

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

قسنطينة في : 13 أكتوبر 2025

جامعة قسنطينة 1 الإخوة منتوري

كلية الحقوق

المرجع : 6.6 / م.م.ع/2025.

مستخرج من محضر إجتماع المجلس العلمي

بتاريخ : 09 أكتوبر 2025

يشهد السيد رئيس المجلس العلمي لكلية الحقوق بجامعة قسنطينة 1 الإخوة منتوري بأن

المجلس العلمي في إجتماعه بتاريخ : 09 أكتوبر 2025، قد صادق على المطبوعة البيداغوجية

للدكتور اسماعيلي عبد الرزاق ياسين المعنونة بـ : « مقدمة في القانون المقارن الجزء الثاني »

رئيس المجلس العلمي

أ.د. ستامي سمير
رئيس المجلس العلمي
لكلية الحقوق

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الاخوة منتوري قسنطينة 1
كلية الحقوق

مقدمة في القانون المقارن

Introduction to comparative law

الجزء الثاني

2026-2025

وقل ربّ زدني علمًا
سورة طه الآية 114

الوحدة الثامنة

خصائص النظم القانونية المعتمدة على النص التشريعي

ملخص:

النظم القانونية المعتمدة على النص التشريعي تتميز بكونها مكتوبة، عامة، مجردة، ومرتبطة بمبدأ التدرج القانوني، مع إعطاء الأولوية للتشريع على حساب العرف أو الاجتهاد القضائي. وهي بذلك تسعى إلى تحقيق اليقين القانوني، المساواة أمام القانون، والعدالة عبر نصوص واضحة ومجردة.

الكلمات المفتاحية: النظم القانونية، النص التشريعي، العرف، العدالة، الشفافية.

اهداف الوحدة:

يتوقع من الطالب بعد الانتهاء من دراسة هذه الوحدة تحقيق الأهداف التالية:

- وضوح وشفافية القواعد القانونية.
- تحقيق الأمن القانوني والاستقرار.
- ضمان المساواة أمام القانون.
- الحد من السلطة التقديرية للقاضي.
- تحقيق العدالة الاجتماعية.
- سهولة الوصول إلى القوانين (التقنين).
- احترام التدرج القانوني.
- توحيد النظام القانوني داخل الدولة.

موضوعات الوحدة:

تتناول هذه الوحدة ما يلي:

المطلب الأول: الأصول التاريخية للنظم القانونية المستنبطة من النص التشريعي

الفرع الأول: مرحلة القانون العرفي

الفرع الثاني: المرحلة التشريعية

المطلب الثاني: مصادر القانون في النظم المستنبطة من النص التشريعي

الفرع الأول: التشريع

الفرع الثاني: العرف

الفرع الثالث: القضاء

المطلب الثالث: خصوصية القاعدة القانونية المستنبطة من النص التشريعي

الفرع الأول: مفهوم القاعدة القانونية في النظم القانونية المستنبطة من النص التشريعي

الفرع الثاني: خصوصية تقسيمات القانون في النظم القانونية المستنبطة من النص التشريعي

تمهيد :

يُعدّ القانون أحد أهمّ الوسائل التي ابتكرتها المجتمعات البشرية لتنظيم العلاقات بين الأفراد والسلطات، وضمان التوازن بين الحقوق والواجبات. وإذا كان القانون قد عرف عبر التاريخ أشكالاً مختلفة في مصادره ومناهجه، فإنّ النظم القانونية المعاصرة قد استقرّت على نماذج رئيسية، يأتي في مقدمتها النظام التشريعي أو "النظام اللاتيني"، الذي يقوم على النصوص المكتوبة والمدونات التشريعية كمرجع أول وأساس للقاعدة القانونية.

إنّ الاعتماد على النص التشريعي كمصدر رئيسي للقانون لم يأت صدفة، بل هو ثمرة تطورات تاريخية وفكرية عميقة؛ من القانون الروماني الذي أرسى دعائم التدوين، إلى الثورة الفرنسية التي جعلت التشريع أداة لتجسيد الإرادة العامة، مروراً بالمدارس الوضعية التي أعطت للقانون طابعاً وضعياً مكتوباً منفصلاً عن الأخلاق والدين. وقد مكّن هذا التطور من بناء أنظمة قانونية تتسم بالوضوح والدقة، وتُتيح قدراً كبيراً من الأمن القانوني واليقين للأفراد والمؤسسات.

ومع ذلك، فإنّ هذه النظم ليست خالية من النقائص؛ فهي تُثبّم بالجمود التشريعي، وبالعجز أحياناً عن مجاراة التطورات الاقتصادية والاجتماعية السريعة. كما يؤخذ عليها أنّها تقلّص من دور القاضي وتجعله مقيداً بالنص، مما قد يؤدي إلى تضيق إمكانيات التكيف والاجتهاد القضائي، بخلاف النظم الأخرى كالنظام الأنجلوسكسوني.

من هنا تتبّع إشكالية هذا المقال، والمتمثلة في التساؤل المركزي:

إلى أي حد تتميز النظم القانونية المعتمدة على النص التشريعي بخصائص تجعلها أكثر قدرة على تنظيم الحياة الاجتماعية، وما هي المزايا والتحديات التي تطرحها في التطبيق العملي؟
أهداف الدراسة:

- الوقوف على الأسس التاريخية والفكرية التي أدت إلى بروز النظم التشريعية.
- تحديد الخصائص الجوهرية للنظام التشريعي وتمييزها عن غيرها من النظم القانونية.
- إبراز المزايا التي يحققها اعتماد النصوص المكتوبة في استقرار المنظومة القانونية.
- تحليل الانتقادات الموجهة إلى هذه النظم والبحث عن سبل تطويرها.
- دراسة تطبيقات مقارنة لبعض التجارب القانونية (الفرنسي، الجزائري، المصري).

أهمية الموضوع:

تكمن أهمية هذه الدراسة في كونها تتيح للباحث والطالب والمهني القانوني فهماً أعمق لبنية النظم التشريعية، التي تُعدّ السائدة في معظم دول العالم المعاصر. كما أنّها تُساهم في إثراء النقاش حول ضرورة التوازن بين النصوص المكتوبة والاجتهاد القضائي، خاصة في ظل التغيرات التكنولوجية والاقتصادية والاجتماعية المتسارعة.

المحاضرة الاولى

الاصول التاريخية للنظام القانوني المستوحى من النص التشريعي

كون هذه الأنظمة المستمدة من النص التشريعي انها تشترك فيما بينها على الاعتماد على النص التشريعي المكتوب. خلافا للأنظمة القانونية المستتبطة من السوابق القضائية والتي تحيلنا الى النظام الانجلوسكسوني التي تشترك فيما بينها على الاعتماد على السابقة القضائية. وهذا لا يعني وجود نوعين من الأنظمة القانونية. بل يوجد أكثر وسوف يأتي ذكرها لاحقا.

ان النظم القانونية المستتبطة من النص التشريعي لم تنشأ من العدم بل مرت بمراحل عديدة عبر التاريخ. ويعود أصلها أساسا الى العائلة الرومانية الجرمانية في بداية نشأتها وتطورت عبر قرون رغم ان اوربا عرفت أنظمة قانونية أخرى مثل النظام المدني الروماني الجرمانى وعائلة القانون الروماني الديني او القانون الديني الكنسي الا ان جميعها أصولها رومانية ومن امثلتها:

قانون الالواح الاثنى عشر 450 ق.م أول محاولة جادة لتدوين القانون المدني في روما، وُضع لتقادي تعسف القضاة ومنح المواطنين قواعد واضحة¹

ومجموعة القوانين المدنية Corpus Luris Civile التي تضمنت قوانين وتشريعات وآراء فقهية، وأصبحت مرجعا للأجيال اللاحقة²

ومجموعة الشرائع الكنسية Corpus Luris Canonici اعتمدت الكنيسة على نصوص مكتوبة (القوانين الرسولية، المجامع المسكونية) لتنظيم شؤون المؤمنين³

وقد مر تطور هذا النظام القانوني المستتب من النص التشريعي والذي أصله العائلة الرومانية الجرمانية بمراحل أساسية وكان ذلك عبر مرحلتين

الفرع الأول: مرحلة القانون العرفي

نشأ في روما في القرن السابع قبل الميلاد وتم تقنينه في القرن السادس حيث مر بثلاث مراحل تاريخية.

الفترة الأولى: مرحلة العصر الملكي والعصر الجمهوري

ظهر القانون الروماني مع نشأة روما وكان ينسب الى الملوك حتى قيام النظام الجمهوري عام 509 ق م وكانت مصادره تتحصر في العرف والمصدر الثانوي هو التشريع. حيث ظهر قانون الالواح الاثنى عشر والذي تضمن مائة مادة قانونية. من قبل هيئة من الحكام لتصبح علنية فيحيطون بها علما.⁴

الفترة الثانية: مرحلة العصر العلمي

¹ René David, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, Paris, 1969, p. 45

² جون جيلسن، *تاريخ القانون الروماني*، ترجمة: فوزي عطوي، دار الكتاب اللبناني، بيروت، 1982، ص 112-115.

³ Hostiensis, *Summa Aurea*, Roma, 1271, p. 67

⁴ علي غالب الداودي المدخل الى علم القانون ط1 دار وائل عمان الاردن 2004 ص143.

سمي بهذا الاسم لكثرة العلماء فيه وتبدأ مع صدور قانون ايبونيا في منتصف القرن الثاني قبل الميلاد وتنتهي في أواخر القرن الثالث بعد الميلاد وهو أزهى وأرقى عصر القانون الروماني وتميز بتعدد وخصوبته فقد ظهرت مصادر جديدة منها قانون الشعوب والقانون البريتوري.

الفترة الثالثة: عصر الإمبراطورية السفلى

بدأت عام 284 م الى وفاة الامبراطور جوستنيان عام 565 م وفيه تدهور القانون الروماني واتجه نحو الجمود غير انه تميز بتقنين قواعد القانون الروماني الذي قام به الامبراطور جوستنيان في أربع مجموعات. الأولى: أوامر الامبراطور والثانية: الأشخاص، الأشياء. نظام الدعاوى والثالثة: جمع مؤلفات كبار فقهاء الرومان والرابعة: المنشورات والتعليمات. ولتحقيق المساواة بالعلم بالقانون ونشر العدالة⁵.

الفرع الثاني: المرحلة التشريعية

ازدهر النظام القانوني (الرومانية الجرمانية) المستمد من النص التشريعي بعد ظهور الكيان السياسي المتمثل في الدولة الحديثة ومكوناتها الثلاث (الإقليم والشعب والسلطة السياسية) والتخلص من رواسب الأفكار القديمة وتسمى هذه المرحلة بالتقنين أو التدوين أو النص المكتوب.

ففي القرن الثاني عشر رغم دخول القانون الروماني زاوية النسيان غير انه ظهرت الدراسات المقارنة من خلال حركة النهضة التي دعت لإحياء القانون الروماني وقامت بتدريسه عن طريق الشرح على المتون في مجموعات جوستنيان بوضع حواشي هامشية واتخذت كقواعد للشرح والتفسير.

وفي القرن الثالث عشر انتشر تدريسه في معظم الجامعات الأوروبية واعتبرته مبدئاً للعدل وقواعد أساسية لقانون مشترك كما تبنت الكنيسة القانون الروماني واعتبرته مطابقاً للقانون الإلهي مما جعل القانون الكنسي يدرس في الجامعات ومن الأعمال البارزة في هذا العصر اصدار الحاشية الكبرى وقام بعض الشراح بكتابتها على هامش النصوص.

وفي القرن الرابع عشر ظهرت مدارس جديدة اخذت تصوغ الأعراف صياغة رومانية وتستلهم من القانون الروماني والكنسي للمستجدات مع ازدهار التجارة.

وفي القرن السابع عشر والثامن عشر تدعم المنهج الروماني الجرمني بفكرة القانون الطبيعي التي دعوا الى تحكيم العقل في سن القوانين واستنباطها ومما ساعد في هذه الدعوة قيام المذهب الإنساني الذي يدعو الى تمجيد الانسان وتحرره وجعل ارادته فوق كل إرادة غايته الحد من سلطة الملوك واستبدادهم.

وفي القرن التاسع عشر اشتهرت حركة التدوين والتقنين في أوروبا حيث ظهرت فكرة قيام قانون للشعوب مؤسسها ايمانويل كانت ودعت الى إيجاد قانون عالمي يقوم على أساس مستمد من حقائق التاريخ ان

⁵ علي غالب الداودي , مرجع سابق ص 143 .

قوانين الشعوب تصدر من مصدر واحد هو العقل الإنساني فإذا تشابهت فهذا يعني انها بلغت مرتبة من الحضارة الإنسانية.⁶

ومن الانتقادات التي وجهت لحركة التدوين هذه:

هو أنها ساهمت بشكل كبير في تشتيت القوانين في أوروبا، ما جعلها أحيانا مختلفة ومتضاربة. ويفسر البعض ذلك بتراجع دور الجامعيين في التنظير للتوحيد، مقابل اهتمامهم بقوانينهم الوطنية، دون التفكير في مناهج جديدة للتقريب بينها على الأقل. إذا كان للظروف التاريخية لكل دولة أوروبية على حدة دور هام في وضع قوانين مكتوبة متميزة، ومختلفة عن قوانين الدول الأخرى، بسبب انتشار أفكار المدرسة القانونية (مدرسة القانون الوضعي) ، وهو ما قلص بشكل لفت الاعتناء بفكرة كونية القانون وعمومية مادته وقدم التشريعات وتوحيد التشريعات الإقليمية. إلا أن التاريخ سجل انتشار ظاهرة التدوين سواء في أوروبا أو خارجها، وقد كان هذا التدوين: بفعل المنافسة بين دول أوروبا، والتسابق ان تكون لكل دولة مقوماته، ويأتي القانون لتنشيط هذه المقومات. بفعل الغزو الأوروبي لأمريكا اللاتينية ونقل هذه القوانين الجاهزة. بفعل الاستعمار الأوروبي للعديد من الدول الإفريقية . بفعل التأثير عن بعد بالتجارب الناجحة مثل بعض الدول الآسيوية. لكن هذا التأثير بقي محدودا في الدول العربية التي عرفت الاستعمار الفرنسي بحكم أهمية مكانة التشريع الإسلامي في هذه الدول.

(1) للاطلاع أكثر مقال بعنوان (منهجية التقنين في النظم القانونية المقارنة نماذج تطبيقية في القوانين المدنية) عمر

صلاح العزاوي مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة السابعة العدد 2 العدد التسلسلي 26 شوال 1440 هـ

يونيو 2019 م

المحاضرة الثانية

مصادر القانون في النظم القانونية المعتمدة على النص التشريعي

المصدر نعني بها ينبوع الذي منه تشكلت القاعدة القانونية. وإذا أردنا البحث عن مصدر القانون فهو ابن بيئته وزمانه والظروف المحيطة بها، أي السبب المنشئ لها في مجتمع ما. يقوم النظام القانوني المستند إلى النصوص التشريعية على مبدأ أساسي هو أولوية التشريع كمصدر أول للقانون، لكنه لا يُقصر بالضرورة باقي المصادر. فإلى جانب التشريع، نجد العرف، الفقه، القضاء، بل وحتى مبادئ العدالة والإنصاف. غير أنّ ترتيب هذه المصادر وأهميتها يختلف باختلاف البلدان، مع اتفاقها على جعل النص التشريعي المرجع الأعلى. وكي نبحت في هذا الإطار علينا ان نتطلع على صنفين من المصادر:

أولهما: المصادر المادية أو الموضوعية للقاعدة القانونية

ويقصد بها مجموعة العوامل التي تسهم في تكوين القاعدة القانونية وتحدد مضمونها، سواء كانت هذه العوامل طبيعية أو تاريخية أو اقتصادية أو اجتماعية أو ثقافية. وهذه العوامل هي جملة الأسباب التي تحيط بالمجتمع وتدفع بالمشرع إلى وضع قاعدة قانونية لتحقيق غاية في حد ذاتها

وثانيهما: المصادر الشكلية أو الرسمية للقاعدة القانونية

ونعني بها نقل مضمون القاعدة القانونية إلى حيز الوجود فهي مجموعة الوسائل التي تتحول بواسطتها المواد المستمدة من العوامل والأسباب المكونة للمصادر المادية، إلى نصوص قانونية مصحوبة بصفة الإلزام، وتجعلها نافذة لكي يعلم بها الجميع وتصبح واجبة التطبيق. وقد وصفت هذه المصادر بالشكلية أو كذلك بالرسمية؛ لأنها صادرة عن سلطة رسمية في الدولة مهما كانت تسميتها في أي نظام قانوني. وهو الأساس الذي تعتمد عليه النظم القانونية التي تعتمد على النص التشريعي. فهي قواعد عامة ومجردة وملزمة. وكان هذا الدور متأثراً بفلسفة التدوين. وهو ما أدى إلى تأسيس نظام تدرج للقواعد القانونية. والمختلف على الأنظمة المعتمدة على السوابق القضائية. وقد وصفت هذه المصادر بالشكلية أو كذلك بالرسمية؛ لأنها تأخذ مظهرها خارجياً صادراً عن سلطة رسمية في الدولة (النظام، المعاهدات الدولية، اللوائح، القرارات التنظيمية... مهما كانت تسميتها في أي نظام قانوني)

إن الحديث عن خصوصية مصادر القانون في النظم التي تعتمد على النص التشريعي، هو تحليل للمصادر الشكلية لا غير. باعتبار أن أهميتها تستمد من تطور دور الدولة في تنظيم المجتمع ووضع قواعد عامة ومجردة وملزمة) أي مقترنة بجزء (جميع أفراد المجتمع. كان هذا الدور متأثراً إلى أبعد حد بفكرة) أو فلسفة (التدوين"، بحيث أن اعتماد النص المكتوب أصبح أولوية وثقافة، وهو ما أدى إلى تأسيس نظام تدرج جديد للقواعد القانونية مختلف تماماً عن ذلك التدرج الذي اعتمدته الأنظمة المعتمدة على السوابق القضائية في مستوى القيمة والمكانة والترتيب. فالنظم القانونية التي تعتمد النص التشريعي تقوم على اعتبار أن هذا النص المكتوب هو المصدر الأساسي للقانون، ثم يليه العرف ثانياً، والقضاء في

المرتبة الثالثة

الفرع الأول: التشريع

أولاً: مفهوم التشريع

التشريع له معنيان المعنى الواسع والمعنى الضيق

فالتشريع بالمعنى الواسع يقصد بها كل القواعد القانونية المكتوبة سواء كانت صادرة عن سلطة تشريعية أو التنفيذية في شكل قانون أو تنظيم ومهما كانت صوره (دستور . تشريع . اتفاقيات دولية . تنظيم)

أما التشريع بالمعنى الضيق فيقصد به مجموع القواعد القانونية التي تصدر عن السلطة التشريعية.

والثابت ان المقصود بالتشريع في هذا الموضوع هو التشريع في معناه الواسع ويتولى الدستور تنظيم هذه القواعد ترتيباً هرمياً بحيث تحترم القاعدة الدنيا القاعدة العليا⁷

ثانياً: خصائص التشريع

يتميز التشريع، وفق ما تقدم بيانه، بخصائص ثلاث:

(1) ان التشريع يتضمن قاعدة تتوافر فيها جميع خصائص القاعدة القانونية من عمومية وتجريد وإلزام وتنظيم سلوك الاشخاص في المجتمع.

(2) تصدر القاعدة القانونية في صيغة مكتوبة مثل الجريدة الرسمية والمجلة القانونية وهي بذلك تتميز عن العرف الذي يُعرف بكونه القانون غير المكتوب الذي يستخلص من تواتر العمل داخل مجتمع ما مع الاعتقاد في إلزاميتها.

وتواجد القاعدة القانونية في شكل مكتوب هذا من شأنه يزيل أي شك في إثبات وجودها أو تاريخ صدورها ونطاق سريانها محددًا في الزمان وفي المكان كما تتميز باستقرار المعاملات داخل المجتمع، باعتبار أنها تكون واضحة فيما ترتبه على الإخلال بها من جزاء.

(3) قيام سلطة عامة مختصة في الدولة بوضعه، وفق الاختصاصات المسندة إليها في الدستور أو في النصوص التشريعية (النظام) أو اللوائح.⁸

ثالثاً: الترتيب

تخضع جميع القواعد القانونية المكتوبة في الدولة إلى تنظيم هرمي من القاعدة العليا إلى القاعدة الدنيا، وذلك حسب درجة ترتيبها في الهرم القانوني. وإن كانت الدول تختلف في ترتيب هذه القواعد جزئياً أو نسبياً، إلا أنها تتفق عموماً على التصور التالي لهذا التنظيم الهرمي، دون أن تؤثر هذه الاختلافات في مكانة التشريع في النظام القانوني للدولة. وعموماً يمكن تقديم هذا التصور على النحو التالي.

(1) الدستور، الذي يسمو على جميع التشريعات الأخرى وتتميز قواعده بنوع من الثبات. وتخضع النصوص التشريعية إلى منطق احترامه، وإلا وصفت بكونها غير دستورية. وتكون رقابة دستورية القوانين إما رقابة

⁷ محمد سعيد: مدخل الى العلوم القانونية: الوجيز في نظرية القانون 2004 م ص132.

الشرفي محمد والمزغني علي: مدخل لدراسة القانون 1993م ص164.

⁸ الشرفي محمد والمزغني علي: مدخل لدراسة القانون 1993م ص 166.

سياسية عن طريق هيئة سياسية مثل المجلس الدستوري في فرنسا، أو قضائية عن طريق محكمة دستورية، وفي بعض الدول يمكن لهذه الهيئات أو حتى المواطنين العاديين تقديم طلب حول مدى دستورية قانون معين ألمانيا.

(2) الاتفاقيات الدولية المصادق عليه، تعتبر بدورها جزءا من التشريع الداخلي. فبعض الدول مثل فرنسا وهولندا تعتبرها في مرتبة أعلى من التشريع العادي في حين تعتبرها دول أخرى مثل ألمانيا في نفس درجة التشريع العادي، وتبقى الأولوية للمبادئ العامة للقانون الدولي.

(3) التشريع العادي الصادر عن السلطة التشريعية الذي يتناول المواضيع العامة بالتنظيم وفق ما يحدده الدستور من اختصاص للمجلس التشريعي.

(4) اللوائح والقواعد التنظيمية الصادرة عن السلطة التنفيذية والتي يتم من خلالها تطبيقا لقوانين و/أو تنفيذها. وتوصف هذه اللوائح بأنها قرارات إدارية تنظيمية تخضع عادة لرقابة القاضي الإداري. ووفقا لما تقدم بسطه، لابد من إبداء ملاحظتين في غاية الأهمية

الملاحظة الأولى: سمو التشريع في هذه "العائلة" مستمد من فكرة فلسفية مفادها أن التشريع يعبر عن إرادة الشعب عن طريق ممثليه في البرلمان، وهذا القول أصبح محل نقاش حاليا .

الملاحظة الثانية: هو أن هذه النظم التي تعتمد على النص التشريعي المكتوب، يكون دور القاضي فيها محدودا. فهو ملزم بإيجاد حل للنزاع مستمدا من التشريع سواء من نصه، أو إذا كان غير واضح يجب أن يبحث عن نية المشرع، وليس له الحق في الامتناع عن تطبيق القانون ويعد مرتكبا لجريمة إنكار العدالة.

