الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة قسنطينة 1 الإخوة منتوري

قسنطينة في : 13 أكتوبر 2025

كلية الحقوق

المرجع : 67/ 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 : « مقارنة الأنظمة القانونية الجزء الثاني »

رئيس المجلس العلمي

أ.د سامي بلعابد
رئيس المجلس العلمي
لكلية الحقوق

**الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية**
**وزارة التعليم العالي والبحث العلمي**
**جامعة الاخوة منتوري قسنطينة1**
**كلية الحقوق**

# مقياس: الأنظمة القانونية

**ياسين عبدالرزاق سماعيلي**

**2026-2025**

**مقرر الأنظمة القانونية**

**أولا: كلمة الترحيب بالطالب**

مرحبًا بكم في مقرر الأنظمة القانونية أحد المقررات الأساسية في تخصص القانون العام. نحن سعداء بانضمامكم ونتطلع إلى رحلة تعلم مميزة مليئة بالمعرفة والتفاعل. هذا المقياس مصمم لتزويدكم بالمهارات والمفاهيم الأساسية في الأنظمة القانونية المقارنة من خلال محاضرات نظرية، موارد رقمية، وأنشطة تفاعلية.

**ثانيا: وصف المقرر:**

تعد دراسة الأنظمة القانونية من الركائز الأساسية لفهم القانون، إذ تمكّن الدارس من إدراك الأسس التي تقوم عليها القوانين في مختلف الدول، والتعرف على الفروق الجوهرية بين هذه الأنظمة من حيث المصادر، المؤسسات، والتطبيقات العملية.

**ويهدف هذا المقرر**: إلى تزويد الطالب بالمعرفة النظرية والمنهجية اللازمة لتحليل القوانين الوطنية والدولية، وفهم أطرها الفكرية والتاريخية، كما يسهم في بناء قدرة نقدية تمكن الدارس من المقارنة بين مختلف التجارب القانونية. مما تتيح للطالب التسلح بأساس علمي رصين لفهم القانون بشكل أوسع، وتطوير قدراته التحليلية والبحثية، بما يمكّنه من التعامل مع القضايا القانونية المعاصرة في بيئة وطنية ودولية متغيرة. كما يعزز قدرة الطالب على التفكير النقدي والاستفادة من الخبرات القانونية العالمية في صياغة وتطوير التشريعات المحلية، وبالتالي المساهمة في بناء نظام قانوني متكامل وفعال.

**ثالثا: اسباب تطور القانون المقارن**

إليك أهم أسباب تطور القانون المقارن مع شرح مختصر لكل سبب:

1) **الاحتكاك بين الأمم والثقافات:** تزايد التبادل التجاري والسياسي والثقافي بين الدول أدى إلى الحاجة لفهم القوانين المختلفة لتسهيل التعامل بين الشعوب والدول.
2) **العولمة والانفتاح الدولي:** الانضمام للمنظمات الدولية والتكتلات الاقتصادية مثل الاتحاد الأوروبي أو اتفاقيات التجارة الحرة دفع الدول إلى دراسة القوانين الأجنبية لتقريب الأنظمة القانونية.
3) **تعدد المصادر القانونية وتنوعها:** اختلاف أساليب التقنين بين الدول (القوانين المكتوبة، الاجتهاد القضائي، العرف) استلزم دراسة مقارنة لفهم أصول القواعد القانونية وكيفية تطبيقها.
4) **تطور الفكر القانوني والفلسفة القانونية:** التطورات الفكرية في الفقه والقانون أدت إلى البحث عن تجارب جديدة في التشريع والقضاء، مما شجع على المقارنة بين الأنظمة المختلفة.
5) **الحاجة إلى إصلاح القانون الوطني:** الاستفادة من الخبرات الأجنبية لتطوير التشريعات المحلية وتحسين القوانين الوطنية وتفادي الثغرات القانونية.
6) **انتشار القوانين الحديثة والمعاهدات الدولية:** انتشار قوانين حقوق الإنسان، التجارة الدولية، والقانون البيئي، دفع الدول لدراسة تجارب الدول الأخرى لتطبيقها بطريقة ملائمة.

7) **التقدم العلمي والتقني:** التغيرات الاجتماعية والاقتصادية الناتجة عن العلم والتكنولوجيا فرضت الحاجة إلى مقارنة القوانين لمعالجة القضايا الجديدة بشكل فعال.

**رابعا: مضمون مقرر القانون المقارن:** يتضمن المقرر 15 وحدة دراسية

- الوحدة الأولى: القانون المقارن: المفهوم والأهمية
- الوحدة الثانية: مناهج دراسة القانون المقارن
- الوحدة الثالثة: أهداف النظام القانوني المعاصر
- الوحدة الرابعة: خصائص النظم القائمة على السوابق القضائية
- الوحدة الخامسة: النظام القانوني الإنجليزي
- الوحدة السادسة: المبادئ الأساسية للنظام الأمريكي
- الوحدة السابعة: النظم القانونية المبنية على التشريع
- الوحدة الثامنة: تطور وانتشار المدونات القانونية
- الوحدة التاسعة: النظام القانوني الفرنسي: السمات والتطبيقات
- الوحدة العاشرة: النظام القانوني الألماني: الخصائص والمميزات
- الوحدة الحادية عشرة: النظام القانوني الإسلامي: الخصائص الأساسية
- الوحدة الثانية عشر: مقارنة النظام الإسلامي ونظم السوابق القضائية
- الوحدة الثالثة عشر: مقارنة النظام الإسلامي ونظم المدونات القانونية
- الوحدة الرابعة عشر: محاولات تدوين قواعد القانون الإسلامي
- الوحدة الخامسة عشر: الأنظمة القانونية العربية وتأثراتها

**مقدمة:**

يُواجِه القانون المقارن، رغم قِدم جذوره، انتقادات متكرّرة تتعلق باتساع مجاله وافتقاره إلى منهجية منسجمة تُحدِّد بدقة موضوعه وحدوده. فالدراسة المقارنة لا تنحصر في تحليل القاعدة القانونية في ذاتها، بل تمتدّ إلى الإحاطة بالبنى المؤسسية والخصائص التاريخية والثقافية والسياسية والاقتصادية التي تُحيط بالأنظمة القانونية، وهو ما جعل هذا الحقل العلمي مركبًا بطبيعته، تتداخل فيه أدوات التحليل المأخوذة من الأنثروبولوجيا والاجتماع والفلسفة والتاريخ والعلوم السياسية والاقتصاد، الأمر الذي زاد من تعقيد بنائه المنهجي.

وعلى الرغم من حضور القانون المقارن منذ كتابات مونتسكيو في القرن الثامن عشر، بل ومنذ اجتهادات أرسطو والحضارات القديمة، فإن تطوره الأكاديمي ظلّ غير مكتمل، إلى درجة دفعت بعض الفقهاء إلى القول بركوده أو حتى انتفاء الحاجة إليه ويرجع ذلك إلى اتساع دائرة اهتماماته، وإلى التركيز – في بعض المدارس – على التجارب الغربية دون غيرها، إضافة إلى تشابك موضوعاته بين القانون الوطني والقانون فوق الوطني.

ويمكّن القانون المقارن، عند تحليله بكفاءة، من فهم العناصر المشتركة التي تقوم عليها الأنظمة القانونية المختلفة، ومن التمييز بين ما هو نابع من ضرورات بشرية عامة وما هو نتيجة ظروف جغرافية أو حوادث تاريخية. وهو بذلك يُسهِم في تفسير تطور الأنظمة القانونية الوطنية ويقدّم أدوات للتنبؤ باتجاه تطورها.

وقبل مباشرة أي دراسة مقارنة، تبرز ملاحظتان جوهريتان[1]:

**1. مصادر القاعدة القانونية:**

تميل الدراسات التقليدية إلى التركيز على المصادر الشكلية للقاعدة القانونية، أي مرتبتها وحجيتها، متجاهلةً المصادر المادية التي تُعدّ الأساس الحقيقي لنشوء القاعدة القانونية، مثل الظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والدينية والثقافية التي تُولّد مضمون التشريع

**2. مبررات وجود القاعدة القانونية:**

يتطلب القانون، بوصفه بناءً مركبًا، خطابًا تأسيسيًا يمنحه المشروعية أمام المجتمع، ويُبرز رؤيته للحياة، وينظّم العلاقات الاجتماعية وفق أسس موضوعية تضمن اتساقه الداخلي.

وبالنظر إلى هذه الملاحظات، تتضح أهمية اختلاف الأنظمة القانونية من حيث مرجعياتها، رغم سعيها جميعًا إلى مواكبة التحولات الداخلية والخارجية. ويثير ذلك سؤالًا جوهريًا حول مستقبل الأنظمة القانونية، والذي يتجلّى في **بُعدين رئيسيين:**

**البعد التاريخي** فبعض الأنظمة اندثر ولم يبقَ منه إلا الآثار، بينما استطاعت أنظمة أخرى الاستمرار والتطور لتؤثر في التشريعات المعاصرة

---

[1] مطبوعة الأنظمة القانونية المعاصرة. كلية العلوم والدراسات النظرية، قسم القانون، الجامعة السعودية الالكترونية , 2018م. ص 5.

- **البعد التكاملي:**

إذ تفرض العولمة والتكنولوجيا وتكامل الأسواق الدولية ضرورة التقارب بين الأنظمة المختلفة، سواء عبر التنسيق أو عبر التطابق الجزئي، وصولًا إلى ما يُعرف بـ عولمة القانون .وقد ظهرت تجليات ذلك في بروز حقوق الإنسان كبعد عالمي، وفي عمل مؤسسات دولية مثل محكمة العدل الدولية وصندوق النقد الدولي[7].

ورغم أنّ توحيد القانون عالميًا يبدو مسارًا بالغ الصعوبة، فإن التنوع يظلّ ضرورة طبيعية، غير أن المقارنة القانونية أصبحت اليوم ضرورة علمية وعملية:

**ضرورتها العلمية:**

لأنها علم مستقل يمتلك أدواته ومنهجه المقارن الذي يمثّل ركيزته الأساسية[8].

**ضرورتها العملية:**

لأنها تُسهم في تطوير التشريعات الوطنية وتحديثها استجابةً للتحولات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، مما قد يقود إلى تعديل الأنظمة القانونية القائمة أو حتى نشوء أنظمة جديدة[9].

## الوحدة الاولى

## التعريف بالقانون المقارن واهمية دراسته

**اهداف الوحدة:**

**يتوقع** من الطالب بعد الانتهاء من دراسة هذه الوحدة ان يكون قادرا على:

تعريف الطالب بمفهوم القانون المقارن وحدوده ومجالاته.

بيان الغايات العلمية والعملية من دراسة الأنظمة القانونية المختلفة.

إبراز دوره في تطوير التشريع الوطني ومعالجة نقائصه.

إظهار قيمته في تقريب الأنظمة القانونية وتعزيز التعاون الدولي.

إكساب الطالب مهارة الموازنة بين القوانين المختلفة واستخلاص أوجه التشابه والاختلاف.

تشجيع الطالب على الاطلاع على تجارب الدول الأخرى لاختيار أفضل الحلول القانونية

ربط الطالب بالفلسفة القانونية والتطور التاريخي للقوانين.

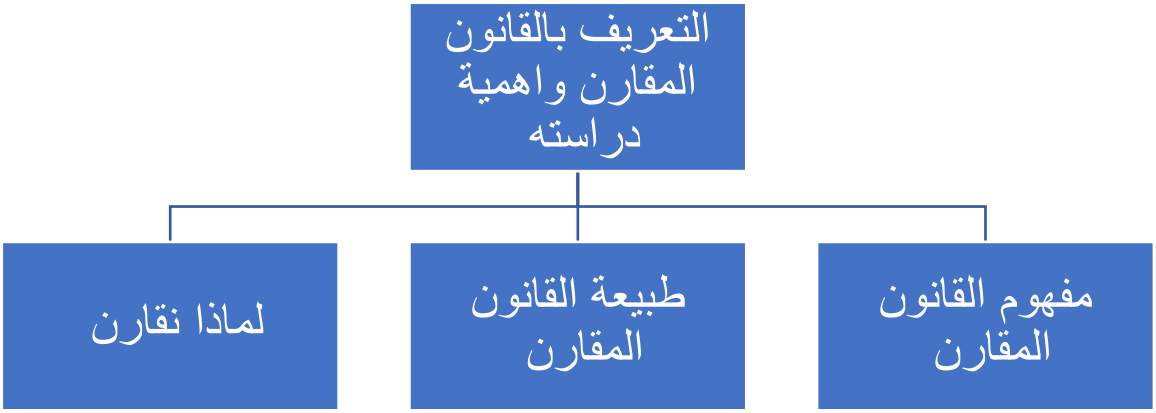
تمكينه من استخدام منهجية القانون المقارن في البحوث الأكاديمية والدراسات التطبيقية.

**موضوعات الوحدة: التعريف بالقانون المقارن واهمية دراسته**

**المبحث الأول: مفهوم القانون المقارن**

**المبحث الثاني : طبيعة القانون المقارن**

**المبحث الثالث: لماذا نقارن؟**



**تمهيد:**

يُعَدّ القانون المقارن من الفروع الحديثة في الدراسات القانونية، حيث يهدف إلى دراسة الأنظمة القانونية المختلفة ومقارنتها قصد الكشف عن أوجه التشابه والاختلاف بينها، وفهم الأسس التي تقوم عليها. فمع تزايد التبادل التجاري والثقافي والسياسي بين الدول، برزت الحاجة إلى أداة علمية تمكّن من فهم القوانين الأجنبية والاستفادة منها في تطوير القوانين الوطنية. ولا يقف القانون المقارن عند حدود المعرفة النظرية، بل يتجاوزها إلى تطبيقات عملية تسهم في إصلاح التشريع، وتوحيد القوانين أو تقريبها، كما يثري الفكر القانوني ويعزز التعاون الدولي. ومن ثمّ فإن التعريف بالقانون المقارن وإبراز أهميته يمثلان خطوة أولى وضرورية لفهم دوره في بناء منظومة قانونية أكثر عدلاً وفاعلية على الصعيدين الوطني والدولي.

يمكن تحديد مصطلح المقارنة على انها اجراء مواجهة او تقريب الأشخاص او الاختيارات او فحص التشابه او الاختلافات من اجل الحصول على سمة مشتركة او علاقة مساواة، غير ان المقارنة أكثر من ذلك حيث تكشف ضرورة التنوع والتعدد في هذا العالم. فمن خلال تطبيقها في كل المجالات شملت المقارنة في معظم العلوم خاصة منذ القرن الثامن عشر حيث حدث تطور سريع مثل (الادب المقارن) و(مقارنة الاديان) وفي الطب كان العالم Claude Bourgelat (1711-1779) مؤسس العلوم البيطرية مبتكر اول مدرسة بيطرية في اوروبا في Lyon بفرنسا عام 1761 مؤسس علم الامراض البيولوجية المقارن اعتبر ان اي وسيلة لمعالجة الحيوان هو عبر فهم جسم الانسان والعكس صحيح. وايضا في القانون وكل العلوم الاخرى وخاصة العلوم الانسانية. فتاريخ المقارنة ولا سيما في القانون يعود الى قرون خلت بعيدا عن القرن الثامن عشر وتتمثل المقارنة في قياس القوانين بالتوازي من خلال التقريب بين نظامين قانونيين او أكثر على اساس توضيح الوحدة الاساسية للحياة القانونية العالمية وهذا ما يسمى بالنهج التكاملي للمقارنة كما ان المقارنة يمكن ان تفضي الى اختلاف بين القوانين وهذا ما يطلق عليه بالنهج التفاضلي الذي يستقر على رفض العالمية. وقبول التعددية والتنوع والاختلاف كسنة كونية. وتقودنا دراسة القانون المقارن الى ابداء ثلاث ملاحظات: [2]

**تتعلق الملاحظة الأولى:** بالتسمية، ذلك أن مصطلح "القانون المقارن" قد يوحي في ظاهره بأن المقصود به مجموع قواعد وضعية، وبالتالي فرع من فروع القانون الوضعي، تماما مثل القانون التجاري والقانون المدني وقانون العمل، وغيرها من القوانين الأخرى، في الحقيقة، يدل هذا القانون على أنه مجرد دراسة قانونية وعلمية بين قانونين اثنين أو مؤسستين قانونيتين أو أكثر بغاية الوصول إلى نتيجة موضوعية .

**اما الملاحظة الثانية:** تهتم بنشأة القانون المقارن وتطوره، التي تبرز في النقاط التالية :

**الأولى:** الجذور التاريخية للدراسة المقارنة التي ظهرت لدى فلاسفة اليونان القديمة، ويكفي في هذا الإطار، الإشارة إلى مؤلف أفلاطون "حوار في القوانين"، الذي أنجز فيه مقارنة بين قوانين عصره[3]:

---

[2] مطبوعة الأنظمة القانونية: الجامعة السعودية الالكترونية مرجع سابق ص 6

[3] Bruno de Loynes de Fumichon: Introduction au droit comparé op cit P 42

**.الثانية:** شهد الغرب بشكل لافت، خلال القرن التاسع عشر وهي الفترة التي بدأت فيها عملية تدوين التشريعات وتقنين النصوص تزدهر وظهور العديد من الأعمال العلمية والأبحاث والدراسات التي تكرس وتعتمد منهج المقارنة، وتكمن الغاية الأساسية من ذلك في الإرادة الكبرى لدى الباحثين آنذاك في التطلع لاستصلاح ومعالجة الأنظمة القانونية القائمة لدولهم، من خلال مقارنتها بالأنظمة الأخرى والبحث في مواطن الخلل، وتقوم هذه المعالجة بالأساس على إخراج القانون الوطني من عزلته، فضًلا عن إمكانية اقتباس الأمثلة والتجارب الناجحة [4].

كما كان المسلمون قبلهم خلال ازدهار الحضارة الاسلامية ان يقدموا نماذج وقواعد المقارنة بين المذاهب الاسلامية والتي كانت الخطوة الاولى نحو تعميمها نحو القوانين الوضعية. والسبب اكتفاء المسلمين بالمذاهب دون غيرها لأنها شريعة متكاملة لا تحتاج الى مصادر اخرى.

**الثالثة:** ازدهر القانون المقارن بعد انعقاد المؤتمر الدولي للقانون المقارن بلاهاي سنة1937 م، الذي وضع حجر الاساس لبناء وترسيخ للعديد من المبادئ والتنظير لمقومات هذا القانون، وزادت أهمية القانون المقارن بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية ليغدو بعد ذلك عنصرا أساسياً لكل علم قانوني أو ثقافة قانونية.

**الرابعة:** ظهور المرحلة التأسيسية للقانون المقارن من خلال المؤتمر الدولي للقانون المقارن الذي عقد في باريس سنة 1990 م، الذي اعتبره المؤتمرون والفقهاء من بعدهم تاريخ ميلاد هذا القانون.

**تهتم الملاحظة الثالثة:** بأهمية القانون المقارن، والمكانة التي أصبح يحتلها في الدراسات القانونية، ذلك أنّه أصبح يعتمد أولا كمعيار موضوعي لتقييم القانون الوطني من خلال: مراجعة الاختلالات القانونية والتقنية والاجرائية في القانون الوطني. وتوطيد المحاسن الموجودة في القانون الوطني . معالجة النواقص عبر البحث عن حلول محتملة ممكنة ومتطّورة وجديدة لمختلف الإشكاليات القانونية والعملية المطروحة. محاولة توحيد القواعد القانونية في بعض المجالات على المستويين الإقليمي و/أو الدولي .

اعتباره آلية علمية تمكن من دراسة الظواهر القانونية في مختلف المجتمعات من حيث ظهورها وتطبيقاتها والنتائج التي تفرزها وهو ما يعرف اليوم بعلم الاجتماع القانوني.

---

[4] الترمانيني عبد السلام: القانون المقارن والمناهج القانونية الكبرى. جامعة الكويت الطبعة الثانية 1982م ص 42.

## المحاضرة الأولى:

## مفهوم القانون المقارن

في هذا البحث سوف نتناول ثلاث عناصر هي

الفرع الأول: إشكالية المصطلح

أولا: الأصل اللاتيني للمصطلح

1) المصطلحات المستبعدة

2) ترجيح مصطلح (القانون المقارن)

ثانيا: المصطلح الاسلامي للمفهوم من علم الخلاف الى الفقه المقارن

1) مصطلح علم الخلاف واصنافه

2) مصطلح (الفقه المقارن)

الفرع الثاني: تعريف القانون المقارن

الفرع الثالث: ماهية القانون المقارن

الفرع الرابع: صور القانون المقارن

أولا: القانون المقارن الوصفي

ثانيا: القانون المقارن التطبيقي

ثالثا: القانون المقارن المجرد

**الفرع الاول: اشكالية المصطلح**

مصطلح القانون المقارن مثله مثل مصطلح القانون. مصدره ليس عربي فكلمة القانون أصلها يوناني Kanun بمعنى العصا المستقيمة، ومجازا بمعنى القاعدة والقدوة والمبدأ، حيث يوحي كلمة العصا بإلزامية تطبيقها ومن يخالفها يعاقب. اما معنى الاستقامة اشتقت لكل اللغات الاوروبية من كلمة (مستقيم) (Droit). غير ان البعض الاخر يستخدمون لفظ Droit وتعني لفظ (القانون) عندما يضيفون لها كلمة Objectif. وإذا اضيف اليها لفظ Subjectif يكون المقصود هو لفظ ( الحق). كما يطلقون أيضا في فرنسا لفظ Loi للدلالة على معنى خاص للقانون أي التشريع الصادر من السلطة التشريعية.[5]

ورغم ان المصطلح العربي (القانون) اشتق من الغرب فان المسلمين لهم باع فيه واستعملوا مصطلح (شرع) و(شرعة) و(الشريعة) من قوله تعالى في القران الكريم (لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا) الآية 50 من سورة المائدة. كما جاء ذكرها في سورة الجاثية (ثم جعلناك على شريعة من الامر) الآية 17 وتعني الشريعة أي السبيل المؤدية الى الهدف وهو المعنى القريب من المعنى الأوروبي لكلمة القانون. وفي هذه الوحدة سوف نحاول ان نبين أصله اللاتيني (اولا) ثم نبين بعد ذلك أصله العربي الإسلامي (ثانيا).

---

[5] مؤيد زيدان: مطبوعة بعنوان النظم القانونية الكبرى جامعة دمشق كلية الحقوق. ص5

**اولا: الاصل اللاتيني للمصطلح**

طرحت العديد من المصطلحات من طرف رجال القانون والفقهاء الغربيين وتم استبعادها وتم الاتفاق على مصطلح موحد لذا استوجب دراسة الاصل اللاتيني لكلمة القانون المقارن والوقوف عند عنصرين مترابطين هما:

**1) المصطلحات المستبعدة [6]**

من المصطلحات الكثيرة المستبعدة والتي اقترحها بعض الفقهاء العرب نذكر (الحقوق المقابلة) غير ان قائله لم يحدد مضمون المصطلح الذي استعمله. كما استعمل مصطلح (القانون الموازن) الذي اعتبره ادق في الدلالة وغايته التمييز والمفاضلة. ونلاحظ انه ركز على المعنى اللغوي. الموازنة مشتقة من فعل (وزن) أي إعطاء الشيء قيمة. وهناك من فضل استعمال مصطلح (مقارنة القوانين) Comparaison des lois او (مقايسة القوانين) او الطريقة المقارنة حيث استخدم هذا المصطلح الالمان والفرنكفونيون.

كما استعمل الفقيهان الانجليزيان Maineو Pollock مصطلح (الاجتهاد المقارن) Jurisprudence comparative كما استعمل مصطلح (التشريع المقارن)législation comparée الامر الذي دفع بالفقهاء عن البحث عن مصطلح يبعد الغموض.

وقد اقترح مصطلح (علم القانون المقارن) او الدراسات القانونية المقارنة فمثلا ذهب الالمان الى تسميته (مقارنة القوانين) (Rechtsvergleichung) وغيرهم استعمل كلمة (الطريقة المقارنة) ( Méthode Comparative) بل بعضهم استبعد مصطلح القانون وفضل تسمية (الاجتهاد المقارن) (Jurisprudence Comparative) واختار ) Edouard Lambert1866–1947) أحد مؤسسي القانون المقارن مصطلح (التشريع المقارن) (La législation Comparée) وقد استعمل في تسمية اول جمعية تأسست في فرنسا سنة 1869 لدراسة القانون المقارن (جمعية التشريع المقارن ) ( La société de législation comparie)

وبعضهم استعمل مصطلح (القانون الموازن) ورغم تقاطع كل التعريفات. فقد وصفه أحد الفقهاء بان له وجهان (برمائي) أي له معنى مزدوج ويتضمن موضوعان مترابطان لا ينفصلان دراسة القوانين الأجنبية من ناحية ومقارنة القوانين من ناحية أخرى. والمقارنة لا تتم الا بدراسة كلاهما. ولعل أسباب اختلاف في المصطلح يعود أساسا الى اختلاف الفقهاء في طبيعة القانون المقارن ووظيفته.

**2) ترجيح مصطلح (القانون المقارن)[7]**

القانون المقارن هو تسمية مقبولة بشكل عام للطريقة المقارنة للدراسات القانونية رغم ترجيح هذا المصطلح فانه لم يسلم مثله مثل المصطلحات الاخرى من النقد. لقد اسال الكثير من الحبر فقد

---

[6] احمد ادريوش: القانون المقارن الدرس الافتتاحي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية. اكدال بجامعة محمد الخامس، الطبعة الثانية 2017 الرباط المغرب ص7.

[7] احمد ادريوش: القانون المقارن الدرس الافتتاحي، مرجع سابق ص10

عبر عنه الفقيه الفرنسي Rene David ان عبارة القانون المقارن هي عبارة تعيسة من المفترض ان تضيف له قيمة معينة ومن الاحسن تجنبها [8] فمصدره من المصطلح الفرنسي ( Droit compare) والإنجليزي (Comparative Law) وفي اللغة الاسبانية (Derecho comparado) وانضم إليهم معظم فقهاء العرب حيث اقتصروا على تعريب عبارة المصطلح المهيمن لدى معظم الفقهاء اللاتينيين او الانجلوسكسونيين غير ان المفهوم الأصيل في اللغة العربية هو غير ذلك.

لكن أيا كان هذا الاختلاف فقد استقر معظم فقهاء القانون الى توظيف مصطلح (القانون المقارن) كما ان تسمية القانون المقارن هي تسمية مضللة حيث ينصرف الى الذهن انه قانون كغيره من القوانين الوضعية كالقانون المدني او التجاري.

**ثانيا: المصطلح الاسلامي للمفهوم من علم الخلاف الى الفقه المقارن**

يعتبر الفقه الاسلامي من أعظم النظم القانونية ثراءا. رغم محاولة المغرضين النيل منه بالتشويش بانه فقه جامد غير قابل للتطور ولا يصلح ان يكون نظاما قانونيا يصلح للبشرية ومن بين المبادرات في مصطلح (القانون المقارن) في اللغة العربية فهو ما استقر عليه فقهاء الشريعة الإسلامية على تسميته (علم الخلاف) او (الخلافيات)وكان مقتصرا فقط على الدراسة المقارنة بين المذاهب الفقهية بحثا عن أوجه الاختلاف فقط ومناقشتها في ضوء ما استند اليه كل مذهب من الاسانيد الشرعية او العقلية، وصولا الى توضيح الصحيح منه من الخطأ او ترجيح راي على اخر. وعموما رغم الاختلاف في المصطلحات وفي المضمون ومع التطور الحاصل أصبح بمسمى (الفقه المقارن) لذا وجب بيان أنواع الخلاف (اولا) ثم تحديد المقصود بالفقه المقارن (ثانيا).

**1) : مصطلح علم الخلاف واصنافه[9]**

الفقه المقارن هو مصطلح حديث يعبر عما عرف تاريخيا عند الفقهاء بعلم الخلاف وقد عرفه الدريني بقوله (تقرير اراء المذاهب الفقهية الإسلامية في مسالة معينة، بعد تحرير محل النزاع فيها، مقرونة بادلتها، ووجوه الاستدلال بها، وما ينهض عليه الاستدلال من مناهج أصولية وخطط تشريعية، وبيان منشأ الخلاف فيها، ثم مناقشة هذه الأدلة اصوليا، والموازنة بينها، وترجيح ما هو اقوى دليلا، او أسلم منهجا، او الاتيان براي جديد، مدعم بالدليل الأرجح في نظر الباحث المجتهد)[10]

كما وضع ابن خلدون فصلا كاملا في مقدمته حول (أصول الفقه وما يتعلق به من الجدل والخلافيات) وقد أخذنا منها هذه الفقرة المميزة.

**وأما الخلافيات**، فاعلم أن هذا الفقه، المستنبط من الأدلة الشرعية، كثر فيه الخلاف بين المجتهدين باختلاف مداركهم وأنظارهم خلافا لابد من وقوعه لما قدمناه، واتسع في الملة اتساعا عظيما. وكان للمقلدين

---

[8] Rene David Traite élémentaire de droit civil compare LGDJ PARIS 1950 P3

[9] احمد ادريوش: القانون المقارن الدرس الافتتاحي، مرجع سابق ص 17

[10] فتحي الدريني: بحوث مقارنة في الفقه الاسلامي. واصوله، مؤسسة الرسالة، الطبعة الاولى 1994م ج1 ص ص 17 -18.

أن يقلدوا من شاءوا منهم؛ ثم لما انتهي ذلك إلى الأئمة الأربعة من علماء الأمصار، وكانوا بمكان من حسن الظن بهم، اقتصر الناس على تقليدهم، ومنعوا من تقليد سواهم، لذهاب الاجتهاد لصعوبته، وتشعب العلوم التي هي مواده، باتصال الزمان. وافتقاد من يقوم على سوى هذه المذاهب الأربعة .فأقيمت هذه المذاهب الأربعة، أصول الملة؛ وأجري الخلاف بين المتمسكين بها والآخذين بأحكامها مجرى الخلاف في النصوص الشرعية والأصول الفقهية.

وجرت بينهم المناظرات، في تصحيح كل منهم مذهب إمامه، تجري على أصول صحيحة وطرائق قويمة؛ يحتج بها كل على مذهبه الذي قلده وتمسك به؛ وأجريت في مسائل الشريعة كلها، وفي كل باب من أبواب الفقه؛ فتارة يكون الخلاف بين الشافعي ومالك وأبو حنيفة يوافق أحدهما؛ وتارة بين مالك وأبي حنيفة والشافعي يوافق أحدهما؛ وتارة بين الشافعي وأبي حنيفة ومالك يوافق أحدهما. وكان في هذه المناظرات بيان مآخذ هؤلاء الأئمة؛ ومثارات اختلافهم؛ ومواقع اجتهادهم .

كان هذا الصنف من العلم يسمى بالخلافيات. ولابد لصاحبه من القواعد التي يتوصل بها إلى استنباط الأحكام، كما يحتاج إليها المجتهد؛ إلا أن المجتهد يحتاج إليها للاستنباط، وصاحب الخلافيات يحتاج إليها لحفظ تلك المسائل المستنبطة من أن يهدمها المخالف بأدلته. وهو لعمري علم جليل الفائدة في معرفة مآخذ الأئمة وأدلتهم ومران المطالعين له على الاستدلال فيما يرومون الاستدلال عليه.

وتآليف الحنفية والشافعية فيه أكثر من تأليف المالكية؛ لأن القياس عند الحنفية أصل للكثير من فروع مذهبهم كما عرفت فهم لذلك أهل النظر والبحث. وأما المالكية فالأثر أكثر معتمدهم، وليسوا بأهل نظر، وأيضا فأكثرهم أهل المغرب وهم بادية غفل من الصنائع إلا في الأقل .وللغزالي رحمه الله تعالى فيه كتاب "المآخذ"؛ ولأبي زيد الدبوسي كتاب "التعليقة"؛ ولابن القصار، من شيوخ المالكية، "عيون الأدلة"؛ وقد جمع ابن الساعاتي في مختصره في أصول الفقه جميع ما ينبني عليها من الفقه الخلافي مدرجا في كل مسألة ما يبني عليها من الفقه الخلافي مدرجا في كل مسألة ما ينبني عليها من الخلافيات.

**وأما الجدل**، وهو معرفة آداب المناظرة التي تجري بين أهل المذاهب الفقهية وغيرهم، فإنه لما كان باب المناظرة في الرد والقبول متسعا، وكل واحد من المتناظرين في الاستدلال والجواب يرسل عنانه في الاحتجاج، ومنه ما يكون صوابا ومنه ما يكون خطأ، فاحتاج الأئمة إلى أن يضعوا آدابا وأحكاما يقف المتناظران عن حدودها في الرد والقبول، وكيف يكون حال المستدل والمجيب، وحيث يسوغ له أن يكون مستدلا، وكيف يكون مخصوصا منقطعا ومحل اعتراضه أو معارضته، وأين يجب عليه السكوت ولخصمه الكلام والاستدلال. ولذلك قيل فيه: إنه معرفة بالقواعد من الحدود والآداب في الاستدلال التي يتوصل به إلى حفظ رأي وهدمه، كان ذلك الرأي من الفقه أو غيره [11].

[11] احمد ادريوش: القانون المقارن الدرس الافتتاحي، مرجع سابق ص 20

**وهي طريقتان:** طريقة البزدوي وهي خاصة بالأدلة الشرعية من النص والإجماع والاستدلال؛ وطريقة العميدي وهي عامة في كل دليل يستدل به من أي علم كان؛ وأكثره استدلال؛ وهو من المناحي الحسنة؛ والمغالطات فيه في نفس الأمر كثيرة. وإذا اعتبرنا النظر المنطقي، كان في الغالب أشبه بالقياس المغالطي والسوفسطائي؛ إلا أن صور الأدلة والأقيسة فيه محفوظة مراعاة؛ تتحرى فيها طرق الاستدلال كما ينبغي. وهذا العميدي هو أول من كتب فيها، ونسبت الطريقة إليه. وضع الكتاب المسمى بـ «الإرشاد" مختصرا. وتبعه من بعده من المتأخرين كالنسفي وغيره، جاؤوا على إثره وسلكوا مسلكه. وكثرت في الطريقة التآليف. وهي لهذا العهد مهجورة لنقص العلم والتعلم في الأمصار الإسلامية. وهي مع ذلك كمالية وليست ضرورية. والله سبحانه وتعالى أعلم، وبه التوفيق.)

من خلال هذا النص نستشف ان علماء المسلمين كان لهم باع في الدراسات المقارنة تحت مسميات مختلفة هي (علم الخلاف) او (الخلافيات) و (الجدل) و(المناظرة). ولكل منها مفهوم ومجال. لكن إذا أطلق هذا المصطلح في الفقه الاسلامي فالقصد به هو الفقه المقارن وهو مصطلح حديث يقصد به في عصرنا بالقانون المقارن. يقصد به مقارنة النظم القانونية الوضعية في سبيل الوصول الى ترقية وتحسين القانون الوطني او الحصول الى تقنين موحد تأخذ به جميع الدول مثل قانون حقوق الانسان او الدولي الإنساني.

**2) : مصطلح (الفقه المقارن)**

انتصر مصطلح الفقه المقارن على الخلافي لان وظيفة الخلافي هو المجادلة دون النظر الى الواقع وما يهمه هو فوزه بالمناظرة والخصومة فهو يشبه المحامي الذي لا يهمه ان يكون موكله بعيدا عن الواقع او قريبا منها بقدر ما يهمه ان يحكم لصالحه. والمقارن يبحث في المسائل المختلف فيها والمسائل المتفق عليها بغية التقريب بينها ومحاولة التوحيد بينها. او التخفيف من حدة الخلاف بينها. واصبحت لا تشمل فقط المقارنة بين المذاهب الاسلامية فقط بل تشمل كل التشريعات الوضعية الاخرى. ويكون عندئذ مرادفا للتقنين.

ومن اهم التعريفات حينئذ تعريف الاستاذ شويش المحاميد انها (عرض الآراء والنظريات الفقهية الاسلامية وما يقابلها في القانون الوضعي، وبيان اوجه الموافقة والمخالفة بينهما تأسيسا على اصولهما، استمدادا وبحثا بالأسلوب الذي يظهرهما على حقيقتهما)[12].

وقد ظهرت اول دراسات مقارنة والتي كانت في مصر لأسباب تاريخية منها الشغف الشديد بالحضارة الغربية وتقصير علماء الازهر في الخوض فيه بعلمهم ان الشريعة الاسلامية كافية. فاضطر بالعمل بقانون نابليون الفرنسي رغم انه مستوحى في كثير من الاحيان من الشريعة الاسلامية. وقد ظهرت اول دراسات مقارنة في العالم العربي قبل اعلان النشأة المنهجية للقانون المقارن وذلك خلال مؤتمر باريس 1900م.

---

[12] شويش هزاع على المحاميد، مسيرة الفقه الاسلامي المعاصر وملامحه، دراسة وثائقية تحليلية، دار عمان، الاردن، الطبعة الاولى 2001 ص 524.

واول مقارنة بين القانون الفرنسي والفقه المالكي قام به الشيخ الازهري مخلوف المنياوي في مجلدين طبعا حديثا بعنوان (المقارنات التشريعية: تطبيق القانون المدني والجنائي على مذهب الامام مالك)[13]. توفي سنة 1878م[14].

وقد اظهرت الدراسات المقارنة بين الفقه الإسلامي وغيره من النظم القانونية ان الفقه الإسلامي فقه واسع وثري غني بالمبادئ والنظريات الفقهية والقانونية رغم محاولة الغربيين تغييب فضل الفقه الإسلامي، لكنهم بالمقابل اجمعوا بسكوتهم وعجزهم على النقد فيه ونسب بعض القواعد ظلما واجحافا في حق الفقه الإسلامي.

**الفرع الثاني: تعريف القانون المقارن**

إذا كان لفظ القانون ينصرف الى مجموعة القواعد الناظمة لمجتمع من المجتمعات كالقانون الجزائري او القانون الألماني فان هذا المعنى ليس له نفس المدلول في مجال القانون المقارن ولا يعد فرعا من فروع القانون كالقانون المدني والقانون الدولي. كما انه ليس مجموعة من القواعد التي تنظم موضوعا معينا فالكلام عن القانون المقارن للزواج مثلا لا يعني انها تتضمن مجموعة القواعد القانونية الجديدة التي تنظم العلاقة بين الزوجين، وانما المقصود من ذلك اخضاع للمقارنة بغرض ابراز أوجه الاختلاف والتشابه بينها. وما يترتب على ذلك من نتائج في موضوع الزواج. طبيعة تعدد الزوجات، زواج المثليين عقد المعاشرة، الاخصاب خارج الرحم، الامومة البديلة، تعدد ازواج المرأة الميراث وما الى ذلك وهلم جرا.

غير ان الالتباس ما زال قائما حول مسالة ما إذا كان يمكن اعتبار القانون المقارن علما ام انه مجرد علم منهجي وماذا تتم مقارنته وحول الغرض من المقارنة وحول الاساليب المناسبة [15]وعليه يجب ان يحتوي التعريف على أربعة عناصر.

أ. المضمون او الجوهر

ب. النطاق

ت. الطريقة

ث. الغاية

حتى الان ثبت انه من الصعب الاتفاق على تعريف موحد واليك مجموعة من التعريفات

**تعريف Edouard Lambert** هو **العلم** الذي يبحث في القواعد المشتركة بين النظم والشرائع المختلفة)[16]

**نقد التعريف:** هو في مرتبة الحكم أكثر منه في مرتبة الاصطلاح.

---

[13] قام بتحقيقه واخراجه كل من احمد سراج وعلي جمعة من منشورات دار السلام المصرية 1990م.

[14] يمكن الاطلاع على نشأة المقارنات التشريعية في العالم الاسلامي في مقال بعنوان (أثر الدراسات التشريعية المقارنة في بيان ثراء الفقه الاسلامي بقلم بوجمعة حمد. مجلة العلوم الاسلامية والحضارة المجلد 08, العدد 02 , السنة 2023.

[15]Merryman, The Loneliness of the Comparative Lawyer, Kluwer Law International, 1999, p 7

[16] عصام نجاح: القانون المقارن والانظمة القانونية الكبرى، عنابة، دار العلوم للنشر والتوزيع 2011 ص21.

**تعريف المؤتمر الدولي** .عرفه المؤتمر الدولي للقانون المقارن المنعقد في لاهاي عام 1937 بأنه قانون يبحث عن أوجه التشابــه وأوجه الاختلاف بين القوانين.

**نقد التعريف:** يكتفي باعتبار أن القانون المقارن هو تقنية أو طريقة لاستخراج نقاط التشابه والاختلاف بين القوانين إلا أن القانون المقارن هو منهجية للوصول إلى القانون الأفضل.

**تعريف دافيد** (هو أسلوب تطبيقي يسري على الدراسات القانونية موضحا البناء الاصطلاحي لكل قانون على حدا وأسلوب للكشف عن المصادر المادية والشكلية لكل قانون على سبيل المثال.)

**تعريف الأستاذ خليل** (هو منهجية تستهدف دراسة النظم القانونية المقارنة للوصول إلى استخراج أوجه التشابه والاختلاف وإظهار الاتجاهات المتناقضة والمتعارضة في مختلف القوانين بهدف البحث عن القانون الأفضل.

**نقد التعريف:** هذا التعريف يستبعد فكرة أن القانون وليد بيئته.

القانون المقارن هو دراسة الاختلافات واوجه التشابه بين قوانين البلدان المختلفة وأكثر وعلى وجه التحديد فانه ينطوي على دراسة قانونية لمختلف الأنظمة القانونية الموجودة في العالم بما في ذلك القانون العام والقانون المدني والقانون الاشتراكي والشريعة الإسلامية والقانون الهندوسي والقانون الصيني حيث يتضمن وصف وتحليل النظم القانونية الأجنبية وقد ازدادت أهمية القانون المقارن بشكل كبير في العصر الحالي بسبب العولمة والعولمة الاقتصادية والدمقرطة.

ويمكن القول ان القانون المقارن هو النشاط الفكري الذي يقوم به الباحث من خلال اجراء دراسة موضوعها قانوني ومنهجها (الموازنة والمقارنة) بين قوانين عدة. ويمكن ان يكون مجال الدراسة ضيقا فيقتصر على دراسة جزئية في القانون كدراسة المقارنة للعقود او الملكية ويمكن ان يكون نطاق الدراسة أوسع ليشمل مقارنة نظامين قانونين ينتسب الى نفس العائلة او خارجها.

**الفرع الثاني: ماهية القانون المقارن**

لقد اجتهد فقهاء القانون في وضع تقسيمات وفروع للقانون وذلك لتحقيق غايتين اثنتين:

**أولهما،** بغاية تسهيل فهم واستيعاب خصوصيات القاعدة القانونية، ومعيار ذلك مدى تدخل الدولة في العلاقات التي ينظمها القانون.

**ثانيهما،** بغاية تحقيق التخصص في دراسة جزئيات صغيرة في العلوم القانونية ومعالجتها. ويستوجب للقوانين وتجزئة لمضمونه .هذا التخصص تفريعاً.

ومن هذا المنطلق، فالقانون المقارن لا يعد فرعا من فروع القانون بل هو علم ومنهج يساير مختلف التقسيمات للقانون مهما كان عاما او خاصا مما يجعله يتميز عن غيره. فهدفه استيعاب وفهم خصوصيات القاعدة القانونية، وكذا مدى تدخل الدولة في العلاقات التي ينظمها القانون. كما يهدف الى دراسة الجزئيات

الدقيقة في المجال القانوني بغية معالجتها[17]. فهو التطبيق المنهجي لتقنية المقارنة التي من خلالها معرفة قيم الحياة البشرية وتقييمها.

**الفرع الثالث: صور القانون المقارن**

تعرف أي دراسة قانونية تعتمد على المنهج المقارن باسم (الدراسات المقارنة) وتأخذ مختلف اشكال المقارنة المعتمدة في كل عمل قانوني وفقهي مقارن أحد الصور الثلاث والتي وضعها الفقيه الفرنسي كونستانتينيكو.

**اولا: القانون المقارن الوصفي:**

يهتم على الوصف في عرض وتقييم قانونيين او أكثر موضوع المقارنة، والوقوف عند نقاط الاختلاف بينهما. غايته التعريف بالقانون الاجنبي وجمع معلومات عنه.

**ثانيا: القانون المقارن التطبيقي:**

هدفه لا يقتصر على الوصف بل تتجاوز ذلك فهو تحليل دقيق للوصول الى غايات عملية محددة، بخصوص الاشكالية المطروحة امامه في محاولة لاستنباط نتيجة محددة مرجوة من هذا التحليل كان نقارن بين قانونيين ينظمان مسالة الزواج.

**ثالثا: القانون المقارن المجرد:**

ويعرف باسم (المقارنة البحتة) وهو منهج يهدف الى تحصيل كثيف للمعلومات في المجال القانوني وقد سماه الفقهاء بالمقارنة البحتة استنبطه الفقيه (رابل) غير انه انتقد وهناك من ينفي هذا المنهج في القانون المقارن.

[17] محمد نصر: علم القانون المقارن وتطبيقاته القضائية، دار الكتب العلمية 2013م بيروت لبنان ص 22.

## المحاضرة الثانية

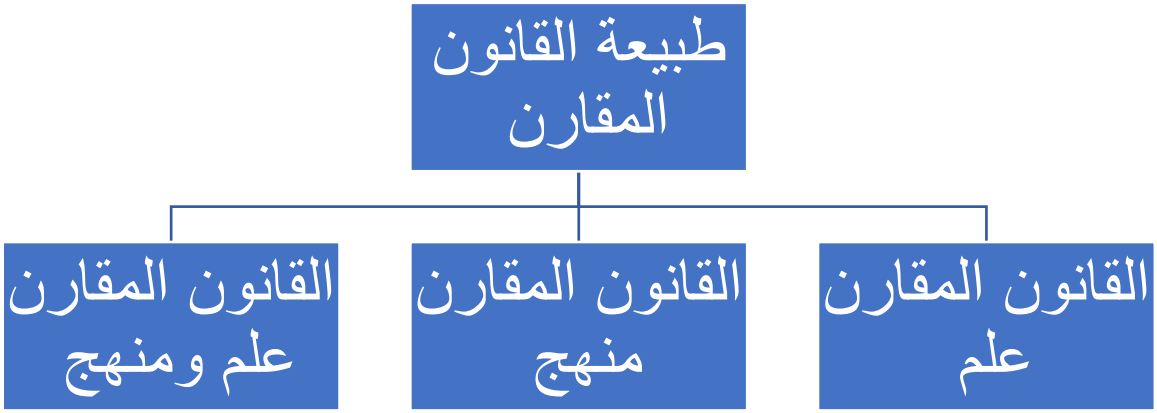
## طبيعة القانون المقارن

تباينت اراء الفقهاء في تحديد طبيعة القانون المقارن وعجزه في الدلالة على موضوعه، ادى الى اختلاف في تعريفه فالبعض يعتبره دراسة قانونية يقوم على المقارنة بين قانونين او أكثر. واخرون يعتبرونه علما وانقسمت هذه الآراء الى اتجاهات ثلاثة [18]التي سوف نبينه فيما يلي:

الفرع الاول: القانون المقارن علم

الفرع الثاني: القانون المقارن منهج

الفرع الثالث: القانون المقارن علم ومنهج




[18] Legrand (Pierre): Le droit comparé Op cit P 16

**الفرع الاول: القانون المقارن علم مستقل**

يُعدّ الاتجاه القائل بأنّ القانون المقارن علمًا مستقلاً من أبرز الاتجاهات التي تشكّلت في الفكر القانوني الحديث .وقد تأسّس هذا التصوّر على تعريف *بوانكريه* للعلم بوصفه «تنظيمًا وتصنيفًا يسمح بربط وقائع تبدو في ظاهرها متباعدة»، الأمر الذي أفسح المجال لاعتبار المقارنة بين الأنظمة القانونية المختلفة عملًا علميًا يقوم على الكشف عن الخصائص المشتركة بينها، تمهيدًا لتصنيفها وتصويرها في وحدات معرفية متناسقة.

وقد تعزّز هذا الاتجاه خلال مؤتمر لاهاي سنة 1937، الذي خلص إلى أنّ القانون المقارن هو «العلم الذي يتولى المقارنة بين تشريعات الدول المختلفة بقصد استخلاص مواطن الاتفاق والاختلاف بينها». وقد تبنّى هذا الطرح كلّ من *ريمون سالييه* (Raymond Saleilles)و*إدوار لامبير* (Edouard Lambert)، اللذين رأيا أنّ القانون المقارن يستوفي مقومات العلم المستقل من حيث الموضوع والمنهج والأدوات والمصادر، شأنه في ذلك شأن علوم الإنسان والمجتمع كعلم الاجتماع والتاريخ واللغات.

وانطلاقًا من هذا التصور، غدا القانون المقارن فرعًا من فروع المعرفة القانونية، غايته إجراء تقارب منهجي ومنظم بين المؤسسات والأنظمة القانونية في عدد من الدول، وصولًا إلى ما اصطلح بعض الفقهاء على تسميته «القانون المشترك للإنسانية»، وفق تعبير *ماريو سارفاتي* و*فيكيو دل ج.*، أو «القانون المشترك العالمي» عند *سالييه*، أو «القانون المشترك التشريعي» لدى *لامبير*.

ويعود الجذر الفكري لهذا الاتجاه إلى المدرسة التاريخية التي أكدت نسبية القاعدة القانونية وتغيرها تحت تأثير القوى الاجتماعية، لاسيما الاقتصادية منها، ورأت أنّ القانون المقارن يمكّن من تفسير التحولات التشريعية واستنباط القواعد العامة التي تحكم تطور المجتمعات. ومن ثمّ، فإنّ أي قانون مشترك لا يمكن أن يُستمد إلا من مقارنة القوانين التي بلغ تطورها مرحلة ناضجة.

غير أنّ الفقه لم يستقر على تصور واحد لموضوع القانون المقارن؛ فقد اتجه *إدوار لامبير* إلى التمييز بين مجالين رئيسيين:

1. **علم الظواهر القانونية:**

ويعنى بكشف الروابط بين الظواهر القانونية وأسباب نشأتها وتطورها، من خلال مقارنة الشرائع القديمة والحديثة، سعياً إلى استجلاء أصول القواعد القانونية وتطورها.

2. **تقنية التشريع المقارن:**

ومهمتها البحث في الشرائع المقارنة عن الدعائم المشتركة التي يمكن أن تُسهم في استكمال التشريعات الوطنية وتطويرها. ويرى لامبير أنّ هذا الجانب ذو طبيعة فنية ولا يرقى إلى مرتبة العلم المستقل.

أمّا *ريمون سالييه* فقد خالفه؛ إذ اعتبر القانون المقارن علمًا قائمًا بذاته، مادام يهدف إلى استنباط قواعد قانونية جديدة مشتركة بين الأمم المتحضّرة، من خلال دراسة الأنظمة القانونية في إطارها الاجتماعي وتصنيفها في مجموعات نموذجية، ليشكّل هذا النموذج القانون المشترك للإنسانية. غير أنّ هذا التصور

وُجّه إليه نقد واسع بالنظر إلى تأثره المفرط بفكرة القانون الطبيعي، واعتباره نموذجًا مثاليًا يصعب —إن لم يستحل— تحقيقه، كما فشل في تقديم تعريف موحّد للقانون المقارن. وزاد الخلاف حول طبيعة هذا العلم ووظيفته في تعميق الغموض المحيط به.

**الفرع الثاني: القانون المقارن مجرد منهج**

يرى أصحاب هذا الاتجاه أنّ القانون المقارن لا يرقى إلى مستوى العلم المستقل، ولا يشكّل فرعًا قائمًا من فروع المعرفة القانونية، بل هو **طريقة من طرق البحث** تعتمدها الدراسات القانونية لتحقيق غايات متعددة. فوظيفته الأساسية، في نظرهم، تتمثل في **مقارنة القوانين** للكشف عن أوجه الاتفاق والتباين بينها، واستثمار ذلك في توحيد القواعد القانونية أو تعديلها، أو في التمييز بين النظم القديمة، أو في استخلاص المبادئ العامة التي تربط بين التشريعات المختلفة.

ويُوظَّف المنهج المقارن في سياقات عملية عديدة، منها ما يطرأ عند تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص؛ إذ يُضطر القاضي أو الباحث إلى الرجوع إلى هذا المنهج لتحديد مضمون القاعدة الأجنبية الواجب تطبيقها. ومن ثمّ، فإنّ المقارنة تُعدّ أداة تقنية يعتمدها القانونيون في إطار وظائف تفسيرية أو تطبيقية، لا عملًا علميًا له موضوع مستقل.

ويقوم أنصار هذا الاتجاه بتشبيه القانون المقارن بغيره من المناهج المعرفية مثل **اللاهوت المقارن** أو **الأدب المقارن**، باعتبار أنّ المقارنة في ذاتها ليست علمًا، بل تقنية تحليلية صالحة للتوظيف داخل مجالات معرفية مختلفة.

ويُعدّ *C. H. Gutteridge* من أبرز المدافعين عن هذا التصور، من خلال مؤلفه الصادر سنة 1946 حول القانون المقارن، حيث دعا إلى تشجيع الفقهاء على اعتماد المقارنة بوصفها منهجًا علميًا مفيدًا لتطوير التشريعات. كما ساند العميد *كاربونييه* هذا الاتجاه، وعرف القانون المقارن بأنّه «تطبيق المنهج المقارن على القوانين السائدة في مختلف البلدان في عصرنا.«

وبحسب هذا الاتجاه، فإنّ القانون المقارن —بوصفه منهجًا— يهدف إلى تحقيق ثلاث غايات رئيسية:

1. تحديد موضوع الدراسة بدقة والتعمق فيه:

وهذا يستلزم معرفة واسعة بالقوانين المراد مقارنتها، سواء كانت محلية أم أجنبية.

2. المقارنة بين القواعد الوطنية ونظيراتها في القوانين الأجنبية:

بما يتجاوز المقارنة الجزئية للنصوص، ليشمل المنهج العام للنظام القانوني الأجنبي، من حيث بنيته ومصادره وتوجهاته الأساسية.

3. الابتعاد عن الطروحات الفلسفية المجردة والارتباط بالواقع القانوني المعيش:

إذ تتيح الطريقة المقارنة فهم النصوص من خلال سياقها الاجتماعي والاقتصادي.

وقد تأثر بهذا الاتجاه عدد من الفقهاء، مثل الإيطالي *أسكارلي* والفرنسي *رينيه دافيد*، اللذين أكدا الطابع المنهجي المحض للمقارنة. غير أنّ هذا الطرح —على الرغم من واقعيته— لا يخلو من تناقض؛ فهو

يشترط أن تتم الدراسة المقارنة ضمن إطار منهجي كامل، يدرس النصوص القانونية باعتبارها منظومة ديناميكية موجّهة بغايات اجتماعية واقتصادية. وهذا الشرط، في نظر منتقديه، يثير التساؤل :أليس تحديد غاية معرفية محددة وإطار منهجي متكامل دليلًا على أنّ القانون المقارن يمتلك مقومات العلم؟

**الفرع الثالث: القانون المقارن علم ومنهج**

يذهب الاتجاه الراجح في الفقه المعاصر إلى أنّ اعتبار القانون المقارن علمًا مستقلًا لا يتعارض مطلقًا مع كونه منهجًا بحثيًا قائمًا بذاته. فهو علم ذو طبيعة منهجية، يعتمد تطبيقًا منظمًا لتقنية المقارنة، ويُستخدم للكشف عن قيم الحياة البشرية وتقديرها من خلال تحليل النظم القانونية المختلفة. وعلى هذا الأساس، فإنّ القانون المقارن لا يمثّل قانونًا موضوعيًا، بل أسلوبًا للنظر في الإشكاليات القانونية من زاوية تتجاوز الحدود الوطنية، وتستند إلى المقارنة بين مؤسسات وقواعد قانونية في دولتين أو أكثر.

ومن ثمّ، تبدو الثنائية بين العلم والمنهج في هذا المجال ترابطًا لا انفصام فيه؛ ذلك أنّ القانون المقارن يُعد علمًا من حيث كونه أداة لاستخلاص معلومات علمية جديدة، كتحديد أصل القاعدة القانونية وتطورها ومصادرها، وهو في الوقت ذاته منهج يمهّد السبيل للوصول إلى هذه المعارف من خلال المقارنة المنظمة والدقيقة.

وتظلّ المقارنة —حتى وإن استعانت بمناهج تحليلية أو وصفية أو تاريخية —منهجًا مستقلًا عن بقية المناهج العقلية. وقد وصف *إميل دوركايم* هذا المنهج بأنّه «منهج تجريبي غير مباشر» أو «منهج شبه تجريبي»، بالنظر إلى أنّ الباحث في القانون لا يستطيع، كما هو الحال في العلوم الطبيعية، إخضاع الأفراد أو القواعد القانونية لتجارب واقعية متكررة لقياس آثارها. غير أنّه يستطيع، بواسطة المقارنة، الاستفادة من النظم القانونية الناجحة في مجتمعات أخرى مع مراعاة الخصوصيات الاجتماعية والاقتصادية، فيتحقق بذلك شكل من أشكال التجريب غير المباشر من خلال ملاحظة النتائج ونقل الخبرات وتحليل سياقاتها.وبهذه الخلفية النظرية، يمكن تعريف القانون المقارن بأنه علم منهجي يتحدد موضوعه في جانبين متكاملين:

**الجانب الأول: الجانب العلمي الوصفي التحليلي**

ويتعلق بدراسة النظم القانونية القائمة والقديمة، بغرض الكشف عن الأصول المشتركة بينها، وبيان أوجه الاختلاف والتأثيرات البيئية التي شكّلت كل نظام، إضافة إلى السعي نحو توحيد القوانين أو التقريب بينها، وتتبع مصادرها وانتشارها الجغرافي.

**الجانب الثاني: الجانب المنهجي الوظيفي**

ويتمثل في توظيف الدراسة المقارنة لتحقيق الغايات العلمية أو العملية للقانون المقارن؛ سواء كانت حل إشكال قانوني، أو التعرف على محتوى قانون أجنبي، أو تحديد الإطار القانوني لاتفاقيات دولية، أو غير ذلك من الأغراض التطبيقية.

ويرى أنصار هذا الاتجاه أنّ القانون المقارن لا يمكن اختزاله في غاية محددة؛ فهو متعدد الوظائف بتعدد الأهداف التي يوضع لخدمتها، وهو ما يفسّر الجمع بين فكرتي الازدواجية والترابط.

**أولًا: الازدواجية**

تهدف المقارنة القانونية إلى تعزيز التقارب بين الشعوب عبر مقارنة أنظمتها التشريعية، واستخلاص قواعد مشتركة يمكن أن تشكّل أساسًا لتفاهم قانوني أوسع. ومن هذا المنطلق، يُنظر إلى القانون المقارن كعلم يعمل على تبويب التشريعات وتصنيفها وفق عناصرها الجوهرية، مما يتيح تقسيمها إلى عائلات قانونية كبرى .ولا شك أنّ عملية المقارنة —حتى وإن بدأت بوصفها منهجًا— تؤدي بالضرورة إلى اكتشاف معارف جديدة، وهو ما يضفي على القانون المقارن طابع العلم في الآن ذاته.

**ثانيًا: الترابط**

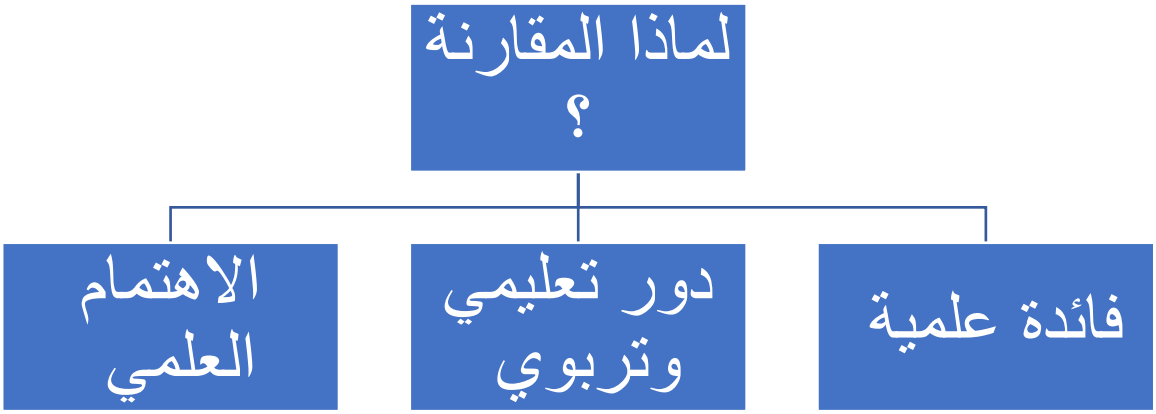
على الرغم من الازدواجية القائمة بين العلم والمنهج في القانون المقارن، فإنّ العلاقة بينهما علاقة ترابط وثيق. فالقانون المقارن علم يستخدم الطريقة المقارنة لإنتاج معرفة أصيلة حول القواعد القانونية ومصادرها وتطورها، وهو في الوقت نفسه منهج يمهّد السبيل للوصول إلى هذه المعارف، ويشكّل الأداة الأساسية لإعمال المقارنة. وبصياغة أوضح :القانون المقارن علمٌ يقوم على منهجه الخاص، ومنهجٌ يُبنى على خلفية علمية واضحة.

## المحاضرة الثالثة

## لماذا المقارنة القانونية؟

لا شك في ان التقدم العلمي غير من نمط الحياة بحيث أصبح الانعزال امرا مستحيلا وأصبح العالم قرية مما جعل الاتصال وتشابك المصالح في كل المجالات مما يسبب تنازع القوانين بين الدول فمن أسباب دراسة القانون المقارن هو وجود مكون غريب وهو (القانون الأجنبي) فهو يضطرك للتنقل الى مكان أكثر جاذبية. فمن الواضح ان هذا التأثير موجود بالفعل من اجل البحث عن الأنسب فهناك من يربط وظيفة القانون المقارن بما هو كائن لا بما ينبغي ان يكون، والراي هو ان القانون المقارن غائي في مواجهته للواقع القانوني بقصد تغييره واصلاحه.

فلا تتوقف مهامه عند الوصف والتفسير، بل ان مضمون وظيفته في التقويم والتغيير. وذلك ينطبق على الكل او الجزء ووفقا للمادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية يعمل القانون المقارن على تحديد المبادئ العامة المشتركة بين الدول المتحضرة. كما يهدف الى البحث وشرح الاختلافات بين الأنظمة القانونية المختلفة في وقت معين. ويمكن ايجاز وظائف القانون المقارن (أولا) فائدة عملية و(ثانيا) يلعب دورا تعليميا وتربويا وأخيرا (ثالثا) الاهتمام العلمي.



**الفرع الأول: الفائدة العملية للقانون المقارن**

يحتاج العديد من ممارسي بعض الوظائف المهنية قاض او محام او محكم او رجل اعمال ناهيك عن ديبلوماسي او سياسي. او مشرع الى استخدام القانون المقارن في مستوى الدور المزدوج للقانون المقارن فمن جهة أولى دوره في تقييم القانون الوطني ومن جهة ثانية من اجل تحسين القانون الوطني أي القانون الساري المفعول ومن اجل مواءمة وتوحيد القانون مثل قوانين الاتحاد الأوروبي كما يلعب دورا أكثر طموحا وهي وظيفة ابداعيا في بناء القانون لجعل القانون عقلاني.

**اولا: دور القانون المقارن في تحسين القانون الوطني**

منذ نشأة القانون المقارن كان الهدف منه تحسين القانون الوطني غير ان هيمنة القانون المقارن في القرن التاسع عشر على مصادر القانون وتم استنكار هذا الدور لظلاميته ولا عقلانيته الشرعية

فلكي يقيم الفقهاء القانون الوطني عليهم امورا ثلاث [19]:

**أولهما:** التحرر من الإطار الضيق للقانون الوطني بعد الاطلاع على التجارب القانونية الأخرى خاصة القريبة منها جغرافيا وايديولوجيا واقتصاديا واجتماعيا.

**ثانيهما:** تطوير أساليب عمل رجل القانون في تطوير المنظومة القانونية الوطنية من اجل الرقي والتطلع إلى قانون أفضل يضاهي وينافس ويتفوق على غيره من القوانين الأخرى.

**ثالثا:** الاقتباس بحذر وتعمق من بعض النظم القانونية ربما يؤدي الى الانحراف او التشويه للقاعدة القانونية فالثابت مثلا ان معظم الدول اقتبست نظام القانون الإداري ومؤسسة القضاء الإداري من فرنسا.

**ثانيا: دور القانون المقارن في تطوير القانون الوطني**

لا يمكن للقانون ان يبقى حيا مالم يتدخل المشرع لتحسينه فهو يحتاج دوما الى تجديد. لكي يبقى ناجعا. ويظهر في ثلاث مستويات[20] :

**1) في مجال التشريع**

للقانون المقارن مهمة تشريعية قبل صدور أي تشريع عليه بالاطلاع في القوانين الأجنبية والتزام الحيطة عند استعارة القوانين الأجنبية. او النموذجية التي تعتبر ناجحة بالنسبة اليها فكل مشروع قانون يرفق بمذكرة شرح الدوافع التي جعلت السلطة التشريعية في الدولة تضع أي قانون ما. ويعتبر تبريرا موضوعيا لغاية الإصلاح او التطوير والتجديد والتحديث والمواكبة.

الحاجة الى مواءمة القانون وتوحيده داخل البلاد التي لا تجمعها وحدة قانونية. فالقانون المدني السويسري مثلا مدين بوجوده لدراسة قام بها الفقيه السويسري اوجين هوبر في كتابه نمط القوانين الخاصة السويسرية وتاريخها جمع فيه النظم القانونية التي كانت نافذة في الاقطاعيات السويسرية واخضعها للموازنة

---

[19] Bruno de Loynes de Fumichon : Introduction au droit comparé ، op cit P 40

[20] Bruno de Loynes de Fumichon : Introduction au droit comparé ، op cit cit p 6

فمهد السبيل لتوحيد القانون المدني في بلاده. ومثلها حدث في الدول الاوروبية الأخرى. وفي عدة مجالات التي أدى فيها القانون المقارن خدمات في توحيد وإصلاح القوانين الوطنية.[21]

**2) في مجال القضاء**

للقانون المقارن أهمية خاصة تظهر في مساعدة القاضي الى التعرف على أدني الحلول الى العدالة. ويعطي الفقه المقارن لتبرير هذه الحقيقة بالمادة الأولى في القانون المدني السويسري والتي استعارها من القانون المدني التركي فنصا على انه عند شغور النص وشغور العرف على القاضي ان يحكم وفقا للقواعد التي كان شارعا لشرعها. وإذا وقع في مازق يمكن ان يستعين بالقانون المقارن مع اعمال العقل عندما يغيب النص. وهنا يقف امام امران هما:

**أولهما:** القانون الأجنبي الذي اقتبس منه القانون الوطني مختلف القواعد والمبادئ والمؤسسات القانونية، وينظر في مدى تطوره وكيفية معالجته لنفس الوضعية المطروحة أمامه، ومنه يستلهم الحلول ويُقدم الإضافة من خلال مقارنته القانون الوطني بالقانون الأجنبي، حتى وإن كانت عملية ضمنية.

**ثانيهما:** مراجعة الأعمال القضائية المقارنة، والنظر في الحلول التي توخاها القاضي الأجنبي والمنهج الذي اعتمده لإرساء المبادئ العامة وتطويرها، ليعود إليها بحثاً عن الحل المرجو للنزاع المعروض أمامه، وفي هذا الإطار، نتحدث عن القضاء المقارن، ومثال ذلك استعانة القضاة الإداريين في مختلف الدول التي أخذت بالثنائية القضائية بالحلول التي توصل إليها مجلس الدولة الفرنسي باعتبار ريادته في المنظومة القانونية الإدارية، ودوره في تطوير مناهج عمله والحلول التي يتوصل إليها.

**3) في مجال الفقه**

حتى القرن التاسع عشر كانت موضوعات القانون المقارن حكرا على بعض الفقهاء الى ان تنامت عولمة الاقتصاد التي شهدت تسارعا مذهلا في القرنين التاسع عشر والعشرين وأصبح ضرورة لاي ثقافة قانونية استوجب تدريب المحامين لأنه يسمح بدراسة القوانين الاجنبية. فدور الفقيه غاية الأهمية في تطوير التشريع الوطني وإصلاحه وتحسين تطبيقه من خلال البحث عن نجاعة أفضل استنادا إلى القانون المقارن، وذلك أن دارسي القانون وشراحه والباحثين فيه يقومون بدراسة القوانين الأجنبية ومقارنتها بالقانون الوطني، ومن ثم الوقوف عند مختلف العيوب التي تعتريه والنقائص التي تميزه، وهو ما يجعله لاحقاً في موضع من يقدم الحلول ويبين أهمية التعديلات والتنقيحات الضرورية المستنبطة من التشريع الأجنبي، وبالتالي، تكون مختلف الدراسات العلمية القانونية المقارنة بمثابة الحلول التي تسترشد بها السلطة التشريعية والقضائية لتقويم القانون الوطني وتقديم البديل.

**الفرع الثاني: اهمية القانون المقارن في مجال العلوم القانونية**

تبرز هذه الاهمية في المجالات التالية:

---

[21] مطبوعة الأنظمة القانونية: الجامعة السعودية الالكترونية مرجع سابق ص 25

**أولا: أهمية القانون المقارن في مجال تاريخ القانون**

يهتم الباحثون في العلوم القانونية بالجانب التاريخي، قانون لكل زمان من تاريخ القانون، ولكل الكوكب قانون من القانون المقارن. وكلاهما يشتركان جزئيا في المنهج بما في ذلك التناسب والسياقة لتجنب المفارقة التاريخية التي تنتظر المؤرخ القانوني وتفادي التعصب العرقي الذي يهدد المقارنة.

