جـــــــامعة البليـــدة 2- لونيسي علي –

كليـــــــة الحقوق والعلوم السياسية

قســـــــم الحقوق

محـــاضـــــرات فـــــي مـــقيـــــاس:

مقـــارنـــة الأنـــظـــمـــة القـــانـــونـــيـة

SAHLA MAHLA
المصدر الأول للطالب الجزائري

مقدمة لطلبـــة السنة الثالثة ليسانس LMD

ـ تخصص : القـــــانون الخاص.

من إعـــداد الدكتـــور: قـاشـــي عـــلال

أستـــــاذ محـــــاضر قســـم ـ أ ـ

السنـــــة الجامعيـــــة: 2017/ 2018

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة البليدة -2-

كلية الحقوق و العلوم السياسية

المجـلس العـــــــلمي

البليدة في:2018/01/07

الرقم: 47/ م ع /2017

مستخرج من محضر اجتماع المجلس العلمي المنعقد بتاريخ 2017/12/18

بتاريخ 18 ديسمبر2017 وعلى الساعة العاشرة وبمقر كلية الحقوق والعلوم السياسية اجتمع المجلس العلمي للكلية ، وذلك بحضور السادة أعضاء المجلس الأتية أسماؤهم:

الأستاذ بن شويخ الرشيد.	رئيس المجلس العلمي	رئيسا
الأستاذ عقاب عبد الصمد.	عميد الكلية	عضوا
الأستاذة بن ناصر وهيبة.	نائبة العميد المكلفة بما بعد التدرج والبحث العلمي والعلاقات الخارجية	عضوا
الأستاذ عكروم عادل .	نائب العميد المكلف بالدراسات والمسائل المرتبطة بالطلبة	عضوا
الأستاذ كرنيش بغداد	رئيس قسم العلوم السياسية	عضوا
الأستاذ بلقاسم محمد	رئيس قسم القانون الخاص	عضوا
الأستاذ بومعيزة جابر	رئيس قسم القانون العام	عضوا
الأستاذ بوشمة خالد	رئيس اللجنة العلمية لقسم القانون الخاص	عضوا
الأستاذ قاسمية جمال	رئيس اللجنة العلمية لقسم القانون العام	عضوا
الأستاذة بعوني حميدة	رئيسة اللجنة العلمية لقسم العلوم السياسية	عضوا
الأستاذ بلقاسم أحمد	ممثل الأساتذة ذوي مصف الأستاذية قسم القانون العام	عضوا
الأستاذة مربوة صباح	ممثلة الأساتذة ذوي مصف الأستاذية قسم القانون العام	عضوا
الأستاذ خليل عمرو	ممثل الأساتذة ذوي مصف الأستاذية قسم القانون الخاص	عضوا
الأستاذ بلهول نسيم.	ممثل الأساتذة ذوي مصف الأستاذية قسم العلوم السياسية	عضوا
الأستاذ دريس نبيل.	ممثل الأساتذة ذوي مصف الأستاذية قسم العلوم السياسية	عضوا
الأستاذة عابر نجوى	ممثلة الأساتذة المساعدين	عضوا
الأستاذة بودبة سعيدة	ممثلة الأساتذة المساعدين	عضوا
السيدة عيسى أمال	مسؤولة المكتبة	عضوا

جدول الأعمال:

1- تشكيل لجان المناقشة.

2- اعتماد تسجيلات طلبة الدكتوراه الناجحين في مسابقة الدكتوراه للسنة الجامعية 2018/2017.

3- اعتماد المطبوعات البيداغوجية.

4- متفرقات.

SAHLA MAHLA
مصدرك الأول للطالب الجزائري

3- اعتماد المطبوعات العلمية.

بناء على التقرير الايجابي للخبير تم اعتماد مطبوعة:

مطبوعة معنونة بـ " محاضرات في **مقياس مقارنة الأنظمة القانونية** " ، موجهة لطلبة السنة الثالثة حقوق، قانون خاص، السنة الجامعية2017 /2018 من اعداد الدكتور **قاشي علال.**

رئيس المجلس العلمي

رئيس المجلس العلمي لكلية الحقوق و العلوم السياسية
د. بن شويخ الرشيد

SAHLA MAHLA
المصدر الاول للطالب الجزائري

مقدمة

SAHLA MAHLA
المصدر الاول للطالب الجزائري

مقدمة

لقد تم استحداث مادة مقارنة الانظمة القانونية في الجامعات الجزائرية في مرحلة الليسانس على طلبة ل. م. د عندما تم توحيد البرنامج على مستوى الوزارة فقررت هذه المادة على طلبة السنة الثالثة حقوق تخصص قانون خاص ، وقانون عام ، حيث ان محتوى المادة هو ثلاث انظمة قانونية : (النظام القانوني اللاتيني ، النظام القانوني الانجلوساكسوني ، النظام القانوني الجرماني) ، ونشير الى ان مادة القانون المقارن كانت مبرمجة سابقا على طلبة السنة الرابعة حقوق نظام كلاسيكي و كانت تتضمن بالإضافة الى الانظمة القانونية الثلاثة المذكورة النظام القانوني الاسلامي وهو حاليا غير مدرج ضمن محتويات المادة لذا لم اتطرق اليه في هذه الدراسة .

ان دراسة القانون المقارن تعتبر بمثابة النافذة القانونية التي تمكننا من الاطلال على القوانين الاجنبية التي تساعد المشرع والباحث على الاستفادة من تجارب الاخرين من خلال استخلاص ما تحتويه هذه القوانين من ايجابيات وحلول يمكن الاخذ بها، وما احوجنا اليوم الى معرفة التطورات الحاصلة في كل المجالات التشريعية و الفقهية والاجتهادات القضائية للدول الاخرى ، حتى تكون كل القوانين الوطنية متوافقة مع قوانين هذه الدول ، وهذا ما يصبو اليه القانون المقارن .

ان مادة القانون المقارن فرع من فروع القانون وهو قانون حديث النشأة (1900م) ولذلك كثر الجدل حوله ان كان علما ام مجرد طريقة من طرق البحث القانوني ،ونظرا لكون الانظمة العالمية تسودها الشمولية والعولمة بما تحمله من آثار ايجابية ، وآثار سلبية ، و اصبحت المجتمعات المعاصرة تؤثر وتتأثر فيما بينها وتكون الغلبة لمن يملك وسائل التكنولوجيا الحديثة فحتما يكون للقانون المقارن دورا يؤديه من خلال الحلول المتوصل اليها في القوانين الاجنبية من اجل تحقيق الانسجام حيث اصبح القانون المقارن (مقارنة الانظمة القانونية) عنصرا اساسيا في تكوين الثقافة القانونية ، و اصبحت المقارنة محورا اساسيا لدراسة الكثير من المواد القانونية من اجل الوقوف على مواطن الاتفاق ومواطن الاختلاف ومعرفة اسباب ذلك .

ان تنوع القوانين وتعددها مرتبط بتنوع المجتمعات و الثقافات واللغات وهنا يكون عدد القوانين بعدد الدول وقد يفوق ذلك لكون ان بعض الدول هي دول اتحادية، لذا فان من اهداف وغاية القانون المقارن هو توحيد القوانين من اجل مواجهة كل الاخطار و التحديات الراهنة خاصة وان الدول تعرف التكتلات الاقتصادية والسياسية .

SAHL-A MAHL-A

وان كل دولة تريد مواكبة التطور عليها معرفة الافكار والمفاهيم الجديدة السائدة من خلال اطلاعها على اساليب التنظيم في المجتمع حتى تستطيع اجراء مقارنة بينها وبين الدول الاخرى عن طريق القانون المقارن من اجل اثراء علم القانون من هذه الدولة وغيرها من الشعوب الاخرى.

ان القانون المقارن له تأثيرات مختلفة على المنظومات التشريعية سواء من حيث وضع التشريع او من خلال الاجتهادات الفقهية والقضائية وعمليات التفسير التي تؤدي الى صياغة قواعد في دولة ما متأثرة بقواعد دولة اخرى ينتميان الى نفس النظام القانوني، ويجب ان تتسع هذه المقارنات لتشمل كل فروع القانون اثراء للمنظومة القانونية الوطنية، و توسيع معارف رجل القانون عن طريق استفادته من خبرة الاخرين و اجتناب اخطائهم.

ان موضوعنا **" محاضرات في مقارنة الانظمة القانونية "** يكتسي اهمية علمية تتمثل في التزود بالمعارف العلمية عن القانون المقارن، وله اهمية عملية من خلال كيفية التصدي للمنازعات ذات العنصر الاجنبي وكيف يساعد القانون المقارن القانون الدولي الخاص ويعمل على تحسين القانون الوطني وتحقيق التوحيد من خلال استرجاع الاستقرار واستتباب النظام.

وقد اعترضتنا عده صعوبات لانجاز هذا الموضوع تتمثل اساسا في قلة المراجع على مستوى المكتبات الجامعية او الوطنية او الخاصة.

SAHLA MAHLA
الأحمد للطالب الجزائري

وقد عالجنا هذا الموضوع وفقا لإشكالية مفادها: **ما هو مفهوم القانون المقارن، وما هي الانظمة القانونية الكبرى المعاصرة المعروفة وما مدى تأثيرها على المنظومة التشريعية الجزائرية؟**

وقد اتبعت المنهج المقارن والتحليلي من اجل معالجة هذا الموضوع والإجابة على الاشكالية الرئيسية.

حيث تناولنا الموضوع محل الدراسة في بابين الاول يتضمن: مفهوم القانون المقارن وتطوره وتضمن ثلاثة فصول اما الباب الثاني تضمن: الانظمة القانونية الكبرى المعاصرة و تأثيرها على المنظومة التشريعية الجزائرية وتضمن ثلاثة فصول.

وأخيرا خاتمة تضمنت النتائج المتوصل اليها من دراسة هذا الموضوع.

الباب الاول

مفهوم القانون المقارن وتطوره

SAHLA MAHLA
المصدر الأول للطالب الجزائري

الباب الاول

مفهوم القانون المقارن وتطوره

إذا كان القانون هو الذي يعكس صورة الحياة الانسانية السائدة في اي مجتمع ويبرز مختلف النشاطات السائدة، ويكشف عن مدى رغبة الافراد اليه وتطبيقه طواعية لأنه يهدف الى اقامة النظام والقضاء على مختلف الفوارق الاجتماعية وينشد الرقيوالتقدم.

وإذا كانت الشعوب والامم ليست على درجة واحدة من الرفاهية والتطور نتيجة انتشار الفكر الاستعماري وحصول الحروب الاهلية والازمات والكوارث فكان لزاما ان تكون هناك فوارق في القوانين الي تحكم كل مجتمع و الذي ينتمي الى حضارة معينة و خلال فترة زمنية و ينتهج مذهبا عقائديا معينا اولا.

ان قوانين الدول تختلف من حيث طريقة النشأة ومن حيث المصادر التي تدخل في تكوينها فهناك دول وضعت قواعد قانونية لقيت استجابة من الافراد طواعية وإلا فرضت عليهم جبرا ووصلت الى اعلى مراتب الحضارة وأوجدت مختلف الحلول للنزاعات التي طرحت فلا مانع من اقتباس نصوص من قوانينها مع مراعاة خصوصية كل مجتمع من حيث الزمان والمكان.

SAHLA MAHLA

ان معرفة ما كان يسود في الحضارات القديمة والتي تلتها لا يمكن الوصول اليه إلا من خلال القانون المقارن الذي يرسم لنا معالم تلك العهود بدقة كما انه يساهم في توحيد تفاسير القوانين وتوحيد القوانين على المستوى الداخلي في الدول الاتحادية او على المستوى الخارجي، فهذا امر يدعو الى ضرورة الاخذ به من اجل تحقيق وحدة القوانين التي تنظم مسائل معينة في مختلف اوجه النشاط الانساني، او تنظم مختلف العلاقات الانسانية.

ان فكرة المقارنة قديمة ولكن تأسيس قانون مقارن فكرة حديثة كانت في سنة **1900** من خلال المؤتمر الدولي الذي انعقد في باريس، ومنذ ذلك الحين توالت الاراء حول ضرورة وجود قانون مقارن نتيجة مختلف ادواره على المستوى الوطني والدولي وان اختلفت هذه الاراء حول وظيفة هذا القانون وطبيعته القانونية، ولذا كان من الأهمية ان نعطي تعريفا لهذا القانون ونحدد فروعه وصوره و فائدته و تاريخه و طبيعته القانونية ووظيفته.

الفصل الاول

التعريف بالقانون المقارن

SAHLA MAHLA
المصدر الاول للطالب الجزائري

الفصل الاول

التعريف بالقانون المقارن

ان تسمية القانون المقارن حديثة العهد وهي تسمية اصطلاحية لكنها لا تدل على ما توحي اليه حيث ان هذا القانون لا يشكل مجموعة قواعد مثل باقي فروع القانون ولكن هذا التعبير الاصطلاحي يدل على انه بحث قانوني او دراسة قانونية.

فالقانون المقارن هو ذلك المجال الدراسي المكرس للمقارنة المنظمة بين نظامين قانونين او أكثر، او بين عناصر من تلك النظم، من خلال تحليل مجموعة من الافكار المشتركة او المختلفة بينهما[1]

وهناك من يعتبر بان القانون المقارن عبارة عن دراسات مقارنة تهدف الى تقويم النظم والقواعد القانونية محليا او دوليا او حتى على مستوى العائلة (الشريعة) القانونية الواحدة او الشرائع العالمية الاخرى .

ان اعطاء تعريف للقانون المقارن أمر صعب جدا على اعتبار ان الفقه اول خلاف وقع بشأن هذا القانون هو تحديد طبيعته فهناك من لا يعتبره علما بل طريقة او اسلوب مقارنة ومن ثمة كانت محاولات تعريفه مبنية على خلفية مفادها ما طبيعة هذا القانون؟

SAHLA MAHLA
المصدر الاول للطالب الجزائري

المبحث الأول: محاولة وضع تعريف للقانون المقارن

ان مسالة تعريف القانون المقارن ليست من الامور المتفق عليها لدى الفقه، وذلك راجع الى مختلف وجهات النظر في امر هذا القانون لأن بعض الفقهاء يعتبر هذا القانون اداة مقارنة وموازنة بين قوانين فقط.

ان أمر التعاريف متروك للفقه وان قامت التشريعات بذلك فهو من قبيل حصر الامر وايضاحه بدقة.

[1]:mishael A , ALHAJERI , lecteurehandout ,Rechearchmethods , 2005

المطلب الاول: صعوبة وضع تعريف لهذا القانون مع ابراز فروعه وصوره

ان وضع تعريف جامع ومانع للقانون المقارن أمر صعب ، لذا أطلق بعض الفقه على هذا القانون تسميات أخرى لا تفيد بأنه قانون فقد وصف بأنه عبارة عن دراسات مقارنة تهدف الى تحسين القوانين الوطنية أو الدولية و الاستفادة من تجارب النظم القانونية الاخرى التي تنتمي إلى نفس العائلة القانونية أو المتباعدة معها ، لأن الهدف في الاخير هو القضاء على العوائق والمنازعات التي تحصل و يكون فيها عنصرا اجنبيا ، و كذلك العمل على فتح النشاطات الاقتصادية و التجارية بين كل الدول و بدون تفضيل ، ولا يكون هذا متاحا وممكن الا اذا كانت قوانين هذه الدولة موحدة على الاقل في المجال أو القطاع الصناعي أو التجاري المفتوح لكل الدول.

و بناء على ذلك فان الفقه يرى بأنه من الصعب وضع تعريف للقانون المقارن خصوصا وأن هناك أنظمة قانونية كبرى معاصرة و البعض بقي محصورا في نطاق محدد، حيث أنا نجد النظام القانوني اللاتيني، و النظام القانوني الانجلوساكسوني، و النظام القانوني الجرماني ولا يستقيم الامر بدراسة النظام القانوني فقط بل لا بد من دراسة النظام القضائي أيضا .

الفرع الاول: ايراد بعض التعاريف التي حظي بها هذا القانون

SAHLA MAHLA
المصدر الأول للطالب الجزائري

ان سبب اختلاف الفقهاء في تعريف هذا القانون يعود الى اختلافهم حول تحديد وظيفة هذا القانون، ونشيرالى أن إطلاق عبارة القانون المقارن كانت لأول مرة تذكر المؤتمر الدولي بباريس لسنة **1900** وبذلك فهي عبارة حديثة لكن تاريخ المقارنة قديم قدم القانون ذاته[1].

ان تسمية هذا القانون بالمقارن في حقيقة الأمر فيه نوع من المغالاة على أساس أن قواعد القانون تصاغ بطريقة عامة، مجردة، وملزمة ولها مجال نطاق تطبيق، وبذلك فان هذا القانون لا يعتبر مجموعة من القواعد التي تنظم سلوك أفراد المجتمع كالقانون المدني، أو الجنائي، أو الاداري ولايعد وصفا من أوجه النشاط بل هو علم ومنهج يعمل على مقارنة القوانين واستخلاص أجه التشابه وأوجها لاختلاف بينهما.

كما أن تسميته في البرنامج المقرر على طلبة السنة الثالثة نظام ل م د هو "مقارنة الأنظمة القانونية" والتي ينبغي أن تفهم على أنه كلمة مرادفة للعائلات القانونية

---

[1]: الأستاذ: علي بن غانم، محاضرات في القانون المقارن، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، السنة الجامعية.

(les familles juridiques) ،أو الشرائع القانونية الكبرى التي لها اشتراك كبير في كثير من المسائل مما يؤدي الى انشاء عائلات للقوانين الوضعية

ان المقارنة تقتضي الموزانة بين شيئين من أجل ابراز أوجه التشابه وأوجه الاختلاف، ولا تكون المقارنة بين الاشياء التي تنتمي الى طبيعة واحدة وإلا كانت غير ممكنة، وهذه المقارنة لا يمكن حصرها في القانون فقط بل توجد في فروع أخرى كالسياسة ، والاقتصاد ، والادب .