الفرع الثاني: العرف:

أولا: المفهوم

هو قانون غير مكتوب أو هو مجموعة القواعد القانونية التي تنشأ من تكرار سلوك الناس في مسألة معينة مع الاعتقاد بان هذا السلوك ملزم لهم قانونا. ويتميز بخاصيتين:

الأولى: مفادها أن العرف هو تلك القاعدة القانونية الملزمة والمستمدة من فكرة تواتر العمل بسلوك

الثانية: مفادها أن العرف هو تلك القاعدة القانونية غير المكتوبة، غير الصادرة عن جهة رسمية في الدولة وغير المدونة في وثيقة رسمية (الجريدة الرسمية)

ثانيا: مكانة العرف

أمام انتشار التشريع وتطور دوره في تنظيم جميع جزئيات العلاقات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والثقافية في الدولة، تراجعت مكانة العرف، ولم يعد المصدر الأول مثلما كان سابقا في الأنظمة القانونية القديمة. فقد أصبح العرف اليوم يحتل المرتبة الثانية بعد التشريع، حيث يلجأ إليه القاضي في حالة عدم وجود نص مكتوب أو في حالة غموض نص.

ويميز الفقه بين العرف المكمل والمساعد والمخالف للتشريع.

العرف المكمل للتشريع: هو العرف الذي يملأ ويسد الفراغ الموجود في التشريع

العرف المساعد للتشريع: هو العرف الذي يستعان به لفهم التشريع .

العرف المخالف للتشريع: هو العرف الذي لا يطبق إذا كان مخالفا لقاعدة تشريعية مكملة.

ولكن تجدر الإشارة إلى أن بعض التشريعات في هذا النظام تعرف بعض الخصوصيات، والتي يتعين الوقوف عندها، مثال ذلك:

أن بعض التشريعات تساوي بين العرف والتشريع كالقانون الألماني والسويسري

في حين أنه في بعض الدول الأخرى كالنمسا، لا يطبق العرف إلا إذا أحال إليه التشريع صراحة .

كما أن مرتبة العرف تختلف باختلاف القوانين. فإذا كان للعرف مكانة هامة ومتميزة في القانون التجاري أو كذلك في القانون الدولي العام، إلا أن دوره هذا يقلص في القوانين الأخرى كالقانون المدني والقانون الإداري إلى أن يضمحل دوره في القانون الجنائي.

الفرع الثالث: القضاء:

أولاً: خصوصية القضاء كمصدر من مصادر القانون:

فالقاضي يتولى تطبيق القانون والفقهاء شرحه أما الاجتهاد القضائي هو مجموعة الاحكام التي تصدرها المحاكم فيما رفع اليها من القضايا. وتتسع سلطة القاضي في التفسير إذا كانت نصوص التشريع غامضة كالجوء الى القياس او الاستدلال بمفهوم المخالفة غير ان التفسير لا يرق الى دور المشرع في النظام الرومانو جرمانى فالسابقة القضائية في هذا النظام لا تتمتع بالقوة الملزمة رغم انها تملك الحجية متى صدرت عن المحكمة. كما يخضع النظام القضائي الى فكرة التدرج فهناك المحاكم والمجالس والمحاكم العليا. كما يوجد قضاء عادي وقضاء اداري. اما دور الفقه في الشريعة الرومانو جرمانية فهو مرتبط بدور القضاء اذ يقوم الفقهاء بشرح وتحليل نصوص التشريع والاحكام القضائية والتعليق عليه واستخلاص المبادئ القانونية العامة. وكثيرا ما يعتمد القضاء على اراء الفقه كما ان للفقه تأثيره على المشرع نفسه. فهو مرشد للقاضي والمشرع.

فالقضاء كمصدر من مصادر القانون في هذا الإطار مجموع المبادئ القانونية المستخلصة من استقرار أحكام المحاكم على اتباعها والحكم بها عند تطبيقها للقانون. وللنظام القانوني الروماني الجرمانى نظرة مختلفة عن القضاء في النظام القانوني الأنجلوسكسونية ففي إطار النظام القانوني الأنجلوسكسوني يُعدّ القضاء وفق هذا المعنى أهم مصدر رسمي لقواعد القانون، حيث يلعب القضاء دورا رائدا في خلق القواعد القانونية، ويجعل القاضي صانعا للقانون استنادا لقاعدة السابقة القضائية. أما في إطار النظام القانوني الروماني الجرمانى فإنه لا يُعمل بفكرة السابقة القضائية، بل إن القضاء يكون مجرد مصدر تفسيري، أي يقتصر على تفسير القانون الموجود دون أن يتعدى ذلك إلى إنشائه. وبعبارة أكثر وضوحا، يعتبر القضاء في النظام الروماني الجرمانى مصدرا مكملًا للقانون **لعدة أسباب :**

أولها: هو أن القانون هو الذي ينشئ الإطار العام الذي يتحرك فيه القاضي

ثانيها: هو أن السابقة القضائية لا تتمتع بالقوة الملزمة .

ثالثها: إذا كانت القاعدة التشريعية عامة ومجردة، فإن الأحكام القضائية تخص واقعة بعينها .

رابعها: هو أن للقواعد التشريعية حجية على القواعد القضائية .

وإذا أردنا أن نَقدم خصائص القضاء كمصدر للقانون في النظام القانوني الروماني الجرمانى، فهي تتلخص في **نقطتين اثنتين :**

الاولى: هي انعدام صفة العمومية والتجريد في أحكام القضاء، خالفا للقاعدة القانونية .**الثانية:** هي انعدام صفة الإلزام في أحكام القضاء، ذلك أن الحكم القضائي يكون قاصرا في حجته على النزاع الذي صدر من أجل الفصل فيه ول يعنى المحاكم الأخرى. وإذا طبق القاضي سابقة قضائية قديمة يكون ذلك من باب التكرار لا من باب الإلزام.

ثانيا: خصوصية القضاء كتنظيم :

يخضع التنظيم القضائي في هذا النظام القانوني الروماني الجرمانى لفكرة التدرج، إذ توجد :

اولا: محاكم ومجالس ابتدائية ومحاكم استئناف ومحكمة عليا باعتبارها محكمة قانون

ثانيا: يوجد قضاء مزدوج، قضاء عادي) ويسمى أيضا قضاء عدلي تختص بالنظر في القضايا المدنية والتجارية والعمالية والجنائية (وقضاء إداري)

يختص بالنظر في القضايا الإدارية سواء لإلغاء القرارات الإدارية أو قضايا التعويض ضد الإدارة (، وهما جهازان قضائيان مستقلان عن بعضهما البعض، كما هو الحال في فرنسا وألمانيا والنمسا وهولندا، في حين يوجد في دول أخرى نظام الغرف الإدارية، مثل بلجيكا وسويسرا وإسبانيا، وبعض الدول الفرنكوفونية. وفي نفس إطار هذه الازدواجية القضائية، نشير إلى أن دول أخرى اعتمدت أسلوبا خاصا جعل القضاء الإداري استثنائيا تابعا للقضاء العادي ومدرجا في القانون الخاص، كالدينمارك والبرازيل والبيرو.

ثالثا: خصوصية الحكم القضائي

تبرز الأحكام القضائية الصادرة في الدول التي تعتمد على النص التشريعي في أسلوبين اثنين هامين، هما :

الأسلوب الفرنسي: حيث تصدر المحاكم حكما قضائيا متكونا من حيثيات يقوم على العرض والتعليل ومنطوق مختصر جدا (فرنسا، بلجيكا وغيرها)

الأسلوب الألماني: حيث تصدر المحاكم حكما قضائيا يمتاز بالتجريد الطويل شبه الإنشائي، ويتضمن الحكم فيه مراجع وأحكاماً سابقة ويشرح فيها بإسهاب تأسيس القرار الذي اتخذه ألمانيا واليابان وإيطاليا وسويسرا.

الفرع الرابع: الفقه ومبادئ العدالة

• **الفقه:** آراء الشراح والأساتذة، وهو لا يُلزم لكنه يُؤثر على المشرع والقاضي⁹

⁹ علي شَمّا، المدخل إلى علم القانون، دار النهضة العربية، بيروت، 1998، ص 43.

- **مبادئ العدالة والإنصاف:** يلجأ إليها القاضي عند غياب النصوص والعرف، خاصة في القضايا المدنية والتجارية¹⁰

المحاضرة الثالثة

خصوصية القاعدة القانونية في النظم القانونية المعتمدة على النص التشريعي

تُعرّف القاعدة القانونية بأنها "مجموعة من القواعد العامة المجردة الملزمة، التي تهدف إلى تنظيم سلوك الأفراد داخل المجتمع، وتصدر عن سلطة مختصة"¹¹. في النظم القانونية المعتمدة على النص التشريعي، تتمتع هذه القاعدة بخصوصيات تجعلها متميزة عن القواعد في النظم العرفية أو القضائية. هذه الخصوصيات تتعلق بشكلها، مضمونها، وطريقة تطبيقها، مما يمنحها طابعاً خاصاً ينعكس على النظام القانوني بأكمله. ومن أهمها الطابع المكتوب والمدون فهي تصاغ في نصوص مكتوبة (دساتير وقوانين ولوائح) مما يضمن سهولة الاطلاع على القواعد ويعزز مبدأ الامن القانوني¹² وتتميز خصوصية القاعدة القانونية في النظم التي تعتمد على النص التشريعي في مستويين:

الفرع الأول: في مستوى مفهوم القاعدة القانونية

الفرع الثاني: في مستوى تقسيمات القانون

الفرع الأول: مفهوم القاعدة القانونية في النظم القانونية المعتمدة على النص القانوني

تعتبر القاعدة القانونية في عائلة القانون المدني أساس البناء القانوني لهذا النظام القانوني. وينظر إلى القاعدة القانونية على أنها قاعدة سلوكية تتميز بعموميتها وتجردها وتكون مقترنة بجزاء توقعه السلطة العامة المختصة على كل من يخالفها. وبعبارة أخرى، تعدّ القاعدة القانونية بمثابة الخطاب الموجه من السلطة المنظمة إلى العامة، يتضمن هذا الخطاب أمراً بالقيام بفعل معين أو بالامتناع عن فعله. وفي هذا النظام، تتم صياغة القاعدة القانونية على أساس اعتبارات سياسية، اجتماعية أو اقتصادية أو ثقافية، وتوجه إلى فئة من الأشخاص تتوافر فيهم شروط معينة، حيث تطبق على كل شخص تتوافر فيه الصفات التي تتطلبها القاعدة، وعلى كل قاعدة واقعة تتوافر فيها شروط تطبيقها. ويقوم مفهوم القاعدة القانونية باعتبارها قاعدة سلوكية اجتماعية على أساس:

العمومية والتجرد.

الإلزام

من جهة أولى، يُقصد بالعمومية والتجرد أن القاعدة القانونية لا تخص واقعة محدّدة بعينها ولا شخصاً معيناً بذاته، بل هي تبين الشروط اللازم توافرها في الواقعة التي تنطبق عليها الواقعة، وكذلك تبين

¹⁰ Jean-Louis Halpérin, *Histoire du droit privé français*, PUF, Paris, 2012, p. 93.

¹¹ عمار بوضياف، *مبادئ القانون*، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015، ص 41.

¹² Jean Carbonnier, *Droit civil: Introduction*, PUF, Paris, 2004, p. 35.

الأوصاف التي يتعين توافرها في الشخص الذي تخاطبه هذه القاعدة. وبعبارة أكثر وضوحاً، فإن القاعدة القانونية تتناول الوقائع بشروطها ولا بذاتها وهي كذلك تخاطب الأشخاص بصفاتهم لا بذواتهم .

ومن جهة ثانية، يُقصد بالزامية القاعدة القانونية كونها قاعدة مقترنة بجزاء مادي توقعه السلطة العامة المختصة جبرا على كل من يخالفها. وفكرة الجزاء تعني:

الضغط على إرادة الفرد وحمله جبرا على احترام قواعد القانون.

إعطاء الجزاء صفة رادعة تؤكد سلطان القانون وعلو مرتبته على بقية المصادر .

وتعتبر القاعدة القانونية بهذه المثابة الإطار الذي يعمل فيه القاضي، ذلك أن وظيفة القاضي في هذا النظام تطبيق القانون الذي وضعه المشرع، كما أن حكم القواعد القانونية محدود مقارنة بنظام "الكومن لو" الذي تختلف عنه القواعد القانونية باختلاف حالته الواقعية

الفرع الثاني: خصوصية تقسيمات القانون في النظم القانونية المعتمدة على النص التشريعي

تبرز هذه الخصوصية في تقسيم القانون في ظهور صنفين من التقسيمات: أولهما: تقسيم القانون إلى عام وخاص وثانيهما: تقسيم القانون إلى قواعد آمرة وقواعد مكملة

أولاً: تقسيم القانون إلى عام وخاص

يقوم تقسيم القانون في هذا النظام القانوني على تقسيم ثنائي إلى عام وخاص

أ. الأساس التاريخي :

المغزى من تقسيم القانون في عهد الرومان كان الهدف منه جعل الحاكم يتميز عن المحكومين، اعتباراً للسلطات والامتيازات الخاصة التي يتمتع بها لإدارة الشأن العام، ودوره في تحقيق المصلحة العامة. وقد كان الرومان ينظرون إلى الدولة على أنها سلطة عامة تعمل على تحقيق مصلحة تعلو على المصالح الخاصة للأفراد. فتحقيق المصلحة الخاصة متروكة للأفراد الذين لهم حرية السعي وراءها اعتباراً للنزعة الفردية التي كانت سائدة في عهد الدولة الرومانية . ولا دخل رجل القانون في الشأن العام،

ولكن بعد انهيار الإمبراطورية الرومانية في القرن الخامس الميلادي، وبسبب غياب سلطة سياسية تمسك بالسيادة، زالت هذه التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص. ولم تسترجع هذه التفرقة إلا مع الفقه اللاتيني الحديث، ليتواصل إلى يومنا هذا

ويشير الفقه في هذا الاتجاه إلى أن أقدم صياغة لهذا التقسيم الثنائي للقانون خصوصاً بعد انهيار الدولة الرومانية، يعود إلى الفقيه الفرنسي "مونتسكيو" القرن الثامن عشر في كتابه "روح القوانين 1748م، حيث كان يميز بين صنفين من القوانين:

أولاً: القانون السياسي: الذي يقصد به القانون العام، وهو القانون الذي ينظم العلاقات بين الحكام والمحكومين

ثانياً : "القانون المدني: الذي يقصد به القانون الخاص، وهو الذي ينظم العلاقات بين المواطنين، أي بين أشخاص القانون الخاص.

ب. المضمون : يقوم هذا التقسيم على أساسين اثنين، هما:

أولهما، التمييز بين صنفين من العلاقات، قانون ينظم السلطة السياسية والإدارية ويضبط علاقتها بأشخاص القانون الخاص، وقانون ينظم العلاقة بين أشخاص القانون الخاص (أشخاص طبيعيين وأشخاص اعتباريين)

ثانيهما التمييز بين صنفين من المصالح، هما المصلحة العامة والمصلحة الخاصة. وانطلاقا من هذين العنصرين يتحدد مضمون مواد القانون:

أولا : القانون العام: ينقسم بدوره إلى :

القانون العام الخارجي أو(الدولي) : وهو القانون الذي ينظم علاقة الدول ببعضها البعض وعلاقتها بالمنظمات الدولية في زمني الحرب والسلم

القانون العام الداخلي: وهو القانون الذي يحدد كيان الدولة وينظم علاقة السلطة بأشخاص القانون الخاص، وكذلك علاقة الدولة كشخص معنوي عمومي ببقية الأشخاص المعنوية العمومية المتفرعة عنها. ونذكر في هذا السياق، القانون الدستوري والقانون الإداري والقانون المالي (العمومي .)

ثانيا: القانون الخاص: هو القانون الذي ينظم العلاقات بين أشخاص القانون الخاص، ويشمل هذا القانون الخاص، القانون المدني والقانون التجاري والقانون البحري والقانون الجوي وقانون العمل وقانون الإجراءات المدنية والتجارية والقانون الدولي الخاص.

غير انه مع تطور النشاط الإنساني والاجتماعي والاقتصادي والثقافي، ظهرت فروع قانونية جديدة إلى جانب الفروع التقليدية لا هي من القانون العام ولا هي من القانون الخاص، كالقانون الاقتصادي أو قانون الأعمال، قانون البيئة وقانون المؤسسات وقانون الرياضة وقانون الصحة وقانون المنافسة... إلخ

أ. تقسيم القانون إلى قواعد آمرة وقواعد مكملة

يتميز القانون بكونه مجموعة من القواعد التي تنظم سلوك أشخاص القانون. غير أن طريقة القانون في التنظيم تأخذ عادة مسلكين اثنين : فهو من جهة، قد ينظم هذا السلوك على نحو لا يُرتضى بغيره بديلا. ففي هذه الصورة الأولى، يأتي القانون ليقيد حرية أشخاص القانون بشكل أنه يمنعهم منعا باتا من مخالفة مضمونه. وهذه الصورة هي صورة القواعد الآمرة. وهو من جهة أخرى، قد ينظم هذا السلوك على نحو يترك فيه للأفراد حرية اختياره أو تنظيمه على وجه قانوني آخر. وفي الصورة الثانية فإن القانون يمكن أشخاص القانون نوعا من الاختيار أو الحرية في تنظيم نشاطه. وهذه الصورة هي صورة القواعد المكملة. وتعود هذه التفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة إلى أن القواعد التي تنظم هذه العلاقات بين أشخاص القانون (أشخاص طبيعيين وأشخاص اعتباريين) ليست على نفس الدرجة من الأهمية في ضبط هذه العلاقات، وتكون عادة مرتبطة بتحقيق المصلحة العامة أو المصلحة الخاصة، وكذلك قدرتها على تحقيق الاستقرار في المعاملات سواء كانت تهّم المجتمع برمته أو تهّم الأشخاص المعنيين بالقانون.

مصطلحات الوحدة

المصادر المادية أو الموضوعية للقاعدة القانونية: هي مجموعة العوامل التي تسهم في تكوين القاعدة القانونية وتحدد مضمونها، سواء كانت هذه العوامل طبيعية أو تاريخية أو اقتصادية أو اجتماعية أو ثقافية. وهذه العوامل هي جملة الأسباب التي تحيط بالمجتمع وتدفع بالمشرع إلى وضع قاعدة قانونية لتحقيق غاية في حد ذاتها.

المصادر الشكلية أو الرسمية للقاعدة القانونية: هي مجموعة الوسائل التي تتحول بواسطتها المواد المستمدة من العوامل والأسباب المكونة للمصادر المادية، إلى نصوص قانونية مصحوبة بصفة الإلزام، وتجعلها نافذة. وقد وصفت هذه المصادر بالشكلية أو كذلك بالرسمية لأنها تأخذ مظهرها خارجيا صادرا عن سلطة رسمية في الدولة (النظام، المعاهدات الدولية، اللوائح، القرارات التنظيمية... مهما كانت تسميتها في أي نظام قانوني)

التشريع في معناه العام (الواسع): يقصد به مجموع القواعد القانونية المكتوبة التي يتم وضعها من قبل السلطات المختصة في الدولة (السلطة التشريعية، السلطة التنفيذية، السلطة الإدارية) لتنظيم جملة العلاقات بين أشخاص القانون في المجتمع.

التشريع في معناه الخاص (الضيق): يقصد به "التشريع"، أي مجموع القواعد القانونية (التشريعية التي تصدر عن السلطة التشريعية فحسب أي النظام وذلك في حدود اختصاصاتها الدستورية.

القضاء كمصدر من مصادر القانون: هو مجموع المبادئ القانونية المستخلصة من استقرار أحكام المحاكم على اتباعها والحكم بها عند تطبيقها للقانون

مخرجات الوحدة: ان مخرجات هذه الوحدة وأثرها على علم الطالب ومعرفته تتمثل في:

- أسباب انتشاره السريع عامليا.
- إظهاره كمصدر لكثير من القوانين لغربية.
- عرض الأسباب العملية والعلمية التي جعلته أكثر ازدهارا و قابلية بين الشعوب.

المراجع:

➤ جعفر محمد سعيد: مدخل إلى العلوم القانونية: الوجيز في نظرية القانون دار هومة، 2004م الجزائر.

➤ الشرفي محمد و المزغني علي: "مدخل لدراسة القانون"، المركز القومي البيداغوجي تونس.

➤ Glenn (H.P.), Legal Traditions of the World, (2007), Oxford University Press. •

➤ LEWIS (A.D.E.) and IBBETSON (D.J.), The Roman Law Tradition, (2004), Cambridge University Press. •

➤ Stein (Peter), Roman Law in European History (1999), Cambridge

الوحدة التاسعة

تطور ونمو وانتشار أسلوب المدونات القانونية

ملخص:

المدونة القانونية هي مجموعة من القواعد القانونية المكتوبة، المرتبة وفق منهج منظم في وثيقة واحدة (مثل القانون المدني، الجنائي، التجاري...). ويُعتبر أسلوب المدونات من أبرز مظاهر النظم القانونية المستندة إلى النص التشريعي. وتطور أسلوب المدونات القانونية من القانون الروماني إلى مدونة نابليون، ثم انتشر في أوروبا وبقية العالم ليصبح اليوم الأسلوب الأكثر اعتماداً في تنظيم الحياة القانونية، لما يتيح من وضوح، استقرار، ومساواة.

الكلمات المفتاحية: المدونات القانونية، القانون الطبيعي، القانون الوضعي، سلطة الحكم.

أهداف الوحدة : يتوقع من الطالب بعد الانتهاء من دراسة هذه الوحدة تحقيق الأهداف التالية :

- توحيد القواعد القانونية
- تبسيط القانون وتوضيحه
- تحقيق الأمن القانوني والاستقرار
- ترسيخ مبدأ المساواة أمام القانون
- تقييد السلطة التقديرية للقضاة
- تسهيل تعليم القانون وتداوله
- نشر النموذج التشريعي عبر العالم
- مواكبة التطورات الاجتماعية والاقتصادية

موضوعات الوحدة: تتناول هذه الوحدة ما يلي:

المطلب الأول: أسباب تطور أسلوب المدونات القانونية ونموه وانتشاره:

الفرع الأول: تطور الخطاب التأسيسي للقانون: تفوق المدارس الوضعية:

أولاً: مدرسة القانون الطبيعي.

ثانياً: مدرسة القانون الوضعي.

الفرع الثاني: ارتباط القانون بسلطة الحكم في الدولة.

المطلب الثاني: مظاهر تطور أسلوب المدونات القانونية ونموه وانتشاره:

الفرع الأول: حركة تدوين الدساتير: الدساتير المكتوبة.

الفرع الثاني: تدوين النصوص التشريعية: المدونات القانونية:

الفرع الثالث: التدوين التشريعي لتنظيم العلاقات بين أشخاص القانون الخاص.

الفرع الرابع: التدوين التشريعي لتنظيم العلاقات بين السلطة الإدارية والمتعاملين معها.

المطلب الثالث: نتائج تطور أسلوب المدونات القانونية ونموه وانتشاره:

الفرع الاول: تطور أهمية التشريع بتعدد مزاياه.

الفرع الثاني: عيوب التشريع.

تمهيد:

يُعدّ أسلوب المدونات القانونية أحد أبرز المظاهر التي ميّزت تطور الفكر القانوني في العالم، إذ انتقل الإنسان من مرحلة الأعراف والعادات غير المكتوبة إلى مرحلة جمع القواعد القانونية في وثائق مكتوبة متناسقة، تُعنى بتنظيم العلاقات داخل المجتمع وفق نسق محدد ومنظم. وقد ساهمت المدونات في إرساء معالم الدولة القانونية الحديثة من خلال توحيد القوانين، وتحقيق الوضوح والاستقرار والانسجام في النصوص¹³

لقد ظهرت أولى مظاهر التدوين في الحضارات القديمة، مثل قانون حمورابي في بابل (حوالي 1750 ق.م.)، والألواح الاثني عشر في روما (450 ق.م.)، حيث جسدت هذه التجارب البدائية حاجة المجتمعات إلى قواعد مكتوبة واضحة، تُحدّد الحقوق والواجبات وتُعزز الاستقرار الاجتماعي¹⁴. ثم جاء العصر الروماني ليكرّس هذا الاتجاه عبر مدونات جستنيان في القرن السادس الميلادي، والتي شكلت نقلة نوعية في تنظيم القانون المدني، وأثرت بعمق في الفكر القانوني الأوروبي خلال العصور الوسطى¹⁵.

