الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة قسنطينة 1 الإخوة منتوري

كلية الحقوق

المرجع : 08/ م.م.ع/2024.

قسنطينة في : 27 فيفري 2025

مستخرج من محضر إجتماع المجلس العلمي

بتاريخ : 19 ديسمبر 2024

يشهد السيد رئيس المجلس العلمي لكلية الحقوق بجامعة قسنطينة 1 الاخوة منتوري بأن المجلس العلمي في إجتماعه بتاريخ : **19 ديسمبر 2024**، قد صادق على المطبوعة البيداغوجية للدكتور(ة): **سماعيلي ياسين عبد الرزاق**، تحت عنوان: «مقدمة في القانون المقارن الجزء الاول».

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

مقدمة في القانون المقارن

introduction to comparative law

الجزء الاول

مطبوعة في مقياس القانون المقارن

مقدمة لطلبة السنة الثالثة ليسانس

السنة الجامعية 2024-2025

الفهرس

العنوان	الصفحة
وصف المقرر	1
اولا: اسباب تطور القانون المقارن	1
ثانيا: مضمون مقرر القانون المقارن	2
ثالثا: الاهداف العامة للمقرر	2
رابعا: مفردات المقرر العامة	3
خامسا: طريقة التعليم	3
سادسا: مخرجات التعلم	4
سابعا: وسائل التعليم	5
ثامنا: اغراض التقييم	5
تاسعا: طرق التقييم	5
مقدمة	6
الوحدة الاولى: التعريف بالقانون المقارن واهمية دراسته	**8**
المحاضرة الاولى: مفهوم القانون المقارن	**11**
الفرع الأول: إشكالية المصطلح	11
أولا: الاصل اللاتيني للمصطلح	12
المصطلحات المستبعدة	12
ترجيح مصطلح (القانون المقارن)	13
ثانيا: الاصل الاسلامي من (علم الخلاف) الى (الفقه المقارن)	13
مصطلح علم الخلاف واصنافه	14
مصطلح الفقه المقارن	16
الفرع الثاني: تعريف الفقه المقارن	18
الفرع الثالث: صور القانون المقارن	19
اولا: القانون المقارن الوصفي	19
ثانيا: القانون المقارن التطبيقي	19
ثالثا: القانون المقارن المجر	19
المحاضرة الثانية: طبيعة القانون المقارن	**20**
الفرع الاول: القانون المقارن علم مستقل	20
الفرع الثاني: القانون المقارن مجرد منهج	21
الفرع الثالث: القانون المقارن علم وطريقة بحث	22
اولا: الازدواجية	23
ثانيا: الترابط	23
المحاضرة الثالثة: اهمية القانون المقارن	**24**

الفرع الاول: الاهمية العملية للقانون المقارن	24
اولا: اهمية القانون المقارن في تقييم القانون الوطني	24
ثانيا: دور القانون المقارن في تطوير القانون المقارن	25
الفرع الثاني: اهمية القانون المقارن في مجال العلوم القانونية	26
اولا: اهمية القانون المقارن في مجال تاريخ القانون	26
ثانيا: اهمية القانون المقارن في مجال علم الاجتماع القانوني	27
ثالثا: اهمية القانون المقارن في مجال النظرية العامة للقانون	27
رابعا: اهمية القانون المقارن في مجال فلسفة القانون	28
خامسا: اهمية القانون المقارن في مجال القانون كعلم	28
الوحدة الثانية: طرق ومناهج دراسة القانون المقارن	**31**
المحاضرة الرابعة: صفات الباحث المقارن والبحث العلمي المميز	**33**
الفرع الاول: موضوعية البحث	33
الفرع الثاني: صفات الباحث	34
اولا: ملكة الذوق السليم ومدى حاجة الباحث اليها	34
ثانيا: قوة الحدس	34
ثالثا: الرصانة العلمية	34
رابعا: الفكر النقدي	35
المحاضرة الخامسة: تطور المنهج المقارن وتعدد مراحله	**36**
الفرع الاول: تطور مناهج المقارنة	36
اولا: المنهج التقليدي (المنهج الوظيفي)	36
ثانيا: تجدد المناهج المقارنة	38
الفرع الثاني: تعدد مراحل البحث المقارن	40
اولا: المرحلة التحليلية	41
ثانيا: المرحلة الاستنتاجية	41
المحاضرة السادسة: اساليب المقارنة وادوات البحث	**42**
الفرع الاول: اساليب المقارنة	42
اولا: المقارنة الافقية والمقارنة العمودية	42
ثانيا: المقابلة او المجانبة	42
ثالثا: المقاربة	43
رابعا: الموازنة	43
خامسا: المضاهاة او المعارضة	43
الفرع الثاني: تعدد ادوات البحث في المقارنة	44
اولا: اللغة	44

ثانيا: التوثيق	44
ثالثا: الانترنت	45
الوحدة الثالثة: غايات النظام القانوني المعاصر	**47**
المحاضرة السابعة: تعريف النظام القانوني المعاصر	**49**
الفرع الاول: التعريف	49
الفرع الثاني: اشكالية المصطلحات	50
اولا: في خصوص استعمال مصطلح (العائلة القانونية)	50
ثانيا: في خصوص استعمال مصطلح (التقاليد القانونية)	50
ثالثا: في خصوص استعمال مصطلح (الانظمة القانونية)	52
المحاضرة الثامنة: تصنيفات الانظمة القانونية المعاصرة	**53**
الفرع الاول: التصنيفات الفقهية للأنظمة القانونية المعاصرة	53
الفرع الثاني: التصنيف المقدم من جامعة اوتاوا بكندا	57
المحاضرة التاسعة: القانون المقارن وغايات الانظمة القانونية المعاصرة	**59**
الفرع الاول: الغاية العلمية من تطور القوانين الى القانون المقارن	59
الفرع الثاني: الغاية النقدية معالجة القانون الوطني من الخارج	60
اولا: النقد التاريخي	60
ثانيا: نقد مضمون القانون	61
ثالثا: تطوير المناهج	61
الفرع الثالث: غاية الانتشار دوليا التعريف بالقانون الوطني	61
الوحدة الرابعة: خصائص النظم القانونية المعتمدة على السوابق القضائية	**64**
المحاضرة العاشرة: مفهوم السابقة القضائية:	**64**
الفرع الاول: تعريف السابقة القضائية	65
الفرع الثاني: قيام السابقة القضائية على نشر الأحكام القضائية.	66
الفرع الثالث: آثار السابقة القضائية	67
المحاضرة الحادية عشر: أهمية السابقة القضائية وعيوبها	**68**
الفرع الاول: مبررات العمل بالسابقة القضائية	68
الفرع الثاني: عيوب السابقة القضائية	70
المحاضرة الثانية عشر: تطبيقات السابقة القضائية في النظم القانونية المعاصرة	**72**
الفرع الاول: السابقة القضائية في النظام القانوني الأنجلوسكسوني.	72
الفرع الثاني: السابقة القضائية في النظام القانوني الروماني– الجرماني	73
الفرع الثالث: السابقة القضائية في النظام القانوني الإسلامي	74
الوحدة الخامسة: النظام القانوني الانجليزي	**78**
المحاضرة الثالثة عشر: أسس النظام القانوني البريطاني	**80**
الفرع الاول: الأسس التاريخية.	80

