريق فهم كلّ بلد للعقلية القانونية السائدة في البلاد الأجنبية، ممّا يؤدّي إلى تأسيس نظام أفضل للعلاقات الدولية. ومن الواضح أنّ العلاقات الدولية بكلّ تعقيداتها، والتعاون الدولي في كلّ المجالات، لم يكن ليقوم ويتطورّ في ظلّ تجاهل القوانين الداخلية للدولة، والتي تعطي فكرة واضحة عن مفهوم العدالة فيها، وعن التركيبة السياسية لكلّ منها.

وتأثير القانون المقارن لا يمكن إنكاره في القانون الدولي العام، فالمعاهد والاتفاقيات الدولية تستمدّ من مصادر قانونية مختلفة، لا من مصدر واحد، لذلك فإنّ القانون المقارن هو المرجع الذي يلجأ إليه واضعو هذه المعاهدات، وهذا ما عبّر عنه نظام محكمة العدل الدولية

¹ - عبد الرزاق بوضياف، المرجع السابق، ص ص 10 - 11.

² - نعيمة لوراد، المرجع السابق، المحاضرة رقم 02.

³ - إبراهيم أبو الفار، علم الاجتماع القانوني والضبط الاجتماعي، مكتبة نهضة الشرق، جامعة القاهرة، سنة 1985، ص

حين عدّ أنّ أحد مصادر القانون الدولي العام هو المبادئ العامة للقانون المشترك بين الأمم المتحدة.

ويتعيّن على الدبلوماسيين والمفاوضين في الاتفاقيات والمعاهدات الدولية أن يكونوا قادرين على فهم وجهة نظر مفوضي الدول الأخرى، ومعرفة العقلية القانونية، والطريقة التي يفكر بها رجال القانون في تلك الدول، حتى يتمكنوا من إقناعهم بوجهة نظرهم، فرجل الدبلوماسية أو المفاوض السوري، في مفاوضاته مع الأمريكيين أو الروس، لن يتمكن من إنجاز عمله على أكمل وجه، إلا إذا كان على دراية تامة بعقلية وطريقة تفكير المفاوضين الأمريكيين أو الروس، من خلال قوانينهم، أو التحدّث بلغاتهم¹.

وبهذا يمكن القانون المقارن رجال القانون من معرفة الأنظمة القانونية للمجتمعات الأخرى، ممّا يسهّل لهم استخلاص المبادئ العامة التي تصلح للمجتمع الدولي، وتنظيم العلاقات بين الدولة، وإنشاء الهيئات الدولية التي تتكفّل بمصالح المجتمع الدولي في مختلف المجالات، وبذلك تتقارب وجهات النظر بين الدول، وتتوصّل إلى إبرام معاهدات واتفاقيات دولية في شتى المجالات، حيث ساهمت الدراسة المقارنة باستخدام المنهج المقارن في نقل مبادئ القانون الخاص إلى القانون الدولي العام، بعد التأكّد من قابلية تطبيقها بين الدول، فعلى سبيل المثال تمّ نقل الحيازة كسبب من أسباب نقل الملكية إلى القانون الدولي العام، وأصبح يطبّق على كسب الدولة إقليمًا غير مملوك للغير، وغير متنازع عليه².

ومن هنا للقانون المقارن دور هام في إعداد المعاهدات، إبرامها وتفسيرها، فضلا عن أهميته المتميّزة في المفاوضات بين الدول، لأنّ معرفة القانون الأجنبي تساهم في معرفة وإدراك وجهة نظر الطرف الآخر، وإعداد الحجج التي تكفل نجاح التفاوض³.

¹- نضال بوعون، محاضرات في مقياس مقارنة الأنظمة القانونية، لطلبة السنة الثالثة ل.م.د.، قانون عام، جامعة الإخوة منتوري- قسنطينة 1، 2021/2020، ص 05.

²- مجدي فتحي، المرجع السابق، ص 422.

³ -Bruno de Loynes de Fumichon, Introduction au droit comparé, journal de droit comparé du pacifique (Revue juridique internationale soutenue par université de Polynésie française (UPF), volume II, aout 2013, p. 5- 21.

البند الثاني: علاقة القانون المقارن بالقانون الدولي الخاص.

لقد اختصرت المسافات في هذا العصر، وأصبح الانتقال إلى أقصى الأرض بين أبناء المجتمع الدولي مسألة في غاية السهولة والسرعة، وأصبحت الدولة في وقتنا هذا تضم، فضلا عن أبنائها، عددا لا يستهان به من أبناء الدول الأخرى، ويرتبط هؤلاء الأجانب فيما بينهم، أو فيما بينهم وبين أبناء الدولة التي وجدوا فيها بعلاقات قانونية، ولذلك تعقدت العلاقات القانونية بين الجنس البشري، وتتنوّعت القواعد التي تحطمها، وأصبحت معرفة تلك القواعد ليس بالأمر اليسير في كلّ حين، ما دام أنّ كلّ مجتمع له نظامه القانوني الخاصّ به؛ وله سلطته الخاصة التي تسهر على إدارة شؤونه، ويخضع أفرادها في علاقاتهم المتعدّدة الجوانب لقواعد وأنظمة تتناسب مع هذه العلاقات وتختلف باختلافها، ولربّما تغيّرت وتطوّرت في المجتمع الوطني للدولة، بتغيّر الزمن وتطوّر العصر. فيظهر التباين في القواعد القانونية في المجتمع الواحد، على أنّ التباين يبدو واضحا حينما يتعلّق الأمر بأكثر من مجتمع، بالنظر لاختلاف الدول في درجة تطوّرها، وظروفها، وبالتالي في أنظمتها¹.

هذا الاختلاف بين قوانين الدول وأنظمتها، يثير بدون شك نزاعا فيما بينها، كلّما اتصلت علاقة قانونية أو مركز قانوني بدولة أجنبية فأكثر، ممّا يترتّب عنه أنّ النزاع أصبح في الوقت الحالي علما شائعا لتشابك العلاقات الدولية، واتصالها نتيجة التطوّر الحضاري الهائل، الأمر الذي أدّى إلى اكتساب العنصر الأجنبي أهميّة كبرى، وكما هو واضح فإنّ العلاقة القانونية إن لم تتصل بدولة أجنبية من أيّ ناحية، خضعت لقواعد القانون الوطني، ولكن الحال يختلف إذا اتصلت العلاقة القانونية بدولة أجنبية أو أكثر في أحد عناصرها².

إنّ تنازع القوانين هي المشكلة الأم في القانون الدولي الخاص³، ويراد بها عند جمع الفقهاء لهذا القانون⁴: «تزام قانونين متعارضين، أو أكثر، لدولتين أو أكثر، بشأن حكم علاقة قانونية أجنبية في أحد عناصرها على الأقل». ولكن هذه العلاقة قابلة لإثارة التنازع أو

¹ - حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والطور الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، سنة 1997، ص 07.

² - أمانة رحاوي، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير، جامعة تلمسان، 2010/2011، ص 01.

³ - جورج حزبون حزبون، قواعد تنازع القوانين بين الوصف التقليدي الإجرائي والمستحدث الموضوعي، مجلّة الحقوق، العدد الثاني، السنة السادسة والعشرون، سنة 2002، ص 247.

⁴ - رمزي محمد علي دراز، فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة 2004، ص 41.

التزاحم بين القوانين، وقد يكون التزاحم بين قانونين لدولتين مختلفتين، أو بين أكثر من قانون، تبعاً لتعدد العناصر الأجنبية في العلاقة القانونية محلّ النزاع¹، وهنا يثور التساؤل عن أيّ من هذه القوانين المتنازعة يحكم النزاع، ويكون البحث عن أنسب تلك القوانين صلاحية لحكم هذا النزاع المشتمل على عنصر أجنبي، وعلى انسب تلك القوانين صلاحية لحكم هذا النزاع المشتمل على عنصر أجنبي. وعلى هذا يكون المقصود بتنازع القوانين هو المفاضلة بين هذه القوانين، واختيار قانون من بينها، يكون انسبها وأكثرها ملاءمة لحكم العلاقة القانونية محلّ النزاع، وعملية الاختيار هذه يطلق عليها تنازع القوانين².

إنّ أهمّ مشكلة يعاني منها القانون الدولي الخاص هي مسألة التكييف، حيث يقوم القاضي بتحديد الطبيعة القانونية لواقعة معيّنة للتعرفّ على القانون الواجب التطبيق، وهو أول عملية يقوم بها القاضي متى طرح عليه نزاع مشتمل على عنصر أجنبي، إذ يدخل هذا الأخير ضمن طائفة من النظم القانونية، أو فئة من الفئات المسندة في قانونه، للتعرفّ على القانون الذي يحكم هذه العلاقة³.

والرأي الراجح فقها وتشريعاً يجري عملية التكييف وفقاً لقانون القاضي، تطبيقاً لنظرية بارتان⁴، ما دام أنّ التنازع بين القوانين هو تنازع بين السيادة ولا يتصور أن يتنازل المشرّع الوطني عن التكييف وهو مسألة مهمّة وخطيرة متعلّقة بالسيادة، وذات صفة أمره لصالح قانون أجنبي، كما أنّ بيان طبيعة المسألة التي تحكمها قاعدة الإسناد، هو بيان لهذه القاعدة ذاتها، وما دامت القاعدة من صنع المشرّع الوطني، فإنّ بيان تفسيرها يخضع لقانون القاضي⁵.

¹ - طلعت محمد دويدار، القانون الدولي الخاص السعودي، الجنسية، الموطن، مركز الأجانب، تنازع الاختصاص، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 1417هـ-1418هـ، ص 295.

² - صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، الجنسية وتنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2008، ص 229.

³ - عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء الأول: ط01، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2006، ص 93.

⁴ - نصّت على ذلك المادّة 09 من القانون المدني الجزائري، الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمّن القانون المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 78، الصادرة في 30 سبتمبر 1975.

⁵ - الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، مقارناً بالقوانين العربية، الجزء الأول: تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، الجزائر، سنة 2000، ص 96.

وفكرة خضوع التكييف لقانون القاضي، هي فكرة منتقدة لأنها لا تحقق العدل، كما أنّها غير كافية خاصّة في الفروض التي يجهل فيها القاضي الوطني نطاقا قانونيا معيّنا يتمسك به الخصم أمامه. لذلك يرى الفقه الحديث أنّه ينبغي على القاضي أن يستأنس بالقانون المقارن لإيجاد التكييفات العالمية المطلقة والمجرّدة للمسألة القانونية، حتى لا يتم تشويهها، وهو يسعى إلى توحيد ضابط الإسناد على أساس القانون المقارن¹، وبذلك تؤدّي الدراسات المقارنة دوراً مهماً في توحيد قواعد الإسناد، من خلال إبرام معاهدات دولية في هذا الشأن².

إنّ الدراسة المقارنة تعمل على تخفيف العبء عن القانون الدولي الخاص عن طريق نزع بعض الإجراءات منه، وهذا يؤدّي إلى التقليل من حالات التنازع بين القوانين، وبهذا فإنّ وظيفة القانون المقارن تكمن في حلّ تنازع القوانين، خاصّة عندما تثير قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق القانون الأجنبي³.

وقد حاول البعض من الفقه إنكار العلاقة بين القانون المقارن والقانون الدولي الخاص، انطلاقاً من فكرة أنّ القانون المقارن يقارن بين قانون وطني وقانون أجنبي، أو يقارن بين قانونين أجبيين أو أكثر، وعندما نقرّر بأنّ القانون الأجنبي يعطي حلاً لنزاع معيّن يتعلّق بالقانون الدولي الخاص، لا نكون بحاجة للقانون المقارن أصلاً، وهذا يدحض حجج أنصار أصحاب التصوّر الذين اعتبروا أنّ القانون المقارن هو علم ملحق بالقانون الدولي الخاص.

ومع ذلك فإنّ هذا النقد فيه نوعٌ من المبالغة لأنّ دراسة القانون الدولي الخاص مرتبطة ببحوث القانون المقارن والعكس صحيح⁴.

¹ - علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 44.

² - نضال بوعون، المرجع السابق، ص 04.

³ - عصام نجاح، المرجع السابق، ص 39.

⁴ - محمود إبراهيم الوالي، دروس في القانون المقارن، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، بدون سنة.

وتظهر أهميّة القانون المقارن بالنسبة للقانون الدولي الخاص في عدّة نقاط نجملها فيما يلي¹:

يفيد القانون المقارن في إقامة علاقات تجارية جيّدة بين أفراد الشّعوب المختلفة، خارج أيّ دعوى قضائية، ورجال الأعمال يهتمون بالضمانات القانونية التي توفرها لهم القوانين الأجنبية، التي يحتمل اختصاصها. على هذا الأساس يختارون العمل والشراكة في الدول التي تقدّم لهم أحسن الضمانات.

كما يساعد القانون المقارن في توحيد قواعد التنازع، أي توحيد الحلول المطبقة في مختلف الدول، إذ يترتب على عدم اهتمام الدول عند وضع حلولها لتنازع القوانين بالحلول المطبقة في الدول الأخرى إلى تناقض الأحكام التي تنظر نفس المسألة، وإلى عدم وضوح الحلول. لهذا يتعين على رجال القانون المهتمين بتسهيل العلاقات الدولية، وضع حدّ لهذا التمايز في عالم زاد فيه حجم العلاقات الدولية، لذا يجب أن توجد اتفاقات بين مختلف الدول من أن يطبّق في كلّ منها على علاقات معيّنة نفس القانون. ولقد ساهمت الدّراسات المقارنة في مجال القانون الدولي الخاص في الو.م.أ. في وضع المجموعة المعروفة "بستمانت" سنة 1928، وتضمّ 347 مادّة، وأقرّته 25 دولة، وأصبحت نافذة فيها.

ويمكن أن نشير في هذا الصّد إلى أنّ القانون المقارن قد اهتمّ منذ تقنين قواعد القانون الدولي الخاص وظهور مبدأ الجنسيات بالمقارنة بين قواعد التنازع في مختلف التشريعات.

ولقد حاولت الدراسات المقارنة إعطاء الحلول للعديد من المسائل في القانون الدولي الخاص، نذكر منها المنهج الذي اعتمده الأستاذ "Batiffol" في وضع قواعد الإسناد وخلاصتها، أنّه يجب على رجال القانون في مختلف الدول أن لا يكتفوا عند وضع قواعد الإسناد بقوانينها الوطنية، وإنّما عليهم أن يدرسوا مختلف الأنظمة القانونية المعروفة في

¹ - نعيمة لوراد، المرجع السابق، المحاضرة رقم 03.

العالم باعتماد أسلوب الدراسة المقارنة، وبذلك فإنّ المشرّع حين وضعه لقواعد إسناد معينة، فإنّه يراعي في ذلك النتيجة التي يتوصّل إليها من خلال الدراسة المقارنة.

كما نستند إلى نظرية "Rabel" فيما يخصّ مسألة تنازع التكييف، التي تقضي بإخضاع التكييف للقانون المقارن، ومضمونها أنّ القاضي حينما يكيّف العلاقة، فإنّه يجب أن لا يقف عند القانون الوطني، وإنّما يراعي كلّ الأنظمة القانونية في العالم ليستخلص منها مفهوماً مشتركاً بخصوص العلاقة القانونية المعروضة أمامه.

فضلاً عن ذلك، فإنّ معرفة القانون الأجنبي الذي يحتمل تطبيقه على النزاع من طرف القاضي، من شأنه أن يؤدّي إلى تطبيق هذا القانون تطبيقاً سليماً، ويعطي أحسن الحلول للقضية المعروضة عليه. زيادة على ذلك، فإنّ انتشار الدراسة المقارنة سيسمح بعد لجوء القضاة إلى استخدام الحيل التي تمكّنهم من تطبيق قانونهم الوطني بدلاً من القانون الأجنبي، ذلك أنّ القانون الوحيد الذي يعرفونه هو قانونهم الوطني.

يساعد القانون المقارن أيضاً في تطبيق القاضي لفكرة النظام العام التي تعدّ من مواضع تطبيق القانون الأجنبي المختصّ أصلاً بالفصل في نزاع معيّن، ففي الجزائر مثلاً تستبعد القوانين الأجنبية من التطبيق إذا كانت تتعارض مع النظام العام الجزائري. وعليه فإنّ التأكّد من توافر هذين الشرطين، يقتضي دراسة مقارنة للنظام العام الوطني، والنظام العام الأجنبي، وليس مقارنة قاعدتين بصفة منعزلة¹.

الفرع الثالث: معاملة القانون الأجنبي في القانون المقارن.

إذا كان القانون المقارن يهتم بدراسة ومقارنة قانونين فأكثر، سواء المقارنة بين قانون وطني وآخر أجنبي، أو المقارنة بين قانونين أجبيين، أو أكثر، إلّا أنّ الإشكال يثور حول كيفية معاملة القانون الأجنبي في القانون المقارن: سواء كان من يقوم بالدراسة القانونية المقارنة باحثاً أو مشرّعاً أو فقيهاً أو قاضياً؛ فهنا تظهر ضرورة التعرّف على طبيعة القانون الأجنبي، وكيفية تفسيره.

¹ - نعيمة لوراد، المرجع السابق، المحاضرة رقم 03.

البند الأوّل: طبيعة القانون الأجنبي في القانون المقارن.

فيما يتعلّق بتكييف القانون الأجنبي وتحديد طبيعته، وجدت نظريات فقهية وآراء مختلفة، فمن الآراء من اعتبرته مجرد واقعة، ومنها من اعتبرته قانوناً بطبيعته¹.

أولاً- القانون الأجنبي مجرد واقعة:

ينكر أنصار هذا الاتجاه الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي، واعتبروه مجرد عنصر من عناصر الواقع، وتزعم هذا الرأي الفقيه "Batiffol"²، وتبعاً لذلك، فالقاضي الوطني لا يطبّقه بوصفه قانون يلزمه به المشرّع الأجنبي، لأنّه لا يذعن إلاّ لأوامر مشرّعه، فإذا كان القاضي الوطني يطبّق القانون الأجنبي فبصفته واقعة فقط، مع عدم قدرته على الاحتفاظ بأيّ صفة إلزام خارج حدود دولته.

ووفق هذا الاتجاه تتكوّن كلّ قاعدة قانونية من عنصرين، عنصر ماديّ يتمثّل في مضمونها، وعنصر معنوي يظهر من خلال الأمر بالتنفيذ، وهو الذي يكسبها القوة التنفيذية اللاّزمة. وتتمتّع القاعدة القانونية عادة بهذين العنصرين طالما اقتصر تطبيقها على حدود الدولة التي سنّتها، ولكنّها تفقد بمجرد خروجها من هذه الدولة عنصر الإلزام، وتصبح وقعة كبقية الوقائع³.

وقد أخذ بهذا التكييف القضاء الأنجلوسكسوني، الذي رفض منح الصفة الإلزامية لقاعدة الإسناد، ويستند موقفه إلى عدم وجود ضرورة أصلاً لتطبيق هذه القاعدة، بسبب افتراض المطابقة التامة بين القانون الأجنبي والقانون الوطني. فالمبدأ يقضي بتطبيق القانون الوطني مباشرة على النزاع طالما أنّ القانونين متشابهين، ولا يمكن إلاّ للخصوم بصفقتهم

¹ - أمانة رحاوي، معاملة القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، باتنة، المجلّد، العدد، سنة 2021، ص 04.

² - Henri Batiffol, Paul Lagarde, Traité de droit international privé, L.G.D.J., T1, 8^{ème} édition, 1993, p. 351.

³ - نادية فوضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار هومة، الجزائر، بدون طبعة، سنة 2001، ص 27.

أصحاب المصلح التمسك بإثارة قاعدة الإسناد، إذا أثبتوا اختلاف مضمون القانون الأجنبي عن أحكام القانون الوطني¹.

ثانياً- القانون الأجنبي كقانون:

تبنّت المدرسة الإيطالية الحديثة التطوّرات التي وصل إليها الفقيه "Anzilotti" في بداية القرن العشرين، والمتمثلة في الازدواجية الكاملة للنظام الداخلي والنظام الدولي، فاعتبر القانون الأجنبي قانوناً لا واقعة، وحاول تفسير ذلك باستناده إلى نظرية الاستقبال والاستيعاب، بأنّ هذه القاعدة تستوعب القانون الأجنبي، فيندمج فيها، وكأنّ القاضي، وهو يطبّق القانون الأجنبي، إنّما يطبّق قاعدة التنازع في قانونه².

ويرى أنصار نظرية التفويض، أنّ القانون الأجنبي يحتفظ بصفته الأجنبية، فهو يسري بقوة إلزامية، أي بوصفه أمراً صادراً من المشرّع الأجنبي، بناء على تفويض أو إنابة Délégation، صادر من المشرّع الوطني، ففي كلّ حالة يثبت فيها الاختصاص لقانون أجنبي، يتخلّى المشرّع الوطني عن الاختصاص التشريعي للمشرّع الأجنبي وينيبه عنه في التشريع بالنسبة للحالة المعروضة عليه³.

وقد أخذ بهذا التكييف القضاء الألماني، منذ بداية القرن العشرين⁴.

وتتفق التشريعات في القانون المقارن على تكييف القانون الأجنبي بأنّه قانون إذا تعلّق بالأحوال الشخصية، وواقعة متى ارتبط بمسائل أخرى⁵. ونص المشرّع الجزائري على ذلك في المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في فقرتها الثامنة: «لا يبنى الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه الآتية: ... 6- مخالفة القانون الأجنبي،

¹ - ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص، الأردني والمقارن، الجزء الأوّل: تنازع القوانين، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، بدون طبعة، سنة 1998، ص 234.

² - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 135.

³ - محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، الجنسية، الموطن، مركز الأجانب، مادّة التنازع، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، بدون طبعة، سنة 1997، ص 476.

⁴ - ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، المرجع السابق، ص 220.

⁵ - للتعرف على موقف التشريعات في القانون المقارن بالتفصيل، راجع، أمانة رحاوي، معاملة القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، المرجع السابق، من ص 09 إلى 11.

المتعلق بقانون الأسرة...»¹. وطبقاً لذلك هو يعامل القانون الأجنبي المتعلّق بقانون الأسرة كقانون، فمتى أشارت قاعدة التنازع الجزائية إلى العمل بمقتضى هذا القانون، فيطبّقه القاضي من تلقاء نفسه، ويترتّب على مخالفة تطبيقه الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا. أمّا إذا تعلّق الأمر بغير قانون الأسرة، فالقاضي غير ملزم بتطبيقه من تلقاء نفسه.

البند الثاني: تفسير القانون الأجنبي.

متى تمّ تحديد القانون الأجنبي، موضوع المقارنة، يتقيد الباحث بالحلول القضائية والمبادئ العامّة الحاكمة لتفسير القانون في هذه الدولة الأجنبية التي صدر عنها².

ويرى البعض أنّ دور من يقوم بالمقارنة في تفسير القانون الأجنبي لا يختلف عن دوره في تفسير قانونه، فهو يبحث في الحالتين عن نيّة المشرّع، وما يستهدفه من وراء القواعد التي صدرت عنه، متحرّياً في ذلك قواعد العدالة وفقاً للمفاهيم السائدة في دولته؛ فإذا كان للقاضي مثلاً أن يستأنس في تفسيره للقوانين الأجنبية بالأراء السائدة في الفقه والقضاء الأجنبي، إلاّ أنه غير ملزم بالأخذ بها، لأنّه إذ يحكم بالعدل، فإنّه يفعل ذلك باسم الدولة التي يتبعها وتحت مسؤوليتها.

غير أنّ هذا الرأي محلّ انتقاد لأنّ حكمة التشريع تقتضي التقيد بالحلول القضائية المستقرّة في الدولة الأجنبية، حتى لو لم يكن القضاء هناك مصدراً رسمياً لقواعد القانون، ولعلّ في القول بغير ذلك انحراف عن معنى القاعدة القانونية وهدفها، وإعطاء القانون الأجنبي معنى ليس له، على نحو قد يؤدّي إلى تفسيره بصورة مشوّهة؛ فيخالف بذلك إرادة المشرّع الأجنبي³.

¹ - قانون 08-09 المؤرّخ في 18 صفر عام 1429، الموافق 25 فبراير سنة 2008، المتضمّن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، الجريدة الرسمية، رقم 21.

² - حمزة قتال، تفسير القضاء للقانون الأجنبي تأثيراً وتأثيراً، مجلّة حوليات الجزائر، العدد 27، الجزء الأوّل، سنة 2015، ص 266.

³ - عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة 2004، ص 406.

وبناء على ذلك يتوجب إتباع أسلوب التفسير الذي تأخذ به المحاكم الأجنبية، والابتعاد عن الاجتهاد الشخصي في التفسير، ومن ثم تفسير القانون الأجنبي موضوع المقارنة كما هو عليه الحال تفسيره في بلده الأصلية، مع الأخذ بعين الاعتبار ليس فقط النصوص القانونية الأجنبية، وإنما أيضا ما استقرّ عليه القضاء والفقهاء الأجنبي¹.

المطلب الثاني: أهمية القانون المقارن.

إنّ الاقتصار على معرفة القانون الوطني والاكتفاء به، من شأنه أن يحدّ من آفاق رجال القانون، ويجعل معرفتهم جزئية ومحصورة في مكان أو زمان معين، لكن الدراسة المقارنة تجعل معرفتهم تنبض بالحركة والحياة، والتطلّع إلى المستقبل، والإحاطة بقوانين العالم واستيعابها. وتتجلى فائدة الدراسة في فهم أفضل للقانون الوطني، خاصّة إذا كان هذا القانون مقتبسا من قوانين أجنبية متقدّمة، وذلك بالرجوع إلى تطبيقاتها، فيهتدي بها لفهم القانون الوطني، والتعرّف على النقائص والثغرات الموجودة فيه من أجل إصلاحها. كما أنّ الاطلاع على قوانين الدول يسهّل، ويبسّر التواصل، ويقلّل الخلافات والنزاعات ممّا يؤدّي إلى التفاهم والتعاون في كلّ الميادين.

وبهذا يعدّ القانون المقارن أداة فعّالة وناجعة على الصعيدين الوطني، والدولي، ولذلك سنتعرض في الفرع الأول إلى أهمية القانون المقارن على المستوى الوطني، ونخصص الفرع الثاني لدراسة أهمية القانون المقارن على المستوى الدولي.

الفرع الأول: أهمية القانون المقارن على المستوى الوطني.

تساهم الدراسات المقارنة في مجال القوانين الوضعية على المستوى الوطني، في فهم أفضل للقانون الوطني، واكتشاف بعض ما قد يعتريه من عيوب وثغرات، وإدراك أفكاره الكامنة، خاصّة حينما يكون القانون الوطني مقتبسا من قوانين أخرى أكثر تطوّراً.

¹ - هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، بدون طبعة، سنة 2003، ص 172.

وانطلاقاً من هذا السياق، يمكن للمشرّع، والقاضي، والفقهاء الاستفادة من تجارب الدول الأخرى، من خلال الدراسة المقارنة لأنظمتها، هذا دون أن ننسى دور القانون المقارن في توحيد القانون الداخلي للدول التي تتعدّد فيها القوانين.

البند الأوّل: دور القانون المقارن في تحسين القانون الوطني وتطويره.

تبدو أهمية القانون المقارن، سواء للمشرّع من جهة، أو للفقهاء والاجتهاد القضائي من جهة أخرى، في الحصول على معرفة أفضل للقانون الوطني، ومن ثمّ العمل على تحسينه وتطويره، فالمشرّع في كلّ وقت يمكن أن يستفيد من القانون المقارن، وشرائع الأمم المختلفة، ويفتسب منها ما يتفق مع حاجاته بغرض إنجاز مهمته على أكمل وجه¹.

فغالبا ما يلجأ المشرّع عند سنّه أو تعديله للنصوص القانونية إلى الاستعانة بالقانون المقارن، من خلال الاطلاع على تجارب الآخرين، ومعرفة ما في هذه القوانين الأجنبية من مزايا وعيوب، لتفادي تلك العيوب، وإرساء تلك المزايا في التشريع الوطني حتى يكون القانون الوطني أكثر فائدة. وبهذه الطريقة يمكن تحسين وتطوير قواعد القانون الداخلي بجميع فروعها، وذلك بما يتلاءم مع التغيرات المستحدثة والظروف المستجدة، وجعلها تتماشى مع المقتضيات والمتطلبات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في المجتمع².

ولقد ضرب المشرع الفرنسي مثلاً في الاستفادة من التشريعات المقارنة في نهاية القرن التاسع عشر عن طريق اقتراحات تقدّم بها فقهاء وأساتذة جامعات، لتنقيح القانون المدني الفرنسي بعد إطلاع هؤلاء على التقنيات التي كانت قد صدرت في ذلك الحين في العديد من دول أوروبا. ولم يقتصر الأمر على المشرّع الفرنسي، فالتشريعات الأوروبية عموماً، قد سلكت منذ بداية القرن العشرين مسلكاً موحداً لتنظيم الحاجات، ومواجهة الظروف المستجدة، بحسبان أنّ هناك تشابهاً وتماثلاً في تلك الظروف والحاجات في أوروبا، ويظهر هذا التماثل والتطابق في كثير من التفاصيل في أغلب فروع القانون، كالقانون المدني، والقانون التجاري، والقانون الجنائي، والقانون الإداري، وقانون العمل.

¹ - نضال بوعون، المرجع السابق، ص 02.

² - معراج جديدي، المرجع السابق، ص 11.

فأحكام "الشيك" وأحكام "التأمين البحري" في القانون الانجليزي، و"وقف تنفيذ الحكم الجزائري" في القانون البلجيكي، وأحكام "الشركة محدودة المسؤولية" في القانون الألماني، و"التأجير التمويلي في القانون الأمريكي"، هذه الأمثلة كلّها اعتمدت من قبل المشرّع الفرنسي، وتبنّاها في قوانينه¹.

هذا ويساهم الفقه والقضاء بدور هام عن طريق الدراسة المقارنة في إصلاح التشريع أو تحسين تطبيقه، فالفقيه بما يقوم به من دراسة للقوانين الأجنبية يمكنه تقييمها، ومن خلالها يستخلص ما يشوب قانونه الوطني من نقصان وعيوب، مستعملا الحلول التي توصل إليها من خلال الدراسة القانونية المقارنة².

ولا يقلّ دور القضاء شأنًا عن دور الفقيه في تطوير التشريع وإصلاحه، من خلال البحث عن الحلول العادلة في القضايا المطروحة أمامه، باللجوء إلى القانون الأجنبي، ولا سيما عندما يكون هذا الأخير مصدراً تاريخياً للقانون الوطني³.

فالبلاد التي استمدّت تشريعاتها من تشريعات أجنبية تحتاج محاكمها إلى الاطلاع على أحكام القضاء في البلد الذي استمدّت منه تشريعها، لأنّه أكثر إحاطة وعلماً بتفاصيل المسائل العلمية في معرضه تطبيقه للتشريع.

وكمثال على ذلك: أحكام محكمة النقض الفرنسية، ومجلس الدولة الفرنسي التي تتمتع بتأثير ونفوذ كبير في الاجتهاد القضائي للدول التي استمدّت قوانينها من القانون الفرنسي. والأمر نفسه بالنسبة للدول التي تتبع في قوانينها الشريعة العامة الانجليزية، كأستراليا وكندا، حيث تخضع المحاكم لأحكام المحاكم العليا في انجلترا⁴.

¹- نضال بوعون، المرجع السابق، ص 03.

²- جلول حيدر، المرجع السابق، ص 20.

³- جلول حيدر، المرجع نفسه، ص 21.

⁴- نضال بوعون، المرجع السابق، ص 03.

وبهذا يمكن للمشرع، والفقهاء والقضاء، من خلال الاستناد إلى الدراسات المقارنة أن يساهموا في مجال إصلاح القانون الوطني، ويعتبر ذلك بمثابة مساهمة في صنع قاعدة قانونية أصلح للمجتمع¹.

البند الثاني: دور القانون المقارن في توحيد القانون الداخلي.

يساهم القانون المقارن في توحيد القانون الداخلي للدولة، ولا يتحقق ذلك إلا بتحقيق توحيد النظام القانوني أولاً، وتوحيد تفسير القانون داخل الدولة (ثانياً).

أولاً- توحيد النظام القانوني داخل الدولة:

ويقصد به توحيد القانون داخل الدولة الواحدة، والتي يوجد بها عدّة قوانين، وهو تكملة للسيادة الوطنية، ومن شأنه أن يقضي على أسباب التفرقة الطائفية والإقليمية، ويجعل الدولة وحدة متماسكة، والتوحيد الداخلي تقتضيه طبيعة الدول الاتحادية أو الفيدرالية، كما هو الشأن بالنسبة للوم.أ. والاتحاد السوفياتي سابقاً، أو تقتضيه غاية القضاء على تعدد القوانين في الدولة الواحدة، كما حصل في عدد كبير من دول أوروبا خلال القرن التاسع عشر². فقد تحققت هذه الفكرة في فرنسا بصدور قانون نابليون عام 1804، وحدث حذوها دول أخرى، فوحدت إيطاليا القانون المدني سنة 1865، وألمانيا سنة 1896، وظهرت قوانين موحدة بعد الحرب العالمية الأولى في الدول الشرقية لأوروبا، وانتقلت فكرة التوحيد إلى الشرق العربي، فوحدت مصر القانون المدني، وساعد ذلك على توحيد القوانين في البلاد العربية الأخرى، وكان القانون المصري القانون النموذجي الذي اقتدت به الدول، وكان للعلامة السنهوري دور فعّال في هذا التوحيد، حيث أسندت له مهمة تحرير مشروع القانون المدني في الكثير من الدول العربية³.

¹ - حميد شاوش، المرجع السابق، ص 08.

² - أحمد أدريش، القانون المقارن، منشورات سلسلة المعارف القانونية، الطبعة الثانية، المغرب، سنة 2017، ص 52.

³ - جلول حيدور، المرجع السابق، ص 24.

ونشير إلى أن توحيد القانون داخل الـيوم.أ كان أمرا في غاية الصعوبة، والتعقيد، لأنه يتكوّن من 51 تشريع وطني¹، زيادة على ذلك التشريع الفيدرالي ووجود نظام قضائي في كل ولاية تعلوه محكمة عليا أو مجلس أعلى للقضاء، ونظام قضائي فيدرالي تعلوه محكمة عليا أو مجلس أعلى فيدرالي، حيث يتولّى هذا النوع الأخير الفصل في النزاعات الناتجة بين مواطنين لولايتين مختلفتين، ويتولّى النظام القضائي الفيدرالي، الفصل في النزاعات المتعلقة بالدستور الفيدرالي.

