

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الاخوة منتوري قسنطينة 1

محاضرات في القانون المقارن

موجهة لطلبة السنة الثالثة

المجموعة ج

من اعداد: سماعلي ياسين عبد الرزاق

السنة الجامعية: 2023/2022

المجموعة ج

المبحث الاول: مفهوم القانون المقارن

غالبا ما ينتقد علماء القانون (القانون المقارن) كونه مبالغ فيه ويفتقر الى منهجية متماسكة ومجال محدد بدقة, فالقانون المقارن هو مجال واسع النطاق وحدوده غامضة, احيانا يحتم دراسة الاطار المؤسساتي للأنظمة القانونية بأكملها بينما في اوقات اخرى مع مشاكل قانونية خاصة جغرافيا والخصوصية التاريخية وفي بعض الاحيان دراسة القانون الموضوعي بينما في اخرى دراسة الاجراءات او المؤسسات او الثقافة القانونية وتوظف في بعض الاحيان ادوات علم الأنثروبولوجيا والفلسفة وعلم الاجتماع والعلوم السياسية والاقتصاد والتاريخ مما جعل التحليل المقارن متعدد التخصصات نظرا هذا النطاق 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.

ربما بسبب اتساع نطاق موضوعاته كتخصص أكاديمي ولايزال حاليا في مستوى حالة غير مكتملة من النمو حتى ان بعض الفقهاء في القانون يتحسر على ركود المجال، فلا يوجد سوى القليل من هذا المجال حتى ان البعض منهم جادل حول اندثار القانون المقارن او يجب اعدامه. كما ينظر البعض بالنقص النسبي في الاهتمام بالتقاليد القانونية غير الغربية، وانه 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.

إن الاستعانة بالقانون المقارن في وقتنا الحاضر أصبحت ضرورة حتمية خاصة وأن وظيفة القانون أضحت لا تقتصر على فرض الاحترام فقط، بل تعمل على إدخال تعديلات لتحسين النصوص القانونية. عن طريق القانون المقارن فهو ذلك المجال الدراسي المكرس للمقارنة المنظمة بين نظامين قانونيين أو أكثر أو بني عناصر معينة من تلك النظم، من خلال تحليل

مجموعة من الأفكار المشتركة والمختلفة بينها .وللقيام بالمقارنة لذا يجب أولاً دراسة المنهج المقارن وذلك بالتعرف على أساسيات المقارنة وأنواعها والهدف منها.

المطلب الاول: ماهية القانون المقارن

القانون المقارن ليست مجموعة قواعد القانون التي تنظم حياة المجتمع، ولا فرعاً من فروع القانون العام او الخاص، ولكنه دراسة قانونية يقوم على اساس المقارنة بين قانونين او أكثر، مهما كانت التسمية التي اختارها الباحثون له، وسوف نتناول في الفرع الاول قضية المصطلح وفي الفرع الثاني تعريف القانون المقارن

الفرع الاول: قضية المصطلح

جاء هذا المصطلح (القانون المقارن) من المصطلح الفرنسي (Droit compare) والإنجليزي (Comparative Law) والذي اسال الكثير من الحبر حول مسالة المصطلح ثم الطبيعة. حيث جاءت التسمية مضللة حيث ينصرف الى الذهن انه قانون مثل غيره من القوانين كالقانون المدني او التجاري. الامر الذي دفع بالفقهاء عن البحث عن مصطلح يبعد الغموض ومن ثم يتم اقتراحها يستعاض عنها ب (علم القانون المقارن) او الدراسات القانونية المقارنة مثل ما ذهب اليه الالمان الى تسميته (مقارنة القوانين) Rechtsvergleichung وغيرهم استعمل (الطريقة المقارنة) (Méthode Comparative) بل بعضهم استبعد مصطلح القانون وفضل تسمية (الاجتهاد المقارن) (Jurisprudence Comparative) واختار ادوارد لامبير (التشريع المقارن) (La législation Comparée) غير ان اصطلاح (القانون المقارن) هيمن على كتابات الفقهاء ولعل أسباب اختلاف في المصطلح يعود أساساً الى اختلاف الفقهاء في طبيعة القانون المقارن ووظيفته¹. ان تسمية القانون المقارن هي تسمية مضللة حيث ينصرف الى الذهن انه قانون كغيره من القوانين الوضعية كالقانون المدني او التجاري. الامر الذي دفع بالفقهاء الى البحث عن تسميات اخرى عليها تبعدنا عن هذا الغموض الاصطلاحي. فقد ذهب

¹ عيد السلام الترمائني: القانون المقارن والمناهج القانونية الكبرى المعاصرة، ط2 جامعة الكويت 1982. ص ص 18-19
محمد إبراهيم الوالي: دروس في القانون المقارن الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية 1982. ص ص 3-4

الالمان الى تسميته (مقارنة القوانين) Comparaison des Lois واستعمل اخرون عبارة
الطريقة المقارنة Méthode Comparative بل ان البعض فضل استبعاد كلمة قانون
وفضل تسمية الاجتهاد المقارن Jurisprudence Comparative واختار الفقيه ادوارد
لامبير تسمية التشريع المقارن La Législation Comparée

الفرع الثاني: تعريف القانون المقارن

(1) تعريف لامبير (هو العلم الذي يبحث في القواعد المشتركة بين النظم والشرائع المختلفة)

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

(2) تعريف المؤتمر الدولي .عرفه المؤتمر الدولي للقانون المقارن المنعقد في الهاي عام

1937 بأنه قانون يبحث عن أوجه التشابه 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

(3) 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.)

(4) 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.

المطلب الثاني: طبيعة القانون المقارن

ولعل هذا الاختلاف في التسمية يرجع بالأساس الى اختلاف في طبيعة القانون المقارن ووظيفته. وقد نتج عن هذا الاختلاف في التسمية اختلاف في تعريف القانون المقارن.

الفرع الاول: القانون المقارن علم مستقل:

عرفه مؤتمر لاهاي سنة 1937 انه: (العلم الذي يعمل على المقارنة بين تشريعات البلدان المختلفة لاستخلاص أوجه الشبه والاختلاف) ويعرفه كل من الأستاذان (Raymond Saleilles) و (Edouard Lambert) على انه علم قائم بذاته يتميز بخصائصه كباقي العلوم كعلم النفس وعلم الاجتماع هدفه وضع قانون عالمي حيث يبحث عن القواعد المشتركة بين الشرائع والنظم المختلفة).² وفكرة ان القانون المقارن علم تعود الى المدرسة التاريخية التي ترى بان القانون نسبي ومتغير بسبب ضغط القوى الاجتماعية. خاصة منها الاقتصادية. والقانون المقارن جاء ليفسر التحولات الطارئة في الحياة التشريعية واستخراج القواعد التي تحكم تحولات الحياة الاجتماعية.

غير ان الاختلاف بين الفقيهين حول ماهية القانون المقارن حيث قسمه (Edouard Lambert) الى التاريخ المقارن: 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 الواعد القانونية. والقسم الثاني المتعلق بالتشريع المقارن وغايته البحث في الشرائع المقارنة عن الأسس المشتركة لتكملة القوانين الوطنية وتطويرها، واطلع عليه تسمية القانون العام التشريعي وهو بهذا المعنى الأخير لا يشكل علما بل مجرد فن.

اما الفقيه (Raymond Saleilles) فاعتبر ان القانون المقارن هو علم قائم بذاته لان القصد من ورائه هو استخلاص قواعد قانونية جديدة ومشاركة 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. وقد انتقد هذا المذهب بحيث انه لم يستطع إعطاء تعريف موحد للقانون المقارن. كما ان الخلاف حول طبيعة القانون المقارن ووظيفته أدى الى زيادة غموضه

² عصام نجاح: القانون المقارن والأنظمة القانونية الكبرى، عنابة، دار العلوم للنشر والتوزيع 2011ص2.

الفرع الثاني: القانون المقارن مجرد منهج

انها مجرد طريقة من طرق البحث في المجال القانوني 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.