غير أنّ التحول الجذري نحو المدونات بالمعنى الحديث لم يتحقق إلا مع الثورة الفرنسية وبروز مدونة نابليون سنة 1804، التي مثلت بداية عهد جديد للقوانين المكتوبة، حيث استطاعت أن تجمع القواعد المدنية في نصوص متكاملة، واضحة ودقيقة، قابلة للتطبيق على جميع المواطنين دون تمييز. وقد أصبح هذا النموذج مرجعاً عالمياً، انتقل تأثيره إلى أوروبا، وأمريكا اللاتينية، ثم إلى العالم العربي، وخاصة في مصر والجزائر وتونس والمغرب¹⁶.

وفي العصر الحديث، لم يعد أسلوب المدونات مقتصرًا على فروع القانون التقليدية (كالقانون المدني أو التجاري)، بل شمل ميادين جديدة مثل قوانين العمل، القوانين البيئية، قوانين حماية المستهلك، بل حتى تم تطوير مدونات إلكترونية رقمية تسهّل عملية الوصول إلى النصوص وتضمن تحيينها باستمرار¹⁷

¹³ شوقي السيد، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 39.

¹⁴ John Gilissen, *Introduction historique au droit*, Bruylant, Bruxelles, 2003, p. 58

¹⁵ جون جيلسن، تاريخ القانون الروماني، ترجمة فوزي عطوي، دار الكتاب اللبناني، بيروت، 1982، ص 121.

¹⁶ Jean-Louis Halpérin, *Histoire du droit privé français*, PUF, Paris, 2012, p. 10

¹⁷ Laurence Burgorgue-Larsen, *Les codifications contemporaines*, Dalloz, Paris, 2010, p. 67

من هنا، يكتسي موضوع تطور ونمو وانتشار أسلوب المدونات القانونية أهمية بالغة، ليس فقط لأنه يعكس التاريخ الطويل لتقنين القواعد القانونية، وإنما لأنه يكشف أيضًا عن التحديات الراهنة التي تواجهها المدونات في ظل التحولات الاجتماعية والسياسية والتكنولوجية السريعة.

المحاضرة الأولى

اسباب تطور اسلوب المدونات القانونية ونموه وانتشاره

أصبح التشريع هو النظام السائد اليوم في مجمل دول العالم، إذ أصبح لكل دولة تشريعها الخاص بها . وكل تشريع يتميز في مستوى مضمونه ولو جزئيا من دولة إلى أخرى، وهو كذلك يمثل إفرازا لوضعية تاريخية طويلة تأثرت بالاستنتاجات الفقهية

ان توجه بعض المجتمعات منذ القرون الوسطى إلى تدوين التشريع وسرعة انتشاره بين الدول، خصوصا بداية من نهاية القرن الثامن عشر، لم يكن وليد الصدفة. بل ساهمت فيه عدة معطيات وأسباب يمكن تقديمها في عنصرين اثنين

أولهما مرتبط بالخطاب التأسيسي للقانون، الذي أفرز تفوق المدارس الوضعية على المدارس الطبيعية في بلورة مفهوم التشريع أو القانون

ثانيهما، مرتبط بتطور قوة احتكار السلطة لدى الدولة الحديثة التي أصبحت مصدر التشريع، ولم يعد المجتمع وحده مصدره خصوصا فيما يتعلق بالعرف

الفرع الاول: تطور الخطاب التأسيسي للقانون: تفوق المدارس الوضعية

إن اختيار المجتمعات اليوم آلية "التشريع المكتوب" هو اختيار يعكس في الحقيقة إرادة معينة لإعطاء "النص القانوني المكتوب" - باعتباره "خطابا مركبا" - المشروعية الضرورية حتى يصبح تواجهه في المجتمع مقبول من الجميع ومدعما في أصوله وأركانه. ويجدر بنا التذكير في هذا المستوى بأن كل خطاب تبريري يهدف بالضرورة إلى الإقناع، فهو لا يتعلق بالتعريف بالقاعدة القانونية أو بأوصافها أو بمضمونها، بل يكمن موضوع هذا الخطاب في تبرير تواجد هذا القانون وتفسيره ونفاذه في المجتمع. لقد صاحبت هذه الفلسفة ظهور فكرة التشريع وتطورها على امتداد قرون طويلة في أوروبا، كما أدت إلى حصول انقسام فقهي بشأنها، حيث لم تكن لجميع المنظرين والفقهاء والفلاسفة نفس الرؤية للقاعدة المكتوبة التي تصدر عن السلطة في الدولة. وبرزت هذه المواقف الفقهية في شقين اثنين:

عرف الأول باسم "مدرسة القانون الطبيعي"،

فيما يسمى الثاني "مدرسة القانون الوضعي".

وهما تياران متناقضان انتهى إلى تفوق الثاني على الأول.

اولا: مدرسة القانون الطبيعي

تضم مدرسة القانون الطبيعي مذاهب عديدة، إلا أن القاسم المشترك بينها جميعا يتمثل في كونها تعتبر أن "النظام القانوني" لا ينحصر في القانون الوضعي فقط، ولا يقتصر أمره على القواعد القانونية الجاري بها العمل في زمن ما وفي دولة ما. وتعتبر أنه توجد قوانين أخرى غير مدونة وهي قوانين أعلى مرتبة لأنها قوانين إما قد سنّها الخالق أو هي من طبيعة الأشياء. وأطلق أنصار هذا الشق الفقهي على هذه القوانين مصطلح "القانون الطبيعي". وعليه، فإنه لا يجوز للمشرع أن يخالفها أو أن يعدلها أو أن يلغيها أو أن يبطل العمل بها. وبعبارة أخرى، يتفق أنصار هذا المذهب على

أن هذه القوانين الطبيعية هي قوانين كونية وخالدة وثابتة. أن هذه القوانين الطبيعية هي قوانين خارجة عن الإرادة الإنسانية، بل إن هذه الإرادة الإنسانية هي التي يجب أن تكون خاضعة لها. أن هذه القوانين الطبيعية في مضمونها تقدم كل ما هو عادل، وبالتالي ليس للإرادة الإنسانية القدرة على تحقيق هذا العدل؛ لأن الإنسان غير قادر على الخلق والإنشاء، وإنما ينحصر دوره فقط في الاستنباط بعد التعرف على ما هو كائن. وعلى أساس ما تقدم، يقر أنصار هذا المذهب أن القوانين الوضعية وهي القوانين التي تضعها السلطة في الدولة لا تكتسب مشروعيتها ولا تصبح نافذة وملزمة إلا إذا كانت مستمدة من مبادئ القانون الطبيعي ومطابقة لأحكامه. ولعل من المفيد أن نذكر أن مدرسة القانون الطبيعي تستمد أصولها وجذور أفكارها من الفكر الإغريقي (أفلاطون وأرسطو)، وكذلك من الفكر المسيحي وخصوصا مع التطور الذي عرفه مع القديس أغسطينيو () والقديس توماس الاكوينى () وقد أعيد تنشيط هذه المدرسة هذا الفكر بداية من القرن السابع عشر الميلادي بواسطة الفيلسوف الهولندي قروسيوس الذي أسس ما يُعرف بمدرسة قانون الطبيعة والبشر، وأعطى لهذا القانون مفهوما منهجيا وعلميا

مدرسة القانون الوضعي :

تقوم فلسفة هذه المدرسة على فكرة استقلال القانون عن الطبيعة وعن الدين المسيحي. وتعتبر أن الإنسان هو سيد الطبيعة يتعرف على قوانينها ويتحكم فيها، وبالتالي تكون له القدرة على وضع القوانين التي تنظم حياته ومجتمعه بنفسه. وبعبارة "القانون الوضعي" هي تسمية تعني أن المقصود بالقانون هو مجموع القواعد سارية المفعول والنافذة في حق كل مكونات المجتمع والذي تضعه الدولة والذي يكون صادرا عن الإرادة التلقائية للمجتمع

(ثانيا)

.وبعبارة أخرى، وحسب أنصار هذا المذهب الفقهي، فإن القانون الوضعي هو قانون يُفرض بذاته ولا يحتاج ألي نظام علوي لتبرير مبادئه، فالقانون الوضعي لا يعلو عليه شيء. وإذا كان أنصار مدرسة القانون الطبيعي يعترفون بوجود القانون الوضعي معتبرين أن الاعتراف بالقانون الطبيعي لا ينفي الاعتراف بالقانون الوضعي، إلا أنهم أعطوا للقانون الطبيعي دورا علويا ونموذجيا؛ لأنهم افترضوا في القانون الوضعي أن يكون متلائما ومتجانسا معه

وفي المقابل، لا يرى أنصار مدرسة القانون الوضعي في القانون (بشكل عام) إلا ما هو نافذ في الواقع وساري المفعول فيه. وبعبارة أخرى فإن هذه المدرسة الوضعية تدرس القانون الوضعي بمفرده وتقتصر على البحث فيه وتحليله، وهو ما جعل الفقه يطلق عليها اسم "المدرسة الواقعية". فمذهب القانون الوضعي يتميز بخاصيتين مقارنة مع المذهب الطبيعي، فهو ليس مذهباً نظرياً، ولا هو مذهباً مثالياً، وإنما هو قانون يطبق على الوقائع والأحداث والأشخاص، وهو متصل بواقع الإنسان والمجتمع ويتفاعل معه بشكل مستمر ومباشر

ولعل ما يميز هذه المدرسة أكثر هو أن أنصارها يركزون كثيراً على الوظيفة العلمية للقانون. فقد كتب في هذا الاتجاه الفقيه هوبار ما يلي:

"ينحصر علم القانون في المعرفة الوضعية للوضعيات القانونية. ويقع موضوعه بين بداية ونهاية، فهو يبدأ عند بدء القاعدة القانونية في ظهورها في نص يصرح بها ويقراها، وفي تاريخ إعداده، وهو ينتهي حيث ينتهي التنصيص على العقوبات."

وللتذكير فإن المدرسة الوضعية في أوروبا عرفت **تيارين كبيرين**

أولهما : يمثل المدرسة الشكلية، وبرزت هذه المدرسة مع المفكر الإنجليزي توماس هوبز - وتأثر به الفرنسيون مثل جون لوك وجون جاك روسو وقد سادت معهما في أوروبا فكرة العقد الاجتماعي في القرنين السابع عشر والثامن عشر الميلادي

ثانيهما : يمثل المدارس المادية والعلمية، وتسمى المدارس الحتمية؛ لأنها ترى في القانون عملاً إرادياً، أو بالأحرى تعتبر القانون نتاجاً للتاريخ أو المجتمع. ويعد المفكر الفرنسي أوغيسست كونت أول منظر لها. ومن أشهر هذه المدارس نذكر المدرسة الاجتماعية الذي يعد مونتسكيو أحد أبرز أنصارها خاصة في كتابه "روح القوانين" الصادر سنة 1748م كما نذكر المدرسة التاريخية التي تزعمها الفقيه الفرنسي فريديريك سافيني 1799-1861م وهي مدرسة تأثرت بشكل كبير ببروز علم جديد آنذاك وهو علم التاريخ لقد كان لواقعية المدرسة الوضعية بمختلف توجهاتها وعلى امتداد قرون تأثير واضح على المجتمع الأوروبي في تغيير نمط عيشه والتوجه نحو الخيار التشريعي المكتوب، أي التدوين. فكان أن لعبت الدولة، هذا الكيان السياسي الحديث، دوراً بارزاً في وضع القواعد التشريعية المكتوبة، باعتبار أن الدولة تمثل السلطة في المجتمع، وللحاكم الشرعية في وضع قواعد قانونية تلزم أفراد المجتمع.

الفرع الثاني ارتباط القانون بسلطة الحكم في الدولة:

لقد مهد ظهور الدولة الحديثة بشكل متميز لظهور وانتشار التشريع خصوصاً في أوروبا بداية من القرن السابع عشر والسنوات الموالية. وقد آل هذا الأمر إلى التلازم الحتمي بين القانون وسلطة الحكم. فالدولة هي التي تحتكر القانون

فمن جهة أولى، يكون لهذا التلازم وجهان:

:يتمثل الوجه الأول في دور الدولة في تنظيم المجتمع، باعتبارها السلطة العليا في الدولة، ولا يعلوها ولا تنافسها أية سلطة جهة أخرى. ويتميز التشريع الصادر عن الدولة بطابعه الإلزامي. فالدولة ذاتها هي التي تحتكر الجزاء المادي إذا ما خالف أحدهم القاعدة القانونية خصوصا منها القاعدة الآمرة.
.ويتمثل الوجه الثاني في كون القانون ذاته هو الآلية لتقييد الحاكم، أي لتقييد السلطة السياسية في الدولة. فإذا أقررنا بأن الدولة هي المصدر الوحيد للقانون، فإن هذه السلطة ذاتها هي سلطة مقيدة بالقانون ذاته الذي تضعه بنفسها

.ومن جهة ثانية، عندما نقول إن الدولة تحتكر القانون، فإن لهذا الاحتكار معنى تاريخيا، باعتبار أن تطور مفهوم الدولة الحديثة صاحبه نشأة القانون الصادر عنها وتطوره وانتشاره. فإذا قويت الدولة تعززت مكانة القانون، وفي المقابل كلما ضعفت الدولة تقلص مجال القانون وتراجع دوره.
إن الصلة العضوية للقانون بالدولة وبسلطة الحكم بها تعد اليوم من الأمور المؤكدة، فالحاكم يلجأ إلى القانون لتنظيم العلاقات الاجتماعية، وهو ما جعل للقانون شأن في هذا الإطار. وقد أدى تطور شأن القانون إلى نتيجتين اثنتين

:النتيجة الأولى، تهقر دور العرف في تنظيم هذه العلاقات الاجتماعية، اعتبارا لكون الدولة هي المصدر الضروري الشكلي الوحيد للقوانين. فالنظام القانوني برمته لا يتكون ولا يتطور إلا منها. ومن هذا المنطلق، يطغى الشكل، وتكون العبرة الأولى في المصدر الشكلي أولا، ذلك أن صدور القانون عن هيكل الدولة يؤدي إلى نتيجة أساسية وجوهرية هي قدرته على تعويض القاعدة العرفية، ليحل محلها كقاعدة مركزية تنظم مختلف العلاقات الاجتماعية

النتيجة الثانية، من منظور القانون الوضعي، تتمثل في أن القاعدة التشريعية المكتوبة دخلت في مرحلة أولى في علاقة تنافسية مع بقية القواعد السلوكية الأخرى لتنظيم المجتمع، ثم في مرحلة ثانية أصبحت هذه القاعدة القانونية في صدارة هذه القواعد ولها دور ريادي مقابل تراجع مكانة القواعد السلوكية الأخرى مثل العادات والتقاليد والأخلاق والدين. بل أكثر من ذلك، فإن القاعدة القانونية هي التي تحدد اليوم دور هذه القواعد وتضبط الأطر التي تتحرك فيها. وقد فازت القاعدة القانونية في هذه المنافسة اعتبارا لثوابت خصائصها كقاعدة عامة ومجردة وملزمة، ناهيك عن أن القواعد السلوكية المذكورة لا تتوافر على بعض هذه الخصائص، وخاصة منها خاصية الإلزامية واقترانها بتسليط جزاء مادي توقعه الدولة ذاتها.

المحاضرة الثانية

مظاهر تطور اسلوب المدونات القانونية ونموه وانتشاره

ادى نجاح اسلوب التشريع في توفير الطمأنينة لدى الافراد ادى الى انتشاره عبر العالم ليس فقط في اوروبا وقد عرف هذا الانتشار صنفين من النصوص:

اولها النصوص الدستورية

وثانيهما النصوص التشريعية

الفرع الاول: حركة تدوين الدساتير

يتبادر في ذهنك ان اول دستور مدون هو الدستور المؤسس للدولة الامريكية سنة 1787م ويليه دستور فرنسا الصادر في 21 سبتمبر 1791م غير ان هذه المعطيات التاريخية فيها نوع من الاجحاف وعلينا ان نبرزه في هذه الاوراق،

يزعم الغرب ان فكرة التدوين كانت اوروبا سباقة لوجود حركة فلسفية امتدت لقرون. متناسين ما اهدت اليه الشعوب للكتابة حتى بدأت في تدوين اوجه نشاطها الحضاري المختلفة ومن بينها القانون. ومن أشهر المدونات القانونية القديمة:

مدونة حمورابي (1750-1792 ق م) صدرت في بابل في بلاد ما بين النهرين العراق حاليا اثناء حكم الملك بابل .

مدونة بوكخوريس (712 ق م) صدرت في عهد الملك بوكخوريس مؤسس الاسرة الرابعة والعشرين في مصر. مدون مانو في الهند.

مدونة دراكون صدرت هذه في اثينا ببلاد الاغريق حوالي عام 621 ق م في عهد حاكمها دراكون.

مدونة صولون اصدرها الحاكم صولون في اثينا حوالي عام 594 ق م

مدونة الالواح الاثنى عشر صدرت في روما عام 451 ق م واخرها مدونة جوستنيان حوالي (530م)

اما بالنسبة فكرة تدوين الدساتير فأول دستور مكتوب عرفته البشرية هو:

دستور ولاية فرجينيا سنة 1776م ثم يليه دستور الدولة الاتحادية الامريكية لسنة 1787م

ثم دستور بولونيا في 3 ماي 1791م ثم تليها بأشهر دستور فرنسا الصادر في 21 سبتمبر 1791م. ثم

دستور السويد 1809م وفنزويلا سنة 1811م واسبانيا سنة 1812م والنرويج سنة 1814م وبلجيكا سنة

1831م وليبيريا سنة 1847م وتونس سنة 1861م تركيا سنة 1876م ومصر 1882م وهولندا سنة 1887م

ومن الاسباب التي ساعدت في ظهوره ظروف تاريخية وسياسية والحربية في امريكا فقد حاول المؤسسون الاوائل انهاء الوجود البريطاني ووضع لبنة لتكوين نظام يعتمد على الارث الموروث من الاستعمار البريطاني يقوم اساسا على فكرة العرف والعادات والتقاليد غير انه لم يستمر طويلا فقد تبنا فكرة التشريع المكتوب في كتابة الدستور . وهنا يمكن الاشارة الى نوع من الاجحاف لعدم ذكر اول دستور جزائر نفتخر به ظهر في 3 فيفري سنة 1748م في حكم محمد بن زكير وكانت الظروف في ذلك الوقت المنازعات تحل بالعنف أي باستعمال القوة وخاصة في الجيش فجمع القيادة حيث وصل الحشد الى 1000 شخص وكتبت الوثيقة ونجح في توطين السلم وسميت في ذلك الوقت (عهد الامان) وتوجد النسخة الاصلية في المكتبة الوطنية في الجزائر العاصمة. للاطلاع وفي نهاية الحرب العالمية الاولى (1914-1919) انتشرت الدساتير المكتوبة في معظم دول العالم ساعد في ذلك ظهور واختفاء دول كسقوط الامبراطورية الروسية والنمساوية والمجرية والعثمانية وظهور دول وهي الاتحاد السوفياتي والصين ويوغسلافيا.

الفرع الثاني: تدوين النصوص التشريعية: المدونات القانونية

إذا كان تدوين الدستور جاء لينظم سلطات الدولة وتقييد السلطة السياسية وحماية الحقوق والحريات فان تدوين التشريعات جاء ليؤسس لفكرة استقرار المعاملات بين الافراد في المجتمع (القانون الخاص) كما جاء ليكرس شرعية الاعمال الادارية.

التدوين التشريعي لتنظيم العلاقات بين اشخاص القانون الخاص

ونعني بها مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات بين الافراد خلال قيامهم بنشاطاتهم ولذا جاءت المدونات منظمة ومبوب في شكل مواد وفصول تصدر عن سلطة تشريعية رسمية في الدولة وسميت (المجلة القانونية) Code وللمجلات القانونية مظهران:

أحدهما: بشكل رسمي حيث تصدر قانونا واحدا مثل القانون الجنائي ويطلق على المجلة اسم المجلة الجنائية.

وثانيهما: شكل غير رسمي حيث يقوم بتجميع مجموعة قوانين المرتبطة من حيث الموضوع مثل تجميع نصوص قانونية متفرقة تتعلق بالبيئة في شكل مجلة البيئة او تجميع القوانين التي تهم العلاقات العائلية ويطلق عليها مدونة الاسرة.

تاريخيا يعتبر القانون المدني قانون العلاقات العامة كما يطلق عليه (القانون العمومي) وهذا تحت تأثير القانون الروماني الجرمانى وهو القانون المطبق على المواطنين وذلك لتمييزه على قانون الشعوب الذي كان يحكم علاقات الاجانب ثم تطور بعد ذلك واندمج قانون الشعوب في قواعد القانون المدني.

الفرع الثالث: التدوين التشريعي لتنظيم العلاقة بين السلطة الادارية والمتعاملين معها:

بعد نجاح التجربة الفرنسية في تقييد السلطة الإدارية واخضاعها لرقابة قضائية خاصة منذ 1872م ساهمت في انتشارها عبر العالم.

وما يميز التجربة الفرنسية هو ظهور القضاء الإداري (مجلس الدولة) الذي ساهم بشكل مباشر في تطوير القواعد والمبادئ للقانون الإداري على امتداد سنوات عديدة. مثل (مبدأ شرعية الأعمال الإدارية) (مبدأ حقوق الدفاع أمام الإدارة) (مبدأ مسؤولية الإدارة عن أعمالها) (مبدأ حرية التجارة والصناعة) ان القانون الإداري بعد هذا التطور أصبح له موضوعات مثل النشاط الإداري ويتعلق بالمرافق والضبط الإداري ووسائل الإدارة تتمثل في القرار والعقد الإداري وأصبح مقننا في موضوعاته مثل

تقنين إجراءات التقاضي الإداري

تقنين قواعد القرار الإداري وشرعيته

تقنين مبادئ المرفق العام

تقنين قواعد المسؤولية الإدارية وغيرها

نتائج تطور اسلوب المدونات القانونية ونموه وانتشاره

لقد أحدث انتشار أسلوب المدونات القانونية تحولًا عميقًا في النظم القانونية عبر العالم، إذ لم يقتصر أثره على توحيد النصوص وتنظيمها، بل شمل أيضًا البنية التشريعية للدولة، وعلاقاتها بالمجتمع والاقتصاد. ويقيم نجاح نظام التدوين بسرعة انتشاره في العالم وهذا يدل على نجاعته ورغم أهمية التشريع ومحاسنه فانه لا يخلو من بعض العيوب والتي سوف نقف عندها.

الفرع الاول: تطور اهمية التشريع بتعدد مزاياه

منذ العصور القديمة، لم يكن التشريع بالمعنى الحديث المصدر الرئيسي للقانون، بل كانت الأعراف والعادات والقرارات القضائية هي الأسبق في تنظيم العلاقات الاجتماعية. غير أن تطور الدولة الحديثة وصعود فكرة السيادة التشريعية جعل من التشريع المصدر الأول للقانون في أغلب النظم المعاصرة. ويُعزى ذلك إلى ما يتميز به من مزايا جعلته يتفوق على غيره من المصادر القانونية، وهو ما يفسر تنامي أهميته تدريجيًا عبر التاريخ.