ان القيام بالمقارنة يكشف لنا في بعض الأحيان بأن النظام القانوني فيه تعارض في قواعده الموضوعية،وفي حالات اخرى يتعارض مع الفكرة (الفرض) الذي وضعه المشرع عند وضعه للقواعد القانونية عن طريق صياغتها ، اذ ان كل عائلة (شريعة) قانونية لها مفهومها الخاص لفكرة العدالة، و هذا يؤكد بأن عملية المقارنة كلها علمية .

ان ما يدل عليه هذا التعبير الاصطلاحي " القانون المقارن " هو دراسة قانونية، أو بحث قانوني يقوم على المقارنة و الموازنة بين قانونين أو اكثر [1]، حتى أن بعض الفقهاء يستعيض تسمية مقارنة القوانين (comparaison des lois) على تسمية القانون المقارن ، والبعض يقترح تسميته بالطريقة المقارنة (la méthode comparative) .

وتأكيدا لذلك يرى الفقيه " رونى دافيد " بأن "عبارة القانون المقارن عبارة تعيسة لأنها اعطته قيمة معينة لكن من الاحسن تجنبها[2].

SAHLA MAHLA
المصدر الاول للطالب الجزائري

ان الفقيه " لا مبير " الذي يعتبر بان القانون المقارن علم قائم بذاته و يرى بان القانون المقارن " هو العلم الذي يبحث عن القواعد المشتركة بين الشرائع و النظم المختلفة " ، وهو احد منظمي مؤتمر باريس الذي كان بعنوان :المؤتمر الدولي للقانون المقارن ، اصدر كتابا في **1902** وأطلق عليه تسمية " التشريع المقارن " تأكيدا لما يمثله هذا القانون من حقيقة .

وبناء على ما سبق ذكره فان الفقه قد قدم تعريفات للقانون المقارن سواء الفقه الغربي او العربي نورد منها مايلي:

---

[1]: الدكتور: عصام نجاح، القانون المقارن والانظمة القانونية الكبرى، دار العلوم للنشر والتوزيع، دون سنة، ص 21.

[2]: Reni david , traite elementaire , de droit civil comparé , LGDJ, paris ,1950, p 3.

- تعريف الاستاذين دافيد " david" وجوتردج " GUITRIDGE" : " القانون المقارن هو الطريقة المقارنة في تطبيقها على الدراسات القانونية " .
- تعريف مؤتمر لاهاي لسنة **1937** : القانون المقارن يعمل على المقارنة بين قوانين بلدان مختلفة و استخلاص اوجه التشابه و أوجه الاختلاف بين هذه القوانين .
- تعريف الاستاذين سالي " soleilles " ولامبير " Lambert " :القانون المقارن هو العلم الذي يبحث عن القواعد المشتركة بين الشرائع و النظم القانونية " .
- اما الدكتور :حبيب ابراهيم الخليلي الاستاذ الذي تولى تدريس مادة القانون المقارن في جامعة الجزائر لطلبة كلية الحقوق عام **1980 /1981**و أصله مصري فانه يعرف هذا القانون في محاضراته بأنه: "علم منهجي يدرس النظم القانونية من أجل استخلاص أوجه التشابه و أوجه الاختلاف وتحديد جوهرها الاجتماعي و شكلها، ووظائفها، من أجل اظهار الاتجاهات المتعارضة و المتناقضة في مختلف نماذج نظم القانون و ترجيح بعضها على بعض"[1].

ان القانون المقارن هو ترجمة للمصطلح الفرنسي (droit comparé) و للمصطلح الانجليزي (comparative law) ،وهو عبارة عن تسمية اصطلاحية كتسمية القانون الدولي الذي لا يعتبره بعض الفقهاء بأنه فرع من فروع القانون نظرا لعدم تمتع قواعده بما تتميز به القواعد القانونية عموما ،ولذا فان الفقه يطلق عليه تسمية القانون المقارن اصطلاحا و لكن هذه التسمية لا تدل على محتواها ،لان هذا القانون ليس هو مجموعة من القواعد كالقانون الجزائري ، أو المغربي ، أو المصري ، وهو ليس مجموعة من القواعد الناظمة لموضوع معين ضمن فروع القانون كنظام الشركات ،أو نظام الملكية ، أو نظام الافلاس و التسوية القضائية ، أو نظام الاهلية .

SAHLA MAHLA
المصدر الأول للطالب الجزائري

الفرع الثاني: فروع القانون المقارن وصوره

إذا كان القانون بوجه عام يقسم تقليديا الى قانون عام، وقانون خاص، وكل نوع من النوعين له فروعه، حيث أن القانون العام يشمل القانون الدستوري، القانون المالي، القانون الاداري، القانون الدولي.

وبناء على ذلك يكون لدينا القانون المقارن الدستوري، القانون المقارن المالي، القانون المقارن الدولي.

أما فروع القانون الخاص فنجد فيها القانون المدني، القانون التجاري، قانون الاسرة، ويكون لدينا القانون المقارن المدني، القانون المقارن التجاري، القانون المقارن للأحوال الشخصية.

---

[1]:الدكتور: حبيب ابراهيم الخليلي، محاضرات في القانون المقارن، القيت على طلبة كلية الحقوق،جامعة الجزائر، (غير منشورة) ، السنة الجامعية 1981/1980 ، ص 22.

أما بالنسبة لمختلف صور القانون المقارن فإنها تأخذ عدة أشكال تعرض لها الفقهاء بصدد دراساتهم المقارنة ومنها[1] :

- القانون المقارن المجرد " abstrait " : وهناك من يطلق عليه تسمية المقارنة البحتة على أساس أنه يهدف الى تحصيل مكثف للمعلومات في المجال القانوني، وهناك من يرى من الفقهاء بان هذا الشكل من الدراسات المقارنة لا وجود لها في القانون المقارن.
- القانون المقارن التاريخي: ويقصد منه مقارنة قانونين خلال فترة زمنية معينة من أجل استخلاص بعض النتائج المميزة لكل واحد منهما.
- القانون المقارن الوصفي: ان مقتضى هذا الشكل من القانون المقارن معناه عرض قانونين أو أكثر و ابراز ما يميز كل واحد عن الاخر من خلال اوجه الاختلاف وهذا بغية التعرف على القوانين الأجنبية و الحصول على معلومات دون هدف آخر مثل :(البناء في ملك الغير في كل من القانونين المصري و الجزائري) .
- القانون المقارن التطبيقي: ان هذا الشكل من القانون المقارن يقتصر على جمع المعلومات من القوانين الأجنبية لأنه يهدف الى تحليل جوهري و دقيق للقوانين موضوع المقارنة و استخلاص النتائج من هذا التحليل الذي لا يقتصر على وصف مختلف الخلافات الموجودة في الانظمة القانونية بل لا بد من ايجاد نتائج فالمقارنة ذات نتيجة مثل:(نظرة الميسرة في القانون الجزائري و الفرنسي) .

SAHLA MAHLA
المصدر الأول لطالب الجزائري

المطلب الثاني: مكانة القانون المقارن في الدراسات الجامعية وبعض مؤسساته

ان دراسة القانون المقارن أصبحت عنصرا اساسيا في تكوين الثقافة القانونية و ليست دراسة تكميلية وعلى مستوى دراسات الليسانس ل م د و في نطاق الدراسات العليا حيث أن جميع كليات الحقوق في ظل النظام الكلاسيكي للدراسة تدرس مادة القانون المقارن بالنسبة لطلبة السنة الرابعة ولما الغي النظام الكلاسيكي الغيت معه هذه المادة تماما أما في ظل نظام ل م د فكانت المواد المدرسة تقترح من رئيس فرقة التخصص و فرقة التكوين فكان هناك اختلاف شائع في المواد المدرسة على مستوى تخصص واحد ، مما جعل الوزارة الوصية تعيد النظر في الوحدات المدرسة وتم اعتماد مواد موحدة لطلبة الليسانس ل م د حقوق ، وتم تقرير هذه المادة (القانون المقارن) على طلبة السنة الثالثة ل م د حقوق سواء قانون خاص او قانون عام وجاءت تسميتها كما يلي : مقارنة الانظمة القانونية، و الهدف منها : التعرف على النظم القانونية المقارنة و مقارنتها بالنظم القانونية

[1]: الدكتور: جيب إبراهيم الخليلي، المرجع السابق، ص27.

المطبقة في الجزائر و مدى تعايشها اما محتواها فيتضمن : النظام القانوني اللاتيني من حيث المصادر والمناهج ، وكذا النظام القانوني الانجلوساكسوني من حيث المصادر و المناهج ، و كذا النظام القانوني الجرماني من حيث المصادر و المناهج ولم ترد الشريعة الاسلامية كنظام في هذا المحتوى لذا لم اتطرق اليها في هذه الدراسة على الرغم بان الكل يجمع على أنها أكبر الانظمة القانونية ذات المصدر الرباني .

ان الدراسات المقارنة موجودة ومكرسة في الجزائر من خلال المواضيع والبحوث والرسائل الجامعية التي تعد وسواء كانت المقارنة بين قانونين أو بين القانون الجزائري والشريعة الاسلامية.

الفرع الاول:مكانة القانون المقارن في الدراسات الجامعية

ان بداية تدريس القانون المقارن حديثة نسبيا في الدول التي بادرت بذلك أما تاريخ المقارنة فيعود الى جذور قديمة[1]، وعليه فانه يتعين علينا ابراز الدول التي عملت على تدريس هذا القانون وفي فترات مختلفة حيث استفادت كل دولة من الدولة التي سبقتها في هذا المجال وهذا ما يبرز مكانة القانون المقارن في الدراسات الجامعية.

ووفقا لذلك فان فرنسا بدأت تدريس القانون المقارن سنة **1831** بواسطة انشاء كرسي لتدريس التاريخ العام وفلسفة الشرائع، وفي سنة **1869** تأسست جمعية التشريع المقارن.

SAHLA MAHLA
المصدر الأول للطالب الجزائري

أما في ألمانيا فقد بدأت الدراسات المقارنة خلال النصف الأول من القرن التاسع عشرة (19) ، أما في انجلترا فتم انشاء أول كرسي للقانون المقارن سنة **1869** في جامعة **oxford**، وعمل الفقهاء الانجليز على المساهمة في الدراسات المقارنة و نشر القانون المقارن .

أما في بلجيكا فقد أسس المركز الجامعي للقانون المقارن، وكذلك في اسبانيا أين تم انشاء معهد القانون المقارن، وفي ايطاليا تم انشاء معهد القانون التجاري المقارن.

أما في أمريكا فان الدراسات المقارنة عملت على توحيد القانون الداخلي وذلك بعد الحرب العالمية الأولى.

الفرع الثاني: مؤسسات القانون المقارن

---

[1]: الأستاذ: علي بن غانم، المرجع السابق، ص21.

زيادة على الدراسات الجامعية فانه توجد العديد من المعاهد الخاصة بالقانون المقارن وكذا مراكز وجمعيات البحوث المقارنة نذكر منها:

- في اسبانيا يوجد معهد القانون المقارن
- في لكسومبرج يوجد معهد القانون المقارن
- في هولندا توجد الاكاديمية الدولية للقانون المقارن
- في امريكا يوجد التجمع الامريكي للدراسات القانونية المقارنة
- في انجلترا توجد جمعية التشريع المقارن والقانون الدولي، ويوجد معهد القانون الدولي والقانون المقارن
- في فرنسا يوجد المركز الفرنسي للقانون المقارن
- زيادة على المعاهد الإقليمية توجد معاهد دولية كمعهد روما الدولي لتوحيد القانون الخاص، وتوجد منظمات دولية تهتم بشكل مباشر وغير مباشر بتوحيد القوانين كهيئة الامم المتحدة، منظمة العمل الدولية، الاتحاد الاوربي، منظمة اليونسكو، وغيرها من المنظمات

وهنا نشير الى مسألة هامة تتعلق بالدراسات المقارنة في الدول الغربية التي تعد رائدة في ذلك، وافتقار الدول العربية لمثل هذه الدراسات المقارنة بل يمكن أن نقول بأنها تكاد تكون منعدمة.

SAHLA MAHLA
المصدر الأول للطالب الجزائري

المطلب الثالث: فائدة القانون المقارن

ان اهمية القانون المقارن تعاظمت في بداية القرن العشرين خصوصا بعد الحرب العالمية الثانية وان كان هناك بعض الفقهاء يرون بان الاهتمام بالقانون الاجنبي لا فائدة منها بل يتوجب دراسة قوانين الدولة من طرف فقهائها حيث قال أحد الفقهاء الداعين الى عدم دراسة القانون الاجنبي Bowen عن المقارنين" انهم يعرفون قدرا ضئيلا من قوانين هذا الكوكب ما عدا قوانين بلادهم"[1]

الفرع الاول: فائدة القانون المقارن في المجال الوطني

ان للقانون المقارن فائدة في المجال الوطني في نطاق العلوم القانونية النظرية حيث تبرز فائدته بالنسبة لتاريخ القانون عندما تتم المقارنة بين القوانين (الشرائع) المختلفة منذ تكوينها الى استقرار أسسها عن طريق عرض كل الشرائع من أجل التعرف على مراحل تطورها ، والقيام بدراسة مختلف

[1]:مشار اليه في مرجع الدكتور: عبد السلام الترمانيني،القانون المقارن و المناهج القانونية الكبرى ، مطبوعات جامعة الكويت ، 1980، ص 45.

العادات و الاعراف السائدة في المجتمعات البدائية ، و تتبع مسيرة هذه العادات و الاعراف ، وبعدها المقارنة و استخراج ما آلت اليه القوانين المختلفة لتأتي مرحلة الوصول الى نتائج البحث وهذه فائدة تحققها الدراسة المقارنة .

أما بالنسبة لفائدة القانون المقارن بخصوص فلسفة القانون فتتمثل في أن الدراسة المقارنة تصبو الى تقديم حلول لمشاكل ذات نطاق عالمي اذ لا تتقيد بقانون معين بذاته ولا بنطاق مكاني معين، ان القانون المقارن يقوم بإظهار أثر الفلسفة في القانون ولا يقتصر دوره على تفسير النظم القانونية بل يعمل على تقييمها من خلال ما احتوته من مبادئ وأفكار بقدر ما توحيه العدالة و احترام شخصية الانسان، ووفقا لذلك فان القوانين الاستبدادية و العنصرية لا تلقى رواجا ومحكوم برفضها لكونها تهين الانسان.

ان علاقة القانون المقارن و فلسفة القانون ومدى تأثير الاول في الثانية انقسم بشأنها الفقهاء فهناك فريق متحمس للربط بينهما و فريق آخر لا يجعل أي علاقة مباشرة بين القانون المقارن وفلسفة القانون و منهم " لامبير" و "رينيه دافيد " ، على الرغم من أن مؤتمر باريس الذي انعقد سنة **1900** (ميلاد القانون المقارن) يعتبر بأن أسمى أهداف القانون المقارن هي فكرة القانون العالمي .

SAHLA MAHLA
المصدر الأول للطالب الجزائري

وعليه فان القانون المقارن يعمل على ابراز فلسفة القانون ويكشف عن العلاقة الموجودة بين الأفكار الفلسفية والفترة التي سادت فيها هذه الأفكار والمبادئ[2].

أما فائدة القانون المقارن بالنسبة للنظرية العامة للقانون حيث أن هذه الأخيرة تنظم العديد من المواضيع كتقسيم القانون الى قانون عام و قانون خاص وتقسيم القواعد القانونية الى قواعد قانونية آمرة وأخرى مكملة ومصادر القانون، ونطاق تطبيقه من حيث الزمان و المكان والاشخاص ،وتفسير القانون ،حيث ان الدراسة المقارنة تبين لنا الأصل التاريخي لتقسيم القانون ،و تأثير الظروف السياسية و الاجتماعية في تكييف النظم القانونية و معرفة أسباب التمييز بين القانون العام والخاص ،كما أنها تبين مصادر القانون لدى كل دولة فمثلا في فرنسا يعتبرون أن النص القانوني هو المصدر الأساسي للقانون ، أما الاجتهاد القضائي و آراء الفقه فانها مجرد وسيلتين لتطبيق و تفسير القانون .

---

[2]:حبيب ابراهيم الخليلي، المرجع السابق، ص 54.

أما فائدة القانون المقارن في مجال علم الاجتماع فنجد بان الدراسة المقارنة تظهر أثر الظروف الاجتماعية الخاصة بقانون كل مجتمع من المجتمعات وتحاول الربط بين حركة القانون (تطوره) و بين ما سبق تلك الحركة و التطور من ظواهر اجتماعية .

ان الدراسة المقارنة في مجال علم الاجتماع القانوني تفيد في التمييز بين مراحل تطور القانون حيث يرى بعض الفقهاء بأن علم الاجتماع هو الذي يقود القانون المقارن لتمييز مراحل تطور القانون.

الفرع الثاني: فائدة القانون المقارن في المجال الدولي

إذا كان القانون المقارن يقدم فوائد في المجال الوطني فهذا لا يعني أنه قاصر على هذه الفوائد فقط بل انه يقدم فوائد في المجال الدولي وهذا ما نشير اليه في النقاط التالية[1] :

- ان الدراسات المقارنة تجعلنا على علم واحاطة بالقوانين الاجنبية ومن شان هذه الاحاطة ان تؤدي الى خلق مزيد من التقارب والتفاهم بين الشعوب من أجل تنمية التعاون الدولي في كل المجالات.
- ان الدراسات المقارنة تساعد على استخلاص المبادئ العامة المشتركة بين الشعوب المتمدينة ،حيث أن هذه المبادئ تعد مصدرا من مصادر القانون الدولي العام وفقا للمادة 38 من النظام الاساسي لمحكمة العدل الدولية ، وهنا تمكننا الدراسة المقارنة من استخلاص هذه المبادئ من القوانين المكونة للشرائع المختلفة ومن اهم هذه المبادئ (مبدأ سلطان الإرادة) حسب المادة **106** من القانون المدني الجزائري، (مبدأ تفسير الشك لمصلحة المدين) حسب **112** من القانون المدني الجزائري ، ان هذه المبادئ و غيرها من المبادئ الموجودة في القانون المدني انتقلت الى نطاق القانون الدولي العام وتم تطبيقها من طرف محكمة العدل الدولية ، وهنا يبرز دور القانون المقارن في استخلاص هذه المبادئ من القوانين الوضعية .
- ان الدراسة المقارنة تساهم في توثيق الروابط و انشاء وحدات اقليمية بينها أو انشاء تجمع اقتصادي أو سياسي (السوق الاوروبية المشتركة ، و مجلس أوربا ، ومجلس التعاون الخليجي) ، كما أن ابرام الاتفاقيات بين الدولة يفترض في المفاوض معرفة قوانين الدول الاخرى من أجل معرفة افكارها السياسية ، وأن الدراسة المقارنة تجعل

[1]: مشار اليه في مرجع الدكتور: عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص51.