ويقوم هذا الاتجاه على ان القانون المقارن كمنهج للبحث يهدف 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.

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.

الفرع الثالث: الاتجاه التوفيقي القانون المقارن علم وطريقة بحث

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. ولذا الراي الراجح بان القانون المقارن يأخذ سمة العلم أكثر من سمة المنهج خصوصا بعدما تحددت موضوعاته. سواء ما تعلق بتطور الأنظمة القانونية واستخلاص العناصر الأساسية التي على ضوئها تقسم العائلات القانونية الكبرى حيث تتميز كل واحدة منها بمنهجها وجغرافيتها القانونية فأصبح بذلك يمكن تحديد قانون ما الى أي مجموعة ينتمي

اليها. وحتى وان ظهر القانون المقار كوسيلة للمقارنة بين قاعدتين قانونيتين في قانونين مختلفين فان هذه المقارنة سوف تؤدي لا محال الى تحصيل معلومات جديدة مما تجعل القانون المقارن علما أيضا.

وإذا اخذنا بالرأي الراجح ان اعتبار القانون المقارن علما فهذا لا ينفي خاصية المنهج كذلك. 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 اميل دور كايم المنهج المقارن بانه (منهج التجريب غير المباشر) او المنهج شبه التجريبي³ فهو يجمع بين مميزات المنهج العقلية التجريبية 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.

المطلب الثالث: التطور التاريخي لنشأة القانون المقارن:

يرى بعض الباحثين أن تسمية القانون المقارن حديثة العهد ظهرت منذ حوالي مائة سنة وبالتحديد سنة 1900م، لأن أول مؤتمر دولي انعقد حول هذا القانون كان في ذلك التاريخ، غير ان أغلب فقهاء القانون يؤكدون أن الدراسات المقارنة بدأت في الحضارات القديمة. وفي كل فترة عظيمة من التاريخ وليست مقارنة عفوية ولكن واعية ومنهجية ومن ظواهر المقارنة حضارة ما بين النهرين وعند اليونانيين فقد نشأت الفلسفة والعلوم السياسية والتاريخ واهتم أهم

³ احمد عبد الكريم سلامة: الأصول المنهجية لإعداد البحوث العلمية، القاهرة دار الفكر العربي ص 42

مفكرهم وفلاسفتهم بالدراسات المقارنة مثل أفلاطون (427-347 ق.م) في كتابه " حوار في القوانين" بين قوانين عصره، كما قارن أرسطو (384-322 ق م) في كتابه " السياسة " بين قوانين أثينا وقوانين أسبرطة وكريت وقرطاجة وغيرها من البلاد حيث قال فيه (علينا ان ندرس معا نظام الدول التي نعتبر انها تتمتع بالقوانين الاحسن والذساتير التي تخيلها بعض الفلاسفة واقفين عند اشهرها وبهذا نكتشف عما ينطوي عليه كل منها مما هو خير وقابل للتطبيق ... ونبين غي الوقت ذاته اننا اذا كنا نطلب نظاما سياسيا مختلفا عن كل أولئك فلسنا مدفوعين الى ذلك برغبة في المباهاة بعقلنا بل يدفعنا الى البحث ما في الذساتير الموجودة من عيوب...) ⁴ أما الرومان فقد قام فقهاؤها بدراسة الحضارات السابقة للاستفادة من تجاربها في تنظيم المجتمع، حيث مر إنشاء القانون الروماني بمرحلتين :

المرحلة الأولى: تمثلت في تدوين قوانين رومانية في مجموعة " قانون الألواح الإثنى عشر إثر زيارة قامت بها بعثة من عشر رجال قانون الى اليونان وهو ما يعني ضمنا مقارنة الاوضاع القانونية بروما مع ما هو معمول به هناك. بينما لم تظهر دراسة مقارنة لدى الفقهاء المسلمين لأنهم اعتبروا بان الشريعة الاسلامية لا تحتاج الى شرائع اخرى ولا تضاهيها.

المرحلة الثانية: تمثلت في تدوين القوانين الرومانية في أربع مجموعات سميت " مجموعات جوستينيان "

بالإضافة إلى الدراسات المقارنة التي أجراها مونتيسكيو في كتابه روح القوانين بين مجموعة من القوانين في مجالات متعددة من أجل استخلاص قواعد دستورية لحكومة صالحة وقد نشطت الدراسات المقارنة ابتداء من النصف الثاني من القرن التاسع عشر في الكثير من دول أوربا مثل فرنسا، ألمانيا، سويسرا، إنجلترا، إيطاليا واسبانيا وغيرها، وأضحت هذه

⁴ ارسطو طاليس: كتاب السياسة. ترجمة الى الفرنسية بارتلمي سانتهيلير، نقله الى العربية أحمد لطفي السيد، بدون دار النشر وسنة النشر، ص 126.

الدراسات وسيلة للاستفادة من تجارب الأمم الأخرى والاستمداد من قوانينها من أجل تحسين القوانين الوطنية وسد ما بها من ثغرات.

وقد بدأت عملية تدريس القانون المقارن في فرنسا سنة 1831 من قبل الفقيه الفرنسي Lerminier Eugène الذي أشاد في محاضراته الافتتاحية بأهمية دراسة القانون المقارن بقوله: "... إن القرارات لا تغير مصير الشعوب وأوضاعها فحسب، بل تنقل حدود العلم والمعرفة بعيدا، كما أن دراسة كل حدث تاريخي يجعل الفكر الإنساني يتقدم خطوة، ويفهم بشكل أفضل القوانين المتحكمة في العالم ويحكم على الأحداث بشكل أحسن.... علما أن دراسة هذه الأحداث تجعله ينتقل من الاطلاع المجرد على نضال مختلف الشعوب ضد الطغيان من أجل تحقيق الحرية إلى اكتساب نظرة علمية فاحصة على تشريعات هذه الشعوب ومقارنة معمقة لمؤسساتها الاجتماعية.

وقد بدأت مرحلة التأسيس الفعلي للقانون المقارن في مطلع القرن العشرين، وذلك بموجب انعقاد المؤتمر الدولي للقانون المقارن بباريس سنة 1900، الذي دافع المشاركون فيه وعلى رأسهم الفقيهان الفرنسيان Lambert et Saleilles عن مفهوم جديد للقانون المقارن باعتباره علما مستقلا، وضرورة الكف عن الخلط بينه وبين دراسة التشريعات المقارنة، ودعوا إلى اعتماد قانون مشترك للإنسانية المتحضرة، يهدف إلى تقارب الحضارات وتطوير القانون الدولي واتسع مجال المقارنة خاصة في الفترة الواقعة بين الحربين العالميتين، وأسفر عن انتقال الدراسات من المقارنة بين القوانين ذات الأصول المشتركة إلى المقارنة بين القوانين المختلفة من حيث البنية والمفاهيم والخصائص؛ ذلك أن التعاون الدولي يستدعي حتما التعرف على قوانين الدول المتعاونة بغية تسهيل حل النزاعات التي قد تقع بينها.

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

يمكن الإشارة في هذا السياق أن التوحيد يمكن أن يكون داخليا أو خارجيا، وقد يكون ثنائيا أو متعدد الاطراف وقد يكون اقليميا او عالميا.

المطلب الرابع: فروع القانون المقارن

للنانون المقارن نفس التقسيمات التي يعرفها القانون في فروعه بين القانون العام والقانون الخاص، فالقانون العام يقسم إلى القانون المقارن الدستوري، والقانون المقارن الإداري، والقانون الدولي العام المقارن ونفس الشيء بالنسبة لفروع القانون الخاص فهناك القانون المقارن المدني، والقانون المقارن التجاري، والقانون الدولي الخاص المقارن.

المطلب الخامس: فوائد القانون المقارن في مجال العلوم القانونية النظرية

الفرع الأول: القانون المقارن وتاريخ القانون

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.