اولا: تطور اهمية التشريع

ثانيا: مزايا التشريع

المطلب الأول: وضوح التشريع ودقته

يتميز التشريع بكونه نصوصًا مكتوبة صادرة عن سلطة مختصة، مما يمنحه وضوحًا ودقة في صياغة القاعدة القانونية. وهذا الوضوح يسهل على الأفراد والقضاة معرفة الحقوق والالتزامات دون غموض، بخلاف الأعراف التي قد تكون غامضة أو متفاوتة بحسب المناطق¹⁸.

المطلب الثاني: الطابع الرسمي والمشروع

التشريع يصدر عن سلطة تشريعية منتخبة أو مفوضة، مما يمنحه شرعية ديمقراطية وقوة إلزامية عامة. وهذه الميزة تجعله أسمى من الأعراف أو الفقه، لأنه يعبر عن الإرادة العامة للدولة، لا عن ممارسات اجتماعية أو اجتهادات فقهية فردية¹⁹.

المطلب الثالث: قابلية التشريع للتدوين والتنظيم

بخلاف المصادر غير المكتوبة، يمكن جمع النصوص التشريعية في مدونات وقوانين منظمة، مما يسهل عملية الرجوع إليها وتطبيقها. وهذه الخاصية ساهمت في بروز المدونات القانونية الكبرى (مدونة نابليون 1804، القانون المدني المصري 1949)²⁰.

المطلب الرابع: المرونة والقدرة على التعديل

¹⁸ René David, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, Paris, 1969, p. 71

¹⁹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1952، ج1، ص 45

²⁰ أحمد سلامة، مصادر الالتزام في القانون المدني، دار الفكر العربي، القاهرة، 1998، ص 112

يتمتع التشريع بميزة المرونة، إذ يمكن للسلطة التشريعية تعديل النصوص أو إلغاؤها بما يتلاءم مع التطورات الاجتماعية والاقتصادية. وبخلاف العرف الذي يتطلب وقتاً طويلاً حتى يتغير، يسمح التشريع بالاستجابة السريعة لمتطلبات الواقع²¹

المطلب الخامس: العمومية والتجريد

- التشريع يصاغ على شكل قواعد عامة ومجردة تنطبق على جميع الأشخاص والوقائع دون تمييز، وهو ما يعزز مبدأ المساواة أمام القانون.
- هذه الخاصية تجعل التشريع مختلفاً عن القرارات القضائية التي تقتصر على وقائع محددة²²

المطلب السادس: مسايرة التطورات العلمية والتكنولوجية

- بفضل قابليته للتعديل، أصبح التشريع الوسيلة الأنسب لمواكبة التغيرات الحديثة في ميادين مثل:
 - التكنولوجيا الرقمية.
 - حماية البيئة.
 - القانون الجنائي الدولي.
- هذا ما عزز مكانته كمصدر رئيسي للقانون في العصر الحديث²³

الفرع الثاني: عيوب التشريع

لا يمكن لأهمية التشريع وانتشاره دولياً والعمل به اعتباراً لمزاياه أن تحجب العديد من العيوب. ويُمكن حصر هذه العيوب في النقاط التالية:

المطلب الأول: الجمود النسبي وصعوبة التعديل

من أبرز عيوب التشريع أنه يتسم بـ الجمود، إذ يتطلب تعديله إجراءات دستورية أو تشريعية معقدة قد تستغرق وقتاً طويلاً. وهذا البطء يجعل التشريع غير قادر على مواكبة التحولات الاجتماعية والاقتصادية السريعة. ومثال ذلك: قوانين التجارة الإلكترونية التي سبقت التكنولوجيا تطورها على التشريع في أغلب الدول

المطلب الثاني: قصور الصياغة القانونية

قد يشوب النص التشريعي الغموض أو التناقض نتيجة ضعف الصياغة أو استعمال ألفاظ عامة تحتمل أكثر من تأويل. وهذا القصور يؤدي إلى صعوبات في التفسير والتطبيق، وقد يفتح الباب لاجتهادات قضائية متباينة.

المطلب الثالث: الطابع التجريدي والمطلق

²¹ محمد كامل ليلة، النظرية العامة للقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983، ص 9 7

²² Laurence Burgorgue-Larsen, *Les codifications contemporaines*, Dalloz, Paris, 2010, p. 96

²³ شوقي السيد، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 135.

صحيح أن عمومية التشريع تعد ميزة، لكنها قد تتحول إلى عيب عندما لا تراعي القاعدة خصوصيات الواقع. فالنصوص العامة قد تعجز عن استيعاب التفاصيل الدقيقة، مما يضطر القاضي إلى البحث عن حلول اجتهادية خارج النص

المطلب الرابع: تأثير التشريع بالاعتبارات السياسية

في كثير من الأحيان، يعكس التشريع إرادة الأغلبية السياسية أو توجهات الحكومة أكثر مما يعكس المصلحة العامة. وهذا يجعله عرضة لسنّ قوانين مؤقتة أو ميسّسة لا تراعي استقرار النظام القانوني.

المطلب الخامس: عدم القدرة على التنبؤ بكل الوقائع المستقبلية

مهما بلغت دقة المشرّع، يبقى عاجزاً عن التنبؤ بجميع الحالات المستجدة. وبالتالي يظل التشريع ناقصاً أمام وقائع جديدة لم يتصورها المشرّع عند وضع النص. ومثال: ظهور الذكاء الاصطناعي والروبوتات القانونية التي لم يتطرق إليها التشريع التقليدي

المطلب السادس: كثرة القوانين وتشتتها

يؤدي التضخم التشريعي إلى صعوبة الإلمام بجميع النصوص، خاصة مع تعدد القوانين وتكرارها وتناقضها أحياناً. وهذا التضخم قد يضرّ بالأمن القانوني ويؤدي إلى ارتباك لدى القضاة والمتقاضين

المراجع:

- Glenn (H.P.), Legal Traditions of the World, (2007), Oxford University Press. ➤
- Stein (Peter), Roman Law in European History (1999), Cambridge. ➤
- HALPÉRIN (J.-L.), Histoire des droits en Europe, (2004), Paris, Flammarion. ➤
- Hubert (R.) « Science du droit, sociologie juridique et philosophique du droit, » A.P.D. 1931 n ,8-2 °p. 43-47. ➤
- VON MEHREN (A.T.) and JAMES (R.G.), The Civil Law System: An Introduction to the Comparative Study of Law, (1977), Boston, MA, Little Brown. ➤
- DAVID (René) et JAUFFRET-SPINOSI (Camille) (2013) : Les grands systèmes de droit contemporains, Paris, Dalloz, 12ème éd ➤

النظام القانوني الفرنسي

ملخص:

النظام القانوني الفرنسي يُعتبر النموذج الأبرز للنظم القانونية المستندة على النص التشريعي النظام اللاتيني Romano-Germanic - وقد كان لفرنسا دور محوري في نشر هذا النظام عبر العالم، خصوصاً بعد صدور مدونة نابليون (1804) التي أثرت في معظم التشريعات الحديثة. النظام القانوني الفرنسي هو النموذج الأبرز للنظام اللاتيني، يقوم على التشريع والتقنين، ويميزه ازدواجية القضاء، كما أنه ترك بصمته على معظم التشريعات في العالم، مما يجعله أحد أكثر النظم القانونية تأثيراً وانتشاراً.

أهداف الوحدة

يتوقع من الطالب بعد الانتهاء من دراسة هذه الوحدة تحقيق الأهداف التالية:

- تحقيق وحدة القانون
- تبسيط وتقنين القواعد
- ترسيخ مبدأ المساواة أمام القانون
- تقييد سلطة القضاة
- ضمان الأمن القانوني والاستقرار
- الفصل بين السلطات
- نشر النموذج الفرنسي
- مواكبة التطورات الاجتماعية والاقتصادية

موضوعات الوحدة :

- المطلب الأول: التطور التاريخي للقانون الفرنسي
- الفرع الأول: القانون القديم: ولادة القانون الفرنسي.
- الفرع الثاني: دور الثورة الفرنسية والإمبراطورية في بلورة القانون الوطني.
- المطلب الثاني: القانون الفرنسي المعاصر بلوغ مرحلة النضج
- الفرع الأول: ترسيخ فكرة "القانون الوطني" رغم الانفتاح على القانون الآخر
- الفرع الثاني: صمود القانون الفرنسي في المحافظة على وحدته وخصوصياته
- المطلب الثالث: خصوصية مصادر القانون الفرنسي
- الفرع الأول: المصادر الرسمية
- أولاً: أهمية المصادر الدولية.
- ثانياً: خصوصية مصادر القانون الوطني
- الفرع الثاني: المصادر المكملة
- أولاً: العرف .

ثانيا: الاجتهادات الصادرة عن المؤسسات القضائية وغير القضائية

المقدمة:

لدراسة أي نظام قانوني معاصر والوقوف عن مميزاته يجب الرجوع الى جذوره الاصلية ولد القانون الفرنسي في رحم المشاعر الوطنية مثل اللغة الفرنسية وقد تطورت ببطء منذ العصور الوسطى فقد حرر ملوك فرنسا شعبهم من النفوذ السياسي لملوك الجرمان ومن الباباوات الرومان وخلص لهم النفوذ مثل غيرهم من ملوك اوربا انجلترا واسبانيا بقوة السلاح والقانون حيث تبنى ملوك فرنسا مقولة (الملك امبراطور في مملكته) هذا القانون الذي ولد من ارادة الملوك وعمل الفقهاء (القانون القديم) وهو نظام سياسي واجتماعي

بسبب الوضع الذي الت اليه فرنسا قامت الثورة الفرنسية (1789-1799) غيرت مجرى التاريخ بكامله سياسيا واجتماعيا حيث قامت ثورة في القانون والتنمية للقانون الوطني تمخضت في الفترة الاخيرة في بناء الاتحاد الاوروبي وعولمة الاقتصاد للتكيف مع ظروف البقاء والمنافسة مما جعل القانون الفرنسي يعرف اصلاحات عظيمة ويعود هذا الى سببين:

من جهة اولى لم يعد يُنظر إلى النظام القانوني الفرنسي على أنه مجرد إفراز قانوني للقانون الروماني الجرمانى الذي يُعد مصدره الأصلي بل ينظر اليه على انه نظام قانوني متطور ومؤثر. لأنه برهن عن نضج كبير في مسابقة الوضع السياسي والاجتماعي للدولة وظلت القاعدة القانونية المكتوبة اهم وسيلة عمل بيد الدولة تطورها وتتطور معها.

ومن جهة ثانية يعتبر نظام مؤثر بسبب انتشاره في عدد كبير من الدول ونجاحه مما تأثرت به العديد من الانظمة القانونية.

المحاضرة الاولى

التطور التاريخي للقانون الفرنسي

لكي نعيش في امن واستقرار نحتاج الى نظام قانوني يطبق على الجميع مهما كان مصدرها اما ارادة الملوك في انشاء النظام القانوني القائم على التمييز يتيح لهم باستقلالية نفوذهم وقدرتهم على حماية مملكتهم. فوظفوا مستشارين قانونيين وضعوا لهم نظاما قانونيا (القانون القديم) قانون النظامين السياسي

والاجتماعي الذي كان يمتاز بانه نظام ملكي وتنقسم الشعب الى طبقات (رجال الدين) و (النبلاء) (عموم الناس)

ثم قامت الثورة الفرنسية (1789-1799) جاءت بأفكار سياسية جديدة غيرت بشكل جذري في المجتمع الفرنسي والتي ادت الى ثورة في القوانين ساهمت في ازدهار القانون الفرنسي. حيث وصل تأثيره الى بناء الاتحاد الاوروبي واممية قوانينه وبروز ظاهرة العولمة وخاصة العولمة في الاقتصاد وبدورها ساهمت جميع هذه العوامل في تطوير النظم القانونية الاخرى على امتداد سنوات طويلة مما جعل الفقهاء اليوم ان النظام القانوني الفرنسي وصل الى مرحلة النضج.

الفرع الاول: مولد القانون الفرنسي القديم

ان حاجة المجتمع الى الاستقرار والامن سعت السلطة الحاكمة الى توحيد النظام القانوني في المملكة. وكانت ارادة الملك عن طريق توظيف فقهاء القانون في بلورة وتوحيد هذا النظام القانوني ساعين في ارساء شعور الانتماء الى الامة الفرنسية لدى الشعب الفرنسي وقد برزت هذه المظاهر خلال المراحل التالية:

خلال القرن الثاني عشر ميلادي حرص الملوك على سن ما كان يعرف ب (اعراف الملك) خلال القرن الثالث عشر ميلادي اشار أحد الفقهاء للملك بان القانون هو الشيء المشترك للجميع في المملكة الفرنسية.

خلال القرن الرابع عشر ميلادي اشار المدعي العام للملك في البرلمان الفرنسي باعتباره المحكمة الاولى للمملكة الى ما كان يعرف ب (العرف العام للمملكة)

خلال القرن الخامس عشر ميلادي امر الملك بتدوين جملة الاعراف الموجودة في المملكة الفرنسية خلال القرن السادس عشر ميلادي حرص على تجميع الاعراف المتفق عليه في باريس والتعريف بها وتطويرها وكان ذلك على يد رجال القانون

خلال القرن السابع والثامن عشر ميلادي تولى ملوك فرنسا تدوين (تقنين) مجموعات من النصوص في القانون العام وكذلك في القانون الخاص بواسطة مراسيم ملكية

المرسوم المدني (1669) مرسوم المياه والغابات (1669) المرسوم الجنائي (1670) مرسوم يتعلق بتجارة الاراضي (1673) مرسوم يتعلق بالبحرية (1681) مرسوم يتعلق بقانون الهبات (1731) وقانون الوصايا (1735) وقانون الائتمان المالي (1747)

والجدير بالملاحظة ان قانون الاجراءات المدنية والجزائية لقي رواجاً كبيراً في مختلف الدول الأوروبية

الفرع الثاني: دور الثورة الفرنسية والامبراطورية في بلورة القانون الوطني

الثورة الفرنسية (1789-1799) قامت مثل كل الثورات الاخرى وهي حركات احتجاجية واجتماعية متأثرة بالأفكار الجديدة وكانت الثورة الفرنسية متميزة باعتبار انه تم تبني العديد من النصوص القانونية المستحدثة ورفض النصوص الملكية القديمة حيث كان النظام القانوني في ذلك الوقت يجمع بين

النصوص الملكية القديم والنصوص المستحدثة مما سميت (القوانين الوسيطة) اخذت شكل مجالات قانونية اصدرت في عهد نابليون بونابرت ما بين (1800-1810)

اولا: الافكار السياسية الجديدة

لقد استلهم الثوار الافكار الجديدة من الكتابات الفقهية التي ظهرت في تلك الفترة في القرن السابع والثامن عشر (عصر الانوار) مثل (فولتار) و(روسو) و(ديديرو) حيث اقر روسو مثلا ان القانون هو في نهاية المطاف ليس الا تعبيراً عن الارادة العامة.

مما جعلهم يثورون ضد ارادة الملك المنفردة فقد كانت تلك النصوص الملكية سريعة التغيير وكذا نقد بعض الاعراف التي تتميز بعدم استقرارها كما طالبوا بوضع نصوص قوانين مشتركة تحكم الحاكم والمحكوم معا

ثانيا: القانون الوسيط الصادر خلال العشرية (1799-1789)

رغم اقتناع فلاسفة الانوار بمعنى العقد الاجتماعي بين الحاكم والمحكوم في المجتمع السياسي ومن تمثيل المواطنين في مجالس برلمانية فانهم يقرون بان لا معنى لها دون وجود للحقوق الطبيعية للكائن البشري وهي حقوق اسبق تاريخيا حيث تأثروا بنظرية (القانون الطبيعي) والتي لا يجوز اهمالها او التغاضي عنها.

وعلى اساس هذه الفكرة صدر الثوار الفرنسيون اعلان حقوق الانسان والمواطن يوم 26 اغسطس 1789م جاء في مادته 2 من هذا الاعلان تكريس لاهم الحقوق والمبادئ مثل الحرية والملكية والامان ومقاومة الظلم والاستبداد.

ولكي تبقى هذه المبادئ راسخة طالبوا بان تكون مكتوبة (التشريع المدون) صادرة عن ارادة عامة ممثلة في البرلمان المنتخب وتتضمن كل المجالات التي تمس حقوق الافراد وحررياتهم وكذلك المتعلقة بتنظيم السلطة والاقتصاد والامتيازات والقضاء وحدود الدولة وتنظيمها اداريا وغيرها من المجالات الاخرى وعلى سبيل ذلك:

قانون حول حرية التجارة في سوق وطنية موحدة (1790)

قانون لإصلاح المنظومة القضائية (1790)

اول دستور مكتوب في 21 سبتمبر 1790م

وبعدها جاء عهد نابليون حيث خاض مرحلة التدوين التي تبنتها الثورة الفرنسية ضمن مبادئها الاساسية.

ثالثا: تدوين القانون من طرف نابليون بونابرت:

اراد نابليون ان يترك بصمة في المجال القانوني فكانت المجلة المدنية (Le code Civil) صدرت سنة 1804 م والتي كرست انتصار القاعدة القانونية (المكتوبة والمجردة والعامة والملزمة) على بقية مصادر القانون الاخرى حيث اقرت المجلة صراحة ان جميع القواعد الاخرى والسابقة لإصدار المجلة

ملغاة ولا عمل عليها. وفي المادة الجنائية تم اصدار مجلة التحقيق الجنائي وتدعى (مجلة الاجراءات الجزائية) سنة 1808م والمجلة الجنائية 1810م

المحاضرة الثانية

القانون الفرنسي المعاصر بلوغ مرحلة النضج

يُعدّ القانون الفرنسي أحد أهم النظم القانونية في العالم وأكثرها تأثيراً، فقد شكّل منذ الثورة الفرنسية مرجعاً أساسياً للعديد من التشريعات في أوروبا وأمريكا اللاتينية وإفريقيا وآسيا. وإذا كان القانون الفرنسي قد مرّ عبر مراحل متتالية من التطور التاريخي والفكري، بدءاً من القانون الروماني، مروراً بالقانون الكنسي والعادات المحلية، وصولاً إلى تقنيات العهد الحديث وعلى رأسها القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 (Code civil)، فإن مرحلة القانون المعاصر تُمثل تتويجاً لمسار طويل من التبلور والاكتمال. وي طرح هذا المقال الإشكالية الآتية: ما هي مظاهر نضج القانون الفرنسي المعاصر، وما العوامل التي ساهمت في بلوغه هذه المرحلة؟

يتفق معظم الفقهاء ان النظام القانوني الفرنسي بلغ مرحلة النضج خلال اواخر القرن التاسع عشر واول القرن العشرين ويمكن تبريرها في فكرتين هما:

الفرع الاول: ترسيخ فكرة (القانون الوطني) رغم الانفتاح على القانون الاخر

فكرة التدوين في القانون الفرنسي ارتاح اليها الجميع فقد ظهر في تنظيم المجتمع وتسييره مما ادى الى تمسك الدولة الفرنسية بفكرة القانون الوضعي.

كما اضفى التمسك بالنص التشريعي المكتوب الى التعلق بالقانون الوطني مما ساهم بشكل مباشر الى تراجع مفهوم النظام القانوني الروماني الجرمانى باعتباره المرجع الاصلي للقانون الفرنسي.

في المقابل يرى بعض الفقهاء ان هذا التفوق لهذه السياسة التشريعية تعود الى نابليون.

ومن جهة فقد كانت متأثرة في بعض جوانبه الى النظام القانوني البريطاني خاصة في مادته الجنائية.

ومن جهة ثانية فقد اثرت في العديد من الانظمة القانونية الاخرى مثل القانون الالمانى والايطالى والهولندى والسويسرى والقانون الامريكى.

ومن جهة ثالثة نتيجة الاستعمار الفرنسي وخاصة على افريقيا والتي طالت مدتها حيث وصل بها الى استبدال القانون المحلى بالقانون الفرنسي ومنها الجزائر التي مازالت الى حد اليوم يصل الى الاقتباس الكلي ولمؤسساته ولنظامه السياسى والادارى والقضائى بعد ان كانت تعيش تحت نظام قانونى اسلامى.

وقد انتهى بفقهاء فرنسا ان فكرة القانون الفرنسى يبقى فرنسيا وعزله عن بقية الانظمة القانونية هو وهم لان القوانين مترابطة ويتأثر بعضها ببعض.

وقد نذكر بعض الاقتباسات حدثت خلال القرن العشرين من انظمة اخرى على النظام القانوني الفرنسي.

القانون الامريكى فكرة الرقابة الدستورية على القوانين واحداث المجلس الدستوري الذي يشبه كثيرا المحكمة العليا الامريكية وكذلك قانون المنافسة وقانون المالية وتنظيم الاسواق المالية.

القانون الالمانى: قانون الشركات التجارية وخاصة الشركات ذات المسؤولية المحدودة
في القانون الدستوري وهو المزج بين الحكومة والبرلمان وهو النظام السياسي الفرنسي القائم فهو شبه
رئاسي أي انه مختلط بين النظام الأمريكي الرئاسي والنظام البريطاني البرلماني
قانون الاتحاد الاوروبي الذي طالب دول اوروبا ان تدمج بعض قوانينها الوطنية في النظام القانوني
الاوروبي الموحد.

كما انها تتعرض الى منافسة شديدة مع بقية الانظمة القانونية الاخرى فرضت عليها وأدت الى تطوير
وتحسين مضمونه وفاعليته لكي يتماشى والعصر الحديث فمنذ سنوات ونحن نلاحظ تنقيحات جوهرية
على القوانين الفرنسية مثل القانون المدني وقانون الاسرة وقانون الاعمال والقانون الجنائي والقانون
القضائي.

وقد ادى هذه التطورات الداخلية والدولية في بعض الاحيان الى وجود تقارب بين الانظمة الاخرى ويظهر
هذا التقارب بعدة نقاط:

الوعي بضرورة الامن الجماعي العالمي ضد انواع السلاح (الدمار الشامل) مثل التسليح النووي خاصة بعد
الحرب العالمية الثانية (1939-1945)

تطور العلاقات التجارية الدولية والمشاريع المشتركة والعهود الدولية المبرمة والقوانين النموذجية وفقه
القضاء الدولي الصادر عن المحاكم والهيئات التحكيمية الدولية.

الفرع الثاني: صمود القانون الفرنسي في المحافظة على وحدته وخصوصيته

رغم التحويرات التي طرئت على القانون الفرنسي الا انه بقي متماسكا يحافظ على وحدته وخصوصياته
نذكر منها ان القاعدة القانونية المكتوبة حافظت على مكانتها كأول مصدر من مصادر القانون مستوحاة
من الواقع الاجتماعي.

كما بقي القانون يلعب الدور الاساسي في النظام السياسي والاجتماعي في الدولة. ويعبر عن الارادة
العامة للمجتمع. ويصدر عن سلطة عامة مختصة.

كما حافظ القضاء على دوره في تنفيذ القانون او تفسيره او تأويله دون ان يتعدى الى ان تصبح السابقة
القضائية مصدرا رسميا للقانون.

اما العرف والفقه هما مصدرين مكملان للقاعدة القانونية للتفسير والتأويل والمقارنة او في سد فراغ قانوني
ان وجد.

المحاضرة الثالثة

خصوصية مصادر القانون الفرنسي

تعتبر فرنسا اول بلد اسس لنظام قانوني مكتوب. تعتبر فكرة التقنين هي روح النظام القانوني برمته فهو
يهدف الى تسهيل تطبيقه كما لا يعذر الجاهل بجهله للقانون كما يسمح بالاطلاع على القانون بكل
شفافية.

يعتبر النظام القانوني الفرنسي المثال الأساسي للأنظمة القانونية التي تعتمد على النص التشريعي فهي تحاول تجميع وتصنيف النصوص المتفرقة وتنظيمها بطريقة تسمح بالاطلاع عليها بسهولة مما اصطلح عليه (القانون الثابت) مما تولدت عنه معرفة قانونية.