ونشير هنا إلى أنّ تشريعات الولايات تظلّ مستقلة فيما يتعلّق بتطبيق القانون الخاص ما عدا أحكام الإفلاس (عجز المدين وتوقفه عن دفع ديونه، الحالة الوفاء ولا يتقرّر إلا بحكم) فهذا يعني وجود 51 قانون خاص (مدني، تجاري) ولتفادي الاختلالات التي يتضمنها النظام القانوني الفيدرالي، في ظلّ تعدّد الولايات بقوانينها، يستدعي الأمر إشباع إحدى الطريقتين، حيث تتمثل الأولى في هيمنة السلطة التشريعية الفدرالية فيستمدّ اختصاصها إلى كلّ الولايات، وذلك من خلال اعتماد نموذج مشترك، يعرض على هذه الأخيرة، مثلما تمّ بالنسبة للقانون التجاري الموحد الذي تضمن مبادئ عامّة، اعتنفته كلّ الولايات باستثناء ولاية لويزيانا، وأهمّ هيئة تقوم بإعداد مشروعات نموذجية للقوانين الموحدة في الولايات المتحدة الأمريكية هي الهيئة المعروفة باسم "الجنة توحيد قوانين الولايات" التي تضمّ في عضويتها أبرز أساتذة القانون المقارن في أمريكا².

أمّا الطريقة الثانية فتتمثل في أن يحلّ التشريع الفيدرالي محلّ تشريع الولايات، مثلما حصل في مسألة الاكتتاب العام، أين تطلّب الأمر بأن يكون قانون ولاية ما، متوافقا مع متطلبات القانون المنظم لعمليات الاكتتاب العام للأسهم، وهو القانون الفيدرالي³.

أما توحيد القانون في سويسرا التي كانت تتشكّل من مقاطعات يحقّ لها إصدار القوانين، وكانت تشكّل الاتحاد الفيدرالي السويسري، حيث أنّ هذه المقاطعات رفضت التنازل عن سلطتها في التشريع للسلطة المركزية، ولكن اكتسبت هذه الأخيرة الاختصاص

¹ - محمود إبراهيم الوالي، المرجع السابق، ص 55.

² - علال قاشي، المرجع السابق، ص 46.

³ - محمود إبراهيم الوالي، المرجع السابق، ص 55.

الفصل الأول.....المبادئ العامة لمقارنة الأنظمة القانونية

في التشريع سنة 1881، عندما أصدرت "القانون الاتحادي للالتزامات"، كما أنّ الدستور السويسري أعطى للسلطة الاتحادية سلطة التشريع في كلّ مسائل القانون الخاص، وهنا اكتملت فكرة توحيد القانون الخاص في سويسرا¹.

أمّا فيما يتعلّق بتوحيد القانون في دول وسط أوروبا، فكان بعد نهاية الحرب العالمية الأولى، عن طريق معاهدات أبرمت بين عامي 1919 – 1921، فمثلا "بولونيا" فكانت تطبّق عدّة تشريعات على المسائل المدنية قبل إعادة تكوينها بعد الحرب العالمية الثانية وهي: النمساوية، الروسية، مجموعة نابليون، وتم توحيد كل ذلك خلال عامي 1934، 1950.

أمّا يوغسلافيا فكان فيها القوانين العثمانية، والنمساوية، والمجرية، ولكنّها وحدت قانونها عن طريق مجموعة مدنية، متأثرة بالمجموعة النمساوية أعدتها عام 1937، لكن ظروف الحرب حالت دون إصدارها، ولكنها بعد الحرب واصلت عملية التوحيد، والتي انتهت بإصدار مجموعة قانون الأسرة، المتأثرة بالمبادئ الماركسية.

أمّا في رومانيا، فكانت تسود فيها قبل الحرب العالمية الثانية ثلاثة أنظمة وهي: الإيطالي، النمساوي، المجرية، وتمّ توحيد القانون المدني الروماني في عام 1943 بمرسوم يقرّر امتداد قواعد المجموعة المدنية القديمة، إلى كلّ مقاطعات رومانيا، لأنّ فكرة التوحيد بدأت قبل الحرب العالمية الثانية².

ثانياً- توحيد تفسير القانون:

إنّ عملية توحيد القانون داخل الدولة الواحدة، لا يكون كافياً لتحقيق كل نتائج عملية التوحيد، بل لا بدّ من توحيد التفسيرات التي تعطيها أجهزة القضاء للقانون (التفسير القضائي)، وإلاّ كان كلّ قاضي يفسّر نصاً حسب ما يراه، ممّا يترتّب عنه تعدد التفسيرات لنص واحد مطبّق.

¹ - عصام نجاح، المرجع السابق، ص 47.

² - عصام نجاح، المرجع نفسه، ص 47.

ومن أجل تحقيق توحيد التفسير كان ضروريا من أن توجد محكمة عليا على رأس الجهات القضائية، من أجل مراقبة تفسير المحاكم للتشريع، وتعمل على توحيد هذا التفسير من أجل الوصول إلى توحيد القانون توحيداً حقيقياً¹.

ولتحقيق ذلك، أسندت الدول هذه الوظيفة إلى المحكمة العليا، باختلاف تسمياتها (محكمة عليا، محكمة النقض، محكمة قانون)، وهي محكمة قانون لا محكمة موضوع، ويقتصر دورها في الجزائر مثلاً على مراقبة الأحكام والقرارات القضائية، ومدى مطابقتها للقوانين، وإذا تمّ نقض الحكم أو القرار، يحال على الجهة التي أصدرته مشكلة تشكيلاً جديداً.

أمّا في إنجلترا قديماً، فهناك غرفة "اللوردات"، أو مجلس اللوردات، حيث تعدّ محكمة واقع وقانون، فهي من جهة تعمل على مراقبة الأحكام والقرارات ومدى مطابقتها للقانون، وإذا تمّ نقض الحكم أو القرار تتولى الفصل فيه كآخر درجة، ولكن لم يبق هذا الوضع سائداً، إذ تمّ إنشاء محكمة عليا، وهي التي تتولى الصلاحيات القضائية ولم يعد لمجلس اللوردات هذه الصلاحية².

وبهذا، فإنّ عملية التوحيد الداخلي للنظام القانوني للدولة، التي يؤدّيها القانون المقارن، لا تكتمل إلا بتوحيد تفسير القانون، والذي لا يتحقق في غالب الأحيان إلا بتدخل رقابة محكمة القانون.

الفرع الثاني: أهمية القانون المقارن على المستوى الدولي.

يحقق القانون المقارن على المستوى الدولي فوائد مهمّة، تتجلى أساساً في مساهمته في التقريب بين الشعوب، وحسن التفاهم والتعاون بينها، وفي سبيل تحقيق هذا الهدف، دعا الفقيه الفرنسي "لامبير" Lambert في المحاضرة الافتتاحية للموسم الجامعي إلى جعل

¹ - علال قاشي، المرجع السابق، ص 48.

² - علال قاشي، المرجع نفسه، ص 48.

القانون المقارن وسيلة اتصال بين القوانين الوطنية، لتكوين ضمير قانوني، عالمي، تؤدّي إلى جعل القانون أداة تفاهم بين الشعوب، لتتمكّن من الاتفاق فيما بينها¹.

كما يقوم القانون المقارن بتوثيق العلاقات بين الدول، من خلال دوره الهام في إعداد المعاهدات، إبرامها وتفسيرها، فضلا عن أهميته المتميّزة في المفاوضات بين الدول، لأنّ معرفة القانون الأجنبي تساهم في معرفة وإدراك وجهة نظر الطرف الآخر، وإعداد الحجج التي تكفل نجاح التفاوض².

وبهذا تكمن أهمية القانون المقارن على المستوى الدولي في الوظيفة التي يؤدّيها، وهي توحيد القواعد القانونية بين الدول، وهذا رغم التباين في أنظمتها القانونية والاقتصادية والاجتماعية³. وتجسّدت عملية التوحيد في الكثير من الاتفاقيات سواء الثنائية، أو المتعدّدة الأطراف، الإقليمية منها والعالمية، كما يمكن للتوحيد أن يتحقق عن طريق المحاكاة.

البند الأوّل: التوحيد الاتفاقي.

وقد يكون هذا التوحيد ثنائي أو متعدّد الأطراف.

أوّلاً- التوحيد الثنائي:

يكون بين دولتين تتفقان على توحيد قانونيهما، كاتفاق فرنسا وإيطاليا على توحيد قانون الالتزامات، وقد تمّ وضع مشروع التوحيد عام 1929، حيث أطلق الفقيه القانوني الإيطالي "سالوجا" "Sealoja" هذا المشروع من أجل قانون موحد بين الدولتين يقضي على كلّ المنازعات المترتبة عن عمليات اقتصادية بين فرنسا وإيطاليا، وإنّ هذا المشروع لم يكتب له النجاح لأنّه لم يعرض على البرلمان الفرنسي، ولم يعرض على البرلمان الإيطالي⁴.

¹ -Eduard Lambert, Le droit comparé et la formation d'une conscience juridique, Revue de l'université de Lyon, 1929, pp. 441- 463.

² - Bruno De Loynes de Fumichon, op.cit., pp. 5- 21.

³ - معراج جديدي، المرجع السابق، ص 422.

⁴ - مجدي فتحي، المرجع السابق، ص 422.

ثانياً- التوحيد المتعدد الأطراف:

ويكون في شكل توحيد إقليمي أو توحيد عالمي.

1- التوحيد الإقليمي:

ويكون بين بلدان تجمع بينها روابط سياسية واقتصادية، وتاريخية وجغرافية، ومن أهم هذه الاتحادات نذكر:

- اتحاد الدول الاسكندنافية: ويسمى الاتحاد الشمالي، ويتكوّن من 5 دول وهي: السويد، النرويج، الدنمارك، إيرلندا، فنلندا، هذه الدول تشترك في الوحدة الجغرافية في شمال أوروبا، وقد عرفت وحدة في كثير من القوانين، رغم أنّ القانون النرويجي والدنماركي ينتهجان أسلوب القانون الانجليزي، وأنّ القانون السويدي والفنلندي يرتبطان بالقانون الألماني، فإنّ فكرة التوحيد، قد تغلّبت على الاختلاف القائم بين مصادر هذه القوانين، فيما يتعلّق بالقانون التجاري¹.

وبهذا تمّ توحيد نظام الأوراق التجارية منذ عام 1880، ثم توحيد نظام السجل التجاري، ونظام المحلّ التجاري، ونظام الوكالة التجارية، وعقد التأمين، وتوحيد القانون البحري منذ 1891، كما تمّ توحيد أحكام العقود في القانون المدني وتوحيد أحكام الزواج والطلاق، والوصاية في قانون الأسرة. ومن أجل استكمال التوحيد تم إنشاء معاهد لذلك ولجنة تشريعية تمثّل الدول الشمالية من اجل متابعة التوحيد².

- اتحاد دول البيني ليكس: يتألّف هذا الاتحاد من بلجيكا وهولندا ولكسمبورغ، حيث وقّعت حكومات هذه الدول معاهدة في عام 1944، من أجل إقامة وحدة جمركية، ثم تلتها معاهدة وقعت عام 1958 لإقامة وحدة اقتصادية، ووضع سياسة مشتركة للتجارة الخارجية، وتنسيق الأعمال في مجال الاستثمارات والزراعة والأعمال، ممّا ساعد على توحيد الكثير من القوانين في هذه الدول، كالقانون الدولي الخاص،

¹ - جلول حيدور، المرجع السابق، ص 25.

² - محمود إبراهيم الوالي، المرجع السابق، ص 62.

وأحكام البيع، وتنفيذ الأحكام القضائية، وتأسيس محكمة البيني ليكس التي تعمل على توحيد الاجتهاد القضائي، ويلتزم القضاة في دول الاتحاد بإتباع أحكامها¹.

- **الاتحاد الأوروبي:** أنشئ هذا الاتحاد بعد التوقيع على معاهدة ماستريخت بهولندا في 07 فبراير سنة 1992، التي بمقتضاها تمّ تجميع مختلف الهيئات الأوروبية في إطار واحد، وهو الاتحاد الأوروبي، وكان يضمّ 28 دولة قبل أن تقرّر بريطانيا الانسحاب منه بموجب استفتاء شعبي أجرته في 23 جوان 2016، وهو يهدف إلى تأسيس مواطنة أوروبية، تضمن الحقوق الأساسية، والحقوق المدنية والسياسية، وضمان مبادئ الحرية والأمن والعدل، ويعتمد في سبيل تحقيق تلك الأهداف على أربع ركائز أساسية هي: مجلس الاتحاد الأوروبي، وهو أهمّ جهاز إداري يقوم بتمثيل مصالح الدول الأعضاء على المستوى الأوروبي، برلمان أوروبي ينتخب أعضاؤه مباشرة من قبل ناخبي الدول الأعضاء، له وظيفة تشريعية، المفوضية الأوروبية وهي الجهاز التنفيذي للاتحاد وتملك صلاحيات تقديم مشاريع القوانين، والإشراف على تنفيذ القوانين وتوقيع المعاهدات، ومحكمة العدل الأوروبية التي تشرف على احترام القوانين الخاصة بالاتحاد، وبذلك يساهم الاتحاد الأوروبي في وضع قانون موحد لدول الاتحاد يحكم الدول الأعضاء².

- **جامعة الدول العربية:** تكوّنت هذه الجامعة في 22 مارس 1945، وكانت تضمّ كلا من: مصر- المملكة العربية السعودية، الأردن، العراق، اليمن، سوريا ولبنان؛ وبدأ الانضمام إليها تدريجياً حتى أصبحت تضمّ كلّ الدول العربية، وتتكون هذه الجامعة من مجلس الجامعة والأمانة العامّة للجامعة واللجان.

مجلس الجامعة يتكوّن من ممثلين تختارهم الدول، ينعقد مرتّين في السنة مارس وأكتوبر، حيث يعمل المجلس على تحقيق التعاون العربي في الأمور السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية³.

¹- مجدي فتحي، المرجع السابق، ص 423.

²- جلول حيدور، المرجع السابق، ص 26.

³- عبد الرزاق بن خروف، مدخل إلى القانون المقارن، دار الخلدونية، سنة 2017، ص 67.

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

أما لجان الجامعة، فهي من تقوم بإعداد دراسات في الشؤون السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والصحية والقانونية، وتهتم اللجنة الثقافية للدراسات التحضيرية بتوحيد التشريع في الدول العربية¹.

- **الاتحاد الإفريقي:** تم إعادة النظر في منظمة الوحدة الإفريقية، واستبدالها بالاتحاد الإفريقي سنة 2002، على غرار الاتحاد الأوروبي، وله مؤسسات تنفيذية، وتشريعية وقضائية، ومالية، تتمثل في المؤتمر الذي يتكون من رؤساء دول وحكومات الدول الأعضاء، يرأسه احدهم بالتناوب لمدة سنة، بعدما كانت المدة المحددة بسنة أشهر فقط². وتهتم محكمة العدل الإفريقية في هذا الاتحاد بالبحث في الخلافات التي تنشأ بين الدول الأعضاء حول تفسير المعاهدات الخاصة بالاتحاد الإفريقي³.

ويعمل هذا الاتجاه على تحقيق اندماج أكثر للمواطن الإفريقي مع مختلف مؤسساته، من أجل ترسيخ ثقافة الحكم الراشد، والديمقراطية، والشفافية، من أجل الوصول إلى دولة القانون، كما يعمل على توحيد القوانين، والتقريب بين المواطنين، وذلك من خلال الاتفاقيات، وهذا كله تحقيقاً لتوحيد القوانين.

2- التوحيد العالمي:

يتحقق التوحيد العالمي عن طريق الاتفاقيات الدولية، وله أهمية في تحقيق السلامة القانونية لا سيما في التجارة الدولية، فتنوع الأنظمة القانونية وصعوبة تطبيق إحداها في

¹ - وكأمثلة عن المشاريع التي قامت بإعدادها: مشروع عربي استرشادي من أجل مكافحة جرائم تقنية أنظمة المعلومات، مشروع عربي واسترشادي لمنع استنساخ الكائنات البشرية لأغراض التناسل، مشروع اتفاقية عربية لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الحدود العربية. راجع في ذلك: عبد الرزاق بن خروف، المرجع السابق، ص 67.

² - علال قاشي، المرجع السابق، ص 52.

³ - جلول حيدور، المرجع السابق، ص 27.

وجود نزاع يشير إلى أهمية توحيد القوانين لا سيما في مجالات معينة كقانون الأعمال للتخفيف من العوائق التي قد تثور مثلاً في مجال التجارة الدولية.

ومن المواضيع التي كان لها السبق في مجال التوحيد القانوني، لدى المجتمع الدولي: عقد البيع الدولي للبضائع، بعد جهود قام بها معهد روما لتوحيد القانون الخاص، وبمساعي من الأمم المتحدة، وأدى ذلك إلى إبرام اتفاقية الأمم المتحدة بعقود البيع الدولي للبضائع، والمعروفة باتفاقية فيينا سنة 1980¹.

أيضا في مجال القانون الدولي الخاص، حيث يعاني من معضلة تنازع القوانين، أي تحديد القانون الواجب التطبيق في العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي، لا سيما مع اختلاف القوانين في قواعد الإسناد، وقد تفتنّ الفقهاء إلى ضرورة توحيد قواعد التنازع، ولا سيما أمام ازدياد العلاقات الدولية في مختلف المجالات، هذا بالطبع يتطلب إعادة النظر في قواعد القانون الدولي الخاص بتوحيد أحكامه؛ ولذلك وجدت عدة اتفاقيات دولية أهمها الاتفاقيات التي عقدها مؤتمر "لاهاي" للقانون الدولي الخاص، مثل: اتفاقية 12 جوان 1902 المتعلقة بتنازع القوانين في مسائل الزواج، واتفاقية 17 جويلية 1905، المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على آثار الزواج؛ واتفاقية 14 مارس 1978، المتعلقة بالآثار المالية للزواج².

ومن بين الاتفاقيات التي ساهمت أيضا في توحيد القوانين نذكر:

- توحيد قواعد النقل البحري، بموجب اتفاقية بروكسيل في 25/05/1924³.
- توحيد قواعد النقل الدولي عن طريق الجو، بموجب اتفاقية وارسو 12/10/1929، والتي دخلت حيز التنفيذ في 13/02/1933⁴.

¹- فاطمة الزهراء زيتوني، المرجع السابق، ص 09.

²- أمنة رحاوي، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 209.

³- سليم بودليو، اتفاقية الأمم المتحدة للنقل البحري للبضائع بالمقارنة مع اتفاقية بروكسل، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد أ، العدد 42، جامعة قسنطينة1، الجزائر، 2015، ص 516.

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

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

- الاتفاقية الخاصة بتوحيد الأوراق التجارية بـ'جنيف' عام 1930.

- الاتفاقية الخاصة بحماية الملكية الصناعية بباريس سنة 1836¹.

أما بالنسبة للجزائر، فإنّ عملية التوحيد، تمثلت في المصادقة على العديد من الاتفاقيات، والتي نظّمت العديد من المجالات نذكر منها، في مجال النقل، سواء كان بحرياً أو جويّاً:

- اتفاقية حول توحيد القواعد الخاصة بالمساعدات والإنقاذ في البحر (الجريدة الرسمية، العدد 29، لسنة 1964).

- اتفاقية حول توحيد القواعد الخاصة بسند الشحن (الجريدة الرسمية، العدد 28، لسنة 1964).

- اتفاقية حول توحيد بعض القواعد الخاصة بالحجز التحفظي على السفينة البحرية (الجريدة الرسمية، العدد 14، لسنة 1964).

- اتفاقية خاصة بتحديد قواعد الاختصاص المدني في قضايا الاصطدام (الجريدة الرسمية، العدد 12، لسنة 1964).

- اتفاقية خاصة بتحديد مسؤولية مالك السفينة أو المجهّز للبواخر البحرية (الجريدة الرسمية العدد 17 لسنة 1964).

- اتفاقية خاصة بنقل المسافرين بحراً (الجريدة الرسمية العدد 09، لسنة 1979).

- اتفاقية خاصة بنقل أمتعة المسافرين (الجريدة الرسمية العدد 09، لسنة 1979).

كما صادقت الجزائر على العديد من الاتفاقيات، في مجال التجارة، والملكية الصناعية والأدبية وحقوق الإنسان، وفي مجال العمل، والمجال الجمركي².

¹ - أشار إليها، علال قاشي، المرجع السابق، ص 53.

² - أشار إلى هذه الاتفاقيات: علال قاشي، المرجع السابق، ص 53- 54.

البند الثاني: التوحيد عن طريق المحاكاة.

ويتحقق التوحيد بالمحاكاة عن طريق هجرة القوانين بواسطة عملية استيراد، وتصدير القوانين، فقد كان ناتجا عن الاستعمار، بحيث أنّ الدول المستعمرة قد مدّدت أعمال قوانينها على المستعمر، مثل تطبيق القانون الفرنسي على الجزائر في فترة الاستعمار، الهجرة إلى مناطق خاوية وإعمارها، ويطبّق هنا قانون المهاجرين، وكمثال عن ذلك: الو.م.أ لما دخلها الانجليز طبّقوا فيها قوانينهم¹.

ويرجع استيراد القوانين إلى عدّة أسباب أهمّها التقليد أو التأثير الفكري بقانون معيّن، أو نفوذ قانون معيّن لدقته العلمية؛ وفي الوقت الحاضر هناك مجموعتين قانونيتين لهما تأثير كبير على قوانين العام هما: تقنين "نابليون بونابارت" سنة 1804، والتقنين المدني الألماني.

بالنسبة لـ"مجموعة نابليون بونابارت"، تأثرت بها الدول إلى حدّ كبير بطريقة مباشرة، وبرز ذلك في طريقة ترتيب النصوص والأسلوب، وبهذا عملت الدول المتأثرة به على الاستلهام منه، وأحيانا نقله وترجمته حرفياً².

كما كان لمجموعة التقنين المدني الألماني دور في عملية التوحيد نتيجة لجودته العلمية والقانونية، حيث استغرق مدّة 20 سنة لإعداده، فصدر بصورة تقنية، حتى أطلق عليه بعض الفقهاء بأنّه الآلة الحسابية بامتياز للقوانين، وكان المتأثرون به كلّ من النمسا، يوغسلافيا، واليونان، وبعدها انتشر خارج حدود أوروبا، وتأثر به واضعو القانون المدني البرازيلي عام 1916، والذي ما زال مطبّقاً من حيث تبويبه، وهذا بشهادة فقهاء قانون من البرازيل، وعليه فإنّ تأثير القانون المدني الألماني لا يجد سببه في النفوذ السياسي بل في دقته العلمية³.

1- نعيمة لوراد، المرجع السابق، المحاضرة رقم 03.

2- محمود إبراهيم الوالي، المرجع السابق، ص 60.

3- عصام نجاح، المرجع السابق، ص 54.

وما يمكن الإشارة إليه، هو أنّ مهمة توحيد القوانين تبدو مهمّة صعبة، ومستحيلة نوعاً ما، لا سيما أمام تعدّد الثقافات والمجتمعات، فبالنسبة لقانون الأحوال الشخصية مثلاً فإنّه يشير بصعوبة كبيرة للتوحيد، ذلك أنّ هذا القانون يتأثر بالعوادات والتقاليد، والدين لكلّ دولة على حدى.

وبهذا أصبح اليوم عدد القوانين الوضعية السائدة في العالم، أكثر من عدد الدول نفسها، ولا سيما أن بعض الدول لم توحد القانون المطبّق على إقليمها¹.

لذلك فمهمّة المختصين في مجال القانون المقارن عند تحديد الشرائع القانونية هو تبسيط هذا التعدّد الفوضوي.

وعادة ما تلجأ الدول للتغلب على صعوبات التوحيد في العلاقات الدولية بإبداء التحفظات، إذ تساهم فكرة التحفظ في تحقيق التوحيد، ولو بصورة جزئية، وبمقتضى التحفظ يتحقق توحيد في العلاقات الدولية، بينما تظلّ العلاقات الداخلية محكومة بالقوانين الوطنية المختلفة.

ومن بين المواضيع التي كانت محلاً للتوحيد مع إبداء التحفظ، هو القانون الموحد للسندات التجارية سنة 1930/1931، حيث تمّ إبداء التحفظ إزاء بعض البنود كحق الحامل على مقابل الوفاء².

وعلى العموم، يمكن تلخيص أهمية القانون المقارن فيما يلي:

- تعتبر الدراسات القانونية المقارنة أداة لتطوير وتحسين القانون الداخلي بجميع فروعها.
- التعرف على حلول جديدة لمشاكل قديمة.
- التعرف على حلول لمشكلات جديدة.
- الوقوف على الثغرات القانونية في التشريعات الداخلية والعمل على مدها.

¹ - فاطمة الزهراء زيتوني، المرجع السابق، ص ص 09-10.

² - نعيمة لوراد، المرجع السابق، المحاضرة رقم 03؛ فاطمة الزهراء زيتوني، المرجع السابق، ص 10.

- أداة لفهم القواعد القانونية.
- أداة لتقييم المؤسسات القانونية (المؤسسة التشريعية، المؤسسة التنفيذية، المؤسسة القضائية).
- أداة لتوحيد القوانين على المستوى الداخلي والإقليمي والدولي.

الفصل الثاني: الأنظمة القانونية المعاصرة.

إنّ الأفرع القانونية المختلفة للقانون، بما تحتويه من قواعد قانونية، تكوّن في مجموعها ما يسمّى بالنظام القانون "Institution juridique"، فكل القواعد التي يحتويها القانون الجزائري مثلا بجميع فروعها تسمّى بالنظام القانوني الجزائري، وهكذا يبدو التدرج واضحاً: مجموعة من القواعد تكوّن فروعاً في القانون، ومجموعة من فروع القانون تكوّن النظام القانوني، وبهذا فالنظام القانوني هو قانون دولة واحدة، أو هو شريعة دولة واحدة¹.

ويعرّف "جيرار كورنو Gérard Corno" النظام القانوني بأنه: «مجموعة المعطيات المكوّنة للقانون (سواء كانت شكلية أو موضوعية)»، ويعرّفه أيضاً بقوله: «الاسم الذي يطلق على مجموعة من العلامات المميزة لقانون دولة ما بالمقارنة بدولة أخرى، والمتعلّقة بالمبادئ والمصادر، وطرق التفسير، والتوجّهات المتعلّقة بالقانون نفسه»².

ويقصد بالنظام القانوني في دراسة القانون المقارن، مجموعة من قوانين الدول مستوحاة من مبادئ مشتركة، أو يمكن تقريبها، ويسود أحكامها كثير من التشابه، فمثلا قوانين أوروبا الغربية، وتركيا وبعض دول أمريكا اللاتينية تكوّن ما يسمّى بالنظام القانوني اللاتيني³.

وبهذا فإنّ الأنظمة القانونية الكبرى، هي عبارة عن قواعد قانونية مشتركة في المصادر القانونية، وتقييمات القانون، وتحديد طبيعة القاعدة القانونية، ووظيفتها وتفسيرها، والصياغة القانونية، والمفاهيم القانونية، والمصطلحات المستخدمة.

وقد اختلف الفقهاء في تصنيف الأنظمة القانونية الكبرى الموجودة على المستوى الدولي إلى أربعة تصنيفات⁴:

¹ - أحمد محمد الرفاعي، المدخل للعلوم القانونية، جامعة بنها، كلية الحقوق، سنة 2007-2008، ص 3.

² - Gérard Corno, Droit civil, introduction, Paris, 12^e éd., 2007, p. 258.

³ - أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 13.

⁴ - موسى بن سعيد، المرجع السابق، ص 13.

- **التصنيف الأول:** اعتمد على معيار تأثير القانون الروماني، أو القانون الجرمانى، في النظام القانونى فى الدولة، حيث قسّم الأنظمة القانونية إلى ثلاث مجموعات:
- **المجموعة الأولى:** تمتاز بالتأثير الكبير للقانون الرومانى، ويشمل إيطاليا وإسبانيا.
 - **المجموعة الثانية:** تمتاز بالتأثير الضعيف للقانون الرومانى، وتمثل إنجلترا، وروسيا.
 - **المجموعة الثالثة:** تمتاز بالتأثير المتساوى للقانون الرومانى والقانون الجرمانى، وتشمل فرنسا، ألمانيا، وسويسرا.
- ويلاحظ أنّ هذا التصنيف اعتبر إنجلترا من بين الدول التي تعتمد القانون الرومانى، ولو بدرجة ضعيفة، رغم أنّها مصدر نظام الكومن لو - الأنجلوساكسونى-، كما أنّه حصر التصنيف فى أوروبا.
- **التصنيف الثانى:** استعمل مصطلح العائلة، وقسّم العالم إلى أربع عائلات:
- **العائلة الأولى:** العائلة الرومانوجرمانية.
 - **العائلة الثانية:** عائلة القوانين المشتركة أو القانون العام الكومن لو.
 - **العائلة الثالثة:** عائلة القوانين الاشتراكية.
 - **العائلة الرابعة:** وهى التى يدخل فيها النظام القانونى الإسلامى، وقانون الهند، وقانون الشرق الأقصى، والصين، واليابان، وهى لا تشكّل عائلة.
- **التصنيف الثالث:** يقسّم الأنظمة القانونية إلى ثلاث مجموعات:
- **المجموعة الأولى:** الأنظمة العربية مستنبطة من الدين المسيحى، دون أن يكون هذا الدين مصدرًا للقانون.
 - **المجموعة الثانية:** الأنظمة الاشتراكية وهى الأنظمة التى لها نزعة غير دينية.
 - **المجموعة الثالثة:** الأنظمة الدينية، وتضمّ النظام الإسلامى، قانون الكنيسة، وقانون الهند.
- **التصنيف الرابع:** يقسّم العالم إلى مجموعتين:
- **المجموعة الأساسية:** تضم النظام القانونى الرومانوجرمانى، الكومن لو والنظام الاشتراكي.

• المجموعة الثانية: تضمّ الأنظمة الدينية، وأنظمة العالم الثالث.

العائلات القانونية الأساسية:

1- العائلة القانونية الرومانوجرمانية: مصدرها هو القانون الروماني، والعادات الجرمانية، وتشمل ألمانيا، والمجموعة الجرمانية، والتي تجسّدت في القانون الألماني، وتشترك المجموعة الرومانية والجرمانية في المبادئ، رغم وجود بعض الاختلافات التفصيلية، وقد أخذت دول أخرى بهذا النظام، منها: إيطاليا، إسبانيا، بلجيكا، المجر...، وكذلك دول أمريكا اللاتينية وإفريقيا.

وفي هذه العائلة التشريع هو المصدر الأساسي للقانون، ووظيفة القانون الحفاظ على النظام العام، وتنظيم سلوك الأفراد في الحاضر والمستقبل حيث ترد صياغة القاعد القانونية عامة ومجرّدة.

2- عائلة الكومن لو: ظهر هذا النظام في إنجلترا، وأخذت به الولايات المتحدة الأمريكية، ودول الكومن لو، حيث يشترك القانون الأمريكي في المبادئ رغم وجود اختلافات بينهما.

وفي هذه العائلة القضاء هو المصدر الأساسي للقانون، حيث أن الأحكام القضائية الصادرة عن الهيئات العليا هي التي تنشئ القانون، والقواعد القانونية في هذا النظام تنشأ من الواقع، وتنظم سلوك الأفراد، وعليه فالبحت في نظام الكومن لو ينطلق من الخاص إلى العام.

3- عائلة الشريعة الإسلامية: تعتبر الشريعة الإسلامية نظاماً متكاملًا تغطي الجوانب الدينية والدينية للفرد والمجتمع والدولة، إلا أنّ الفقه الغربي والمسيحي يعتبرها نظاماً قانونياً قديماً وثانويًا.

وسنخصص في دراستنا مبحثاً لكلّ نظام قانوني من هذه الأنظمة الثلاثة، مبرزين في كلّ مبحث مدى تأثير المشرّع الجزائري بالنظام القانوني محلّ الدراسة.

– المبحث الأول: النظام القانوني الرومانوجرماني.

– المبحث الثاني: نظام القانون المشترك أو نظام الكومن لو.

– المبحث الثالث: نظام الشريعة الإسلامية.

المبحث الأول: النظام القانوني الرومانوجرماني.

يعرف هذا النظام بتسميات عديدة: نظام القانون الروماني "Droit romain"، النظام اللاتيني الجرمانى "Latino-germanique"، أو النظام الرومانى الجرمانى "Romano-germanique"، شريعة القانون المدنى "Droit civil"، شريعة القانون المكتوب "Droit écrit"، والقانون القارى "Droit continental".

ويعتبر النظام "الرومانى الجرمانى" الأكثر شيوعاً فى العمل، إذ تغطى هذه العائلة عدداً كبيراً من البلدان، حوالى 90 بلد، أى معظم بلدان القارة الأوروبية إضافة إلى أمريكا اللاتينية¹.

ونجد فى هذه المجموعة الكيانات السياسية التى استوحت قوانينها بشكل رئيسى من الموروث القانونى الرومانى، الذى يقوم على تقنية التدوين، وعلى أولوية القانون المكتوب، كما توجد فى هذه المجموعة بعض الكيانات السياسية ذات الأنظمة القانونية المختلطة، التى اقتبست ودرجات متفاوتة عدّة عناصر من البناء القانونى الرومانى، واعتبرتها بمثابة الدليل على انتمائها لعائلة القانون المدنى.

وتضمّ هذه المجموعة كذلك كيانات سياسية أقلّ تأثراً بالموروث الرومانى، إلا أنّ فلسفتها القانونية، والقيمة التى تعطىها للتشريع، جعلتها أكثر اقتراباً من الكيانات السياسية ذات التقاليد القانونية الرومانية².

وعلى العموم يعدّ القانون الرومانى إرثاً تاريخياً لهذه الشريعة، والتى تضمّ مجموعتين من القوانين:

- المجموعة اللاتينية: وتتمثل فى القانون المدنى الفرنسى، والدول المستمّدة منه كالبرتغالى، الإسبانى، الإيطالى، ودول أمريكا اللاتينية والصين واليابان.

¹ - كامل طروب، المرجع السابق، ص 09.

² - أحمد عبادة، المرجع السابق، ص 05.

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

وتشترك كلّ قوانين الدول المستمدة من هذا النظام في تقسيم القانون إلى قانون عام وخاص، ويقابل هذا التقسيم الثنائي للقوانين وجود نوعين من المحاكم عادية وإدارية، كما تشترك قوانين هذه العائلة في المبادئ كالنظرية العامة للالتزامات وحقوق التقاضي...¹

ولدراسة النظام القانوني الرومانوجرمانى، نخصّص المطلب الأوّل لدراسة الخلفيات التاريخية للنظام اللاتيني الجرمانى، والمطلب الثانى نتعرّض فيه إلى: البناء القانونى للنظام اللاتينى الجرمانى، أمّا المطلب الثالث فنوضّح فيه مدى انتشار النظام اللاتينى الجرمانى، مبرزين مدى اعتداد المشرّع الجزائرى وتأثره به.