الفرع الثاني: الأسس الدستورية والسياسية.	84
المحاضرة الرابعة عشر: مكانة القضاء في النظام القانوني البريطاني	**88**
الفرع الاول: مكانة القضاء كسلطة في الدولة.	88
الفرع الثاني: مكانة القضاء كمصدر للقانون	90
الفرع الثالث: مكانة القاضي في النظام القانوني البريطاني	92
المحاضرة الخامس عشر: خصوصية النظام القانوني البريطاني.	**93**
الفرع الاول: خصوصية مفهوم القاعدة القانونية في النظام القانوني البريطاني	93
الفرع الثاني: خصوصية تقسيم القانون في النظام القانوني البريطاني	94
الوحدة السادسة: النظام القانوني الامريكي	**98**
المحاضرة السادسة عشر: الارتباط التاريخي للنظام القانوني الأمريكي بنظام الكومن لو:	**100**
الفرع الاول: اعتماد النظام القانوني الإنجليزي.	100
الفرع الثاني: تشكيل "الكومن لو" الأمريكي	100
المحاضرة السابعة عشر: خصوصية هيكلة النظام القانوني الأمريكي	**104**
الفرع الاول: خصوصية البنية الدستورية والسياسية: تكريس فكرة الفدرالية	104
الفرع الثاني: خصوصية التنظيم القضائي: أهمية مكانة المحكمة العليا.	105
اولا: تشكيل المحكمة العليا	106
ثانيا: صلاحيات المحكمة العليا	107
الفرع الثالث: خصوصية مصادر القانون: تطور مكانة التشريع في البنية القانونية	108
اولا: القضاء المصدر التقليدي	109
ثانيا: التشريع مصدر في تطور	109
المحاضرة الثامنة عشر: أهمية دور مؤسسة رقابة دستورية القوانين وتأثيرها في النظام القانوني الأمريكي:	**111**
الفرع الاول: نشأة الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الواليات المتحدة الأمريكية.	111
الفرع الثاني: صور الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الواليات المتحدة الأمريكية	112
اولا: الرقابة عن طريق الدفع بعدم الدستورية	112
ثانيا: الرقابة بطريق المنع (الامر) القضائي	112
ثالثا: الرقابة عن طريق الحكم التقريري	112
الفرع الثالث: تقدير الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الواليات المتحدة الأمريكي	115

وصف المقرر:

يعد مقرر تدريس القانون المقارن مادة هامة جدا وضرورية للغاية في مجال الدراسات القانونية. تطرح اسئلة مثيرة للنقاش. وتحليلات مختلفة لمعظم النظريات والمنهجيات التي اعتمد عليها القانون المقارن. فهي بمثابة دليل منطقي لضرورة دراسة الانظمة القانونية.

في طيات هذه الاوراق نقدم للباحث القانوني نظرة عامة معقولة وحساسة للمدارس والموضوعات والمشاكل والتحديات التي تواجه عند تدريس القانون المقارن. حاولنا ان يقدم بشكل موضوعي الاشكالات التي تعترض الدارس في القانون المقارن بطريقة ترفع مستوى النقاش العلمي وتقدم نبراسا بسيطا. خاصة في عصرنا الحالي وان يكون بأسلوب حيوي وبسيط لكي نثبت للطالب اهمية الموضوع.

اولا: اسباب تطور القانون المقارن

تطور القانون المقارن في العصور الحديثة حيث أصبح له دور في التشريعات الوطنية للكثير من الدول. وهذا لعدة اسباب.

أ. ظهور العولمة

تعد من اهم التحديات التي تواجه القانون المقارن في الوقت الحاضر. واهمها التجارة الدولية. التي تسعى الى تحرير التجارة الدولية وكسر الحدود الجغرافية وتوحيد قواعد التجارة الدولية من اجل خلق نظام قانوني متكامل يعتبر نموذجا لقانون مشترك تقتدي به كل التشريعات الوطنية. وهذا ما جعل معرفة القانون المقارن أكثر من ضرورة للفقيه اليوم. وعليه البحث عن حلول قانونية جديدة ومبتكرة في مواجهة المستجدات. كما انتقلت العولمة لاحقا الى القانون الدولي العام (القضاء والقانون الدولي الجنائي) وتبدأ العملية من ابراز نقاط الاختلاف والتشابه بين القوانين، لكي توفر مؤشرات على معرفة محتوى القوانين الاجنبية، وتكشف للفقهاء الوطنيين خصائص او التناقضات التي تقلت منهم في بعض الاحيان.

ب. التغيرات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية

تعد تغير الظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية لها دور بالغ في تجديد القوانين فهي بحاجة الى تغير باستمرار بغية تهذيبها واصلاحها ولا يمكن ان يتم الا بدراسة قوانين الشعوب الاخرى وهذا ما تقدمه الدراسات القانونية المقارنة نحو الانسياق نحو تنسيق القوانين تحت رعاية هيئات مثل مؤتمر لاهاي للقانون الدولي

الخاص وغيرها[1]. وهي تعتمد على اليات ثلاث هي الاتفاقيات والعقود الدولية وعبر المنظمات الدولية والقضاء الدولي.

غير ان عولمة القانون في كل المجالات لا يمكن ان يتحقق فاختلاف مصادر واهداف وسبب نشأة القانون يؤدي الى التنوع وهو امر طبيعي يتحتم علينا التعايش والتنسيق من اجل تحقيق الاستقرار لكل شعوب العالم.

ت. **التكنولوجيا**

تعتبر التكنولوجيا من التحديات الكبرى التي تواجه القانون المقارن في المستقبل فهي تساهم في زيادة حجم المبادلات التجارية الدولية. وتعقيد القضايا القانونية المرتبطة بالجنسية وخاصة الابتكارات العلمية مما يستوجب التضامن القانوني وتوحيد اللوائح والانظمة القانونية بين الدول المختلفة فكل دولة لديها اعتباراتها الخاصة ومصالحها المتنوعة مما يعني ضرورة وجود مفهوم قانوني جديد يتماشى مع تلك الاختلافات ويحقق التضامن والعدالة بين الدول.

ومن هذا المنطلق تبرز اهمية دراسة القانون المقارن. باعتبارها اضافة قيمية وعلمية يستفيد منها الطالب في تكوينه في مجال العلوم القانونية.