الفرع الثاني: القانون المقارن وعلم الاجتماع القانوني

علماء القانون المقارن مجبرون على دراسة علم الاجتماع القانوني لان الظروف الاجتماعية الخاصة بكل نظام قانوني ومدى ارتباط حركة القانون بالظواهر الاجتماعية وتكشف مدى إمكانية احاطة القاعدة القانونية بالظاهرة الاجتماعية او افلاتها منها بسبب قصور تلك القاعدة وعدم مراعاتها للجوانب المتطورة لتلك الظاهرة.

الفرع الثالث: القانون المقارن والنظرية العامة للقانون

يتمتع القانون المقارن في مجال النظرية العامة للقانون بأهمية كبرى، وذلك بالكشف عن الأصل التاريخي للتصنيفات والخصائص لكثير من المفاهيم القانونية، ومن ثم التعرف على وجود أو عدم وجود مثل هذه المفاهيم في القوانين الأجنبية. فلو كان القانون في دولة ما يفرق بين القانون العام والقانون الخاص والقانون المدني والقانون التجاري، والقاعدة الأمرة والقاعدة المكملة أو المفسرة، والحقوق العينية والحقوق الشخصية، والعقار والمنقول. 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

الفرع الرابع: القانون المقارن وفلسفة القانون

المطلب السادس: وظائف القانون المقارن

حاول البعض ان يربط القانون المقارن ووظائفه 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 ويمكن ايجاز وظائف القانون المقارن فيما يلي:

- 1) للقانون المقارن أهميته الخاصة في توحيد القوانين في 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 الاقطاعات 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.
- 2) للقانون المقارن أهمية في استعراض تطور النظم القانونية المعاصرة فيصبح علم القانون المقارن او علم التطور القانوني مما يجعل القانون المقارن يقترب من كل فلسفة القانون وعلم الاجتماع.
- 3) للقانون المقارن أهمية خاصة تظهر في مساعدة القاضي الى التعرف على أدني الحلول الى العدالة. ويعطي الفقه المقارن لتبرير هذه الحقيقة بالمادة الأولى في القانون المدني السويسري والتي استعارها من القانون المدني التركي فنصا على انه عند شغور النص وشغور العرف على القاضي ان يحكم وفقا للقواعد التي كان شارعا لشرعها. وإذا وقع في مازق يمكن ان يستعين بالقانون المقارن مع اعمال العقل عندما يغيب النص.
- 4) للقانون المقارن مهمة تثقيفية ويوسع من افق رجل القانون او المشرع حتى يلم بالحلول النافذة في القوانين الأجنبية. فتزداد ملكته النقدية والتحليلية.
- 5) للقانون المقارن مهمة تشريعية قبل صدور أي تشريع عليه بالاطلاع في القوانين الأجنبية والتزام الحيطة عند استعارة القوانين الأجنبية.

المبحث الثاني: تعريف المنهج المقارن

إذا سألتك 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. فالمنهج المقارن باعتباره أحد المناهج المعتمدة 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 الظواهر⁵.

المطلب الاول: اساليب المنهج المقارن

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

الفرع الاول: المقابلة Juxtaposition

وتسمى أيضا بالمجانبة يضع فيها الباحث النصوص التي تعالج موضوعا معيناً جنباً 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.

الفرع الثاني: المقاربة Rapprochement

يقوم الباحث من خلالها التقارب بين القوانين المتشابهة في الخصائص وضمها الى انظمة قانونية كبرى. تخضع لمنهاج 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".

الفرع الثالث: المضاهاة Confrontation او (المعارضة) Opposition

تقوم على تبيان أوجه الخلاف بين منهجين مختلفين كالمنهج اللاتيني الجرمانى والمنهج الاشتراكي أو المنهج الأنجلوسكسونية

المقارنة الأفقية والعمودية: Comparaison horizontal et vertical

⁵ عبد الحلیم بن مشري: توظيف المنهج المقارن في الدراسات القانونية، مخبر إثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر بسكرة ص41.

الأفقية: تكون بين قانونين وضعيين متباعدين في المكان كالمقارنة بين القانون الصيني والجزائري

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

الفرع الرابع: الموازنة (المقارنة المنهجية)

وتستخدم عن طريق منهج معين يساعد على استخلاص النتائج وذلك بعد دراسة أسباب الاختلاف والتقارب وبذلك الوصول لقانون أفضل.

فإذا كانت طرق المقارنة السابقة تقوم على تقرير وصفي لخصائص أنظمة قانونية معينة، وتكتفي ببيان أوجه التشابه أو الاختلاف بينها، فإن طريقة المقارنة المنهجية هي من أهم طرق المقارنة، لأن المقارنة بموجبها تنتهي إلى نتيجة إيجابية، بحكم أنها تخضع لمنهج يساعد على استخلاص نتائج يتعرف الباحث بموجبها على القانون الأفضل بعد دراسة أسباب الاختلاف والتشابه، على ضوء الظروف المؤثرة في القاعدة القانونية والمحيط بها. 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 وتسمى بالمقارنة الكلية.

غير أن هذه الطريقة لا تقوم بصورة ناجحة إلا بتوافر مقوماتها الأساسية المتمثلة أساسا في ضرورة معرفة القانون الأجنبي محل المقارنة معرفة موضوعية كاملة والاحاطة بأحكامه ولغته ومصطلحاته بدقة ويعرف بالإضافة إلى ذلك بنيته وتقسيماته ومصادره. ومن جهة ثانية يجب التحري عن مختلف العوامل المؤثرة في تكوين القانون الأجنبي، 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 الحرية الاقتصادية.

المطلب الثاني: متطلبات المقارنة المنهجية

الفرع الاول: العلم الباحث المقارن بالقانون الاجنبي

لكي يكون الباحث مقارنا comparatiste عليه ان يطلع اطلاعا كافيا على القانون الاجنبي محل الدراسة. وهذا يتطلب معرفة لغة القانون الاجنبي وبالمصطلحات ومفاهيم القانون الاجنبي

الفرع الثاني: احاطة الباحث بالعوامل المؤثرة في بناء القانون الاجنبي

اولا: معرفة العوامل التاريخية المؤثرة في تكوين القانون الاجنبي

ثانيا: معرفة العوامل الاجتماعية المؤثرة في بناء القانون الاجنبي

ثالثا: معرفة العوامل الاقتصادية المؤثرة في تكوين القانون الاجنبي

رابعا: معرفة العوامل السياسية المؤثرة في تكوين القانون الاجنبي

المطلب الثالث: مراحل المقارنة المنهجية

الفرع الاول: اختيار عينات المقارنة

اولا: المرحلة التحليلية phase Analytique المقارنة الجزئية (Micro Comparison)

تبدأ بتحليل القاعدة القانونية الأجنبية إلى جزئيات ثم دراسة النظام الذي تحتوي عليه هذه القاعدة وبعدها ينتقل إلى دراسة المنهج الكامل للقانون الأجنبي للوصول لنتائج صحيحة والوقوف على العوامل التاريخية والاجتماعية والسياسية التي ساهمت في تكوين القاعدة القانونية.

اولا: المقارنة بين قوانين الدول المتقاربة حضاريا

ثانيا: المقارنة بين قوانين العائلة القانونية الواحدة

ثالثا: المقارنة بين قوانين في عائلات قانونية مختلفة

الفرع الثاني: تحديد مستويات المقارنة المنهجية

الفرع الثالث: استخلاص نتائج المقارنة المنهجية

1) المرحلة الاستنتاجية: فيها يشرع في المقارنة الكلية وبالتالي استخلاص أوجه الشبه والاختلاف

وأسباب ذلك وبالتالي يعرض الباحث رأيه في الموضوع الذي قد يكون متقفا مع أحد الأنظمة أو رأي توفيقى ولكن مع تعليل قانوني موضوعي.