المطلب الأوّل: الخلفيات التاريخية للنظام اللاتينى الجرمانى.

خضع هذا النظام إلى تأثير القانون الرومانى، والديانة المسيحية، فالقانون الرومانى نشأ وطبّق فى المجتمع الرومانى منذ نشأة مدينة روما فى القرن السابع قبل الميلاد، حتى تقنينه فى مجموعات الإمبراطور جوستينيان فى القرن السادس ميلادى، وقد كان لتقنين القانون الرومانى انعكاسات على التقنين فى فرنسا وألمانيا.

الفرع الأوّل: تطوّر القانون الرومانى.

مرّ القانون الرومانى بمراحل أهمّها:

البند الأوّل: مرحلة العصر الملكى.

وتبدأ هذه المرحلة مع نشأة روما حتى قيام النظام الجمهورى عام 509 قبل الميلاد، ويمثّل هذا العصر دور الطفولة بالنسبة للقانون الرومانى، فمصادر القانون انحصرت فى العرف والتشريع، غير أنّ المصدر الثانى ثانوى الأهمية، كما تميّز هذا العصر بأنّ رجال الدين هم الذين كانوا يتولون تفسير القانون وتطبيقه.²

¹ - فاطمة الزهراء زيتونى، المرجع السابق، ص 15.

² - موسى بن سعيد، المرجع السابق، ص 15.

البند الثاني: مرحلة العصر العلمي.

وتبدأ هذه المرحلة بصدور قانون إيبوتيا عام 130 ق.م، وذلك في منتصف القرن الثاني قبل الميلاد، وتنتهي في أواخر القرن الثالث بعد الميلاد، وهذا العصر هو أزهى وأرقى عصور القانون الروماني، ولذلك يسمّى بالعصر الذهبي¹، وتميّز هذا العصر بتعدّد مصادر القانون، فظهر بجانب العرف والتشريع مصادر جديدة هي القانون البريتوري² الذي أنشأه البريتور (الأحكام الصادرة عن القاضي الذي يفصل في نزاع بين الأجانب، الذي يسمّى ببريتور الأجانب)، وقد ساهم هؤلاء الحكام في تكوين القواعد القانونية من خلال المنشورات التي كانوا يصدرونها، فاعتبرت منشورات البريتور مصدراً جديداً للقانون.

كما كان يعتبر الفقه في هذا العصر مصدراً رسمياً للقانون، أين تمّ الاعتراف لبعض الفقهاء بحق إعطاء الفتاوى الملزمة للقضاء، وأشهر الفقهاء الرومان في هذا العصر هو "جاوس" "Jaus"، و"بابينيان" "Papinien" و"أبيان" "Uipien" و"بول" "Paul" و"مودستان" "Modestin"³.

البند الثالث: مرحلة عصر الإمبراطورية السفلى.

وبدأت بتولي الإمبراطور "بوكالتيانوس" السلطة عام 284م، وانتهت بوفاة الإمبراطور جوستينيان عام 565م⁴، وعرفت هذه الفترة جمود في القانون الروماني، وفي هذا العصر كان التشريع هو المصدر الوحيد للقانون، والعرف لا يعتبر مصدراً إلاّ عند العودة إليه في حالة خلوّ التشريع من القاعدة القانونية⁵.

¹ - سهى منذر، مراحل نشأة القانون الروماني، مقال منشور في جريدة التآخي العراقية، بتاريخ 2018/08/16 على الموقع: <http://www.shorouknews.com>، اطلع عليه يوم 2022/10/30 على الساعة 21h.

² - القانون البريتوري حلّ محلّ قانون الألواح الاثني عشر، وطبّق على المواطنين الرومانيين والأجانب على حدّ سواء، والبريتور هو الحاكم القضائي الذي يتولّى الحكم لمُدّة سنة، ويلزم في نهايتها بتقديم منشور مفصّل عن أعماله، ومع مرور الوقت ويتعدّد المناشير يكون القانون البريتوري. وأوّل مقنن للمنشور هو الإمبراطور "هادريان" بمساعدة الفقيه "جولياوس" في القرن الثاني ميلادي. راجع، منذر الفضل، تاريخ القانون، دار تاراس للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة القانونية، العراق، سنة 2005، ص 116. راجع كذلك: أحمد عبادة، المرجع السابق، ص 06.

³ - جلول حيدر، المرجع السابق، ص 34.

⁴ - موسى بن سعيد، المرجع السابق، ص 16.

⁵ - علي محمد جعفر، نشأة القوانين وتطورها، مدخل لدراسة القوانين القديمة- القانون الروماني، الشريعة الإسلامية، ط1، المؤسسة الجامعية، بيروت، سنة 2002، ص 184.

وقد تميّزت هذه المرحلة بتقنين القواعد الرومانية والتي قام بها الإمبراطور "جستينيان"، وذلك بوضع مجموعة قانونية مدنية مكتوبة، تتمثل في مجموعة الدساتير الإمبراطورية Cedex، ومجموعة النظم Institutes، والموسوعة Digests، ومجموعة الدساتير الجديدة¹ Nouvelles، وهي عبارة عن تثبيت وتجميع للقواعد الرومانية السائدة آنذاك، وقد تم إنجاز ذلك التقنين في ست سنوات، لإنقاذ الناس من الظلم بسبب الجهل بالقواعد العرفية، ومن سوء معاملة العارفين بهذه القواعد ومحتكريها، ولتحقيق المساواة بالعلم بالقانون، مما كان له الأثر العظيم في نشر العدالة التي اعتمد عليها العالم المتمدّن لاحقاً في بناء شرائعه المدنية².

الفرع الثاني: تأثير القانون الروماني على التقنين في فرنسا وألمانيا.

ويقصد بالتقنين، جمع القوانين المتعلقة بفرع معيّن من فروع القانون في مجموعة واحدة، أو مدوّنة تسمى (code)، بحيث ترد هذه القواعد في صورة مواد مبنية، ومرتببة ومرقمة، وذلك بعد التنسيق بينها بإزالة ما يكون بينها من تعارض³، وقد كان للقانون الروماني تأثير على التقنين في فرنسا وألمانيا.

البند الأوّل: في فرنسا.

أهمّ ما يميّز قواعد قانون "جستينيان"، هو تقسيم الالتزامات من حيث مصدرها إلى التزامات ناشئة من العقد "كالبّيع"، وأخرى ناشئة عن شبه العقد "كالوصية"، والتزامات ناشئة عن الجريمة "كالسرقة"، وأخرى ناشئة عن شبه الجريمة، ومصدرها الفعل الضار⁴.

ويستدلّ على ذلك أن التقسيمات الواردة انتقلت عبر حركة التقنين إلى القوانين التي أصدرها نابليون في فرنسا، إذ تعدّ المجموعات الفرنسية التي سميت بـ"مجموعة نابليون"

¹ -Arthur Schiller, Roman Law, mechanisms of development, Mouton publishers, Malta, 1978, pp. 29- 31.

² - علي غالب الداودي، المدخل إلى علم القانون، الطبعة الأولى، دار وائل، عمان، الأردن، سنة 2004، ص 143.

³ - أحمد عبادة، المرجع السابق، ص 08.

⁴ - غسان رباح، الوجيز في القانون الروماني والشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت، سنة 2007، ص ص 140 - 146.

الحدث الأوّل من نوع هذا المضمار¹، خاصة التقنين المدني الذي صدر في 21 مارس 1804، حيث يعدّ بداية لحركة التقنين في القوانين الحديثة، وأخذت معظم نصوصه من المبادئ القانونية التي كانت سائدة في فرنسا، ومن كتب الفقهيين المشهورين (دوما) و(بوتيه)، ثم صدر التقنين التجاري البحري عام 1807، حتى وصف البعض هذا التقنين أنّه "التقنين الثوري"، لما يعكسه من إنجازات الثورة الفرنسية²، إلا أنّ الربط بين فكرة التقنين وقيام الثورة الفرنسية، وظهور مجموعة نابليون أمر فيه نظر، حيث عرف التاريخ حركة التقنين منذ زمن بعيد³.

ومهما يكن من أمر، فإنّ تقنينات نابليون جعلت التشريع بمعناه القانوني المصدر الأهمّ للقانون الفرنسي والقوانين التي تتبع النظام القانوني اللاتيني⁴.

من جانب آخر، فقد ساهمت المدارس الفلسفية القانونية في تطوّر حركة التقنين وإثراء التقنين المدني الفرنسي، والذي لم يكن إلاّ نتيجة منطقية للمذهب التقليدي في القانون الطبيعي، والذي يقضي بأنّ مصدر القانون هو الأمة. فما دام القانون الطبيعي ثابتاً لا يتغيّر فإنّ التقنين لا يتنافس مع ذلك حيث يمكن للعقل البشري أن يكشف القانون الطبيعي ويسجّله في كتاب، ولا خوف على القانون من أن يصيبه الجمود⁵. أمّا مدرسة الشرح على المتون، فكان لها دور مؤثر، فالمتن هو النص الوضعي، وبصفة أدقّ هو التقنين المدني الفرنسي (1804)، والذي نتج عنه اعتقاد راسخ بفكرتين:

¹ -jacqueline Moreau-David, Code civil français et code civil qatarien, regards sur la codification, "The quatarie civil code in its first decade », A legal conference 23-24 novembre 2014, Collage of law, Qatar University, Doha, p. 206.

² - علي غالب الداودي، المرجع السابق، ص 143.

³ -William Tetley. Mixed jurisdictions, common law, civil law (condified and uncondified), Louisiana law review, vol. 60, n°3, 2000, p. 688.

⁴ - محمد جبر الألفي، محاولات تقنين أحكام الفقه الإسلامي، مجلّة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، عدد خاص بأعمال ندور: نحو ثقافة قانونية موحدة، سنة 1994، ص 93.

⁵ - محمود جمال الدين زكي، دروس في مقدّمة الدراسات القانونية، الطبعة الثانية، المطابع الأميرية، القاهرة، سنة 1969، ص ص 61-62.

- الفكرة الأولى تتمثل في كمال التشريع، حيث اعتبر التشريع كاملاً لا نقص فيه، ولذا يعدّ المصدر الوحيد للقانون¹، فقالوا تبعاً لذلك بضرورة التخلّص من المصادر الكاذبة، وفي مقدمتها: السوابق القضائية، والعادات غير المنصوص عليها في التقنين².
- وأمّا الفكرة الثانية فتتمثل في واجب المحافظة على التقنين، باعتباره المصدر الوحيد للتأويل، وذلك بإتباع منهجية معيّنة، تتلخّص بالتقيّد بالنص في حالتي غموضه أو غيابه، عبر التحليل اللفظي، لفهم المعنى الصحيح، باعتماد اللّغة والقواعد النحوية، للبحث عن المعنى المقصود، فإن تعدّد ذلك يصرّ إلى التحليل القسدي، بالالتجاء إلى البحث عن قصد المشرّع ونيته، لسدّ النقص والثغرات التي وجدت في التقنين ليبقى متمتعاً بصفة الكمال³.

كما كان لمدرسة البحث العلمي الحرّ⁴ وراندها الفقيه "جني" "Geny"، الحصّة الأكبر في تطوّر منهجية التقنين في العصر الحديث، من خلال جملة من أبحاثه، كان آخرها كتابه الذي يحمل عنوان "العلم والصياغة في القانون الخاص"⁵، حين فرّق بين صناعة القضاء، وصناعة الفقه وصناعة التشريع، وصناعة التقنين، وهذه الأخيرة يمكن النظر إليها من ناحيتين داخليتين، الأولى تعنى بالإجراءات وهي أفضل السبل التي تتبع في إجراءات التقنين، والثانية تعنى بالمادّة التشريعيّة⁶.

وقد انعكست تلك الأفكار على طبيعة النظام اللاتيني المعاصر، والذي يتبع منهج التشريع، فبات يستند إلى قواعد قانونيّة واضحة، ولهذا ظهر التمييز بين القانونية العام والخاص؛ في حين أنّ النظام القانوني غير المقنّن يعتمد على تقسيمات المحاكم العامّة ومحاكم العدالة، ولهذا يهتمّ النّمط الأوّل بالقانون الموضوعي المنظم للعلاقات فيما بين

¹ - محمد كمال شرف الدين، النظرية العامّة للقانون - النظرية العامّة للحق، الطبعة الأولى، مجمع الأطرشي للكتاب المتخصص، تونس، سنة 2017، ص 172.

² - سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامّة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 1974، ص 749.

³ - محمد كمال شرف الدين، المرجع السابق، ص 172.

⁴ - محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص 68.

⁵ - F. Geny, Science et technique en droit privé positif, Sirey, Paris, 1910.

⁶ - عمر صلاح العزاوي، منهجية التقنين في النظم القانونية المقارنة، نماذج تطبيقية في القوانين المدنية، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة السابعة، العدد الثاني، العدد التسلسلي 26، شوال 1440هـ/يونيو 2019م، ص 418.

الأفراد أيّ "المعاملات المدنية"، بخلاف النمط الثاني الذي يهتمّ بالقانون الإجرائي، مثل قانوني المرافعات والإثبات¹.

ويمتاز المنهج التشريعي، وفي مقدّمته التقنين المدني الفرنسي، بميزة التمييز بين دائرة التشريع ودائرة الفقه، فلم يجاوز الدائرة الأولى إلى الثانية، ولم يتخذ موقفاً معيناً من النظريات الفقهية والمذاهب الفلسفية، فحذف واضعوه ثلاثاً وثلاثين مادة من المشروع، تخوض في مذاهب فلسفية، ومنها مذهب القانون الطبيعي².

وفي خضم هذه التطوّرات، كانت الدول العربية في طور التكوين والاستقلال، وبدأت حركة التقنينات المدنية تنشط فيها، فتباينت توجّهات مشرّعائها، واتسعت دائرة التفكير بإصدار قوانين مدنية حديثة على خطى المشرّع الفرنسي ومنهجه في التشريع.

البند الثاني: في ألمانيا.

أما في ألمانيا، فقد ذهب كثير من الفقهاء، وعلى رأسهم الفقيه "تيبو" "Thibaut" يطالبون بتجميع القوانين المدنية في مدونة واحدة على غرار ما حدث في فرنسا، لكن زعيم المدرسة التاريخية الفقيه "سافيني" تصدى لهذه المحاولة، وقام يعارض التقنين مبيناً عيوبه ومضاره.

ولعلّ من أهمّ العيوب التي وجهها سافيني إلى التقنين أنّه يعوق تطوّر القانون ويصيبه بالجمود، فالقانون في نظره كائن اجتماعي، يتطوّر بتطوّر الظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية في المجتمع. ولهذا فإنّ التقنين يتنافى مع طبيعة القانون، لأنه يصبه في قوالب جامدة، فيفقد المرونة، ويمنعه من التطوّر اللازم لمسايرة ظروف المجتمع³.

¹ - عبد الرزاق السنهوري، وجوب تنقيح القانون المدني المصري، وعلى أيّ أساس يكون هذا التنقيح بمناسبة العيد الخمسيني للمحاكم الأهلية، مقالات وأبحاث عبد الرزاق السنهوري، عدد خاص، الجزء الأول، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة 1992، ص ص 97-98.

² - عبد الرزاق السنهوري، من مجلّة الأحكام العدمية إلى القانون المدني العراقي، وحركة التقنين المدني في العصور الحديثة، مقالات وأبحاث الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، عدد خاص، الجزء الأول، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة 1992، ص 278.

³ - عبد الرزاق السنهوري، وجوب تنقيح القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص 41.

ولكن نجاعة التقنيات الفرنسية كانت أقوى من أن تحجبها معارضة "سافيني" وأنصاره، فصدر القانون المدني الألماني في عام 1896، وعمل به ابتداء من 1900/01/01، وتمّ الأخذ به بعد 20 سنة كاملة من الجهد والعمل العلمي لفقهاء القرن 19 الألمان، ويعدّ هذا القانون قانوناً عصرياً، حيث منحت صياغته الفنية الراقية الاستقرار والسمعة الكبيرين، وتميّز عن القانون المدني الفرنسي بأنّه أوجد قسماً عاماً ضمّ القواعد والمفاهيم والمصطلحات القابلة للتطبيق على الأقسام الأخرى من القانون، كما صيغ بلغة احترافية لا يفهما سوى رجال القانون¹.

وقسم التقنين المدني الألماني إلى 05 فصول، الأوّل قواعد عامّة مثل تقسيم الأشياء والأهلية القانونية...، والثاني نظرية الالتزامات، والثالث القواعد المتعلقة بالعقار وما يتعلّق به من حقوق، والرابع يتعلّق بالعائلة، والخامس يتعلّق بالتركة والإرث².

أمّا من حيث الموضوع، فقد أهمل كلّ الأفكار السياسية والاجتماعية، وتبنّى الأفكار المتوافقة مع المذهب الفردي الرأسمالي السائد في ذلك الوقت، وقد اصطبغ القانون المدني الألماني بتقنية قانونية جديدة خاصة به عكس ما كان يعرفه القانون المدني الفرنسي.

إنّ معالم النظام القانون الألماني بدأت تتضح بصدور (BGB)، القائم على "الدستورية الألمانية"، حيث وجدت سلطتان (سلطة الإمبراطور، وسلطة البرلمان الإمبراطوري)، وكانت الدولة فيدرالية (مركبة)، وكانت للولايات التي تشكّل الفيدرالية اختصاصات تشريعية، وخضعت الإدارة لمبدأ الشرعية عن طريق رقابة القضاء الإداري، كلّ أعمالها المادية والقانونية³.

كل هذا ساهم في تطوّر النظرية الألمانية في نطاق القانون العام، ولا يختلف الأمر في نطاق القانون الخاص.

¹ - أحمد عيادة، المرجع السابق، ص 09.

² - George Mousourakis, Roman law and the origin of the civil law tradition, Springer, New York, 2015, p. 295.

³ - علال قاشي، المرجع السابق، ص 79.

المطلب الثاني: البناء القانون للنظام اللاتيني الجرمانى.

رغم الاختلاف والتباين المتواجد بين قوانين الشريعة الرومانية الجرمانية، خاصة في مجال القانون العام لاتصاله بالأنظمة السياسية والإدارية التي تختلف من دولة إلى أخرى، إلا أنها تجتمع في بنائها القانونى، كما أنّ هناك عناصر مشابهة أكثر فأكثر، ويظهر هذا التشابه في التقسيمات الأساسية للقانون (الفرع الأوّل)، وفي صياغة القواعد القانونية (الفرع الثانى)، وفي مصادر القانون (الفرع الثالث).

الفرع الأوّل: تقسيمات القانون فى النظام اللاتينى الجرمانى.

قسّم الرومان القانون إلى قسمين رئيسيين، هما القانون العام والخاص، فظهر القانون العام لدى الفقه الرومانى فى أواخر العصر العلمى ولم يبلغ فيه تطوره المستوى المعروف عنه اليوم فى القانون العام، إنّما كان يقصد به القانون الذى يهتم بمصلحة الدولة، ويسعى إلى حماية المصلحة العامة¹، وهذا القانون قسّم إلى الفروع التالية: قانون الحكّام² - قانون العبادة³ - القانون الجنائى⁴.

أمّا القانون الخاص آنذاك فاهتمّ بتنظيم مصالح الأفراد، وقد اشتمل على مجموعة الأحكام القانونية التى تدخل اليوم فى نطاق القانون المدنى والقانون التجارى وقانون الإجراءات المدنية والتجارية، كما كان الرومان يعتبرون الجرائم الخاصة ضمن القانون الخاص.

وقسّم القانون الخاص عند الرومان إلى قانون الأشخاص، وقانون الأموال، وقانون الدعاوى.

¹ - جلول حيدور، المرجع السابق، ص 34.

² - قانون الحكام ويضم القواعد المنظمة للمسائل السياسية والتى لها نفس الوظيفة المعروفة اليوم فى القانون الدستورى والإدارى والمالى، دون أن يكون هناك التقسيم المعروف اليوم.

³ - يضم مجموعة القواعد المتعلقة بدور العبادة وإقامة الشعائر الدينية بالإضافة إلى تنظيم الجمعيات الدينية للكهنه، ولا وجود لهذا فى القوانين الوضعية الحديثة.

⁴ - ويضمّ الجرائم العامة والجرائم الخاصة، واعتبر قانوناً عاماً لكون السلطة العامة هي التي توقع العقوبة.

فقانون الأشخاص هو مجموعة القواعد القانونية الخاصة بمركز الشخص باعتباره أهلا لاكتساب الحقوق والتزامه بالواجبات. أمّا قانون الأموال فهو مجموعة القواعد الخاصة بالملكية والحقوق العينية، بمختلف صورها، والحقوق الشخصية والالتزامات¹. أمّا فيما يخصّ قانون الدعاوى فهو القانون الذي يضمّ القواعد الخاصة بالدعاوى، وعلى وجه الخصوص نظام المرافعات الكتابية².

وقد تبنّى هذا التقسيم الثلاثي في القانون الخاص "جستنيان"، باعتباره الحق وحدة النظم القانونية، ويعالجه في أركانه الثلاثة: الشخص كصاحب للحق- المال كمحلّ للحق- الدعوى كوسيلة لحمايته³.

وعلى الرّغم من تطوّر القانون الروماني الجرمانى بصورة مستقلة في كلّ دولة، إلّا أنّه ظلّت ولا زالت المبادئ العامّة لهذا النظام الكبير مشتركة، ومتشابهة بين قوانين دول هذه المجموعة.

وبناء على ذلك، أصبحت الدول المستمدة من هذه الشريعة أو النظام، تشترك وتتفق في تقسيم القانون إلى قانون عام، يضمّ مجموعة من الفروع من بينها: القانون الدستوريين الجنائي، الإداري، الجبائي، وقانون خاصّ يضمّ كذلك مجموعة من الفروع من بينها القانون المدني التجاري، قانون العمل وغيرها⁴.

ومردّ هذا التشابه بين قوانين المنهج الروماني الجرمانى، هو وحدة مصدرها المتمثل في القانون الروماني، ومع ذلك فإنّ بعض القواعد القانونية لدولة معينة تستمدّ وجودها من الأعراف المحليّة، ما يجعل هذه القواعد مختلفة وغير متشابهة مع قواعد الدول الأخرى. أمّا القواعد المستمّدة من الأعراف الدولية كالقانون التجاري، فهي متشابهة، لأنّ الأعراف

¹ - معراج جديدي، المرجع السابق، ص 50.

² - عبد العزيز راجي، المرجع السابق، ص ص 06-07.

³ - جلول حيدور، المرجع السابق، ص 38.

⁴ - جهيدة لعجيري، النظام الروماني الجرمانى، جامعة جيجل، السنة الجامعية 2019-2020، محاضرات موجودة بالموقع التالي: <http://www.univ-jijel.dz>، تم الاطلاع بتاريخ 2022/10/10 على الساعة 21h.

التجارية التي تكوّنت في العصور الوسطى قد عملت المذاهب الفقهية على ربطها بالقانون الروماني وأدخلتها الدول في تقنينها¹.

ويترتب على التقسيم الثنائي للقوانين، وجود نوعين من المحاكم، محاكم عادية، وأخرى إدارية، الأولى تفصل في المنازعات التي تنشأ بين الأفراد والثانية تفصل في المنازعات التي تنسب بين الإدارة العامة والأفراد. وتقترب هذه التفرقة بين جهتي القضاء المذكورتين، بالتفسير الخاص الذي طرحه رجال الثورة الفرنسية لمبدأ الفصل بين السلطات².

كما تقسم العقود في النظام اللاتيني الجرمانى إلى عدّة تقسيمات: عقود رضائية، عقود شكلية، عقود ملزمة للجانبين، عقود ملزمة لجانب واحد...، وهي التقسيمات التي كانت في القانون الروماني³.

الفرع الثاني: صياغة القاعدة القانونية.

تتفق قوانين الدول المستمّدة من هذا النظام في المفاهيم، خاصّة مفهوم القانون ووظيفته، باعتباره مجموعة من القواعد القانونية التي تنظّم المجتمع تفرضها السلطة المختصة، وتقرّر العقاب المناسب على من يخالفها⁴.

تتميّز القاعدة القانونية في النظام اللاتيني الجرمانى بأنّها قاعدة سلوك اجتماعي، فهي توجّه بأحكامها ومقتضياتها إلى سلوك الأفراد، وخصوصا السلوك الخارجي للفرد، فهي قاعدة سلوكية لا تتجه إلى النوايا مثل الكراهية والحقّد، رغم أنّها مخالفة للأخلاق والمثل العليا، فالقانون يبقى بعيدا عنها لكنه يتدخّل عندما تصبح وقائع مادية، فعامل النية يعتدّ به عند إصدار الجزاء، سواء كظرف تخفيف أو ظرف تشديد.

¹ - عبد السلام الترماني، المرجع السابق، ص 146.

² - موسى بن سعيد، المرجع السابق، ص 18.

³ - جلول حيدور، المرجع السابق، ص 39.

⁴ - نصر الدين معمري، محاضرات في مقياس المدخل للعلوم القانونية، جامعة محمد لمين دباغين- سطيف 2، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2020/2019، ص 02.

كما أنّها قاعدة عامّة ومجرّدة، تسري على جميع الأشخاص المخاطبين بها وعلى جميع الوقائع التي تدخل في مضمونها، فهي لا تتوجه بأوامرها ونواهيها إلى شخص معيّن بالذات، ولا تعالج واقعة بعينها، وكونها عامّة لا يعني أنّها تسري على كلّ الأشخاص في المجتمع، بل ينصرف حكمها إلى طائفة معيّنة ما دامت تخاطب أفرادها بصفاتهم لا بذواتهم¹.

وتتميز القاعدة القانونيّة بأنّها مقترنة بجزاء، فهي عبارة عن خطاب موجّه للأفراد يتضمّن تكليفاً أو أمراً أو نهياً، يترتّب عن مخالفته تدخّل السلطة من أجل توقيع الجزاء على المخالفين، لهذا كان الإيجاب أهمّ عنصر يميّزها، فلولا الجزاء لكانت عبارة عن نصائح وإرشادات غير ملزمة².

إنّ القاعدة القانونية في النظام الروماني الجرمانى تترك بين الفكر النظري، والتطبيق العملي، لما يلجأ إليها القاضي ويستخلص التطبيق السليم للقانون.

وتقسّم القاعدة القانونيّة إلى أنواع كثيرة من بينها: القاعدة العامّة والخاصّة، القاعدة الشكلية والموضوعية، القاعدة المكتوبة وغير المكتوبة.

غير أنّ التقسيم الأكثر شيوعاً هو الذي يرتبط بدرجة إلزام وقوّة القاعدة القانونية وهو تقسيمها إلى قاعدة أمر، وأخرى مكتملة، فالقواعد الأمر هي التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفة أحكامها، أو التهرب من مضمونها، وكلّ اتفاق على ذلك يعدّ باطلاً، بكل بساطة هي القواعد التي لا تترك أيّ خيار للمخاطبين بها، فهي قواعد واجبة الإلتباع في جميع الأحوال، وهي تمثّل الإرادة العليا للمجتمع في نشاط على نحو ما، فالقواعد التي تمنع الجرائم كالضرب والقتل والسرقة والنصب هي قواعد أمر، وأغلب قواعد القانون الجنائي أمر، وكذلك قوانين الأحوال الشخصية لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، وكذلك نظام الضرائب، وقد توجد هذه القواعد أيضاً في القانون المدني والاجتماعي³.

¹- توفيق حسن فرح، المدخل للعلوم القانونية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، بدون سنة نشر، ص 13.

²- صبري السعدي، مصادر الإلتزام، دار الهدى للنشر، سنة 2006، ص 13.

³- عبد الناصر توفيق العطار، مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية، مطبعة السعادة، مصر، بدون سنة، ص

أما القواعد المكّملة أو المفسّرة، فهي تلك القواعد التي يجوز الاتفاق على مخالفة مضمونها، ويكون الاتفاق صحيحاً، نظراً لتعلّقها بالمصالح الخاصّة، بعبارة أخرى هي تلك القواعد التي تطبّق على الأفراد ما لم يتفقوا على مخالفتها، نظراً لعدم اتّصالها بمقومات المجتمع أو كيانه السياسي أو الاقتصادي أو الاجتماعي، بل ترتبط فقط بمصالح الأطراف المتعاقدة، والعقد قانون المتعاقدين¹.

ومن خصائص القاعدة القانونية أيضاً أنّها مرنة لأنّها قابلة للتغيير والتعديل، وأحياناً للإلغاء، إذا كانت غير قادرة على مواكبة التطوّر القانوني للمجتمع. ويحكمها في ذلك مبدأ قانوني هو مبدأ "تدرّج القوانين"، حيث أنّ القاعدة القانونية الأعلى تعدل وتلغى بقاعدة تماثلها، والقاعدة الأقل منها درجة كذلك تعدل وتلغى بقاعدة تماثلها، أو قاعدة أعلى منها درجة².

كما أنّ تطبيق القاعدة القانونية يرتبط بنطاق القانون من حيث الأشخاص والزمان والمكان³.

الفرع الثالث: مصادر القانون في النظام اللاتيني الجرمانى.

تتعدّد مصادر القانون في هذا النظام وهي: التشريع، العرف، القضاء، الفقه.

البند الأوّل: التشريع.

ويقصد به القواعد القانونية المكتوبة، سواء كانت دساتير مصدرها السلطة التأسيسية، أو قوانين مصدرها السلطة التشريعية، أو كانت لوائح وتنظيمات تصدر عن السلطة التنفيذية⁴.

¹- توفيق حسن فرح، المرجع السابق، ص 60.

²- عمار بوضياف، النظرية العامّة للقانون، دار الريحانة، الجزائر، سنة 2000، ص 84.

³- نجار لويّزة، نظرية القانون، محاضرات موجهة لطلبة السنة أولى ليسانس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قلمة، سنة 2017/2018، من ص 62 إلى 83.

⁴- محمد حسنين، الوجيز في نظرية القانون في القانون الوضعي الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، سنة 1986، ص 53.

أولاً- الدستور (التشريع الأساسي):

يأتي الدستور في النظام اللاتيني الجرمانى على هرم التشريعات في الدولة باعتباره أسمى القوانين وأعلاها، لأنه يوضح الأسس الجوهرية لكيان الدولة ونظامها، وتوزيع السلطات فيها وبيان الحقوق، هذا في مفهومه الموضوعي، أما المفهوم الشكلي فهو الوثيقة السامية التي تصدر عن السلطات المختصة ويستفتي عليها الشعب.

ويتحقق مبدأ سمو الدستور عن طريق الرقابة على مدى دستورية القوانين بأساليب تختلف من دولة لأخرى، سواء عن طريق الرقابة السياسية أو القضائية عن طريق المحكمة الدستورية، أو المجلس الدستوري، مع اختلاف في تشكيلة الهيئة المكلفة بالرقابة، وفي اختصاصاتها وكيفية إخطارها¹.

ثانياً- التشريع العضوي والعادي:

وهو القانون الصادر عن السلطة التشريعية.

1- التشريع العضوي: هو مجموعة القواعد القانونية المنبثقة عن الدستور، والمكملة له،

وهي تفصل ما أجمله الدستور، فالقانون العضوي أسمى من القانون العادي وأدنى من الدستور، ولا يمكن إصدار الأمر بتنفيذ القوانين العضوية بعد تشريعها، إلا بعد مرورها وجوباً على المجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية.

2- التشريع العادي: وهو مجموعة القواعد القانونية التي تضعها السلطة التشريعية

(البرلمان)، وفقاً للإجراءات التي نصّ عليها الدستور، قصد تنظيم العلاقات بين الأفراد، أو بينهم وبين الدولة في جميع المجالات الاجتماعية المختلفة².

3- التشريع الفرعي: ويقصد به اللوائح التي تختص السلطة التنفيذية بوضعها في حدود

يبينها الدستور، دون أيّ تعديل أو إضافة، ويكون اختصاص السلطة التنفيذية

¹ - نعمان أحمد الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن، سنة 2004، ص 331 وما بعدها. راجع كذلك: عبد الناصر، توفيق العطار، المرجع السابق، ص 77.

² - سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، (د.د.ن)، سنة 1986، ص ص 307 - 308.



اختصاصاً أصلياً إلا استثنائياً. وتتشكل هذه اللوائح من نصوص مرتبة من الأعلى إلى الأدنى وفقاً للتدرج الداخلي للسلطة التنفيذية (الحكومة)¹.

ويخضع التشريع الفرعي للرقابة القضائية، بهدف ضمان احترام مبدأ المشروعية، مع اختلاف في الجهة القضائية المختصة بممارسة هذه الرقابة من دولة لأخرى، وذلك بحسب طبيعة النظام القضائي السائد في الدولة.

وتعهد بعض الأنظمة القانونية في النظام اللاتيني الجرمانى سلطة إصدار التشريع الفرعي لرئيس الجمهورية بموجب سلطته التنظيمية، وكذا بمقتضى ما يتمتع به من سلطة التشريع بأوامر في ظروف خاصة، كما تعهد هذه السلطة إلى غيره من أعضاء السلطة التنفيذية بشروط وإجراءات مختلفة².

البند الثاني: العرف.

يعتبر العرف مصدراً من مصادر القانون في النظام اللاتيني الجرمانى، وهو تواتر الناس على إتباع سلوك معين بخصوص مسألة ما لمدة طويلة، مع اعتقادهم بالزاميته، وأن مخالفته تستلزم جزاء. ويحتل العرف المرتبة الثانية بعد التشريع، ولا زال في كثير من الدول يمثل أهمية كبيرة في المجال التطبيقي حيث أن القاضي يلجأ إليه في حالة عدم وجود النص المكتوب، أو في الحالة التي يحيل فيها التشريع عند تنظيم موضوع معين إلى العرف لتحديد وتفسير وتفصيل بعض المسائل اللازمة لتطبيقه³.

وقد ذهب الفقه في هذا المجال إلى التفرقة بين العرف المساعد للتشريع، والذي يقوم بدور هام في تشكيل القانون، لأنّ المشرّع يصوغ القاعدة بشكل مرّن تترك مجالاً للرأي عند تطبيقها، ودعا إلى الاستعانة به؛ والعرف المكمل للتشريع لسدّ الفراغ يمكن تطبيقه، أمّا العرف المخالف للتشريع الذي ينظم حالات معينة يختلف فيها عن التشريع فيمكن الاستئناس

¹ - محمدي فريدة زاوي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون، المنشورات الدولية، سنة 1997، ص 58.