SAHLA MAHLA
المصدر الأول للطالب الجزائري

الموضوع لا يستمد من قانون محدد بل من مناهج قانونية مختلفة وبذلك تحقيق الاستفادة من تجارب الغير ، و الاقتباس من القوانين الاجنبية لتحسين القوانين الوطنية وسد ثغراتها.

SAHLA MAHLA
المصدر الاول للطالب الجزائري

المبحث الثاني: تاريخ القانون المقارن

اذا كان الفقه يتفق على أن ظهور القانون المقارن كان سنة **1900**م وهذا بالاعتماد على أول مؤتمر دولي انعقد في هذا التاريخ **(08/01 /1900)**، فان البعض الاخر من الفقه يؤكد أن الدراسات القانونية في هذا المجال كانت قد بدأت في ظل الحضارات القديمة فالمقارنة قديمة قدم القانون ذاته ولكن علم القانون المقارن حديث وهناك العديد من الشواهد التي توحي بوجود المقارنة في الحضارات القديمة ،و كذا في العصور الوسطى ، ولعل سبب تأخر ظهور القانون المقارن يكمن فيما يلي[1] :

- تنوع القوانين كما ونوعا وتعدد اللغات والثقافات والمجتمعات من شانه ألا يشجع على الدراسة ويؤدي الى التساؤل حول غاية هذا القانون المقارن ونظريته.
- استغراقه لمدة طويلة من اجل استخلاص المبادئ والحلول القانونية العادلة.
- عزوف رجال الجامعات عن التفكير فيما يكون متغيرا وعرضيا مكتفين بتعليم المنهج القانوني الذي يكشف عن العدالة في كل بلد وفي كل وقت.

المطلب الأول: القانون المقارن في العصور القديمة

ان الدراسات المقارنة عرفت لدى الحضارات القديمة لكنها كانت محدودة زمانيا ومكانيا، ولم يكتب لها الانتشار الواسع الا مع بداية القرن العشرين.

SAHLA MAHLA

وعليه نتطرق الى مسألة القانون المقارن في هذه العصور بنوع من الاختصار مؤكدين على اهمية وجود المقارنة في كل عصر منها.

الفرع الاول: في بلاد ما بين الرافدين

ان الملك " حمورابي " الذي حكم بلاد ما بين الرافدين و اتخذ من مدينة " بابل " عاصمة من سنة **1728** الى **1686** قبل الميلاد، أعد مدونة قانونية من أشهر المدونات في تلك الفترة ، حيث أن هذه المدونة تضمنت توحيد مختلف الأعراف و القوانين التي كانت سائدة في بلاد ما بين الرافدين .

---

[1]: الأستاذ: علي بن غانم، المرجع السابق، ص9.

كما أن هذه المدونة شملت في بعض المسائل منها على حكمين مختلفين حيث راعى فيها " حمو رابي " الساميين والسوماريين على حد السواء خاصة ما تعلق بمسائل الاحوال الشخصية.[1]

يفهم من هذا بأن مدونة حمو رابي اعتمدت على دراسات مقارنة بسيطة بين مختلف الأعراف والقوانين السائدة في بلاد ما بين الرافدين.

الفرع الثاني: في مصر القديمة

لقد عرفت مصر القديمة مدونة " بكوريس " التي صدرت في عهد الملك " بكوريس أي في **817**الى **712**قبل الميلاد،والملاحظ على هذه المدونة انها جاءت متأثرة بشكل واضح بمدونة حمورابي[2] خاصة في نطاق العقود المالية.

الفرع الثالث: في اليونان

لقد قام " أفلاطون " بمقارنة قوانين عصره في كتابه حول حوار القوانين dialogue sur les lois " ،كما قارن " ارسطو" في كتابه " السياسة " بين قوانين اثينا و قوانين اسبارطة وكريت و قرطاجة و غيرها من البلاد ، وكتب في ذلك مايلي : **"** ينبغي على المشرع أن يعمل على تحسين القوانين ، و لذلك يتعين عليه أن يعرف قوانين حكومات المدن الاخرى و الفروق بينها و يقتبس منها ما يصلح لمدينته[3].

وقد قام " صولون " بوضع قانون " اثينا " وأصبح يسمى " قانون صولون" الذي عوض مدونة " دراكون " التي غضب منها الجميع، وكان " صولون" كثير السفر حيث مكنه ذلك من التعرف على قوانين و أعراف أمم أخرى معاصرة له[4] [1] فقد اخذ "" صولون " عن القانون الفرعوني و لكنه في مجال التنفيذ نص فقط على التنفيذ على أموال المدين فقط لا التنفيذ على جسم المدين.

---

[1]: الدكتور: صوفي حسن أبو طالب، تاريخ النظم القانونية و الاجتماعية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008 ، ص 128.

[2]:الدكتور: صالح فركوس، تاريخ النظم القانونية والاسلامية، دار العلوم للنشر والتوزيع، دون سنة، ص 22.

[3]:أرسطو، السياسة، ترجمة أحمد لطفي السيد، القاهرة، 1947، ص 307 .

[4] :leanpaumier , introduction au droit comparé , ed, ghistau ,dagas , nantes , 1902 , p11.

الفرع الرابع :في الرومان

ان أهم ما رواه التاريخ القديم عن الدراسة المقارنة بخصوص تدوين " قوانين الالواح الاثنى عشر" حيث ذكر المؤرخ " tite live " أن الحكام العشرة الذين كلفوا بتدوين القانون الروماني قد أرسل ثلاثة منهم الى اليونان لدراسة قوانين المدن اليونانية والاقتباس منها، وقد تأثرأعضاء البعثة بقوانين " صولون "[1].

وعليه جاءت القوانين الالواح الاثنى عشر الرومانية متأثرة بشريعة اليونان وظهر ذلك في تقسيم الاموال و فقا لما كان معروفا لدى اليونان.

وكذلك الحال بالنسبة لإجراءات المحاكمة،ويذكر المختصون بدراسة القانون الروماني أنه بعد تشكيل النظام القانوني الروماني لم يبق هناك مجالا للمقارنة مما يوحي بأن المقارنة لم تكن شائعة لدى الرومان بالقدر الكبير.

المطلب الثاني: القانون المقارن في العصور الوسطى

ان هذه المرحلة تشمل مرحلة الامبراطورية الرومانية الغربية، والحركة العلمية في الجمهوريات الايطالية والقانون الكنيسي وهذاما كان يسود في أوروبا بالإضافة الى دراسة ما كان سائدا من مقارنة في بلاد المسلمين.

SAHLA MAHLA
الصديق الاول للطالب الجزائري

الفرع الاول:في اوربا

بمجرد سيطرة الامبراطورية الرومانية على أوروباانعدمت حركة المقارنة القانونية وما حصل من تأثر قوانين وأعراف المناطق الاوربية كان نتيجة اختلاط الاجناس وثقافاتهم المختلفة وبقي الحال على ما هو عليه حتى القرن الحادي عشر ميلادي[2].

وبعد سقوط الامبراطورية الرومانية في القرن الخامس الميلادي على يد القبائل وتم تكوين مماليك وكان القانون السائد و النظام المطبق بالنسبة للقانون هو مبدأ " شخصية القوانين " أي أن قانون الدولة التي يحمل الشخص جنسيتها هو الذي يطبق عليه سواء كان موجودا داخل الوطن أو خارجه.

---

[1]:ارزقي العربي ابرباش، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، دار الخلدونية، الجزائر ، 2006 ، ص 142.

[2]:lean paumier , op cit , p 27

وطبق القانون الروماني على الرعايا الرومانيين مدة طويلة من الزمن، والى جانب هذا القانون الروماني كانت التقاليد الجرمانية سائدة[1].

وفي القرن الحادي عشر ميلادي برزت في مدينة " بولون " بايطاليا حركة تهتم بإحياء دراسة القانون الروماني متخذة من المجموعة " جوستنيان " مرجعا لها مما أدى الى احياء الدراسة المقارنة التي كانت تتبلور في مقارنة العادات و الأعراف المحلية و القانون الروماني .

وفي مرحلة أخرى شملت المقارنة القانون الاقطاعي والقانون الكنسي و انتشرت هذه الحركة لتعم كل ربوع أوربا الغربية خصوصا لما أصبح القانون المقارن يدرس في جامعات المدن الكبرى[2].

وخلال القرن الثالث عشر تحررت مدن سهل لومبارديا في شمال ايطاليا من حكم الامبراطورية الجرمانية و تحولت الى جمهوريات صغيرة مستقلة لها قانونها الخاص و نتيجة النشاط التجاري المتبادل بين هذه الدول ووجود قانون روماني (الشريعة العامة) أدى الى ظهور نزاعات بين القوانين المحلية لمختلف المدن وهذا هو السبب الذي أدى الى انشاء مدرسة المحشين les glassateure أي مدرسة الشرح على المتون وكان أول اساتذتها " ارنيروس " سعت الى شرح و تفسير القانون الروماني و مقارنته بقوانين و أعراف المدن الايطالية و استنتاج القواعد التي يمكن تطبيقها على الواقع ،وظهرت هذه الدراسة في ايطاليا و بولونيا .

SAHLA MAHLA
الصديق الأول للطالب الجزائري

ولكن منذ بداية القرن الرابع عشر ظهرت مدرسة المحشين بأسلوب جديد عما كان معروفا لدى سابقيهم حيث اعتمدت هذه المدرسة (مدرسة المحشين اللاحقين) على نمط وأسلوب جديد في دراسة القانون الروماني يعتمد على الطريقة العلمية وكانت تستخلص النتائج و الحلول بما يتماشى مع المسائل المستجدة في المدن الايطالية التي كانت تزخر بالنشاط التجاري ،و كانت دراسات هذه المدرسة ذات طابع عملي و ليس علمي .

---

[1]: الدكتور : محمود ابراهيم الوالي ، دروس في القانون المقارن ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، دون سنة ، ص 14.

[2]: لدكتور : عبد السلام الترمانيني ، القانون المقارن و المناهج القانونية الكبرى المعاصرة ، الطبعة الثانية ، جامعة الكويت ، 1982 ، ص 28 .

الفرع الثاني: في بلاد المسلمين

ان المقارنة عند المسلمين عرفت عند ظهور المذاهب الفقهية فانتشرت ما يشبه يومنا هذا الدراسات المقارنة وتم تاليف العديد من الكتب و المراجع في هذا المجال فمثلا الامام الطبري ألف كتابا سماه " اختلاف الفقهاء " قارن فيه بين أقوال الفقهاء في مسائل متنوعة[1]

كما قام الفقيه الشهيد " أسد بن فرات بن سنان " المولود في سنة **145** هجرية والذي استشهد في جزيرة صقلية سنة **213** هجرية حيث كان قائدا للجيش الفاتح للجزيرة بمقارنة بين المذهب المالكي و المذهب الحنفي في كتاب الفه سماه " الأسدية" ، حيث أن هذا الفقيه درس في تونس ثم توجه الى المدينة المنورة و سمع عن الامام مالك رحمه الله " الموطأ" و بأمر من الامام مالك توجه هذا الفقيه الى العراق وهنا التقى بصاحبي الامام " ابي حنيفة " ، ابو يوسف و محمد بن الحسن و تلقى العلم الذي دونه محمد بن الحسن عن ابي حنيفة حيث أن هذا الاخير كان يتعرض الى الفروض في المسائل و يجد لها الحلول ، في حين ان الامام مالك كان لا يتصدى الا للمسائل الحاصلة (الواقعة) لا المفترضة ،و بعد أن تلقى هذا الفقيه علم" ابي حنيفة " أراد أن يعرف آراء " الامام مالك " في المسائل التي تعرض اليها الامام " ابو حنيفة" لكن الامام مالك كان قد توفي ، مما دفع الفقيه أسد بن مالك فرات بن سنان الى التوجه نحو مصر التي يقيم فيها اشهر تلامذة الامام مالك فاتصل هذا الفقيه بأفقه أصحاب الامام مالك ألا وهو " عبد الرحمن بن القاسم" الذي أجابه عن كل مسألة بحسب ما سمعه عن الامام مالك وكل مسالة لم يكن واثقا هذا التلميذ من رأي " الامام مالك " فأجاب اجابة ترجيحية .

قام "أسد بن فرات بن سنان " بجمع هذه المسائل وأجوبتها من طرف الفقيهين الامامين في كتاب الفه سماه الأسدية[2]

كما أن " ابن رشد" الجد قد قام بشرح مدونة الامام مالك في كتاب تحت عنوان " المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعيات والتحصيلات المحكمات لأمهات مسائلها المشكلات "[3].

---

[1]: الامام الطبري، اختلاف الفقهاء، دار الكتب العلمية ، بيروت ، دون سنة,

[2]:الدكتور: مصطفى الشكعة، الامام مالك، دار الكتاب المصري ودار الكتاب اللبناني ، القاهرة ، بيروت ، الطبعة الثالثة ، 1991 ، ص 149 .

[3]:الدكتور: مصطفى الشكعة، نفس المرجع، ص 153 .

SAHLA MAHLA
المصدر الأول للطالب الجزائري

ولعل من أشهر الكتب التي تناولت المقارنة بين كل المذاهب هو كتاب " ابن رشد " الحفيد الذي توفي عام **1198** م ودون ان يقتصر على مذهبين هو المعنون بـ" بداية المجتهد و نهاية المقتصد " حيث ذكر صاحبه فيه في مقدمته ما يلي : " ان غرضي في هذا الكتاب ان اثبت فيه لنفسي على جهة التذكرة من مسائل الاحكام المتفق عليها و المختلف فيها بادلتها و التنبيه على نكت الخلاف فيها ،ما يجري مجرى الاصول و القواعد لما عسى ان يرد على المجتهد من المسائل المسكوت عنها في الشرع ، وهذه المسائل في الاكثر هي المسائل المنطوق بها في الشرع...."[1]

المطلب الثالث: القانون المقارن في العصر الحديث والعصر المعاصر

لقد ذاعت الدراسات المقارنة في العصر الحديث وأصبحت وضعا مقبولا لدى الباحثين،أما في الفترة المعاصرة فقد تم تأسيس القانون المقارن واعتباره آداة من الأدوات القانونية العلمية.

الفرع الأول: القانون المقارن في مرحلة ما قبل القرن التاسع عشر (19)

يذكر المؤرخون بأن الدراسات المقارنة قد ظهرت في القرن السابع عشر من خلال مؤلفين الأول ل "ويلايامفولباك " williamfulbecke عام **1602** ، و الثاني ل " لايبنيتر " leibnitz . ولكن لم يكتب لهما النجاح معا لكون أن الأول جاء في شكل حوار و بدون منهجية تاريخية و لم يهتم به الباحثون، في حين أن الثاني تبنى صاحبه وضع جدول زمني كبير يتيح للباحث و القارئ معرفة التاريخ القانوني العالمي.

SAHLA MAHLA
المصدر الاول للطالب الجزائري

كما ظهرت في هولندا وألمانيا دعوة من أجل إحياء القانوني الطبيعي لكي يكون أساسا لقانون عالمي يسود كل الدول ويكون الحكم فيه للعدل لا للقوة.

و فكرة القانون الطبيعي عند اليونان قانون غير مكتوب لأنها جزء من نظام الكون، و عند الرومان فكرة مستقرة في القلوب و الضمائر و قد تبنتها الكنيسة و قالت بأنها قانون إلاهي مصدره إرادة الله الذي خلق الناس و زودهم بالعقل، و قد كان أول المنادين بهذه الفكرة الفقيه الهولندي " جروسيوس" Grolius **(1583-1645)** حيث ألف كتابا سماه " قانون الحرب و السلم " droit de guerre et de paix ، و كذلك الفقيه الألماني puffendorf (**1632-1649**) ألف كتابا سماه " قانون الطبيعة و الشعوب " droit de la nature et des gens .

---

[1]:الامام أبو الوليد محمد بن أحمد، بن أحمد بن رشد القرطبي (520-595 هـ) ، بداية المجتهد و نهاية المقتصد ، المجلد الاول ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، دون سنة ، ص 2.

و هناك فقهاء آخرون من المقارنين ، و بعدها إنتشرت فكرة القانون العالمي التي نادى بها الفيلسوف vico(**1668-1744**) في ألمانيا ، و من ألمانيا إنتقلت الفكرة إلى إيطاليا و نادى بها الفقيه " إيمانويل كانت " Emmanuel Kent الذي دعا إلى قانون عالمي .

أما في إنجلترا فقد إنحصرت الدراسة المقارنة على مقارنة القانون الأنجليزي بغيره من القوانين من أجل الوصول إلى الأصول التاريخية للنظم الأنجليزية و محاولة تطويرها كما فعل " سلدن " Selden عندما قارن القانون الأنجليزي مع القانون الروماني و العبري ، أو من أجل إستخلاص حلول من القوانين المقارنة كما فعل " اللورد " lord monsfild و هو أكبر الفقهاء الأنجليز في القرن الثامن عشر (18) عندما قارن القوانين الأوربية مع القانون الأنجليزي ، و إستمد من خلال إجراء هذه المقارنة قواعد القانون التجاري الأنجليزي[1] .