ثانيا: مضمون مقرر القانون المقارن

حيث يتضمن هذا المقرر على:

- دراسة المنهج المقارن واهم خصائصه.
- اهمية مرجعية النص القانوني في كل الدول
- مقارنة بين مختلف الانظمة القانونية المعاصرة

ثالثا: الاهداف العامة للمقرر: باختتام دراسة مقرر القانون المقارن

- ان يدرك الطالب المرجعية القانونية للقاعدة القانونية.
- ان يعرف الطالب طرق واساليب دراسة القانون المقارن.
- ان يعرف الطالب ان الفلسفات القانونية في العالم متعددة ونسبية مما تثير فضوله وتفكيره النقدي.
- ان يتجاوز الرؤية المحلية في معالجة القضايا القانونية.
- ان يعالج القانون الوطني لتقديم أفضل الحلول القانونية ما يتوافق مع الحاجات الاجتماعية للمجتمع.
- ان يعرف الطالب ضرورة اكتساب المعرفة الأساسية حول النظم القانونية المعاصرة الرئيسية.

[1] بقشيش خديجة: مقال (جهود توحيد القوانين في ضوء فكرة العولمة القانونية) المجلة الاكاديمية للبحوث القانونية والسياسية المجلد السادس العدد الاول. 2022م. ص ص1319.. 1320.

- ان يعرف ان تطوير النهج المقارن من خلال توجيههم لرسم أوجه الفروق والتشابه بين الانظمة القانونية المختلفة والتأكيد على خصوصياتها في معالجة مشكلة معينة.
- ان يدرك الطالب فوائد التطبيقات القانونية دراسات مقارنة، لتغذية تفكيرهم النقدي على أساس تحليل الحلول المعتمدة في دول أخرى.
- ان يعرف الطالب اهمية ديناميكيات التفاعل والتثاقف بين النظم القانونية في سياق العولمة والمنافسة بين الأنظمة القانونية.
- ان يعرف الطالب خصائص الأنظمة القانونية وتأثراتها المختلفة.
- ان يتمكن من اجراء مقارنة واستخلاص الخصائص والمبادئ لكل نظام واستقراء ما بينها من عوامل مشتركة او اختلافات.
- تشجيع الطلاب على الاستمرار في تعميق معرفتهم الواسعة بالمجال والمتنوع. عبر المؤتمرات والندوات العلمية.

رابعا : مفردات المقرر العامة:

- التعريف بالقانون المقارن وأهمية دراسته
- طرق ومناهج دراسة القانون المقارن.
- غايات النظام القانوني المعاصر.
- خصائص النظم القانونية المعتمدة على السوابق القضائية.
- النظام القانوني الإنجليزي.
- النظام القانوني الامريكي
- خصائص النظم القانونية المعتمدة على النص التشريعي.
- تطور ونمو وانتشار أسلوب المدونات القانونية.
- النظام القانوني الفرنسي
- خصائص النظام القانوني الإسلامي.

خامسا: طريقة التعليم

سيتم اعطاء هذه الموضوعات في شكل محاضرات تفاعلية بحيث يقلل من عدد المونولوجات أي عدم الاعتماد على الاستاذ للحصول على المعلومة. ومن الناحية المثالية ان تقدم من طرف الاستاذ الى الحد الادنى مع فتح باب المناقشة مع الطلبة. وقد تتصارع المناقشات داخل الحصة احيانا مع موضوعات مثيرة

للجدل وعلينا تشجيع الافكار الواردة من الطلبة خلال ممارسة النشاط. واحترام وجهات النظر المختلفة لضمان ان بيئة الفصل الدراسي هي بيئة يشعر فيها جميع الطلاب بالراحة للمشاركة.

كما نستخدم طرق التدريس المختلفة (مناقشات، تبادل، دراسات الحالات).

يفترض أن الطالب كان على علم مسبق قبل كل محاضرة بالوثائق المقترحة (السوابق القضائية، النصوص التشريعية، إلخ).

سادسا: مخرجات (نواتج) (محصلات) التعلم

بعد دراسة الطالب لهذا المقرر سيكون قادرا على ما يلي:

أ. على صعيد المعرفة والفهم Knowledge & Understanding:

يتوقع من الطالب ان يكتسب مجموعة من المعارف والمهارات والقيم منها:

- تغيير رؤيته في تحليل القاعدة القانونية الوضعية خاصة المرجعية الاصلية المنشئة للقاعدة القانونية.
- يشرح طرق تصنيف الانظمة القانونية
- إدراك ان تقسيم القانون الى عام وخاص هو مسالة اكاديمية بحتة وان القانون واحد ومرجعياته هي المختلفة.
- يحدد الانظمة القانونية المقارنة.
- يستعرض النظام القضائي المقارن في الانظمة المختلفة.

ب. على صعيد المقدرات الذهنية Intellectual Abilities

يتوقع من الطالب ان يمتلك مجموعة من المعارف والمهارات والقيم منها:

- ان يكشف ويحلل الفروقات بين الأنظمة القانونية المقارنة
- ان يلتزم بالموضوعية خلال المناقشة.
- يقيم طرق ووسائل وشروط المقارنة بين الأنظمة القانونية.
- يناقش الأنظمة القانونية المقارنة.
- يقارن بين الأنظمة القضائية.
- يبرر طبيعة الاختلاف بين النظم القانونية.

ت. على صعيد المهارات العامة العملية Practical Skills

يتوقع من الطالب ان يمتلك مجموعة من المعارف والمهارات والقيم منها:

- يستخدم القانون المقارن في معالجة القانون الوطني.
- يصنف الأنظمة القانونية

- يقيم الأنظمة القانونية
- يوثق بعض الإشكالات بين الأنظمة القانونية.

ث. على صعيد المهارات العامة القابلة للانتقال General Transferable Skills

يتوقع من الطالب ان يمتلك مجموعة من المعارف والمهارات والقيم منها:

- ان يتقبل المشاركة المجتمعية عبر المشاركة في موضوعات النقاش.
- يتواصل مع اعضاء هيئة التدريس والطلاب لتطوير أنفسهم ومهارتهم ذاتيا.
- يستخدم القانون المقارن في مراجعة وتطوير التشريعات الوطنية.
- يعد الدراسات المقارنة في مجال القانون والقضاء.
- يواصل البحث عن أفضل الممارسات والتجارب في مجال القانون والقضاء.

سابعا : وسائل التعليم

- توفير خطة درس تفصيلية تكون مصحوبة بمجموعة من النصوص والسوابق القضائية.
- إلزامي توافر المؤشرات الببليوغرافية للمراجع المتوفرة في مكتبة كلية الحقوق.
- تقديم المستندات الأخرى، إذا لزم الأمر، إلكترونيًا.
- يُشجع بشدة على القراءة المسبقة للنصوص المختلفة من أجل تسهيل فهم الأسئلة التي يتم تناولها خلال المحاضرة وتجميع الأفكار.

ثامنا: أغراض التقييم

- يجب ان يشجع التقييم التعلم ويعززه.
- يجب ان يتيح التقييم اصدار احكام قوية وعادلة حول اداء الطالب.
- يجب ان تكون ممارسات التقييم عادلة ومنصفة للطلاب وتمنحهم الفرصة لإثبات ما تعلموه.
- يجب ان يحافظ التقييم على المعايير الاكاديمية.

