



جامعة العربي بن مهيدي – أم البواقي  
كلية الحقوق و العلوم السياسية  
قسم الحقوق

## مقارنة الأنظمة القانونية

حدة بوخالفه

السنة الجامعية : 2020 – 2021

### المقدمة

عرف عن الأمم و الشعوب، أنه كان لكل مجتمع نصيبه من القواعد القانونية، يجري عليها في معاملاته، و تصرفاته المالية، و في الأحوال الشخصية، التي تقوم عليها الأسرة من الزواج و ما يترتب عنه، و في مكافحة جرائم المجتمع، بوضع العقوبات المناسبة و الزاجرة الرادعة، و في غير هذا من مسائل الحياة و مشاكلها. و هذه المعاملات التي تقوم بين الناس في أي مجتمع، و علاقات بعضهم ببعض، لا يمكن

أن تترك فوضى، ينظمها كل فرد وفق رغبته و مشيئته، بل تنظم وفق قواعد قانونية تتناسب مع البيئة التي تفرضاها .

من أجل ذلك ، اكتسبت دراسة تاريخ القانون أهمية متزايدة منذ القرن التاسع عشر ، و الفضل في ذلك يرجع إلى جهود المدرسة التاريخية التي ظهرت في ألمانيا في منتصف ذلك القرن على يد العالم الشهير سافيني . و قد ثبتت أن لدراسة القانون أهمية مزدوجة ، عملية و علمية . فدراسته مفيدة من الناحية العملية بالنظر إلى بعض النظم القانونية المعاصرة لا يمكن فهمها إلا في ضوء دراسة تطورها التاريخي مثل التفرقة بين الحق العيني و الحق الشخصي الذي يعتبر عماد الدراسة القانونية في الشرائع المأخوذة من القانون الروماني .

و بعض النظم المعاصرة ما زالت تحمل في طياتها آثار عصور البشرية التي قامت على الإنتقام الفردي ، مثل نظام الدفاع الشرعي، مصادرة الأدوات التي تستخدم في ارتكاب جريمة حتى و إن كانت مملوكة لغير الجاني، وحق الدائن في حبس ما للمدين تحت يده من أموال أو الدفع بعدم التنفيذ .

و ما زالت تحمل بعض النظم القانونية مثل الزواج تحمل آثار الدين و تنبع منه رغم انفصال القانون عن الدين في العصر الحديث على خلاف ما كان عليه الحال في الماضي حيث اختلط القانون بالدين و الأخلاق ، و كل ذلك بالإضافة إلى أن بعض النظم الحالية هي استمرار لنظم سابقة .

و تظهر فائدة تاريخ القانون من الناحية العملية في أنه أساسي في تكوين العقلية القانونية و تنمية المنظومة القانونية ، فهو يعطينا صورة صادقة عن تطور النظم القانونية في الماضي، و أسباب ذلك التطور ، و بذلك نستطيع معرفة مدى أصالة بعض النظم ، و التكهن بما سيكون عليه مصيرها في المستقبل ، فضلا عن أن دراسة هذا التطور تمكننا من الإستفادة من التجارب التي تمت في الماضي و من ثم تحد السبيل الذي يجب أن يسلكه المشرع في تطوير النظم القانونية المعاصرة بعدما أصبح عبء تطوير القانون يقع في المقام الأول على عاتق المشرع في العصر الحديث.

إن هذه الدراسة تبحث في الأنظمة القانونية ، في جوهرها و حقيقتها الإجتماعية و الإقتصادية و الجغرافية و السياسية و الدينية ، فحضارات الشعوب تختلف عن بعضها البعض و تتفاوت تجاربها في كل ميدان من حيث تطورها و أسباب ذلك ، و ما هي عوامل و درجات هذا التطور ، و ما هي مختلف إحتكاكاتها مع الحضارات الأخرى .

و تكمن أهمية هذه الدراسة في تحديد القانون الذي أنتجته هذه الأنظمة القانونية و العوامل المؤثرة و المساعدة التي أوجدته بتلك الصورة و على ذلك الشكل ، فهذه الدروس تهتم بالقواعد القانونية السارية المعمول بها في مختلف العصور ، بصرف النظر عن علاقتها بالعوامل التاريخية و الإقتصادية و السياسية و الإجتماعية و مدى تأثيرها بها .

و عليه يكون السؤال المطروح :

**ما هو القانون المقارن ؟ و فيما تتمثل الأنظمة القانونية المعاصرة ؟**

و ستقسم هذه الدراسة وفقا للخطة التالية :

## **الفصل الأول : القانون المقارن**

إن فهم و استيعاب أي قانون داخلي و الوقوف على إيجابياته و سلبياته لا يتأتى إلا إذا تمت مقارنته بقوانين الدول الأخرى و خاصة الدول الرائدة في المجال القانوني ، و حتى ندرس الأنظمة القانونية يجب أن نخرج على المجال الدراسي المكرس للمقارنة المنظمة بين نظامين قانونيين أو أكثر، أو بين عناصر معينة من تلك النظم، من خلال تحليل مجموعة من الأفكار المشتركة و المختلفة بينها .

من أجل ذلك خصصنا هذا الفصل للتعرف على القانون المقارن بالتطرق لبعض العناصر و هذا بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين ، المبحث الأول : ماهية القانون المقارن ، المبحث الثاني : أساسيات في القانون المقارن .

## المبحث الأول : ماهية القانون المقارن

سنحاول التطرق في هذا المبحث إلى مفهوم القانون المقارن في المطلب الأول ،  
و تحديد أهميته في المطلب الثاني .

المطلب الأول : مفهوم القانون المقارن

في هذا المطلب نقوم بتعريف القانون المقارن في الفرع الأول ، و التطرق لنشأته  
في الفرع الثاني.

### الفرع الأول : تعريف القانون المقارن

إن العمل بالقانون لا يقتصر على فرض الإحترام فقط ، و لكن يعمل على إدخال  
إصلاحات جذرية في المنظومة القانونية نحو مستقبل أفضل ، و ذلك بوضع نصوص  
قانونية جديدة، لذلك فالعمل بالقانون المقارن أصبح ضروريا في وقتنا الحالي .

و كما يدل عليه هذا التعبير الاصطلاحي فإنه دراسة قانونية أو بحث قانوني يقوم  
على المقارنة بين قانونين أو أكثر، و يعرفه كل من الأستاذان لومبير و سالي بأنه: (   
العلم الذي يبحث عن القواعد المشتركة بين الشرائع والنظم المختلفة)<sup>1</sup>.

و يعرفه مؤتمر لاهاي لسنة 1937 بأنه: ( يعمل على المقارنة بين قوانين بلدان  
مختلفة و استخلاصه من هذه القوانين أوجه الشبه و الاختلاف).  
و يعرفه دافيد و قوتريدج بأنه: ( الطريقة المقارنة في تطبيقها على الدراسات  
القانونية)<sup>2</sup>.

و يعرفه ريني دافيد David René: " بأنه الطريقة المقارنة في تطبيقها على  
الدراسات القانونية، ويعرفه الدكتور خليل الجزائري" بأنه علم منهجي يستهدف دراسة  
النظم القانونية استخلاص أوجه الشبه و الاختلاف و تحديد جوهرها الإجتماعي و  
شكلها و وظائفها بغية إظهار الإتجاهات المتعارضة و المتناقضة في مختلف نماذج  
نظم القانون و ترجيح بعضها على بعض"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> leontin-jean constantinesco ,traite de droit compare ,tome1 introduction au droit compare,librairie generale de droit et de jurisprudence, paris,1972, p 168.

<sup>2</sup> David et foutridz , introduction au droit compare,librairie generale de droit et de jurisprudence, paris,1972 , p88.

<sup>3</sup> عبد الرزاق بن خروف ،مدخل الى القانون المقارن، دار الخلدونية، الطبعة الأولى، الجزائر، 2017 ، ص 12.

و يسميه محمد العروصي: ( بالمقابلة أو المقارنة التي تعتمد على تحديد عناصر الإلتقاء أو التقارب بين مؤسستين قانونيتين و أيضا بيان عناصر التمايز أو الإختلاف)<sup>4</sup>.

و تسمية القانون المقارن التي استقر عليها الفقه هي حديثة العهد ترجع إلى طلوع القرن الماضي و هي تسمية إصطلاحية كتسمية القانون الدولي لا تدل على محتواها فهي توحي بأنها مجموعة قواعد كسائر فروع القانون الوضعي باعتبار أن القانون هو مجموعة القواعد التي تنظم سلوك و علاقات الأشخاص في المجتمع على وجه ملزم.

غير أن محتوى أو دلالة القانون المقارن غير ذلك لأنه لا يوجد ما يسمى بالقانون المقارن بالمعنى المألوف عليه، فالقانون المقارن ليس مجموعة من القواعد تنظم حياة المجتمع كالقانون المغربي أو الياباني أو الأمريكي و غيرها من القوانين الوضعية و هو ليس فرعا من فروع القانون كالقانون المدني أو القانون التجاري و هو كذلك ليس مجموعة قواعد تنظم موضوعا معينا في نطاق فرع من فروع القانون كنظام الملكية أو الأهلية.

كما أن القانون المقارن ليس مجموعة من قواعد القانون التي تنظم حياة المجتمع، و لا فرعا من فروع القانون العام أو الخاص، و لكنه دراسة قانونية أو بحث قانوني يقوم على أساس المقارنة بين قانونين أو أكثر، مهما كانت التسمية التي اختارها الباحثون له، سواء سُمي القانون المقارن، مقارنة القوانين، الطريقة المقارنة أو التشريع المقارن<sup>5</sup>.

و يعرف أيضا بأنه مجال دراسي مكرس للمقارنة المنظمة بين نظامين قانونيين أو أكثر، أو بين عناصر معينة من تلك النظم، من خلال تحليل مجموعة من الأفكار المشتركة و المختلفة بينها<sup>6</sup>.

و كثيرا ما تصادفنا الدراسات المقارنة، في شتى فروع القانون، و نستطيع أن نلمس أنها دراسة مقارنة بمجرد نظرة خاطفة على العنوان، فنقرأ مثلا: "نظام حماية البيئة في القانون المقارن"، أو "جرائم الأسرة- دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون-"، أو "سلطة رئيس الدولة في الأنظمة الدستورية المقارنة"، و هكذا، و رغم أن العبارات المستعملة كلها تدل على المقارنة، إلا أنها في الحقيقة مختلفة من حيث بنيانها

<sup>4</sup> محمد العروصي ، المختصر في المنهجية القانونية ، الطبعة الاولى، مطبعة شركة الخطاب للطباعة،مكناس، 2009،صفحة 28 .

<sup>5</sup> حميد شاوش ، مطبوعة الأنظمة القانونية المقارنة ، جامعة 8 ماي 1945 ، قالمة ، السنة الدراسية 2017-2018 ، ص 3.

<sup>6</sup> Raymond Cocks , Sir Henry Maine , A Study in Victorian Jurisprudence.Cambridge University Press, .2004,p 34.

و منهجها و نتائجها، و عادة ما يقع الباحث المقارن في مغبة الخطأ الاصطلاحي، ذلك أن عبارات: "القانون المقارن"، "التشريع المقارن"، "الدراسة المقارنة"، عبارات مختلفة في دلالاتها على الرغم من تقاطعها، و لعل هذا الخلط يرجع بشكل أساسي إلى الاختلاف في طبيعة القانون المقارن نفسها.

فمردُّ اختلاف الفقهاء و الباحثين في تسمية القانون المقارن هو اختلافهم في تحديد وظيفته و طبيعته، و قد نتج عن الاختلاف في التسمية اختلاف في تعريف القانون المقارن بين من يعتبره علما مستقلا بذاته، غايته توحيد الشرائع و النظم الحديثة و تحسينها ، و من يراه طريقة مقارنة تستخدم لتوضيح الحلول الواردة في القوانين الوضعية<sup>7</sup>.

### الفرع الثاني : نشأة القانون المقارن

سواء كان القانون المقارن علما مستقلا بذاته أو كطريقة مقارنة فإنه يُعتبر حديث النشأة، رغم ذلك فإن الدراسات المقارنة قديمة جداً، يدل على ذلك كتاب السياسة لأرسطو الذي يقول فيه: " علينا أن ندرس معا نظام الدول التي نعتبر أنها تتمتع بالقوانين الأحسن، والدساتير التي تخيلها بعض الفلاسفة، واقفين عند أشهرها، وبهذا نكشف عما ينطوي عليه كلُّ منها مما هو خير وقابل للتطبيق....ونبين في الوقت ذاته أننا إذا كنا نطلب نظاما سياسيا مختلفا عن كل أولئك فلسنا مدفوعين إلى ذلك برغبة في المباهاة بعقلنا بل يدفعنا إلى البحث ما في الدساتير الموجودة من عيوب... ". 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<sup>8</sup>.

يرى بعض الباحثين أن تسمية القانون المقارن حديثة العهد ظهرت منذ حوالي مائة سنة و بالتحديد 1900 ، لأن أول مؤتمر دولي انعقد حول هذا القانون كان في ذلك التاريخ، لكن أغلب فقهاء القانون يؤكدون أن الدراسات المقارنة بدأت في الحضارات القديمة.

فعند اليونانيين اهتم أهم مفكريهم و فلاسفتهم لأفلاطون و أرسطو بالدراسات المقارنة حيث قاس 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 و قوانين أسبرطة و كريت و قرطاجة و غيرها من البلاد.

<sup>7</sup> حميد شاوش ، مرجع سابق ، ص 4.

<sup>8</sup> نفس المرجع ، نفس الصفحة ..

أما الرومان فقد قام فقهاؤها بدراسة الحضارات السابقة للاستفادة من تجاربها فتنظيم المجتمع ، حيث مر إنشاء القانون الروماني بمرحلتين: المرحلة الأولى: تمثلت في تدوين قوانين رومانية في مجموعة " قانون الألواح الإثني عشر" ، و المرحلة الثانية: تمثلت في تدوين القوانين الرومانية في أربع مجموعات سميت " مجموعات جوستينيان" .

و في العصور الوسطى نشطت الدراسات المقارنة و أخذت أهمية خاصة، و كان ذلك في بولونيا بإيطاليا في القرن الحادي عشر، و منها انتقلت هذه الحركة إلى فرنسا، حيث ظهرت الدراسات المقارنة بين القانون الأوروبي القديم و قانون الكنيسة، كما ظهرت في إنجلترا دراسات مقارنة بين قانون "الكومن لو" القديم و قانون الكنيسة كذلك مقارنة القانون بالأعراف السابقة آنذاك .

و في القرن السابع عشر ظهرت موجة جديدة من الدراسات اهتمت بالجانب التاريخي للقانون ، كما ظهرت بألمانيا و فرنسا الدعوة لإحياء القانون الطبيعي ليكون أساسا لقانون عالمي يسود العلاقات بين الدول و يكون الحكم فيه " العدل" لا القوة.

وذلك بالبحث عن الأفكار المشتركة للقوانين و مقارنتها و من ثم استخلاص القانون العالمي، و في القرن الثامن عشر نشطت الدراسة المقارنة في فرنسا و قام "مونتسكيو" في كتابه "روح القوانين" بمقارنة الشرائع و القوانين لاستخلاص مبادئ دستورية لحكومة صالحة ، وفي سنة 1831 أنشأت المدرسة الأكاديمية في فرنسا مادة القانون المقارن، والتي تدرس على المستوى الأكاديمي العالمي، وهي المرة الأولى التي يتم فيها تدريس مادة القانون المقارن ، وفي سنة 1869 أنشئت جمعية التشريع المقارن والتي كانت تهدف إلى دراسة مختلف القوانين الموجودة و تقديم اقتراحات للمشروع، و قد نشطت الدراسة المقارنة بسبب عاملين هما: تطور مناهج البحث العلمي و قيام الثورة الصناعية، و تطلّع الدول إلى ما وراء حدودها لاستصلاح تشريعها، و اقتناعها بأن قانونها الوطني لا يمكن أن يبقى منعزلاً أو أن يتخذ شكلاً نهائياً، بل لابد أن يتأثر بالقوانين الأخرى و أن يقتبس منها ، كما لا بد أن يتبدل ليجاري التطور العالمي<sup>9</sup>.

في سنة 1900 نظم أول مؤتمر عالمي حول القانون المقارن و الذي يعد تاريخ ميلاد للقانون المقارن ، و كان هدفه إعداد منهجية عامة لتدريس و دراسة القانون المقارن، و قد حذر هذا المؤتمر من الأخطاء التي قد ترد في الدراسات المقارنة نظراً لوجود عنصر الذاتية.

---

<sup>9</sup> M. Henri HAYEM, L'étude du droit comparé, Librairie de la Société du Recueil, J.B. SIREY, Paris, 1909, p 22 .

## أولاً : مرحلة تأسيس القانون المقارن

تبدأ هذه المرحلة من سنة 1900 حتى نهاية الحرب العالمية الأولى<sup>10</sup> حيث انعقد مؤتمر باريس المذكور أنفاً و الذي قام أساساً من أجل الدعوة إلى قانون مشترك للإنسانية المتحضرة ، وقد مهد لدعوة المؤتمر وإعلان الفكرة التي نادى بها :

- 1- إنشاء ( المحكمة الدائمة للتحكيم الدولي ) التي تم إنشائها عام 1899 لتتولى فصل المنازعات بين الدول بطريقة سلمية.
  - 2- كما مهد له إبرام سلسلة من الاتفاقيات الدولية اعتباراً من ذلك العام لتوحيد قواعد القانون الخاص في مسائل الزواج و الوصية و الإرث في الدول الاسكندنافية و بالفعل روعيت هذه الأشياء في التشريع المحلي للدول المتقدمة.
- الفكرة المطروحة في المؤتمر باستخلاص قانون موحد من قوانين البلاد المتحضرة كانت مثار نقاش كبير لعموميتها و لعدم تحديدها و لذا كان تدخل الفقيه ( لامبير ) الذي حدد الفكرة وضيقتها و جعلها أقرب للحقيقة و هو استخلاص قوانين متقاربة في الحضارة تكون قابلة للمقارنة لارتباطها بوحدة التقاليد القانونية و التاريخية.

هناك العديد من الظروف التي ساعدت الفكرة على التواجد منها صدور القانون المدني الألماني فقد أعقب صدوره مناقشات و دراسات أسهمت في تنمية المقارنة و ازدهارها و قد دار أكثرها حول مقارنة هذا لقانون المدني الفرنسي و بيان الفروق في الصياغة القانونية و قد اتسعت بعد ذلك ساحات القانون المقارنة بصدور القانون المدني السويسري عام 1907 وأخذت تجري في إطار روماني جرمانى، و تحقق باريس و هو أن تجرى المقارنة بين قوانين تجمعها حضارة مشتركة و قابلة للمقارنة حتى يمكن استخلاص قانون مشترك منها.

وفي الفترة الزمنية ما بين ( 1918 - 1939 ) اتسعت نطاق المقارنة بسبب عاملين هما:

- 1- تبديل خارطة السياسة بسبب الحرب في أوروبا و في العالم أجمع بشكل كبير وترتب على ذلك تعديل التشريع الداخلي لهذه الدول و وضع تشريع موحد لها تزول معه الفروق القانونية السابقة بحيث يتفق مع وحدتها السياسية في إطارها الجديد .

مثال للدول المتوسعة ( رومانيا ) 1918 حيث انضمت إليها أراضي من دول أخرى، و هي ترانسيلفانيا، و بوكوفينا، و بيسارابيا، و سميت رومانيا الكبرى، و كان مهمة المجلس التشريعي فيها تأمين وحدة التشريع داخل البلاد لضمان وحدة السياسة و تم الاستعانة في ذلك بالأبحاث و الدراسات المقارنة ، مثال للدولة فقدت جزءاً كبيراً من

---

<sup>10</sup> Benedict Fauvarque-Cosson, Deux siècles d'évolution du droit comparé, In : Revue de droit comparé, Vol. 63 N°3, 2011, p 530.

ممتلكتها في أوروبا و كل ممتلكاتها في أفريقيا و آسيا و هي تركيا و قامت باستبدال تشريعها بتشريع جديد اقتبسته من أوروبا ، و اعتمدت في ذلك على الدراسة المقارنة في اختيار ما يناسبها.

2- مشاركة انجلترا و الولايات المتحدة في الحرب و الانتصار فيها أدى إلى اتجاه المقارن وجهة جديدة خرجت بها عن الفكرة التي سادت مؤتمر باريس و هي القوانين اللاتينية الجرمانية ذات الأصول و التقاليد المشتركة ( الكومون لو ) الذي يختلف بشكل كبير في المنهجية و المفاهيم و المصطلحات و لكنهم بحثوا عن زاوية اتفاق وجدوها في وحدة القاعدة الاقتصادية و الاجتماعية، و قد وجد هذا الإتجاه ترحيب في بلاد الكومون لو و خاصة أمريكا التي عندما أتى رئيسها ولسن إلى مؤتمر الصلح في باريس 1919، اصطحب معه القاضي باركر الذي أسس بعد ذلك مؤسسة باركر لمقارنة القوانين الأجنبية، و تأسست بعد ذلك ( جمعية القانون الأجنبي الأمريكي).

### • أدى الاتجاه الحديث إلى نتائج ثلاثة هي :

- 1- تحول المقارنة من ساحة القوانين المتقاربة والمرتبطة تقاليدھا بأصول مشتركة إلى المقارنة بين هذه القوانين و قانون ( الكومون لو ) الغريب عنها في تكوينه و أصوله و خصائصه.
- 2- الاهتمام بالقانون المقارن في مجال التعاون الدولي في حل المنازعات بين الدول و تلخص هذا الاهتمام في: أ- تأسيس محكمة العدل الدولية الدائمة في لاهاي لتحل محل المحكمة الدائمة للتحكيم الدولي . ب- أسس مجلس عصبة الأمم المعهد الدولي للتعاون الفكري . ج- جهد عصبة الأمم في مجال توحيد القوانين و خاصة في تنسيق مفاهيم قانون العمل تنسيقا دوليا عن طريق مكتب العمل الدولي .
- 3- العمل على توحيد القوانين و لتحقيق هذه الفكرة أنشأت عصبة الأمم في روما عام 1928 معهد دولي لتوحيد القانون الخاص<sup>11</sup> و من قبلها الأكاديمية الدولية للقانون المقارن و في عام 1930 المكتب الدولي لتوحيد القانون الجنائي، و المنظمة العالمية للعمل، و العديد من الجمعيات البحثية حيث اتصلت مساعي الدول لتوحيد القوانين و أثمرت بتوحيد القوانين توحيدا عالميا كقانون العمل، و قانون النقل، و القانون التجاري<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> عبد السلام الترماني، القانون المقارن و المناهج القانونية الكبرى المعاصرة ، جامعة الكويت، 1982، ص ص 40-46.

<sup>12</sup> Sarfatti Mario, Le droit comparé en fonction de l'unification du droit, In : Revue internationale de droit comparé, Vol. 3 N° 01, Janvier-Mars 1951, p-p70-75.

كما ظهر التوحيد في المنظمات الأوروبية التي تعمل على توحيد قوانينها الداخلية و إقامة أساس اقتصادي مشترك يكون قاعدة لوحدة سياسية بينهما و قد أصاب هذا التوحيد بعض العثرات التي أعاقته بل أوقفته في بعض الأحيان و هي ظهور الاتجاه النازي و الفاشستي في أوروبا الذي دعا إلى تمجيد أصولهما العرقية و البعد عن كل أجنبي و ظهر هذا في قطع الحكومة الفاشستية التعاون مع الحكومة الفرنسية بشأن وضع قانون موحد للالتزامات.