أدت هذه الطريقة بان القانون هو نص مكتوب أدى الى تمييزها على القاعدة العرفية كما ساهمت هذه السياسة التشريعية المكتوبة الى ترتيب مصادر القانون حسب قيمة القاعدة القانونية ومكانته في السلم العام بحيث القاعدة العليا تكون محترمة من القاعدة الأدنى والا كانت عرضة لإقصائها بغية التناسق بين جميع القواعد القانونية المكتوبة.

وعلى هذا الأساس أصبحت المصادر الأخرى مثل العرف والاعمال القضائية مصادر مكملة او مصادر ثانوية وعلى هذا الأساس أصبحت مصادر القواعد القانونية تنطلق من نقطتين هما:

المصادر الرسمية

المصادر المكملة

الفرع الأول: المصادر الرسمية

رغم ان مصادر القانون الفرنسي استطاعت ان تحافظ على مقوماتها وخصوصيتها الوطنية الا انها تأثرت بشكل أساسي بالمصادر الدولية التي ساهمت في تغيير هذه الخصوصية ولو جزئياً

اولاً: اهمية المصادر الدولية

تعتبر المعاهدات والاتفاقيات الدولية المصادق عليها هي مصادر دولية نص الدستور الفرنسي صراحة على ان (تصبح المعاهدات نافذة في فرنسا عند التصديق عليها او الموافقة عليها ونشرها) مما جعلها جزءاً من التشريع الفرنسي غير ان بعض الاتفاقيات ستوجب توسط قاعدة داخلية لإحداث كامل أثرها. اضافة الى الاتفاقيات والمعاهدات الدولية نجد قانون الاتحاد الاوروبي الذي يضم عدة نصوص مكتوبة في عدة اشكال:

التوجيهات: تلزم الدول الاعضاء بالنتيجة المتوخاة تاركة الحرية للسلطات الوطنية الشكل والوسائل. وتلتزم الدول بإدراج هذه التوجيهات في نظامها القانوني ضمن مدة تحددها التوجيهات عينها وتنتشر كافة التعليمات في جريدة الاتحاد الاوروبي الرسمية.

التوصيات والآراء: وهي اعمال قانونية فاقدة لقوة الالتزام

القرار الملزم بجميع عناصره تجاه الاطراف المذكورين فيه

الاعمال الصادرة عن محكمة الاتحاد الاوروبي التي تضمن احترام القانون في تفسير وتطبيق معاهدات الاتحاد فتؤمن تفسيراً موحداً لقانون الاتحاد الاوروبي.

ثانياً: خصوصية مصادر القانون الوطني

يقوم القانون الفرنسي على عدد هام من القواعد المكتوبة والمنشورة في الجريدة الرسمية ويتم ترتيبه وفق قيمتها القانونية على اساس القاعدة العليا محترمة من القاعدة الدنيا

1) القواعد ذات القيمة الدستورية

يفضل العديد من الفقهاء تسميتها بالقواعد ذات القيمة الدستورية وليست عبارة الدستور لأنها لا تضم نص الدستور وديباجته وهو دستور الجمهورية الخامسة المطبق حاليا المؤرخ في 8 أكتوبر 1958م بل تشمل كذلك:

مقدمة دستور الجمهورية الرابعة المؤرخ في 27 أكتوبر 1946م

واعلان حقوق المواطن والانسان الصادر سنة 1789م

المبادئ والاهداف ذات القيمة الدستورية

2) القوانين التشريعية الاساسية

هي قوانين تصدر من السلطة التشريعية في العديد من المجالات التي تنظم الشأن العام والمؤسسات السياسية والقضائية للدولة ولها دور مكمل لأحكام الدستور غير انها لا تمثل جزءا من المجموعة الدستورية وتكون لها مرتبة مباشرة بعد المصادر الدولية وأدنى منها القوانين العادية.

3) القواعد التشريعية العادية

هي قوانين صادرة من البرلمان تتعلق بالمصادقة على معاهدة دولية او بتنظيم مرفق عام او بإصلاح سياسة عامة للدولة وتخضع تماما مثل القوانين الاساسية الى رقابة دستورية القوانين لما تكون مشروع قانون ويرفع الطلب من رئيس الجمهورية او رئيس الحكومة او رئيسي مجلس الشيوخ والنواب او من قبل [،، نائباً او شيخاً في شان دستورية هذه القوانين

4) القواعد ذات القيمة الترتيبية القرارات الترتيبية

تتمثل في:

المراسيم: هي اعمال صادرة عن رئيس الجمهورية او رئيس الوزراء

القرارات الوزارية: هي اعمال صادرة من كل من وزير في إطار المرفق العام الذي يديره ويشرف عليه.

القرارات التنظيمية: الصادرة عن السلطات المحلية (اللامركزية الترابية، البلدية، اقليم، منطقة) او السلطات

المرفقية (اللامركزية المرفقية، مؤسسات ومنشآت عمومية)

5) الاتفاقيات الجماعية

هي مجموعة المواثيق المتعلقة بتطبيق قانون العمل ممضاة بين اصحاب العمل ونقابات العمال تحت اشراف الدولة. وتتعلق بالنظام القانوني لعقود العمل في القطاع الخاص ولضمان الاجتماعي للعمال (اوقات العمل، المرتب. المنح، حماية العمال من الامراض والحوادث المهنية الخ) ويكون ذلك حسب كل قطاع على حدة (الصيد البحري، الفلاحة، النسيج، الصناعات بأنواعها. الخ)

6) المناشير والتعليمات

هي اعمال داخلية صادرة عن الادارة بعضها تفسيري القواعد العليا (تشريع، مراسيم، قرارات وزارية) وبعضها الاخر يتضمن تعليمات للإدارة الدنيا حول كيفية تطبيق القوانين والمراسيم وتتميز هذه المناشير

بكونها مجردة من اية قيمة تنظيمية أي انها لا تعتبر قرارات ادارية بل مجرد اعمال ادارية داخلية تتعلق بتنظيم المرفق،

الفرع الثاني: المصادر المكملة

رغم أن الفقه متفق على اعتبارها مكملة للقاعدة القانونية المكتوبة، فإن هذه المصادر ما زالت محافظة على دورها ومكانتها كمرجعية متحركة تساهم في تطوير النص المكتوب وكشف عيوبه، سواء تعلق الأمر بالعرف أو بمختلف الاجتهادات الصادرة عن المؤسسات القضائية وغير القضائية التي لها دور في تطبيق القانون أو في مراقبته.

(1) العرف

رغم تراجع مكانة العرف بعض الشيء فإنه لا يزال محافظا على مقوماته كمصدر من مصادر القانون، وتجدر الإشارة إلى أن الفقه من جهة والقضاء من جهة أخرى ما زال يستندان إلى العرف في حالات دنيا وفق ما تقتضيه الضرورة، فقد وضع المشرع قاعدة مفادها أن العادة والعرف لا يخالفان النص الصريح أي المكتوب وهذا يعني بالضرورة أن القاعدة العرفية معترف بها وممكنة التطبيق طالما لم تكن مخالفة للنص القانوني المكتوب، والثابت أنه من عيوب التشريع هو النقص الذي يمكن أن يعتريه أحيانا، فيأتي العرف ليكملة

كما تجدر الإشارة إلى أنه يمكن للنص التشريعي أن يتدخل في مرحلة لاحقة لتدوين القاعدة العرفية كلما كان ذلك ضروريا، وهو ما يؤدي إلى إخراجها من الإطار الضيق الذي وجدت فيه إلى إطار تشريعي أوسع

ومن خصائص العرف اليوم في علاقته بالنص المكتوب هي :

أن يكون مفسرا ومكملا لا يخالف النص الصريح .وما زال العرف إلى اليوم يطبق خصوصا في بعض المجالات الهامة، مثل القانون الدولي العام) الأعراف الدولية والدبلوماسية (والقانون التجاري) في علاقة التجار ببعضهم البعض (وقانون العمل) في جانب هام من علاقة أصحاب العمل والعمال في بعض القطاعات)

(2) الاجتهادات الصادرة عن المؤسسات القضائية وغير القضائية

يمكن ان تصدر هذه الاجتهادات من مؤسسات لها علاقة بالقانون ذاته.

من جهة أولى: نجد الهيئات القضائية سواء كانت عادية او ادارية

ومن جهة ثانية: نجد المجلس الدستوري مكلف بمراقبة دستورية مشاريع القوانين، كما يصدر آراء ملزمة للسلطات السياسية والدستورية والإدارية في الدولة، حتى تحترم نص الدستور .والثابت هو أن جميع هذه المؤسسات تصدر أعمال قانونية آراء، قرارات وأحكام قضائية... ثرية جدا من حيث مضمونها، وهي تؤثر بشكل مباشر أو غير مباشر في القاعدة القانونية، وتؤدي أحيانا إلى تغييرها أو حذفها

أ. المؤسسات القضائية

تعمل فرنسا بنظام الثنائية القضائية، ذلك أننا نجد القضاء الإداري إلى جانب القضاء العدلي، وكل يعمل في نطاق الاختصاصات التي حددها له القانون

تاريخيا القضاء الإداري نشأ في 1872م وقد لعب القاضي الإداري مجلس الدولة دورا رياديا في وضع أسس القانون الإداري، وهو ما يؤكد أن هذا القانون هو بالأساس قانون فقه قضائي، باعتبار أن القاضي الإداري هو من استنبط قواعد القانون الإداري ومبادئه، قبل أن يتدخل المشرع في كل مرة ويدون هذه القواعد في نصوص تشريعية

من جهة أولى، وفي خصوص اجتهادات القضاء العادي، نلاحظ أنه يمثل القضاء الأصلي والتقليدي في فرنسا، ويختص بالنظر في النزاعات التي تنشأ بين أشخاص القانون الخاص، والتي تطبق فيها قواعد القانون الخاص (القانون المدني، القانون التجاري، قانون العمل، القانون الدولي الخاص...)، كما يختص هذا القضاء بالنظر في الجرائم بأنواعها، ويصدر أحكاما جنائية في الموضوع

والثابت أن كلا من القضاء العادي والقضاء الإداري اليوم يتشكلان في تنظيم هرمي متناسق للمحاكم، ذلك أن كل قضاء مستقل عن الآخر، وهو منظم في إطار هرمي؛ إذ نجد دائما محكمة درجة أولى ومحاكم استئناف ومحكمة عليا، المحكمة العليا في القضاء الإداري هي مجلس الدولة، والمحكمة العليا في القضاء العادي هي محكمة النقض.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي أحدث منذ سنة 1872م، وهو كذلك تاريخ إنشاء مجلس الدولة كقاض إداري مستقل عن الإدارة وكذلك عن القضاء العادي (هيئة قضائية خاصة أطلق عليها "محكمة تنازع الاختصاص"، يتمثل دورها في البت في مختلف النزاعات التي تطرح فيها مسألة اختصاص القضاء، وتصدر هذه المحكمة أحكاما نهائية وملزمة لجميع المحاكم الإدارية والعادية حين تقول كلمتها ما إذا كان هذا الصنف من النزاعات هو من اختصاص القضاء الإداري) ليطبق القانون الإداري (أو هو من اختصاص القضاء العادي) ليطبق القانون الخاص، أي القانون المدني أو القانون التجاري...الخ

ومن جهة ثانية، وفي خصوص اجتهادات القضاء الإداري، نلاحظ أن جميع النزاعات التي تكون الإدارة فيها طرفا والتي تتعلق بتنظيم مرفق عام وتسييره، والتي تستعمل فيها الإدارة امتيازات السلطة العامة، من اختصاص القاضي الإداري، فقد كان يعتقد تاريخيا أن القاضي الإداري (وهو مجلس الدولة) هو قاضي الإدارة، إل أنه أثبت على امتداد قرابة القرن ونصف القرن منذ تاريخ إنشائه أنه قاضي الحقوق والحريات (على حد تعبير الفقه الفرنسي اليوم)، وقد تمكن القاضي الإداري من إصدار العديد من القرارات والأحكام القضائية التي تتضمن قواعد ومبادئ عامة للقانون وحلول قضائية، أصبحت تمثل مصدرا هاما للقانون (مثل مبدأ حقوق الدفاع ومبدأ حرية التجارة والصناعة)، وتتميز أحكام وقرارات القضاء الإداري بكونها منشورة في مجموعات سنوية، يسهل الرجوع إليها (وهي مجموعات لوبون (Lebon)

فالقضايا التي يتم الفصل فيها لا تؤثر على القانون الا بقدر ما تحلق ممارسة او مجموعة من المبادئ فالقضية الفردية حتى لو تم الفصل فيها من قبل المحكمة لا تتمتع الا بسلطة اقناعية محدودة

ب. المجلس الدستوري

هو هيكل سياسي أحدث في دستور الجمهورية الخامسة سنة 0999م، يختص بمراقبة دستورية مشاريع القوانين، وهذا يعني أن رقابة دستورية القوانين في فرنسا توصف بكونها رقابة سياسية لا يختص بها القضاء مثلما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية (ورقابة سابقة، بمعنى أن القاعدة التشريعية تراقب في مدى دستورية واحترامها للنص الدستوري قبل إصدارها ونشرها في الجريدة الرسمية، وبعبارة أكثر وضوحا ينظر المجلس الدستوري في مدى مطابقة مشروع القاعدة القانونية للدستور ومدى ملاءمتها له، كما يمكن للمجلس الدستوري أن يبدي رأيه حول مدى وجود تناقض أو تضارب بين معاهدة دولية تنوي الدولة الفرنسية المصادقة عليها، فإذا ثبت لدى المجلس هذا التناقض، بمعنى عدم المطابقة وعدم الملاءمة، تمتنع الدولة عن المصادقة ما لم يعدل الدستور

المراجع:

➤ LEVY (J-P) et CASTALDO (A.), Histoire du droit civil, Paris, Dalloz, 2002, XIII, + p. 1554

➤ VANDERLINDEN, J., Le concept de code en Europe occidentale du XIIIe au XIXe siècle, (1967), Bruxelles, Éditions de l'Institut de sociologie.

➤ Stein (Peter), Roman Law in European History (1999), Cambridge.

➤ VON MEHREN (A.T.) and JAMES (R.G.), The Civil Law System: An Introduction to the Comparative Study of Law, (1977), Boston, MA, Little Brown.

➤ OUVRAGE COLLECTIF, 1804-2004, le code civil, un passé un présent un avenir, (2004), Université Panthéon-Assas, Paris II, Paris, Dalloz.

➤ OUVRAGE COLLECTIF, Le discours et le code. Portalis, deux siècles après le Code Napoléon, (2004), Paris, Litec, LXVI + 398 p. •

➤ STEINER (E.), French Legal Method, (2002), Oxford, Oxford University Press. • LEGEAIS (Raymond): (2008) Grands systèmes de droit contemporains, Paris, Litec, 2ème édition

الوحدة العاشرة

خصائص النظام القانوني الإسلامي

ملخص:

النظام القانوني الإسلامي هو مجموعة القواعد المستمدة من الشريعة الإسلامية، والتي تنظم حياة الإنسان في علاقته بربه ونفسه ومجتمعه. يتميز هذا النظام بخصوصيته عن باقي النظم القانونية الوضعية لأنه إلهي المصدر، شامل ودائم.

ويتميز بكونه إلهي المصدر، شامل، ثابت ومرن في آن واحد، جامع بين القانون والأخلاق، ويهدف إلى تحقيق العدل ومقاصد الشريعة. وهو بذلك مختلف عن النظم الوضعية، لأنه لا ينظم فقط العلاقات الاجتماعية، بل يوجه حياة الإنسان كاملة.

الكلمات المفتاحية:

اهداف الوحدة:

يفترض من الطالب بعد دراسة هذه الوحدة تحقيق الأهداف التالية:

- تحقيق العدل → أساس الحكم والمعاملات.
- حماية مقاصد الشريعة → ضمان حفظ الضروريات الخمس.
- إقامة المساواة → جميع الأفراد متساوون أمام أحكام الشرع.
- تنظيم شؤون الحياة → من العبادة إلى السياسة والمعاملات.
- الجمع بين الدنيا والآخرة → تشريعات تنظم الحياة وتضمن الجزاء الأخروي.
- إصلاح الفرد والمجتمع → تهذيب السلوك وتحقيق التكافل.
- المرونة لمواكبة التطورات → عبر الاجتهاد لتحقيق مصالح الناس.

موضوعات الوحدة:

تتناول هذه الوحدة ما يلي:

المطلب الأول: ثوابت المرجعية الأصلية للنظام القانوني الإسلامي

المطلب الثاني: خصائص البنية القانونية والقضائية للنظام القانوني الإسلامي

المطلب الثالث: خاصيتا المرونة والتطور في النظام القانوني الإسلامي

مقدمة:

تعد الشريعة الإسلامية من أعظم النظم القانونية ثراء وسعة. وهي مصدر عام للتشريع تتميز بانها قائمة بذاتها ليست مأخوذة من غيرها. فهي تختلف عن القانون الوضعي وهناك من يعتبر الشريعة الإسلامية بالقانون الإسلامي. وهل هناك قانون إسلامي؟ طبعاً لن تجد القانون الإسلامي مدون في كتاب فيه فصول المادة واحد تتضمن كذا وكذا فنحن نطلق القانون الاسلامي هو تعبير مجازي ان الشريعة

الإسلامية فيها احكام وفيها أمور تصلح ان تنظم حياة الناس. وكل جماعة تنظم حياتها بالطريقة التي تناسبها وفق ما جاءت به الشريعة الإسلامية المتمثلة في القرآن الكريم والسنة الشريفة.

وهناك ملاحظة ان كثير من الناس يفتعل الصراع والتضاد بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية التي هي من صنع البشر. وهذا غير صحيح. فالبعض يطالب بتطبيق الشريعة الإسلامية فاين هو القانون الإسلامي فأمامك القرآن الكريم والسنة الشريفة واستتبط منها احكام القانون الإسلامي وإذا اردت قانون التعمير او قانون الصيد البحري والبري مثلا او قانون الجمارك فإنك لا تجده في مصادر التشريع الإسلامي فالأصل في القرآن هو كتاب هدى للناس. فمثلا عندما يتكلم عن سياسة الحكم في الإسلام ماذا قال القرآن الكريم (وامرهم شورى بينهم) اما تطبيقها فتختلف من جماعة الى أخرى وهناك من يعتبرها الديمقراطية.

اذن فالعلاقة بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية هو التكامل. فالقوانين الوضعية في الدول الإسلامية هي مستخرجة من روح التشريع الإسلامي. فالشريعة الإسلامية تركز على السلوك الداخلي والخارجي اما القانون الوضعي يركز فقط على السلوك الخارجي. كما ان الشريعة تتكلم عن جزاء دينوي واخر اخروي بينما القانون الوضعي فهو جزاء دينوي. فلهذا هناك رقابة الالهية في التشريع الإسلامي بينما في القانون الوضعي لا توجد.

المحاضرة الاولى

ثوابت المرجعية الاصلية للنظام القانوني الإسلامي

الفرع الأول: مصادر التشريع الإسلامي المتفق عليها

يقوم التشريع الإسلامي على مصادر متفق عليها بين العلماء ومصادر مختلف فيها، والتي يستند عليها المشرع او القاضي فالمتفق عليها أربعة مصادر، تصنف إلى صنفين اثنين: يشمل الصنف الأول مصدران أساسيان هما القرآن والسنة (الوحي). ويشمل الصنف الثاني الاجتهاد بمصدريه الإجماع والقياس.

أولاً: المصادر الأساسية:

1) القرآن الكريم

كلام الله المنزل وحيا بواسطة جبريل على قلب النبي محمد صلى الله عليه وسلم قال الله تعالى (كتاب احكمت آياته ثم فصلت من لدن حكيم خبير) ولا تصح العبادة بدونه حيث تأخذ منه أمور العبادة والمعاملات. ويترتب عن هذه الصفة:

أ. الإعجاز

قال الله تعالى (قل لئن اجتمعت الانس والجن على ان يأتوا بمثل هذا القرآن لا يأتون بمثله ولو كان بعضهم لبعض ظهيراً)²⁴

ب. الحفظ والخلود

قال الله تعالى (انا نحن نزلنا الذكر وانا له لحافظون)²⁵

وقد وردت في القرآن عدة آيات تنظم الجانب المتعلق بالمعاملات، ويمكن إبراز جانب هام منها، وهي:

ما ينظم الأحوال الشخصية عدده سبعون.

ما يحمل على بقية القانون المدني عدده أيضا سبعون.

بالنسبة للمادة الجزائية فعدد الآيات ثلاثون.

أما بالنسبة للإجراءات فعددها ثلاثة عشر.

وعدد الآيات المتعلقة بالمادة الدستورية عشر.

ونفس العدد بالنسبة للآيات المنظمة للاقتصاد والمالية.

أما تلك المتعلقة بالقانون الدولي فعددها خمسة وعشرون.

ففي المادة الجنائية مثلاً، وبالرجوع إلى القرآن الكريم دائماً، تفرّق الشريعة الإسلامية بين أنواع مختلفة من الجرائم. وتنقسم هذه الجرائم إلى ثلاثة أصناف، وهي:

يشمل الصنف الأول جرائم الحدود، وهي جريمة السرقة، والزنا، وشرب الخمر، والحاربة، والقذف، والردة.

يضمّ الصنف الثاني جرائم القصاص، وتتعلق هذه الجرائم بالاعتداءات الجسدية التي تصيب الإنسان،

كالقتل العمدى أو غير العمدى، الضرب والجرح، حيث إن عقوبة القتل العمدى هي القصاص أو الدية،

أما القطع والجرح والضرب العمدى فعقوبته هي القصاص والأرث.

يتعلق الصنف الثالث بجرائم التعزير وهي الجرائم التي تخرج عن دائرة جرائم القصاص والحدود،

والتي لم يرد شأنها نص في القرآن الكريم لتحديد العقوبة مع ثبوت تجريمها والنهي عن ارتكابها، وتتغيّر

بتغير الظروف المكانية والزمانية وللمحاكم سلطة تقديرية واسعة لتحديد هذه الجرائم بالقياس على الجرائم

الواردة في القرآن الكريم.²⁶

2: السنة النبوية

هو المصدر الثاني للشريعة الإسلامية بعد القرآن الكريم وهي ما روي عن النبي صلى الله عليه

وسلم من قول أو فعل أو تقرير. فإذا كان القرآن الكريم هو بمثابة الدستور الذي يتضمن الأصول والقواعد

²⁴ سورة الاسراء الآية 88

²⁵ سورة الحجر الآية 9

²⁶ محمد سليم العوا. "في أصول النظام الجنائي الإسلامي"، دار نهضة مصر للطباعة والنشر، سنة 2009

الإلهية الأساسية الكلية فان السنة هي المنهاج النبوي الذي يفصل ما أجمله القرآن يقول الله تعالى (وأنزلنا اليك الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم ولعلهم يتفكرون)²⁷ وتقسم الى

أ. : السنة القولية

وتعني ما تلفظ به النبي صلى الله عليه وسلم مباشرة باللفظ والحرف فحفظه الصحابة ثم تم تدوينه فجميع الأحاديث التي نطق بها النبي صلى الله عليه وسلم هي سنة قولية.

ب. : السنة الفعلية

هو كل عمل قام به النبي صلى الله عليه وسلم ولم يتلفظ به وشاهده الصحابة فتم تدوينه مثل الصلاة والصيام وجميع العبادات العملية.