لدراسة أي نظام قانوني يقتضي الاعتماد على علم تاريخ القانون لان الماضي هو الذي يبني الحاضر والمستقبل قال الفقيه ميتلاند (الغينا القوانين القديمة ولكنها ما زالت مهيمنة علينا انطلاقا من قبورها) فمعرفة القانون من حيث أصولها ومدى ارتباطها بالمعتقدات المحلية مما يساعد في فهم بعض النظم والقواعد القانونية العريقة. كما يحتضن تاريخ القانون والقانون المقارن الوظيفة التعليمية نفسها من خلال تنمية الثقافة القانونية مما تمكن من فهم القانون بشكل أفضل وتعميق المعرفة كما يوفر تاريخ القانون خلفية من الملاحظات فالمشرع يستلهم بطريقة مباشرة او غير مباشرة القانون من بيئته الخاصة في التاريخ لأنها زمنه وذاكرته عبر تأصيل المستقبل بالماضي.

ففي القانون المشترك الانجلوسكسوني هناك مبدا احترام السوابق القضائية وخاصة الصادرة من المحاكم العليا وهي سلسلة من السوابق لا يمكن فهم ذلك الا من خلال التاريخ القانوني فولادة القانون المقارن الحديث من عمل فقهاء كانوا في نفس الوقت مؤرخين للقانون[22].

**ثانيا: أهمية القانون المقارن في مجال علم الاجتماع القانوني**

علماء القانون المقارن مجبرون على دراسة علم الاجتماع القانوني لأنها تؤدي الى الكشف عن العوامل التي تؤثر في القانون من الناحية الاقتصادية والاجتماعية او افلاتها منها بسبب قصور تلك القاعدة وعدم مراعاتها للجوانب المتطورة لتلك الظاهرة. فهي تبين مدى ارتباط القوانين بالحالة الاجتماعية. فعلم الاجتماع القانوني يقف عند مراحل تطور القانون في مختلف المجتمعات. ثم يكون دور القانون المقارن تمييز مختلف هذه المراحل ومقارنتها ببعضها البعض. كم يتولى القانون المقارن الكشف إذا ما كانت القاعدة القانونية قادرة على الإحاطة بالواقعة الاجتماعية المتطورة وبمختلف الظروف الاجتماعية والاقتصادية. كما يبحث علم الاجتماع القانوني في باب المقارنة عن الحقيقة لتفسير الأسباب المحددة لهذه الوقائع في حالات اتفاقها واختلافها.[23]

وقد انتقدت هذه الفكرة على أساس ان القانون ظاهرة اجتماعية تتسبب في وضعها جملة من الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية والتاريخية والثقافية وبالتالي من الصعب جدا توحيد مضمونه ونتائجها وتجاوز اختلافاتها وتبايناتها.

**ثالثا: أهمية القانون المقارن في مجال النظرية العامة للقانون**

---

[22] TUNC (André (1974) :(Cours polycopié de Grands systèmes de droit contemporains ،Paris.P 32

[23] Bruno de Loynes de Fumichon : Introduction au droit comparé OP cit .P 42

يتمتع القانون المقارن في مجال النظرية العامة للقانون أهمية كبرى، في فهم القاعدة القانونية ومن بين الاشكالات نذكر الكشف عن الأصل التاريخي لتقسيمات القانون الى قسمين قانون عام وقانون خاص. وسبب التمييز بين أقسامه وفروعه والخصائص لكثير من المفاهيم القانونية[24]، ومن ثم التعرف على وجود أو عدم وجود مثل هذه المفاهيم في القوانين الأجنبية. فلو كان القانون في دولة ما يفرق بين القانون العام والقانون الخاص والقانون المدني والقانون التجاري، والقاعدة الآمرة والقاعدة المكملة أو المفسرة، والحقوق العينية والحقوق الشخصية، والعقار والمنقول. وفضلا عن ذلك فيما يتعلق بالمصادر هناك من يعتمد على تقنين القاعدة القانونية وبين ما يبقى الاجتهاد القضائي في مرتبة اقل. وهذه المفاهيم يراها رجال القانون طبيعية ومنطقية في قانونه الوطني، بعكس ما إذا كانت الدراسة مقارنة فسيتم اكتشاف أن هذه المفاهيم لا وجود لها في بعض القوانين الأجنبية، أو أن لها دلالات مختلفة عما هي في القانون الوطني[25].

**رابعا: أهمية القانون المقارن في مجال فلسفة القانون**

هي رؤية معرفية للوصول الى الحقائق او اليقين فكل نظام قانوني يخضع لفلسفة معينة حيث يكون القانون مطابقا لواقع الانسان. والقانون المقارن يعرض التصورات الفلسفية المختلفة للقانون والتي يؤدي فهمها الى فهم شامل ودقيق للأنظمة القانونية المختلفة. فهي تحرر نفسها بشكل طبيعي من تأثير القانون الوطني لكي تتوجه نحو القانون الأجنبي حيث تتطلع الى التنوع في المفاهيم المتعلقة بطبيعة القانون ووظيفته وخصائصه فمثلا الحق أحيانا مرادفا للحرية وأحيانا الحق يقيد وأحيانا يستحضر عن طريق العدالة[26].

فلذا يهتم الباحثون في فلسفة القانون الى اقامة فكرة حول (القانون العالمي) وهي الفكرة التي نادى بها الفقيه سالي في مؤتمر باريس 1990م الذي كرس جملة المبادئ الإنسانية الثابتة والمشتركة بين جميع الأنظمة القانونية لهدف تكوين قانونا نافعا وصالحا لكل الإنسانية. وهي نفس الفكرة التي يهدف اليها القانون المقارن.

**خامسا: أهمية القانون المقارن في مجال القانون كعلم**

إذا كان بإمكانك التحدث عن القانون كعلم فهو مثل العلوم الإنسانية والاجتماعية وليس كالعلوم الدقيقة من شانه ان ينتج نظريات عامة مثل الرياضيات او الفيزياء او الكيمياء. لكن القانون ينتج بصعوبة للغاية من خلال تطور السلطات التشريعية. فمثلا في القانون العام نعرف فكرة دورة الأنظمة السياسية (الملكية، الديمقراطية، الاستبدادية) التي من شانها الانتقال من نظام الى اخر. وفي القانون القضائي انتقلنا من قانون الانتقام الى التحكيم الطوعي ثم الزامي ثم الى العدالة في القانون الخاص. هذا التطور المستمر

[24]- René David, Les grands systèmes de droit contemporain, op. Cit. p 3
[25]Bruno de Loynes de Fumichon ; Introduction au droit comparé op cit. P34
[26]TUNC André ; Cours polycopié de Grands systèmes de droit contemporains op cit P 36

نحو التوافق في قانون الالتزامات والعقود فهذه النظريات ليست قوانين عالمية بسبب التطور في القانون فهي تتعارض مع استثناءات كثيرة

**مصطلحات الوحدة:**

**التعريف اللغوي:** هو تحديد المعنى المقصود من الكلمة، أي ما يراد منه في اللغة، أي مستفاد من اللغة ومصدر التعاريف اللغوية هي المعاجمُ اللغوية لا سيما الأُمَّهات منها.

**التعريف اصطلاحا:** معنى كلمة الاصطلاح الاتفاق، فهو بمعنى اتفاق أهل فن من الفنون أو علم من العلوم على معنى معين، وقد يختلف من علم إلى علم.

**المعني العُرْفِي:** هو اتفاق أهل زمن معين أو بلد معين على معنى لكلمة. مثال الدابة في المعني العرفي ذوات الأربع.

**المعني الشرعي:** يعرف من خطاب الشرع في القرآن والسنة. ودائما نجد المعني الشرعي أخص من المعني العرفي والاصطلاحي أخص من المعني اللغوي، يعني لو تخيلنا ثلاث دوائر داخل بعضهم الأولى من الداخل هي الشرعي ثم العرفي ثم اللغوي.

**ملحوظة:** من الممكن أن نعتبر المعني الاصطلاحي والعرفي بمعنى واحد.

**الدوغمائية:** مصطلح فلسفي يعني الجزم والقطع بالأفكار الظنية سواء كانت خاصة او متلقاة تقليدا للغير وعدم افتراض قبولها شيئا من النقص والخطأ وقد يعبر به عن حالة الجمود الفكري والتعصب للرأي والدفاع عنه دون أدنى محاولة لتفهم الرأي الآخر.

**البحث العلمي:** هو دراسة مبنية على تقص وتتبع لموضوع معين وفق منهج خاص لتحقيق هدف معين، من اضافة جديد او جمع متفرق او ترتيب مختلط او غير ذلك من اهداف البحث العلمي[27] .

**المنهج والمنهاج لغة: الطريق** الواضح ابان واوضح الطريق ونهجه سلكه [28]

**المراجع:**


- بقشيش خديجة: مقال (جهود توحيد القوانين في ضوء فكرة العولمة القانونية) المجلة الاكاديمية للبحوث القانونية والسياسية المجلد السادس العدد الاول. 2022م.
- فتحي الدريني: بحوث مقارنة في الفقه الاسلامي. واصوله، مؤسسة الرسالة، الطبعة الاولى 1994م ج1
- احمد أدريوش، القانون المقارن الدرس الافتتاحي، طبعة الثانية ,2017 منشورات سلسلة المعرفة القانونية، مكتبة دار السلام الرباط، المغرب.


[27] عبد العزيز بن عبد الرحمان بن على الربيعة: البحث العلمي حقيقته ومصادره ومادته مناهجه وكتابته وطباعته ومناقشته مكتبة الملك فهد الوطنية الرياض ص 20.

[28] محمد بن ابي بكر الرازي : مختار الصحاح المكتبة الاموية بيروت لبنان ص 681

- شويش هزاع على المحاميد، مسيرة الفقه الاسلامي المعاصر وملامحه، دراسة وثائقية تحليلية، دار عمان، الاردن، الطبعة الاولى 2001
- الترمانيني عبد السلام: القانون المقارن والمنهج القانونية الكبرى جامعة الكويت الطبعة الثانية
- محمد نصر: علم القانون المقارن وتطبيقاته القضائية، دار الكتب العلمية 2013م بيروت لبنان.
- عصام نجاح: القانون المقارن والانظمة القانونية الكبرى
- احمد عبد الكريم سلامة: الأصول المنهجية لإعداد البحوث العلمية، دار الفكر العربي، القاهرة،
- مطبوعة الأنظمة القانونية المعاصرة. كلية العلوم والدراسات النظرية، قسم القانون، الجامعة السعودية الالكترونية , 2018م.
- مؤيد زيدان: مطبوعة بعنوان النظم القانونية الكبرى جامعة دمشق كلية الحقوق. ص5
- LEGRAND (Pierre) : (2002) Le droit comparé ،Paris ،PUF (Que-sais-je ?).
- Bruno de Loynes de Fumichon ، (2013) Introduction au droit comparé ، L'école de droit de la Sorbonne (université Paris I .
- DAVID (René (et JAUFFRET-SPINOSI (Camille): Les grands systèmes de droit contemporains ،Paris ،Dalloz11 ،ème edition
- TUNC (André) : (1974) Cours polycopié de Grands systèmes de droit contemporains ،Paris.

## الوحدة الثانية

## طرق ومناهج القانون المقارن

**اهداف الوحدة:**

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

- ان يتعرف على متطلبات المنهج المقارن.
- ان يدرك اهمية ومكانة (الموضوعية) في العمل العلمي خلال المقارنة القانونية
- ان يتعرف على مواصفات البحث المقارن.
- ان يتعرف على صفات الباحث الفكرية.
- ان يتعرف على مختلف الطرق والمناهج المعتمدة من طرق الباحث للوصول الى الهدف المنشود من المقارنة بين نظامين قانونيين.
- ان يتعرف على مختلف الاليات والادوات المستعملة من طرف الباحث في المقارنة.

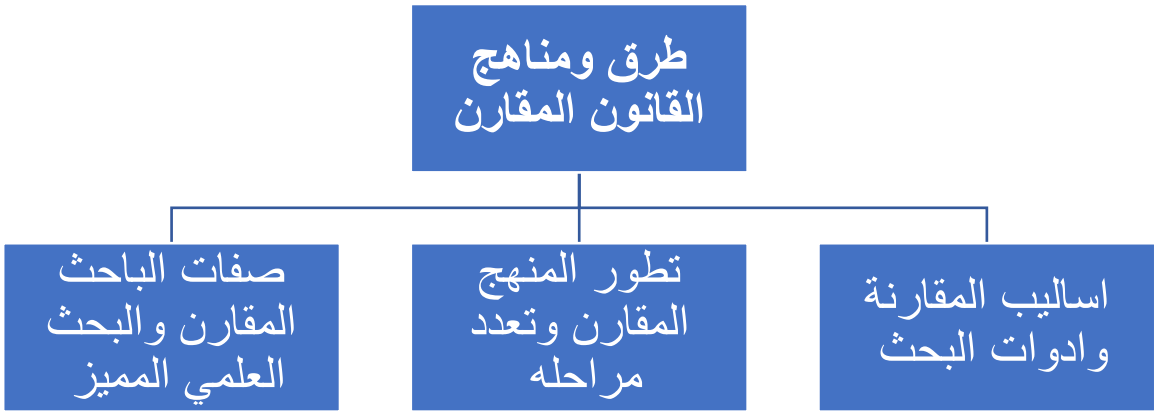
**موضوعات الوحدة:**

تتناول هذه الوحدة ما يلي:

المطلب الاول: صفات الباحث المقارن والبحث العلمي المميز

المطلب الثاني: تطور المنهج المقارن وتعدد مراحله

المطلب الثالث: اساليب المقارنة وادوات البحث



**المقدمة:**

ان اختيار المنهج المناسب في أي دراسة بحثية امر مهم للغاية فلا يستطيع ان يحظى بالاحترام الفكري ما لم يكن يتبنى منهجا معتمدا. غير ان القانون المقارن يبدو مختلفا لعدم وجود اتفاق على نوع المنهجية التي يجب اتباعها. لا حتى على الأساليب التي يمكن اتباعها فرغم الاعتراف بمجال القانون المقارن على مدى القرن الماضي فانه مازال يتعرض الى انتقادات متزايدة فالبعض يختزله في منهج واحد وقد دافع Frederick Pollock خلال المؤتمر الدولي المنعقد في باريس عام 1900م بان (القانون المقارن.... ليس سوى مقدمة للمنهج المقارن في القانون) [29] غير انه في الواقع يمكن استخدامه لمجموعة متنوعة من الاساليب العلمية او العملية فهو ليس فقط منهج تفكير بل هو ايضا منهج عمل [30]. ويعتمد العمل البحثي المقارن مسبقا عن الباحث المقارن والبحث العلمي المميز وهي اهم الجوانب التي تسلط الضوء على اهمية الموضوع. ففي هذا الجزء سنقدم لمحة حول صفات الباحث المقارن التي يجب ان يتحلى بها ليتمكن من اجراء بحث علمي مميز وفعال. حيث يمثل البحث العلمي المميز مفتاحا لفهم العديد من الظواهر وتحليلها بطريقة دقيقة ومنهجية حيث يسعى الباحث المقارن في بحوثه لتحقيق التميز واضافة قيمة حقيقية للعلم فهو يعمل مقارنة الظواهر والمفاهيم المختلفة من خلالإجراءعلى دراسات عميقة وموثوقة. إنه يلتزم .بالابتكار والإبداع في منهجياته، ويسعى لاكتشاف العلاقات والتشابهات بين المعلومات المختلفة . فالمنهج المقارن باعتباره أحد المناهج المعتبرة في البحث العلمي يقصد به تلك الخطوات التي يتبعها الباحث في مقارنته للظواهر محل البحث والدراسة بقصد معرفة العناصر التي تتحكم في أوجه التشابه والاختلاف في تلك الظواهر .فان دراسة تعدد اساليب القانون المقارن مسالة علمية بحتة. وله خصوصيته فهو يتصف بانه علم منهاجي له مقوماته ومصادره وخصوصياته. فله اساليب وطرق ومراحل معتمدة من قبل الباحث حتى يصل ببحثه وبالنتائج التي توصل اليها[31]. كما ان اعداد بحث مميز يتطلب ان يكون وفق منهجية دقيقة متسلسلة تراعى فيها كل الضوابط الشكلية والاجرائية ولكي يستقيد الباحث القانوني من الدراسة المقارنة يشترط توفر عناصر ذاتية في الباحث وعناصر موضوعية في البحث. واختيار اسلوب من اساليب المقارنة مع احترام مراحل الانتقال من مرحلة الى اخرى خلال البحث مع الاستعانة بأدوات البحث والتي سوف نخوض في تفصيلها.

---

[29] Pollock, Frederick, in Congrès international de droit comparé, Procès-verbaux des séances, vol. I. Paris: LGDJ, 1905: 60 [‘le droit comparé … n’est que l’introduction de la méthode comparée dans le droit’].

[30] Mattei, Ugo A., Teemu Ruskola and Antonio Gidi, Schlesinger’s Comparative Law, 7th ed. New York: Fondation Press, 2009: 1.

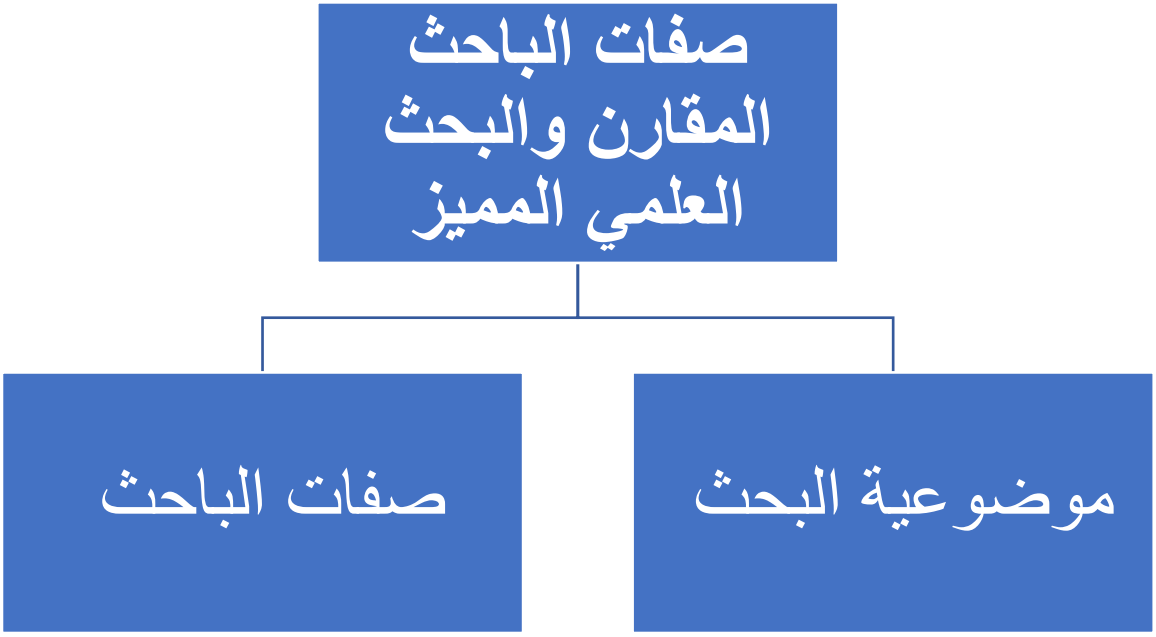
[31] LEGRAND (Pierre): (2002) Le droit comparé ،Paris ،PUF (Que-sais-je?). p 18

## المحاضرة الاولى

## صفات الباحث المقارن والبحث العلمي المميز

إذا سالتك على الفور السؤال ما هو المقارن؟ سوف تجيب: هو شخص يلاحظ ويعرف كيف يفسح المجال للخيال وهو غير راض عن طريقة معرفة القانون المقبول بينهما حيث تتمثل قدرته على مقارنة النتائج والنظريات من مصادر مختلفة وتحليلها بشكل منهجي ودقيق. يتطلب ذلك مهارات تحليلية عالية وقدرة على استنتاج النتائج بشكل موضوعي ومنطقي. فلكي يكون الباحث مقارنا. Comparatiste ويقوم بعمل علمي يستوجب مجموعة من المعطيات نلخصها في نقطتين ان :

- يتسم البحث بالموضوعية المطلوبة
- ان تتوافر في الباحث جملة من المواصفات



**الفرع الاول: موضوعية البحث**

ان البحث العلمي لا يمكن ان ينجح ويصل الى نتائج وحلول وحقائق منطقية سليمة مالم يلتزم الباحث العلمي بالموضوعية والحياد.

والمقارنة عموما سواء تعلقت باللغات أو بالآداب أو بالأديان، أو بالعلوم الطبية أو العلوم القانونية، أو غيرها من المجالات الأخرى، تعكس تنوع الإبداعات البشرية وثراء أفكار وآراء كل الناس. ومن هذا المنطلق فإن المقارنة في مجال العلوم القانونية لا تخرج عن هذا الإطار بخصوصياته ومميزاته. فتناول مختلف النظم القانونية سواء كانت متباعدة عن بعضها بعضا في الزمن القديم والجديد أو في المكان من دولة إلى أخرى يتطلب اعتماد المنهج المقارن بأساليبه وطرقه ومراحله الصارمة، بغية الخروج بجملة من النتائج الموضوعية التي تساعد على تطوير القوانين وإحكام دورها في تنظيم المجتمعات .فتنوع التجارب مدخل ضروري لإثراء المضمون .

لا خلاف في أن المقارنة علم منهاجي. ولكل علم مقوماته وخصوصياته. إلا أنه لا يخرج في كل الأحوال عن إطاره الموضوعي المفترض فيه حتى يحقق الهدف الذي وضع من أجله. وعليه فإن إثراء مضمون العلوم القانونية يستوجب الموضوعية في العمل وفي البحث وفي استخراج النتائج.[32]

وفي هذا الإطار نذكر أن المفكرين يطلقون عادة اسم "الأبستمولوجيا" (أو نظرية المعرفة) على "علم العلوم". والثابت أن نظرية المعرفة مفهوم مركب من كلمتين يونانيتين هما:

.Logos ، وتعني "الخطاب العقلاني" و.Épistémè ، وتعني "العلم وعليه فإن العلم الموضوعي هو في نهاية المطاف خطاب عقلاني. وبالتالي، ما المقارنة القانونية إلا علم منهاجي يقوم على خطاب عقلاني، وهذه هي الموضوعية المطلوبة في عمل الباحث في هذا المجال، والتي يمكن أن نطلق عليها "أبستمولوجيا القانون المقارن" أو الأبستمولوجيا القانونية المقارنة" [33]خالية من التحيز الشخصي فلا ينحاز او يتعصب لراي دون الاخر ولا يتجنب عرض معلومات مهمة لعدم توافقه مع صاحب البحث او مع نيته. بل يتناولها من وجهة نظر اهل العلم والاختصاص باتباع الاصول العلمية الواجب الالتزام بها.

**الفرع الثاني: صفات الباحث[34]**

**ينبغي ان تتوافر بعض الصفات في الباحث العلمي**

يحرص علماء القانون المقارن على ربط موضوعية البحث بمواصفات ينبغي توافرها في الباحث في مجال القانون المقارن ومن اهم هذه الصفات ما يلي:

**اولا: صفات الباحث الاخلاقية**

- الصبر والمثابرة وتحمل المشقة والتصميم امام العراقيل

---

[32] LEGEAIS (Raymond): (2008) Grands systèmes de droit contemporain, Paris, Litec, 2ème édition. P 34

[33] Bruno de loynes ; Introduction au droit comparé, op cit P 83

[34] مطبوعة الأنظمة القانونية: الجامعة السعودية الالكترونية مرجع سابق ص40

- التواضع وقبول النقد من الاخرين
- الامانة والنزاهة وطلب الحقيقة دون غيرها والابتعاد عن الرغبات والهوى.

**ثانيا: صفات الباحث العلمية**

- **الفضول العلمي**

إن حرص رجل القانون على إعمال جميع المناهج في بحثه لهو مسألة جوهرية اعتبارا لفائدتها ونجاعتها. وإعمالها جميعا بحرفية ومهارة من شأنه أن يقي الباحث في هذا الاختصاص من العلوم من فقدان ما يُعرف بالذوق السليم. ويبرز هذا الذوق السليم في حسن اختيار المواضيع موضوع البحث، وما يترتب على ذلك من نتائج موضوعية. كالاطلاع المستمر على كل جديد والقراءة المركزة والفهم العميق والاطلاع على البحوث السابقة وما كانوا ليصلوا اليها لو لم تتوفر عندهم تلك الملكة.

**ثانيا: قوة الحدس**

الحدس: بمعنى الظن والتخمين أي يقول شيئا برايه، أي التوهم في معاني الكلام والامور بلغني عن فلان امرا وانا احدس فيه أي اقول الظن والتوهم، فالانتباه إلى أنّ الأفكار التي تخطر ببال الباحث وكذلك أهمية التجربة وفرضيات العمل، صحيح أنها تقوم جميعا على "قوة الملاحظة"، وعلى ذكاء في الاستنتاج. إلا أن ذلك يبقى منقوصا إذا لم يكن للباحث قوة الحدس، أو الحدس المفاجئ في الوقت المناسب لتأطير البحث وحسن توجيهه، وهو من شأنه أن يعطي البحث قيمة أكبر.

**ثالثا: الدقة والموضوعية في التحليل**

من الضروري ضبط الموقف الفكري الصحيح للباحث في القانون المقارن. إذ كل ما يُخشى منه هو تلك المقارنات المتسرعة أو المتهورة لاسيما في هذا التخصص. فالباحث في علم المقارنة يجب أن يحمل صفات الحس السليم، ويتجنب التناقض والوقوع في أخطاء، خاصة في المقارنة بين الأنظمة القانونية. ويجب ان يكون موضوعيا دون تحيز او تأثر بالراي الشخصي.

**رابعا: الفكر النقدي**

المقارنة يقوم على الفكر النقدي، باعتباره أحد أهم المتطلبات العلمية. وبالتالي، وقبل القيام بأية مقارنة بين نظامين قانونيين، يكون من الضروري جدا أن يكون الباحث متخصصا ومتشبعا بالمادة وبخصوصياتها حتى يتسم نقده وتقييمه للوضعية العلمية بالموضوعية الضرورية؛ لأن الفكر النقدي لا يأتي من فراغ.

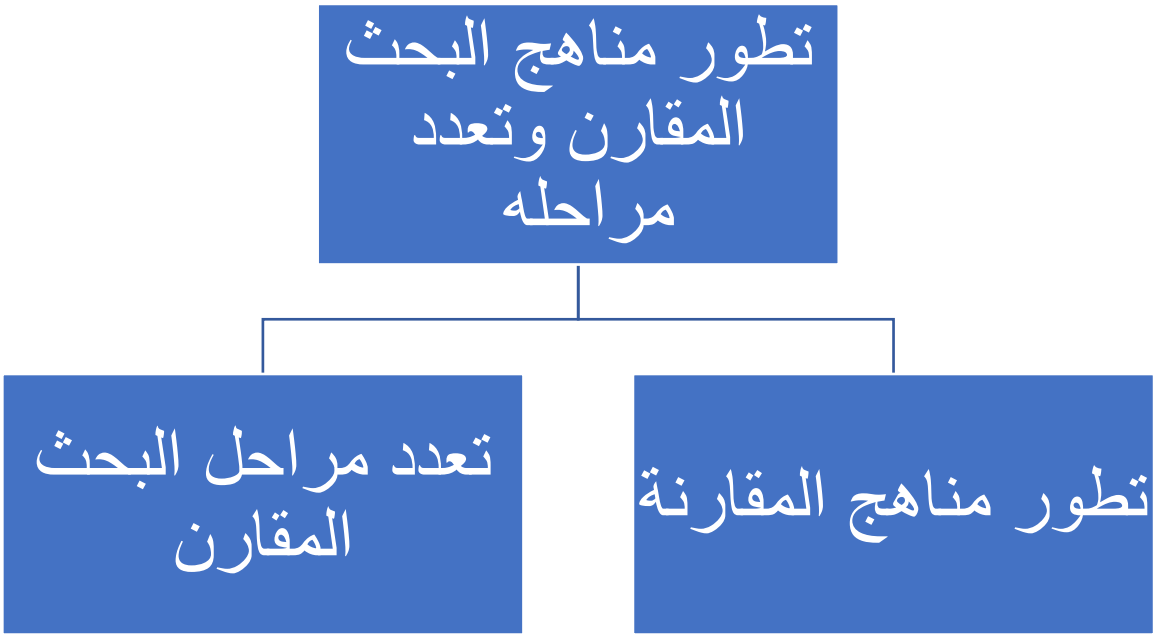
وفقا لما تقدّم، تبقى جميع هذه الصفات من المقومات الضرورية الواجب توافرها في الباحث قبل البحث في مقارنة الأنظمة القانونية، فهي صفات فكرية بالأساس تؤهل صاحبها إلى معالجة أساليب دراسة القانون المقارن.

## المحاضرة الثانية

## تطور مناهج البحث المقارن وتعدد مراحله

كثيرا ما تعرض القانون المقارن لانتقادات لعدم اتباع أسلوب محدد فهو غالبا ما يتصرف المقارنون مثل السياح الذين يزورون مدينة اجنبية ولا حظوا أمورا مختلفة او أمورا مشابهة الى حد ما مقارنة بمدينتهم الاصلية فبعد زيارتهم سيكونون قادرين على وصف ما رأوه لأصدقائهم غير انهم سيفتقرون الى إطار منهجي ويكتفون بوصف أكثر عمومية. اما إذا كان متخصصون معماري او مؤرخ فان وصفه يختلف لوصف نفس المشهد وهذا ما يحدث في حالة القانون. فالباحث يضيع بسهولة عندما يشرع في البحث القانوني المقارن والسبب الرئيسي هو انه لا يوجد اتفاق على نوع المنهجية التي يمكن اتباعها ولا حتى المنهج التي يمكن اتباعه [35].

وعلاوة على ذلك فان كل ما تم تأسيسه في مجال القانون المقارن على مدى القرن الماضي تعرض لانتقادات مثل مفهوم الانظمة القانونية وامكانية المقارنة نفسها وموضوع المقارنة وما الى ذلك ولم تتوقف الدراسات النظرية على التطور وخاصة في المقارنة بين الانظمة القانونية حيث يلتزم الباحث باحترامها حيث تبدأ بتحديد المنهج والمراحل الواجب اتباعها حسب خصوصية القانون موضوع المقارنة واقدميته واهميته ومجاله وتطوره ومضمونه واهمية الاشكالية المطروحة بشأنه.[36]




[35] E. Örücü, 'Methodology of comparative law', in: J.M. Smits (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Cheltenham/Northhampton: Edward Elgar 2006, p. 62

[36] Legeais (Raymond); Grands systèmes de droit contemporain op cit p 43

**الفرع الأول: تطور مناهج المقارنة**

حافظت الدراسات الفقهية على موقف موحد حول اهمية ومكانة المنهج التقليدي المتمثل في الاسلوب الوظيفي غير انه سعت الى ايجاد اساليب منهجية متجددة بغية تدعيمه حتى تساعد البحث الى الوصول الى مبتغاه.

**اولا: المنهج الوظيفي في القانون المقارن**

وهو الوسيلة العلمية التي تعتمد بالأساس على الوظيفة كألية لتفسير الظاهرة فالعين وظيفتها البصر والبرلمان وظيفته التشريع ويعني ان الوظيفة هي اداة التحليل في المنهج المقارن. فهي تعطي وظيفة لاي عنصر من عناصر موضوع الدراسة ولها الاولوية في الترتيب عن بقية العناصر الاخرى[37]:

**ولكي نفهم الفكرة يمكن تقديم مثالين:** [38]

**المثال الأوّل: يتعلق بمؤسسة "الزواج"** النظر الى مؤسسة الزواج كعنصر واحد وليس الى عناصر تركيبه فهي عبارة عن ترتيب لمجموعة من القواعد والمبادئ والقيم المترابطة التي تهدف جميعا إلى تحقيق جملة من الأهداف لها علاقة مباشرة بهذه المؤسسة. وعليه، فان سبب هذا الوجود المنطقي للمؤسسة. جاء ليحقق وظيفة. فالغرب تحول تعريف مؤسسة الزواج بانه اتحاد شرعي بين امرأة ورجل الى اتحاد شرعي بين شخصين وفي افريقيا الزواج هو اتحاد بين اسرتين كما يمكن ان تشمل الأقارب لهم الحق ان يعيشوا في الاسرة. حسب نموذج العائلة الابوية او الاموية. وينتج عنه ظاهرة التبني وغيرها من الظواهر الناتجة عن الزواج. والإسلام يعطي أروع نموذج للأسرة لكن معظمهم غافلون. ونفس الشيء حول أسباب الطلاق والإجراءات والعواقب القانونية لكل نوع من أنواع الطلاق وقمنا بصياغة استبيان حول أسباب الطلاق فسوف نجد له علاقة بتعدد الزوجات والتطليق وغيرها من العناصر ولا يمكن ان يدرس الطلاق بين الثقافات دون فهم أوسع للزواج ودور الاسرة والموقف العام من الطلاق في كل من المجتمعات المقارنة.

**المثال الثاني: يتعلق بقانون التسجيل (الإشهار) العقاري،** فهذا القانون لديه سبب منطقي لوجوده، باعتباره يتيح الاطلاع عليها. وبالتصرف خاصة من لهم مصلحة بالعقار. رغم أن الدول تتخذ وسائل متعدّدة ومتنوعة لتحقيق هذا الهدف. وعليه، فإنه لا يجب أن تحجب هذه الوسائل الوظيفة التي وضع من أجلها هذا القانون.

وفي ضوء هذين المثالين فإنّ اكتشاف وظيفة أية قاعدة أو أي مفهوم أو أية مؤسسة أو أي إجراء يخوّل الذهاب في فهمها جميعا بعيدا عن تناول مجرّد التعريف. غير أنّ هذا الامر لا يمكن ان يستقيم في حال تعدد الوظائف للمفهوم الواحد أو للمؤسسة الواحدة أو للإجراء الواحد، ومن ثم يأتي صعوبة ترتيبها، بحيث يصعب التمييز أحيانا بين الوظائف الرئيسة أو الثانوية أو الفرعية، كما يصعب متابعة التغييرات

---

[37] Bruno de Loynes de Fumichon ; Introduction au droit comparé, op cit p.84

[38] مطبوعة الأنظمة القانونية: الجامعة السعودية الالكترونية مرجع سابق ص ص 43-44

التي قد تطرأ على المشهد والتي من شأنها أن تؤثر في هذه المفاهيم أو المؤسسات أو القواعد أو المبادئ أو الإجراءات.

**فعلى سبيل المثال**، ينظر إلى الزواج اليوم كمؤسسة تهدف إلى تحقيق الطمأنينة والسكينة والاستقرار والنمو والتنمية المتوازنة لجميع أفراد العائلة (للزوجين، وللأطفال وللجدين...). وبعبارة أخرى، فإنّ الزواج في ظاهره مؤسس على فكرة صناعة السعادة، أو هو مؤسسة تؤسس للوعد بالسعادة. لكن في الباطن، فإن الزواج يتضمن عناصر أخرى لا يمكن نكرانها أو تجاهلها، فهو:

يجعل كل أفراد العائلة متحدين فيما يعرفونه من أحداث في الأفضل وفي الأسوأ، أي متضامنين بينهم في السراء وفي الضراء.

وهو كذلك يقوم على معادلة في الحقوق وفي الواجبات بينهم جميعا.

وهو كذلك مؤسسة تؤمن تواصل الأجيال، اعتبارا لفكرة الإنجاب. كما انها مؤسسة تؤمن لأفراده الذين بلغوا سنا معينة ووضعا صحيا واجتماعيا معينين (الجد والجدة مثلا) المحافظة على حدّ أدنى من الكرامة في المجتمع.

ويبقى السؤال المطروح في هذا الإطار: كيف نرتب كلّ هذه الوظائف؟

وعلى أساس ما تقدّم، فإنّ المنهج المقارن القائم على أسلوب "الوظيفية":

يتطلب التثبت مليا في القوانين (قواعد، مبادئ، إجراءات، مؤسسات) التي تصلح لمقارنتها ببعضها البعض، انطلاقا من حاجيات الإنسان والمجتمع لها. كما يتطلب أيضا القدرة على طرح المشاكل بعبارات عامة جدا، دون أن نشير، صراحة أو ضمنا، إلى مفاهيم القانون الوطني، وكذلك دون الاعتماد على فئات القانون التي تم تشكيلها. ويتطلب كذلك النزاهة الفكرية الدقيقة، والفضول الضروري لاكتشاف لماذا مجموعة متنوعة من الاستجابات من النظم القانونية المختلفة لاحتياجات أو أسئلة مماثلة.

في حالة وجود أية صعوبة تذكر فإنه يمكن أن نلجأ إلى مقارنة ثالثة مفيدة والتي تكون أحيانا ضرورية. فاستخدام هذا المنطق الثلاثي في المقارنة قراءة وبحثا في "الوظيفة"، يمثل نوعا من النزاهة العلمية التي تسهم بشكل واضح وموضوعي في تدقيق النتائج المراد الوصول إليها.

رغم أهمية هذا المنهج الوظيفي في المقارنة كمنهج تقليدي، فإنّ عديد من الانتقادات وجهت إليه، اعتبارا لبعض النقائص والعيوب التي تعتريه، وهو ما دفع ببعض الفقهاء إلى البحث عن وسائل أخرى ذات نجاعة ومردودية علمية أفضل، لا لتلغيه، وإنما لتدعمه.[39]

**ثانيا: تجدد مناهج المقارنة [40]**

[39] Bruno de Loynes de Fumichon ; Introduction au droit comparé op cit p.85

[40] مطبوعة الأنظمة القانونية: الجامعة السعودية الالكترونية مرجع سابق ص ص 45-46

يتفق جميع المؤلفين على أهمية البحث في وظيفة النظام القانوني، باعتباره جزءا هاما من منهجية المقارنة بين القوانين. غير أنهم طرحوا تساؤلا هاما بشأنها، هل هي الطريقة الفضلى والأسلوب المفضل أم يتعلق الأمر ببداية منهج لا غير.

اليوم، يؤكد العديد من الفقهاء أهمية ودور الطرق الأخرى التي يمكن أن تكون فعالة على قدر فعالية ونجاعة منهج "الوظيفية". وهذه الطرق الأخرى لا يمكن اعتبارها طرقا ثانوية أو مكملة أو فرعية، اعتبارا لأهميتها وكذلك اعتبارا لمنطق العلاقة القائمة بينها جميعا.[41]

ومن بين المناهج المتجدّدة، نذكر:

**1) : منهج السببية: تلازم التغير في السبب والنتيجة**

هو منهجية مستخدمة لتحديد العلاقات بين السبب والنتيجة بين المتغيرات المستقلة والتابعة أي دراسة السبب والنتيجة في وقت واحد. حيث ان أحدهما هو مسبب للأخر ويمكن ان تساعد هذا في تحديد عواقب او اسباب الاختلافات الموجودة بالفعل بين منظومتين. (قاعدة او معيار او مؤسسة او واقعة قانونية) التي قضيتها في النظام القانوني. ويفترض ان يكون السبب سابقا زمنيا للأثر والا ذهب مفهوم السببية.

2) **المخطط الهيكلي:**

يعطي البحث أفضلية لفهم هذه الظاهرة من خلال تحليل هيكل النظام القانوني نفسه، وذلك باستخدام مبدأ الانفصال، أو مبدأ البديل (أحيانا... أحيانا...). وينظر إلى هذه الظاهرة على أساس أنها نتيجة للنظام.

فمثلا باحث يريد مقارنة قانون الأراضي في جميع انحاء العالم وتصنيفها داخل النظم القانونية العالمية فالأنظمة الاشتراكية تعتبر مسالة التصرف في الأرض مسالة القانون العام في حين معظم الدول مسالة قانون خاص في المملكة المتحدة تملك الملكة كل الأراضي وفي جمهورية الصين الشعبية تملك الدولة كل الأراضي ولكن ليس بالضرورة المباني المبنية عليها ومع ذلك فهي لا تنتمي الى نفس النظام القانوني.

3) **منهج المقاصد:**

الذي يدافع عن الفكرة القائلة إنّ كل ظاهرة هي نتيجة كل عمل متعمد لبعض الفاعلين (للجهة التي أصدرت القانون)، وذلك في محيط ووسط معينين. فهي القيم العليا التي تكمن وراء الصيغ والنصوص يستهدفها التشريع كليات وجزئيات.

**4) المنهج الجدلي:**

يقوم على مفهوم أن نتائج كل ظاهرة تتأتى من أثر التناقضات الداخلية للنظام القانوني. ويعني الاستدلال يعتمد على المتناقضات وتفاوت الأفكار ليصل الى عملية تركيبية. فهو اختيار الدلائل والبراهين

[41] Bruno de Loynes de Fumichon ; Introduction au droit comparé op cit p.86

التي تؤدي الى الحقيقة. فالصراع بين العناصر المتناقضة هو السبب الحقيقي لتطور وتغير ظاهرة معينة، فكل شيء يتغير ليصبح شيئا اخر.

**5) المنهج التأويلي والتفسيري**

يقوم على فكرة أن كل شيء يمكن أن نجد له التفسير المناسب والموضوعي والمقنع. وفي علم اللغة، فإن علم التأويل يتجاوز ظاهر الكلام (الشفوي أو المكتوب)، ليوفر الكامن الثقافي في الكلام ذاته. لا خلاف في أنّ هذه المناهج عديدة ومتنوعة. ولا يمكن استبعادها من عمل الباحث كأدوات متاحة للمقارنة. ويمكن أن يقوم عمل البحث المقارن على المزج بين كل هذه المناهج والطرق. وفي هذا الإطار، يتطرق الباحث إلى:

مقاصد المشرع وإرادته والسبب الذي دفعه لإصداره للقانون.

وظيفة القانون الرئيسة والفرعية.

تفسير القانون وتأويله.

هيكلة القانون أو المؤسسة.

تناقضات القانون (فكرة الجدلية).

وعلى أساس ما تقدّم فإن للمنهج المقارن وسيلة شرط قوية، ووسائل متعدّدة تهدف إلى الوصول إلى نتائج علمية موضوعية من شأنها أن تثري المجال العلمي القانوني، وهي واحدة من أكبر المساهمات التي يقدمها القانون المقارن في العلوم القانونية بوجه عام.

**الفرع الثاني: تعدد مراحل البحث القانوني** [42]: تمرّ المقارنة أساسا بمرحلتين اثنتين، هما:

المرحلة التحليلية.

المرحلة الاستنتاجية.

**اولا: المرحلة التحليلية:** تقوم هذه المرحلة التحليلية على اتباع مرحلتين اثنتين:

**المرحلة الأولى:** يبدأ الباحث بمقاربة جزئية تقوم على تجزئة النص القانوني الأجنبي، بمعنى تحليل القاعدة القانونية الأجنبية إلى جزئيات ودراسة كل جزء على حدة، أي كل قاعدة قانونية وما يتفرع عنها من حالات. فمثلا مفهوم الحق يختلف في النظام القانوني الانجلوسكسوني عنه في النظام الرومانو جرماني وعن بقية الأنظمة القانونية الأخرى فقد تأخذ عدة معاني مختلفة مثل القوة او المطالبة او الحرية او بعض المفاهيم القانونية الأخرى.

**المرحلة الثانية:** تتم دراسة النظام القانوني برمته، ومنها يتم الانتقال إلى دراسة المنهج الكامل للقانون الأجنبي. ليتمكن من فهم القاعدة ومدى تقاربها بالقواعد الأخرى محل المقارنة. وبعبارة أكثر وضوحا، فإن المرحلة التحليلية تقوم في نهاية المطاف على إقامة مقارنة لكامل النظام القانوني الأجنبي مع القانون

---

[42] مطبوعة الأنظمة القانونية: الجامعة السعودية الالكترونية مرجع سابق ص ص 46-47

الوطني وتوجيه كل قانون في وجه الآخر لضبط نقاط التشابه ونقاط الاختلاف بينهما، وهو ما يسهّل بشكل كبير الوصول إلى النتيجة المطلوبة. وقد أجمعت الدراسات الفقهية في هذا الإطار على أنّ هذه المرحلة التحليلية تستوجب من الباحث:[43]

**أولا:** الاطلاع الكامل على النص الأصلي (في لغته الأصلية، ومن مصدره الأصلي) موضوع المقارنة، أي للقانونين معا.

**ثانيا:** البحث في العوامل المؤثرة في القانونين موضوع المقارنة، مثل:

العوامل التاريخية، أي الأسباب التاريخية التي ساهمت في تكوين القانون.

العوامل الاجتماعية أي دراسة الظروف والبيئة الاجتماعية التي يطبق فيها هذا القانون أو ذاك موضوع المقارنة. أي مدى تأثيرها على المجتمع ومكانته لدى المعنيين به.

العوامل الثقافية، أي دراسة البيئة الثقافية ومدى تأثير جملة العادات والتقاليد والبيئة الثقافية في تطبيق القانون، وربما المساهمة في وضعه وتقبله.

العوامل السياسية، أي دراسة أهمية الاختلافات السياسية بين المجتمعات والدول في تحديد المفاهيم القانونية من الناحية السياسية والإيديولوجية، فالملكية يتغير مفهومها ونظامها القانوني من نظام سياسي واقتصادي إلى آخر (النظم الاشتراكية والنظام الرأسمالي والنظام القانوني الإسلامي).

**ثانيا: المرحلة الاستنتاجية:** بعد الانتهاء من المرحلة التحليلية، يشرع الباحث في:

1) **تجميع النتائج المتوصل إليها.**
2) **تحليل نتائج المقارنة الكلية:** أي استخلاص العلاقات بين النصوص محل المقارنة ووجود التشابه أو الاختلاف. ومن ثم يبدا بنشر كافة هذه النتائج.
3) **الإدلاء برأيه في موضوع المقارنة:**

وقد يكون رأيه متفقا مع أحد الأنظمة القانونية أو مخالفا لها أو ربما يقدم رأيا توفيقيا. وفي كل الأحوال، يجب أن يكون رأيه معللا بشكل موضوعي. [44]

**رابعا، تقديم الحل أو المقترحات لتطوير القانون الوطني.**

---

[43]. Bruno de Loynes de Fumichon ; Introduction au droit comparé op cit P 87

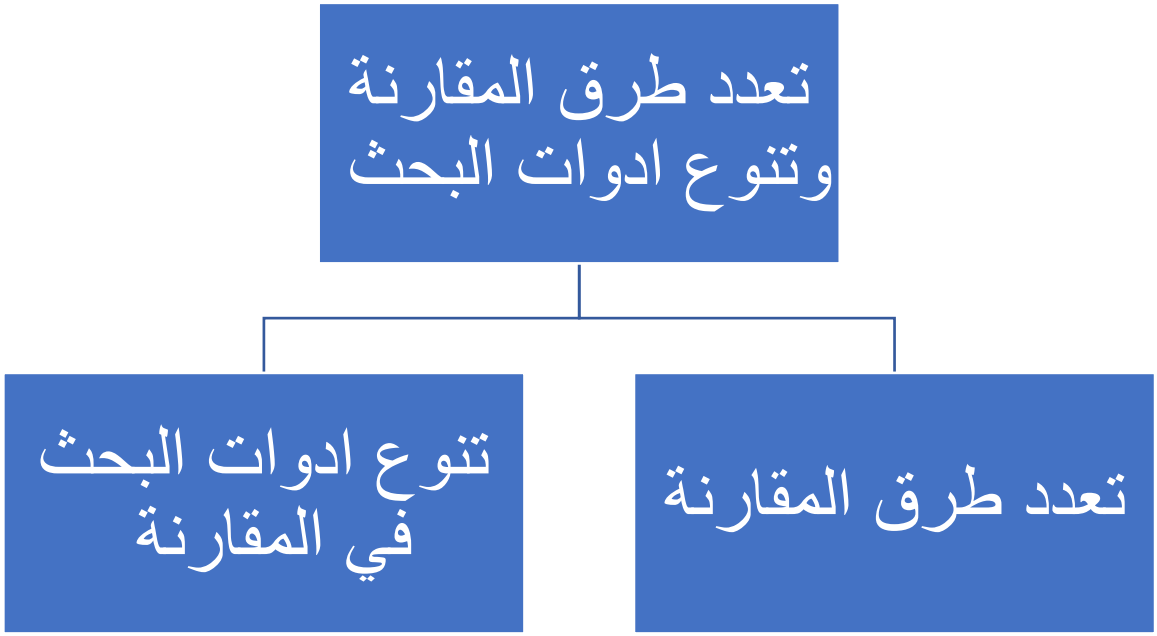
[44] محمد نصر :محمد: علم القانون والقضاء المقارن مرجع سابق ص 141

## المحاضرة الثالثة

## اساليب او طرق المنهج المقارن وتنوع ادوات البحث

**كيف نقارن؟**

كما ذكرنا في مقدمة الوحدة ينبغي للباحثين المقارنين في القانون ان يصبحوا محترفين بدلا من ان يكونوا سواحا. كما ينظر احيانا الى المقارنة على انها طريقة في حد ذاتها دون مزيد من التفسير. وهذا ما جعل هذه النظرة القاصرة الى التعرف على اساليب المقارنة الاخرى.



**الفرع الاول: تعدد اساليب المقارنة**

توجد عدة طرق للمقارنة بحسب تعدد المقارنين ويتمتع كل اسلوب من هذه الأساليب بخصائص تميزه عن غيره من الأساليب ومناسب في موضوعات معينة وغير مناسبة في اخرى ويمكن ان نتعرف على طرائق المقارنة في القانون المقارن الى خمسة أنواع:

الأوّل: المقارنة الأفقية والمقارنة العمودية.

الثاني: المقابلة.

الثالث: المقاربة.

الرابع: الموازنة.

الخامس: المضاهاة.

**اولا: المقارنة الافقية والعمودية Comparaison horizontal et vertical**

**1) : المقارنة الأفقية:**

هي المقارنة التي تقوم بين القوانين المتباعدة في المكان (البعد الجغرافي) كالمقارنة بين القوانين الوضعية لدولتين اثنتين أو أكثر، كأن نقارن مثال بين القانون الجزائري والقانون الياباني.

**2) : العمودية:**

فتكون في القوانين المتباعدة في الزمن كمقارنة الوضع الحالي لدولة حديثة بقوانين اخرى قديمة كقانون حمورابي والقوانين الحالية وذلك بغرض الوقوف على مدى التطور افي الحياة الاجتماعية والاقتصادية.

**ثانيا: المقابلة او المجانبة Juxtaposition**

وتسمى أيضا بالمجانبة يضع فيها الباحث النصوص التي تعالج موضوعا معينا جنبا لجنب ويستخلص مواضع التشابه والاختلاف ويقارنها مع قانونه الوطني فيتبين بذلك ما بينها من اختلاف واتفاق غير انها لا تعتبر دراسة مقارنة بالمفهوم التقني فهي مجرد تجميع لأحكام من قوانين مختلفة[45].

**ثالثا: المقاربة Rapprochement**

يقوم الباحث من خلالها التقارب بين القوانين المتشابهة في الخصائص وضمها الى انظمة قانونية كبرى. تخضع لمنهج قانوني واحد يجعلها قابلة للمقارنة. وتستعمل كثيرا لتوحيد القوانين الداخلية للدول الفدرالية، وفي الشريعة الإسلامية يوجد نطاقا مشابه لذلك حيث سعى بعض العلماء إلى المقارنة بين أحكام المذاهب الإسلامية المختلفة ويطلق عليها اسم «علم الخلاف" أو " الفقه المقارن

**رابعا: المضاهاة Confrontation او المعارضة Opposition**

[45] Michel Fromont, Grands systèmes de droit étrangers, Dalloz, Paris, 2013, page 2.

تقوم على تبيان أوجه الخلاف بين منهجين مختلفين في البنية الاقتصادية مثلا كالمنهج اللاتيني الجرماني والمنهج الاشتراكي أو المنهج الأنجلوسكسونية ويبدو انها لا تصلح عند المقارنة بين عدد كبير من المواد.

**خامسا: الموازنة او طريقة المقارنة المنهجية**

هي طريقة تقوم على دراسة أسباب الاختلاف والتقارب بين القوانين موضوع المقارنة تقوم هذه الطريقة على تحليل القاعدة القانونية في النصوص الأجنبية وتجزئتها، أي بحث العلاقة بين العناصر الجزئية في القوانين المختلفة، وتسمى بالمقارنة الجزئية، ثم دراسة النظام الذي يحتويها، وأخيرا تحديد موقعها من المنهج بصفة عامة، كدراسة قواعد البنوة في نظام الأسرة التي يحتويها المنهج اللاتيني، وتُسمى بالمقارنة الكلية.

وكذلك مختلف الظروف التي تحيط بكل منها. وفي مقدمتها العوامل التاريخية التي تؤثر في بنية القانون، والعوامل الاجتماعية التي تؤثر في مجال تطبيقها، والعوامل السياسية التي تؤثر في تحديد المفاهيم القانونية، وأخيرا العوامل الاقتصادية التي يختلف تأثيرها على القانون باختلاف مدى تدخل الدولة في تقييد الجرية الاقتصادية.

غير أن هذه الطريقة لا تقوم بصورة ناجحة إلا بتوافر مقوماتها الأساسية المتمثلة أساس في ضرورة محل المقارنة معرفة موضوعية كاملة، والإحاطة بأحكامه ولغته ومصطلحاته بدقة، معرفة القانون الأجنبي ويعرف بالإضافة إلى ذلك بنيته وتقسيماته ومصادره .

ويبدو ان استعراضنا لمختلف طرق المقارنة المعتمدة في البحوث القانونية كالمقاربة والمضاهاة والموازنة هي طرق تستعمل فقط في القانون المقارن التطبيقي دون الوصفي والنظري

**الفرع الثاني: تعدد ادوات البحث التي يحتاج اليها الباحث المقارن**

تجدر الإشارة إلى أن الباحث المقارن يحتاج الى وسائل وآليات عمل تعتبر هذه الأدوات أساسية في عمل الباحث، ولا يمكن القيام بأي عمل علمي دون أن يكون متمكّنا. وهي: اللغة كأداة اساسي لا غنى عنها. وعملية التوثيق. واستعمال وسائل الاتصال الحديثة: الإنترنت.

**اولا: اللغة:** من الضروري جدا أن يكون الباحث متمكّنا من اللغة الأصلية للقوانين موضوع المقارنة. فالمطلوب أن يستعمل الباحث النص القانوني رجوعا إلى مصدره الأصلي[46].

ويعد التمكن من اللغة من الأدوات التقليدية والأساسية والجوهرية لإنجاز المقارنة العلمية بين نظامين قانونيين. فاللغة تمكّن من الوقوف عند المفاهيم القانونية، وكذلك ترجمة المصطلحات، باعتبارهما مسألتين فنيتين بامتياز. فعملية الترجمة القانونية في حد ذاتها لا تخلوا من الصعوبة نظرا لتقنية اللغة القانونية التي تتسم بصياغة صارمة يكتنفها الغموض أحيانا بسبب تعدد المعاني لنفس العبارة فضلا عن ان لكل قانون سماته الخاصة [47].

---

[46] Bruno de Loynes de Fumichon ; Introduction au droit comparé op cit p 91

[47] Bruno de Loynes de Fumichon ; Introduction au droit comparé op cit p 89-91

**ثانيا: التوثيق**

تستوجب عملية المقارنة بين قانونيين القيام بعملية توثيق، أي تجميع كل النصوص وتوابعها من شرح الأسباب وأحكام قضائية وإحصائيات علمية وأرقام رسمية. فالثابت هو أن تناول وتجهيز الوثائق يستوجب مجهودات وعمليات وتقنيات خاصة، تكون على مراحل.

تتطلب المقارنة عدم التوقف عند معرفة النصوص محل المقارنة والتشريع، لتمتدّ إلى كل النصوص المرتبطة بالنص (شرح الأسباب، النقاشات...) وكذلك أعمال القضاء ومختلف المراجع الفقهية الأكاديمية.

وبعبارة أكثر وضوحا، فإنّ دراسة القانون الأجنبي تستوجب الرجوع إلى الموسوعات والكتب العامة ثم التوجه إلى المجموعات القانونية ثم الأحكام القضائية والمجلات القانونية المتخصصة، فجميعها تعتبر أدوات الباحث للتجوال خلال القانون الأجنبي، وعليه الاتصال بمصادرها سواء كانت في مجالات عامة أو مجالات القانون المقارن أو مجموعات خاصة به أو معاهد مستقلة معنية بتدريسه.

**ثالثا: الإنترنت:**

إن مشكلة البحث عن التوثيق بالنسبة للباحث في القانون المقارن مرحلة صعبة وحاسمة. قبل ظهور الإنترنت كانت إشكالية التوثيق هذه تهدد علم المقارنة القانونية في وجوده، اعتبارا لصعوبة الحصول على المعلومة. لكن وحتى بعد ظهور الإنترنت اليوم، فإن هذه الإشكاليات التقليدية لم تختفِ تماما وإنما طرحت اليوم إشكاليات من نوع آخر.

إنّ المؤسسات التي تصنع القانون، مثل البرلمان والحكومة والمحاكم العليا، قامت بوضع مواقع لتوفر ليس فقط الجرائد الرسمية، ومجموعات الأحكام القضائية، وإنما كذلك المناقشات والأعمال التحضيرية ومختلف التعليقات والدراسات الفقهية والنظرية المتعلقة جميعا بقانون واحد. ويتعين على الباحث الرجوع إلى المواقع الرسمية المعينة، ومنها يستمدّ مجمل المعطيات المتوافرة. ونذكر من بين المواقع الرسمية:

مواقع وزارات العدل مفيدة بشكل خاص.

مواقع البرلمانات.

مواقع الحكومات.

كذلك أنشأت المؤسسات الدولية والأوروبية المواقع الخاصة بها.

تعتبر هذه المواقع حاملة للخطاب القانوني الرسمي للدولة أو للمنظمة الدولية بمضمونها.

**مصطلحات الوحدة:**

- **الأبستمولوجيا او نظرية المعرفة:** تعرف ب (علم العلوم) وهو مفهوم مركب من كلمتين يونانيتين هما:

Logos : وتعني الخطاب العقلاني

Epis témè: وتعني العلم :

- **المقارنة العمودية:** هي المقارنة المتباعدة في الزمان) البعد الزمني (والتي تقوم على مقارنة القانون الوضعي الحالي، سواء كان قانونا وطنيا أو قانونا أجنبيا بقوانين أخرى قديمة تكون عادة مصدرا للقانون الحالي.

**مخرجات الوحدة: إن مخرجات هذه الوحدة وأثرها على علم الطالب ومعرفته تتمثل في:**

- الوقوف على صفات الباحث في القانون المقارن.
- بيان المقومات الضرورية لاعتبار البحث في القانون المقارن بحثًا موضوعيا.
- معرفة تطّور المناهج المعتمدة في علم المقارنة في العلوم القانونية، من المنهج التقليدي إلى بقية المناهج الأخرى المجّددة.
- معرفة مختلف الطرق المعتمدة في عملية المقارنة وضوابطها الفنية ● .
- معرفة الأدوات الضرورية التي يجب أن تتوافر لدى الباحث حتى ينجز بحثه، وكيفية استعمالها.

**المراجع:**


- محمد نصر: علم القانون المقارن وتطبيقاته القضائية، دار الكتب العلمية 2023م بيروت لبنان.
- مطبوعة الأنظمة القانونية المعاصرة. كلية العلوم والدراسات النظرية، قسم القانون، الجامعة السعودية الالكترونية , 2018م.
- LEGRAND (Pierre) : (2002) Le droit comparé, Paris, PUF (Que-sais-je ?).
- LEGEAIS (Raymond) : (2008) Grands systèmes de droit contemporain, Paris, Litec, 2ème édition.
- Bruno de Loynes de Fumichon (Introduction au droit comparé, L'école de droit de la Sorbonne (université Paris I.)
- E. Örücü, 'Methodology of comparative law', in: J.M. Smits (ed.), Elgar Encyclopedia of Comparative Law, Cheltenham/Northhampton: Edward Elgar 2006,

## الوحدة الثالثة

## غايات النظام القانوني المعاصر

**اهداف الوحدة:**

يتوقع من الطالب بعد الانتهاء من دراسة هذه الوحدة سيكون قادرا على:

- أن يتعرف على مختلف التصنيفات الفقهية لمختلف الأنظمة القانونية المعاصرة اليوم،
- ان يتعرف على غايات الانظمة القانونية المعاصرة وربطها بالقانون المقارن
- ان يتعرف على اهم المعايير المعتمدة في هذه التصنيفات
- ان يفهم اهمية النظام القانوني المعاصر في التأثير على تطوير العديد من الانظمة القانونية الاخرى.

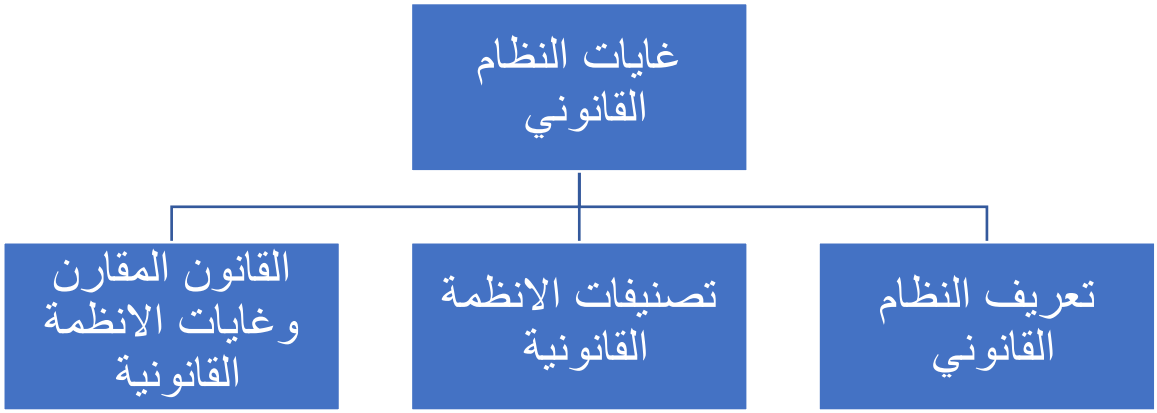
**موضوعات الوحدة: غايات النظام القانوني المعاصر**

تتناول هذه الوحدة ما يلي:

المطلب الاول: تعريف النظام القانوني المعاصر

المطلب الثاني: تصنيفات الانظمة القانونية المعاصرة

المطلب الثالث: القانون المقارن وغايات الانظمة القانونية المعاصرة



**المقدمة:**

يعتبر تعريف الأنظمة القانونية المعاصرة أمرًا ضروريًا لفهم غاياتها وأهدافها. وتمثل جزءا أساسيا ومهما للغاية في فهم نظم القانون المعاصرة، انها تلعب دورا حيويا في تنظيم القوانين وتصنيفها مما يسهل عملية تبسيطها لفهم أفضل وأوضح. وان القيام بدراسة عميقة ومتأنية للتصنيفات القانونية يمكن ان يساعد الباحثين والمهتمين في توضيح كيفية تطور الأنظمة القانونية عبر الزمن. وكيف ان ذلك يؤثر على التشريعات والاحكام القضائية التي تصدر عنها. كما ان تحديد الأنواع الرئيسية للنظم القانونية يمكن ان يسهل الفهم العميق للاختلافات والتشابهات الموجودة بينها. مما يساهم في فهم الجوانب المهمة لكل نظام قانوني. مما يساعد على توسيع الأفق الفكري للمهتمين ويعزز من قدرة الفاعلين في المجال القانوني على التعامل مع قضايا ومواقف قانونية متنوعة بفعالية أكبر وبأساليب مدروسة أكثر دقة. كما قد تتساءل عن عدد الأنظمة القانونية حول العالم. لكنك ستتفاجأ بمعرفة ذلك رغم ان كل دولة لها نظامها القانوني، غير ان جميعها مرتبطة ببعضها البعض على أساس من السمات والميزات المشتركة، وهنا يكمن أساس التصنيف للأنظمة القانونية المختلفة. ولكي نتخطى هذا العائق علينا اتباع طريق منهجية تقوم على تقسيم القوانين المتعددة الى طوائف محصورة تضم كل طائفة مجموعة متجانسة من القوانين تميزها سمات مشتركة ناتجة عن وحدة مصدرها. او امتداد بعضها او غير ذلك من العوامل المتشابهة [48].والنظام القانوني هو مجموعة القواعد القانونية التي تضم حل المشاكل التي تعترض مشكل ما. فهي المرايا التي تنعكس عليها احداث المجتمع في كافة المجالات. فهي مجموعة المعطيات المكونة للقانون (سواء كانت شكلية او موضوعية)[49]. غير ان المختصون في المجال القانوني اعتنوا بعدد محدد من الأنظمة القانونية واختلف الفقهاء في تصنيف الأنظمة القانونية الكبرى الموجودة على المستوى الدولي حسب المعيار المعتمد. ومن بين الانظمة القانونية الرئيسية التي تم ادراجها هما العائلتين الكبيرتين ما يسمى بالعائلة الرومانية منتشرة في كل من المانيا، النمسا، بلجيكا، اسكتلندا، اسبانيا، فرنسا، ايطاليا، المجر، هولندا، دول الشمال، البرتغال، رومانيا، سويسرا) وعائلة القانون المشترك منتشرة في انجلترا، ايرلندا، الولايات المتحدة وهي منتشرة في انحاء العالم بمناسبة الاستعمار في افريقيا وامريكا واسيا. ومن خلال الغزو الثقافي. الى جانب ذلك توجد انظمة قانونية لم تأخذ نصيبها من الدراسة كالشريعة الاسلامية والانظمة الشيوعية والاسيوية مثل الصين والهند واليابان وكذا الانظمة التقليدية والعرفية لأفريقيا الخ. فالأنظمة القانونية يصعب حصرها نظرا لتعددها [50]ولقد تم اختيار عدد قليل من الانظمة القانونية رغم انها لا تغطي كل مناطق العالم لذلك سنقتصر على عينة من الانظمة القانونية. والمنظومة التشريعية الجزائرية مثلها مثل كل الانظمة الاخرى تأثرت بهذه الانظمة وسواء على نطاق التشريع او على مستوى الفقه والاجتهاد القضائي.

---

[48] محمد نصر محمد: علم القانون والقانون المقارن. مرجع سابق ص

[49] Gerard Corru: Droit Civil. Introduction paris 13 éd p 258.

[50] عبد المنعم البدراوي: القانون المقارن، مجلة القانون والاقتصاد، العدد4, 1959 ص 345.

## المحاضرة الاولى

## تعريف النظام القانوني المعاصر

اختلف الفقهاء في تعريف النظام القانوني المعاصر. مما جعل الاختلاف في المصطلحات حيث كانت التصورات متباينة [51] غير انها لم تؤثر على مفهوم التعريف.

### الفرع الأول: تعريف النظام القانوني

بالرجوع إلى مختلف المراجع الفقهية يُمكن تعريف النظام القانوني المعاصر بأنه جملة القواعد والمبادئ المطبقة على مختلف الهياكل والمرافق وتحدد طرق سيرها. ويدخل كذلك ضمن النظام القانوني الجهاز القضائي، وكذلك الأجهزة غير القضائية.[52] كما يمكن تعريف النظام القانوني هو مجموعة القواعد التي تنظم علاقة معينة من العلاقات بين افراد المجتمع او بينهم وبين الدولة، مما يدخل في قسم القانون العام او الخاص. اذن فهي كل النظم القانونية الكبرى التي حكمت المجتمعات والدول في العالم عبر التاريخ وتطورت حديثا.

هذا التعريف يقودنا إلى إبداء الملاحظات التالية :

أولا: أن النظام القانوني لكل دولة يعكس دائما وجود مرجعية مصدرية لإحدى النظم القانونية المعاصرة

**ثانيا:** هذا الاختلاف القائم بين هذه الأنظمة القانونية ل يمكن أن يخفي وجود تقارب وأحيانا تداخل بينها .

**ثالثا:** الدول التي تأخذ بنظامين قانونيين تعتبر دول ذات نظام قانوني مختلط:

ويكون من الضروري في هذا المستوى الإشارة إلى أنه كثيرا ما يتم استعمال مفاهيم تبدو في ظاهرها قريبة من النظام القانوني، لكنها في الحقيقة مختلفة عنها بشكل واضح، حتى وإن كانت تبرز أحيانا بعض أوجه التقارب بينها. ومن بين هذه المصطلحات، نذكر :ا

**النظام السياسي:** وهو يمثل مجموعة من القواعد والأجهزة المتناسقة المترابطة فيما بينها، تبين نظام الحكم، ووسائل ممارسة السلطة وأهدافها وطبيعتها ومركز الفرد منها وضماناته قبلها، كما تحدد عناصر القوى المختلفة التي تسيطر على الجماعة وكيفية تفاعلها مع بعضها، والدور الذي تقوم به كل منها. ومن الجدير بالذكر أن عناصر القوى المختلفة التي تسيطر على الجماعة لدى د. ثروت بدوي لم تكن من طبيعة واحدة بل من طبائع مختلفة: قانونية واقتصادية واجتماعية، فهي ترتبط ببعضها البعض ارتباطا وثيقا يكّون منها مجموعة متناسقة متفقة. وإذا كانت النصوص الدستورية ل تحقق مثل هذا الارتباط فإن العُرف كفيل بتحقيقه

**النظام الاقتصادي:** النظام الاقتصادي هو مجموعة الأحكام والقواعد والوسائل التي تطبق على النشاط الاقتصادي في المجتمع المتعلقة بتنظيم الاقتصاد وتسييره ولحل مشاكله في النواحي الإنتاجية والتوزيعية والتبادلية. كما يتضمن هذا النظام ما يتعلق بتوزيع الثروة وتملكها والتصرف فيها .