### ثانيا :القانون المقارن بعد الحرب العالمية الثانية

لم تكن الظروف الدولية كسابقتها بعد الحرب العالمية الثانية حيث إنقسم العالم بعد الحرب العالمية الثانية إلى قطبين القطب الغربي بقيادة الولايات المتحدة الأمريكية و الشرقي بقيادة الاتحاد السوفيتي، و هذا الانقسام كان له انعكاس على الأجواء العالمية حيث الحرب الباردة هي أساس التعامل و الحذر هو الأسلوب الذي كان من الصعب أن ينشأ فيه فكرة الدراسة المقارنة.

فجدد المذهب الماركسي ينظر إلى القانون أنه البنية العليا في المجتمع الرأسمالي أو هو التعبير عن صراع الطبقات وهو في المفهوم الماركسي إلى الزوال في المجتمع الشيوعي و النتيجة طبقا لمفهومهم أن أي مقارنة بين قانون برجوازي و قانون اشتراكي عديمة الجدوى و رأوا في القانون المقارن تعبير للامبريالية الرأسمالية و وسيلة من وسائل الدعاية لها.

في المقابل تجاهل رجال القانون الغربيون بدورهم القانون السوفيتي في أول الأمر لأنه لا يشكل من وجهة نظرهم منهجا قانونيا حقيقيا و عندما درسوه أخضعوه لمناهجهم و لم ينتقوا للأسس التي يقوم عليها و أهمها مفهوم الشرعية الاشتراكية و مفهوم المركزية الديموقراطية و مفهوم الجريمة الاقتصادية فالمقارنة التي كانت في سنة 1900 تقوم بين القوانين اللاتينية الجرمانية، انتقلت في سنة 1925 إلى مقارنة بين قوانين البلاد الأوروبية و قوانين البلاد الأنجلوأمريكية و انتهت في الستينات بعقد مؤتمرات للمقارنة بين القوانين الغربية و القوانين الإشتراكية في مواضع مثل العقود و الملكية .

و بعد قيام الثور الصناعية و ما رافقها من نمو اقتصادي و ظهور المذهب الإشتراكي تطلعت الدول إلى ما رواء حدودها و اقتنعت بأن قانونها الوطني لا يمكن أن يبقى منعزلا أو يتخذ شكلا نهائيا بل لا بد أن يتأثر بالقوانين الأجنبية و أن يقتبس منها:

- ففي فرنسا قام الفقيه ( جلاسوا ) بدراسة مقارنة لنظام الزواج و الطلاق في القوانين القديمة والحديثة .

- و في ألمانيا: قام الفقيه ( فون شتاين ) بدراسات في القانون الدنماركي و القانون الفرنسي و اهتم بمقارنة القوانين الإدارية في أوروبا.

و في إنجلترا: نشر ( اللورد ماك كين زي ) كتابا في القانون المقارن يتضمن دراسات في القانون الروماني مع مقارنات أجراها بينه و بين القانون الفرنسي و الانجليزي و وضع أمام كل حكم من أحكام القانون الروماني ما يقابله من القوانين المذكورة.

- و في إيطاليا : قام ( اماري ) ببحث في علم التشريع المقارن و بيان أهدافه النظرية و العلمية و بين العلوم القريبة منه و كان هدفه هو جعل هذا العلم مستقلا يهدف إلى تحقيق هدفين مزدوجين هما: **الأول**: معرفة أسباب الظواهر القانونية و العوامل التي تؤدي أو تسهم في نشوئها و للوصول إلى هذا الهدف يجب دراسة المناخ و الدين و العادات و الاقتصاد السياسي و نراه في هذا المجال متأثرا بمونتسكيو . **الثاني**: معرفة الطريقة التي تنشأ فيها القوانين عند الشعوب و أسباب استمرارها و تعديلها ويرى أنه بمقارنة قوانين الشعوب و الأمم في الزمان و المكان يمكن أن نستخلص المبادئ الثابتة التي تسود القوانين و ننهي بذلك إلى علم التشريع المقارن<sup>13</sup>.

### **المطلب الثاني : أهمية القانون المقارن**

في هذا المطلب تطرقنا إلى أهمية القانون المقارن على المستوى النظري ، في الفرع الأول ، و أهميته على المستوى العملي ، في الفرع الثاني .

#### **الفرع الأول : على المستوى النظري**

خصصنا هذا الفرع لتحديد أهمية القانون المقارن في علوم القانونية ، و ذلك بالتطرق لأهم مجالاتها و هي :

#### **أولا : في مجال تاريخ القانون و في مجال فلسفة القانون**

##### **أ- في مجال تاريخ القانون:**

كان فيها الباحثون يرسموا صورة تاريخية لتطور القانون فكانوا يعرضون جميع الشرائع ليتعرفوا من خلالها على مسيرة تطورها و يقومون بدراسة أعراف و عادات القبائل و الجماعات البدائية باعتبارها الأصل الذي تمتد منه جذور القانون<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> عبد السلام الترماني، مرجع سابق، ص - ص 90-95.

<sup>14</sup> René David, Les grands systèmes de droit contemporain, 11 édit. Dalloz, Paris, 2002, p 3.

لا شك أن الدراسة المقارنة في مجال تاريخ القانون<sup>15</sup> تهيئنا إلى معرفة الأصول التي يستند إليها مفهوم القانون و كيف ترتبط هذه الأصول بمعتقدات أسطورية كما تعمق فهمنا للنظم و القواعد القانونية العتيقة فهذه الدراسة توضح جانباً كبيراً من القوانين القديمة كالقانون الروماني و القانون الجرمانى القديم و القوانين الإقطاعية.

### ب- في مجال فلسفة القانون:

يحقق القانون جانباً من فلسفة القانون<sup>16</sup> وهى الدعوة إلى فكرة القانون العالمى التى نادى بها الفقيه سالى فى مؤتمر باريس عام 1900 و اعتبرها أسماً وظائفاً القانون المقارن و قد نادى لفى أولمان باستخلاص قانون عام من القوانين الوضعية على أن تضاف مبادئ إنسانية مستقرة ليكون قانوناً مشتركاً صالحاً لنفع الإنسانية.

و تعتبر الطريقة المقارنة فى مجال فلسفة القانون مفيدة فى النواحي الآتية:

1- تصنيف المناهج الفلسفية: التى بمقارنتها ومضاهاتها نلقى الضوء على قضايا نراها تستمر فى جميع العصور و على سعى العقل فى حلها حلولاً مختلفة بحسب هذه العصور ومنها التوفيق بين السلطة و الحرية.

2- فى مقارنة الفلسفة الغربية بالفلسفة الشرقية: التى من خلالها يمكن الوصول إلى معرفة أفضل لقوانين كل منهم و تبيين أيضاً الصعوبات التى تعترض استخلاص قانون مشترك منها.

3- توضح لنا الطريق المقارنة العلاقة بين القانون و الدين فالأديان كالمذاهب الفلسفية تطبع القانون بطابعها بل نجد أثرها فى القانون أكبر من أثر المذاهب الفلسفية. ففى الغرب مثلاً، بالرغم من قولهم بانفصال الدين عن القانون إلا إننا نجد القانون مطبوعاً بالمسيحية لتأثره بها أصول تكوينه.

4- بالطريقة المقارنة يمكننا أن نتعرف على تأثير المبادئ الأخلاقية فى القانون ونكشف عما يباعد ويقارب بين المناهج القانونية بحسب المذاهب الفلسفية التى تعتنقها فنجد أن اختلاف القوانين اللاتينية الجرمانية عن القانون الانجليزى يرجع إلى الاختلاف فى فلسفة التكوين القضائى الذى يرى فيه القانون الانجليزى القاضى مستقلاً عن السلطة السياسية أفضل بكثير من الارتباط بها.

فالقانون المقارن حين يعمل على إظهار الفلسفة فى القانون لا يكتفى بتفسير النظم بل يعمل على تقييم ما تضمنته من أفكار ومبادئ وبذلك تكون المذاهب الاستبدادية محكومة برفضها لاستهانتها بالإنسانية.

<sup>15</sup> René David,op. cit. p 3.

<sup>16</sup> Michel Fromont, Grands systèmes de droit étrangers, Dalloz, Paris, 2013, p 5.

## ثانياً : في مجال النظرية العامة للقانون و في مجال علم الاجتماع القانوني أ- في مجال النظرية العامة للقانون:

تبين لنا الدراسة المقارنة الأصل التاريخي لتقسيمات القانون و الخصائص التي تتميز بها مفاهيمها القانونية عن المفاهيم في البلاد الأخرى و نستطيع أن نتعلم سبب تميزنا بين القانون العام و الخاص و بين القانون المدني و القانون التجاري و بين القاعدة الأمرة و القاعدة المتممة.

من يدرس القانون الفرنسي فقط يجد أن هذا التقسيم له منطقيته و له أهميته في المقابل من يدرس القوانين الأخرى يجد أن هذا التمييز ليس عاماً في جميع القوانين بل أن قد زال في بعض القوانين، و مثال آخر في مصادر التشريع التي يعتبر فيها القانون الفرنسي أن التقنين هو الأساس أما الاجتهاد والفقهاء فيأخذوا مرتبة متأخرة في هذا الترتيب في المقابل ترى دولاً ديمقراطية أخرى أن تمجيد الفرنسيين للتقنين تزييفاً للديمقراطية.

## ب- في مجال علم الاجتماع القانوني:

علم الاجتماع<sup>17</sup> يقود القانون المقارن لتمييز مراحل تطور القانون و هو في النطاق الداخلي يكشف عما إذا كانت القاعدة القانونية قادرة على الإحاطة بالواقعة الاجتماعية المتطورة أم أن هذه الواقعة ، لقصور القاعدة القانونية، أخذت تبحث عن حل آخر لتأمين الحاجة المرتبطة بها، و في النطاق الخارجي يتمكن علم الاجتماع من ربط واقعة قانونية معينة في قوانين مختلفة بالظروف الاجتماعية و الاقتصادية التي تكتنفها فقد يجد في هذه المقارنة اتفاقاً في الأحكام المنظمة لهذه الواقعة مع اختلاف في الظروف فعالم الاجتماع القانوني يبحث عن الحقيقة لتفسير الأسباب الكامنة خلف هذه الوقائع في حالات اتفاقها و اختلافها.

و قد تصدى علماء الاجتماع منتقدين دعوة علماء القانون المقارن إلى تحديد غاية هذا القانون بتوحيد القوانين وإيجاد قانون عالمي ذاهبين في نقدهم إلى أن القانون ظاهرة اجتماعية تتكون من ظروف متنوعة طبيعية و اقتصادية و سياسية و ثقافية و تاريخية من الصعب توحيد أثارها و تجاوز تبايناتها و خاصة فيما يتعلق بالظروف النفسية و الروحية المتأثرة بالعقائد و بالعادات و التقاليد.

من هنا أصبح القول بأن هدف القانون المقارن وضع قانون عالمي هو تصور أقرب للمثالية فقد أصبح الهدف من القانون المقارن هو تقريب التعاون بين الشعوب

<sup>17</sup> إبراهيم أبو الغار، علم الاجتماع القانوني و الضبط الاجتماعي، مكتبة نهضة الشرق، جامعة القاهرة، 1985 ، ص 42 .

وتنمية الروح العالمية في الشعوب والاستفادة من بعض الموضوعات التي تمس العلاقات الاقتصادية والتجارية والاجتماعية والدولية.

## الفرع الثاني : على المستوى العملي

### أولا : بالنسبة للقانون الوطني<sup>18</sup>

يقوم القانون المقارن بمهنتين الأولى : أنه يساعد على تفهم أفضل للقانون الوطني ، و المهمة الثانية : يساعد على تحسين هذا القانون.

### المهمة الأولى: المساعدة على تفهم أفضل للقانون الوطني

إن الاختصار على شرح نصوص القانون الوطني تمكننا من شرح نصوصه غير أنها لا تطلعنا على ما فيه من عيوب و ثغرات و هذا الاختصار على القانون المحلي من شأنه أن يحد من معرفة رجل القانون الوطني الذي يكتفي بالقانون الداخلي، كما أنه يجعل معرفة رجل القانون راكدة وجزئية محصورة في الزمان والمكان على عكس المعرفة بالقانون المقارن التي تحول معرفة رجل القانون إلى معرفة شاملة تنبض بالحركة و الحياة و التطلع إلى المستقبل.

كما أنها توضح بعض الأفكار الكامنة في القانون الوطني و كمثال على ذلك ما عليه ينص القانون الوطني أن من تسبب بخطئه في الإضرار بالغير يلتزم بالتعويض، وهو في ذلك يذكر كلمة الخطأ، دون أن يضع تعريفا لها، فإذا علم القاضي الوطني أن القانون المقارن (الألماني و القانون السويسري مثلا) قد استعمل في هذا الصدد ( الفعل المخالف للقانون) بدلا من كلمة الخطأ فيمكن أن يستنتج من ذلك أن الخطأ هو الفعل المخالف للقانون.

و تتجلى فائدة القانون المقارن في تفهم أفضل للقانون الوطني حين يكون هذا القانون مقتبسا من قوانين أخرى متقدمة، ففي هذه الحالة يتم الرجوع لتطبيق هذه القوانين فييهدي بها القاضي في فهم قانونه أو في تطبيقه و أقرب مثال على ذلك اقتباس البلاد العربية قوانينها من البلاد الغربية فالقضاء المصري يرجع إلى القوانين الأجنبية التي اقتبس منها قانونه المدني وحين استمد الكويت أحكام القوانين المصرية أخذ قضاؤها يعتمد على القضاء المصري في أغلب أحكامه و يستعين بها في أغلب تطبيقاته العملية و جرت على مثل ذلك البلاد العربية التي اقتبست تقنينها من التقنين المصري.

---

<sup>18</sup> René David, op. cit. p 10.

و نجد الدول الأوروبية ترجع إلى مثيلاتها في تفهم ما أخذته منها من تشريع فالفرنسيون أخذوا من التشريع الألماني نظام الشركات ذات المسؤولية المحدودة، لذا نجد الشراح الفرنسيين يرجعون إلى القانون الألماني، لتفهم هذه الصورة الجديدة من صور الشركات، وكذلك يرجع القضاء الفرنسي إلى القانون الانجليزي، لتفهم عقود النقل البحري، التي أخذت نماذجها عن هذا القانون.

**المهمة الثانية: مساهمة القانون المقارن في تحسين القانون الوطني و إصلاحه:** إن الدراسة المقارنة تساعد على تحسين القانون الوطني، و هناك استفادة من القانون المقارن في مجال الفقه و القضاء أيضا.

### **1- في مجال التشريع :**

يستفيد المشرع من الدراسة المقارنة، فهي تضع أمامه قوانين الأمم الأخرى فيستفيد من تجاربها، ويقتبس منها ما يتفق مع حاجاته . و الهيئات التشريعية في الوقت الحاضر لا تقدم على سن تشريع قبل أن تحيط بالقوانين الأجنبية في مثل المسألة التي تريد أن تضع لها تشريعا، فالدراسة المقارنة ليست أهم وسيلة لا لإصلاح التشريع فحسب بل لتجديد القانون وتحديثه وتهذيب الأفكار الفنية فيه.

فاتفاق الظروف في أوروبا قد خلق حركة تشريعية موحدة و هي نفسها التي جعلت الحركة التشريعية في أوروبا تنتهج منذ خمسين عاما مسلكاً واحدا لتنظيم احتياجاتها. حيث نجد أن القانون التجاري و قانون العقوبات و قانون العمل و الضمان الإجماعي و القانون القضائي و القانون الإداري نجدها متفقة لا في خطوطها الكبرى بل في كل التفاصيل و هناك تطبيقات سوف نوردتها.

و لنا في القانون المدني تجربتين تجربة في أوروبا و تجربة عربية.

**التجربة الأولى و هي التجربة الفرنسية ،** حيث بمجرد صدور القانون المدني الفرنسي أصبح يحتذى به داخل أوروبا و خارجها:

**أولاً:** ففي داخل أوروبا انقسمت هذه التجربة إلى شكلين: **أ-** أخذته بعض الدول بكامله فحوا ونصاً كبلجيكا، **ب-** و بعضها تأثرت به بالاقتراب و المحاكاة كإيطاليا و اسبانيا و البرتغال. و قد سميت المجموعة التي ضمته بالمجموعة اللاتينية التي تؤلف مع المجموعة الجرمانية أسرة واحدة تدعى الأسرة اللاتينية الجرمانية. **ثانياً:** في خارج أوروبا امتد تأثير القانون المدني الفرنسي و معه المجموعة اللاتينية إلى أمريكا الجنوبية و الوسطى و آسيا و في البلاد التي كانت خاضعة للإحتلال الفرنسي في أفريقيا و أيضا تأثرت به مصر في قانونها المدني المشترك .

**التجربة الثانية: التجربة المصرية :** لقد أخذت سوريا من القانون المدني المصري و أصبح نافذا فيها بمجرد صدوره ما عدا نظام الملكية العقارية التي أخذته من التشريع الفرنسي. كما اقتبس القانون المدني العراقي لعام 1951 من القانون المدني المصري و هكذا ليبيا و الكويت و السودان بقانونها المدني الصادر لعام 1971.

### **ثانيا : في مجال الفقه و القضاء**

يقوم الفقه و القضاء عن طريق الدراسة المقارنة بدور مهم في إصلاح التشريع أو في حسن تطبيقه.

#### **أ- بالنسبة للفقه:**

يقوم الفقيه بدراسة القوانين الأجنبية ومقارنتها بقانونه الوطني حيث تظهر له عيوب القانون ونواقصه ويقترح التعديلات التي تصلح للقانون الوطني وبذلك يكون الفقيه رائدا للمشروع يزوده بما يسترشد به في إصلاح القانون و تحسينه.

#### **ب- بالنسبة للقضاء:**

عندما يتم نقل نصوص قانون أجنبي أو يستعان بها في وضع القانون الوطني تثور أمام القضاء الكثير من المسائل التفصيلية عند تطبيق نص من هذه النصوص فيلجأ القاضي إلى البلد التي استمد منها النص و إلى أحكام قضائه التي تتولى تطبيقه للتعرف على الحلول العملية المستمدة من تفسير النص أو شرحه والاستهداء به في تعليل الأحكام المبنية عليه. مثال ذلك في البلاد العربية التي استعانت بالقانون الفرنسي في تقنين أحكامها حيث نجد القضاة يشيرون في أحكامهم إلى آراء الفقهاء الفرنسيين و أحكام المحاكم الفرنسية.

و من الصعب أن يستوعب التشريع جميع المسائل التي تعرض أمام القضاء لذا منح القاضي في حالة عدم وجود نص تشريعي أو عرف مستقر على مبادئ القانون و مفهوم العدالة أن ينشئ قاعد قانونية من وحي ضميره بل إذا قصر في ذلك يعتبر مرتكبا لجريمة تسمى إنكار قواعد العدالة.

#### **1- بالنسبة لنطاق القانون الدولي الخاص<sup>19</sup>**

لم يتح للقانون المقارن أن يقوم حتى اليوم بدور فعال في نطاق القانون الدولي الخاص وكل ما يتعلق بهذا القانون إنما يتعلق بطريقة الفصل في العلاقات ذات العنصر الأجنبي من حيث تحديد القانون الواجب التطبيق و المرجع المختص للفصل في النزاع

<sup>19</sup> Edouard Lambert, Le droit comparé et la formation d'une conscience juridique, Revue de l'université de Lyon, 1929, pp 441-463.

و سيكون الفصل فيها سهلا لو أنهم توصلوا لقوانين واحدة بدلا من القواعد الغامضة التي تستقل للفصل في النزاع .

مما يزيد في صعوبة توحيد مبادئ التنازع مشكلة التنازع في التكييف أو الوصف القانوني ويراد بالتكييف "تلك العملية الأولية التي يجريها القاضي خاضعا في ذلك لرقابة محكمته العليا بقصد معرفة الطائفة التي تدرج تحتها المسألة المطروحة و الوقوف بالتالي على قاعدة الإسناد التي تشير للقانون الواجب التطبيق وصولا إلى الحل النهائي للنزاع"<sup>20</sup> على تحديد طبيعة العلاقة القانونية موضوع النزاع إلى قانون القاضي .

في ذلك يختلف فقهاء القانون الدولي الخاص فيذهب فريق منهم أن التكييف يجب أن يتم وفقا لقانون القاضي و لو كان التنازع في التكييف واقعا بين قانون أجنبي و قانون القاضي و قد برر هذا الإتجاه هذه القاعدة إلى قاعدة إخضاع التكييف لقانون القاضي بكون المشرع إذا سمح بتطبيق قانون أجنبي في دولته فإنه ينتقص بذلك من سيادة القانون الوطني.

و يذهب آخرون وعلى رأسهم ( ديسبانيه ) إلى أن التكييف يجب أن يخضع إلى القانون الذي يحكم الموضوع و حجته في ذلك أن من التناقض الصارخ أن يفرض القاضي على العلاقة القانونية تكييف قانونه الوطني في الوقت الذي يزعم فيها أن يطبق القانون الأجنبي على هذه العلاقة<sup>21</sup> .

ذهب بعض الفقهاء مذهباً وسطاً منهم الفقيه الألماني كهان الذي يرى إمكانية تدويل القانون الدولي الخاص تدويلاً جزئياً باستعمال طريقة المقارنة.

**أما على المستوى الدولي** يحقق القانون المقارن فوائد مهمة، تتجلى أساساً في مساهمته في التقريب بين الشعوب وحسن التفاهم و التعاون بينها، وفي سبيل تحقيق هذا الهدف دعا الفقيه الفرنسي لامبير Lambert في المحاضرة الافتتاحية للموسم الجامعي إلى جعل القانون المقارن وسيلة اتصال بين القوانين الوطنية لتكوين ضمير قانوني، عالمي تؤدي إلى جعل القانون أداة تفاهم بين الشعوب لتتمكن من الإتفاق فيما بينها كما يقوم بتوثيق العلاقات بين الدول من خلال دوره الهام في إعداد المعاهدات، إبرامها وتفسيرها، فضلا عن أهميته المتميزة في المفاوضات بين الدول، لأن معرفة القانون

<sup>20</sup> René David, op. cit. p 10.

<sup>21</sup> أمانة سميع، محاضرات في قواعد الإسناد، دون ذكر الطبعة، 2009\_2010، ص26.

الأجنبي تساهم في معرفة وإدراك وجهة نظر الطرف الآخر وإعداد الحجج التي تكفل نجاح التفاوض<sup>22</sup>.

## المبحث الثاني : أساسيات في القانون المقارن

نتعرف في هذا المبحث على طبيعة القانون المقارن في المطلب الأول ، و على طرق المقارنة في المطلب الثاني .

### المطلب الأول : طبيعة القانون المقارن

القانون المقارن اصطلاح مترجم عن المصطلح الفرنسي " Droit comparé " والانجليزي " Comparative law " ، هذا الاصطلاح الذي أسال الكثير من الحبر، خصوصا فيما تعلق بمسألة التسمية بداية، ثم الطبيعة، حيث أن تسمية القانون المقارن هي تسمية مضللة، حيث ينصرف إلى الذهن أنه قانون كغيره من القوانين الوضعية، كالقانون المدني أو التجاري<sup>23</sup> ، الأمر الذي دفع بالفقهاء إلى البحث عن تسميات أخرى عليها تبعدنا عن هذا الغموض الاصطلاحي، فقد ذهب الفقهاء الألمان إلى تسميته "مقارنة القوانين" Comparaison des lois ، واستعمل فقهاء آخرون عبارة "الطريقة المقارنة" Méthode comparative ، بل أن البعض آثر استبعاد كلمة قانون، فيفضل في إنجلترا تسمية "الاجتهاد المقارن" Jurisprudence comparative ، و اختار الفقيه إدوارد لامبير تسمية التشريع المقارن La législation comparée ، و التشريع عند هذا الأخير يقصد به النظام القانوني، غير أن اصطلاح "القانون المقارن" هو الذي هيمن في الأخير على كتابات الفقهاء في التسمية، ولعل هذا الاختلاف في التسمية يرجع بالأساس إلى اختلاف الفقهاء في طبيعة القانون المقارن ووظيفته<sup>24</sup> ، ففي حين ذهبت طائفة إلى أن القانون المقارن يعتبر علما قائما بذاته، ذهبت طائفة ثانية من الفقهاء إلى

<sup>22</sup> حميد شاوش ، مرجع سابق ، ص - ص 8-9 .