² - عبد السلام الترماني، المرجع السابق، ص 160.

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



الفصل الثاني..... الأنظمة القانونية المعاصرة

به في حدود ضيقة، ما دام غير مخالف للنظام العام، حيث أنه كمبدأ عام، لا يجوز لقرعة عرفية أن تخالف قاعدة تشريعية أمرية¹.

وتختلف الدول في هذه العائلة من الناحية النظرية حول مكانة العرف، بحيث لا يلعب إلا دوراً ضعيفاً في البعض منها كحال فرنسا، بينما توليه دول أخرى كألمانيا نفس أهمية التشريع².

أما الدول العربية والإسلامية، وإن اتفقت على وضعه في مرتبة أدنى من التشريع، إلا أنها اختلفت في ترتيبه مقارنة بالشرعية الإسلامية³.

البند الثالث: الاجتهاد القضائي.

وسنوضح أولاً: اجتهاد القاضي في تفسير القاعدة القانونية، وثانياً: السابقة القضائية في النظام الروماني وموقف القاضي منها، وثالثاً: طبيعة النظام القضائي في النظام الروماني الجرمانى.

أولاً- اجتهاد القاضي في تفسير القاعدة القانونية:

الاجتهاد القضائي هو مجموعة الأحكام التي تصدرها السلطة القضائية بمختلف محاكمها فيما يرفع إليها من قضايا، وفيها يتولى القاضي تطبيق القانون الذي وضعه المشرع. وتتسع سلطة القاضي في التفسير إذا كانت نصوص التشريع غامضة، إذ تكون له حرية واسعة في التفسير كلجونه إلى القياس أو الاستدلال بمفهوم المخالفة⁴، غير أن دوره في مجال التفسير لا يرقى إلى دور المشرع في النظام الرومانو جرمانى⁵.

¹ - جلول حيدور، المرجع السابق، ص 40.

² - أحمد عبادة، المرجع السابق، ص 12.

³ - مثلاً: مصر والعراق تعتبره مصدراً رسمياً احتياطياً ثانياً، يلجأ إليه القاضي إذا لم يجد حلاً للنزاع في التشريع، وبالتالي تقدّمه على الشريعة الإسلامية، وفي مقابل ذلك فإنّ دولا عربية أخرى كالجائر، وسوريا والأردن وليبيا تجعل الشريعة مقدّمة على العرف لا تالية له.

⁴ - موسى بن سعيد، المرجع السابق، ص 22.

⁵ - وقد انقسم الفقهاء في النظام الروماني الجرمانى إلى رأيين، الأول يعتبر أنّ ما يصدره القاضي من مبادئ وحلول قانونية، وهو بصدد تفسير القاعدة القانونية، يعتبر من قبيل القواعد القانونية التي تجعل من القضاء مصدراً للقانون، فدور



الفصل الثاني..... الأنظمة القانونية المعاصرة

وبهذا يعدّ القضاء مصدرًا ثانويًا ومصدرًا تفسيريًا للقانون في النظام اللاتيني الجرمانى، وبالتالي فالقاعدة التي يقرها القاضي تختلف عن القاعدة التي يضعها المشرع من ناحيتين:

- 1- إنّ قاعدة المشرع ذات طابع عام ومجرّد، أمّا قاعدة القاضي فنقتصر على واقعة معيّنة (حل خاص)، لذلك فالقواعد التشريعية لها حجية قانونية عامة على القواعد القضائية.
- 2- إنّ قاعدة المشرع إلزامية للكافة أمّا قاعدة القاضي فلا تلزم إلا الطرفين الذين صدر الحكم بشأنهما¹.

وتجدر الإشارة إلى أنّه وبالرغم من عدم اعتبار القضاء مصدرًا رسميًا للقانون، إلاّ أنّه يعتبر مصدرًا فعليًا، خاصّة في ميدان القضاء الإداري، فهبّية ومكانة الأحكام التي يصدرها القاضي الفرنسي جعلتها تحترم ليس في فرنسا فحسب، بل وفي سائر أنحاء العالم، وكذلك الأحكام الصادرة عن المحاكم الدستورية فهي إلزامية، فضلًا عن الدور الذي تلعبه محكمة القانون (المحكمة العليا) في تأمين وحدة الاجتهاد القضائي.

وتعزّز أهمية القضاء في العائلة اللاتينية الجرمانية بوجود المجموعات القضائية الرسمية في عدد كبير من الدول التي تنشر فيها الأحكام القضائية، التي لها أهمية ويقوم الفقه بالتعليق عليها².

كما أنّ القاضي غالبًا ما يتخفّى وراء تفسير التشريع لخلق قواعد قانونية، لرفع الغموض واللبس، بيد أنّ هذه الأخيرة تتسم بالهشاشة، ذلك أنّها قابلة للتعديل وبمناسبة نظر

=القاضي حسب اعتقادهم يصل إلى درجة وضع القاعدة القانونية وهذا الرأي لم يلق استحسانًا كبيرًا لأنّه يمسّ بجوهر وظيفة القاضي، وهو تطبيق القانون وليس إنشاؤه، أمّا الرأي الثاني، فيرفض فكرة خلق القاضي للقانون وهو الرأي الراجح، فالقاضي لما يفسّر القانون لا ينشئ بذلك قاعدة قانونية جديدة، وإنّما يكشف عن المبادئ العامّة للقانون. راجع في ذلك:

Philippe Jestaz, Les sources du droit, Dalloz, Paris, 2015, pp. 69- 71.

¹ - جهيدة لعجيري، المرجع السابق، ص 05.

² - أحمد عبادة، المرجع السابق، ص 12.



الفصل الثاني..... الأنظمة القانونية المعاصرة

قضية جديدة¹. وإذا طبق القاضي قاعدة سبق تطبيقها، يكون ذلك من باب التكرار لا من باب الإلزام².

ثانياً- السابقة القضائية في النظام اللاتيني الجرمانى وموقف القاضي منها:

إنّ القاضي في هذا النظام لا يتقيد بالسابقة القضائية التي صدرت عنه أو عن غيره من القضاة، فإن طبقها، فهذا ليس سبب إلزاميتها، وإنما على سبيل التكرار فقط، إلا في حالة واحدة عندما تنقض المحكمة العليا الحكم المطعون فيه وتعيده إلى المحكمة التي أصدرته للحكم فيه من جديد، ولهذه المحكمة إما أن تتبع النقض أو تخالفه، فإن خالفته عادت القضية مرة ثانية إلى المحكمة العليا، وعندئذ تنعقد المحكمة بكل هيئاتها، وما تخلص إليه من رأي فهو ملزم للمحكمة التي أصدرت الحكم، وتعيد القضية إليها لتحكم بموجبه. كما يمكن للمحكمة العليا أن تنعقد بكامل هيئاتها إذا أرادت إحدى الغرف أن تتراجع عن اجتهاد سابق لها³.

وبهذا فالأصل في السابقة القضائية في هذا النظام، لا تتمتع بالقوة الإلزامية، ولو أنها تتمتع بمجموعة عامة متى تصدرت عن المحكمة العليا⁴، غير أنّ بعض قوانين الدول التي تنتمي إلى هذا النظام جعلت من السوابق القضائية التي تصدر عن المحكمة العليا قوة إلزامية كما في ألمانيا والأرجنتين⁵.

ثالثاً- طبيعة النظام القضائي في النظام اللاتيني الجرمانى.

يخضع النظام القضائي في هذه العائلة لفكرة التدرج، بحيث يوجد محاكم درجة أولى، ثم محاكم استئنافية، وعلى قمتهما توجد المحكمة العليا، وخارج هذا التدرج المشار إليه، يوجد في بعض الدول قضاء مزدوج عادي وإداري، مستقلين عن بعضهما، كما هو الحال في:

¹- نعيمة لوراد، المرجع السابق، المحاضرة رقم 04.

²- عبد العزيز راجي، المرجع السابق، ص 08.

³- جهيدة لعجيري، المرجع السابق، ص 05.

⁴- René David et Camille Jauffret-Spinossi, Les grands systèmes du droit contemporain, 11^{ème} édition, Dalloz, France, 2002, p. 115.

⁵- فاطمة الزهراء زيتوني، المرجع السابق، ص 17.



الفصل الثاني..... الأنظمة القانونية المعاصرة

فرنسا، ألمانيا، النمسا، هولندا. في حين يوجد في دول أخرى نظام الغرف الإدارية، كبلجيكا، سويسرا، إسبانيا، واعتمدت دول أخرى أسلوباً خاصاً، جعل القضاء الإداري استثنائياً تابعاً للقضاء العادي، ومدرجا في القانون الخاص: كالنمرك، البرازيل، البيرو¹.

وتجدر الإشارة إلى أنه في بعض الدول يوجد إلى جانب هذا التنظيم العام للمحاكم، تنظيم يتضمّن محاكم أخرى مستقلة عن هذا التنظيم، ففي سويسرا توجد محاكم فيدرالية خاصة، كما توجد إلى جانب هذه المحاكم محاكم عليا دستورية².

ومن حيث الاختصاص القضائي، يوجد العديد من التجارب، مثل النمط الفرنسي الذي يأخذ بالفصل بين الاختصاص العادي والإداري³، أما النمط البلجيكي فيأخذ بالتوحيد من الناحية الشكلية وبالازدواجية في التطبيق⁴.

أما فيما يتعلّق بالقضاة فهم من المتخصصين في القانون، ويتم تكوينهم في الجامعات، إلا أنه يرد على هذا المبدأ استثناءات، إذ أنّ المحاكم التجارية في فرنسا يتولى مهمة القضاء فيها تجار منتخبون من قبل باقي التجار، كذلك وجود محققين إلى جانب القضاة في المجال الجزائي (محكمة الجنايات)، ووجود ممثلي العمّال وأرباب العمل في المحاكم الاجتماعية، ويتم تعيين القضاة لفترة محدّدة أو لمدى الحياة⁵.

وفيما يخصّ نماذج الأحكام، فإنّه تتشابه الأحكام في دول العائلة الجرمانية، من حيث وجوب تسببها، أي بيان الأساس الواقعي والقانوني الذي أدى به إلى التوصل إلى منطوق الحكم، بمعنى نتيجة الحكم، إذ يجب على القاضي تقديم أسباب ومبررات الجانب الواقعي من الحكم، وبيان الأسانيد القانونية لتبريره، والجانب الواقعي المتعلّق بوقائع الدعوى،

¹- عبد العزيز راجي، المرجع السابق، ص 8-9.

²- موسى بن سعيد، المرجع السابق، ص 22.

³- راجع في النظام القضائي العادي وتشكيلته: إيمونيل جوردون، القانون المقارن، دراسة القانون المقارن في جامعة باريس، مجلة القانون والاقتصاد، العدد 1، سنة 1936، ص 02. وفي النظام القضائي الإداري: عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، منشأة المعارف بالإسكندرية، سنة 1996، ص 81.

⁴- جهيدة لعجيري، المرجع السابق، ص 06.

⁵- أحمد عبادة، المرجع السابق، ص 13.



الفصل الثاني..... الأنظمة القانونية المعاصرة

واستخلاص الصحيح منها بناء على أدلة قانونية ومنطق سليم، ومن واقع نابج من أوراق الدعوى

غير أنه تختلف الأحكام في كيفية تحريرها، ففي البعض منها تطبق التقنية الفرنسية المتعلقة بالحيثيات ومنطوق قصير (مختصر جدا)، كما هو الحال في فرنسا، الجزائر، وبلجيكا مثلا. بينما يتبع البعض الآخر الأسلوب الألماني الذي يقدّم فيه الحكم على شكل بحث يمكن الإشارة فيه إلى مراجع وأحكام سابقة مثل سويسرا وألمانيا وإيطاليا واليابان، والملاحظ هنا أنّ القاضي يشرح بإسهاب تأسيس الحكم أو القرار الذي اتخذته.²

البند الرابع: الفقه.

نعني بالفقه مجموع آراء علماء القانون، القائمة على دراسة القانون دراسة تحليلية انتقادية، والجامعة بين استخلاص الأحكام القانونية من مصادرها بالطرق العلمية، ومناقشة هذه الأحكام للكشف عن نقائص القانون وعيوبه.³

وقد كان للفقه قبل حركة التدوين أهمية كبرى كمصدر للقانون، بحيث لعب في صنع قواعده دوراً أساسياً، غير أنّ قيمته تراجعت ولم يعد مصدراً رسمياً للقانون، وإنّما أصبح مصدراً تفسيريّاً، وعليه فهو يساهم في تعديل القانون وإتمام نقصه عن طريق البحث الدائم والدراسة المقارنة بين مواضع النقص في القانون وما يحتاج منه إلى تعديل.⁴

وبهذا فإنّ دور الفقه في الشريعة الرومانية الجرمانية مرتبط بدور القضاء، إذ يقوم الفقهاء بمهمة شرع وتحليل نصوص التشريع والأحكام القضائية، والتحديد الدقيق لمضمونها، واستخلاص المبادئ القانونية العامة، وكثيراً ما يعتمد القضاء على آراء الفقه، كما أنّ الفقه تأثّره على المشرّع نفسه، فقد ساهم في تطوير القانون بشرح القواعد القانونية،

¹ - نعيمة لوراد، المرجع السابق، المحاضرة الرابعة.

² - موسى بن سعيد، المرجع السابق، ص 23؛ راجي عبد العزيز، المرجع السابق، ص 10.

³ - أحمد عبادة، المرجع السابق، ص 13.

⁴ - Philippe Jestaz, op.cit., pp. 150- 155.



الفصل الثاني..... الأنظمة القانونية المعاصرة

فهو غالبا ما كان مرشداً للمشرع والقاضي في وضع الحلول السليمة والمناسبة لمختلف الأوضاع، وهذا ما كان ينتهجه فقهاء الرومان¹.

المطلب الثالث: انتشار النظام اللاتيني الجرمانى.

ولتوضيح مدى الاعتداد بالنظام اللاتيني الجرمانى، نتعرض في الفرع الأول إلى انتشاره داخل أوروبا وخارجها، وفي الفرع الثاني نوضح مدى اعتداد النظام القضائى الجزائرى بهذه العائلة.

الفرع الأول: انتشاره داخل أوروبا وخارجها.

حين قامت الثورة الفرنسية، حملت أفكار الثورة المتشعبة بالتقنين الجديد الذي يتضمن مبادئ الثورة من الحرية والإخاء والمساواة. وقد تبنت بعض الدول هذا القانون كبلجيكا ولوكسمبورغ، واقتبسته دول أخرى مثل إيطاليا والنمسا، وكان موضع دراسة عند وضع القانون المدنى الألمانى.

وحيث صدر القانون المدنى الألمانى نشطت بصدوره الدراسة المقارنة واقتبست منه بعض الدول كسويسرا.

وبهذا كان التقنين الفرنسى والألمانى مصدرين لبلاد أوروبا الشرقية كروسيا وبولونيا وتشيكوسلوفاكيا، وبذلك تعتبر هذه البلاد من العائلة الرومانية الجرمانية، إلا أنها لم تستمر كثيراً على هذا النهج القانونى، حيث قامت روسيا بتبني النظام الشيوعى الذي يمتلك بنية قانونية مختلفة، فانضمت لها دول أوروبا الشرقية بعد دخولها فى النظام الشيوعى².

أما خارج أوروبا، فانتشرت قوانين هذا النظام عن طريق الاستعمار، ففي أمريكا اللاتينية نجد العائلة الرومانية الجرمانية ظاهرة فى قوانينها بسبب الاستعمار الإسبانى

¹ - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 235.

² - عصام نجاح، المرجع السابق، ص 90.



والبرتغالي، وفي أمريكا الشمالية¹ ما زالت قوانين بعض المناطق متأثرة بالقانون الفرنسي، فولاية لوزيانا في الولايات المتحدة تابعة لهذه العائلة، وولاية كويك في كندا.

وفي إفريقيا انتشرت المجموعة اللاتينية بسبب الاستعمار الفرنسي والإسباني والبرتغالي، فساد في إفريقيا، وامتد تأثير هذه المجموعة إلى الحبشة، فاستمدت من القانون الفرنسي قانونها المدني والتجاري، كما تأثرت البلاد التي يتألف منها اتحاد جنوب إفريقيا بالقانون الهولندي، وبعد ذلك أصبح قانونها "كومن لو"، وانتهى إلى كونه قانون مختلط.

وفي شمال إفريقيا يسود النظام اللاتيني الجرمانى بحكم السيطرة الاستعمارية، كما تأثرت به الدولة المصرية على الرغم من خضوعها مدة من الزمن للاستعمار الإنجليزي.

أما البلاد العربية، فكانت متأثرة بالقانون العثماني إلى أن الغي واستُبدل بالقوانين الرومانية الجرمانية، ومنها مصر التي اقتدت بها معظم الدول العربية، رغم أنها لم تهمل جانب الشريعة الإسلامية في قوانينها، وجعلتها مصدرا من مصادر القانون، هذا وقد تأثرت دول الخليج العربي بالعائلة الرومانية عن طريق الاقتباس من القانون المصري¹.

ويمكن القول أنّ التقنيات العربية المتأثرة بالنظام اللاتيني، وتحديدًا القانون الفرنسي، يمكن فرزها إلى عائلتين: العائلة الأولى تضم تقنيات "مجالات" مدنية تنحدر من أقدم تقنين مدني عربي نافذ، هو "مجلة الالتزامات والعقود التونسية" الصادرة عام 1906، ثم اقتبس منها التقنين المغربي "ظهير الالتزامات والعقود" عام 1913 اقتباسا شبه كلي².

وبعد ذلك وبسعي من سلطة الحماية الفرنسية، صدر عام 1932، القانون المدني اللبناني، وهو بدوره مأخوذ وبشكل مباشر من القانون المغربي، مع تعديلات فرضتها خصوصية المجتمع اللبناني، وبشكل غير مباشر من المجلة التونسية. وفي عام 1989، صدرت مجلة الالتزامات والعقود الموريتانية، المستمدة مباشرة من المجلة المغربية، بما يجعلها بالتالي متصلة بوجه غير مباشرة بالمجلة التونسية³.

¹ - موسى بن سعيد، المرجع السابق، ص ص 19 - 20.

² - عمر صلاح العزاوي، المرجع السابق، ص 420.

³ - محمد كمال شرف الدين، المرجع السابق، ص ص 187 - 188.



الفصل الثاني..... الأنظمة القانونية المعاصرة

ومن سمات هذه العائلة غموض مقصود من حيث النص على المصادر الشكلية، واعتبار التشريع المصدر الشكلي الأساسي للتقنين، وفي هذا التزام واضح بمنهجية الشرح على المتون، وغياب النص الصريح والمباشر على اعتبار الفقه الإسلامي كمصدر شكلي ولو احتياطي، هذا إلى جانب محدودية الأحكام الموضوعية المستوحاة من الفقه الإسلامي، تأثراً بالفقه القانوني الغربي من حيث التقسيم والتبويب وتبني الأحكام الموضوعية¹.

أما العائلة الثانية، فتضمّ التقنين المدني المصري، والتقنينات المدنية العربية التي انحدرت منه، مع تفاوت في درجات تأثرها به، ومنها القانون المدني العراقي لسنة 1951، والذي وضعه العلامة السنهوري بتكليف من الحكومة العراقية، والقانون المدني الليبي لسنة 1953، والجزائري لسنة 1975، والقانون المدني القطري لسنة 2004 وغيرها. وتعدّ مصر من أوائل الدول العربية التي دونت تقنينها المدني منذ القرن التاسع عشر، حتى استقرّ الحال بصدور قانونها المدني الحالي في عام 1948.

ومن أبرز سمات هذه العائلة المنحدرة من التقنين المدني المصري مع تأثير متفاوت بالفقه الإسلامي: وضوح موقف هذه العائلة من اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً شكلياً، احتياطياً للتقنين، عند غياب النص، مع تنوع تلك المصادر وتباين ترتيبها من قانون لآخر، ومحاولة المزج بدرجات متفاوتة بين التقنينات اللاتينية وتحديد القانون الفرنسي والفقه الإسلامي، باعتبار الأخير أحد المصادر المادية لاستمداد الأحكام الموضوعية².

الفرع الثاني: مدى اعتداد النظام القانون الجزائري بالنظام اللاتيني الجرمانى.

وسنعطي أولاً لمحة تاريخية عن القانون الجزائري (البند الأول)، ونوضّح كيف تأثر القانون الجزائري بالنظام اللاتيني الجرمانى (البند الثاني).

¹ - عمر صلاح العزاوي، المرجع السابق، ص 421.

² - فايز محمد حسين، أثر مشروع السنهوري في القوانين المدنية، ندوة تطوّر العلوم الفقهية في نسختها الثالثة عشر تحت عنوان (الفقه الإسلامي المشترك الإنساني والمصالح)، من 06 إلى 07 أفريل 2014، منشورات وزارة الأوقاف، مسقط، ص 24.



البند الأول: لمحة تاريخية عن القانون الجزائري.

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

ولكن بعد احتلال فرنسا للجزائر في 05 جويلية 1830، أصبحت في نظر فرنسا الجزائر هي إحدى الولايات الفرنسية، تسري عليها القوانين المطبقة على الولايات الأخرى باستثناء الأهالي. ولكن بعد الحرب العالمية الثانية تم إدخال تعديلات على هذا النظام، من أجل الاعتراف ببعض الحقوق للأهالي، ودمجهم ضمن المجتمع الفرنسي، لكن اندلاع الثورة التحريرية أجهض كلّ المشاريع الفرنسية ولم يحقق مقصدهم¹.

وخلال هذه الفترة الاستعمارية كانت العلاقات الجزائرية (الأهالي) خاضعة للعادات والأعراف المحلية أو بالأحرى للشريعة الإسلامية.

وبعد حصول الدولة الجزائرية على الاستقلال في 05 جويلية 1962، سعت إلى وضع قوانينها، واسترجاع سيادتها على بعض المؤسسات، وتأمين بعض المرافق، وتمّ وضع دستور 1963²، وبقي القانون الفرنسي رقم 157/62 المؤرخ في 31 ديسمبر 1962 هو المطبق إلا ما كان منه متعارضا مع السياسة الوطنية³، وفي 19 جوان 1965، تمّ تجميد كلّ المؤسسات الدستورية وحلّ محلّها مجلس الثورة⁴.

وبتاريخ 05 جويلية 1973، صدر أمر ألغى كلّ التشريعات الفرنسية، وتمّ تشكيل اللجنة الوطنية للتشريع، والتي كلفت بصياغة قواعد قانونية تتماشى مع طبيعة المجتمع، على أن تقدّم هذه النصوص خلال سنتين لكي تحلّ محلّ القوانين الفرنسية، ولم

¹ - علال قاشي، المرجع السابق، ص ص 99-100.

² - هذا الدستور تمّ إلغاؤه، راجع في ذلك: أمانة رحاوي، محاضرات في مقياس مؤسسات سياسية ودستورية في المغرب العربي، السنة أولى ماستر، تخصص دراسات سياسية مقارنة، جامعة سيدي بلعباس، سنة 2020، ص 48.

³ - المادة 02 من القانون 62-175، المؤرخ في 31 ديسمبر 1962 الذي يحدّد تطبيق النصوص الفرنسية، الجريدة الرسمية 11 يناير 1963، العدد 02، الصفحة 18.

⁴ - أمانة رحاوي، محاضرات في مقياس مؤسسات سياسية ودستورية، المرجع السابق، ص 48.



الفصل الثاني..... الأنظمة القانونية المعاصرة

تكتمل هذه المدة المحددة حتى صدر القانون المدني والقانون التجاري سنة 1975، والدستور الجزائري سنة 1976، وتواتر التشريع بعد ذلك في فروع القانون الأخرى.

البند الثاني: تأثير القانون الجزائري بالنظام اللاتيني الجرمانى.

إن القانون الجزائري هو عبارة عن مجموعة من القواعد القانونية المكتوبة التي تختص بوضعها السلطة التشريعية كأصل عام (البرلمان بغرفتيه المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة) وفي بعض الحالات الاستثنائية يثبت هذا الاختصاص التشريعي أيضا للسلطة التنفيذية، وقد فصل في ذلك الدستور الجزائري لسنة 2020¹.

كما أنّ القانون الجزائري يجد مصادره في المادة الأولى من القانون المدني² التي رتبت المصادر كما يلي: التشريع، مبادئ الشريعة الإسلامية، العرف، مبادئ القانون الطبيعي، وقواعد العدالة. أما في المسائل الجزائية فإن الأمر يحكمه مبدأ الشرعية الجزائية المكرس في المادة الأولى من قانون العقوبات³. وأما في المسائل التجارية، وبموجب تعديل القانون التجاري سنة 1996⁴، فإن مصادر القانون التجاري هي: القانون التجاري، القانون المدني، العرف التجاري.

وبهذا يعتبر القانون الجزائري مكتوب، ويعدّ التشريع هو المصدر الأساسي والأول للمنظومة التشريعية الجزائرية، وهنا نشير إلى أنّ التشريع على أنواع، حيث نجد: الدستور، القوانين العضوية، المعاهدات، القوانين العادية، والتشريع الفرعي، مع احترام قاعدة التدرج الهرمي، هذا إلى جانب تقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص، وتقسيم القضاء إلى قضاء عادي وإداري.

¹- دستور 2020 الصادر في 15 جمادى الأولى عام 1442هـ/30 ديسمبر سنة 2020، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 82.

²- قانون رقم 05-10، المؤرخ في 20 جوان 2005، المعدل والمتّم للقانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 44.

³- تنص المادة الأولى من الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 18 صفر عام 1386هـ، الموافق 08 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتّم: «لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون».

⁴- أمر رقم 75-59، المؤرخ في 20 رمضان عام 1395، الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون التجاري، المعدل والمتّم بموجب الأمر رقم 96-27، المؤرخ في 09 ديسمبر 1996.



الفصل الثاني..... الأنظمة القانونية المعاصرة

والملاحظ هو أنّ النظام القانون الجزائري أخذ بمميزات النظام القانوني الفرنسي، ومن ثمّ النظام اللاتيني الجرمانى، وهذا من حيث المصادر، والتنظيم القضائي وبنية القانون، ومنها تقسيمه إلى قانون عام وخاصّ.

فبالنسبة لفروع القانون الخاص نجدّ المشرّع يقتبس من القانون الفرنسي، فمثلاً في القانون المدني الجزائري نجده ينص على العقد الإلكتروني، التوقيع الإلكتروني، وسائل الدفع الإلكترونية في المسائل التجارية والمسائل المدنية، وهذا تأثراً بالمنظومة اللاتينية، وكذا الحال بالنسبة لقانون الضمان الاجتماعي، وقانون العمل، وقانون النقد والقرض، وقانون المنافسة والاستثمار، وقانون العقار الصناعي والسياحي، فنجدّه متأثراً بالقانون الفرنسي، كذلك الحال بالنسبة للشركة المحاصة التي أخذها المشرّع الجزائري عن نظيره الفرنسي الذي قنّنها سنة 1807.

وعلى غرار ما سبق من اقتباسات نجد أيضاً أنّ قانون الإجراءات المدنية والإدارية لسنة 2008، وقانون حماية الطفل لسنة 2015 (رقم 12/15 المؤرّخ في 15 يوليو 2015)، والقانون العضوي رقم 03/12 المؤرّخ في 12 يناير 2012 الذي يحدّد كيفية توسيع حظوظ تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة، وقانون الأحزاب السياسية، وقانون الانتخابات الجديد، إنّ هذه القوانين كلّها لها مثيلاتها في النظام اللاتيني وخصوصاً فرنسا¹.

هذا وقد تأثر القانون الإداري الجزائري بالقانون الإداري الفرنسي واجتهادات مجلس الدولة، وفي مجال التنظيم الإقليمي استمد نظام البلدية والولاية في الجانب الإداري من نموذج البلدية الفرنسية، وفي الجانب السياسي من النموذج اليوغسلافي قبل أن يعدّل هذا النظام استجابة لمبادئ التعددية الليبرالية بموجب قانون البلدية 08-90، وقانون الولاية 90-²09.

¹- علال قاشي، المرجع السابق، ص 104.

²- نعيمة لوراد، محاضرات في القانون المقارن، موجهة لطلبة السنة الرابعة ليسانس، قانون عام، جامعة سيدي بلعباس، سنة 2019، ص 70.



الفصل الثاني..... الأنظمة القانونية المعاصرة

المبحث الثاني: نظام القانون المشترك (شريعة الكومن لو).

يعني مصطلح "كومن لو" القانون المشترك بمفهوم القانون أو الشريعة العامة مقارنة بالأعراف المحليّة، ويسمّى كذلك بشريعة القانون غير المكتوب أو شريعة القانون القضائي¹. وتسمّى هذه العائلة أيضا بعائلة النظام الأنجلوسكسوني، غير أنّ هذه التسمية تعتبر خاطئة، لأنّ القانون الأنجلوسكسوني ما هو إلاّ مرحلة من المراحل التي مرّ بها القانون الانجليزي، وتأثيرها فيه جدّ ضعيف.

كما يسمّيها البعض الآخر بـ"عائلة القانون العام"، كونه عام التطبيق على كلّ السكان، تمييزا له عن القانون الكنسي، الذي كانت تطبّقه المحاكم الكنسية في القضايا التي تختصّ بنظرها، وعن التقاليد العرفية القديمة التي كانت تطبّقها المحاكم الإقطاعية في المسائل التي تختصّ بنظرها، ولكنّها ترجمة غير صحيحة، لتبقى التسمية المعمول بها هي "عائلة القانون المشترك"².

وتشمل هذه العائلة: النظام البريطاني (الانجليزي)، والقانون الأمريكي، وبعض الدول التي تأثرت بنظمها مثل أستراليا ونيوزلندا³.

وإذا كانت العائلة اللاتينية الجرمانية تعدّ إحدى الأنظمة القانونية الكبرى، فإنّ عائلة القانون المشترك هي الأخرى تشكّل النوع الثاني من الأنظمة القانونية الكبرى، إلاّ أنّهما يختلفان في العديد من المسائل منها التطوّر التاريخي، مصادر القانون، والبنية القانونية⁴.

ويشترك القانون الانجليزي مع القانون الأمريكي في المبادئ العامّة، إلاّ أنّهما يختلفان في جوانب أخرى نظرا لخصائص القانونيين⁵، وعلى أساس ذلك سنعرّض في المطلب الأوّل

¹ - موسى بن سعيد، المرجع السابق، ص 24.

² - أحمد عبادة، المرجع السابق، ص 15.

³ - موسى بن سعيد، المرجع السابق، ص 24.

⁴ - معراج جديد، المرجع السابق، ص 13.

⁵ - عبد العزيز راجي، المرجع السابق، ص 15.

إلى: النظام القانوني الانجليزي، ونخصّص المطلب الثاني لدراسة: النظام القانون الأمريكي، ونوضّح في المطلب الثالث: علاقة القانون العام (عائلة القانون المشترك) بالفقه الإسلامي.

المطلب الأوّل: النظام القانوني الانجليزي.

للتعرّف على طبيعة النظام القانوني الانجليزي، يجب التطرّق أولاً إلى تاريخه (الفرع الأوّل)، وثانياً إلى مصادره (الفرع الثاني)، وثالثاً إلى خصائصه (الفرع الثالث).

الفرع الأوّل: تاريخ القانون الانجليزي.

قد مرّ القانون الانجليزي بأربعة مراحل أساسية:

البند الأوّل: المرحلة الأنجلوسكسونية (500م- 1066م).

هي المرحلة التي سبقت الغزو النورماندي، تبدأ من القرن الخامس ميلادي، حين تعرضت إنجلترا إلى غزو قبائل جرمانية هي الانجلز والسكسون، التي أزاحت حكم الرومان الذي امتدّ ما يزيد عن أربعة قرون¹.

ولم تترك هذه المرحلة بصمات واضحة على القانون الانجليزي، بحكم أنّ تلك القبائل ظلّت على اتصال وثيق بعادات وتقاليدهم الأصليين².

وقد تميّز عهد الأنجلوسكسون بتطبيق الأعراف المحلية، التي كانت تطبّق من قبل محاكم تسمّى محاكم الإقليم، وبعد اعتناق هذه القبائل للديانة المسيحية، تمّ تطبيق القانون الكنسي إلى جانب الأعراف المحلية، لتنظيم شؤونهم المختلفة³، والتي تتصل بالزواج والطلاق، والنسب والوصايا، وتمّ تأسيس محاكم كنسية لتطبيق القانون الكنسي، بالإضافة

¹ - حميد شاوش، المرجع السابق، ص 12.

² - جهيدة لعجيري، المرجع السابق، المحاضرة رقم 03.

³ - Malcom Harvey, Catherine Kirby-Legier, Marion Charret-Del Bove, Droit anglais et droit américain, Arman Colin, Paris, 2011, p. 16.

إلى محاكم تجارية تفصل في المعاملات ذات الطابع التجاري، التي تستند عند فصلها في المنازعات إلى الأعراف التجارية¹.

وكما تميزت المرحلة الانجلوسكسونية أيضا بكثرة وتنوع الهيئات القضائية التي ارتبط وجودها بالتقسيم الإداري، فكانت البلاد مقسمة تقسيماً إدارياً وقضائياً في نفس الوقت إلى مقاطعات ومناطق، وكلّ منطقة مقسمة إلى مدن، وتوجد محكمة المدينة في قاعدة هرم التنظيم القضائي، وهي بمثابة المجلس الشعبي للمدينة، تختص بفضّ بعض أنواع الخلافات بين الجيران.

البند الثاني: مرحلة تكوين شريعة الكومن لو (1066م- 1485م).

تعرّضت إنجلترا في عام 1066 للغزو من طرف "قيوم الفاتح" أمير النورماندي، وهي ولاية في شمال فرنسا، حيث قضى على الحكم القبلي للأنجلو سكسون، وهو ما مهدّ لنقل النظام الاجتماعي، الذي ساد في تلك المرحلة في أوروبا، إلى إنجلترا، إذ تقاسم الرؤساء النورمانديون أراضيها، وأنشأوا فيها محاكم الإقطاع.

وأبقى الاحتلال النورماندي على القانون الأنجلوسكسوني، وجرى تطبيقه من طرف محاكم المناطق الذي اعتمد القضاة فيها على الأعراف المحلية².

وبالموازاة مع محاكم الإقطاع، ومحاكم المناطق التي اعتبرت محاكم عادية، كان الملك يقضي في السلوكيات التي تعدي على أمن الدولة وسلامتها في مجلسه الخاص، والذي كان بمثابة محكمة استثنائية، وتحول هذا المجلس في زمن الملك "هنري الثالث" (1100م- 1135م) إلى جهاز الحكم الأعلى، وأصبح يمثل كبار البارونات من أقارب الملك وحاشيته، وكبار موظفي الدولة ورجال الدين، وأصبح يتمتع بسلطات قضائية واسعة، كونه أصبح المحكمة الملكية الرئيسية³.