أما " مونتيسكيو " Montesquieu **(1689-1755)** في كتابه الذي ألفه " روح القوانين " l'esprit des lois فقد ذكر بأنه لابد من مقارنة نظرية الحكومة و التشريعات مع ما هو موجود لدى الدول الأجنبية ، لأنه هو من قام برحلات متعددة لدراسة الدساتير الأجنبية (ألمانيا ، إيطاليا ، هولندا ، سويسرا ، المجر ، إنجلترا ...) و هو أول من إستخدم مصطلح " التشريع المقارن " و ركز على ضرورة دراسة قوانين البلدان مع مراعاة الظروف التي نشأت فيها ، لكن هذا الفقيه في حد ذاته يقر بصعوبة أمر المقارنة خصوصا إذا كان الأمر يخص القوانين المدنية و السياسية و يعتبر بأن تلاؤم قوانين دولة مع دولة إذا حصل يكون من قبيل الصدفة. [2]

SAHLA MAHLA
المصدر الأول للطالب الجزائري

لذا فإن كل أعماله ودعواته للقيام بالدراسات المقارنة لم يكتب لها القبول لأن جهود رجال القانون كانت موجهة لتشكيل قانون داخلي للدولة، ومنجهة ثانية إنتشار الخلافات بين الهيئات والمؤسسات الحاكمة في الدولة.

و قبيل بداية القرن التاسع عشر الميلادي تم في فرنسا على مستوى وزارة العدل إنشاء مكتب متخصص في ترجمة و نشر أهم قوانين الدولة الأجنبية من أجل الاستفادة منها عند إعداد التقنين المدني، و تم إلغاء هذا المكتب و تم إعادة بعثه من جديد عام **1833** و نشرت مجمل أعماله من سنة **1833** إلى سنة **1862**.

---

[1]: الدكتور: عبد السلام الترمانيني, المرجع السابق, ص30.

[2]:الدكتور: عصام نجاح، المرجع السابق، ص 16.

و في سنة **1834** أسس الباحث " فوليكس " Foelix المجلة الأجنبية للتشريع و الاقتصاد السياسي احتوت هذه المجلة على العديد من التشريعات الأجنبية المترجمة و استمرت إلى سنة **1850** ، و هنا ركز الباحث دعوته إلى ضرورة إتحاد الأمم من خلال عهد عالمي لجمع و نشر دروس تجربة المقارنة .

كما أنه ذكر بأن مزايا دراسة التشريعات الأجنبية لا تنحصر في توسيع دائرة المعارف أو تلبية الفضول بل تمكن من تحديد التطور الحاصل في التشريع الوطني و الخلل المعيق له و هنا تتاح الفرصة من أجل تصحيح الخلل و مواكبة التطور .

كما أن تدريس القانون المقارن بدأ في فرنسا سنة **1831** و تم إنشاء كرسي في المعهد الفرنسي collège de france لتدريس التاريخ العام و فلسفة الشرائع ، و ثم تدريس مادة القانون الجنائي و التشريع العقابي المقارن في كلية الحقوق بجامعة باريس سنة **1846** .

أما في إنجلترا فبدأ الاهتمام بالتشريع الأجنبي و الدراسات المقارنة يتوسع و تم تأسيس الجمعية الأنجليزية للدراسات المقارنة عام **1857** ، و بعدها الأمريكية عام **1865** و بعدها الألمانية ، و البلجيكية و الفرنسية عام **1869** ، و ثم إنشاء أول كرسي للقانون المقارن في إنجلترا في جامعة إكسفورد عام **1869** .

SAHLA MAHLA
المصدر الأول للطالب الجزائري

أما في بلاد المسلمين فقد ساد نوع من الركود و عم التعصب للمذاهب الفقهية حيث أن من يقوم بدراسة مقارنة في المذاهب لم يكن يهدف إلى الاستفادة من مذهب آخر بقدر النيل منه و التجريح . و مع ذلك وجد من نبذ التعصب و الخلاف و قام بإجراء مقارنة بين المذاهب من أجل الاستفادة من أكثرها أدلته و صوابا و من هؤلاء الإمام الشوكاني اليمني حيث قارن بين المذاهب الفقهية في كتابه : " نيل الأوطار " و كان يرجح أصوبها حسب اجتهاده وهذا ما كتبه في مقدمة كتابه: << و قد سلكت في هذا الشرح ... مسلك الاختصار ... و لكني قد نصرت ما أظنه الحق بمقدار ما بلغت إليه الملكة [1]>> .

أما عن مقارنة الشريعة الإسلامية بالقوانين الغربية فلم تكن موجودة نظرا لكون الفقهاء لم يكونوا على علم بما توصل إليه الغربيون في نطاق القانون الوضعي و لعدم اهتمام فقهاء المسلمين بالقوانين الوضعية الغربية.

---

[1]: الإمام الشوكاني ، نيل الأوطار من أسرار منتقى الاخبار ، تحقيق أبو معاذ طارق بن عوض ، المجلد الأول ، دار إبنالقيم ، دار إبن عفان ، الرياض ، القاهرة ، الطبعة الأولى ، 2005 ، ص 101.

الفرع الثاني: القانون المقارن خلال القرن التاسع عشر و ما بعده

إن القانون المقارن خلال هذه المرحلة مر بفترتين حيث أن الأولى تمثلت في النصف الأول من القرن التاسع عشر أين ظهرت الفكرة القومية في ألمانيا التي نادت بها المدرسة التاريخية بزعامة الفقيه " سافيني " Savigny حيث ترى هذا المدرسة بأن القوانين تستمد طابعها من ماضي الأمة و من صميم تاريخها ، و أن قانون كل أمة ينبع من تقاليدها و ضميرها ، و يتكون و ينشأ بفعل عوامل تطورها التاريخي و من ثمة لا حاجة للدراسة المقارنة التي قد تصل إلى الأخذ و الاستعارة من القوانين الأجنبية و هذا قد يؤدي إلى إفساد ضمير الأمة .

و لكن هذا الفقيه في حد ذاته قد قام بدراسات قانونية عندما تولى دراسة القانون الروماني و برر عمله ذلك نظرا لأن القانون الروماني أصبح جزء من التاريخ القانوني لألمانيا .[1]

كما أن الفقيه الألماني الكبير " iherming " تصدى لكل المحاولات الرافضة لدراسة القوانين الأجنبية التي أثارتها المدرسة التاريخية و نادى بضرورة الاستفادة من القوانين الأجنبية إذ أن التعاون بين الشعوب أمر ضروري و أن إقتباس النظم القانونية الأجنبية لا يشكل جناية كبرى و ليس مسألة قومية بل هي مسألة مصلحة و ضرورة.

إن المبررات التي ساقها الفقيه " إهرنج " و الانتقادات التي وجهها للمدرسة التاريخية جعلت الدراسات المقارنة تنشط، و تبلور هذا النشاط في إنشاء مدرسة " هيدلبرغ " Heudelberg بجنوب ألمانيا و من أبرز روادها " فيورباغ " **(1755-1833)** ، زكاريا " Zacharia**(1769-1843)** ، و " جانس " Grans **(1795-1839)** ، و " ميترماير " mittermaire(**1787-1868)** حيث نادى هؤلاء جميعا بضرورة التعرف على قوانين الشعوب الأخرى و دراستها من أجل الوصول إلى قانون وطني أحسن و لا يتم ذلك إلا بإجراء عملية المقارنة بين القوانين .

SAHLA MAHLA

[1]: الدكتور: عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص32.

أما الفترة الثانية فتمثلت في النصف الثاني من القرن التاسع عشر أين نشطت الدراسات المقارنة نشاطا معتبرا نتيجة العوامل التالية:[1]

– عدم إقتصار المقارنة على العلوم القانونية بل شملت العلم و الآداب و اللغة نتيجة تطور مناهج البحث العلمي .

– قيام الثورة الصناعية و مارافقها من تطور إقتصادي و ظهور المذهب الإشتراكي .

و قد ساهم علماء كبار في كل من فرنسا ، و ألمانيا ، و أنجلترا ، و سوسرا ، و إيطاليا ، في عملية تنشيط الدراسة المقارنة و ظهر ذلك فيما يلي :

– قيام الفقيه " جلاسون " Glasson في فرنسا بدراسة مقارنة لنظام الزواج و الطلاق في القوانين القديمة و القوانين الحديثة .

– قيام الفقيه " سالي " Salielles **(1855–1912)** بترجمة القانون المدني الألماني و مقارنته بالقانون المدني الفرنسي .

– قيام الفقيه الألماني " فون شتاين " von stein **(1815–1890)** بدراسات في القانون الدنماركي و القانون الفرنسي و إهتم بمقارنة القوانين الإدارية في أوربا .

SAHLA MAHLA
المصدر الأول للطالب الجزائري

– قيام Gold Schimid (1829–1879) الألماني بدراسة مقارنة للقانون التجاري و البحري .

– قيام " كوهلر " Kohler (1849–1919) الألماني بأبحاث مقارنة في القانون المدني ، و القانون الجنائي ، و في قانون القضاء ، و كتب مقارنة في القانون الإقتصادي (droit compare economique) .

– قيام الفقيه " فون ليست " von liszt الألماني **(1815–1909)** بدراسة مقارنة في القانون الجنائي ويعتبر رائد هذا العمل.

– قيام " اللورد ماك " الأنجليزي بنشر كتاب عن القانون المقارن بين القانون الروماني والقانون الفرنسيو الأنجليزي حيث أنه يكون قد قابل بين كل حكم من أحكام القانون الروماني و أحكام القوانين المقارن بها هذا ما جعل عمله يقترب من المقابلة و ليس من المقارنة.

---

[1]:الدكتور : عصام نجاح، المرجع السابق، ص27.

إن مرحلة النصف الثاني من القرن التاسع عشر تعد مرحلة تحضيرية لتأسيس القانون المقارن حيث إنعقد مؤمتر باريس للقانون المقارن سنة **1900** و ترأس هذا المؤتمر الفقيه " سالي " الذي ضم مشاهير عالم العلم ، السياسة ، المحاماة ، الإدارة ، و ضم ممثلين عن الجمعية الدولية للقانون المقارن لمدينة برلين ، و ضم ممثلين عن جمعية قانوني سويسرا .

حيث تبادل المجتمعون مختلف الآراء حول القوانين الأجنبية و أهمية الدراسة المقارنة مما أدى إلى إعداد ثمانين تقريرا و إيداعها لدى المؤتمر احتوت على تحليلات تتصل بالقانون المقارن ، حيث أن هذه التقارير كانت بمثابة الأعمال التحضيرية لعلم القانون المقارن الذي هو في طريق التأسيس ، لكن الفقيه " لامبير " Lambert الذي يعد أحد منظمي المؤتمر خالف طروحات الفقيه " سالي " و إعتبر بأن الهدف من دراسة القانون المقارن هو " إنشاء قانون مشترك تشريعي " legislatifdroit commun " و لا يكون هذا إلا للدول التي تجمعها ساحة مشتركة و هذا لا يتوافر إلا في القوانين المتقاربة [1]من ناحية التربية و الحضارة و التاريخ و الإقتصاد للشعوب ولا يمكن ترك ذلك لكل القوانين ، كما أن هذا المؤتمر أدى إلى صدور القانون المدني الألماني ، وصدور القانون المدني السويسري **1907** و توسع نطاق المقارنة بالقانون الفرنسي في ظل الشريعة الرومانية الجرمانية .

أما وضع القانون المقارن خلال فترة الحرب العالمية الأولى أين تغيرت الخريطة السياسية في أوربا و زالت بعض الدول و تداخلت أجزاء من دول في أقاليم دول أخرى مما استدعى تعديل في التشريع الداخلي و و ضع تشريع موحد يستوعب الوضع الجغرافي الجديد فمثلا تركيا تقلصت أرضها ، و رمانيا توسعت أرضها ، كما أن أمريكا و أنجلترا قد دخلتا الحرب و أنه وفقا لمؤتمر باريس فإن المقارنة كانت تتم بين الدول التي تنتمي إلى شريعة متقاربة و هي الشريعة الجرمانية اللاتينية[2] ، إلا أن نتائج الحرب جعلت الأوربيين يتعرفون على شريعة جديدة لم يألفوها و هي قانون commonlaw ، كما أن هذه الفترة عرفت ظهور أنظمة استبدادية أعاقت الدراسات المقارنة و تم رفض كل ما هو أجنبي و الاكتفاء بالأعراف السائدة .

أما عن مصير القانون المقارن بعد الحرب العالمية الثانية فشهد انتعاشا حيث عملت منظمة الأمم المتحدة على التعاون في المجال القانوني لكن كل هذه المساعي لم تفلح في ذلك لكون العالم انقسم إلى معسكر شرقي و معسكر غربي و ظهرت الحرب الباردة بين المعسكرين حيث إعتبر

---

[1]: الدكتور: عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص11.

[2]: الدكتور: علي بن غانم، المرجع السابق، ص8.

SAHLA MAHLA
المصدر الأول للطالب الجزائري

رجال القانون الاشتراكي أن القانون المقارن هو تعبير للإمبريالية الرأسمالية و إحدى وسائلها، كما أن رجال القانون في الغرب تجاهلوا القانون السوفياتي.

و بناء على ذلك نقول بأن نطاق المقارنة شمل القوانين اللاتينية و الجرمانية في عام **1900**، و في **1929** شمل نطاق المقارنة القوانين الأوربية بالقوانين الأنجلوأمريكية ، و بعدها ظهر القانون الاشتراكي ، و في الستينات تمت المقارنة بين القوانين الاشتراكية و القوانين الغربية عندما حصل لقاء بين رجال القانون في الشرق و في الغرب خلال مؤتمرات دولية لكن مجال و نطاق المقارنة كان محدودا .

SAHLA MAHLA
المصدر الاول للطالب الجزائري

الفصل الثاني

طبيعة القانون المقارن

SAHLA MAHLA
المصدر الاول للطالب الجزائري

الفصل الثاني: طبيعة القانون المقارن

لقد حصل خلاف فقهي حول تحديد طبيعة القانون المقارن في أواخر القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين تجسد في اتجاهين فقهين كبيرين وهناك من يجعلها ثلاثة اتجاهات على أساس أن الاتجاه الثالث يعتبر بأن القانون المقارن ذو طبيعة مزدوجة.

المبحث الأول:طبيعة القانون المقارن علم مستقل بذاته

يتزعم هذا الإتجاه كلا من الفقيهين الفرنسيين " سالي " و " لامبير " و يعتبران بأن القانون المقارن علم قائم بذاته مستقل عن باقي فروع الدراسات القانونية كعلم الإجتماع ، و علم اللغات ، غايته إستخلاص قانون مشترك يكون صالحا لحكم الإنسانية يسمى " القانون المشترك الدولي المثالي " droit commun international et ideal " [1]

إن وصف القانون المقارن بأنه علم قائم بذاته قد تبنه المدرسة التاريخية وكرست وصف القانون المقارن بذلك، وأكد مؤتمر باريس عند انعقاده على إستقلالية هذا القانون.

المطلب الأول:طبيعة القانون المقارن المدرسة التاريخية ودورها في القانون المقارن

SAHLA MAHLA
المصدر الأول للطالب الجزائري

إن المدرسة التاريخية يرجع لها الفضل عندما إعتبرت بأن " القانون المقارن علم " و بينت نسبية هذا القانون و أنه في تحول نتيجة ضغط المجتمع بسبب المصالح المتعارضة ، و صراع فئات المجتمع من أجل إشباع الرغبات و مختلف التطلعات و بذلك فالقانون حسب هذه المدرسة أنه نسبي خاضع للتطور و التغيير وفقا للأزمنة و الأمكنة ، فمبادئ القانون ذات طبيعة نسبية لأنها من إنتاج المجتمع الذي يأخذ صورا مختلفة خلال مراحل زمنية مختلفة ، و بناء على هذه التصورات و الطروحات المقدمة من هذه المدرسة يقوم القانون المقارن كعلم [2] .

إن القانون المقارن هو علم مستقل بذاته مرتبط بالعامل الاجتماعي الذي يظهر حركة الحياة الاجتماعية ، و مرتبط بالعامل التاريخي الذي يحصر التحولات عبر الزمن ، و عليه فإن القانون المقارن يرتكز على فكرة مؤداها بأن القانون هو تسلسل موجه و موحد من مراحل متتابعة مترتبة

---

[1]: بحث منشور للفقيه سالي بعنوان: المدرسة التاريخية والقانون الوضع Ecole historique et droit naturel,في المجلة الفصلية للقانون المدني في 1902, ص81 وما بعدها.

[2]:الأستاذ: علي بن غانم ، المرجع السابق ، ص13.

عن جملة من المتغيرات التي لا يمكن تجنبها ، و هدف القانون المقارن هو تتبع خط هذا المسار التسلسلي .

المطلب الثاني: مؤتمر باريس ودوره في تأكيد إستقلالية القانون المقارن

عندما إنعقد المؤتمر الدولي للقانون المقارن في **1900** بباريس دافع عن استقلالية القانون المقارن كلا من الفقيه " تراد " (trad) ، و سالي ، حيث أن الفقيه " تراد " يعتبر بأن تطور القانون يكون بطرق متعددة مما يجعل العديد من الأنواع القانونية المختلفة قابلة التحقق بطرق مختلفة .

و القانون المقارن كعلم مستقل يتولى دراسة القانون في الزمان و المكان ، محددا مصادر القانون لكل دولة ، ثم يقوم بدراسة النظام القانوني المطبق و العلاقة الموجودة بين مختلف القواعد القانونية في مراحلها الإجتماعية المختلفة و في هذه الحالة يتقاطع القانون المقارن مع علم الإجتماع القانوني .