---

[51] LEGRAND Pierre ; Le droit comparie op cit p9

[52] DAVID (René) et JAUFFRET-SPINOSI (Camille) (2013): Les grands systèmes de droit contemporains op cit p. 23

**النظام الاجتماعي:** هو مجموعة من القواعد والمؤسسات والممارسات الاجتماعية المترابطة التي تقوم على حماية وتقوية الأساليب والوسائل المعتادة للتصرفات وللأفعال داخل المجتمع. وبعبارة أخرى، يُقصد بالنظام الاجتماعي تلك المنظومة المستقرة (مبدئيا) "نسبيا" والمتكونة من عدد من المؤسسات ومن الأنماط لمختلف التفاعلات والعادات، التي تكون قادرة بشكل متواصل على إعادة إنتاج الشروط الضرورية لوجودها. وما يميز هذه الشروط هو أنها لا تشمل فقط التملك والتبادل وعالقات القوى، وإنما تشمل كذلك مختلف الأنماط الثقافية وعالقات التواصل والأنظمة القيمية

**الفرع الثاني: إشكالية المصطلحات :**

رغم الاتفاق على تقديم تعريف للنظام القانوني لم يشفع له ولم يخف وجود اختلاف بين الفقهاء في تبني مصطلحات بعينها. هذا التباين مرده اختلاف في التصورات في بناء هذه الأنظمة القانونية المعاصرة[53]

**اولا: في خصوص استعمال مصطلح "العائلة القانونية"**

استعمل هذا المصطلح من طرف العديد من الفقهاء للإشارة إلى المنظومة القانونية التي تعكس أيديولوجيا معينة والتي تفرز قواعد ومبادئ مطبقة في العديد من الأنظمة القانونية الوضعية. غير أن هذا المصطلح قوبل بالنقد الشديد لاعتبارين اثنين:

**أولهما:** هو أن مصطلح "العائلة القانونية" يعطي أهمية كبيرة للمكون التاريخي للقاعدة القانونية، ولثقل التاريخ في نشأة القانون.

**وثانيهما:** هو أن مصطلح العائلة القانونية يقترب إلى المعنى الوراثي وإلى نظام العيش المشترك داخل العائلة الواحدة. لكن إذا قصدنا بها القوانين فان الامر يتعلق بتقاليد فكرية أو بتطبيقات مماثلة ومتطورة في الزمان وفي المكان .

**ثانيا في خصوص استعمال مصطلح "التقاليد القانونية[54]"**

استعملت العديد من المؤلفات مصطلح "التقاليد القانونية"، وهذا الاستعمال منطلقه نقد مصطلح (العائلة) فحسب أنصار هذا الاتجاه، فإن مفهوم "العائلة" مرتبط ارتباطا وثيقا بأيديولوجية عقلانية مرتبطة أساسا بالدول الغربية خصوصا في أوروبا الغربية .وهذا المفهوم ينطبق بشكل جيد للغاية على الأنظمة الرومانية الجرمانية وأقل من ذلك بكثير الأنظمة الكومن لو

هذا وكلما اقتربنا أكثر من الأنظمة القانونية خارج أوروبا الغربية نجد أن هذا المصطلح غير موجود.

وفي هذا الإطار، يتبنى الفقيه الكندي (باتريك جلين) فكرة استبدال مصطلح "العائلة القانونية بمصطلح جديد وهو مصطلح "التقاليد القانونية". ويعتبر أن لهذا المصطلح الجديد العديد من المزايا منها :

هذا المصطلح يتجاوز دور العوامل التاريخية والثقافية والاجتماعية في تأسيس ما يسمى عادة "النظام ."

---

[53] Bruno de Loynes de Fumichon (2013), Introduction au droit comparé op cit p.85

[54] مطبوعة الأنظمة القانونية: الجامعة السعودية الالكترونية مرجع سابق ص ص 67-68

خلافا للمصطلح الخاص بنوعية واحدة نوع واحد من الأنظمة كالروماني الجرماني أو كذلك النظام المدني فإن مصطلح "تقاليد" يمكن أن يأخذ بعين الاعتبار جميع أنواع الأنظمة القانونية .وفي خصوص الأنظمة الدينية أو الأنظمة الشرقية تبدو أكثر ملاءمة مع هذا المصطلح. هذه الأنظمة القانونية تسمى في الكثير من الأحيان "الأنظمة القانونية التقليدية.

وبخصوص نظام "الكومن لو" فإن مصطلح "تقاليد" يعّد ايضا مناسبا للغاية. في هذا النظام القانوني حيث تعتبر قاعدة السوابق القضائية قاعدة هامة، ما يجعل هذا النظام القانوني في حّد ذاته انتاج فكرة سابقة وعليه، يتأكد أن فكرة "التقاليد" ميزة يتميز بها

في المقابل، إذا كان النظام القانوني الروماني الجرماني يظهر أساسا في شكل قوانين مكتوبة، وبالتالي يقوم على أساس فكرة القطع مع الماضي خلافا لنظام الكومن لو فإن فكرة العقلانية القائمة هنا في هذا النظام والتي تميزه عن بقية الأنظمة، تمثل في حّد ذاتها تقليدا أيديولوجيا، تماما مثل التقاليد الدينية. فهذه الأيديولوجيا التي ينبني عليها "النظام الروماني الجرماني هي في الحقيقة إرث موروث عن عصر التنوير وأيضا إلى حد ما من العصور اليونانية القديمة. وعليه، تبدو هذه العقلانية اليوم كتقليد فكري انتقل على امتداد أكثر من ثالثة قرون، وبالتالي تستحق أن نعطيها نفس التصنيف، وهو تصنيف "التقاليد" تماما مثل بقية الأنظمة .

ولتثبيت آرائهم، يرى أنصار هذا التوجه الفكري أنه مع فكرة "التقاليد القانونية" نكون قد ركزنا على التاريخ في تطوير المنظومة القانونية. وهذا يقودنا إلى فهم من أين أتينا وإلى أين نحن ذاهبون .

وضمن سياق فكرة "التقاليد القانونية، تم اختيار أربعة تقاليد قانونية رئيسة هي :

التقاليد الغربية المبنية على أساس المثالية العقلانية.

التقاليد الدينية التي تقوم أيضا على تصور مثالي للقانون، ولكن القانون نابع من مصدر إلهي

التقاليد الشرقية القائمة على عكس النظامين الآخرين لا تقوم على فكرة المثالية القانونية، وإنما تنبني على رفض أو على الأقل انعدام الثقة تجاه الظاهرة القانونية.

تقاليد السكان الأصليين أو التقاليد ما قبل القانون، تم اليوم إعادة الاعتبار لها من طرف رجال القانون المهتمين بموضوع المنظومات القانونية

**ثالثا: في خصوص استعمال مصطلح "الأنظمة القانونية[55]**

إن كان من الضروري الوقوف عند مختلف التسميات مثل "العائلة القانونية" و"التقاليد القانونية"، لإبراز مدى النضج الفكري للعديد من الفقهاء في تطوير هذه النظريات وبالتالي تطوير منظومة علم المقارنة، فإنه يكون من الضروري كذلك الإشارة إلى أن الرأي الغالب لدى الفقه اليوم يقوم على اعتماد تسمية "النظام " The system / Le Systèmeلجميع المنظومات القانونية، وذلك للاعتبارات التالية :

[55] مطبوعة الأنظمة القانونية: الجامعة السعودية الالكترونية مرجع سابق ص ص 68-69

**أولا:** ضرورة علمية وموضوعية لتوحيد المصطلح على كل القوانين.

**ثانيا:** الانتقاد الموجه لمصطلحي "العائلة" و"التقاليد" التي يغلب عليها الجانب الذاتي.

**ثالثا:** الاعتبار القانوني بمعناه الانضباطي، بعيدا عن التوصيف الذاتي والاجتماعي

فكلمة "نظام" تعكس مباشرة مضمون القاعدة القانونية. ونحن في صدد دراسة العلوم القانونية من زاوية المقارنة، فعلينا مراعاة الانضباط العلمي متجردين من العاطفة مبتعدين عن أي تحيز لقانون على اخر، سواء لمرجعيات تاريخية أو أيديولوجية أو تقليدية .فنحن دائما أمام قاعدة قانونية.

:مهما كان مصدرها

.ومهما كانت مرجعيتها.

وكيفما تطورت تاريخيا

ومهما كان مدى انتشارها

فالمقارنة علم منهاجي، والموضوعية ضرورية في تناول مقارنة القوانين بناء على تسميات موضوعية، فمجموعة القوانين والمبادئ تمثل نظاما لا عائلة او تقليدا.[56]

[56] (DAVID) et. JAUFFRET-SPINOSI (Camille) ; : Les grands systèmes de droit contemporains op cit p. 42

## المحاضرة الثانية

## تصنيف الأنظمة القانونية المعاصرة

الدراسات القانونية المقارنة تتطلب الاطلاع على القوانين الأجنبية. متبوعة بالتحليل والتقييم. غير ان القوانين الأجنبية كثيرة ومتباينة كل وما يناسب وضعها الاجتماعي والاقتصادي والسياسي مما جعل صعوبة في دراستها. لكن أمكن تخطي هذا العائق باتباع طريقة منهجية تقوم بتصنيف القوانين الى مجموعات محددة تضم كل مجموعة طائفة من قوانين الدول تتشارك في خصائص معينة ناتجة عن وحدة المصدر او امتداد بعضها من بعض او غير ذلك من عوامل التشابه فأفرزت البحوث القانونية العديد من الأنظمة القانونية المعاصرة التي تعمل حاليًا في جميع أنحاء العالم. ولها تصنيفات متعددة ومن المفيد ان نتعرض اليها منها معايير تقليدية ومعايير حديثة. غير ان مسالة التصنيف وان اختلف فيها الفقهاء فهي عملية نظرية تسهل عملية المقارنة بين مختلف النظم القانونية.[57]

وقد بذل الفقهاء المقارنون جهودا كبيرة لتصنيف مختلف القوانين الوضعية على اساس معايير محددة في شرائع كل شريعة تتصف بخصائص جوهرية مشتركة لها نفس المرجعية من اجل تسهيل دراسة كل قانون وضعي ينسب الى هذه الشريعة. وتم اقتراح العديد من التصنيفات حسب المعيار المعتمد. غير انه يجب الاجابة على اربعة مشاكل وهي

- ✓ مشكلة وجود النظام القانوني: هل نميز بين النظم القانونية القائمة وتلك التي لم يعد لها وجود على سبيل المثال النظام القانوني الروماني او التي لم تكن موجودة أصلا على سبيل المثال قانون افلاطون المدينة الفاضلة. إضافة الى النظام القانوني الفرنسي النافذ في فرنسا وغير نافذ في النمسا، او القانون الجزائري المطبق حاليا او الذي كان ساريا منذ 40 سنة.
- ✓ مشكلة المعايير وما يتعلق بها من مشكلة الانتماء الى أي نظام قانوني
- ✓ مشكلة البنية هل هناك أسس مشتركة بين جميع الأنظمة القانونية او عند بعضها
- ✓ مشكلة المضمون

وفي نهاية المطاف هذه التصنيفات ماهي الا وسيلة لتبسيط الدراسة النظرية.

### الفرع الأول: التصنيفات الفقهية للأنظمة القانونية المعاصرة

ان تعدد الأنظمة القانونية أدى بالفقهاء عن البحث عن تصنيف موضوعي لها غير انه تعددت التصنيفات من فقيه لأخر. وسوف نحاول ان نتناول أهمها [58]:

#### أولا: معيار اللغة:

شكلت اللغة أساسا لبعض المحاولات المبكرة لإنشاء أنظمة قانونية تتعلق باللغة وتظهر بوضوح اللغة رومانية وجرمانية وانجلوسكسونية وغيرها.

[57] LEGRAND (Pierre) : Le droit comparé2002 op cit p 22

58

**ثانيا: معيار الإقليم / الجغرافيا**

فمثلا شرق اسيا يتكون أساسا من اليابان والصين وكوريا ينظر اليها كعائلة قانونية واحدة حيث تخضع للتقليد الكونفوشيوسي مثل التسوية خارج المحاكم حسب الأصول ورغم التقارب الجغرافي فان الأنظمة القانونية مختلفة فهي جزء من انظمة سياسية شديدة الاختلاف فالصين نظام شيوعي واليابان نظام ملكي. ونفس الشيء بالنسبة قارة افريقيا.

**ثالثا: معيار صياغة القواعد القانونية**

وتشمل الصياغة الرومانية مثل القانون الفرنسي والقانون اللاتيني. والقانون الإيطالي والقانون الاسباني والقانون الألماني.

وشريعة القانون المشترك تشمل القانون الإنجليزي والقانون الأمريكي.

غير ان الشريعة الإسلامية تختلف عن كل الشرائع الأخرى بل هي شريعة مستقلة قائمة بذاتها. وقد انتقد هذا المعيار وأسقط كل الشرائع الاسيوية مثل القانون الهندي والصيني والياباني وغيرها. كما جمع القوانين الاشتراكية المتمثلة في الجمهوريات السوفياتية والقوانين الغربية معا رغم الاختلاف الكبير بينهم.

**رابعا: معيار الاجناس**

أي ان كل مجموعة بشرية منتمية لجنس واحد تكون شريعة رئيسية مستقلة حيث قسمها الى ما يلي:

- ✓ شريعة الشعوب الأرية،
- ✓ شريعة الشعوب السامية،
- ✓ شريعة الشعوب المغولية
- ✓ شريعة الشعوب الهمجية.

وقد انتقد هذا التقسيم على اعتبار انه يقف عاجزا امام تفسير الخلافات القائمة بين قوانين شعوب من جنس واحد كما ان عملية التقسيم الاجناس البشرية قائم على العنصرية المرفوضة عالميا.

**خامسا: معيار تأثير القانون الروماني او القانون الجرماني**

حيث اعتبر بان التمييز بين الشرائع العالمية يكون على أساس مدى تأثرها بالقانون الروماني وعليه قسمت الشرائع الأساسية الى ما يلي:

تتميز المجموعة الأولى بتأثرها بشكل كبير بالقانون الروماني وتشمل القانون الإيطالي والقانون الاسباني.

تتميز المجموعة الثانية بتأثرها الضعيف تتأثر بالقانون الروماني وتشمل قانون البلاد الاسكندنافية وقانون روسيا وقانون إنجلترا.

تتميز المجموعة الثالثة بالتأثير المتساوي للقانونيين الروماني والجرماني وتشمل القانون الألماني والقانون الفرنسي والقانون السويسري.

وما نلاحظه ان هذا التصنيف انتقد على أساس انه

أولا: جمع بين القانون الإنجليزي والروسي في مجموعة واحدة. رغم الاختلاف الكبير بينهما.

ثانيا: أهمل التصنيفات ذات مرجعية دينية مثل الشريعة الإسلامية والشرائع الاسيوية.

**سادسا: معيار مدى الاخذ بالدين**

تم التمييز بين الشرائع على أساس مدى اخذها وتأثرها بالدين وقسمت الشرائع الى ما يلي:

شريعة القوانين الغربية التي تدين شعوبها بالمسيحية ولكنها غير متأثرة بالدين.

شريعة القانون السوفياتي الذي تأثر بالمذهب الماركسي المعادي والرافض للأديان.

شرائع القوانين المتأثرة بالدين وتشمل هذه المجموعة الشريعة الإسلامية والقانون الكنسي والقانون الهندي.

وقد انتقد هذا المعيار لأنه جمع بين قوانين الشريعة اللاتينية الجرمانية مع شريعة القانون المشترك رغم الاختلاف الكبير بينهما. كما جمع الشريعة الإسلامية والبوذية في مجموعة واحدة رغم التناقض الموجود بينهما.

**سابعا: المعيار الجغرافي (الحضاري)**

حيث قسم الشرائع العالمية الى مجموعة الشرائع الأساسية وتشمل شريعة الرومانية الجرمانية. وشرعة القانون المشترك وشريعة قوانين الدول الاشتراكية

مجموعة الشرائع الثانوية وتشمل القوانين ذات الصبغة الدينية وباقي التشريعات الأخرى.

وقد انتقد هذا المعيار لأنه أدمج بين قوانين دون مراعاة للعامل الحضاري.

**الفرع الثاني: المعايير الحديثة**

نتيجة الانتقادات الكثيرة الموجهة لهذه المعايير التقليدية ظهرت معايير حديثة من شانها إيجاد تنظيم لهذه القوانين الوضعية ضمن الشرائع الكبرى وقد اقترح بعض الفقهاء عدة معايير أهمها:

**أولا: معيار التقارب والتجاوب**

وتهدف الى تجميع القوانين التي تربطها عناصر مشتركة أهمها:

1) **النظام الاجتماعي:** حيث يحدد ما هي العوامل المؤثرة في المجتمع فاذا كانت قواعد دينية هي التي تسود كان مجتمعا دينيا. وغير ذلك يكون مجتمعا لائكيا. وبالنظر الى تغليب المصلحة العامة على الخاصة فنحن امام قانون ذو نزعة جماعية وإذا كان غير ذلك فالقانون ذو نزعة فردية.

2) **دور القانون ومكانته في المجتمع:**

فاذا كان القانون يحتل مركزا أساسيا في تنظيم المجتمع فان هذه الفكرة تتوافر في انظمة الدول الغربية، اما إذا كان القانون يقتصر دوره على حفظ النظام الاجتماعي ويساعده الدين فإنها أنظمة قديمة.

**2) مصادر القواعد القانونية**

إذا كانت القواعد القانونية مصدرها الأعراف والعادات فحتما تحتاج الى زمن طويل لتكوينها، وتكون الأعراف أسمي في القانون اما إذا كانت القواعد القانونية تسمو على الأعراف مما يؤدي الى تقنين تلك القواعد كما ان الاجتهاد القضائي يقوم بتطوير القواعد القانونية.

**3) صياغة القواعد القانونية**

ان صياغة القواعد القانونية يترجم مدى الثقافة القانونية التي يتمتع بها المشرع سواء من حيث سلامة هذه القواعد وبنيتها وطريقة اعدادها. مثل ما نلاحظه في القوانين الاوروبية والأمريكية والقوانين الرومانو جرمانية.

**ثانيا: حصر نوع الأنظمة المقارنة تبعا لمعيار التقارب والتجاوب**

واعتمادا على هذا المعيار فانه يحصرها في مجموعتين الأولى تتضمن قوانين أوروبا وامريكا والثانية تتضمن قوانين افريقيا واسيا.

**ثانيا: معيار دولة القانون**

يرى هذا المعيار ان تصنيف القوانين الوضعية داخل الشرائع الكبرى يكون بناءا على مدى تطبيق أسس دولة القانون وما تتضمنه من عناصر (سمو الدستور، الفصل بين السلطات، الخضوع الى القانون)

1) **أسس معيار دولة القانون**

يقوم معيار دولة القانون على عدة أسس ومنها تتبلور أنظمة قانونية ضمن شرائع معينة وهذه الأسس:

أ. **الجانب التقني:** حيث تصنف الأنظمة القانونية بنفس التقنية التي بها وضع واعداد القاعدة القانونية.

ب. **الجانب الأيديولوجي:** مجموعة أفكار واراء او معتقدات جماعة او حزب معين الذي يميز تفكير مجموعة او امة.

ج. **الجانب التاريخي:** حيث نعود الى مصدر نشأة القاعدة القانونية. ولا تصنف مع أنظمة تفتقد هذه الخاصية.

2) **حصر نوع الأنظمة المقارنة وفقا لمعيار دولة القانون**

حسب هذا المعيار فانه يحصر الأنظمة في مجموعتين تشمل المجموعة الأولى دول أوروبا الغربية والشمالية والجنوبية ماعدا دول أوروبا الشرقية وفي أمريكا الشمالية والجنوبية.

وتشمل المجموعة الثانية كل الدول التي تخضع قوانينها الى ديانة او أيديولوجية معينة.

الخلاصة: ان محاولة تصنيف الأنظمة القانونية حسب هذه المعايير المتنوعة قد تم انتقادها من قبل ونتيجة لذلك يطلب من علماء القانون باستمرار تعديل آرائهم.

**الفرع الثالث: التصنيف المقدم من جامعة اوتاوا بكندا[59]**

قام به خبراء من جامعة اوتاوا كندا وضعوا هذا التصنيف في سنة 2000م ثم اضافوا عليه تحسينات واعيد نشره سنة 2008م لقد بدا هذا العمل سنة 1999 م كان الهدف منه مسح جغرافي وسكاني لمختلف الانظمة القانونية وبعد العديد من الاقتراحات والملاحظات اضيفت عناصر جديدة اليه. وقد قسمت الانظمة القانونية الى خمس مجموعات وهي كالتالي:

مجموعة القانون المدني

مجموعة القانون الموحد (القانون الانجلوسكسوني)

---

[59] جامعة أوتاوا الكندية، يمكن زيارة الموقع الخاص بمجموعة الأبحاث حول الأنظمة القانونية في العالم :
http://www.juriglobe.ca/ara/apropos/index.php

مجموعة القانون العرفي

مجموعة القانون الاسلامي

مجموعة القانون المختلط وهي مجموعة ليس لها نظام قانوني موحد بل تختلط وتتعايش فيها انظمة قانونية مختلفة. وأوضح الخبراء ان هذا التصنيف اعتمد بحسب الكتل السياسية وسوف نبدي بعض الملاحظات

**أولا:** التصنيف اعتمد على الدول أعضاء في الأمم المتحدة مضاف اليها الوحدات الترابية المستقلة التي لا تنتمي الى الأمم المتحدة وغيرها من الكيانات الصغيرة التابعة سياسيا لفرنسا او إنجلترا او أمريكا . والتي تدعى (بذرة دولة)

**ثانيا:** من الأنظمة القانونية ذات المرجعية الدينية خص القانون الإسلامي نظرا لوجوده الفعلي منذ ما يقارب من أربعة عشر قرنا وتوزعه في انحاء العالم. كما اشير الى القانون اليهودي اما بقية الأنظمة القانونية الدينية فلم تأخذ بالاعتبار نظرا لاضمحلالها وانصهارها.

**ثالثا:** لم يخصص صنف لما يسمى الشعوب الاصلية لعدم وجودها الفعلي كنظام قانوني مستقل.

**رابعا:** الأنظمة القانونية الاشتراكية لم تصنف لاعتبارها انها تنتمي الى نظام القانون المدني وكذلك طرق ومنهجيات وضع القاعدة القانونية وكذا تحقيق المبادئ العامة للقانون ويدرك خبراء الجامعة الكندية ان معظم الفقهاء يعتبرونه ضمن الأنظمة القانونية. لاتهم يأخذون بالمعيار المادي الصرف.

**خامسا:** لقد اضيف معيار الوزن الاقتصادي في تصنيف الأنظمة القانونية على أساس معدلات توزيع الإنتاج الداخلي الخام والدخل القومي الخام بحساب الفرد

**سادسا:** كما اضيف عنصر يهم المجهودات التي تبذل على المستوى العالمي والجهوي لتطوير اليات التجارة العالمية والاندماج القانوني بغية تسهيل المبادلات التجارية العالمية وتطوير آليات التحكيم الدولي ووسائل فض النزاعات في إطار ما يسمى بالعولمة الاقتصادية.

**سابعا:** تتمثل في إضافة عنصر يهم اللغات الرسمية للكيانات السياسية ومقاربتها للأنظمة القانونية أي توزع اللغات بحسب الأنظمة القانونية المختلفة.

في ختام هذا العمل المهم والمفيد للغاية، يمكن الاستنتاج الجازم والواضح أنه لا بد من التأكيد على أن دراسة التصنيفات القانونية المعاصرة تعتبر أمرًا ذا أهمية كبيرة لا يمكن إنكارها، وذلك لفهم تنظيم الأنظمة القانونية وكيفية تصنيفها بشكل متعمق ودقيق بطريقة شاملة. كما توضح أيضًا التباينات الجوهرية والمهمة والتشابه بين الأنظمة القانونية المختلفة، مما يسهل بشكل كبير عملية مقارنة مجموعة الأنظمة وتمييز سماتها الفريدة والمعقدة .علاوة على ذلك، فإن هذه الدراسة القيمة والرائدة تساهم بشكل كبير جدًا في تسليط الضوء على التطورات القانونية التي تطرأ في المجتمعات المتنوعة والاحتياجات المتزايدة من خلال فهم كيفية تغير هذه الأنظمة القانونية وتفاعلها مع الظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية المحيطة بها.

## المحاضرة الثالثة

## غايات الأنظمة القانونية المعاصرة

تهدف دراسة مختلف الأنظمة القانونية المعاصرة الى تحقيق غايات علمية وموضوعية حيث تعتبر المرجعية الاصلية لمختلف القوانين الوضعية في المختلف الدول وهذه الغايات تظهر فيما يلي:

الفرع الأول: الغاية العلمية من تطور القوانين الى القانون المقارن

الفرع الثاني: الغاية النقدية معالجة القانون الوطني من الخارج

الفرع الثالث: غاية الانتشار دوليا التعريف بالقانون الوطني

### الفرع الأول: الغاية العلمية من تطور القوانين الى القانون المقارن [60]

لا خلاف في ان تطور القوانين حدث في اوروبا خلال القرن التاسع عشر ميلادي وميلاد فكر فلسفي تنويري ومن اسباب ذلك نذكر منها:

**السبب الاول:** التطّور الذي عرفته مختلف النظريات الاجتماعية المرتبطة بفكرة التطور والارتقاء الحضاري.

**السبب الثاني:** ظاهرة الاستعمار الغربي لعدد من المناطق في العالم خاصة في القارة الإفريقية

**السبب الثالث:** ظهور فكرة "حتمية التطّور"، التي على أساسها يعتبر الغرب أنه من الضروري جدا أن تنتقل المجتمعات الإنسانية من مرحلة حضارية إلى مرحلة حضارية أخرى .أما فيما يتعلق بفكرة "تطّور القوانين" في حّد ذاتها، فهي تفيد بأن كل مجتمع من المجتمعات من الضروري أن يمّر بمراحل حضارية متعّددة إلى أن تصل إلى المرحلة التي وصل إليها المجتمع الغربي في العصر الحديث. وتتمثل هذه المراحل حسب أنصار هذه النظرية فيما يلي :

المرحلة البدائية

مرحلة الأعراف

مرحلة المجتمع الزراعي

مرحلة الحضارة الحديثة

خلال القرن العشرين بدأت فكرة التطور تتراجع بسبب الانتقادات الموجهة اليها وحل محلها القانون المقارن. والذي يتناول بقية الانظمة القانونية للشعوب الاخرى كما ظهر علم الاستشراق الذي يعتني بدراسة ثقافة الشرق الأدنى والشرق الأقصى. وقد جعل هذان العلمان الغرب يدرك جيدا اهمية الانظمة القانونية الاخرى في انحاء العالم ثرية وهامة وتعكس تاريخا عريقا، ولها أصول متجذرة، مختلفة عن القانون الأوروبي، وأحيانا تفوقها في العديد من الجوانب.

.فعلم المقارنة غيّر في فلسفة دراسة القانون من فكر عمودي يبحث عن التطور داخل نفس النظام القانوني الواحد المنغلق على نفسه إلى فكر أفقي يبحث عن الأفضل خارج إطار هذا النظام القانوني

---

[60] مطبوعة الأنظمة القانونية: الجامعة السعودية الالكترونية مرجع سابق ص ص 78-79

المنفتح على مختلف القوانين والأنظمة والتجارب الأخرى. فالعلاقات البشرية في مختلف المجتمعات يحكمها قانون، ولكن أي قانون؟

يُمكن أن يكون عرفا

يُمكن أن يكون قانونا سماويا، أي دين سماوي

يُمكن أن يكون قانونا قضائيا لا تشريعيا...الخ .

وعليه، واعتبارا لاختلاف القوانين في العالم وتنوعها، فإن فكرة البحث عن الأفضل والاستفادة من التجارب الأخرى تبقى أهم غاية يرمي القانون المقارن للأنظمة القانونية المعاصرة الوصول إليها

**الفرع الثاني: الغاية النقدية: معالجة القانون الوطني من الخارج** [61]

**الغاية الأولى:** خروج بالقانون الوطني الى العالمية من اجل تطويره عموديا، أي داخل نفس النظام القانوني الواحد،

**الغاية الثانية:** البحث عن حلول للنقائص التي تعتري النظام القانون الوطني من خلال البحث في مختلف الأنظمة القانونية المعاصرة، ولا تستقيم هذه المعالجة ولا تحقق أهدافها إلا إذا بنيت الدراسات المقارنة على الفكر النقدي للقانون الوضعي الوطني وكذلك الشأن بالنسبة للقانون الأجنبي. ويتعلق هذا الفكر النقدي بالمسائل التالية[62]

**أولا: النقد التاريخي:**

ان دراسة أي نظام قانوني يستوجب بالضرورة الوقوف عند مختلف جوانبه التاريخية. فالتاريخ من هذه الزاوية كعلم من العلوم الإنسانية، يساعد على استشراف المستقبل باعتباره علما يعرف باسم "علم استشراف المستقبل

فهم أصل التجارب الإنسانية والظواهر الاجتماعية وكيفية تطّورها. والقانون هو في الأصل ظاهرة اجتماعية مرتبطة شديد الارتباط بوجود الإنسان.

تقديم نظرة كلية للوجود الإنساني والظواهر الاجتماعية، ومن ثم فهم نجاح قاعدة قانونية من عدمه في وقت معين وفي مكان ما[63] والبحث عن الحلول لمشاكل لم يتعرض لها النظام القانوني المعاصر. فالتاريخ يعرض تجربة) ناجحة أو فاشلة (، والدراسة النقدية لهذه التجربة هي التي تساعد على ابتكار الحلول وتقديم الإضافة.

**ثانيا: نقد مضمون القانون**

---

[61] مطبوعة الأنظمة القانونية: الجامعة السعودية الالكترونية مرجع سابق ص ص 79-80

[62] جعفور محمد سعيد: مدخل الى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون دار هومة الجزائر 2004م

[63] خاطرصبري حمد: تاريخ القانون الصادر عن جامعة البحرين كلية الحقوق الطبعة الأولى 2013م ص 44

اعتماد منهج نقدي لمضمون القاعدة القانونية. للقانون الوطني كما للقانون الاجنبي باعتبار القانون أولا وأساسا علم له مقوماته وخصائصه. ويتم التركيز في هذا الإطار عن الجدوى الاجتماعية من سن قاعدة قانونية، والتفكير في مدى نجاحها أو فشلها في معالجة وضعية معينة وضعت من أجلها.

وهي أهم مقومات القانون المقارن. وإعمال هذا النقد يمثل في حّد ذاته إحدى أهم الغايات من دراسة الأنظمة القانونية المعاصرة، فهي تؤدي لا محالة إلى معالجة القانون الوطني.

**ثالثا: تطوير المناهج**

إن دراسة الأنظمة القانونية المعاصرة لا تقوم على منهج واحد. فالمناهج متعّددة ومتنوعة. ويتمثل دور الباحث في تطويرها حتى يتسنى له اكتشاف أكثر ما يمكن من خصوصيات وإشكاليات مطروحة بخصوص القانون الوطني أو القانون الأجنبي.

وعليه، فإن النقد يمكن أن يوجه أولا واساسا الى المناهج المعتمدة في الدراسات القانونية ان تقييم أي بحث في هذا المجال لا ينطلق مباشرة من النتائج التي توصل إليها، بل يكون انطلاقا من المناهج المعتمدة في البحث والعمل العلمي. وبالتالي يحرص الباحث فقط على اعتماد المناهج المتجددة والمناسبة في بحثه، وإنما يسعى كذلك إلى البحث عن مناهج جديدة من شأنها أن تطور العمل المقارن وتفضي إلى نتائج أكثر موضوعية

**الفرع الثالث: غاية الانتشار دوليا التعريف بالقانون الوطني**

إن الغاية الأساسية الأخرى من دراسة الأنظمة القانونية المعاصرة هي البحث في مدى انتشارها عالميا . فنجاح أي نظام قانوني وقياس مدى نجاعته وجدواه يقوم بالأساس على مدى تطبيقه من طرف الدولّ داخل انظمتها القانونية ومن ثم قد تتجاوز إرادة البحث عن معالجة القانون الوطني إلى البحث كذلك عن التعريف به من خلال مضمونه وإيجابياته وتطبيقاته ومميزاته، مقارنة بالأنظمة القانونية الأخرى

وتساعد هذه الطريقة في التعريف بالقانون الوطني والنظام القانوني المرجعي، ويسهل على بقية الدول اقتباسها والعمل بها، باعتبارها تمثل نموذجا ناجحا

وبعبارة أكثر وضوحا، تهدف دراسة الأنظمة القانونية المعاصرة من خلال القانون المقارن إلى البحث عن القانون النموذجي والمثالي، ويعتبر معيار "انتشار القانون" وتطبيقه في أكبر دائرة ممكنة بين مختلف دول العالم نموذجا على نجاحه.

وهنا يمكن طرح مسالة الاختلافات بين العولمة والعالمية وسوف نوجزها في النقاط التالية [64]:

العالمية لا تقصي سيادة الدولة على عكس العولمة والعالمية أقدم من العولمة ظهرت العالمية منذ نشأة المجتمعات بينما العولمة ظهرت في ستينيات القرن الماضي. والعالمية توحي بالمشاركة والارتياح في

[64] بوزيد سراغني: مقال العولمة القانونية والياتها. المجلة الجزائرية للأمن والتنمية العدد التاسع جويلية 2016م ص 174

مضمون تطبيقها بينما العولمة تعتمد على الية التغيير من الخارج. (الهيمنة) عبر اليات ثلاث (الاتفاقيات والعقود الدولية) (المنظمات الدولية) و(القضاء الدولي الدائم)

**مصطلحات الوحدة:**

**النظام السياسي:** يمثل مجموعة من القواعد والأجهزة المتناسقة المترابطة فيما بينها، تبين نظام الحكم، ووسائل ممارسة السلطة وأهدافها وطبيعتها ومركز الفرد منها وضماناته قبلها، كما تحدد عناصر القوى المختلفة التي تسيطر على الجماعة وكيفية تفاعلها مع بعضها، والدور الذي تقوم به كل منها

**النظام الاقتصادي:** هو مجموعة الأحكام والقواعد والوسائل التي تطبق على النشاط الاقتصادي في المجتمع المتعلقة بتنظيم الاقتصاد وتسييره وحل مشاكله في النواحي الإنتاجية والتوزيعية والتبادلية. كما يتضمن هذا النظام ما يتعلق بتوزيع الثروة وتملكها والتصّرف فيها .

**النظام الاجتماعي:** هو مجموعة من القواعد والمؤسسات والممارسات الاجتماعية المترابطة التي تقوم على حماية وتقوية الأساليب والوسائل المعتادة للتصرفات والأفعال داخل المجتمع.

**عولمة القانون:** توحيد القوانين وجعلها عالمية الطابع تشريعيا وتنفيذيا وتطبيقيا (قضائيا)

**القانون العالمي:** مجموع المبادئ والنظريات والقواعد القانونية المطبقة على نطاق واسع في مختلف دول العالم.

**مخرجات الوحدة:** إن مخرجات هذه الوحدة وأثرها على علم الطالب ومعرفته تتمثل في :

- الوقوف على خصوصية تعريف النظام القانوني المعاصر وتمييزه عن المفاهيم القريبة منه مثل النظام السياسي والنظام الاجتماعي .
- معرفة مختلف التصنيفات المعتمدة من طرف الفقهاء للأنظمة القانونية المعاصرة، وتعدد المعايير المعتمدة في هذه التصنيفات، وهي تصنيفات تجد العديد من النقد .
- توضيح التجربة الجديدة بجامعة أوتاوا بكندا في تصنيف الأنظمة القانونية .
- توضيح الغايات التي ترمي دراسة هذه الأنظمة القانونية لتحقيقها، وهي غايات متعّددة ولكنها مهمة اعتبارا لأهمية القانون المقارن ولأهمية النتائج التي يروم الباحث تحقيقها من وراء مقارنة القانون المقارن بنظام قانوني أجنبي

**المراجع:**


- الترمانيني عبد السلام: القانون المقارن والمناهج القانونية الكبرى، جامعة الكويت الطبعة الثانية 1982م.
- جعفور محمد سعيد: مدخل الى العلوم القانونية الوجيز في نظرية القانون دار هومة 2004م الجزائر
- خاطر صبري حامد: تاريخ القانون الصادر عن جامعة البحرين كلية الحقوق الطبعة الأولى 2013م
- محمد نصر محمد: علم القانون والقانون المقارن
- عبد المنعم البدراوي: القانون المقارن، مجلة القانون والاقتصاد، العدد4, 1959

- مطبوعة الأنظمة القانونية المعاصرة. كلية العلوم والدراسات النظرية، قسم القانون، الجامعة السعودية الالكترونية , 2018م.
- بوزيد سراغني: مقال العولمة القانونية والياتها. المجلة الجزائرية للأمن والتنمية العدد التاسع جويلية 2016م
- جامعة أوتاوا الكندية، يمكن زيارة الموقع الخاص بمجموعة الأبحاث حول الأنظمة القانونية في العالمhttp://www.juriglobe.ca/ara/apropos/index.php :
- LEGRAND (Pierre) : (2002) Le droit comparé, Paris, PUF (Que-sais-je ?).
- DAVID (René) et JAUFFRET-SPINOSI (Camille) (2013) : Les grands systèmes de droit contemporains, Paris, Dalloz, 12ème édition.
- Bruno de Loynes de Fumichon (2013), Introduction au droit comparé, L'école de droit de la Sorbonne (université Paris I).
- LEGEAIS (Raymond) : (2008) Grands systèmes de droit contemporains, Paris, Litec, 2ème édition

## الوحدة الرابعة

## مميزات النظم القانونية المستنبطة من السوابق القضائية

في هذه الوحدة. سنتعرف سويًا على أحد أهم النظم القانونية المعاصرة وهو النظام القائم على السوابق القضائية، من خلال أنشطة تفاعلية وأسئلة تفكير وتأمل هل تساءلت يومًا لماذا تختلف القواعد القانونية من دولة إلى أخرى رغم وحدة الغاية من القانون؟ إنّ هذا التنوّع ليس مجرّد اختلافٍ في النصوص أو المصطلحات، بل هو انعكاس لتعدّد الأنظمة القانونية في العالم، والتي تشكّل بمجموعها لوحةً ثريةً من المرجعيات الفكرية والثقافية. ومن بين أبرز هذه الأنظمة يبرز النظام الأنجلوسكسوني(Common Law) ، الذي يُعرف أيضًا باسم نظام السوابق القضائية .فهو النظام الذي يقوم على فكرة محورية مفادها أن الأحكام القضائية السابقة تشكّل مصدرًا ملزمًا للقانون، بحيث تُصبح قرارات القضاة أنفسهم جزءًا من البناء القانوني للدولة .

**تأمل معي: هل يمكن أن يكون القاضي مُشرِّعًا؟**

في النظام الأنجلوسكسوني، الجواب هو نعم، إلى حدٍّ ما .فالقاضي لا يطبّق النصوص فحسب، بل يُنشئ من خلال أحكامه قواعد عامة تسري على الحالات المشابهة. ولذلك، فإنّ دراسة "السابقة القضائية" ليست مجرّد بحثٍ في قضيةٍ قضت بها محكمة، بل هي مدخل لفهم فلسفة قانونية كاملة تقوم على منطق التجربة العملية، لا على النصوص المجرّدة.

**ومن هنا، تهدف هذه الوحدة إلى تمكين الطالب من:**

- فهم السابقة القضائية وتحديد تأثيراتها
- ان يتعرف على أهمية حجية السوابق القضائية
- ان يتعرف على تطبيقات السوابق القضائية في النظام القانوني الأنجلوسكسوني
- أن يتعرف على تطبيق السوابق القضائية في النظام القانوني الروماني الجرماني .
- أن يدرك أهمية السوابق القضائية وخصوصياتها في النظام القانوني الإسلامي.

في نهاية هذه الدراسة، ستكتشف أنّ النظام الأنجلوسكسوني ليس مجرد تجربة قانونية محلية، بل نموذجٌ عالمي أثّر في غيره من النظم، وطرح تساؤلاتٍ جوهرية حول مصدر القاعدة القانونية: هل هو التشريع؟ أم القضاء؟ أم كليهما معًا؟

انطلق معنا في هذا المسار لفهم سرّ تميّز النظام القائم على السوابق القضائية، ومكانته ضمن الخريطة القانونية العالمية.

**موضوعات الوحدة:** تتناول هذه الوحدة ما يلي:

المطلب الأول: مفهوم السابقة القضائية

المطلب الثاني: أهمية السابقة القضائية وعيوبها

المطلب الثالث: تطبيقات السابقة القضائية في النظم القانونية المعاصرة

**المقدمة:**

لا عجب ان في كل دولة نظام قانوني مميز غير ان كلها تهدف الى تحقيق نفس الأهداف العامة تقريبا رغم انها تختلف في مضمونها وتنوع مرجعياتها، والتي تعود الى الأنظمة القانونية المعترف بها عالميا ويعتبر النظام الانجلوسكسوني أحد اهم الأنظمة القانونية المعاصرة. على غرار القانون الرومانوجرماني والنظام القانوني الإسلامي. حيث يعتبر القاضي هو مصدر القاعدة القانونية في أنظمة القانون المستمدة من السوابق القضائية وهي الفكرة الأساسية او الفلسفة العامة التي يقوم عليها هذا النظام. ولدراسته علينا الوقوف عند مفهوم ومقومات وانواعه واثاره ثم مميزات وخصائص النظام القانوني الانجلوسكسوني لكي ندرك أهمية السابقة القضائية في هذا النظام وسبب اعتماد العمل بهذا الطريقة. مما يجعل القضاء ذو أهمية كبيرة في الدولة من اجل حل النزاعات وما يفرزه من مبادئ ذات قيمة قانونية واجبة التطبيق. وهذا ما يسمى بالسابقة القضائية التي تتميز بها الأنظمة الانجلوسكسونية في كل من إنجلترا والولايات المتحدة الامريكية ولاعتبارات استعمارية مثل الهند وجنوب افريقيا. كما طبقته بعض الدول لأسباب اقتناعية مثل استراليا.

ولكي نعطي حكما على هذا النظام علينا مراجعة تطبيقاته في الأنظمة القانونية الأخرى ومدى تأثرها بفكرة السابقة القضائية.

## المحاضرة الأولى

## مفهوم السابقة القضائية

السابقة القضائية هي فكرة فلسفية تعتمد بعض النظم القانونية في تكوينها حيث تعطي أهمية كبيرة للقضاء على حساب السلطة التشريعية في سن القوانين وبهذا التميز سوف نتناول تعريفه وبيان مقوماته وضبط اثاره.

### الفرع الأول: تعريف السابقة القضائية

مصطلح السوابق القضائية مكونة من كلمتين هما:

**السوابق لغة:** تعني التقدم والاولوية في الشيء. **والقضاء في اللغة:** بمعنى الحكم او الأداء والانتهاء. او الاكمال. او الاخبار والابلاغ. او القتل والموت او بلوغ الحاجة.

**والقضاء في الاصطلاح:** فهو الالزام بالحكم الشرعي من الحاكم وفصل الخصومات

**اما السوابق القضائية:** له معنيان المعنى الواسع والمعنى الضيق

**المعنى الواسع:** سابقة بمعنى Précèdent بانه شمول كل حكم سابق تكون الوقائع فيه قريبة الشبه من الوقائع الموجودة في القضية محل النظر سواء ان كان الحكم السابق ملزم او غير ملزم.

**المعنى الضيق:** فهي حكم قضية صادر من محكمة مختصة يعتبر مثالا او مرجعا لقضية مماثلة تنشا فيما بعد. فهي لا تكتفي بإصدار حكم في الموضوع بل تتجاوز الى مستوى وضع القاعدة القانونية بمفهومه القضائي لتصبح مرجعا في المستقبل للمحاكم لتطبيقها. وهذا ما يجعل مكانة القضاء متميزة.[65]

ويشار اليها في الفقه الانجلو امريكي تحت مصطلح Stare Decisis وتعني ان تقيد المحاكم بالمبادئ القانونية المعلنة في احكام سابقة إذا كانت الوقائع متماثلة فالقاضي مقيد باتباع القرارات السابقة.

اما السابقة القضائية في الفقه الانجلوسكسوني هو الحكم الذي أصدرته المحكمة يلزم جميع المحاكم الأدنى مرتبة بتطبيقها. اما السابقة القضائية في الفقه اللاتيني وتعرف بانها وجوب دعم الاحكام مع عدم اخلال بالقواعد المستقرة التي تعد المنهج المختار وهو تقنين النصوص الموجودة المسماة (القانون الثابت)

ومن خلال التعريفات السابقة هناك تباين يصل أحيانا الى حد التناقض وخاصة بين الأنظمة الانجلوسكسونية واللاتينية.

في هذا النظام لا يتوقف اثار الحكم على الخصمين بل يتجاوز تطبيقها الى كل منازعة مماثلة لها. وتكرار تطبيقه يجعلها تتحصن ضمن القواعد القانونية الواجبة التطبيق على الجميع. وهذه الأهمية القانونية التي اكتستها بسبب التعليل المزدوج:

**فمن جهة** شكل التبرير إضافة للمنظومة القانونية

**ومن جهة ثانية** تحولت هذه الإضافة ملزمة لبقية القضاة

---

[65] بقيق محمد: مدخل علم لدراسة القانون، مركز النشر الجامعي الجزائر 2002م ص 53

ورغم اختلاف الفقهاء في تعريف السابقة القضائية الا انها تقوم على وجود عنصرين هما:

**أولهما:** وجود فصل في نزاع معروض امام المحاكم وحسم بشكل نهائي استوفى فيه شروط الاستئناف والنقض.

**ثانيا:** أصبح الحكم بمثابة سابقة قضائية في القضايا المماثلة التي ترفع في المستقبل. وتكرار تنفيذها تجعلها تأخذ صفة القاعدة القانونية يعود اليها القاضي في فصل أي قضية مماثلة لها. فتتحول السابقة القضائية الى قضية قانونية مفصولة مسبقا أسست لمبدأ او قاعدة وما على القاضي الا اعتمادها في حكمه في القضايا المماثلة.[66]

غير ان الفقهاء يميزون بين نوعين من السوابق القضائية

**من جهة أولى:** السوابق القضائية الملزمة صادرة من محاكم عليا وتلتزم بها المحاكم الدنيا بتطبيقها واحترامها.

**ومن جهة ثانية:** السوابق القضائية الغير ملزمة رغم أهميتها وهي بعض الاحكام الصادرة عن المحاكم الدنيا. غير ان الاعتبار في السوابق القضائية الملزمة والتي تتوافر على العناصر التالية:

وجود تطابق بين المسالة المحلولة في السابقة القضائية والمسالة المراد حلها المعروضة امام القضاء

ان تكون السابقة القضائية حاسمة للنزاع

عدم وجود عنصر مادي او قانوني ينافي ويمنع تطبيق السابقة القضائية.

**الفرع الثاني: قيام السابقة القضائية على نشر الاحكام القضائية**

يعود الفضل في انشاء الأنظمة القانونية المعتمدة على السوابق القضائية على قدرات ومجهودات القضاة لذلك يجب توفير الإمكانات التي تمكن القضاة من الاطلاع على مختلف التجارب القضائية الأخرى لتمكينهم بطريقة مهنية وقانونية وعلمية في ترسيخ السابقة القضائية.

ولكي يطلع عليها الجمهور ويكونوا على علم بهذه المبادئ القضائية يجب نشر هذه الاحكام القضائية في نشريات خاصة مصنفة بكل محكمة على حدة، ومنظمة حسب المواضيع والاهمية بشكل يسهل الرجوع او الاطلاع عليها.

**ويهدف نشر السوابق القضائية الى تحقيق ما يلي:**

محاولة توحيد الاحكام وسبل تأصيلها عن طريق الاطلاع على مختلف الاجتهادات القضائية

تأليف مراجع قانونية في القضايا المماثلة يعود اليه المختصون في المجال القانوني مثل القضاة والمحامون وغيرهم. تساعدهم على تطوير العمل القضائي. ولكي تنجح هذه السوابق القضائية في ترسيخ هذه المبادئ القانونية يجب ان تأخذ قسطا من التروي والتمحيص وعدم التسرع لكي يصدر الحكم دون تردد.

---

[66]DAVID (René) et JAUFFRET-SPINOSI (Camille) (2013) : Les grands systèmes de droit contemporains op cit p. 142

نشر الثقافة القانونية بين المواطنين. وتقليص حالات اللجوء الى المحاكم لفض النزاعات إذا كان الفرد يعلم بمال الخصومة إذا كانت غير سليمة قياسا على قضايا مماثلة. وهذا ما يجعل المتقاضين يطمأنون للقضاء إضافة الى اتاحة المجال للفقهاء في ابداء آرائهم ومناقشة المبادئ المطروحة التي استند اليها القضاء في احكامهم. [67]

**الفرع الثالث: اثار السابقة القضائية**

يعود تطبيق هذا النظام في بريطانيا تاريخيا فهي مرتبطة بمجموعة العوامل التي ساهمت في بناء هذا النوع من الأنظمة وتتمثل هذه الاثار فيما يلي:

احترام المحاكم العليا باتباع احكامها القضائية السابقة فمحكمة اللوردات ومحكمة الاستئناف ملزمة باتباع قرارتها السابقة. فتصبح قدوة للمحاكم الدنيا،

فكل قاض ملزم في خكمه مستند لسابقة قضائية ان يثبت رجوعه الى حكم سابق مماثل صادر من أي محكمة كانت خاصة المحكمة العليا. ويضيف التعليل في منطوق الحكم المعتمد على السابقة القضائية وهو جوهر القرار. وتبقى السابقة القضائية سارية المفعول مع الزمان والمكان ولكن هذا لا يمنع ان تتطور السوابق القضائية بمرور الزمن او تلغى إذا لم تواكب التطور والظروف المستحدثة فيجعل من السابقة القضائية غير قابلة للتطبيق.

وكثير من الدول التي تعتمد على في نظامها القانوني المستنبط من السابقة القضائية على راسها النظام القانوني البريطاني وان وجدت اختلافات بينها فهي تغييرات طفيفة ولا تمس بجوهرها[68].

---

[67] الترمانيني، عبد السلام: القانون المقارن والمناهج القانونية الكبرى مرجع سابق ص 49

[68] DAVID (René) et JAUFFRET-SPINOSI (Camille) (2013): Les grands systèmes de droit contemporains op cit p. 144

## المحاضرة الثانية

## أهمية السابقة القضائية ومساوئها

تعد السابقة القضائية موضوعا مهما للغاية ومحوريا في النظام القانوني، حيث تمثل تجربة سابقة تؤثر بشكل كبير على القرارات القضائية الحالية والمستقبلية. إن دراسة السابقة القضائية تشكل أساسا لفهم كيفية تطور القانون وكيفية استمرارية المبادئ القانونية على مر الزمن. ودورها الفعال في توجيه القضاة نحو اتخاذ القرارات المنسجمة مع الأطر القانونية المستقرة.

ان ظهور نظام قانوني يعتمد على السابقة القضائية له ما يبرره فدراسة الظاهر القانونية من زاوية علمية تكشف ان هناك عناصر وأسباب أدت الى ظهوره. وتعكس مضمونه وتطبيقاته او تعكس مدى نجاحها او فشلها وما دام هذا النظام القانوني مازال قائما الى حد الان كنظام قانوني مستقل بذاته مما يوحي ان له مقومات يرتكز عليها في بنائه وهذا لا يمنع ان بعض الفقهاء انتقدوا هذا النظام وهذا النقد لا يمكن ان يقلل من أهمية ومكانة النظم القانونية القائمة عليه. وسوف نتناول في هذا البحث جانبين:

مبررات العمل بالسابقة القضائية

عيوب السابقة القضائية

### الفرع الأول: مبررات العمل بالسابقة القضائية

اجمع معظم الفقهاء على ان مبررات وجود هذا النوع من الأنظمة القانونية التي تعتمد على السوابق القضائية وفي مجملها إيجابيات وهي مستمدة هذه المبررات ليس فقط من النظام البريطاني والذي موطنه الأصلي بل كذلك من النظام الأمريكي الذي يعتبر نموذجا لاحد الأنظمة القانونية المعتمدة على السوابق القضائية. وكذلك على أنظمة قانونية تعتمد على نظام السوابق القضائية دون ان تكون مصدرها القانون البريطاني وهو النظام القانوني الإسلامي. ويمكن ذكر هذه المبررات في النقاط التالية:

#### التبرير الأول: تحقيق المساواة وتسهيل السبل امام القضاء

يهدف نظام السابقة القضائية الى تحقيق مبدا المساواة واعماله بين جميع الأطراف الماثلة امام المحكمة دون تمييز[69] بينهم فهو يحرص على تطبيق القاعدة ذاتها وباستمرار في القضايا المماثلة مما يسهل عليهم الفصل في الاحكام ويزيل عنهم الريب والتردد فيها.

#### التبرير الثاني: اليقين القانوني: ضمان النتيجة الموضوعية في النزاع

احترام وتطبيق السابقة القضائية يسهم في تحقيق الموضوعية المرجوة من القضاة. في البت في النزاع مما يساهم في تعزيز مبدا المساواة والثقة في المسار المستقبلي الذي ستتخذه المحكمة في حل المشاكل القانونية المتعلقة بالقضية. لان القاضي ملزم باتخاذ السوابق القضائية في المسائل المماثلة التي سبق ان حكمت بها المحكمة. مما يوحد الاجتهاد في الاحكام القضائية.

---

[69]DAVID (René) et JAUFFRET-SPINOSI (Camille) (2013): Les grands systèmes de droit contemporains op cit p. 142 ،

**التبرير الثالث: نجاعة السابقة القضائية**

استيعاب القاضي للسابقة القضائية وتمكنه منها يجعله أكثر ارتياحا خلال النطق بالحكم مما ينتج عنه نجاعة وفاعلية حسنة في الفصل في النزاعات المعروضة عليه.[70]

**التبرير الرابع: تجنب الوقوع في التناقض والتضارب بين الاحكام**

تطبيق السابقة القضائية يؤدي الى توحيد الاحكام وتجنب الوقوع في التضارب والتناقض بين نفس الاحكام المماثلة التي تصدر في نفس الموضوع

**التبرير الخامس: المرونة: حركية القضاء**

ظاهرة التطور التي يعرفها المجتمع تلزم القاضي ان يكون على استعداد للتغيير مع تطور النزاعات وتغير مضمونها ونوعها وطبيعتها مما يجعل من القاضي عالما او باحثا فهو ملزم بالاجتهاد والبحث عن حل النزاع المعروض امامه. ويتحقق ذلك من خلال إمكانية ابطال القرارات غير السليمة والسماح بتطوير مبادئ جديدة عن طريق الامتداد او القياس لتتوافق مع المبادئ الجديدة.

**التبرير السادس: وضع نظام قضائي يراعي السابقة القضائية [71]**

إن تنظيم الهيكل القضائي في الدولة مهم للغاية يهدف الى إبقاءه متماسكا. وتصنف المحاكم على شكل هرمي كلما صعدنا الى اعلى الهرم نجد محكمة موحدة (المحكمة العليا) وفي أسفل الهرم عدد كبير من المحاكم منتشرة في الأقاليم. (المحاكم الابتدائية) حيث تلتزم المحكمة الابتدائية بقرارات المحكمة العليا وعادة ما تكون ملزمة إذا كانت سابقة قضائية وعلى تسلسل في الاحكام حكم قضائي ابتدائي ثم حكم قضائي استئنافي، ثم حكم قضائي صادر عن المحكمة العليا، مما يتيح للمتقاضين فرص لنيل حقوقهم ومما يتيح للقضاء مراجعة احكامها من اجل تثبيت الاحكام، مما يساعد بشكل لا مجال للشك فيه، على تثبيت السوابق القضائية وسهولة الرجوع إليها. فالمحاكم العليا مثلا يكون لها سلطة أدبية على المحاكم الدنيا، وبالتالي تعمل هذه الأخيرة على تطبيق الاجتهادات المستقرة التي توصلت إليها المحكمة العليا.

**التبرير السابع: تثبيت السابقة القضائية واستمراريتها في الزمن**

لكي تولد سابقة قضائية تحتاج الى مدة زمنية بالإضافة الى استقرارها خلال هذه المدة المستمرة دون الاخلال بقواعدها. وعدم تغييرها بسرعة وعدم الطعن فيها من الفقهاء ويقتنع القضاة دون تردد في تطبيقها في قضايا مماثلة وإلا فقدت السابقة القضائية مقوماتها وتحولت إلى مجرّد حل عادي أو إلى حل "يتيم". إن عدم الاستقرار في الأخذ بالسابقة القضائية، أي الاستمرار في تغيير السابقة القضائية، قد يؤدي بالضرورة إلى نتائج سلبية مثل التردّد وانعدام الموضوعية والتحيز وانعدام الحياد، وجميعها تعدّ من أخطر الأمراض التي يمكن أن تصيب جهاز القضاء في الدولة. وعليه تكون السابقة القضائية باستقرارها هذا

---

[70] , DAVID (René) et JAUFFRET-SPINOSI (Camille) (2013): Les grands systèmes de droit contemporains op cit p. 142.

[71] مطبوعة الأنظمة القانونية: الجامعة السعودية الالكترونية مرجع سابق ص 101

مصدر ثقة وأمان في المعاملات بين الأفراد أمام القضاء عند إصدار الأحكام. كما تجعل هذه السوابق القضائية محلا للدراسة والبحث في قاعات الجامعات المتخصصة ودور تدريب القضاة فيكون ذلك عونا لهم في صقل ملكاتهم ونقل الخبرات إليهم.

**الفرع الثاني: مساوئ السابقة القضائية**

لا خلاف في أن للسابقة القضائية إيجابيات عدّة مستمدة من مقوماتها ومن خصوصياتها كفكرة أو كفلسفة يقوم عليها العديد من الأنظمة القانونية في مختلف الدول، خاصة منها ذات التوجه الأنجلوسكسوني. ولعلّ مقوماتها الإيجابية هذه هي التي ساعدت في انتشارها خاصة في إطار "الكومن لو". غير أن العمل بالسابقة القضائية يتضمن سلبيات عدة، وهو ما جعل الفقه يتوجه إليها بالنقد. ويمكن حصر هذا النقد في نقاط أربع:[72]

**أولا، الصرامة: أي وجود قيود على السلطة التقديرية للقاضي بسبب** هناك جمود متأصل في تطبيق المبدأ قد يسبب مشقة للمتقاضين فالتعريف بالسابقة القضائية عبر آلية نشرها في منشورات ووضعها بيد القاضي ليلتزم بها، وليطبقها على القضايا المماثلة، هو أمر نسبي اعتبارا لخصوصية الوقائع والتصرفات القانونية التي تتغير في الزمان والمكان. فهي حتى وإن تشابهت إلا أنها لا تكون متطابقة. وتعني النسبية عدم الالتزام المطلق بالسابقة القضائية

**ثانيا: خنق الابتكار** عدم قدرة السابقة القضائية على مواكبة التطور الذي يفرضه نسق سير المجتمع على جميع المستويات. فالظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والصحية والثقافية والأمنية وغيرها تتغير من وقت إلى آخر، ويستوجب هذا التغيير تطوّرا في القوانين لتأطيرها وتنظيمها من جديد (خصوصا اليوم فيما يتعلق بالثورات التكنولوجية والمعلوماتية والطبية والعلمية وغيرها). فجميع هذه الظروف وتلكم التغييرات والتطورات من شأنها أن تضعف من قابلية السابقة القضائية على الانطباق.

**ثالثا،** إذا سلمنا جدلا بأننا أمام نظام يعتمد على السابقة القضائية، أي إلزام القاضي بتطبيق ما توصل إليه زميله سابقا في خصوص الوقائع المماثلة، فهذا يعني أن السابقة القضائية تجعل من القضاء يقوم بمهمتين اثنتين، فالقاضي مشرع والقاضي يطبق القانون. وعليه، فإن ذلك يُوجد خرقا لمبدأ الفصل بين السلطات العامة في الدولة، وتحديدا يُحدث تداخلا وخلطا في المهام والاختصاصات بين السلطتين التشريعية والقضائية، أو ربما نتحدث عن اعتداء السلطة القضائية على الاختصاص الجوهري للسلطة التشريعية وهو إصدار القوانين.

**رابعا،** إن نشر السابقة القضائية والحرص على تطبيقها واحترامها من طرف القضاة في القضايا المماثلة لا يختلف في شيء عن كتابة النص القانوني ونشره وحرص السلطة وأطراف القضية على تطبيقه. ومن ثم

---

[72] مطبوعة الأنظمة القانونية: الجامعة السعودية الالكترونية مرجع سابق ص 101

يكون اعتماد القانون أفضل باعتبار أن القاعدة القانونية المكتوبة تتميز بعمومتيها وتجرّدها وإلزاميتها، ومن ثم ترتب جزاءً على من يُخالفها.

وأخيرا يمكن القول إن السابقة القضائية تمتلك أهمية كبيرة وجوهرية في تعزيز الاستقرار القانوني وتأثيرها المباشر على توجيه القرارات القضائية في المستقبل، إلا أنها تأتي أيضًا مع بعض المساوئ التي تشمل التباطؤ في تطوير القانون بشكل متسارع، مما قد يؤثر سلباً على العدالة والتطور القانوني بشكل عام، حيث إن ذلك قد يعيق التقدم والتكيف مع المستجدات. لذلك، فان البحث بضرورة إيجاد توازن بين استخدام السابقة القضائي والتطور القانوني فاذا كانت السابقة القضائية تتميز بالثبات والاستقرار في النظام القانوني وفي الوقت نفسه يجب مراعات الحاجة الى التطور والتغير في الظروف الاجتماعية والتكنولوجية. وعلى النظام القانوني ان يقوم بضبط واستخدام السابقة القضائية بحذر لضمان تحقيق التوازن بين الثبات والتطور. وينبغي ان تكون السابقة القضائية مرنة بما يكفل التكيف مع المتغيرات والاحتياجات الجديدة في المجتمع ولذا يجب تعزيز وتعميق البحث والمناقشة حول كيفية التوازن بين استخدام السابقة القضائية والتطور القانوني.

## المحاضرة الثالثة

## تطبيقات السابقة القضائية في النظم القانونية المعاصرة

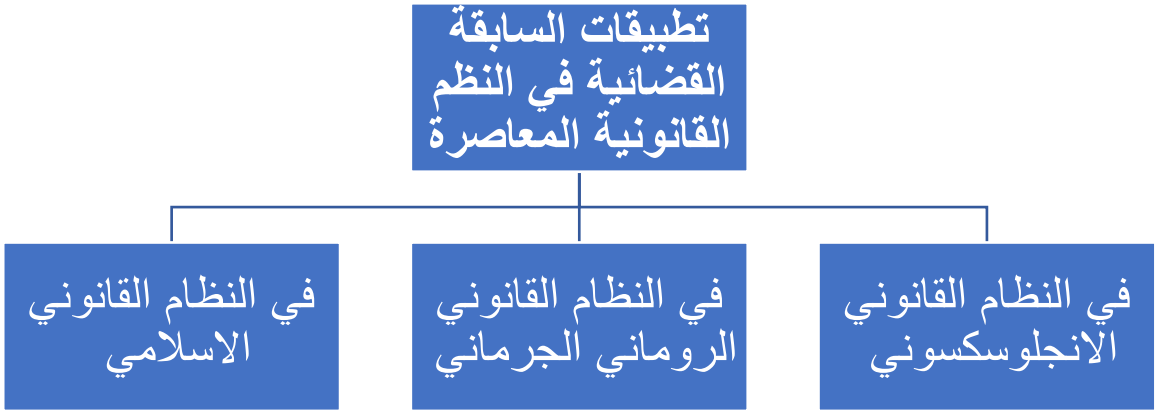
### التمهيد التفاعلي

هل سبق أن سمعت أن القاضي في إنجلترا يُمكنه أن "يُنشئ قاعدة قانونية"؟ ألا يبدو ذلك غريبًا بالنسبة لطالبٍ درس أن المشرّع هو المصدر الأول للقانون؟ في الواقع، هذا ما يميز النظام الأنجلوسكسوني المعروف باسم نظام الكومن لو(Common Law) ، حيث لا يقتصر دور القاضي على تطبيق النصوص، بل يمتد إلى خلق القواعد القانونية من خلال أحكامه. وتعتبر بريطانيا مصدر هذا النظام القانوني المستمد من السوابق القضائية رغم الأنظمة القانونية تأخذ من السابقة القضائية غير انها لا تعتبره المصدر الأساسي ومن بين الدول التي تأثرت هي الولايات المتحدة الامريكية وأستراليا وعدد هام من الدول وجدت في هذا النظام القانوني نموذجا يحتدى به او بسبب تأثير الثقافي والقانوني للاستعمار البريطاني على هذه الدول. وخاصة في القارتين الافريقية والأسيوية مثل الهند وجنوب افريقيا. غير ان تأثيره على الدول التي تأخذ بالنظام الروماني الجرماني او ما يسمى كذلك باللاتيني يكاد يكون معدوما او ضعيف أحيانا بسبب تمسكها بتقاليدها القانونية المستمدة من التشريع اما بالنسبة للنظام القانوني الإسلامي فلم يتأثر باي من النظامين لأنه يعتمد على مقوماته الذاتية فهو نظام متكامل مصدره القران والسنة. وان وجدت أوجه للتشابه ليس معناه انه مقتبس او متأثر بالنظام الانجلوسكسوني او غيره من الأنظمة الاخرى وسوف نتناول تطبيقات السابقة القضائية:

في النظام القانوني الانجلوسكسوني

في النظام القانوني الروماني الجرماني

في النظام القانوني الإسلامي



**الفرع الأول: السابقة القضائية في النظام القانوني الانجلوسكسوني**

تعتبر فكرة السابقة القضائية في النظام الانجلوسكسوني مهد نشأتها بريطانيا يرتبط نظامها القانوني أساسا بالقضاء مما جعل القضاء له أهمية كبيرة واهمية دوره في المجتمع البريطاني هما اللذان صنعا تقاليد معينة في النظام القانوني البريطاني فالقضاء هو المصدر الأساسي للقاعدة القانونية مما جعله قانونا قضائيا.[73] وكان المجتمع البريطاني لا يثق بالتشريع لأنه يعتبره مظهر لتعسف الحكام غير ان الوضع تغير وتطور بمرور الزمن.

ونقصد به انه قانونا قضائيا من خلال احترام السابقة القضائية عندما يفصل في قضية معروضة امامه للبت فيها فهو ملزم باحترام وتطبيق القاعدة التي استنبطها زملاءه القضاة من قبله في الوقائع والتصرفات القانونية المماثلة.[74]

والاحكام القضائية في بريطانيا يمكن تصنيفها الى نوعان:

**النوع الأول:** وهي الاحكام الصادرة التي تستنبط في منطوقها القاعدة مما تجعله سابقة قضائية.

**النوع الثاني:** الاحكام التي تطبق القاعدة باعتبارها سابقة قضائية.

فالنوع الأول دائما يكون صادر من المحاكم العليا في الدولة في حين يكون النوع الثاني يصدر عن المحاكم الدنيا فمثلا تعتبر الاحكام القضائية الصادرة عن محاكم الاستئناف سوابق قضائية ملزمة لجميع المحاكم الأخرى التي تكون اقل منها درجة وغير ملزمة لمجلس اللوردات باعتباره الهيئة القضائية العليا وهو اعلى درجة من محاكم الاستئناف.

**الفرع الثاني: السابقة القضائية في النظام الروماني الجرماني[75]**

تعتبر الدول الغربية مثل فرنسا وألمانيا والنمسا وإيطاليا وسويسرا نماذج لتطبيقات النظام القانوني المستمد من التشريع فهو يختلف كليا عن فكرة السابقة القضائية في مستوى مقوماته وخصائصه ويظهر في مستوى القضاء. فالقاضي في النظام الانجلوسكسوني هو صانع. ومنفذ القانون في نفس الوقت عن طريق السوابق القضائية اما القاضي في النظام الروماني الجرماني فدوره مختلف ينحصر في تنفيذ القانون على كل النزاعات التي تعرض عليه. والسلطة التشريعية من اختصاصها اصدار وإلغاء القوانين. وإذا لم يجد القاضي نصا قانونا يطبق على الواقعة القانونية او للتصرف القانوني فانه يجتهد في البحث عن حل وان يبحث عن قصد المشرع من خلال نصوص التشريع ولا يعني انه حر في تبني التفسير الذي يفضله ومن هذا المنطلق نلاحظ ان:

ان اجتهاد القاضي في النظام القانوني اللاتيني ينحصر في تطبيق القانون وفي حال تعذر وجود حل قانوني فهو غير ملزم بالحل القضائي او السابقة القضائية او بالاجتهاد القضائي التي توصلت اليه

---

[73] بقيق محمد: مدخل علم لدراسة القانون مرجع سابق ص 60

[74]DAVID (René) et JAUFFRET-SPINOSI (Camille) (2013) : Les grands systèmes de droit contemporain op cit , p. 148

[75] مطبوعة الأنظمة القانونية: الجامعة السعودية الالكترونية مرجع سابق ص 105

محكمة أخرى حتى ولو كانت محكمة عليا في التنظيم القضائي. بل لها قوة أدبية ولكنها ليست ملزمة باي حال من الأحوال. ويمكن لاي قاضي ان يخالفها ولا يؤخذ عليه ذلك.