¹ - عبد السلام الترماني، المرجع السابق، ص 133.

² - أحمد عبادة، المرجع السابق، ص 16.

³ - جلول حيدور، المرجع السابق، ص 44.

وقد انبثقت عن هذا المجلس في القرن الثاني عشر ثلاث هيئات قضائية، حملت تسمية "المحاكم الملكية" وهي: المحكمة المالية- المحكمة المدنية- المحكمة الجزائية¹.

وقد كانت المحاكم الملكية متنقلة، حيث تنتقل من منطقة لأخرى لفض النزاعات والخصومات، ثم تستقرّ في لندن، وكانت القضايا المعروضة لها طابع مالي كالقضايا المالية والضرائب والديون العائدة للتاج، وقضايا العقار، والقضايا الجزائية القائمة على الاعتداءات الفردية.

وتمكنت هذه المحاكم الملكية من وضع مبادئ القانون الانجليزي المعروف باسم "القانون أو العرف العام"، وأساس هذا العرف، العادات القديمة المتضاربة، لكن القضاء الانجليزي وحدها، ووضوحها، وصاغها قانونا قابلا للتطبيق². وبذلك تكوّن قانون "الكومن لو" من خلال توحيد السوابق القضائية، فأصبحت قواعده تتميز بأنها قواعد إجرائية. كما كان للقضاة حرية الاعتماد على الأعراف المحلية في أحكامهم وذلك حسب ما تقتضيه قواعد العدالة والإنصاف، واستقرت هذه المحاكم في لندن، وأصبح لها كيان مستقلّ، وأصبحت تعقد جلساتها في حي "ويستمنستر" واشتهرت باسم "محاكم ويستمنستر"³.

البند الثالث: مرحلة تكوين قواعد العدالة (1485م- 1839م).

بعد عجز "الكومن لو" على إيجاد حلول مرضية ومقنعة لبعض النزاعات، تحوّل المتقاضون إلى إخطار الملك حتى يفصل في النزاعات، ولما تشعبت وكثرت القضايا أصبح من غير المتاح للملك أن ينظر في الكمّ الهائل من القضايا التي أصبحت تعرض عليه فوكل الأمر إلى مستشاره، وبهذا يعود الفضل في نشأة قواعد العدالة إلى المستشار الملكي الذي له تكوين (كنسي) والذي أنشأ بمناسبة نظره في القضايا المطروحة أمامه قواعد جديدة أكثر حداثة من قواعد "الكومن لو" أي قواعد العدالة⁴.

¹ - معراج جديدي، المرجع السابق، ص 20.

² - مكلل بوزيان، القانون المقارن، محاضرات لطلبة السنة رابعة ليسانس، قانون عام، جامعة سيدي بلعباس، سنة 2010-2011، ص 32.

³ - جلول حيدور، المرجع السابق، ص 45.

⁴ - موسى بن سعيد، المرجع السابق، ص 24.

وكانت هذه القواعد بسيطة في إجراءاتها، وأكثر عدالة، أضف إلى ذلك أنها كانت تعنى بالموضوع، فصحت بذلك اختلالات قواعد "الكومن لو"، وبهذا أصبح القانون الشامل الانجليزي "الكومن لو" يقتسم الاختصاص مع قواعد العدالة، فالحلول المقدّمة من طرف محاكم قواعد العدالة لا يمكن أن تفهم إلا انطلاقاً، أو بالاستناد إلى القسم الرئيسي وهو "الكومن لو"، حيث قدّمت لهذا الأخير مجموعة من التصحيحات المكتملة، وكما هي المقولة المشهورة لدى الانجليز "قواعد العدالة تتبع قواعد الكومن لو"¹.

وترسخت الممارسة السالفة الذكر تدريجياً، وكانت قواعد العدالة تهدف إلى سد ثغرات قواعد الكومن لو، وإتمام ما به من نقص، وتصحيح ما اعتراه من قصور، وتعديل ما طرأ عليه من أخطاء، وهكذا نشأت وتطوّرت قواعد جديدة مستقلة وبسيطة، مرنة وموجزة، ومتماشية مع ظروف العصر.

ويمكن التمييز بين الكومن لو والعدالة من خلال:

- 1- **من حيث التعريف:** العدالة هي مجموع القواعد التي أقرتها محكمة المستشار ابتداء من 1485، وطبقتها لسدّ ثغرات "الكومن لو"، وإصلاح ما كان يظهر به من عيوب. أمّا "الكومن لو" فهو المنهج القانوني الذي تكوّن في انجلترا منذ الغزو النورماندي 1066، والمنبثق عن أحكام المحاكم الملكية.
- 2- **من حيث الإجراءات:** تتميز الإجراءات المتبعة في قواعد العدالة بأنها كتابية وتحقيقية، مع غياب هيئة المحلفين، خلافاً للإجراءات لدى "الكومن لو" التي تتميز بأنها شفوية ووجاهية، مع اعتماد هيئة المحلفين.
- 3- **من حيث مضمون الحكم:** تكفي محاكم "الكومن لو" بالحكم بالتعويض على خاسر الدعوى، بينما تلزم محاكم العدالة المدعى عليه الذي خسر الدعوى بالتنفيذ الييني.
- 4- **من حيث المصطلحات المستعملة:** تعبّر محاكم "الكومن لو" عند النزاع المرفوع بين الأطراف باستعمال مصطلح "دعوى"، بينما تسميه محاكم العدالة "شكوى"، كما أنّ محاكم "الكومن لو" تستعمل عبارة الحق التي تعبّر عنها محكمة المستشار باستعمال

¹ - أحمد حمزة، المرجع السابق، ص 12؛ عصام نجاح، المرجع السابق، ص 12.

كلمة "مصلحة"، أمّا مصطلح "الحكم" الذي تستخدمه محاكم "الكومن لو" فإن محاكم المستشار تستخدم بدلاً عنه مصطلح "أمر"¹.

البند الرابع: مرحلة تحديث القانون الانجليزي.

في المرحلة بعد عامي 1873، و1875، حدث تطوّر هامّ في القانون الانجليزي، إذ صدر قانون القضاء "Judicature Act"، والذي تمّ بموجبه إصلاح وتبسيط التنظيم القضائي، حيث أصبحت المحاكم الملكية محاكم عادية بعد أن كانت محاكم استثنائية فقط، كما تمّ إلغاء التمييز بين محكمة المستشار التي تطبّق قواعد العدالة، وبين المحاكم الملكية التي تطبّق "الكومن لو"، إذ تمّت إزالة الإجراءات المزدوجة، وغدا بالإمكان أن تطبّق كل محكمة القواعد التي تشاء، مع منح الأولوية في التطبيق لقانون العدالة مقارنة بقواعد "الكومن لو"².

أفضى تطبيق قواعد القانونية من قبل نفس المحاكم إلى انطلاق مسعى كبير من أجل توحيد وتنسيق وتحديد القانون الانجليزي³؛ وأصبح هناك اهتمام من رجال القانون أكثر بالقواعد الموضوعية، بحيث أن المبدأ الذي كان سائداً هو أنّ الإجراءات تسبق الحق، لأنّه يسود لديهم الاعتقاد بأنّه لا فائدة للحقوق إذا لم تكن هناك إجراءات كفيّلة بحمايتها وتنفيذها، وهذا خلافاً للقانون الروماني الجرمانى، أين الموضوع هو قبل كل شيء، ويرجع السبب في ذلك أنّ القانون الانجليزي ليس قانون الجامعات أو المبادئ، وإنّما هو قانون إجراءات، حتى أنّ تشعب هذه الإجراءات وصعوبتها، كانت لا تشجع رجل القانون للذهاب للجامعة وتلقّي مبادئ لا تنفعهم من الناحية العملية، ولذلك كانوا يتكوّنون عملياً⁴.

وفي نهاية القرن التاسع عشر، وبداية القرن العشرين، تشكّلت قناعة لدى الانجليز مفادها أنّ عصرنة المجتمع، وتحسين القانون لا يمكن أن يتمّ إلاّ عن طريق التشريع، فتمّ التصويت على قوانين عديدة من طرف البرلمان⁵. وتزايد في القرن العشرين دور القانون

¹ - حميد شاوش، المرجع السابق، ص 23.

² - René David, Les grands système du droit contemporain, op.cit., p. 252.

³ - أحمد عبادة، المرجع السابق، ص 21.

⁴ - نعيمة لوراد، مقارنة الأنظمة القانونية، المرجع السابق، المحاضرة الخامسة.

⁵ - أحمد حمزة، المرجع السابق، ص 13.

والتشريعات القانونية الأخرى، هذا فضلا عن الحاجات الموضوعية لتطور الاقتصاد والتجارة والتعاون الدولي. هذا وقد أتاح تجميع الأحكام المعمول بها في القضاء في مجموعة قانونية واحدة تحت عنوان "التقارير القانونية" سنة 1865، بالإضافة إلى موسوعة قوانين إنجلترا التي بدأ نشرها عام 1907، والتي يتم تحديثها باستمرار¹.

الفرع الثاني: مصادر القانون الانجليزي.

تحلّل السابقة القضائية المرتبة الأولى ضمن مصادر القانون الانجليزي (البند الأول)، بينما تتزايد أهمية التشريع يوماً بعد يوم (البند الثاني)، هذا إلى جانب العرف (البند الثالث)، والفقهاء (البند الرابع).

البند الأول: القضاء (السابقة القضائية).

يعتبر القضاء أو السابقة القضائية، في هذا النظام، المصدر الأساسي للقانون، حيث للقضاء دور رائد في خلق القواعد القانونية ووضع القانون، ذلك أنّ هذا النظام يقوم على مبدأ السابقة القضائية، والتي عرفها الفقه على أنّها: «مجموعة الأحكام القضائية الصادر عن الجهاز القضائي، الملزمة للمحاكم الدنيا والنافذة في حقّ الجمهور»²، كما يمكن تعريفها على أنّها: «القرار القضائي المتخذ في قضية محدّدة، والمتّصف بطبيعة إلزامية، والمتخذ بوصفه مصدراً للقانون عند النظر في القضايا المماثلة»³.

وبهذا تعتبر السابقة القضائية بمثابة اجتهاد قضائي ملزم لا يجوز مخالفته، تحت طائلة خرق القانون. فمن المبادئ المقرّرة في هذا النظام القانون أنّ أحكام المحاكم العليا بما تتضمنه من قواعد قانونية تكون سوابق قضائية ملزمة لها ولغيرها من المحاكم الأدنى منها درجة، فتكون واجبة التطبيق على القضايا المماثلة لتلك التي صدرت بشأنها، والتي تعرض على هذه المحاكم مستقبلاً، بحيث لا يجوز العدول عن تطبيقها، إلاّ إذا قضى تشريع لاحق

¹ - أحمد عبادة، المرجع السابق، ص 21.

² - جيلالي عجة، المرجع السابق، ص 36.

³ - أحمد عبادة، المرجع السابق، ص 22.

بذلك¹. ويتضح من هذا أنّ القاضي في النظام الأنجلوسكسوني يلتزم بالبحث عن السوابق القضائية، أي عن الأحكام الصادرة في الدعاوى المماثلة للنزاع المعروف عليه، ليستخلص منها القاعدة القانونية الواجبة التطبيق، ولذلك يسمّى القانون في هذا النظام بالقانون القضائي "Droit jurisprudentiel"، لأنه تكوّن تكويناً قضائياً، وينبغي لمعرفة قواعده الرجوع إلى القضاء واستنباطها منه².

وقد استند تطوّر "الكومن لو" على قواعد تطبيق السابقة القضائية المعتمدة في الممارسة القضائية، إذ ينحصر المبدأ الأساس عند ممارسة القضاء في أنه يتحتّم على القاضي البثّ بصورة مماثلة في القضايا المماثلة³.

وبهذا يقوم القضاء في بريطانيا بوظيفة تشريعية من خلال الأحكام الصادرة عن الهيئات القضائية العليا، والتي تشكّل سوابق قضائية، وعليه لا تقتصر وظيفة القاضي هنا على تطبيق القانون، وما يمكن ملاحظته هو أنّ الأحكام تصدر في بريطانيا على شكل منطوق مطوّل دون التقيد بالتسبيب، فالقاضي غير ملزم بتسبيب الحكم، لأنّ ذلك يعتبر مساساً بكرامته⁴.

وبخصوص تدوين قرارات القضاة، فقد شهدت نهاية القرن الثالث عشر انتشار الحوليات التي تتضمن القرارات القضائية، والتي كانت مكتوبة باليد، ومع اختراع الطباعة، تحوّلت هذه المخطوطات إلى مطبوعة، مع الإشارة إلى أسماء واضعيها، وقد تضمّنت مجلّدات القضايا الصادرة في تلك الفترة وصفا موجزا لظروف القضية، وأسماء المتقاضين، والقضاة، ملخّصاً للحجج المطروحة، والقرار القضائي المتخذ؛ ولكن من عام 1864 بدأت تصدر تقارير شهرية بصورة دورية، تحمل تسمية (Rapport Law)؛ وفي الوقت الراهن تعدّ التقارير القضائية لعموم إنجلترا (All England Reports) التي تصدر أسبوعياً

¹ - ليندة بن تركية، محاضرات في مقياس المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون، موجهة لطلبة السنة الأولى ل.م.د، جامعة سيدي بلعباس، سنة 2021/2020، ص 268.

² -A. Lienhard, La transposition de la jurisprudence dans le code, Mél. Wiederkehr, Dalloz, 2009, p. 527.

³ - معراج جديدي، المرجع السابق، ص 25.

⁴ - عبد العزيز راجي، المرجع السابق، ص 13؛ راجع كذلك: موسى بن سعيد، المرجع السابق، ص 27.

و(The criminal Appeal Reports) التي تتضمن الأحكام القضائية في القضايا الجنائية، وهي الإصدارات القضائية الأكثر شهرة وانتشاراً في إنجلترا¹.

ويتحدّد الالتزام بالسوابق القضائية بجملة من الضوابط، مفادها أنّ الأحكام الصادرة عن مجلس اللوردات تعتبر سوابق ملزمة لجميع أنواع المحاكم، وأنّ الأحكام الصادرة عن محكمة الاستئناف تعتبر سوابق ملزمة للمحكمة نفسها، ولجميع من دونها من المحاكم، ورغم أنّ الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا لا تعتبر ملزمة للمحاكم الدنيا، إلاّ أنّها تحظى بقدر من التقدير، وغالباً من تأخذ بها الدوائر المختلفة لهذه المحكمة².

ولهذا كان من الضروري التعرّف على هيكلية التنظيم القضائي في إنجلترا.

ثانياً- التنظيم القضائي في إنجلترا:

يقوم التنظيم القضائي في إنجلترا على وجود نوعين من الهيئات القضائية:

1- **الهيئات القضائية العليا:** وتتكوّن من: محكمة العدل العليا- محكمة أو مجلس التاج- محكمة الاستئناف- وغرفة اللوردات.

أ- **محكمة العدل العليا:** وتتكوّن من ثلاثة فروع، سمي الفرع الأوّل: "قسم منصّة الملك"، وينقسم بدوره إلى محكمتين: محكمة الإمبرالية، والمحكمة التجارية، وسمي الفرع الثاني: "قسم المستشارية"، وينقسم إلى محكمتين: محكمة الشركات ومحكمة الإفلاس، والفرع الثالث سمي: "قسم الأحوال الشخصية" يختصّ بالزواج، والطلاق، والوصايا وغيرها من قضايا الأحوال الشخصية. ومهمة محكمة العدل العليا الفصل في الدعوى بقاض واحد، وعند الحاجة يستعين بالمحلّفين، وتستأنف أحكامها أمام محكمة الاستئناف³.

¹- أحمد عبادة، المرجع السابق، ص ص 22- 23.

²- حميد شاوش، المرجع السابق، ص 28.

³- بوزيان مكلل، المرجع السابق، ص 38.

ب- محكمة أو مجلس التاج: هذه المحكمة تمّ إنشاؤها سنة 1971، وتنظر في المواد الجزائية، عادة ما تعقد جلساتها في لندن، كما يمكن أن تعقد جلساتها في 90 مركزاً موزعة على البلاد¹.

ج- محكمة الاستئناف: تتكوّن من القسم المدني الذي يفصل في الطعون المرفوعة ضدّ أحكام محاكم الدرجة الأولى، وأحكام محكمة العدل العليا، والقسم الجزائي الذي يفصل في الطعون المرفوعة استئنافاً ضدّ أحكام محكمة التاج².

د- غرفة اللوردات: كانت غرفة اللوردات تتمتع باختصاص قضائي واختصاص تشريعي، وقد تمّ إصلاح اختصاصها بموجب تعديل 2005، الذي غير اسمها من غرفة اللوردات إلى المحكمة العليا للمملكة المتحدة، وجعل اختصاصها مقتصرًا على الوظيفة القضائية، وتختصّ هذه الهيئة بنظر الاستئنافات المرفوعة ضدّ أحكام محكمة الاستئناف، وكذا أحكام المحكمة العليا للعدالة، دون المرور على محكمة الاستئناف، إذا كانت القضايا ذات أهمية متميّزة³.

2- الهيئات القضائية الدنيا: وتشمل:

المحاكم المدنية والتجارية: وتتمتع باختصاص واسع فهي تنظر في القضايا التي تخرج عن اختصاص محكمة العدل العليا، وقضايا الطلاق.

أ- المحاكم المدنية والتجارية: عائلة الكومن لو: ظهر هذا النظام في إنجلترا، وأخذت به الولايات المتحدة وتتمتع باختصاص واسع فهي تنظر في القضايا، التي تخرج عن اختصاص محكمة العدل العليا، وقضايا الطلاق.

ب- المحاكم الجزائية: وهي تفصل في القضايا الجزائية بواسطة مواطنين عاديين، يطلق عليهم تسمية قضاة الصلح، ويقوم القضاة بالبحث عن أدلّة الاتهام ضدّ المتهم⁴.

¹ - أحمد حمزة، المرجع السابق، ص 15.

² - عصام نجاح، المرجع السابق، ص 73.

³ - حميد شاوش، المرجع السابق، ص 27.

⁴ - بوزيان مكلكل، المرجع السابق، ص 38.

أمّا المواد الإدارية فلا توجد محاكم مختصة في المنازعات الإدارية، فيختصّ في منازعات الإدارة القضاء العادي شأنها شأن الأشخاص الأخرى¹.

البند الثاني: التشريع.

يحتلّ التشريع المرتبة الثانية بعد القضاء، ويعرف بالقانون البرلماني، ويقتصر دوره على إتمام القانون القضائي، وهو إمّا تشريع صادر عن البرلمان (وهو هيئة تشريعية تتكوّن من مجلس العموم ومجلس اللوردات)، أو أنّه تشريع صادر عن السلطة التنفيذية (مجلس الوزراء).

ولأنّ بريطانيا من الدول التي ليس لها دستور مكتوب، بل أعراف دستورية فقط، فيتميّز التشريع الأساسي بعدم وجود دستور مكتوب، وهذا يعني عدم وجود رقابة على دستورية القوانين، لكن هذا لا يعني عدم وجود نصوص دستورية مكتوبة، إذ تتمثل أساساً في "الميثاق الكبير" الذي يعدّ أساس نظام الحكم في إنجلترا، الصادر سنة 1215، وقانون البرلمان الصادر سنة 1911، والمعدّل سنة 1949².

وقد ازدادت أهمية التشريع في الآونة الأخيرة، وذلك نظراً لانضمام بريطانيا إلى الاتحاد الأوروبي، الأمر الذي يحتم عليها إصدار تشريعات تتجانس مع تشريعات الدول الأخرى في الاتحاد، هذا إلى جانب تدخل الدولة البريطانية في تنظيم الاقتصاد³.

البند الثالث: العرف.

يحتلّ العرف المرتبة الثالثة في تدرّج مصادر القاعدة القانونية، فعلى الرغم من أنّه لعب دور مهم في بداية نشأة القانون الانجليزي، غير أنّ مكانته تراجعت وأصبح له دور ثانوي، فقبل نشأة قواعد "الكومن لو" كان القانون الانجليزي يقوم على الأعراف المحليّة،

¹ - نضال بوعون، المرجع السابق، ص 11.

² - فاطمة الزهراء زيتوني، المرجع السابق، ص 19.

³ - عبد العزيز راجي، المرجع السابق، ص 13.

بعد ذلك نشأت الكثير من القواعد القانونية ذات المصدر العرفي، فأصبحت كل القواعد العرفية قواعد مكتوبة بفضل حركة التقنين¹.

البند الرابع: الفقه.

هو مصدر ثانوي، يستعان به في إنشاء سوابق قضائية جديدة، ويتكوّن من مؤلفات الفقهاء، ومن الأحكام القضائية التي لا تشكّل سوابق قضائية ملزمة².

ويتميّز الفقه بانعدام الإجماع عليه، وكثرة الجدل من حوله، فنادرًا ما يتفق رجال القانون حول مسألة قانونية، ويوحّدون وجهة نظرهم إزاءها، إلا ما تعلقّ منها بالمبادئ العامّة³، حيث يشكل ذلك في الحقيقة إثراء للقانون، وعامل من عوامل تطوّره⁴، إذ يسمح بمواجهة الآراء لاستنباط الأنسب منها بالنسبة للمجتمع⁵.

الفرع الثالث: خصائص النظام القانون الانجليزي.

يتميّز القانون الانجليزي بعدة خصائص أهمّها:

- 1- **عدم التقنين:** الغالب على القانون الانجليزي أنّه قانون غير مقنّن في مدونات قانونية، تشتمل على مبادئ عامّة، لخلاف بقيّة القوانين الغربية كالقانون الرومانوجرمانى فهو قانون مقنّن ومدوّن، غير أنّ هذا الأمر ليس على إطلاقه⁶.
- 2- **الطابع القضائي:** يعتمد القانون الانجليزي على أحكام السوابق القضائية، كمصدر أساسي ورسمي لمبادئه ونظرياته، والأخذ بنظام السوابق القضائية الملزمة، جعل

¹ - عبد الرزاق بن خروف، المرجع السابق، ص 142.

² - موسى بن سعيد، المرجع السابق، ص 32. ومن أبرز المؤلفات الفقهية مؤلفات كل من: هنري براكتن (1210-1268)، وجون جلانفيل (1542-1600)، وإدوارد كوك (1552-1634)، وليام بلاكستن (1723-1780)، وجيرمي بانتام (1748-1832). راجع في ذلك أحمد عبادة، المرجع السابق، ص 28.

³ - Y. Guenzou, Les querelles doctrinales, RTD civ., 2013, p. 47.

⁴ - N. Molfessis, La controverse doctrinale et l'exigence de transparence de la doctrine, RTD civ., 2003, p. 161.

⁵ - Ph. Zhéry, Un grand bruit de doctrine, Mél. M. Gobert, economica, 2004, p. 113.

⁶ - فالملاحظ أنّ هناك بعض القوانين غير مقنّنة كالقانون الإداري في فرنسا، في حين أنّ بعض موضوعات القانون الانجليزي مقنّنة كقانون السرقة مثلاً.

المحاكم الدنيا تتقيّد بأحكام المحاكم العليا، كما تتقيّد هذه الأخيرة بما سبق إن قضت به في القضايا المماثلة¹.

3- **غلبة الطابع الإجرائي:** يهتمّ هذا النظام بالجوانب العملية أكثر من اهتمامه بالجوانب النظرية، فهو قانون تطبيقي أصلاً، فالتأكيد على أنّ التدبير القضائي هو الذي يخلق الحق، وليس العكس، وبذلك فإنّ الشريعة العامّة تبدأ من الإجراء لتصل إلى الحق، لذلك فإنّ الدعاوى في المحاكم الملكية تبدأ بوحدة أو أكثر من صيغ الدعاوى المحدّدة، فإذا عجز المدعي عن إيجاد صيغة مقبولة لدعواه، فإنّ ذلك يعني ضياع حقّه².

4- **يطعن الطابع التقني على صياغة النّص القانوني،** بحيث يحرّر بصفة منفصلة ودقيقة، متضمّناً تعاريف تمهيدية وتعاريف المصطلحات، ثم تليها شروط تطبيق كلّ قاعدة وتوضيحها بدقّة مع دراسة كلّ الحالات أو الافتراضات التي يمكن حدوثها، مع تنظيم الآثار المترتبة على ذلك بدقّة كبيرة، وتتألف القاعدة من فقرات طويلة، تتخلّلها إحالات متعدّدة، وتعبها أو يضاف إليها ملاحق طويلة. والهدف من التفصيل والتطويل والإيضاح هو تسهيل مهمّة القاضي الذي يطبّق هذه القاعدة، لأنّ التشريع كما أشرنا سابقاً لا يزال يقوم بالدور التصحيحي والتكميلي للقانون³.

5- **عدم التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص في ظلّ هذا النظام بخلاف النّظام اللاتيني الجرمانى،** بل إنّ القانون الانجليزي يقوم على ما يسمّى "الكومن لو" و"قواعد العدالة"، كما أنّ هذا القانون لا يعترف بالشخصية المعنوية للدولة، فالدولة تمثل أعلى نموذج للهيئة التي يجب أن يخضع لها القانون العام، فلا يوجد القضاء الإداري كمجلس الدولة الفرنسي بل هناك القضاء العادي الذي ينظر في كلّ القضايا العامّة والخاصّة⁴.

6- **عدم التأثر بالقانون الروماني:** فالقانون الانجليزي لم يتأثر بالقانون الروماني، على خلاف معظم قوانين الدول الأوروبية⁵. وبهذا كما سبق الذكر، لم يميّز بين القانون العام والخاص، ولم يفرّق بين القانون المدني والتجاري، فكّله يندرج ضمن المجموعة

¹ - جلول حيدور، المرجع السابق، ص 48.

² - موسى بن سعيد، المرجع السابق، ص 25.

³ - أحمد عبادة، المرجع السابق، ص 30.

⁴ - علال قاشي، المرجع السابق، ص 86.

⁵ - نضال بوعون، المرجع السابق، ص 11.

المدنية، ولا يميّز بين الحقوق، لأنّ مفهوم الملكية في هذا النظام غير مجزأ فهو يتعلّق بجميع عناصر الذمة المالية للشخص¹.

7- إنّ فكرة القاعدة القانونية في الكومن لو تختلف عن تلك القاعدة التي يقوم عليها النظام الروماني الجرمانى، فالسابقة القضائية - التي تقوم مقام القاعدة القانونية- هي قاعدة خاصّة بواقعة معيّنة، تعطي الحل الفوري لنزاع مطروح، ولذلك فهي تتميّر بطابعها المفعم بالحيوية، حيث يتم تشكيلها على أساس كلّ حالة على حدة، ممّا يجعلها أقلّ عمومية وتجريداً، وأكثر واقعية ودقّة وتفصيلاً من القاعدة القانونية في النظام الروماني الجرمانى المتسمة بالعمومية والتجريد².

8- شريعة "الكومن لو": مفاهيم وتطوّرات وأنظمة قانونية لا توجد في الشريعة اللاتينية الجرمانية، وكذلك تتضمّن مصطلحات خاصّة بها³.

9- من الملاحظ أنّ القانون الانجليزي يحمل تقسيم القوانين إلى قواعد أمرّة وأخرى مكملّة، لأنّ القاضي الانجليزي تعود أن ينظر في كلّ قضية بمفردها، إلى أن يضع مبدأ عاماً تحت مجموعة من القضايا، كما أنّه لا يستوعب أنّ بعض القوانين غير أمرّة حيث يراها كلّها أمرّة⁴.

10- أرسى العمل القضائي الانجليزي، مستنداً لرؤيته التشريع باعتباره مصدراً قانونياً واستثنائياً ثلاث قواعد رئيسية يتحمّم إتباعها بدقّة عند تطبيق التشريعات⁵، وهي القاعدة الحرفية⁶، القاعدة الذهبية⁷، وقاعدة إصلاح الأذى⁸.

1- موسى بن سعيد، المرجع السابق، ص 30.

2- أحمد عبادة، المرجع السابق، ص 30.

3- معراج جديدي، المرجع السابق، ص 22.

4- بوزيان مكلكل، المرجع السابق، ص 35.

5- أحمد عبادة، المرجع السابق، ص 31.

6- القاعدة الحرفية: هنا يكون تفسير التشريع صارماً وحرفياً، بدون قياس ولا استقراء، وتطبّق هذه القاعدة على النصّ الذي لا يحتوي على مصطلحات تحتمل أكثر من معنى.

7- القاعدة الذهبية: هنا يأخذ القاضي بالتفسير المنطقي إذا كان النصّ التشريعي يحتمل أكثر من معنى.

8- قاعدة إصلاح الأذى: وتطبّق هذه القاعدة على التشريعات التي تهدف لإصلاح عيب موجود في القانون، وهنا يستوجب على القاضي تفسير مضمون النصّ بما يتوافق مع الهدف.

المطلب الثاني: النظام القانوني الأمريكي.

إنّ النظام القانوني الأمريكي، وإن كان يرتبط بالقانون العام الانجليزي، إلا أنّ هناك اختلاف بينهما، حيث أنّ النظام القانوني الأمريكي يعدّ نظام معقّد، إذ هو نظام فيدرالي يحتل فيه الدستور مكانة بارزة، إذ يحكم الدولة الفيدرالية والولايات المشكّلة لها. وهنا يظهر أنّ هذا النظام القانوني يتكوّن من أكثر من تنظيم قانوني معيّن، وهذا ما يجعل أيضا النظام القضائي متعدّد، الأوّل محليّ يرتبط بالولايات والثاني وطني مرتبط بالاتحاد الفيدرالي.

وسنحاول شرح النظام القانوني الأمريكي من خلال التعرّض إلى تاريخه (الفرع الأوّل)، ومصادره (الفرع الثاني)، وخصائصه (الفرع الثالث).

الفرع الأوّل: تاريخ القانون الأمريكي.

مرّ قانون الولايات المتحدة الأمريكية بمرحلتين أساسيتين: الأولى تتصل بالفترة الاستعمارية الانجليزية، أمّا الثانية فتتصل باستقلال هذه الدولة.

البند الأوّل: عهد الاستعمار الانجليزي.

يبدأ هذا العهد باستيطان الانجليز في أمريكا الشمالية عام 1607، وينتهي بإعلان استقلال المستعمرات الانجليزية عن أمريكا الشمالية عام 1776.

وخلال الفترة ما بين 1550-1750، كانت أوروبا تمرّ قها حروب الكنيسة، فقد كانت الكنيسة الكاثوليكية، تحت المذهب البروتستانتي، وكان الملوك في أوروبا يتصارعون فيما بينهم، على ضمّ أراضي بعضهم للبعض الآخر، وكانت أمريكا في ذلك الوقت بعيدة عن كلّ هذه المنازعات، وكذلك عن هذا التعصب الديني، حيث كانت في نظر الأوروبيين عالم الذهب والفضّة. وعلى هذا الأساس قد هاجر إليها الكثير من الأوروبيين¹، حيث تمكّنوا من أن يؤسّسوا هناك 13 مستعمرة بريطانية، جميعها كائنة على الضّفة الغربية من المحيط الأطلسي.

¹ - بوزيان مكلل، المرجع السابق، ص 42.

وإنّ هجرة الانجليز إلى أمريكا، جعلها تتأثر بـ"الكومن لو"، فاستقرار الانجليز في أيّ منطقة لا يطبق فيها أيّ قانون أوروبي، طبقوا قانونهم الذي حملوه معهم، ولكن هذا القانون لم يطبق لعدّة ظروف (عدم وجود قضاة متخصصين، صراع الانجليزيين مرّة مع الهنود الحمر ومرّة مع الأزمات والمجاعة...)، هذا ما جعل بعض الفقه يرى بأنّ العامل المساهم في تشكيل القانون الأمريكي هو الجهل¹.

والملاحظ أنّ قواعد القانون الانجليزي كانت أقلّ ملائمة للحياة في المستعمرات، لأنّ قواعده مرتبطة بإجراءات تحتاج رجال القانون ولم يكونوا موجودين، ولأنّ هذه القواعد أعدت لنظام إقطاعي، كما استجّدت مشاكل جديدة لا يتضمّن القانون المشترك حلولاً كافية لها، هذا الوضع أدّى إلى تكوين قانون منافس للقانون المشترك مؤسس في بعض المستعمرات على الإنجيل، ويخضع لتقدير القاضي، كما دفع إلى تقنين القانون في شكل مجموعات موجزة².

وعند قيام الثورة الأمريكية عام 1776 بتحالف 13 مستعمرة ضد الوجود البريطاني في أمريكا بدأت كراهية القانون الانجليزي، ولكن في النهاية كان له تأثير كبير، من خلال تأثيرات الفقهاء، ويتجسّد ذلك من خلال ظهور كتابات عالمين من أعلام القانون الأمريكية هما "كينت" (Kent) و"ستوري" (Story) أظهرتا إيجابيات "الكومن لو"، وظهرت حركة واسعة تقبل تبني "الكومن لو" بشرط تدوينه³.

البند الثاني: عهد الاستقلال.

بعد التصريح بالاستقلال في 4 جويلية 1776، تم إعداد دساتير خاصّة لكل مستعمرة من المستعمرات، وقيامها بالاتحاد عسكرياً، من أجل عدم العدو المشترك (الوصاية الانجليزية)، وتحوّل الاتحاد إلى اتحاد فيدرالي⁴، من خلال دستور 17 سبتمبر 1787،

¹ - غلال قاشي، المرجع السابق، ص 19.

² - نعيمة لوراد، محاضرات في مقارنة الأنظمة القانونية، المرجع السابق، المحاضرة رقم 06.

³ - عصام نجاح، المرجع السابق، ص 80.

⁴ - ينشأ الاتحاد الفيدرالي إمّا عن طريق أسلوب التفكك، وذلك بتفتت دولة موحّدة أو بسيطة إلى عدّة دويلات، وتكوّن في الأخير اتحاداً مركزياً، أو عن طريق أسلوب الاندماج، وذلك باتحاد دولتين أو أكثر، فتفتت هذه الدول شخصيتها الدولية،

المعدّل في سنة 1789. ومع الاستقلال السياسي للولايات المتحدة الأمريكية، أصبحت فكرة استقلالية القانون الأمريكي أكثر شعبية، ولقد حدث صراع ما بين المتمسكين بالقانون المشترك ودعاة التقنين.