أما وجهة الفقيه " سالي "المتأثر بالفقيه " إهرنج " حيث يعتبر بأن القانون في تطور مستمر لكي يتكيف مع الظروف الإجتماعية و حسب هذا الفقيه فإن القانون المقارن كعلم مستقل بذاته يقوم بتحديد " المثالي النسبي " المتوصل إليه من مقارنة التشريعات و من تطبيقاتها ، حيث يشكل هذا "المثالي" بالنسبة للفقيه سالي القانون الطبيعي المتغير و حسبه فإن القانون المقارن هو الذي يبين المسار الموضوعي للمؤسسات القانونية من حيث قيمتها العلمية و القانونية .

SAHLA MAHLA
المصدر الأول للطالب الجزائري

حيث يرى "سالي" بأن القانون المقارن هو علم يختلف عن علم الإجتماع و عن الطريقة المقارنة ، و متميز عن السياسة التشريعية المتعلقة بالملاءمة و الإحتمال حيث أن هذا القانون لا يعيرها أدنى إهتمام عند وضع الإستنتاجات ، و هو مختلف عن القانون في ذاته الذي يدرس مختلف التشريعات السارية المفعول (النافذة) ، بل إن القانون المقارن هدفه إستخلاص القانون الواجب و الأصوب لكي يتم إعتماده .

يرى "سالي" بأن طريقة الحصول على " المثالي النسبي " تتم عن طريق مقارنة التشريعات ثم نقوم بدراسة نقدية للتشريعات الأجنبية من الناحية الإجتماعية و الإقتصادية[1]و هنا يكشف لنا عن العامل التاريخي ، و عن النظرة القانونية ، و حسبه فإنه يتوجب في تشريع كل بلد معرفة حصة

---

[1]: الدكتور: عصام نجاح ، المرجع السابق ، ص25

وتأثير العامل التاريخي المحلي عليه ، و من جهة ثانية معرفة حصة و تأثير عوامل التطور العامة و مدى تأقلمه مع مختلف الإحتياجات الإقتصادية و الإجتماعية .

لتأتي مرحلة البحث عن نقاط الإتصال المرتبطة بمسار التطور المشترك لبلدان مختلفة من أجل استخراج العوامل الاجتماعية وحصر أنواع التشريعات حسب أوجه تشابهها ، و هدفها ، حيث أن العامل الإجتماعي هو الذي كشف وجود تقاربات غير إرادية موجودة بين الشعوب .

و بعد الفراغ و الإنتهاء من هذا العمل يسهل تحديد نوع قانوني أو أكثر لمختلف البلدان المتشابهة في الحالة الإجتماعية ، و بعدها نبحث عن وحدة النتائج داخل الأشكال القانونية المختلفة.

المبحث الثاني: القانون المقارن طريقة مقارنة

يذهب جانب من الفقه القانوني إلى القول بأن القانون المقارن لا يعدو أن يكون طريقة مقارنة فقط في العلوم القانونية [1]و بذلك لا يعد فرعا من فروع القانون كالقانون المدني أو التجاري ، و الأبعد من ذلك أن أنصار هذا الإتجاه الفقهي يرفضون إطلاق تسمية القانون المقارن و يستخدمون مصطلح " المقارنة القانونية " أو " البحث القانوني المقارن " . و عندهم أن القانون المقارن لا يكون إلا تابعا لقانون آخر .

SAHLA MAHLA

و المؤكد أن أغلبية الفقه الفرنسي متفق على أن القانون المقارن يهدف إلى معرفة القوانين الأجنبية عن طريق المقارنة ، و لكنهم لم يبينوا هذه الطريقة و ما هو تصورها و ما مناهجها ، و من ثمة يتعذر القول بأن القانون المقارن طريقة ؟ و لو سلمنا بأن هذا القانون طريقة فما هو الشيء الذي نقارنه (النظام القانوني ، القواعد القانونية ، فروع القانون) و ما هو مجال المقارنة و ما طرق إجراؤها و إلى ماذا ترمي هذه المقارنة ؟ هل معرفة أوجه التشابه و أوجه الإختلاف ، أم تهدف إلى أبعد من ذلك من خلال توحيد تفسير القانون ، و من خلال توحيد القوانين سواء على المستوى الداخلي أو الخارجي (الدولي).

---

[1]: الأستاذ: علي بن غانم، المرجع السابق، ص14.

المطلب الأول: طريقة المقارنة المنهجية

إن طريقة المقارنة المنهجية تختلف عن غيرها من طريق المقارنة الأخرى (المقابلة، المضاهاة ، المقاربة) و تعد هي الطريقة المعتمدة في وقتنا الحالي من أجل القيام ببحوث في القانون المقارن .

إن أسلوب المقارنة متعدد بتعدد المقارنين حيث أن كل واحد منهم يسلك في مقارنته نوعا معينا من المقارنة التي تتعدد صورها نذكر[1] منها :

– المقاربة أو المقابلة (juxtaposition) : و يطلق عليها البعض المجانبة و سميت هكذا لأن الباحث فيها يضع كل النصوص أو الأحكام التي تتناول موضوع معين في قوانين مختلفة جنبا إلى جانب و يقابل بعضها ببعض حتى يستطيع أن يتعرف على نقاط التشابه و نقاط الإختلاف بينها ، ثم يقوم بمقارنتها مع قانونه ليظهر له مدى الإختلاف أو الإتلاف بينهما مثل مقارنة: أحكام شركة المحاصة ، و شركة المسؤولية المحدودة ذات الشخص الوحيد في القانون الجزائري والقانون المصري.

– المقاربة (Rapprochement) : في هذه الحالة يقوم الباحث بدراسة مظاهر التقارب بين مختلف القوانين التي تتشابه في الخصائص لكونها تنتمي إلى نفس العائلة (الشريعة) القانونية كالقوانين اللاتينية الجرمانية مما يجعلها قابلة للمقارنة ، و هذا النوع من المقارنة يستخدم في عملية توحيد القوانين الداخلية و في الدول الإتحادية لأن هذه الدول تحتوي على قوانين إتحادية خاصة بكل دولة أو ولاية .

– المضاهاة (confrantation) أو المعارضة (opposition) : في هذه الحالة يقوم الباحث بإظهار أوجه الإختلاف بين منهجين مختلفين مثل المنهج (النظام) اللاتيني الجرماني و المنهج (النظام) الإشتراكي أو منهج الكومن لو و الشريعة الإسلامية .

– المقارنة الأفقية (harrizontale comparision) و المقارنة العمودية (comparision verticale) حيث يقوم الباحث في هذه الحالة بإجراء مقارنة بين قوانين متباعدة في المكان كمقارنة القانون الصيني بالقانون الكندي و هذه مقارنة أفقية ، أما عندما يقوم الباحث بإجراء مقارنة بين قوانين متباعدة في الزمان مثل مقارنة قانون وضعي بقوانين أخرى قديمة قد تكون هي مصدر

---

[1]: الدكتور: عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص38.

SAHLA MAHLA
المصدر الأول للطالب الجزائري

للقانون الحالي من أجل الوقوف على مدى التطور الحاصل في الحياة السياسية و الإجتماعية والإقتصادية أو من أجل الوقوف على نقاط التشابه و الإختلاف بينهما .

– الموازنة أو المقارنة المنهجية (comparaison méthodique) : إن هذه الطريقة خاضعة لمنهج معين يساعد على إستخلاص نتائج تمكن من معرفة القانون الأحسن بعد دراسة أوجه الإختلاف و التقارب بين هذه القوانين إنطلاقا من الظروف المحيطة بكل قانون محور الدراسة.

إن طريقة المقارنة المنهجية تتميز بمرحلتين أساسيتين هما :

– **المرحلة التحليلية** : حيث يتم تحليل القاعدة القانونية الأجنبية إلى جزئيات و دراسة النظام القانوني الذي تنتمي إليه القاعدة ، و بعدها نقوم بدراسة المنهج الكامل للقانون الأجنبي فمثلا عند دراسة ركن الخطأ في المسؤولية التقصيرية في القانون المصري و الجزائري (المادة **163** مدني مصري ، المادة **124** مدني جزائري) فلا يقتصر عملنا على مجرد المقابلة بين المادتين ، بل لابد من تحليل القاعدة القانونية التي تعرفنا على أنواع الخطأ (عمدي ، غير عمدي ، مفترض أو واجب الإثبات) ، و تحديد علاقة الضرر بالخطأ من أجل التعرف على المنهج المتبع في القانون الأجنبي.

– **المرحلة التركيبية**: و هنا نشير إلى أنه إذا كانت خطوات المرحلة التحليلية دقيقة فحتما تؤدي إلى نتائج إيجابية للمقارنة حيث يتمكن الباحث من الوصول إلى العلاقة الحقيقية محل المقارنة، و التي تنتمي إلى أنظمة قانونية مختلفة من أجل كشف نقاط التشابه و نقاط الإختلاف .

SAHLA MAHLA
المصدر الأول للطالب الجزائري

المطلب الثاني: أسس المقارنة المنهجية

إن عملية المقارنة المنهجية تتطلب من الباحث معرفة القانون الأجنبي، و الإحاطة علما بمختلف العوامل التي ساهمت في تكوين هذا القانون الأجنبي ، و معرفة تاريخ هذا القانون و هذا ما جعل الجامعات الأوربية في كلياتها تدرس تاريخ القانون كفرع مستقل عن فروع القانون و خاصة فرنسا .

الفرع الأول: معرفة القانون الأجنبي

على الباحث الذي يريد إجراء مقارنة بين قانونه الوطني و غيره من القوانين الأخرى أن يكون ذا معرفة كبيرة بالقانون الأجنبي[1] سواء من حيث صياغته، و لغته ، و أحكامه ، و مصطلحاته ليجد لها ما يقابلها في قانونه الوطني و لا يقتصر دور المقارن على عملية الترجمة اللغوية بل يحدد مفهوم هذا القانون الأجنبي و ما يقابله لدى قانون الباحث المقارن .

فمثلا عندما يقوم الباحث بترجمة "commulaw " (الكومن لو) على أنها تعني " القانون المشترك " ، أو " القانون العام " في القانون الوطني الذي ينتمي إلى المجوعة اللاتينية الجرمانية لكن لها معنى آخر في القانون الأنجليزي (النظام الأنجلوسكسوني) .

وهنا يجب على الباحث المقارن أن ينصب نفسه من فقهاء القانون الأجنبي و يضع كل الإعتبارات في الحسبان من حيث مصادر هذا القانون الأجنبي و يستحضر دائما بأن الأحكام القضائية تعد من مصادر القانون الأنجليزي الذي هو محل المقارنة به.

الفرع الثاني: التمكن من معرفة العوامل المؤثرة في تكوين القانون الأجنبي

إن صياغة القاعدة القانونية و تكوينها تساهم فيه عوامل عدة فقد تكون سياسية أو إقتصادية أوإجتماعية أو تاريخية ، و من أراد إجراء مقارنة بين قانونه الوطني و قانون أجنبي يتوجب عليه الإحاطة و الإلمام بهذه العوامل فالعوامل السياسية تمكنه من معرفة النظام السياسي السائد في تلك الدولة فلو كانت دولة ديمقراطية فإن القواعد القانونية الموضوعة من طرفها تكون متناسقة مع هذا التوجه و تكرس الحريات و الحقوق بشكل واسع ، أما لو كانت دولة غير ديمقراطية فإن القواعد القانونية الموضوعة من طرفها تكون متفقة مع هذا التوجه و لا تكرس الإنفتاح و تكبح الحقوق و الحريات .

أما الإحاطة والإلمام بالعوامل الإقتصادية فيمكن الباحث المقارن من الوقوف على خلفية وضع النصوص القانونية بتلك الكيفية فقد تضع الدولة نصوصا تجعلها متدخلة في الإقتصاد وتحد من الحرية الفردية كما حصل في بعض الأوقات والأزمان بالنسبة لفرنسا فبعد الحرب العالمية

[1]: الدكتور : عصام نجاح، المرجع السابق، ص35.

SAHLA MAHLA
المصدر الأول للطالب الجزائري

الأولى صدر قانون نص على وجوب فسخ كل العقود التجارية المبرمة قبل **1918/8/1**و ليس تعديلها في حالة إرهاق أحد المتعاقدين[1].

حيث أن التوجه الإقتصادي و حصول أزمات إقتصادية يؤثر سلبا في تكوين القاعدة القانونية فمثل هذه الإعتبارات يتوجب على الباحث المقارن الإلمام بها .

أما الإحاطة والإلمام بالعوامل الإجتماعية و الدينية فيجب أيضا على الباحث المقارن أن يعرف العامل الذي ساهم في تكوين القاعدة القانونية و عليه أيضا أن يعرف مكانة القانون الأجنبي لدى المجتمع فمثلا في اليابان القانون له مكانة ثانوية على أساس أن الأفراد يلجؤون إلى تسوية منازعاتهم إلى التحكيم بدلا من القضاء [2]

المبحث الثالث: القانون المقارن ذو طبيعة مزدوجة (علم وطريقة)

على خلاف المذهبين السابقين ظهر إتجاه فقهي ثالث يتوسطهما و حاول التوفيق بين الإتجاه الذي يرى بأن طبيعة القانون المقارن هو علم مستقل بذاته ، و الإتجاه الذي يعتبر بأن طبيعة القانون المقارن هو مجرد طريقة للمقارنة و ظهر هذا الإتجاه في كتابات كل من " روني دافيد " في كتابه الأخير ، و الفقيه " أندري تونك " .

SAHLA MAHLA

حيث ذكر " روني " بأن القانون المقارن و إن إعتبره غالبية الفقهاء على أنه مجرد طريقة للمقارنة ، فإنه يمكن تمديد فهم القانون المقارن إلى أوسع من ذلك ليصبح علما حقيقيا أو فرعا مستقلا من المعرفة القانونية خاصة لدى الفقهاء الدارسين للقوانين الأجنبية من أجل إجراء مقارنة وهذا أمر من شأنه أن يسهل عليهم المقارنة .

إن القانون المقارن يبدو علما عند إستعماله كوسيلة من أجل المقارنة بين قاعدتين قانونيتين لأن عملية المقارنة تثمر تحصيل معلومات علمية جديدة ، ولأن التعرف على تاريخ هذه القاعدة وبنيتها و مصدرها تساعد في معرفة هذه القاعدة القانونية أكثر ، و هنا يكون القانون المقارن علما كما قال " مارك أنسال " أي أنه موضوعا لمجموعة من المعلومات المنسقة [3]، و إلى نفس الإتجاه يذهب " كونسطنتينيسكو " (constantinesco) عندما يقرر بأن موضوع الطريقة المقارنة هو تحصيل و تكثيف الملاحظات الجزئية ، فعلم القانون المقارن هو تنظيم و ترتيب هذه المعلومات .

---

[1]:الدكتور: عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص 108.

[2]: الدكتور: عبد السلام الترمانيني، نفس المرجع، ص 109.

[3]: الدكتور: عبد الرزاق بن خروف، مدخل إلى القانون المقارن، دار الخلدونية، الجزائر ، 2017 ، ص20.

و يذهب الدكتور : حبيب إبراهيم الخليلي إلى القول بأن المنهج و العلم مترابطان [1]و هما في علاقة متداخلة إذ يصعب واقعيا التفرقة بين الوسائل و النتائج في مجال المعرفة بين النظرية و المنهج ، حيث أن هذا الأخير يقع في وحدة مترابطة مع النظرية ، فمن حيث الموضوع يمكن لأي نظام معرفي أن يصبح منهجا ، أما من حيث الجوهر فالمنهج هو النظرية فمثلا الفلسفة هي علم ، و في نفس الوقت هي منهج عام ، فالفرق بين المنهج و العلم ينحصر في الطابع الوظيفي فمثلا الجراحة ، الرياضيات ، لها طرق تستخدم في العديد من المجالات ، و هي في نفس الوقت علوم فنقول علم الجراحة ، علم الرياضيات ، فالقانون المقارن هو عبارة عن علم يمهد لاستخدام الطريقة المقارنة ، و بناء على ذلك لا ينبغي نفي وجود منهج مقارن كأسلوب معرفي واقعي أو أسلوب بحث و نشاط علمي وفي نفس الوقت فإن القانون المقارن هو علم ، و من حيث مضمونه هو علمي منهاجي يكون جزء من علم مناهج القانون .

وبذلك فإن القانون المقارن هو علم منهاجي يهدف إلى دراسة النظم القانونية من أجل كشف أوجه التشابه وأوجه الاختلاف و تحديد جوهرها الاجتماعي ووظائفها من أجل الوقوف على الاتجاهات المتناقضة في مختلف نماذج نظم القانون و ترجيح بعضها على بعض [2] فيتم تتويج عمله بالنتيجة المنتظرة و يحقق الآمال المرجوة من الدراسة المقارنة في مختلف المجالات.

SAHLA MAHLA
المصدر الاول للطالب الجزائري

[1]: الدكتور : حبيب إبراهيم الخليلي ، المرجع السابق ، ص30

[2]: الدكتور: عبد الرزاق بن خروف، المرجع السابق، ص21.

الفصل الثالث

وظيفة القانون المقارن

SAHLA MAHLA
المصدر الاول للطالب الجزائري

الفصل الثالث: وظيفة القانون المقارن

إذا كان الخلاف قد إحتدم بين الفقهاء بشأن طبيعة القانون المقارن و تنازعت في ذلك إتجاهات فقهية ثلاثة و إستقر الأمر على أن القانون المقارن هو علم مستقل بذاته فحتما أن لهذا العلم وظيفة يؤديها بحيث تمكن الباحث من إستخدام الوسائل المؤدية للمقارنة في مجال البحث من أجل الوصول إلى الأهداف المرجوة .

إن الدراسات المقارنة لا يمكن تحديد طريقة محددة لها لذا يجب شرح مختلف التصورات التي أعطيت للقانون المقارن من حيث الوظيفة التي يؤديها[1] حيث هنالك من رأى بأن وظيفة القانون تتمثل في تحسين القوانين الوطنية من خلال عمليات المقارنة و هنالك من يرى بأن وظيفته لا تتم إلا في حالة تنازع القوانين ، و هناك من إعتبر أن وظيفة القانون المقارن هي العمل على توحيد القوانين .