<sup>23</sup> عصام نجاح، القانون المقارن و الأنظمة القانونية الكبرى، عناية، دار العلوم للنشر و التوزيع، 2011، ص 20.

<sup>24</sup> محمود إبراهيم الوالي، دروس في القانون المقارن، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1982 ، ص- ص 3-4.

أنه مجرد طريقة من طرق البحث القانوني، و سوف نحاول من خلال النقاط التالية استعراض هذه الآراء و حجج كل فريق.

### الفرع الأول: القانون المقارن علم مستقل

يذهب كل من الفقيين ريموند سالي Raymond Saleilles و إيدوارد لامبير Edouard Lambert إلى القول بأن القانون المقارن هو العلم الذي يبحث في القواعد المشتركة بين الشرائع و النظم المختلفة<sup>25</sup>، و قد ساد هذا المذهب منذ المؤتمر الأول للقانون المقارن سنة 1900 حيث تم تعريفه بأنه: ( العلم الذي يبحث عن القواعد المشتركة بين الشرائع و النظم المختلفة )، حيث كانت الأفكار تتطلع إلى وضع قانون عالمي، وبذلك اعتبر القانون المقارن هو العلم الذي يكشف عن هذا القانون العالمي. ويعود أثل في فكرة أن القانون المقارن علم إلى المدرسة التاريخية التي ترى بان القانون نسبي، و هو متحول بفعل ضغط القوى الاجتماعية، من أجل إرضاء تطلعاته خصوصا تلك الإقتصادية، و القانون المقارن و جد كعلم يعنى بتفسير التحولات الحاصلة في الحياة التشريعية، و استخراج القواعد التي تحكم تحولات الحياة الاجتماعية<sup>26</sup>.

وبدأ الاختلاف بين الفقيين سالي و إدوارد لامبير منذ البداية حول ماهية القانون المقارن، حيث قسمه لامبير إلى التاريخ المقارن؛ و هو العلم الذي يكشف ما بين الظواهر القانونية من صلات و أسباب نشوئها وتطورها، سواء ما تعلق بالمقارنة بين الشرائع الحالية أو القديمة. والقسم الثاني المتعلق بالتشريع المقارن، وله هو الآخر غاية علمية هي البحث في الشرائع المقارنة عن الأسس المشتركة لتكملة القوانين الوطنية وتطويرها، وأطلق لامبير على هذا الشق تسمية القانون العام التشريعي، وهو بهذا المعنى الأخير لا يشكل علما بل مجرد فن<sup>27</sup>.

في حين ذهب سالي إلى أن القانون المقارن علم قائم بذاته، ذلك أن القصد من ورائه هو الوصول إلى استخلاص قواعد قانونية جديدة ومشاركة للإنسانية المتحضرة<sup>28</sup>.

وقد انتقد هذا المذهب الأول من حيث أنه لم يستطع أن يضع تعريفا موحدا للقانون المقارن، يقبله جميع المشتغلين في مجال المقارنة حتى بعد مرور نصف قرن من

<sup>25</sup> عصام نجاح، مرجع سابق، ص 20 .

<sup>26</sup> نفس المرجع، ص - ص 23-24.

<sup>27</sup> Bruno de Loynes de Fumichon, Introduction au droit comparé, Journal de droit comparé du pacifique (Revue juridique internationale soutenue par l'Université de Polynésie française (UPF), Volume II, Aout 2013, P 75.

<sup>28</sup> محمود إبراهيم الوالي، مرجع سابق، ص 5.

استعمال المصطلح، كما أن الخلاف حول طبيعة القانون المقارن و وظيفته أدى إلى زيادة غموضه<sup>29</sup>.

### الفرع الثاني: القانون المقارن مجرد منهج

سار هذا المذهب بعد الحرب العالمية الثانية نتيجة الخلافات و النقاش التي أثارها مؤتمر باريس 1900 (و هو المؤتمر الأول للقانون المقارن) خلافات حول أهداف و وظائف القانون المقارن و حول الطريقة و المنهج الذي يتعين إتباعه في دراسته، كذلك كان الخلاف حول تعريفه بل و حتى على تسميته (حيث استعملت اصطلاحات أخرى غير القانون المقارن كمقارنة القوانين، الطريقة المقارنة للتشريع، التشريع المقارن، و في إنجلترا غلبت تسميته بالاجتهاد المقارن).

و تجددت هذه الاختلافات و المناقشات في مؤتمر لاهاي للقانون المقارن 1937 الذي عرف القانون المقارن دون التطرق إلى طبيعته: (يعمل على المقارنة بين قوانين بلدان مختلفة و استخلاص بين هذه القوانين من أوجه الشبه أو أوجه الخلاف)، و على رأس هذا المذهب قوتريدج في إنجلترا بنشر مؤلفه (القانون المقارن مدخل إلى الطريقة المقارنة في البحوث القانونية) 1946 و ترجم إلى الفرنسية سنة 1953 و تبعه في إيطاليا الأستاذ إسكاريلي و في فرنسا دافيد بنشر مؤلفه سنة 1950.

و يرى أصحاب هذا المذهب أن القانون المقارن هو الطريقة أو الطريقة المقارنة في تطبيقها على الدراسات القانونية، فهو مجرد منهج للبحث، فلا هو بالعلم و لا هو بالفرع القانوني، و إنما هو كما يقول الفقيه روني دافيد René David؛ مجرد طريقة للمقارنة في مجال العلوم القانونية، كما يذهب الفقيه قوتريدج Gutterige إلى أنه الطريقة المقارنة في تطبيقها على الدراسات القانونية، وقد ساد هذا المذهب بعد الحرب العالمية الثانية.

و يقوم هذا الاتجاه الثاني على أن القانون المقارن كمنهج للبحث، يهدف إلى تحقيق ثلاثة مسائل؛ بداية من أن الدراسة المقارنة تحدد موضوعا لها ثم تتعمق فيه، وهذا الأمر يتطلب معرفة بالقوانين المقارنة، محلية وأجنبية، ثم إن هذه الدراسة لا تتم إلا بمقارنة قواعد القانون الوطني بما يقابلها في القانون الأجنبي، بل أن الأمر أعمق من ذلك، إذ نجد أن المقارنة تتم مع المنهج العام للقانون الأجنبي في بنيته وهيكله ومصادره، كما أن الطريقة المقارنة تبعد الباحث عن المسائل الفلسفية المجردة، وتقربه أكثر من القوانين النافذة على أرض الواقع<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> عبد السلام الترميني، مرجع سابق، ص 114.

<sup>30</sup> عصام نجاح، مرجع سابق، ص 27.

على الرغم من واقعية الطرح الثاني و عمليته، إلا أنه يحمل تناقضا في طبيّاته، ذلك أن أصحاب هذا المذهب، وعلى رأسهم الفقيه قوتريدج يشترطون أن تكون الدراسة في إطار المنهج الكامل ، فتدرس النصوص القانونية و هي في حالة حركية لا في حالة ركود، حيث يجب أن تدرس النصوص على ضوء غايتها الإجتماعية و الاقتصادية.

و هذا ما يجعل منتقدي هذا الطرح يتساءلون إذا تم تحديد هذه الغاية للدراسة ألا يجعل هذا الأمر من القانون المقارن علما، و نجد أنه حتى بالنسبة لهذا المذهب الإنتقادي الجديد لم يسلم هو الآخر من النقد بسبب الوقوع في الغموض، حيث أنهم يرون بأن القانون المقارن لا يمكن أن يفهم أو أن يحدد بالغاية التي يهدف إلى تحقيقها، سواء كانت التعرف على القانون الأجنبي، أو حل مشكلة قانونية، أو تحديد الإطار القانوني لاتفاقية دولية، أو توحيد القانون، أو غير ذلك، و على ذلك يرى أصحاب هذا الرأي بأن القانون المقارن تتعدد مفاهيمه و وظائفه بتعدد الغايات من ورائه<sup>31</sup>.

والرأي الراجح اليوم بأن القانون المقارن يأخذ سمة العلم أكثر من سمة المنهج، خصوصا بعدما تحددت موضوعاته، سواء ما تعلق بتطور الأنظمة القانونية واستخلاص العناصر الأساسية التي تقسم على ضوئها العائلات القانونية الكبرى، حيث تتميز كل واحدة منها بمنهجها وجغرافيتها القانونية Géographie juridique ، فأصبح بذلك تحديد انتماء قانون ما إلى مجموعة دون أخرى يحتكم إلى علم القانون المقارن، فهذا هو مجال عمل هذا الأخير، وحتى وإن ظهر القانون المقارن كوسيلة للمقارنة بين قاعدتين قانونيتين في قانونين مختلفين، فإن هذه المقارنة سوف تؤدي لا محال إلى تحصيل معلومات جديدة، تجعل من القانون المقارن علما كذلك حتى في هذه الحالة<sup>32</sup> .

و في تقديرنا المتواضع حول ما جاء بخصوص طبيعة القانون المقارن، فإنه يجب أن ننتبه إلى أنه حتى و إن أخذنا بالرأي الراجح إلا أن اعتبار القانون المقارن علما فهذا لا ينفي خاصية المنهج كذلك، حيث أن الموازنة أو المقارنة وإن استعان فيها الباحث بالتحليل أو الوصف أو التأسيس التاريخي، فإنها تظل كمنهج مستقل عن بقية المناهج العقلية الأخرى، حتى أن علم الاجتماع الفرنسي إيميل دوركايم يصف المنهج المقارن بأنه "منهج التجريب غير المباشر" أو المنهج شبه التجريبي<sup>33</sup>.

31 عبد السلام الترمائني، مرجع سابق، ص 116.

32 محمود إبراهيم الوالي، مرجع سابق، ص 5 .

33 أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول المنهجية لإعداد البحوث العلمية، القاهرة، دار الفكر العربي ، 2007 ، ص 42 .

و هذا يعني أن المنهج المقارن يجمع بين خصائص المناهج العقلية التجريدية، و خاصة المناهج التجريبية، حيث أننا لا نستطيع من الناحية العملية أن نطبق النظريات وبعدها القواعد القانونية على الأفراد، لنرى مدة نجاعتها، ثم نعيد التجربة ، حتى نتوصل إلى ضبط القواعد الملائمة للسلوك الإنساني، و من ثم فإن الباحث في العلوم الاجتماعية على العموم، و العلوم القانونية على وجه الخصوص، يستطيع الاستفادة من النظريات الاجتماعية والنظم القانونية الناجحة التي طبقت في مجتمعات و بلاد أجنبية، مع مراعاة خصوصية بيئته، و هذا ما يحققه القانون المقارن من تجريب غير مباشر، و هو بذلك يستعمل كمنهج للملاحظة ونقل الخبرات مع ضبط المتغيرات المتدخلة في العملية، و على ذلك يذهب البعض المقارنة والموازنة من العلوم الإنسانية بمثابة الملاحظة والتجربة من العلوم الطبيعية<sup>34</sup>.

### الفرع الثالث: القانون المقارن علم و طريقة

يؤدي القانون المقارن إلى التقارب و التفاهم بين الشعوب من خلال مقارنة قوانينها و إرساء قواعد أو مبادئ مشتركة بينها تجعله ذو طبيعة مزدوجة فيبدو علما في نطاق المقارنة بين الشرائع بعد تصنيفها إلى طوائف و عائلات كبرى تتميز بمناهجها و مركزها الجغرافي بحيث يمكن أن يتألف منها ما يسمى بالجغرافية القانونية فتناول مركزه الجغرافي و تطوره التاريخي و يقوم بعد ذلك بالمقارنة ببيان الخصائص المشتركة بينهم تؤدي إلى بناء كامل من المعلومات الخاصة بالعناصر الأساسية لقوانين الدول المختلفة.

كما يلاحظ البعض أن المنهج و العلم مترابطان على اعتبار القانون المقارن كذلك القانون المقارن يبدو علما حين يستعمل كوسيلة للمقارنة بين قاعدتين قانونيتين فهذه المقارنة تؤدي إلى تحصيل معلومات علمية جديدة مثل أصل وتاريخ القاعدة وبياناتها القانونية والتعرف على مصدرها و لا يختلف عنه العديد من الفقهاء ويقولون أن القانون المقارن: (علم يمهد السبيل لاستخدام الطريقة المقارنة)، و يعتبره من جهته الأستاذ ليجي بأنه: ( علم فتي لا يزال في مراحل الأولى التطويرية)، و على ضوء ما تقدم يمكن القول: ( بأن القانون المقارن هو علم منهاجي يستهدف دراسة النظم القانونية لاستخلاص أوجه الشبه والاختلاف وتحديد جوهرها الاجتماعي وشكلها ووظائفها بغية إظهار الاتجاهات المتعارضة والمتناقضة في مختلف نماذج نظم القانون وترجيح بعضها على بعض).

<sup>34</sup> نفس المرجع ، ص 48.

## المطلب الثاني: طرق القانون المقارن

لدراسة المقارنة مجموعة من الأساليب أو الطرق التي يمكننا أن نتبعها في سبيل إنجاز بحث أو دراسة معينة، و يتمتع كل أسلوب من هذه الأساليب بخصائص تميزه عن غيره من الأساليب، حيث تجعله هذه الخصائص مناسبة في موضوعات معينة وغير مناسب في أخرى، ويمكننا أن نعدد طرائق المقارنة التي اتبعها الباحثون خلال تكوين القانون المقارن إلى أربعة طرق هي: المقابلة، المقاربة، المضاهاة، الموازنة المنهجية، فهي تدور بين الأساليب المقارنة والمنهج الكامل.

### الفرع الأول: طريقة المقابلة

يطلق عليها تسمية المقارنة بالمجانبة Juxtaposition ، ومفادها أن يضع الباحث الأحكام التي تعاج، موضوعا واحدا في قوانين مختلفة جنبا إلى جنب، فيقابل بعضها بعضا ليتمكن الباحث من معرفة مواضع التشابه والاختلاف بين هاته النصوص، وهذه الطريقة كانت متبعة في نهاية القرن التاسع عشر وما قبله، فكان الباحث إذا أراد أن يدرس موضوعا معيناً في عدة قوانين، فإنه يأخذ منها الأحكام التي تتعلق بهذا الموضوع ويضعها إلى جانب بعضها البعض ليتعرف على ما بينها وبين قانونه الوطني من اتفاق و اختلاف<sup>35</sup> ، فلو أراد أن يدرس موضوع مصادر قانون العقوبات مثلا، ما عليه إلى أن يأخذ المادة الأولى من قانون العقوبات في كل من القانون الجزائري و الفرنسي و المصري.

الملاحظ أن هذه الطريقة لا تعتبر دراسة مقارنة بالمعنى الحرفي، فهي عبارة عن تجميع لمواد من قوانين مختلفة، وهي إن دلت على شيء فإنما تدل على معرفة الباحث بتلك القوانين<sup>36</sup>.

كما أنها مفيدة من حيث اعتماد الباحث في تدليل على بعض الأفكار الموجودة في القوانين الأجنبية، وأنها مرحلة أولية في أساليب المقارنة الأخرى. وتنطبق هذه الطريقة مع النوع الأول من أنواع القانون المقارن<sup>37</sup> ، وهو القانون المقارن الوصفي، حيث ينصرف معنى هذا الأخير إلى عرض قانونين أو أكثر، وإظهار ما بينهما من

<sup>35</sup> عصام نجاح، مرجع سابق، ص 28

<sup>36</sup> عبد السلام الترماني، مرجع سابق، ص 98.

<sup>37</sup> يقسم القانون المقارن إلى ثلاثة أنواع؛ قانون مقارن وصفي، قانون مقارن تطبيقي، وقانون مقارن نظري. والقانون المقارن الوصفي هو ذلك الفرع من القانون المقارن الذي يهدف إلى تجميع معلومات عن القوانين المختلفة، وإذا ما استعملت هذه المعلومات لغاية معينة أو بقصد تحقيق هدف معين تنتقل في هذه الحالة إلى النوع الثاني ألا وهو القانون المقارن التطبيقي، ذلك أننا سوف نستعمل هذه المعلومات من أجل وضع نظرية أو إصلاح قاعدة قانونية ما، أما القانون المقارن المجرد أو النظري، فيقصد به دراسة القوانين المقارنة لمجرد الاستفاضة في المعلومات البحثية. أنظر: محمود إبراهيم الوالي، مرجع سابق، ص- ص 8-9.

تشابه واختلاف، دون أن يكون لهذا البحث التجميعي قصد علمي، كحل مشكلة أو تكوين نظرية ما<sup>38</sup>.

و الأمثلة التي يمكن أن نضربها في وقتنا الراهن على هذا النوع من المقارنة كثيرة، لعل أبرزها مختلف التقارير السنوية الصادرة عن منظمات حكومية أو غير حكومية، تستعرض من خلالها وضعية أو مركز قانوني ما في دول العالم كلها أو في بعضها.

### الفرع الثاني : طريقة المقاربة

سميت هذه الطريقة بالمقاربة Rapprochement تعويلا على عنصر القرب أو التشابه الكبير بين القوانين محل المقارنة، و مفادها أن يدرس الباحث وجوه التقارب بين القوانين القابلة للمقارنة، و هي القوانين المتشابهة في البنية و في الخصائص كالقوانين الرومانية الجرمانية بالنظر إلى أنها مستمدة من مصادر قانونية مشتركة تخضع لمنهج قانوني موحد، يجعلها قابلة للمقارنة فيما بينها، فهذا الطريقة إذن تصلح أثناء المقارنة بين قانونين بينهما أوجه تشابه كثيرة و فروق قليلة، كقوانين الدول التي تنتمي إلى مجموعات قانونية أو عائلة واحدة<sup>39</sup> ، كقوانين الدول التي تنتمي إلى العائلة الرومانية الجرمانية أو عائلة الكومون لو، أو عائلة الدول الاشتراكية.

اتبعت هذه الطريقة في توحيد القوانين الداخلية المختلفة و في الدول الإتحادية كالولايات المتحدة الأمريكية و سويسرا و المكسيك، و الإتحاد السوفياتي و يوغسلافيا و ألمانيا الإتحادية سابقا، حيث يوجد في هذه الدول القوانين الإتحادية إلى جانب قوانين خاصة بكل دولة من الدول التي يتألف منها الإتحاد، كما تتبع هذه الطريقة في بعض الدول المتحدة كإسبانيا حيث يوجد فيها إلى جانب القانون المدني الصادر سنة 1889 قوانين محلية خاصة ببعض المناطق، وفي الدراسات الإسلامية نجد ما يشبه ذلك فقد سعى بعض الفقهاء إلى المقارنة بين أحكام المذاهب الإسلامية المختلفة وبيان ما بينها من فروق، وتشكل على إثر ذلك علما يسمى بعلم الخلاف لعل أهم ما كتب فيه هو كتاب الفروق للقرافي<sup>40</sup>.

### الفرع الثالث : طريقة المضاهاة Confrontation

تسمى كذلك بطريقة المعارضة Opposition ، و تقوم هذه الطريقة على على العكس من الطريقة السابقة على بيان أوجه الاختلاف بين منهجين متميزين بالبنية الإقتصادية مثلا كالمنهج الروماني الجرمني و المنهج الأنجلوأمريكي من جهة و

<sup>38</sup> نفس المرجع، ص- ص 7-8.

<sup>39</sup> عبد السلام الترماني، مرجع سابق، ص 98.

<sup>40</sup> نفس المرجع، ص98.

المنهج الاشتراكي من جهة أخرى، و قد نودي بهذه الطريقة في أعقاب الحرب العالمية الثانية<sup>41</sup>.

فهذه الطريقة تستعمل عند المقارنة بين قانونين مختلفين من حيث منهجهما وتكون بينهما الكثير من الفروقات، و يبدو أنها لا تصلح عند المقارنة بين عدد كبير من المواد، فهي تستعمل عند المقارنة بين نصوص قليلة تتضمن مواضيع محددة، كالمقارنة التي تجرى مثلا في موضوع الملكية أو العقود بين قوانين دولتين إحداهما اشتراكية و الأخرى رأسمالية.

#### الفرع الرابع: طريقة الموازنة المنهجية *Comparison méthodique*

يصلح عليها كذلك "المقارنة المنهجية"، و هذه الموازنة هي الطريقة التي تنتهي بالمقارنة إلى نتيجة إيجابية، فالطرق السابقة تقوم على تقرير ما هو كائن فعلا من تشابه أو تباين بين عدة قوانين، أما طريقة الموازنة فإنها تخضع لمنهج يساعد على استخلاص نتائج نتعرف بها إلى القانون المثالي بعد دراسة أسباب التوافق والاختلاف، في ظل العوامل المؤثرة في تكوين كل قانون<sup>42</sup>.

بعد استعراضنا مختلف طرق المقارنة المعتمدة في البحوث القانونية، نشير إلى أن كلا من طريقة المقاربة أو المضاهاة، و كذلك الموازنة المنهجية هي طرق تخرج من دائرة القانون المقارن الوصفي و النظري، لتشكل الطرق الأساسية في القانون المقارن التطبيقي، حيث تصل بالبحث إلى نتائج عملية و علمية من شأنها أن تؤسس لنظرية أو قاعدة جديدة، و لعل أهم طريقة من طرق المنهج المقارن هي طريقة الموازنة أو المقارنة المنهجية.

<sup>41</sup> عصام نجاح، مرجع سابق، ص 29.

<sup>42</sup> عبد السلام الترمائني، مرجع سابق، ص 99.

## الفصل الثاني :

### الأنظمة القانونية المعاصرة

يتميز النظام القانوني للمجتمعات ، باختلاف أشكاله و تنوع قواعده ، و تعتبر الأنظمة القانونية المعاصرة من أهم الإيديولوجيات القانونية التي يعتمد عليها فقهاء و دارسي القانون في تطوير القاعدة القانونية بما يتناسب مع التطور المجتمعي في كثير من المجالات.

و لعل أهمها ما اخترنا معالجته في هذا الفصل ، و هي النظام الأنجلوساكسوني ، و النظام الجرمانى ، و نظام الشريعة الإسلامية ، و ذلك بتقسيم هذا الفصل إلى ثلاث مباحث بالشكل التالي .

#### المبحث الأول: النظام الأنجلوساكسوني

يعتبر النظام الأنجلوساكسوني من الأنظمة البارزة في العلوم القانونية و التي ساعدت في تطوير القواعد القانونية ، و سنتطرق لهذا النظام في مطلبين ، المطلب

الأول يشمل تتاريخ القانون الإنجليزي ، و المطلب الثاني يتضمن مصادر النظام الأنجلوساكسوني .

### المطلب الأول : تاريخ القانون الإنجليزي

لقد نشأ القانون الإنجليزي<sup>43</sup> بصورة مستقلة عن القانون الأوروبي ، و من دون أن يتأثر بقانون الروماني ، و يرتبط ذلك بخصائص تطوره التاريخي ، و يعد عام 1066 هو بداية تشكل القانون الإنجليزي ، فقبل ذلك ساد في إنجلترا القانون الأنجلوساكسوني، و هذا يشير في واقع الحال إلى عدم دقة إطلاق إصطلاح ( النظام القانوني الأنجلوساكسوني) على القانون الإنجليزي خاصة، و نظام القانون العام عامة<sup>44</sup> .