المبحث الثالث: الأنظمة القانونية الكبرى المعاصرة

النظام القانوني هو مجموعة القواعد القانونية التي تضم حل المشاكل التي تعترض مشكل ما. وعرفه Gerard Corru بأنه (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 نفسه⁶. وتم تجميع النظم المتشابهة تحت مظلة أكبر تدعى العائلة القانونية. غير ان المختصون في المجال القانوني اعتنوا بعدد محدد من الأنظمة القانونية واختلف الفقهاء في تصنيف الأنظمة القانونية الكبرى الموجودة على المستوى الدولي حسب المعيار المعتمد. ومن بين الانظمة القانونية الرئيسية التي تم ادراجها هما العائلتين الكبيرتين ما يسمى بالعائلة الرومانية منتشرة في كل من (المانيا، النمسا، بلجيكا، اسكتلندا، اسبانيا، فرنسا، ايطاليا، المجر، هولندا، دول الشمال، البرتغال، رومانيا، سويسرا) وعائلة القانون العام 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.

⁶ Gerard Corru: Droit Civil. Introduction paris 13 éd p 258.

فالأنظمة القانونية يصعب حصرها نظرا لتعددتها⁷ ولقد تم اختيار عدد قليل من الأنظمة القانونية رغم انها لا تغطي كل مناطق العالم لذلك سنقتصر على عينة من الأنظمة القانونية. والمنظومة التشريعية الجزائرية مثلها مثل كل الأنظمة الأخرى تأثرت بهذه الأنظمة وسواء على نطاق التشريع او على مستوى الفقه والاجتهاد القضائي.

المطلب الأول: معايير تصنيف الشرائع الوضعية في الأنظمة القانونية الكبرى

قد تبني الفقهاء عدة معايير لتصنيف الشرائع الوضعية ضمن هذه العائلات القانونية الكبرى ومنها المعايير التقليدية والمعايير الحديثة.

الفرع الأول: المعايير التقليدية

منها من قسمها الى قوانين وضعية وشرائع سماوية. ومن اهم المعايير

أولاً: معيار صياغة القواعد القانونية

وتشمل الصياغة الرومانية مثل القانون الفرنسي والقانون اللاتيني يضم القانون الإيطالي والقانون الاسباني والقانون الألماني. وشريعة القانون المشترك وتشمل القانون الإنجليزي والقانون الأمريكي. والشريعة الإسلامية والتي تختلف عن كل الشرائع الأخرى بل هي شريعة مستقلة قائمة بذاتها.

وقد انتقد هذا المعيار وأسقط كل الشرائع الآسيوية مثل القانون الهندي والصيني والياباني وغيرها. كما جمع القوانين الاشتراكية المتمثلة في الجمهوريات السوفياتية والقوانين الغربية معا رغم الاختلاف الكبير بينهم.

ثانياً: معيار الاجناس

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

⁷ عبد المنعم البدر اوي: القانون المقارن، مجلة القانون والاقتصاد، العدد4، 1959 ص 345.

- ✓ 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.

ثالثا: معيار مدى الاخذ بالقانون الروماني

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

✓ الشرائع التي تأثرت بشكل أساسي بالقانون الروماني وتشمل القانون الإيطالي والقانون الاسباني.

✓ الشرائع التي لم تتأثر بالقانون الروماني وتشمل قانون البلاد الاسكندنافية وقانون روسيا وقانون إنجلترا.

✓ الشرائع التي تأثرت بالقانون الروماني والعرف المحلي وتشمل القانون الألماني والقانون الفرنسي والقانون السويسري.

وقد انتقد هذا المعيار على أساس انه جمع بين القانون الإنجليزي والروسي في مجموعة واحدة. رغم الاختلاف الكبير بينهما. كما انه أهمل الشريعة الإسلامية والشرائع الآسيوية.

رابعا: 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 السوفيياتي 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.

خامسا: 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 شأنها 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.

1) أسس هذا المعيار

يقوم على عدة أسس تتبلور عنه أنظمة قانونية مقارنة أهمها:

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 غير ذلك فالقانون ذو نزعة فردية.

دور القانون ومكانته في المجتمع: فإذا كان القانون يحتل مركزا أساسيا في تنظيم المجتمع فإن هذه الفكرة تتوافر في أنظمة الدول الغربية، أما إذا كان القانون يقتصر دوره على حفظ النظام الاجتماعي ويساعده الدين فإنها أنظمة قديمة.

مصادر القواعد القانونية

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

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 الأوروبية والأمريكية والقوانين الرومانوجرمانية.

حصر نوع الأنظمة المقارنة تبعا لمعيار التقارب والتجاوب

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

ثانيا: معيار دولة القانون

يرى هذا المعيار ان تصنيف القوانين الوضعية داخل الشرائع الكبرى يكون بناء 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:

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

الجانب الأيدولوجي:

الجانب التاريخي: حيث نعود الى مصدر نشأة القاعدة القانونية. ولا تصنف مع أنظمة تقتقد هذه الخاصة

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 أيدولوجية معينة.

المطلب الثاني: عائلة القانون الروماني جرمانى

وتسمى بحقوق أوروبا القارة وتشمل (الفرنسية والاسبانية والإيطالية والرومانية) لان تأثير القانون الروماني كبير كما تشمل القانون الجرمانى (الألمانية والنمساوية والسويسرية) وهي العادات والأعراف الجرمانية. كما تأثر القانون الروماني بالديانة المسيحية، وقد امت بعدة مراحل تاريخية أهمها:

الفرع الأول: التكوين التاريخى للنظام القانونى الرومانو جرمانى

نشا فى روما فى القرن السابع قبل الميلاد وتم تقنينه فى القرن السادس حيث مر بثلاث مراحل تاريخية

المرحلة الأولى: مرحلة العصر الملكى

ظهر القانون الروماني مع نشأة روما حتى قيام النظام الجمهورى عام 509 ق م وكانت مصادره تتحصر فى العرف والمصدر الثانوى هو التشريع.

المرحلة الثانية: مرحلة العصر العلمى

وتبدأ مع صدور قانون ايبونيا فى منتصف القرن الثانى قبل الميلاد وتنتهى فى أواخر القرن الثالث بعد الميلاد وهو أزهى وأرقى عصر القانون الروماني وتميز بتعدد وخصوبته فقد ظهرت مصادر جديدة منها قانون الشعوب والقانون البريتورى.

المرحلة الثالثة: عصر الإمبراطورية السفلى

بدأت عام 284 م الى وفاة الامبراطور جوستينيان عام 565 م وفيه تدهور القانون الروماني واتجه نحو الجمود غير انه تميز بتقنين قواعد القانون الروماني الذى قام به الامبراطور جوستينيان فى أربع مجموعات.

الأولى: أوامر الامبراطور

الثانية: الأشخاص، الأشياء . نظام الدعاوى

الثالثة: جمع مؤلفات كبار فقهاء الرومان

الرابعة: المنشورات والتعليمات

الرابعة: المنشورات والتعليمات

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

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

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

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

وفي القرن التاسع عشر اشتهرت حركة التدوين والتقنين في أوروبا حيث ظهرت فكرة قيام قانون للشعوب مؤسسها ايمانويل كانت ودعت الى إيجاد قانون عالمي يقوم على أساس مستمد من حقائق التاريخ ان قوانين الشعوب تصدر من مصدر واحد هو العقل الإنساني فاذا تشابهت فهذا يعني انها بلغت مرتبة من الحضارة الإنسانية .

الفرع الثاني: خصائص النظام الرومانو جرمانى

يتميز بخصائص معينة هي

أولاً: التقنين

هو ادماج القواعد الخاصة بفرع من فروع القانون بعد ان ترتب وتبوب ويرفع ما عليه من تناقض في مدونة واحدة تصدر عن هيئة مختصة في التشريع في شكل قانون لكي تسهل تطبيقها ومعرفتها وكذا توحيد القانون في الدولة كما من شأنه تحقيق المساواة بين الافراد في المجتمع. وللتقنين أصول حيث يتجنب التعريفات كما يتجنب الخوض في التفاصيل ويقتصر على وضع قواعد عامة ومعايير قانونية تكون من المرونة بحيث تترك للقاضي عند تطبيقها اختيار الحلول المناسبة لظروف كل قضية.