المبحث الأول: تحسين القوانين الوطنية

إذا كان القانون المقارن يهدف إلى تحسين القوانين الوطنية فإن ذلك يتم من خلال عملية جمع القوانين و المراجع التي يقوم بها المشرع من أجل تحسين قانون دولته، حيث أن هذه الفكرة تزعمها بعض الفقهاء و قدموا أسسها، و لكن في النهاية سجلت عليها مآخذ.

SAHLA MAHLA

المطلب الأول: رأي القائلين بأنه يعمل على تحسين القوانين الوطنية

إن الإستفادة من القانون الأجنبي تقتضي إنشاء لجنة متخصصة تقوم بإعداد مشاريع القوانين حيث تعمل على جمع كل الدراسات المتعلقة بالقانون المقارن من أجل إعداد هذه المشاريع، وهنا يكون القانون المقارن محفزا للمشرع من أجل مواكبة كل التحولات الجديدة الحاصلة في العالم ومثالها القوانين التي أصبحت اليوم قوانين عالمية كقانون حماية المستهلك، و قانون حماية البيئة إذ يبرز دور القانون المقارن في العمليات التشريعية.

إن تحسين القوانين الوطنية لا تعني نسخ القوانين الأجنبية ووضعها كقوانين وطنية، لأن القوانين الأجنبية قد تختلف كليا مع القوانين الوطنية خصوصا إذا كانوا ليس من نفس النظام

---

[1]: الدكتور: عبد الرزاق بن خروف، المرجع السابق، ص44.

(الشريعة) و بذلك يختلف القانون الأجنبي عن القانون الوطني من حيث المصدر ، و من حيث النشأة و حتى يتم أخذ بعض قواعد القانون الأجنبي يجب التأكد من ملاءمته لذلك و مراعاة كل الخصوصيات ، و هذا لا يتحقق إلا ببحوث في القانون المقارن فمثلا في فرنسا نجد أن البرلمان

الذي إعتمد في **1936** نظام التأمينات الإجتماعية كان ذلك مشفوعا بتقرير من الطبيب " شوفو " حيث قام هذا الأخير بدراسة تتعلق بالعديد من التشريعات الأجنبية و خاصة التشريع الألماني و بين الفوائد المحققة من خلال تقليد القانون الألماني .

كما أن القانون الفرنسي للأمراض المهنية الصادر في **25** أكتوبر **1919** كان أيضا قد سبقه تقرير أعده النائب " بروتون " حيث قام هذا الأخير بدراسة السوابق التشريعية الأجنبية في مجال الأمراض الناشئة عن العمل .

إن العمل على تحسين القانون الوطني من خلال الدراسات المقارنة يقتضي معرفة القانون الأجنبي في المسألة المراد المقارن بها ، و لكن هذا القانون الأجنبي طبقه قضاة ذلك البلد و أعطوه التفسير المراد فهل عند تقليد هذا القانون الأجنبي نعامله مثل ما عامله قضاته من حيث التطبيق و التفسير ، و عليه حتى يحقق قانون أجنبي وظيفته يجب أن يكون دور القضاء في الدولة المقلدة هو نفسه في الدولة المقلدة [1] .

SAHLA MAHLA

إن تقليد قانون أجنبي أو الأخذ منه ليس معناه الصياغة الحرفية له بل يجب أن يهدف إلى النتيجة التي حققها في دولته عند تطبيقه وتفسيره بمعنى أن دراسة القانون المقارن و فق هذا التصور تمكن المشرع من معرفة الحقائق العلمية عن القوانين الأجنبية و كيف طبقت و فسرت في بلدها الأصلي و هذا هو المبرر من أجل دراسة كيفية وضع و تفسير القانون الأجنبي.

المطلب الثاني: مآخذ هذا الرأي

إن عملية تبني قانون أجنبي قد تؤدي إلى حصول منافسة مع هذا القانون في العديد من المجالات ومنها التجارة الخارجية لذا يجب تقدير حجم الأثار السلبية من خلال تبني قانون أجنبي وقد أخذ مجلس الشيوخ الفرنسي بهذه الفكرة حيث أنه لم يتبن قانون العطل المدفوعة الأجر إلا عندما رأى بأن هذا القانون لا يجعل أصحاب العمل الفرنسيين في وضعية سيئة مقارنة مع غيرهم من العمال في دول أجنبية.

---

[1]: الدكتور: عصام نجاح، المرجع السابق ، ص36.

كما أن البرلمان الفرنسي قد أخذ فكرة الأثار الإقتصادية و السلبية المترتبة عن تبني قانون أجنبي بعين الإعتبار عندما قام النائب " غريفار " بتقديم تقرير يتضمن مزايا وعيوب القانون الأنجليزي من أجل سن قانون يتعلق بالرهن البحري ، حيث ذكر هذا النائب بأن القانون الإنجليزي المتعلق بالرهن البحري قد نجح بالكلية .

إن تقليد قانون أجنبي ينبغي أن يكون بناء على تحديد المزايا و العيوب و ترجيح هذه المزايا حتى لا يترتب عن التقليد أزمة على مستوى المجال الذي تم فيه تقليد هذا القانون الأجنبي و حتى لا يضحمل القانون الوطني المراد تحسينه و ليس إعدامه .

المبحث الثاني : القانون المقارن علم تتم دراسته عند تنازع القوانين

لقد أراد أنصار هذه الفكرة القول بأن وظيفة القانون المقارن تكمن في حل تنازع القوانين خصوصا عندما تشير قواعد الإسناد الوطني إلى تطبيق القانون الأجنبي .

المطلب الأول : رأي القائلين بأن القانون المقارن علم متصل بالقانون الدولي الخاص

SAHLA MAHLA
الموقع الأول للطالب الجزائري

إن تصور أنصار هذا الرأي بأن القانون المقارن علم متصل بالقانون الدولي الخاص هو بسيط إذ أن القانون المقارن لا يمكن له إلا أن يقدم حلا عندما ندرس القانون الأجنبي الذي يمكننا من حل النزاع في حالة تطبيق هذا القانون .

و من ثمة فقد إهتدى العديد من الفقهاء إلى دراسة القوانين الأجنبية و الأعراف كما أن القضاء كرس في أحكامه تطبيق قوانين أجنبية عندما يكون أحد أطراف العلاقة عنصرا أجنبيا ، و من جهة ثانية فإن أهمية القانون الأجنبي تكمن في الضمانات و الإمتيازات التي يمنحها قانون الدول الأجنبية بالنسبة للمستثمرين في غير دولهم و هذا ما جعل بعض الدول تنفق أموالا باهضة من أجل التعريف بقوانينها في المجال الإقتصادي و مختلف الإمتيازات الممنوحة لرجال الأعمال الأجانب للقيام بإستثمارات مباشرة أو غير مباشرة .

و في نفس الإتجاه لجأت المجموعة الإقتصادية الأوربية في **1973** الى انشاء مكتب متخصص يعمل على تسهيل العلاقات بين المؤسسات الصغيرة و المتوسطة في إطار الإتحاد الأوربي من

خلال مدهم بمعلومات أساسية حول مختلف التشريعات و التسهيلات التي تمنحها الدول في إطار الإستثمار[1].

إن الدراسات المقارنة تعمل على تخفيف العبء عن القانون الدولي الخاص عن طريق نزع بعض الإجراءات منه و هذا يؤدي إلى التقليل من حالات التنازع بين القوانين ، كما أن القاضي و هو بصدد منازعة ذات عنصر أجنبي يبحث عن القانون الواجب التطبيق أذ أن التنازع يقتضي إجراء مقابلة بين القوانين المتضاربة حول حكم النزاع الحقيقي و موضوعه ليخلص إلى اتخاذ وجهة نظر القانونيين في النزاع و يكيف الرابطة القانونية محل النزاع ، و هذا لا يمكن الوصول إليه إلا بعد دراسة مختلف النظم الداخلية في التنازع و هذا الأخير تختلف القوانين فيه لكون أن كل قانون يرد العلاقة القانونية إلى نظام قانوني معين لذا يرى بعض الفقهاء بأن حل مسألة تنازع التكييف يحكمها القانون المقارن و هذا ما يقرره " بارتن " حيث يقول بأن التكييف يجب أن يكون وفقا لقانون القاضي مهما كان التنازع الحاصل في التكييف سواء بين قانون القاضي و قانون أجنبي ، أو بين قانونين أجنبيين و هذا ما كرسه الفقه و القضاء المقارن و أخذ به المشرع الجزائري في المادة **9** من القانون المدني ، و هناك من يرى بخضوع التكييف إلى القانون الذي يحكم الموضوع و يبرر قوله بأنه من غير الممكن أن يفرض القاضي على العلاقة القانونية تكييف قانونه الوطني في حين أن هذا القاضي يزعم تطبيق القانون الأجنبي .

SAHLA MAHLA
المصدر الأول للطالب الجزائري

إن الرأي الأول هو الذي لقي رواجا كبيرا، لكن منذ **1931** و من خلال فكرة قدمها الفقيه الألماني " رابل " (Rabel) تتمثل في أن القاضي و هو بصدد تفسيره لقاعدة الإسناد (تحديده للطبيعة القانونية لنظام من النظم) يتوجب عليه أن يسلك الطريقة المقارنة في كل الشرائع[2].

المطلب الثاني: مآخذ هذا الرأي

إن هذا التصور الذي قدمه هؤلاء الفقهاء وظيفته لا تتعلق بالقانون المقارن بل بدراسة القانون الأجنبي لذلك إعترض فقهاء القانون على هذا التصور المقدم من طرف جانب من الفقهاء .

إن القانون المقارن يقارن بين قانون وطني و قانون أجنبي أو يقارن بين قانونين أجنبيين أو أكثر، و عندما نقرر بأن القانون الأجنبي يعطي حلا لنزاع معين يتعلق بالقانون الدولي الخاص لا نكون بحاجة للقانون المقارن أصلا و هذا يدحض حجج أنصار هذا التصور الذي يعتبر بأن

---

[1]:الدكتور: عصام نجاح ، المرجع السابق ، ص39.

[2]:الدكتور: محمود إبراهيم الوالي ، المرجع السابق ، ص37.

القانون المقارن هو علم ملحق بالقانون الدولي الخاص ، و مع ذلك فإن هذا النقد فيه نوعا من المبالغة لأن دراسة القانون الدولي الخاص مرتبطة ببحوث القانون المقارن و العكس صحيح .

كما أنه من الناحية التطبيقية أن القاضي عندما لا يجد حلا للمنازعة ذات العنصر الأجنبي يطبق قانونه الوطني و لا يترك النزاع بدون حل و إلا كان مرتكبا لجريمة إنكار العدالة .

المبحث الثالث : القانون المقارن يعمل على توحيد القوانين

إن التصور الثالث الذي قدمه بعض الفقهاء بخصوص وظيفة القانون المقارن هو تحقيق توحيد القوانين سواء كان ذلك داخليا أو خارجيا ، و تعد فكرة التوحيد أصلية في حياة الشعوب و مختلف الحضارات .

إن الحضارات الشرقية عرفت مدونات للقانون في مصر و بابل و أشور و يعود تارخها إلى ما قبل عام **2000** قبل الميلاد[1] ، و من أهم هذه المدونات نجد قانون " حمورابي " الذي جمع بين مجموعتين من الشعوب (الأكاديمية و السومارية) تحت سلطة واحدة .

أما في الحضارتين اليونانية والرومانية فهناك مدونات بالنسبة لليونان منذ سنة **700** قبل الميلاد، وفي منتصف القرن الخامس قبل الميلاد للرومان[2].

SAHLA MAHLA
المصدر الأول للطالب الجزائري

إن معالم فكرة توحيد القوانين ظهرت في القانون الطبيعي لدى اليونان عندما أرادوا توحيد القانون داخليا من خلال جمع العادات المقدسة ونجد أهم القوانين هما " قانون دراكون " الذي قضى على نظام الثأر و الإنتقام من خلال توقيع العقوبة، و قانون " صالون " عام **600** قبل الميلاد الذي جاء معدلا لقانون دراكون.

كما أن الرومان عرفوا فكرة توحيد القوانين التي ظهرت في قانون الشعوب سواء على المستوى الداخلي من خلال جمع قوانين الأمبراطورية و الأحكام و العمل بها ، أو على المستوى الخارجي لكون أن الأجانب في القانون الروماني كانوا يعتبرون أعداء لا يتمتعون بالشخصية القانونية و لذا يجب قتلهم و إسترقاقهم و في فترة لاحقة بدأ الإعتراف لهم ببعض الحقوق كمباشرة

---

(1):الدكتور :علي جعفر، تاريخ القوانين، الطبعة الأولى ،المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر و التوزيع لبنان،1998،ص23.

(2): الدكتور: محمد اللافي، والدكتور: منصور يونس، مذكرات في تاريخ النظم القانونية، الطبعة الثانية، الجامعة المقنوحة, ليبيا, 1997, ص78.

حق التصرفات القانونية و لم يتقرر لهم حق التقاضي لأن روما هي صاحبة السيادة ، و لكن مع المد التوسعي للدولة الرومانية و إزدياد مختلف العلاقات على مستوى الإقتصاد و التجارة إقتضى ذلك إيجاد قواعد قانونية لكي تحكم هذه العلاقات الجديدة للأجانب ببعضهم بعضا فأوجدت روما قانون الشعوب أو قانون الأمم و هو قانون شرعه العقل الفطري بين البشر حسب ما قال به " جايوس " .

كما برزت فكرة التوحيد في إنجلترا على يد الملك " جاك الاول " **(1603-1625)**عندما عمل على توحيد القانون الإنجليزي و القانون الإيقوسي نتيجة إتحادإيقوسيا مع إنجلترا و ضمها إليها حيث كان مصدر القانون الأنجليزي ينتمي إلى شريعة " الكومن لو " بينما مصدر القانون الإيقوسي ينتمي إلى القانون الروماني ، و أهم مساهمة فعلية في عملية التوحيد هي التي قام بها الفقيه الأنجليزي " ليون ليفي " عندما قدم مشروعا لقانون تجاري إستمده من مقارنة قانون التجارة البريطاني بالقانون الروماني و قوانين خمسين دولة أخرى ، و بعد هذه المساهمة توالت عمليات التوحيد و الدعوة إليها نظرا لما لها من أهمية كبيرة في ذلك .

إن توحيد القوانين كانت محل خلاف بين معارض و مؤيد و لكن حسب الفقيه " دافيد " أن كل فريق لم يقدم أساسا لموقفه و حسبه فإن أساس كل فريق هو العاطفة فقط و مع ذلك فإن مبرارات التوحيد تظل قائمة و تتمثل في : تسهيل المعاملات التجارية الدولية ، و تحقيق حماية بعض صور الملكية كالملكية الأدبية ، و حماية بعض الفئات العمالية من أجل أن تكون المنافسة عادلة ، و مع ذلك تبقى فكرة الوحيد صعبة و لكنها ليست مستحيلة لكون وجود إختلافات جغرافية و طبيعية و مذهبية و أخرى في الصياغة القانونية في حد ذاتها لكل تشريع . و مع ذلك يمكن التغلب على مثل هذه الإختلافات من خلال إبداء التحفظات على المسائل التي ترك أمر تنظيمها لكل دولة و ذلك حسب ظروفها و مقتضيات الواقع ، أو عن طريق التوحيد في العلاقات الدولية و بقاء العلاقات الداخلية خاضعة للقوانين الوطنية ، و هذا يعد خطوة للتوحيد الشامل .

SAHLA MAHLA
المصدر الأول للطالب الجزائري

المطلب الأول: القانون المقارن وعملية التوحيد الداخلي للقوانين

إن أشكال توحيد القوانين متعددة فهناك التوحيد الداخلي للقوانين داخل الدولة الواحدة و هو أمر ضروري لأن الوحدة القانونية تكمل الوحدة السياسية و هذا يؤدي إلى عدم وجود طائفية أو تفرقة و يجعل الدولة متماسكة [1] و إن كان التوحيد القانوني يأتي تاليا في بعض الحالات للوحدة

[1]: الدكتور: عبد السلام الترمانيني ، المرجع السابق ، ص57.

السياسية لأن عملية وضع القوانين تحتاج إلى وقت طويل من أجل بحث و دراسة و تجميع للقوانين [2] .

و بالرجوع الى الحضارات القديمة شرقا فنجدها قد عملت على توحيد قوانينها من أجل تحقيق العدالة و إزالة الظلم و دعت إلى ذلك على أساس أنه كلما إزدهر نظام قانوني و تطور على مستوى معين أدى ذلك إلى التخفيف من إختلاف الأنظمة القانونية ، و ما تقوم به دول الإتحاد الأوربي من خلال سن قواعد قانونية جديدة تنظم مختلف المجالات إلا دليل على إمكانية تحقيق الوحدة القانونية ، و قبل القيام بتوحيد قانون دولتين أو أكثر لابد من توحيد القوانين داخل الدولة الواحدة .

إن توحيد المنظومة القانونية في معظم الدول الأوربية حصل في القرن التاسع عشرة فمثلا فرنسا قامت بتوحيد منظومتها القانونية مع ظهور قانون " نابليون بونابرت " عام **1804** ، و أما إيطاليا فحصل توحيد قانونها عام **1865** و اكتمل عام **1942** ، و أما ألمانيا فحصل توحيد قانونها أثناء الفترة الحاصلة من **1896** إلى **1900** .