فمثلاك في القانون الفرنسي ينص الفصل الخامس من المجلة المدنية الفرنسية الصادرة سنة1804م على انه (يمنع على القضاة وضع احكام عامة وترتيبية تطبق في القضايا المماثلة) وقد صدر هذا النص بعد الثورة الفرنسية لسنة 1789م جاء لاحقا لصدور قانون 16-24 أغسطس 1791م الذي كرس مبدا الفصل بين السلطتين القضائية والتشريعية وبالتالي منع على القضاة عرقلة اعمال البرلمان التي تكفلت بالأعمال التشريعية اثرت هذه النصوص القانونية بشكل واضح على دور السلطة القضائية. فهو مختلف عما عهد اليه القاضي البريطاني[76].

غير ان السابقة القضائية لم تفقد كل مكانته كليا في النظام القانوني اللاتيني وقد تأكد ذلك كما يلي:

يبقى الاجتهاد القضائي مصدرا مفسرا للقواعد القانونية المكتوبة وبالتالي فالقاضي يستأنس بما توصل اليه فقه قضاء المحاكم في نفس نوعية النزاعات المعروضة عليه.

هذه الاجتهادات القضائية إذا تكرر الاسترشاد بها يمكن ان تتحول الى اجتهادات مستقرة لدى مختلف المحاكم مما يجعلها قوة اقناع كبيرة في نفسية القاضي.

وإذا تراءى للقاضي عدم تطبيق الاجتهاد القضائي المستقر في المنازعة او على واقعة او تصرف قانوني مماثل فهو ملزم بتعليل حكمه تعليلا مقنعا قانونا لعله يغير الاجتهاد القضائي السابق والا اعتبر قرارا منتقدا.

ومن ثم فان محكمة النقض هي اعلى محكمة مدنية وجنائية في النظام اللاتيني لا تنظر الى الوقائع المقدمة وانما يقتصر دورها على مراقبة التطبيق السليم لسير الدعوى وطريقة تفسير الحكم فاذا وجدت محكمة النقض خطا في تطبيق او تفسير الحكم لا تبطله او تلغيه وانما تحيله لينظر فيه مجددا المحكمة التي أصدرته.

وفي حال خلو النص القانوني من وجود حكم فيه فلا بد من ان يحيل القاضي القضية الى مختصين أي اللجنة التشريعية لاستقراء السند الشرعي.

**الفرع الثالث: السابقة القضائية في النظام القانوني الإسلامي**

النظام القانوني الإسلامي هو نظام متميز ومستقل عن غيره من الأنظمة القانونية الأخرى فله مقوماته الذاتية يجد مصدره من القران والسنة وإذا اخذ جزئيا بالسابقة القضائية فهذا لا يعني انه اقتبس من النظام الأنجلوسكسوني. فالإسلام يعطي مكانة مرموقة للقضاء استنادا للمبادئ والقيم المنصوص عليها في القران والسنة الشريفة.[77]

---

[76]DAVID (René) et JAUFFRET-SPINOSI (Camille) (2013) : Les grands systèmes de droit contemporains op cit , p. 156

[77] الترمانيني عبد السلام: القانون المقارن والمناهج القانونية الكبرى مرجع سابق ص 49

فعن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه فيما روي عنه عبد الرحمن بن يزيد يقول (من عرض له قضاء بعد اليوم فليقض بما في كتاب الله فان جاء امر ليس في كتاب الله فليقض بما قضى به نبيه صلى الله عليه وسلم فان جاء امر ليس في كتاب الله ولا قضى به نبينا صلى الله عليه وسلم فليقض بما قضى به الصالحون وان جاء امر ليس في كتاب الله ولا قضى به نبيه صلى الله عليه وسلم ولا قضى به الصالحون فليجتهد رايه)

وهذا ان دل فإنما يدل الاخذ بما قضى به القضاة الصالحون طالما ثبت لديه سلامة مرجعها وصحة أصلها. ومنه يمكن ان نستخلص القواعد الحاكمة للسابقة القضائية في الفقه الإسلامي وهي ثلاث:

**أولا: مدى إمكانية القاضي لاستقراء حكم جديد وصولا لان يكون سابقة قضائية**

وعلى هذا الأساس يجب على القاضي ان يكون مؤهلا لاستخراج الحكم من مصادره وان خلى فعليه الاجتهاد. ومن ثم يقنن حكمه ويصبح سابقة يعتمد عليها فيما بعد للقضايا المشابهة. كما يكون على اطلاع كبير على الاحكام الصادرة عن القضاة الذين سبقوه لكي يستنير بها ويستفيد منها ويسير على خطاها.

كما ننوه الى الفرق بين بين الاجتهاد الفقهي والقضائي فالقضائي المتمثل في السابقة القضائية فهو تطبيقي يقوم على اجتهاد الفقه ولا يتطلب سوى معرفة بالأدلة واصول المحاكمات والاحكام التي اقرها المجتهدون التشريعيون اما الاجتهاد الفقهي هو تنظيري. يتطلب تبحرا في أصول التشريع واللغة.

**ثانيا: الشروط الواجب توافرها في الحكم القضائي ليعتد به كسابقة قضائية في الفقه الإسلامي**

من الشروط الواجب توافرها في استخراج منطوق الحكم ان يكون مستقلا للقضاء به عن باقي السلطات ولا يكون أي عوامل مؤثرة على المجتهد لاستخراج الحكم وتنفيذ ما امر الله به. ومنع ما نهى عنه. لضمان إقامة الحق والعدل. وعليه يمكن القول ما يلي:

ان الحكم القضائي او السابقة القضائية في النظام القانوني الإسلامي لها أثر جزئي أي ان حجيته لا تكون مطلقة بل نسبية.

يعتبر التفسير القضائي ملزما لطرفي الدعوى على أساس حجية الامر المقضي به بينهما. والتي ثبتت في الحكم الصادر بشأن الدعوى ذاتها. وذلك لكيلا يعيد أي طرف رفع الدعوى من جديد في نفس الموضوع ولنفس السبب.

أي تفسير يصدر عن القاضي لا يعتبر ملزما لمحكمة أخرى ولو كانت في درجة قضائية أدني منه مرتبة ولها ان تختار تفسيرا اخر حتى وان كان مختلفا عن الأول. كما يمكن للقاضي ان يصدر حكما مخالفا لحكم سابق في قضية مماثلة تبين له انه أحسن في تطبيق روح الشريعة الإسلامية والاقرب الى العدالة.

**ثالثا: مدى الزامية القاضي في الفقه الإسلامي بالسوابق القضائية عند اصدار الحكم**

ان الفقهاء في النظام القانوني الاسلامي اختلفوا في حجية السابقة القضائية ما إذا كانت ملزمة ام لا. فهناك رايان:

**الراي الأول: القائل بعدم التزام القاضي بالسوابق القضائية للأسباب التالية**

اختلاف عادات وتقاليد كل بلد من الصعب تحديدها وضبطها بأحكام عامة مستنبطة من سوابق.

انها ليست نصوص من الكتاب او السنة حتى يقال بان السوابق القضائية واجبة التطبيق بل هي اجتهادات من الفقهاء الأوائل مبنية على اعتبارات واقعية.

حكم عمر في مسالة ارث الاخوة لاب وتشريكهم مع الاخوة لام حيث حكم مرة بالتشريك ومرة بعدمه وقال تلك على ما قضينا يومئذ وهذه على ما قضينا اليوم.

اتساع المناطق وان يكون على دراية مما جرى عليه العمل في كل منطقة.

**الراي الثاني: المؤيد بالاستعانة بالسوابق القضائية**

وقد اقره فقهاء المالكية وهو مبدا (ما جرى عليه العمل) وهو مجموعة الاقضية التي حكم بها قضاة المالكية وجرت اعراف الناس وتعاملاتهم. والراجح ان الفقه الإسلامي لا يلزم القاضي بأخذه من السوابق القضائية بل هي اجتهادات من الفقهاء الأوائل مبنية على احداث واقعية مرتبطة بالزمان والمكان أي الذي يصلح لها في وقتها قد لا يتناسب مع تطبيقها اليوم. وللإجابة عن هذا السؤال يتعين التمييز بين فرضيات أربع:

**الفرضية الأولى:** يكون حكم القاضي ملزما لان الالزام مستمد من النص لا من الاجتهاد وهو القران او السنة او الاجماع او القياس مما لا خلاف فيه.

**الفرضية الثانية:** إذا تعلق الحكم بوضعية لم يرد فيها نص ولا يوجد اجماع ولا قياس فان بإمكان القاضي ترجيح واتباع اجتهاد قضائي سابق يكون مرجحا وإذا تعلق الامر بوضعية مستجدة او مسالة فيها خلاف بين الفقهاء فعلى القاضي ان يلعب دور المجتهد وغير ملزم باي حكم قضائي اخر.

**الفرضية الثالثة:** إذا كانت السابقة القضائية مخالفة بشكل صريح وواضح للشرع (الكتاب والسنة) او لا أصل لها فان القاضي لا يلتزم بها ويمتنع عن تطبيقها. في النزاع المعروض امامه.

**الفرضية الرابعة:** إذا كان القاضي ملزم باتباع حكمه السابق في حالات مماثلة لاحقة فان القاضي لا شيء يمنعه من مراجعة حكمه السابق وذلك استنادا لما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه في الرسالة التي وجهها الى ابي موسى الاشعري والتي جاء فيها (لا يمنعك قضاء قضيت به اليوم فراجعت فيه رأيك وهديت فيه رشدك ان تراجع فيه الحق فان الحق قديم لا يبطله شيء ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل)

**المصطلحات:**

- **السابقة القضائية:** حكم تصدره محكمة لأول مرة في قضية فيؤسس قاعدة قانونية تأخذ بها المحاكم الأخرى المساوية لها والأدنى منها درجة والواقعة في نطاق اختصاصها للحكم في قضايا مشابهة للقضية الأولى.
- **السابقة القضائية الملزمة:** هي القواعد او المبادئ الواجبة الاتباع في السابقة القضائية في قضايا مماثلة وذلك لتتوحد الاحكام.
- **السابقة القضائية غير الملزمة:** هي سوابق توصف أيضا بالهامة او المفيدة في نتائجها القانونية لمضمون الاحكام غير انها غير ملزمة التطبيق في حالات مماثلة
- **الحكم القضائي: هو** النهاية الطبيعية التي تختم بها الخصومة القضائية، فالحكم هو القرار الذي تصدره المحكمة في الخصومة وفقا للقواعد المقررة قانونا في نهايتها او اثناء سريانها، وسواء صدر في موضوع الخصومة او في مسالة اجرائية.

**المراجع:**


- الترمانيني عبد السلام: القانون المقارن والمناهج القانونية الكبرى جامعة الكويت الطبعة الثانية 1982م
- بقيق محمد: مدخل عام لدراسة القانون، مركز النشر الجامعي 2002م الجزائر
- هيام إسماعيل السحماوي: السوابق القضائية في التشريع الإسلامي والنظم الغربية المعاصرة دراسة تحليلية. جامعة الامام محمد بن سعود الإسلامية.
- مطبوعة الأنظمة القانونية المعاصرة. كلية العلوم والدراسات النظرية، قسم القانون، الجامعة السعودية الالكترونية , 2018م.
- LEGRAND (Pierre) : (2002) Le droit comparé, Paris, PUF (Que-sais-je ?).
- DAVID (René) et JAUFFRET-SPINOSI (Camille) (2013) : Les grands systèmes de droit contemporains, Paris, Dalloz, 12ème édition.
- Bruno de Loynes de Fumichon (2013), Introduction au droit comparé, L'école de droit de la Sorbonne (université Paris I)
- LEGEAIS (Raymond) : (2008) Grands systèmes de droit contemporains, Paris, Litec, 2ème édition

## الوحدة الخامسة

## النظام القانوني الإنجليزي[78]

**اهداف الوحدة:**

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

- التعرف على النظام القانوني الانجليزي كنظام متميز مؤسس على السابقة القضائية وهو نواة النظام الانجلوسكسوني.
- فهم مختلف الاسس التي شكلت ونمت هذا النظام.
- إدراك اهمية الإطار الدستوري والسياسي في انجلترا وتأثيره على تطور النظام القانوني.
- التعرف على دور القضاء كسلطة في الدولة وكمصدر من مصادر القانون.
- ان يدرك مكانة القاضي في انجلترا في صياغة القاعدة القانونية. مع مواكبة التشريع لمكانة متميزة
- ان يدرك مميزات النظام القانوني الانجليزي من زاويتين أحدهما تتعلق بخصوصية تقسيم القانون والثانية بخصوصية مفهوم القاعدة القانونية.

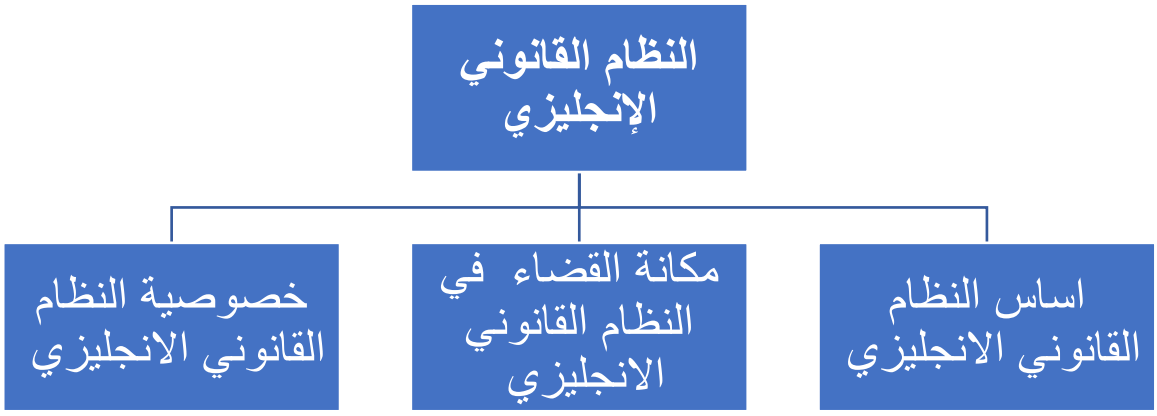
**موضوعات الوحدة:**

تتناول هذه الوحدة ما يلي:

المطلب الأول: أسس النظام القانوني الانجليزي

المطلب الثاني: مكانة القضاء في النظام القانوني الانجليزي

المطلب الثالث: خصوصية النظام القانوني الانجليزي




[78] ملاحظة : اننا نشير الى القانون الانجليزي وليس القانون البريطاني فالمملكة المتحدة تتمتع بثلاث انظمة قانونية منفصلة نظام لكل من انجلترا وويلز ونظام لكل من اسكتلندا وايرلندا الشمالية ويعكس هذا اصولها التاريخية وفق قوانين الاتحاد 1707م و 1800م

**المقدمة:**

تعتبر دراسة النظام القانوني الإنجليزي موضوعاً غاية في الأهمية، لما لها من تأثيرا كبيرا وعميق على الأنظمة القانونية في معظم دول العالم، يتميز هذا النظام بأنه يعد واحداً من أقدم الأنظمة القانونية في التاريخ، ولا يزال يحظى باحترام واسع. يحمل في طياته تاريخاً غنياً وتطوراً مستمراً ساهم بشكل كبير في تشكيل العديد من القوانين المعاصرة. كما ان دراسة القانون الإنجليزي تعزز الفهم الشامل لأسس ومبادئ العدالة وحكم القانون، مما يُعتبر مفيداً جداً للدول الأخرى في أثناء سعيها لبناء نظمها القانونية وتطويرها بطرق ملائمة وعصرية. إن هذا الفهم يساعد على تعزيز التعاون القانوني بين الدول المختلفة، مما يسهم في تعزيز السلم والأمن الدوليين.

كما انها موطن القانون العام. الذي يطبق في العديد من الدول الأنجلوسكسونية مثل الولايات المتحدة الامريكية وكندا وأستراليا ونيوزيلندا وغيرها. حسنا فما هو نظام القانون العام؟

يتبادر الى ذهنك مباشرة ذلك القانون الذي يطبق على المؤسسات العامة. ولكن هذا ليس هو معنى مصطلح (القانون العام) بل هو اسم لنظام قانوني يتسم بسمات مشتركة يطبق في كثير من الدول مع بعض الاختلافات. فإذا كان نشأة عائلة القانون الروماني مرتبط ارتباطا وثيقا بتاريخ نشأة المذهب فان نشأة عائلة القانون العام (Common Law) مرتبط ارتباطا وثيقا بتاريخ نشأة العدالة سواء في إنجلترا او في مستعمراتها التي أصبحت دول مستقلة حيث تتماسك بنفس التراث الثقافي. وسمي هذا القانون بالقانون العام، واعتقد ان مصطلح (العمومي) أحسن لأنه أقرب للمعنى المقصود ويشمل خمسة معاني

**اولا:** كونه عام التطبيق على كل السكان تمييزاً له عن القانون الكنسي، الذي كانت تطبقه المحاكم الكنسية في القضايا التي تختص بنظرها، وعن التقاليد العرفية القديمة التي كانت تطبقها المحاكم الاقطاعية في المسائل التي تختص بنظرها[79].

**ثانيا:** يظل القانون العام قانونا قضائيا مما يجعلهم في مرتبة علماء ومتفوقون على ما هم في الاسرة الرومانية. فهم فخرا للانجلوساكسون غير ان تفوق دراسة القانون الأمريكي على القانون الإنجليزي حديثا. وأصبح أكثر انجذابا في الدراسات الحديثة.

**ثالثا:** في وقت لاحق أصبح القانون العام مصطلحا بدا استخدامه لتمييزه عن العدالة.

**رابعا:** وكذا تمييزه عن التشريعات التي وضعها البرلمان.

**خامسا:** يشير القانون العام عالميا الى تلك البلدان التي تبنت النظام القانوني الإنجليزي مثل استراليا وكندا والهند وكينيا والولايات المتحدة الامريكية على سبيل المثال. لذلك لا يمكننا فهم القانون الإنجليزي دون الإشارة الى تاريخه الخارجي (تاريخ مصدره) ثم نتطرق الى مضمونه (المحتوى الخاص به) ولذلك سوف ندرس أولا نشأة تشكيل القانون الإنجليزي والهيكل الحديث للقانون الإنجليزي ومصادر القانون الإنجليزي.

---

[79] صوفي حسن أبو طالب، تأريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار النهضة العربية، القاهرة 1984م ص.222

## المحاضرة الاولى

## أسس النظام القانوني الإنجليزي

يهدف هذا البحث الى استكشاف وتحليل أسس النظام القانوني الإنجليزي بشكل شامل ودقيق. ولكي نفهم النظام القانوني الانجليزي علينا مراجعة جميع الأسس ومختلف العناصر او العوامل والمصادر والفلسفات والتوجهات التي اثرت او ساهمت في تطويره ليكون نظاما قانونيا قائما بذاته ومتميزا عن بقية الأنظمة القانونية الأخرى. وبالعودة الى المراجع الفقهية التي تتعلق بهذا النظام يتبين جليا وجود ثلاث أسس رئيسية: الأسس التاريخية والاسس الدستورية والاسس السياسية تعمل هذه الأسس معا على صياغة نظام قضائي متميز ينبثق من الواقع السياسي والسياق التاريخي مما يسهل على القارئ فهم السياق التاريخي العميق والمعقد للموضوع والإطار المرجعي الذي ينبثق منه. هذا الطرح الشامل يعد مدخلاً مهمًا يهيئ القارئ لاستكشاف القضايا القانونية المعاصرة والفهم الكامل لم تشكله من تقاليد وعادات قانونية عظيمة.

في هذا البحث سوف نتناول ثلاث عناصر هي

الفرع الأول: الأسس التاريخية

أولا: بداية ظهور نظام قانوني في انجلترا (الكومن لو)

ثانيا: المرحلة الثانية: مرحلة العدالة

ثالثا: المرحلة الثالثة: مرحلة العصر الحديث:

الفرع الثاني: الأسس الدستورية

الفرع الثالث: الأسس السياسية

اولا: السلطة التنفيذية في انجلترا:

ثانيا: السلطة التشريعية في انجلترا

### الفرع الأول: الأسس التاريخية

من الصعب الحديث عن القانون الانجليزي دون الرجوع الى تاريخ تكوينه. حيث يشير Caenegen (يستحيل فهم أي بحث معاصر في القانون الإنكليزي بصورة كاملة اذا لم يكن مشتملا على رحلات موسعة في التاريخ ....ان قانون إنكلترا يعد نتاجا لتطورها التاريخي) [80] فقد نشا القانون البريطاني مستقلا عن القانون الأوروبي دون ان يتأثر بالقانون الروماني فقد تطور تطورا ذاتيا .

ويعد عام 1066م بداية القانون الإنجليزي لان قبل هذا التاريخ كان سائدا القانون الانجلوسكسوني وهي تبدأ من القرن الخامس الميلادي بغزو قبائل السكسون والانجلز (وهي من القبائل الجرمانية) لبريطانيا وكانت لكل منهما مملكة خاصة ثم توحدتا تحت اسم انجلترا. وباعتبارهم قبائل بربرية فقد نظموا علاقاتهم وفق عدد من القوانين كانت معظمها مستوحاة من الأعراف المحلية. وفضلا عن هذه المحاكم توجد المحاكم

[80] Caenegen R.V.Judges,Legislators and Professors in European Legal History. Cambridge 1987 P16

الكنسية متعلقة بالشؤون المتصلة بالزواج والطلاق والنسب والوصايا. والمحاكم التجارية اختصت بالمعاملات التجارية وفق الأعراف التجارية. ثم مر القانون الإنجليزي بثلاث مراحل هي:

**المرحلة الأولى: بداية ظهور نظام قانوني في بريطانيا (الكومن لو)**

في عام 1066م غزا( وليام الفاتح) امير النورماندي (قبائل شمال فرنسا) بريطانيا وقضى على الحكم الانجلوسكسوني ومهد لنظام اقطاعي مركزي الذي ساد في تلك المرحلة في أوروبا وتم توزيع الأراضي على النورمانديين واسس مجلس خاص Curia Regis يضم عددا من حاشيته والذي يسمى بمجلس اللوردات لاحقا أي نبلاء القوم وكان يقضي في الافعال التي تمثل اعتداء على امن الدولة وسلامتها ثم انبثق عنه هيئات قضائية تسمى بالمحاكم الملكية وهي المحكمة المالية Court Of Exchequer ومحكمة مدنية Court of common please ومحكمة جزائية Court of King's Bench أي منصة الملك التي يتراسها الملك وتعد هذه المحاكم استثنائية ذات اختصاص خاص فضلا عن وجود المحاكم العادية مثل محاكم الاقطاع ومحاكم المناطق التي اعتمد القضاة فيها على الأعراف .

وفي حال حصول نزاعات جدية كان بالإمكان احالتها الى محكمة الملك إذ كان يصدر Writ امر ملكي خطي يقضي باستدعاء الخصم ويقضي في التظلم المذكور بضميره من دون الاستعانة بالأعراف السائدة وفي مرحلة لاحقة اناب الملك مستشاره في قبول التظلمات وكذلك في اصدار الأوامر لغرض إحالة الخصوم الى المحكمة الملكية التي كانت تصدر الحكم باسم الملك. ورغم انها كانت محاكم استثنائية الا ان أصحاب الدعاوى يرفضون محاكم الاقطاع ومحاكم المناطق ويفضلون رفعها امام المحاكم الملكية لإحساسهم بالعدالة ولم تكن مقيدة بالأعراف بل كانت تقضي بالعدل. كما كانت تمتلك صلاحيات لا تحوزها المحاكم الأخرى ولكن بمرور الوقت تزايد عدد الالتماسات المقدمة الى الملك، عبر مستشاره، ومن ثمّ تزايد عدد القرارات القضائية الصادرة عنها، ادى الى اعتراض رؤساء الاقطاع على ذلك لأنه ادى الى اتجاه المتقاضين نحو المحاكم الملكية دون محاكمهم فامر الملك (هنري الثالث) في عام 1235م بإصدار (مرسوم ويستتنيستر الاول) الذي قضى بمنع المستشار من اصدار الاوامر الخطية الا ان الملك (ادوارد الاول) سرعان ما اصدر في عام 1258م (مرسوم ويستمنيستر الثاني) اعاد عمل المستشار شرط أن تصدر الأوامر في قضايا مشابهة لتلك القضايا التي سبق أن صدرت فيها أوامره، و هنا على وجه التحديد، برز دور الاجراءات الشكلية في البحث عن التماثل من القضايا السابقة، لإقناع المحاكم بوجود التشابه بين قضية سبق إتخاذ الحكم فيها، وقضية لاحقة لم يصدر الأمر فيها، ويؤدي هذا الأمر دوراً كبيراً في إرساء ( قاعدة السابقة القضائية)، و هو ما شهد اتساعا في القرن الثالث عشر.

لقد كانت المحاكم (الملكية) في أول الأمر متنقلة، إذ كانت تعقد جلساتها القضائية في المقاطعات بصورة دورية، مع الاستعانة بعدد من المحلفين من سكانها، كي يبينوا لقضاتها الأعراف السائدة في منطقتهم، للاستناد اليها في الأحكام المتخذة، بما يحقق العدل، وبما يستوحى من ضمير الملك، وينبع من العقل، وقد

استقرت هذه المحاكم في القرن الثالث عشر في منطقة (ويستمنيستر) في العاصمة لندن، ومنذئذ اصبحت تعرف بمحاكم ويستمنيستر، نسبة اليها، وباتت تتمتع بكيان قائم بحد ذاتها

**المرحلة الثانية: مرحلة العدالة**

بعد توسيع صلاحيات المحاكم الملكية غير انها أصابها الجمود لأنها ارتبطت بقاعدة السابقة القضائية فكانت تطبق على القضايا المتشابهة دون ان تنظر في القضايا المستجدة مع ازدياد الإجراءات القضائية تعقيدا عما كانت عليه في السابق. وأدى الى ارتفاع نفقات التقاضي وازدياد الظلم في الاحكام الصادرة ادى الى اللجوء الى المحاكم الملكية لاحقاق الحق عبر الالتماسات التي تقدم اليه دون التقيد بإجراءات التقاضي التقليدية وكانت هذه المحاكم تقضي بما تراه عدل وإنصافا، وبما يتجاوب مع ضمير الملك، سميت "قواعد العدالة"، أو "مبادئ العدالة".

وإذا كانت محاكم الكومن لو لا تتسم أعمالها وأحكامها بالجبر، فإن "محاكم المستشار" تميّزت صلاحياتها بالجبر والردع، تنظيما وتسييرا وحكما. وقد دفع هذا المعطى الجديد المتقاضين إلى اللجوء إلى هذه المحاكم الجديدة اعتبارا لمصداقيتها ولصرامتها في فض النزاعات .

وقد كانت محاكم المستشار تهدف الى معالجة الثغرات في القانون العام وقد كانت هذه القواعد مستوحاة من القانون الكنسي والقانون الروماني ومبادئ القانون الطبيعي

مما أفرز هذا الوضع السياسي والقضائي في بريطانيا لسنوات طويلة صنفين من المحاكم، لكل منهما خصوصياتها. وقد نتج عن هذه الازدواجية القضائية ان اصبحت محاكم المستشار تزاحم المحاكم الاخرى وتحول المتقاضون اليها واستاثرت بالموارد وأدى هذا الى نزاع بين محاكم الكومن لو ومحاكم العدالة ادى الى تدخل الملك جاك الاول في عام 1616م بتأييد مستشاره أي تعارض بين القانون العام والعدالة يكون لصالح العدالة وفي عام 1621م اصبحت خاضعة لرقابة مجلس اللوردات [81]

**المرحلة الثالثة: مرحلة العصر الحديث:**

بدأت من سنة 1832م وتطورت في القرن التاسع عشر والعشرين المنظومة القانونية والقضائية في بريطانيا. واهم ما يميزها اعطاء اهمية للتشريع الصادر عن البرلمان كمصدر لقواعد القانون البريطاني.

فقد تم اصلاح وتحديث النظام الاجرائي خلال سنوات 1832 و1833 و1852م

وبذلك فتح المجال لفقهاء القانون لمعالجة القواعد الموضوعية حيث تم جمع الحلول القضائية التي صدرت عن المحاكم الملكية والتي تكون منها (الكومن لو) في طوائف ومبادئ على اساس منهجي

واكتمل الاصلاح عامي 1873م و1875م حيث صدر النظام القضائي Act Judicature، الذي ألغي التمييز بين محكمة المستشار والمحاكم الاخرى،

واصبحت كل المحاكم بلا تمييز مختصة بتطبيق قواعد (الكومن لو) وقواعد العدالة

[81] حسين عبد علي عيسى: مصادر القانون الجزائي الانكليزي -دراسة مقارنة. مجلة الرافدين للحقوق المجلد 15 العدد 55 السنة 2017م ص 160

ففي السابق، كان الذي يريد العدالة بلجأ الى محكمة المستشار، ومن يريد تطبيق القانون العام يذهب الى المحاكم الملكية، غير ان النظام القضائي حتى عام 1873م قضى بمنح الأولوية في التطبيق لقانون العدالة، مقارنة بقواعد القانون العام، وقد أفضى ذلك الى إعادة النظر في النظام القانوني المعتمد آنذاك، فتم استبعاد القوانين والقرارات غير المتلائمة مع العصر، وصنفت الاحكام المعمول بها في مجموعات قانونية أبرزها:

التقارير القانونية Law Repots لعام ،1865م

ومجموعة القوانين الإنكليزية England of Laws

وبغض النظر عن ذلك بقي القانون الإنكليزي محافظاً على سماته التقليدية، إذ لم يتأثر بحركة التقنين التي شهدتها القارة الأوربية آنذاك، وبقي تطوره مرهونا بالجهود التي يبذلها القضاة، بل إن المشرع منح القضاة إمكانات أكبر لتفعيل هذا الدور.

فتم العمل على تنظيم قرارات القانون العام، وشهد النصف الثاني من القرن التاسع عشر إختفاء الاختلافات الشكلية بين محاكم القانون العام ومحكمة المستشار (العدالة)، وتزايد في القرن العشرين دور القانون والتشريعات القانونية الأخرى، هذا فضلاً عن أن الحاجات الموضوعية لتطور الاقتصاد والتجارة والتعاون الدولي أدت الى بعض التقارب بين القانون الإنكليزي والقانون الأوربي

.تدل دراسة المراحل التاريخية التي مر بها القانون الإنكليزي على أن الجزء الأكبر من قواعده قد وضعت نتيجة للنشاط التشريعي المستقل للقضاة الإنكليز، لذا يعد الدور التشريعي للبرلمان الإنكليزي، حتى نهاية القرن التاسع عشر، وظيفة إضافية لها، إذ كان الفقهاء الإنكليز في القرن التاسع عشر كانوا على قناعة بأن القانون لا يمكن أن يضعه البشر، فالقانون ببساطة موجود، لذا فأن التشريعات التي يسنها البرلمان، ما هي الا إضافات وتعديلات على ما هو موجود.

**الفرع الثاني: الأسس الدستورية :**

عندما نشير للأسس الدستورية في بريطانيا، فإننا نتحدث في الواقع عن الأسس العرفية والأسس المدونة لهذا النظام القانوني البريطاني فالنظام البريطاني لم يعرف "دستورا مكتوبا" بالمعنى الشكلي للمفهوم، ولم يصدر عن جهة برلمانية أو سلطة تأسيسية أصلية منتخبة. بل كان عبارة عن قواعد عرفية غير مكتوبة، وهذا لا ينفي عدم وجود مصادر أخرى مكتوبة .وتتمثل هذه المصادر في بعض الوثائق الأساسية الهامة التي لا تزال محافظة على قيمتها التاريخية إلى اليوم، اعتبارا لكونها تمثل الركائز الجوهرية التي يقوم عليها النظامان القانوني والسياسي معا في بريطانيا. ويمكن تقديم هذه الوثائق كما يلي :

العهد الكبير أو الشرعة الكبرى Carta Magna التي أقرها الملك SansTerre Jean سنة1215 م

لائحة الحقوق الصادرة عن الملك شارل الأول سنة 1628م

قانون السلامة الجسدية Act Corpus Habeas الصادر سنة 1679م.

لائحة حقوق المواطن الإنجليزي Rights of Bill الصادرة سنة 1688م

مسودة قانون الحقوق لعام 1689م وقانون وراثة العرش لعام 1701م

ومن النتائج التي أفرزتها كل هذه النصوص هي قبول الملك، تحت ضغط البرلمان، تقييد سلطاته الدستورية والترفيع من سلطة البرلمان. من ذلك مثال :

أن الملكُ حرم من صلاحية تعطيل تنفيذ القوانين أو الإعفاء منها، وهي من أهم الصلاحيات التي كان يباشرها من قبل وتقييد سلطة الملك في إصدار اللوائح العامة التي كثيرا ما كان يستعملها لتوسيع اختصاصه في المادة التشريعية على حساب البرلمان .

وعليه، يتأكد أّن الدستور الإنجليزي يعكس في الحقيقة مدى تمسك الشعب الإنجليزي ببعض تقاليده القديمة، وحرصه على عدم تغييرها عبر الزمن؛ لأنها تمثل جزءا من قوميته وهويته. فهذا الدستور تكّون تدريجيا عبر عّدة قرون من لوائح وقوانين وقرارات وفرمانات ومواثيق وغيرها المذكورة سابقا ، فضلا عن كون الحروب الداخلية والخارجية لبريطانيا –على امتداد سنوات طويلة– جعلتها تبرم اتفاقيات ومعاهدات، أصبحت بدورها جزءا من تشريعاتها، ولم تخرج قط عن روح الدستور العرفي للبلاد.

ونذكر على سبيل المثال :

القوانين المتعلقة بالبرلمان الصادرة سنة 1911م، ثم سنة 1949م التي مكنت من توزيع الاختصاصات بين الغرفتين في البرلمان وإحداث التوازن بينهما

القانون المتعلق بالمجموعة الأوروبية لسنة 1972 م المعروف باسم European Act Communities، الذي أدمج تشريعات المجموعة الأوروبية، وخاصة منها معاهدة روما المؤرخة في 25 مارس957 1م، وكذلك معاهدة "ماستريخت" المبرمة في 11 ديسمبر 1991م ضمن القانون الإنجليزي .ثم جاءت معاهدة أمستردام المبرمة سنة 1997م لدفع مسيرة البناء الأوروبي نحو مزيد من الاندماج من خلال بعض القواعد الجديدة مثل تقييد التشريعات الوطنية بقوانين أوروبية

**الفرع الثالث: الأسس السياسية [82]**

من اهم العوامل المنشئة لهذا النظام القانوني هو الاساس السياسي للدولة متمثلة في السلطتين السلطة التنفيذية والتشريعية والعلاقة بينهما، وتحديد دور واختصاصات كل واحدة من المؤسسات والهياكل الدستورية العليا في إنشاء وتطوير المنظومة القانونية. ولعل أبرز ما يميز نظام الحكم البريطاني أنه نظام برلماني مرن، يقوم على التعاون بين السلطتين التشريعية والتنفيذية .

**اولا: السلطة التنفيذية في بريطانيا:**

وتتمثل السلطة التنفيذية في هيئة الملك أو الملكة، وكذلك مجلس الوزراء وهذا ما سيتم تناوله:

**1) الملك أو الملكة :**

[82] مطبوعة الأنظمة القانونية: الجامعة السعودية الالكترونية مرجع سابق ص 123

الحكم في بريطانيا وراثي دون تمييز بين الذكور او الاناث ونسبة درجة قرابتهم من الملك. غير ان هذا الانتقال لم يكن سلميا في جميع الفترات وفي العصر الحالي اصبح التاج محصورا بأسرة ( Hanover) فبعد ان كان يتولى كافة مهام السلطتين التشريعية والتنفيذية أصبح الان دوره شرفي في الحياة السياسية. (الملكية تتولى ولا تحكم) فهو غير مسؤول جنائيا ولا سياسيا فيمكن اعتبار الملك حكم بين الحكومة والشعب كما ان له بعض المهام التقليدية او الشرفية وبالرغم من تقليص صلاحيات الملك الا انه على علم بكل الامور ويسدي نصائحه للحكومة ولا تعدو ان تكون ادبية ولا يتحسس منها رئيس الوزراء [83]ومن اهمها:

مثل إبرام المعاهدات ومنح الألقاب الشرفية وإعلان الحروب والموافقة على السلم وقيادة القوات المسلحة والتصديق على القوانين وحل مجلس العموم وتعيين رئيس مجلس الوزراء غير ان الظروف والأعراف الدستورية أجبرت بتعيين رئيس حزب الأغلبية في مجلس العموم بهذا المنصب. والسلطة الفعلية تمارس من طرف مجلس الوزراء.

2) **(الحكومة) مجلس الوزراء**

قديما، كان يساعد الملك مجلس خاص يتكون من كبار الموظفين في الدولة. وقد شكل هذا المجلس النواة الأولى للحكومة في بريطانيا، وتنبثق عن البرلمان وفضلا عن كون وظيفة الوزراء نشأت تاريخيا بالميثاق الكبير. ويتولى مجلس الوزراء العديد من المهام، نذكر من بينها تحديد السياسة العامة الداخلية والخارجية للدولة، وتسيير ومراقبة الشؤون العامة للملك، واقتراح مشاريع قوانين، وإصدار التشريع بالتفويض

**ثانيا: السلطة التشريعية في بريطانيا**[84]:

تاريخيا، بصدور الميثاق الكبير كان يجلس إلى جانب الملك في تسيير الشؤون العامة للدولة مجلس يتكون من الأشراف النبلاء ورجال الدين، تم توسيعه في سنة 1254م؛ حيث عيّن الملك فارسينّ عن كل مقاطعة، وعضوين عن كل مدينة هامة للاشتراك في جلسات المجلس الذي كان دوره مقصورا على فرض الضرائب. والجدير بالملاحظة، أن هذا المجلس انقسم مع مرور الزمن إلى كتلتين، تمثل الأولى الأشراف، وتمثل الثانية نواب المقاطعات والمدن. وقد عينت كل كتلة رئيسا لها، وهو ما أدى لاحقا إلى تطّور وضعية هاتين الكتلتين، وأصبحتا مجلسين هما

مجلس اللوردات

ومجلس العموم.

1) **.مجلس اللوردات**

يتكون من النبلاء والاشراف عدد أعضائه يزيد عن 1000 عضو ومعظمهم أي 80 بالمئة برقون الى هذا المنصب عن طريق الوراثة أي ورث لقب اللورد عن اجداده. اما البقية فهم معينون من طرف الملك. ويملكون نفس اختصاصات مجلس العموم الى سنة 1911م ثم الى سنة 1949م تم تقليص دوره

---

[83] مولود ديدان : دباحث في القانون الدستوري والنظم السياسية دار بلقيس الجزائر 2014م ص ص 214- 215

[84] مطبوعة الأنظمة القانونية: الجامعة السعودية الالكترونية مرجع سابق ص 123

لفائدة مجلس العموم. ويتوقع قرب زواله او تغييره بعد تصويت خريف عام 1999م بالإجماع لصالح الغاء العضوية الوراثية. وبالرغم من انه لا يملك سلطة تشريعية غير انه له القدرة على تأخير اصدار قانون ما لإثراء المناقشات حوله.

2) **مجلس العموم :**

عدد أعضاء هذا المجلس يساوي 651 عضوا منتخبا بواسطة الاقتراع العام. لهذا المجلس عّدة اختصاصات، يمكن تصنيفها إلى اختصاصات تشريعية وأخرى سياسية

تتمثل الاختصاصات التشريعية في إصدار القوانين، وإقرار الضرائب، وإعداد ميزانية الدولة .

أما الاختصاصات السياسية، فتتمثل أساسا في مراقبة أعمال الحكومة عن طريق الموافقة على برنامج الحكومة، ومراقبة تنفيذه بطرح الأسئلة على أعضاء الحكومة عن كل موضوع يدخل في نشاط مجلس الوزراء. كما يقوم مجلس العموم بالتصويت على لائحة الثقة، أو على لائحة سحب الثقة، وفي هذه الحالة تستقيل الحكومة بصورة جماعية.

**التحديات والمستقبل القانوني للمملكة المتحدة:**

بعد انفصال المملكة المتحدة عن الاتحاد الأوروبي، تواجه التحديات القانونية المتعلقة بتغييرات كبيرة في التشريعات والاتفاقيات الدولية. من بين هذه التحديات تأثير الانفصال على القضاء البريطاني والقانون المحلي، بالإضافة إلى العلاقات الدولية واتفاقيات التجارة والتعاون القانوني مع الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي. تتضمن المستقبل القانوني للمملكة المتحدة التحديات المتعلقة بتقييم وتعديل القوانين المحلية والدولية وإيجاد سبل للتعاون القانوني الجديد مع الدول الأوروبية وغيرها من الدول حول العالم.

ويتوجب على المملكة المتحدة مواجهة التأثيرات القانونية المترتبة على انفصالها عن الاتحاد الأوروبي، وهذه التأثيرات تشمل تعديل القوانين واللوائح المحلية لتكييفها مع الوضع الجديد، بالإضافة إلى تأثيرها على الاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف والتعاون القانوني مع الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي. تتضمن التحديات القانونية للانفصال البحث عن حلول قانونية بديلة لضمان استمرارية التعاون والتجارة الدولية، بالإضافة إلى التأثير على الحقوق والالتزامات القانونية للأفراد والشركات البريطانية والأجنبية.

## المحاضرة الثانية

## مكانة القضاء في النظام القانوني البريطاني

تهدف هذه الدراسة المتعمقة إلى استكشاف مكانة القضاء في النظام القانوني البريطاني ودوره الحيوي والمهم في تحقيق العدالة وفرض القانون بشكل فعال ومنظم. يعد فهم مكانة القضاء أمرًا بالغ الأهمية، ليس فقط لفهم كيفية تنظيم السلطة القضائية في المملكة المتحدة، ولكن أيضًا لتقدير تأثيرها العميق والمستمر على الحياة اليومية للمواطنين الذين يعيشون في ظل هذا النظام. سيتم التركيز بدقة وجدية على الجوانب التاريخية والحالية لمكانة القضاء، كما سيتم مناقشة القضايا المثيرة للجدل والتي تؤثر بشكل ملحوظ وكبير على نظام الحكم القانوني البريطاني. من المهم جدًا تحليل كيفية تطور هذه القضايا المعقدة عبر الزمن وتأثيرها المستمر والعميق على المجتمع بأكمله، بما في ذلك العواقب الاجتماعية والسياسية التي قد تترتب على ذلك. ورغم ان السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية لها تأثير مباشر على النظام القانوني الإنجليزي فان القضاء يحتل مكانة هامة في النظام القانوني البريطاني. وللوقوف عند هذه المكانة، يتعين النظر في منظومة القضاء كسلطة في الدولة البريطانية) أولا (وكمصدر من مصادر القانون البريطاني) ثانياً.

### الفرع الأول: مكانة الجهاز القضائي كسلطة في الدولة [85]

تاريخيا كان يوجد في بريطانيا صنفان من المحاكم:

أولهما "المحاكم الملكية" التي كانت تطبق "قواعد الكومن لو"، وهي قواعد عرفية.

وثانيهما" محاكم المستشار" التي كانت تطبق "قواعد العدالة".

وقد كان "لمحاكم المستشار "اختصاص أوسع من "المحاكم الملكية"، ذلك أنه بإمكان محاكم المستشار إيقاف تنفيذ الأحكام الصادرة عن المحاكم الملكية، خاصة في صورة ما إذا ثبت أنها مخالفة لقواعد العدالة وبداية من سنة1875م تم توحيد القضاء البريطاني بموجب القانون القضائي الجديد الذي تم تعديله سنة 1971م واليوم، أصبح القضاء البريطاني مكونا من طبقتين المحاكم العليا والمحاكم الدنيا.

أولا: المحكمة العليا.

ثانيا: لجنة الطعن العليا لمجلس اللوردات

.ثالثا: محاكم الصلح

**.أولا: المحكمة العليا: تتكون من ثلاث محاكم، وهي:**

محكمة العدل العليا

.محكمة التاج .

محكمة الاستئناف

[85] مطبوعة الأنظمة القانونية: الجامعة السعودية الالكترونية مرجع سابق ص 126

1) **محكمة العدل العليا: تتكون من ثالثة فروع :**

**الفرع الأول:** قسم منصة الملك: ينقسم بدوره إلى محكمتين: المحكمة الأميرالة، والمحكمة التجارية .

**الفرع الثاني:** قسم المستشارين: ينقسم إلى محكمتين: محكمة الشركات، ومحكمة الإفلاس.

**الفرع الثالث:** قسم الأحوال الشخصية: كل المنازعات المتعلقة بالأسرة. وتفصل هذه المحكمة في الدعاوى بقاض واحد، يمكن عند الحاجة أن تساعده هيئة من المحلفين تستأنف أحكامها أمام محكمة الاستئناف

2) **محكمة التاج:** وهي مختصة بالمسائل الجنائية بقاض واحد، إلى جانب هيئة من المحلفين، وقد أنشئت بموجب التعديل الصادر سنة 1971م .

3) **محكمة الاستئناف.:** تنظر في كل استئناف مرفوع اليها من المحاكم الدنيا ومحكمة العدل العليا وتتكون المحكمة في الاستئناف من هيئة مشكلة من ثلاث قضاة دون مشاركة هيئة المحلفين وتتخذ قراراتها بالأغلبية وإذا لم يتحقق يرفض الاستئناف.

**ثانيا: لجنة الطعن العليا لمجلس اللوردات [86]:**

يتمتع مجلس اللوردات بوظيفة قضائية إلى جانب وظائفه التشريعية؛ إذ تختص هذه اللجنة بالفصل في الطعون المرفوعة أمامه ضد الأحكام الصادرة عن محكمة الاستئناف، وكذلك الأحكام الصادرة عن محكمة العدل العليا ومحكمة التاج (في حالات استثنائية). وتتوفر في أعضاء هذه اللجنة الخبرة القانونية والمهنية الكافية (العمل في قطاع المحاماة أو في سلك القضاء) وتجلس هذه اللجنة بثلاثة أو بخمسة أعضاء للبت في هذه الطعون

**.ثالثا: محاكم الصلح :**

وهي محاكم مختصة في القضايا الجزائية، وتكون ممثلة بمواطنين عاديين يطلق عليهم "قضاة الصلح ."ويختص" قضاة الصلح" بالبحث عن أدلة الاتهام ضد المتهم. وإذا وفقوا في ذلك، فإن المتهم يقّدم أمام محكمة التاج. وكثيرا ما يفضل المتهم أن يحاكم أمام "قضاة الصلح" بشرط اعترافه بما اقترفه من جرم، والغاية من ذلك ضمان الحصول على عقوبة مخففة. وتستأنف أحكام محكمة الصلح أمام محكمة التاج . وبالتأمل جيدا في هذا التنظيم القضائي البريطاني، بأنه لا يوجد في بريطانيا قضاء إداري مستقل مثل القضاء الإداري الموجود في فرنسا. فالإدارة البريطانية تخضع مثل أشخاص القانون الخاص إلى القانون الموحد (نفس القانون) والقضاء الموحد نفس القاضي، وهو القاضي العادي في منازعاتها الإدارية

**الفرع الثاني: مكانة القضاء كمصدر للقانون**

---

[86] مطبوعة الأنظمة القانونية: الجامعة السعودية الالكترونية مرجع سابق ص 127

يحتل القضاء مكانة متميزة كمصدر من مصادر القانون في النظام القانوني البريطاني. فالقضاء هو المصدر الأساسي والجوهري للقانون البريطاني، وهذا لا يعني عدم وجود مصادر اخرى مثل التشريع والعرف والفقه ثم العقل والمنطق.

**أولا: القضاء مصدر أساس للقانون البريطاني :**

وظيفة القاضي في بريطانيا لا تقتصر على تطبيق القانون فحسب، فالثابت أنه يقوم كذلك بوظيفة تشريعية من خلال ما يصدره من أحكام، وخاصة منها الأحكام الصادرة عن الهيئات القضائية العليا . ويتأسس العمل القضائي البريطاني على فكرة "السابقة القضائية" الملزمة. فالقاضي قبل أن يبت في منازعة وإصدار حكم في شأنه، يلتزم بالرجوع إلى السابقة القضائية

ويتميز التنظيم القضائي في بريطانيا بوجود قضاء المحاكم العليا وقضاء المحاكم الدنيا. وتشكل الأحكام الصادرة عن المحاكم العليا "السوابق القضائية" الملزمة، مثل محكمة العدل العليا، ومحكمة الاستئناف، ومجلس اللوردات (لجنة الطعن العليا بمجلس اللوردات) وإذا كانت الأحكام الصادرة عن المحاكم الدنيا غير ملزمة ولا تتضمن سوابق قضائية، إلا أنه بإمكانها أن تؤثر على سير القضايا اللاحقة إذا تضمنت مبدأ أو قاعدة ترتقي إلى مرتبة الحكم.[87]

فمثلا:

- قرارات مجلس اللوردات تعتبر سوابق قضائية اجبارية بالنسبة لكل المحاكم الدنيا ولا يمكن لمحكمة الدرجة الاولى التشكيك فيها ولكن ليست اجبارية لمحكمة الاستئناف نفسها.
- القرارات الصادرة من محاكم الاستئناف تعتبر الزامية للمحاكم الدنيا ولكن ليست اجبارية لمحكمة الاستئناف ذاتها.
- قرارات المحكمة العليا للعدالة ملزمة للمحاكم الدنيا. لكن ليس ملزمة للأقسام.

**ثانيا: المصادر الأخرى للقانون البريطاني :**

**1) القضايا القانونية (السوابق القضائية) CASE LAW**

**2) تقنين البرلمان STATUTE LAW**

**3) اللوائح التفسيرية (وزارية) STATUTORY INTERPRETATION**

**4) التوكيل التشريعي DELEGATED LEGISLATION**

**5) قوانين الاتحاد الأوروبي EUROPEAN LAW**

**6) العادات CUSTOM**

**7) العدالة EQUILTY**

**8) المعاهدات TREATES**

[87] بوعوني الازهر: الأنظمة السياسية مركز النشر الجامعي تونس 2002 ص 198

بالرغم من أهمية السوابق القضائية في النظام القانوني البريطاني فان التشريع يعتبر مكملا للبنية القانونية ومهما كانت مستويات التشريع ومهما كان مكتوبا ام عرفيا ويصدر عن البرلمان ويعرف بالتشريع البرلماني وتتمثل وظيفته في حماية الحقوق الأساسية والحد من تعسف السلطات ولا يأخذ التشريع الصفة الملزمة الا بعد تطبيقه من طرف القضاة وله صلاحيات واسعة فيمكنه حتى تغيير القواعد الدستورية وخاصة في الآونة الاخيرة. رغم عدم وجود نصوص دستورية مكتوبة ونظرا لمختلف التطورات التي تعرفها البلاد على جميع المستويات، وكون الأسلوب التقليدي المعتمد لم يعد ملائما لإنشاء قواعد قانونية تساير المتطلبات الجديدة سواء داخل البلاد أو خارجها، وخاصة في مستوى التزامات الدولة على المستوى الأوروبي والدولي. .ورغم أهمية النص التشريعي اليوم، فان بريطانيا حريصة على المحافظة على مقومات وخصائص نظامها القانوني، أي النظام القانوني الأنجلوسكسونية الذي يبقى "قانونا قضائيا" أصلا لان القوانين التشريعية رغم أهميتها تبقى مرهونة بتدخل القضاء في تطبيقها.[88]

ومن بين التشريعات الصادرة عن السلطة التشريعية على سبيل المثال: قانون بيع البضائع الانجليزي 1893م. قانون حقوق الانسان لسنة 1998م الذي أحدث نقلة نوعية في مجال السوابق القضائية حين قرر عدم شرعية تصرف السلطات العمومية او المحكمة بما لا يتفق مع الحقوق المقررة في الاتفاقية الاوروبية لحقوق الانسان.

**ملاحظة:**

ان القول بان السوابق القضائية والتشريع في النظام القانوني البريطاني يسيران في طريقين مختلفين هو كلام خاطئ. فالقوانين تحافظ على استمرارية السوابق القضائية. والسوابق القضائية تستمد بنيانها من النظام التشريعي. وقد يتم الحصول على امثلة من السوابق القضائية في تفسير النظام القانوني. كما يمكن استخدام القوانين عن طريق القياس في تطوير السوابق القضائية.

كما انه من الخطأ الاعتقاد بان القانون التشريعي الصادر من البرلمان يعكس نية البرلمان في تجميد القانون امام السابقة القضائية. او تخل عن المسؤولية القضائية للقضاة في تطوير السوابق القضائية على اساس التشريع بل يسعى الى الملائمة بينهما. غير ان للقضاة ماضين قدما كلما كانوا يرون ذلك مناسبا مع العلم ان البرلمان حر في فرض او اصدار تشريع قانوني إذا كانت تعتقد ان موقف السوابق القضائية غير مرض او غير كامل.

واخيرا قد تم تطوير شراكة بين البرلمان والمحاكم لضمان مستقبل النظام الانجلوسكسوني لكنه مازال في مرحلة المخاض.

**ثانيا: العرف**

[88] بوعوني الازهر: الأنظمة السياسية مرجع سابق ص 200

لعب العرف دورا هاما في بداية نشأة القانون الإنجليزي غير ان مكانته قد تراجعت ولم يعد له الا دور ثانوي. ولا يكتسب العرف القوة القانونية الا في حالة تكريسه قضائيا او تشريعيا [89]

**ثالثا: الفقه :**

هو مصدر ثانوي، تماما كما هو الوضع في جميع الأنظمة القانونية المعاصرة. ويلعب الفقه دورا مهما في التعريف بالنظام القانوني وتأطيره نظريا. ويقوم الفقه بدوره التفسيري والتحليلي للقواعد والمبادئ القانونية والسوابق القضائية وتكريسها. كما يُساهم الفقه بالتعريف بالسوابق القضائية وتأطيرها وتقديمها بشكل يُساعد القضاء على الوصول إليها عند النظر في النزاعات المعروضة عليه

**رابعا: العقل والمنطق**

في حالة امام فراغ قانوني في القضاء والتشريع وعدم وجود قاعدة عرفية فانه يجتهد عن طريق اعمال العقل.

**الفرع الثالث: مكانة القاضي في النظام القانوني البريطاني:**

يقوم القضاء الإنجليزي على مجموعة من الخصوصيات، مثل الاستقلالية والنفوذ وقّوة الأحكام الصادرة عنه. وتعطي هذه الخصوصيات بدورها القاضي مكانة متميزة في النظامين القانوني والسياسي. ويمكن تقديم سمات الهيئة القضائية الإنجليزية على النحو التالي[90]

القاضي في إنجلترا هو شخص ذو نفوذ وسلطة هائلة .

القاضي الإنجليزي يمثل التاج الملكي، ويعالج شؤون الملك .يتصرف القاضي الإنجليزي وفقا لقواعد يقررها هو لنفسه .

يمثل القاضي كذلك في إنجلترا الحارس والمسؤول الأول عن حماية حقوق الشعب في مواجهة الملك .يتمتع القضاة بصالحيات قضائية عامة، أي في كل النزاعات القضائية: مدنية، جنائية، إدارية، ضرائب... إلخ .

يعيّن القاضي الإنجليزي من بين المحامين المباشرين من ذوي الكفاءة والخبرة. فالمعروف عن القضاء الإنجليزي أنه وليد المحاماة، وتمُرس المحامين في ممارسة مهنتهم.

---

[89] جعفور محمد سعيد: مدخل الى العلوم القانونية الوجيز في نظرية القانون مرجع سابق ص 122

[90] LEGEAIS (Raymond): (2008) Grands systèmes de droit contemporain op cit p 102

## المحاضرة الثالثة

## خصوصية النظام القانوني البريطاني

يتميز النظام القانوني البريطاني بتاريخه الطويل والغني والمعقد، حيث يعود أصوله إلى القوانين المشتركة والعرفية التي شكلت عبر قرون طويلة من الزمن. المتأصل في التاريخ على مبادئ مرنة ومتطورة، بالإضافة إلى قضايا سابقة مهمة تم تطويرها نتيجة للتفاعلات الاجتماعية والسياسية المتغيرة. حيث تعتبر هذه القضايا السابقة جزءاً أساسياً من العمليات القانونية، إذ تساعد في تشكيل الرأي القانوني وخلق فهم أعمق للعدالة. كما أن النظام القانوني البريطاني يتسم بتنوع المصادر التشريعية والقضائية التي تؤثر بشكل كبير على صياغة وتطبيق القانون في المجتمع. وتتمثل المصادر الرئيسية للقانون البريطاني في التشريعات النافذة التي تصدر عن البرلمان، والتي تعكس إرادة الشعب، والقضايا السابقة التي تؤثر على صياغة القانون وتوجيه القضاة في احكامهم، بالإضافة إلى العرف المعترف به قانوناً والذي يلعب دوراً مهماً وحيوياً في تشكيل القواعد القانونية المستمرة والتي تؤثر بشكل مباشر على حياة الأفراد والمجتمعات.

ولقد حدث تطور في النظام القانوني البريطاني في السنوات الأخيرة. حيث لاحظ بعض الفقهاء ان مكانة القضاء تراجعت امام تقدم منظومة التشريع بحيث أصبحا متنافسين في القيمة القانونية غير ان البعض يرى ان القضاء مازال يحتل الصدارة في سلم القواعد القانونية. باعتبار ان النظام القانوني البريطاني يمتاز بخصائص يعتبر مرجعا أصليا للنظام الانجلوسكسوني[91]. ويمكن الوقوف عند خصوصية النظام القانوني البريطاني في مستويين هما:

الفرع الاول: خصوصية مفهوم القاعدة القانونية. في النظام القانوني البريطاني

الفرع الثاني: خصوصية تقسيم القانون في النظام القانوني البريطاني

### الفرع الأول: فكرة القاعدة القانونية وخصائصها في النظام القانوني البريطاني

ما يميز القاعدة القانونية في النظام القانوني البريطاني هو انها:

**أولا:** ما يفهمه رجل القانون البريطاني حول معنى مصطلح القاعدة القانونية Legal rule وكيف يستخدمه ليس بذات المعنى الذي يستخدمه رجل القانون المنتمي للعائلة الرومانية.

فالقاعدة القانونية هي قاعدة مخصصة لوقائع او علاقات عرضت امام القضاء فطبقها للفصل فيها. واما معنى القاعدة القانونية كما تتصوره العائلة الرومانية كقاعدة عامة ومجردة بالنسبة لرجل القانون الإنجليزي على انه مجرد مبدا قانوني عام Legal principle

**ثانيا:** مصدر القاعدة القانونية في إنجلترا ليست تشريعية كما هو الحال في القانون الرومانو جرماني وانما قضائية والتشريع استثناء. وتستمد من الاحكام القضائية الصادرة عن الجهات القضائية العليا في الدولة. ولا تأخذ صيغتها القانونية الا بعد نشرها.

---

[91] بوعوني الازهر: الأنظمة السياسية مرجع سابق ص 198

**ثالثا:** القاعد القانونية في العائلة الرومانية تظهر في صورة تشريع تسبق وجودها وجود النزاع او الحالة الخاصة وعن طريف تفسيرها يتحدد ما تقتضيه من حكم في الحالة المعروضة.

اما رجل القانون البريطاني فهو ينظر الى قانونه فيجده في قد نشا في احكام القضاء وليست قاعدة عامة السوابق القضائية.

**رابعا:** كون القاعدة القانونية قضائية فهي لا تتسم بالعمومية والتجرد مما تجعل القاعدة القانونية في النظام القانوني البريطاني قاعدة مختلفة في بعض جوانبها عن مفهوم القاعدة في النظام الروماني الجرماني وانما تتطرق الى حيثيات تفصيلية حيث يختلط فيها القانون بالواقع. ولهذا فان الاحكام القضائية لا تعتبر كلها سوابق قضائية بل هناك احكام على سبيل الفصل واحكام على سبيل الراي. والقاضي الإنجليزي يعتمد في منهجه على التمييز وليس القياس المنطقي بل يميز بين القانون والوقائع. [92] وتقودنا هذه الخصوصية الى أربع نتائج وهي:

**الأولى:** كثرة السوابق القضائية يؤدي صعوبة حصرها

**الثانية:** اعتماد المنهج التقريري الاستقرائي في استنباط القاعدة القانونية الذي يتصف كونه منجا اجرائيا وقضائيا واساسه خبرة القضاة

**الثالثة:** لا تعترف القاعدة في النظام القانوني البريطاني بتقسيم القواعد إلى قواعد قانونية آمرة وأخرى مكملة أو تفسيرية، باعتبار أن المعمول به فقها وقضاء يكون في الغالب تفسير القاعدة القانونية يكون في الغالب تفسيرا تقريبيا وغير دقيق.

**الرابعة:** يكون الاهتمام بالجوانب التطبيقية في القاعدة القانونية دون الجوانب النظرية، باعتبار أن "السابقة القضائية" تكون ملزمة، وهو أمر يفرض "التطبيق" على حساب كل ما هو نظري.

**الفرع الثاني: خصوصية تقسيم القانون في النظام القانوني البريطاني**

نلمس هذه الخصوصية في مستويين هما:

أولا: تقسيم القانون: قانون الكومن لو وقانون العدالة

ثانيا: تقسيم القانون: قانون موضوعي وقانون اجرائي

**أولا: تقسيم القانون الى قانون (الكومن لو) و(قانون العدالة)**

من مميزات النظام القانوني البريطاني أنه لا يقوم على تصنيف القانون إلى عام وخاص؛ بل إنه يقوم على تقسيم من نوع آخر. هما:

1) **قواعد القانون العام الانجليزي .(Law Commun)** : القانون الإنجليزي لا يعتمد على نفس تقسيمات القانون اللاتيني الجرماني، فهو يجهل التفرقة بين القانون العام والخاص ذات الاصل الروماني وعبارة

[92] بقيق محمد: مدخل علم لدراسة القانون مرجع سابق ص 60

القانون العام الانجليزي هي ترجمة لعبارة law common ولا تعني Droit publicبل يقصد بها قانون عموم إنجلترا وبلاد الغال وكان يغلب عليه طابع العرف الإقليمي من خلال السوابق القضائية.

**2) قواعد العدالة (Equity).**

**على أساس:**

يعود ظهور قواعد العدالة الى ظهور محاكم المستشار اعتبارا لعدم رضا المتقاضين عن الاحكام الصادرة عن محاكم الكومن لو نتج عنه توسيع اختصاص محاكم المستشار على حساب محاكم الكومن لو

تقوم محاكم المستشار بسد النقص الموجود في القانون العمومي (الكمن لو) لان سياستها تعتمد على فكرة تحقيق العدالة وتمتاز قرارتها بالقوة التنفيذية ويمكنها إيقاف تنفيذ احكام الكومن لو إذا ما لاحظت انها خالفت مبادئ العدالة. غير انه اليوم هذا التمييز لم يعد موجودا نظرا لتوحيد القضاء في بريطانيا وكذا في مستوى الإجراءات.[93]

**ثانيا: تقسيم القانون الى قانون موضوعي وقانون اجرائي**

يقوم أساس التقسيم الى القانون الموضوعي والقانون الاجرائي فقد كانت في السابق المحاكم الملكية تقدس الإجراءات لكن بظهور محاكم العدالة واندماجهما أصبحت القواعد الموضوعية لا تقل أهمية عن الإطار الاجرائي وهذا التقسيم مؤسس على مضمون القاعدة القانونية، أي على التمييز بين القاعدة الأصلية أو الموضوعية أو المرتبطة بموضوع النزاع) من جهة (، والقاعدة الإجرائية والشكلية المرتبطة أساسا بإجراءات وشكليات رفع الدعوى وسيرها وإصدار الأحكام القضائية وتنفيذها) من جهة أخرى

وما يلاحظ في هذا الإطار هو أ ن القواعد الإجرائية تحتل مرتبة متميّزة، على اعتبار وجود حكمة قانونية، مفادها أ ّن الإجراءات السليمة تنتج حكما عادل، وأنه لا معنى لحق الفرد إذا لم يتمكن من إبرازه عن طريق الإجراءات. وتعتبر القواعد الإجرائية في النظام القانوني البريطاني قواعد فقه قضائية بالأساس، باعتبارها قواعد استنبطها وكرسها وطبقها القاضي نفسه، وتقوم على فكرتي التوازن والمصداقية .

وتتميز هذه القواعد الإجرائية والشكلية بثراء مضمونها وسرعة تطورها، فهي تطبق في مختلف مراحل التقاضي، وخاصة فيما يتعلق بعبء الإثبات ووسائله وتطور التقنيات المعتمدة للبحث عن الحقيقة، وإصدار أحكام عادلة

3) التمييز بين القانون العام وقانون العدالة على النحو الذي سبق فقد أهميتها بعد اندماج محاكم العدالة في المحاكم الملكية بموجب القانون القضائي 1837-1875

**مصطلحات الوحدة:**

- **النظام السياسي البريطاني:**

[93] بقيق محمد: مدخل علم لدراسة القانون مرجع سابق ص 59

يتميز بانه نظام برلماني يقوم على اساس مبدا التوازن بين السلطتين التشريعية والتنفيذية والتعاون المكثف بينهما دون ترجيح لأحداهما على الاخرى. تتشارك فيه كل السلطات. ولكل جهاز وظيفة اساسية لكنه يساهم في تعيين الاجهزة الاخرى وفي ممارسة وظيفتها ولكل جهاز يتوفر على وسائل ضغط فيما بينها مما بساعد على تحقيق التوازن عند ممارسة سلطتها.

**المحكمة العليا:**

هي أعلى محكمة استئناف في المملكة المتحدة للقضايا المدنية، وللقضايا الجنائية في إنجلترا، ومقاطعة ويلز، وأيرلندا الشمالية. تنظر المحكمة في القضايا ذات الأهمية البالغة على المستويين العام والدستوري والتي تؤثر على جميع أفراد الشعب.

- **محاكم الصلح:**

تعمل كمحكمة ابتدائية في المسائل الجنائية والمدنية ضمن اختصاصها، والتي تم تحديدها في قانون المحاكم لعام 1984. وهي أول درجة في معظم النزاعات المدنية والمحاكمات الجنائية. يمكن استئناف الأحكام الصادرة عن محكمة الصلح أمام المحاكم المركزية.

- **التشريع:**

التشريع في الاصطلاح الشرعي هو سن القوانين التي تعرف منها الأحكام لأعمال المكلفين وما يحدث لهم من الأقضية والحوادث، فإن كان مصدر هذا التشريع، هو الله سبحانه بواسطة رسله وكتبه فهو التشريع الإلهي، وإن كان مصدره الناس سواء أكانوا أفرادا أم جماعات فهو التشريع الوضعي.

**مخرجات الوحدة:**

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

- توضيح أثر العوامل التاريخية والسياسية والدستورية على القانون البريطاني.
- توضيح مكانة القضاء البريطاني، سواء تعلق الأمر بسلطة القضاء أو بفقه القضاء، أي كسلطة وكمصدر من مصادر القانون.
- توضيح مكانة القاضي في النظام البريطاني
- شرح وبيان خصوصية مفهوم القاعدة القانونية في النظام القانوني البريطاني
- شرح وبيان خصوصية تقسيم القانون في النظام القانوني البريطاني .

**المراجع:**


- بوعوني الازهر: الأنظمة السياسية مكز النشر الجامعي 2002 م تونس.
- جعفور محمد سعيد: مدخل الى العلوم القانونية الوجيز في نظرية القانون دار هومة 2004 م الجزائر
- بقيق محمد: مدخل عام لدراسة القانون مركز النشر الجامعي.

- ظفر محمد الهاجري: مقال الدور الإصلاحي للقانون التشريعي في تطوير احكام القضاء في إنجلترا، ملحق خاص بالمؤتمر السنوي الرابع، القانون أداة للإصلاح والتطوير، العدد 2 ,الجزء الأول، مايو 2017م.
- مطبوعة الأنظمة القانونية المعاصرة. كلية العلوم والدراسات النظرية، قسم القانون، الجامعة السعودية الالكترونية , 2018م.
- لحسن زين الدين جباري: مقال (الطبيعة القانونية للنظام البرلماني الحديث مع دراسة خاصة للنموذج البريطاني. مجلة الحوار المتوسطي. المجلد الثالث عشر. العدد1 مارس 2022م ص ص 90 – 101
- صوفي حسن أبو طالب، تأريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار النهضة العربية، القاهرة 1984م
- حسين عبد علي عيسى: مقال (مصادر القانون الجزائي الانكليزي –دراسة مقارنة) مجلة الرافدين للحقوق. المجلد 15 العدد 55 السنة 2017م ص ص 152– 186
- Bruno de Loynes de Fumichon (2013), Introduction au droit comparé, L'école de droit de la Sorbonne (université Paris I
- DAVID (René) et JAUFFRET-SPINOSI (Camille) (2013) : Les grands systèmes de droit contemporains, Paris, Dalloz, 12ème édition.
- LEGEAIS (Raymond) : (2008) Grands systèmes de droit contemporains, Paris, Litec, 2ème édition

## الوحدة السادسة

## النظام القانوني في الولايات المتحدة الامريكية

**أهداف الوحدة :**

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

- أن يدرك ان النظام القانوني الامريكي ليس صورة مستنسخة من النظام البريطاني.
- أن يدرك ان تطور النظام القانوني الامريكي تطور ذاتي عبر التاريخ إلى أن وصل (كومن لو امريكي) فريد من نوعه.
- أن يتعرف على بنية ومصادر القانون الامريكي ودور الجهاز القضائي في بلورة هذا النظام القانوني
- أن يدرك مكانة القاضي باعتباره ضمانة جوهرية للمتقاضي لاسترداد حقوقه.
- أن يدرك أهمية رقابة دستورية القوانين ومدى تأثيرها في النظام القانوني الأمريكي،
- أن يحلل الاختلافات والتشابه بين القانون الأمريكي والبريطاني،

**موضوعات الوحدة:**

تتناول هذه الوحدة ما يلي:

المطلب الأول: العلاقة التاريخية للنظام القانوني الأمريكي بنظام الكومن لو

المطلب الثاني: تميز هيكلة النظام القانوني الأمريكي:

المطلب الثالث: أهمية دور مؤسسة رقابة دستورية القوانين وتأثيرها في النظام القانوني الأمريكي:

**المقدمة:**

تعتبر دراسة النظام القانوني في الولايات المتحدة الأمريكية أمرًا ذا أهمية كبيرة للغاية، حيث إنها تعين على فهم القوانين والمؤسسات القانونية المتنوعة التي تحكم المجتمع الأمريكي المتنوع والمتعدد الثقافات. فللوهلة الاولى عند دراسة النظام القانوني الامريكي يأتي الشعور بانه نسخة مقلدة للنظام القانوني الانجليزي . وهذا التطابق يمكن تعليله بانهما ينتميان الى النظام الانجلوسكسوني. غير ان الحقيقة غير ذلك. فرغم اعتماد الكومن لو من طرف الدولة الأمريكية فقد كاد ينفصل عنه وينضم الى النظام القانوني الروماني عندما اعتمد التدوين لكن مؤسسي النظام القانوني الأمريكي بقي وفيا للقانون العام وسلكوا طريقا فريدا. وحتى يومنا الحاضر هناك تباعد واضح بين النظام القانوني الانجليزي والامريكي رغم انتمائهما للقانون العام وهذا الاتجاه بسبب عوامل عدة جعلته متميزا وفريدا من نوعه ويمكن تقديمها في ثلاث نقاط:

**النقطة الاولى:** لعبت العوامل التاريخية في الولايات المتحدة الامريكية الى ولادة هذا النظام القانوني الجديد مما جعله مختلفا عن النظام القانوني البريطاني، فرغم الاستقلال عن بريطانيا فان التراث القانوني مازال قائما بل اعيد تقييمه ورفض بعض جوانبه واعيد استثماره من جديد.