ويظهر ذلك من خلال مساندة التقنية اللاتينية الجرمانية ومحاولة استبعاد الأحكام القضائية والقوانين الانجليزية اللاحقة لسنة 1776، بحيث أنه من هذا التاريخ أصبحت الـو.م.أ. قوّة عالمية والأولى اقتصادياً، وهي بلد فيدرالي تحتاج فيه كل دويلة إلى دستور وقانون خاص بها، وهذا لا يتوافق مع القانون المشترك البطيء التأسيس، كذلك التحاق العديد من الأقاليم بالاتحاد، أين كان يطبّق ولو نظرياً القانون الفرنسي (لويزيانا) أو الإسباني (تكساس)، ووجود قوم مهاجرين جدد جاءوا من بلدان العالم لا يعرف فيها القانون المشترك، هذا إلى جانب كسب الصداقة مع فرنسا الذي حمل عدّة أفكار منها فلسفة القانون الطبيعي التي تدعو للتدوين.

وتظهر مساندة القانون المشترك أيضاً من خلال عامل اللّغة الانجليزية، والشعب الانجليزي الأصل في الـو.م.أ. والذي ساهم في اندماج هذا البلد في عائلة القانون المشترك، هذا إلى جانب ازدهار مدارس القانون بعد الاستقلال والتي أخذت بالقانون الانجليزي كقاعدة لبرامجها.

إنّ هذا التنزاع بين القانون الروماني الجرمانى والقانون المشترك في الـو.م.أ. أدى إلى اكتساب الـو.م.أ. لصفة بلد القانون المشترك، من حيث المفاهيم ومصادر القانون، غير أنّ القانون في هذه الدولة يتسم بمميزات خاصّة تمنح له أصالة وخصوصية، وهذه الخصائص تقرّبّه من قوانين العائلة اللاتينية الجرمانية¹.

=ويظهر شخص دولي جديد. راجع في ذلك: عبد المنعم أحمد أبو صبيح، توزيع الاختصاصات في الدولة الفيدرالية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون العام، كلية القانون والعلوم السياسية، الأكاديمية العربية المفتوحة في الدنمارك، دون سنة، ص 16.

¹ - نعيمة لوراد، محاضرات في مقارنة الأنظمة القانونية، المرجع السابق، المحاضرة رقم 6.

الفرع الثاني: مصادر القانون الأمريكي.

إنّ قانون الولايات المتحدة الأمريكية هو قانون قضائي على شاكلة القانون الانجليزي، غير أنّ تدخّل الدولة الأمريكية في التوجيه الاقتصادي زاد من أهمية التشريع، وتتعدّد مصادر القانون الأمريكية على النحو التالي:

البند الأوّل: القضاء.

يوجد في الدولة الفيدرالية الأمريكية نوعان من القضاء، الأوّل فيدرالي ويتمثل في المحكمة الفيدرالية، والثاني موجود على مستوى كلّ دويلة لحلّ نزاعاتها الداخلية وفقا للقوانين الصادرة من برلماناتها.

وضرورة وجود قضاء فيدرالي، تمليه طبيعة الدولة الفيدرالية، التي تتشكّل من مجموعة من الدول، ممّا يجعلها تدخل أحيانا في تنازع فيما بينها، أو قد تثور نزاعات فيما بينها، وبين الدولة المركزية، خاصّة في مسألة الاختصاصات التي تعدّ نقطة شائكة. ومنه فإنّ مثل هذه النزاعات لا تنظر أمام قضاء الدويلات، وإنّما أمام محكمة فيدرالية، غالبا ما لا يتجاوز عدد أعضائها 10 قضاة، يختصون بالإضافة إلى ما سبق في مراقبة مدى دستورية التشريعات الداخلية للدويلات، وبهذا يوجد إلى جانب النظام القضائي للولايات النظام القضائي الفيدرالي¹.

على مستوى المحاكم توجد محاكم درجة أولى تسمّى بمحاكم المقاطعات أو محاكم الصلح، ثم تأتي محكمة الاستئناف، وأعلىها المحكمة العليا للولاية، ويتم اختيار القضاة بالاقتراع العام، وتفصل محاكم الصلح، ومحاكم المقاطعات في النزاع بقاض منفرد.

أمّا محاكم الاستئناف، والمحاكم العليا للولايات، فتفصل بالقضاء الجماعي في النزاع، وقد تستعين بهيئة من المحلّفين، إذا طلب الجاني أو المدّعي ذلك.

¹ فوزي أوصديق، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، القسم الأوّل، النظرية العامّة للدولة، دار الكتاب الحديث، القاهرة، سنة 2009، ص 123.

وتختصّ محاكم الولايات بالنظر في جميع المنازعات التي تخرج عن اختصاص المحاكم الاتحادية، وتبقى أحكام الولايات قابلة للطعن فيها أمام المحكمة العليا الاتحادية، أو المحكمة الدستورية العليا¹.

وعلى مستوى الاتحاد، توجد المحاكم الدستورية- محاكم الاستئناف، والمحكمة الدستورية العليا.

فالمحاكم الدستورية أنشئت بمقتضى نص دستوري، مقسمة إلى مقاطعات، عددها يتغير من ولاية إلى أخرى، يبلغ عددها الإجمالي 100 محكمة، تضمّ 400 قاضياً، يتكوّن بعضها من أقسام تضمّ 20 قاضياً، يفصل في النزاع قاض فرد بمساعدة موظف يتولّى تحضير الملف والقيام بالإجراءات.

أمّا محاكم الاستئناف، أنشئت سنة 1891، بهدف التخفيف من أعباء المحكمة الدستورية العليا، عددها 11، اتخذت الولايات الكبرى مقرّاً لها، تضمّ حوالي 80 قاضياً، تفصل في القضايا المرفوعة أمامها وفقاً لمبدأ القاضي الجماعي بثلاث قضاة².

وفي أعلى الهرم، توجد المحكمة الدستورية العليا، ومقرّها في واشنطن، تتألّف من رئيس وثمانية أعضاء، تتمتع بصلاحيات واسعة، ما عدا الاستئنافات الممنوحة لمحاكم الاستئناف، وتفصل في قضايا أخرى كمحكمة أوّل درجة³.

وبهذا يظهر أنّ النظام القضائي في أمريكا مزدوج بوجود محاكم الولايات ومحاكم اتحادية، وبالنظر إلى هذه الازدواجية ومرونة تفسير الأحكام الدستورية، فإنّ السابقة القضائية أصبحت تتميز بالمرونة، ممّا جعل استقرار السابقة القضائية أمراً صعباً في كثير

¹ - عبد العزيز راجي، المرجع السابق، ص 17.

² - موسى بن سعيد، المرجع السابق، ص 29.

³ - تختصّ كأول وآخر درجة بالفصل في القضايا التالية: -القضايا المرفوعة لأول مرّة ضدّ السفراء والوزراء، والممثلين الدبلوماسيين- القضايا التي يكون أحد أطرافها أجنبياً، القضايا المرفوعة من ولاية ضدّ ولاية أخرى، القضايا المرفوعة من مواطن ولاية ضدّ مواطن من ولاية أخرى.

من الحيان، لذلك كان على القاضي الأمريكية تسبب الحكم، وذكر الاعتبارات التي جعلته يأخذ بسابقة معينة دون الأخرى، أو الاعتبارات التي دفعته إلى إنشاء سابقة جديدة¹.

ويتم العمل في الو.م.أ بالسوابق القضائية في إطار نظام لامركزي بأقل صرامة وشدة كما في بريطانيا، إذ يمكن التراجع عن السوابق القضائية متى اقتضت المصلحة العامة أو نص التشريع صراحة على ذلك².

وتاريخ المحكمة العليا يبيّن لنا بأنّها قد تراجعت في عدّة حالات عن أحكام سابقة صدرت عنها كي تلائم الأوضاع الدستورية في الولايات المتحدة، وحتى تتمكن من مسايرة الأمم المتحدة في العصر الحديث، وما يتطلب هذا العصر من إصلاحات في مجال الاقتصاد، والتضامن الاجتماعي³.

البند الثاني: التشريع.

يحتل التشريع المرتبة الثانية في الو.م.أ. ويوجد في أعلى الهرم الدستور الأمريكي، وتليه القوانين الصادرة عن البرلمان الاتحادي، والقوانين الصادرة عن السلطة التشريعية في كلّ ولاية.

وكمبدأ عام يختص البرلمان الاتحادي بالتشريع في كلّ الشؤون المتعلقة بالاتحاد ككل، أمّا برلمانات الولايات، فإنّ كل واحدة منها تختصّ بالتشريع في المسائل التي تعنيها في إطار إقليمها، ويتكوّن البرلمان الاتحادي عادة من مجلسين الأوّل يمثّل الولايات بالتساوي، والثاني يمثّل الشعب، فيختلف ممثلي كلّ ولاية باختلاف كثافتها السكانية⁴.

¹ - عبد العزيز راجي، المرجع السابق، ص 17.

² - جهيدة لعجيري، المرجع السابق، المحاضرة الثانية، ص 08.

³ - بوزيان مكلل، المرجع السابق، ص 48.

⁴ - لتفاصيل أكثر، راجع: جيروم أ. بارون، توماس دنيس، الوجيز في القانون الدستوري، المبادئ الأساسية للدستور الأمريكي، ترجمة: محمد مصطفى غنيم، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية، القاهرة، سنة 1998.

يحضى دستور الولايات المتحدة الأمريكية باحترام من جميع المؤسسات لأنه يمثل العهد الاجتماعي، الذي يقرّ الحقوق والواجبات للأفراد، ويرسم ملامح حكم فيدرالي، تتوزع فيه الصلاحيات بين أجهزة الولايات المتحدة والأجهزة المركزية للاتحاد.

ويتألف دستور الـو.م.أ من مقدّمة، وسبع مواد أدخلت عليه عدّة تعديلات، ويتميّز بثلاث خصائص أساسية¹:

1- دستور مكتوب: جاءت صياغته عامّة تاركا التفاصيل لاجتهادات القضاء والتشريع.

2- دستور مرن في تفسيره، جامد في تعديله: للقضاء سلطة واسعة في تفسير الدستور، لكن في تعديله اشترط المشرّع إجراءات خاصّة².

3- تطبيق مبدأ الرقابة على دستورية القوانين: وهنا يظهر الاختلاف ما بين القانون الأمريكية والانجليزي، فالرقابة القضائية لدستورية القوانين غير موجودة في إنجلترا وبمقتضاها يمارس القضاء في أمريكا وظيفة الرقابة على مدى مطابقة القوانين الفيدرالية أو مخالفتهم لأحكام الدستور، ويجوز للأفراد العاديين تقديم طلب الطعن في دستورية القوانين³.

البند الثالث: الفقه.

هو مصدر مهمّ للقانون في الـو.م.أ من خلال ما يستوجبه المشرع والقاضي من آراء الفقهاء المختلفة، ويتكوّن الفقه من مؤلّفات الفقهاء، المقالات القانونية، التعليقات على الأحكام القضائية، بالإضافة إلى دور كليات الحقوق في الـو.م.أ في تطوير القانون لا سيما القانون المقارن (كليتي هارفارد وكولومبيا).

¹ - موسى بن سعيد، المرجع السابق، ص 31.

² - مولود ديدان، مباحث في القانون الدستوري والنظم السياسية، على ضوء التعديل الدستوري لسنة 2016، دار بلقيس، الجزائر، طبعة 2016، ص 82.

³ - نعيمة لوراد، مقارنة الأنظمة القانونية، المحاضرة رقم 06؛ راجع كذلك: جهيدة لعجيري، المرجع السابق، المحاضرة رقم 02، ص 08.

الفرع الثالث: خصائص القانون الأمريكي.

إنّ قانون الولايات المتحدة الأمريكية تأثر بالقانون العام الانجليزي من عدّة نواحي (المصطلحات، التقسيمات...)، ولكن مع تطوّر المجتمع الأمريكي عبر مراحل مختلفة، أخذ يستقل أو ينفرد عن النظام القانوني الانجليزي، نظراً لاختلاف الأنظمة السياسية بين الدولتين:

- 1- تعتبر بريطانيا من البلدان التي تحكمها الأعراف والتقاليد، وهي جزء من تاريخ الأمة، بينما أمريكا تتعدّد فيها الشعوب التي هاجرت إليها بحثاً عن عالم جديد، معرضة عن تقاليدها.
- 2- وجود العديد من قواعد النظام البريطاني لم تنتقل إلى النظام الأمريكي بسبب اختلاف الظروف الاجتماعية والثقافية، واستقلال أمريكا عن إنجلترا.
- 3- اختلاف النظام السياسي، حيث أنّ بريطانيا دولة ملكية موحّدة، ونظامها السياسي برلماني، أمّا الولايات المتحدة الأمريكية فهي جمهورية اتحادية ونظامها السياسي رئاسي.
- 4- الاختلاف في البنية الاقتصادية للبلدين.
- 5- الإدارة القضائية الانجليزية تخضع لنظام مركزي شديد، أما في الوم.أ لا يوجد نظام مركزي لأنّ كلّ ولاية مستقلة عن الأخرى.
- 6- ازدواجية القضاء والقوانين في أمريكا.
- 7- وجود نظام رقابة المحاكم القضائية على دستورية القوانين لكون أنّ الوم.أ تعتمد على الأحكام التي يتضمّنّها الدستور.
- 8- وجود دستور مكتوب في أمريكا ينظم الصلاحيات والسلطات المختلفة المركزية وعلى مستوى الولايات، بخلاف إنجلترا.
- 9- عدم إلزامية الأخذ بالسابقة القضائية في أمريكا، مع إمكانية الخروج عنها، بتعديلها، أو بمقتضى نصّ تشريعي.

المطلب الثالث: علاقة النظام القانوني المشترك (الأنجلو أمريكي) بالفقه الإسلامي.

يؤكد البعض تأثر النظام الأنجلو أمريكي وتحديدا القانون الانجليزي- بالفقه الإسلامي، في تبني بعض النظريات والقواعد الفقهية، ومنها:

الفرع الأول: نظرية الظروف الطارئة¹.

حيث لم يعرف القانون الانجليزي على وجه الخصوص، والقوانين الغربية والعربية هذه النظرية إلا عن طريق الفقه الإسلامي، إلا أن القوانين التي عالجت هذه النظرية اشترطت أن يكون الظرف الطارئ عاماً كالحرب والكوارث الطبيعية، في حين أن الفقه الإسلامي يشترط ذلك، بل يجوز تطبيق النظرية ولو كان الظرف الطارئ خاصاً بظرف واحد².

الفرع الثاني: المثليات والقيميات.

تقسيم المال إلى مثلي وقيمي مستمد من الفقه الإسلامي، حيث نصت عليه مجلة الأحكام العدلية، وفي القانون الانجليزي لبيع البضائع (1979)، يميز بين الأشياء المعينة بالنوع "Specific Goods"، وتلك المعينة بالذات "Unascertained Goods" إذ لا يسمح بإبطال البيوع إلا إذا كان محلها بضاعة معينة بالنوع متى تعذر تسليمها³.

الفرع الثالث: نظام الترس "Trust"

وهو نظام مقرّر في القانون الانجليزي، ويقابل نظام "الوقف" المعروف في الفقه الإسلامي⁴، ويتلخّص النظام بنقل ملكية المال المخصص للخير أو إلى أيّ غرض شرعي آخر كالأهل والأولاد، إلى شخص آخر يكون هو الأمين، ويكون الأهل والأولاد أو الغرض الخيري المستفيد "beneficiaries"، والأمين يكون المالك القانوني أو الرسمي، والأهل

¹ - وتتلخّص هذه النظرية في أنّ تنفيذ الالتزام، قد يصبح مرهقا للمدين، ومؤديا إلى خسارة فادحة، بسبب حدوث وقائع غير عادية، ممّا يتطلب إعادة النظر في العقد، على نحو يخفف من هذه الخسارة. ويعرّف الفقه الإسلامي هذه الفكرة تحت مصطلح "الإعذار"، والتي تسمح بفسخ عقد الإيجار لدى الحنفية. راجع: عدنان سرحان ونوري خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، الالتزامات، دراسة مقارنة، دار الثقافة، ط6، عمّان، الأردن، سنة 2016، ص 255 وما بعدها.

² - مصطفى الزلمي، الكامل في الشريعة والقانون، ط1، إحسان للنشر والتوزيع، سنة 2014، ص 70.

³ - Andrew Burrows, English Private Law. third edition, Oxford University Press, UK, 2013, p. 670.

⁴ - Monica M. Gandiosi, The Influence of the Islamic law of Waqf on the Development of the trust in England, the case of Mertom College, 136, university of Pennsylvania law review 1231 (1988).

والأولاد، والغرض الخيري هم الملاك عدالة وديانة، ولا يمكن للأمين "trustee" أن يستفيد من إدارة الترس على حساب المستفيدين، ووجه الشبه مع الوقف هو في نقل ملكية المال الموقوف، أو المال موضوع الترس إلى شخص آخر يتصرف فيه لمصلحة المستفيدين، وقد يكونون أفراداً أو جهات الخير، مثل المستشفيات والمدارس، أو الكنائس، فالمال محبوس على ذمة الله، فيصبح المال غير قابل للتصرف فيه إلا طبقاً لشروط الوقف¹.

الفرع الرابع: القواعد الفقهية.

يوجد تشابه بين بعض القواعد القانونية في القانون الانجليزي، والقواعد الفقهية في الفقه الإسلامي.

البند الأول: قواعد الضرر: ومنها:

1- قاعدة الضرورات تبيح المحظورات: ومن تطبيقاتها القانونية المقتنة مبدأ الدفاع عن

النفس أو العرض أو المال المعروفة بـ "دفع الصائل"².

وكذلك قاعدة "الضرر يزال"، وقاعدة "لا ضرر ولا ضرار"، ومفادها أن الضرر الذي يتسبب في حدوثه لغيره في نفسه أو في ماله يجب العمل على إزالته ورفع سواه بتعويض المتضرر، أو أهله إن تسبب الضرر بموته، أو إزالة العائق المتسبب بالضرر، كذلك قاعدة "لا خطأ بدون تعويض"، وهي قاعدة "There is no wrong without remedy"³.

¹- براهيم محمد عطا الله، تأثير الفقه الإسلامي على تكوين القانون الانجليزي، مجلة التسامح، وزارة الأوقاف العثمانية، مسقط، العدد 24، سنة 2008، ص 04.

²- ويقصد بـ"دفع الصائل"، هو واجب الإنسان في حماية نفسه أو غيره من كل اعتداء حال غير مشروع، بالقوة اللازمة لدفع هذا الاعتداء. راجع، زيدان حمدان، محمود ساخن، الدفاع الشرعي الخاص في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة مع القانون الوضعي، رسالة ماجستير في الفقه والتشريع، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2008، ص 34.

خليفة بابكر الحسن وعبد الهادي السراج، تاريخ التشريع الإسلامي ومصادره، كلية الشريعة والقانون، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة، سنة 1997، ص 288.

³ -S.P. Singh, Law of tort, including compensation under the consumer protection Act, fifth edition, Universal law publishing, India, 2010, p. 10.

وقد لعبت قاعدة "الضرر يزال" دورا تاريخيا في القانون الانجليزي، حيث صدر قانون وستمنستر الثاني (1285)، الذي أجاز للمحاكم قبول أيّ دعوى تتضمن المطالبة برفع الضرر، ولو لم تستند إلى سابقة قضائية معيّنة، تكون سببا للدعوى، مما أدى إلى قبول العديد من قضايا الغضب والإتلاف، بعدما كان يشترط لقبولها أن تكون في حدود النماذج القضائية المكتوبة، فضلا عن تأصيل العديد من الأحكام القضائية في القانون الانجليزي على هذه القاعدة، مثل الحكم بتضمين المتسبب بفعله لما يقع من ضرر للغير، سواء لمخالفته العقد "Breach of contract" أو لفعله الضار "tort"، كمن حفر حفرة بالطريق العام، ويقع فيها شخص يصاب بضرر فيكون الضمان على حافر الحفرة¹.

2- قاعدة الأمور بمقاصدها، والقاعدة في القانون الانجليزي هي: " An act is judged by its object".

¹ - خليفة بابكر حسن، المرجع السابق، ص 289.



المبحث الثالث: النظام القانوني الإسلامي.

الشريعة الإسلامية ليست فحسب ديناً يتقيد به، وإنما هي عقيدة وشريعة، أي أنها لاهوتية وسياسية، تضمّنت إلى جانب العقيدة والعبادات أسساً للحكم والتنظيم السياسي والاجتماعي والاقتصادي والدولي.

هذه الأسس والقواعد هي ما يطلق عليها الغربيون تسمية "القانون الإسلامي"، ويخصّ بعضهم هذا الاسم على فقه الشريعة الإسلامية¹.

ويراد بالشريعة الإسلامية جميع الأحكام التي شرّعها الله عزّ وجلّ لعباده عن طريق رسول من رسله، وسميت تلك الأحكام شريعة لاستقامتها وعدم اعوجاجها. والشريعة الإسلامية نسبة للإسلام، هي الأحكام التي شرّعها الله لعباده على لسان سيّدنا محمد صلّى الله عليه وسلّم².

إنّ دراسة الشريعة الإسلامية كنظام قانوني إلى جانب كلّ من النظام اللاتيني الجرمانى، والنظام الأنجلو أمريكي (شريعة القانون المشترك)، يتطلّب منّا الإحاطة بخصائصها ومبادئها (المطلب الأوّل) مصادرها ونظامها القضائي (المطلب الثاني)، وموقف التشريعات الوضعية منها (المطلب الثالث).

المطلب الأوّل: خصائص الشريعة الإسلامية ومبادئها.

تتميّز الشريعة الإسلامية بمجموعة من الخصائص والمبادئ، ترفعها إلى أرقى درجة من الكمال، ولا يرقى إليها أيّ قانون وضعي.

الفرع الأوّل: خصائص الشريعة الإسلامية.

إنّ الشريعة الإسلامية من خلال خصائصها، تتميّز عن النظم القانونية الأخرى³، وستعرّض لأهمّ هذه الخصائص، مراعين في ذلك الترتيب الذي يربطها بالعقيدة الإسلامية.

¹ - محمود إبراهيم الوالى، المرجع السابق، ص 92.

² - متولي البراجيلي، دراسات في أصول الفقه، مصادر التشريع، مكتبة السنة، القاهرة، طبعة 2010، ص 86.

³ - سعيد فكرة، سمات الشريعة الإنسانية، وصلحياتها الأبدية، مجلة الإحياء، المجلد التاسع، العدد 1، جامعة باتنة 1، ص

البند الأول: الربانية.

إنّ المنتبّع لعشرات الآيات في القرآن الكريم، يجدها تنص على مبدأ الحاكمية لله، والذي يعتبر نتيجة طبيعية للعقيدة التي هي أساس الإسلام.

قال الله تعالى:

- ﴿إِنَّ الْحُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ أَمَرَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ﴾ يوسف (40).
- ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ﴾ (النساء: 65)
- ﴿فَالْحُكْمُ لِلَّهِ الْعَلِيِّ الْكَبِيرِ﴾ (غافر، الآية 12)
- ﴿وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ اللَّهِ حُكْمًا لِقَوْمٍ يُوقِنُونَ﴾ (المائدة: 50)
- ﴿إِنَّ الْحُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ يَقْضُ الْحَقَّ وَهُوَ خَيْرُ الْفَاصِلِينَ﴾ (الأنعام: 57)

فمصدر الشريعة هو الله سبحانه وتعالى، عكس الأنظمة الأخرى، التي هي من صنع البشر، والله تعالى هو المتصرف بكل صفات الجلال والكمال، الخالي من كل عيب أو نقص أو جهل أو هوى، لذلك فإن أحكام الشريعة الإسلامية تهدف إلى ربط الناس بخالقهم، والأخذ بها هو جزء من العقيدة وشرط للإيمان¹.

ويترتب على خاصية الربانية عدّة نتائج أهمّها²:

- 1- خلوّ أحكام الشريعة الإسلامية من أيّ نقصٍ لأنّ شارعها هو الله، صاحب الكمال المطلق.
- 2- عصمتها من معاني الجور والظلم تأسيا على عدل الله المطلق.
- 3- قدسية أحكامها عند المؤمن بها إذ يجد في نفسه القدسية وهيبة تجاهها.

¹ - موسى بن سعيد، المرجع السابق، ص 40.

² - عمر سليمان الأشقر، خصائص الشريعة الإسلامية، مكتبة الفلاح، الكويت، سنة 1982، ص ص 35- 36.

البند الثاني: الشمولية.

من الخصائص الكبرى التي تميز الإسلام عن غيره من النظم الوضعية والأديان الأخرى، أنه شامل يستوعب الزمن كله، والحياة كلها، ويستوعب كيان الإنسان كله. ومن ثم فهي شريعة تواكب كل الأزمنة والأجيال، ولا تقتصر على جيل دون جيل¹، وقد أقام الفقهاء المسلمون فقها شامخا، وعلوما فقهية توضّح مدى تلاءم الشريعة مع كل زمان ومكان².

وعلى ضوء هذا الشمول، يمكن تقسيم أحكام الشريعة الإسلامية إلى ثلاث مجموعات رئيسية هي³:

أ- أحكام اعتقادية: متعلّقة بذات الله تعالى وصفاته، والإيمان به وبرسله، وباليوم الآخر، وما فيه من ثواب وحساب وعقاب.

ب- أحكام أخلاقية: وهي الأحكام المتعلقة بأمّهات الفضائل، الصدق والوفاء، والصبر والأمانة.

ج- أحكام عملية: هي الأحكام المتعلقة بأعمال الإنسان وهي نوعان:

• عبادات: وهي الأحكام الشرعية المتعلقة بعلاقة الإنسان بخالقه كالصلاة والصيام، والزكاة، والحج...

• معاملات: وهي الأحكام المتعلقة بأعمال الإنسان وتصرفاته التي يقصد بها تحقيق المصالح الدنيوية، أو تنظيم علاقته مع فرد أو مجتمع كالبيوع، الرهن، والشركة.

وما تجدر الإشارة إليه، هو أنّ الشريعة الإسلامية، وبالمقارنة مع القوانين الوضعية، تشتمل على جميع فروع القوانين الوضعية، سواء العام أو الخاص، إذ توجب أحكام تخصّ حقوق الأسرة (الخطبة، الزواج، الطلاق، حقوق الأولاد، النفقة، الحضانة، الوصاية،

¹ - سعيد فكرة، المرجع السابق، ص 23.

² - محمود إبراهيم الوالي، المرجع السابق، ص 93.

³ - موسى بن سعيد، المرجع السابق، ص 39.

المواريث، حالة الأشخاص وأهليتهم)¹. وقد نزل في القرآن 70 آية تخصّ الأحوال الشخصية، وتتعلّق أحكام أخرى بالمسائل الجنائية، وهي الأحكام المرتبطة بما يصدر عن الإنسان من جرائم وعقوباتها، (30 آية تتعلّق بالمسائل الجنائية)، و20 آية تتعلّق بالقضاء والسيادة، و20 آية بالمعاملات المختلفة.

وتفرّق الشريعة الإسلامية بين 03 أنواع من الجرائم: جرائم الحدود²، جرائم القصاص³، وجرائم التعزير⁴.

البند الثالث: العالمية.

فهي موجّهة إلى الناس كافة من منطلق الوحدة، فالناس أبوهم واحد، وإلههم واحد، فهم من حيث الأصل أمّة واحدة، ودعوة الناس للإسلام دعوة عامّة للخضوع للخالق سبحانه وعبادته. ولما كانت الشريعة عالمية فإنّها أنزلت لإصلاح الجميع، وجاءت لمعاملتهم بالتسوية في الوقوف أمام الأحكام، لأنّ طبيعة الإنسان واحدة، مما يستوجب وحدة التكليف والمعاملة⁵.

البند الرابع: الجمع بين الثبات والمرونة.

جمعت الشريعة بين نوعين من الأحكام، نوع ثابت لا يعترضه تغيير، ولا تبديل باعتبار الأزمة والامكنة، ونوع يخضع لظروف الزمان والمكان والأحوال، وتغيير الأعراف والعادات، التي تعتبر المصلحة تابعة لها مع المحافظة على مبادئ الشرع وقواعده⁶.

¹ - عبد العزيز راجي، المرجع السابق، ص ص 22- 23.

² - جرائم الحدود: وهي جريمة السرقة، الزنا، شرب الخمر، البغي، القذف.

³ - جرائم القصاص: تتعلّق بالاعتداءات الجسدية التي تصيب الإنسان، كالقتل العمدى أو غير العمدى، الضرب والجرح، حيث أنّ عقوبة القتل العمدى هي القصاص مع الدية، أما الجرح والضرب فعقوبته هي المماثلة.

⁴ - جرائم التعزير: وهي الجرائم التي تخرج عن دائرة جرائم القصاص والحدود والتي لم يرد بشأنها نص في القرآن الكريم لتحديد العقوبة، مع ثبوت تجريمها والنهي عن ارتكابها، وتتغيّر بتغيّر الظروف المكانية والزمانية، وللمحاكم سلطة تقديرية واسعة لتحديد هذه الجرائم، بالقياس على الجرائم الواردة في القرآن الكريم. راجع: عبد العزيز راجي، المرجع السابق، ص 24.

⁵ - سعيد فكرة، المرجع السابق، ص 26.

⁶ - حميد شاوش، المرجع السابق، ص 46.

وبهذا يتجلى الثبات في أصول الشريعة، وكلياتها وقطعياتها، وتتجلى المرونة في فروعها وجزئياتها وظنيتها، فالثبات يمنعها من الميوع والذوبان في غيرها من الشرائع، والمرونة تجعلها تستجيب لكلّ مستجدات العصر¹.

وقد عبّر الدكتور يوسف القرضاوي عن المرونة بأنّها: «سعة الشريعة الإسلامية وقابليتها لمواجهة التطور البشري، والتغيّر الزماني والمكاني، ممّا يجعلها صالحة للتطبيق في كلّ زمان ومكان»².

أمّا الدكتور فتحي الدريني، فقد عبّر عنها بقوله: «إمكانية الشريعة الإسلامية على مواجهة الحياة بقضاياها المتجدّدة، المعقّدة والمتكاثرة»³.

وعرّفها الدكتور أنس إغبارية بأنّها: «مسايرة الأحكام الشرعية المتغيّرة للحوادث والمستجدّات، ومراعاة المستثنيات، لتحقيق المصالح المعتبرة شرعاً»⁴.

البند الخامس: الوسطية.

من خصائص الشريعة الإسلامية الوسطية والاعتدال، ونعني بها التوسط أو الاعتدال، أو التعادل بين طرفين متقابلين أو متضادين، بحيث لا ينفرد أحدهما بالتأثير، ويترد الطرف المقابل، وبحيث لا يأخذ أحد الطرفين أكثر من حقه، ومثال ذلك: الروحية والمادية، والفردية والجماعية، والواقعية والمثالية، والثبات والتغيير⁵.

ومعنى التوازن بينهما: أن يفسح لكلّ طرف منها مجاله، ويعطى حقه، فلا غلوّ ولا تقصير، ولا طغيان ولا إخسار، وبهذا فالوسطية تعني العدالة، فقد وصف الله تعالى أمة

¹ - موسى بن سعيد، المرجع السابق، ص 40.

² - يوسف القرضاوي، عوامل السعة والمرونة في الشريعة الإسلامية، الديوان الامري، قطر، سنة 1994، ص 21.

³ - محمد فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه وأصوله، مؤسسات الرّسالة، الطبعة الأولى، سنة 1414هـ، سنة 1994م، ص 97.

⁴ - عصام صبحي شريير، العرف وأثره في مرونة الشريعة الإسلامية، مجلة الذخيرة للبحوث والدراسات الإسلامية، غرداية، المجلد الأوّل، العدد الأوّل، ديسمبر 2017، ص 275.

⁵ - سعيد فكرة، المرجع السابق، ص 27.

الإسلام بقوله: ﴿وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطًا لِتَكُونُوا شُهَدَاءَ عَلَى النَّاسِ﴾¹. وتتجلى الوسطية في مختلف جوانب العقيدة، عبادةً وأخلاقاً ومعاملات.

وبهذا فإنّ الشريعة الإسلامية - على خلاف القوانين الوضعية- توازن بين مصالح الفرد والجماعة، فلا تميل إلى الجماعة على حساب الفرد، ولا تقدّس الفرد على حساب الجماعة.

الفرع الثاني: مبادئ الشريعة الإسلامية.

بني التشريع الإسلامي على أربعة مبادئ أساسية هي:

البند الأوّل: التدرّج في التشريع.

إنّ القرآن والسنة لم يأتيا جملة واحدة، بل استغرقا مدّة الرّسالة كلّها، كما أنّ أحكامهما شرّعت تدريجياً، تحقيقاً لحكم جليّة، وتخفيفاً على الناس، وتماشياً مع فطرة الإنسان التي يتطلّب التعامل معها التزام التدرّج لتغييرها وحسن الارتقاء بها. كما أنّ التدرّج يتلاءم مع منهج التغيير بشكل عام، إذ لا يمكن تغيير أوضاع المجتمعات لتنفق مع الشريعة إلاّ بأسلوب التدرّج².

البند الثاني: التيسير ورفع الحرج.

إنّ الشريعة الإسلامية شريعة يسر ورفع حرج لقوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ يَسَّرْنَا الْقُرْآنَ لِلذِّكْرِ فَهَلْ مِنْ مُدَكِّرٍ﴾³، وفي قوله تعالى: ﴿مَنْهُ مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ﴾⁴. وهكذا قرّر وهكذا قرّر الإسلام قواعد تثبت مبدأ الرحمة واليسر، ومن هذه القواعد: المشقة تجلب

¹ - سورة البقرة، (الآية 143).

² - عبد الوهاب خلاف، خلاصة تاريخ التشريع الإسلامي، دار القلم للطباعة، الكويت، سنة 1971، ص 19.

³ - سورة القمر، الآية 17.

⁴ - سورة المائدة، الآية 06.

التيسير- الضرر يزال- يدفع الضرر الأعلى بارتكاب الضرر الأدنى- الضرورات تبيح المحظورات¹.

البند الثالث: التقليل من التقنين.

إنّ الأحكام التي شرعها الله ورسوله، لم تشرّع إلاّ على قدر الحاجات التي دعت إليها، والحوادث التي اقتضتها، ولم تشرّع منها أحكام لحل مسائل افتراضية أو للفصل في خصومات محتملة².

البند الرابع: تحقيق العدل بين الناس.

فهذا من الأسس القوية التي يعتمد عليها التشريع الإسلامي، وقد تضافرت النصوص على ترسيخه، إذ نجد نصوصا تدعو لإقامة العدل، وأخرى تنفّر من الظلم، فمن النصوص التي تدعو لإقامة العدل، قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ...﴾³، وقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ...﴾⁴، وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ...﴾⁵.