و ظهرت بعد الحرب العالمية الأولى في الدول الشرقية لأوربا قوانين موحدة مثل روسيا ، وبولندا ، كما كان للدول العربية حظ من توحيد القوانين حيث قامت مصر بتوحيد [3] القانون المدني حيث يرجع الفضل في مصر إلى الفقيه الدكتور : " عبد الرزاق أحمد السنهوري " الذي تولى إعداد مشروع القانون المدني للكثير من الدول العربية إلى حين وفاته في عام **1971** ، و لا يخفى على أحد أن القانون المدني المصري مأخوذ تقريبا من القانون المدني الفرنسي مع وجود بعض الاختلافات في بعض المسائل . و قد قامت مصر بإلغاء القانون المدني المختلط و الأهالي ، و سارت على منهجها سائر الدول العربية .

SAHLA MAHLA

[2]:الدكتور : محمود إبراهيم الوالي ، المرجع السابق ، ص 51.

[3]:الدكتور : عبد الرزاق بن خروف ، المرجع السابق ، ص 57.

الفرع الأول: توحيد النظام القانوني

إن توحيد النظام القانوني لا يحصل إلا في الدول التي يكون نظامها القانوني يتكون من عدة قوانين و تشريع اتحادي لذا نتناول هذه الفكرة من خلال عرض تجارب بعض الدول في هذا المجال فقط .

إن توحيد القانون داخل الولايات المتحدة الأمريكية أمر في غاية الصعوبة و التعقيد لأنه يتكون من **51** تشريع وطني زيادة عن ذلك التشريع " الفيدرالي " ، و وجود نظام قضائي في كل ولاية تعلوه محكمة عليا أو مجلس أعلى للقضاء ، و نظام قضائي فيدرالي تعلوه محكمة عليا أو مجلس أعلى فيدرالي حيث يتولى هذا النوع الأخير بالفصل في النزاعات الناشئة بين مواطنين لولايتين مختلفتين ، و يتولى النظام القضائي الفيدرالي الفصل في النزاعات المتعلقة بالدستور الفيدرالي ، و نشير هنا إلى أن تشريعات الولايات تظل مستقلة فيما يتعلق بتطبيق القانون الخاص ما عدا أحكام الإفلاس (عجز المدين و توقفه عن دفع ديونه الحالة الوفاء و لا يتقرر إلا بحكم) فهذا يعني وجود **51** قانون خاص (مدني ، تجاري) .

و لكن كيف يمكن تفادي كل الاختلالات التي يتضمنها هذا النظام القانوني الفيدرالي في ظل تعدد الولايات بقوانينها ؟ إن معالجة كل ذلك تستدعي إتباع إحدى الطريقتين : حيث تتمثل الأولى في هيمنة السلطة التشريعية الفيدرالية فيمتد اختصاصها إلى كل الولايات و ذلك من خلال اعتماد نموذج مشترك يعرض على هذه الأخيرة مثل ما تم بالنسبة للقانون التجاري الموحد الذي تضمن مبادئ عامة اعتنقته كل الولايات باستثناء ولاية " لوزيانا " ، و أهم هيئة تقوم بإعداد مشروعات نموذجية للقوانين الموحد في الولايات المتحدة الأمريكية هي الهيئة المعروفة باسم " لجنة توحيد قوانين الولايات " التي تضم في عضويتها أبرز أساتذة القانون المقارن في أمريكا و من أجل وضع مشروع للقانون الموحدة تستغرق سنوات طويلة فمثلا مشروعها الذي أعدته حول " التصرف الموحد في الأوراق التجارية و السندات " استغرق مدة **33** سنة ، و في الوقت الحاضر يساهم مع الهيئة السابقة المعهد الأمريكي للقانون و هو عبارة عن جمعية خاصة [1] ، أما الطريقة الثانية فتتمثل في أن يحل التشريع الفيدرالي محل تشريع الولايات مثل ما حصل في مسألة الاكتتاب العام أين تطلب الأمر بأن يكون قانون ولاية ما متوافقا مع متطلبات القانون المنظم لعمليات الاكتتاب العام للأسهم و هو القانون الفيدرالي .

---

[1]:الدكتور: محمود إبراهيم الوالي ، المرجع السابق ، ص55.

SAHLA MAHLA

أما توحيد القانون في سويسرا التي كانت تتشكل من مقاطعات يحق لها إصدار القوانين و كانت تشكل الاتحاد الفيدرالي السويسري ، حيث أن هذه المقاطعات رفضت التنازل عن سلطتها في التشريع للسلطة المركزية و لكن اكتسبت هذه الأخيرة الاختصاص في التشريع سنة **1881** عندما أصدرت " القانون الاتحادي للالتزامات ، كما أن الدستور السويسري أعطى للسلطة الاتحادية سلطة التشريع في كل مسائل القانون الخاص و هنا اكتملت فكرة توحيد القانون الخاص في سويسرا ، لكن فكرة التوحيد الداخلي للقوانين يصعب أن تكون مكتملة لأن أغلب الدول ذات الدساتير الفيدرالية مثل البرازيل و المكسيك بادرت بذلك لكنهما لم تحقق ذلك ، زيادة عن ذلك [1] أن بعض الدول ليست اتحادية مثل لبنان و الهند لكنهما لم تستطيع توحيد قانونها .

أما توحيد القانون في دول وسط أوربا فكان بعد نهاية الحرب العالمية الأولى عن طريق معاهدات أبرمت بين عامي **1919** ، **1921** فمثلا في " تشيكوسلوفاكيا " تم وضع قانون جديد يوحد القانون الخاص ، أما في " يولونيا " فكانت تطبق عدة تشريعات على المسائل المدنية قبل إعادة تكوينها بعد الحرب العالمية الثانية و هي : النمساوية ، الروسية ، مجموعة نابليون و تم توحيد كل ذلك خلال عامي **1934** ، **1950** ، أما يوغسلافيا فكان فيها القوانين العثمانية ، والنمساوية ، و المجرية و لكنها وحدت قانونها عن طريق مجموعة مدنية متأثرة بالمجموعة النمساوية أعدتها عام **1937** لكن ظروف الحرب حالت دون إصدارها ، و لكنها بعد الحرب واصلت عملية التوحيد التي كتب لها النجاح تمثلت في إصدار مجموعة لقانون الأسرة المتأثرة بالمبادئ الماركسية ، أما في رومانيا فكانت تسود فيها قبل الحرب العالمية الثانية ثلاثة أنظمة وهي الإيطالي ، النمساوي و المجري و ثم توحيد القانون المدني الروماني في **1943** بمرسوم يقرر امتداد قواعد المجموعة المدنية القديمة إلى كل مقاطعات رومانيا ، لأن فكرة التوحيد بدأت قبل الحرب العالمية الثانية .

الفرع الثاني: توحيد تفسير القانون

إن عملية توحيد القانون داخل الدولة الواحدة لا يكون كافيا لتحقيق كل نتائج عملية التوحيد ، بل لابد من الذهاب إلى أبعد من ذلك من خلال توحيد التفسيرات التي تعطيها أجهزة القضاء للقانون (التفسير القضائي) و إلا كان كل قاضي يفسر نصا حسب ما يراه و تتعدد التفسيرات لنص واحد مطبق .

---

[1]: الدكتور: عصام نجاح ، المرجع السابق ، ص47.

SAHLA MAHLA

ومن أجل تحقيق توحيد تفسير للقانون كان ضروريا من أن تكون محكمة عليا على رأس الجهات القضائية من أجل مراقبة تفسير المحاكم للتشريع و تعمل على توحيد هذا التفسير من أجل الوصول إلى توحيد القانون توحيدا حقيقيا[1] .

إن الدول في قوانينها قد أعطت هذه الوظيفة إلى المحكمة العليا فمثلا في فرنسا تكون محكمة النقض أو محكمة عليا هي محكمة قانون لا محكمة موضوع و كذلك بالنسبة للنظام القضائي الجزائري ، حيث يقتصر دور المحكمة العليا على مدى مراقبة الأحكام و القرارات القضائية و مطابقتها لما يقرره القانون و إذا تم نقض الحكم أو القرار يحال على الجهة التي أصدرته مشكلة تشكيلا جديدا .

أما في إنجلترا قديما فهناك غرفة " اللوردات " أو مجلس اللوردات حيث تعد محكمة واقع وقانون فهي من جهة تعمل على مراقبة الأحكام و القرارات و مدى مطابقتها للقانون ، و إذا تم نقض الحكم أو القرار تتولى الفصل فيه كآخر درجة [2] ، و لكن لم يبق هذا الوضع سائدا إذ تم إنشاء محكمة عليا و هي التي تتولى الصلاحيات القضائية ، و لم يعد لمجلس اللوردات هذه الصلاحية .

إن الدول التي أرادت توحيد قوانينها الداخلية اعتمدت على توحيد تفسير القانون و ذلك من خلال ممارسة القضاء لذلك و الدليل على ذلك أن إيطاليا عرفت العديد من محاكم النقض في العصر الحديث ، في " ميلانو" عام **1796** ، و في " جنوا" عام **1797** ، و في " روما " عام **1790** ، و على نفس المنوال في إيطاليا سنة **1865** ظهرت أصوات منادية من أجل إنشاء محكمة نقض ، و لكن لأسباب جهوية هناك تأخر إنشاؤها إلى سنة **1898** و اختصت في المسائل الجنائية ، أما إختصاصها في المسائل المدنية فتأخر إلى سنة **1923** .

أما في الجزائر وحسب دستور **1996** المعدل فإننا قد أخذنا بنظام ازدواج القضاء و ثم إنشاء محاكم إدارية ومجلس الدولة ومحكمة التنازع لتفصل في التنازع الإيجابي والسلبي بين القضاء العادي والقضاء الاداري.

---

[1]: الدكتور: محمود إبراهيم الوالي, المرجع السابق, ص58.

[2]: الدكتور: عصام نجاح ، المرجع السابق ، ص47.

المطلب الثاني: القانون المقارن وعملية التوحيد الخارجي للقوانين

إن التوحيد الخارجي للقوانين يأخذ عدة صور فمنه الثنائي الذي يحصل بين دولتين بحيث يتفقان على توحيد قانونيهما (توحيد ثنائي) ، و منه التوحيد الإقليمي الذي يقع بين دول تشترك في عناصر معينة (سياسية ، اقتصادية ، تاريخية) و منه التوحيد العالمي الذي يحصل عن طريق التشريع بواسطة اتفاقيات دولية و تمهد لهذا التوحيد المؤسسات الدولية عن طريق وضع و إعداد مشاريع للقانون الموحد و تشمل مواضيع هذا التوحيد الأمور المرتبطة بالتعامل التجاري و العمل .

الفرع الأول: التوحيد الاتفاقي للقوانين بين دولتين أو أكثر

إن توحيد القانون بين دولتين أمر إتفاقي يمكن من وضع مشروع ثنائي موحد كما حصل بين فرنسا و إيطاليا على توحيد قانون الإلتزامات حيث أطلق الفقيه القانوني الإيطالي " سيالوجا " (se ialoja) في عام **1916** هذا المشروع من أجل قانون موحد بين الدولتين يقضي على كل المنازعات المترتبة عن عمليات إقتصادية بين فرنسا و إيطاليا ، إن هذا المشروع لم يكتب له النجاح لأنه لم يعرض على البرلمان الفرنسي و لم يعرض على البرلمان الإيطالي .

أما عن التوحيد الإقليمي الذي يحصل بين بلدان لها روابط و علاقات مشتركة قد تكون قومية ، أو سياسية ، أو تاريخية ، أو إقتصادية فإن الوحدة تحصل نتيجة الإختلافات البسيطة في قوانينها في مسائل معينة (كالقانون التجاري مثلا). و نتيجة المصالح المشتركة بين هذه الدول و أهم هذه الإتحادات نذكر ما يلي :

– إتحاد الدول الإسكندنافية و يسمى الإتحاد الشمالي : يتكون من خمس دول و هي : (السويد ، النرويج ، الدنمارك ، إيرلندا ، فنلندا) هذه الدول تشترك في الوحدة الجغرافية (تقع شمال أوربا) لقد حصل توحيد القانون الدنماركي و النرويجي من جهة ، و القانون السويدي و الفنلندي من جهة أخرى على الرغم من أن القانون الدنماركي و النرويجي مرتبطان بالقانون الأنجليزي ، أما القانون السويدي و الفنلندي يرتبطان بالقانون الألماني ، و تم التغلب على كل الإختلافات القائمة بين مصادر هذه القوانين فيما يتعلق بالقانون التجاري .

SAHLA MAHLA
المصدر الأول للطالب الجزائري

و ثم توحيد نظام الأوراق التجارية [1] منذ عام **1880** ، ثم توحيد نظام السجل التجاري ، ونظام المحل التجاري ، و نظام الوكالة التجارية و عقد التأمين و توحد القانون البحري منذ **1891**. و ثم توحيد أحكام العقود في القانون المدني ، و شهد التوحيد مسائل في قانون الأسرة منها نظام الزواج و الطلاق و الوصاية و من أجل إستكمال التوحيد تم إنشاء معاهد لذلك و لجنة تشريعية تمثل الدول الشمالية من أجل متابعة التوحيد .

– إتحاد دول " البينيلوكس " (Benelux) : يضم هذا الإتحاد كلا من بلجيكا و هولندا واللوكسمبورغ بمقتضى معاهدة تم التوقيع عليها في لندن عام **1944** من قبل حكوماتهم في المنفى و تمت المصادقة عليها في المجالس النيابية بعد تحررها من الغزو الألماني سنة **1947**من أجل إقامة وحدة جمركية .

إن قوانين هذه الدول مستمدة من القانون الفرنسي و هذا ما يساعد على توحيد بعض النظم والقوانين فيها كتوحيد أحكام البيع ، و توحيد قواعد القانون الدولي الخاص ، كما تم إنشاء محكمة للبينيلوكس تقوم بتوحيد الإجتهاد القضائي الذي يلتزم به كل قضاة هذا الإتحاد .

– الجماعة الإقتصادية الأوربية : تم تشكيل هذه الجماعة بمقتضى معاهدة روما سنة **1957** ، حيث تتشكل هذه الجماعة من ألمانيا الإتحادية ، و بلجيكا و فرنسا ، و إيطاليا ، و اللوكسمبورغ ، و هولندا و بريطانيا ، و كانت تهدف إلى تطوير و تدعيم إقتصاد الدول الأعضاء من خلال السماح بتنقل البضائع و حركة رؤوس الأموال من أجل خلق سياسة موحدة في مجال التجارة والطاقة و الزراعة[2] .

– مجلس أوربا (conseil de l’europe) : تم إنشاء هذا المجلس بموجب معاهدة لندن سنة **1949** و يضم عضوية كلا من (بلجيكا ، و الدنمارك ، و فرنسا و إيرلندا ، و إيطاليا ، واللوكسمبورغ ، و النرويج ، و هولندا ، و أنجلترا ، و السويد ، و اليونان ، و قبرص ، و تركيا ، وألمانيا الإتحادية ، و النمسا ، و سويسرا ، و مالطا) ، حيث يهدف هذا المجلس إلى توثيق العلاقات بين أعضائه ، و عقد الإتفاقيات بين أعضائه في مختلف الميادين (الإقصادية ، الإجتماعية ...) .

---

[1]:الدكتور: محمود إبراهيم الوالي ، المرجع السابق ، ص62.

[2]: الدكتور: عبد الرزاق بن خروف, المرجع السابق, ص60.

SAHLA MAHLA

إن من أهم إنجازات هذا المجلس ترقية حقوق الإنسان و حماية الحريات الأساسية للمواطن من خلال الإتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان سنة **1950** و دخلت حيز التنفيذ سنة **1953** ، و أنشأ المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان سنة **1959** .

– جامعة الدول العربية : تكونت هذه الجامعة في **22** مارس **1945** و كانت تضم كلا من : (مصر، المملكة العربية السعودية ، الأردن ، العراق ، اليمن ، سوريا ، لبنان) و بدأ الإنضمام إليها تدريجيا حتى أصبحت تضم كل الدول العربية ، و تتكون هذه الجامعة من مجلس الجامعة ، و الأمانة العامة للجامعة و اللجان .

مجلس الجامعة يتكون من ممثلين تختارهم الدول ينعقد مرتين في السنة مارس و أكتوبر، حيث يعمل المجلس على تحقيق التعاون العربي في الأمور السياسية و الإقتصادية و الإجتماعية والثقافية.

أما الأمانة العامة موكولة للأمين العام المعين بثلثي الأعضاء لمدة خمس سنوات قابلة للتجديد، و يقوم الأمين العام بتعيين مساعديه.

أما لجان الجامعة فهي من تقوم بإعداد الدراسات في المجال الإقتصادي ، و الصحي ، والثقافي ، حيث أن اللجنة الثقافية هي تعد الدراسات لتوحيد التشريع في البلاد العربية و منها[1]: مشروع عربي إسترشادي من أجل مكافحة جرائم تقنية أنظمة المعلومات ، مشروع عربي وإسترشادي لمنع إستنساخ الكائنات البشرية لأغراض التناسل ، مشروع إتفاقية عربية لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الحدود العربية .

SAHLA MAHLA
الصديق الأول للطالب والباحث

– مجلس التعاون لدول الخليج العربي : يضم المجلس عضوية كلا من : (الإمارات العربية المتحدة ، البحرين ، المملكة العربية السعودية ، عمان ، قطر ، الكويت) و في **10** مارس **1981** وقعوا في مقسط سلطنة عمان على القانون الأساسي للمجلس ، حيث كان يهدف هذا الأخير إلى تحقيق أكبر قدر من التنسيق و الترابط بين أعضاء هذا المجلس في كل الميادين ، و وضع أنظمة في مختلف الميادين الإقتصادية و المالية و الثقافية و الصحية .

[1]: الدكتور : عبد الرزاق بن خروف ، المرجع السابق ، ص67 هامش 1.