ثانياً: التأثر بالقانون الروماني

اهتم الرومان بالتشريع وأشهر مجموعاتهم الأولى (الالواح الاثني عشر) التي تم تجميع القواعد العرفية عام 452 ق م وتم إعلانها امام الجمهور لتصبح علنية. وفي عهد الامبراطور جستنيان وضع مجموعة قانونية تتمثل في مجموعة الدساتير Codex ومجموعة النظم Institutes والموسوعة Digests ومجموعة الدساتير الجديدة Norelles رغم ان الاحكام لم تكن وفق تقنيات ملزمة بل كانت تعتمد على العدالة. وسادت فكرة مقتضاها ان العدالة لا يمكن ان تستمد الا في القانون الروماني من حيث الشكل او الموضوع وهكذا كانت الغلبة للقانون الروماني فقد تبنت مجموعة نابليون شروحات وكتابات شراح القانون الروماني فتحول القانون الروماني الى مصدر تاريخي لقانون نابليون وغيرها من الدول.

ثالثاً: الازدواج القضائي

القضاء العادي الذي يفصل في المنازعات التي تنشأ بين الافراد والقضاء الإداري يفصل في القضايا التي تنشأ بين الإدارة العامة والافراد وهذا الطرح لرجال الثورة الفرنسية لمبدأ الفصل بين السلطات.

الفرع الثالث: مصادر القانون في النظام الرومانو جرمانى

يعد التشريع المصدر الأساسي للقانون ثم يليه العرف والفقهاء والاجتهاد القضائي

أولاً: التشريع: ويقصد به كل القواعد القانونية المكتوبة سواء كانت صادرة عن سلطة تشريعية او التنفيذية في شكل قانون او تنظيم ومهما كانت صورته (دستور . تشريع . اتفاقيات دولية . تنظيم) له دور هام وذلك حسب درجته في الهرم التشريعي وتخضع القوانين للرقابة الدستورية سواء من طرف المجلس الدستوري او المحكمة الدستورية وفي بعض الدول كألمانيا يجوز للأفراد تقديم طلب في مدى دستورية قانون معين . كما ان القاضي ملزم في الفصل في المنازعات المطروحة امامه منفا لنص تشريعي فان لم يجد او استعصى عليه تطبيقه لعدم وضوح النص القانوني على القاضي البحث عن نية المشرع وليس له الحق في الامتناع عن تطبيق القانون ويعد مرتكبا لجريمة انكار العدالة ويعد التشريع في نظرهم يعبر عن إرادة الشعب عن طريق ممثليه في البرلمان وهو الضامن لحقوق الافراد وحررياتهم .

ثانياً: العرف: هو قانون غير مكتوب او هو مجموعة القواعد القانونية التي تنشأ من تكرار سلوك الناس في مسألة معينة مع الاعتقاد بان هذا السلوك ملزم لهم قانونا ويلجا القاضي الى العرف في حالة عدم وجود نص قانوني مكتوب او في حالة غموض النص ويميز الفقه بين العرف المكمل والمساعد والمخالف للتشريع.

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

المطلب الثالث: نظام الانجلو ساكسوني او القانون المشترك

فاذا كان تكوين عائلة القانون الروماني مرتبط ارتباطا وثيقا بالتاريخ والعقيدة فان نشأة اسرة القانون الموحد مرتبط ارتباطا وثيقا بتاريخ العدالة سواء في إنجلترا او في مستعمراتها التي أصبحت دول مستقلة مثل الولايات المتحدة الأمريكية وأستراليا ونيوزيلندا حيث تتماسك بنفس العلاقات الثقافية. والقانون الموحد هو من صنع القاضي مما يجعل من القضاة علماء ومتفوقون على ما هم في الاسرة الرومانية. كما ان دراسة القانون المشترك الأمريكي تفوق على القانون الإنجليزي حديثا. ويقوم القانون الإنجليزي على مبداء فقهي وهو استقرار قرارات المحاكم ضمانا لليقين القانوني لذلك لا يمكننا فهم القانون الإنجليزي دون الإشارة الى تاريخه الخارجي (تاريخ مصدره) والى داخله (المحتوى الخاص به) ولذلك سوف ندرس أولا نشأة تشكيل القانون الإنجليزي والهيكل الحديث للقانون الإنجليزي

الفرع الأول: نشأة تشكيل القانون المشترك

مرّ تاريخ القانون الإنجليزي بمراحل رئيسية ثلاثة، يمكن إجمالها في المرحلة الأنجلوسكسونية، مرحلة نشأة النظام القانوني الإنجليزي، مرحلة العصر الحديث:

أولاً: المرحلة الأنجلوسكسونية

هي المرحلة التي سبقت الغزو النورماندي، تبدأ من القرن الخامس الميلادي، حين تعرضت إنجلترا إلى غزو قبائل جرمانية هي الانجلز والسكسون، التي أزاحت حكم الرومان، الذي امتد ما يزيد عن أربعة قرون. لم تترك هذه المرحلة بصمات واضحة على القانون الإنجليزي، بحكم أن تلك القبائل ظلت على اتصال وثيق بعادات وتقاليدهم الأصليين. باستقرار الانجلز والسكسون في إنجلترا، اعتنقوا المسيحية على أيدي القديس أوغستين، بعدها أصدرت بعض القوانين لتنظيم جانب من علاقاتهم الاجتماعية؛ وما عدا هذا الجانب، فقد كانت حياتهم تحكمها الأعراف المحلية، وتتنظر في منازعاتها محاكم تسمى محاكم المناطق.

لم تكن المحاكم التي أنشئت في هذه الفترة تعرف وسائل التحقيق التي حددها القانون الروماني، كوسيلة التحقيق والاستجواب الشامل بواسطة هيئة من القضاة، وقد كانت وسائل الإثبات لديها بدائية وقاسية، تختارها القبيلة لمعرفة ما إذا كان المتهم بريئاً أو مذنباً؛ من بين هذه الوسائل توجد وسيلة المحنة التي كان الحكم بواسطتها يعتبر إلهياً، بالإضافة إلى وسيلتي اليمين والمبارزة. وبالموازاة مع محاكم المناطق، فقد تم إنشاء محاكم ذات طابع كنسي بعد انتشار المسيحية، تختص بالفصل في بعض المنازعات كالزواج والنسب والوصية والتفريق الجسماني، بالإضافة إلى محاكم تجارية تفصل في المعاملات ذات الطابع التجاري؛ التي تستند عند فصلها في المنازعات إلى الأعراف المستقرة في التعامل التجاري.

ثانياً: مرحلة نشأة النظام القانوني الإنجليزي

يتشكل النظام القانوني الإنجليزي من دعامتين رئيسيتين، نشأتا تباعا وفقا لمختلف الظروف التاريخية والسياسية التي عرفتها إنجلترا آنذاك؛ تتمثل الدعامة الأولى في الكومن لو الذي يعتبر الجزء الأساسي في هذا النظام، أما الدعامة الثانية فهي قواعد العدالة، التي كانت تتبع من ضمير الملك، وتعتمد إجراءات مختلفة عما كان سائدا في ظل الكومن لو.

أولا: مرحلة تكوين الكومن لو

الغزو النورماندي: غزا النورمانديون إنجلترا سنة 1066 بقيادة الأمير ويليام، الذي انتهى على يديه حكم القبائل الانجلوسكسونية، وتأسس نظام الإقطاع في إنجلترا وقد كان لهذا الغزو أهمية كبرى بحيث اعتُبر حدثا أساسيا في تاريخ القانون الإنجليزي، لأن "ويليام الفاتح" أقام في إنجلترا حكما مركزيا قويا غنيا بتجارب الحكم والتسيير التي حملها من "نورمانديا"، بحيث اعتبر نفسه المالك الأصلي لأرض إنجلترا التي فتحها، فاختر لنفسه ما شاء من مساحة، ثم قسم الباقي منها إلى مساحات صغيرة. وزعها على الرؤساء النورمانديين، وكان الهدف من توزيع مساحات صغيرة هو ألا يكتسب الإقطاعيون نفوذا ولا يكون بينهم قوي يمكن أن ينافسه، علما أن هذه الإقطاعات كانت تخضع لنظام حكم عسكري مرتبط به مباشرة.