تطلق على مرحلة التي ساد فيها القانون الأنجلوساكسوني تسمية – المرحلة الأنجلوساكسونية- ، و هي تبدأ من القرن الخامس للميلاد ، بغزو قبائل السكسون و الأنجلز ( و هي القبائل الجرمانية) لإنجلترا، و قد تميزتا بوجود مملكة خاصة لكل منهما ، و من ثم توحدتا تحت إسم إنجلترا .

و لما كان السكسون و الإنجلز من القبائل البربرية ، فقد نظموا علاقاتهم على وفق عدد من القوانين، إلا أن الإعتماد الأكبر كان مستندا على الأعراف المحلية في محاكمهم القائمة آنذاك، و فضلا عن هذه المحاكم (الجهوية) أسست كذلك المحاكم الكنسية ، التي إعتمدت على القانون الكنسي لتنظيم الشؤون المختلفة المتصلة بالزواج و الطلاق و النسب و الوصايا، إختصت المحاكم التجارية بالمعاملات التجارية ، التي نظمتها على أساس الأعراف التجارية<sup>45</sup> .

لقد مر تطور القانون الإنجليزي بثلاث مراحل رئيسية ، سنعرض على كل منها بصورة موجزة بالشكل التالي :

### المرحلة الأولى : مرحلة تكوين القانون العام<sup>46</sup> ( الكومن لو)

في عام 1066 غزا وليم الفاتح الأمير النورمندي (و هي ولاية في شمال فرنسا ) إنجلترا ، و قضى على الحكم القبلي للأنجلوسكسون ، و هو ما مهد لنقل النظام

<sup>43</sup> في تعريف الحقوقي البريطاني (كيني) لهذا القانون يقول:"أنه مجموعة من القواعد ( المستندة الى القانون العام القديم لإنجلترا، والمحدثه والمطورة وفق القرارات الشهيرة للقضاة على مدى مرحلة تاريخية طويلة، و من التشريعات التي يصدرها البرلمان، لتلبية الحاجة حالياً"، أنظر في ذلك : عبد السلام الترماني، مرجع سابق، ص 102 .

<sup>44</sup> حسين عبد العلي عيسى ، مصادر القانون الجزائي الإنجليزي- دراسة مقارنة- ، مجلة الرافدين للحقوق ، المجلد 15 ، العدد 55، 2012، ص 10.

<sup>45</sup> عبد السلام الترماني، مرجع سابق ، ص 133.

<sup>46</sup> حسين عبد العلي عيسى ، مرجع سابق ، ص 11.

الإقطاعي المركزي ، الذي ساد في تلك المرحلة في أوروبا ، إذ تقاسم الأراضي الإنجليزية بين رؤساء النورمنديين.

كان للملك مجلس خاص ( Curia Regis )<sup>47</sup> ، و هذا المجلس أسسه الملك وليم الفاتح ، و يضم عددا من حاشيته ، و قد قام عليه مجلس اللوردات لاحقا، و فيه كان الملك يقضي في السلوكيات التي تعدي على أمن الدولة و سلامتها ، مثل العصيان و قطع الطريق ، و كان الملك يقعد مجلسه في أنحاء البلاد المختلفة عندما، تدعو الضرورة إليه ، و قد إنبثقت عن هذا المجلس في القرن الثاني عشر ثلاث هيئات قضائية حملت تسمية المحاكم الملكية ، و هي المحكمة المالية Court of exchequer ، و محكمة مدنية Court of common please ، و محكمة جزائية Court of king's bench أي منصة الملك ، التي بقيت برئاسة الملك ، و اختصت بما كان يختص به مجلس الملك الخاص ، و تعد هذه المحاكم محاكم إستثنائية ، فهي ذات إختصاص خاص ، أما المحاكم التي تعد عادية فهي محاكم الإقطاع و محاكم المناطق ، التي إعتد القضاء فيها على الأعراف المحلية<sup>48</sup> .

و قد بقيت منصة الملك بوصفها أعلى جهاز قضائي في نطاق القانون العام حتى 1873 حيث ألغاه البرلمان في عهد الملكة فكتوريا.

بعد الإحتلال النورماندي تم الإبقاء على القانون الأنجلوساكسوني ، و تم تطبيقه من أجهزة القضاء المحلية ، و لكن في حالة حصول نزاعات جدية، كان بالإمكان إحالتها إلى محكمة الملك ، إذ أن الملك عند التقدم إليه بتظلم يصدر أمر ملكي خطي يقضي باستدعاء الخصم إلى مجلس الملك ، فإذا إمتنع عن الحضور يعد خروجاً عن طاعة الملك ، أما إذا حضر فإن الملك يقضي في التظلم المذكور بضميره ، من دون الإعتداء بالأعراف السائدة .

و في مرحلة لاحقة أناب الملك مستشاره في قبول التظلمات و الإلتماسات و كذلك في إصدار الأوامر لغرض إحالة الخصوم إلى المحكمة الملكية، التي اضطلعت بإصدار الأحكام باسم الملك ، و على الرغم من أن هذه المحكمة كانت خاصة و استثنائية ، إلا أنها كانت تقضي بالعدل ، بما يستوحى من ضمير الملك ، كما كانت تمتلك سلطات لا تمتلكها محاكم أخرى ن ذلك أن أحكامها تصدر نيابة عن الملك و باسمه ، لذا كان لديها فضلا عن صلاحية إلزام الخصم و الشهود بالحضور ، و أيضا سلطة تنفيذ الأحكام التي تتخذها، و لم يكن باستطاعة أي كان التقاضي أمام المحكمة مباشرة ، و لكن بمرور الوقت تزايد عدد الإلتماسات المقدمة للملك ، عبر مستشاره ، و

<sup>47</sup> نفس المرجع ، ص 12.

<sup>48</sup> عبدالسلام الترماني، مرجع سابق ، ص-ص 135-136.

بعدها تزايد عدد القرارات القضائية الصادرة عنها، و هو الأمر الذي مهد لنشوء القانون العام الإنجليزي<sup>49</sup> ، الذي تمثل في مجمل القواعد التي تقرر في أحكامها، و قد مهد لذلك قيام الملك هنري الثالث في عام 1253 بإصدار مرسوم ويست مينيستر الأول ، الذي قضى بإيقاف المستشار من إصدار الأوامر الخطية، إذ إعترض رؤساء الإقطاع على ذلك ، لأنه أدى إلى إنصراف المتقاضين إلى المحاكم الملكية وحدها دون محاكمهم .

إلا أن الملك إدوارد الأول سرعان ما أصدر في عام 1258 مرسوم ويست مينيستر الثاني ، الذي أعاد هذه الصلاحية مجددا إلى المستشار ، شرط أن تصدر الأوامر في قضايا مشابهة لتلك القضايا التي سبق أن صدرت فيها أوامره ، و هنا على وجه التحديد ، برز دور الإجراءات الشكلية في البحث عن التماثل في القضايا السابقة ، لإقناع المحاكم بوجود تشابه بين قضية سبق إتخاذ الحكم فيها ، و قضية لاحقة لم يصدر الأمر فيها ، و يؤدي هذا الأمر دورا كبيرا في إرساء قاعدة السابقة القضائية و هو ما شهد إتساعا في القرن الثالث عشر<sup>50</sup>.

كانت المحاكم الملكية في أول الأمر متنقلة ، إذ كانت تعقد جلساتها القضائية في المقاطعات بصورة دورية ، مع الإستعانة بعدد من المحلفين من سكانها ، كي يبينوا لقضاتها الأعراف السائدة في منطقتهم ، للإستناد إليها في الأحكام المتخذة بما يحقق العدل و مبا يستوحى من ضمير الملك ، و ينبع من العقل . و قد استقر هذه المحاكم في القرن الثالث عشر في منطقة ويست مينيستر في العاصمة لندن ، حيث أصبحت تعرف بمحاكم ويت مينيستر نسبة إليها و باتت تتمتع بكيان قائم بحد ذاته<sup>51</sup>.

### المرحلة الثانية : مرحلة العدالة

على الرغم من الدور الذي قام به الحقوقيون لتوسيع صلاحيات المحاكم الملكية ، إلا أن هذا الدور أصابه الجمود لأنها إرتبطت بقاعدة السابقة القضائية ، إذ لم تتعد صلاحياتها إلى القضايا المستجدة ، أي غير المشابهة للقضايا السابقة ، فضلا عن إزدياد الإجراءات القضائية تعقيدا عما كانت عليه في السابق ، مما أدى إلى إرتفاع نفقات التقاضي ، و ازدياد الظلم في الأحكام الصادرة و أفضى الأمر إلى اللجوء للملك

<sup>49</sup> سمي هذا القانون بالقانون العام كونه عام التطبيق على كل السكان، تمييزاً له عن القانون الكنسي، الذي كانت تطبقه المحاكم الكنسية في القضايا التي تختص بنظرها، و عن التقاليد العرفية القديمة التي كانت تطبقها المحاكم الإقطاعية في المسائل التي تختص بنظرها. صوفي حسن أبو طالب، تأريخ النظم القانونية و الاجتماعية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984 ، ص222.

<sup>50</sup> عبد السلام الترماني، مرجع سابق، ص-ص 137-139.

<sup>51</sup> حسين عبد العلي عيسى ، مرجع سابق ، ص 12.

لاحقاق الحق عبر الإلتماسات التي تقدم إليه و بالإستناد على ضميره ، دون التقيد بإجراءات التقاضي التقليدية<sup>52</sup>.

و نظرا للظروف السياسية التي شهدتها البلاد ن لاسيما في عهد أسرة تيودور ، التي تولت مقاليد الحكم 1485 ، بدأ الملك يحيل الإلتماسات المقدمة إلى مستشاره كونه لم يكن متفرغا للنظر فيها ، وهذا كان يقوم بدعوة الخصم إلى الحضور ، الذي يكون ملزما بذلك ، فعلى العكس من ذلك يتعرض إلى العقوبة التي تتمثل في غرامة باهضة ، و في حالة حضوره يواجه بالشكوى الموجهة ضده . بمعنى أن الإجراءات التي كان المستشار يقوم بها إستهدفت معالجة الثغرات التي إنطوى عليها القانون العام التي قررتها المحاكم الملكية<sup>53</sup>.

و قد إستندت القواعد المكونة لقواعد العدالة على القانون الكنسي و القانون الروماني و مبادئ القانون الطبيعي ، إلا أن الأحكام كانت تصدر مع الإشارة إلى كونها تنبع من ضمير الملك<sup>54</sup> Equity flows the con science of the king ، لذا أطلق على مستشار الملك إصطلاح حافظ ضمير الملك Keeper of the king's conscience .

و على ضوء ما تقدم ، بدأت محكمة المستشار تراحم المحاكم الملكية بأحكامها و تحول المتقاضون إليها و استأثرت بالموارد التي كان قضاة الحكام الملكية يحصلون عليها ، و أدى هذا الأمر إلى نشوب النزاع بين المحاكم الملكية من جهة ، و محكمة المستشار من جهة أخرى ، و لقد بت الملك جاك الأول في عام 1616 في هذا النزاع بتأييد مستشاره ، معلنا إن أي تعارض بين القانون العام و العدالة يكون لصالح العدالة التي يجب أن تتقدم ، إلا أن المستشار منذئذ لم يعد يصدر أحكاما جديدة ، بل يتقيد بما صدر سابقا من أحكام التي يصدرها ، منذ عام 1621 خاضعة لرقابة المجلس اللوردات.

و من ذلك الوقت أصبحت السوابق القضائية هي الأساس الذي تبنى عليه الأحكام سواء كان هذا في محكمة المستشار أو في المحاكم الملكية .

و منذ عام 1673 بات المستشار يختار من وسط رجال القانون و السياسة ، بعد أن كان يختار من رجال الدين ، و هو ما يؤدي دورا كبيرا في تطوير الأحكام التي يصدرها ، و وفر إمكانية أكبر لتصحيح القانون العام كلما تطلبت الضرورة ذلك<sup>55</sup>.

<sup>52</sup> صوفي حسن أبو طالب، مرجع سابق، ص 222 .

<sup>53</sup> حسين عبد العلي عيسى ، مرجع سابق ، ص 14.

<sup>54</sup> عبد السلام الترماني، مرجع سابق، ص- ص 142-144.

<sup>55</sup> حسين عبد العلي عيسى ، مرجع سابق ، ص 20.

## المرحلة الثالثة : مرحلة العصر الحديث

في المرحلة بين عامي 1873 و 1875 حدث تطور هام في القانون الإنجليزي، إذ صدر النظام القضائي judicatur Act ، الذي ألغى التمييز بين محكمة المستشار و المحاكم الملكية، و بين قانون العدالة و القانون العام ، ففي السابق كان الذي يريد العدالة يلجأ محكمة المستشار ، و من يريد تطبيق القانون العام يذهب إلى المحاكم الملكية، إلا أن النظام القضائي لعام 1873 قضى بمنح الأولوية في التطبيق لقانون العدالة ، مقارنة بقواعد القانون العام<sup>56</sup>، و قد أفضى ذلك إلى إعادة النظر في النظام القانوني المعتمد آنذاك ، فتم إستبعاد القوانين و القرارات غير المتلائمة مع العصر ، و صنفت الأحكام المعمول بها في مجموعات قانونية أبرزها: التقارير القانونية Law reports لعام 1865 ، و مجموعة القوانين الإنجليزية Laws of england ، و بغض النظر عن ذلك بقي القانون الإنجليزي محافظا على سماته التقليدية، إذ لم يتأثر بحركة التقنين التي شهدتها القارة الأوروبية آنذاك ، و بقي تطوره مرهونا بالجهود التي يبذلها القضاة ، بل إن المشرع منح القضاة إمكانات أكبر لتفعيل هذا الدور<sup>57</sup>.

في القرنين التاسع عشر و العشرين أعار الفقه الإنجليزي عناية فائقة بالقانون الموضوعي ، فتم العمل على تنظيم قرارات القانون العام ، و شهد النصف الثاني من القرن التاسع عشر إختفاء الإختلافات الشكلية بين محاكم القانون العام و محكمة المستشار ( العدالة ) ، و تزايد في القرن العشرين دور القانون و التشريعات القانونية الأخرى ، هذا فضلا عن أن الحاجات الموضوعية لتطور الإقتصاد و التجارة و التعاون الدولي أدت إلى بعض التقارب بين القانون الإنجليزي و القانون الأوروبي<sup>58</sup>.

من خلال ماسبق يمكن القول أن المراحل التاريخية التي مر بها القانون الإنجليزي على أن الجزء الأكبر من قواعده قد وضعت نتيجة للنشاط التشريعي المستقل للقضاة الإنجليز، لذا يعد الدور التشريعي للبرلمان الإنجليزي حتى نهاية القرن التاسع عشر ، وظيفة إضافية له ، إذ كان الفقهاء الإنجليز ف القرن التاسع عشر على قناعة بأن القانون لا يمكن أن يضعه البشر ، فالقانون ببساطة موجود ، لذا فإن التشريعات التي يسنها البرلمان ، ما هي إلا إضافات و تعديلات على ما هو موجود<sup>59</sup>.

<sup>56</sup> عبدالسلام الترماني، مرجع سابق، ص 144-145.

<sup>57</sup> حسين عبد العلي عيسى ، مرجع سابق ، ص 22.

<sup>58</sup> نفس المرجع ، نفس الصفحة .

<sup>59</sup> نفس المرجع ، ص 24.

## المطلب الثاني : مصادر النظام الأنجلوساكسوني

يتميز النظام الأنجلوساكسوني باختلاف مصادره عن باقي الأنظمة خاصة فيما يتعلق بالسابقة القضائية ، و في هذا المطلب نتطرق لفرعين ، الفرع الأول يشمل السابقة القضائية ، و الفرع الثاني يتضمن التشريع في النظام القانوني الإنجليزي.

### الفرع الأول : السابقة القضائية

تعد السابقة القضائية المصدر الأساسي الأول للقانون الجزائي الإنجليزي ، و هذا ما سنوضحه أكثر في هذا الفرع .

### أولاً : نشأة السابقة القضائية و تطورها

تعد السابقة القضائية<sup>60</sup> المصدر الأكثر قدما في القانون الإنجليزي ، ففي فترة زمنية سابقة كثيرا على سن التشريعات القانونية ، بدأ بالقرن الثاني عشر، كان القضاة المليون المكلفون بالقضاء في محاكم ويست منيستير Court of westminster ، و في المحاكم المتنقلة بين المقاطعات ، عند النظر في القضايا التي تعرض عليهم ، يصدرن أحكاما و يضعون تلك القواعد التي أصبحت لاحقا أساسا للقانون الإنجليزي المعاصر .

و عليه فقد وضع قضاة المحكمة الإنجليزية Court of king's bench ، التي كانت تعقد جلساتها برئاسة الملك في القرنين الثاني عشر و الثالث عشر قواعد المسؤولية عن الجرائم الأشد جسامة الجنايات ، و في القرن الرابع عشر قواعد الخاصة بالجرائم الأقل جسامة الجرح ، و في فترة لاحقة أدت المحاكم التابعة للبرلمان و هي محكمة مجلس النجوم ، التي إختصت بالنظر في قضايا محددة دورا محدودا في صياغة عدد من قواعد القانون الجزائي ، و من ذلك أنها وضعت الأسس النظرية الإنجليزية المعاصرة للشروع في الجريمة و التأمير<sup>61</sup>.

أعتبرت السابقة القضائية أهم مصدر للقانون الإنجليزي عموما، و ينطبق هذا القول على القانون الجزائي الإنجليزي ، و هذا يعني أن القضاء الإنجليزي مقيد فيما يصدره من أحكام بمبدأ السوابق القضائية ، التي تتضمن مجمل التقاليد و المبادئ القانونية التي أقرتها المحاكم الإنجليزية، و تفسيراً لهذا فإن المحكمة إن تبين لها وجود مبدأ قانوني يتعلق بالنزاع المنظور من طرفها و طبقتة في النزاع المذكور ، فإن الحكم

<sup>60</sup> تعرف السابقة القضائية بكونها القرار القضائي المتخذ في قضية محددة، والمتصف ( بطبيعة إلزامية، و المتخذ بوصفه مصدراً للقانون عند النظر في القضايا المتماثلة. حسين عبد العلي عيسى ، مرجع سابق ، ص 28.

<sup>61</sup> نفس المرجع ، نفس الصفحة .

المتخذ يتحول إلى سابقة قضائية يتوجب على القضاء الأخذ بها في المستقبل مع مراعاة عدد من الشروط<sup>62</sup>.

كما أن البرلمان الإنجليزي بوصفه السلطة المعنية بالتشريع ، لم يكن في مركز يمكنه من التدخل في تطوير القانون و ذلك عبر الوظيفة التشريعية التي يضطلع بها ، و هذا عزز من مكانة السوابق القضائية مقارنة بالتشريعات البرلمانية، بل أن القضاء عد القانون العام Common law ، الذي تكون على وجه العموم مما وضعته المحاكم الإنجليزية من قواعد و تقاليد كقانون قديم و ثابت فيه الحلول للمسائل كافة ، لذا لا يصح تغيير قواعده بعمل إنساني ، أو عبر البرلمان ، لذا أبقى القضاء نفسه في نظام السوابق القضائية و لم يخرج عنها<sup>63</sup>.

من هنا وصف القانون الجزائي الإنجليزي بالجمود ، لاعتماد السوابق القضائية أولاً دون تعديلات جوهرية عليها ، سواء بأحكام قضائية لاحقة أم بإصلاحات قانونية برلمانية ، فضلا عن هذا إن السوابق القضائية لم يكن للقانون الكنسي أو الروماني تأثير مباشر عليها ، و قد برز هذا في القرن الرابع عشر .

و في وقتنا الحالي ، تحدد المسؤولية الجنائية عن عدد من الجرائم إستنادا للقانون العام Common law ، و هذا يعني أن المساءلة الجنائية عنها لا تعتمد على التشريعات الصادرة عن البرلمان أساسا بل على قرارات المحاكم . و لا يتعلق الأمر هنا ، بتحديد العقوبة التي يجب أن تتخذ بحق المذنب في ارتكابها<sup>64</sup>.

كما يوجد عددا من التشريعات البرلمانية يحدد العقوبات عن الجرائم إستنادا إلى القانون العام ، فعلى سبيل المثال ، أن القتل البسيط و المشدد يعتبران جريمتين إستنادا إلى القانون العام على وجه التحديد ، إذ أن تعريف هاتين الجريمتين لا يصادف في أي تشريع برلماني صادر ، إلا أن التدابير العقابية المحددة عنهما أدرجت بداية في القانون الخاص بالجرائم الواقعة على الأشخاص لعام 1861، و في عدد آخر من التشريعات القانونية، و في الوقت الحالي يحدد مفهوم القتل و عناصره إستنادا إلى قانون بشأن القتل لعام 1957.

<sup>62</sup> صوفي حسن أبو طالب ، مرجع سابق، ص 223.

<sup>63</sup> نفس المرجع ، ص 224.

<sup>64</sup> نفس المرجع ، ص 225.

استمرت هذه الحالة إلى عام 1972 ، ففيه إتخذ مجلس اللوردات في قضية هولر قرارا قضى بعدم الأخذ بتحديد المسؤولية الجنائية عن أية سلوكيات إجرامية جديدة أو التوسع في أركان الجرائم المحددة سابقا من ضمن صلاحيات المحاكم الإنجليزية<sup>65</sup>.

لقد اختلفت الآراء حول من قام بكتابة منازعات الأطراف و قرارات القضاة الذين كانوا ينظرون في القضايا المعروضة عليهم، سواء كان هذا في الحاكم الثابتة في ويست مينيستر Court of westminister أو متنقلة بين المقاطعات Court of assize، و متى تم ذلك فإن هناك آراء متنوعة<sup>66</sup>.

إذ يرى عدد من المتخصصين في القانون الإنجليزي أن ذلك كان من اختصاص كتبة المحاكم ، في حين يرى آخرون ، إن البداية تعود إلى المخطوطات التي وضعها طلبة الحقوق ، و في الأحوال جميعها، شهدت نهاية القرن الثالث عشر انتشارا مثل هذه المخطوطات في أوساط القضاة أنفسهم ، لدى الأطر القانونية المختلفة التي ظهرت في تلك الفترة.

و قد كان هذا النوع من المخطوطات في تلك الفترة المبكرة ، حيث يعود أقدمها إلى عام 1282، التي بدأت تحمل لاحقا تسمية الحوليات مكتوبة باليد ، و مع اختراع الطباعة تحولت هذه المخطوطات إلى مطبوعة ، مع الإشارة إلى أسماء واضعيها، و قد تضمنت مجلدات القضايا الصادرة في تلك الفترة وصفا موجزا لظروف القضية الجنائية ، و أسماء المتقاضين و القضاة ، و ملخصا للحجج المطروحة و القرار القضائي المتخذ.

يذكر أنه من عام 1362 أصبحت الإجراءات القضائية تجري باللغة الإنجليزية، و لكن مع ذلك بقيت القرارات القضائية المتخذة و الوثائق القضائية حتى عام 1371 تدون باللغة اللاتينية .

فلتدوين القرارات القضائية المتخذة استخدمت في البدء اللغة اللاتينية ، و لاحقا اللغة الفرنسية ، إلا أنها إعتبارا من عام 1483 بدأت تصدر باللغة الإنجليزية<sup>67</sup>.

منذ منتصف القرن التاسع عشر تقريبا ، كانت مجموعة القرارات القضائية ، تصدر مع الإشارة إلى أسماء واضعيها، و هم من كبار الحقوقيين الإنجليز، أمثال كوك ، و كروك ، و بلايدن ، و لكن من عام 1864 بدأت تصدر تقارير شهرية بصورة

<sup>65</sup> حسين عبد العلي عيسى ، مرجع سابق ، ص 30.