تاسعا: طرق التقييم:

التقييم يتكون من جزأين:

أ. اجراء امتحان في مجال مغلق حيث لا يسمح بالرجوع الى أي كتاب او دفتر الملاحظات الخاص بموضوع معين يتم إجراؤه في الفصل بقيمة 40٪ من العلامة النهائية.

ب. إجراء امتحان في مجال مفتوح من خلال الرجوع الى أي كتاب او دفتر الملاحظات الخاص بالموضوع ويكون نهائي في الفصل بنسبة 60٪ من العلامة النهائية.

مقدمة:

غالبا ما ينتقد علماء القانون (القانون المقارن) كونه مبالغ فيه، ويفتقر الى منهجية متماسكة ومجال محدد بدقة، فهو مجال واسع النطاق، وحدوده غامضة احيانا، يحتم دراسة الإطار المؤسساتي للأنظمة القانونية بأكملها، بينما في احيان اخرى مع مشاكل قانونية خاصة جغرافيا او لها خصوصية تاريخية، وفي بعض الاحيان دراسة القانون الموضوعي، بينما في اخرى دراسة الاجراءات او المؤسسات او الثقافة القانونية حيث نستعين في بعض الاحيان بأدوات علم الانتربولوجيا والفلسفة وعلم الاجتماع والعلوم السياسية والاقتصاد والتاريخ مما جعل التحليل المقارن نظرا لهذا النطاق الواسع أكثر تعقيدا. مما اتخذ العديد من علماء القانون موقفا نقديا تجاه الميدان على الرغم من وجود (القانون المقارن) منذ مونتسكيو في القرن الثامن عشر وبشكل غير رسمي يمكن ارجاع جذوره الى ارسطو والى الحضارات الاولى الفرعونية وما بين النهرين.

ربما بسبب اتساع نطاق موضوعاته كتخصص أكاديمي، غير انه حاليا مازال في حالة غير مكتملة من النمو حتى ان بعض الفقهاء في القانون يتحسر عن ركود المجال، بسبب القليل من البحوث حتى ان البعض منهم جادل حول اندثار القانون المقارن او يجب اعدامه.

وإذا اعترفنا بوجوده فان البعض ينظر بانتقاد حول الاهتمام بالتقاليد القانونية الغربية دون غيرها، كما يتسع في نطاق موضوعاته الى القضايا القانونية على المستوى الكلي فهو القانون فوق الوطني ويوفر الاسس لتحليل بين الانظمة القانونية المختلفة ويوفر الادوات لشرح وتنبؤ وتطور الانظمة القانونية المحلية، ويساعد على فهم المزيد بشكل عام ما هو ضروري لجميع الانظمة القانونية وما هو نتاج الجغرافيا وما هو حادث تاريخي.

وبعد هذا التحليل المختصر يستلزم قبل تقديم هذه الدراسة ان نبدي ملاحظتين علميتين أحدهما تتعلق بمصادر القاعدة القانونية والثانية تتعلق بمبررات ضرورة وجود القاعدة القانونية.[2]

الملاحظة الاولى: غالبا ما تشير الدراسات حول مصادر القاعدة القانونية من الناحية الشكلية فحسب دون النظر الى الناحية المادية لها. حيث تشير هذه المصادر الى نوعها وقيمتها القانونية وترتيبها على اساس احترام القاعدة السفلى للقاعدة الدنيا. وتتجاهل المصدر المادي للقاعدة القانونية وهو السبب المنشئ لها. تلك المصادر الاجتماعية والتاريخية والدينية والايديولوجية والاقتصادية والثقافية والسياسية.... الخ وهي

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

المصادر التي تستلهم منها الاحكام التشريعية في أي نظام قانوني. وبعبارة أوضح هي مجموعة الحقائق والاسباب والعلل والمرجعيات التي نحت منها محتوى النظام القانوني.

اما الملاحظة الثانية: فهي كيف نجسد القانون امام الجمهور هذا الكيان المركب والمعقد لكي يبدو في ظاهره متناسق الاطراف. أي البحث عن الاسس الموضوعية لهذه القاعدة يأتي الخطاب التأسيسي للقانون من خلال اعطاء نظرة خاصة للحياة ومتطلبات تنظيم الافراد داخل المجتمع. يرمي الى اعطاء العامل القانوني مشروعية ضرورية للتطبيق.

هاتان الملاحظتان هما المصدران الجوهران في أي نظام قانوني فجميع الدول تتسابق وتتنافس في البحث لوضع انظمة قانونية تتماشى مع خصوصية مجتمعها. والعودة الى مرجعيتها الاصلية في بناء القاعدة القانونية. كما هي ملزمة بمواكبة كل التطورات التي تحدث داخلها وخارجها. وهذا الطرح يحيلنا الى التساؤل حول مستقبل الانظمة القانونية. وهنا نقف امام بعدين اثنين:

البعد التاريخي: حيث يشير الى مستقبل الانظمة القانونية اما الفناء والاندثار التي لم يبقى منها سوى بعض الاثار واما ضرورة التطور والبقاء مثل الانظمة القانونية المعاصرة التي تستمد منها مختلف الدول انظمتها.

اما البعد الثاني: هو ضرورة التنسيق بين الانظمة القانونية المختلفة لضرورة التعايش ولا يتم الا بالوقوف **امام** معيار المقارنة حيث نقف امام العناصر المشتركة القائمة بينها فهي مجموع المبادئ والنظريات والقواعد القانونية المطبقة على نطاق واسع في مختلف دول العالم وهذا ما يعرف **بالقانون العالمي**. فضلا عن تطور العلاقة بينها فرضتها العولمة والاتصال والتكنولوجيا والتجارة الدولية مما يؤدي الى ضرورة وجود تناسق او احيانا تطابق رغم اختلاف المرجعيات الاصلية. حيث نتجه نحو **عولمة القانون**. ومن مظاهرها اصبحت حقوق الانسان ذات بعد عالمي، ومحكمة العدل الدولية وصندوق النقد الدولي. فاذا استحال تطبيقها عالميا فنحن امام محاولة ابراز الاختلاف فأحيانا تكون جوهرية فنكون امام ضرورة طبيعية هي التنوع والاختلاف والتعايش. ولهذه الاسباب ازداد الاهتمام بالقانون المقارن في وقتنا الحاضر أصبح ضرورة حتمية لسببين:

اعتبار علمي: بحت لأنه علم له مصادره ومناهجه والياته. يحتل فيه المنهج المقارن العمود الفقري.