المحاكم الملكية ودورها في تكوين الكومن لو:

وضع الملك سنة 1086 كتاب اليوم الآخر، الذي سطر فيه مجالات متعددة لحكم وتسيير المملكة، أهمها مجال الرقابة السياسية، الإدارية، وكذا الرقابة في مجال الضرائب. أما في المجال القضائي، فقد أنشأ مجلسا خاصا يضم أهم الشخصيات وأقربها إليه، وهو النواة التي تأسس عليها مجلس اللوردات؛ كان يقضي فيه في الشؤون المتعلقة بأمن وسلامة البلاد كالعصيان وقطع الطرقات، إضافة إلى المنازعات التي كانت تقع بين أمراء الإقطاع، وكان من عادة الملك أن يجوب أطراف مملكته رفقه أعضاء مجلسه الخاص ويعقد جلساته للفصل في بعض الخصومات كلما استدعى الأمر ذلك. وقد انبثق عن هذا المجلس في القرن الثاني عشر مجموعة هيئات قضائية سُميت بالمحاكم الملكية، وهي: المحكمة المدنية، المحكمة المالية، المحكمة الجزائية.

للإشارة، فإن هذه المحاكم قد اعتبرت محاكم استثنائية بحكم أن اختصاصاتها قد تحددت بمنازعات معينة بدقة، أما المحاكم ذات الولاية العامة فهي محاكم المناطق ومحاكم الإقطاع، التي كانت تفصل في المنازعات استنادا إلى الأعراف المحلية. بسبب تعدد وتنوع أنواع المحاكم وتداخل صلاحياتها، فقد كان أمل الملوك الذين حكموا بريطانيا ابتداء من ويليام الفاتح، أن يكون لإنجلترا قانون واحد يخضع له جميع أفراد الشعب، وأن يؤسسوا نظاما قضائيا موحدًا يحل محل مختلف أنواع المحاكم مثل محاكم المناطق والمحاكم الكنسية، وخاصة محاكم الإقطاع التي منحت الإقطاعيين نفوذاً مبالغاً فيه؛ من أجل ذلك بادروا إلى توسيع صلاحيات المحاكم الملكية بشكل لا يوجب سخط الإقطاعيين عليهم، فمنحوا لأنفسهم حق الاستجابة لمن يتقدم إليهم من أجل دفع الظلم عنه، فكان إذا لجأ شخص إلى الملك يلتمس منه إنصافه من خصم بخصوص اعتداء خطير، يصدر الملك أمراً كتابياً يأمر فيه المدعى عليه بالمثول أمام المجلس، فإن حضر المجلس، حكم الملك بضميره دون مراعاة للأعراف إذا كانت لا تتسجم ومقتضيات العدل الذي يوحي به ضميره، فإن رفض المثول فبإمكان الملك أن يأمر بإحضاره قسراً ويحاكمه بتهمة عصيان أمر الملك.

الإجراءات القضائية ودورها في معالجة جمود الكومن لو

لعبت الإجراءات دوراً أساسياً في إعادة بعث الكومن لو والتخفيف من الجمود الذي حل به وعرقلة تطوره، وجعلت اهتمام رجال القانون بها يفوق اهتمامهم بأصل الحق في الدعوى، حتى قيل إن الإجراءات تتقدم على الحق؛ يظهر ذلك بوضوح أنه حين عجزت المحاكم الملكية عن الفصل في المنازعات الجديدة إلا إذا كانت متشابهة بقضايا سبق أن صدر فيها أمر سابق على صدور مرسوم وستمينيستر الثاني، اهتدى رجال القانون إلى وسائل تقنية تمكنهم من استخلاص الشبه بين القضايا السابقة والقضايا الجديدة. مثال ذلك قضية الإخلال بتنفيذ العقد، فبحكم أن هذه القضية لم يكن قد صدر بشأنها أمر كتابي، فإن المحاكم الملكية لم يكن من اختصاصها الفصل فيها، وقد ظل الفصل فيها من اختصاص عدة محاكم، بحيث تختص فيها محاكم الإقطاع ومحاكم المناطق لما يكون العقد مدنياً، وتتنظر فيها المحاكم الكنسية إذا اقتصر

الإثبات فيها على اليمين، بينما تنظر فيها المحاكم التجارية إذا كان أصل العقد هو تعامل تجاري.

ثانياً: مرحلة العدالة

تعتبر قواعد العدالة عنصراً جوهرياً ودعامة أساسية يتشكل منها النظام القانوني الإنجليزي، وعليه فسندرسها في ثلاثة نقاط على التوالي من حيث ظروف تشكلها، أهميتها والتمييز بينها وبين الكومن لو. مع تطور الزمن، جمد الكومن لو في حدود القضايا التي سبق أن قضت فيها المحاكم الملكية، ولم تفلح قواعده في مسايرة القضايا المستجدة؛ وكان هذا الوضع نتيجة حتمية للدقة المبالغ فيها في الإجراءات الشكلية التي رفعت من درجة تعقيد القضايا، واحتمال ضياع الحق المرتبط بها، فضلاً عن ارتفاع تكاليف التقاضي التي أرهقت المتقاضين، مما أدى إلى تحول المتقاضين من جديد إلى الملك يلتمسون منه العدل، وأخذ الملك يتقبل الالتماسات التي تُقدم إليه ويقضي فيها بالعدالة المطلقة التي تتبع من ضميره دون التقيد بأحكام القانون وإجراءاته. بعد حرب الوردتين التي انتهت سنة 1485 بتولي أسرة tudor الحكم في إنجلترا، وبسبب تشعب القضايا وكثرتها، بحيث لم تُعد ظروف الملك تسمح له بالنظر فيما كان يُرفع إليه من قضايا، فأخذ يحيلها إلى مستشاره ليقضي فيها بالعدالة

مكانة قواعد العدالة في النظام القانوني الانجلوسكسوني:

ترسخت الممارسة سالفة الذكر تدريجياً، ولم يكن ما يصدر عن المستشار أحكاماً قضائية بالمفهوم الفني، في بداية الأمر لم تكن تلك الأوامر تهدف إلى قلع جذور قواعد الكومن لو بقدر ما كانت تهدف إلى سد ما به من ثغرات، وإتمام ما به من نقص، وتصحيح ما اعتراه من قصور، وتعديل ما طرأ عليه من أخطاء. وهكذا نشأت وتطورت قواعد جديدة، مستقلة وبسيطة، مرنة وموجزة ومتماشية مع ظروف العصر. وقد كانت هذه الأحكام تصدر وفقاً لإجراءات محددة تحديداً دقيقاً، تميزت أولاً بتمتع المستشار بالسلطة التقديرية في قبول الفصل في المسائل التي تُعرض عليه، بحيث يشترط توافر شرطين أساسيين هما: أن يكون تصرف المدعى عليه مخالفاً لما يوجي به الضمير، وألا يكون المدعي نفسه على خطأ في وجه من

أوجه النزاع. كما تميزت العدالة بغياب هيئة المحلفين وتركيزها في إجراءاتها على الطابع التحقيقي خلافاً لنظام الكومن لو الذي يتبنى الطابع الحضوري.

التمييز بين الكومن لو والعدالة:

يمكن التمييز بين الدعامتين من خلال الزوايا التالية:

(1) من حيث التعريف: العدالة هي مجموع القواعد التي أقرتها محكمة المستشار ابتداءً من 1485 وطبقتها لسد بعض ثغرات الكومن لو وإصلاح ما كان يظهر فيه من عيوب، أما الكومن لو فهو المنهج القانوني الذي تكوّن في إنجلترا منذ الغزو النورماندي 1066، والمنبثق عن أحكام المحاكم الملكية.

(2) من حيث الإجراءات: تتميز الإجراءات المتبعة في قواعد العدالة بأنها كتابية وتحقيقية، مع غياب هيئة المحلفين، خلافاً للإجراءات لدى الكومن لو التي تتميز بأنها شفوية ووجاهية، مع اعتماد هيئة المحلفين.