**النقطة الثانية:** تم بناء النظام القانوني الأمريكي على هيكلة لها خصوصية حيث يرتكز على اسس ثلاث هي:

**الاساس الاول: على** مستوى البنية الدستورية والسياسية، حيث اسست وطبقت فكرة الدولة الفيدرالية.

**والاساس الثاني:** على مستوىً التنظيم القضائي الذي افرز هيكلا قضائيا مهما وهو المحكمة العليا التي اصبحت لها مكانة مرموقة في الدولة.

**والاساس الثالث:** في مستوى مصادر القانون الأمريكي، بعد ان كان القضاء فقط هو مصدر للقانون بدا التشريع يأخذ مكانة متقدمة ومنافسة حيث أصبح للتشريع مكانة متميزة بسبب انتشار ظاهرة التدوين.

**النقطة الثالثة:** برزت في القرن التاسع عشر مبدا فكرة مراقبة دستورية القوانين وازدهرت بشكل لافت حيث تحولت الى منظومة متكاملة ادت الى ظهور نظام قانوني امريكي متميز عن غيره.

## المحاضرة الأولى

## الارتباط التاريخي بين النظامين القانونيين الأمريكي والبريطاني

تعتبر دراسة العلاقة التاريخية المثيرة للاهتمام بين النظامين القانونيين الامريكي والانجليزي ذات اهمية كبيرة جدا لفهم وتحليل تطور القانون في البلدين وتقييم تأثير النظام الانجليزي على النظام الامريكي وكيف أثر التاريخ المليء بالأحداث والتحولات على بنيته الحالية. كما تعتبر هذه الدراسة الشاملة والشيقة ايضا مفتاحا رئيسيا لفهم وتقييم الاختلافات والتشابهات البارزة بين هاذين النظامين وتقييم الاثر الحالي للتاريخ والتطورات السابقة على كل منهما.

في اعقاب الثورة الامريكية التي اندلعت في اواخر الثامن عشر حدث انفصال عن بريطانيا سياسيا.

ونتج عنها قطيعة مع البلد الأم، بريطانيا العظمى، وأدت إلى الاستقلال السياسي للولايات المتحدة الأمريكية.

غير ان الاثار التاريخية للوجود البريطاني بقي تأثيره المباشر في تكوين النظام القانوني الأمريكي وتشكله وبقي ساري المفعول. لكن ولعدة أسباب أخرى كاد ينفصل عن القانون الإنجليزي لينضم إلى عائلة القانون الروماني. وهذا ما سوف نسرده عبر تاريخ نشأة القانون الامريكي خلال فترتين:

**الفرع الأول: فترة الاستعمار الأوروبي لأمريكا من بداية القرن السابع عشر الى أواخر القرن الثامن عشر**

تم استعمار قارة أمريكا من طرف الاوربيين وأول مستكشف (مستعمر) لها هو كرستوفر كولومبوس سنة 1492م حيث مولت الحملة ملكة اسبانيا القوة العظمى آنذاك ثم تبعهم البرتغال واستعمروا أمريكا الوسطى والجنوبية. والفرنسيين والهولنديين والسويديون والدنماركيون والبريطانيون غزو أمريكا الشمالية. وكان هدفهم مزيج من الدوافع تجارية ودينية وسياسية وحتى قانونية. وشكلوا مجمعات سكانية وشكلت 13 مستعمرة تسيطر على كامل الساحل الأطلسي لكندا (الفرنسية) الى فلوريدا (الاسبانية) ونظموا أنفسهم في مجالس سياسية منتخبة من قبل أصحاب الأرض والتصويت على الميزانية واكتسبوا الاستقلال الذاتي.

وسرعان ما غزا الانجليز وطردوا هذه القوى المنافسة وخاصة الهولنديين (معاهدة اوترخت 1713م) والفرنسيين (معاهدة باريس 1763م) ثم انقلبوا على بريطانيا نفسها ورفضوا حكمها وأعلنوا الاستقلال عنها سنة 1776م وشكلوا اتحاد كونفدرالي متكون من 13 مستعمرة بريطانية.

خلال فترة الاستعمار البريطاني لم يقع التخلي عن الإرث القانوني للكومن لو ولقانون العدالة المتأتي من النظام القانوني البريطاني.

**الفرع الثاني: فترة الاستقلال عن بريطانيا تبدأ من اواخر القرن الثامن عشر**

أي مع بداية الاستقلال السياسي للدولة الأمريكية، تم إعادة النظر في النظام القانوني الأمريكي، انطلاقا من وضع دستور مكتوب 1787م خلفا للدستور البريطاني العرفي، كما تم اختيار نظام سياسي ودستوري مختلف تماما عن النظام السياسي والدستوري البريطاني حيث اعتمد نظام جمهوري ورئاسي خلافا للنظام الملكي البرلماني، وهو ما أعطى النظام القانوني الأمريكي بعض الخصوصية. ورغم هذه الاختلافات، فإنه

تم توظيف الإرث القانوني البريطاني واستثماره بشكل يتماشى مع مجتمع أمريكي جديد يبحث عن وضع نظام اقتصادي يساعد على بناء دولة جديدة.[94] وبموجب الدستور وفي مادته الاولى خول للكونجرس جميع السلطات التشريعية وسن القوانين الفيدرالية واناط به انشاء المحاكم الفيدرالية عدا المحكمة العليا التي انشئها الدستور بموجب مادته الثالثة.

كما تضمن الدستور في مادته الرابعة لكل ولاية في ولايات الاتحاد حكومة ذات نظام جمهوري ولكل ولاية تحترم اية ولاية اخرى وبسجلاتها الرسمية واجراءاتها القضائية وحرم على الكونجرس ان يضم ولايات جديدة الى الاتحاد الا بعد موافقة الهيئات التشريعية في الولايات. وهكذا ظهر في الولايات المتحدة الامريكية ازدواجية الانظمة القضائية. القضاء الفيدرالي والقضاء المحلي للولايات.

**اولا: اعتماد النظام القانوني الإنجليزي للولايات المتحدة الامريكية**

بقي القانون البريطاني مطبقا حتى بعد خروج الاستعمار البريطاني ولم يجد أي معارضة في تطبيقه حتى ظهرت بعض الصعوبات وبعض التناقضات التي اثرت بشكل كبير تطلب تغييره كي يتماشى والنظام القانوني الجديد. فالنظام القانوني الأمريكي رغم بقائه وفيا للنظام القانوني الإنجليزي فان عوامل عدة جعلته متميزا عنه. ويمكن تلخيص هذه العوامل في النقاط التالية :

**العامل الاولى:** اعتماد فكرة التقنين او التدوين بهدف التخلص عن كل ما هو عرفي وكل ما هو سابقة قضائية بعد اندماج الجمهوريات الامريكية ضمن دولة اتحادية حرصت هذه الجمهوريات على ان يكون لها دستورها الخاص المكتوب. وكذلك نظامها القانوني الخاص. مثل ما وضعت دستور الاتحاد.

**العامل الثاني: مواكبة** ظهور تيار فقهي وسياسي خلال الفترة نفسها كان ينادي بالرجوع إلى قواعد القانون الطبيعي وتنفيذ مبادئه وقد وجد صداه لدى العديد من الأمريكيين. غير ان نقطة الاتفاق بين هذين التيارين التيار المنادي بتطبيق القانون البريطاني والتيار المنادي بإعمال القانون الطبيعي، تكمن فقط في ضرورة اعتماد سياسة تدوين القوانين.

**العامل الثالث:** مرحلة اختيار نظام قانوني للولايات المتحدة الأمريكية وبلورته مع وجود منافسة عدة أنظمة قانونية أخرى مهمة؛ مثل: القانون الفرنسي، والقانون الإسباني، وغيرهما... والتي كان لها تأثير نسبي في الاختيار النهائي لقانون الدولة الأمريكية الجديدة. وانحصر هذا التأثير في فكرة التدوين. رغم ان فرنسا وإسبانيا، ساعدت الولايات المتحدة الأمريكية في التحرر من المستعمر الإنجليزي، غير انه لم يؤثر في اختياراتها القانونية أو السياسية أو الدستورية؛ لان الدولة الأمريكية ظلت وفية للقانون البريطاني، ولم تشأ الخروج عن النظام الأنجلوسكسوني. فقانون الولايات المتحدة الأمريكية يعكس اليوم جوهر قانون الكومن لو، وهو نموذج يعتد به في هذا الإطار، ويدرس كنظام متميز عن النظام القانوني البريطاني.

[94] GILMORE, G., (1977) The Age of American Law, New Haven, Ct, Yale University Press p. 13

**العامل الرابع:** مواكبة انتشار ظاهرة تدوين القوانين في القرن التاسع عشر وظهور العديد من مشاريع القوانين، بخصوص مواد قانونية مهمة ومتنوعة ومتعددة، مثل القانون المدني والقانون الجنائي وقانون الإجراءات المدنية والتجارية وقانون الإجراءات الجزائية. فهناك حتى من تقدم بمشروع القانون السياسي لتنظيم الحياة السياسية في الدولة أو مشروع مجلة القانون الدولي رغبة في فرض نظام عالمي جديد يراعي العلاقات الدولية في وقتي الحرب والسلم.[95]

وفي هذا السياق، لخص العديد من الفقهاء المهتمين بالنظام القانوني الأمريكي هذا التوجه في تدوين التشريع في فكرتين اثنتين :

**الفكرة الاولى:** يعتبر هذا التدوين بشكله الظاهر تاثرا خفيا بالقانون الفرنسي الذي اقتبس جذوره من النظام الروماني الجرماني على الرغم من ذلك في الاصل لا يتخطى أن يكون مجرد تنظيما لقواعد والمبادئ المستمدة من النظام القانوني البريطاني الذي يقوم على: فكرة السابقة القضائية الصادرة عن القضاء .

والأعراف والعادات والتقاليد التي تنظم وتسيّر الحياة السياسية والاجتماعية في جميع العلاقات.

**الفكرة الثانية: اسباب اختيار النظام القانوني البريطاني**

**وإذا سلمنا بان** النظام القانوني الأمريكي قائم بصفة جوهرية على نظام" الكومن لو"، وأن هذا الأخير هو المصدر الأساسي للأول، فإن هذا الاختيار، يبرر كما يلي :

**المبرر الاول: اختيار اللغة الإنجليزية** كلغة رسمية للدولة بسبب بروز هذه اللغة وتفوقها على بقية اللغات الأخرى مثل الإسبانية المنتشرة كثيرا في أمريكا الجنوبية، أو الفرنسية المنتشرة خاصة في إفريقيا أو كذلك في كندا.

**المبرر الثاني:** اختيار ثقافة تتضمن في طياتها مجموعة من التقاليد العريقة والناجحة.

**المبر الثالث:** تبني نمط اقتصادي مبني على فلسفة ليبرالية و رأسمالية.

هذه العوامل تضفي قيمة فريدة على النظام القانوني الامريكي وساهمت في تاسيس دولة اقتصادية متقدمة ومتوازنة سياسيا، وعلى الرغم من انه يستند الى نظام الكومن لو الا انه يحمل طابعا فريدا مقارنة بالنظام القانوني البريطاني.[96]

**ثانيا : تشكيل "الكومن لو" الأمريكي**

يعتبر النظام القانوني الأمريكي الجديد متميز عن النظام القانوني البريطاني، وهذا لسببين اساسيين:

**السبب الاول:** تطبيق مبدا التخصص التشريعي الذي يتضمن رفض العمل بالعديد من القوانين والقواعد البريطانية الصادرة قبل تاريخ الاستقلال من المستعمر البريطاني سنة1776م .

**ثانيهما:** هيكلة جديدة للنظام القضائي الامريكي ومنح ادوار واختصاصات متميزة عن تلك التي كانت تتميز بها المحاكم البريطانية. لكي تساير النمط الجديد مع الدولة الجديدة .فالمحاكم الجديدة ليست بمحاكم

[95]GILMORE, G., (1977) The Age of American Law, New Haven op cit p 16

[96] SERVIDIO-DELABRE, E., (2004) Common law, Introduction to the English and American Legal Systems p 44

ملكية ولا برلمانية؛ بل هي محاكم الجمهورية الجديدة. وبناء على ذلك تميز النظام القانوني للولايات المتحدة الامريكية بكونه ليس مستنسخا من النظام القانوني والدستوري والسياسي فهي دولة اتحادية جديدة ذات نظام رئاسي، والامريكيون لهم خصوصيتهم في الحياة. خلافا لبريطانيا بلد التقاليد، كما انها دولة موحدة تقوم على نظام ملكي برلماني والبريطانيون لهم طموح مختلف.

رغم ان النظامين البريطاني والامريكي يشتركان في فلسفة ومقومات نفسها غير ان نظام "الكومن لو" المعتمد في الولايات المتحدة بشكل معدل ومختلف مما جعله يتميز بمظهر جديد. فقد تم الابتعاد عن فكرة الأعراف والتقاليد، وتم التوجه إلى: كتابة الدستور (دستور الدولة الإتحادية ودستور الدول الأعضاء .) وفرض فكرة مراقبة دستورية القوانين وتفويض القضاة من القيام بهذه المهمة. وانشاء هيئات إدارية وفدرالية غير موجودة في بريطانيا. وإحداث قوانين خاصة بالشركات التجارية والأعمال التجارية والخدمات المصرفية والتمويل.

صدور تشريعات تنظم الاسواق المالية وتعزز المنافسة.

رغم معظم هذه المفاهيم القانونية مثل مفهوم العقد والخطأ والثقة وغيرها مستمدة من التشريع البريطاني غير انها مدونة. كما نلاحظ ان العديد من سياسات الاصلاح الاقتصادي والاجتماعي لتجاوز بعض الازمات التي نهجتها الولايات المتحدة الامريكية مأخوذة من الثقافة البريطانية. رغم وجود الاختلاف بين النظامين الى اليوم قائما وموجودا غير أن عمق الثقافة القانونية وتأصلها تجعل من النظامين تحت مظلة واحدة هي عائلة النظام الأنجلوسكسوني

## المحاضرة الثانية

## خصوصية هيكلة النظام القانوني في الولايات المتحدة الأمريكية[97]

رغم تشابه القانون الأمريكي وخصوصية في مرجعيتها، ينضوي تحت نظام "الكومن لو" في مستويات عدة تتجلى هذه وتحديدا في مستوى المحتوى والمبادئ الأساسية المتبناة في المصطلحات، واللغة، بالإضافة الى متطلبات وامال التي تتناسب ومجتمع متطور اقتصاديا، مما يفتح افاقا جديدة لصياغة القوانين.

ومع ذلك على الرغم من التشابه في المبادئ مع القانون البريطاني فان النظام القانوني الأمريكي يتميز بسمات فريدة نابعة من اختلاف النظام السياسي والبنية التنظيمية الفيدرالية للولايات المتحدة الامريكية كوجود دستور مكتوب، وتفعيل نظام المراقبة القضائية لدستورية القوانين وغير ذلك.

وفي هذا السياق يجب التركيز على ثلاث جوانب رئيسية لهذا الصرح الجديد الذي منح النظام القانوني الأمريكي ميزات فريدة وجعله مميزا عن النظام القانوني البريطاني:

خصوصية البنية الدستورية والسياسية: تكريس فكرة الفدرالية. تتعايش فيها شخصية موحدة ومعقدة.

خصوصية التنظيم القضائي: أهمية مكانة المحكمة العليا.

تطور مكانة التشريع في البنية القانونية

**الفرع الاول: خصوصية البنية الدستورية والسياسية: تكريس فكرة الفدرالية**

الثابت تاريخيا واجتماعيا، المجتمع الامريكي مجتمع خليط من الثقافات والعادات والتقاليد. نتج عنه. مجتمع يتميز بتنوعه الثقافي والعرقي واستجابة لذلك تم تصميم نظام سياسي يأخذ بعين الاعتبار هذا التنوع ويوحد هذا الخليط من الاجناس وهذا ما ادى الى فكرة الفدرالية. بمعنى أن تبنى الدولة على اتحاد قوي يجمع كل الدويلات ويوحد بينها.

فتم اعتماد دستور مكتوب للدولة الإتحادية وكذلك قوانين ومؤسسات فدرالية تعمل على توحيد وتحقيق التمثيل المتساوي بين الولايات.

وفي المقابل، حافظت هذه الدويلات الأعضاء في الاتحاد الأمريكي على حد أدنى من الاستقلالية.

وعلى أساس هذه الفكرة، بدأت القوانين تصدر في اتجاه توحيد المجتمع الأمريكي. وبناء الدولة مما أسفر عن تفعيل عدة سلطات:

**أولها:** سلطة الاتحاد الفيدرالي التي تشرع وتقنّن كل القواعد في اتجاه التوحيد ثقافة قانونية واحدة ملزمة للدول الأعضاء.

**ثانيها:** سلطات الولايات أو الدول الأعضاء التي تختص بدورها بوضع قوانين مختلفة، وتعكس خصوصياتها، ولكن دون أن تخرج عن الخطوط العريضة والسياسة العامة للدولة

---

[97] مطبوعة الأنظمة القانونية: الجامعة السعودية الالكترونية مرجع سابق ص ص 149_150

وقد أفرزت هذه الوضعية الى تطوير القوانين بشكل مختلف مما هو مألوف في بريطانيا مما جعل النظام القانوني الأمريكي مميزا بطريقة تميز بها البلد الجديد. التي تقوم على فكرة ضمان الوحدة مع احترام التنوع. وقد سارت المحاكم المحلية في هذا الاتجاه، تحاول مسايرة الحلول المطروحة من طرف المحكمة العليا لتحقيق التناغم بينهما.

**الفرع الثاني: خصوصية التنظيم القضائي: أهمية مكانة المحكمة العليا**

تعتبر السلطة القضائية في الولايات المتحدة الامريكية هي مصدر القضاء الدستوري في الولايات المتحدة الأمريكية على راسها المحكمة العليا الامريكية التي رسخت هذا المبدأ رغم المحاولات الفاشلة من طرف بعض الرؤساء من اجل ثني القضاء بحقها في الرقابة القضائية بوصفها ممثلة لهرم السلطة القضائية لمحاكم الولايات المتحدة الامريكية وتحظى بمكانة مرموقة ضمن المؤسسات الدستورية. وقد اعتبر الفقه أن القضاء الأمريكي يعد من هذه الزاوية إمبراطورية القوانين بلا منازع[98] نظرا لمكانتها داخل المنظومة المؤسساتية وباعتبار أهمية القوانين فيه.[99]

ويتميز التنظيم القضائي الامريكي بتعقيد هيكله نتيجة توزيع الاختصاصات القضائية بين الحكومة الفيدرالية والولايات فالمحكمة العليا لا تمثل سوى محكمة واحدة تضاف اليها الى ما يقرب من 94 محكمة فيدرالية وعدد كبير من محاكم الولايات المختلفة. [100]

ولتوضيح الفكرة أكثر يظهر التنظيم القضائي الأمريكي في شكل تنظيم مواز للطبيعة الفدرالية للدولة، وهو يتسم بوجود محاكم خاصة بالدول المنضوية تحت الاتحاد الفدرالي وأخرى على مستوى دولة الاتحاد. كما توجد في كلا المستويين محاكم الإقليم courts District وهي أقرب ما تكون للمحاكم الابتدائية للتنظيم القضائي في الدول الموحدة، ومحاكم الجهة courts Circuit التي تعادل محاكم الاستئناف، وأخيرا المحكمة العليا cour Supreme التي تعادل محكمة النقض أو التعقيب. والمحكمة الإدارية (ديوان المظالم أو مجلس الدولة) والمجلس الدستوري (أو المحكمة الدستورية) في آن واحد، وهو ما يجعلها متشعبة الاختصاصات ومثقلة الكاهل لكثرة القضايا التي تنظر فيها.[101]

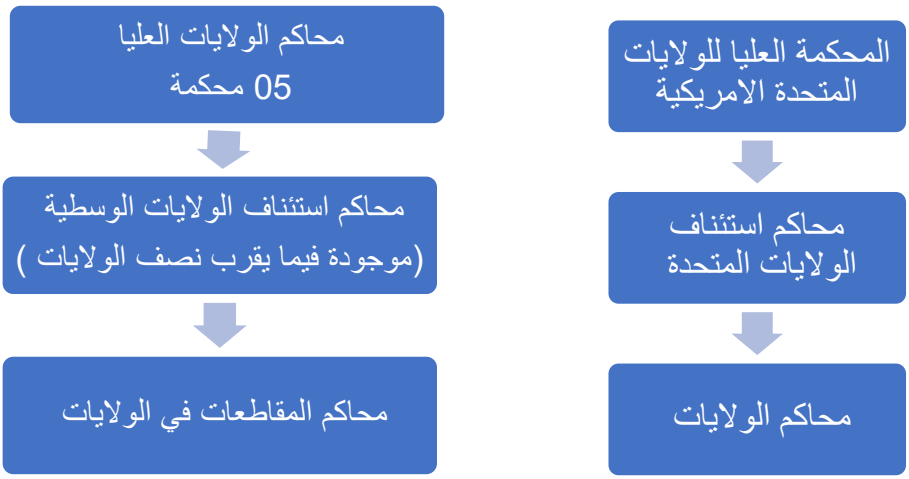
---

[98],Dworkin .R 'empire 44 .p 1994, ,droit d

[99] بوعوني الازهر: الأنظمة السياسية مرجع سابق ص 134

[100] محمد طه الحسيني: مقال القضاء المزدوج في الدولة الفيدرالية -الولايات المتحدة الأمريكية نموذجا دون ذكر عنوان المجلة العدد 66 أيلول 2022 ص 219.

[101] بوعوني الازهر: الأنظمة السياسية مرجع سابق ص 135




نظام المحاكم الفيدرالي نظام المحاكم في الولايات

ونظرا لأهمية ولمكانة المحكمة العليا ودورها في بلورة المنظومة القانونية الأمريكية، يتعين الوقوف عند هذه المؤسسة القضائية.

**أولا: النظام الحزبي وتشكيل المحكمة العليا:**

تنص المادة 3 من الدستور الأمريكي على أن السلطة القضائية للولايات المتحدة الأمريكية أسندت إلى المحكمة العليا. وتتشكل هذه المحكمة من رئيس وثمانية أعضاء يتم انتدابهم من قبل رئيس الجمهورية وفق معايير مهنية موضوعية بعد التشاور مع نقابة المحامين Bar American The Association وتثبيتهم من قبل مجلس الشيوخ. مما جعلها أداة ضغط لتنفيذ الاجندات السياسية الخاصة[102] حيث تتحكم شيئا فشيئا في اختيار القضاة بين التيار المحافظ أو التيار التحرري. ولهذا عندما تكون الأغلبية في مجلس الشيوخ من نفس حزب الرئيس تمر عملية الترشيح والمصادقة بانسيابية والعكس تصبح أكثر تعقيد وهذا ما ينعكس بدوره على سلوك القضاة في التصويت ولاسيما في القضايا التي تحتل مكانة في برامج الجزبين وكذلك الراي العام الأمريكي مثل الصلاة في المدارس والاجهاض وحقوق الأقليات والهجرة.

وتتم تعيين هؤلاء القضاة لمباشرة مهامهم مدى الحياة، ولا يمكن عزلهم بأية حال، ما دام سلوكهم حسنا ولا تنتهي خدمتهم الا بالوفاة او الاستقالة او التقاعد او الإدانة. وهي ضمانة قوية وجدية لهم. وعادة ما يستمر هؤلاء القضاة في ممارسة مهامهم إلى سن متقدمة جدا، وهو ما حدا ببعض الفقهاء إلى التعليق على ذلك بالقول: "إن القضاة بالمحكمة العليا لا يستقيلون أبدا ولا يموتون إلا نادرا". ولا يمكن تنحيتهم إلا بناء على إجراء impeachment (الإدانة) وهو ما لم يحدث قط منذ نشأة الدولة الأمريكية.

ويعد رئيس المحكمة العليا ثاني شخصية في الدولة، إذ يأتي مباشرة بعد شخصية رئيس الولايات المتحدة، ويسمى justice Chief. وتعرف كل فترة من فترات تاريخ المحكمة العليا باسم رئيسها كمحكمة Warren ومحكمة Burger ومحكمة Renhquist.

---

[102] محمد ضياء محمد رفاعي: رقابة الدستورية في النظامين الفرنسي والامريكي دراسة مقارنة مجلة البحوث الفقهية والقانونية العدد الثاني والاربعون اصدار يوليو 2022م

**ثانيا: صلاحيات المحكمة العليا**[103]

حسب نص الفقرة الثانية من المادة الثالثة من الدستور يمكن تقسيم صلاحيات المحكمة العليا الى ثلاث اقسام رئيسية:

1) **الصلاحيات العامة:**

هي صلاحيات محددة بمقتضى الدستور والقوانين الفدرالية وهي:

- القيام بتفسير الاحكام الدستورية يتمثل في تأويل أحكام الدستور التي تتميز بطابعها المختصر. وبهذه الصفة تكون لها الكلمة الاخيرة في تفسير الدستور.
- اتخاذ القرارات بقبول او رفضها الدعاوى من خلال البت في الصبغة القانونية أو الصبغة السياسية للقضايا المعروضة عليها، وكذلك من خلال البت في أصل القضايا . فالمحكمة العليا تنظر الى السلطة التنفيذية والتشريعية على انهما فروعا سياسية تم اختيارها من طرف الشعب تهدف الى صناعة السياسة العامة. والقضاء لم يضعه المؤسسون ليكون أداة تعبر عن الإرادة الشعبية فهو فرع غير سياسي. ويعود حل المسائل السياسية الى فرعي الحكومة الاخرين. رغم ان المحكمة العليا ارست هذا المبدأ الا انها وحدها التي تملك تحديد ما يعد موضوعا سياسيا وما لا يعد.
- تسوية النزاعات بين الولايات
- تسوية النزاعات بين الولايات والحكومة الفيدرالية.
- تمتلك المحكمة العليا حرية ابطال او تجاوز السوابق القضائية.
- النظر في الوقائع وفي التكييف القانوني للنزاع.
- كونها محكمة اول درجة تنظر في بعض القضايا التي تقع من او ضد سفراء او وزراء او قناصل اجانب والقضايا التي بين ولايتين او أكثر.
- كونها محكمة استئناف يتم الطعن امامها في الاحكام الصادرة من المحاكم الفيدرالية الادنى درجة وفي الاحكام الصادرة من المحاكم العليا في الولايات.
- كونها جهة التصديق عندما تطلب احدى محاكم الاستئناف من المحكمة العليا توجيهات او تعليمات تتعلق بمسالة قانونية امامها.
- مراجعة الاحكام غير الجائز استئنافها امام المحكمة العليا وعملا بهذه الوسيلة يمكن لاي شخص ان يتقدم بطلب الى المحكمة العليا بمراجعة حكم محكمة دنيا.

2) **: الصلاحيات الاستشارية:**

[103] مطبوعة الأنظمة القانونية: الجامعة السعودية الالكترونية مرجع سابق ص 153

حيث تستشار المحكمة العليا لتقديم آرائها الاستشارية Advisory opinions للتحقق من دستورية القوانين في حالة عدم وجود نزاعات قائمة وعادة ما تستشار من قبل المشرع في مشاريع القوانين بصفة غير رسمية. وفي هذه الصورة، تتولى المحكمة إصدار قرار وقائي تعلن بمقتضاه عما ينشأ عن التشريع المذكور

3) : **المحافظة على التوازنات**

على الرغم من عدم تكليف الدستور صراحة المحكمة العليا بتنفيذ هذه المهمة الا ان مسؤولية الحفاظ على التوازنات المتأتية من النظام الفدرالي للدولة تعتبر جزءا من استنباطات الناتجة عن الشكل الفدرالي لدولة الاتحاد، على الرغم من أن الدستور لم يعهد صراحة إلى المحكمة بالقيام بمثل هذه المهمة. وتندرج هذه الرقابة ضمن اجتهادات فقه القضاء الذي أسس لها سنة 1803م في قضية Madison versus Marbury.

4) : **رقابة دستورية القوانين:**

يعد هذا الجانب من مراقبة القوانين إحدى أهم الوظائف الرئيسة للمحكمة العليا. على الرغم من طبيعة فرغم أن هذه الرقابة تتسم بطابعها اللامركزي، اذ تمارس أساسا عن طريق الدفع أمام جل المحاكم، إلا أن المحكمة العليا لعبت دورا رئيسا ومهما في تثبيتها وتطويرها وتوحيد الآراء وفرض احترامها. فالثابت، أن قرارات المحكمة العليا بشأن هذه النزاعات خاصة ومحدودة، إلا أنه يقع تعميمها بناء على قاعدة إلزامية السوابق .binding Precedent وعليه، كثيرا ما يستشهد المتقاضون في قضايا مماثلة ولاحقة بوجود سابقة أو سوابق في فقه قضاء المحكمة العليا حول المسألة التي قام حولها النزاع، ويتمسكون بها. ومنطلق هذه السوابق دور المحكمة ووظيفتها في تفسير وتأويل أحكام الدستور قبل تطبيقها.

**الفرع الثالث: خصوصية مصادر القانون: تطور مكانة التشريع في البنية القانونية**

يستند النظام القانوني للولايات المتحدة الأمريكية على مصدرين مهمين؛ هما: القضاء، والتشريع. بالرغم سعي النظام القانوني الأمريكي إلى المحافظة على الفكرة القائلة بأن القضاء أهم هذه المصادر استنادا إلى فكرة السابقة القضائية تأثرا بالنظام القانوني البريطاني، فإن ظاهرة التشريع وانتشار تدوين النصوص القانونية جعلا هذه القوانين المكتوبة تنافس القضاء بشدة في تصدر قائمة مصادر القانون الأمريكي[104].

**اولا: القضاء: المصدر التقليدي في القانون الأمريكي**

سوف نتناول القضاء ليس من زاوية تكوينه او تنظيمه بل ما يصدره من احكام قضائية، تشكل في مضمونها جوهر مصدر القانون الأمريكي. ويتعلق الأمر في هذا الموضع بما يُعرف قانونا وقضاء وفقها بالسابقة القضائية. والسابقة القضائية هي الحكم الصادر عن القاضي الذي عليه أن يجد حلا عادلا لكل نزاع يُعرض عليه، سواء اللجوء إلى أحكام قضائية سابقة أو بالاجتهاد استناد إلى مبادئ العدالة والإنصاف.

[104]LEVASSEUR, A ( 1994) Droit des États-Unis, Paris, Dalloz . op cit p. 129

وتتميز السابقة القضائية في أمريكا بالمرونة، نظرا لازدواجية القوانين (القوانين المكتوبة والقوانين القضائية) وتعدد المحاكم (محاكم الدول الأعضاء والمحاكم الفدرالية)، مما يجعل استقرار السابقة القضائية في كثير من القضايا أمرا صعبا جدا، نظرا لمرونة تفسير الأحكام الدستورية. إلا أن القاضي الأمريكي يلتزم بتعليل كل حكم يصدر عنه، بمعنى ذكر الأسباب القانونية والاعتبارات الواقعية وغيرها التي جعلته يأخذ بسابقة معينة دون غيرها أو كذلك الأسباب والاعتبارات التي دفعته إلى إنشاء سابقة جديدة.

**ثانيا: التشريع: مصدر في تطور كبير**[105]

يتمثل التشريع الأساسي للولايات المتحدة الأمريكية في الدستور الذي يحتل أعلى مرتبة في سلم القواعد القانونية. ويلي هذا الدستور مختلف القواعد القانونية الأخرى الصادرة عن البرلمان الاتحادي أو الكونغرس، ثم القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية في مستوى كل ولاية.

وإذا قلنا بأن الدستور الأمريكي يحتل أعلى قمة في هرم التشريع، باعتباره القانون الأساسي للاتحاد وهو الذي يوحد كل الشعب الأمريكي بمختلف ثقافاته وتنوع مرجعياته، فهذا يعني بالضرورة:

أن جميع القوانين الأخرى، يجب أن تصدر محترمة لنص وروح ومنطوق هذا الدستور، ولا تخالفه، وإلا عدت نصوصا تشريعية غير دستورية.

رغم هذا الدستور الصغير في مواده وفصوله، هو نص يعبر عن رغبة الشعب الأمريكي في إنشاء اتحاد متكامل يحقق العدالة والاستقرار لكل الأجيال.

هذا، ويُنظر إلى الدستور الأمريكي على أنه يمثل العهد أو العقد الاجتماعي لجميع الأمريكيين. فهو نص قادر على:

فرض احترامه من طرف كل الهيئات من بينها المحاكم في الاتحاد وفي الدول الأعضاء.

أن يقرر حريات وحقوق وواجبات المواطن الأمريكي.

ان يبني لحكم فيدرالي تتوزع فيه الصلاحيات بين هيئات الولايات والأجهزة المركزية للاتحاد.

ولتحقيق ذلك فقد مر الدستور الأمريكي الذي يتألف من مقدمة وسبع مواد أدخلت عليها بعض التعديلات خلال فترة تجاوزت القرنين بثلاثين سنة على الأقل، من1787 إلى اليوم يتميز بالخصائص التالية:

هو دستور مكتوب يحتوي جملة من المبادئ العامة لحقوق المواطن وعلاقته بالسلطة. وجاءت صياغة هذا النص الدستوري عامة مقتضبة تاركا التفصيلات لاجتهادات القضاء والتشريع.

هو دستور مرن في تفسيره، غير انه جامد في تعديله، مما يتيح للسلطة القضائية مساحة واسعة في تفسير أحكامه ومواده والمفاهيم والمبادئ والقيم المضمنة به.

---

[105] مطبوعة الأنظمة القانونية: الجامعة السعودية الالكترونية مرجع سابق ص 155

لم يتضمن ولو مادة واحدة تشير إلى إعمال نظام رقابة دستورية القوانين. غير أن المحكمة العليا هي التي أقرت لنفسها هذا الاختصاص، معتبرة أن سكوت الدستور لا يفهم منه منع الرقابة. كما أن هذه الرقابة هي التي ستساهم في:

ضمان وجود الدستور نفسه بمبادئه وقيمه وقواعده، وهي الحريصة على ضمان احترامه.

ضمان وحدة الدولة الإتحادية.

ولعل أهم ميزة للدستور الأمريكي هو أنه جعل النصوص القانونية المنظمة للحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية وغيرها تصدر عن السلطات المختصة دستوريا في شكل مكتوب وتنشر في وثيقة رسمية، تلزم كل المواطنين. وقد تولدت ثقافة قانونية جديدة في الولايات المتحدة الأمريكية؛ هي كتابة النص القانوني ونشره وإلزام المعنيين به. وعليه، أصبح النص القانوني هو الوسيلة الأولى للتعريف بإرادة الدولة في تنظيم مسألة معينة (الجنسية، الإقامة، الواجب العسكري، تنظيم المحاكم، القوانين المدنية والتجارية... وغيرها)

## المحاضرة الثالثة

## أهمية دور مؤسسة رقابة دستورية القوانين وتأثيرها في النظام القانوني الأمريكي[106]

رقابة دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية رقابة قضائية، تتميز بانها رقابة قضائية حيث يقوم بفحص مدى توافق القوانين او من عدمه لأحكام الدستور. يطلق على هذا النوع من الرقابة اسم رقابة الامتناع وتسمى أيضا "رقابة الدفع". وهي صناعة امريكية تمارس المحاكم الأمريكية جميعها هذه الرقابة الدستورية، كل بحسب اختصاصها

**الفرع الاول: نشأة الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية**

تعتبر رقابة دستورية القوانين مفهوما قانونيا اساسيا ينص على امكانية مراجعة دستورية القوانين والتأكد من توافقها مع الدستور. وصلاحية مخولة لمؤسسة القضاء لفحص القوانين والتشريعات والتأكد من اتساقها مع احكام الدستور.

كانت قضية "ماربوري ضد ماديسون" أول قضية تقرر فيها المحكمة العليا حق القضاء في بحث دستورية القوانين، وكان ذلك سنة 1803م. وتتلخص وقائع هذه القضية أن الحكام الفدراليين الذين كانوا في الحكم قبل انتخابات عام 1800م، التي فاز فيها الحزب الجمهوري، قد عمدوا قبل تركهم الحكم إلى تعيين 23 قاضيا، إلا أن كاتب الدولة للداخلية آنذاك (مارشال) الذي أصبح فيما بعد رئيسا للمحكمة العليا، وهو الذي أصدر حكمه في هذه الدعوى ( قد غفل عن تسليم أوامر التعيين إلى أولئك القضاة. وبعد تسلم الجمهوريين للحكم، أوعز رئيس الولايات المتحدة جيفرسون Jefferson إلى كاتب الدولة للداخلية الجديد "ماديسون" بتسليم أوامر التعيين إلى 39 قاضيا فقط. إلا أن أربعة قضاة من القضاة السبعة عشر الذين لم يتسلموا أوامر التعيين، وعلى رأسهم القاضي ماربوريMarbury ، لجأوا إلى المحكمة الإتحادية العليا مطالبين بأحقيتهم في التعيين، ومطالبين السلطة التنفيذية في شخص كاتب الدولة للداخلية السيد "ماديسون" بتسليم أوامر التعيين .

وقد واجهت المحكمة العليا إزاء هذه الوضعية حرجا شديدا، فهي إن قضت بطلبات المدعين، فإنها قد تواجه احتمال عدم تنفيذ حكمها، وهذا من شأنه أن يؤثر في مكانتها وهيبتها. وفي المقابل، إن عمدت إلى رفض دعواهم، فإنها ستظهر بمظهر العاجز عن رقابة تصرفات السلطة التنفيذية

.وفي ظل هذه الوضعية، استطاع القاضي "مارشال" بوصفه رئيس المحكمة العليا الخروج من هذا المأزق، حيث أقر حق المدعين في التعيين، معللا ذلك بأن قانون التنظيم القضائي لسنة 1789م الذي خول للحكومة سلطة إصدار أوامر التعيين قانون غير دستوري؛ لان الكونغرس لا يملك أن يوسع من اختصاصاتها المحددة بالدستور على وجه الحصر

---

[106] مطبوعة الأنظمة القانونية: الجامعة السعودية الالكترونية مرجع سابق ص 157

تجسد قضية "ماربوري ضد ماديسون" باعتبارها أول قضية تقرر فيها المحكمة العليا مبدأ الدستورية وحق القضاء في بحث دستورية القوانين، وكان ذلك سنة 1803م

.ولعل المهم في هذه القضية هو أن المحكمة العليا أكدت:

حق القضاء في النظر في دستورية القوانين، معتبرة أن وظيفة القاضي هي تطبيق القانون، وعند وجود تعارض بين القوانين على القاضي تحديد القانون الواجب التطبيق. وعليه، لا يجوز تطبيق القانون العادي المخالف لأحكام الدستور؛ لان هذا القانون يعد باطلا ولا أثر له. وباعتبار أن الدستور هو أسمى وأقوى القوانين في الدولة، فلابد من أن يكون هو الواجب التطبيق في حال وجود تنازع بينه وبين القانون العادي. **وكذلك حق القضاء في تفسير الدستور الاتحادي**، وأجهدت المحكمة العليا نفسها في إخضاع محاكم الولايات إلى سلطتها القضائية، عندما أعطت الحق للأفراد في الطعن أمامها في الأحكام الصادرة عن محاكم الولايات إذا كانت تلك الأحكام تناولت تفسير الدستور أو مست حقوق المواطنين التي كفلها لهم.

**الفرع الثاني: صور الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية** [107]

ومن الجدير بالذكر ان الدعوى عندما ترفع امام المحكمة العليا سواء اكانت في مواجهة دعوى عدم دستورية القانون او في مواجهة القرار الاداري فهي غير ملزمة بقبولها مباشرة الا بعد مرحلة قبول الدعوى او رفضها فان قبلتها تدرج في قائمة القضايا التي ستنظرها.

وتتفرع الدعاوى الى قسمين الاول الرقابة على دستورية القوانين والثاني الرقابة على القرارات الادارية

وعرفت المحاكم الأمريكية في أثناء مباشرتها الرقابة على دستورية القوانين ثلاثة طرق للرقابة، وهي:

- الرقابة عن طريق الدفع بعدم الدستورية.
- الرقابة عن طريق المنع (الأمر) القضائي.
- الرقابة عن طريق الحكم التقريري .

**1) : الرقابة عن طريق الدفع بعدم الدستورية: او رقابة الامتناع**

تعد الطريقة الأقدم والأكثر شيوعا في الولايات المتحدة الأمريكية. وهي تقوم على فرض وجود منازعة قضائية (مدنية أو جزائية) يتولى من خلالها المتهم أو المدعى عليه الدفع بأن القانون المراد تطبيقه على الدعوى أو في القضية، قانون غير دستوري. فهي طريقة لمهاجمة قانون قبل تنفيذه حينئذ، تقوم المحكمة بتفحص دستورية ذلك القانون (المطابقة والملائمة مع أحكام الدستور). فإن وجدته غير دستوري امتنعت عن تطبيقه. ولكن دون أن يترتب على ذلك إلغاء القانون الذي يظل قائما إلى حين تعديله من طرف السلطة المختصة. فهو لا يقضي ببطلان القانون لمخالفته الدستور فهو لا يملك هذه الصلاحية وانما هو يقضي بالامتناع عن تطبيق ذلك القانون في القضية محل البحث. اللهم عدلت المحكمة العليا نفسها عن قضائها بعد ذلك.

---

[107] مطبوعة الأنظمة القانونية: الجامعة السعودية الالكترونية مرجع سابق ص 159

**2) الرقابة بطريق المنع (الأمر) القضائيinjunction :**

هي طريقة لمهاجمة قانون ما قبل تنفيذه يراه البعض غير دستوري، وذلك قبل تطبيقه أو تنفيذه. ويتيح للفرد توقي الضرر الذي من الممكن أن يصيبه جراء تنفيذ أو تطبيق هذا القانون، بدلا من انتظار حصول الضرر ووقوعه. ويصنف الفقهاء هذه الرقابة بأنها رقابة وقائية ومانعة[108].

1) **الرقابة عن طريق الحكم التقريريdeclaratory indgement**

هي طريقة جديدة في الرقابةُ شرع في تطبيقها بداية منذ سنة 1918م. والذي بمقتضاه يلجا الفرد الى المحكمة لطلب إصدار حكم يقرر ما إذا كان القانون المراد تطبيقه عليه دستوريا أو غير دستوري. وفي هذه الوضعية، يلتزم الموظف المكلف بتنفيذ هذا القانون بالتريث حتى صدور حكم المحكمة. حينئذ، إذا تبين للمحكمة أنه دستوري، فإنه يواصل مهمة تنفيذه، وفي المقابل إذا صدر حكم قضائي بعدم دستوريته يمتنع مباشرة عن تنفيذه.

**ثانيا: صور الرقابة على القرارات الإدارية**

لا تتوقف اختصاص المحكمة العليا على دستورية القوانين بل يتعدى ليشمل القرارات الإدارية والغريب انها لا تتوقف في فرض رقابته على القرارات التنظيمية بل تمتد الى القرارات الفردية أيضا. **ويمكن القول ان** رقابة المحكمة لها مجالين المجال الشخصي ويتعلق برقابة القرارات الصادرة عن أي موظف مدني حتى وان كان رئيس الجمهورية والمجال الموضوعي يشمل كافة القرارات سواء كانت فردية ان تنظيمية والتي تضم الأنواع الاتية:

**1) القرارات التنظيمية (التشريعات الفرعية)**

**وتشمل قسمين هما:**

أ. **القرارات (اللوائح) التنفيذية**

وهي التي تصدر من اجل تنفيذ القوانين وهي من صلاحيات رئيس الوزراء

**ب. القرارات (اللوائح) المستقلة**

وهي احدى وسائل الإدارة لتنظيم مسالة معينة لم يقم القانون بتنظيمها وتركها للإدارة حق التصرف.

**ج. قرارات (لوائح) الضبط**

وهي قرارات إدارية تصدرها الإدارة من وظيفة اصيلة تتجسد بالضبط الإداري بهدف حماية النظام العام

**2) التشريعات الفرعية ذات الطابع الاستثنائي**

تندرج تحت هذا القسم نوعان وهما:

أ. **قرارات (لوائح) الضرورة**

---

[108] عمر العبد الله: مقال (الرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة) مجلة جامعة دمشق المجلد السابع عشر العدد الثاني 2001م ص 15

هي القرارات التي تلجأ إليها الإدارة في حالة الضرورة، عند حدوث ظرف استثنائي عاجل تحتاج الإدارة لمعالجته إلى سرعة صدور قانون ما ينظم ما يمكن الإدارة من مواجهته، وتكون لهذه القرارات قوة القانون، ومن هنا لا تخلو مثل هذه القرارات من خطورة لذا فإنها لا تصدر إلا من رئيس السلطة التنفيذية

**ب. القرارات (لوائح) التفويضية**

تصدر هذه القرارات عن السلطة التنفيذية بناء على تفويض من البرلمان بإصدارها، على إن يكون التفويض بقانون وفي موضوعات محددة وبشروط معينة

**ثانيا: القرارات الفردية**

وتوجد امثلة كثيرة حول رقابة المحكمة العليا على دستورية القرارات الإدارية

الغاء قرار الرئيس ترومان الصادر على إثر اضراب قام به عمال مصانع الصلب والذي امر فيه وزير التجارة بالاستيلاء على مصانع الصلب وادارتها لكي يضعف الاضراب حيث اقرت المحكمة العليا في 2 حزيران 1952م بعدم دستوريته والغي القرار الإداري.

**الفرع الثالث: اختصاصات المحكمة العليا المتعلقة بالقضاء العادي**

تنظر المحكمة في انواع عديدة من الدعاوى

**اولا: اختصاصها كمحكمة اول درجة**

للمحكمة العليا النظر في العديد من الدعاوى كمحكمة اول درجة وهو اختصاص اصيل وحصري دون غيرها من المحاكم وقد نص الدستور على صلاحية المحكمة في النظر في جميع القضايا التي تتناول الفراء والوزراء والمفوضين الاخرين والقناصل وتلك التي تكون فيها احدى الولايات طرفا وفي جميع القضايا الاخرى المذكورة انفا تكون المحكمة العليا النظر فيها استئنافا من ناحيتي الوقائع والقانون مع مراعات الاستثناءات والانظمة التي يضعها الكونغرس [109]

**ثانيا: اختصاصها كمحكمة ثاني درجة**

**1) احكام المحاكم الابتدائية**

وتختص استئنافا بموضوعات ذات طبيعة خاصة، كموضوعات الدعاوى التي تكون الولايات المتحدة الأمريكية طرفا فيها، سواء أكانت بنفسها طرفا فيها أم بإحدى هيئاتها أم بعض موظفيها، بشرط الطعن في دستورية تشريع ما من التشريعات الاتحادية وتصدر محكمة الموضوع حكما بعدم دستوريته، كما وتنظر في الدعاوى الناشئة عن القوانين المدنية التي ترفعها الحكومة الاتحادية من أجل تطبيقها إذا نصت تلك القوانين على اختصاص المحكمة بها، ويضاف إلى ما تقدم النظر استئنافا في الأحكام الابتدائية التي تتعلق بأوامر المنع.

**2) احكام محاكم الدرجة الثانية**

---

[109] الفقرة 2 المادة 3 من دستور الولايات المتحدة الامريكية لسنة 1787م المعدل.

وهي الأحكام الصادرة عن محاكم الاستئناف والتي تكون ذات طبيعة متعلقة بالقضاء الدستوري، كالحكم الصادر بعدم دستوري تشريع ما لمخالفته للدستور الاتحادي سواء أكان ذلك التشريع أو القانون خاص بولاية ما أو تشريع اتحادي.

**3) احكام المحاكم العليا للولايات:**

وهي الاحكام النهائية الصادرة عنها والتي تضمنت تقرير عدم دستورية قانون اتحادي او معاهدة ابرمها الاتحاد او قضت بعدم دستورية تشريع معين اصدرتها احدى الولايات فالأحكام الصادرة عن المحاكم المتقدم ذكرها من حق المحكمة العليا نظرها استئنافا وهذا يعني اعادة المحاكمة امامها وتسير في اجراءاتها الى ان تصدر حكمت الحاسم لها.

**الفرع الرابع: تقدير الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية** [110]

بموجب صلاحيات المحكمة العليا الممنوحة من الدستور ادت الى تنويع طرق الرقابة القضائية على دستورية القوانين، متعمدة توسيع اختصاصاتها في هذا المجال. فبعد ان استعملت اسلوب الدفع بعدم الدستورية فقد وسعت من اختصاصها مستعملة اسلوبي الامر القضائي والحكم التقريري واكثر من ذلك تفسير المقصود بمخالفة القانون للدستور ويعني تفسيرها للنظر لمدى ملائمة او عدم ملائمة القانون لظروف البيئة الاجتماعية والسياسية [111] ويهدف العمل القضائي هذا إلى ضمان احترام القانون الأساسي للدولة، وكذلك ضمان وحدة الدولة الفدرالية.

وفي هذا الإطار، تجاوزت المحاكم الأمريكية في إطار هذه الرقابة النظر في تفسير الدستور والنظر في مدى مطابقة النص التشريعي لأحكام الدستور، بل تعدت الى النظر في مدى ملائمة أو عدم ملائمة القانون لظروف البيئة الاجتماعية والسياسية ولاقتصادية، أي النظر في الحكمة والسبب اللذين يقفان وراء إقرار هذا القانون أو ذاك، وهو في الحقيقة عمل يدخل في صلب اختصاصات المشرع، باعتباره عملا سياسيا بامتياز.

لئن ساهمت السلطة القضائية في الولايات المتحدة الأمريكية (ممثلة في جميع المحاكم) عن طريق هذا الصنف من الرقابة، في بلورة النظام القانوني للدولة وتطويره بما يتماشى مع واقع الدولة ومتطلبات الحياة الاجتماعية والسياسية والاقتصادية والثقافية للدولة الا أنها في المقابل وجدت نفسها قد دخلت في صراع مع كل من السلطتين التشريعية والتنفيذية. ويكفي أن نذكر مثال على ذلك. فقد سبق للمحكمة العليا سنة 1933م أن وقفت ضد برنامج إصلاحي للوضع الاقتصادي والاجتماعي كان تقدم به الرئيس الأمريكي "روزفلت"، وقضت بعدم دستورية قوانين الإصلاح بحجة مخالفتها للمفاهيم والمبادئ الأساسية والتقليدية التي يقوم عليها النظام الدستوري الأمريكي. وفي هذا السياق، أطلق الفقهاء على المحكمة العليا تسمية "حكومة القضاة"

**الفرع الخامس: التحديات المثيرة للجدل في مؤسسة رقابة دستورية القوانين في النظام الأمريكي**

---

[110] مطبوعة الأنظمة القانونية: الجامعة السعودية الالكترونية مرجع سابق ص 160

[111] نصرت منلا حيدر، طرق الرقابة على دستورية القوانين مجلة المحامون 1975م الاعداد 10و 11 و12 ص ٢

تعتبر التحديات والنقاط المثيرة للجدل في مؤسسة رقابة دستورية القوانين في النظام الأمريكي من بينها التوازن بين الحاكمية القضائية والحاكمية التشريعية والتنفيذية. فالتحكيم بين هذه السلطات يشكل تحديًا كبيرًا لهذه المؤسسة، حيث يجب أن تؤدي واجبها في مراقبة دستورية القوانين دون التدخل في اختصاصات السلطات الأخرى ولا تأثيرها على عملها. وبالتالي، فإن محاولة إيجاد التوازن بين هذه السلطات المختلفة تعد من أبرز النقاط المثيرة للجدل في هذا السياق.

**اولا: التوازن بين القضاء والسلطات التنفيذية والتشريعية**

يعد التوازن بين القضاء والسلطات التنفيذية والتشريعية أمرًا حيويًا في نظام رقابة دستورية القوانين في النظام الأمريكي. فالقضاء له دور فعال في مراقبة دستورية القوانين وضمان استقلاليته عن السلطات الأخرى، مما يجعله معرضًا لمختلف الضغوط والتدخلات. من ناحية أخرى، السلطات التنفيذية والتشريعية تسعى للحفاظ على صلاحياتها والتأثير في صنع القوانين وتنفيذها. لذا، فهو تحدي كبير أن يتم الحفاظ على التوازن بين هذه السلطات دون تجاوز الحدود والتأثير على دور كل سلطة في النظام الأمريكي.

**المصطلحات:**

**الفدرالية:** فكرة سياسية كرسها الدستور الأمريكي لأول مرة مند سنة 0191م، وترمي إلى بناء دولة واحدة تؤسس لنظام سياسي يراعي التنوع الموجود في الثقافات واللغات والعادات والتقاليد بين أفراد الشعب الواحد. والفدرالية تعني بناء دولة على أساس اتحاد قوي يجمع كل الدويلات ويوحد بينها، وفي الوقت نفسه يراعي خصوصيات هذه الدويلات.

**النظام السياسي الأمريكي:** هو نظام رئاسي جامد، يقوم على الفصل الجامد بين السلطتين التشريعية والتنفيذية

**الدستور الأمريكي:** هو أول دستور مكتوب في العالم ويعرف بأنه النظام الأساسي للدولة الإتحادية، ويحتل أعلى مرتبة في سلم القواعد القانونية في الدولة .

**المحكمة العليا:** هي أعلى هيكل قضائي في المنظومة القضائية الفدرالية الأمريكية، وهي تجسد السلطة العليا القضائية في الدولة. وهي محكمة مهمة دستوريا اعتبارا لموقعها واختصاصاتها وتركيبتها، ولمكانة رئيسها الذي يعد الشخصية الثانية في الدولة بعد شخصية رئيس الجمهورية الأمريكية.

**السابقة القضائية في النظام القانوني الأمريكي:** هي الحكم الصادر عن القاضي، الذي عليه أن يجد حال عادل لكل نزاع يعرض عليه، سواء باللجوء إلى أحكام قضائية سابقة أو بالاجتهاد استنادا إلى مبادئ العدالة والإنصاف

**رقابة دستورية القوانين في الوليات المتحدة الأمريكية:** هي رقابة قضائية تخول للقضاء النظر في مدى مطابقة وملاءمة القانون من عدمه مع أحكام الدستور.

**مخرجات الوحدة:**

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

- معرفة خصوصية البنية الدستورية والسياسية في الولايات المتحدة الأمريكية: تكريس فكرة الفدرالية.
- معرفة خصوصية التنظيم القضائي الأمريكي: أهمية مكانة المحكمة العليا.
- معرفة خصوصية مصادر القانون: تطور مكانة التشريع في البنية القانونية.
- إدراك أهمية دور مؤسسة رقابة دستورية القوانين ومدى تأثيرها في النظام القانوني الأمريكي.
- المقارنة بين النظام القانوني الإنجليزي والأمريكي

**المراجع**


- بوعوني الازهر: الأنظمة السياسية مركز النشر الجامعي تونس.
- توني م فاين: النظم القانونية الامريكية ترجمة عادل ماجد الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية القاهرة 2001 مصر.
- نصرت منلا حيدر، طرق الرقابة على دستورية القوانين مجلة المحامون 1975م الاعداد 10و 11 و12
- عبد الرحمن سليمان: السلطة القضائية في النظام الفيدرالي طبعة 1 مكتبة زين الحقوقية والأدبية بيروت لبنان 2013.
- عمر العبد الله: مقال (الرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة) مجلة جامعة دمشق المجلد السابع عشر العدد الثاني 2001م
- محمد نصر محمد: علم القانون والقضاء المقارن مكتبة القاون والاقتصاد الرياض 2013م
- محمد ضياء محمد رفاعي: رقابة الدستورية في النظامين الفرنسي والامريكي دراسة مقارنة مجلة البحوث الفقهية والقانونية العدد الثاني والاربعون اصدار يوليو 2022م ص ص 589- 653
- محمد طه الحسيني: مقال (القضاء المزدوج في الدولة الفيدرالية –الولايات المتحدة الامريكية نموذجا) العدد 66 الجزء الأول أيلول 2022م ص ص219 .260
- عاصم حاكم عباس الجبوري: سمات النظام القضائي الأمريكي ومبررات تشكيل المحكمة العليا عام 1789م مجلة مركز بابل للدراسات الإنسانية 2017م المجلد السابع العدد 1 ص ص 429-463
- مطبوعة الأنظمة القانونية المعاصرة. كلية العلوم والدراسات النظرية، قسم القانون، الجامعة السعودية الالكترونية , 2018م.
- GILMORE, G., (1977) The Age of American Law, New Haven, Ct, Yale University Press.
- SERVIDIO-DELABRE, E., (2004) Common law, Introduction to the English and American Legal Systems, Paris, Dalloz.
- LEVASSEUR, A., (1994) Droit des États-Unis, Paris, Dalloz

- VAN CAENEGEM, R.C., (1988) The Birth of the English Common law, Cambridge, Cambridge University Press.

## 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

**المقدمة:**

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 يأتِ صدفة، بل هو ثمرة تطورات تاريخية وفكرية عميقة؛ من القانون الروماني الذي أرسي دعائم التدوين، إلى الثورة الفرنسية التي جعلت التشريع أداة لتجسيد الإرادة العامة، مرورًا بالمدارس الوضعية التي أعطت للقانون طابعًا وضعيًا مكتوبًا منفصلًا 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 تُتَّهم بالجمود التشريعي، وبالعجز أحيانًا عن مجاراة التطورات الاقتصادية والاجتماعية السريعة. كما يُؤخذ عليها أنّها تقلّص من دور القاضي وتجعله مقيدًا بالنص، مما قد يؤدي إلى تضييق إمكانات التكييف والاجتهاد القضائي، بخلاف النظم الأخرى كالنظام الأنجلوسكسوني.

من هنا تنبع 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 المستنبطة 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 المستنبطة من النص التشريعي لم تنشا من العدم بل مرت بمراحل عديدة عبر التاريخ. ويعود أصلها أساسا الى العائلة الرومانية الجرمانية في بداية نشأتها وتطورت عبر قرون رغم ان اوروبا عرفت أنظمة قانونية أخرى مثل النظام المدني الروماني الجرماني 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 لتفادي تعسف القضاة ومنح المواطنين قواعد واضحة[112]

ومجموعة القوانين المدنية Corpus Luris Civile التي تضمنت قوانين وتشريعات وآراء فقهية، وأصبحت مرجعًا للأجيال اللاحقة[113]

ومجموعة الشرائع الكنسية Corpus Luris Canonici اعتمدت الكنيسة على نصوص مكتوبة (القوانين الرسولية، المجامع المسكونية) لتنظيم شؤون المؤمنين[114]

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

**الفرع الأول: مرحلة القانون العرفي**

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

**الفترة الأول: 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 تنحصر 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. [115]

**الفترة الثانية: مرحلة العصر العلمي**

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**

---

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

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

[114] Hostiensis, *Summa Aurea*, Roma, 1271, p. 67

[115] علي غالب الداودي المدخل الى علم القانون ط1 دار وائل عمان الاردن 2004 ص143.

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 العدالة [116].

**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 او التدوين او 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 الاوروبية واعتبرته مبدئا للعدل وقواعد أساسية لقانون مشترك كما تبنت الكنيسة القانون الروماني واعتبرته مطابقا للقانون الإلهي مما جعل القانون الكنسي يدرس في الجامعات ومن الاعمال 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 الجرماني 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 قوانين الشعوب تصدر من مصدر واحد هو العقل الإنساني فاذا تشابهت فهذا يعني انها بلغت مرتبة من الحضارة الإنسانية.[117]

**ومن الانتقادات** التي وجهت لحركة التدوين هذه:

---

[116] علي غالب الداودي , مرجع سابق ص 143 .

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

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 لتثبيت هذه المقومات .بفعل الغزو الأوروبي لأمريكا اللاتينية ونقل هذه القوانين الجاهزة .بفعل الاستعمار الأوروبي للعديد من الدول الإفريقية . بفعل التأثر 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.

## المحاضرة الثانية

## مصادر القانون في النظم القانونية المعتمدة على النص التشريعي

المصدر نعني بها الينبوع 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 يُقصي 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 نبحث 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 الى 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 متأثرا بفلسفة التدوين. وهو ما أدى الى تأسيس نظام تدرج للقواعد القانونية. والمختلف على الأنظمة المعتمدة على السوابق القضائية. وقد وصفت هذه المصادر بالشكلية أو كذلك بالرسمية؛ لأنها تأخذ مظهرا خارجيا صادرا 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 بجزاء (لجميع أفراد المجتمع. كان هذا الدور متأثرا 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 تماما 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 ثانيا، والقضاء في المرتبة الثالثة

**الفرع الأول: التشريع**

**أولا: مفهوم التشريع:** التشريع له معنيان المعنى الواسع والمعنى الضيق

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

**اما 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 ترتيبا هرميا بحيث تحترم القاعدة الدنيا القاعدة العليا[118]

**ثانيا: خصائص التشريع**

يتميز التشريع، وفق ما تقدم بيانه، بخصائص ثلاث:

1) ان التشريع يتضمن قاعدة تتوافر فها 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 محددا 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. [119]

**ثالثا: 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 جزئيا أو نسبيا، إلا أنها تتفق عموما على التصور التالي لهذا التنظيم الهرمي، دون أن تؤثر هذه الاختلافات في مكانة التشريع في النظام القانوني للدولة. وعموما 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 سياسية عن طريق هيئة سياسية مثل المجلس الدستوري في فرنسا، أو قضائية عن طريق محكمة دستورية،

---

[118] محمد سعيد: مدخل الى العلوم القانونية: الوجيز في نظرية القانون 2004 م ص132.
الشرفي محمد والمزغني علي: مدخل لدراسة القانون 1993م ص164.

[119] الشرفي محمد والمزغني علي: مدخل لدراسة القانون 1993م ص 166.

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 الاولى:** 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:**

**اولا: المفهوم**

هو قانون غير مكتوب او هو مجموعة القواعد القانونية التي تنشا من تكرار سلوك الناس في مسالة 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 يملا 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 يتقلص في القوانين الأخرى كالقانون المدني والقانون الإداري إلى أن يضمحل دوره في القانون الجنائي.

**الفرع الثالث: القضاء :**

**أولا: خصوصية القضاء كمصدر من مصادر القانون:**

فالقاضي يتولى تطبيق القانون والفقيه شرحه اما الاجتهاد القضائي هو مجموعة الاحكام التي تصدرها المحاكم فيما رفع اليها من القضايا. وتتسع سلطة القاضي في التفسير إذا كانت نصوص التشريع غامضة كلجوئه الى القياس او الاستدلال بمفهوم المخالفة غير ان التفسير لا يرق الى دور المشرع في النظام الرومانو جرماني 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 قي 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 الجرماني نظرة مختلفة عن القضاء في النظام القانوني الأنجلوسكسونية ففي إطار النظام القانوني الأنجلوسكسوني يُعّد 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 الجرماني 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 الجرماني مصدرا مكملا 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 نقّدم خصائص القضاء كمصدر للقانون في النظام القانوني الروماني الجرماني، 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 يعني 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 الجرماني 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، كالدنمارك 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 وغيرهما)

**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 والقاضي[120]

**مبادئ العدالة والإنصاف** :يلجأ إليها القاضي عند غياب النصوص والعرف، خاصة في القضايا المدنية والتجارية[121]

---

[120] علي شمّا، *المدخل إلى علم القانون*، دار النهضة العربية، بيروت، 1998، ص 43.

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

## المحاضرة الثالثة

## خصوصية القاعدة القانونية في النظم القانونية المعتمدة على النص التشريعي

تُعرَّف القاعدة القانونية بأنها "مجموعة من القواعد العامة المجردة الملزمة، التي تهدف إلى تنظيم سلوك الأفراد داخل المجتمع، وتصدر عن سلطة مختصة[122].

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 طابعًا خاصًا 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 مبدا الامن القانوني [123]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، تعّد القاعدة القانونية بمثابة الخطاب الموجه من السلطة المنظمة إلى العامة، يتضمن هذا الخطاب أمرا 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 محّددة بعينها ولا شخصا معينا بذاته، بل هي تبين الشروط اللازم توافرها في الواقعة التي تنطبق عليها الواقعة، وكذلك تبين الأوصاف التي يتعين توافرها في الشخص الذي تخاطبه هذه القاعدة. وبعبارة أكثر وضوحا، فإن القاعدة القانونية تتناول الوقائع بشروطها ولا بذاتها وهي كذلك تخاطب الأشخاص بصفاتهم لا بذواتهم .

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

---

[122] عمار بوضياف، *مبادئ القانون*، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015، ص 41.

[123] Jean Carbonnier, *Droit civil: Introduction*, PUF, Paris, 2004, p. 35.

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

**اولا: 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، اعتبارا 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 اعتبارا 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 هذ

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

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

**ثانيا : "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 ألنها تأخذ مظهرا 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:**


- جعفور 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

## الوحد 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 يتيحه 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 الاول: أسباب تطور أسلوب المدونات القانونية ونموه وانتشاره:

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

اولا: مدرسة القانون الطبيعي.

ثانيا: مدرسة القانون الوضعي.

الفرع الثاني: ارتباط القانون بسلطة الحكم في الدولة.

المطلب الثاني: مظاهر تطّور أسلوب المدونات القانونية ونموه وانتشاره:

الفرع الاول: 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: تطّور أهمية التشريع بتعّدد مزاياه.

الفرع الثاني: عيوب التشريع.

**المقدمة :**

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 النصوص[124]

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 الاجتماعي[125]. 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 الوسطى[126].

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 مرجعًا عالميًا، انتقل تأثيره إلى أوروبا، وأمريكا اللاتينية، ثم إلى العالم العربي، وخاصة في مصر والجزائر وتونس والمغرب[127].

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 باستمرار[128]

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.

---

[124] شوقي السيد، *تاريخ النظم القانونية والاجتماعية*، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 39.

[125] John Gilissen, *Introduction historique au droit*, Bruylant, Bruxelles, 2003, p. 58

[126] جون جيلسن، *تاريخ القانون الروماني*، ترجمة فوزي عطوي، دار الكتاب اللبناني، بيروت، 1982، ص 121.

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

[128] Laurence Burgorgue-Larsen, *Les codifications contemporaines*, Dalloz, Paris, 2010, p. 67

## المحاضرة الاولى

## 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 تواجده 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**

تضّم 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 مدّونة وهي قوانين أعلى مرتبة لأنها قوانين إما قد سنها 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؛ لان 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 الا اذا 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 الاكويني ) 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. وعبارة "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 مذهبا نظريا، ولا هو مذهبا مثاليا، 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 كثيرا 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 ويقرها، 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 عملا إراديا، أو بالأحرى تعتبر القانون نتاجا للتاريخ أو المجتمع. ويعد المفكر الفرنسي أوغيست 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، دورا بارزا 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 خصوصا 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 صاحبته 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**، تقهقر 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 هياكل 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 21سبتمبر 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 اهتدت 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 لسنة1787م

ثم دستور بولونيا في 3ماي 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 تبنوا 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 ذكير 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 عيها مدونة الاسرة.

تاريخيا يعتبر القانون المدني قانون العلاقات العامة كما يطلق عليه (القانون العمومي) وهذا تحت تأثير القانون الروماني الجرماني 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 (مبدا شرعية الاعمال الإدارية) (مبدا حقوق الدفاع امام الإدارة) (مبدا مسؤولية الإدارة عن اعمالها) (مبدا حرية التجارة والصناعة)

ان القانون الإداري بعد هذا التطور أصبح له موضوعات مثل النشاط الإداري ويتعلق بالمرفق 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

## المحاضرة الثالثة

## نتائج تطور اسلوب المدونات القانونية ونموه وانتشاره

لقد أحدث انتشار أسلوب المدونات القانونية تحوّلًا 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 اهمية 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 جعلا 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 يسهّل على الأفراد والقضاة معرفة الحقوق والالتزامات دون غموض، بخلاف الأعراف التي قد تكون غامضة أو متفاوتة بحسب المناطق[129].