ج. : السنة التقريرية

وتعني ما أقره النبي صلى الله عليه وسلم من عمال يفعلها الصحابة ولم يمنعهم ولم ينكر عليهم فاعتبر ذلك تقريراً واعترافاً

ثانياً: المصادر الاحتياطية:

حين لا نجد جواباً في المصادر الأساسية نلجأ الى المصادر الاحتياطية

1: الاجتهاد

بفضل اجتهاد صحابة رسول الله بعد وفاة الرسول الكريم معتمدين على طرق مختلفة كالقياس والاستنباط من الاحكام الكلية والمبادئ العامة الواردة في القرآن والسنة فقد كان أبو بكر الصديق وغيره من الخلفاء من بعده يسأل الصحابة في أي مسألة لا يجد حكماً فيها حيث كانوا يقيسون على قواعد الكتاب والسنة فاذا اجتمع رأيهم على حكم تم القضاء به وأصبح الاجماع يمثل مصدراً من المصادر الاحتياطية للتشريع الإسلامي الى ان ظهرت خلافات في طرق الاجتهاد بين مدرستين:

أ. مدرسة اهل الحديث بالحجاز: ويتزعمها الامام مالك حيث تضيق من باب الاجتهاد لأنه قد يؤدي الى الخطأ.

ب. مدرسة اهل الراي بالعراق: ويتزعمها الامام أبو حنيفة وكانت تعتمد على الاجتهاد في جميع المسائل التي لم يرد فيها نص في القرآن الكريم او السنة النبوية.

كما ظهرت طرق أخرى غير الاجماع والقياس وانصبت على الجزئيات لا على الكليات ولم يكن في العبادات بل في المعاملات وفقاً للمصالح العامة والخاصة ما دام لا يتعارض مع نص شرعي وانطلاقاً من بعض القواعد الفقهية مثل (الأصل في الأشياء الاباحة) (الأصل في الذمم البراءة) وغيرها حيث لجأ الفقهاء الى استنباط الحلول إذا وجدت مصلحة تقتضي ذلك ويمكن تفصيلها.

2: الاجماع

هو اتفاق جمهور المجتهدين من المسلمين في عصر من العصور بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم على واقعة او امر معين ويعتبر اجماع المجتهدين على حكم دليل على ان هذا الحكم هو الحكم الشرعي للواقعة²⁸ ويشترط في الاجماع

أ. قيام الدليل على حصول الاتفاق: وذلك بقول الجميع أو فعلهم، أو قول البعض وفعل البعض الآخر، ويسمى الإجماع الصريح. كما يقوم الدليل بقول البعض وسكوت البقية أو فعل البعض وسكوت البقية، ويسمى بالإجماع السكوتي.

ب. أن يكون الاتفاق من جميع المجتهدين: مع اختلاف بين الأصوليين حول خلاف القلة والمبتدع والفاسق ومن لم يستكمل شروط الاجماع وغيرهم.

ت. ألا يكون الاتفاق مسبقا بخلاف مستقر.

ث. استمرار الاتفاق حتى انقراض عصر المتقين

كما أن للاستدلال بالإجماع ضوابط، لا يحتج بما فيه الا بتوافرها وهي:

أ. أن يُنقل الاجماع بطريق صحيح.

ب. أن يكون متته واضح الدلالة على ما يراد الاستدلال به.

ت. أن يكون راجحا على ما قد يعارضه.

ث. أن يكون الاستدلال به في مجاله.

3: القياس

هو الحاق امر لم يرد له نص سابق بحكم سابق ورد نص بحكمها لاشتراك الامرين في الحكم قياسا.

الفرع الثاني: مصادر التشريع الإسلامي المختلف فيها

أولاً: المصالح المرسلة

كل مصلحة للناس وعلى الدوام وليس في الشرع ما ينفيها او يثبتها بسبب ظهورها من جديد فاذا اجمع العلماء ان فيها مصلحة وليس فيها مضرة اعتبرت من المصالح المرسلة

ثانياً: سد الذرائع

سد باب الفتنة والشور في المجتمع ومنع الفساد. وذلك بمنع كل شيء يؤدي الى هذه الذرائع.

ثالثاً: الاستحسان

²⁸ سهيل حسين الفتلاوي: تاريخ القانون: دراسة في فلسفة النظم القانونية والسياسية عبر التاريخ، مكتبة الذاكرة، بغداد، العراق، 2010 ص 309.

اختلف العلماء في تعريفه فالبعض يقول انه دليل يقع في مقابلة القياس الجلي أي ترك القياس الظاهر لدليل اقتضى هذا الترك.

رابعاً: الاستصحاب

وهو قول الصحابي الذي لم يعرف له مخالفة من الصحابة²⁹ هو الحكم ببقاء امر كان في الزمان الأول ولم يظن عدمه. وهو يعني ان الحكم الذي جاء الدليل بإثباته يبقى مستمرا حتى يظن ورود ما ينفيه مثال ذلك لو توضحاً انسان ثم شك بعد ذلك في انه هل انتقض وضوؤه ام لا فانه على وضوئه بدليل استصحاب الحال. لان الحكم الأول انه متوضئ ولم يثبت ما يصلح ناقضا لهذا الوضوء بطريق الظن او غلبة الظن فيبقى الحكم السابق وهو قيام الطهارة ساري المفعول لان الوضوء الأول كان يقينا فلا يقطع بالشك.

خامساً: شرع ما قبلنا

هو تلك الاحكام الشرعية المقررة في شرائع الأنبياء والرسل السابقين على نبينا محمد صلى الله عليه وسلم وبهذا التعريف تخرج الاحكام غير الواردة في القرآن الكريم والسنة فما لم يرد فيهما غير معتبر وعليه لا اعتبار لما ورد في التوراة والانجيل.

المحاضرة الثانية

خصائص البنية القانونية والقضائية للنظام القانوني الإسلامي

النظام القانوني الإسلامي هو نظام كامل ومتكامل اعتباراً لمعطيات موضوعية بعضها يتعلق بما له من خصائص ذاتية وأخرى تاريخية فضلاً عن بنيته القانونية المتماسكة. وخاصة ما يتعلق بالمعاملات كما يقوم النظام القانوني الإسلامي على أساس تنظيم قضائي خاص به متميز عن كل الأنظمة الأخرى المعمول بها في مختلف الأنظمة القانونية المقارنة.

الفرع الأول: الخصائص الذاتية والتاريخية والبنية القانونية

أولاً: الخصائص الذاتية

تتميز عن غيرها من النظم القانونية بخصائص فريدة من أهمها.

1 : انها ربانية

أي منزلة من الله عز وجل عن طريق الوحي على الرسول صلى الله عليه وسلم. وذلك باللفظ والمعنى وهو القرآن الكريم. او بالمعنى دون اللفظ وهي السنة النبوية الشريفة.

2: الكمال:

أي خلو احكام الشريعة الإسلامية من أي نقص. وعصمتها من معاني الجور والظلم وقدسية احكامها عند المؤمن بها. قال الله تعالى (وما فرطنا في الكتاب من شيء)³⁰

²⁹ محمود ابراهيم الوالي: دروس في القانون المقارن ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر بدون سنة. ص 97
³⁰ سورة الانعام الآية 38

3: الخلود:

صالحة لكل زمان ومكان، مع الإشارة ان الثابت في الشريعة الإسلامية هو الذي لا يقبل التغيير وهو محدود في مجال العقيدة والأخلاق والعبادات اما المعاملات فقد اكتفت الشريعة بوضع القواعد العامة وتركت التفريعات للاجتهاد والعرف.

4: القدسية:

أي يجد المؤمن الهيبة امامها.

5: السعة والشمول

أي تشمل جميع مراحل حياة الانسان من قبل الولادة الى الممات وما بعدها. وقد تناولت احكامها جميع شؤون الحياة. وتخاطب كل الناس أي موجهة لجميع البشر وتحكم علاقاته مع ربه ومع غيره. وعلى هذا قسمت احكام الشريعة الى ثلاث مجموعات رئيسية هي:

1/ احكام متعلقة بالعقيدة كالإيمان بالله تعالى وصفاته وبرسله واليوم الآخر.

2/ احكام متعلقة بالأخلاق والفضائل كالصدق والأمانة والوفاء بالعهد والصبر.

3/ احكام متعلقة بأقوال وافعال الانسان في علاقته مع غيره وتسمى بالأحكام العملية. وهي نوعان عبادات: وهي الاحكام الشرعية المتعلقة بأمر الآخرة والتي يقصد بها التقرب الى الله وحده كالصلاة والصيام والزكاة والحج.

معاملات: المتعلقة بأعمال الانسان وتصرفاته التي يقصد بها تحقيق مصالح دنيوية. او تنظيم علاقته مع فرد او جماعة كالبيوع والرهن والشركة.

6: الواقعية (اليسر ورفع الحرج)

في قوله تعالى: (يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر)³¹ ويقول (ما يريد عليك من حرج)³² وقد بلغ يسر الشريعة الى درجة التخفيف من الواجبات عند وجود الحرج مثل اباحة التيمم عند فقدان الماء واباحة الفطر في نهار رمضان للمريض والمسافر. كما ان احكام الشريعة لم تشرع دفعة واحدة مع تدرجها في تكليفهم والحكمة من هذا التيسير معرفة الاحكام وفهمها. ومسايرة التشريع لمصالح الناس لذلك فان الاحكام تدور مع عللها وجودا. كما ان الاحكام التي شرعها الله ورسوله لم تشرع الا على قدر الحاجات التي دعت اليه الحاجة. ولم تشرع في مسائل افتراضية او محتملة. لذا جاء التقليل من التقنين.

7: الجمع بين الثبات والمرونة (القطعي والظني)

القطعي هو ما يحتمل معنى واحد نوع ثابت لا يعتريه تغير ولا تبديل مهما تغير الزمان والمكان والاحوال ولا اجتهاد الائمة ولا التفسير كوجوب الواجبات وتحريم المحرمات والحدود المقدره بالشرع على الجرائم ونحو ذلك. والظني هو ما يحتمل أكثر من معنى كما يتغير بحسب اقتضاء المصلحة كمقادير

³¹ سورة البقرة الآية 185

³² سورة المائدة الآية 06

التعزيرات واجناسها وصفاتها. وهذا السبب في وجود المذاهب الأربعة ونستطيع ان نحدد مجال الثبات ومجال المرونة في شريعة الإسلام فنقول:

الثبات في الاحكام القطعية والمرونة في الاحكام الظنية.
الثبات على الأهداف والغايات والمرونة في الوسائل والاساليب
الثبات على الأصول والكليات والمرونة في الفروع والجزئيات
الثبات على القيم الدينية والأخلاقية والمرونة في الشؤون الدنيوية والعلمية.
الثبات في المصادر الاصلية النصية القطعية للتشريع من كتاب الله وسنة رسوله وتتجلى المرونة في المصادر الاجتهادية التي اختلف فقهاء الامة في مدى الاحتجاج بها مثل الاجماع والقياس والاستحسان والمصالح المرسلة واقوال الصحابة وشرع من قبلنا وغير ذلك

8: يغلب عليها الطابع الموضوعي

خاصة في القواعد المتعلقة بالمعاملات ولا نجد الا القليل من القواعد الشكلية.

9: الجمع بين الجزاء الدنيوي والاخروي

تختلف القوانين الوضعية عن الشريعة في توقيع الجزاء حيث تقتصر عن الجزاء الدنيوي غير ان الشريعة تمتد الى الجزئين معا.

10 تحقيق العدل بين الناس

تحقيق العدل يبعد الظلم حيث يأمر القرآن الكريم (ان الله يأمركم بالعدل والإحسان وإيتاء ذي القربى..) ³³ وقوله تعالى (ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى أهلها وإذا حكمتم بين الناس ان تحكموا بالعدل) ³⁴ ومن النصوص التي تحرم الظلم قال الله تعالى (ولا تحسبن الله غافلا عما يعمل الظالمون انما يؤخرهم ليوم تشخص فيه الابصار) ³⁵

ثانيا: الخصائص التاريخية (مراحل التشريع الإسلامي)

لا خلاف في أن التطور التاريخي عبارة عن مجموعة أحداث مادية متواترة يكون لها أثر مباشر أو غير مباشر على المادة موضوع البحث. ولا خلاف كذلك أنه في بلاد الإسلام كبقية الأمصار، للأحداث التاريخية والسياسية أثر مباشر على المادة القانونية في بعض المسائل المستحدثة التي تتطلب الاجتهاد لاستنباط الحكم المتعلق بها حيث يأخذ المجتهد في اعتباره واقع الامة وما فيه مصلحتها.

ويتفق الفقهاء على أن التشريع الإسلامي عرف تاريخيا خمس مراحل متواصلة ومترابطة، وهي التالية:

المرحلة الأولى: التشريع في عهد الرسول عليه الصلاة والسلام:

³³ سورة النحل الآية 90

³⁴ سورة النساء الآية 58

³⁵ سورة ابراهيم الآية 42.

هي مرحلة النشأة وقد بدا هذا الدور التشريعي الأول ببعثة الرسول صلى الله عليه وسلم عام 610م وتنتهي بوفاته سنة 632 م الموافق سنة 11 للهجرة، أي حوالي 22 عاما ونيف أمضي منها حوالي 12 عام في مكة كان فيها المسلمون ضعفاء ولم تكن لهم دولة واقتضت الحكمة الإلهية الا يكون تشريع عملي او سن للقوانين المدنية او التجارية وغيرها وانما تركزت الدعوة على العقيدة والخلق والاعتبار بالقرون التي خلت³⁶. اما العشر سنين التالية فكانت في المدينة بداية تشكل الدولة الإسلامية مما أدى الحاجة الى التشريع لتنظيم العلاقة بين افراد الامة وعلاقاتهم بغيرهم³⁷ وكانت سلطة التشريع من وحي الله الى نبيه محمد صلى الله عليه وسلم ولا يحق مخالفتها قال الله تعالى (وما كان لمؤمن ولا مؤمنة إذا قضى الله ورسوله امرا ان يكون لهم الخيرة من امرهم)³⁸. وقد يكون اجتهاده اما بوحى اليه او باجتهاده الشخصي الذي يقر عليه وبالإقرار وعدم التنبه الى الخطأ يرتفع الى مرتبة الموحى به كما في حادثة أسري بدر فقد اجتهد الرسول بقبول الفداء ولم يأخذ براى عمر بقتلهم. فبين الله له الصواب (وما كان لنبي ان يكون له أسري حتى يثخن في الأرض)³⁹

حيث كانت الاحكام تنزل على حسب الوقائع والحوادث او بمناسبة أسئلة تسال للرسول عليه الصلاة والسلام.

المرحلة الثانية: التشريع في عهد الصحابة والتابعين إلى تاريخ سقوط دولة بني أمية سنة 132 هجرية:

بعد وفاة الرسول عليه الصلاة والسلام ترك صحابته رضوان الله عليهم الذين عاشروه وخبروا افعاله واقواله وهديه في الفهم والاستنباط ولم يترك لهم فقها مدونا وانما ترك كتاب الله والسنة تحتوي على قواعد كلية واصول عامة واحكام تفصيلية صالحة لكل زمان ومكان.

غير انه عرضت على الصحابة قضايا مستجدة ليس بها سابق عهد ولا وجود لنص عليها في الكتاب او السنة فتصدى للتشريع جماعة من المسلمين أطلق عليهم المجتهدين اهمهم الخلفاء الراشدون وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن العباس وغيرهم وكانت فتواهم لا تتجاوز حدود تفهم النص وتعليمه ولا تتجاوز ذلك الى استنباط حكم لا نص عليه⁴⁰ ثم تبعهم التابعين ثم الامة الأربعة.

ويُعتبر جمع القرآن وترتيبه وتنظيمه وتدوينه بإجماع الأئمة والصحابة أوّل حدث هام في تاريخ التشريع الإسلامي بدون منازع، وكان ذلك بعد بضع سنوات من وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم، أي في عهد عثمان بن عفان ثالث الخلفاء الراشدين سنة 650 ميلادي. تلي ذلك الدعوة الى تدوين السنة النبوية بصفة رسمية تحت إشراف الدولة، خاصة في عهد الخليفة الراشد عمر بن عبد العزيز في نهاية

³⁶ مؤيد زيدان: النظم القانونية الكبرى 2019م جامعة دمشق ص142

³⁷ عبد الوهاب خلاف، تاريخ التشريع الإسلامي ص5

³⁸ سورة الاحزاب الالية 36

³⁹ سورة الانفال الآية 67

⁴⁰ ابن القيم : اعلام الموقعين ج1 ص 28

القرن الهجري الأول. وقد حتمت هذه الوقائع المهمة في تاريخ الإسلام، بصفة مباشرة تطوّر التشريع في بلاد الإسلام.

المرحلة الثالثة: توصف بمرحلة "النضج والاكتمال التشريعي"،

وقد امتدت من سقوط الدولة الأموية إلى حدود منتصف القرن الرابع الهجري.

المرحلة الرابعة: هي المرحلة الأطول زمنياً، عرفت بمرحلة التقليد وغلق باب الاجتهاد، وقد امتدت من منتصف القرن الرابع للهجرة إلى أواخر القرن الثالث عشر للهجرة، وتحديدًا سنة 1286 هجرية، الموافق لسنة 1869 ميلادية.

حيث تسرّب الشك في صحة بعض الأحاديث. حيث لم يكن الصحابة والتابعون يسألون عن الرواة في أول الأمر حتى كثرت الفرق الضالة وأهل البدع ومن يضعون الحديث على الرسول صلى الله عليه وسلم، فبدأ العلماء يسألون عن الرواة وظهر ما يعرف بعلم الجرح والتعديل، وعلم الحديث، وبدأ التدوين والتصنيف فيها، ورُتبت حسب ألفاظ اصطلاح عليها الفقهاء، فأعلاها الصحيح ثم الحسن ثم الضعيف، والمرسل والمنقطع والمعضل والشاذ والغريب وغير ذلك. وعليه، فإن "ما يتعين اعتباره في هذه المرحلة، هو أنّ مادة التشريع الإسلامي موجودة في صلب القرآن نفسه، وما صحّ من الأحاديث. أي أن دور الفقيه اقتصر على وضع طريقة علمية للاهتمام إلى الحلول، انطلاقاً من هذا المعطى المسبق". (انظر: بقبق (محمد): (2002)، "مدخل عام لدراسة القانون"، ص65).

المرحلة الخامسة: وهي المرحلة الأخيرة والحالية، وتعرف بمرحلة اليقظة الفقهية باعتبار أن الفقه الإسلامي استعاد خلالها نشاطه وفتح باب الاجتهاد أبوابه مجدداً. وقد انطلقت بظهور حركة فقهية في أواخر عهد الدولة العثمانية بداية من سنة 1286 هجرية (الموافق لسنة 1869 ميلادية)، وتزامنت مع ظهور ما يُعرف بالمجلة العدلية والمجلة الشرعية.

وتجدر الإشارة إلى أن العديد من الدول اليوم، خصوصاً منذ بداية القرن العشرين، اتخذت من النظام القانوني الإسلامي مصدراً لتشريعها الوطني، مهما اختلفت في تحديد مكانته (كمصدر رئيس وأصلي أو مصدر ثانوي أو مكمل)، وقد تميزت المملكة العربية السعودية في هذا الخصوص بأن جعلت الشريعة الإسلامية المصدر الأوحد لأنظمتها حيث تضمن النظام الأساسي للحكم فيها أن القرآن الكريم والسنة النبوية هما دستور المملكة، والمسلم به أن جميع الأنظمة واللوائح يجب أن تكون محكومة بماورد في الدستور.

ثالثاً: البنية القانونية:

تشتمل الشريعة الإسلامية على أحكام تتعلق بالعبادات وأحكام تتعلق بالمعاملات. ولعلّ ما يهم دارس النظام القانوني الإسلامي في هذا المقام هي الأحكام المتعلقة بالمعاملات التي وردت في القرآن الكريم وكذلك في الأحاديث النبوية الشريفة (خاصة منها الصحيحة)، وفي غالب الأحيان، كمبادئ كلية، تركت للأشخاص إمكانية وضع الجزئيات وفقاً لحاجيات الزمان والمكان. وقد تضمنت هذه المبادئ

بالمقارنة مع أحكام القوانين الوضعية الحالية أحكاما تتعلق بالقانون الدولي وأخرى تتعلق بالقانون الجنائي والدولي الخاص وأخرى بالقانون الدستوري، وأخيرا تتعلق بالمسائل الجبائية والمالية، إضافة إلى أحكاما كثيرة تتعلق بالقانون التجاري والمدني وبالأحوال الشخصية سواء ما تعلق منها بالزواج والطلاق والوصاية والكفالة وقواعد خاصة بالمواريث التي نظمها الشارع.

الفرع الثاني: التنظيم القضائي في النظام الاسلامي

يقوم التنظيم القضائي الإسلامي على أساس مبادئ العدالة والإنصاف. والثابت تاريخيا أن الرسول صلى الله عليه وسلم وكذلك الخلفاء الراشدين من بعده كانوا يجلسون كقضاة لتسوية الخلافات والنزاعات بين المسلمين ثم تطّور الأمر شيئا فشيئا حتى تكوّن جهاز قضائي مستقل، تولد عنه لاحقا تنظيم قضائي متميّز .

ويشترط في القاضي توافر شروط تقترب من تلك المشترطة في الأمير والخليفة، من بينها أن يكون ذكرا، مسلما، بالغاً، حراً، سليم السمع والبصر، فقيها في شؤون العبادات والمعاملات .ويقوم التنظيم القضائي الإسلامي على نظامين قضائيين مستقلين عن بعضهما البعض لكنهما يتكاملان في المنظومة الموضوعية برمتها، هما :النظام القضائي العادي .بعض الأنظمة القضائية الخاص

أولاً: النظام القضائي العادي

يدخل ضمن مجال النظام القضائي العادي جميع المخالفات والنزاعات المتعلقة بالمسائل المدنية والجنائية. كما يتولى القاضي في هذا الإطار إدارة أموال اليتامى والمفقودين وعديمي الأهلية، ويقوم بتنفيذ الوصايا، وكان يُساعده في ذلك الأعوان. ويستعين القضاة بالكتاب والمترجمين والخبراء .والملاحظ تاريخيا أن النظام القانوني الإسلامي في العهد العباسي تطّور بشكل لافت وأخذ القضاء شكل القضاء الجماعي أو المجلسي، إذ ينظر في المسألة الواحدة عدد من القضاة كانوا يتعاونون من أجل إيجاد حلول للمسائل التي لم ينظمها القرآن ولا السنة النبوية الشريفة. كما كان القاضي يستعين بأمناء بيت المال، حيث يكلفهم بحفظ أموال القصر وتسييرها والتركات والمحافظة عليها.

ثانياً: الانظمة القضائية الخاصة

إلى جانب القضاء العادي، وجدت أنظمة قضائية خاصة، وهي نظام الحسبة ونظام المظالم ونظام الشرطة

نظام الحسبة: من بين الأنظمة التي أوجدتها الشريعة الإسلامية لتسوية النزاعات، ومعاينة المتسبب في ارتكاب المخالفات إنشاء نظام الحسبة. ويدخل في اختصاص هذا النظام النظر في المسائل المتعلقة بالأمن وراحة السكان والنظافة خاصة نظافة الأسواق والشوارع وغيرها من المسائل التي هي اليوم من اختصاص الشرطة، ومتابعة المضاربة وقمع الغش ومراقبة صناعة المنتجات والأطعمة والألبسة ومراقبة الموازين) القياسات القانونية

كما يتولى المحتسب النهي عن الكذب والخيانة ويؤدب مرتكب ذلك. ويتولى كذلك أخذ الرسوم من أصحاب السفن والحكم على أصحاب المباني الآيلة للسقوط، ويقرر في كثير من الأحيان تقدم هذه المباني. وبهذا كان يتمتع بسلطات واسعة، إذ يحكم فيما يلاحظه من تجاوزات، ويتولى تنفيذ الأحكام .