(3) من حيث مضمون الحكم: تكفي محاكم الكومن لو بالحكم بالتعويض على خاسر الدعوى، بينما تلزم محاكم العدالة المدعى عليه الذي خسر الدعوى بالتنفيذ العيني.

(4) من حيث المصطلحات المستعملة: تعبر محاكم الكومن لو عن النزاع المرفوع بين الأطراف باستعمال مصطلح "دعوى" بينما تسميه محاكم العدالة "الشكوى"، كما أن محاكم الكومن لو تستعمل عبارة "الحق" التي تعبر عنها محكمة المستشار باستعمال كلمة «مصلحة».

(5) أما مصطلح "الحكم" الذي تستخدمه محاكم الكومن لو، فإن محكمة المستشار تستخدم بدلاً عنه مصطلح "أمر".

الفرع الثالث: مرحلة العصر الحديث

أدت ازدواجية القضاء في إنجلترا إلى وضع صعب فيه على المتقاضين معرفة الجهة القضائية المختصة بالفصل في منازعاتهم، وقد أدى تأثير الأفكار الديمقراطية على المجتمع الإنجليزي من جهة، ودخول بريطانيا السوق الأوروبية المشتركة من جهة ثانية إلى ظهور بوادر تغيير النظام القانوني الإنجليزي على المستويين القضائي والتشريعي.

أولاً: مظاهر التغيير على مستوى التنظيم القضائي

ظهرت بوادر التبدل منذ 1873 تاريخ صدور قانون التنظيم القضائي، الذي ألغى التمييز بين المحاكم الملكية من حيث الاختصاص، وبينها وبين محكمة العدالة، وأصبح للمتقاضين حق اختيار الجهة القضائية التي يرفعون دعواهم أمامها، غير أن هذا الأمر منح قواعد العدالة أولوية التطبيق في حالة ما إذا تعارضت قواعد الكومن لو معها. وفي نفس السياق، تم تعديل صلاحيات الهيئات القضائية المحلية التي تختص كمحكمة درجة أولى بالنظر في جميع الدعاوى، واستمرت حركة التحديث لتطال القواعد الإجرائية من أجل تبسيطها، وتم إنشاء هيئة النيابة العامة بموجب تعديل 1985، كما دعم التعديل الجديد عملية التمييز بين الأدلة التي يجب اعتمادها للإثبات في القضايا الجزائية وتلك التي تعتمد للإثبات في القضايا المدنية.

ثانياً: مظاهر التغيير على مستوى التشريع

رغم أن حركة التشريع لم تصب القانون الإنجليزي في هذه المرحلة، بحيث ظل محافظاً على طابعه التقليدي، إلا أنه تعرض للتغيير في الصميم، بحيث تم استبعاد القوانين غير المعمول بها والحلول القديمة التي لم تعد تتلاءم مع ضرورات العصر، وفي نفس الوقت تم تنسيق الأحكام المعمول بها وتصنيفها بترتيب في مجموعات منها التقارير القانونية ومجموعة القوانين الانجليزية. كما أن بنية القانون الإنجليزي تختلف عن بنية القوانين ذات الأصول الأخرى، ذلك أن النظام الإنجليزي لا يعترف بتقسيم القانون إلى عام وخاص، وإنما يقسمه إلى كومن لو وعدالة، وفضلاً عن اختلاف مفاهيمه ومصطلحاته، فإن مفهوم القاعدة القانونية يدل على غير ما يدل عليه مفهومها في الأنظمة الأخرى، فهي تصدر عن القضاء وهي أقل عمومية وتجريداً، كما أنها خالية من التمييز بين الأمر منها والمتمم، خلافاً للقاعدة القانونية في النظام اللاتيني التي تصدر عن المشرع، وهي عامة ومجردة، وهي أمرة أو متممة.

إن اختلاف بنية القانون الإنجليزي من حيث مختلف جوانبها يعود إلى اختلافه في نمط تكوينه، ذلك أنه تكون من أحكام المحاكم الملكية ومحكمة المستشار، متأثراً بالطابع الإجرائى، أما التشريع فإنه يقتصر على تصحيح أو إتمام القانون القضائي.

الفرع الثاني: مصادر القانون الإنجليزي

القانون الإنجليزي يختلف كل الاختلاف عن كل القوانين الأخرى من حيث بنيته واصوله فهو لا يعترف بتقسيم القانون الى عام وخاص بل يقسمه الى القانون المشترك والعدالة فالمصدر الأساسي في هذا النظام هو القضاء ثم يليه التشريع ثم العرف والفقهاء

(1) القضاء او السوابق القضائية

فقط احكام القضاء العالي هي التي تشكل السوابق القضائية الملزمة اما قرارات القضاء السفلى فهي تأثر على سير القضايا اللاحقة، والملزم في القرار هو حكمة القرار والقاضي هو الذي يكشف عن الحكمة وتنتشر السوابق القضائية في مجموعات خاصة.

(2) التشريع

يعتبر التشريع مكملا للبنية القانونية المتكونة أساسا من القضاء ومهما كانت مستويات التشريع ومهما كان مكتوبا ام عرفيا فان وظيفته حماية الحقوق الأساسية والحد من تعسف السلطات ولا يأخذ التشريع الصفة الملزمة الا بعد تطبيقه من طرف القضاة

(3) العرف والفقهاء

ويعتبر مصدرا ثانويا ولا يكتسب العرف القوة القانونية الا في حالة تكريسه قضائيا او تشريعا اما الفقهاء فهو مصدر ثانوي أيضا يستعان به في انشاء سوابق قضائية جديدة ويتكون من مؤلفات الفقهاء

الفرع الثالث: خصائص القانون المشترك

يتميز بعدة خصائص أهمها

(1) عدم التقنين:

معظمه غير مقنن في مدونات قانونية بخلاف الأنظمة الأخرى غير ان هذا الامر ليس على اطلاقه فمثلا القانون الإداري في فرنسا غير مقنن في حين ان بعض موضوعات القانون الإنجليزي مقننة كقانون السرقة مثلا.

(2) الطابع القضائي

يعتمد على السوابق القضائية كمصدر أساسي ورسمي لمبادئه ونظرياته حيث ان المحاكم الدنيا تتقيد بأحكام المحاكم الأعلى منها درجة كما تتقيد المحاكم العليا بما سبق.

(3) غلبة الطابع الاجرائي

يهتم بالجوانب العملية أكثر من اهتمامه بالجوانب الشكلية فهو قانون تطبيقي أصلا، لذا فالتأكيد على القضاء مصدر الحق

(4) عدم التأثر بالقانون الروماني

فلم يميز بين القانون العام والقانون الخاص ولا المدني والتجاري فكله يندرج ضمن المجموعة المدنية ويسود فيه نظام القضاء الموحد على أساس ان القضاء الموحد يحقق ضمانا أكبر للأفراد اذ لا سلطان للإدارة عليه ولا يخضع الا لحكم القانون.

المطلب الرابع: النظام القانوني للصين

تعد اسيا من بين أجزاء العالم الخمس الأكبر والأكثر اكتظاظا بالسكان وهي مقر الحضارات القديمة والغنية والمتنوعة، منها الصينية واليابانية والتايلاندية والهندية والفارسية والعربية في الشرق الأدنى هذه القائمة الطويلة المنسية من حضارات وثقافات وامم وأنظمة قانونية مما يجبرنا على اتخاذ خيارات وسنقتصر على ذلك الصين.