اعتبار عملي: تعمل على إدخال تعديلات لتحسين النصوص القانونية. بسبب التطورات الحاصلة داخليا وخارجيا. والتي تؤثر بشكل مباشر او غير مباشر تؤدي الى تطوير او تغيير الانظمة القانونية او ربما تؤدي الى نشأة انظمة قانونية جديدة.[3]

الوحدة الاولى

التعريف بالقانون المقارن واهمية دراسته

ملخص:

القانون المقارن هو دراسة مقارنة بين النظم القانونية المختلفة في مختلف أنحاء العالم. وهو مجالًا هامًا حيث يساهم في فهم التشابهات والاختلافات بين الأنظمة القانونية، ويساعد في تحليل القوانين والسياسات القانونية بشكل أعمق. وبالتالي، أداة ضرورية للتفاهم الدولي والتعاون القانوني بين الدول المختلفة.

ويعتبر أساسيًا في القرن الحادي والعشرين، حيث تتزايد العلاقات الدولية والتبادل التجاري والاقتصادي بين الدول المختلفة. كما يمكن للمحامين والقضاة والباحثين القانونيين فهم التشريعات والأنظمة القانونية في بلدان أخرى، مما يمكّنهم من التعامل مع القضايا ذات الصلة بكفاءة أكبر وفهم أعمق. بالإضافة إلى ذلك، يساهم في تبادل الخبرات والمعرفة القانونية بين الدول، مما يعزز التعاون الدولي والفهم المتبادل بين الأنظمة القانونية.

اهداف الوحدة

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

- ان يعرف أصل مصطلح (القانون المقارن)
- أن يقف على سبب رفض مختلف المصطلحات الاخرى.
- أن يدرك ان للمسلمين سباقون في تناوله ولهم مصطلح مستقل.
- أن يدرك ان مصطلح (القانون المقارن) رغم ترجيحه يبقى منتقدا.
- ان يحدد مفهوم القانون المقارن
- ان يقف على مختلف فروع القانون المقارن وصوره وتصنيفاته
- ان يعرف أهمية القانون المقارن في المنظومة القانونية للدولة.
- ان يعرف أهمية القانون المقارن نظريا وتطور علاقته بمختلف العلوم الإنسانية والاجتماعية.

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

موضوعات الوحدة: التعريف بالقانون المقارن واهمية دراسته

تتناول هذه الوحدة ما يلي:

المطلب الأول: مفهوم القانون المقارن

المطلب الثاني: طبيعة القانون المقارن

المطلب الثالث: أهمية القانون المقارن

تمهيد:

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: [4]

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 :

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

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[5]:

.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 [6].

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.

توطيد 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.

---

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

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

المحاضرة الاولى

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.[7]

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

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

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).

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 [8]

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 Lambert 1866–1947) 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)

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

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)[9]

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 عبر عنه الفقيه الفرنسي Rene David ان عبارة القانون المقارن هي عبارة تعيسة من المفترض ان تضيف له قيمة معينة ومن الاحسن تجنبها [10] 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).

---

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

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

1) : مصطلح علم الخلاف واصنافه[11]

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)[12]

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 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.

---

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

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

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 [13].

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

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

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)[14].

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.

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)[15]. توفي سنة 1878م[16].

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.

---

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

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

[16] 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.

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 [17]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)[18]

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

تعريف المؤتمر الدولي .عرفه المؤتمر الدولي للقانون المقارن المنعقد في لاهاي عام 1937 بأنه قانون يبحث عن أوجه التشابـه 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.)

---

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

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

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[19]. فهو التطبيق المنهجي لتقنية المقارنة التي من خلالها معرفة قيم الحياة البشرية وتقييمها.

الفرع الثالث: صور القانون المقارن

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

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.

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[20] التي سوف نبينه فيما يلي:

الفرع الاول: القانون المقارن علم

الفرع الثاني: القانون المقارن منهج

الفرع الثالث: القانون المقارن علم ومنهج

الفرع الاول: القانون المقارن علم مستقل

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

تأسست هذه النظرية من تعريف بوانكريه للعلم بانه "العلم هو قبل كل شيء تنظيم وتصنيف يسمح بالتقريب بين وقائع لا علاقة لها في الظاهر" ومن ثم اعتبر القانون المقارن هو علم طالما انه يبحث في السمات المشتركة بين الانظمة القانونية المختلفة بغية اعطاء تصنيف لها، وطالما ان لكل علم منهج فمنهج القانون المقارن هو الطريقة المقارنة.

وقد ظهر هذا الراي خلال مؤتمر لاهاي سنة 1937 على انه: (العلم الذي يعمل على المقارنة بين تشريعات البلدان المختلفة لاستخلاص أوجه الشبه والاختلاف) ويتزعم هذا الاتجاه كل من االفقيهين (Raymond Saleilles) و (Edouard Lambert) على انه علم قائم بذاته يتميز بخصائصه ومناهجه وتقنياته ومصادره تماما كباقي العلوم كعلم النفس وعلم الاجتماع وعلم التاريخ وعلم الأديان وعلم اللغات. هدفه وضع قانون عالمي يبحث عن القواعد المشتركة بين الشرائع والنظم المختلفة.)[21]. فالقانون المقارن هو فرع من فروع المعرفة القانونية موضوعه التقريب المنظم والممنهج بين المؤسسات القانونية لعدة دول[22]. وهذا ما يسمى بالقانون المشترك للإنسانية بتعبير (Mario SARFATTI) و(VECCHIO DEL. G) الايطاليين او القانون المشترك العالمي بتعبير (Raymond Saleilles) او القانون المشترك التشريعي بتعبير(Edouard Lambert) وفكرة ان القانون المقارن علم تعود الى المدرسة التاريخية التي ترى بان القانون نسبي ومتغير بسبب ضغط القوى الاجتماعية. خاصة منها الاقتصادية. وجاء ليفسر التحولات الطارئة في الحياة التشريعية واستخراج القواعد التي تحكم تحولات الحياة الاجتماعية. أي ان هذا القانون المشترك لا يمكن ان يكون الا نتيجة مقارنة (قوانين البلاد المتحضرة) غير ان الاختلاف بين الفقيهين حول ماهية القانون المقارن:

اما الفقيه (Edouard Lambert) قسمه الى قسمين

الموضوع الأول: علم الظواهر القانونية:

وهو العلم الذي يكشف ما بين الظواهر القانونية من صلات وأسباب نشوؤها وتطورها. سواء ما تعلق بالمقارنة بين الشرائع الحالية او القديمة. أي البحث عن أصل وتطور القواعد القانونية.

الموضوع الثاني: تقنية التشريع المقارن:

وغايته البحث في الشرائع المقارنة عن الأسس المشتركة لتكملة القوانيين الوطنية وتطويرها، وهو بهذا المعنى الأخير لا يشكل علما بل مجرد فن.

---

[21] عصام نجاح: القانون المقارن والانظمة القانونية الكبرى مرجع سابق ص2.