<sup>66</sup> كانت المحاكم الإنكليزية تجوب البلاد لعقد جلسات قضائية دورية، كما كان يفعل الملك، في لندن، وهناك كانت (Westminster) و قد إستقرت في القرن الثالث عشر في حي تعقد جلساتها، لذلك أصبحت تعرف بإسم (محاكم ويستمينستر). عبدالسلام الترماني، مرجع سابق، ص 137.

<sup>67</sup> حسين عبد العلي عيسى ، مرجع سابق ، ص 31.

دورية تحمل تسمية Law reports، و لم تعد تصدر عن دور نشر خاصة كالسابق ، بل أصبح ذلك من اختصاص مجلس خاص ، يتمتع بحقوق الشخص الاعتباري ، تحت إشرافه و يرتبط هذا بأن القرن التاسع عشر شهد الاعتراف الكامل بمبدأ السابقة القضائية ، و الارتباط المطلق للقضاة بقرارات القضاة الذين سبقوهم<sup>68</sup>.

و في الوقت الراهن تعد التقارير القضائية لعموم إنجلترا All england reports، التي تصدر أسبوعيا، و The criminal appeal reports التي تتضمن الأحكام القضائية في القضايا الجنائية هي الإصدارات القضائية الأكثر شهرة و انتشارا في بريطانيا<sup>69</sup>.

إن القرارات القضائية التي صدرت في السابق، التي تتضمنها التقارير القضائية المذكورة، يمكن أن تكون سوابق قضائية بالنسبة للقضايا الجنائية اللاحقة، و على هذا الصعيد يجري اعتماد أسلوب خاص بذلك ينحصر في الأتي: في البداية يشار إلى عنوان القضية ( قضية .... ضد ... ) ، ثم سنة إصدار القرار القضائي ، و بعدها يحدد رقم المجلد التقارير ، و من ثم الإشارة بصورة مختصرة إلى اسم المحكمة أو سلسلة التقارير ، و الصفحة التي نشر فيها القرار و مثال ذلك R.v.Codere1916,12Cr.App.rep.21,at p.28(☺)<sup>70</sup>.

### ثانيا : السابقة القضائية في الوقت الحالي

لقد استند تطور القانون العام Common law على قواعد تطبيق السابقة القضائية المعتمدة في الممارسة القضائية ، إذ ينحصر المبدأ الأساس المطبق عند ممارسة القضاء في القضايا المتماثلة يجري البت فيها بصورة متماثلة، و بهذا الصدد يشير الحقوقي الإنجليزي ب.غروس موضحا ذلك : ( في النظام المستند إلى السابقة القضائية يتوجب على القاضي الذي ينظر في قضية لاحقة من حيث الزمان أن يأخذ بنظر الاعتبار هذه القواعد و المبادئ ، في حين إنها في النظم القانونية الأخرى ما هي إلا مواد يمكن للقاضي أم يراعيها لدى إتخاذ قراره)<sup>71</sup>.

إضافة إلى هذا ، غالبا ما يجري الاعتماد في الوقت الراهن على السوابق القضائية في تفسير التشريعات الصادرة .

يستند عددا من فروع القانون الإنجليزي ، و من ضمنها القانون الجزائي ، بصورة كاملة تقريبا إلى سبعمائة سنة ، لذلك فإن المسائل الأكثر أهمية المتعلقة بالقسم

68 نفس المرجع ، ص 32.

69 حسين عبد العلي عيسى ، مرجع سابق ، ص 32.

70 نفس المرجع ، ص 34.

71 نفس المرجع ، ص 35.

العام من قانون العقوبات قد ثبتت في التشريعات القانونية الصادرة عن البرلمان ، إلا أن الكثير منها مازال بالصورة نفسها التي حددتها السوابق القضائية<sup>72</sup>.

لقد أدى النظام القضائي الإنجليزي دورا أساسيا في نفاذ نظام السوابق القضائية ، لذلك فهو يقوم على أساسه ، و قد إتخذ النظام القضائي الإنجليزي من الناحية التاريخية شكلا تراتبيا ، إذ يكون لكل محكمة موقعها ، الذي يربطها مع المحاكم الأخرى بعلاقة محددة<sup>73</sup>، و يلاحظ إن النظام القضائي في إنجلترا على الرغم من الإصلاحات العديدة التي طرأت عليه، بقي متصفا بتعقيداته.

### ثالثا : هيكل النظام القضائي الإنجليزي

لتسليط الضوء على الدور الذي أداه النظام القضائي الإنجليزي في إرساء أسس نظام السوابق القضائية من المهم التوقف بإيجاز عند هيكله :

يقع مجلس اللوردات- أي اللجنة القضائية لمجلس اللوردات- على قمة النظام القضائي الإنجليزي ، و تعد قراراته إلزامية بالنسبة للمحاكم الإنجليزية الأخرى كافة ، و قد كان هذا المجلس ، حتى منتصف الستينيات ، يعد نفسه ملزما بالقرارات التي يصدرها فحسب، التي لا يمكن إلغائها إلا بقانون ، إلا أن مجلس اللوردات أعتبارا من عام 1966 إبتعد عن هذا المبدأ و أخذ بمبدأ مفاده أن ( التطبيق الصارم للغاية للسابقة القضائية يمكن أن يؤدي في بعض الأحوال إلى مخالفة العدالة ، و يخلق معوقات غير ضرورية بالنسبة للتطور الطبيعي للقانون)<sup>74</sup>.

لذا بدأ المجلس يرى إن له الحق في تغيير التطبيق العملي بعدم الأخذ بالقرار القضائي السابق، و متى كان ذلك ضروريا.

أما في الوقت الحالي ، يمكن أن يحدد مضمون السابقة القضائية بالشكل الآتي: تكون كل من محكمة ملزمة باتباع قرارات المحكمة الأعلى منها درجة، أما محاكم الإستئناف فهي ملزمة بقراراتها السابقة ، في حين أصبح مجلس اللوردات، منذ عام 1966، إستثناءا من هذه القاعدة.

تحتل المحاكم العليا الإنجليزية مكانة خاصة في النظام القضائي الإنجليزي، لأنها تنشئ السوابق القضائية، و تشمل المحاكم العليا على : محكمة العدل العليا، و محكمة العرش و محكمة الإستئناف<sup>75</sup>.

<sup>72</sup> حسين عبد العلي عيسى ، مرجع سابق ، ص 34.

<sup>73</sup> نفس المرجع ، ص 35.

<sup>74</sup> نفس المرجع ، نفس الصفحة .

<sup>75</sup> نفس المرجع ، ص 36.

أما بالنسبة للطعن في قرارات المحكمة العليا فيكون أمام محكمة الإستئناف، الذي تنظر فيه هيئاتها المكونة من ثلاثة قضاة ، و هذا ينطبق على القضايا الجنائية التي هي من اختصاص إحدى هذه الهيئات، و هي التي تطلق عليها تسمية الغرفة الجنائية لمحكمة الإستئناف ، و تعد الأحكام التي تتخذها هذه الغرفة ملزمة بالنسبة للمحاكم الأدنى درجة كافة. كما يطبق في نطاق محكمة الإستئناف مبدأ مفاده، إن هذه المحكمة يمكن ألا تعتمد قراراتها التي إتخذتها في السابق.

أما قرارات هذه المحكمة فيمكن الطعن فيها أمام اللجنة الإستئنافية التابعة لمجلس اللوردات ( و في بعض الأحوال يمكن الطعن أمامها كذلك في قرارات محكمة العدل العليا ذاتها) .

و يتصف الطعن في قرارات محكمة الإستئناف بطبيعته الإستئنافية ، لأن مجلس اللوردات لا يتخذ سوى 30 إلى 40 قرارا عبر السنة ، فألية النظر في الطعن في القرار القضائي تنحصر في تكليف ثلاثة من اللوردات بالنظر في القضية الجنائية ، و من ثم يقوم كل منهم على إنفراد بإبداء رأيه فيها.

أما محكمة العرش فهي ، مقارنة لغيرها من المحاكم الإنجليزية ، محكمة حديثة نسبيا ، و هي تتميز عن غيرها بتنوع هيئتها القضائية ، فارتباطا بنوع الجريمة موضوع القضية الجنائية يمكن أن تضم الهيئة القضائية قضاة من المحكمة العليا أو المحاكم الأخرى، أو حقوقيين يطلون محل القضاة بصورة مؤقتة .

أما حالة عدم إقرار المتهم بذنبه في ارتكاب الجريمة فإن القضية الجنائية يجري النظر فيها بحضور المحلفين .

إضافة إلى المحاكم هناك أنواع عديدة من محاكم الدرجة الدنيا ، التي تنظر في قرابة 90% من القضايا الجنائية في الوقت الراهن ، إلا إن القرارات الصادرة عنها لا تعد من السوابق القضائية ، لذا لا تكون إلزامية بالنسبة للمحاكم الأعلى درجة<sup>76</sup>.

تأسيسا على ما تقدم ، إن نظام السابقة القضائية في بريطانيا يرتبط بتدرج المحاكم ، فالمحكمة الأعلى درجة يمكن أن تنقض قرار المحكمة الأدنى درجة، و في بعض الأحيان يمكن كذلك قراراتها السابقة.

لقد كان لصدور التشريعات الفرنسية و ثباتها و تطبيقاتها أبلغ الأثر في دفع الفقهاء الإنجليز إلى وضع ضوابط للإلتزام بالسوابق القضائية بصورة مماثلة للقواعد

<sup>76</sup> حسين عبد العلي عيسى ، مرجع سابق ، ص 36.

القانونية الأوروبية، لذا أتمدت منذ النصف الثاني من القرن التاسع عشر الضوابط  
الآتية :

**أولاً :** تعد الأحكام الصادرة عن مجلس اللوردات سوابق قضائية إلزامية للمحاكم  
كافة .

**ثانياً :** تلتزم محكمة الإستئناف بالأحكام الصادرة من طرفها ، كما تلتزم بها ما  
دونها من المحاكم .

**ثالثاً :** إن الأحكام الصادرة عن محكمة العدل العليا ( High Court of Justice ) ،  
تكون سوابق قضائية للمحاكم الأدنى درجة ، إلا أنها لا تكون ملزمة بها بشكل مطلق ،  
لكن غالباً ما تأخذ بها الدوائر المختلفة للمحكمة نفسها .

هذا يعني إن محكمة الإستئناف و مجلس اللوردات هما اللذان يقومان بإنشاء  
السوابق القضائية الملزمة . أما الأحكام الصادرة عن المحاكم الأخرى فهي موضع  
تقدير ، إلا أنها لا تعد من السوابق القضائية الملزمة<sup>77</sup>.

و في الوقت نفسه ، أن القضاء الإنجليزي من المحتم عليه مواكبة تطورات الحياة  
الإجتماعية ، لذا عندما لا تكون السوابق القضائية صالحة للتطبيق على حالات معينة  
يلجأ إلى إبتداع قواعد جديدة ، تصبح بدورها السوابق القضائية<sup>78</sup>.

لكن السؤال الذي يمكن أن يتبادر إلى الذهن ، هو الذي يتعلق بماهية السابقة  
القضائية ، إذ لا يعد كل حكم قضائي سابقة قضائية ، و في الوقت نفسه لا يمكن القول  
كذلك بأن الحكم القضائي بأكمله ينطبق عليه مفهوم السابقة القضائية ، ذلك أن القرار  
الذي تتخذه المحكمة في القضية الجنائية يتكون من ثلاثة عناصر ، أولها: عرض وقائع  
القضية الجنائية ، و ثانيها : صياغة مبادئ القانون العام و مبادئه التي تنبع من وقائع  
القضية الجنائية ، و هو تطلق عليه تسمية (ratio decidendi) ، الذي يتصف بأهميته  
الكبيرة في نطاق السوابق القضائية ، و ثالثها : القرار المتضمن التدبير الجزائي المتخذ

ينبع الطابع الإلزامي للسابقة القضائية من (ratio decidendi) ، و ليس من القرار  
المتخذ في القضية الجنائية ، و قد يتبادر إلى الذهن ، أي من الأسس التي يقوم عليها  
هذا القرار القضائي الآخرين فلا يعد كذلك .

<sup>77</sup> حسين عبد العلي عيسى ، مرجع سابق ، ص 36.

<sup>78</sup> صوفي حسن أبو طالب، مرجع سابق، ص398.

من هنا ، فإن مجمل المسائل القانونية التي يجري التطرق إليها في الحكم القضائي المتخذ تطلق عليها تسمية obiter dictum ، و هي تعد مسائل عارضة و لا تتصف باي طبيعة إلزامية<sup>79</sup>.

يتطلب دراسة القانون العام Common law بوصفه مصدرا من مصادر القانون الجزائي الإنجليزي التوقف عند مؤلفات الحقوقيين الإنجليز الكبار في العصور المختلفة، هذا على الرغم من أن مثل هذه المؤلفات لا تعد في الوقت الحالي من مصادر القانون بلمعنى المباشرة ، إلا أن لها أهميتها الكبيرة، لأنه قليلا ما يخلو قرار قضائي من الإشارة إليها أو الاستناد عليها.

يشتمل الفقه الجنائي الإنجليزي على نوعين من المؤلفات القانونية المعتمدة ، أولهما المؤلفات القانونية القديمة الكلاسيكية ، التي تعد مصدرا أصليا للقانون العام، و من أشهرها للفقهاء أكوك ، و مؤلفات فوستر و هوينكس و هيل ، و هذا على الرغم من إعتمادها في الغالب ، هذا فضلا عن تمتع مؤلفيها بالإحترام الكبير ، و منها مؤلف الفقيه بلاكستون الموسوم ب (شروحات القوانين في إنجلترا ) المنشور عام 1765 ، و هو في الواقع يعد من أبرز المؤلفات في نطاق هاتين المجموعتين ، فعليه يجري الإستناد بوصفه مصدرا إلزاميا ، و في الوقت الحالي تربط به بداية الكتب المنهجية المعاصرة في القانون الإنجليزي و من أبرز المؤلفات القانونية ، التي كان لها الأثر الكبير في تطور القانون الجزائي الإنجليزي، مؤلفات كل من كيني و كارد و غروس و جونس و سميث و هوغان و وليامز<sup>80</sup>.

### الفرع الثاني : التشريع في النظام القانوني الإنجليزي

تتصف إنجلترا ، مقارنة بدول القارة الأوروبية ، بأن التشريع فيها يعد المصدر الأساس الثاني بعد السابقة القضائية للقانون الجزائي ، فضلا عن أنها تتميز بعدم وجود مدونة عقابية فيها على غرار كثير من الدول ، إلا أن هذا لا يعني عدم وجود مساع لإصدارها .

أولا : تشكل التشريعات لاسيما التي يصدرها البرلمان الإنجليزي Acts of Parliament ،

### المصدر الأساسي الثاني للقانون الإنجليزي .

طرأت على قواعد القانون العام Common law التي تطورت على مدى مئات السنين تعديلات و إضافات عبر قواعد Statutory law ، التي شكلت مجموعة من القواعد القانونية الهامة و الثابتة في القانون الإنجليزي ، لذا تعد التشريعات البرلمانية

<sup>79</sup> حسين عبد العلي عيسى ، مرجع سابق ، ص 36.

<sup>80</sup> حسين عبد العلي عيسى ، مرجع سابق ، ص 36.

مصدرا ثانويا من مصادر القانون الإنجليزي ، فهي عبارة عن تصحيحات أو ملحقات تضاف إلى السوابق القضائية( القانون القضائي)<sup>81</sup>.

أما حاليا ، لا يمكن أن يغض النظر عن مزاحمة قواعد Statutory law لقواعد السابقة القضائية ، بمعنى أن السوابق القضائية و التشريعات البرلمانية كليهما يتواجدان في النظام القانوني الإنجليزي بوصفهما مصدرين متساويين من حيث تأثير أحدهما في الآخر ، بل إن وجود أحدهما يكون بلا معنى من دون الآخر، و يمكن أن يتجلى ذلك تحديدا في أن الخاصية المميزة لنظام السوابق القضائية إنما تنحصر في أنها تستخدم في الوقت الراهن بصورة غالبية في تفسير التشريعات البرلمانية الصادرة<sup>82</sup>.

لذا فإن التشريعات البرلمانية لا تعد قواعد قانونية معترفا بها ، إلا عبر التطبيقات القضائية ، بمعنى أن القضاء عندما يتولى تطبيقها يقوم بتفسيرها و يعيد صياغتها و من ثم يجعلها تنصف بطبيعة القانون العام ، و حينها فقط يمكن القول أنها أصبحت جزءا لا يتجزأ من قانون الجزائي الإنجليزي ، لذا فإن فقهاء القانون يعتمدون التشريعات البرلمانية عبر التطبيقات المتعلقة بها ، و ليس الإستناد على نصوصها ، أي بصورة قواعد قضائية و ليس قانونية<sup>83</sup>.

تعد التشريعات البرلمانية كما أسلفت الإشارة المصدر الأساسي الثاني للقانون الجنائي الإنجليزي المعاصر ، إلا أنه عبر الدراسة التاريخية يلحظ أن التشريعات البرلمانية قد تعززت مع مرور الوقت في نظام مصادر القانون الجنائي الإنجليزي ، مقارنة بالقانون العام ، و قد تجلى هذا خاصة في النصف الثاني من القرن التاسع عشر.

ففي بداية القرن المذكور كان من المفروض منه أن يعد التشريع البرلماني باطلا أن تعارض مع مبادئ القانون العام ، بمعنى أن التشريع يكون عرضة للإلغاء في حالة وجود مثل هذا التعارض ، لذا فإن التشريعات البرلمانية كانت في واقع الحال صياغة قواعد القانون العام في قواعد قانونية برلمانية أو هي تعديل لهذه القواعد<sup>84</sup>.

أما مكانة التشريعات البرلمانية مازال فقهاء القانون الإنجليزي يقيمونها بالصورة السابقة ، و في الواقع غالبا ما تكون التشريعات البرلمانية إنعكاسا تشريعا للقواعد المعمول بها في القانون العام ، و من ذلك إن المبادئ الأساسية المتعلقة بالمسؤولية الجنائية لاتزال كالسابق ، تحدها قواعد القانون العام ، هذا على الرغم من أن عددا

<sup>81</sup> عبد السلام الترماني، مرجع سابق، ص 164.

<sup>82</sup> حسين عبد العلي عيسى ، مرجع سابق ، ص 36.

<sup>83</sup> نفس المرجع ، ص 37.

<sup>84</sup> نفس المرجع ، نفس الصفحة .

منها ، مثل القواعد المتعلقة بالإتفاق الجنائي و الشروع ، قد نظمت من الناحية التشريعية و صدرت بها تشريعات برلمانية<sup>85</sup>.

كقاعدة ، إن التشريعات القانونية -البرلمانية- في مجال القانون الجزائي تحدد المسؤولية عن جرائم محددة، و لكن في الغالب يكون إصدار البرلمان الإنجليزي لمثل هذه التشريعات عفويا ، إذ يكون إصدارها جوابا على تساؤل ما أثير في مسار الإجراءات القضائية إرتباطا بقضية جنائية معينة ، و ينطبق هذا القول تماما على النموذج التشريعي لجريمة الإغتصاب ، الذي أقر عام 1976 بتشريع برلماني ، إرتباطا بالنظر في قضية مورغان ، على أساس التقرير الذي وضعت له لجنة هيبارون في ضوء دراسة القضية المذكورة<sup>86</sup>.

تشكل التشريعات التنفيذية أو التفويضية نوعا آخر من التشريعات التي تعد من مصادر القانون الجزائي الإنجليزي . و يكون إصدار هذه التشريعات من اختصاص الأجهزة الحكومية المختلفة ، بناء على تكليف من طرف البرلمان الإنجليزي ، لذا تعد التشريعات تفويضية<sup>87</sup>.

و يشير الفقهاء الإنجليز إلى أفضلية هذا النوع من التشريعات مقارنة بالقوانين التي يصدرها البرلمان ، فهي تتصف بكونها تشريعات من السهل إتخاذها أو تغييرها، إذ لا يتطلب عرضها على البرلمان للحصول على مصادقته عليها ، لذا فإن أفضليتها تتمثل في سرعة إتخاذها .

كما لا تختلف هذه التشريعات من الناحيتين التشريعية و التطبيقية عن التشريعات القانونية التي يصدرها البرلمان إذ أن الإختلاف ، من الناحية القانونية بين القانون و قرارات الأجهزة الحكومية ليس كبيرا ، فكل منهما يحدد قاعدة إلزامية عامة و متساوية.

أما في حالة تعارض بين قرارات الأجهزة الحكومية ، الصادرة على أساس الصلاحيات التفويضية و مواد قانون ما يجري تفسيرها و كأنما الحديث يتعلق بوجود التناقض بين مواد قانونية<sup>88</sup>.

إلا أنه يشترط ألا تكون التشريعات المذكورة خارج نطاق الصلاحيات التشريعية للبرلمان ، فإذا كانت خارج الصلاحيات Ultra vires فهي تعد باطلة ، و في واقع الحال

<sup>85</sup> نفس المرجع ، ص 38.

<sup>86</sup> نفس المرجع ، نفس الصفحة .

<sup>87</sup> نفس المرجع ، نفس الصفحة .

<sup>88</sup> نفس المرجع ، نفس الصفحة .

تتجلى في هذه الحالة إحدى صور الدور الرقابي للسلطة التشريعية – البرلمان الإنجليزي – على السلطة التنفيذية – الحكومة .-

إن النموذج الأبرز لهذا النوع من التشريعات هو الأوامر التي على أساسها يجري إقرار نفاذ كثير من القوانين ، و من الناحية الفعلية يصدر هذا النوع من الأوامر الحكومة ، و تجري المصادقة عليه من قبل المجلس السري ، و في هذا الإطار يتمتع وزير الداخلية بصلاحيات واسعة ، و من ذلك ينظم المسائل المتعلقة بتمضية العقوبة كافة .

إن هذه الأوامر و غيرها من التشريعات المماثلة تصدرها دار نشر صاحبة الجلالة ، ضمن مجموعة تشريعية تحت عنوان تعليمات تشريعية<sup>89</sup> Statutory instruments .

تعتبر التشريعات الجزائية الخاصة ، في نطاق القانون الجزائي الإنجليزي هناك كثير من التشريعات القانونية التابعة لفروع القانون الأخرى ، إلا أنها تتضمن قواعد قانونية جنائية ، ما يجعلها تشكل قوانين عقابية تكميلية.

تتضمن التشريعات القانونية الجزائية الإشارة إلى منح سكرتير الدولة صلاحيات تتعلق بتطبيق هذه التشريعات ، و قد تتعلق هذه الصلاحيات بتنفيذ عدد من أنواعها العقوبة أو ما شابه .

في بعض الأحيان يمكن أن تتعلق هذه الصلاحيات بقضايا مهمة للغاية ، و من ذلك تلك الصلاحيات الواردة في قانون الصغار و الأحداث لعام 1969 المتضمن قاعدة تحديد سن المسؤولية الجنائية بأربعة عشرة سنة ، في حين إنها على وفق القواعد القانون العام قد حددت بعشر سنوات ، و لا يمكن إن تكون هذه القاعدة سارية إلا في حالة قيام سكرتير الدولة بإصدار أوامر خاصة بذلك<sup>90</sup>.

أما بالنسبة لقاعدة إقليمية القانون الجنائي أو سريان القانون الجنائي من حيث المكان ، فهناك قاعدة إفتراضية مفادها أن التشريع القانوني يكون نافذا في أراضي المملكة المتحدة كافة ، إلا إذا نص التشريع القانوني نفسه على خلاف ذلك ، فغالبا ما يتضمن التشريع القانوني الصادر نفا عن عدم سريانه في إقليم أسكتلندا أو إيرلندا الشمالية.