**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 فردية[130].

**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)[131].

**المطلب الرابع: المرونة والقدرة على التعديل**

---

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

[130] عبد الرزاق السنهوري، *الوسيط في شرح القانون المدني الجديد*، دار النهضة العربية، القاهرة، 1952، ج1، ص 45

[131] 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 وقتًا طويلاً حتى يتغير، يسمح التشريع بالاستجابة السريعة لمتطلبات الواقع[132]

**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 مختلفًا عن القرارات القضائية التي تقتصر على وقائع محددة[133]

**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 الحديث[134]

**الفرع الثاني: عيوب التشريع**

لا يمكن لأهمية التشريع وانتشاره دوليا والعمل به اعتبارا 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 وقتًا طويلًا. 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**

---

[132] محمد كامل ليلة، *النظرية العامة للقانون*، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983، ص9 7

[133] Laurence Burgorgue-Larsen, *Les codifications contemporaines*, Dalloz, Paris, 2010, p. 96

[134] 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: تأثر 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 مسيّسة لا تراعي استقرار النظام القانوني.

**المطلب الخامس: عدم القدرة على التنبؤ بكل الوقائع المستقبلية**

مهما بلغت دقة المشرّع، يبقى عاجزًا عن **التنبؤ بجميع الحالات المستجدة**. وبالتالي يظل التشريع ناقصًا 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 أحيانًا. 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

## الوحدة العاشرة

## 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

اولا: أهمية المصادر الدولية.

ثانيا: خصوصية مصادر القانون الوطني

الفرع الثاني: المصادر المكملة

أولا: 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 اوروبا 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 الفرنسة (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 الجرماني الذي يُعد مصدره الأصلي بل ينظر اليه على انه نظام قانوني متطور ومؤثر. لأنه برهن عن نضج كبير في مسايرة 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 الأولى

## 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 وتقسيم 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 لقى رواجا كبيرا في مختلف الدول الاوروبية

**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 مجلات 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 تعبيرا 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 (1789-1799)**

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 وحرياتهم 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 تقنينات العهد الحديث وعلى رأسها القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 (Code civil)، فإن مرحلة القانون المعاصر تُمثل تتويجاً لمسار طويل من التبلور والاكتمال. ويطرح 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 واوائل 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 الجرماني 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 الالماني والايطالي والهولندي والسويسري والقانون الامريكي.

ومن جهة ثالثة نتيجة الاستعمار الفرنسي وخاصة على افريقيا والتي طالت مدتها حيث وصل بها الى استبدال القانون المحلي بالقانون الفرنسي ومنها الجزائر التي مازالت الى حد اليوم يصل الى الاقتباس الكلي ولمؤسساته ولنظامه السياسي والاداري والقضائي بعد ان كانت تعيش تحت نظام قانوني اسلامي.

وقد انتهى بفقهاء فرنسا ان فكرة القانون الفرنسي 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 الامريكي فكرة الرقابة الدستورية على القوانين واحداث المجلس الدستوري الذي يشبه كثيرا المحكمة العليا الامريكية وكذلك قانون المنافسة وقانون المالية وتنظيم الاسواق المالية.

القانون الالماني: 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 الامريكي 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 التسلح 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 وللمقارنة 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 جزئيا

#### اولا: 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 تجعلها جزءا 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 وتنشر كافة التعليمات في جريدة الاتحاد الاوروبي الرسمية.
**التوصيات والآراء:** وهي اعمال قانونية فاقدة لقوة الالزام
**القرار الملزم بجميع عناصره** تجاه الاطراف المذكورين فيه

**الاعمال الصادرة عن محكمة الاتحاد الاوروبي** التي تضمن احترام القانون في تفسير وتطبيق معاهدات الاتحاد فتؤمن تفسيرا موحدا لقانون الاتحاد الاوروبي.

**ثانيا: 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 اكتوبر 1958م بل تشمل كذلك:

مقدمة دستور الجمهورية الرابعة المؤرخ في 27 اكتوبر 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 .]، نائبا او شيخا 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 ومنشئات 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 ليكمله

.كما تجدر الإشارة إلى أنّه 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 نشا 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 أ ّن 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

## النظام القانوني الألماني

**ملخص:**

يُصنَّف النظام القانوني الألماني ضمن أنظمة القانون المدني، مرتكزًا على القانون الأساسي لسنة 1949 الذي يُعدّ أعلى وثيقة دستورية ويُكرّس مبدأ سيادة القانون وحماية الحقوق الأساسية، كما يقوم على هيكل اتحادي يُوزَّع فيه الاختصاص بين الحكومة الاتحادية والولايات وفق قواعد دقيقة تضمن التوازن الوظيفي. ويستند هذا النظام إلى مدونات تشريعية محورية أهمها القانون المدني القانون التجاري قانون العقوبات فضلًا عن المدونات الإجرائية، مع منح دور بارز لاجتهادات المحكمة الدستورية الاتحادية في تفسير النصوص وضمان مطابقتها للدستور، ولـ المحكمة الاتحادية العليا في توحيد الاجتهاد. ويتميّز النظام بدقة الصياغة التشريعية، وتخصصية القضاء، وتغلغل الطابع الاجتماعي في القواعد القانونية، إضافة إلى خضوعه لتأثير مباشر لقانون الاتحاد الأوروبي باعتباره جزءًا مكمّلًا للبناء القانوني الوطني.

**أهداف الوحدة:**

يُنتظر من الطالب، عند استكمال دراسة هذه الوحدة، أن يكون قادرًا على تحقيق الغايات الآتية:

1. استيعاب السمات العامة للنظام القانوني الألماني باعتباره نموذجًا متميزًا يرتكز في بنيته على القاعدة التشريعية المكتوبة ويُعلي من شأن النص كمرجع أصلي للتقنين والتنظيم.
2. الإحاطة بالتطور التاريخي للنظام القانوني الألماني عبر مختلف مراحله، بما يشمل مسار تشكل الدولة الألمانية نفسها خلال قرون طويلة، وما رافق ذلك من تحولات سياسية وقانونية أثّرت في بنيته المعاصرة.
3. فهم خصائص البنية الحديثة للنظام القانوني الألماني وتحليل كيفية تأثرها بالظروف السياسية الكبرى، وبوجه خاص تداعيات ما بعد الحرب العالمية الثانية وما نتج عنها من إعادة بناء مؤسسات الدولة وإرساء قواعد قانونية جديدة.
4. تقدير الدور المحوري للسلطة القضائية في ألمانيا وتبيّن تطور مكانتها كضمانة أساسية لحماية الحقوق وصون مبدأ سيادة القانون، مع التركيز على استقلال القضاء وآليات عمله.
5. تفسير إسهام مختلف الفاعلين القانونيين في تطوير القاعدة القانونية المكتوبة وعلى رأسهم القضاء، وجهات الرقابة الدستورية، والفقه القانوني، مع تحليل دور كل عنصر في صياغة وتفسير وتطوير المنظومة التشريعية الألمانية.

**موضوعات الوحدة:**

تتناول هذه الوحدة ما يلي:

أولاً: تاريخ نشأة الدولة الألمانية

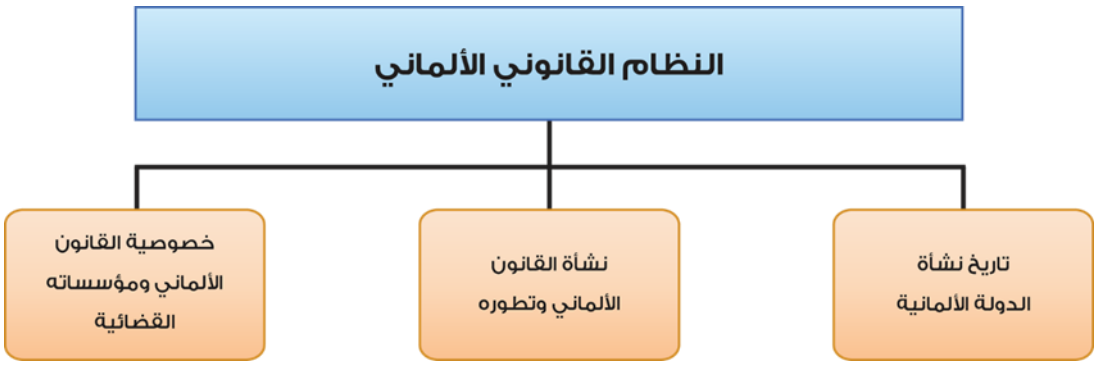
1. التاريخ القديم لألمانيا.
2. التاريخ الحديث لألمانيا.

ثانياً: نشأة القانون الألماني وتطوّره

1. القانون الإقليمي والقانون الإمبراطوري.
2. استقبال القانون العمومي (Gemein Recht).
3. تدوين القانون في ألمانيا.

ثالثاً: خصوصية القانون الألماني ومؤسّساته القضائية

1. خصوصية القانون الألماني الحديث.
2. السلطة القضائية في دولة ألمانيا.
3. الفقه الألماني.




**الخريطة الذهنية**

**مقدمة**

يُعدّ النظام القانوني الألماني من أكثر النُّظم القانونية تطورًا ورسوخًا على الصعيد المقارن، نظرًا لما يتميز به من تطوّر تاريخي عميق وبنية تشريعية متماسكة. وقد نشأ هذا النظام في إطار مدرسة القانون المدني، مستندًا إلى جذور ممتدة في الفقه الجرماني القديم، ثم في التراث الروماني الذي أعيد إحياؤه وتطويره في الجامعات الأوروبية خلال العصور الوسطى، قبل أن تتضح ملامحه الحديثة عقب صدور التقنين المدني الألماني (BGB) سنة 1900، والذي مثّل نقطة تحول كبرى في علم التقنين، وأضحى نموذجًا تحتذي به العديد من التشريعات الأوروبية.

ويقوم النظام القانوني الألماني على هرم معياري دقيق تتصدره القواعد الدستورية المنصوص عليها في القانون الأساسي لعام 1949، الذي أرسى أسس دولة القانون وحدّد بصورة محكمة صلاحيات السلطات العامة، وضَمِنَ حماية الحقوق والحريات الأساسية. ويلي ذلك التشريع الاتحادي والتشريعات الصادرة عن الولايات، ثم اللوائح والأنظمة التنفيذية، مع بقاء الاجتهاد القضائي عنصرًا جوهريًا في تفسير النصوص وإثراء القاعدة القانونية، دون أن يرتقي إلى درجة السابقة القضائية الملزمة كما هو الحال في النُّظم الأنغلو–ساكسونية.

كما يتسم القضاء الألماني بدرجة عالية من التخصص المؤسسي، إذ يتوزع إلى خمسة تفرعات رئيسية: القضاء العادي، وقضاء العمل، والقضاء الإداري، والقضاء المالي، والقضاء الاجتماعي، إضافة إلى المحكمة الدستورية الاتحادية التي تضطلع بدور الضامن الأعلى لسمو الدستور وحماية النظام الديمقراطي القائم على الفصل بين السلطات.

وتُحتل ألمانيا موقعًا متميزًا على الصعيد النظري والفقهي؛ إذ تعتمد مدارسها القانونية منهجًا تحليليًا صارمًا في تفسير النصوص، وتستند إلى نظريات عميقة التأثير، من أبرزها نظرية التصرف القانوني، ونظرية الشخصية المعنوية، إلى جانب إسهامات معتبرة في تطوير قواعد المسؤولية العقدية والتقصيرية، وهو ما جعل الفقه الألماني أحد أهمّ المراجع المعتمدة في الدراسات المقارنة.

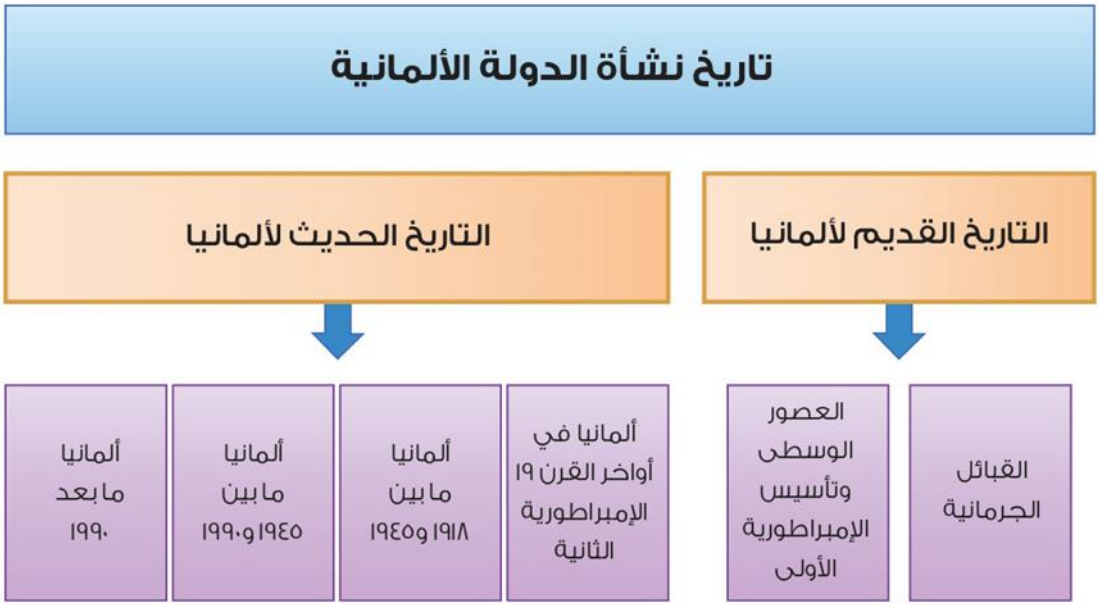
وتكمن أهمية دراسة النظام القانوني الألماني في كونه نموذجًا مكتمل الأركان لدولة القانون، يجمع بين دقة الصياغة التشريعية، والصرامة المنهجية، والفعالية المؤسسية، الأمر الذي جعله مصدر إلهام لعدد كبير من التقنينات الحديثة داخل أوروبا وخارجها، ومجالًا خصبًا للبحث الأكاديمي في القانون المقارن.

## المحاضرة الأولى

## تاريخ نشأة الدولة الألمانية

على خلاف ما شهدته دول أوروبا الغربية التي اكتملت ملامحها السياسية والمؤسسية في أواخر العصور الوسطى، مثل إنجلترا وإسبانيا وفرنسا والبرتغال، فإنّ ألمانيا لم تعرف خلال تلك المرحلة كيانًا إقليميًا موحدًا ولا مؤسسات مركزية مستقرة. فقد ظلت الإمبراطورية الرومانية–الجرمانية، وعلى امتداد ما يقارب ستة قرون (1250–1850)، بنية سياسية فيدرالية واسعة أشبه باتحاد فضفاض يتكوّن من إمارات ودويلات محلية متفرقة، على الرغم من المحاولات المتكررة التي قام بها عدد من الأمراء الألمان لإعادة بناء وحدة سياسية متماسكة.

ولم يبدأ مسار التوحيد الحقيقي لألمانيا إلا بعد مرور ما يقارب قرن ونصف (1848–1990)، إلى أن شهدت البلاد في أواخر القرن العشرين قيام دولة موحدة ذات حدود واضحة، ومؤسسات فعّالة، ونظام قانوني وطني قائم على مرجعية تشريعية مشتركة.




**الخريطة الذهنية**

## المبحث الأول: التاريخ القديم لألمانيا

### 1: القبائل الجرمانية

شهدت الأراضي الألمانية منذ فترات تاريخية موغلة في القِدم وجود مجموعات إثنية عُرفت باسم القبائل الجرمانية، وهي شعوب موطنها الأصلي يعود إلى ما قبل قيام الإمبراطورية الرومانية، أي إلى القرن الأول قبل الميلاد (27 ق.م – 476 م). ورغم الحملات العسكرية المتكررة التي شنّها الرومان على المجال الجرماني، إلا أنّ هذه القبائل استطاعت الحفاظ على وجودها واستقلالها الثقافي وهويتها الإثنية. بل إنّ القرن الثالث الميلادي شهد توسعًا ملحوظًا في انتشار القبائل الجرمانية، سواء داخل أراضيها التقليدية أو خارجها، لاسيما نحو بعض المناطق التي أصبحت لاحقًا جزءًا من فرنسا الحالية، متجاوزة بذلك الحدود الخاضعة للسيطرة الرومانية.

### 2: العصور الوسطى وتأسيس الإمبراطورية الأولى

أدّى انهيار الإمبراطورية الرومانية إلى تحوّل عميق في البنية السياسية لأوروبا، حيث اتسمت تلك المرحلة بتكاثر النزاعات بين القبائل والممالك الناشئة. وفي سنة 800 م بادر شارلمان (شارل العظيم) إلى تأسيس مملكة الفرنجة، ونصّب نفسه قيصرًا على الإمبراطورية الغربية. غير أنّ هذا الكيان السياسي لم يعمّر طويلًا، إذ سرعان ما أدى تقسيم المملكة بين أبناء شارلمان إلى ظهور كيانين متميزين:

أ: مملكة الفرنجة الغربية (Westfrankenreich) التي أصبحت لاحقًا نواة الدولة الفرنسية الحديثة.

ب: مملكة الفرنجة الشرقية (Ostfrankenreich) التي تشكّل الأساس التاريخي لما يُعرف اليوم بألمانيا.

وقد كان أوتو الأول (Otto I) أهمّ حكّام الممالك الجرمانية في تلك الحقبة، حيث تُوّج إمبراطورًا سنة 962 م، وشهد عهده ظهور مصطلح "الرايخ الأول "للدلالة على خلافته الإمبراطورية للرومان، وعلى الصفة المقدسة المنسوبة للإمبراطور. واستمرّ هذا اللقب متداولًا لأكثر من ثمانية قرون.

وخلال الفترة الممتدة من سنة 962 م إلى 1806 م، طغت على الأراضي الجرمانية الحروب والانقسامات الداخلية، وكانت النزاعات الدينية من أبرز عواملها، فضلًا عن طموحات التوسّع السياسي التي تبنتها بعض القوى الجرمانية من حين إلى آخر. وقد أسفرت تلك الصراعات المتلاحقة عن تفكك ألمانيا إلى إمارات ودويلات صغيرة.

ومع مطلع القرن التاسع عشر، وتحديدًا سنة 1806 م، بسط نابليون بونابرت سيطرته على جزء كبير من أوروبا الغربية، مما أدى إلى القضاء على معظم الإمارات الألمانية الصغيرة. غير أنّ هذه الهيمنة الفرنسية كانت الدافع المباشر لإحياء فكرة الوحدة الألمانية، إذ انعقد مؤتمر فيينا (Wiener Kongress) لإعادة تنظيم المشهد السياسي الأوروبي، وتمخض عنه إنشاء اتحاد يجمع الدويلات الجرمانية تحت مسمى الرابطة الألمانية.(Deutscher Bund)

لكنّ الرابطة لم تعمّر طويلًا، إذ نشب خلاف داخلي أدى إلى حرب الثلاثين عامًا بين 1818 م و1848 م، وانتهت هذه المرحلة بما عُرف بـ ثورة 1848 م .ثم تجدّد الصراع بين مملكة بروسيا وبعض القوى الجرمانية، وانتهت الحرب "الألمانية–الألمانية" سنة 1866 م بانتصار بروسيا، التي تمكنت من ضمّ معظم الدويلات إليها بعد حلّ الرابطة الألمانية نهائيًا.

## المبحث الثاني: التاريخ الحديث لألمانيا

### 1: ألمانيا في أواخر القرن التاسع عشر: نشأة الإمبراطورية الثانية

بدأت ملامح الاتحاد الألماني تتبلور في النصف الثاني من القرن التاسع عشر، تحت قيادة مملكة بروسيا وبفضل السياسة الحازمة التي انتهجها أوتو فون بيسمارك، مهندس الوحدة الألمانية. وقد تضافرت عدة عوامل لتعزيز هذا المسار الوحدوي، من أهمّها:

- نجاح الجهود الرامية إلى دمج الدويلات والمدن الألمانية المنتشرة في شمال الإمبراطورية القديمة ضمن إطار سياسي موحد تقوده بروسيا.
- الانتصار الحاسم الذي حققته بروسيا في الحرب التي خاضتها ضد فرنسا بين سنتي 1870 و1871، وهو انتصار شكّل منعطفًا حاسمًا في إعادة رسم الخريطة السياسية لأوروبا القارية.

وقد مهّد هذا النصر الطريق لإعلان الإمبراطورية الألمانية الثانية، حيث نصّب فيلهلم الأول (Wilhelm I)، ملك بروسيا، نفسه قيصرًا على الإمبراطورية الجديدة، لتبدأ بذلك مرحلة جديدة في التاريخ الألماني اتسمت بترسيخ الوحدة وتطوير مؤسسات الدولة الحديثة.

### 2: .ألمانيا ما بين 1918 و1945

لم تدم الإمبراطورية الألمانية الثانية طويلًا، إذ انهارت مع نهاية الحرب العالمية الأولى سنة 1918، وتزامن ذلك مع ثورة نوفمبر 1918 التي أنهت الحكم الملكي في كلٍّ من ألمانيا والنمسا. وقد ترتب عن هذه الأحداث عزل القيصر، وإعلان قيام جمهورية برلمانية ديمقراطية، إضافة إلى تقليص الرقعة الإقليمية للدولة بعد اقتطاع عدد من المقاطعات لفائدة دول أوروبية مجاورة بموجب التسويات الدولية التي أعقبت الحرب.

وقد تميزت فترة ما بين الحربين بتحوّل سريع من الحكم الديمقراطي إلى حكم استبدادي، ولاسيما خلال عهد جمهورية فايمار .(Weimarer Republik) فقد واجهت ألمانيا بعد الحرب العالمية الأولى أزمة اقتصادية واجتماعية خانقة، إلى جانب حصار سياسي فرضته عدة قوى أوروبية، وهي ظروف مهّدت الطريق لصعود أدولف هتلر إلى السلطة سنة 1933، وبروز النظام النازي الذي مثّل ما سُمّي بـ "الرايخ الثالث–1933) " 1945).

وقد تمكّن هتلر في فترة زمنية قصيرة من بناء دولة مركزية ذات طابع استبدادي صارم، اتسمت بسياسة توسعية وعدوانية، سعت من خلالها ألمانيا إلى استرجاع مقاطعات اقتطعت منها بعد الحرب العالمية الأولى، مثل النمسا وتشيكيا وسلوفاكيا وبولندا. وأدّى هذا النهج التوسعي إلى إعلان كلٍّ من فرنسا وبريطانيا الحرب على ألمانيا، لتندلع بذلك الحرب العالمية الثانية (1939–1945)، التي سرعان ما اتسع نطاقها

ليشمل أجزاء واسعة من أوروبا (إيطاليا، الدنمارك، النرويج...) ومن خارجها، بما في ذلك اليابان، الولايات المتحدة الأمريكية، والاتحاد السوفيتي.

**3: .ألمانيا ما بين 1945 و1990**

خلّفت الحرب العالمية الثانية آثارًا عميقة على ألمانيا، إذ تعرّضت البلاد لدمار واسع النطاق واحتلال مباشر من قِبل قوات الحلفاء، وانتهى الأمر بتقسيمها إلى مقاطعتين:

1. المقاطعة الغربية التي خضعت لسيطرة فرنسا وبريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية، واتخذت اسم ألمانيا الغربية أو جمهورية ألمانيا الاتحادية.
2. المقاطعة الشرقية التي خضعت لسيطرة الاتحاد السوفيتي، واتخذت اسم ألمانيا الشرقية أو جمهورية ألمانيا الديمقراطية.

وقد شمل هذا الانقسام العاصمة برلين نفسها، حيث فُصلت إلى شطرين: برلين الغربية وبرلين الشرقية، يفصل بينهما جدار برلين الذي شُيّد سنة 1961، والذي أصبح رمزًا بارزًا للحرب الباردة والانقسام الإيديولوجي بين الشرق والغرب.

وأفرز هذا الواقع نظامين قانونيين متباينين جذريًا:

- النظام القانوني لألمانيا الغربية، وهو نظام يقوم على اقتصاد ليبرالي، ويرتكز على دستور أعدّه ممثلون منتخبون ديمقراطيًا، وقد تأثر بدرجة كبيرة بالتقاليد الدستورية الغربية، ولاسيما النظام القانوني الفرنسي. كما كانت ألمانيا الغربية من الدول المؤسسة لـ السوق الأوروبية المشتركة سنة 1957، مما عزز حضورها في المشهد الأوروبي والدولي.
- النظام القانوني لألمانيا الشرقية، وهو نظام اشتراكي الطابع، استمد قواعده من النموذج السوفيتي في تنظيم الدولة والمجتمع والاقتصاد، الأمر الذي جعله على طرف نقيض من نظام ألمانيا الغربية.

وقد أدت الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية المتدهورة في ألمانيا الشرقية إلى موجة نزوح متصاعدة نحو ألمانيا الغربية، وتحوّل هذا النزوح في نهاية ثمانينيات القرن العشرين إلى ظاهرة واسعة النطاق. وأسهم هذا الضغط الشعبي، إلى جانب تطورات سياسية دولية كبرى، في سقوط جدار برلين سنة 1989، ثم توحيد ألمانيا الشرقية والغربية سنة 1990، لتبدأ بذلك مرحلة جديدة من تاريخ الدولة الألمانية الحديثة.

**4. ألمانيا ما بعد 1990 م:**

انضمت ألمانيا الفيدرالية الجديدة (الموحدة) إلى الاتحاد الأوروبي سنة 1990 م ، وأصبحت تخضع في جانب هام من قانونها إلى القانون الأوروبي، تماما مثل فرنسا.

## المحاضرة الثانية

## نشأة القانون الألماني وتطوره

لقد أدى الانقسام السياسي الذي شهدته ألمانيا إلى تأخير عملية توحيد الدولة على صعيد مؤسساتها القانونية وسلطتها التشريعية، إذ ظل القانون المطبق عبر العصور محصورًا في نطاق القوانين المحلية أو الإقليمية الصادرة عن الحكام، سواء كانوا أمراءً أو ملوكًا أو قياصرة، إضافة إلى القوانين الصادرة عن بعض المدن، والعادات الموروثة في بعض المقاطعات أو الأرياف.

أما القوانين الصادرة عن الأباطرة في شكل أوامر، فقد اتسمت بالندرة نسبيًا، ولم تكفِ لتغطية جميع جوانب الحياة القانونية، فتطلب سدّ الثغرات القانونية الاقتباس المكثف للقانون العمومي، قبل الانتقال إلى مرحلة التدوين، التي كانت عملية تهدف أساسًا إلى تجميع النصوص القانونية دون إضافة تغييرات جوهرية في محتواها[135].

### الفقرة الأولى: القانون الإقليمي والقانون الإمبراطوري

اتخذ **القانون الإقليمي** في ألمانيا شكلين أساسيين :**القانون الريفي** المعروف باسم *Landrecht*، و**القانون الحضري** أو *Stadtrecht*.

### أولاً: القانون الريفي

نشأ القانون الريفي خلال العصور الوسطى، ويُعدّ كتاب **Eike von Repgow**(منذ سنة 1230م) من أوائل المصادر التي وثّقت هذا النوع من القانون. وقد اتسمت كتاباته بطابع أدبي وروحي إلى جانب القانونية، إذ هدفت إلى رفع الروح المعنوية وخلاص النفوس، كما تناولت تصنيف القوانين إلى: القانون العام، الذي شمل القانون القضائي والقانون الجنائي، والقانون الخاص، الذي تناول قانون الأسرة والأفراد. وقد مزج Repgow في نصوصه بين **القواعد العرفية** و**قوانين الكنيسة** و**الأوامر الملكية**، مما أكسب القانون الريفي طابعًا شمولياً.

وبالموازاة مع ذلك، ساهم فقهاء آخرون في صياغة قوانين لشعوبهم وإماراتهم على الأراضي الجرمانية، على غرار أعمال الفقيه **Carpozow (1595–1661)**الذي حاول تجميع هذه القوانين تحت مسمى **القانون الإقليمي**، مؤكدًا على أهميته في توحيد الأقاليم والإمارات. كما قامت بعض المقاطعات بتدوين قوانينها الخاصة، من أبرزها:

- **بافاريا (1756م)Codex Maximilianeus Bavaricus** :
- **بروسيا (1794م)Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten** :

وعمومًا، قلّ أن يقرّ الفقهاء بوجود قانون ألماني موحّد قبل الثورة الفرنسية (1789–1799)، حيث كان السائد وجود **صنفين رئيسيين من القوانين** على الأراضي الجرمانية: القانون الإمبراطوري العمومي

---

[135] FRECKMANN (A.) and WEGERISH, (T.), The German Legal System (1999)، ص 66)

والقانون الإقليمي. ومن بين الفقهاء القلائل الذين اعتبروا القانون الخاص الألماني قائمًا بذاته، نذكر **G. Beyer (1665–1714)**، الذي أسّس أول كرسي للقانون الخاص الألماني (*Deutsches Privatrecht*) بجامعة **ويتنباغ (Wittenberg)** سنة 1718، محددًا مقوماته ومستقلاً عن القانون العمومي.([1])

**ثانيًا: القانون الحضري (العمراني)**

امتاز القانون الحضري بتطبيقه في المدن الكبرى مثل **هومبورغ (Hamburg)** و**كولون (Cologne)**، حيث كانت هذه المدن تتمتع بمكانة اقتصادية وسياسية بارزة، الأمر الذي جعلها محط اهتمام الأباطرة. وقد ساهم فقهاء المدن الكبرى في وضع أنظمة لتدوين **الأعراف التجارية** و**قانون التجار (ius mercatorum)**، ومن أبرز هؤلاء الفقهاء **Mevius (1609–1670)** الذي وضع نماذج للقرارات والعقود، وطور مجموعات قضائية مثل فقه **قضاء Lübeck.**

أما **المراسيم والأوامر الإمبراطورية**، فلم يكن لها أهمية كبرى في تلك الفترة كمصدر قانوني رئيس، خاصة من حيث الكم، إذ كان تقسيم الإمبراطورية عقبة أمام تطبيقها بشكل شامل على جميع الإمارات. ومن أبرز هذه المراسيم:

- **مراسيم السلام** الرامية إلى الحد من الحروب الإقطاعية في القرن الحادي عشر.
- **دستوران في القرن السادس عشر** :دستور *Bamberg (1507)* الذي حدد قواعد الإجراءات الجزائية أمام محاكم الإمبراطورية، و **Constitutio Carolina (1532)** أو دستور *مارولينا*، وهو مرسوم جنائي ينظم الشرطة ويحدد الجرائم والعقوبات.

وعموماً، كانت هذه النصوص مرتبطة ارتباطًا وثيقًا بالقانون العمومي، على نحو مشابه لما كان عليه الحال في فرنسا وبعض الممالك الأوروبية الأخرى، وقد برّر بعض الفقهاء والمؤرخين ذلك بكون هذه القوانين تتسم بالعقلانية والتنظيم المنهجي .

**الفقرة الثانية: استقبال القانون العمومي(Gemeinrecht)**

تجسّد **استقبال ألمانيا للقانون العمومي**، أي القانون الروماني–الجرماني، في ثلاثة أبعاد مترابطة : **سياسي، ونظري، وتطبيقي.**

**أولاً: البعد السياسي**

كان استقبال القانون العمومي قرارًا سياسيًا اتخذه الأباطرة الألمان سعياً إلى **الانفتاح على العالم الخارجي** وتعزيز سلطتهم على الأراضي المختلفة ضمن الإمبراطورية. ومن أبرز الأمثلة على ذلك، اعتماد **الإمبراطور أوتو الثالث (Othon III)** لمصنفات **جستنيان** كقانون إمبراطوري ألماني منذ بداية الألفية، اعتقادًا منه بأن القانون الروماني قادر على أن يكون **الإطار القانوني للإمبراطورية الرومانية–الجرمانية** . وقد صدرت في هذا السياق فتوى عن **الملك لوثار الثالث (Lothaire III)** سنة 1137 تؤكد هذا التوجه.

**ثانياً: البعد النظري**

انجذب العديد من الفقهاء والأكاديميين إلى دراسة القانون الروماني، فانتقلوا إلى جامعات مثل **بولونيا (Bologne)**و**أورليانز (Orléans)** ، إلى أن تأسست جامعات ألمانية لاحقًا في أواخر القرن الرابع عشر مثل **فيينا، هايدلبرغ، كولونيا**، وجامعة **براغ (1448م)** .وقد كانت **جامعة بولونيا** تعمل على أساس قانون أقرّه الإمبراطور **فريدريك**، واستفاد دارسو القانون منها لخدمة سلطة الإمبراطور. ومن أبرز الفقهاء، **Bartolus**الذي أصدر مؤلفه *الكتاب الذهبي* سنة 1456، محددًا فيه القانون السياسي للإمبراطورية الألمانية كتنظيم شامل بين مختلف الكيانات الألمانية.

كما ساهمت **مدرسة القانون الطبيعي** في صياغة القانون الألماني، إذ أبرز الفقيه **Pufendorf (1632–1694)**في مؤلفه *Le droit de la nature et des gens* (1672)أن القانون الطبيعي هو **قانون عالمي غير قابل للتغيير**، مستمدّ من الطبيعة البشرية ومرتكز على الطابع الاجتماعي للإنسان، مما شكّل أساسًا لفكرة العقد الاجتماعي التي أسس لها **الفيلسوف هوبس**، ومهدت لمفهوم المساواة بين الأفراد باعتبارهم أحرارًا.

**ثالثاً: البعد التطبيقي**

تجلّى البعد التطبيقي من خلال عمل القضاة والمحامين والمحاكم، إذ لم تتردّد المحاكم في استخدام القانون الروماني لتبرير أحكامها وتفسيرها، لاسيما محاكم الإمبراطورية العليا (Reichskammergericht)والمحاكم الأميرية، بما يوازي اهتمام الأباطرة بالقانون العام. وقد أسهم هذا التفاعل بين النظرية والتطبيق في انتشار سريع وتطور مستمر للقانون الروماني في الأراضي الجرمانية، ما جعله مصدرًا قويًا وفاعلاً في المجتمع الألماني.

ورغم هذه الاستفادة من القانون العمومي، لم تمنع هذه العملية استمرار الانقسام السياسي والقانوني لألمانيا، خصوصًا في فترة الثورة الفرنسية (1789–1799) وما تلاها من حروب في أوائل القرن التاسع عشر، والتي أسهمت في دفع ألمانيا نحو توحيد أراضيها وقوانينها وقوميتها، وصولًا إلى قيام الدولة الألمانية الموحدة سنة 1871. وقد اتخذت الدولة الجديدة مسارًا نحو بناء نظام قانوني وطني مقنن، متأثرة بالقانون الفرنسي، لتبدأ معها مرحلة التدوين القانوني، من أبرز نتائجها إصدار المجلة المدنية الألمانية سنة 1900.

**الفقرة الثالثة: تدوين القانون في ألمانيا**

يُعدّ **تدوين القانون في العالم الجرماني** ظاهرة مبكرة، سبقت الثورة الفرنسية، وصدور **القانون المدني الفرنسي سنة 1804م** .وقد لعب بعض الأباطرة، الذين وصفوا آنذاك بـ"الطغاة المستنيرين"، دورًا محوريًا في هذه العملية، ومن أبرزهم **ماريا تيريزا من النمسا (1740–1780م)** و**فريدريك الثاني ملك بروسيا (1740–1786م)**، إذ أصدروا أوامر بالتدوين استنادًا إلى رغبة قوية في الإصلاح القانوني والإداري.

بالنسبة إلى **ماريا تيريزا**، فقد كلّفت لجنة التدوين بوضع مشروع مجلة قانونية تعتمد على **القانون العمومي الروماني–الجرماني** وتجميع الأحكام القضائية السابقة. ورغم معارضة بعض التيارات المحافظة التي رأت في المجلة عملًا ضيقًا، والمعارضة التقدمية التي اعتبرت أنّها لا تكفل المساواة بين الأفراد، فقد

تمّ إصدار المجلة القانونية في النمسا سنة 1811 تحت اسم **المجلة المدنية العمومية (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch)**. وتتميّز هذه المجلة بأنها جمعت بين القانون الروماني، والقانون الطبيعي، وبعض القوانين الحديثة، مثل وضع قاعدة التمييز بين الأفراد على أساس حالتهم المدنية، كما تميزت بجودة عالية في الصياغة والمضمون، وهو ما جعلها صالحة للبقاء طويلًا، ونجاحها دفع إلى إصدار **مجلة جنائية** بنفس المعايير العلمية والقانونية[1].

أما بالنسبة إلى **فريدريك الثاني ملك بروسيا**، فقد أمر بتدوين **قانون الإمارات البروسية (Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten)** الذي صدر سنة 1794، ويضم حوالي **19ألف مادة** تشمل القانون العام والخاص، والقانون الجنائي والتجاري والإقطاعي والقانون الكنسي. ومن المبادئ الأساسية لهذا القانون:

- **مبدأ المساواة أمام القانون**، إذ تلتزم الدولة بتطبيق القوانين على جميع المواطنين دون تمييز اجتماعي أو جنسي.
- **مبدأ الحقوق الطبيعية**، حيث يتمتع جميع الأفراد بنفس الحقوق المولودة بهم باعتبارهم كائنات بشرية.
- **مبدأ الحرية الطبيعية**، الذي يحدد أن حقوق الإنسان وحرياته لا تُقيّد إلا بحدود حقوق وحريات الآخرين.

إضافة إلى ذلك، تمت **ترجمة المجلة المدنية الفرنسية** التي أصدرها نابليون بونابرت سنة 1804 إلى عدة لغات، منها الإيطالية والهولندية والألمانية، لتطبيقها في الدول التي كانت تحت السيطرة الفرنسية. وقد أثّرت هذه الحركة على القانون الألماني، إذ تبنّت بعض المبادئ الحداثية والتقدمية للمدونة الفرنسية، وهو ما انعكس بشكل واضح في أعمال التدوين الألمانية خلال النصف الثاني من القرن التاسع عشر.

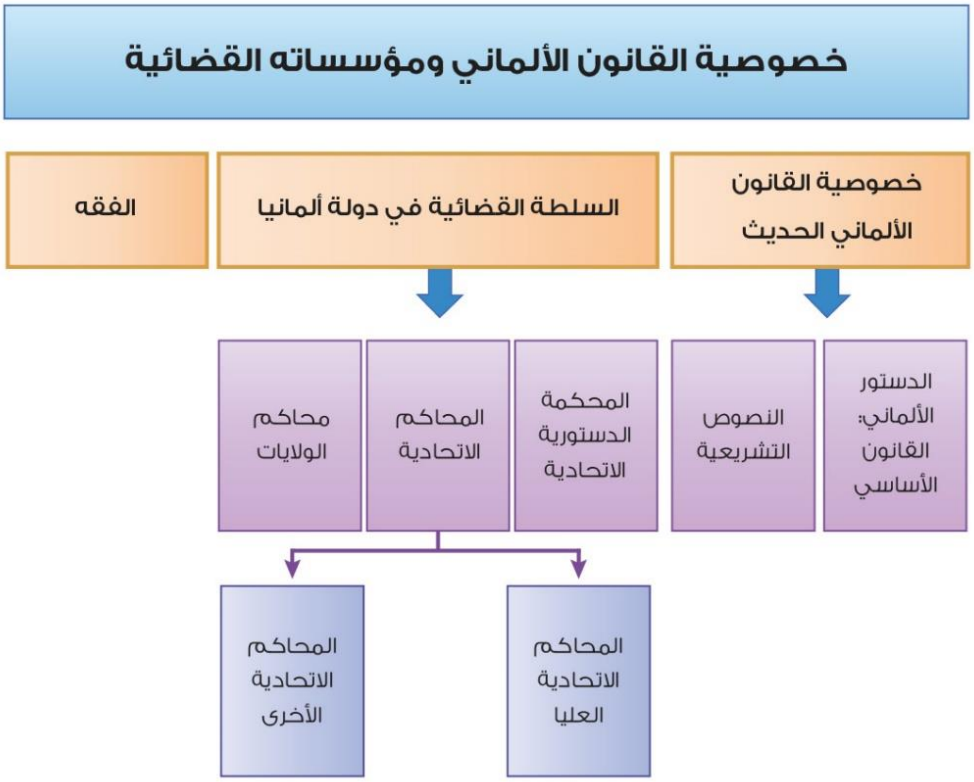
ومنذ سنة 1848، بدأت **بوادر القومية الألمانية** تتضح من خلال مؤشرات عدة، مثل توحيد الحدود (1833–1888)، وتوحيد العملة (1849–1869)، وتوحيد السياسة العامة للدولة (1830–1870). وقد بدأ **تشكيل النظام القانوني الوطني** تدريجيًا، بدءًا من **المجلة التجارية(1857–1869)** ، ثم صدور **الدستور الفيدرالي(1866–1871)** ، والمجلة الجنائية (1869)، والقانون القضائي (1877)، وصولًا إلى **المجلة المدنية الكبرى (Bürgerliches Gesetzbuch – BGB)** التي دخلت حيز التنفيذ سنة 1900.

كما دخل الأساتذة الجامعيون في **مغامرة التنظير القانوني** لتأسيس القانون الوطني الألماني، من خلال البحث في توحيد **القانون الخاص الألماني(Deutsches bürgerliches Privatrecht)** ، وصدروا مؤلفات ضخمة قارنت القانون الألماني الجديد بالقوانين الأوروبية المجاورة. وقد شكلت حركة التدوين الألمانية، خصوصًا منذ النصف الثاني من القرن التاسع عشر، جزءًا من ظاهرة أوسع شملت **أوروبا الغربية** (هولندا، إيطاليا، إسبانيا) والولايات المتحدة الأمريكية، التي عملت على تدوين نصوصها القانونية خلال القرن التاسع عشر.

## المحاضرة الثالثة

## خصوصية القانون الألماني ومؤسّساته القضائية

يخطئ من يظنّ أنّ خصوصية النظام القانوني الألماني الحديث تقتصر على مضمون النصوص التشريعية الصادرة عن الدولة، إذ تمتد هذه الخصوصية لتشمل مجهودات أخرى ذات أهمية مساوية، مثل السلطة القضائية التي تحرص على تطبيق النصوص القانونية وحمايتها وتثبيت مكانتها، إضافة إلى الفقه القانوني الذي لعب دورًا رياديًا في تطوير القانون وتوضيح مقاصده.




### الفقرة الأولى: خصوصية القانون الألماني الحديث

تبرز هذه الخصوصية في مستويين اثنين:

في مستوى الدستور.

في مستوى النصوص التشريعية.

#### أ. الدستور الألماني: القانون الأساسي

تُعدّ ألمانيا اليوم جمهورية فيدرالية برلمانية ديمقراطية، ويستند نظامها السياسي والقانوني إلى دستور وضع سنة 1949 يُعرف باسم القانون الأساسي (*Grundgesetz*). ولم يُطلَق على هذا النص تسمية

"دستور" في البداية، اعتقادًا من الألمان بأنه نص مؤقت في ظل تقسيم الدولة إلى قسمين بعد الحرب العالمية الثانية، على أن يُستبدل بنص جديد يُسمى "دستور" بعد توحيد ألمانيا. غير أنه، ورغم توحيد الألمانيتين سنة 1990، بقي هذا النص كما هو، دون تغيير في تسميته أو في مقوماته الأساسية[1].

ويتميّز القانون الأساسي الألماني بكونه أصبح نموذجًا يُحتذى به عالميًا، حيث تأثرت به العديد من الدول التي أعدت دساتير جديدة في فترات الأزمات والتحولات الجذرية، مستندة إلى التشابه التاريخي والثقافي والقانوني مع ألمانيا، ومن أبرز هذه الدول:

- إسبانيا :اقتدى واضعو الدستور الجديد بعد حكم فرانكو الديكتاتوري في سبعينيات القرن العشرين بالقانون الأساسي الألماني.
- البرتغال واليونان :استلهم واضعو الدساتير الانتقالية نحو الديمقراطية من النموذج الألماني.
- دول شرق أوروبا :اعتمدت كثير من هذه الدول على القانون الأساسي الألماني خلال سنوات التسعينيات، خصوصًا بعد انهيار الاتحاد السوفيتي.
- جنوب إفريقيا :اقتدى واضعو الدستور الجديد بالقانون الأساسي الألماني، خصوصًا بعد نهاية نظام التمييز العنصري) *الأبارتايد*.

**ب. النصوص التشريعية**

يمتاز النظام القانوني الألماني بالنصوص التشريعية التي تجمع بين الحفاظ على الإرث القانوني التاريخي والتأقلم مع المستجدات الدستورية والدولية، ويمكن تلخيص خصائصها كما يلي:

1. الحفاظ على النصوص السابقة :احتفظت التشريعات الألمانية بجميع النصوص القانونية الصادرة قبل الحرب العالمية الثانية والتي لا تزال سارية، وهي نصوص تعكس تأثير القانون الروماني والقانون الفرنسي.
2. التأثر بالقانون الدولي والأوروبي :تأثرت التشريعات الألمانية بالقواعد الدولية والإقليمية، بما فيها الاتفاقيات والمعاهدات الدولية، التي ساهمت بشكل مباشر في إعادة تشكيل النظام القانوني الألماني وتعزيز قيمه القانونية.
3. الامتثال للمعايير الدستورية :تتأثر التشريعات الألمانية بأحكام المحكمة الدستورية العليا، التي تحدد مدى مطابقة القوانين للدستور وملاءمتها لمبادئ القانون الأساسي.
4. الحداثة والتطور :تُعدّ القوانين الألمانية من بين أكثر التشريعات تطورًا في العالم، إذ تراعي المستجدات في مختلف المجالات، مما يجعلها مرجعًا دوليًا للعديد من الأنظمة القانونية الأخرى[1].

وتنقسم القوانين في ألمانيا إلى صنفين رئيسيين:

- القوانين الاتحادية :الصادرة عن الدولة الاتحادية، وتتمتع بصلاحية تشريعية أصلية وحصرية في المجالات السيادية والهامة وفق المادة 73 من الدستور، مثل: الشؤون الخارجية، الدفاع، حماية

المدنيين، الجنسية، حرية التنقل، إصدار العملة، الجمارك، النقل، الملكية الفكرية، الطاقة، والأسلحة.

- قوانين الولايات :الصادرة عن الولايات الأعضاء في الاتحاد الألماني، ضمن الصلاحيات الممنوحة لهم وفق الدستور.

كما نظم الدستور الألماني المجالات المشتركة بين الاتحاد والولايات وفق المادة 74، ومن أبرزها: القانون المدني، القانون الجنائي، تنظيم المحاكم واختصاصاتها، المحاماة، الحالة المدنية (الولادة، الوفاة، الزواج)، قانون الجمعيات، شؤون اللاجئين، التشريعات الاقتصادية (البنوك، التأمين، المناجم، الصناعات)، قوانين العمل، التعليم، ونزع الملكية

**الفقرة الثانية: السلطة القضائية في دولة ألمانيا**

عملاً بأحكام المادة 92 من الدستور الألماني، تُفوَّض السلطة القضائية إلى القضاة، وتمارس من خلال المحكمة الدستورية والمحاكم الاتحادية والمحاكم الخاصة بالولايات الألمانية.

**أ. المحكمة الدستورية الاتحادية**

تعدّ المحكمة الدستورية العليا (الاتحادية) أعلى هيئة دستورية في ألمانيا، وتتمثل مهمتها في مراقبة دستورية القوانين، أي التأكد من مدى مطابقة النصوص التشريعية لـ القانون الأساسي .وقد جاءت هذه السلطة حرصًا من واضعي القانون الأساسي على تقييد السلطة السياسية، تجنبًا لتكرار تجربة الحكم النازي الاستبدادي.

ومن اختصاصات المحكمة الدستورية الاتحادية النظر في وضعية الأحزاب السياسية، وتقرير ما إذا كان أي حزب يشكل خطرًا على الدولة، وعلى النظام الديمقراطي الحر. فإذا ثبت للمحكمة أن حزبا ما يعتمد مبادئ مخالفة لمقومات الدستور، فإنها تصدر حكمًا بحلّه. ويبرز من هذا الدور حرص القانون الأساسي منذ سنة 1949 على حماية النظام الديمقراطي الجديد وضمان الاستقرار السياسي والقانوني للدولة.

إضافة إلى ذلك، تعمل المحكمة الدستورية الاتحادية كمدافع عن الحقوق الأساسية للمواطنين، وحامية للمصلحة العامة، ومراقبة التزام الدولة بتأمين الحد الأدنى من الأمن الاقتصادي والاجتماعي للأفراد.

**ب. المحاكم الاتحادية**

**1. المحاكم الاتحادية العليا**

تتألف المحاكم الاتحادية العليا من أربع محاكم متخصصة، وهي:

- المحكمة الإدارية الاتحادية.
- المحكمة المالية الاتحادية.
- محكمة العمل الاتحادية.
- المحكمة الاجتماعية الاتحادية.

تختص هذه المحاكم بالنظر في القضايا النظامية والإدارية والمالية والعمالية والاجتماعية على أعلى مستوى. ويُختار قضاة هذه المحاكم من قبل الوزير الاتحادي المختص، بالتنسيق مع لجنة اختيار القضاة المكونة من وزراء الولايات وأعضاء منتخبين من البوندستاغ .كما تم تشكيل مجلس قضائي مشترك لضمان توحيد الأحكام القضائية الصادرة عن هذه المحاكم.

2. **المحاكم الاتحادية الأخرى**

3. **بموجب المادة 96 من الدستور الألماني**، يجوز للاتحاد إنشاء محاكم اتحادية إضافية مكمّلة للاختصاصات الأخرى، مثل:

- محكمة اتحادية تختص بحقوق الملكية الصناعية.
- محاكم جنائية عسكرية للنظر في شؤون القوات المسلحة.
- محاكم اتحادية تأديبية للنظر في شكاوى ضد العاملين في مؤسسات الخدمة العامة الاتحادية.

وتُعدّ محكمة العدل الاتحادية أعلى هيئة قضائية للنظر في الأحكام الصادرة عن المحاكم الجنائية العسكرية والمحكمة المختصة بحقوق الملكية الصناعية.

ج. محاكم الولايات

ينص الدستور الألماني على إمكانية إصدار الاتحاد قانون اتحادي يسمح لمحاكم الولايات بممارسة عدد من اختصاصات الاتحاد في المجالات الجنائية التالية:

- الإبادة الجماعية.
- الجرائم التي يُعتبرها القانون الجنائي الدولي جرائم ضد الإنسانية.
- جرائم الحرب.
- حماية أمن الدولة.
- أي أفعال أخرى تهدف إلى تعكير العلاقات السلمية بين الشعوب وتُرتكب عن قصد.

**الفقرة الثالثة: الفقه الألماني**

لم يكن الفقه الألماني مجرد فقه تقليدي، بل تميّز بخصوصية عالية مقارنة بما عرفته العديد من الأنظمة القانونية الأخرى، إذ برز تميزه في قوة التنظير والعمق التحليلي. وقد ارتكز الفقه الألماني على فكرة جوهرية تتعلق بحماية كرامة الإنسان وصونها، انطلاقًا من أحكام القانون الأساسي للدولة التي نصّت على أنّ: «كرامة الإنسان لا يجوز المساس بها، وباحترامها وصونها تلتزم جميع السلطات في الدولة.«

ومن بين أهم النظريات التي أسهمت في تطور الفقه الألماني خلال القرن العشرين، نذكر:

1. **نظرية كلسن :(Hans Kelsen)** تقوم على هرمية القاعدة القانونية، حيث تحتل القاعدة الدستورية المرتبة الأعلى، وتخضع لها باقي القواعد القانونية. وإذا ما خالفت قاعدة تشريعية دنيا القاعدة التي تعلوها، تُعتبر غير دستورية.

2. نظرية دولة القانون والمؤسسات :تؤكد أن الدولة، ممثلة في جميع سلطاتها، ملتزمة باحترام القانون قبل إلزام الأفراد به، مع مراعاة خضوع السلطة الإدارية لجميع القرارات للقواعد التشريعية.
3. نظرية الشرعية في السلطة :تستند إلى أن شرعية الحاكم أو الممثل مستمدة من الطرق القانونية المعتمدة مسبقًا لتسيير المهام الموكلة إليه، مثل شرعية الانتخاب وغيرها.
4. نظرية التحليل الاقتصادي للقانون :ظهرت في بداية القرن الواحد والعشرين، وتركز على دراسة جدوى وضع قاعدة قانونية أو تعديلها أو إلغائها، من خلال تقييم أثرها المالي والاقتصادي وفاعليتها في المحافظة على المال العام.

يمثل الفقه الألماني بذلك نموذجًا متقدمًا يجمع بين العمق النظري والتطبيق العملي، ويظل ركيزة أساسية في تطوير القواعد القانونية وحماية الحقوق الأساسية.

**مصطلحات الوحدة:**

**جمهورية ألمانيا الاتحادية (ألمانيا الغربية):**

يقصد بها الجزء الغربي من التراب الألماني الذي خضع، عقب هزيمة ألمانيا النازية في الحرب العالمية الثانية، لسيطرة قوات الحلفاء الغربيين، ولا سيما فرنسا وبريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية. وقد تشكّلت جمهورية ألمانيا الاتحادية كدولة تقوم على نظام اقتصادي ليبرالي، ونظام سياسي ديمقراطي دستوري، تأسس بموجب نص دستوري أعدّه ممثلو البرلمانات المنتخبة ديمقراطيا. وتأثر هذا الدستور بصورة ملحوظة بالدساتير الغربية، وبخاصة بالنموذج الدستوري والقانوني الفرنسي. كما كانت ألمانيا الغربية من بين الدول المؤسسة للسوق الأوروبية المشتركة سنة 1957م، بما يعكس اندماجها المبكر في المشروع الأوروبي.

**جمهورية ألمانيا الديمقراطية (ألمانيا الشرقية):**

هي الكيان السياسي الذي نشأ في الجزء الشرقي من ألمانيا بعد الحرب العالمية الثانية، والخاضع آنذاك لسيطرة الاتحاد السوفيتي. وقد قامت ألمانيا الشرقية على نظام اشتراكي ذي مرجعية شيوعية، تميز بنظام قانوني وسياسي واجتماعي مغاير كليّا لما هو معمول به في ألمانيا الغربية، ومتأثر بعمق بالنموذج السوفيتي. وعانت هذه الدولة من اختلالات اقتصادية واجتماعية حادة، أسفرت عن موجات متزايدة من نزوح المواطنين نحو ألمانيا الغربية، خاصة في أواخر ثمانينيات القرن الماضي، وهو ما بلغ ذروته بسقوط جدار برلين سنة 1989م، ثم توحيد شطري ألمانيا رسميا سنة 1990م.

**القانون الأساسي الألماني:**

يُعدّ القانون الأساسي الألماني في الأصل دستور جمهورية ألمانيا الاتحادية، وقد صدر سنة 1949م. غير أن المشرّع الدستوري الألماني تعمّد عدم تسميته بـ«الدستور»، مفضّلا مصطلح «القانون الأساسي»، باعتباره نصا ذا طابع مؤقت، وُضع في ظل انقسام الدولة الألمانية إلى كيانين منفصلين بعد الحرب العالمية الثانية، على أساس أن يتم لاحقا استبداله بدستور دائم عقب إعادة توحيد البلاد. إلا أنه، ورغم تحقق الوحدة

الألمانية سنة 1990م، احتُفظ بنفس التسمية دون تعديل، مما أضفى على القانون الأساسي طابعا دستوريا دائما بحكم الواقع.

**المحكمة الدستورية الاتحادية العليا:**

هي أعلى هيئة قضائية دستورية في الدولة الاتحادية الألمانية، وتتمثل مهمتها الأساسية في الرقابة على دستورية القوانين، من خلال التحقق من مدى مطابقة النصوص التشريعية لأحكام ومبادئ القانون الأساسي. وقد حرص واضعو القانون الأساسي، استلهاما لتجربة الحكم النازي الاستبدادي، على تقييد السلطة السياسية وتعزيز الضمانات الدستورية، فأسندوا إلى هذه المحكمة اختصاصات واسعة، من بينها النظر في دستورية الأحزاب السياسية. وبمقتضى هذا الاختصاص، يجوز للمحكمة أن تقضي بحل أي حزب يثبت أنه يشكل خطرا على النظام الديمقراطي الحر، أو يقوم على مبادئ تتعارض مع مقومات الدستور.

**المحاكم الاتحادية العليا:**

تنشئ الدولة الاتحادية الألمانية، إلى جانب المحكمة الدستورية، أربع محاكم اتحادية عليا متخصصة، تتمثل في:

1. المحكمة الإدارية الاتحادية،
2. المحكمة المالية الاتحادية،
3. محكمة العمل الاتحادية،
4. المحكمة الاجتماعية الاتحادية.

وتُعد هذه الهيئات القضائية أعلى درجات التقاضي في مجالاتها النوعية، حيث تختص بالفصل النهائي في المنازعات الإدارية والمالية والعمالية والاجتماعية، بما يضمن توحيد الاجتهاد القضائي واستقرار التطبيق القانوني على المستوى الاتحادي.

## 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 والتطوّر في النظام القانوني الإسلامي

**مقدمة:**

تعد الشريعة الإسلامية من أعظم النظم القانونية ثراءا 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؟ طبعا 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 القران 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 القران الكريم والسنة الشريفة واستنبط 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 القران هو كتاب هدى للناس. فمثلا عندما يتكلم عن سياسة الحكم في الإسلام ماذا قال القران 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 دنيوي واخر اخروي بينما القانون الوضعي فهو جزاء دنيوي. فلهذا هناك رقابة الاهية في التشريع الإسلامي بينما في القانون الوضعي لا توجد.

## المحاضرة الأولى

## 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.

**أولا: المصادر الأساسية:**

**1) القران 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. الاعجاز**

قال الله تعالى (قل لئن اجتمعت الانس والجن على ان يأتوا بمثل هذا القران لا يأتون بمثله ولو كان بعضهم لبعض ظهيرا)[136]

**ب. الحفظ والخلود**

قال الله تعالى (انا نحن نزلنا الذكر وانا له لحافظون)[137]

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 مثلا، وبالرجوع إلى القرآن الكريم دائما، 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، والحرابة، والقذف، والردة.

---

[136] سورة الاسراء الآية 88

[137] سورة الحجر الآية 9

يضمّ الصنف الثاني جرائم القصاص، وتتعلق هذه الجرائم بالاعتداءات الجسدية التي تصيب الإنسان، كالقتل العمدي أو غير العمدي، الضرب والجرح، حيث إن عقوبة القتل العمدي هي القصاص أو الدية، أما القطع والجرح والضرب العمدي فعقوبته هي القصاص والأرش.

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. [138]

**2: السنة النبوية**

هو المصدر الثاني للشريعة الإسلامية بعد القران الكريم وهي ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم من قول او فعل او تقرير. فاذا كان القران الكريم هو بمثابة الدستور الذي يتضمن الأصول والقواعد الإلهية الأساسية الكلية فان السنة هي المنهاج النبوي الذي يفصل ما اجمله القران يقول الله تعالى (وأنزلنا اليك الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم ولعلهم يتفكرون) [139]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 اقره النبي صلى الله عليه وسلم من عمال يفعلها الصحابة ولم يمنعهم ولم ينكر عليهم فاعتبر ذلك تقريرا واعترافا

**ثانيا: المصادر الاحتياطية:**

حين لا نجد جوابا 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 القران والسنة فقد كان أبو بكر الصديق وغيره من الخلفاء من بعده يسال الصحابة في أي مسالة لا يجد حكما فيها حيث كانوا يقيسون على قواعد الكتاب

---

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

[139] سورة النحل الآية 44

والسنة فاذا اجتمع رأيهم على حكم تم القضاء به وأصبح الاجماع يمثل مصدرا 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 القران الكريم او السنة النبوية.

كما ظهرت طرق أخرى غير الاجماع والقياس وانصبت على الجزئيات لا على الكليات ولم يكن في العبادات بل في المعاملات وفقا للمصالح العامة والخاصة ما دام لا يتعارض مع نص شرعي وانطلاقا من بعض القواعد الفقهية مثل (الأصل في الأشياء الاباحة) (الأصل في الذمم البراءة) وغيرها حيث لجا 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 للواقعة [140] 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، ويسمي 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 مسبوقا بخلاف مستقر.

ث. استمرار الاتفاق حتى انقراض عصر المتفقين

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

أ. أن يُنقل الاجماع بطريق صحيح.

ب. أن يكون متنه 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.

---

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

**الفرع الثاني: مصادر التشريع الإسلامي المختلف فيها**

**أولا: 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

**ثانيا: سد الذرائع**

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

**ثالثا: الاستحسان**

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

**رابعا: الاستصحاب**

وهو قول الصحابي الذي لم يعرف له مخالفة من الصحابة [141]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 ينافيه مثال ذلك لو توضأ 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.

**خامسا: 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 القران الكريم والسنة فما لم يرد فيهما غير معتبر وعليه لا اعتبار لما ورد في التوراة والانجيل.

---

[141] محمود ابراهيم الوالي: دروس في القانون المقارن ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر بدون سنة. ص 97

## المحاضرة الثانية

## خصائص البنية القانونية والقضائية للنظام القانوني الإسلامي

النظام القانوني الإسلامي هو نظام كامل ومتكامل اعتبارا لمعطيات موضوعية بعضها يتعلق بما له من خصائص ذاتية وأخرى تاريخية فضلا 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

### أولا: 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 القران 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)[142]

**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 الاخر.

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

---

[142] سورة الانعام الآية 38

**عبادات:** وهي الاحكام الشرعية المتعلقة بأمر الاخرة 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) [143] ويقول (ما يريد عليك من حرج)[144] 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 المقدرة بالشرع على الجرائم ونحو ذلك. والظني هو ما يحتمل أكثر من معنى كما يتغير بحسب اقتضاء المصلحة كمقادير 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 وتتجلي 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**

---

[143] سورة البقرة الآية 185

[144] سورة المائدة الآية 06

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

**10 تحقيق العدل بين الناس**

تحقيق العدل يبعد الظلم حيث يأمر القران الكريم (ان الله يأمركم بالعدل والإحسان وايتاء ذي القربى..)[145] وقوله تعالى (ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى أهلها وإذا حكمتم بين الناس ان تحكموا بالعدل)[146] ومن النصوص التي تحرم الظلم قال الله تعالى (ولا تحسبن الله غافلا عما يعمل الظالمون انما يؤخرهم ليوم تشخص فيه الابصار)[147]

**ثانيا: الخصائص التاريخية (مراحل التشريع الإسلامي)**

لا خلاف في أن التطوّر 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:**

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 خلت[148]. اما العشر سنين التالية فكانت في المدينة بداية تشكل الدولة الإسلامية مما أدى الحاجة الى التشريع لتنظيم العلاقة بين افراد الامة وعلاقاتهم بغيرهم [149]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)** [150]. وقد يكون اجتهاده اما بوحي اليه او باجتهاده الشخصي الذي يقر عليه وبالإقرار وعدم التنبيه الى الخطأ يرتفع الى مرتبة الموحى به كما في حادثة أسري بدر فقد اجتهد الرسول بقبول الفداء ولم يأخذ براي عمر بقتلهم. فبين الله له الصواب **(وما كان لنبي ان يكون له أسري حتى يثخن في الأرض)** [151]

---

[145] سورة النحل الآية 90
[146] سورة النساء الآية 58
[147] سورة ابراهيم الآية 42.
[148] مؤيد زيدان: النظم القانونية الكبرى 2019م جامعة دمشق ص142
[149] عبد الوهاب خلاف، تاريخ التشريع الإسلامي ص5
[150] سورة الاحزاب الالية 36
[151] سورة الانفال الآية 67

حيث كانت الاحكام تتنزل 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 عليه [152] 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 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 زمنيا، عرفت بمرحلة التقليد وغلق باب الاجتهاد، وقد امتدت من منتصف القرن الرابع للهجرة إلى أواخر القرن الثالث عشر للهجرة، وتحديدا 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، ورُتّبت حسب ألفاظ اصطلح عليها الفقهاء، فأعلاها الصحيح ثم الحسن ثم الضعيف، والمرسل والمنقطع والمعضل والشاذ والغريب وغير ذلك. وعليه، فإن "ما يتعيّن اعتباره في هذه المرحلة، هو أنّ مادة التشريع الإسلامي موجودة في صلب القرآن نفسه، وما صحّ من الأحاديث. أي أن دور الفقيه

[152] ابن القيم : اعلام الموقعين ج1 ص 28

اقتصر على وضع طريقة علمية للاهتداء إلى الحلول، انطلاقا من هذا المُعطى 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 مجددا. 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، خصوصا منذ بداية القرن العشرين، اتخذت من النظام القانوني الإسلامي مصدرا 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، والمسلَّم به أن جميع الأنظمة واللوائح يجب أن تكون محكومة بماورد في الدستور.

**ثالثا: 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 وفقا 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 بينّ المسلمين ثم تطّور الأمر شيئا فشيئا حتى تكّون جهاز قضائي مستقل، تولد عنه لاحقا تنظيم قضائي متميّز .

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

**اولا: 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.

**ثانيا: 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، ومعاقبة 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 المنتوجات 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 تقّدم 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 صالحية التنفيذ 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:**

الفرع الأول: مقومات المرونة والتطور

أولا: المقومات الداخلية

ثانيا: المقومات المستمدة من مختلف المؤتمرات العالمية

الفرع الثاني: تأثر القانون الوضعي بالشريعة الاسلامية

أولا: في القانون العام

ثانيا: 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

#### أولا: 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 وضوحا 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 جليا أ ّن الفقه الإسلامي عموما لا يُنظر إليه على أنه مجرد نظريات– قياسا بالفقه القانوني المتعارف عليه في مجال القانون بل بالعكس، فإن الفقه الإسلامي هو فقه تطبيقي أو ّ علم الاحكام 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 أحكاما ومبادئ وقواعد في النظام القانوني الإسلامي

قاعدة لا ضرر ولا ضرا

قاعدة الأمور بمقاصدها

.قاعدة المشقة تجلب التيسير.

قاعدة اليقين لا يزول بالشك.

**ثانيا: 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 قائلا (انا لا اعرف كيف اوفق بين ما كان يحكى لنا عن جمود الفقه الإسلامي وعدم صلاحيته أساسا تشريعيا يفي بحاجات المجتمع العصري المتطور، وبين ما نسمعه الان في المحاضرات ومناقشاتها مما يثبت خلاف ذلك تماما 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)[153]

- 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 الإسلاميةً الذي بدأ يسود بين فقهاء أوروبا وأمريكا في العصر الحاضر. في وكان يظن أن للقانون الروماني أثرا كبيرا الشريعة الإسلامية ولكن استبان له بعد أن عمق النظر فيها، وأوغل في دراستها، واتصل بعلمائها انها شريعة مستقلة بذاتها.
- وقال (ليفي أولمان) ان الشريعة الإسلامية تعتبر مصدرا حيا للقانون المعاصر في المعاملات ومناطا للحق 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 ثباتا وأنها تتفوق على كل الشرائع الاوروبية في كثير من التفاصيل، بل هي التي تعطي للعالم أرسخ الشرائع ثباتا.
- ويقول سيرل ان البشرية لتفتخر بانتساب رجل كمحمد اليها فانه على اميته استطاع قبل بضعة عشرة قرنا ان يأتي بتشريع سنكون اسعد ما نكون لو وصلنا الى قمته بعد الفي سنة.
- ويقول جوزيف كوهلر الألماني: كان الألمان يتباهون عجبا لابتكارهم تشريع نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون المدني لسنة 1787، غير انه ظهر لدى رجال الفقه الإسلامي قد تكلموا 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 سنتيلانا 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 أصلا.
- وقال الأستاذ سليم باز المسيحي اللبناني شارح مجلة الأحكام العدلية: ( إنني أعتقد بكل اطمئنان إن في الفقه الإسلامي كل حاجة البشر من عقود ومعاملات وأقضيه 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

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

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 هوً أعظم عمل قانوني في تاريخ العالم يفوق القانون الروماني وقانون حمورابي نظرا لما فيه من حكمة الهية 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 تلوا او تعرضوا فان الله كان بما تعملون خبيرا) سورة النساء الآية 135.

**الفرع الثاني: تأثر القانون الوضعي بالشريعة الإسلامية**

تأثرت معظم التشريعات بالتشريع الإسلامي وخاصة الدول العربية والإسلامية حيث جعلت بعض الدول كمصدر اول للتشريع كالمملكة العربية السعودية. في حين البعض الاخر 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:

**أولا: 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 "للوقف" 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 حقا دستوريا مضمونا، 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 منصبا رئاسيا 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 جنيها خطر غير متوقع كالجفاف... يجوز للأطراف مراجعة بنود العقد. وفي القانون الوضعي إذا وقع أثناء تنفيذ العقد حادث استثنائي جعل تنفيذ الالتزام مرهقا بالنسبة للمدين، يجوز للقاضي التدخل لرد الالتزام إلى الحد المعقول

**ثانيا: 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 كاملا 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 المدنيين، 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 يخّول 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 بان هذه النظرية انشاها الالمان ووضعت ضمن التشريع في القانون المدني الذي وضع سنة1787م. متغافلا او غير مطلع على الفقه الإسلامي.