والصينيون مثل شعوب الشرق الأقصى الأخرى لا يتمتع القانون في حل النزاعات ولا يمنحون للقانون وظيفة تنظيم المجتمع مثل الذي يتمتع بها القانون الروماني او القانون المشترك بل يعتمدون على فلسفة من الاخلاق والتقاليد التي تعتبر الملاذ النهائي لحل النزاعات. لذلك من الضروري دراسة المفهوم التقليدي لنظام المجتمع الذي يصنعه الصينيون لأنفسهم. (المطلب الأول) بعد ذلك نرى ان هذا المفهوم قد تطور نتيجة الاحداث في المنطقة نتج عنه حالة معينة في القانون الصيني بالتوازي مع الانتقال السياسي والاقتصادي للمجتمع الصيني وهي طفرة وانتقال بعد ان مارست الرأسمالية بشكل متزايد (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المفهوم الصيني للقانون

ما يزال المفهوم الصيني للقانون مقتبسا بشكل كبير من التقاليد(أولا) ثم تأسيس الاشتراكية (ثانيا)

أولا: التقليد القانوني

الصين مثل شعوب الشرق الأقصى تتميز بعدم الايمان بالخالق الواحد بل يجب على الانسان ان يسعى دون مساعدة من أي قانون موحى به الى طريق المرء في الحياة الشخصية وفي

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

حيث احترام الاب في الاسرة هو نفس التصور الدولة كالأسرة مما يجعل الخضوع للملوك والوفاء والسعي وراء الفضيلة والخضوع للسلطة ورفض أفكار الحقوق الشخصية والتمرد فكانت هذه العناصر المهيمنة في هذه الفلسفة. واصبحت الفلسفة الكونفوشيوسية هي الفلسفة الرسمية ثم القانون في المرتبة الأخيرة في التسلسل الهرمي في قواعد الفصل في النزاعات والصراعات بعد الشعور الإنساني والطقوس والعادات والحكمة والمبرر. فلا قضاة ولا محاكمات واحكام بل تحكمهم الاخلاق والمشاعر الإنسانية. ورغم هناك محاولات لتقنين القانون سنة 221-206 قبل الميلاد والذي كان ينقسم القانون الى قسمين الأول مخصص للقانون الجنائي والثاني مخصص للقانون الإداري يتضمن 457 مبدءا أساسيا وما يقرب من 2000 قاعدة قانونية مجمعة في 6 عناوين ويعتبر دليل الإدارة ولم تفرق الصين بين السلطة الإدارية والقضاء ولا الإجراءات المدنية والجنائية

ثانيا: غزو الغرب

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

الفرع الثاني: القانون الصيني المعاصر

لجذب المستثمرين الأجانب اعيد العمل بالقانون وأصبح اليقين القانوني حجة لتشجيعهم على العمل ونقل رأس المال والتكنولوجيا وتقليل التشريعات لا سيما في القانون العام (أولا) في القانون المدني (ثانيا) والقانون الاقتصادي (ثالثا) والقانون الدولي (رابعا)

أولا: القانون العام

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

ثانيا: القانون المدني والإجراءات المدنية

يهيمن القانون المدني على "المبادئ العامة للقانون المدني" المعتمدة في 1986. تشكل المبادئ نوعاً من القانون المدني، ويتكون من 156 مادة، غير مكتمل، لأنه يفتقر إلى جزء مهم من قانون الملكية (الملكية والتقسيم والارتفاق) وقانون الالتزامات (اتفاق الإرادة). (بعد فصل مكرس للمبادئ الأساسية، والذي أعطى عنوانه في الكتاب، تتناول المبادئ مواضيع الحقوق (الفصل الثاني المخصص للأشخاص الطبيعيين، والفصل الثالث المخصص للأشخاص الاعتباريين)، ومصادر الحقوق المدنية (الفصول الرابع حول الإجراءات القانونية، والخامس حول الحقوق المدنية، والفصل السادس حول المسؤولية المدنية) وقضايا متنوعة (الفصل السابع بشأن التقادم والإجراءات القانونية، الثامن بشأن تطبيق القوانين في القضايا المدنية مع في الخارج، والتاسع على أحكام إضافية). لذلك فإن الكود يعتمد على

255 المادة 12.

المفاهيم الرومانية والأقسام الرئيسية للموضوع القانوني، الموضوع القانوني، من الإجراءات الصحيحة. تنقسم الحقوق المدنية إلى قسم رباعي: صحيح الملكية، قانون الالتزامات، حقوق الملكية الفكرية، قانون لا أحد. قانون الأسرة كان موضوع قانون لعام 1980، ليحل محل قانون 1950، الذي تم اعتماده في بداية النظام الشيوعي. لقد كان هذا القانون عميقاً

تم تعديله في عام 2001. تم سن قانون الميراث في عام 1985، وقانون الميراث تم اعتماده في عام 1991. وقد تم تعديل كلاهما منذ ذلك الحين. وكانت الإجراءات المدنية موضوع قانون لعام 1986، تم استبداله بقانون عام 1991، يتكون من 205 مادة، مقسمة إلى خمسة كتب. الكتاب الأول المكرس له أحكام عامة: الاختصاص القضائي، تنظيم الاختصاصات، الطعن، الأطراف، الأدلة، المواعيد النهائية، التكاليف. يتعامل الكتابان الثاني والثالث على التوالي مع إجراءات الدرجة الأولى والثانية. الكتاب الرابع قواعد الطرق تنفيذ الأحكام. والباب الخامس مخصص للأحكام الخاصة بشأن الإجراءات في مسائل القانون الدولي الخاص، يتضمن فصلا في قانون التحكيم. كمراجعات للدستور واعتماد هيئة المزيد والمزيد من التشريعات المليئة بالتشريعات، تتلشى العقيدة الماوية. بالخصوص، يتزايد الاعتراف بالاقتصاد الخاص (ما يسمى "غير العام") رسميا بينما حصتها في انتاج البلاد جيدة الان أعلى من المؤسسات العامة. يجري بناء قانون اقتصادي.

رابعا: القانون الاقتصادي

السياسة الاقتصادية في الصين قد تخلت عن مبدأ الاقتصاد المخطط على النموذج السوفيتي وهو مستوحى من مبدأ اقتصاد السوق حيث يحتل الاقتصاد دورا مهما فيه لجلب المستثمرين الأجانب ونقل رؤوس الأموال وبراءات الاختراع والعلامات التجارية استلزم اعتماد قوانين مقننة جزئيا في مسائل المشاريع المشتركة الأجنبية والعقود الاقتصادية وحقوق الملكية الفكرية وقانون الشركات المختلطة براس المال الصيني والاجنبي والمعروف ب قانون المشاريع المشتركة والتي تم تبنيه في عام 1979 ويمكن اعتبارها نقطة تحول في تاريخ القانون الصيني اعطى إشارة لانفتاح البلاد على المستثمرين الأجانب وتم استكمالها بقانون راس المال الأجنبي 1986 وبموجب قانون مؤسسة التعاون الصيني الأجنبي لعام 1988 وبموجب القانون بشأن المنافسة غير المشروعة 1993. وصدر قانون العقود الاقتصادية في عام 1982 وتمت الموافقة على العقود التجارية الخاصة بالدول الأجنبية في عام 1985 وقانون

العقود الالكترونية في عام 1987 وفي عام 1999 تم مراجعته هذه القوانين الثلاث وتوحيدها في 430 مادة جعلتها رمزا حقيقيا للعقود التجارية وقانون الملكية الفكرية هو فرع ثالث من فروع القانون الاقتصادي ويتضمن قانون العلامات التجارية 1982 وقانون براءات الاختراع 1994 وحقوق التأليف والنشر 1990

ويعترف اقتصاد السوق الاشتراكي بأشكال مختلفة من المشاريع المؤسسات العامة والشركات الخاصة (المشاريع المشتركة) والمؤسسات التعاونية والشركات الفردية. لذلك الصين لديه الآن قطاع عام وقطاع خاص وقطاع ثالث المشاريع التعاونية ناهيك عن رواد الاعمال الافراد

خامسا: القانون الدولي

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

تم الحصول على هذه النتيجة بفضل السياسة القانونية الجديدة التي تم تنفيذها مع الثبات من قبل القادة الصينيين، بدءاً من دينغ شياو بينغ ، منذ عام 1977.

واعتماد الدستور الجديد، بإعلان مبدأ الشرعية وكانت الخطوة الأولى هي سيادة القانون ("حكم البلد بالقانون").