<sup>89</sup> حسين عبد العلي عيسى ، مرجع سابق ، ص 39.

<sup>90</sup> نفس المرجع ، نفس الصفحة .

و في بعض الأحيان ، يمكن أن يخرج نطاق سريان القانون عن إقليم المملكة المتحدة على الرغم من أن ذلك يتعارض مع القاعدة عادة يكون نافذا من اليوم الذي ينال فيه الموافقة الملكية ، ما لم ينص القانون على تأريخ محدد لنفاذه ، و يمكن أن يجري هذا بهدف إعطاء الجهات المعنية إمكانية التهيئة لتطبيق القانون .

و في بعض الأحيان ، يمكن أن يتضمن القانون نصا عن كونه سيطبق في اليوم الذي سيحدد ، الذي يعلن عنه في أوامر المجلس أو أوامر الوزير المعني ، و في كثير من الأحيان يمكن أن تسري مواد مختلفة من القانون في أوقات مختلفة ، أو يطبق القانون باستثناء مادة قانونية معينة فيه، أما القوانين الجزائية الخاصة فتسري حال صدورها<sup>91</sup>.

يولي القانون الإنجليزي شرح التشريع القانوني أهمية خاصة ، فإذا كان التشريع الجزائي مصاغا بشكل جيد ، و لا يتضمن مصطلحات لها أكثر من مدلول ، حينها لا تطرح بوصفها قاعدة ، ضرورة اللجوء إلى التفسير القضائي و على العكس من هذا، فإن ازدواجية المعنى و وجود الأخطاء التشريعية في التشريعات القانونية يتطلب اللجوء إلى القضاء لتفسيرها<sup>92</sup>.

يعتمد القضاء الإنجليزي ثلاث قواعد أساسية في تفسير التشريعات القانونية الصادرة ، و هي القاعدة الحرفية و القاعدة الذهبية و قاعدة إصلاح الشر ، و تطبق القاعدة الأولى عندما لا تنطوي المصطلحات المعتمدة في القانون على معان تأويلية ، أي أن تفسير القانون على وفق هذه القاعدة يجري بصورة حرفية ، لذا ففي حالة عدم توفيق القضاء في إعطاء تفسير لأحكام القانون يجري القيام بإلغائه ، أما إذا كان القانون مصاغا بحيث يمكن وضع أكثر من تفسير حرفي لمضمونه ، فإن المحكمة يجب أن تأخذ بالتفسير الأكثر منطقية ، و هذا ما يطلق عليه بالقاعدة الذهبية ، أما القاعدة الثالثة فينحصر مضمونها في أن القانون الصادر إن كان يستهدف إصلاح خطأ ما فإن تفسير مضمونه يجب أن يكون على الأكثر متوافقا مع هذا الهدف<sup>93</sup>.

إن القاعدة العامة في تفسير التشريعات القانونية الجنائية هي اعتماد التفسير الضيق بمعنى أن يكون التفسير في صالح الفرد ، لذا عند احتواء التشريع القانوني الصادر على ازدواجية في المعنى يجب تفسيره بما يكون متوافقا مع مصالح الفرد ، و استنادا على هذه القاعدة العامة ظهرت قاعدة عدم ترتب المسؤولية الجنائية في حالة إنتفاء الركن المعنوي *Mens rea* ، الذي يعد على وفق قواعد القانون العام عنصرا

<sup>91</sup> عبد السلام الترماني، مرجع سابق، ص 147.

<sup>92</sup> حسين عبد العلي عيسى ، مرجع سابق ، ص 40.

<sup>93</sup> حسين عبد العلي عيسى ، مرجع سابق ، ص 45.

إلزاميا في الجريمة ، إلا أن هذه القاعدة لا يمكن أن تطبق عندما يحدد التشريع القانوني مسؤولية مطلقة أو صارمة، و لكن بصورة تنعدم فيها المعاني المزدوجة<sup>94</sup>.

فضلا عن التشريعات السابقة هناك تشريعات أخرى يمكن أن تشكل مصدرا للقانون الجزائي الإنجليزي و هي :

## **1- تشريعات الإتحاد الأوروبي**

تعد تشريعات الإتحاد الأوروبي سارية على إقليم إنجلترا، و استنادا على قانون بشأن الإتحاد الأوروبي لعام 1972، و تكتسب هذه التشريعات أهمية خاصة ، لذلك لا يمكن أن تعد تشريعا ثانويا ، ذلك لأن مؤسسات الإتحاد الأوروبي لا يمكن أن تكون خاضعة أو تابعة للبرلمان الإنجليزي .

إن الجزء الأكبر من هذه التشريعات يتعلق بالشؤون الاقتصادية ، كالمنافسة النزيهة، و الجمارك و تنظيم المواصلات و الهجرة ، و قد نظمت في الإتفاقيات المختلف التي أبرمها الإتحاد الأوروبي و في قراراته ، و يلحظ أن مسألة سريان تشريعات الإتحاد الأوروبي و اللجنة الأوروبية فيه ، و تشتمل هذه المقررات على تحديد حقوق و إلتزامات الأشخاص الطبيعيين و الإعتباريين ، التي تعد إلزامية بالنسبة لمحاكم الدول الأعضاء في الإتحاد الأوروبي ، من دون أن تكون هناك ضرورة للمصادقة عليها من طرفها ، هذا على الرغم من أنه جرت العادة أن تتم المصادقة عليها مبدئيا من البرلمان الإنجليزي ، و من ذلك مثلا : قانون بشأن الأسلحة النارية لعام 1992<sup>95</sup>، الذي صادق عليه البرلمان الإنجليزي على أثر القرارات ، التي إتخذها المجلس الأوروبي بشأن الأسلحة الخطرة.

أما فيما يتعلق بالمقررات الصادرة عن المجلس الأوروبي بشأن القانون الجزائي على وجه التحديد ، فمن الصعوبة الحديث عن تطبيقها المباشر في الإقليم الإنجليزي من دون المصادقة التشريعية عليها من طرف البرلمان الإنجليزي<sup>96</sup>.

## **2-الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان**

لا تعد هذه الإتفاقية ، و كذلك البروتوكول الأول الملحق بها ن جزءا من القانون الإنجليزي ، إذ أن المحاكم الإنجليزي في حالة تعارض مضامينها مع القانون

<sup>94</sup> نفس المرجع ، 46.

<sup>95</sup> حسين عبد العلي عيسى ، مرجع سابق ، ص 46.

<sup>96</sup> نفس المرجع ، نفس الصفحة.

الإنجليزي و انتفاء إمكانية مواءمة قواعد القانون الجزائري معها ، تكون ملزمة بتطبيق قواعد القانون الإنجليزي<sup>97</sup>.

### ثانيا : حركة تدوين في إنجلترا

تتخصر الخاصية المميزة للنظام القانوني الجزائري الإنجليزي ، في عدم إحتوائه على مدونة عقابية موحدة ، و لكن مع ذلك كانت هناك محاولات متعددة لإصدار مدونة عقابية موحدة بالنسبة لإنجلترا و ويلز، و منها ما يعود إلى تاريخ بعيد ، إذ جرت على مثل هذه المحاولات في الفترة المحصورة بين عامي 1833 و 1849 ، و قد تمثلت نتائج عمل المكلفين بوضع المدونة المذكورة في وضع مشروع قانونين ، أحدهما يتعلق بالجرائم يتعلق بالجرائم الواقعة على الأشخاص ، و ثانيهما بخصوص جريمة السرقة ، إلا أنهما في رأي الفقهاء الإنجليز لم يجلبا نفعا كبيرا ، هذا على الرغم من قيام البرلمان الإنجليزي بالمصادقة عليهما عام 1853.

جرت محاولات لاحقة لوضع مدونة لقانون العقوبات في أعوام 1878 ، 1879 ، 1880 ، إلا أن نتائجها تمثلت في إصدار عدد كبير من القوانين الجنائية،تضمن البعض منها قواعد موضوعية بشكل كامل ، و بعضها الآخر إحتوى على قواعد موضوعية و إجرائية في الوقت نفسه .

يعتبر أبرز مشروع لمدونة قانون العقوبات ، الذي وضعه ج ف ستيفنسن المقدم للبرلمان عام 1878 ، و رغم رفض البرلمان له ، إلا أن هذا المشروع أصبح نموذجا لعدد من المدونات العقابية التي أقرت في المستعمرات البريطانية ، و منها نيوز لاندا و أستراليا الغربية و تاسمانيا<sup>98</sup>.

في عام 1967 طرح وزير الداخلية البريطاني آنذاك ب .جينس مبادرة لوضع مدونة عقابية موحدة لإنجلترا و ويلز ، كما قامت جمعية أساتذة القانون الحكوميين منذ عام 1980 ، ممثلة بلجنتها الخاصة بالقانون الجنائي بجهود كبيرة على طريق وضع مشروع لمدونة قانون العقوبات ، و قد تكلفت في عام 1989 بطرح مشروعها النهائي ، إلا أن المشروع جاء مستندا على قواعد القانون العام و التشريعات الخاصة ( الأوامر البرلمانية) بوصفها مصادر القانون الجنائي الإنجليزي الرئيسية. فضلا عن هذا ، إحتوى المشروع أيضا على كثير من القواعد القانونية الإجرائية، أي أن المشروع بقي محافظا على التقاليد الإنجليزية في مضمار سن التشريعات الجنائية<sup>99</sup>.

<sup>97</sup> نفس المرجع ، نفس الصفحة.

<sup>98</sup> حسين عبد العلي عيسى ، مرجع سابق ، ص 46.

<sup>99</sup> حسين عبد العلي عيسى ، مرجع سابق ، ص 46.

أما على الصعيد الحكومي بدأ العمل في إنجلترا ، إعتبارا من عام 1981 بوضع مدونة لقانون العقوبات ، التي طرح مشروعها للمناقشة عام 1984 . و بعد إجراء تعديلات عليه أحيى عام 1989 إلى مجلس الوزراء لمناقشته. و قد إحتوى هذا المشروع في قسمه العام أيضا بالقواعد نفسها، التي تعتمد في مصادر القانون الجزائي الإنجليزي على الصعيدين التشريعي و التطبيقي<sup>100</sup>.

و إنطلاقا من إدراك اللجنة المكلفة بإصلاح القانون للصعوبات التي يمكن أن تعترض إقرار مشروع كامل لمدونة قانون العقوبات في البرلمان ، و لتسهيل عملية التدوين فقد إقترح على البرلمان تقديم مدونة عقابية صغيرة في مختلف محاور القانون الجنائي .

لذلك وضعت اللجنة المذكورة عام 1993 تقريرا عن الجرائم الواقعة على الأشخاص – باستثناء جريمة القتل-، و مشروع قانون بشأن القانون الجنائي ، المتضمن مقترحات حول تجسيد القواعد القانونية الخاصة بهذه الجرائم، و في جوان 1997 وافقت الحكومة الإنجليزية على خطة الإصلاح المرحلي للقانون الجنائي، و في فيفري علم 1998 طرحت الحكومة مشروع قانون بشأن الجرائم الواقعة على الأشخاص<sup>101</sup>.

نلاحظ أن القوانين الجزائية الصادرة في إنجلترا عبارة عن مدونات خاصة في مجالات معينة من القانون الجزائي ، و منها على سبيل المثال : قانون بشأن الجرائم الواقعة على الأشخاص لعام 1861، الذي إشمئ على تجريم الكثير من الإعتداءات الواقعة على الأشخاص و العقاب عليها ، فضلا عن إحتوائه على تحديد المسؤولية عن القتل البسيط و المشدد فإنه حددها كذلك عن الإيذاء الجسماني و التسميم و السطو و خطف الأطفال و الزواج من الثانية و الإجهاض غير القانوني ، أما القانون الأخر الذي جاء بالصورة نفسها فهو قانون بشأن السرقة لعام 1968 4، الذي حدد المسؤولية الجنائية عن عدد كبير من الجرائم الواقعة على الأموال.

أما بالنسبة لتطور التشريعات البرلمانية في المرحلة المعاصرة ، فمن المهم الإشارة إلى المشروع القانوني الكبير تضطلع بالقيام به لجنة الإصلاح القانوني المشكلة عام 1965، التي وضعت حتى اليوم مشروعات كثير من القوانين في فروع القانون المختلفة، فضلا عن ذلك ، تقوم لجان ملكية خاصة بوضع مشروعات مماثلة

<sup>100</sup> نفس المرجع ، ص 47.

<sup>101</sup> نفس المرجع ، ص 114.

للقوانين، و هناك اللجنة المكلفة بإعادة النظر في التشريع الجنائي ، التي يعود تاريخ تأسيسها إلى ما قبل الحرب العالمية الثانية ، و هي تضطلع بالمهام نفسها<sup>102</sup>.

أن ما يميز تطور التشريع الجزائي في إنجلترا منذ نهاية الستينات من القرن الماضي حتى اليوم ينحصر في إصدار القوانين المنظمة للقسم الخاص من القانون الجنائي ، أما بالنسبة للقوانين المنظمة بهذه الصورة أو تلك لأحكام القسم العام منه ، فإن إنجلترا لم تبدأ بإصدارها إلا في منتصف السبعينيات من القرن الماضي، و من أبرزها : قانون بشأن القانون الجنائي لعام 1967، و قانون بشأن القانون الجنائي لعام 1977، و قانون بشأن التسبب الإجرامي للضرر للمال لعام 1971<sup>103</sup> ، الذي تضمن صياغة لمفهوم الخطأ غير العمدى ، و قانون بشأن المسؤولية الجنائية عن الإتفاق لعام 1977، و قانون بشأن الشروع المعاقب عليه جنائيا لعام 1981، و قانون بشأن العقوبة لعام 1997، و قانون بشأن الجريمة و المخالفات الأخرى للنظام لعام 1998 .

هناك الكثير من التشريعات الإجرائية النافذة يتضمن قواعد جنائية موضوعية ، و منها مثلا قانون بشأن صلاحيات المحاكم الجنائية لعام 1973، و قانون بشأن محاكم البلديات لعام 1980، و قانون بشأن الشرطة و الأدلة في القضايا الجنائية لعام 1984 و غيرها<sup>104</sup>.

و من الناحية التطبيقية لا يوجد في إنجلترا قانون جنائي يتضمن قواعد جنائية موضوعية أو إجرائية كل على أفراد ، فكقاعدة يتضمن القانون الجنائي النوعين معا.

تصدر في إنجلترا غالبا قوانين كثيرة ، تتضمن قواعد قانونية جنائية فيما يتعلق بمخالفات قانونية محددة، و ما زالت القوانين الجزائية القديمة لحد اليوم سارية فضلا عن القوانين الجزائية الحديثة، و على سبيل المثال : قانون بشأن الخيانة لعام 1351، الذي تم إلغاؤه جزئيا وفقا لقانون العدالة الجنائية لعام 1967.

أيضا هناك جملة من التشريعات التي يعود تاريخ إصدارها إلى القرون الوسطى، إلا أنها ما تزال نافذة حتى الوقت الحالي ، و منها التشريعات المتعلقة بتحميل المسؤولية الجنائية عن إنتهاك النظام العام أو المساس بالقضاء ، و يعد قانون بشأن الرقابة على قواعد التشريعات البرلمانية لعام 1948 عددا من القوانين بشأن العقيدة للأعوام 1547 و 1558 و 1697 من هذا النوع<sup>105</sup>.

<sup>102</sup> حسين عبد العلي عيسى ، مرجع سابق ، ص 114.

<sup>103</sup> نفس المرجع ، نفس الصفحة.

<sup>104</sup> حسين عبد العلي عيسى ، مرجع سابق، ص 114.

<sup>105</sup> نفس المرجع ، نفس الصفحة.

و من الناحية الرسمية تقوم دار النشر الملكية بإصدار التشريعات القانونية كل على إنفراد ، أو تصدرها بصورة حولية قانونية تتضمن مجموعة التشريعات القانونية الصادرة عن البرلمان الإنجليزي عبر عام .

و ارتباطاً بأن القوانين الجنائية الإنجليزية تتضمن عادة القواعد الموضوعية و الإجرائية في أن واحد ، و تتضمن مجموعات القوانين الصادرة أيضاً مجموعات من القوانين فيما يتعلق بقواعد القسم العام، فالقواعد المتعلقة بتحديد العقوبات من محاكم المحافظات تم إدراجها في قانون بشأن محاكم البلديات لعام 1980، إلا أن مجموعة القوانين لا تتضمن هذا القانون ، ذلك أن القواعد المعنية من القانون تشمل على الكثير من الإحالات و الملاحق التي تندرج فيها قوائم الجرائم ، التي من دونها يكون مضمون القانون خال من المعنى ، في حين أن نشرها يكون عديم الجدوى لتعدد<sup>106</sup>.

## المبحث الثاني : النظام الجرماني

نتناول في هذا المبحث نشأة النظام الجرماني في المكاب الأول ، و المنهج التشريعي في النظام القانوني اللاتيني في المطلب الثاني .

### المطلب الأول : نشأة النظام الجرماني

القانون الروماني ولد قانوناً بدائياً ليحكم مدينة صغيرة وما لبث إن أصابه التطور على اثر التغيرات السياسية ، والاجتماعية ، والاقتصادية ، فامتد حكمه إلى الإمبراطورية الرومانية بأسرها التي ضمت أجناساً وحضارات متباينة فمذ العصور الوسطى وحتى القرن الماضي كان يقصد بالقانون الروماني مجموعة القواعد القانونية التي احتوتها المجموعات القانونية التي أمر الإمبراطور (جنستيان) بتقنينها في القرن بالمقابلة مجموعات CORPUS JURIS CANONICIS السادس الميلادي والتي كان يطلق عليه اسم ولكن تحت تأثير المدرسة CORPUS JURIS CANONICIS القانون الكنسي والتي كانت تسمى التاريخية عدل الفقه عن هذا التعريف الضيق للقانون الروماني وتبنى تعريفاً آخر أكثر اتساعاً والذي ذاع استعماله منذ القرن الماضي.

وحتى يومنا هذا وطبقاً لهذا التعريف فان القانون الروماني هو مجموعة القواعد والنظم القانونية التي كانت سائدة ومطبقة في المجتمع الروماني منذ نشأة مدينة روما عام 754 (ق م) و حتى صدور مجموعات الإمبراطور (جنستيان) في القرن السادس الميلادي و كان لهذا أثره في بلوغ هذا القانون درجة كبيرة من التطور و السمو مكنته من البقاء والخلود و جعلت منه أساساً لمعظم التشريعات الحديثة فقد كان القانون الروماني مصدراً تاريخياً لمعظم القوانين الحديثة.

<sup>106</sup> حسين عبد العلي عيسى ، مرجع سابق ، ص 115.

فالقانون الفرنسي الصادر سنة 1804 م اخذ أحكامه من القانون الروماني وكان للقانون الفرنسي الدور الوسيط بين القانون الروماني وقوانين الدول الحديثة كذلك كان للقانون الروماني أثره في القوانين الجرمانية والأنظمة السائدة في البلاد الأنجلوسكسونية ويرى العلامة الألماني (أهرنك) إن الحضارة الأوربية الحديثة تقوم على أساسين تاريخيين هما الفلسفة اليونانية ، والقانون الروماني ويذهب (ميشيل فيليه) إلى انه لولا الفلاسفة اليونانيون والقانونيون الرومان لكانت الحضارة الأوربية على غير ما نراها عليه اليوم .

و يضيف إلى ذلك انه إذا كان الإغريق قد خلفوا فلسفة والرومان قانونا فورث الأوربيون تلك الفلسفة وذلك القانون فقد خضعوا للقانون الروماني إلى درجة أبعد فالقوانين الحديثة اقتبست (شكلاً ، وموضوعاً) كثير من النظم والمصطلحات القانونية التي احتواها القانون الروماني مما يجعل أمر الرجوع إلى أصولها التاريخية هي ضرورة تفهمها على الوجه الصحيح فمن الناحية الشكلية نرى إن التعابير القانونية المستعملة في اللغات الغربية (للملكية ، والإرث ، والوصية ، والشركة ، والوكالة) كلها اصطلاحات لاتينية لازالت مستعملة في اللغات الغربية .

إما من الناحية الموضوعية فان القوانين اللاتينية بصورة عامة اعتمدت اشد الاعتماد على القانون الروماني ، وكذلك اقتبست القوانين الحديثة أسمه (العملية ، والعلمية ) من تلك القوانين والنظم الرومانية فمن الناحية العملية هي ما وصل إليه من درجة عالية من الكمال أما من الوجهة العلمية فأثره في تكوين الشرائع الحديثة وخاصة المدينة منها ومن هنا ظهرت أهمية دراسة القانون الروماني في مختلف الدول وجعل منه مادة تدرس في الجامعات والمعاهد في المجال القانوني ويرجع إلى الرومان الفضل في اعتبار القانون علماً قائماً بذاته ففرقوا بينه وبين قواعد الدين ، والفلسفة ، والأخلاق فهو وان كان يتأثر بهذه العلوم إلا انه يختلف عنها من حيث طبيعة قواعده ، و مجال تطبيقه ، و طريقة دراسته.

كما يرجع إلى الرومان الفضل في وضع الأسس القانونية التي ما زالت أساسا للدراسات الحديثة فوضعوا التقسيمات والتفريعات القانونية واستنبطوا من الحلول الفردية قواعد عامة مجردة وبنوا كيفية تكملة النقص الظاهر في القواعد القانونية وسبل تفسيرها حتى تتلاءم مع المتغيرات في المجتمع لذلك فقد قيل عن الرومان بأنهم خلقوا ليحملوا رسالة القانون إلى العالم . ولهذا يعتبر القانون الروماني أعظم تراث قانوني وورثته الحضارة الحديثة عن العالم القديم فقد أصبح كما IHRNIG القانون الروماني عنصراً من عناصر مدينتنا الحديثة على حد تعبير الفقيه الألماني اهرنج قال عنه في موضع آخر ((إن روما غزت العالم ثلاث مرات الأولى : بجيشها ، والثانية :

بدينها ، و الثالثة : بقانونها ، وكان الفتح الأكثر سلباً والأبعد مدى)) ولهذا نستطيع القول إن القانون الروماني قد مر بمراحل طويلة تطور خلالها من إحكام محدودة بحدود ضيقة محكومة بفضاء علاقات شعب بدائي هو شعب مدينة روما ثم ما لبث إن تطور بفضل الفقهاء القانونيين الذين استطاعوا أن يستفيدوا من النتاج الفكري لغيرهم من الأقاليم القديمة ، فتمكنوا من أن يكتفوا المبادئ الفلسفية السامية التي توصل إليها العقل اليوناني فجعلوا منها قواعد قانونية ممكنة التطبيق على العلاقات الإنسانية وان يقتبسوا من أمم أخرى ما أثبتت التجربة العملية صلاحه من القوانين و النظم و لذلك فان ما نطلق عليه اسم القانون الروماني يمكن أن يعكس لنا نتاج الفكر الإنساني القديم .

و من هنا نستطيع القول إن القانون الروماني يقدم نموذجاً جيداً لدراسة نشوء القوانين الوضعية وتطورها والأطلاع على عوامل تطور هذه القوانين ووسائله ونتاجه فالقانون الروماني الذي نشأ لينظم العلاقات في مجتمع بدائي فاتصف بما تتصف به القوانين البدائية من صفات توفرت له فيما بعد عوامل التطور و وسائله فتطور حتى أصبح من العقل .