[22] احمد ادريوش: القانون المقارن: مرجع سابق. ص13

اما الفقيه (Raymond Saleilles) فاعتبر ان القانون المقارن هو علم قائم بذاته لان القصد من ورائه هو استخلاص قواعد قانونية جديدة ومشتركة للإنسانية المتحضرة. من خلال دراسة الشرائع المختلفة من ناحيتها الاجتماعية. وتنظيمها في طوائف مستخلصا نماذج للنظم القانونية المختلفة ويكون هذا النموذج هو القانون المقارن المشترك للإنسانية. غير انه لا يمكن الوصول الى هذه النتيجة المستحيلة. بل إنه قانون مشترك للدول التي يوجد بينها تشابه أو الاتحاد في المدنية والتحضر. (Le droit commun de humanité civilisée)'اوانتقد هذا المذهب باعتباره متأثرا الى حد كبير بالقانون الطبيعي واعتبره القانون المثالي للإنسانية. بحيث انه لم يستطع إعطاء تعريف موحد للقانون المقارن. كما ان الخلاف حول طبيعة القانون المقارن ووظيفته أدى الى زيادة غموضه.

الفرع الثاني: القانون المقارن مجرد منهج

يعتبر اصحاب هذا الراي انها مجرد طريقة من طرق البحث في المجال القانوني يكون هدفه مقارنة القوانين فلا هو بالعلم ولا بالفرع القانوني بل يساعد الباحث في توحيد او تعديل القوانين الوطنية، او التمييز بين النظم القانونية القديمة او استخلاص المبادئ العامة في القانون. ويتم تطبيق هذه الطريقة لأغراض مختلفة على سبيل المثال في سياق تنفيذ قاعدة من قواعد القانون الدولي الخاص فمن الضروري اللجوء الى القانون المقارن لمعرفة القوانين المراد تطبيقها. ويقوم هذا الاتجاه على ان القانون المقارن كمنهج مثله كعلم اللاهوت المقارن والادب المقارن.

وأشهر من قال بهذه النظرية (C .H GUTTERIDGE) في كتابه حول القانون المقارن سنة 1946 ووفقا له يجب تشجيع جميع الفقهاء على العمل بالقانون المقارن. كما دافع العميد كاربونيه عن هذه النظرية من خلال تعريف القانون المقارن بانه (تطبيق المنهج المقارن على القوانين التي تمارس في مختلف البلدان في عصرنا هذا) حيث يهدف القانون المقارن الى تحقيق ثلاث مسائل

اولها ان الدراسة المقارنة تحدد موضوعا لها ثم تتعمق فيه. وهذا يتطلب معرفة بالقوانين المقارنة محلية ام اجنبية. **وثانيا** ان هذه الدراسة لا تتم الا بمقارنة قواعد القانون الوطني بما يقابلها في القانون الاجنبي. بل بصورة أعمق اذ نجد المقارنة تتم مع المنهج العام للقانون الاجنبي في بنيته وهيكله ومصادره. **وثالثا** ان الطريقة المقارنة تبعد الباحث عن المسائل الفلسفية المجردة وتقربه أكثر من القوانين النافذة على ارض الواقع. وقد تأثر بهذا الراي المنادي بان القانون المقارن هو مجرد منهج كلا من الفقيهين الايطالي (اسكاريلي) والفرنسي (دافيد)

وعلى الرغم من واقعية الطرح الثاني الا انه يحمل تناقضا اذ يشترط ان تكون الدراسة في إطار المنهج الكامل فتدرس النصوص القانونية وهي في حالة حركية على ضوء غايتها الاجتماعية. والاقتصادية وهذا ما يجعل منتقدي هذ الطرح يتساءلون إذا تم تحديد هذه الغاية للدراسة الا يجعل هذ الامر من القانون المقارن علما[23].

الفرع الثالث: القانون المقارن علم ومنهج

وإذا اخذنا بالراي الراجح ان اعتبار القانون المقارن علما فهذا لا ينفي خاصية المنهج كذلك. فهو تطبيق منهجي لتقنية المقارنة فهو علم ومنهج يتم من خلالها معرفة قيم الحياة البشرية وتقييمها انه ليس قانونا في حد ذاته لكنه طريقة للنظر الى المشكلة القانونية وهو نهج مقارن لدراسة القوانين والمؤسسات القانونية في بلدين او اكثر فهناك تواجد ثنائي العلم والمنهج مترابطان شديد الارتباط فينظر الى القانون المقارن على انه علم من زاوية انه يستعمل كأداة لمقارنة قاعدتين قانونيتين او مؤسستين تشريعيتين من شانه ان يؤدي الى الحصول على معلومات علمية جديدة مثل أصل وتاريخ القاعدة القانونية والتعرف على مصادرها. وبعبارة أكثر وضوحا ان القانون المقارن هو علم يمهد لاستخدام المنهج المقارن.

حيث ان المقارنة وان استعان فيها الباحث ببقية المناهج الأخرى كالتحليل او الوصف او التأصيل التاريخي. فانه يظل كمنهج مستقل عن بقية المناهج العقلية الأخرى. حيث يصف الفقيه ايميل دور كايم المنهج المقارن بانه (منهج التجريب غير المباشر) او المنهج شبه التجريبي[24] فهو يجمع بين مميزات المنهج العقلي التجريبي وخاصة المناهج التجريبية حيث اننا لا نستطيع من الناحية العملية ان نطبق النظريات وبعدها القواعد القانونية على الافراد لنرى مدى نجاعتها ثم نعيد التجربة. كما هو الحال في علوم المادة. حتى نتوصل الى ضبط القواعد الملائمة للسلوك الإنساني ومن ثم فان الباحث في العلوم القانونية على وجه الخصوص يمكن الاستفادة من النظريات الاجتماعية والنظم القانونية الناجحة التي طبقت في مجتمعات وبلاد اجنبية. مع مراعاة خصوصية بيئتها وهذا ما يحقق القانون المباشر من تجريب غير مباشر وهو بذلك يستعمل كمنهج للملاحظة ونقل الخبرات مع ضبط المتغيرات المتدخلة في العملية، فهو بمثابة الملاحظة والتجربة في العلوم الطبيعية.

وهكذا يمكننا ان نعرف القانون المقارن بانه علم منهاجي يتحدد موضوعه في الجانبين معا وهما:

---

[23] مطبوعة الأنظمة القانونية: الجامعة السعودية الالكترونية مرجع سابق ص 20

[24] احمد عبد الكريم سلامة: الأصول المنهجية لإعداد البحوث العلمية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر. ص 42.

الجانب الأول: دراسة النظم القانونية الوضعية والغابرة من اجل استخلاص الأصول المشتركة، كما تكشف عن أوجه الاختلاف وتأثير البيئة التي نشا فيها كل نظام. او من اجل توحيد القوانين او التقريب بينها والبحث في مصادرها واصولها وانتشارها الجغرافي.

الجاني الثاني: توظيف الدراسة المقارنة للكشف عما ذكر او لبحث قضايا قانونية، او لتحقيق غايات واغراض القانون المقارن كل ذلك يشكل موضوع هذا العلم المنهاجي [25].