نظام المظالم: هو نظام يختص بالنظر في الدعاوى المتعلقة بالمنازعات بين الحاكم والمحكوم والتي يعجز عن حلها المحتسب، كالقضايا المتعلقة بالاعتداء على أموال الخزينة والأخطاء المرتكبة من الولاة وأصحاب المراكز السياسية في الدولة

نظام الشرطة: هو نظام مساعد للقضاء تتمثل مهمته بالأساس في حفظ الأمن. وتقوم الشرطة بتنفيذ الأحكام القضائية الصادرة عن القضاة بالنسبة للقضايا التي ينظر فيها في نظام القضاء العادي، أي صالحة للتنفيذ المباشر (، عكس القضاء الخاص) الحسبة (الذي يقوم بتنفيذ الأحكام الصادرة عنه مباشرة.

المراجع:

محمد الزحيلي: التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة) دار الفكر المعاصر 2012م
محمود ابراهيم الوالي: دروس في القانون المقارن ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر بدون سنة

المحاضرة الثالثة

خاصيتا المرونة والتطور في النظام القانوني الإسلامي

لقد اجمع فقهاء الغرب التزام الصمت على عدم ذكر التشريع الإسلامي كشريعة صالحة للكون. وان الفقه الإسلامي غني بالمبادئ والنظريات الفقهية والقانونية رغم انهم استلهموا بعض قواعدهم القانونية من الشريعة الإسلامية. مثل نظرية التعسف في استعمال الحق، ونظرية الظروف الطارئة، ونظرية تحمل التبعة، ومسؤولية عدم التمييز.

موضوعات البحث:

خاصيتا المرونة والتطور في النظام القانوني الاسلامي

الفرع الأول: مقومات المرونة والتطور

أولاً: المقومات الداخلية

ثانياً: المقومات المستمدة من مختلف المؤتمرات العالمية

الفرع الثاني: تأثير القانون الوضعي بالشريعة الاسلامية

أولاً: في القانون العام

ثانياً: في القانون الخاص

الفرع الأول: مقومات المرونة والتطور

تبرز هذه المقومات في مستويين اثنين: أولهما مقومات داخلية مستمدة من مفهوم الشريعة الإسلامية، وثانيهما مستمد مما استخلص من مختلف المؤتمرات المنعقدة بشأن الشريعة الإسلامية

أولاً: المقومات الداخلية

يتفق الفقه على تعريف النظام القانوني الإسلامي بأنه مجموعة الأحكام والقواعد والمبادئ القانونية الملزمة المتعلقة بتنظيم العلاقات الاجتماعية والاقتصادية داخل المجتمع. وتعرف هذه الأحكام والقواعد والمبادئ كذلك باسم الشريعة الإسلامية. وبعبارة أكثر وضوحاً النظام القانوني الإسلامي هو نظام قانوني متكامل يقوم على توجهات واسعة. يحيط بمسائل دقيقة. يوصف بالمرونة وعدم الجمود. يقوم على قواعد كلية شاملة. قابل للتجديد والتطوير. إن ما يُميّز النظام القانوني الإسلامي هو أنه يقوم على مبدأ عام مفاده أن الأصل في الأشياء وفي المعاملات الإباحة، وليس التحريم والحظر. تولدت من هذا المبدأ العام أصول عديدة "بالغة الشمولية والعمومية والدقة". كما تفرع عن هذه الأصول الفقهية كذلك عدد هام من المسائل التي أطلق عليها "التطبيقات والحلول العملية للمشكلات والقضايا الإنسانية"، صغيرة كانت أم كبيرة. وعلى أساس ما تقدم يتبين جلياً أن الفقه الإسلامي عموماً لا يُنظر إليه على أنه مجرد نظريات- قياساً بالفقه القانوني المتعارف عليه في مجال القانون بل بالعكس، فإن الفقه الإسلامي هو فقه تطبيقي أو علم الأحكام العملية ومن ثم يُمكن الجزم بأن النظام القانوني الإسلامي (أو القانون الإسلامي) هو " ثمرة الفقه الإسلامي. وفي هذا السياق، يمكن ذكر أهم القواعد الفقهية التي تعد أحكاماً ومبادئ وقواعد في

النظام القانوني الإسلامي

قاعدة لا ضرر ولا ضرا

قاعدة الأمور بمقاصدها

قاعدة المشقة تجلب التيسير.

قاعدة اليقين لا يزول بالشك.

ثانياً: المقومات المستمدة من مختلف المؤتمرات العالمية

سنكتفي بذكر بعضها لا على سبيل الحصر مثل:

- خلال المؤتمر الدولي للقانون المقارن سنة 1932م الذي انعقد في لاهاي في دورته الأولى حيث اعترف أعضاؤه من الفقهاء بان الشريعة الإسلامية احدى الشرائع الأساسية التي سادت العالم ولا تزال وأنها مرنة وقابلة للتطور وهي فقه حي قابل للتطور يجب النظر اليه بعين الاعتبار.
- خلال المؤتمر الدولي للقانون المقارن سنة 1937م الدورة الثانية في لاهاي حيث شارك فيها مندوبان من كبار علماء الازهر ونفى كل صلة بين الشريعة الإسلامية والأنظمة القانونية الأخرى. وقد تمخض المؤتمر حول الفقه الإسلامي اعتبار الشريعة الإسلامية هي شريعة سماوية قائمة بذاتها وغير مأخوذة من غيرها وهي مصدرا من مصادر التشريع العام. قابلة للتطور.
- مؤتمر المحامين سنة 1938م المنعقد في لاهاي حيث جاء في ختام جلستها (نظرا لما في التشريع الإسلامي من مرونة، وما له من شان يجب على جمعية المحامين الدولية ان تتبنى الدراسة المقارنة لهذا التشريع وتشجع عليها)

- مؤتمر شعبة الحقوق الشرقية من المجمع الدولي للحقوق المقارنة حيث انعقد المؤتمر تحت شعار (أسبوع الفقه الإسلامي) ومن خلال المناقشات اعترف نقيب سابق للمحاماة قائلاً (انا لا اعرف كيف اوفق بين ما كان يحكى لنا عن جمود الفقه الإسلامي وعدم صلاحيته أساساً تشريعياً يفي بحاجات المجتمع العصري المتطور، وبين ما نسمعه الان في المحاضرات ومناقشاتهما مما يثبت خلاف ذلك تماماً ببراهين النصوص والمبادئ) وفي ختام المؤتمر استخلص ما يلي: ان مبادئ الفقه الإسلامي لها قيمة حقوقية تشريعية لا يمارى فيها. وان اختلاف المذاهب الفقهية في هذه المجموعة الحقوقية العظمى ينطوي على ثروة من المفاهيم والمعلومات ومن الأصول الحقوقية وهي مناط الاعجاب وبها يستطيع الفقه الإسلامي ان يستجيب لجميع مطالب الحياة المدنية والتوفيق بين حاجاتها.
- كما جاء في توصيات ندوتي كليات الحقوق في العالم الإسلامي المنعقدة في بيروت سنة 1973 م والثانية في بغداد سنة 1974م. وخاصت (ان الشريعة الإسلامية صالحة كنظام قانوني شامل من خلال تجربتها الواقعية في القرون الماضية، وان انحسارها لم يكن لقصورها بل كان لأسباب خارجة عن ذاتها)⁴¹
- ويرى الأستاذ لا مبير الفرنسي: ان المؤلفات في الشريعة الإسلامية كنز لا يفنى، ومعين لا ينضب، وفي العصور الوسطى أمدت المدنية المسيحية الحاضرة بقسط وافر من الأصول العامة، وان التقدير الكبير للشريعة الإسلامية الذي بدأ يسود بين فقهاء أوروبا وأمريكا في العصر الحاضر. في وكان يظن أن للقانون الروماني أثراً كبيراً الشريعة الإسلامية ولكن استبان له بعد أن عمق النظر فيها، وأوغل في دراستها، واتصل بعلمائها انها شريعة مستقلة بذاتها.
- وقال (ليني أولمان) ان الشريعة الإسلامية تعتبر مصدراً حياً للقانون المعاصر في المعاملات ومناطق الحق في اطواره المختلفة.
- أنريكو انساباتو مستشرق إيطالي في كتابه الإسلام وسياسة الخلفاء: انه لا يجوز قط أن يهدم هذا الصرح العظيم من العلوم الإسلامية، ولا أن يغفل شأنه، أو أن تمسه يد بسوء، وأنه أوجد للعالم أرسخ الشرائع ثباتاً وأنها تتفوق على كل الشرائع الأوروبية في كثير من التفاصيل، بل هي التي تعطي للعالم أرسخ الشرائع ثباتاً.
- ويقول سيرل ان البشرية لتفتخر بانتساب رجل كمحمد اليها فانه على اميته استطاع قبل بضعة عشرة قرناً ان يأتي بتشريع سنكون اسعد ما نكون لو وصلنا الى قمته بعد الف سنة.
- ويقول جوزيف كوهلر الألماني: كان الألمان يتباهون عجباً لابتكارهم تشريع نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون المدني لسنة 1787، غير انه ظهر لدى رجال الفقه الإسلامي قد تكلموا

⁴¹ ساجر ناصر حمد الجبوري. التشريع الإسلامي والغزو القانوني الغربي للبلاد الإسلامية. دار الكتب العلمية بيروت الطبعة الأولى 2005 ص 247.244

في ذلك طويلاً منذ القرن الثامن الميلادي، فإنه يجدر بالألمان أن يتركوا مجد الكلام في هذه النظرية والعمل بها لمن عرفوها قبل ان يعرفها الالمان بعشرة قرون.

- وقال العلامة سننيلانا المستشرق الإيطالي في بعض مؤلفاته: (إن في الفقه الإسلامي ما يكفي المسلمين في تشريعهم المدني إن لم نقل إن فيه ما يكفي الإنسانية كلها)، ويضيف (إن الشريعة الإسلامية ذات الحدود المرسومة والمبادئ الثابتة لا يمكن إرجاعها أو نسبتها إلى شرائعنا وقوانيننا لأنها شريعة دينية تغاير أفكارنا أصلاً).
- وقال الأستاذ سليم باز المسيحي اللبناني شارح مجلة الأحكام العدلية: (إنني أعتقد بكل اطمئنان إن في الفقه الإسلامي كل حاجة البشر من عقود ومعاملات وأقضية والتزامات، وليس الشاهد على ذلك ما هو مائل للأنظار في دار الكتب المصرية وخزائن الكتب في البلاد الإسلامية فحسب، بل فيما حوته خزائن دور الكتب الأوروبية أيضا في هولندا الى روما وباريس والمتحف البريطاني، بل الى المكتبة البابوية في قصر الفاتيكان، فإن ما في هذه المكتبات من الكتب الفقهية الإسلامية إنما هو ثمرة جهود الألوف الكثير من فحول العلماء، وهي الشاهد الأكبر على أنه لا يوجد معنى من معاني الأحكام المنشود فيها العدل، ولا حاجة من حاجات البشر في التشريع تقدم لفقيه مسلم قول فيه).
- ويقول المستشرق النمساوي ألفرد فون كريمر - القنصل السابق للنمسا في مصر وبيروت (1889-1928 م) - في فضل الفقه الإسلامي وخصائصه من الناحية القانونية: (إن الفقه الإسلامي هو أعظم عمل قانوني في تاريخ العالم يفوق القانون الروماني وقانون حمورابي نظرا لما فيه من حكمة الهيئة وبناء منطقي هائل لكن الفقه لم يسجل الشريعة في مواد قانونية محددة حتى لا يصيبها الجمود وتحتاج الى تغيير وانما أبقى على مبادئ واحكام عامة ولذلك فهي صالحة لكل البشر في كل زمان ومكان
- وفي كلية القانون في جامعة (هارفارد) أشهر الجامعات الأمريكية والعالمية على الإطلاق، وضعت الآية رقم (135) (من سورة النساء على حائط المدخل الرئيسي للكلية موصوفة بانها من أعظم عبارات العدالة في العالم عبر الازمان قال الله عز وجل (يا أيها الذين امنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم او الوالدين والاقربين ان يكن غنيا او فقيرا فالله أولى بهما فلا تتبعوا الهوى ان تعدلوا وان تلووا او تعرضوا فان الله كان بما تعملون خبيرا) سورة النساء الآية 135.

الفرع الثاني: تأثير القانون الوضعي بالشريعة الإسلامية

تأثرت معظم التشريعات بالتشريع الإسلامي وخاصة الدول العربية والإسلامية حيث جعلت بعض الدول كمصدر أول للتشريع كالمملكة العربية السعودية. في حين البعض الآخر جعله المصدر الثاني بعد التشريع كالجزائر وليبيا. وهناك من وضعه في المرتبة الثالثة بعد التشريع والعرف. ومعظم التشريعات تستمد بطريقة مباشرة او غير مباشرة من مبادئ الشريعة الإسلامية. مثل قانون الاحوال الشخصية. كما تأثرت الأنظمة القانونية الأخرى وخاصة النظام القانوني الانجلو امريكي من خلال قواعد الفقه الإسلامي

في القرن الثاني عشر. وخاصة في عهد حكم هنري الثاني (1154-1189) بعد احتلال جزيرة صقلية في جنوب إيطاليا ووجدوا فيها حضارة بين الافراد. ومن النظريات التي استعارتها الأنظمة القانونية الأخرى من الفقه الإسلامي:

أولاً: في القانون العام

1: الاعتراف بالشخصية المعنوية

اعترفت الشريعة الإسلامية بالشخص المعنوي بصحة تصرفاته ومنحت للدولة شخصيتها المعنوية، حيث يمثلها رئيس، خليفة أو أمير يساعده نواب أو موظفون. وتتجلى هذه الشخصية المعنوية في المعاملات الخارجية والداخلية إذ كان ما يبرمه ولي الأمر من معاهدات حق محترم وملزمة للأمة. كما منحت الشريعة الإسلامية "لوقف" شخصية اعتبارية يمثلها ناظر الوقف الذي يتولى إبرام العقود المتعلقة باستغلال الأموال الموقوفة ويقع عليه التزام المحافظة على الحقوق الموقوفة، ويستطيع أن يشتري ويستدين لمصلحة الوقف.

2: نزع الملكية للمنفعة العامة

في القانون الوضعي يعتبر حق الملكية حقاً دستورياً مضموناً، وأن المالك يتمتع بملكه في حدود ما يضبطه القانون وبشروط خاصة، وبالتالي يجوز أن يتم توظيف هذا الملك الخاص لخدمة المصلحة العامة، ويكون ذلك بشروط خاصة ومقابل تعويض عادل. الثابت أن لهذا المبدأ أصل في الشريعة الإسلامية، إذ توجد قاعدة أصولية تقتضي بأنه 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 والموظفون التابعون لها

4: التفويض

في القانون الوضعي يُمكن للموظف الذي يتولى منصباً رئيسياً تفويض بعض اختصاصاته لباقي الموظفين. هذا الأسلوب أخذت به الشريعة الإسلامية قبل القوانين الوضعية

5: نظرية الظروف الطارئة

أخذت الشريعة الإسلامية بها، وكان من أهم تطبيقاتها العقود الخاصة ببيع الثمار، حيث إذا وقع قبل جنيتها خطر غير متوقع كالجفاف... يجوز للأطراف مراجعة بنود العقد. وفي القانون الوضعي إذا وقع أثناء تنفيذ العقد حادث استثنائي جعل تنفيذ الالتزام مرهقاً بالنسبة للمدين، يجوز للقاضي التدخل لرد الالتزام إلى الحد المعقول

ثانياً: في القانون الخاص

1: العقار بالتخصيص

هي فكرة مأخوذة من الشريعة الإسلامية بالرغم من اختلاف آراء الفقهاء في تحديد تبعات العقار بالتخصيص، إذ يعتبر البعض أن العقار يخص الأرض دون ما فوقها من بنايات وأشجار، وهذا رأي الحنفية. في حين يعتبر البعض أن العقار بالتخصيص يخص الأرض وما عليها من بناءات وأشجار مادامت متصلة بالأرض اتصال كاملاً غير قابل للنقل دون التلف، وهذا رأي المالكية ويتنافى مع النظرية الدينية للقانون الوضعي؛ أل ن القوانين الوضعية قسمت المال إلى عقار ومنقول. كما تناولت نظرية العقار بالتخصيص الذي هو منقول رصد لخدمة العقار، وهو يتمتع بالحماية المقررة للعقار.

2: التصرف بالإرادة المنفردة

أخذت القوانين الوضعية بالإرادة المنفردة كمصدر للالتزام في الشريعة الإسلامية، وتكفي الإرادة المنفردة لإنشاء عدة أحكام أهمها الطالق والوقف.

3: عقد الإذعان

له أصل في الشريعة الإسلامية إذ كان يُسمى بيع الاستئمان والمتسالم، في هذا البيع يقوم المشتري بدفع الثمن المحدد دون أن يناقش سعر السلعة ول شروط التعاقد إنما له فقط أن يشتريها بشروطها أو يرفض الشراء. وقد أخذت به التشريعات الوضعية في عقد التأمين، عقود التزود بالكهرباء والماء.

4: التضامن

اعترفت القوانين الوضعية بالتضامن بين الدائنين، حيث يكون لدائن مطالبة المدين بالدين، ويجوز لهم المطالبة مجتمعين، كما اعترفت بالتضامن بين المدينين، إذ يحق للدائن أن يطالب أي مدين للوفاء بالالتزام، وقد اعترفت الشريعة الإسلامية بالتضامن بين الدائنين والمدينين

5: الدفع بعدم التنفيذ

في القانون الوضعي يحق لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به طالما أن الطرف الآخر لم يقم بالالتزام المقابل، وهذه الفكرة لها أصلها في الشريعة الإسلامية فهي تطبيق من تطبيقات حق الحبس الذي يخول للبائع حبس المبيع حتى يوفي المشتري بالثمن.

6: 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 مستمد من الشريعة الإسلامية

7: مسؤولية صاحب البناء

يقرر 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.

8: ملكية الطبقات

في القانون الوضعي هي أن يملك كل شخص طبقة من البناء يحدد القانون حقوق كل مالك، ولهذه الفكرة أصل في الشريعة الإسلامية والمتمثلة في بيع الفضاء، وتنقسم إلى بيع فضاء فوق أرض، بيع فضاء فوق بناء، بيع فضاء فوق فضاء

9: إساءة استعمال الحق

تستند هذه النظرية في القانون الوضعي إلى أن الحق منحة لخدمة الفرد وتحقيق الغرض الاجتماعي. فإذا أساء الشخص استعمال الحق كان ذلك موجبا للجزاء. هذه النظرية وضعتها الشريعة الإسلامية منذ ظهورها، ولم يعرفها القانون الروماني ولا القوانين المستمدة منه، ولم يكشفها الفقهاء الفرنسيون إل بعد أواخر القرن التاسع عشر فقد نسبها الفقيه الألماني (كوهلر) مفتخرا بأن هذه النظرية انشأها الألمان ووضعت ضمن التشريع في القانون المدني الذي وضع سنة 1787م. متغافلا أو غير مطلع على الفقه الإسلامي.

10: التعاقد وفق دفتر الشروط

أخذت الشريعة الإسلامية بنظام البيع على أوصاف سلعة معينة يحددها أطراف العالقة. وقد استمد قانون التشريعات الوضعية من هذا النظام ما سمي اليوم دفتر الشروط، إذ يتعين فيه أصناف وأنواع الخدمات والسلع قبل صنعها أو إنجازها.

مصطلحات الوحدة

- **القرآن الكريم:** هو كالم الله عز وجل أوحى به إلى رسوله محمد صلى الله عليه وسلم، وخاطب به الناس أجمعين.
- **السنة المطهرة:** هي مجموعة أعمال الرسول ومآثره وأحكامه وسيرته وأقواله
- **الإجماع في التشريع الإسلامي:** هو اتفاق جمهور الفقهاء والمجتهدين في عصر من العصور حول مسألة ما لم يرد في شأنها حكم صريح في القرآن وفي السنة .
- **القياس:** هو اجتهاد فقيه واحد تجاه مسألة ما لم يتناولها القرآن ول السنة. ويتم حل هذه المسألة بالقياس على مسألة مشابهة أو مماثلة وضع لها حل.
- **النظام القضائي العادي في الشريعة الإسلامية:** هو القضاء الذي يدخل ضمن مجالاته جميع المخالفات والنزاعات المتعلقة بالمسائل المدنية والجنائية. كما يتولى القاضي في هذا الإطار إدارة أموال اليتامى والمفقودين وعديمي الأهلية، ويقوم بتنفيذ الوصايا، وكان يُساعده في ذلك الأعوان. ويستعين القضاة بالكتاب والمترجمين والخبراء.
- **نظام الحسبة:** هو من بين الأنظمة التي أوجدتها الشريعة الإسلامية لتسوية النزاعات، ومعاينة المتسبب في ارتكاب المخالفات. ويدخل في اختصاص هذا النظام النظر في المسائل المتعلقة بالأمن وراحة السكان والنظافة وخاصة نظافة الأسواق والشوارع وغيرها من المسائل التي هي

اليوم من اختصاص الشرطة، ومتابعة المضاربة وقمع الغش ومراقبة صناعة المنتجات والأطعمة والألبسة ومراقبة الموازين (القياسات القانونية)

- **نظام المظالم:** هو نظام يختص بالنظر في الدعاوى المتعلقة بالمنازعات بين الحاكم والمحكوم والتي يعجز عن حلها المحتسب، كالقضايا المتعلقة بالاعتداء على أموال الخزينة والأخطاء المرتكبة من الولاة وأصحاب المراكز السياسية في الدولة.
- **نظام الشرطة:** هو نظام مساعد للقضاء تتمثل مهمته بالأساس في حفظ الأمن. وتقوم الشرطة بتنفيذ الأحكام القضائية الصادرة عن القضاء بالنسبة للقضايا التي ينظر فيها في نظام القضاء العادي، أي صلاحية التنفيذ المباشر (عكس القضاء الخاص (الحسبة) الذي يقوم بتنفيذ الأحكام الصادرة عنه مباشرة.

المراجع:

- بقيق محمد: مدخل عام لدراسة القانون مركز النشر الجامعي 2002م تونس
- عالية سمير: علم القانون والفقه الإسلامي: نظرية القانون والمعاملات الشرعية دراسة مقارنة المؤسسات الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع 1996م بيروت لبنان
- بوجمعة حمد: مقال: أثر الدراسات التشريعية المقارنة في بيان ثراء الفقه الإسلامي، مجلة العلوم الإسلامية والحضارة المجلد 8 العدد2 السنة 2023م ص 125-148.

الوحدة الحادية عشر

النظام القانوني الصيني

ملخص:

النظام القانوني الصيني من أقدم النظم في العالم، يتميز بتأثره بالفلسفات الشرقية التقليدية مثل الكونفوشيوسية (Confucianism) والطاوية، وبالممارسات السلطانية المركزية. ورغم جذوره التاريخية العميقة، فقد مر بتحولات كبيرة خاصة في القرن العشرين، ليصبح اليوم مزيجاً من القانون الاشتراكي والقانون المكتوب المستوحى من النظم الأوروبية.

و نظام فريد يجمع بين الإرث التاريخي الكونفوشيوسي والنموذج الاشتراكي، مع استلهام عناصر من القانون المدني الأوروبي. وهو اليوم يتطور باستمرار ليواكب مكانة الصين كقوة اقتصادية عالمية، مع حفاظه على خصوصيته الثقافية والسياسية.

الكلمات المفتاحية:

اهداف:

- ❖ ترسيخ سلطة الدولة والحزب → القانون أداة لضمان سيطرة الدولة المركزية بقيادة الحزب الشيوعي.

❖ تحقيق الاستقرار الاجتماعي والسياسي → منع الفوضى، والحفاظ على النظام العام والانسجام المجتمعي.

❖ خدمة التنمية الاقتصادية → سن قوانين تشجع الاستثمار والتجارة وتدعم خطط الإصلاح والانفتاح.