**10: التعاقد وفق دفتر الشروط**

أخذت الشريعة الإسلامية بنظام البيع على أوصاف سلعة معينة يحّددها أطراف العالقة. وقد استمّد قانون التشريعات الوضعية من هذا النظام ماُ سمي اليوم دفتر الشروط، إذ يتعيّن 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 المسالة 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، ومعاقبة 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 المنتوجات 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 القضاة بالنسبة للقضايا التي ينظر فيها في نظام القضاء العادي، أي صلاحية التنفيذ المباشر (عكس القضاء الخاص (الحسبة) الذي يقوم بتنفيذ الاحكام 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

## مقارنة بين النظام القانوني الإسلامي وأنظمة السوابق القضائية

**ملخص:**

تقوم المقارنة بين النظام القانوني الإسلامي وأنظمة السوابق القضائية (القانون الأنجلوسكسوني) على اختلاف جوهري في مصادر القاعدة القانونية وآليات إنتاجها وتطبيقها؛ فالنظام القانوني الإسلامي يستمد أحكامه أساسا من مصادر شرعية ثابتة تتمثل في القرآن الكريم والسنة النبوية، ويُستكمل بالاجتهاد الفقهي من خلال القياس والإجماع والمصالح المرسلة، مما يمنحه طابعا معياريا أخلاقيا يرتكز على مقاصد الشريعة وتحقيق العدل. أما أنظمة السوابق القضائية، وعلى رأسها النظام الإنجليزي والأمريكي، فتقوم على مبدأ الإلزام القضائي للسوابق(Stare Decisis) ، حيث تشكل أحكام القضاة، ولا سيما الصادرة عن المحاكم العليا، المصدر الرئيس للقانون، مع قابلية القاعدة القانونية للتطور التدريجي تبعا لاجتهاد القضاء. ورغم هذا التباين، يشترك النظامان في مركزية دور الاجتهاد القضائي أو الفقهي في تفسير النصوص وتكييفها مع الوقائع المستجدة، غير أن الاجتهاد في النظام الإسلامي يظل مقيدا بإطار نصي شرعي ثابت، في حين يتمتع القاضي في أنظمة السوابق القضائية بسلطة أوسع في ابتكار القاعدة القانونية وتعديلها وفقا لحاجات المجتمع وتطوراته.

**أهداف الوحدة:**

يُنتظر من الطالب، عند استكمال دراسة هذه الوحدة، أن يكون قادرا على تحقيق جملة من الأهداف المعرفية والتحليلية، تتمثل فيما يلي:

- تمكينه من إجراء مقارنة علمية منهجية بين النظام القانوني الإسلامي بوصفه نظاما قانونيا معاصرا، وبين أنظمة السوابق القضائية، مع إبراز الخصوصيات البنيوية والوظيفية لكل نظام، وتحليل مدى نجاح كل منهما في الانتشار والتأثير ضمن النظم القانونية السائدة في مختلف دول العالم.
- تعميق إدراكه للفروق الجوهرية القائمة بين مصادر القاعدة القانونية في كلا النظامين، من خلال التمييز بين نظام قانوني يستند إلى الوحي السماوي ممثلا في القرآن الكريم والسنة النبوية، ونظام قانوني يرتكز أساسا على الإنتاج القضائي البشري وما يفرزه القضاء من سوابق ملزمة.
- تعريفه بالبنية القانونية والمؤسساتية لكل من النظام القانوني الإسلامي وأنظمة السوابق القضائية، والكشف عن أوجه الاختلاف الجوهري بينهما من حيث البناء الداخلي، وآليات إنشاء القواعد القانونية وتطبيقها.
- تمكينه من التمييز بين التنظيم القضائي في النظام القانوني الإسلامي والتنظيم القضائي في أنظمة السوابق القضائية، مع التركيز على النموذجين البريطاني والأمريكي، وبيان الخصائص التي تميز كل تنظيم قضائي من حيث الاختصاص، ودور القاضي، وطبيعة الأحكام القضائية.

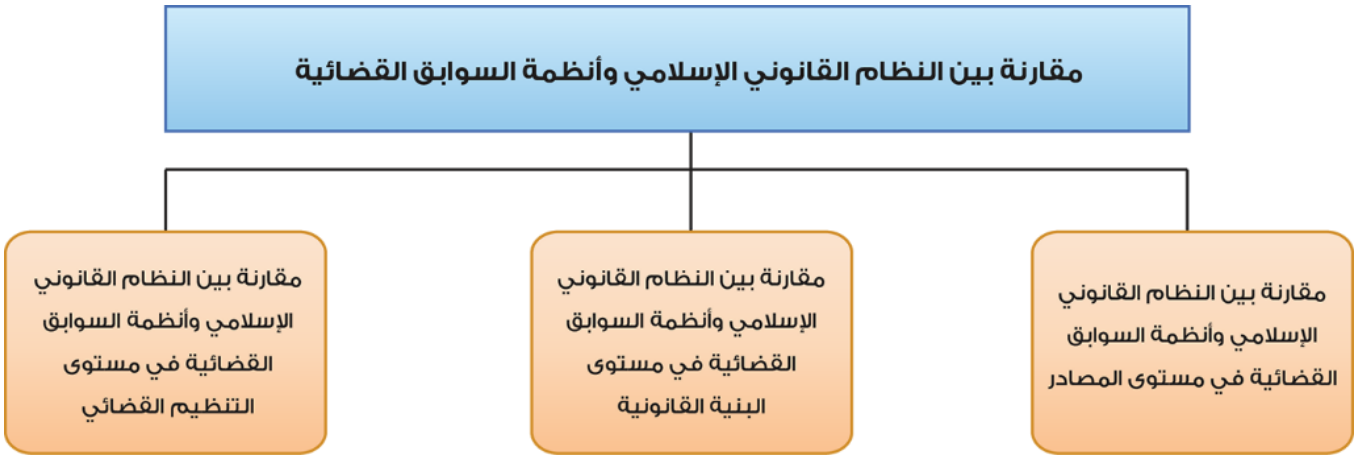
**موضوعات الوحدة:**

تتناول هذه الوحدة بالدراسة والتحليل المقارن المحاور الآتية:

**أولاً:** المقارنة بين النظام القانوني الإسلامي وأنظمة السوابق القضائية على مستوى المصادر

**ثانياً:** المقارنة بين النظام القانوني الإسلامي وأنظمة السوابق القضائية على مستوى البنية القانونية

**ثالثاً:** المقارنة بين النظام القانوني الإسلامي وأنظمة السوابق القضائية على مستوى التنظيم القضائي




**الخريطة الذهنية**

**المقدمة:**

لا ينحصر تحليل النظم القانونية المعاصرة في دراسة كل نظام على حدة، أو الوقوف عند قواعده ومقوماته الداخلية بمعزل عن غيره، بل يتجاوز ذلك إلى اعتماد المنهج المقارن بوصفه أداة علمية كاشفة لجوهر هذه النظم وبنيتها العميقة. فالمقارنة القانونية لا تقتصر على إبراز أوجه الاختلاف الظاهري، وإنما تمكّن الباحث من استجلاء الأسس الفكرية والمرجعيات القيمية التي يقوم عليها كل نظام، واستخلاص النتائج العلمية المترتبة عن ذلك، سواء من حيث تحديد مواطن القوة، أو الكشف عن مكامن القصور. وقد أكّد الفقيه المقارن (Pierre Legrand)هذا البعد المعرفي للمقارنة، معتبرا أنها وسيلة للنفاذ إلى البنية الذهنية والخصوصيات التكوينية للنظم القانونية المختلفة

وانسجاما مع هذا التوجّه المنهجي، تندرج مقارنة النظام القانوني الإسلامي بالأنظمة المعتمدة على السوابق القضائية ضمن الإطار ذاته، ولا سيما عند إبراز الفوارق الجوهرية التي تميّز كلا النظامين من حيث المصدر، والبنية، والغاية. غير أنّ هذه المقارنة تظل محكومة بخصوصية جوهرية، تتمثل في أنّ الشريعة الإسلامية –بوصفها منظومة تشريعية مصدرها الوحي– لا يلحقها ما يلحق القوانين الوضعية من نقص أو قصور، إذ إن منشأها إلهي، بينما تقوم أنظمة السوابق القضائية على إنتاج بشري محض، يخضع بطبيعته لمحدودية العقل الإنساني وتقلب الظروف الاجتماعية والسياسية. وعليه، فإن التمييز بين النظامين هو في حقيقته تمييز بين تشريع سماوي قائم على الكمال الإلهي، وتشريع وضعي يدور في فلك الاجتهاد البشري.

وقد قرر القرآن الكريم عصمة الوحي من الباطل بقوله تعالى:

﴿إِنَّ الَّذِينَ كَفَرُوا بِالذِّكْرِ لَمَّا جَاءَهُمْ وَإِنَّهُ لَكِتَابٌ عَزِيزٌ * لَا يَأْتِيهِ الْبَاطِلُ مِن بَيْنِ يَدَيْهِ وَلَا مِنْ خَلْفِهِ تَنزِيلٌ مِّنْ حَكِيمٍ حَمِيدٍ﴾ [فصلت: 41–42].

وينصرف جوهر الاختلاف بين الشريعة الإسلامية والأنظمة القانونية الوضعية، ومنها الأنظمة القائمة على السوابق القضائية، إلى ثلاثة محاور رئيسة:

**أولاً: مصدر القاعدة القانونية**

تستند القاعدة القانونية في الأنظمة الوضعية إلى الاجتهاد البشري، سواء صدر عن المشرّع أو عن القاضي، وهو اجتهاد يظل محكوما بحدود الإدراك الإنساني وقابلا للمراجعة والتعديل تبعا لتغير الحاجات الاجتماعية والظروف التاريخية. أما الشريعة الإسلامية، فمصدرها الوحي الإلهي، وتتجلى فيها صفات الكمال والعلم المحيط، الأمر الذي يجعل قواعدها متعالية عن النقص والاضطراب، مع احتفاظها بمرونة التطبيق من خلال آليات الاجتهاد.

**ثانياً: طبيعة القاعدة القانونية وامتدادها الزمني**

تنشأ السابقة القضائية في سياق اجتماعي وتاريخي محدد، وتُصاغ لمعالجة واقعة بعينها، مما يجعلها بطبيعتها قابلة للتغيير أو العدول عنها متى تبدلت الظروف. في المقابل، جاءت أحكام الشريعة الإسلامية بصيغة عامة ومجردة، قادرة على الاستمرار عبر الأزمنة والأمكنة، بما يحقق الديمومة التشريعية دون الجمود، من خلال مراعاة المقاصد وتغير الأعراف.

**ثالثاً: الغاية من التشريع**

تهدف أنظمة السوابق القضائية أساسا إلى تنظيم العلاقات الاجتماعية وحسم المنازعات، استنادا إلى الأعراف والتقاليد والسياقات التاريخية السائدة. أما الشريعة الإسلامية، فلا تقتصر غايتها على الضبط القانوني فحسب، بل ترمي إلى بناء مجتمع قيمي متوازن، وصياغة شخصية فردية راشدة، وإقامة دولة عادلة تحقق مقاصد الشريعة في العدل والخير والمصلحة العامة.

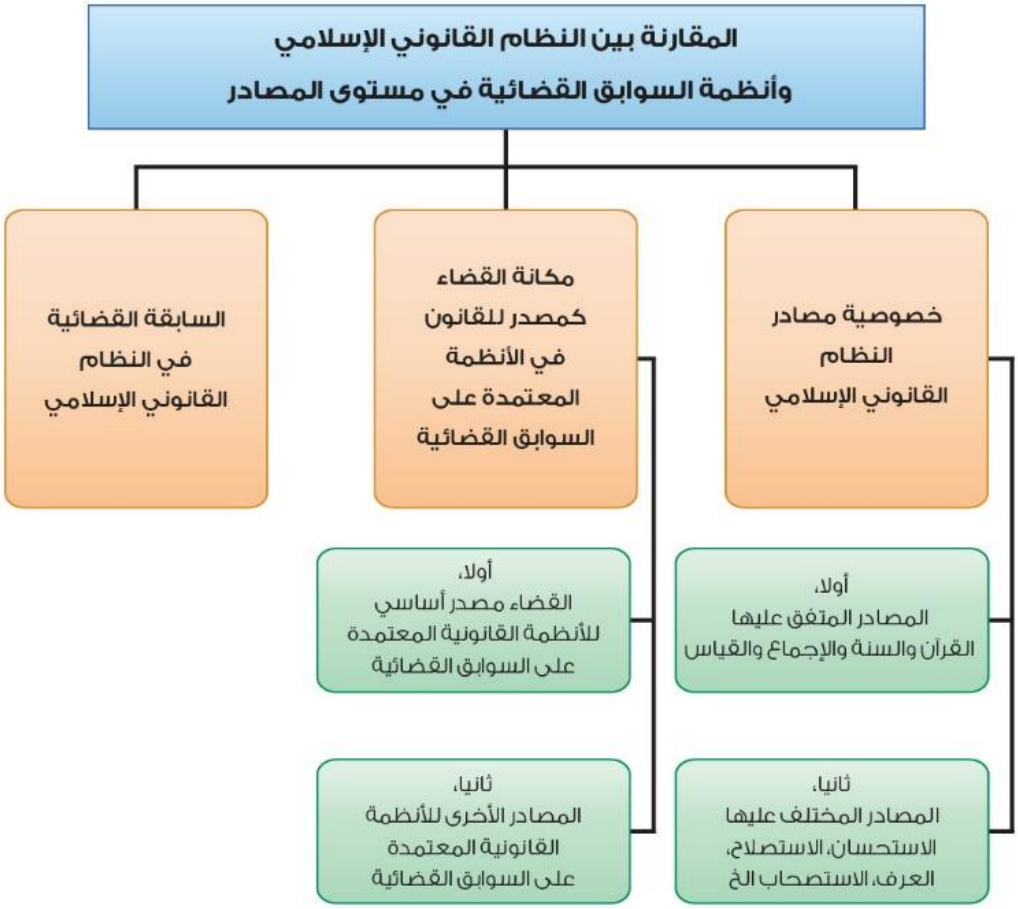
ومع ذلك، لا يُغفل في هذا السياق أنّ التطبيق البشري لأحكام الشريعة قد يعتريه الخطأ أو الهوى أو المحاباة، وهي مظاهر لا تعود إلى نقص في النص الشرعي ذاته، وإنما إلى قصور في الممارسة الإنسانية، وقد نهى الشرع عنها صراحة. ويتجلى هذا المعنى في الحديث النبوي الشريف المتعلق بالمرأة المخزومية التي سرقت، حيث قال رسول الله ﷺ:

»إِنَّمَا أَهْلَكَ الَّذِينَ قَبْلَكُمْ أَنَّهُمْ كَانُوا إِذَا سَرَقَ فِيهِمُ الشَّرِيفُ تَرَكُوهُ، وَإِذَا سَرَقَ فِيهِمُ الضَّعِيفُ أَقَامُوا عَلَيْهِ الحَدَّ، وَايْمُ اللَّهِ لَوْ أَنَّ فَاطِمَةَ بِنْتَ مُحَمَّدٍ سَرَقَتْ لَقَطَعْتُ يَدَهَا« رواه البخاري، كتاب الحدود، رقم 3475؛ ومسلم، كتاب الحدود، رقم 1688.(

أما تنظيم السلطة القضائية، وآليات مراقبتها، وتنفيذ الأحكام، فهي مجالات تخضع للاجتهاد البشري، وقد تُظهر بعض النظم القانونية الغربية في هذه الجوانب قدرا أعلى من الانضباط المؤسسي مقارنة ببعض التطبيقات التاريخية في التجربة الإسلامية، دون أن يمسّ ذلك كمال النص الشرعي أو سلامة مقاصده.

## المحاضرة الأولى

## المقارنة بين النظام القانوني الإسلامي وأنظمة السوابق القضائية على مستوى المصادر




تُعدّ **المصادر القانونية** من أهم العناصر التي تُجسّد جوهر الاختلاف القائم بين النظام القانوني الإسلامي وأنظمة السوابق القضائية، إذ يكشف تحليلها عن التباين العميق في فلسفة التشريع، وطبيعة إنتاج القاعدة القانونية، والجهة المختصة بإنشائها.

**الفقرة الأولى: خصوصية مصادر النظام القانوني الإسلامي**

سبق تناول مصادر النظام القانوني الإسلامي بالدراسة والتحليل في وحدة سابقة، ويُحال في هذا السياق إلى ما ورد في مقرري **المدخل لدراسة الفقه الإسلامي** و**أصول الفقه**، لما لهما من أهمية في بيان الطبيعة الوحيانية للمصادر الأصلية، وآليات الاجتهاد التي تضمن مرونة التطبيق دون الإخلال بثبات المرجعية.

**الفقرة الثانية: مكانة القضاء كمصدر للقانون في الأنظمة المعتمدة على السوابق القضائية**

يحتل القضاء مكانة محورية ومتميزة ضمن مصادر القانون في الأنظمة المعتمدة على السوابق القضائية، إذ يُعد المصدر الأساسي والجوهري للقاعدة القانونية، يليه في المرتبة كل من التشريع، ثم العرف، فالفقه.

**أولاً: القضاء كمصدر أساسي للأنظمة القانونية المعتمدة على السوابق القضائية**

تتجلى مكانة القضاء في هذه الأنظمة من خلال **وظيفة القاضي** ومن خلال **مفهوم السابقة القضائية** ذاتها.

فمن جهة أولى، لا تقتصر مهمة القاضي في الأنظمة المعتمدة على السوابق القضائية، ولا سيما في النظام القانوني البريطاني، على مجرد تطبيق القواعد القانونية القائمة، بل تمتد لتشمل وظيفة إنشائية ذات طابع تشريعي، من خلال الأحكام التي يصدرها، خاصة تلك الصادرة عن المحاكم العليا. إذ يلتزم القاضي بالرجوع إلى السوابق القضائية المكرّسة، والمجموعة في مدونات واجتهادات قضائية، قبل الفصل في النزاع المعروض عليه، بما يضمن وحدة الحلول القانونية واستقرارها.

ومن جهة ثانية، تقوم **السابقة القضائية** على إسناد دور محوري للمحاكم في صياغة القاعدة القانونية. فالمحكمة، عند نظرها في نزاع معين، لا تكتفي بالفصل في الخصومة، بل تنشئ من خلال حكمها قاعدة قانونية ذات طبيعة قضائية، تُعتمد مستقبلا مرجعا ملزما عند الفصل في القضايا المماثلة من حيث الوقائع أو التصرفات القانونية. وعلى هذا الأساس، تستمد الأحكام القضائية قيمتها القانونية من قدرتها على تأسيس مبادئ عامة، وهو ما يفسر المكانة الرفيعة التي يحتلها القضاء في الأنظمة القائمة على السوابق القضائية، وعلى رأسها النظام القانوني البريطاني.

وبناء عليه، يمكن تعريف السابقة القضائية بأنها **قضية قانونية مفصول فيها بحكم نهائي، أسست لمبدأ أو قاعدة قانونية، يُلزم القاضي بالرجوع إليها عند عرض نزاع مماثل مستقبلا** .ويقوم هذا المفهوم على عنصرين أساسيين:

أولهما، صدور حكم قضائي فاصل في نزاع معروض على المحكمة، يتمتع بحجية تمنع أطرافه من إعادة المنازعة فيه.

وثانيهما، أن يكون هذا الحكم قد أنشأ قاعدة أو مبدأ قضائيا يُلزم المحاكم عند نظر القضايا المماثلة مستقبلا بالفصل فيها على النهج ذاته

ويؤكد الفقه المقارن أن السوابق القضائية تنقسم إلى **سوابق ملزمة**، وهي التي تلتزم المحاكم الأدنى درجة باتباعها احتراما لمبدأ التدرج القضائي، و**سوابق مفيدة غير ملزمة**، تتمثل في الأحكام الصادرة عن محاكم مماثلة في الدرجة أو أدنى منها، أو الصادرة ضمن نفس الإقليم القضائي. ورغم ما تتمتع به هذه الأخيرة من قيمة إرشادية، فإن الاعتبار الحاسم يظل دائما للسوابق القضائية الملزمة.

**ثانياً: المصادر الأخرى للأنظمة القانونية المعتمدة على السوابق القضائية**

يحتل **التشريع** المرتبة الثانية بعد القضاء، ويؤدي دورا تكميليا وتصحيحيا للبنية القانونية التي يشكلها القضاء أساسا. ويقصد به في هذا الإطار التشريع العادي الصادر عن البرلمان، كما هو الحال في النظام

القانوني الإنجليزي، حيث يهدف التشريع إلى حماية الحقوق والحريات الأساسية، ومراقبة أعمال السلطة العامة، والحد من تعسفها.

أما **العرف**، فيأتي في مرتبة تالية للتشريع، ولا يكتسب قوته القانونية إلا إذا تم تكريسه قضائيا أو الاعتراف به تشريعيا، مما يعكس تبعيته الوظيفية للقضاء والتشريع معا.

ويُعد **الفقه** مصدرا ثانويا، على غرار ما هو معمول به في مختلف الأنظمة القانونية المعاصرة، غير أنه يؤدي دورا مهما في التأطير النظري للنظام القانوني، من خلال تفسير القواعد القانونية، وتحليل السوابق القضائية، وبيان مقوماتها وضبط مفاهيمها، بما يُيسّر على القاضي الرجوع إليها وتطبيقها عند الفصل في النزاعات

**الفقرة الثالثة: السابقة القضائية في النظام القانوني الإسلامي**

يستمدّ النظام القانوني الإسلامي تفرّده كنظام قانوني معاصر من خصوصية مصادره، وغنى مضمونه، وتكامل مقوماته، ووضوح مقاصده التشريعية. وإذا سُلِّم بإمكانية الأخذ بفكرة السابقة القضائية في إطار هذا النظام، فإن ذلك لا يُعدّ اقتباسا أو تأثرا بالأنظمة الأنجلوسكسونية القائمة على السوابق القضائية، وإنما هو رجوع إلى الأصول الذاتية للشريعة الإسلامية، واستناد إلى بنيتها الفقهية الراسخة. فالثابت فقها وشرعا أن الإسلام أولى القضاء مكانة متميزة، نظرا للدور الجوهري المنوط به في تحقيق العدل، وصيانة الحقوق، وحسم المنازعات بين الناس .

ومن الخصائص الأساسية التي ينبغي توافرها في القاضي في الشريعة الإسلامية أن يكون واسع الاطلاع على الأحكام والاجتهادات القضائية الصادرة عمّن سبقه من القضاة، ليستنير بها ويستفيد منها، دون أن يُقيّد ذلك استقلال اجتهاده أو يحول دون ممارسته لسلطته التقديرية في ضوء النصوص والمقاصد.

وانطلاقا من ذلك، يقرّ الفقه الإسلامي بأن السابقة القضائية تشكّل حجّة معتبرة في العمل القضائي، غير أن الخلاف الفقهي يثور حول مدى حجيتها: هل تبلغ مرتبة الإلزام، أم تظل في إطار الاستئناس والترجيح؟ وللإجابة عن هذه الإشكالية، يميّز الفقه بين أربع فرضيات رئيسة:

**الفرضية الأولى:**

يكون الحكم القضائي ملزما إذا استند إلى مصدر شرعي قطعي أو معتبر، كالنص من القرآن الكريم أو السنة النبوية، أو الإجماع، أو القياس الصحيح. وفي هذه الحالة، لا يستمد الإلزام من الحكم القضائي في ذاته، وإنما من المصدر الشرعي الذي قام عليه.

**الفرضية الثانية:**

إذا تبيّن للقاضي أن السابقة القضائية لا أصل لها في الشريعة، أو كانت مخالفة مخالفة صريحة وواضحة لنص من الكتاب أو السنة، فإنها لا تكون ملزمة له، بل يتعيّن عليه الامتناع عن تطبيقها، التزاما بقاعدة تقديم النص الشرعي على الاجتهاد.

**الفرضية الثالثة:**

يجوز للقاضي اتباع اجتهاد قضائي سابق إذا عُرضت عليه مسألة لا نص فيها ولا إجماع ولا قياس، متى رأى في ذلك الاجتهاد تحقيقا للعدل والمصلحة. أما إذا تعلّق الأمر بنازلة مستجدة لا يمكن قياسها على المسائل الخلافية المعروفة في الفقه، فإن القاضي يمارس دوره كمجتهد مستقل، ولا يكون ملزما بأي حكم قضائي سابق.

**الفرضية الرابعة:**

لا يمنع الشرع القاضي من العدول عن حكمه السابق، إذ لا يلتزم باتباع اجتهاده في القضايا المماثلة اللاحقة، متى ظهر له أن الصواب يقتضي غيره، تأسيسا على القاعدة المأثورة عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه: (الحقّ القديم لا يبطله شيء، ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل.«

وتُفضي هذه الفرضيات الأربع إلى استخلاص جملة من القواعد التي تحكم فكرة السابقة القضائية في النظام القانوني الإسلامي، يمكن إجمالها فيما يأتي:

**القاعدة الأولى:**

يترتب على الحكم القضائي أثر جزئي ومحدود، إذ إن حجّيته ليست مطلقة، وإنما نسبية، ومقيّدة بحدود النزاع الذي صدر فيه.

**القاعدة الثانية:**

يكون التفسير القضائي ملزما لطرفي الخصومة فقط، استنادا إلى حجية الأمر المقضي به، التي تثبت للحكم في الدعوى ذاتها دون غيرها.

**القاعدة الثالثة:**

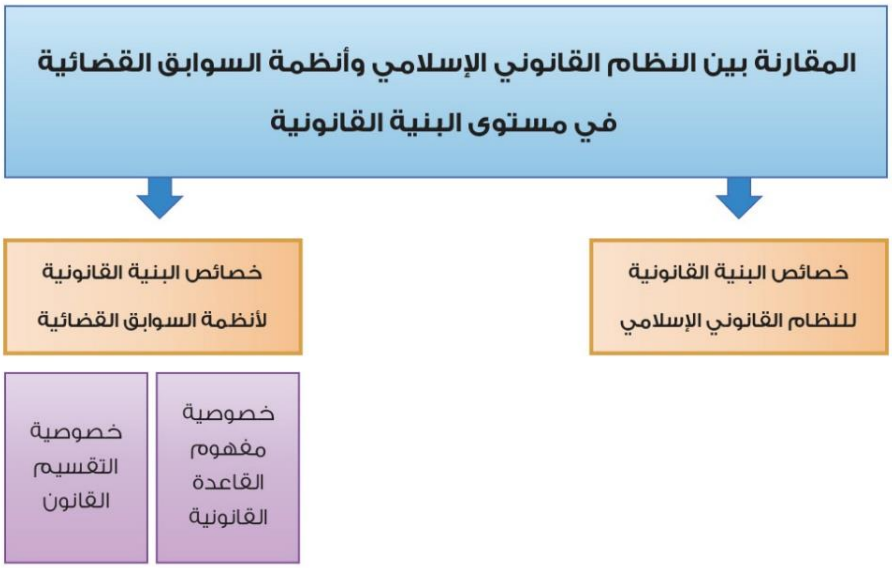
لا يكون التفسير القضائي ملزما لمحكمة أخرى، ولو كانت أدنى درجة، إذ يجوز لها أن تأخذ بتفسير مغاير متى رأت فيه تحقيقا أوفى للعدل وأقرب إلى مقاصد الشريعة.

**القاعدة الرابعة:**

يجوز للمحكمة ذاتها، بل وللقاضي نفسه، إصدار حكم لاحق يتضمن تفسيرا مختلفا عن التفسير السابق، كلما تبيّن له أن التفسير الجديد أعدل وأوفق بروح الشريعة الإسلامية ومقاصدها.

## المحاضرة الثانية

## المقارنة بين النظام القانوني الإسلامي وأنظمة السوابق القضائية في مستوى البنية القانونية




تُعدّ البنية القانونية المرجعيةَ الأساسية التي تميّز كل نظام قانوني عن غيره، إذ تعبّر عن فلسفته التشريعية، ومنهجه في إنتاج القاعدة القانونية، وآليات تطبيقها. وقد أكّد الفقه المقارن، ولا سيما بيير لوغراند (Pierre Legrand)، أن فهم النظم القانونية لا يتحقق إلا عبر تحليل بنيتها الداخلية وما تنطوي عليه من خصوصيات تاريخية وفكرية ومؤسساتية

وانطلاقا من هذا التصور، يتبيّن بوضوح وجود اختلافات جوهرية بين النظام القانوني الإسلامي والأنظمة المعتمدة على السوابق القضائية، وهي اختلافات تعكس تباعدا بنيويا بين النظامين، وتؤثر بصورة مباشرة في الكيفية التي تطبق بها القواعد القانونية داخل الدول التي تعتمد أحدهما بصورة خالصة، كما هو الحال في المملكة العربية السعودية باعتبارها نموذجا لنظام قانوني إسلامي، أو في بريطانيا باعتبارها النموذج الكلاسيكي للنظام الأنجلوسكسوني، وكذلك في الدول التي تعتمد المزج بين أكثر من نظام قانوني، كما هو الشأن في عدد معتبر من الدول العربية.

**الفقرة الأولى: خصائص البنية القانونية للنظام القانوني الإسلامي**

تتميز الشريعة الإسلامية بجملة من الخصائص الذاتية التي تمنحها طابعا قانونيا فريدا، إذ إن أحكامها تشريعات إلهية منزلة من عند الله تعالى على الرسول صلى الله عليه وسلم، بخلاف القوانين الوضعية التي تُعدّ نتاجا بشريا خاضعا لحدود العقل الإنساني وتأثيرات الواقع الاجتماعي والسياسي. كما تتسم أحكام الشريعة بكونها موجهة إلى البشرية جمعاء، وصالحة لكل زمان ومكان، بما يجعلها أحكاما مرنة وقابلة للتطور في التطبيق، دون أن تفقد ثباتها في المرجعية والمقاصد، وهو ما يضفي عليها طابعا موضوعيا شاملا.

وتشتمل الشريعة الإسلامية على أحكام تتعلق بالعبادات، وأخرى تتعلق بالمعاملات، ويهم دارس النظام القانوني الإسلامي في هذا السياق بوجه خاص أحكام المعاملات، الواردة في القرآن الكريم والسنة النبوية الصحيحة. وغالبا ما ترد هذه الأحكام في صورة مبادئ كلية وقواعد عامة، ترك الشارع من خلالها مجالا واسعا للاجتهاد في تنزيل الجزئيات وفقا لحاجات الزمان والمكان. وقد شملت هذه المبادئ، مقارنة بالقوانين الوضعية الحديثة، مجالات قانونية متعددة، من بينها: القانون الجنائي، والقانون الدولي العام، والقانون الدولي الخاص، والقانون الدستوري، إضافة إلى الأحكام الجبائية والمالية، فضلا عن قواعد واسعة في القانون المدني والتجاري، وأحكام الأحوال الشخصية، ولا سيما ما يتعلق بالزواج والطلاق والوصاية والكفالة، وقواعد المواريث التي نظمها الشارع تنظيما دقيقا.

غير أن الشريعة الإسلامية تختلف عن القوانين الوضعية في أن قواعدها ثابتة من حيث المصدر ولا تقبل الإلغاء أو التبديل، وهو ما يقتضي –من الناحية المنطقية– أمرين أساسيين: أولا، أن تكون نصوص الشريعة وقواعدها متصفة بالعموم والمرونة، بما يسمح باستيعاب حاجات الجماعة الإنسانية مهما طال الزمان وتطورت المجتمعات وتنوعت الوقائع.

**وثانيا**، أن تتسم هذه القواعد بسموٍّ تشريعي يجعلها قادرة على مواكبة تطور المجتمعات دون أن تتخلف عن مستواها الحضاري في أي عصر من العصور.

**الفقرة الثانية: خصائص البنية القانونية لأنظمة السوابق القضائية**

عرفت البنية القانونية لأنظمة السوابق القضائية، ولا سيما في بريطانيا، نقاشا فقهيا واسعا، تمحور حول تراجع مكانة القضاء، ومن ثمّ مكانة السابقة القضائية، خلال العقود الأخيرة. ويُعزى ذلك أساسا إلى اتساع ظاهرة التدوين التشريعي، حيث أصبحت أغلب دول العالم تعتمد على النصوص التشريعية المكتوبة، سواء الصادرة عن سلطاتها الدستورية المختصة، أو الناتجة عن التزامات دولية في إطار المعاهدات والاتفاقيات.

ويرى بعض الفقهاء أن التشريع والسابقة القضائية أصبحا يتمتعان بالقيمة القانونية ذاتها، مع توقع أن يتفوق التشريع مستقبلا ليحتل قمة الهرم القانوني، وهو ما من شأنه أن يؤدي إلى فقدان أنظمة السوابق القضائية لخصوصيتها التاريخية، وانصهارها تدريجيا في منظومة القوانين المدونة.

غير أن اتجاها فقهيا آخر، يتمسك بالموقف التقليدي، لا يزال يؤكد على أولوية السابقة القضائية داخل النظام القانوني البريطاني، بوصفه النظام الأصلي والنموذجي للأنظمة الأنجلوسكسونية. ويستند هذا الاتجاه إلى الخصائص البنيوية المميزة لهذا النظام، الذي لا يزال محافظا على مرتكزاته الأساسية (انظر:

**أولاً: خصوصية مفهوم القاعدة القانونية**

تتمثل خصوصية القاعدة القانونية في أنظمة السوابق القضائية في كونها مستمدة من الاجتهاد القضائي، ولا سيما الصادر عن المحاكم العليا، ولا تكتسب صفتها القانونية إلا بعد نشرها. وهي قاعدة تنشأ ابتداء لمعالجة حالات خاصة، ثم تتحول تدريجيا إلى قاعدة عامة واجبة التطبيق في القضايا المماثلة. وفي النظام القانوني البريطاني، يُعدّ القاضي مصدرا مباشرا للقاعدة القانونية، إذ يعتمد منهجا استقرائيا لاستخلاص الحل المناسب للنزاع، وهو حل قابل للتكرار في منازعات لاحقة مماثلة. ويترتب عن هذه الخصوصية جملة من النتائج، من أبرزها:

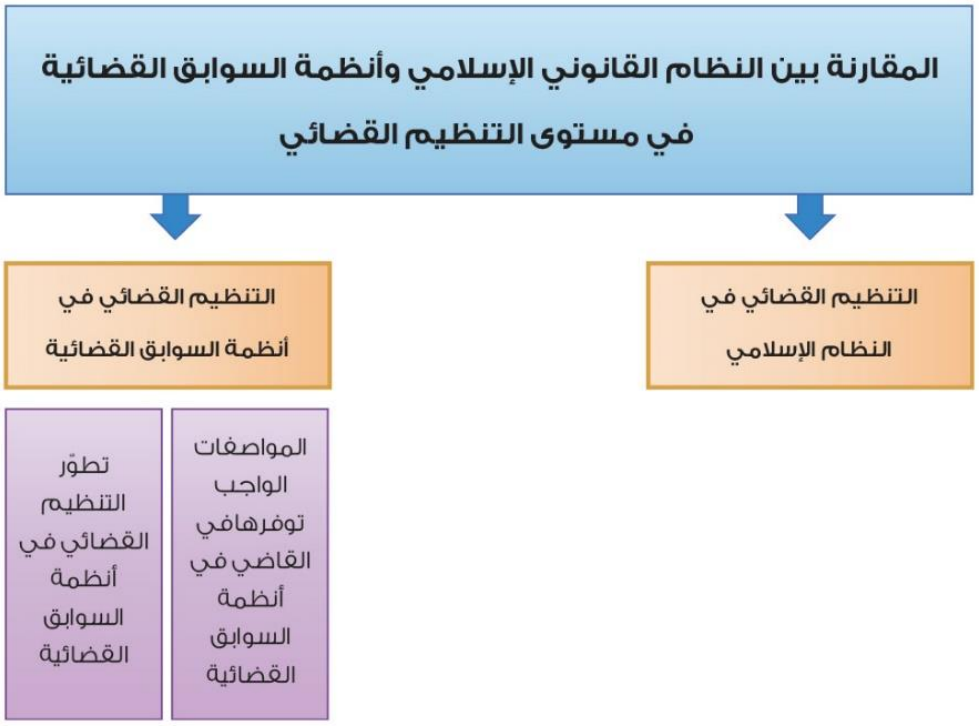
- تغليب البعد التطبيقي على البعد النظري في القاعدة القانونية، نظرا للطابع الإلزامي للسوابق القضائية.
- عدم التمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة أو التفسيرية، بسبب الطابع التقريبي لتفسير القاعدة القانونية.
- اعتماد المنهج الاستقرائي التقريري في استنباط القواعد، وهو منهج إجرائي يرتكز على خبرة القضاة العملية.
- كثرة السوابق القضائية، وما يترتب عن ذلك من تضخمها وصعوبة حصرها.

ثانياً: خصوصية التقسيم القانوني

يتميّز التقسيم القانوني في أنظمة السوابق القضائية، خاصة في بريطانيا، باختلافه الجذري عن التقسيم المعتمد في باقي النظم القانونية المعاصرة، بما فيها النظام القانوني الإسلامي. فمن جهة أولى، لا يقوم هذا النظام على التمييز بين القانون العام والقانون الخاص، وإنما يعتمد على تقسيم تقليدي بين قواعد القانون المشترك (Common Law) وقواعد العدالة(Equity) ، وإن كان هذا التمييز قد تقلّص في العصر الحديث نتيجة توحيد التنظيم القضائي والإجراءات.ومن جهة ثانية، يعتمد النظام تقسيمًا آخر يقوم على مضمون القاعدة القانونية، من خلال التمييز بين القواعد الموضوعية المرتبطة بجوهر النزاع، والقواعد الإجرائية والشكلية المتعلقة بسير الدعوى وإجراءاتها وتنفيذ الأحكام. وتحتل القواعد الإجرائية مكانة متميزة في هذا النظام، تأسيسا على فكرة قانونية مفادها أن سلامة الإجراءات تُفضي إلى عدالة الحكم، وأن الحق لا قيمة له إذا تعذر إعماله إجرائيا. وتُعد هذه القواعد في الغالب نتاجا لاجتهاد القضاء ذاته، وتقوم على مبادئ التوازن والمصداقية.

## المحاضرة الثالثة

## المقارنة بين النظام القانوني الإسلامي وأنظمة السوابق القضائية على مستوى التنظيم القضائي



يُعدّ القضاء إحدى الدعائم الجوهرية في النظم القانونية المعاصرة، إذ تتفاوت وظيفته بحسب طبيعة النظام القانوني المعتمد؛ فهو تارةً يُسهم في إنشاء القاعدة القانونية وصياغتها عند الفصل في النزاعات، وتارةً يقتصر دوره على تطبيق النصوص القانونية القائمة دون أن تكون له سلطة إنشائية. وانطلاقًا من هذه الأهمية البالغة، أولى فقهاء القانون المقارن عناية خاصة بدراسة التنظيم القضائي، لما له من دور حاسم في تقييم النظم القانونية وتصنيفها والكشف عن خصوصياتها البنيوية والوظيفية.

**الفقرة الأولى: التنظيم القضائي في النظام القانوني الإسلامي**

يستمد القضاء في النظام القانوني الإسلامي، شأنه شأن القاعدة القانونية ذاتها، مرجعيته الأساسية من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، باعتبارهما المصدرين الأصليين للتشريع. ويحرص القضاة المسلمون، في مختلف العصور، على تحقيق التطبيق السليم لأحكام الشريعة الإسلامية، التزامًا بروح العدالة ومقاصدها العليا. ويمتاز القضاء الإسلامي بكونه قائمًا على مبادئ العدالة والإنصاف، وهي مبادئ لا تقتصر آثارها على الفصل في الخصومات فحسب، بل تتجاوز ذلك إلى:

ترسيخ منظومة من القيم الأخلاقية والاجتماعية التي يقوم عليها المجتمع الإسلامي؛

تعزيز الثقة بين المتقاضين والقضاة، باعتبار أن القضاء يحكم بما أنزل الله، وأن الاجتهاد القضائي لا يجوز له الخروج عن إطار الشريعة الإسلامية أو معارضتها صراحةً.

**أولًا: التطور التاريخي للقضاء الإسلامي**

من الناحية التاريخية، اضطلع الرسول ﷺ بمهمة القضاء بين الناس، ثم نهج الخلفاء الراشدون من بعده النهج ذاته، قبل أن يتطور القضاء تدريجيًا ليصبح جهازًا مستقلاً له تنظيمه وأعوانه. وقد بلغ القضاء الإسلامي درجة متقدمة من التنظيم خلال العصر العباسي، حيث ظهر ما يُعرف بالقضاء الجماعي أو المجلسي، إذ كان عدد من القضاة يتداولون في المسألة الواحدة، لا سيما في القضايا التي لم يرد بشأنها نص صريح في القرآن أو السنة. كما استعان القضاة بأمناء بيت المال لإدارة أموال القُصَّر والمفقودين والتركات، بما يعكس البعد المؤسسي والتنظيمي المتقدم للقضاء الإسلامي.

**ثانيًا: شروط القاضي وتنظيم القضاء**

يُشترط في القاضي في النظام القانوني الإسلامي توافر جملة من الشروط، تتقاطع في جانب كبير منها مع شروط الإمامة والخلافة، ومن أهمها: الإسلام، والبلوغ، والحرية، وسلامة الحواس، والفقه في شؤون العبادات والمعاملات.

أما من حيث التنظيم، فيقوم القضاء الإسلامي على مبدأ التخصص، ويتفرع إلى نظامين متكاملين:

**القضاء العادي:**

ويختص بالنظر في المنازعات المدنية والجنائية، إضافة إلى إدارة شؤون عديمي الأهلية، وتنفيذ الوصايا، والإشراف على أموال اليتامى والمفقودين، بمساعدة أعوان القضاء من كُتّاب ومترجمين وخبراء.

الأنظمة القضائية الخاصة، وتشمل:

**نظام الحسبة:** ويُعنى بالمحافظة على النظام العام والآداب، ومراقبة الأسواق، ومنع الغش والاحتكار، والإشراف على الموازين والمكاييل، مع سلطة إصدار الأحكام وتنفيذها مباشرة.

**نظام المظالم:** وهو ما يُقابل القضاء الإداري في المفهوم المعاصر، ويختص بالنظر في المنازعات التي يكون أحد أطرافها السلطة الحاكمة أو ولاتها، خاصة في حالات التعسف أو الاعتداء على المال العام.

**نظام الشرطة:** وهو جهاز مساعد للقضاء، يتولى حفظ الأمن وتنفيذ الأحكام الصادرة عن القضاء العادي، بخلاف قضاء الحسبة الذي يجمع بين الحكم والتنفيذ.

**الفقرة الثانية: التنظيم القضائي في أنظمة السوابق القضائية**

**أولًا: المواصفات الواجب توافرها في القاضي**

يقوم القضاء في أنظمة السوابق القضائية، ولا سيما في النظام القانوني البريطاني، على جملة من الخصائص أبرزها الاستقلالية، والنفوذ الواسع، والقوة الملزمة للأحكام القضائية. ويترتب على ذلك تمتع القاضي بمكانة استثنائية، لا في النظام القانوني فحسب، بل في النظام السياسي أيضًا.

فالقاضي الإنجليزي:

يمثل التاج الملكي ويباشر مهامًا ذات طابع سيادي؛

يتمتع بسلطات قضائية عامة تشمل مختلف أنواع المنازعات؛

يُعيَّن غالبًا من بين المحامين ذوي الخبرة الطويلة، بما يعكس الارتباط التاريخي الوثيق بين القضاء والمحاماة في إنجلترا.

**ثانيًا: تطوّر التنظيم القضائي**

عرف التنظيم القضائي في أنظمة السوابق القضائية تطورات مهمة، سواء في بريطانيا أو في الولايات المتحدة الأمريكية، مع احتفاظ كل نظام بخصوصياته ضمن عائلة "الكومن لو."

ومن أبرز سمات هذا التنظيم:

اعتماده على التسلسل الهرمي للمحاكم؛

عدم الأخذ بازدواجية القضاء، إذ لا يُميّز بين قضاء إداري وقضاء عادي، لعدم الاعتراف بالتقسيم بين القانون العام والخاص. ففي بريطانيا، تم توحيد القضاء سنة 1875م، ثم عُدّل تنظيمه سنة 1971م، ليشمل المحكمة العليا ومحكمة الاستئناف ومحاكم الصلح، إضافة إلى الدور القضائي التاريخي لمجلس اللوردات. أما في الولايات المتحدة الأمريكية، فيتسم التنظيم القضائي بالتعقيد نتيجة الطابع الفيدرالي للدولة، حيث تتوزع الاختصاصات بين القضاء الفيدرالي وقضاء الولايات، وتُعد المحكمة العليا سلطة دستورية وقضائية عليا ذات اختصاصات متعددة، ما يجعلها ذات ثقل بالغ في النظام القانوني الأمريكي.

**مصطلحات الوحدة**

**أولًا: علم أصول الفقه**

يُعرَّف علم أصول الفقه بأنه: العلم بالقواعد والمناهج الكلية، ذات الطبيعة اللغوية والتشريعية، التي يُتوصل بواسطتها إلى استنباط الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية، أو هو العلم بهذه القواعد ذاتها.« ويُلاحظ في هذا التعريف أن لفظ العلم يُستعمل بمعنيين متلازمين:

إدراك القواعد والمناهج المؤدية إلى استنباط الحكم الشرعي؛

والقواعد ذاتها باعتبارها موضوعًا معرفيًا مستقلاً.

ويُعدّ علم أصول الفقه الإطار المنهجي الذي يضبط عملية الاجتهاد، ويمنع التعسف في استنباط الأحكام، بما يكفل الاتساق بين النص الشرعي ومقاصده من جهة، والوقائع المتجددة من جهة أخرى.

**ثانيًا: السابقة القضائية**

»قضية قانونية سبق الفصل فيها بحكم قضائي نهائي، تضمّن إرساء مبدأ قانوني أو قاعدة عامة، بحيث يجوز للمحكمة أو لأي جهة قضائية أخرى الاعتماد على ذلك المبدأ أو تلك القاعدة عند عرض نزاع لاحق متماثل معها في الوقائع والخصائص القانونية.«

وتكتسي السابقة القضائية أهمية خاصة في الأنظمة القانونية المعتمدة على السوابق، إذ تشكل أحد المصادر الأساسية للقانون، في حين تختلف طبيعتها وحجيتها في الأنظمة القانونية الأخرى، ولا سيما في النظام القانوني الإسلامي، حيث تبقى ذات حجية نسبية ومقيدة بأحكام الشريعة ومصادرها الأصلية.

**ثالثًا: الفقه**

يُقصد بالفقه، في الاصطلاح القانوني المقارن، مجموع الآراء والاجتهادات النظرية التي يُبديها فقهاء القانون بشأن القواعد والمبادئ القانونية. ويُعدّ الفقه:

مصدرًا ثانويًا وغير مباشر في جميع الأنظمة القانونية المعاصرة.«

وتتمثل أهميته أساسًا في:

التعريف بالنظام القانوني وبيان خصائصه ومقوماته؛

تأطير القواعد القانونية من الناحية النظرية؛

تحليل النصوص القانونية وتفسيرها ونقدها؛

الإسهام في تطوير التشريع والقضاء من خلال اقتراح الحلول وتوجيه الاجتهاد القضائي.

وعلى الرغم من عدم تمتعه بالقوة الإلزامية، فإن للفقه أثرًا بالغًا في توجيه العمل التشريعي والقضائي، ولا سيما في الأنظمة التي تمنح مكانة معتبرة للاجتهاد العلمي.

## الوحدة الثانية عشر

## مقارنة بين النظام القانوني الإسلامي وانظمة المدونات القانونية

**ملخص:**

تُعدّ البنية القانونية المرجعيةَ الأساسية التي تميّز كل نظام قانوني عن غيره، إذ تعبّر عن فلسفته التشريعية، ومنهجه في إنتاج القاعدة القانونية، وآليات تطبيقها. وقد أكّد الفقه المقارن، ولا سيما بيير لوغراند(Pierre Legrand) ، أن فهم النظم القانونية لا يتحقق إلا عبر تحليل بنيتها الداخلية وما تنطوي عليه من خصوصيات تاريخية وفكرية ومؤسساتية

وانطلاقا من هذا التصور، يتبيّن بوضوح وجود اختلافات جوهرية بين النظام القانوني الإسلامي والأنظمة المعتمدة على السوابق القضائية، وهي اختلافات تعكس تباعدا بنيويا بين النظامين، وتؤثر بصورة مباشرة في الكيفية التي تطبق بها القواعد القانونية داخل الدول التي تعتمد أحدهما بصورة خالصة، كما هو الحال في المملكة العربية السعودية باعتبارها نموذجا لنظام قانوني إسلامي، أو في بريطانيا باعتبارها النموذج الكلاسيكي للنظام الأنجلوسكسوني، وكذلك في الدول التي تعتمد المزج بين أكثر من نظام قانوني، كما هو الشأن في عدد معتبر من الدول العربية.

**أهداف الوحدة:**

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

- أن يقف على مقومات المقارنة بين نظامين قانونيين معاصرين منتشرين في مختلف دول العالم.
- أن يتعرف على خصائص القاعدة القانونية في مستوى مقارنتها بين نظامين اثنين، هما النظام القانوني الإسلامي والأنظمة التي تعتمد المدونات القانونية، والتوقف عند إيجابيات وسلبيات كل منها.
- أن يدرك أهمية مصادر النظامين، وتحديدًا الفرق بين نظام قانوني مصدره إلهي وآخر بشري.
- أن يميز بين نظامين قضائيين أفرزهما كل نظام قانوني على حدة في مستوى التنظيم وفي مستوى الوظيفة.

**موضوعات الوحدة:**

تتناول هذه الوحدة ما يلي :

أولاً: المقارنة بين النظام القانوني الإسلامي وأنظمة المدونات القانونية في مستوى مفهوم القاعدة القانونية.

الفقرة الأولى: المقارنة في مستوى التعريف والخصائص:

أولا، القاعدة القانونية الشرعية: التعريف والخصائص.

تعريف القاعدة القانونية الشرعية.

خصائص القاعدة القانونية الشرعية.

ثانيا، القاعدة القانونية الوضعية: التعريف والخصائص.

الفقرة الثانية: المقارنة في مستوى التقسيمات:

أولا، تقسيم القانون إلى عام وخاص.

تقسيم القانون إلى عام وخاص في النظام القانوني الإسلامي.

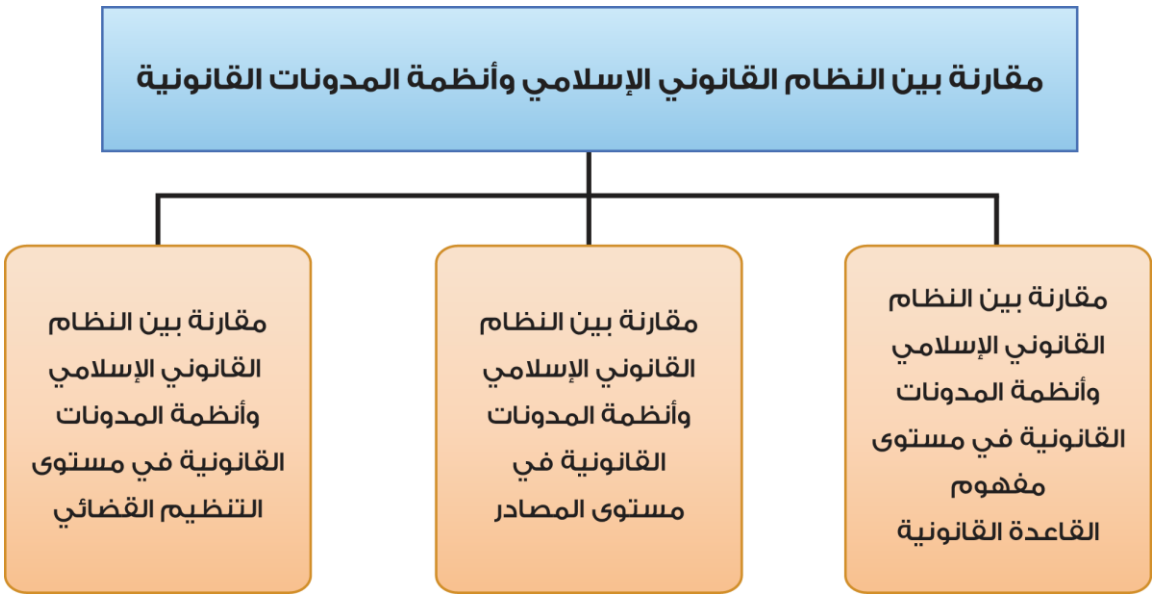
تقسيم القانون إلى عام وخاص في النظام الوضعي.

ثانيا، تقسيم القانون إلى قواعد آمرة وقواعد مكملة.

في النظام القانوني الإسلامي.

في النظم القانونية الوضعية.

ثانياً: المقارنة بين النظام القانوني الإسلامي ومصادر القانون في أنظمة المدونات القانونية في مستوى المصادر.



## المحاضرة الأولى

## المقارنة بين النظام القانوني الإسلامي وأنظمة المدونات القانونية في مستوى مفهوم القاعدة القانونية

يُمكن مقارنة القاعدة القانونية في النظام الإسلامي بالقاعدة القانونية في أنظمة المدونات القانونية في مستويين اثنين:

في مستوى تعريف القاعدة القانونية وتحديد خصائصها.

في مستوى تقسيمات القانون.

### الفقرة الأولى: المقارنة في مستوى التعريف والخصائص

#### 1 .القاعدة القانونية الشرعية: التعريف والخصائص

**أ. تعريف القاعدة القانونية الشرعية:**

تعددت التعريفات، لكن يمكن اختزالها في تعريفين رئيسيين:

**الأول:** "هي القاعدة التي تستفاد من القرآن والسنة النبوية والمصادر الأخرى المعتبرة شرعًا، والتي تنظم سلوك الأفراد وعلاقاتهم في المجتمع بتبيان حقوقهم وواجباتهم وحدود مخالفتها وما يترتب على ذلك من جزاء شرعي"

**الثاني:** "كلمة من الله في صورة خطاب لتنظيم الأفعال الإنسانية والأقوال والأفكار والنيات، يقرّ بعض الأفعال ويأمر بها وينهى عن بعضها ويبين الجزاء في حال مخالفتها"

ويُفهم من ذلك أن القاعدة الشرعية والقاعدة الشرعية (الحكم الشرعي) متطابقتان، حيث تتضمن وجود:

**الحاكم:** الله تعالى الذي يصدر الحكم.

**المحكوم فيه:** ما ينصب عليه الحكم الشرعي من قول أو فعل أو اعتقاد، مع شرط العلم الكامل بالمكلف وما يترتب عليه.

**المحكوم عليه:** الإنسان المكلف، الذي يجب أن تتوافر فيه أهلية الوجوب والأداء، فالوجوب يتعلق بحقوقه الشرعية، والأداء يتطلب التمييز والعقل.

**ب. خصائص القاعدة القانونية الشرعية:**

**أصلها سماوي وطابعها ديني.**

قاعدة سلوك تحدد واجبات الفرد وأفعاله، كالجواز والوجوب والندب والتحريم والكراهة.

تحكم ظاهر السلوك وباطنه، فتقيس التصرفات على الظاهر والنية الداخلية.

خطاب موجه إلى الأشخاص في المجتمع، سواء الطبيعيين أو المعنويين.

قاعدة عامة ومجرّدة، تنطبق على كل من تتوافر فيه شروط تطبيقها.

ملزمة باقترانها بجزاء دنيوي وأخروي، ويختلف الجزاء عن القاعدة القانونية الوضعية:

وسائل الجزاء: جزاء دنيوي وآخر أخروي.

**طبيعة الجزاء:** أكثر تنوعًا لشموله الاعتقاد والأخلاق والعبادات والمعاملات.

نطاق الجزاء: يشمل الفعل والنية.

2: **.القاعدة القانونية الوضعية: التعريف والخصائص**

أ. تعريف القاعدة القانونية الوضعية:

هي قاعدة سلوكية عامة ومجرّدة، مقترنة بجزاء مادي توقعه السلطة العامة على مخالفيها، وتكون بمثابة خطاب رسمي موجّه إلى أشخاص القانون بأمر القيام بفعل أو الامتناع عنه، مصاغة على أسس سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو ثقافية (الشرفي والمزغني، مدخل لدراسة القانون، ص231).

ب. خصائص القاعدة القانونية الوضعية:

**العمومية والتجرد:** تطبق على أي شخص تتوافر فيه الصفات المحددة، وتتناول الوقائع بشروطها وليس بذاتها.

**الإلزام:** مقترنة بجزاء مادي، يفرضه السلطة العامة لضمان الامتثال ويضفي طابع الردع وسيادة القانون.

**الفقرة الثانية: المقارنة في مستوى التقسيمات**

1 **.تقسيم القانون إلى عام وخاص**

**أ. في النظام القانوني الإسلامي:**

الشرع الإسلامي لا يفرّق بين الفرد والدولة، ولا يعطي أولوية للقانون العام على الخاص؛ فكل القواعد تنتمي إلى نظام قانوني واحد، هدفه تنظيم العلاقات الإنسانية على أساس العدالة والمساواة والأخلاق.

القانون العام يشمل قواعد الدستور والقانون الإداري والقانون المالي والقانون الدولي العام، بينما القانون الخاص يشمل المعاملات المدنية والتجارية والمواريث والأحوال الشخصية، مع عدم فصلها في فروع مستقلة كما في الفقه الوضعي.

**ب. في النظام القانوني الوضعي:**

يعود تقسيم القانون إلى القانون الروماني، الذي فصل القانون العام عن الخاص، بناءً على مصلحة الحاكم والفصل بين السلطة والمواطنين .

القانون العام يشمل القانون الدولي والقانون الدستوري والإداري والمالي، بينما القانون الخاص يشمل القانون المدني والتجاري والبحري والجوي والعمل والإجراءات المدنية والتجارية والقانون الدولي الخاص.

2 .تقسيم القانون إلى قواعد آمرة وقواعد مكملة

أ. في النظام القانوني الإسلامي:

**القواعد الآمرة:** متعلقة بحق الله أو المصلحة العامة، لا يجوز الاتفاق على خلافها.

**القواعد المكملة:** متعلقة بحقوق الأفراد، يمكن الاتفاق على خلافها.

يعتمد التمييز على معيارين: المعيار المادي (صياغة النص)، والمعيار المعنوي (موضوع القاعدة ومصلحتها).

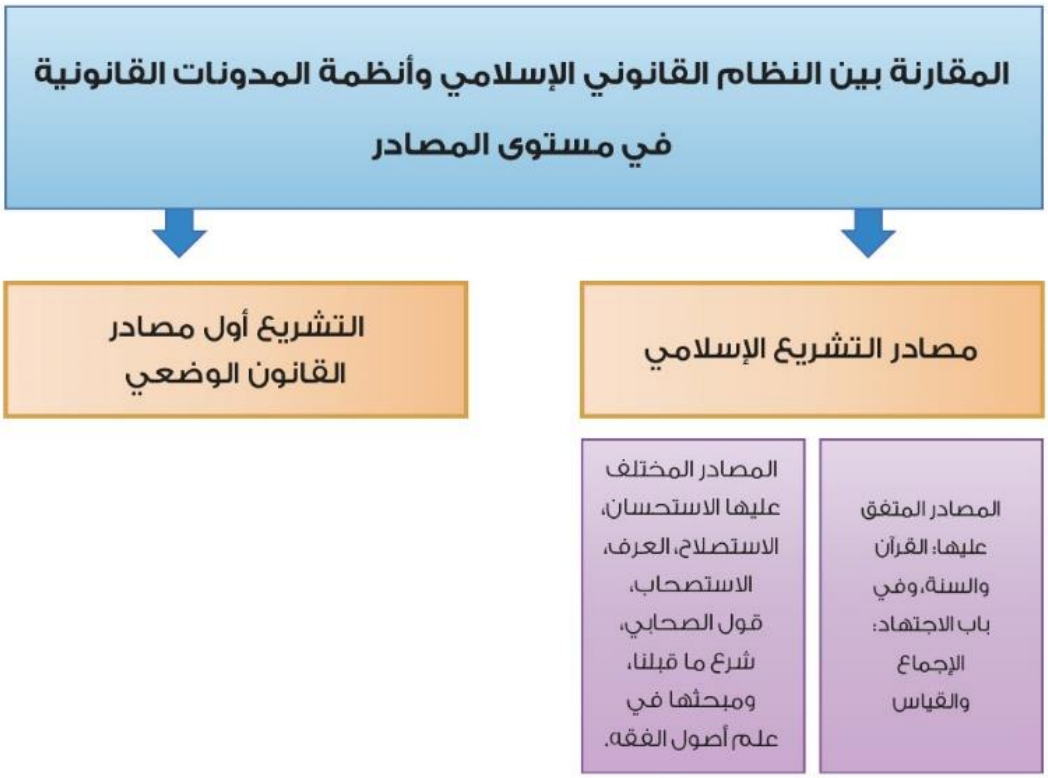
**ب. في النظام القانوني الوضعي:**

**القواعد الآمرة:** تمنع مخالفة القانون نهائيًا.

**القواعد المكملة:** تسمح للأفراد بتنظيم سلوكهم بطريقة مختلفة، مع مراعاة المصلحة العامة أو الخاصة

## المحاضرة الثانية

## المقارنة بين النظام القانوني الإسلامي وأنظمة المدونات القانونية في مستوى المصادر




تختلف الشريعة الإسلامية عن القوانين الوضعية اختلافًا جوهريًا في مستوى المصادر وأصل التشريع. فالقانون الوضعي هو نتاج صناعة البشر، ومن ثم يحمل في طياته محدوديات الإنسان ونقصه وضعفه وعجزه، مما يجعله قابلًا للتغيير والتبديل وفق تطور المجتمعات أو ظهور حالات جديدة لم يكن متوقعًا حدوثها. كما أن القانون الوضعي لا يمكن أن يصل إلى الكمال، لأنه محدود بعقل وصلاحية صانعه، ولا يستطيع الإحاطة بكل الوقائع والأحداث المستقبلية.

في المقابل، تتميز الشريعة الإسلامية بالكمال والتوازن، إذ أن مصدرها الله تعالى، الذي يتمتع بالكمال والعلم المحيط بكل شيء، سواء ما كان أو ما سيكون. ولذلك صيغت الشريعة بحيث تحيط بكل جوانب حياة الإنسان، فلا تحتاج إلى تغيير أو تبديل مهما تغيرت الأزمان والأوطان، كما أكد القرآن الكريم: {لاَ تَبْدِيلَ لِكَلِمَاتِ اللهِ} [يونس: 64]. فالشرع الإسلامي يضمن الاستقرار والمرونة في آن واحد، إذ يغطي جميع جوانب الحياة الإنسانية ويوازن بين الحريات والحقوق والواجبات وفق حكمة إلهية شاملة.

**الفقرة الأولى: مصادر التشريع الإسلامي**

يقوم التشريع الإسلامي على مجموعة من المصادر التي يتفق عليها العلماء، وأخرى محل اختلاف وجدال فقهي. المصادر المتفق عليها تشمل:

القرآن الكريم: المصدر الأساسي للتشريع الإسلامي، وهو كلام الله المنزل على النبي صلى الله عليه وسلم، ويعد الأساس الذي تُستمد منه جميع الأحكام.

السنة النبوية: تشمل الأحاديث النبوية الصحيحة وأفعال النبي وأقواله، وهي مفسرة ومكمّلة للقرآن.

وفي باب الاجتهاد الفقهي تأتي المصادر التالية:

الإجماع: وهو اتفاق علماء الأمة على حكم شرعي معين بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم.

القياس: استنباط حكم لمسألة جديدة على أساس مسألة مشابهة ورد فيها نص شرعي واضح.

أما المصادر المختلف حولها، فتشمل:

الاستحسان: تفضيل حكم شرعي على قياس لمصلحة راجحة.

المصلحة المرسلة أو الاستصلاح: الأخذ بما يحقق مصلحة المسلمين ما لم يرد فيه نص شرعي من القرآن أو السنة.

العرف: الاعتماد على العادات السائدة ما لم تخالف نصًا شرعيًا.

الاستصحاب: استمرار حكم سابق في غياب ما يغيره.

قول الصحابي، وشرع ما قبلنا، وجميعها مواضيع تُدرّس في علم أصول الفقه.

**الفقرة الثانية: التشريع أول مصادر القانون الوضعي**

يقصد بمصادر القانون الوضعي الوسائل الشكلية التي تحول القواعد المستمدة من الأسباب المادية إلى نصوص قانونية ملزمة، وتُعرف بالمصادر الشكلية أو الرسمية، وتشمل: الأنظمة، المعاهدات الدولية، اللوائح، والقرارات التنظيمية.

في النظم القانونية التي تعتمد على المدونات المكتوبة، يعتبر النص التشريعي المكتوب المصدر الأساسي للقانون، يليه العرف ثم القضاء، ويأخذ هذا النص مرتبة عليا ضمن ترتيب هرمي للقواعد القانونية، بحيث تُحترم القاعدة الأدنى القاعدة العليا.

ويتميز التشريع في هذه النظم بالخصائص التالية:

احتواؤه على قاعدة قانونية: أي قاعدة سلوك اجتماعي عامة ومجردة وملزمة.

شكله المكتوب: يصدر على وثائق رسمية مثل الجريدة الرسمية أو المجلة القانونية.

صدوره عن سلطة مختصة: لكل سلطة في الدولة اختصاص بإصدار نوع معين من القواعد وفق الدستور أو النصوص التشريعية أو اللوائح.

وتخضع القواعد القانونية المكتوبة إلى تنظيم هرمي من الأعلى إلى الأسفل، يشمل:

الدستور: أعلى القواعد وأشدها ثباتًا.

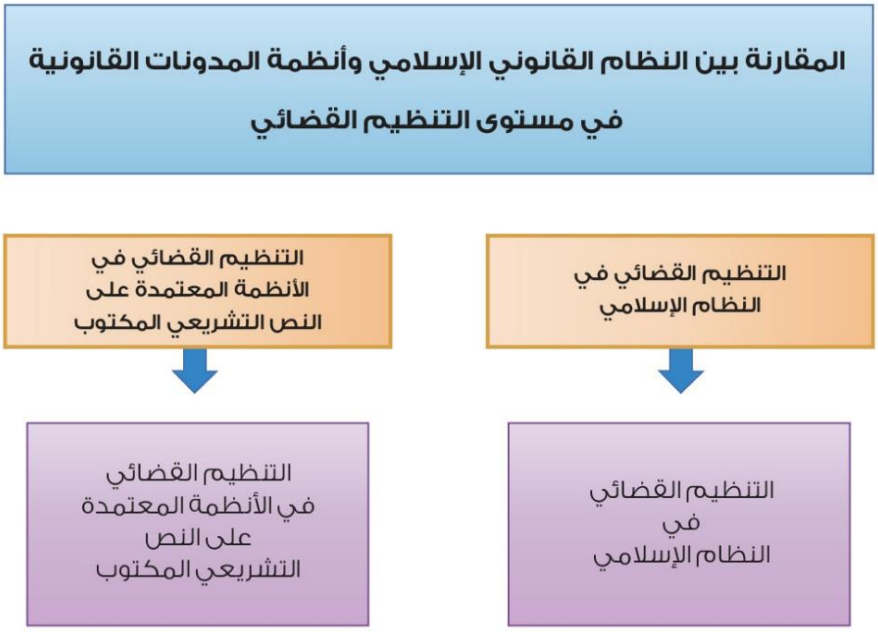
الاتفاقيات الدولية المصادق عليها: وتكون جزءًا من التشريع الداخلي.

التشريع العادي: الأنظمة الصادرة عن السلطة التشريعية والتي تنظم المواضيع العامة.

اللوائح والقواعد التنظيمية: الصادرة عن السلطة التنفيذية لتطبيق وتنفيذ القوانين، وتخضع عادة لرقابة القضاء الإداري.

## المحاضرة الثالثة

## المقارنة بين النظام القانوني الإسلامي وأنظمة المدونات القانونية في مستوى التنظيم القضائي




تبرير المقارنة بين النظام القانوني الإسلامي والنظم المعتمدة على التشريع المكتوب يستند أساسًا إلى مكانة القضاء ودوره المحوري في صياغة وتطبيق القانون. فالقضاء في كل نظام قانوني لا يقتصر على مجرد البت في النزاعات، بل يمتد دوره إلى تفسير النصوص وتوضيحها وتطبيقها بما يضمن تحقيق العدالة. وعليه، فإن دراسة التنظيم القضائي في النظامين تتيح استنتاج الفوارق والتشابهات بينهما، وتُظهر أثر القضاء على تكوين القاعدة القانونية ومكانة القاضي في المجتمع.

**الفقرة الأولى: التنظيم القضائي في النظام الإسلامي**

سبق التطرق إلى التنظيم القضائي في النظام الإسلامي في الوحدة السابقة، وهو قائم على مبادئ الشريعة الإسلامية. ويتميز هذا النظام بعدد من الخصائص:

**المرجعية السماوية:** إذ يستمد القضاء أحكامه من القرآن والسنة.

**الهيكلية المزدوجة:** تضم القضاء العادي الذي ينظر في المسائل المدنية والجنائية، إلى جانب القضاء الخاص مثل الحسبة والمظالم ونظام الشرطة.

**دور القاضي في الفقه الإسلامي:** يمتد إلى حماية الحقوق، وإدارة الأموال الخاصة باليتامى والمفقودين، وتنفيذ الأحكام وفق نصوص الشريعة، مع التركيز على العدل والإنصاف.

**الفقرة الثانية: التنظيم القضائي في الأنظمة المعتمدة على النص التشريعي المكتوب**

يستند التنظيم القضائي في هذه الأنظمة على مبدأ التدرج والاختصاص، ويشمل:

المحاكم المدنية والتجارية والعمالية والجنائية: وهي معنية بالنزاعات بين أشخاص القانون الخاص.

القضاء الإداري: الذي ينظر في الطعون على القرارات الإدارية أو قضايا التعويض ضد الإدارة.

المحكمة العليا: تختص بمراجعة الأحكام وضمان توحيد التطبيق القانوني.

يظهر من المقارنة أن كلا النظامين، الإسلامي والواضح بالنصوص المكتوبة، يعطي للقاضي دورًا فاعلًا في بلورة القانون، بحيث تصبح أحكام القضاء مصدرًا من مصادر القانون، إذ تُستخلص المبادئ القانونية من استقرار الأحكام وممارسات القضاة.