ومن النصوص التي تنفّر من الظلم، قوله تعالى: ﴿وَلَا تَحْسَبَنَّ اللَّهَ غَافِلًا عَمَّا يَعْمَلُ الظَّالِمُونَ إِنَّمَا يُؤَخِّرُهُمْ لِيَوْمٍ تَشْخَصُ فِيهِ الْأَبْصَارُ﴾⁶، وقول الرسول صلى الله عليه وسلم: «الظلم ظلمات يوم القيامة».

¹ - سعيد فكرة، المرجع السابق، ص 33.

² - حميد شاوش، المرجع السابق، ص 51.

³ - سورة النحل، الآية 90.

⁴ - سورة النساء، الآية 58.

⁵ - سورة النساء، الآية 135.

⁶ - سورة إبراهيم، الآية 42.

المطلب الثاني: مصادر الشريعة الإسلامية وتنظيمها القضائي.

إنّ للشريعة الإسلامية مصادر تتخذ منها أحكامها، كما لها تنظيم قضائي خاصّ بها.

الفرع الأول: مصادر الشريعة الإسلامية.

تنقسم مصادر الشريعة الإسلامية إلى قسمين:

- مصادر متفق عليها وهي القرآن والسنة والإجماع والقياس (مصادر أصلية).
- ومصادر مختلف فيها بين الفقهاء، وهي: الاستحسان، والمصالح المرسلة، وسدّ الذرائع، والعرف، وشرع ما قبلنا ومذهب الصحاب والاسترحاب، وتعتبر هذه المصادر تبعية.

البند الأول: المصادر الأصلية.

لقد اتفق جمهور الفقهاء على أنّ المصادر الأصلية هي القرآن والسنة والإجماع والقياس، واستدلّوا في ذلك من الكتاب بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾¹. فالأمر بطاعة الله ورسوله هو أمر بإتباع ما جاء في القرآن والسنة، والأمر بطاعة أولي الأمر هو إتباع العلماء المسلمين، فيما اتفقوا عليه من أحكام وتشريعات.

وقوله: ﴿فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ...﴾، هو الأمر بردّ الوقائع المتنازع

فيها إلى كتاب الله وسنة رسوله، وهو إشارة إلى الاجتهاد عن طريق القياس حيث لا نصّ ولا إجماع².

¹ - سورة النساء، الآية 59.

² - بن علي قادة بن، محاضرات في أصول الفقه ومصادر الشريعة الإسلامية، جامعة جيلالي ليايس- سيدي بلعباس، بدون سنة، ص 08.

وبهذا تتمثل المصادر الأصلية في: القرآن- السنة- الإجماع والقياس.

أولاً- القرآن الكريم:

هو كلام الله المكتوب في المصاحف، وهو مجموع ما ورد به من ألفاظ، ويتميز بما يلي: أنه لفظ عربي، منزل على النبي محمد صلى الله عليه وسلم، ومنقول إلينا نقلاً متواتراً، كما يعجز البشر على أن يأتوا بمثله¹، فهو الكتاب الذي لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه، صالح لكل زمان ومكان، وحال البشرية عامّة، المتعبّد الذي لا تصلح العبادة بدونه، حيث تأخذ منه أمور العبادة والأحكام، وهو المحفوظ من الله².

وقد أثبتت الدراسات أنّ عدد الآيات المنزلة على الرسول صلى الله عليه وسلم 70 آية في المدينة كلّها تتعلّق بالمعاملات، و70 آية أنزلت عليه تتعلّق بالأحوال الشخصية، و30 آية خاصّة بالقضايا الجنائية، و20 آية في القضاء والشهادة³.

ثانياً- السنة النبويّة:

هي ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم من قول أو فعل أو تقرير، وهي المصدر الثاني للشريعة الإسلامية⁴:

1- سنة قولية: وهي ما صدر عن الرسول صلى الله عليه وسلم من قول في أغراض متعدّدة ولمناسبات مختلفة.

2- سنة فعلية: هي ما صدر عن الرسول من فعل موضحاً لتشريع يأخذ به المسلمون في دينهم.

3- سنة تقريرية: وهي سكوت الرسول صلى الله عليه وسلم عن الأفكار عند رؤيته شخصاً يفعل شيئاً، أو يقول شيئاً بشرط قدرته على الإنكار، وعدم علم تقدّم إنكاره على ذلك الفعل⁵.

¹ - محمود إبراهيم الوالي، المرجع السابق، ص 94.

² - جلول حيدور، المرجع السابق، ص 55.

³ - بوزيان مكلل، المرجع السابق، ص 62.

⁴ - معراج جديدي، المرجع السابق، ص 64.

⁵ - محمود إبراهيم الوالي، المرجع السابق، ص 94.

ثالثاً- الإجماع:

ويراد به اتفاق مجتهدي الأمة بعد وفاة الرسول صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في عصر من العصور على حكم شرعي اجتهادي في واقعة من الوقائع لا نصّ فيها، ويعدّ الإجماع الصريح حجة قاطعة يجب العمل بها وعدم مخالفتها. والإجماع مصدر من مصادر الشريعة الإسلامية، ودليل من أدلة الأحكام الشرعية، وهو يأتي في المرتبة الثالثة بعد القرآن والسنة، وهو يعتبر مصدراً عقلياً اجتهادياً¹.

رابعاً- القياس:

هو من أهمّ مجالات الاجتهاد، وإطاره واسع جداً، يضيف على الشريعة مرونة، وحيوية، ويؤدّي إلى إتباعها إتباعاً عظيماً، لأنّه لا يمكن لأيّ تشريع في العالم أن تحيط نصوصه بجميع أحكام الحوادث والمسائل الجزئية، وهنا تظهر الحاجة إلى الاجتهاد بالقياس وبغيره من الطرق الاجتهادية.

وترك تطبيق القواعد والأصول التشريعية العامّة على المسائل الجزئية للمجتهدين من الفقهاء والحكام والقضاة، بإلحاق غير المنصوص على حكمه على المنصوص عليه عملاً بهذا الدليل الشرعي، يجسّد تجاوب الشريعة الإسلامية مع الواقع ومراعاة الظروف، وتطوّر الأحوال وتجدد المسائل، وهو ما يعكس مرونة الشريعة الإسلامية وصلاحيتها لكل الظروف والأزمان².

فأحكام الشريعة الإسلامية مرتبطة بعقلها، وتدور معها وجوداً وعدماءً، وهو ما يفيد المساواة بين النظيرين المتمثلين في الحكم بناء على تساويهما في أمر جامع بينهما، ينبني عليه حكمهما، وهذا الأصل هو القياس³.

¹ - نعيمة لوراد، محاضرات في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 66.

² - سليمة بن عبد السلام، أثر الأدلة العقلية في مرونة الشريعة الإسلامية، مجلة الإحياء، جامعة باتنة 1، العددان 17 و18، السنة 2014-2015، ص 396.

³ - شلبي محمد مصطفى، أصول الفقه الإسلامي، الدار الجامعية، بيروت، بدون طبعة وبدون سنة، ص 215.

البند الثاني: المصادر التبعية.

وتشمل الاستحسان، المصالح المرسلّة، سد الذرائع، العرف، الاسترحاب، وشرع من قبلنا، ومذهب الصحابي.

أولاً- الاستحسان:

هو الأخذ بدليل معيّن في مسألة ما عدولاً عن أصل عام، أو عن دليل آخر لسبب شرعي، اقتضى ذلك العدول¹. وبهذا هو ترك لقياس، والأخذ بما هو أوفق للناس، إعمالاً بقاعدة نفي الحرج في الشريعة الإسلامية²، وهو سرّ قول الإمام مالك: «الاستحسان تسعة أعشار العلم»، وهو يعدل ما في بعض الأقيسة من غلوّ يؤدي تطبيقها إلى المشقّة والحرج. وقد اشتهر أبو حنيفة وأتباعه بطريقة الاستحسان وبناء الأحكام عليها وبرعوا في الاستنباط الاستحساني براعة عدلوا فيها كثيراً من غلوّ القياس الظاهر، عندما يؤدي إلى مشكلة في المصلحة التطبيقية³.

ثانياً- المصلحة المرسلّة:

إنّ أحكام الشريعة الإسلامية قصد بتشريعها ابتداء- تحقيق مصالح الناس الضرورية والحاجية والتحسينية، فمتى ثبت باليقين أو الظنّ الراجح، أنّ تحقيق أمر ضروري للناس أو حاجي أو تحسيني، يقتضي تشريع حكم من الأحكام، ساع تشريعه، وكان الحكم شرعياً لأته بني على أساس مصلحة اعتبرها الشارع في الجملة، ولم يقم منه دليل على إلغائها.

فالمصالح المرسلّة بضوابطها، هي أخصب الطرق التشريعية فيما لا نصّ فيه، تحقق مصالح الناس من خلال تشريع ما يجلب النفع لهم، ويدفع المفسد عنهم في ضوء مقاصد الشريعة الإسلامية، وهو ما يؤكّد مرونة الشريعة الإسلامية ويسرها وخلودها⁴.

¹ - وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الفكر، دمشق، سنة 1986، ص 748.

² - السرخسي، محمد بن أبي سهل، المبسوط، ترجمة: خليل محي الدين الميس، الطبعة الأولى، دار الفكر، بيروت، سنة 2000، ص 250.

³ - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، الطبعة الأولى، دار القلم، دمشق، سنة 1998، ص ص 95-96.

⁴ - شلبي محمد مصطفى، المرجع السابق، ص 309.

ثالثاً- سدّ الذرائع:

إنّ النهي عن المفسد في الشرع، هو وهي عن الأفعال الموصلة إلى المفسد، ومنع أيضاً لكل وسيلة تفضي إليها بطريق غير مباشر، فتسدّ الطريقة الموصلة إلى المفسد، وإن كانت في ذاتها مباحة¹. وبهذا فسّد الذرائع يعني سدّ وسائل الفساد، فكّل ما يؤدي إلى فساد فهو ممنوع².

رابعاً- العرف:

عرف الأصوليون العرف بأنه هو ما استقرّ في النفوس من جهة العقول، وتلقته الأمة بالقبول، وينقسم إلى عرف صحيح وعرف فاسد، فالصحيح هو ما تعارف عليه الناس، ولم يقد دليل شرعي على فساده، فلا يحرمّ حلالاً، ولا يحلّ حراماً، أمّا الفاسد فهو ما تعارفه الناس، وقام الدليل الشرعي على فساده وبطلانه، بأن أحلّ حراماً، أو حرّم حلالاً³.

ويقول الإمام أبو زهرة: «لا شكّ أنّ مراعاة العرف الذي لا فساد فيه ضرب من ضروب المصلحة، لا يصحّ أن يتركه الفقيه بل يجب الأخذ به».

خامساً- الاستصحاب:

وهو الحكم على الشيء، بما كان ثابتاً له أو منفيًا عنه، لعدم قيام الدليل على خلافه.

سادساً- شرع من قبلنا:

وهو حكم إلهي بلّغه الرسول إلينا، ولم يدلّ الدليل على رفعه عنّا.

سابعاً- مذهب الصحابي:

وهو قول الصّحابي الذي لم يعرف له مخالفة من الصحابة⁴.

¹ - سليمان بن عبد السلام، المرجع السابق، ص 399.

² - محمد أبو زهرة، حياته وعصره، آراءه وفقهه، مكتبة الأنجلو المصرية، مطبعة الاعتماد بمصر، بدون طبعة، وبدون سنة، ص 383.

³ - عصام صبحي شريير، المرجع السابق، ص ص 271- 273.

⁴ - محمود إبراهيم الوالي، المرجع السابق، ص 97.

الفرع الثاني: التنظيم القضائي في الشريعة الإسلامية.

أقامت الدولة الإسلامية نظاماً قضائياً على أساس مبادئ العدالة والإنصاف، وقد كان الرسول صلى الله عليه وسلم، والخلفاء الراشدون من بعده، يجلسون كقضاة لتسوية الخلافات والنزاعات بين المسلمين، ثم تطوّر الأمر فأصبح الجهاز القضائي متنقلاً، وكان يشترط فيه القاضي توافر شروط تقترب من شروط الخليفة من بينها: أن يكون مسلماً، ذكراً، حراً، بالغاً، سليم الحواس من سمع وبصر، ومجتهداً (فقيهاً في شؤون العبادات والمعاملات).

ومن صلاحياته تسوية الخلافات في المسائل المدنية والجنائية، كما كان يقوم بإدارة أموال اليتامى، والمفقودين، وعديمي الأهلية، ويقوم بتنفيذ الوصايا، وكان يساعد في ذلك الأعدان، ويستعين القضاة بالكتّاب، والمترجمين والخبراء¹.

وتطوّر النظام القضائي في العهد العباسي، وأخذ شكل القضاء الجماعي، إذ ينظر في المسألة الواحدة عدد من القضاة، كانوا يتعاونون من أجل إيجاد حلول للمسائل الاجتهادية، التي لم ينصّ عليها القرآن ولا السنة النبوية.

كما كان القاضي يستعين بأمناء بيت المال، حيث يكفّهم بحفظ أموال القصر وتسييرها، والشركات والمحافظة عليها².

وإلى جانب القضاء العادي، وجدت أنظمة قضائية خاصّة:

1- نظام الحسبة:

الحسبة هي الأمر بالمعروف إذا ظهر تركه، والنهي عن المنكر إذا ظهر فعله³، وتعتبر الحسبة من بين الأنظمة التي أوجدتها الشريعة الإسلامية لتسوية النزاعات، ومعاينة المتسبب في ارتكاب المخالفات؛ فينظر المحتسب في بعض الدعاوى المتعلقة بحقوق الأفراد التي ترفع إليه، أو تصل إلى علمه من دون أن ترفع، تتعلّق هذه الدعاوى بالغش والتدليس في البيع والشراء، والتطفيّف في الكيل أو الميزان، أو التي تتعلّق بتماطل المدينين مع القدرة

¹ - عبد العزيز راجي، المرجع السابق، ص 22.

² - موسى بن سعيد، المرجع السابق، ص 44.

³ - ابن خلدون، المقدمة، دار إحياء التراث العربي، الدار البيضاء، بدون سنة نشر، ص 249.

على الوفاء¹. كما يدخل في اختصاصها المسائل المتعلقة بالأمن وراحة السّكان والنظافة، خاصّة نظام الأسواق والشوارع، وغيرها من المسائل التي هي من اختصاص الشرطة، وكذا متابعة المضاربة وقمع الغشّ، ومراقبة صناعة المنتوجات، والأطعمة والألبسة، ومراقبة الموازين (القياسات القانونية).

ويتولّى المحتسب النهي عن الكذب والخيانة، ويؤدّب مرتكب ذلك، كما يتولّى أخذ الرسوم من أصحاب السفن، والحكم على أصحاب المباني الآيلة للسقوط، ويحكم فيما يلاحظه من تجاوزات، ويتولّى تنفيذ الحكم².

2- نظام المظالم:

هو نوع خاصّ من القضاء، يقوم بالفصل في التظلمات والخصومات التي يكون أحد طرفيها، أو كلاهما من ذوي القوّة والجاه، والنفوذ، سواء استمدّ ذلك من عمله الوظيفي الذي يقوم به أو بسببه³.

وقد ظهر نظام المظالم كوظيفة قائمة بحدّ ذاتها في العهد الأموي، وكان القصد من إنشائه هو الحدّ من ظلم الولاة على أقاليمهم⁴، بحيث يختصّ القاضي هنا بالفصل في الدعاوى المتعلقة بالمنازعات بين الحاكم والمحكوم والتي يعجز عنها المحتسب، كالقضايا المتعلقة بالاعتداء على أموال الخزينة والأخطاء المرتكبة من الولاة وأصحاب المراكز السياسية في الدولة⁵.

3- نظام الشرطة:

وهو نظام مساعد للقضاء، مهمّته حفظ الأمن، كما تقوم الشرطة بتنفيذ الأحكام بالنسبة للقضايا التي ينظر فيها القضاء العام، الذي لا يتمتع بصلاحيّة التنفيذ المباشر، عكس القضاء الخاص (الحسبة)، الذي يقوم بتنفيذ الأحكام الصادرة عنه⁶.

¹ - حميد شاوش، المرجع السابق، ص 56.

² - موسى بن سعيد، المرجع السابق، ص 45.

³ - حميد شاوش، المرجع السابق، ص 55.

⁴ - نعيمة لوراد، محاضرات في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 62.

⁵ - معراج جديدي، المرجع السابق، ص 60؛ وعبد العزيز راجي، المرجع السابق، ص 23.

⁶ - موسى بن سعيد، المرجع السابق، ص 45.



المطلب الثالث: موقف القانون الوضعي من الشريعة الإسلامية.

إن معرفة موقف القانون الوضعي من الشريعة الإسلامية، تستلزم منا إجراء موازنة بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية (فرع أول)، ومدى تبنى التشريعات الوضعية لأحكام الشريعة الإسلامية (فرع ثاني)، ومدى تأثر المشرع الجزائري بالشريعة الإسلامية (فرع ثالث).

الفرع الأول: الموازنة بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية.

إن قواعد الدين هي مجموعة من الأوامر التي أنزلها الله سبحانه وتعالى في القرآن والسنة، وهي أوامر ونواهي مقترنة بجزاء عند مخالفتها، سواء الجزاء الدنيوية أو الأخروي، وهي قواعد تسعى إلى تنظيم سلوك الفرد مع خالقه، وتتمحور غالبا في العبادات، لكنها تنظم أيضا العديد من الأمور الاجتماعية والمالية.

ويختلف الدين عن القاعدة القانونية الوضعية:

البند الأول: من حيث مضمون القواعد.

فالشريعة الإسلامية أكثر شمولاً من القانون إذ يدخل في مضمونها القواعد التي تحدد علاقة الإنسان بخالقه، أو نحو نفسه، أو نحو غيره من الأشخاص، بينما يقتصر القانون الوضعي بصورة أساسية على قواعد المعاملات، إلا أن هذا لا يعني أن قواعد القانون لا تمتد أحيانا لتشمل بعض شؤون العبادات (علاقة الإنسان بخالقه)، فالقانون الوضعي يكفل ممارسة الشعائر الدينية، ويمنع أي اعتداء عليها. وللقواعد الدينية تأثير كبير على القوانين الوضعية في الدول الإسلامية بحيث تعتبر مصدراً من مصادر القانون، ومثال ذلك: تحريم الربا بين المسلمين، وقاعدة الكتابة كوسيلة للإثبات.

البند الثاني: من حيث الجزاء.

الجزاء في الشريعة الإسلامية، جزاء مزدوج دنيوي وأخروي، فإله سبحانه وتعالى يوقع الجزاء في الآخرة، بينما الحاكم أو ولي الأمر يوقعه في الدنيا، بينما في القانون

الوضعي، فالجزاء مادي وديني فقط، غير أنه إذا قام المشرع بصياغة مجموعة من القواعد الدينية في قواعد قانونية، تصبح هذه القواعد ملزمة بالجزاء، ولكن ليس باعتبارها قواعد دينية، بل باعتبارها قواعد قانونية¹.

البند الثالث: من حيث المصدر.

القواعد في الشريعة الإسلامية مصدرها سماوي (قانون رباني)، بينما القانون الوضعي من صنع ووضع البشر، حيث تتكفل السلطة التشريعية بسن القوانين، وتتكفل السلطة التنفيذية بتنفيذها.

البند الرابع: من حيث الاهتمامات والأهداف.

الشريعة الإسلامية تهتمّ بالنوايا والمقاصد، أمّا القانون الوضعي فيهتمّ أساساً بالسلوك الخارجي، فهو لا يعتدّ بالنوايا في ذاتها، إلا إذا ظهرت إلى حيّز الوجود في شكل سلوك رتب آثار قانونية معيّنة.

وتهدف قواعد الشريعة الإسلامية إلى الرقي بالإنسان وتربيته تربية مثالية نقيّة، لذلك فهي تأمر بالمحبّة والتراحم والتعاطف وتقديم المساعدة عند الشدائد، وعدم الكذب أيّا كان نوعه أو نتيجته. أمّا القانون فيهدف إلى إقامة النظام في المجتمع، وتحقيق العدل والمساواة وفقاً لمعايير واقعية، وغايته براغماتية نفعية تهدف لتحقيق مصالح الناس².

البند الخامس: من حيث خصائص الحق.

تميّز التشريع الإسلامي في مجال تقرير حقوق الإنسان عن غيره من النظم الوضعية بعدة أمور منها:

1- حقوق الإنسان في الشريعة الإسلامية ليست مجرد حقوق، بل ضرورات فطرية للإنسان، من حيث هو إنسان، والإسلام دين الفطرة، فمن الطبيعي أن يكون الكافل

¹ - سمير عبد السيّد تناغو، المرجع السابق، ص 19.

² - نصر الدين معمري، المرجع السابق، ص 06.

لتحقيقها، فقد ارتقى الإسلام بالإنسان وتقديس حقوقه إلى الحدّ الذي تجاوز به مرتبة الحقوق عندما اعتبرها ضرورات، ومن ثمّ أدخلها في نطاق الواجبات، فهي ضرورات واجبة للإنسان لا يصحّ التنازل عنها، بل إنّها واجبة عليه أيضاً لتصحّ حياته، كما أرادها الله تعالى لتحقيق مهام خلافته¹.

2- حقوق الإنسان في التشريع الإسلامي ليست توصيات غير ملزمة، لأنّها جزء من النظام الديني السماوي العام، فهي تلزم جميع أفراد المجتمع الإسلامي، ولم يكن ذلك المجتمع في حاجة إلى بحث إعلان هذه الحقوق وإقرارها بمعاهدة مع الدول الأخرى، كما هو الحال في الأنظمة القانونية الوضعية.

3- تقرير حقوق الإنسان في التشريع الإسلامي شامل لجميع الحقوق الشخصية الذاتية، والفكرية، والسياسية، والقانونية، والاجتماعية والاقتصادية، والحريات العامة والمساواة.

4- إنّ حقوق الإنسان في التشريع الإسلامي مضمونة للفرد والجماعة وللدولة على السواء، لأنّ الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر واجب لهؤلاء جميعاً.

5- حقوق الإنسان في التشريع الإسلامي ضرورات لا مجرد حقوق يمكن التنازل أو التغاضي عنها، فهي أوامر تشريعية، باعتبارها مقومات للحياة الإنسانية وليست مجرد مواظ أخلاقية. وهكذا تميّزت النظرة الإسلامية إلى حقوق الإنسان عن نظرة القوانين الوضعية التي جعلتها مجرد حقوق، بينما ارتقت إليها الشريعة الإسلامية إلى درجة الفرائض الواجبة شرعاً².

الفرع الثاني: تبني التشريعات الوضعية لأحكام الشريعة الإسلامية.

إنّ جلّ الدول العربية، تعتبر الشريعة الإسلامية مصدراً من مصادر القانون الوضعي، حتى أنّ بعضها تأخذ قواعد الشريعة الإسلامية وتطبّقها تطبيقاً صارماً وبصورة مباشرة كالمملكة العربية السعودية، وبعض دول الخليج، وكذا الدولة الإيرانية، والبعض

¹ - محمد عمارة، الإسلام وحقوق الإنسان، ضرورات لا حقوق، سلسلة عالم المعرفة، الكويت، سنة 1985، ص 11.

² - مدهشي محمد أحمد عبد الله المعمرى، الحماية القانونية لحقوق الإنسان في ضوء أحكام القانون الدولي والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، سنة 2007، ص 56.

الآخر يأخذ بها كمصدر ثاني بعد التشريع، شأن الجزائر، ليبيا، السودان، العراق، وتضع دول أخرى قواعد الشريعة الإسلامية في المرتبة الثالثة بعد التشريع والعرف¹، وقد أدخلت الدول العربية بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، عن قصد أو عن غير قصد، مجموعة من مبادئ الشريعة ضمن قوانينها الداخلية، فقد استمدت معظم الدول العربية قانون الأحوال الشخصية منها، كما تضمنت قوانين أخرى خاصة القانون المدني، أحكاماً مستمدة من الشريعة، نتطرق إلى بعضها²:

1- **الاعتراف بالشخصية المعنوية:** اعترفت الشريعة بها للدولة³، ومنحت شخصية معنوية لبيت المال⁴ وللوقف⁵.

2- **نزع الملكية للمنفعة العامة:** في القانون الوضعي، ملكية حق مضمون لا يستهلك إلا في حالة نزعه لتحقيق نفع عام، ويكون ذلك بشروط خاصة، وبتعويض عادل، هذا المبدأ له أصل في الشريعة الإسلامية، إذ في حالة تعارض مصلحة عامة مع مصلحة خاصة يتم تغليب المصلحة العامة، مع وجوب دفع تعويض من بيت المال.

3- **تعويض الدولة عن الخطأ المرفقي والقضائي:** اعترفت الشريعة الإسلامية قبل القوانين الوضعية بمسؤولية الدولة عن الخطأ الذي يرتكبه القضاة والموظفين التابعين لها.

4- **التفويض:** في القانون الوضعي يمكن للموظف الذي يتولّى منصباً رئاسياً، تفويض بعض اختصاصاته لباقي الموظفين، وهذا المبدأ أخذت به الشريعة الإسلامية قبل القوانين الوضعية.

¹ - بوزيان مكلل، المرجع السابق، ص 67.

² - عبد العزيز راجي، المرجع السابق، ص من 26 إلى 28.

³ - وتتجلى هذه الشخصية المعنوية في المعاملات الخارجية والداخلية، إذ كان ما يبرمه ولي الأمر من معاهدات حق محترم وملزم للأمة.

⁴ - عرفت الشريعة الإسلامية نظرية الفصل بين بيت المال ومال السلطة، وكان ممثل بيت المال يتمتع بحق التقاضي باسم بيت المال.

⁵ - منح التشريع الإسلامي للوقف شخصية اعتبارية، ممثلها ناظر الوقف، يتولّى إبرام العقود المتعلقة باستغلال الأموال الموقوفة.

5- **العقار بالتخصيص:** هي فكرة مأخوذة من الشريعة الإسلامية، بالرغم من اختلاف آراء الفقهاء في تحديد تبعات العقار بالتخصيص¹، والقوانين الوضعية فسّمت المال إلى عقار ومنقول، كما تناولت نظرية العقار بالتخصيص، الذي هو منقول رصد لخدمة العقار، وهو يتمتع بالحماية المقررة للعقار.

6- **التصرف بالإرادة المنفردة:** أخذت القوانين الوضعية بالإرادة المنفردة كمصدر للالتزام، وفي الشريعة الإسلامية تكفي الإرادة المنفردة لإنشاء عدّة أحكام أهمّها الطلاق، والوقف.

7- **عقد الإذعان:** له أصل في الشريعة الإسلامية، إذ كان يسمّى ببيع الاستئمان والاستسلام، في هذا البيع يقوم المشتري بدفع الثمن المحدد دون أن يناقش سعر السلعة، ولا شروط التعاقد، إنّما له فقط أن يشتريها بشروطها، أو يرفض الشراء، وقد أخذت به التشريعات الوضعية في عقد التأمين، عقود التزويد بالكهرباء والماء.

8- **التضامن:** اعترفت القوانين الوضعية بالتضامن بين الدائنين، حيث يكون للدائن مطالبة المدين بالدين، ويجوز لهم المطالبة مجتمعين، كما اعترفت بالتضامن بين المدينين، إذ يحقّ للدائن أن يطالب أيّ مدين للوفاء بالالتزام، وقد عرفت الشريعة الإسلامية التضامن بين الدائنين والمدينين.

9- **الدفع بعدم التنفيذ:** في القانون الوضعي يحقّ لكلّ من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به، طالما أنّ الطرف الآخر لم يقم بالالتزام المقابل، وهذه الفكرة لها أصلها في الشريعة الإسلامية، فهي تطبيق من تطبيقات حق الحبس، الذي يخوّل البائع حبس المبيع حتى يوفي المشتري بالثمن.

10- **نظرية الظروف الطارئة:** أخذت الشريعة الإسلامية لها، وكان من أهمّ تطبيقاتها العقود الخاصة ببيع الثمار، حيث إذا وقع قبل جنيها خطر غير متوقع كالجفاف...، يجوز للأطراف مراجعة بنود العقد. وفي القانون الوضعي إذا وقع أثناء تنفيذ العقد حادث

¹- يعتبر البعض أنّ العقار يخص الأرض دون ما فوقها من بنايات وأشجار، وهذا رأي الحنفية، في حين يعتبر البعض أنّ العقار بالتخصيص يخصّ الأرض وما عليها من بنايات وأشجار، ما دامت متصلة بالأرض اتصالاً كاملاً غير قابل للنقل دون تلف وهذا رأي المالكية.

استثنائي جعل تنفيذ الالتزام مرهقا بالنسبة للمدين، يجوز للقاضي التدخل لردّ الالتزام إلى الحدّ المعقول.

11- **الالتزام الطبيعي:** في القانون الوضعي، هو الالتزام الذي يلتزم به المدين بفعل شيء، أو الامتناع عنه، أو إعلاء شيء دون أن يكون للدائن حق إجبار المدين على تنفيذه إذا لم يقم بذلك من تلقاء نفسه، وهو حكم مستمدّ من الشريعة الإسلامية.

12- **مسؤولية صاحب البناء:** يقرّر القانون الوضعي، مسؤولية مالك البناء فيما يحدثه الانهيار الكلي أو الجزئي للبناء من أضرار، ولهذه النظرية أصل في الشريعة الإسلامية، وتتمثل في مسؤولية مالك الجدران عن الأضرار التي يسببها للغير في حالة الانهيار.

13- **ملكية الطبقات:** في القانون الوضعي هي أن يملك كلّ شخص طبقة من البناء، ويحدّد القانون حقوق كلّ مالك، ولهذه الفكرة أصل في الشريعة الإسلامية، والمتمثلة في بيع الفضاء، وتنقسم إلى: بيع فضاء فوق الأرض، بيع فضاء فوق بناء، بيع فضاء فوق فضاء.

14- **إساءة استعمال الحق:** كان ذلك موجبا للجزاء، هذه النظرية وضعتها الشريعة الإسلامية منذ ظهورها، ولم يعرفها القانون الروماني، ولا القوانين المستمدة منه، ولم يكتشفها فقهاء الغرب إلا بعد أواخر القرن 19.

15- **التعاقد وفق دفتر الشروط:** أخذت الشريعة الإسلامية بنظام البيع على أوصاف سلعة معينة، يحددها أطراف العلاقة، وقد استمدّ قانون التشريعات الوضعية من هذا النظام ما يسمّى اليوم بـدفتر الشروط، إذ تعين فيه أصناف وأنواع الخدمات والسلع قبل صنعها أو إنجازها.

الفرع الثالث: مدى تأثر المشرّع الجزائري بالشريعة الإسلامية.

إنّ مبادئ الشريعة الإسلامية لا تعدّ في الجزائر فقط مصدراً للقانون، بل هي القيم الأساسية التي يقوم عليها المجتمع الجزائري، حيث تجسّد ذلك في المادة الثانية من الدستور

التي تعتبر الإسلام دين الدولة¹، كما أنّ المادة 11 منه تمنع على مؤسسات الدولة القيام بما يتنافى مع الخلق الإسلامي²، والمادة 54 منه توجب احترام القيم الدينية.

وقد حرص من جهته قانون العقوبات على صيانة الركائز الإسلامية، فالمادة 160 منه تقضي بالحبس من 05 إلى 10 سنوات، كلّ من قام عمداً أو علانية بتخريب أو تشويه أو إتلاف المصحف الشريف، كما أنّ المادة 144 مكرّر 02 منه تعاقب بالحبس من ثلاث إلى خمس سنوات، وبغرامة من 50.000 دج إلى 200.000 دج، أو بإحدى هاتين العقوبتين كلّ من أساء إلى الرسول صلّى الله عليه وسلّم، أو بقية الأنبياء، أو استهزأ بالمعلوم من الدين أو بأية شعيرة من شعائر الإسلام، سواء عن طريق الكتابة أو الرّسم أو التصريح، أو بأية وسيلة أخرى³.

وعلاوة على ذلك، إنّ المشرّع الجزائري في خوضه لسياسة التجريم والعقاب لحماية النظام والآداب العامة في الجزائر يتأثر بما هو وارد في دين الدولة، حيث تتفق قيم التجريم في قانون العقوبات مع قيم التجريم في الشريعة الإسلامية، وكلّما شدّد الله عزّ وجلّ في العقاب، كلّما كان المشرّع أيضاً في عقوبته، فهو وإن كان لا يطبّق نفس الحدّ الوارد في الدين، إلّا أنّه يأتي بعقوبة بنفس صرامة هذا الحدّ وقوّته في الردّ⁴.

كما أنّ مبادئ الشريعة الإسلامية تجسّد مجموعة الأسس التي تقوم عليها ثوابت الدولة الدينية والأخلاقية والاجتماعية، وهي بذلك لا تعدّ مجرد مصدر رسمي احتياطي، كما تعتبر غالباً مصدراً تاريخياً ومادياً له، حيث يتجسّد ذلك في قانون الأسرة، إذ أنّ معظم مسائل الأحوال الشخصية مستمّدة مباشرة من الدين الإسلامي الحنيف، فتمّ اعتمادها في تحديد أركان عقد الزواج، وموانعه، والآثار المترتبة عنه، وكذلك فيما يخصّ الميراث والوصية

¹ - المادة 02 من الدستور الجزائري.

² - المادة 11 من الدستور الجزائري.

³ - المادة 54 من الدستور الجزائري.

⁴ - كحينما يجرم القتل في المادة 254 وما بعدها من قانون العقوبات، ويقرّر له عقوبة قد تصل على الإعدام، وأيضاً في تجريمه للسرقة في المادة 350 وما بعدها من قانون العقوبات، وتقرير لها عقوبة قاسية قد تجعل منها جناية في نظر القانون، أو تأثيم الإجهاض في المادة 304 ومتا بعدها، وانتهاك الآداب في المادّة 333 وما بعدها، وتجريم شهادة الزور واليمين الكاذبة في المادة 232 وما بعدها...

والهبة...، وأخذ المشرع الجزائري مجمل هذه الأحكام، وأصاغها في صياغة قانونية، فتحوّلت من قواعد دينية إلى قواعد قانونية، فأصبح الدين يعدّ المصدر المادي والتاريخي لها، وحين ما فعل المشرّع في هذا النهج، إذ بهذه الطريقة جعل مبادئ الشريعة الإسلامية تصبح تشريع بآتم معنى الكلمة، بدلاً من أن تحتل فقط المرتبة الثانية في هرم تدرّج مصادر القانون من حيث قوّتها¹.

وبهذا يلجأ إليها القاضي مباشرة، حينما تعرض له مسألة أسرية، مستندا للقواعد التشريعية، بل ذهب إلى أبعد من ذلك، حيث جمع كلّ هذه القواعد التشريعية وقنّنها في تقنين واحد هو قانون الأسرة، ومن ثمّ فقد وفرّ الوقت والجهد على القاضي في اللّجوء إليها، بدلا من البحث عنها في مصادر الدين، إلّا في حالة إذا لم يجد حلاً للنزاع المعروض أمامه في قانون الأسرة، فيرجع للشريعة الإسلامية كمصدر احتياطي أول².