### **المطلب الثاني : المنهج التشريعي في النظام القانوني اللاتيني**

مرّت حركة التقنين في الدول الأوروبية بحقبات زمنية عديدة، و ساهمت عدة عوامل في تطور القواعد القانونية العرفية وتحولها إلى قواعد قانونية مكتوبة بالشكل الذي هي عليه اليوم، ثم انتقلت من التقنيات الغربية إلى القوانين العربية وتأثرت بها، كما كان لتطور المذاهب الإسلامية وفكرة التدوين دور في تبني تلك القوانين للمنهج التشريعي، وثارَت شبّهات حول تأثر المنهج التشريعي بالفقه الإسلامي أو العكس.

يُنسب للاتجاه اللاتيني وعمدته النظام القانوني الفرنسي، تطور فكرة التقنين وانتشارها حول العالم، بما فيها الدول العربية، والتي تباينت في منهجية تقنين القواعد القانونية من حيث مسك بعضها بالفقه الإسلامي قدر المستطاع بدرجات متفاوتة.

### **الفرع الأول : نواة المنهج التشريعي**

انتقلت نواة التشريع الأولى من اليونان إلى الرومان، وأطلق مصطلح الفقه الروماني على القواعد القانونية للأمة الرومانية في العصور المختلفة منذ نشأتها وحتى وفاة «جستنيان» ، قبل ظهور الإسلام بنصف قرن تقريباً<sup>107</sup>.

<sup>107</sup> حسين عبد العلي عيسى ، مرجع سابق ، ص 18.

لقد نشأ القانون الروماني نشأة عرفية، فلم يكن للتشريع إلا دور ثانوي في تكوين القاعدة القانونية خلال العصرين الملكي والجمهوري، إذ إن التشريعات التي صدرت خلال هذه الفترة كانت لأسباب سياسية، وفي العصر الإمبراطوري أصبح التشريع هو المصدر الأساسي لتطوير القواعد القانونية<sup>108</sup>، إذ كان للرومان اهتمام كبير بالتقنين وأشهر مجموعاتهم الأولى (، الألواح الاثني عشر) التي تم تجميع القواعد العرفية فيها عام 452 ق.م، من قبل هيئة من الحكام وتم إخراجها من سريتها إلى الناس؛ لتصبح علنية فيحيطون بها علماً<sup>109</sup>.

و للسيطرة على الفوضى التي اتسم بها الوضع القانوني في روما آنذاك، قام الإمبراطور جستنيان بوضع مجموعة قانونية مدنية مكتوبة، تتمثل في مجموعة الدساتير الإمبراطورية Codex ومجموعة النظم Institutes والموسوعة Digests و مجموعة الدساتير الجديدة<sup>110</sup> Norelles، و هي عبارة عن تثبيت وتجميع للقواعد الرومانية السائدة آنذاك، وقد تم إنجاز ذلك التقنين في ست سنوات؛ لإنقاذ الناس من الظلم بسبب الجهل بالقواعد العرفية، ومن سوء معاملة العارفين بهذه القواعد ومحتكريها؛ ولتحقيق المساواة بالعلم بالقانون، مما كان له الأثر العظيم في نشر العدالة التي اعتمد عليها العالم المتمدن لاحقاً في بناء شرائعه المدنية<sup>111</sup>.

وأهم ما يميز قانون جستنيان، هو تقسيم الالتزامات من حيث مصدرها إلى: التزامات ناشئة عن العقد كالبيع، و أخرى ناشئة عن شبه العقد كالوصية، و التزامات ناشئة عن جريمة كالسرقة، و أخرى ناشئة عن شبه الجريمة و مصدرها الفعل الضار<sup>112</sup>.

ويُستدل من ذلك أن التقسيمات الواردة انتقلت عبر حركة التقنين إلى القوانين التي أصدرها نابليون في فرنسا، إذ تعد المجموعات الفرنسية التي سميت بمجموعات نابليون الحدث الأول من نوعه في هذا المضمار<sup>113</sup>، خاصة التقنين المدني الذي صدر في 21 مارس 1804، حيث يعد بداية لحركة التقنين في القوانين الحديثة، وأخذت معظم نصوصه من المبادئ القانونية التي كانت سائدة في فرنسا و من كتب الفقهاء

<sup>108</sup> علي محمد جعفر، نشأة القوانين وتطورها: مدخل لدراسة القوانين القديمة - القانون الروماني - الشريعة الإسلامية، د ط، المؤسسة الجامعية، بيروت، 2002، ص 184.

<sup>109</sup> علي غالب الداودي، المدخل إلى علم القانون، دون طبعة، داروائل، عمان، الأردن، 2004، ص 143.

<sup>110</sup> عمر صلاح العزاوي، منهجية التقنين في النظم القانونية المقارنة: نماذج تطبيقية في القوانين المدنية، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 2، جوان 2019، ص 15.

<sup>111</sup> علي غالب الداودي، المدخل إلى عالم القانون، الطبعة الأولى، دار وائل، عمان، الأردن، 2004، 143.

<sup>112</sup> غسان رباح، الوجيز في القانون الروماني والشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي، بيروت، 2007، ص- 146-140.

<sup>113</sup> عمر صلاح العزاوي، مرجع سابق، ص 15.

المشهورين دوما و بوتيه ثم صدر التقنين التجاري البحري عام 1807... إلخ<sup>114</sup>، حتى وصف البعض هذا التقنين أنه «التقنين الثوري» Revolutionary Code لما يعكسه من إنجازات الثورة الفرنسية<sup>115</sup>، إلا أن الربط بين فكرة التقنين و قيام الثورة الفرنسية و ظهور مجموعة نابليون أمر فيه نظر، حيث عرّف التاريخ حركة التقنين منذ زمن بعيد<sup>116</sup>.

كما أن تقنيات نابليون جعلت التشريع بمعناه القانوني المصدر الأهم للقانون الفرنسي والقوانين التي تتبع النظام القانوني اللاتيني، و بسبب انعكاسات الثورة الفرنسية على السلطة الدينية، وُضعت أحكام الأسرة في التقنين المدني الفرنسي لإثبات الطبيعة العلمانية لهذا القانون.

### الفرع الثاني: تقنين نابليون و انتشاره في أنحاء العالم

كان لتقنين نابليون الأثر الساحر في العالم خلال القرن التاسع عشر؛ حتى أطلق عليه البعض «عصر التقنين»، فانتشرت فكرة «تقنين نابليون» و اقتبستها كثير من الدول الأوروبية مع تعديلات محلية لتناسب كل دولة، و سارعت تلك الدول إلى إصدار التقنينات المدنية المتأثرة بالتقنين المدني الفرنسي، ومنها التقنين المدني النمساوي 1811 و الإيطالي 1865، و الهولندي 1838 و البرتغالي 1867... و غيرها.

ويؤكد الباحثون أن التقنين المدني الفرنسي كان وراء ولادة القانون المدني الألماني 14 جوان 1896 و الذي دخل حيز التنفيذ في أول يوم من عام 1900، بل و تخطى تأثير قانون نابليون إلى بعض الولايات الأمريكية، و في مقدمتها ولاية لويزيانا Louisiana التي أصدرت قانوناً مدنياً عام 1808 متأثراً بالقانون المدني الفرنسي، و الذي أُنزِل لاحقاً في القانون المدني لولاية نيويورك<sup>117</sup>.

من جانب آخر، فقد ساهمت المدارس الفلسفية القانونية في تطور حركة التقنين، و إثراء التقنين المدني الفرنسي، و الذي لم يكن إلا نتيجة منطقية للمذهب التقليدي في القانون الطبيعي، و الذي يقضي بأن مصدر القانون هو الأمة، فمادام القانون الطبيعي ثابتاً لا يتغير، فإن التقنين لا يتنافى مع ذلك؛ حيث يمكن للعقل البشري أن يكشف

<sup>114</sup> علي غالب الداودي ، مرجع سابق ، ص143.

<sup>115</sup> محمد جبر الألفي، مرجع سابق، ص93.

<sup>116</sup> و التشريع بهذا المعنى هو كل قاعدة قانونية مكتوبة تصدر عن السلطة التي يمنحها الدستور الاختصاص بوضع التشريع، راجع: عدنان سرحان و آخرون، المدخل لدراسة القانون «نظرية القانون- نظرية العقد»، مكتبة الجامعة، الشارقة، 2012، ص67.

<sup>117</sup> عمر صلاح العزاوي ، المجمع السابق ، ص 144.

القانون الطبيعي ويُسجّله في كتاب، و لا خوف على القانون من أن يصيبه الجمود<sup>118</sup>، أما مدرسة «الشرح على المتون» فكان لها دور مؤثر، فالمتن هو النص الوضعي، وبصفة أدق هو التقنين المدني الفرنسي 1804، والذي نتج عنه اعتقاد راسخ بفكرتين: الفكرة الأولى تتمثل في كمال التشريع، حيث اعتبر التشريع كاملاً لا نقص فيه، ولذا يعد المصدر الوحيد للقانون<sup>119</sup>، فقالوا تبعاً لذلك بضرورة التخلص من المصادر الكاذبة، وفي مقدمتها: السوابق القضائية و العادات غير المنصوص عليها في التقنين<sup>120</sup>.

وأما الفكرة الثانية فتتمثل في واجب المحافظة على التقنين؛ باعتباره المصدر الوحيد للتأويل وذلك باتباع منهجية معينة، تتلخص بالتقيد بالنص في حالتي غموضه أو غيابه، عبر التحليل اللفظي؛ لفهم المعنى الصحيح باعتماد اللغة والقواعد النحوية؛ للبحث عن المعنى المقصود، فإن تعذر ذلك يُصار إلى التحليل القسدي، بالالتجاء إلى البحث عن قصد المشرّع ونيته؛ لسد النقص والثغرات التي وجدت في التقنين، ليبقى متمتعاً بصفة الكمال<sup>121</sup>.

أما المدرسة التاريخية المعارضة للتقنين بزعامة الفقيه سافيني Savigny و التي أثبتت أن القانون كائن حي ينمو و يتطور، و هو أكثر مرونة من أن يعيش في نصوص جامدة، مادامت الحياة في تطور مستمر، وهذه الحقيقة وإن كانت لا تتسجم مع التقنين إلا أنها لا تصطدم معه، حيث يمكن وضع تقنيات تتسم بالمرونة وتواكب التطورات، وهو ما تنبّه إليه المشرّع الفرنسي، فكانت صياغته لأحكام المسائل العملية تنطوي على قدر كبير من المرونة، بما يسمح لها أن تتطور من خلال التطبيق والتفسير، فتتماشى مع مقتضيات الحياة العملية وتطورها<sup>122</sup>.

و بالرغم ما تم ذكره في مساهمة المذاهب الفلسفية القانونية في تطور حركة التقنين، وانعكاساتها على التقنين الفرنسي، إلا أن مدرسة البحث العلمي الحر و رائدها الفقيه جني Geny كان له الحصة الأكبر في تطور منهجية التقنين في العصر الحديث، من خلال جملة من أبحاثه، كان آخرها كتابه الذي يحمل عنوان “العلم والصياغة في القانون الخاص”<sup>123</sup> حين فرّق بين صناعة القضاء وصناعة الفقه وصناعة التشريع

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

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

120 سمير عبد السيد تناعو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974، ص 749.

121 عمر صلاح العزاوي، مرجع سابق، ص 144.

122 نفس المرجع، ص 146.

123 نفس المرجع، ص 147.

وصناعة التقنين، وهذه الأخيرة يمكن النظر إليها من ناحيتين داخليتين: الأولى تعنى بالإجراءات و هي أفضل السبل التي تتبع في إجراءات التقنين، والثانية تعنى بالمادة التشريعية.

و قد انعكست تلك الأفكار على طبيعة النظام اللاتيني المعاصر، والذي يتبع منهج التشريع، فبات يستند إلى قواعد قانونية واضحة؛ و لهذا ظهر التمييز بين القانونين العام والخاص، في حين أن النظام القانوني غير المقنن يعتمد على تقسيمات المحاكم العامة ومحاكم العدالة؛ ولذا يهتم النمط الأول بالقانون الموضوعي المنظم للعلاقة فيما بين الأفراد أي «المعاملات المدنية»، بخلاف النمط الثاني الذي يهتم بالقانون الإجرائي مثل قانوني المرافعات والإثبات<sup>124</sup>. ويمتاز المنهج التشريعي وفي مقدمته التقنين المدني الفرنسي بمزية التمييز بين دائرة التشريع ودائرة الفقه، فلم يجاوز الدائرة الأولى إلى الثانية، ولم يتخذ موقفاً معيناً من النظريات الفقهية والمذاهب الفلسفية، فحذف واضعوه ثلاثاً وثلاثين مادة من المشروع تخوض في مذاهب فلسفية، ومنها مذهب القانون الطبيعي.

و في خضم تلك التطورات كانت الدول العربية في طور التكوين والاستقلال، وبدأت حركة التقنينات المدنية تنشط فيها، فتابنت توجهات مشرعيها، واتسعت دائرة التفكير بإصدار قوانين مدنية حديثة على خطى المشرع الفرنسي ومنهجه في التشريع.

### **المبحث الثالث : نظام التشريع الإسلامي**

إن دراسة التشريع الإسلامي ليس بالغريب على المسلمين و لا حتى الغربيين ، فلقد كان له تأثير كبير على القوانين الغربية في شتى المجالات ، و نتطرق في هذا المبحث لمفهوم الشريعة الإسلامية في المطلب الأول ، و خصائصها في المطلب الثاني .

#### **المطلب الأول: مفهوم الشريعة الإسلامية**

نتناول في هذا المطلب تعريف الشريعة الإسلامية في الفرع الأول ، و التمييز بين الشريعة الإسلامية و الفقه الإسلامي في الفرع الثاني.

#### **الفرع الأول : تعريف الشريعة الإسلامية**

##### **أولاً : التعريف اللغوي**

الشريعة لغة مصدر شرع بالتخفيف ، و مصدر شرع بالتشديد ، و يراد بها الطريق المستقيم لأن لفظ شريعة يدل على الإظهار و البيان ، قال تعالى : ( إن جعلناك

<sup>124</sup> عمر صلاح العزاوي ، مرجع سابق ، ص 146.

على شريعة من الأمر فاتبعها)<sup>125</sup> ، و قال أيضا : ( لكل جعلنا منكم شرعة و منهاجا )<sup>126</sup> ، و المعنى هنا هو السبيل و السنة أي الطريقة التي تسن بها الأحكام. و قال تعالى : ( أم لهم شركاء شرعوا لهم من الدين ما لم يأذن به الله)<sup>127</sup> و معنى الآية أن التشريع من اختصاص الله تعالى لأنه الحاكم بالحق و غيره باطل<sup>128</sup>.

إن كلمة الشريعة في اللغة مشتقة من فعل شرع أي أمر و حدد و أحل أو أمر و حدد و منع ، و قد أطلق هذا الإسم على مورد المياه أي الماء الجاري الطاهر للناس ، و يشير بشكل دقيق إلى المكان الذي انساب منه الماء ، و شرعت الإبل أي جاءت أو حضرت إلى المكان الماء أو مورده ، كما سميت الأرض الواضحة أو الطريق الواضح و المستقيم بهذا الإسم ، أي هذا المصطلح يدل على كل ما هو محدد و واضح خال من الغموض.

### ثانيا : التعريف الإصطلاحي

هي ما شرعه الله لعباده من العقائد و العبادات و الأخلاق التي جاء بها رسوله ، قال ابن حزم هي ما شرعه الله على لسان نبيه عليه الصلاة و السلام ، فشرعية الله هي المنهج الحق المستقيم الذي يصون الإنسانية من الزيغ و الإنحراف و الوقوع في الهلاك<sup>129</sup>.

و قد جاءت مستقيمة كمورد الماء الذي يغذي الأبدان و الشريعة بدورها تحيي النفوس و العقول ، و الشريعة الإسلامية هي الأحكام التي شرعها الله سبحانه لعباده سواء تعلق الأمر بالعقائد أو العبادات و المعاملات و الأخلاق التي تنظم الحياة بين الناس و علاقة الناس بربهم و مع بعضهم و تحقق سعادتهم في الدنيا و الآخرة، و هي كل ما شرعه الله عز و جل لعباده على الأرض من أحكام و قواعد و نظم و أوامر أخرجهم بها من ظلمات الجهل و الضلال إلى النور و العلم و المعرفة و الدراية سعيا لتحقيق الغاية المتمثلة في الحياة بأفضل صورة أو إقامة الحياة على أساس متين ، و تحديد الطريق الصحيح لتمكين الناس من تحقيق مصالحهم بصورة سليمة .

### • تعريف الدين :

- 
- 125 سورة الجاثية ، أية 18 .  
126 سورة المائدة ، أية 48 .  
127 سورة الشورى ، أية 21 .  
128 نور الدين بن مختار الخادمي ، علم المقاصد الشرعية ، الطبعة الأولى ، مكتبة عبيكان ، المملكة العربية السعودية ، 2001 ، صص 14-15 .  
129 محمد بن علي التهانوي، موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، الطبعة الأولى ، 1996 ، ص 1028 .

الدين أحد أهم مكونات شخصية الإنسان و تفكيره و سلوكه م و تعامله مع نفسه و مع من حوله ، الدين في اللغة من الفعل دان أي إعتنق و اعتقد بفكر ما أو بمذهب ما و سار في ركابه و على هداه<sup>130</sup> .

أما الدين في الإصطلاح<sup>131</sup> فهو جملة المبادئ التي تدين بها أمة من أمم اعتقادا أو عملا ، و الدين في الإصطلاح الشرعي الإسلامي هو الإستسلام و التسليم لله بوحدانيته و إفراده بالعبادة قولاً و فعلاً و اعتقاداً ، حسب ما جاء في شريعة النبي محمد صلى الله عليه و سلم في العقائد و الأحكام ، و الأداب و من الموروثات، كان في مرحلة زمنية من حياة الأمم، و الدول العلمانية قد تجاوزته بفضل العلم و معطيات العقل البشري ، ففصل عن مجالات التأثير الإجتماعي و السياسي .

### • تعريف الدين الإسلامي

هو مجموعة ما أنزله الله تعالى على رسوله محمد صلى الله عليه و سلم من أحكام العقيدة و الأخلاق و العبادات و المعاملات و العقوبات في القرآن الكريم و السنة النبوية المطهرة ، و قد أمره الله تعالى بتبليغه إلى كافة الناس ، قال تعالى: ( يأيها الرسول بلغ ما أنزل إليك من ربك و إن لم تفعل فما بلغت رسالته ، و الله يعصمك من الناس )<sup>132</sup>، و هو ما أنزله الله عليه هو القرآن و السنة و فيهما جميع الأحكام و هما دين الله تعالى و هو الإسلام<sup>133</sup> .

### الفرع الثاني : التمييز بين الشريعة الإسلامية و الفقه الإسلامي

الشريعة هي نصوص القرآن الموحى به من الله تعالى إلى رسوله محمد صلى الله عليه وسلم، و السنة النبوية، و هي أقوال الرسول صلى الله عليه وسلم و أفعاله التي هي شرح و تفصيل لما أجمله القرآن، و تطبيق عملي لأوامره و نواهيه و إباحاته، باعتبار أن كل ما يصدر عن الرسول صلى الله عليه وسلم يكون متصلاً بتفسير الشريعة و تطبيقها و ليس من عند نفسه، وإنما هو وحي من الله تعالى وفقاً لقوله تعالى: ( و ما ينطق عن الهوى)<sup>134</sup>، أما الفقه فهو ما يفهمه العلماء من نصوص الشريعة و ما يستنبطونه من تلك النصوص، و يقررونه و يؤصلونه و ما يضعون من القواعد المستمدة من دلالات النصوص؛ فالشريعة الإسلامية معصومة، أما الفقه فهو من عمل الفقهاء<sup>135</sup> .

<sup>130</sup> ابن منظور ، لسان العرب ، الجزء 17 ، صص 24-30.

<sup>131</sup> جميل صليبا ، المنعجم الفلسفي ، المجلد الأول ، دار الكتاب اللبناني ، بيروت ، 1978 ، صص 572-573.

<sup>132</sup> سورة المائدة ، آية 67.

<sup>133</sup> محمد بن علي التهانوي، مرجع سابق ، ص 1030.

<sup>134</sup> سورة النجم ، آية 3.

<sup>135</sup> حميد شاوش ، مرجع سابق ، ص 43.

## المطلب الثاني : خصائص التشريع الإسلامي

يتميز تشريعنا الإسلامي بخصائص كثيرة ، إلا أننا إختارنا بعضها لبروزها على الساحة كأهم الخصائص ، و هو ما سنتناوله في الفروع التالية .

### الفرع الأول : الوحي الإلهي

يعتمد التشريع الإسلامي في أسسه العامة على الوحي الإلهي<sup>136</sup>، و المتمثل في القرآن الكريم، والسنة النبوية، ففيهما نجد مبادئ الأحكام القانونية في جميع مختلف الحياة من أحوال مدنية، و قضايا تجارية، و مسائل العقوبات، و الأحكام الدستورية، و القضايا الدولية، و هذان المصدران عليهما مدار الأحكام، و إليهما يرجع الفقيه المستنبط للأحكام إما إلى نصوصهما الصريحة، أو استلهام روحها و مبادئها و مقاصدها، و في ذلك مجال خصب لاجتهاد المجتهدين.

أما غيره من القوانين الوضعية فهي من عمل الإنسان، و هو بهذه الطبيعة تكتسب نصوصه الاحترام من طرف المحكّمين إليه، و هو من هذه الناحية يختلف عن القوانين الوضعية التي لا يحترم فيها الأجانب العقاب و الزجر.

### الفرع الثاني : الجزاء المترتب

نلاحظ أن التشريع الإسلامي يثيب و يعاقب في هذه الحياة، و في الحياة الآخرة بل إن الجزاء الأخروي هو الأعظم، ولذلك نرى المؤمن يحس بوازع نفسي بضرورة العمل بأحكامه، و إتباع أوامره و نواهيه، حتى و لو كان له من الحيل ما يجعله يفلت من العقاب الدنيوي، على خلاف القانون الوضعي الذي لا يحترم فيه المحكّم إليه الأجانب الجزاء الدنيوي. فكل من يستطيع ركوب حيلة تخلصه من الجزاء فعل لفقدان الوازع الديني. و التشريع الإسلامي بهذه الخاصية يرمي إلى إصلاح الفرد و المجتمع و يحقق لهما النفع في هذه الحياة و يثبهما على الالتزام به في الدار الآخرة.

### الفرع الثالث : النزعة الجماعية

لقد جاء التشريع الإسلامي بأحكام يهدف من خلالها إلى تحقيق إصلاح الفرد و الجماعة، فهو لا يتوجه في أحكامه إلى شخص معين ويتجلى ذلك فيما شرعه من عبادات و معاملات، كالصلاة، و الصيام، و الزكاة، و الحج، و تحريم الربا، و الأمر برعاية الجار، و الوفاء بالعقود، و تحريم الزنا، و إقامة الحدود، صيانة للمجتمع إلى غيرها<sup>137</sup>.

### ● الأمثلة التطبيقية ما تعلق بخاصية النزعة الجماعية: يكرس العمل بمبدأ

خاصية النزعة الجماعية من خلال الأمثلة التطبيقية.

<sup>136</sup> عمر سليمان الأشقر، خصائص الشريعة الإسلامية، مكتبة الفلاح، الكويت، 1982، ص 35.  
<sup>137</sup> عبد الكريم زيدان، المدخل الفقهي العام، الطبعة الثانية، دار القلم، دمشق، 2004، ص 55.

1- إن طاعة الحكام ملزمة من المسلمين ولكن ذلك مشروط بأن يصدر هؤلاء الحكام في حكمهم وسياساتهم عن المصلحة العامة، وفي هذا يقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "السمع والطاعة على المرء المسلم فيما أحب أو كره ما لم يؤمر بمعصية فإن أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة" و هنا نرى رسول الله صلى الله عليه وسلم يحدد سلطان الحاكم وحقوق المحكوم، لأن في تطبيق ذلك مصلحة للأمة جمعاء.