ويختلف هذا الدور جذريًا عن النظام الأنجلوسكسوني، حيث يُعتبر القضاء المصدر الرسمي الرئيس للقانون، ويصبح القاضي صانعًا للقواعد القانونية استنادًا إلى السابقة القضائية، ما يمنحه دورًا مبتكرًا في خلق القانون وليس مجرد تطبيقه.

**مصطلحات الوحدة:**

**القاعدة القانونية الشرعية:** هي القاعدة المستمدة من القرآن الكريم والسنة النبوية والمصادر الأخرى المعتبرة شرعًا، والتي تنظم سلوك الأفراد وعلاقاتهم في المجتمع، بتحديد حقوقهم وواجباتهم وحدودها، مع الجزاء الشرعي المترتب على مخالفتها. ويمكن تعريفها أيضًا بأنها خطاب إلهي يبين الأفعال المباحة، الواجب أداؤها، والمحرمة، ويحدد الجزاء في حال مخالفتها.

**القاعدة القانونية الوضعية:** هي قاعدة سلوكية عامة ومجردة، ترتبط بجزاء توقعه السلطة العامة على كل من يخالفها، وتعد خطابًا صادرًا عن الدولة إلى كافة الأشخاص الذين ينطبق عليهم شروطها، يوجههم للقيام بفعل معين أو الامتناع عنه، وصياغتها تخضع لعوامل سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو ثقافية.

**المصادر الشكلية للقانون:** هي الوسائل التي تحول المواد المستمدة من المصادر المادية إلى نصوص قانونية نافذة وملزمة، وتتميز بأنها صادرة عن سلطة رسمية في الدولة، مثل الأنظمة، المعاهدات الدولية، اللوائح، والقرارات التنظيمية، لتكتسب صفة الرسمية والإلزام.

## الوحدة الثالثة عشرة

## محاولات تدوين قواعد النظام القانوني الإسلامي

### ملخص:

لقد عرف النظام القانوني الإسلامي منذ بداياته محاولات متعددة لتدوين قواعده، وكان الهدف من هذه المحاولات تنظيم الحياة الاجتماعية والاقتصادية والسياسية بما يضمن تطبيق أحكام الشريعة بشكل منسجم ودقيق. وقد بدأت هذه المحاولات في العهد النبوي والخلفاء الراشدين، حيث تم تسجيل الأحكام المتعلقة بالعبادات والمعاملات، ثم تواصلت في العصور الإسلامية اللاحقة، خاصة في العهد العباسي، من خلال جمع الفقهاء للأحاديث النبوية والآثار والاجتهادات الفقهية في كتب منظمة. كما شهدت العصور الوسطى والحديثة محاولات تدوين أشمل لنظام المعاملات، سواء على مستوى القواعد الفقهية أو على مستوى القوانين المكتوبة، كما ظهر ذلك جليًا في جهود المملكة العربية السعودية في صياغة.

**اهداف الوحدة:**

يتوقع من الطالب بعد دراسة هذه الوحدة أن يكون قادرًا على تحقيق ما يلي:

التعرف على مفهوم التدوين القانوني وطبيعته وأشكاله المختلفة.

إدراك مفهوم تدوين الشريعة الإسلامية مع التركيز على أنها تتعلق بتدوين قانون المعاملات فقط.

التعرف على مواقف الفقهاء والعلماء، سواء القدامى أو المعاصرون، من مسألة تدوين الشريعة الإسلامية في مجال المعاملات.

تعداد الأسباب والمبررات التي تتيح إمكانية تدوين النظام القانوني الإسلامي.

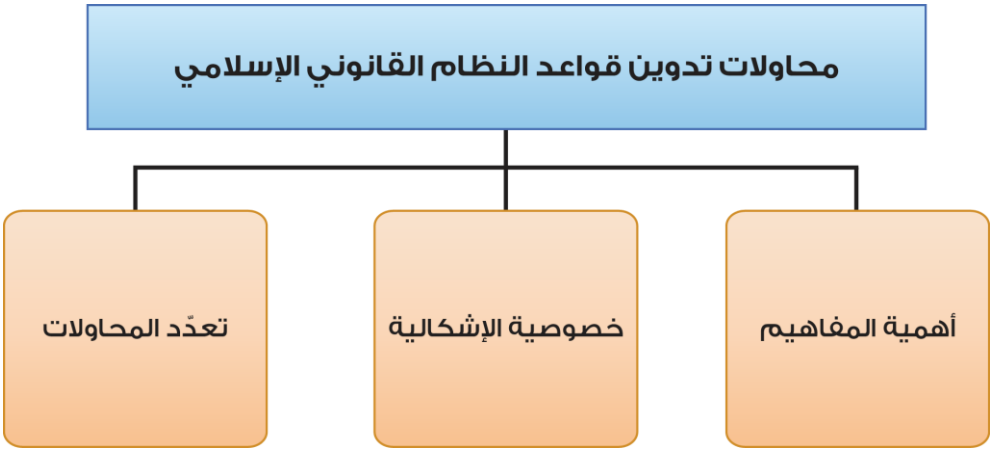
الوقوف على أبرز المحاولات التي عرفها المجتمع العربي الإسلامي قديمًا وحديثًا، وكذلك على المحاولات التي قام بها النظام القانوني السعودي في هذا الصدد.

**موضوعات الوحدة: تتناول هذه الوحدة ما يلي :**

أوّلا: أهمية المفاهيم.

ثانيا: خصوصية الإشكالية.

ثالثا، تعدد المحاولات.



## مقدمة

شهد النظام القانوني الإسلامي منذ نشأته تبلورًا تدريجيًا لقواعده وأصوله، استنادًا إلى مصادره القطعية من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، وإلى الاجتهاد الفقهي الذي شكّل امتدادًا تفسيريًا وتطبيقيًا لهذين المصدرين. غير أنّ هذا النظام، برغم غنى تراثه وتشعّب مدارسه الفقهية، لم يتخذ في مراحله الأولى صورة التدوين الرسمي أو التقنين بالمعنى الحديث، بل ظل قائمًا على منهج الاستنباط الفقهي واستمرار الاجتهاد الفردي والجماعي، بما أفرز ثراءً معرفيًا واسعًا، إلا أنّه جعل سائر الأحكام موزعة بين بطون الموسوعات الفقهية والفتاوى والقضاء التاريخي.

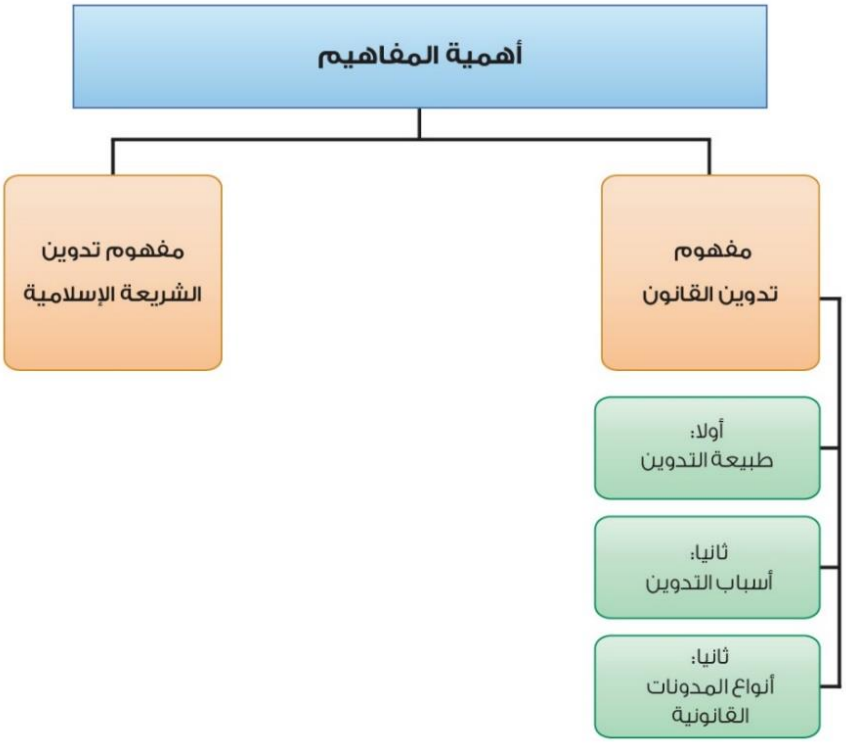
ومع احتكاك الدولة الإسلامية بالأنماط القانونية المقننة في العصور المتأخرة، وازدياد الحاجة إلى تحديد قواعد قانونية قابلة للتطبيق أمام المحاكم بطريقة واضحة ومنضبطة، برزت محاولات عديدة لتدوين أو تقنين قواعد الشريعة الإسلامية، سواء في شكل مجموعات فقهية ميسّرة، أو قوانين وضعية مستمدة من الفقه الإسلامي، أو مدونات رسمية صادرة عن السلطة التشريعية.

وقد تدرّجت هذه المحاولات عبر مسارات متباينة، بدءًا من الجهود الفردية والعلمية التي سعت إلى جمع الأحكام الشرعية في صيغ أقرب إلى الترتيب القانوني، وصولًا إلى محاولات الدول الإسلامية الحديثة لتقنين مجالات الأحوال الشخصية، والمعاملات المدنية، والالتزامات، مستندةً إلى أصول الفقه ومقاصد الشريعة، دون الإخلال بروح النص الشرعي أو الانحراف عن القواعد القطعية فيه.

وتستمد دراسة محاولات تدوين قواعد النظام القانوني الإسلامي أهميتها من كونها تعكس الانتقال من التطبيق القضائي القائم على الاجتهاد التقليدي إلى بناء منظومة قانونية مكتوبة تضبط العلاقات الاجتماعية، وتوفّر الأمن القانوني، وتسهّل عمل القضاة والمتقاضين. كما أنّ هذه المحاولات تمثل أحد أبرز الجسور التي تربط بين الأصالة الفقهية ومتطلبات الدولة الحديثة، بما يفتح الباب أمام صياغة تشريعات معاصرة تراعي ثوابت الشريعة ومقتضيات التطور الاجتماعي والقانوني.

# المحاضرة الأولى

## أهمية المفاهيم




يتعين لفهم فكرة تدوين قواعد النظام القانوني الإسلامي، الوقوف أولا وأساسا عند المفاهيم الأساسية لهذا الموضوع.

### الفقرة الأولى: مفهوم تدوين القانون

يستعمل مصطلح "التدوين" للدلالة على كتابة القواعد القانونية وتجميعها. ويعني اصطلاح "مدونة" في المفهوم المعاصر "تجميع القواعد التشريعية أو التنظيمية التي تحكم الموضوعات المكونة لأحد فروع النشاط الاجتماعي."

تستوجب دراسة مفهوم "تدوين القانون" التعرض إلى طبيعته وأسبابه وأنواعه. (انظر: الشرفي، محمد؛ والمزغني علي، 1993م، "مدخل لدراسة القانون"، ص243).

**1 .طبيعة التدوين**

إن إثارة طبيعة التدوين يعني بالضرورة الإجابة عن التساؤل التالي: هل كان التدوين مرحلة من مراحل نشأة القاعدة القانونية، أو أنه مجرد تجسيد للقاعدة القانونية التي كانت موجودة من قبل في صورتها الشفهية فظهرت للمخاطَبين بها في صورة مكتوبة .

لتقديم إجابة عن هذا التساؤل المهم، يتعين التمييز بين موقفين اثنين في الموضوع:

يعتبر الرأي الأول "التدوين القانوني" ما هو إلا مرحلة من مراحل التطور القانوني، وصلت إليها الشرائع في المجتمعات القديمة بعد تطورات عديدة. والتدوين يعد صورة من صور تدخّل المشرع (الدولة) في صناعة القانون. ووفق هذا الرأي، فإن التدوين هو في نهاية الأمر "تشريع" بمفهومه الفقهي، أي إصدار النصوص القانونية من السلطة التشريعية، أي السلطة التي جعلها الدستور تختص بسن القوانين. ولو لخصنا هذا الموقف الفقهي الأول، لوجدنا أنه يعتبر:

أن المدونات في حقيقتها عمل تشريعي بالمعنى العلمي الدقيق لهذا المصطلح.

أن النص التشريعي يوضَع لحسم الخلافات حول موضوع أو حكم معين.

أن النص التشريعي يوضَع لإزالة الغموض الذي قد يكتنف إحدى القواعد المنظمة لسلوك الأفراد.

أن النص التشريعي يوضَع لتوحيد الحكم في مسألة معينة بعد تعدده في الأعراف والعادات المحلية.

أن التدوين ليس مجرد كتابة للقواعد القانونية أو العرفية التي كانت موجودة من قبل في المجتمع نفسه، ذلك أن العديد من النصوص القانونية قد نقلت من تشريعات أجنبية أخرى.

في المقابل، يعتبر الرأي الثاني، (وهو مبدئيا الرأي الأرجح) ما يلي:

أن التدوين لا يعد مرحلة جديدة من مراحل نشأة القانون، باعتبار أن القاعدة القانونية اكتملت خصائصها منذ عصر التقاليد الدينية، وانفصلت عن القاعدة الدينية منذ عصر التقاليد العرفية.

أن تقنية "الكتابة "هي تقنية ساعدت المجتمعات والدول على تدوين مختلف أنشطتها الحضارية، ويعد القانون أبرز هذه الأنشطة المنظمة لسلوك الأفراد والحكام .

رغم أهمية تقنية "الكتابة"، فإن الظروف الاقتصادية والاجتماعية لكل مجتمع لم تغير شيئا من طبيعة القاعدة القانونية وخصائصها ذلك أن الظروف التي سادت قبل التدوين هي نفسها التي بقيت قائمة في أثناء التدوين وبعده.

2 .**أسباب التدوين:**

صحيح، أن ظهور تقنية الكتابة (تاريخيا) يعد السبب البديهي لانتشار ظاهرة "تدوين القوانين" في كل المجتمعات، والتعبير عن إرادتها في تنظيم شؤونها، وهي شكل من أشكال الحضارة لدى هذه الشعوب. إلا أن أهمية الكتابة لا يُمكن بأي حال من الأحوال أن تخفي أسبابا أخرى لا تقل عنها أهمية، يتعين الوقوف عندها:

ضرورة حفظ القواعد التي تنظم المجتمع وتسيّره وتضبط سلوك الأفراد داخله من التحريف والتغيير، باعتبار أن الأعراف والعادات والتقاليد معرضة دائما للتحريف وفق مصالح الأفراد.

ضرورة توحيد القواعد القانونية وتعميم تطبيقها تحقيقا للمساواة بين المعنيين بها.

إن اتساع رقعة الدولة وتطور عدد سكانها، يؤول بالضرورة إلى تعدد المحاكم، وهو ما يعني أن جميع القضاة مطالَبون بتطبيق قانون واحد على المواطنين أنفسهم المعنيين به، وذلك في حل نزاعاتهم.

القانون هو سلطان الدولة، ولا معنى للدولة في غياب قانون نافذ وملزم، وذلك بهدف ضمان استمراريتها وضمان حسن سير العدالة في المجتمع.

القانون المكتوب ضروري لضمان علاقة واضحة بين الحاكم والمحكومين.

3 .أنواع المدونات القانونية

تعد "الكتابة" بمثابة "التقنية–الظاهرة" التي ساعدت الكثير من المجتمعات السياسية على بلوغ درجة معينة من الحضارة. وقد ساعدتها تحديدا على كتابة قوانينها باتباع أشكال مختلفة، ونذكر على سبيل المثال:

المجتمع الهندي الذي استقر فيه قانونه في شكل تقاليد دينية.

المجتمع اليوناني وكذلك المجتمع الروماني اللذان عرفا ما كان يُسمى "المدونات الرسمية"، بعد أن ظهر قانونها في صورة تقاليد عرفية.

ظهور المدونات في شكل "سجلات" صادرة عن الأفراد المهتمين بالقانون (علماء، فقهاء..) الذين سعوا إلى تدوين بعض القواعد العرفية، دون أن تكون صادرة عن السلطة الحاكمة. وقد حرص المؤرخون على إطلاق تعبير "مدونة" على هذه السجلات؛ تمييزا لها عن المدونات الرسمية التي دعيت بالمدونات العرفية.

كمن أهمية هذه الملاحظات التاريخية في كونها تقودنا إلى التمييز بين أمرين اثنين، هما التدوين والتشريع.

إذا كان التدوين مرتبطا في وجوده بتقنية "الكتابة "، إلا أنه يمكن أن يحدث بواسطة التشريع أو كذلك عن طريق غيره (السجلات الفردية مثلا).

أما التشريع، فصحيح أنه مرتبط ذهنيا بوجود الكتابة، إلا أنه في الواقع مرتبط بوجود التنظيم السياسي في المجتمع (أكثر من ارتباطه بالكتابة)، ذلك أنه ظهر كمصدر للقانون قبل ظهور نظام الدولة وقبل ظهور الكتابة أصلا، أي أنه ظهر في شكل قواعد وأوامر ملزمة صادرة عن أصحاب السلطة في المجتمع (مثل شيوخ القبائل قديما). (انظر: جعفر؛ علي محمد، 1998، "تاريخ القوانين: مدخل إلى القوانين القديمة.. التشريع الروماني، الشريعة الإسلامية"، ص86).

**الفقرة الثانية: مفهوم تدوين الشريعة الإسلامية:**

يُقصد بـ "تدوين الشريعة الإسلامية "عملية صياغة لأحكام الشريعة الإسلامية في شكل قواعد عامة ومجردة تنظم سلوك الأفراد في المجتمع، وتلزمهم بالعمل بها، من خلال صدورها في شكل أنظمة (قوانين) ولوائح صادرة من السلطات الدستورية المختصة.

ويقصد بالشريعة الإسلامية مجموع القواعد والأحكام التي شرعها الله –عز وجل– لعباده لتنظيم شؤون حياتهم الدينية والدنيوية من عبادات ومعاملات وغيرها، مما يساعدهم على تحقيق الأمان والاستقرار والعدالة. وتتأتى أحكام الشريعة الإسلامية من القرآن الكريم ومن سنة نبينا محمد صلى الله عليه وسلم، وعن طريق إجماع عامة المسلمين على أمر معين (مثل المبايعة) .

صحيح، أن أحكام الشريعة الإسلامية هي أحكام إلهية تدعو إلى الإيمان الكامل بالله سبحانه وتعالى، إلا أنها كذلك أحكام تنظم حياة الأفراد ويلتزمون بها، مثل الوفاء بالعهود والإخلاص وأداء الأمانات إلى

أصحابها... إلخ. وبعبارة أخرى: تحتوي الشريعة الإسلامية أحكاما وقواعد واقعية ومعتدلة تتعلق بجميع الشؤون الحياتية للأعمار والأجناس كافة وتراعي الناس وظروفهم وتعطي كل ذي حق حقه. وهذا يعني بالضرورة أن الشريعة الإسلامية صالحة لكل البشر ولكل زمان ومكان، ذلك أنها جاءت لحفظ حقوق الناس والضرورات الخمس، وهي: العقل والنفس والمال والدين والنسل. وبعبارة أخرى، يعني المفهوم العام للشريعة الإسلامية مجموعة الأحكام التي نزل به الوحي على الرسول محمد صلى الله عليه وسلم، والتي يقسم الفقهاء أحكامها إلى ثلاثة أقسام، هي:

أحكام متعلقة بالعقيدة، مثل الأحكام المتعلقة بذات الله وصفاته والإيمان به وبرسله وكتبه واليوم الآخر وما فيه من حساب وجزاء. وتتولى هذه الأحكام تنظيم علاقة المخلوق بخالقه كأحكام الصلاة والصوم والزكاة والحج وغيرها (العبادات).

أحكام متعلقة بالأخلاق؛ أي بالسمو بالنفس وتهذيبها وإصلاحها.

أحكام متعلقة بالمعاملات؛ أي بأعمال الناس وعلاقة الأفراد بعضهم ببعض، كأحكام الزواج والطلاق والإرث والبيع والإجارة والرهن والكفالة.

ويتفق الفقهاء في هذا السياق على أن موضوع تدوين الشريعة الإسلامية يشمل أحكام المعاملات بين الناس ويُطلقون عليه "أحكام الشريعة الإسلامية المتعلقة بالمعاملات". (انظر: الشثري؛ عبد الرحمن بن سعد بن علي، 2007م، "حكم تقنين الشريعة"، ص51).

إن ما يُميز أحكام الشريعة الإسلامية المتعلقة بالمعاملات، ما يلي:

هو أن جميع أحكامها وردت في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة.

أن جل أحكامها وردت في شكل أصول كلية وقواعد عامة، ولم تأت مفصلة.

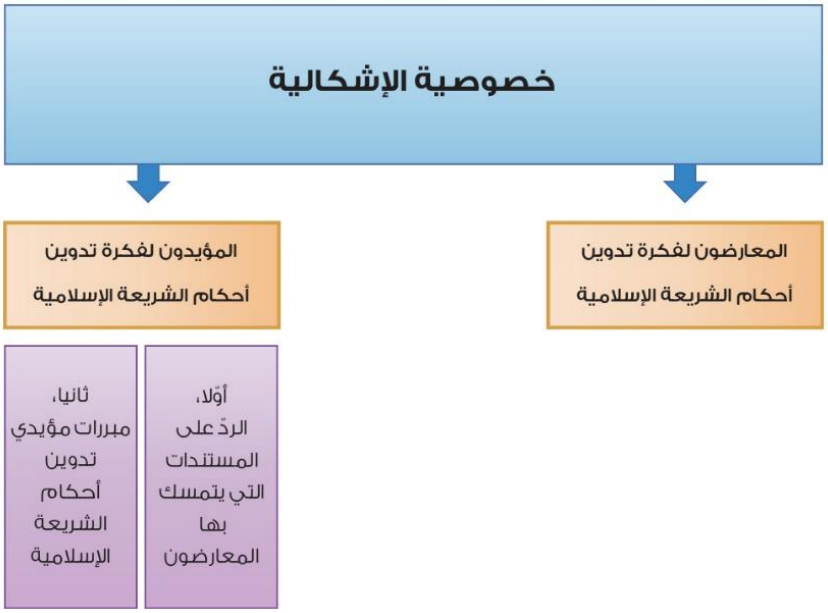
وجود حكمة إلهية لتكون هذه الأحكام مواكبة لتغير الزمان والمكان مما يحقق مصالح العباد.

لقد ارتكز العلماء والفقهاء والأئمة على هذه الخصائص على امتداد عصور طويلة لاستنباط أحكامها وبيانها للناس مستندين إلى القواعد الكلية ومقاصد الشريعة.

## المحاضرة الثانية

## ثانيا: خصوصية الإشكالية

## الخارطة التالية توضح خصوصية الإشكالية



**الفقرة الأولى: المعارضون لفكرة تدوين أحكام الشريعة الإسلامية :**

يستند معارضو تدوين الشريعة الإسلامية المتعلقة بالمعاملات إلى أسباب ومبررات عدة، يمكن تلخيصها في النقاط التالية:

صعوبة تدوين جميع أحكام الفقه الإسلامي المتعلقة بالمعاملات، مما يؤدي بالضرورة إلى خلق فراغ تشريعي، ومن ثم سيحد من قدرة القاضي على التعامل مع النزاعات المعروضة عليه، والبحث عن الحلول المناسبة لها.

التنبيه إلى خطر الجمود الذي يمكن أن ينتاب أحكام الشريعة الإسلامية في حالة حصول تدوينها، وهو ما سيؤدي لاحقا وبالضرورة إلى غلق باب الاجتهاد .

يؤدي التدوين، بالضرورة، إلى وضع أنظمة مستمدة في جانب منها من القوانين الوضعية الأجنبية التي يكون بعضها مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية. ويستند معارضو التدوين إلى أحكام القاعدة الشرعية: "سد باب الذرائع."

عدم وجود مشاكل في تطبيق أحكام الشريعة في العمل القضائي، لا سيما أن أعمال القضاء، تسييرا ووظيفة، مستقرة منذ فترة طويلة، وأن القضاة يجدون في الشريعة الإسلامية كل ما يتعلق بشؤون الناس ومصالحهم، سواء بقواعده الكلية أو بأحكامه التفصيلية. وبعبارة أكثر وضوحا، يتميز نظام القضاء ونظام المرافعات المطبقان حاليا بكونهما يوفران الضمانات كافة للمتقاضين بغاية تحقيق العدل ورفع الظلم عنهم، مثال ذلك: تمييز الأحكام القضائية وتخصصها، ومبدأ علانية الجلسات القضائية، وحق المتقاضي في الاستعانة بمن يراه كفؤا للدفاع عن نفسه (مثل المحامي)، وغيرها من الضمانات الأخرى.

من سلبيات التدوين، أنه يحد لا محالة من صلاحية القاضي في الوصول إلى الحق والعدل الذي لا ينتهي عند ما انتهت إليه نصوص النظام.

التدوين سيبقي القاضي رهين النصوص الواردة في الأنظمة، ويصعب عليه من ثم اللجوء إلى كتب الفقه الإسلامي بثراء مضمونها وحيوية اجتهاداتها ومرونة تطبيقاتها والصالحة لكل الأزمان ولكل الوضعيات.

**الفقرة الثانية: المؤيدون لفكرة تدوين أحكام الشريعة الإسلامية**

يبني مؤيدو فكرة تدوين أحكام الشريعة الإسلامية نظريتهم، لا فقط بتقديم جملة من المبررات والأسباب لعملية التدوين (ثانيا)، وإنما كذلك بالرد على معارضي الفكرة (أولا).

**1 .الرد على المستندات التي يتمسك بها المعارضون:**

لا خلاف في أن الآراء الرافضة لفكرة تدوين أحكام الشريعة الإسلامية في غاية الأهمية اعتبارا لمضمونها ولمصدرها كونها صادرة من علماء وفقهاء يحظون بمكانة بالغة الأهمية. غير أنها تبقى آراء قابلة للنقاش، باعتبار أن المسألة اجتهادية بالأساس؛ إذ يرى مؤيدو فكرة تدوين أحكام الشريعة الإسلامية المتعلقة بالمعاملات أن للتدوين فوائد عديدة، خصوصا في الوقت الراهن. وينطلق أصحاب هذا الرأي من حقيقة، مفادها أن الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان، وقد جاءت لتساير مصالح الناس. وعليه، يرد أصحاب هذا الرأي المؤيد لفكرة التدوين على الاتجاه الفقهي المقابل كما يلي:

الثابت، أن الشريعة الإسلامية بمصادرها المتفق عليها بين علماء المسلمين، تعد المصدر التشريعي لكل ما من شأنه أن ينظم مختلف العلاقات بين الأفراد، ومن ثم لا يُمكن للمسلم أن يرضى بأي تشريع غير الشريعة الإسلامية. ومن ثم يتأكد أنه لا يمكن القبول بالرأي القائل إن القبول بتدوين أحكام الشريعة الإسلامية هو من قبيل الارتضاء بشريعة أخرى.

بالنسبة لمن هو من غير المختصين بالعمل القضائي، قد يكون صحيحا القول بأن سير عمل القضاء والمحاكم في المملكة مستقر ولا توجد مشاكل في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، إلا أن المختصين في مجال القانون والقضاء يؤكدون وجود مجموعة من المثالب التي يُمكن تفاديها لو لجأنا إلى تقنية التدوين. ومن الأمثلة التي تكشف هذه المثالب، نذكر:

تضارب الأحكام القضائية الصادرة عن مختلف المحاكم وأحيانا الصادرة عن المحكمة الواحدة، وهو ما يبرز بالضرورة وجود تفاوت كبير بين القضاة اعتبارا لاختلاف اجتهاد كل منهم.

تأثير الاعتبارات الشخصية لدى القضاة في إصدار الأحكام القضائية. وتزداد هذه الاعتبارات الشخصية أهمية كلما كان القاضي يجتهد دون تقيد بنصوص قانونية موحدة.

استعانة القضاة في فض النزاعات بمؤلفات فقهية متنوعة ومختلفة تتضمن أساليب عمل وآراء متباينة وأحيانا متضاربة. ومن ثم، إذا لم تكن للقاضي القدرة على التمييز بينها، أصبحت الأحكام القضائية متناقضة ومتضاربة، وهو ما من شأنه أن يمس من السير الطبيعي للقضاء ومن مصداقية القضاة.

ليس صحيحا أن يؤدي التدوين إلى الجمود ومن ثم يؤدي إلى غلق الباب أمام الاجتهاد وإلى الحد من القدرة على مواكبة القضايا المستجدة. فالثابت، أن تدوين أحكام الشريعة الإسلامية المتعلقة بالمعاملات

عمل علمي بالأساس، وهو كذلك عملية تلخص مختلف اجتهادات العلماء والفقهاء والقانونيين وغيرهم من المختصين قبل خروجه إلى التطبيق في صورة نظام أو لائحة .

إن من يتولى صياغة نصوص النظام أو اللائحة هم بالضرورة متخصصون في الشريعة والفقه والقانون، ويكون عملهم منهجيا مقيدا بأحكام الشريعة الإسلامية في مستوى البناء والصياغة.

إذا عرضت على القاضي مسألة غير منصوص عليها في القانون، فإنه بالضرورة سيلجأ إلى أحكام الشريعة الإسلامية لحل النزاع، كما أنه بإمكان السلطة التي أصدرت القانون أن تتدخل من جديد للتعديل والإضافة والتغيير. ويُفهم من هذا الأمر، أن التدوين لن يتسبب في الجمود .

إن القول بأن التدوين سيفتح المجال نحو الاستعانة بقوانين وضعية هو قول في غير طريقه، خاصة إذا كانت هذه القوانين الوضعية لا تخالف مضمون الشريعة الإسلامية أو مقاصدها.

**2 .مبررات مؤيدي تدوين أحكام الشريعة الإسلامية:**

ينطلق مؤيدو فكرة تدوين أحكام الشريعة الإسلامية من أحكام النظام الأساسي للحكم للمملكة العربية السعودية الصادر في عام 1412هـ، وهو نص –من حيث طبيعته وقيمته ومضمونه–يسمو على كل الأنظمة الأخرى في المملكة. فقد جاء صراحة بالمادة الثانية من هذا النظام أن دين الدولة الإسلام، ودستورها كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم. كما تميزت المادة السابعة من النظام ذاته بصرامتها؛ ذلك أنها نصت على أنه «يستمد الحكم في المملكة العربية السعودية سلطته من كتاب الله وسنة رسوله، وهما الحاكمان على هذا النظام وجميع أنظمة الدولة». وعلى هذا الأساس، فإن المسألة بدت واضحة ومحسومة، إذ لا مكان إلا لأحكام الشريعة الإسلامية ولا عمل إلا عليها، ومن ثم فإنه لا يجوز أن يصدر أي نظام أو لائحة مخالفة لنصوص الكتاب والسنة أو مقاصد الشريعة الإسلامية السمحة.

وعلى أساس أهمية النظام الأساسي للحكم وقيمته ومكانته، فإن تدوين أحكام الشريعة الإسلامية في مجالات عدة؛ مثل: القانون المدني، وقانون الأحوال الشخصية، والقانون الجنائي المتعلق بالجرائم والعقوبات – ومسألة لا تخرج عن النطاق المسموح به؛ بل بالعكس فإن التدوين سيحقق لا محالة فوائد ومزايا عديدة للمجتمع. ويقدم أنصار هذا الرأي مبررات وأسبابا عدة، يمكن تلخيصها فيما يلي:

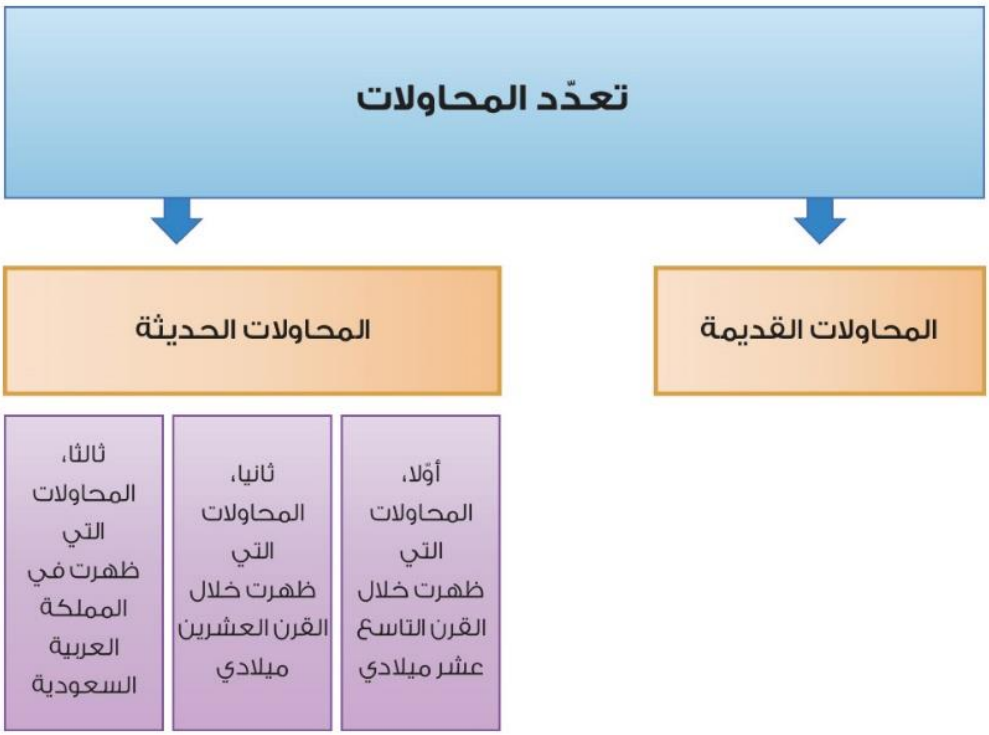
قدرة تقنية التدوين على الجمع بين ثوابت النص المكتوب ووضوحه (من جهة) ومرونته وقدرته على التغير والتأقلم مع المتغيرات (من جهة أخرى)، وهو ما يساعده على المحافظة على روح الشريعة الإسلامية ومقاصدها. ويعد النص المكتوب أفضل خلاصة لما يمكن العمل به من الأدلة والأحكام بشكل مناسب.

ويمكن لأهل الاختصاص والفقهاء ورجال القانون الوصول إلى الحكم والمبدأ والقاعدة بيسر وسهولة. ومن مميزات النص المكتوب، أنه يضع بشكل واضح وعلني وصريح كل الحقوق والالتزامات والواجبات والإجراءات والشكليات، بحيث يسهل على المعنيّ بها معرفتها والوصول إليها، لا يترك مجالا للغموض أو أية احتمالات تمس من جوهر الأشياء. ويُساهم النص المكتوب في تحقيق وحدة الأحكام القضائية مهما تعددت المحاكم وانتشر توزيعها في البلاد. فتطبيق النص المكتوب من طرف القضاة وبالكيفية نفسها من شأنه أن يوقف التضارب والتناقض في الأحكام القضائية ويحقق المساواة والاستقرار في المعاملات وفي حماية حقوق الناس.

إن تدوين أحكام الشريعة الإسلامية من شأنه أن يسهل على الأجانب، وخاصة منهم غير المسلمين، معرفة مركزه القانوني وتحديدا معرفة حقوقه وواجباته (باعتباره غير ملمّ بأحكام الشريعة الإسلامية). وهذا الأمر في غاية الأهمية اعتبارا لتطور العلاقات الدولية بين مختلف دول العالم، وما تستجوبه من تعامل مع باقي الدول والمنظمات الدولية والأفراد الأجانب.

## المحاضرة الثالثة

## تعدد المحاولات




يمكن التطرق إلى هذه المحاولات من زاويتين اثنتين، تتعلق الأولى بالمحاولات الحديثة التي ما تزال موضع اهتمام، وتهم الثانية المحاولات القديمة التي حافظت على قيمتها التاريخية.

### الفقرة الأولى: المحاولات القديمة

عرف المجتمع العربي الإسلامي، على امتداد عصور طويلة، العديد من محاولات تدوين أحكام الشريعة الإسلامية. إن التطرق لأبرز هذه المحاولات يبين أهميتها التاريخية، وكذلك مدى تطور الفكر الإسلامي من وقت إلى آخر حسب الظروف الزمانية والمكانية لكل محاولة.

تاريخيا، يعد عبد الله ابن المقفع أول من دعا إلى تقنين أحكام الشريعة. ففي القرن الثاني الهجري، وتحديدا في بداية العهد العباسي، أشار ابن المقفع في كتاب خطّه إلى أبي جعفر المنصور إلى أن تدون الأحكام القضائية على ما يلهم الله أمير المؤمنين أبا جعفر. واقترح فيها على الخليفة جمع الأحكام الفقهية وإلزام

القضاة بها. ولعل أهم ما جاء في هذه الرسالة: "ومما ينظر فيه أمير المؤمنين من أمر هذين المِصْرَين )الكوفة والبصرة( وغيرهما من الأمصار والنواحي، اختلاف هذه الأحكام المتناقضة التي قد بلغ اختلافها أمرا عظيما في الدماء والفروج والأموال"، ومضى إلى أن قال: "فلو رأى أمير المؤمنين أني أمر بهذه الأقضية والسِّير المختلفة فترفع إليه في كتاب، ويرفع معها ما يَحتجبه كل قوم من سنة وقياس، ثم نظر في ذلك أمير المؤمنين وأمضى في كل قضية رأيه الذي يلهمها الله ويعزم عليه عزما، ويَنهى عن القضاء بخلافه، وكتب ذلك كتابا جامعا، لرجونا أن يجعل الله هذه الأحكام، المختلطة الصواب بالخطأ، حكما واحدا صوابا، لرجونا أن يكون اجتماع السير قرينة لإجماع الأمر برأي أمير المؤمنين وعلى لسانه، ثم يكون ذلك من إمام آخر الدهر إن شاء الله".

إلا أن هذه المبادرة لم تجد قبولا آنذاك، خصوصا من قِبل العلماء وجمهور الفقهاء الذين رأوا أن في ذلك إجبار الناس على تقليدهم، وهم الذين يحذرون تلاميذهم من التعصب لآرائهم، كما أنهم تورعوا وخافوا أن يكون في اجتهادهم خطأ؛ لأنهم بصدد تشريع فاطر السموات والأرض، ليس نظاما فحسب.

وتجدر الإشارة كذلك إلى أن أبا جعفر المنصور طلب من الإمام مالك أن يضع كتابا يجمع الناس عليه. إلا أن رد الإمام مالك كان واضحا إذ عد أنه لا ينبغي لأمير المؤمنين أن يلزم الناس بما يصدر عن رجل واحد قد يصيب وقد يخطئ.

كما سبق لأبي جعفر المنصور أن طلب من الإمام مالك مباشرة، بعد إصداره كتابه الشهير "الموطأ"، أن يُعتمَد كقانون لا يتعداه الناس. فكانت إجابة بالنفي واضحة كذلك، قائلا: "يا أمير المؤمنين، لا تفعل هذا؛ فإن الناس قد سبقت إليهم أقاويل، وسمعوا أحاديث، ورددوا روايات، وأخذ كل قوم مما سبق إليهم وعملوا به، ودانوا به من اختلاف الناس وغيرهم، وإن ردهم عما اعتقدوا شديد، فندع الناس وما هم عليه وما اختار أهل كل بلد منهم لأنفسهم فقال: لعمري لو طاوعتني على ذلك لأمرت به".

كما سبق كذلك لهارون الرشيد أن استشار الإمام مالك حول ما إذا كان ممكنا إعمال مؤلفه "الموطأ" وإلزام الناس بأحكامه، فأجابه الإمام مالك قائلا: "إن أصحاب رسول الله –صلى الله عليه وسلم–اختلفوا في الفروع، فافترقوا في البلدان، وكلّ عند نفسه مصيب."، مبينا كذلك أن "اختلاف العلماء رحمة من الله على هذه الأمة، كلّ يتبع ما صح عنده، وكل على هدى، وكل يريد الله والدار الآخرة". (انظر: حسين؛ أحمد فرح، 2005، "تاريخ الفقه الإسلامي"، ص78).

أما في الهند وتحديدا في القرن الحادي عشر الهجري، كوّن ملك الهند آنذاك السلطان أبو المظفر محيي الدين محمد أورنك زيْب عالم كير (1618–1707م) لجنة من عدد من مشاهير علماء الدين والفقهاء؛ قصد وضع مؤلف يجمع ظاهر الروايات التي اتفق عليها في المذهب الحنفي. وقد تمكنت هذه اللجنة من

إصدار كتاب عُرف بـ "الفتاوى الهندية". ورغم أهمية هذا الأثر العلمي، فإنه لم يكن متبعا لجميع القضاة والمفتين ورجال الدين، اعتبارا لطابعه غير الرسمي وكذلك لاعتبار أنه لم يكن موضوعا على شكل عمل مقنن؛ بل ورد في شكل فروع فقهية وفرضيات تذكر في الآراء والمواقف لا غير.

**الفقرة الثانية: المحاولات الحديثة**

تتمثل المحاولات الحديثة فيما صدر من أعمال عن الحكام المسلمين، وتحديدا خلال القرنين التاسع عشر والعشرين (ميلادي). ويمكن تقديمها كيفما ظهرت زمنيا في تركيا وفي مصر (القرن التاسع عشر ميلاديا) وفي المملكة العربية السعودية (القرن العشرين ميلاديا). (انظر: أ.د. سفر؛ حسن بن محمد، 1433هـ، "تقنين أحكام الشريعة في التجربة الإسلامية").

**1. المحاولات التي ظهرت خلال القرن التاسع عشر ميلاديا:**

في تركيا، ظهر في عهد الدولة العثمانية أثر قانوني في غاية الأهمية أطلق عليه اسم "مجلة الأحكام العدلية". والملاحظ، أنه عند بداية تأسيس المحاكم النظامية في الدولة العثمانية صدر أمر سلطاني يقضي بتكوين لجنة تتولى مهمة وضع مجموعة من الأحكام الشرعية. وقد أنهت هذه اللجنة أعمالها وأصدرت سنة 1286هـ ما يُعرف بـ "مجلة الأحكام العدلية". ولعل ما كان يُميز هذه المجلة:

أن أحكامها منتقاة من قسم المعاملات من فقه المذهب الحنفي الذي عليه عمل الدولة، وقد تبنت الأقوال المرجوحة في المذهب للمصلحة الزمنية.

أن أحكامها أضحت ملزمة بموجب الأمر السلطاني الذي اقتضى لزوم العمل بها وتطبيق أحكامها.

وإلى جانب ذلك، تبنت الدولة العثمانية فكرة الاستفادة من مختلف المذاهب الفقهية عن طريق التقنين، ونفذتها على أرض الواقع في أحكام الأحوال الشخصية، حيث تم إصدار قانون حقوق العائلة.

وفي مصر، تقدم الخديوي إسماعيل بمحاولة لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية؛ لأنه كان يرفض الأخذ بمجلة الأحكام العدلية وامتنع عن تطبيقها باعتبار أنه كانت له رغبة جامحة في التخلص من التبعية العثمانية، كما أنه كان متأثرا إلى أبعد حد بظاهرة التقنين الذي ظهرت بفرنسا متجها إلى قانون نابليون، وإلى أحكام المجلة المدنية الفرنسية التي صدرت سنة 1804 (ميلادي). والملاحظ في تلك الفترة، أن الفقيه قدري باشا تولى تأليف مجموعة من النصوص القانونية المستنبطة أساسا من المذهب الحنفي، ومسترشدا كذلك بما

تضمنته مجلة الأحكام العدلية. كما تميز عهد الخديوي إسماعيل بعد ذلك بصدور عدة قوانين أخرى في مادة الأحوال الشخصية تتعلق بالزواج والطلاق والإرث والوصية.

**2. المحاولات التي ظهرت خلال القرن العشرين ميلاديا:**

يُمكن التوقف عند أبرز هذه المحاولات التالية:

في عهد الوحدة المصرية –السورية، ظهرت محاولة لتدوين أحكام الأحوال الشخصية استنادا إلى المذاهب المختلفة. وفي هذا الإطار، تم تشكيل لجنة (1958–1961) أوكلت إليها مهمة تقنين مجمل الأحكام المتعلقة بمادة الأحوال الشخصية؛ من زواج وطلاق ونفقة وحضانة ومواريث ووصية. غير أن أعمال هذه اللجنة توقفت بإلغاء الوحدة بين البلدين، ولم يصدر عنها أي عمل يُذكر.

تم سنة 1979 اتخاذ قرار بتشكيل لجنة (1982–1985م) للعمل على مشروع قانون للأحوال الشخصية موحد لكل البلاد العربية. إلا أن هذا المشروع لم ير النور، فضلا عن تحفظ بعض الدول عليه مثل المملكة العربية السعودية.

**3. المحاولات التي ظهرت في المملكة العربية السعودية**

ظهرت أولى محاولات التقنين في المملكة العربية السعودية في عهد الملك المؤسس عبد العزيز (رحمه الله). وأمام أهمية الموضوع، صدر بحق هذه المحاولات قرار الهيئة القضائية ذو الرقم 3 مؤرخ في 7 محرم 1347هـ (1928 ميلادي) والمقترن بالتصديق الملكي في 24 ربيع أول 1347هـ، والذي ينص على أمور ثلاثة، وهي التالية:

يكون مجرى القضاء في جميع المحاكم منطبقا على المُفتى به من مذهب الإمام أحمد بن حنبل.

إذا صار جريانا لمحاكم الشرعية على التطبيق على المفتى به من المذهب المذكور، ووجد القضاء في تطبيقه على مسألة من مسائله مشقة ومخالفة لمصلحة العموم–يجري النظر والبحث فيها من باقي المذاهب بما تقتضيه المصلحة.

يكون اعتماد المحاكم في سيرها على مذهب الإمام أحمد على الكتب الآتية: 1) شرح المنتهى. 2) شرح الإقناع. 3) كشاف القناع.

والجدير بالملاحظة كذلك، ظهور محاولة جدية وناجحة في المذهب الحنبلي للقاضي بمكة المكرمة الشيخ أحمد بن عبد الله القاري والمتمثلة في إصدار مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل. إن ما يُميز هذه المجلة هو:

أنها حاذت مجلة الأحكام العدلية العثمانية، تقوم على ترتيب الموضوعات نفسها وفق ترتيب الحنابلة.
أن أحكامها مستخلصة من الكتب المعتمدة في المذهب الحنبلي وفق مباحث المعاملات.
أن أحكامها مستخلصة كذلك من مجموعة من القواعد الفقهية من كتاب القواعد لابن رجب الحنبلي.
أنها اشتملت على مقدمة وألفين وثلاث مئة واثنين وثمانين(2382) مادة، وواحد وعشرين (21) كتابا.

ويذكر المؤرخون والعلماء أن سبب تأليف الشيخ أحمد بن عبد الله القاري هذه المجلة يتمثل في الدعوة التي توجه بها الملك عبد العزيز (رحمه الله) للقضاة في منطقة الحجاز عندما فتحها عام 1343هـ بأن يكون هناك مرجع معتمد للقضاة يعتمدون عليه غير مجلة الأحكام العدلية العثمانية. وقد أمر آنذاك بتشكيل لجنة من العلماء والفقهاء لتولي عملية التأليف في الموضوع. ولما أدرك الملك عبد العزيز (رحمه الله) أن إنجاز المجلة الشرعية يتطلب وقتا طويلا، اتجهت الإرادة إلى اعتماد المرجع المعتمد في الفقه الحنبلي.

وتجدر الإشارة إلى أن هذه المجلة التي ألفها الشيخ القاضي أحمد بن عبد الله القاري لم تطبع، وظلت حبيسة عنده بسبب انشغاله بالقضاء (خصوصا بعد أن تم تعيينه رئيسا للمحكمة الشرعية الكبرى بمكة المكرمة) قبل وفاته سنة 1350هـ. ولكن رغم ذلك، بقيت هذه المجلة مصدرا ومرجعا جوهريا للعلماء والفقهاء والقضاة، خصوصا بعد أن تم إخراجها والتحقيق فيها من قبل الشيخ الدكتور عبد الوهاب أبو سليمان عضو هيئة كبار العلماء سنة 1401هـ (بالاشتراك مع الأستاذ الدكتور محمد إبراهيم أحمد علي).

إن موضوع تدوين أحكام الشريعة الإسلامية ما يزال يشغل بال العلماء والفقهاء والقضاة وكل المختصين في المملكة العربية السعودية. وقد ازداد الموضوع أهمية بصدور النظام الأساسي للحكم في المملكة العربية السعودية سنة 1412هـ (ميلادي) (أي الدستور السعودي) في عهد الملك فهد بن عبد العزيز (رحمه الله) الذي ينص صراحة في المادة الأولى منه على أن "المملكة العربية السعودية دولة إسلامية ذات سيادة تامة، دينها الإسلام، ودستورها كتاب الله تعالى وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم، ولغتها هي اللغة العربية".

وفي المادة السابعة منه على أن "الحكم يستمد سلطته في المملكة العربية السعودية من كتاب الله تعالى وسنة رسوله، وهما الحاكمان على هذا النظام وجميع أنظمة الدولة".

**مصطلحات الوحدة**

التدوين: هو مصطلح يُستعمل للدلالة على كتابة القواعد القانونية وتجميعها.

المدونة: هي مصطلح يعنيفي المفهوم المعاصر "تجميع القواعد التشريعية أو التنظيمية التي تحكم الموضوعات المكونة لأحد فروع النشاط الاجتماعي".

تدوين الشريعة الإسلامية: هي عملية صياغة لأحكام الشريعة الإسلامية في شكل قواعد عامة ومجردة تنظم سلوك الأفراد في المجتمع، وتلزمهم بالعمل بها، من خلال صدورها في شكل أنظمة (قوانين) ولوائح صادرة من السلطات الدستورية المختصة.

الشريعة الإسلامية: هي مجموع القواعد والأحكام التي شرعها الله –عز وجل–لعباده لتنظيم شؤون حياتهم الدينية والدنيوية من عبادات ومعاملات وغيرها، مما يساعدهم على تحقيق الأمان والاستقرار والعدالة. وأهم مصدرين لأحكام الشريعة الإسلامية هما القرآن الكريم وسنة نبينا محمد صلى الله عليه وسلم.

## الوحدة الرابعة عشرة

## الأنظمة القانونية العربية وتأثراتها المختلفة

**اهداف الوحدة:**

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

- الوقوف على مرجعية هذه الأنظمة التي تقوم على ثوابت تتعلق أساسا بالأخذ بالشريعة الإسلامية (كليًا أو جزئيًا) وبالأخذ بتقنيات النص التشريعي المكتوب.
- معرفة التنوع الذي يميّز الأنظمة القانونية العربية، أسبابه ومظاهره.
- أهمية الظروف التاريخية والثقافية والدينية في تكوين النظام القانوني لكل دولة عربية.
- الاطلاع على مخاطر العولمة على الأنظمة القانونية العربية ومدى تأثيرها في النظام القانوني الإسلامي باعتبار مكانته في القوانين العربية عمومًا.

**موضوعات الوحدة:** تتناول هذه الوحدة ما يلي:

**أولا: ثوابت وحدة مرجعية الأنظمة القانونية العربية.**

**الفقرة الأولى:** الأخذ بالشريعة الإسلامية:

المقومات: تكامل المكونات.

الأهمّية: أهمية اعتماد الشريعة الإسلامية في قوانين الدول العربية.

المضمون: الاقتباس من كافة مذاهب الفقه الإسلامي.

الدور: دور الشريعة الإسلامية في القوانين العربية.

**الفقرة الثانية:** الأخذ بتقنيات النص التشريعي المكتوب.

**ثانيا: تنوّع مضمون الأنظمة القانونية العربية.**

**الفقرة الأولى:** أسباب التنوّع.

**الفقرة الثانية:** مظاهر التنوّع.

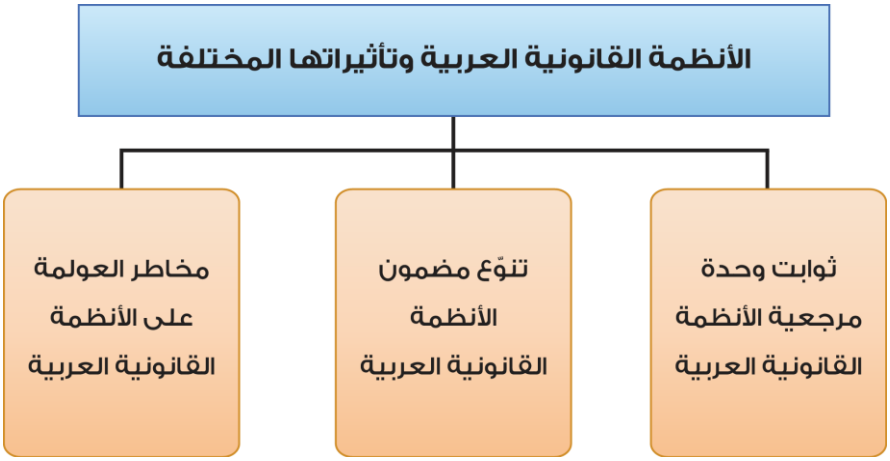
**ثالثا: مخاطر العولمة على الأنظمة القانونية العربية.**

**الفقرة الأولى:** العولمة: مفهومها وأشكالها:

مفهوم العولمة.

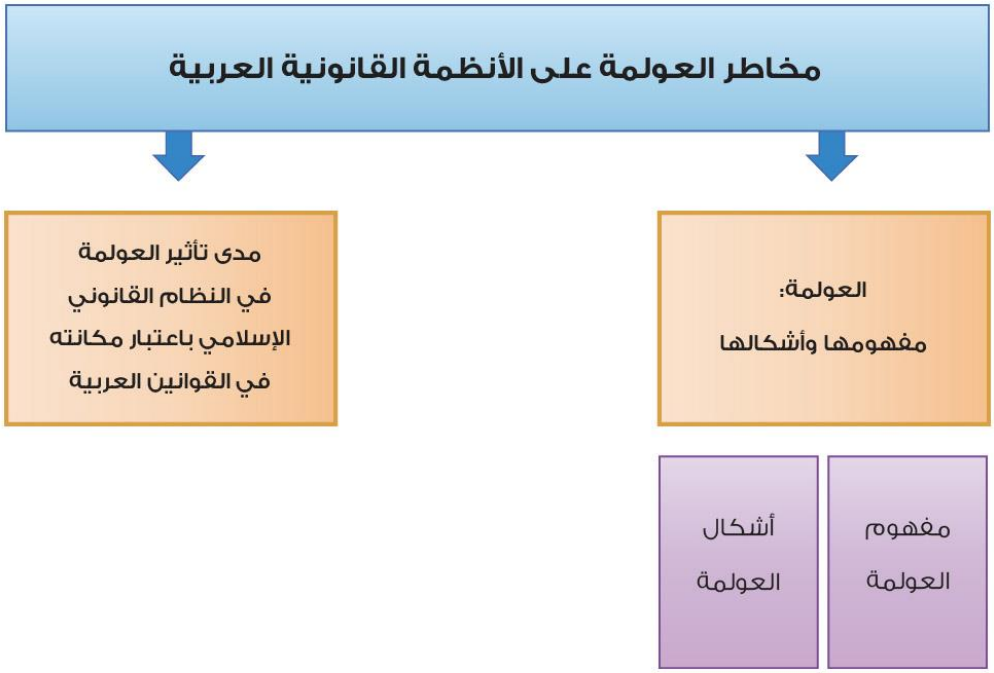
أشكال العولمة.

**الفقرة الثانية:** مدى تأثير العولمة في النظام القانوني الإسلامي باعتبار مكانته في القوانين العربية.



## المحاضرة الثالثة

## مخاطر العولمة على الأنظمة القانونية العربية




للوقوف عند مخاطر العولمة اليوم التي أصبحت تهدد خصوصية النظم القانونية العربية، وتحديدا مدى تأثيرها على الشريعة الإسلامية، يتعيّن بادئ ذي بدء تحديد مفهوم العولمة وأشكالها.

**الفقرة الأولى: العولمة: مفهومها وأشكالها :**

**1 .مفهوم العولمة:**

العولمة هي "ظاهرة معاصرة نعيشها في نهاية القرن العشرين وبداية القرن الواحد والعشرين (ميلادي)، وتعرف على أنها "توجُّهٌ ودعوة تهدف إلى صياغة حياة الناس لدى جميع الأمم ومختلف الدول وفق أساليب ومناهج موحدة بين البشر وإضعاف الأساليب والمناهج الخاصة، وبالذات ما يُخالف تلك الصياغة. ويُنظر إلى العولمة من زاويتين اثنتين:

من وجهة نظر المؤيدين: العولمة: هي عملية تكثيف العلاقات الاجتماعية عبر العالم على نحو يهيئ لترابط المجتمعات المحلية المتباعدة بحيث تتشكل الأحداث المحلية على مقتضى أحداث تقع على بعد أميال عديدة.

ومن وجهة نظر المعارضين: العولمة: هي انصهار العدد الهائل من الاقتصاديات القروية والإقليمية والوطنية في اقتصاد عالمي شمولي واحد لا مكان فيه للخاملين بل يقوده أولئك الذين يقدرون على مواجهة عواصف المنافسة الهوجاء.

وفي الحالتين، فإن العولمة عملية موجهة لمختلف الأنشطة الإنتاجية، بشكل يتمّ فيه تحويل كل دولة إلى جزء من النظام الإنتاجي العالمي، ويعني عولمة النشاط الإنتاجي وضع نظام تجارة عالمية واستثمار عالمي ومالية عالمية تنافس كل ما هو وطني ومحلي.

وإن كانت العولمة في ظاهرها عبارة عن غزو اقتصادي للأنظمة الاقتصادية لمختلف الدول، وخاصة الضعيفة منها، فإن هذا الغزو يشمل كذلك جوانب أخرى لا تقل عنها أهمية، مثل الغزو الثقافي والمعلوماتي والتكنولوجي...الخ، وما يتطلبه ذلك من وضع قواعد قانونية جديدة تفرضها العولمة، تأتي لتنافس القوانين الوطنية أو لتحل محلها.

إذا كانت العولمة ستؤدي إلى اقتصاد واحد وسياسة واحدة وثقافة واحدة، وإذا كانت كل هذه المجالات تنظم بالضرورة بموجب قوانين مكتوبة، فإن الأمر سيؤول بالضرورة إلى وضع قانون واحد، وهذا الأمر سيؤثر بالضرورة في الأنظمة القانونية لمختلف الدول، بما في ذلك النظم القانونية للدول العربية، بحيث ينتهي الأمر بها إلى فقدان جلّ خصوصياتها ومقوماتها، وهذا هو عين الخطر.

**2 .أشكال العولمة:**

يقدم المهتمون بظاهرة العولمة، من رجال اقتصاد وسياسيين ومؤرخين وقانونيين ومثقفين، يقدمون العولمة في أشكال ثلاثة ظاهرة، هي: العولمة الاقتصادية، والسياسية، والثقافية، وهي أشكال لا يُمكن أن تخفي شكلا رابعا في غاية الأهمية، وهو العولمة القانونية.

أما العولمة الاقتصادية فهي تمثل أحد أبرز التطورات الاقتصادية التي يشهدها الاقتصاد العالمي في أزمنة نهاية القرن العشرين (ميلادي)، وهي مرحلة من مراحل تطور المنظمة الرأسمالية التي تتميز بالانتقال التدريجي إلى تأسيس اقتصاد دولي بدلا من مقومات السيادة الاقتصادية الوطنية، ويشير مفهوم العولمة من المنظور الاقتصادي إلى تحول العالم إلى منظومة من العلاقات الاقتصادية المتشابكة التي تزداد تعقيدا لتحقيق سيادة نظام اقتصادي واحد فيه يتبادل العالم الاعتماد بعضه على بعض الآخر في كل من الخدمات والسلع والمنتجات والأسواق ورؤوس الأموال والعمالة والخبرة؛ حيث لا قيمة لرؤوس الأموال من دون استثمارها، ولا قيمة لسلع دون أسواق تستهلكها.

وفي المقابل، تعني العولمة السياسية أن الدولة لا تكون هي الفاعل الوحيد على الصعيد السياسي العالمي إذ توجد إلى جانبها شركات متعددة الجنسيات ومنظمات عالمية وجماعات دولية وغيرها التي تسعى إلى تحقيق مزيد من الترابط والتعاون والاندماج الدولي، وهو ما من شأنه أن يحد ويقلص من قيمة وأهمية مبدأ سيادة الدولة على إقليمها.

أما العولمة الثقافية فهو مفهوم ارتبط بفكرة التنميط أو التوحيد الثقافي العالمي على حد التعبير الذي استخدمته لجنة اليونسكو العالمية للإعداد لمؤتمر السياسات الثقافية من أجل التنمية التي عقدت في اجتماعاتها في مدينة استكهولم عام 1998، فقد رأت اللجنة أن التنميط الثقافي يتم فيه استغلال ثورة وشبكة الاتصالات العالمية وهيكلها الاقتصادي الإنتاجي والمتمثل في شبكات نقل المعلومات والسلع وتحريك رؤوس الأموال.

ولعلّ المهمّ في ظلّ هذه المفاهيم الثلاثة (الاقتصادية، والسياسية، والثقافية) للعولمة هو أنها تؤدي بشكل مباشر أو غير مباشر إلى تغيير مضمون قوانين دول العالم، بما يتماشى مع المنظومة الجديدة، وبذلك تحل القوانين الجديدة "المعولمة" محل القوانين الوطنية، وأحيانا تفرض عليها، وهو ما يؤدي بالضرورة إلى إحداث تغيير جوهري في القانون الوطني، ليصبح شبيها بغيره من قوانين للدول الأخرى . ومن سلبيات هذه العولمة هو أنها تسهم بشكل أو بآخر في فقدان هذه الدول في مرجعيتها الأساسية وخلفياتها المادية التي تستند إليها في وضع قوانينها الوطنية.

**الفقرة الثانية: مدى تأثير العولمة في النظام القانوني الإسلامي باعتبار مكانته في القوانين العربية :**

العولمة في ظاهرها توّجُهٌ بشري ودولي يسعى إلى تحقيق تقارب بين الشعوب على أساس التعاون والسلام وإقامة العدل والدفاع عن حقوق الإنسان وغيرها من المقاصد الحسنة، لو سلمنا بهذه المعطيات في ظاهرها لقلنا إن العولمة لا تختلف في شيء عن الإسلام.

لكن في الواقع العولمة ظاهرة تبطن أكثر مما تظهر، فهي عملية اقتصادية ترمي إلى تحقيق غزو ثقافي واقتصادي للدول الأخرى، في سبيل تحقيق أصحاب هذا التوجه غاياتهم الربحية لا غير، وهو أمر مغاير تماما مع تعاليم الإسلام، فالثابت هو أنّ الإسلام منهج عالمي جاء لهداية البشرية في كافة مجالات الحياة، وهو كذلك رسالة شاملة وعملية تراعي الظروف الإنسانية والظروف الموجودة بين الشعوب دون إلغاء للعالم من عاداتها وأفكارها بل يسعى إلى تطويره والارتقاء إلى المستوى السامي الذي وُجد الإسلام من أجله.

إن العالمية التي جاء بها الإسلام والتي يدعو إليها هي الإيمان بالله عزّ وجلّ، واعتبار البشرية أسرة واحدة خلقها الله لغرض العبادة، فالإسلام هو الرسالة السماوية الخاتمة إلى الناس جميعا، إن الإسلام يدعو العالم إلى أن يكون أسرة واحدة تتبادل المنافع فيما بينها،وعليه، إذا كان للعولمة معنى "القولبة" ووضع الناس في نموذج واحد واقتصارهم على منهج واحد، فإنّ الإسلام يُراعي الفروق الفردية الموجودة بين البشر وعاملهم على هذا الأساس، فالعولمة بمظاهرها المتعددة تشكل تحديا للعالم الإسلامي وللنظم القانونية العربية في الوقت الحاضر، وتنطوي على كثير من المخاطر التي تحتم التعامل معها بحذر والاستعداد لما قد ينتج عنها من آثار.

وعلى أساس ما تقدّم، فإنّ الإسلام كدين جاء يحمل طابعاً عالميا خلافا للأديان الأخرى، جاء الإسلام كرسالة لبني البشر أجمعين، قال تعالى:﴿ وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا كَافَّةً لِلنَّاسِ بَشِيرًا وَنَذِيرًا وَلَكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا

يَعْلَمُونَ ﴾(سبأ: 28). فالإسلام في كثير من تعاليمه وفي الكثير من تطبيقاته وفي الكثير من ممارسات الرسول الكريم دلالة على الطابع العالمي: ((لا فرق بين عربي ولا أعجمي إلا بالتقوى)). وهذا يعني أن الإسلام له طابع عالمي وليس مُعَولماً بمعنى أنه Universalim وليس .Globalization

**ومما سبق نخلص إلى ما يلي:**

أن الإسلام شيء والعولمة شيء آخر، وفي هذا رد على من يدعي ترابطهما، لكن هذا لا ينفي أبداً كون الإسلام ديناً عالمياً، لكنه يبقى في الحقيقة موقعاً وهدفاً للمواجهة في ظل النظام العالمي الجديد.

للعولمة العديد من التجليات السياسية، التي تتركز في رفع بعض الشعارات من بينها:

احترام حقوق الإنسان، وفي هذا السياق، لا يتعارض الإسلام مع حقوق الإنسان، وفي الكثير من نصوصه ما يؤكد ذلك ﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ ﴾ [الحجرات: 13]، وإن كان الإسلام في بعض جوانبه يلتقي مع العولمة مثلاً في حقوق الإنسان، إلا أن هذا الالتقاء لا يعبر عنه بالعولمة، وإنما بالعالمية.

الحرية: الثابت هو أنّ الإسلام يؤمن بالحرية المنسجمة مع حدود الشرع، ولا علمانية في الإسلام، فالسلطة الدينية هي الأساس، وحتى إن السلطة السياسية تُعد مكسباً من مكاسب السلطة الدينية؛ لذلك فالإسلام شيء، والعولمة شيء آخر .

وعلى أساس ما تقدّم، فالثابت أن النظم القانونية العربية اليوم تواجه مخاطر جمة جراء انتشار العولمة وأساليبها، وتعتبر الشريعة الإسلامية بمقوماتها ومبادئها وثوابتها السبيل المثالي للتصدّي لمخاطر العولمة، إن لجوء القوانين العربية إلى إعمال مبادئ الشريعة الإسلامية في جميع مجالات التقنين والتمسك بمصادرها يمثل أفضل حلّ لدرء هذه المخاطر، حتى تحافظ النظم القانونية العربية على خصوصياتها، وتكون كذلك السبيل لتحقيق وحدتها عبر وحدة تشريعاتها المقننة.

**مصطلحات الوحدة:**

**الأخذ بالشريعة الإسلامية في الدول العربية:** يكون الأخذ بالشريعة الإسلامية إما بطريقة معلنة وصريحة؛ حيث يتم الإعلان عن ذلك بالدستور، أو أحيانا بطريقة غير معلنة، بحيث نلمس في القوانين الوطنية للدول العربية تطبيقات للشريعة الإسلامية، أي تطبيقات لما ورد بالقرآن الكريم وبالسنة السمحة.

**التشريع المكتوب:** عملية فنية وإجرائية وقانونية تقوم على قواعد وتقنيات شكلية وموضوعية في مستوى الوضع والبناء حيث تكون عملية التقنين الدقيق موضوعة بطريقة علمية سليمة وشاملة، دون غموض أو استطراد أو قصور.

**العولمة:** هي "ظاهرة معاصرة نعيشها في نهاية القرن العشرين وبداية القرن الواحد والعشرين (ميلادي)، وتعرف على أنها "توجُّهٌ ودعوة تهدف إلى صياغة حياة الناس لدى جميع الأمم ومختلف الدول وفق أساليب ومناهج موحدة بين البشر وإضعاف الأساليب والمناهج الخاصة، وبالذات ما يُخالف تلك الصياغة وينظر إلى العولمة من زاويتين اثنتين:

**من وجهة نظر المؤيدين:** العولمة: هي عملية تكثيف العلاقات الاجتماعية عبر العالم على نحو يهيئ لترابط المجتمعات المحلية المتباعدة بحيث تتشكل الأحداث المحلية على مقتضى أحداث تقع على بعد أميال عديدة.

ومن وجهة نظر المعارضين: العولمة: هي انصهار العدد الهائل من الاقتصاديات القروية والإقليمية والوطنية في اقتصاد عالمي شمولي واحد لا مكان فيه للخاملين بل يقوده أولئك الذين يقدرون على مواجهة عواصف المنافسة الهوجاء

**الفهرس**


| وصف المقرر |
| --- |
| **الوحدة الاولى: التعريف بالقانون المقارن واهمية دراسته** |
| **الوحدة الثانية:** |
| **الوحدة الثالثة: غايات النظام القانوني المعاصر** |
| **الوحدة الرابعة: خصائص النظم القانونية المعتمدة على السوابق القضائية** |
| **الوحدة الخامسة: النظام القانوني الانجليزي** |
| **الوحدة السادسة: النظام القانوني الامريكي** |
| **الوحدة السابعة: خصائص النظم القانونية المعتمدة على النص التشريعي** |
| **الوحدة الثامنة : تطور ونمو وانتشار أسلوب المدونات القانونية** |
| **الوحدة التاسعة : النظام القانوني الفرنسي** |
| **الوحدة العاشرة : النظام القانون الألماني** |
| **الوحدة الحادية عشر : خصائص النظام القانوني الإسلامي** |
| **الوحدة الثانية عشر : مقارنة بين النظام القانوني الإسلامي وأنظمة السوابق القضائية** |
| **الوحدة الثالثة عشر : مقارنة بين النظام القانوني الإسلامي وامظمة المدونات القانونية** |
| **الوحدة الرابعة عشر : مبادرات تدوين قواعد النظام القانوني الإسلامي** |
| **الوحدة الخامسة عشر : الأنظمة القانونية وتاثراتها المختلفة** |