❖ تنظيم العلاقات الاجتماعية → القانون يوجه سلوك الأفراد بما يتماشى مع القيم الكونفوشيوسية (الطاعة، الانسجام، احترام الجماعة).

❖ تقييد السلطة القضائية → القضاء ليس مستقلاً بالكامل، بل يعمل في إطار توجهات الدولة.

❖ تقنين وتحديث القوانين → إصدار مدونات حديثة (مدني، جنائي، تجاري...) لمواكبة التطور العالمي.

❖ التأثير الدولي → صياغة قوانين تتماشى مع التزامات الصين في التجارة العالمية والاستثمار الأجنبي.

موضوعات الوحدة:

النظام القانوني لصيني

المطلب الأول: المفهوم الصيني للقانون

الفرع الأول: التقليد القانوني في الصين

الفرع الثاني: الثاني: غزو الغرب للصين

المطلب الثاني: القانون الصيني المعاصر

المطلب الأول: القانون العام

المطلب الثاني: القانون المدني والإجراءات المدنية

المطلب الثالث: القانون الاقتصادي

المطلب الرابع: القانون الدولي

المقدمة:

تعد اسيا أحد قارات العالم الخمس الأكبر والأكثر اكتظاظا بالسكان وهي مقر الحضارات القديمة والثرية والمتنوعة، منها الصينية واليابانية والتايلاندية والهندية والفارسية والعربية في الشرق الأدنى هذه القائمة الطويلة المنسية من حضارات وثقافات وامم وأنظمة قانونية مما يجبرنا على اتخاذ خيارات لدراستها وسنقتصر على النظام القانوني الصيني.

والصينيون مثل شعوب الشرق الأقصى الأخرى لا يتمتع القانون بالأهمية في حل النزاعات ولا يمنحون له وظيفة تنظيم المجتمع مثل الذي يتمتع بها القانون الروماني او القانون المشترك بل يعتمدون على فلسفة من الاخلاق والتقاليد التي تعتبر الملاذ النهائي لحل النزاعات. لذلك من الضروري دراسة المفهوم التقليدي لنظام المجتمع الذي يصنعه الصينيون لأنفسهم. (المبحث الأول) بعد ذلك نرى ان هذا المفهوم قد تطور نتيجة الاحداث في المنطقة نتج عنه حالة معينة في القانون الصيني بالتوازي مع

الانتقال السياسي والاقتصادي للمجتمع الصيني وهي طفرة وانتقال بعد ان مارست الرأسمالية بشكل متزايد (المبحث الثاني).

المحاضرة الأولى

المفهوم الصيني للقانون

يتميز الفكر القانوني الصيني بخصوصية فريدة نابعة من تاريخه الطويل الممتد لآلاف السنين، ومن عمق تقاليده الفلسفية (الكونفوشيوسية، الطاوية، والمدارس القانونية الصينية). وقد أثر هذا المزيج الفلسفي والسياسي على تصوّر الصينيين للقانون، بحيث لم ينظروا إليه بنفس الطريقة التي عرفت بها الحضارة الغربية. فالقاعدة القانونية في الصين لم تُفهم أساسًا كأداة لفرض النظام عن طريق الجزاء، بل كوسيلة لضبط الانسجام الاجتماعي وتحقيق التوازن بين الأفراد والجماعات والدولة. وما يزال المفهوم الصيني للقانون مقتبسًا بشكل كبير من التقاليد (المطلب الأول) ثم تأسيس الاشتراكية (المطلب الثاني)

الفرع الأول: التقليد القانوني في الصين

الصين مثل شعوب الشرق الأقصى تتميز بعدم الايمان بالخالق الواحد بل يجب على الانسان ان يسعى دون مساعدة من أي قانون موحى به الى طريق المرء في الحياة الشخصية وفي الحياة الاجتماعية. فاذا كانت السماء والأرض تحكمها قوانين ثابتة فان الانسان سيد افعاله ويعتمد عليه من خلال سلوكه يسود الانسجام او الفوضى. وعليه يجب على الإنسان ان يحترم تنظيم الطبيعة لتجنبها الكوارث الطبيعية مثل الأوبئة والفيضانات والاعاصير والزلازل غير ان هذا الاحترام للنظام الطبيعي ضروري أيضا في الأنشطة البشرية بما في ذلك الأنشطة الاقتصادية كما يجب على الانسان ان ينسجم مع رفقاءه لتطوير احساسه بالإنسانية وهذا المنهج يقوده الى بناء سلوكه الشخصي لتحديد عيوبه وواجه قصوره في شخصه وهذه الفلسفة مستوحاة من الكونفوشيوسية سميت باسم الفيلسوف الصيني (Confucius 479-555 قبل الميلاد) والتسلسل الهرمي غير قابل للتغيير تقريبا فالقانون واحد فقط من مجموعة من قواعد الحياة الاجتماعية فالتوفيق والوساطة والاقناع اهم من عدالة المحاكم والطقوس والعادات اهم من القانون. وقد حاول اكتساب القانون بعض الأهمية خاصة فترة الممالك المتناحرة القرن الثالث قبل الميلاد حيث دعي بعض المحامين الى تأسيس حكومة بموجب القانون وليس من قبل رجال فاضلين وقوانين ثابتة تطبق من قبل المسؤولين والقضاة غير انه لم تفلح وبقيت فلسفة الكونفوشيوسية الرسمية.

حيث احترام الاب في الاسرة هو نفس التصور الدولة كالأسرة مما يجعل الخضوع للملوك والوفاء والسعي وراء الفضيلة والخضوع للسلطة ورفض أفكار الحقوق الشخصية والتمرد فكانت هذه العناصر المهيمنة في هذه الفلسفة. واصبحت الفلسفة الكونفوشيوسية هي الفلسفة الرسمية ثم القانون في المرتبة الأخيرة في التسلسل الهرمي في قواعد الفصل في النزاعات والصراعات بعد الشعور الإنساني

والطقوس والعادات والحكمة والمبرر. فلا قضاة ولا محاكمات واحكام بل تحكمهم الاخلاق والمشاعر الإنسانية. ورغم هناك محاولات لتقنين القانون سنة 221-206 قبل الميلاد والذي كان ينقسم القانون الى قسمين الأول مخصص للقانون الجنائي والثاني مخصص للقانون الإداري يتضمن 457 مبدا أساسي وما يقرب من 2000 قاعدة قانونية مجمعة في 6 عناوين ويعتبر دليل الإدارة ولم تفرق الصين بين السلطة الإدارية والقضاء ولا الإجراءات المدنية والجنائية

الفرع الثاني: غزو الغرب للصين

منذ 1839 حاولت القوى الغربية هيمنتها على الشرق الأقصى. حرب الأفيون نتج عنه استلاء وتدمير في مناء كانتون مخزون الأفيون الذي سلمه الانجليز وانتهى باحتلال هونكونغ والتوقيع على معاهدة غير متكافئة وفقا للمعاهدة الصينية سنة 1843 اجبر البريطانيون المملكة الوسطى على فتح 11 ميناءا للتجارة مع الغرب والاعتراف بالامتيازات الأجنبية التي فيها التي فيها القناصل كان للأجانب ولاية قضائية على رعاياهم غير ان المحاكم الصينية قدمت مبدا خارج الحدود الإقليمية حفاظا على السيادة الصينية. وكضمان شرعي للأجانب في مواجهة عدم كفاية القانون والمؤسسات القضائية في الصين. وأعلنت القوى الغربية انه بمجرد حصول الصين على قانون ومؤسسات قضائية حديثة سوف يتخلون على الولاية القضائية خارج الحدود الإقليمية. ونفس الحجج في اليابان للحصول على انفتاحها على التجارة الدولية وقد سعى الصينيين في الإصلاحات فصدر القانون التجاري سنة 1903 وقانون العقوبات، 1910 والقانون المدني 1911 وأدت ثورة 1911 التي قادتها الحركة القومية الى تسريع في وتيرة تحديث القانون بهدف تحرير الصين من وصاية الغرب بمساعدة خبراء أجانب لذلك صدر دستور والقانون المدني سنة 1929 مستوحى من القانون الألماني وغيرها من القوانين الأخرى. الى ان استولى الشيوعيون في عام 1949 واعتمدت الصين النموذج السوفياتي انشاء محكمة عليا ذات دور مزدوج: المدعي العام والاشراف العام وتم صياغة دستور جديد عام 1954 الذي تضمن وثيقة الحقوق والتي كانت مادتها يضمن استقلال القضاة تحت مبدا الشرعية الاشتراكية.

المحاضرة الواحد والثلاثون

القانون الصيني المعاصر

القانون الصيني المعاصر يمثل نتاج مسار طويل من التفاعل بين الإرث التاريخي والفلسفي (الكونفوشيوسية والمدرسة القانونية) والتجارب الحديثة المستوحاة من النظم الاشتراكية والاتجاهات العالمية. فمنذ انطلاق سياسة الإصلاح والانفتاح عام 1978، شهدت الصين عملية إعادة بناء شاملة لنظامها القانوني، مما جعلها اليوم تملك منظومة تشريعية واسعة تغطي مختلف مناحي الحياة، بدءًا من الدستور وصولًا إلى القانون المدني والتجاري والجنائي. ويختلف القانون الصيني كثيرا عن أنظمة القانون العام والقانون المدني فالدستور ينص (على ان الشعب الصيني تحت قيادة الحزب الشيوعي هو القانون الأعلى للبلاد)

ولجذب المستثمرين الأجانب اعيد العمل بالقانون وأصبح اليقين القانوني حجة لتشجيعهم على العمل ونقل راس المال والتكنولوجيا وتقليل التشريعات لا سيما في القانون العام (المطلب الأول) في القانون المدني (المطلب الثاني) والقانون الاقتصادي (المطلب الثالث) والقانون الدولي (المطلب الرابع)

الفرع الاول: القانون العام

منذ صدور دستور عام 1982 تم تعديله عدة مرات وتم تأسيسه على أربعة مبادئ هي المسار الاشتراكي، والديمقراطية الصينية، والدور القيادي من الحزب الشيوعي الصيني، وأفكار ماوتسي تونغ واكد على حق المواطنين في حرية الرأي والاجتماع والتظاهر والترشيح والتصويت. واعتمد المؤتمر الخامس عشر للحزب الشيوعي الصيني في عام 1997 مبدا حكم البلاد بالقانون حددت مدته بعشر سنوات في الإصلاح الدستوري 1999 حيث نصت المادة 5 الجديدة على ما يلي: جمهورية الصين الشعبية تحكم البلاد وفقا للقانون وتبنى على أسس اشتراكية يحكمها القانون.

الفرع الثاني: القانون المدني والإجراءات المدنية

يهيمن القانون المدني على "المبادئ العامة للقانون المدني" المعتمدة في 1986. تشكل المبادئ نوعًا من القانون المدني، ويتكون من 156 مادة، غير مكتمل، لأنه يفتقر إلى جزء مهم من قانون الملكية (الملكية والتقسيم والارتفاق) وقانون الالتزامات (اتفاق الإرادة). (بعد فصل مكرس للمبادئ الأساسية، والذي أعطى عنوانه في الكتاب، تتناول المبادئ مواضيع الحقوق (الفصل الثاني المخصص للأشخاص الطبيعيين، والفصل الثالث المخصص للأشخاص الاعتباريين)، ومصادر الحقوق المدنية (الفصول الرابع حول الإجراءات القانونية، والخامس حول الحقوق المدنية، والفصل السادس حول المسؤولية المدنية) وقضايا متنوعة (الفصل السابع بشأن التقادم والإجراءات القانونية، الثامن بشأن تطبيق القوانين في القضايا المدنية في الخارج، والتاسع على أحكام إضافية). لذلك فإن الكود يعتمد على المفاهيم الرومانية والأقسام الرئيسية للموضوع القانوني، الموضوع القانوني، من الإجراءات الصحيحة. تنقسم الحقوق المدنية إلى قسم رباعي: صحيح الملكية، قانون الالتزامات، حقوق الملكية الفكرية، قانون لا أحد. قانون الأسرة كان موضوع قانون لعام 1980، ليحل محل قانون 1950، الذي تم اعتماده في بداية النظام الشيوعي. لقد كان هذا القانون عميقًا

تم تعديله في عام 2001. تم سن قانون الميراث في عام 1985، وقانون الميراث تم اعتماده في عام 1991. وقد تم تعديل كلاهما منذ ذلك الحين. وكانت الإجراءات المدنية موضوع قانون لعام 1986، تم استبداله بقانون عام 1991، يتكون من 205 مادة، مقسمة إلى خمسة كتب. الكتاب الأول المكرس له أحكام عامة: الاختصاص القضائي، تنظيم الاختصاصات، الطعن، الأطراف، الأدلة، المواعيد النهائية، التكاليف. يتعامل الكتابان الثاني والثالث على التوالي مع إجراءات الدرجة الأولى والثانية. الكتاب الرابع قواعد الطرق

تنفيذ الأحكام. والباب الخامس مخصص للأحكام الخاصة بشأن الإجراءات في مسائل القانون الدولي الخاص، يتضمن فصلا في قانون التحكيم. كمراجعات للدستور واعتماد هيئة المزيد والمزيد من التشريعات المليئة بالتشريعات، تتلاشى العقيدة الماوية. بالخصوص، يتزايد الاعتراف بالاقتصاد الخاص (ما يسمى "غير العام") رسميا بينما حصتها في انتاج البلاد جيدة الان أعلى من المؤسسات العامة. يجري بناء قانون اقتصادي.

الفرع الثالث: القانون الاقتصادي

السياسة الاقتصادية في الصين قد تخلت عن مبدأ الاقتصاد المخطط على النموذج السوفيتي وهو مستوحى من مبدأ اقتصاد السوق حيث يحتل الاقتصاد دورا مهما فيه لجلب المستثمرين الأجانب ونقل رؤوس الأموال وبراءات الاختراع والعلامات التجارية استلزم اعتماد قوانين مقننة جزئيا في مسائل المشاريع المشتركة الأجنبية والعقود الاقتصادية وحقوق الملكية الفكرية وقانون الشركات المختلطة براس المال الصيني والاجنبي والمعروف ب قانون المشاريع المشتركة والتي تم تبنيه في عام 1979 ويمكن اعتبارها نقطة تحول في تاريخ القانون الصيني اعطى إشارة لانفتاح البلاد على المستثمرين الأجانب وتم استكمالها بقانون راس المال الأجنبي 1986 وبموجب قانون مؤسسة التعاون الصيني الأجنبي لعام 1988 وبموجب القانون بشأن المنافسة غير المشروعة 1993 . وصدر قانون العقود الاقتصادية في عام 1982 وتمت الموافقة على العقود التجارية الخاصة بالدول الأجنبية في عام 1985 وقانون العقود الالكترونية في عام 1987 وفي عام 1999 تم مراجعته هذه القوانين الثلاث وتوحيدها في 430 مادة جعلتها رمزا حقيقيا للعقود التجارية وقانون الملكية الفكرية هو فرع ثالث من فروع القانون الاقتصادي ويتضمن قانون العلامات التجارية 1982 وقانون براءات الاختراع 1994 وحقوق التأليف والنشر 1990. ويعترف اقتصاد السوق الاشتراكي بأشكال مختلفة من المشاريع المؤسسات العامة والشركات الخاصة (المشاريع المشتركة) والمؤسسات التعاونية والشركات الفردية. لذلك الصين لديه الان قطاع عام وقطاع خاص وقطاع ثالث المشاريع التعاونية ناهيك عن رواد الاعمال الافراد

الفرع الرابع: القانون الدولي

الصين هي إحدى القوى الاقتصادية الأربع الناشئة دول بريكس (البرازيل، روسيا، الهند، الصين). وأصبحت القوة الثانية في الاقتصاد العالمي، حيث يصل معدل نموه تقريبا من 10٪ سنوياً، وقريبا ستكون الأولى. هذه الزيادة ترجع بشكل خاص إلى تكاملها في دوائر الاقتصاد العالمي. انضمت الصين إلى أهم الاتفاقيات الدولية من حيث الاتفاقية الاقتصادية، وأصبحت عضوا في المؤسسات الاقتصادية الدولية. وقعت عام 1958 اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بقرارات التحكيم وتنفيذها، اتفاقية واشنطن لعام 1965 بشأن حماية الاستثمارات الأجنبية، والمعروفة باسم "اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار (المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار) واتفاقية فيينا لعام 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع. وبعد 15 عامًا من المفاوضات (1986-2001)، أصبحت عضواً في منظمة التجارة العالمية.

تم الحصول على هذه النتيجة بفضل السياسة القانونية الجديدة التي تم تنفيذها مع الثبات من قبل القادة الصينيين، بدءًا من دينغ شياو بينغ، منذ عام 1977. واعتماد الدستور الجديد، بإعلان مبدأ الشرعية وكانت الخطوة الأولى هي سيادة القانون ("حكم البلد بالقانون").

المحاضرة الاثنى والثلاثون

سمات النظام القانوني الصيني

بعد مرور أكثر من 70 عاما من الجهود المتواصلة منذ تأسيس جمهورية الصين الشعبية وأكثر من 40 سنة من الإصلاح والانفتاح ظهر الى الوجود نظام فريد من نوعه نظام قانوني اشتراكي ذو خصائص صينية. صاحبه تحسينات للنظام القضائي ومفهوم سيادة القانون بشكل ملحوظ. ومع ذلك، فإن خصوصيته لا تزال واضحة بحكم ارتباطه العميق بالنظام السياسي الاشتراكي وبالإرث التاريخي والفلسفي للصين. ومن ابرز سماته

الفرع الأول: التكامل بين كافة القوانين

النظام القانوني الصيني عبارة عن تكامل عضوي للقوانين يندرج تحت سبع فئات وثلاث مستويات الفئات هي الدستور والقوانين المتعلقة بالدستور، والمدنية والتجارية، والإدارية، والاقتصادية، والاجتماعية، والجنائية، وقوانين الإجرائية المتعلقة بالتقاضي وغير التقاضي فضلا عن المستويات الثلاث المتمثلة في قوانين الولاية واللوائح الإدارية والقوانين المحلية. حيث تعتبر وحدة عضوية جوهرها دستور جمهورية الصين الشعبية. حيث نلاحظ قسم التعهد لممارسة مهنة المحاماة في الصين (اقسم ان ادي بأمانة المهمة المقدسة للعاملين في المجال القانوني في الاشتراكية ذات الخصائص الصينية واقسم بالولاء للوطن الام، وللشعب وعلى التمسك بقيادة الحزب الشيوعي الصيني والنظام الاشتراكي وحماية كرامة الدستور والقوانين)

1.وحدة التوجه السياسي والقانوني

- جميع القوانين في الصين تُصاغ في ظل التوجيه المركزي للحزب الشيوعي، ما يجعلها متوافقة في الجوهر مع السياسة العامة للدولة⁴².

2.مبدأ التدرج القانوني

- الدستور الصيني (1982) في قمة الهرم، يليه القوانين الأساسية الصادرة عن الجمعية الوطنية الشعبية، ثم اللوائح التنفيذية المحلية.
- هذا التدرج يُعد أساسًا لتحقيق التكامل ومنع التعارض⁴³.

3.الهدف المشترك: التنمية والاستقرار

⁴² Peerenboom, Randall, *China's Long March toward Rule of Law*, Cambridge University Press, 2002, p. 88

⁴³ Chen, Jianfu, *Chinese Law: Context and Transformation*, Martinus Nijhoff, 2008, p. 97

- كل فروع القانون في الصين – سواء مدني أو جنائي أو إداري – تخدم غاية واحدة: **ضمان الاستقرار الاجتماعي ودعم التنمية الاقتصادية.**

المبحث الثاني: آليات تحقيق التكامل في الصين

1. دور الجمعية الوطنية الشعبية

- باعتبارها الهيئة التشريعية العليا، تسهر على إصدار القوانين الرئيسية وضبط انسجامها.

2. لجنة الشؤون القانونية بالمجلس الوطني

- تتولى مراجعة القوانين والتشريعات لضمان توافقها مع الدستور وبقية القوانين⁴⁴

3. الاجتهاد القضائي الموجه

- المحاكم، وخاصة المحكمة الشعبية العليا، تُصدر تفسيرات قضائية (Judicial Interpretations) تساعد على سدّ الثغرات وتحقيق الانسجام بين القوانين المختلفة.

4. العلاقة بين القانون الوطني والدولي

- الصين تدمج المعاهدات الدولية في نظامها الداخلي بشرط ألا تتعارض مع السيادة الوطنية، وهو ما يعكس تكاملاً انتقائياً مع القانون الدولي⁴⁵

المبحث الثالث: تطبيقات عملية للتكامل

1. التكامل بين القانون المدني والقانون التجاري

- القانون المدني الصيني الجديد (2021) يشكل قاعدة عامة يُرجع إليها في حال غياب نصوص خاصة في القانون التجاري.

2. التكامل بين القانون الإداري والقانون الجنائي

- القوانين الجنائية والإدارية تُطبق بشكل متكامل، خصوصاً في مجالات مثل مكافحة الفساد أو حماية البيئة.

3. التكامل بين القوانين الاقتصادية والقوانين الاجتماعية

- قوانين الاستثمار وحماية المستهلك مرتبطة بالقانون المدني، ما يضمن توازناً بين تشجيع الاستثمار وحماية الأفراد.

المبحث الرابع: التحديات التي تواجه التكامل في الصين

1. التضخم التشريعي: العدد الكبير من القوانين منذ الإصلاحات قد يخلق صعوبة في التنسيق.

2. تعدد مستويات التشريع: وجود قوانين وطنية ومحلية أحياناً يؤدي إلى تعارض جزئي.

⁴⁴ Clarke, Donald C., *China's Legal System: New Developments, New Challenges*, Cambridge University Press, 2008, p. 121

⁴⁵ Potter, Pitman B., *The Chinese Legal System: Globalization and Local Legal Culture*, Routledge, 2001, p. 142

3. **التفسير السياسي للقانون** : غلبة البعد السياسي قد تضعف أحياناً مبدأ الحياد القانوني المطلوب لتحقيق تكامل موضوعي⁴⁶.

خاتمة

يمثل مبدأ التكامل بين القوانين في الصين ركيزة أساسية لوحدة النظام القانوني وضمان فعاليته. ورغم النجاحات الكبيرة التي تحققت من خلال الدستور، الجمعية الوطنية الشعبية، والتفسيرات القضائية، إلا أنَّ التحديات المتمثلة في التضخم التشريعي والتدخل السياسي لا تزال قائمة. ومع ذلك، فإن خصوصية التجربة الصينية تظهر في قدرتها على المزج بين مركزية التوجيه السياسي وتعددية النصوص القانونية في إطار منظومة متكاملة تهدف إلى تحقيق الاستقرار والتنمية.

المراجع:

1. ., *and Fa*, Harvard University Press, 1963,.
2. Hulsewé, A. F. P., *Remnants of Han Law*, Leiden: Brill, 1955 .
3. ., Creel, Herrlee, *What is Taoism?*, University of Chicago Press, 1970,.
4. ., Chen, Jianfu, *Chinese Law: Context and Transformation*, Martinus Nijhoff, 2008,.
5. ., Peerenboom, Randall, *China's Long March toward Rule of Law*, Cambridge University Press, 2002,.
6. ., Clarke, Donald C., *China's Legal System: New Developments, New Challenges*, Cambridge University Press, 2008,.
7. ., Potter, Pitman B., *The Chinese Legal System: Globalization and Local Legal Culture*, Routledge, 2001,.
8. ., Lubman, Stanley, *Bird in a Cage: Legal Reform in China after Mao*, Stanford University Press, 1999,.

⁴⁶ Lubman, Stanley, *Bird in a Cage: Legal Reform in China after Mao*, Stanford University Press, 1999, p. 21