2- روى أبو عبيدة بن الجراح أن رجلاً من أهل البادية سأله أن يرزقهم من مال الأمة التي تحت يديه، فقال لا والله حتى أرزق أهل الحاضرة فمن أراد بحبحة الجثة فعليه بالجماعة.

3- من حق الزوج أن تكون زوجته في طاعته لتكون سكناً له. ويثمر الزواج ثمره المنشود، ولكن هذا الحق مقيد بالا يكون في استعمال ضرر للزوجة، وإلا منع منه، أوجد القاضي من استعماله حتى أن الزوجة لها في حالة الإضرار بها، أن تطلب التظليل، ولذلك يقول الله تعالى: (فَأْمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَخُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا) 138.

4- من المعروف أن للمالك الحق في أن يتصرف في ملكه كما يشاء، ومن ذلك حق البيع لمن يريد، كما أن للمشتري الحق في شراء ما يشاء إذا رضي مالكة ببيعه له، ومع ذلك نرى التشريع الإسلامي أوجب حق الشفعة للشريك أو الجار، فيكون له تملك ما اشتراه الأجنبي جبراً عنه وعن المالك الذي باعه له، وذلك لأن الحقوق لم يشرعها الله لضرار الغير بلا ضرورة أو سبب تطبيقاً للقاعدة الشرعية: لا ضرر ولا ضرار، ففي تحقيق هذه القاعدة، تحقيق مصلحة صاحب الحق وغيره على السواء.

5- يبيح التشريع الإسلامي للمرء أحياناً أن يحفر في أرض غيره مجرى ماء ليسقي أرضه إذا لم يكن في ذلك ضرر، حتى إذا أبى صاحب الأرض، جاز للحاكم أن يرغم صاحب الأرض على أن يدع الماء يمر بها فعل عمر بن الخطاب فيما يرويه يحيى بن آدم في كتاب الخراج، أن الضحاك بن خليفة الأنصاري كان له أرض لا يصل إليها الماء إلا إذا مر ببستان "محمد بن مسلمة" فأبى محمد هذا أن يدع الماء يمر بأرضه. فأتى الضحاك عمر بن الخطاب فقال لابن مسلمة عليك فيه ضرر؟ قال: لا، فقال: والله لو لم أجد له ممراً إلا على بطنك لأمرته و نفذ الأمر فكان في ذلك تحقيق مصلحتهما معاً.

و عليه فإن النزعة الجماعية كخاصية في التشريع الإسلامي جاءت بهدف تحقيق إصلاح الفرد و الجماعة، بينما في القوانين الوضعية و التي هي من صنع البشر، فلم نلاحظ هذه النزعة الجماعية، إنما كانت تسودها الروح الفردية، وأبرز مثل يوضح ذلك مسألة الربا التي تبيح التعامل به مع فيه من مصلحة صاحب رأس المال، والضرر

138 سورة البقرة، آية 231.

بالمحتاج للقرض، فالقانون الوضعي يعتبر حقوق الفرد حقوقاً طبيعية له، فهو يملكها ويتصرف فيها حسب ما يشاء، ومن ثم لا حرج عليه إن أساء استعمالها، أما التشريع الإسلامي فيرى أن ما يملكه الفرد من حقوق، هو ملك الله تعالى، وما الفرد إلا مستخلف في ذلك.

### الفرع الثالث: التطور حسب الزمان و المكان

مما لا ريب فيه أن التشريع الإسلامي هو تشريع حي قابل للتطور حسب الزمان والمكان، بما احتواه من مبادئ عامة وقواعد كلية، كفيلة بأن تلبي مطالب المجتهد، وقد أثبت ذلك من خلال تاريخه الطويل، وقد رأينا أن الفقهاء المسلمين كانوا دائماً يستنبطون الأحكام الملائمة للحوادث والنوازل الطارئة مستنبطياً من المصادر الأصلية لهذا التشريع، وقياساً عليها مما لم يرد فيها منصوصاً<sup>139</sup>.

### الفرع الرابع : تنظيم حياة الناس العامة و الخاصة

إن التشريع الإسلامي يهدف فيما يهدف إليه، تحقيق منفعة الفرد والجماعة، لا المنفعة المادية المحدودة والتي تحقق لهم النظام والاستقرار فحسب، ولكنها تحقق لهم ما هو أسمى من ذلك، وهو تنظيم علاقة الفرد بأخيه، وعلاقته بربه.

لقد جاء التشريع لإصلاح الفرد والجماعة وليحقق النفع في الدنيا، و يشبههم على ذلك في الدار والآخرة، لا فرق في ذلك بين جنس و جنس، لأن الإسلام يعتبر المسلمون أمة واحدة، لا يفرق بينهم لا اللون ولا اللغة الناس سواسية كأسنان المشط، لا فرق بين عربي عجمي إلا بالتقوى كلكم لأدم، وأدم من تراب، وفي هذا الصدد يقول الإمام الشاطبي: إنا وجدنا بالاستقراء الشارع قاصداً لمصالح العباد، و الأحكام العادية أي أحكام المعاملات تدور معه حيثما دار، فنرى الشيء الواحد في حال لا تكون فيه مصلحة فإذا كانت فيه مصلحة جاز ، كالدراهم بالدراهم إلى أجل، يمتنع فيه المبايعه، و يجوز فيه القراض، وبيع الرطب باليابس كالتمر مثلاً، يمتنع، حيث يكون مجرد غرر وربما من غير مصلحة ويجوز إذا كان فيه مصلحة راجحة<sup>140</sup>.

#### ● الأمثلة التطبيقية ما تعلق بخصوصية تنظيم حياة الناس العامة و الخاصة:

- 1- يهدف التشريع الإسلامي في ميدان العبادات إلى تطهير الروح، و وصلها بالله سبحانه و تعالى، و تزكية النفس، و صحة الجسم.
- 2- يهدف التشريع الإسلامي في ميدان المعاملات إلى تحريم الربا في جميع صورته تحريماً باتاً، ويتوعد فاعله بالعذاب الشديد وفي هذا يقول الله تعالى : ( وَ أَحَلَّ

<sup>139</sup> عمر سليمان الأشقر، مرجع سابق، ص 46 .

<sup>140</sup> نفس المرجع ، ص 44.

اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا<sup>141</sup> . و يقول في هذا الصدد أيضا: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ)<sup>142</sup>. و منه أيضا نراه ينهى عن الضرر لما فيه من مخاطرة ومقامرة من البائع والمشتري على السواء.

3- نرى التشريع الإسلامي في الميدان الإداري، والذي يحسب كثير من الغافلين أن التشريع لم يعن به، نجده يهتم بهذا الجانب اهتماما بالغا، تحقيقا للمصلحة العامة للمسلمين جميعا، فأوجب على من يتولى للمسلمين عملا من الأعمال، أن يكون أصلح لذلك العمل، يؤديه على أحسن وجه، ويرعى في مصالح الله ومصالح العباد، وعلى الحاكم أن لا يولى على أي عمل من أعمال الدولة، إلا من يراه صالحا للقيام بهذه المسؤولية وفي هذا يقول الرسول صلى الله عليه وسلم "من ولي من أمر المسلمين شيئا فولى رجلا و هو يجد من هو أصلح منه للمسلمين فقد خان الله و رسوله.

4- نرى التشريع الإسلامي في الميدان الاجتماعي يهتم بحالة الفرد الضعيف، ويتدخل لحمايته من الغنى، حتى لا يتعرض للضياع، ومن ثم أوجب له حقا في مال الأغنياء، على أن هذه الرعاية كانت تمتد حتى تشمل المحتاجين من غير المسلمين، فيروى أن "عمر بن الخطاب" رأى يوما ذميا يتكفف الناس، فسأله عما ألجأه إلى ذلك، وحين عرف انه في حاجة إلى العون قال: والله ما أنصفناه، أكلنا شبيبته وضيعناه عند الهرم، ثم أمر برفع الجزية عنه، وأن يعطى و عياله ما يكفيهم من بيت المال، طوال مدة إقامته بدار الإسلام، ولعل هذه الأمثلة التي قدمناها وغيرها كثير، تؤكد لنا أن لهذا التشريع طبيعة وخصوصية تميزه عن غيره من القوانين العالمية، والتي انفرد بها وحده دون أن يجاريه فيها غيره، كما تؤكد شمولية هذا التشريع، واستيعابه لكل ما يجد للناس و يحل بهم.

#### الفرع الخامس : الإسلام دين و دولة

لقد جاء الإسلام بتنظيم شامل لأمر الدين والدنيا معا ومن هنا شملت مسؤولية ولي الأمر و اختصاصاته - أو واجباته كما يصفها الفقهاء- رعاية شؤون الدين والدنيا معا، وناطت به من السلطات ما يكفل ذلك، وهو بذلك يختلف عن المسيحية التي فصلت بين الدين، وناطت به الكنيسة، والشؤون الدنيوية وناطت به الدولة<sup>143</sup>. و يكاد يكون مستحيلا أن نفصل بين الجانبين الديني والجانب الدنيوي في أي تنظيم من التنظيمات التي وضعها الإسلام وهذا الوصف يكاد يكون محل إجماع الباحثين، قدامى ومحدثين، مسلمين ومستشرقين، وعليه لا محل لمناقشة الأصوات النشاز التي ترتفع لدى البعض

141 سورة البقرة ، آية 275.

142 سورة البقرة ، آية 278.

143 عبد الكريم زيدان ، مرجع سابق ، ص 59.

من وقت لآخر مطالبة بفصل الدين عن الدولة وتحويلها إلى دولة علمانية وقياسا على ما حدث في الدولة الإسلامية في تركيا بعد إلغاء الخلافة عام 1924.

و الجمع بين الدين و الدولة في وحدة متناسقة يرجع إلى الغاية المثالية التي يستهدفها الإسلام فهو يتوخى تربية إنسان سوي الطبيعة تتوازن داخله كل نوازع النفس البشرية ولتحقيق ذلك يستوجب توفر معايير للتوازن.

### معايير التوازن:

1- إقامة توازن بين الجانب المادي والجانب الروحي في حياة الإنسان، فهو لا يتجاهل احتياجات الإنسان المادية ولذلك لا يدعو إلى الرهبة على خلاف المسيحية، كما لا يكتفي بتحقيق مطالبه المادية – على خلاف الشيعية- بل يغرس فيه القيم الدينية. وهو ما عبرت عنه الآيات الكريمة: (وَ ابْتَغِ فِيمَا آتَاكَ اللَّهُ الدَّارَ الْآخِرَةَ ۖ وَلَا تَنْسَ نَصِيبَكَ مِنَ الدُّنْيَا ۖ وَأَحْسِنَ كَمَا أَحْسَنَ اللَّهُ إِلَيْكَ ۖ وَلَا تَبْغِ الْفُسَادَ فِي الْأَرْضِ ۖ إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُفْسِدِينَ)<sup>144</sup>.

2- استكمال الغاية المثالية تتكامل الحياة الدنيا مع الآخرة مصداقا لقوله تعالى: (رَبَّنَا آتِنَا فِي الدُّنْيَا حَسَنَةً وَفِي الْآخِرَةِ حَسَنَةً وَقِنَا عَذَابَ النَّارِ)، وقوله تعالى: ( وَمَنْ كَانَ فِي هَذِهِ أَعْمَىٰ فَهُوَ فِي الْآخِرَةِ أَعْمَىٰ وَأَضَلُّ سَبِيلًا).

وبهذه الصورة يجتمع للفعل الواحد جزاءان، أحدهما دنيوي يتولاه ولي الأمر، وثانيهما أخروي، فإن استطاع التفتت من الجزاء الدنيوي استحاله عليه الإفلات من الجزاء الأخروي.

3- تحقيقا للتوازن بين الجانبين الروحي والمادي يجمع الإسلام بين العقل والغيمان في وحدة متناسقة، فالعلم ليس مجرد خادم مطيع للإيمان على خلاف ما حدث في أوروبا في العصور الوسطى، والإيمان ليس عدواً مبيناً للعلم- على خلاف ما ينادي به الفكر الشيوعي- وآيات القرآن الكريم قاطعة في حث الإنسان على كشف أسرار الكون بالدرس. والأحاديث الشريفة تجعل من طلب العلم فريضة. واستعمال الأساليب العلمية خير وسيلة لتدعيم الإيمان. وهو الأسلوب الذي انتهجته فلاسفة الإسلام وعلماء الكلام والفقهاء أنفسهم. وقد اختلفت المدارس الفكرية الإسلامية في تحديد المجال الذي يجوز إعمال العقل فيه، فمنهم (المعتزلة) من يجيزه بإطلاق وقلة منه تقيده بإطلاق (أهل الظاهر) وأكثرهم (أهل السنة) يجيزونه في مجال المعاملات دون العبادات و العقيدة.

144 سورة القصص ، آية 77.

4- عنصر الدين معياراً للتوازن وما يتضمنه من قيم روحية وأخلاقية، دعامة أساسية من دعومات المجتمع الإسلامي وأداة فعالة في تحقيق الانسجام الاجتماعي وركيزة أساسية للتضامن ولذلك لا يترك مسؤولية رعاية شؤون الدين لضميره الفرد بعيداً عن الدولة – على خلاف المذاهب العلمانية- ولا ينكره على خلاف المذهب الشيوعي الذي يصفه بأنه أفيون الشعوب، بل ألقى مسؤولية حفظ الدين ورعايته على عاتق الدولة.

#### الفرع السادس : عدم الحرج

إن الأصل في عدم الحرج قوله تعالى : ( مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ )<sup>145</sup>، و هكذا نرى في هذه الآيات وغيرها، أن الله وضع الحرج والمشقة عن الناس جميعاً سواء فيما يتصل بأحكام العبادات، أم بالأحكام التي تتعلق بالمعاملات، ففي العبادات نرى قلة التكاليف التي جاء بها القرآن حتى أنه من اليسير على كل إنسان أن يقوم بهذه الواجبات المفروضة، دون أن يلحقه تعب أو مشقة، وحتى هذه التكاليف نفسها مصحوبة بالرخص، فالمسافر يجوز له أن يفطر في رمضان ويقصر الصلاة والمريض له أن يتم بدل الطهارة، ويفطر في رمضان حتى يشفى، والحج لا يجب على المسلم إلا إذا توافرت لديه الاستطاعة المادية والبدنية والزكاة حتى يملك النصاب ولم يكن عليه دين للغير، وفي ميدان العقوبات نرى الرسول ينص على درء الحدود بالشبهات ومتى ارتكب العبد جرماً في حق أخيه، أو ارتكب ذنباً، عليه أن يرجع إلى الله ويتوب، فيتوب الله عليه و هكذا<sup>146</sup>.

#### الفرع السابع : تحقيق العدالة أو المساواة

جرى الفقهاء المسلمون على استعمال تعبير العدل، للدلالة على المساواة اشتقاقاً من المعنى اللغوي لكلمة العدل، التي تعني التسوية في المعاملة، ويتحدثون عن العدل بمعانيه العديدة سياسية واجتماعية، واقتصادية، والعدل بمعناه السياسي هو ما يعبر عنه في المصطلحات السياسية الحديثة بتعبير المساواة أمام القانون، فمن أهم خصائص المجتمع الإسلامي أنه يقوم على مبدأ المساواة دون تمييز بين الناس بسبب دينهم، أو لغتهم، أو جنسهم، أو حرفتهم، و مهنتهم، فهي شريعة تخاطب البشر أجمعين لقوله تعالى: ( يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا ۗ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ ۗ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ )<sup>147</sup>.

و الأمر بالعدل و النهي عن الظلم وردت فيه نصوص صريحة في كل من القرآن و السنة تخاطب البشر أجمعين حاكمين و محكومين، مسلمين و غير مسلمين، و من

<sup>145</sup> سورة الحج ، آية 78.

<sup>146</sup> عمر سليمان الأشقر، مرجع سابق، ص 6.

<sup>147</sup> سورة الحجرات ، آية 13.

أمثلة الأحكام التي تخاطب ولي الأمر قوله تعالى: (إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ)<sup>148</sup>.

و إلى غيرها من الآيات التي يتضح من خلالها مقدار حرص القرآن الكريم على إقامة العدل و عدم التقصير فيه، و لا يسعك بعد هذا إلا أن تجزم بأن تشريعا هذا حاله، يقوم على العدل، كفيل بأن يكون تشريعا مثاليا، لا يضاھيه في ذلك أي تشريع آخر، مهما بلغ من السمو و الرفعة، و ما ظنك بتشريع أسسه و قواعد العامة منزلة من عند الله العليم الخبير.

---

<sup>148</sup> سورة النساء ، آية 58.

## خاتمة

نظرا للأهمية القصوى التي حضي بها القانون المقارن ، و الفوائد التي عادت للباحثين من خلال إستخدامه في بحوثهم و الدراسات المقارنة التي أجروها على مختلف القوانين ، أقرت الهيئات الوصية على قطاع التعليم العالي تدريسه لطلبة الحقوق .

كما أن دراسة التشريعات و النظم المقارنة ساهمت بشكل كبير في فهم القوانين الوطنية و تصحيحها و استدراك الثغرات التي قد تشوبها، و العمل على تطويره ، و كل هذا لا يتحقق إلا بمقارنته بالقوانين الأجنبية الرائدة في هذا المجال .

و ختاماً لهذه الدراسة المتواضعة حول موضوع القانون المقارن نورد بعض النتائج التي تم استخلاصها و ذلك على الشكل التالي:

- إن الاستعانة بالقانون المقارن في مجال الدراسات القانونية يساعد على الفهم العميق للقانون الوطني واكتشاف النقص والثغرات التي تشوبه مما يدفع بالمشرع الوطني إلى إعادة صياغة القانون الوطني وتعديله وتتميمه.
- يساعد القانون المقارن القاضي الوطني على إيجاد حلول للعديد من القضايا التي لم ينضم المشرع الوطني نصوصاً قانونية لحلها.
- يهتدي المشرع الوطني بالقوانين المقارنة عندما يريد صياغة نص قانوني لأول مرة وذلك حتى يتمكن من الاستفادة من الأخطاء التي وقعت فيها القوانين المقارنة وبالتالي يستطيع تدارك الأخطاء التي وقعت فيها القوانين المقارنة.
- يساعد القانون المقارن القاضي الوطني في حل القضايا المتعلقة بتنازع القوانين حيث يتم إحالة القاضي الوطني على القانون الواجب التطبيق في حالة تنازع القوانين.
- إن اطلاع الفقه الوطني على القانون المقارن والكتابات الفقهية المقارنة تساعده على الفهم الدقيق للقانون وبالتالي يستطيع صياغة مجموعة من الآراء والنظريات التي تساهم في سد الفراغ التشريعي الحاصل.

## قائمة المراجع

### • القرآن الكريم

#### 1- الكتب :

#### • بالعربية :

- إبراهيم أبو الغار، علم الاجتماع القانوني و الضبط الاجتماعي، مكتبة نهضة الشرق، جامعة القاهرة، 1985.
- ابن منظور ، لسان العرب ، الجزء 17 ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت، 1999.
- أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول المنهجية لإعداد البحوث العلمية، القاهرة، دار الفكر العربي ، 2007.
- جميل صليبا ، المنعجم الفلسفي ، المجلد الأول ، دار الكتاب اللبناني ، بيروت ، 1978.
- صام نجاح، القانون المقارن و الأنظمة القانونية الكبرى، دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة، 2011.
- صوفي حسن أبو طالب، تأريخ النظم القانونية و الاجتماعية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984.

- عبد الرزاق بن خروف ، مدخل الى القانون المقارن، دار الخلدونية، الطبعة الأولى، الجزائر، 2017.
  - عبد السلام الترماني، القانون المقارن و المناهج القانونية الكبرى المعاصرة ، جامعة الكويت، 1982.
  - عبد الكريم زيدان، المدخل الفقهي العام، الطبعة الثانية ، دار القلم، دمشق، 2004.
  - عدنان سرحان و آخرون، المدخل لدراسة القانون «نظرية القانون- نظرية العقد»، مكتبة الجامعة، الشارقة، 2012.
  - علي غالب الداودي، المدخل إلى علم القانون، دون طبعة، داروائل، عمان، الأردن، 2004.
  - علي محمد جعفر، نشأة القوانين وتطورها: مدخل لدراسة القوانين القديمة - القانون الروماني - الشريعة الإسلامية، دون طبعة ، المؤسسة الجامعية، بيروت، 2002.
  - عمر سليمان الأشقر، خصائص الشريعة الإسلامية، مكتبة الفلاح، الكويت، 1982.
  - غسان رباح، الوجيز في القانون الروماني والشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي، بيروت، 2007.
  - محمد بن علي التهانوي، موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، الطبعة الأولى ، 1996.
  - محمد العروصي ، المختصر في المنهجية القانونية ، الطبعة الاولى، مطبعة شركة الخطاب للطباعة، مكناس، 2009.
  - محمد كمال شرف الدين، النظرية العامة للقانون- النظرية العامة للحق، الطبعة الأولى، مجمع الأطرشي للكتاب المتخصص، تونس، 2017 .
  - محمود إبراهيم الوالي، دروس في القانون المقارن، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1982.
  - محمود جمال الدين زكي، دروس في مقدمة الدراسات القانونية، الطبعة الثانية ، المطابع الأميرية، القاهرة ، 1969.
  - سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974.
  - نور الدين بن مختار الخادمي ، علم المقاصد الشرعية ، الطبعة الأولى ، مكتبة عبيكان ، المملكة العربية السعودية ، 2001 .
- بالفرنسية :

- David et foutridz , introduction au droit compare, librairie generale de droit et de jurisprudence, paris, 1972.

- Edouard Lambert, Le droit comparé et la formation d'une conscience juridique, Revue de l'université de Lyon, 1992.

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

- leontin-jean constantinesco ,traite de droit compare ,tome1 introduction au droit compare,librairie generale de droit et de jurisprudence, paris,1972.

- René David, Les grands systèmes de droit contemporain, 11 édit. Dalloz, Paris, 2002.

## **2- المقالات و البحوث:**

### **• بالعربية :**

- عمر صلاح العزاوي ، منهجية التقنين في النظم القانونية المقارنة: نماذج تطبيقية في القوانين المدنية، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية ، العدد 2 ، جوان 2019.
- حسين عبد العلي عيسى ، مصادر القانون الجزائري- الإنجليزي- دراسة مقارنة- ، مجلة الرافدين للحقوق ، المجلد 15 ، العدد 55 ، 2012.

### **• بالفرنسية :**

- Benedict Fauvarque-Cosson, Deux siècles d'évolution du droit comparé, In : Revue de droit comparé, Vol. 63 N°3, 2011.

- Bruno de Loynes de Fumichon, Introduction au droit comparé, Journal de droit comparé du pacifique (Revue juridique internationale soutenue par l'Université de Polynésie française (UPF), Volume II, Aout 2013.

- M. Henri HAYEM, L'étude du droit comparé, Librairie de la Société du Recueil, J.B. SIREY, Paris, 1990.

- Sarfatti Mario, Le droit comparé en fonction de l'unification du droit, In : Revue internationale de droit comparé, Vol. 3 N° 01, Janvier-Mars 1991.

- Raymond Cocks , Sir Henry Maine , A Study in Victorian Jurisprudence.Cambridge University Press, .2004.

## **3- المحاضرات :**

- حميد شاوش ، مطبوعة الأنظمة القانونية المقارنة ، جامعة 8 ماي 1945 ، قالمة ، السنة الدراسية 2017-2018.

# الفهرس

### محتوى المقياس:

(1) النظام القانوني الأنجلوساكسوني: (النشأة و المصادر).

(2) النظام القانوني الجرمانى: (النشأة و المصادر).

### طريقة التقييم:

متواصل و امتحان