يرى هذا الاتجاه ان القانون المقارن لا يمكن ان يفهم او ان يحدد بالغاية التي يهدف الى تحقيقها سواء كانت التعرف على القانون الأجنبي او حل مشكلة قانونية او تحديد الإطار القانوني لاتفاقية دولية او توحيد القانون بل ان القانون المقارن تتعدد مفاهيمه ووظائفه بتعدد الغايات من ورائه. ويفسر هذا الجمع في فكرتين. الازدواجية والترابط [26] .

أولا: الازدواجية

يهدف القانون المقارن الى تحقيق التقارب والتفاهم بين الشعوب من خلال مقارنة أنظمتها القانونية. ومن ثم وضع قواعد ومبادئ مشتركة بينها. فهو علم في نطاق المقارنة بين التشريعات بعد تبويبها وتنظيمها واستخلاص العناصر الأساسية التي على ضوئها اتقسم الى العائلات القانونية الكبرى.

فأصبح بذلك يمكن تحديد قانون ما الى أي مجموعة ينتمي اليها. وحتى وان ظهر القانون المقارن كوسيلة للمقارنة بين قاعدتين قانونيتين في نظامين مختلفين فان هذه المقارنة سوف تؤدي لا محال الى تحصيل معلومات جديدة مما تجعل القانون المقارن علما أيضا[27].

ثانيا: الترابط

رغم وجود ثنائية العلم والمنهج للقانون المقارن، فانه بالقطع يوجد ترابط شديد بينهما فهو علم يستعمل المقارنة ينتج عنه حصول معلومات علمية جديدة مثل أصل وتاريخ القاعدة ومقوماتها القانونية والتعرف على مصدرها، وبعبارة أكثر وضوحا فإن القانون المقارن علم يمهد السبيل لاستخدام الطريقة المقارنة.

---

[25] احمد ادريوش: مرجع سابق ص16

[26] DAVID (René (et JAUFFRET-SPINOSI (Camille): Les grands systèmes de droit contemporains ،Paris ،Dalloz11 ،- ème édition p12.

[27] مطبوعة الأنظمة القانونية: الجامعة السعودية الالكترونية مرجع سابق ص 20

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 [28]:

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

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

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[29] :

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 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.[30]

2) في مجال القضاء

للقانون المقارن أهمية خاصة تظهر في مساعدة القاضي الى التعرف على أدنى 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:

---

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

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

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:

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[31].

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.[32]

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

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[33]، ومن ثم التعرف على وجود

---

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

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

[33]- René David, Les grands systèmes de droit contemporain, op. Cit. p 3

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[34].

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[35].

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

[34]Bruno de Loynes de Fumichon ; Introduction au droit comparé op cit. P34
[35]TUNC André ; Cours polycopié de Grands systèmes de droit contemporains op cit P 36

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[36] .

المنهج والمنهاج لغة: **الطريق** الواضح ابان واوضح الطريق ونهجه سلكه [37]

مخرجات الوحدة:

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

- إدراك ان مفهوم القانون المقارن يتجاوز مفهوم المنهج الى العلم في الدراسات القانونية.
- بيان مختلف النظريات المتعلقة ب ضبط طبيعة القانون المقارن
- معرفة دور القانون المقارن في مجال العلوم القانونية.

المراجع:

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

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

- 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.
- 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

ملخص:

تعتبر دراسة القانون المقارن من المجالات المهمة في فهم الأنظمة القانونية المختلفة وتأثيرها على بعضها البعض. وتساهم في تحليل التشابه والاختلاف بين النظم القانونية وكيفية تطبيقها في الواقع. بالإضافة إلى ذلك، تساهم الدراسة في توسيع الافق القانوني للفرد وزيادة التفاعل والتبادل المعرفي بين الثقافات والمجتمعات المختلفة. ويعتبر فهم أهمية وغايات دراسة القانون المقارن أمرا ضروريا لبناء قاعدة نظرية قوية للدارسين والباحثين في هذا المجال.

وتعد أهمية دراسة القانون المقارن في تطوير نظرية قانونية شاملة تستند إلى التحليل والمقارنة بين الأنظمة القانونية المختلفة. كما تهدف الدراسة إلى فهم التأثيرات القانونية للعلاقات الدولية والتجارة العابرة للحدود. كما تنطوي على تحليل القضايا القانونية المعقدة بشكل موضوعي ومنهجي، مما يعزز الفهم العميق للتشريعات والأنظمة القانونية المقارنة.

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 الثاني: 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) [38] غير انه في الواقع يمكن استخدامه لمجموعة متنوعة من الاساليب العلمية او العملية فهو ليس فقط منهج تفكير بل هو ايضا منهج عمل [39].

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 خلال إجراء على 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[40].

---

[38] 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’].

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

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

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.

المحاضرة الرابعة

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.[41]

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" [42]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[43]

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
- 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

---

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

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

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

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 الخامسة

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 [44].

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.[45]

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

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

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

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[46]:

ولكي نفهم الفكرة يمكن تقديم مثالين: [47]

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

---

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

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

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.[48]

ثانيا: تجدد مناهج المقارنة [49]

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

[49] 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.[50]

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:

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

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 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 [51]: 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.

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

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 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:[52]

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.

---

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

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. [53]

رابعا، تقديم الحل أو المقترحات لتطوير القانون الوطني.

المحاضرة السادسة

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:

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

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[54].

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

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.

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

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[55].

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 [56].

ثانيا: التوثيق

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

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:

- **الابسيمولوجيا 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 بساعد 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 [57].

والنظام القانوني هو مجموعة القواعد القانونية التي تضم حل المشاكل التي تعترض مشكل ما. فهي المرايا التي تنعكس عليها احداث المجتمع في كافة المجالات.

وعرفها Gerard Corr بانها مجموعة المعطيات المكونة للقانون (سواء كانت شكلية او موضوعية) وهو اسم يطلق على مجموعة من العلامات المميزة لقانون دولة ما بالمقارنة بدولة أخرى والمتعلقة بالمبادئ والمصادر وطرق التفسير والتوجهات المتعلقة بالقانون نفسه)[58].

وتم تجميع النظم المتشابهة تحت مظلة أكبر تدعى العائلة القانونية. أي ان كل قانون ينتمي بالضرورة الى نظام قانوني معين. 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،

---

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

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

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 [59]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.

المحاضرة السابعة

تعريف النظام القانوني المعاصر

اختلف الفقهاء في تعريف النظام القانوني المعاصر. مما جعل الاختلاف في المصطلحات حيث كانت التصورات متباينة [60] 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.[61] 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 .

---

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

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

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

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 .

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[62]

اولا: في خصوص استعمال مصطلح "العائلة القانونية"

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

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[63]"

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 ."

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

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

.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[64]

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 :

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

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

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.[65]

المحاضرة الثامنة

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.[66]

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

[65] (DAVID) et. JAUFFRET-SPINOSI (Camille) ; : Les grands systèmes de droit contemporains op cit p. 42
[66] LEGRAND (Pierre) : Le droit comparé2002 op cit p 22

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 [67]:

أولا: معيار اللغة:

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

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.