وبالرّجوع إلى القانون المدني الجزائري تنصّ المادّة الأولى منه على أنّ الشريعة الإسلامية هي المصدر الثاني بعد التشريع، وتوجد العديد من الأحكام في القانون المدني الجزائري، استنبطت من شريعتنا السمحاء نذكر منها: عيوب الإرادة، الفسخ، حكم فقد الأهلية، الغائب والمفقود، مبدأ الالتزام بالإرادة المنفردة، الحق في حبس المبيع، مبدأ الشفعة، حوالة الدين، بيع المريض مرض الموت، خيار الرؤية، تبعة الهلاك، نظرية الظروف الطارئة، التعسّف في استعمال الحق، الملكية الشائعة، لا تركة إلّا بعد سداد الدّيون³.

وتستبعد الشريعة الإسلامية من بين مصادر القانون التجاري، وهذا ما يستفاد من نصّ المادّة 01 مكرر من القانون التجاري، والتي تنصّ على أنّه: «يسري القانون التجاري على العلاقات ما بين التجّار، وفي حالة عدم وجود نصّ فيه يطبّق القانون المدني وأعراف المهنة عند الاقتضاء».

¹ - ليندة بن تركية، المرجع السابق، ص 223.

² - تنصّ المادّة 222 من قانون الأسرة الجزائري: «كلّ ما لم يرد النصّ عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية».

³ - عبد العزيز راجي، المرجع السابق، ص 28؛ ومعراج جديدي، المرجع السابق، ص 80.

ومتى كانت الشريعة الإسلامية مصدراً من مصادر القانون - كما رأينا سابقاً- فتخضع الأحكام القضائية الصادرة على أساسها لرقابة المحكمة العليا، وهذا للتأكد من مدى توفيقها في إيجاد الحلّ المطابق لأحكام الدين والأقرب إلى تحقيق العدالة¹.

وتجدر الإشارة أنه في الحياة الواقعية إنّ دور الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي احتياطي أولّ لقانون الأحوال الشخصية، يفوق أهمية دورها كمصدر احتياطي لقانون الأحوال المدنية، ذلك أنه على خلاف المعاملات المالية، فإنّ أغلب أحوال الأسرة ما زالت متروكة للدين.

هذا ونشير أيضاً أنّ الأخذ بمبادئ الشريعة الإسلامية تتجلى وضوحاً، حين يعرض نزاع مشتمل على عنصر أجنبي، وتشير قاعدة الإسناد الجزائرية إلى تطبيق قانون أجنبي غير قانون القاضي، ولكن يظهر للقاضي أنّ القانون الواجب التطبيق (الأجنبي) مخالف للنظام العام في دولته - ومعروف أنّ النظام العام في الجزائر إسلامي-، في هذه الحالة يستبعد القانون الأجنبي الواجب التطبيق المخالف للنظام العام الإسلامي الجزائري، ويحلّ محله قانون القاضي تطبيقاً للمادة 24 من القانون المدني الجزائري².

¹ - ليندة بن تركية، المرجع السابق، ص 225.

² - لتفاصيل أكثر راجع: أمنة رحاوي، دور الضابط الشخصي في القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه، جامعة تلمسان، سنة 2017.



الخاتمة



إنّ المقارنة بين الأنظمة القانونية المختلفة، يترتب عليها النتائج التالية:

- 1- تحسين القانون الوطني وتطويره، وتحقيق نوع من التوحيد الداخلي في الدول التي تعرف تعدّد تشريعي.
- 2- تحقيق التوحيد الدولي من خلال مساهمة الدراسات القانونية المقارنة في محاولة توحيد الحلول القانونية لمختلف المسائل التي تختلف الأنظمة القانونية في تنظيمها.
- 3- تساهم المقارنة بين الأنظمة القانونية في الإحاطة العلمية بالقانون الأجنبي، ومن تم الاستفادة من مزاياه، وتجنب عيوبه.
- 4- تساهم الدراسات القانونية المقارنة في إيجاد حلّ للمشكلة الأم في القانون الدولي الخاص، والمتمثلة في تنازع القوانين.
- 5- على الباحث في مجال القانون المقارن أن يلتزم بمجموعة من الشروط القانونية والمنهجية للوصول إلى الأهداف المرجوة.
- 6- التوصل إلى تحديد طبيعة المقارنة بين الأنظمة القانونية (القانون المقارن) باعتباره ذو طبيعة مزدوجة: علم يعتمد على الطريقة المقارنة.
- 7- التعرف على الأنظمة القانونية في القانون المقارن والمتمثلة في: النظام القانوني الروماني الجرمانى- النظام القانوني المشترك (الكومن لو) والنظام القانوني الإسلامي.
- 8- التعرف على خصائص كلّ نظام قانوني، ومن ثمّ تحديد أوجه التداخل بين الأنظمة القانونية، والوقوف على أوجه الاختلاف بينها.
- 9- التعرف على موقف القانون الوضعي من مختلف الأنظمة القانونية.
- 10- توضيح مدى تأثير المشرّع الجزائري بالنظام اللاتيني الجرمانى والنظام الإسلامي.



قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المصادر

- القرآن الكريم.

1. ابن خلدون، المقدمة، دار إحياء التراث العربي، الدار البيضاء، بدون سنة نشر.
2. أبو الوليد محمد بن أحمد، بن أحمد بن رشد القرطبي (520-595هـ)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المجلد الأول، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، دون سنة.
3. أرسطو، السياسة، ترجمة: أحمد لطفي السيد، القاهرة، 1947.
4. السرخسي، محمد بن أبي سهل، المبسوط، ترجمة: خليل محي الدين الميس، الطبعة الأولى، دار الفكر، بيروت، سنة 2000.
5. الطبري، اختلاف الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
6. محمد أبو زهرة، حياته وعصره، آراءه وفقهه، مكتبة الأنجلو المصرية، مطبعة الاعتماد بمصر، بدون طبعة، وبدون سنة.

ثانياً: المراجع باللغة العربية

01- الكتب العامة

1. إبراهيم أبو الغار، علم الاجتماع القانوني والضبط الاجتماعي، مكتبة نهضة الشرق، جامعة القاهرة، سنة 1985.
2. أحمد محمد الرفاعي، المدخل للعلوم القانونية، جامعة بنها، كلية الحقوق، سنة 2007-2008.
3. الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، مقارناً بالقوانين العربية، الجزء الأول: تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، الجزائر، سنة 2000.



4. بومدين طاشمه، مدخل إلى علم السياسة مقدمة في دراسة أصول الحكم، الطبعة الأولى، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2003.
5. توفيق حسن فرح، المدخل للعلوم القانونية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، بدون سنة نشر.
6. ثامر كامل الخزرجي، النظم السياسية الحديثة والسياسات العامة، عمان، دار مجدلاوي، 2000.
7. جيروم أ. بارون، توماس دنيس، الوجيز في القانون الدستوري، المبادئ الأساسية للدستور الأمريكي، ترجمة: محمد مصطفى غنيم، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية، القاهرة، سنة 1998.
8. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، سنة 1997.
9. حسن ملحم، التفكير العلمي والمنهجية، مطبعة دحلب، الجزائر، 1993.
10. خليفة بابكر الحسن وعبد الهادي السراج، تاريخ التشريع الإسلامي ومصادره، كلية الشريعة والقانون، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة، سنة 1997.
11. رمزي محمد علي دراز، فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة 2004.
12. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 1974.
13. سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، (د.د.ن)، سنة 1986.
14. شلبي محمد مصطفى، أصول الفقه الإسلامي، الدار الجامعية، بيروت، بدون طبعة وبدون سنة.
15. صالح طاليس، المنهجية في دراسة القانون، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، الأردن، سنة 2010.



قائمة المصادر والمراجع

16. صالح فرкос، تاريخ النظم القانونية والإسلامية، دار العلوم للنشر والتوزيع، دون سنة.
17. صبري السعدي، مصادر الالتزام، دار الهدى للنشر، سنة 2006.
18. صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، الجنسية وتنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2008.
19. صوفي حسن أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2008.
20. طلعت محمد دويدار، القانون الدولي الخاص السعودي، الجنسية، المواطن، مركز الأجانب، تنازع الاختصاص، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 1417هـ-1418هـ.
21. عبد الخالق صالح عبد الله معزب، النظام القانوني لمسؤولية الناقل الجوي الدولي عن الأشخاص، المركز الديمقراطي العربي، الطبعة الأولى، سنة 2019.
22. عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، منشأة المعارف بالإسكندرية، سنة 1996.
23. عبد الناصر توفيق العطار، مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية، مطبعة السعادة، مصر، بدون سنة.
24. عبد الوهاب خلاف، خلاصة تاريخ التشريع الإسلامي، دار القلم للطباعة، الكويت، سنة 1971.
25. عدنان سرحان ونوري خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، الالتزامات، دراسة مقارنة، دار الثقافة، ط06، عمان، الأردن، سنة 2016.
26. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة 2004.
27. علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2005.



28. علي غالب الداودي، المدخل إلى علم القانون، الطبعة الأولى، دار وائل، عمان، الأردن، سنة 2004.
29. علي محمد جعفر، نشأة القوانين وتطورها، مدخل لدراسة القوانين القديمة- القانون الروماني، الشريعة الإسلامية، ط1، المؤسسة الجامعية، بيروت، سنة 2002.
30. عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء الأول: ط01، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2006.
31. عمار بوضياف، النظرية العامة للقانون، دار الريحانة، الجزائر، سنة 2000.
32. عمر سليمان الأشقر، خصائص الشريعة الإسلامية، مكتبة الفلاح، الكويت، سنة 1982.
33. غسان رباح، الوجيز في القانون الروماني والشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت، سنة 2007.
34. فايز محمد حسين، أثر مشروع السنهاوري في القوانين المدنية، ندوة تطوّر العلوم الفقهية في نسختها الثالثة عشر تحت عنوان (الفقه الإسلامي المشترك الإنساني والمصالح)، من 06 إلى 07 أبريل 2014، منشورات وزارة الأوقاف، مسقط.
35. فوزي أوصديق، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، القسم الأول، النظرية العامة للدولة، دار الكتاب الحديث، القاهرة، سنة 2009.
36. محمد حسنين، الوجيز في نظرية القانون في القانون الوضعي الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، سنة 1986.
37. محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، سنة 2010.
38. محمد فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه وأصوله، مؤسسات الرسالة، الطبعة الأولى، سنة 1414هـ، سنة 1994م.
39. محمد عمارة، الإسلام وحقوق الإنسان، ضرورات لا حقوق، سلسلة عالم المعرفة، الكويت، سنة 1985.



قائمة المصادر والمراجع

40. محمد كمال شرف الدين، النظرية العامة للقانون - النظرية العامة للحق، الطبعة الأولى، مجمع الأطرشي للكتاب المتخصص، تونس، سنة 2017.
41. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، الجنسية، الموطن، مركز الأجنبي، مادة التنازع، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، بدون طبعة، سنة 1997.
42. محمدي فريدة زاوي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون، المنشورات الدولية، سنة 1997.
43. محمود جمال الدين زكي، دروس في مقدّمة الدراسات القانونية، الطبعة الثانية، المطابع الأميرية، القاهرة، سنة 1969.
44. متولي البراجيلي، دراسات في أصول الفقه، مصادر التشريع، مكتبة السنة، القاهرة، طبعة 2010.
45. مدهشي محمد أحمد عبد الله المعمرى، الحماية القانونية لحقوق الإنسان في ضوء أحكام القانون الدولي والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، سنة 2007.
46. مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، الطبعة الأولى، دار القلم، دمشق، سنة 1998.
47. مصطفى الزلمي، الكامل في الشريعة والقانون، ط1، إحسان للنشر والتوزيع، سنة 2014.
48. مصطفى الشكعة، الإمام مالك، دار الكتاب المصري ودار الكتاب اللبناني، القاهرة-بيروت، الطبعة الثالثة، سنة 1991.
49. منذر الفضل، تاريخ القانون، دار تاراس للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة القانية، العراق، سنة 2005.
50. مولود ديدان، مباحث في القانون الدستوري والنظم السياسية، على ضوء التعديل الدستوري لسنة 2016، دار بلقيس، الجزائر، طبعة 2016.
51. نادية فوضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار هومة، الجزائر، بدون طبعة، سنة 2001.



قائمة المصادر والمراجع

52. نعمان أحمد الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الثقافة للنشر، عمّان، الأردن، سنة 2004.
53. هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، بدون طبعة، سنة 2003.
54. وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الفكر، دمشق، سنة 1986.
55. يوسف القرضاوي، عوامل السعة والمرونة في الشريعة الإسلامية، الديوان الامري، قطر، سنة 1994.

02- الكتب المتخصصة:

1. أحمد أدريش، القانون المقارن، منشورات سلسلة المعارف القانونية، الطبعة الثانية، المغرب، سنة 2017.
2. أحمد عبادة، محاضرات في مقارنة الأنظمة القانونية، أفريكان للنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2020.
3. عبد الرزاق بن خروف، مدخل إلى القانون المقارن، دار الخلدونية، الجزائر، سنة 2017.
4. عبد السلام الترماني، القانون المقارن والمناهج القانونية الكبرى المعاصرة، الطبعة الثانية، جامعة الكويت، سنة 1982.
5. عصام نجاح، القانون المقارن والأنظمة القانونية الكبرى، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، بدون سنة.
6. محمود إبراهيم الوالي، دروس في القانون المقارن، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، بدون سنة.
7. معراج جديدي، محاضرات في القانون المقارن، وفي طرق البحث، دار هومة، الجزائر، سنة 2004.



8. ممدوح عبد الكريم حافظ عروش، القانون الدولي الخاص، الأردني والمغاربي، الجزء الأول: تنازع القوانين، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، بدون طبعة، سنة 1998.

03- الأطروحات والمذكرات الجامعية:

1- الأطروحات الجامعية:

1. أمنة رحاوي، دور الضابط الشخصي في القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه، جامعة تلمسان، سنة 2017.

2- المذكرات الجامعية:

1. أمنة رحاوي، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير، جامعة تلمسان، 2011/2010.

2. زيدان حمدان، محمود ساخن، الدفاع الشرعي الخاص في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة مع القانون الوضعي، رسالة ماجستير في الفقه والتشريع، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2008.

3. عبد المنعم أحمد أبو صبيح، توزيع الاختصاصات في الدولة الفيدرالية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون العام، كلية القانون والعلوم السياسية، الأكاديمية العربية المفتوحة في الدنمارك، دون سنة.

04- المحاضرات:

1. أمنة رحاوي، محاضرات في مقياس مؤسسات سياسية ودستورية في المغرب العربي، السنة أولى ماستر، تخصص دراسات سياسية مقارنة، جامعة سيدي بلعباس، سنة 2020.

2. أحمد حمزة، محاضرات في القانون المقارن، موجودة بالموقع التالي:

<http://learning.univ-djelfa.dz>

3. بن علي قادة بن، محاضرات في أصول الفقه ومصادر الشريعة الإسلامية، جامعة جيلالي ليابس- سيدي بلعباس، بدون سنة.
4. جهيدة لعجيري، النظام الروماني الجرمانى، جامعة جيجل، السنة الجامعية 2019-2020، محاضرات موجودة بالموقع التالي: <http://www.univ-jijel.dz>.
5. جيلالي عجة، مقارنة الأنظمة القانونية، محاضرات لطلبة السنة الثالثة ليسانس، قانون عام، جامعة الجزائر، بن يوسف بن خدة، 2019/2018.
6. حميد شاوش، الأنظمة القانونية المقارنة، محاضرات أقيت على طلبة السنة الثالثة ل.م.د، جامعة قالمة، الجزائر، سنة 2018/2017.
7. حيدور جلول، مقارنة الأنظمة القانونية، محاضرات موجهة لطلبة السنة الثالثة ليسانس، السادسة الخامس، جامعة مصطفى اسطمبولي- معسكر، 2021/2020.
8. علال قاشي، محاضرات في مقارنة الأنظمة القانونية، مقدّمة لطلبة السنة الثالثة ليسانس، تخصص قانون خاص، جامعة البلدية 2، لونيبي علي، 2018-2017.
9. علي بن غانم، محاضرات في القانون المقارن، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2008-2009.
10. فاطمة الزهراء زيتوني، محاضرات في مقارنة الأنظمة القانونية، موجهة لطلبة السنة الثالثة قانون خاص، جامعة تلمسان، سنة 2021-2020.
11. كامل طروب، محاضرات في القانون المقارن، موجهة لطلبة سنة أولى ماستر، تخصص شريعة وقانون، جامعة باتنة 1، 2020/2019.
12. ليندة بن تركية، محاضرات في مقياس المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون، موجهة لطلبة السنة الأولى ل.م.د، جامعة سيدي بلعباس، سنة 2021/2020.
13. مجدي فتحي، القانون المقارن، محاضرات مقدّمة لطلبة السنة الرابعة ليسانس، جامعة الجلفة، الجزائر، 2012/2011.
14. مكلل بوزيان، القانون المقارن، محاضرات لطلبة السنة رابعة ليسانس، قانون عام، جامعة سيدي بلعباس، سنة 2011-2010.



15. موسى بن سعيد، محاضرات في القانون المقارن، موجهة لطلبة السنة الأولى ما قبل شريعة وقانون، 2020/2019.
16. نادية بن أحمد، محاضرات في السياسة المقارنة، أقيمت على طلبة السنة الثالثة ل.م.د، تخصص تنظيمات سياسية وإدارية، جامعة سيدي بلعباس، 2021/2020.
17. نجار لويزة، نظرية القانون، محاضرات موجهة لطلبة السنة أولى ليسانس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قلمة، سنة 2018/2017.
18. نصر الدين معمري، محاضرات في مقياس المدخل للعلوم القانونية، جامعة محمد لمين دباغين- سطيف 2، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2020/2019.
19. نضال بوعون، محاضرات في مقياس مقارنة الأنظمة القانونية، لطلبة السنة الثالثة ل.م.د، قانون عام، جامعة الإخوة منتوري- قسنطينة 1، 2021/2020.
20. نعيمة لوراد، محاضرات في القانون المقارن، موجهة لطلبة السنة الرابعة ليسانس، قانون عام، جامعة سيدي بلعباس، سنة 2019.
21. نعيمة لوراد، مقارنة الأنظمة القانونية، محاضرات موجهة لطلبة السنة الثالثة قانون خاص، جامعة سيدي بلعباس، 2021/2020، موجودة بالموقع التالي:
[http :www.univ-sba.dz](http://www.univ-sba.dz)

05- المجلات والدوريات:

1. أمنة رحاوي، معاملة القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، باتنة، المجلد، العدد، سنة 2021.
2. إيمونويل جوردون، القانون المقارن، دراسة القانون المقارن في جامعة باريس، مجلة القانون والاقتصاد، العدد 1، سنة 1936.
3. براهيم محمد عطا الله، تأثير الفقه الإسلامي على تكوين القانون الانجليزي، مجلة التسامح، وزارة الأوقاف العثمانية، مسقط، العدد 24، سنة 2008.

4. جورج حزبون حزبون، *قواعد تنازع القوانين بين الوصف التقليدي الإجرائي والمستحدث الموضوعي*، مجلة الحقوق، العدد الثاني، السنة السادسة والعشرون، سنة 2002.
5. حمزة قتال، تفسير القضاء للقانون الأجنبي تأثيرا وتأثيرا، مجلة حوليات الجزائر، العدد 27، الجزء الأول، سنة 2015.
6. سعيد فكرة، سمات الشريعة الإنسانية، وصلاحياتها الأبدية، مجلة الإحياء، المجلد التاسع، العدد 1، جامعة باتنة 1.
7. سليم بودليو، اتفاقية الأمم المتحدة للنقل البحري للبضائع بالمقارنة مع اتفاقية بروكسل، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد أ، العدد 42، جامعة قسنطينة 1، الجزائر، 2015.
8. سليمة بن عبد السلام، أثر الأدلة العقلية في مرونة الشريعة الإسلامية، مجلة الإحياء، جامعة باتنة 1، العددان 17 و18، السنة 2014-2015.
9. سهى منذر، مراحل نشأة القانون الروماني، مقال منشور في جريدة التآخي العراقية، بتاريخ 2018/08/16 على الموقع: <http://www.shorouknews.com>.
10. عبد الرزاق السنهوري، من مجلة الأحكام العدلية إلى القانون المدني العراقي، وحركة التقنين المدني في العصور الحديثة، مقالات وأبحاث الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، عدد خاص، الجزء الأول، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة 1992.
11. عبد الرزاق السنهوري، وجوب تنقيح القانون المدني المصري، وعلى أي أساس يكون هذا التنقيح بمناسبة العيد الخمسيني للمحاكم الأهلية، مقالات وأبحاث عبد الرزاق السنهوري، عدد خاص، الجزء الأول، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة 1992.
12. عصام صبحي شيرير، العرف وأثره في مرونة الشريعة الإسلامية، مجلة الذخيرة للبحوث والدراسات الإسلامية، غرداية، المجلد الأول، العدد الأول، ديسمبر 2017.



13. عمر صلاح العزاوي، منهجية التقنين في النظم القانونية المقارنة، نماذج تطبيقية في القوانين المدنية، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة السابعة، العدد الثاني، العدد التسلسلي 26، شوال 1440هـ/يونيو 2019م.
14. محمد جبر الألفي، محاولات تقنين أحكام الفقه الإسلامي، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، عدد خاص بأعمال ندور: نحو ثقافة قانونية موحدة، سنة 1994.
15. محمد كمال الدين إمام، مقاصد الشريعة والقانون المقارن، مجلة الفقه والقانون، جامعة الإسكندرية، بدون سنة، وبدون عدد.

06- النصوص التشريعية الوطنية:

(1) الدساتير

1. دستور 2020 الصادر في 15 جمادى الأولى عام 1442هـ/30 ديسمبر سنة 2020، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 82.

(2) القوانين:

1. القانون 62-175، المؤرخ في 31 ديسمبر 1962 الذي يحدد تطبيق النصوص الفرنسية، الجريدة الرسمية 11 يناير 1963، العدد 02.
2. قانون رقم 05-10، المؤرخ في 20 جوان 2005، المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 44.
3. قانون 09-08 المؤرخ في 18 صفر عام 1429، الموافق 25 فبراير سنة 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، الجريدة الرسمية، رقم 21.

(3) الأوامر:

1. الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 18 صفر عام 1386هـ، الموافق 08 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات.



2. الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 78، الصادرة في 30 سبتمبر 1975.
3. أمر رقم 75-59، المؤرخ في 20 رمضان عام 1395، الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 96-27، المؤرخ في 09 ديسمبر 1996.

ثالثاً: المراجع باللغة الفرنسية والإنجليزية

1- المراجع العامة باللغة الفرنسية

1. F. Geny, Science et technique en droit privé positif, Sirey, Paris, 1910.
2. Gérard Corno, Droit civil, introduction, Paris, 12^e éd., 2007.
3. Henri Batiffol, Paul Lagarde, Traité de droit international privé, L.G.D.J., T1, 8^{ème} édition, 1993.
4. Jacqueline Moreau-David, Code civil français et code civil qatarien, regards sur la codification, "The qatarie civil code in its first decade », A legal conference 23-24 novembre 2014, Collage of law, Qatar University, Doha.
5. Malcom Harvey, Catherine Kirby-Legier, Marion Charret-Del Bove, Droit anglais et droit américain, Arman Colin, Paris, 2011.
6. Michel Fromont, Grands systèmes de droit étrangers, Dalloz, Paris, 2013.
7. N. Molfessis, La controverse doctrinale et l'exigence de transparence de la doctrine, RTD civ., 2003.
8. Philippe Jestaz, Les sources du droit, Dalloz, Paris, 2015.
9. Y. Guenzoui, Les querelles doctrinales, RTD civ., 2013.



قائمة المصادر والمراجع الحقوق

2-المراجع العامة باللغة الإنجليزية: الكلية الحقوق والعلوم السياسية

1. Andrew Burrows, English Private Law. third edition, Oxford University Press, UK, 2013.
2. Arthur Schiller, Roman Law, mechanisms of development, Mouton publishers, Malta, 1978.
3. George Mousourakis, Roman law and the origin of the civil law tradition, Springer, New York, 2015.
4. Monica M. Gandiosi, The Influence of the Islamic law of Waqf on the Development of the trust in England, the case of Mertom College, 136, university of Pennsylvania law review 1231 (1988).
5. S.P. Singh, Law of tort, including compensation under the consumer protection Act, fifth edition, Universal law publishing, India, 2010.

3-المراجع الخاصة باللغة الفرنسية:

1. Alexandre Otetelisanu, Les conceptions de Eduard Lambert sur le droit comparé, cité dans « Introduction à l'étude du droit comparé, Recueil d'étude en l'honneur d'Eduard Lambert », Recueil Sirey, Paris, 1938.
2. Marc Ancel, Utilité et méthode de droit comparé, Paris, 1960.
3. René David, Traité élémentaire de droit civil comparé, L.G.D.J., Paris, 1950.
4. René David, Les grands systèmes de droit contemporain, 11^e édition, Dalloz, Paris, 2002.
5. René David et Camille Jauffret-Spinossi, Les grands systèmes du droit contemporain, 11^{ème} édition, Dalloz, France, 2002.

4-المراجع الخاصة باللغة الإنجليزية:

1. Mark Kerselman, and others, Introduction to comparative politics, USA, Houghton, Mifflin Harcourt publishing company Boston, New York, 2009.



5-Articles de doctrine:

1. A. Lienhard, La transposition de la jurisprudence dans le code, Mél. Wiederkehr, Dalloz, 2009.
2. Bruno de Loynes de Fumichon, Introduction au droit comparé, journal de droit comparé du pacifique (Revue juridique internationale soutenue par université de Polynésie française (UPF), volume II, aout 2013.
3. Eduard Lambert, Le droit comparé et la formation d'une conscience juridique, Revue de l'université de Lyon, 1929.
4. Etienne Picard, L'état du droit comparé en France, Revue internationale de droit comparé, vol. 51, N°4, octobre-décembre 1999, <http://www.persée.fr>.
5. Jaluzot Béatrice, Méthodologie du droit comparé : bilan et perspectives, Revue internationale du droit comparé, vol. 57, N°1, 2005.
6. P. Benedict Fainvarque-Cosson, Deux siècles d'évolution du droit comparé, Revue de droit comparé, vol. 63, N°3, 2011.
7. Pfeersmann Otto, Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit, Revue internationale de droit comparé, vol. 53, N°2, avril-juin 2001, <http://www.persée.fr>.
8. Ph. Zhéry, Un grand bruit de doctrine, Mél. M. Gobert, economica, 2004.
9. William Tetley. Mixed jurisdictions, common law, civil law (condified and uncondified_ , Louisiana law review, vol. 60, n°3, 2000.

رابعاً: المواقع الإلكترونية

1. <http://learning.univ-djelfa.dz>
2. <http://www.univ-jijel.dz>
3. <http://www.univ-sba.dz>
4. <http://www.shorouknews.com>
5. <http://www.persée.fr>



1	مقدمة
4	الفصل الأول: المبادئ العامة لمقارنة الأنظمة القانونية
5	المبحث الأول: مفهوم القانون المقارن
5	المطلب الأول: نشأة القانون المقارن وطبيعته
6	الفرع الأول: نشأة القانون المقارن
6	البند الأول: القانون المقارن في العصور القديمة
8	البند الثاني: القانون المقارن في العصور الوسطى
10	البند الثالث: القانون المقارن في العصر الحديث
12	الفرع الثاني: طبيعة القانون المقارن
12	البند الأول: تصنيف القانون المقارن
16	البند الثاني: تعريف القانون المقارن
18	البند الثالث: تقسيمات القانون المقارن
19	المطلب الثاني: أسس المقارنة
19	الفرع الأول: شروط المقارنة وأساليبها
19	البند الأول: شروط المقارنة
21	البند الثاني: أساليب المقارنة
22	الفرع الثاني: مراحل المقارنة
23	الفرع الثالث: الصعوبات التي تواجه الباحث في عملية المقارنة
26	المبحث الثاني: وظائف القانون المقارن
26	المطلب الأول: علاقة القانون المقارن بالعلوم القانونية



26 الفرع الأول: علاقة القانون المقارن بالعلوم القانونية النظرية
26 البند الأول: القانون المقارن وفلسفة القانون.
27 البند الثاني: القانون المقارن والنظرية العامة للقانون.
28 البند الثالث: القانون المقارن وتاريخ القانون.
29 البند الرابع: القانون المقارن وعلم الاجتماع القانوني.
30 الفرع الثاني: علاقة القانون المقارن بالقانون الدولي العام والقانون الدولي الخاص.
30 البند الأول: علاقة القانون المقارن بالقانون الدولي العام.
32 البند الثاني: علاقة القانون المقارن بالقانون الدولي الخاص.
36 الفرع الثالث: معاملة القانون الأجنبي في القانون المقارن.
37 البند الأول: طبيعة القانون الأجنبي في القانون المقارن.
39 البند الثاني: تفسير القانون الأجنبي.
40 المطلب الثاني: أهمية القانون المقارن.
40 الفرع الأول: أهمية القانون المقارن على المستوى الوطني.
41 البند الأول: دور القانون المقارن في تحسين القانون الوطني وتطويره.
43 البند الثاني: دور القانون المقارن في توحيد القانون الداخلي.
46 الفرع الثاني: أهمية القانون المقارن على المستوى الدولي.
47 البند الأول: التوحيد الاتفاقي.
53 البند الثاني: التوحيد عن طريق المحاكمة.
56 الفصل الثاني: الأنظمة القانونية المعاصرة.
59 المبحث الأول: النظام القانوني الرومانوجرماني.
60 المطلب الأول: الخلفيات التاريخية للنظام اللاتيني الجرماني.



60	الفرع الأول: تطور القانون الروماني
60	البند الأول: مرحلة العصر الملكي
61	البند الثاني: مرحلة العصر العلمي
61	البند الثالث: مرحلة عصر الإمبراطورية السفلى
62	الفرع الثاني: تأثير القانون الروماني على التقنين في فرنسا وألمانيا
62	البند الأول: في فرنسا
65	البند الثاني: في ألمانيا
67	المطلب الثاني: البناء القانون للنظام اللاتيني الجرمانى
67	الفرع الأول: تقسيمات القانون في النظام اللاتيني الجرمانى
69	الفرع الثاني: صياغة القاعدة القانونية
71	الفرع الثالث: مصادر القانون في النظام اللاتيني الجرمانى
71	البند الأول: التشريع
73	البند الثاني: العرف
74	البند الثالث: الاجتهاد القضائي
78	البند الرابع: الفقه
79	المطلب الثالث: انتشار النظام اللاتيني الجرمانى
79	الفرع الأول: انتشاره داخل أوروبا وخارجها
81	الفرع الثاني: مدى اعتداد النظام القانون الجزائري بالنظام اللاتيني الجرمانى
82	البند الأول: لمحة تاريخية عن القانون الجزائري
83	البند الثاني: تأثير القانون الجزائري بالنظام اللاتيني الجرمانى
85	المبحث الثاني: نظام القانون المشترك (شريعة الكومن لو)



86	المطلب الأول: النظام القانوني الانجليزي
86	الفرع الأول: تاريخ القانون الانجليزي
86	البند الأول: المرحلة الأنجلوسكسونية (500م- 1066م)
87	البند الثاني: مرحلة تكوين شريعة الكومن لو (1066م- 1485م)
88	البند الثالث: مرحلة تكوين قواعد العدالة (1485م- 1839م)
90	البند الرابع: مرحلة تحديث القانون الانجليزي
91	الفرع الثاني: مصادر القانون الانجليزي
91	البند الأول: القضاء (السابقة القضائية)
95	البند الثاني: التشريع
95	البند الثالث: العرف
96	البند الرابع: الفقه
96	الفرع الثالث: خصائص النظام القانون الانجليزي
99	المطلب الثاني: النظام القانوني الأمريكي
99	الفرع الأول: تاريخ القانون الأمريكي
99	البند الأول: عهد الاستعمار الانجليزي
100	البند الثاني: عهد الاستقلال
102	الفرع الثاني: مصادر القانون الأمريكي
102	البند الأول: القضاء
104	البند الثاني: التشريع
105	البند الثالث: الفقه
106	الفرع الثالث: خصائص القانون الأمريكي



المطلب الثالث: علاقة النظام القانوني المشترك (الأنجلو أمريكي) بالفقه الإسلامي.. 107

الفرع الأول: نظرية الظروف الطارئة..... 107

الفرع الثاني: المثليات والقيميات. 107

الفرع الثالث: نظام الترسـت "Trust"..... 107

الفرع الرابع: القواعد الفقهية..... 108

البند الأول: قواعد الضرر..... 108

المبحث الثالث: النظام القانوني الإسلامي. 110

المطلب الأول: خصائص الشريعة الإسلامية ومبادئها. 110

الفرع الأول: خصائص الشريعة الإسلامية..... 110

البند الأول: الربانية..... 111

البند الثاني: الشمولية..... 112

البند الثالث: العالمية..... 113

البند الرابع: الجمع بين الثبات والمرونة..... 113

البند الخامس: الوسطية..... 114

الفرع الثاني: مبادئ الشريعة الإسلامية..... 115

البند الأول: التدرج في التشريع..... 115

البند الثاني: التيسير ورفع الحرج..... 115

البند الثالث: التقليل من التقنين..... 116

البند الرابع: تحقيق العدل بين الناس..... 116

المطلب الثاني: مصادر الشريعة الإسلامية وتنظيمها القضائي..... 117

الفرع الأول: مصادر الشريعة الإسلامية..... 117



117	البند الأول: المصادر الأصلية
120	البند الثاني: المصادر التبعية
122	الفرع الثاني: التنظيم القضائي في الشريعة الإسلامية
124	المطلب الثالث: موقف القانون الوضعي من الشريعة الإسلامية
124	الفرع الأول: الموازنة بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية
124	البند الأول: من حيث مضمون القواعد
124	البند الثاني: من حيث الجزاء
125	البند الثالث: من حيث المصدر
125	البند الرابع: من حيث الاهتمامات والأهداف
125	البند الخامس: من حيث خصائص الحق
126	الفرع الثاني: تبني التشريعات الوضعيّة لأحكام الشريعة الإسلامية
129	الفرع الثالث: مدى تأثر المشرّع الجزائري بالشريعة الإسلامية
134	الخاتمة
135	قائمة المصادر والمراجع
149	الفهرس