67

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 الرومانوجرمانية.

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[68]

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

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

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)

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 التاسعة

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 [69]

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

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

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 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 [70]

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

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

الفكر النقدي للقانون الوضعي الوطني وكذلك الشأن بالنسبة للقانون الأجنبي. ويتعلق هذا الفكر النقدي بالمسائل التالية[71]

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[72] 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

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

---

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

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

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 [73]:

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 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 .

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

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)

الفانون 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 العالم http://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

اهداف الوحدة:

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

- فهم السابقة القضائية وتحديد تاثيراتها
- 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.

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 العاشرة

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.[74]

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

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

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.[75]

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:

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

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.

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. [76]

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،

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

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[77].

المحاضرة الحادية عشر

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

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

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[78] 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.

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.[79]

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 [80]

---

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

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

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

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 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:[81]

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

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 يكون اعتماد القانون أفضل باعتبار أن القاعدة القانونية المكتوبة تتميز بعموميتها 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 الثانية عشر

تطبيقات السابقة القضائية في النظم القانونية المعاصرة

تعتبر 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.[82] 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.[83]

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[84]

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:

---

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

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

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

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 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[85].

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

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

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.[86]

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.

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

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[87]

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:

[87] 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

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

المقدمة:

تعتبر دراسة النظام القانوني الإنجليزي موضوعاً غاية في الأهمية، حيث إن لها تأثيراً كبيراً وعميقاً على الأنظمة القانونية في معظم دول العالم، ولا يمكن التقليل من قيمة هذا التأثير. يتميز هذا النظام بأنه يعد واحداً من أقدم الأنظمة القانونية في التاريخ، ولا يزال يحظى باحترام واسع في الأوساط القانونية والدولية. يحمل هذا النظام في طياته تاريخاً غنياً وتطوراً مستمراً ساهم بشكل كبير في تشكيل العديد من القوانين المعاصرة التي نعتمد عليها اليوم. بالإضافة إلى ذلك، فإن 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.

كرست هذه الوحدة لدراسة النظام القانوني الانجليزي لأهميته فهو موطن القانون العام. الذي يطبق في العديد من الدول االانجلوسكسونية 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[88]. فمثلا (القتل جريمة بموجب القانون العام لإنجلترا) أي ان قتل شخص ما يشكل جريمة في جميع انحاء البلاد.

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. غير ان القانون الإنجليزي يعتبر أصل وام القانون العام الأمريكي. ويعتمد على مبدا فقهي هو استقرار قرارات المحاكم ضمانا لليقين القانوني

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.

المحاضرة الثالثة عشر

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)

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

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) [89] 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 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

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

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 [90]

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

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،

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

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 أّ ن 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 [91]

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 .

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

اولا: السلطة التنفيذية في بريطانيا:

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

1) الملك أو الملكة :

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 [92]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[93]:

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 فارسين 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

[92] مولود ديدان : دباحث في القانون الدستوري والنظم السياسية دار بلقيس الجزائر 2014م ص ص 214- 215
[93] مطبوعة الأنظمة القانونية: الجامعة السعودية الالكترونية مرجع سابق ص 123

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 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 الرابعة عشر

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 [94]

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

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 .

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

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 [95]:

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

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 .

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

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.[96]

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

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

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

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.[97]

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

[97] 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 [98]

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[99]

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.

المحاضرة الخامسة عشر

خصوصية النظام القانوني البريطاني

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

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

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[100]. 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

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

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.

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.[101] 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

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

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 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.[102]

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 .

---

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

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:**

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 يساعد 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 السادسة عشر

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.[103] 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.

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

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.

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.[104]

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.

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

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.[105]

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 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

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

المحاضرة السابعة عشر

خصوصية هيكلة النظام القانوني في الولايات المتحدة الأمريكية[106]

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.

---

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

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

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[107] نظرا لمكانتها داخل المنظومة المؤسساتية وباعتبار أهمية القوانين فيه.[108]

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. [109]

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.[110]

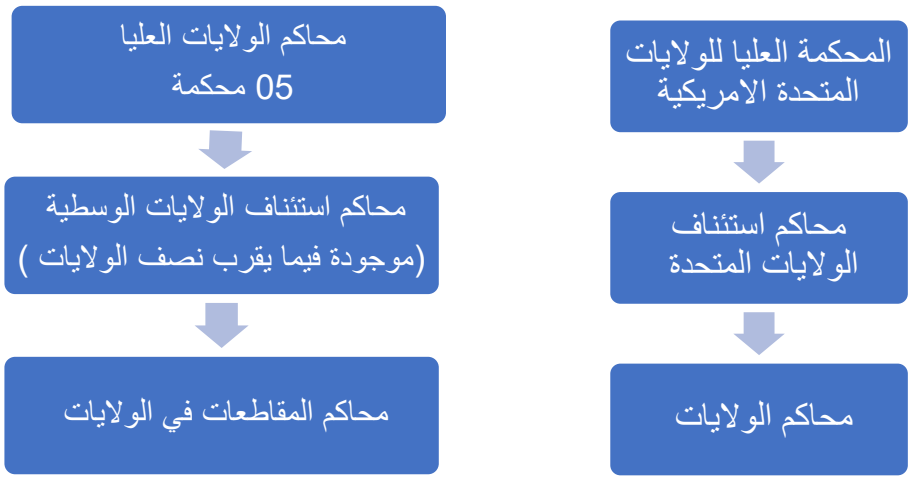
---

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

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

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

[110] 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[111] 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.

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

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.

ثانيا: صلاحيات المحكمة العليا[112]

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.

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

- 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:**

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[113].

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.

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[114]

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:

---

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

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

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.

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 الثامنة عشر

أهمية دور مؤسسة رقابة دستورية القوانين وتأثيرها في النظام القانوني الأمريكي[115]

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

[115] مطبوعة الأنظمة القانونية: الجامعة السعودية الالكترونية مرجع سابق ص 157

.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

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 [116]

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

[116] مطبوعة الأنظمة القانونية: الجامعة السعودية الالكترونية مرجع سابق ص 159

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.

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[117].

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)

[117] عمر العبد الله: مقال (الرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة) مجلة جامعة دمشق المجلد السابع عشر العدد الثاني 2001م ص 15

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

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 [118]

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

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 [119]

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

[118] الفقرة 2 المادة 3 من دستور الولايات المتحدة الامريكية لسنة 1787م المعدل.
[119] مطبوعة الأنظمة القانونية: الجامعة السعودية الالكترونية مرجع سابق ص 160

بمخالفة القانون للدستور ويعني تفسيرها للنظر لمدى ملائمة او عدم ملائمة القانون لظروف البيئة الاجتماعية والسياسية [120] 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

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

[120] نصرت منلا حيدر، طرق الرقابة على دستورية القوانين مجلة المحامون 1975م الاعداد 10و 11 و12 ص ٢

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.