– الإتحاد الإفريقي : نتيجة التطورات الحاصلة على مستوى العالم في كل المجالات جعل الدول الإفريقية تساير هذا التطور و أسفر ذلك عن ميلاد إتحاد إفريقي [1] بديلا عن منظمة الوحدة الإفريقية ، و تمت المصادقة على القرار التأسيسي في 11 جويلية**2000** في قمة لومي بالطوغو ، و دخل حيز التنفيذ في مارس **2001** بعد أن صادق عليه ثلثي دول الأعضاء في الإتحاد و تم حل منظمة الوحدة الإفريقية بصفة رسمية في **9** جويلية**2002** في قمة دروبان (إفريقيا السوداء)

يضم هذا الإتحاد مؤسسات تنفيذية و تشريعية و قضائية و مالية تتمثل في المؤتمر الذي يتكون من رؤساء دول و حكومات دول الأعضاء يرأسه أحدهم بالتناوب لمدة سنة بعد ما كانت المدة المحددة بستة أشهر فقط .

يعمل هذا الإتحاد على تحقيق إندماج أكثر للمواطن الإفريقي مع مختلف مؤسساته من أجل ترسيخ ثقافة الحكم الراشد ، و الديمقراطية ، و الشفافية من أجل الوصول إلى دولة القانون ، كما يعمل على توحيد القوانين و التقريب بين المواطنين وذلك من خلال الإتفاقيات و هذا كله تحقيقا لتوحيد القوانين .

أما عن التوحيد العالمي للقوانين [2] فقد يكون ذلك بشكل جزئي و يتخذ صورتين الأولى توحيد العلاقات الدولية و مداها ، و الثانية توحيد العلاقات الدولية و الداخلية في موضوع من المواضيع و من أمثلة التوحيد الجزئي نذكر منها :

SAHLA MAHLA
المصدر الأول للطالب الجزائري

– توحيد قواعد النقل بالسكك الحيديدية ببرن,سنة **1890**.

– توحيد قواعد النقل البحري ببروكسل و تضمنت العديد من المسائل منها قانون التصادم ، والإسعاف ، و الإنقاذ .

– توحيد قواعد النقل البري بجنيف عام **1929** ثم بروما عام **1933** تحدد مسؤولية مالك الطائرة.

– توحيد قانون العمل .

– توحيد القواعد المتعلقة بالبيع الدولي في لاهاي عام **1963** .

---

[1]: الدكتور : عبد الرزاق بن خروف ، المرجع السابق ، ص69.

[2]: الدكتور: عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة (مصادر قانون التجارة الدولية، عقود التجارة الدولية، حل نزاعات التجارة الدولية), الطبعة الأولى, دار هومة, الجزائر, 2007, ص115 وما بعدها.

و قد يكون التوحيد العالمي للقوانين في شكل كلي حيث يشمل كل القوانين و ينظم جميع المواضيع نظرا لإشتراك هذه الدول في بعض العناصر و المقومات (التاريخ ، الأصل ، التقاليد ، الإعتقاد ، الإعتناق السياسي) و من أمثلة التوحيد الكلي عن طريق التشريع و العرف نذكر ما يلي :

- الإتفاقية الخاصة بحماية الملكية الصناعية بباريس عام **1836** .

- الإتفاقية الخاصة بحقوق المؤلفين ببرن عام **1882** .

- الإتفاقية الخاصة بتوحيد الأوراق التجارية بجنيف عام **1930** .

- القواعد الخاصة بتنظيم الخسائر البحرية المشتركة و التي تقررت في مؤتمر بنيورك عام **1841** و في عام **1877**بأنفرس .

و قد يتم التوحيد عن طريق وضع عقود نموذجية تعد من طرف هيئات رسمية أو خاصة .

أما بالنسبة للجزائر فإن عملية التوحيد تمثلت في العديد من الإتفاقيات و التي نظمت العديد من المجالات نذكر منها ما يلي :

SAHLA MAHLA
المصدر الأول للطالب الجزائري

في مجال النقل سواء كان بحريا أو جويا مع الإشارة إلى أن هذا الأخير حديث النشأة تم إبرام العديد من الإتفاقيات في هذا المجال بنوعيه و هي :

- إتفاقية حول توحيد القواعد الخاصة بالمساعدات و الإنقاذ في البحر (الجريدة الرسمية العدد **29** لسنة **1964**) .

- إتفاقية حول توحيد القواعد الخاصة بسند الشحن (الجريدة الرسمية العدد **28** لسنة **1964**) .

- إتفاقية حول توحيد بعض القواعد الخاصة بالحجز التحفظي على السفينة البحرية (الجريدة الرسمية العدد **14** لسنة **1964**) .

- إتفاقية خاصة بتحديد قواعد الإختصاص المدني في قضايا الإصطدام(الجريدة الرسمية العدد **12** لسنة **1964**) .

- إتفاقية خاصة بتحديد مسؤولية مالك السفينة أو المجهز للبواخر البحرية (الجرية الرسمية العدد **13** لسنة **1964**) .

- إتفاقية خاصة بنقل المسافرين بحرا (الجريدة الرسمية العدد **09** ، لسنة **1973**) .

- إتفاقية خاصة بنقل أمتعة المسافرين (الجريدة الرسمية العدد **09** ، لسنة **1973**) .

في مجال التجارة والملكية الصناعية والأدبية و حقوق الإنسان و في مجال العمل و المجال الجمركي هناك العديد من الإتفاقيات المبرمة و التي إنضمت إليها الجزائر لا يسعنا المقام لذكرها بل نحيل إلى مكانها[1].

الفرع الثاني: التوحيد عن طريق المحاكاة

إن عملية التوحيد القانوني بين الدول المستقلة تساهم فيها إستعارة كل فرع لقانون أجنبي معين ، كما حصل و أن أثر القانون الروماني على غيره في مختلف الدول و مختلف الأزمنة ، و في الوقت الحاضر هناك مجموعتين قانونيتين لهما تأثير كبير على قوانين العالم هما : تقنين نابليون بونابارت سنة **1804** ، و التقنين المدني الألماني .

إن مجموعة نابليون بونابارت يعود إليها الفضل في توحيد قوانين كثير من الدول ، و سواء تم فرض هذه المجموعة عن طريق الجيوش (الحرب) أو طواعية مع الإشارة إلى أن الدول التي أخذت بهذه المجموعة لم تأخذ بها بحذافيرها بل تأثرت بها إلى حد كبير بطريقة مباشرة و برز ذلك في طريقة ترتيب النصوص و الأسلوب و أخذت عنه مزاياه و عيوبه فمثلا أحكام الشهر العقاري التي تضمنها تقنين بونابارت لم تستطيع هذه الدول المتأثرة بهذا التقنين معرفة إدراج أحكام هذا الشهر ، كما تم الخلط بين نظام التقادم المكسب و المسقط و استقروا على وضعهم في التقنين المدني .

SAHLA MAHLA
المصدر الأول للطالب الجزائري

[1]: الدكتور : معراج جديدي، محاضرات في القانون المقارن، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1, السنة الجامعية 2013/2012, ص10 وما بعدها.

زيادة عن التأثر المباشر بالتقنين الفرنسي هناك دول تأثرت بتلك المجموعات التي أخذت عن مجموعة نابليون [1] مثل القانون المدني الشيلي و إنتشاره بين بلاد أمريكا اللاتينية ، و هناك بعض الدول إحتفظت بتقنين نابليون بعدما عدلت بعض أحكامه مثل هولندا ، و بسببه تم توحيد قانونها الوطني .

و هنا نشير إلى أن التقنين التجاري الفرنسي الصادر من طرف " كولبار " (colbert) سنة **1681** تأثرت به بعض التشريعات الأوروبية و خاصة في مجال التجارة البحرية الذي تأثرت به كلا من إنجلترا و الولايات المتحدة الأمريكية .

كما يعود الفضل إلى التقنين المدني الألماني في إنتشار عملية التوحيد ليس لأنه فرض بالقوة بل نتيجة جودته القانونية حيث أستغرق مدة عشرين سنة من أجل إعداده و تحظيره من طرف مجموعة من القانونيين الألمان المتمكنين ، فصدر بصورة تقنية حتى أطلق عليه بعض الفقهاء بأنه الآلة الحسابية بإمتياز للقانونيين، و كان أول المتأثرين به كلا من النمسا و يوغسلافيا و اليونان ، و بعدها إنتشر خارج حدود أوربا و تأثر به واضعو القانون المدني البرازيلي عام **1916** و الذي مازال مطبقا من حيث تبويبه و هذا بشهادة فقهاء قانون من البرازيل [2] ، و عليه فإن تأثير القانون المدني الألماني لا يجد سببه في النفوذ السياسي بل في دقته العلمية .

إن عملية الأخذ عن تشريع دولة ما يكاد أن يكون مقبولا إذا كان القاسم المشترك بين شعوب الدول أو الدولتين من عادات و تقاليد ، كما أن الصياغة تؤدي إلى الأخذ من هذا القانون ، و لكن في بعض الحالات لا توجد أي عوامل مشتركة و لا إنفراد بالصياغة الرائعة و مع ذلك يتم تقليد قانون دولة من دولة أخرى [3].

فمثلا روسيا في **1933** كانت في حرب مع فرنسا و لكنها قلدت تقنين نابليون بونابارت ، و قام " كمال أتاتورك " بتكليف برلمان تركيا بأن يتبنى القانون المدني السويسري في **4**أفريل**1926** ، مع إدخال تعديلات بسيطة على القانون المدني السويسري ليتم تبني القانون المدني السويسري كاملا في **8** ماي **1926** ، و بعدها توالت عملية التقليد الكلي و تبني قوانين مقاطعات و دول أخرى منها قانون الإجراءات المدنية لإحدى مقاطعات سويسرا و أصبح يمثل قانون الإجراءات المدنية التركي ، و كذلك قانون العقوبات الإيطالي و أصبح يمثل قانون

---

[1]:الدكتور : محمود إبراهيم الوالي ، المرجع السابق ، ص60.

[2]: الدكتور : عصام نجاح ، المرجع السابق ، ص54.

[3]: الدكتور: عبد السلام الترمانيني, المرجع السابق, ص71.

العقوبات التركي ، و كذلك القانون البحري التجاري الألماني و أصبح يمثل القانون البحري التجاري التركي .

كما أن اليابان في منتصف القرن التاسع عشر كان له الحظ الأوفر من عملية التقليد محاولة منه الانتقال من النظام الإقطاعي إلى النظام الرأسمالي فطلب من مختصين قانونيين فرنسيين و ألمان وضع قوانين يابانية على طريقة القوانين الأوروبية و هكذا كان الأمر .

إن كل هذه الأمثلة عن فكرة توحيد القوانين عن طريق المحاكاة فيها نوع من الغرابة نتيجة عدم وجود أي عوامل بين هذه الدول و مع ذلك حصل نوع من التقليد للقوانين من دول أخرى .

SAHLA MAHLA
المصدر الاول للطالب الجزائري

الباب الثاني

الأنظمة القانونية الكبرى

المعاصرة وتأثيرها على

SAHLA MAHLA
المصدر الاول للطالب الجزائري

المنظومة التشريعية

الجزائرية

الباب الثاني: الأنظمة القانونية الكبرى المعاصرة وتأثيراتها على المنظومة التشريعية الجزائرية

إن الأنظمة القانونية يصعب حصرها نظرا لتعددها [1]و لا فرق بين نظام قانوني كبير و نظام قانوني صغير لأن الواقع أثبت أن هناك قوانين تأثرت و قلدت غيرها، و بعد مدة زمنية أصبحت هي المؤثرة في غيرها و منها تم إستعارة بعض الأحكام ، و هناك أنظمة قانونية كانت مرجعا لكثير من الدول و مع الزمن اندثرت كما هو حال الأنظمة القانونية في أوربا الشرقية .

إن النظام القانوني هو مصطلح يراد به مجموعة قانونية تحتوي على قواعد تكفل حل المشاكل التي قد تثور في مجتمع معين ، حيث أن مقارنة بين القوانين تمكن من تحديد أوجه الشبه و أوجه الإختلاف بين الأنظمة القانونية .

و إذا كانت هذه الأنظمة كثيرة فإننا نقتصر على المعايير التي بموجبها يتم ترتيب هذه الأنظمة و ذكر الأنظمة بنوع من الإختصار لنعالج أهم الأنظمة في ذلك (العائلة اللاتينية الجرمانية ، العائلة الأنجلوساكسونية) و لم نورد عائلة الشريعة الإسلامية التي تعد بحق نظام قانوني إسلامي متميز عن غيره من الأنظمة القانونية التي نتعرض إليها لكون أن البرنامج المقرر لا يتضمنها ضمن محتويات المادة : مقارنة الأنظمة القانونية للعام 2017/2016 فإكتفيت بما هو مبرمج و مدرج في المحتوى .

SAHLA MAHLA
المصدر الاول للطالب الجزائري

إن التطرق للأنظمة المقارنة الكبرى و إن كانت أهميته تكمن في التعرف عليه بدقة سواء من الناحية القانونية أو القضائية، و له أهمية بارزة تتمثل في مدى تأثير هذه الأنظمة على المنظومة التشريعية الجزائرية في مختلف مراحل تكوين المنظومة التشريعية الجزائرية و عبر مختلف التوجهات و الإصلاحات التي باشرتها الجزائر و سواء على نطاق التشريع أو على مستوى الفقه و الإجتهادالقضائي.

[1]: الدكتور: عبد المنعم البدراوي، القانون المقارن، مجلة القانون والاقتصاد، العدد 4, 1959, ص345.

الفصل الأول

مفهوم الأنظمة القانونية الكبرى للقانون

SAHLA MAHLA
المصدر الأول للطالب الجزائري

الفصل الأول: مفهوم الأنظمة القانونية الكبرى للقانون

الباحث لا يستطيع إختيار نظام قانوني دون نظام آخر نتيجة وجود أنظمة قانونية متعددة عبر مختلف الحضارات، مما نتج عن ذلك من أفكار تمت ترجمتها في قواعد قانونية تنظم علاقة الأفراد فيما بينهم، وعلاقة الأفراد مع الدولة، وعلاقة المجتمعات فيما بينهم.

ونتيجة هذا التعدد اقتصرنا على بعض الأنظمة من أجل الوقوف على مصادر ومناهج كل نظام.

المبحث الأول: تعريف الأنظمة القانونية الكبرى

إن الأنظمة القانونية الكبرى هي عبارة عن قواعد قانونية مشتركة في المصادر القانونية ، و تقسيمات القانون ، و تحديد طبيعة القاعدة القانونية و وظيفتها و تفسيرها ، و الصياغة القانونية ، و المفاهيم القانونية و المصطلحات المستخدمة .

لقد قدم " جيراردكورنو " [1](Gèrardcornu) تعريفا للنظام القانوني بأنه : << مجموعة المعطيات المكونة للقانون (سواء كانت شكلية أو موضوعية) >> و يعرفه أيضا بقوله : <<الاسم الذي يطلق على مجموعة من العلامات المميزة لقانون دولة ما بالمقارنة بدولة أخرى والمتعلقة بالمبادئ و المصادر و طرق التفسير و التوجهات المتعلقة بالقانون نفسه >> .

SAHLA MAHLA
المصدر الاول للطالب الجزائري

إن دراسة القانون المقارن لا تتم إلا بواسطة إستخدام علم تاريخ القانون لأن الماضي هو الذي يبني الحاضر و المستقبل حتى قال الفقيه الأنجليزي " ميتلاند" :<< ألغينا القوانين القديمة ولكنها ما زالت مهيمنة علينا إنطلاقا من قبورها>> فدراسة نظام قانوني يقتضي الإعتماد على علم تاريخ القانون[2].

إن الشرائع (الأنظمة) تختلف فيما بينها من الناحية الموضوعية فمنها ما تتبنى المذهب الشخصي مثل (فرنسا) ، و منها ما تتبنى المذهب المادي مثل (ألمانيا) و منها ما تتبنى المذهب المختلط مثل (إيطليا) ، كما يحصل الإختلاف من حيث مصادر القاعدة القانونية وطريقة تطبيقها .

---

[1]:Gerard cornu , droit civil , introdution paris , 13 ed , 2007 , p258.

[2]: الدكتور: عصام نجاح ، المرجع السابق ، ص 60.

و قد يحصل أن تتشابه الشرائع (الأنظمة) عندما يؤثر بعضها على بعض كما هو الحال بالنسبة لمختلف تأثيرات القانون الروماني على القوانين الأوربية أو تأثير الشريعة الإسلامية على قوانين الدول الإسلامية .

و من أجل تسليط الضوء على هذه الأنظمة القانونية الكبرى المعاصرة لابد من الإشارة إلى معايير ترتيب هذه الأنظمة (الشرائع) و حصرها ثم الاقتصار على دراسة أهمها .

المبحث الثاني: معايير ترتيب الشرائع الوضعية في شرائع كبرى

لقد تبنى الفقهاء عدة معايير من أجل ترتيب الشرائع الوضعية ضمن شرائع كبرى سواء كانت معايير تقليدية ، أو معايير حديثة من أجل وضع قائمة معيارية لهذه الشرائع .

المطلب الأول: المعايير التقليدية

إن المعايير التقليدية متنوعة[1] و برز في ذلك الحين تقسيم القوانين إلى قوانين وضعية، وشرائع سماوية .

الفرع الأول: معيار صياغة القواعد القانونية

SAHLA MAHLA
المصدر الأول للطالب الجزائري

يقدم أصحاب هذا الرأي من أجل ترتيب الشرائع الوضعية في شرائع كبرى معيار صياغة القواعد القانونية و قسموا الشرائع كما يلي :

– شريعة تتضمن القوانين ذات الصياغة الرومانية: و تشمل القانون الفرنسي، و القوانين ذات الصبغة اللاتينية كقوانين أمريكا اللاتينية ، القانون الإيطالي ، القانون الإسباني ، و القانون الألماني ذو الصياغة الرومانية الأصل .

– شريعة الكومن لو (communlaw) : و تشمل القانون الأنجليزي و القانون الأمريكي والقوانين المتأثرة بهذين القانونيين ، و لكن هذه الشريعة تختلف صياغتها عن الصياغة الرومانية ، لكونها تكونت من مختلف الأحكام القضائية المساهمة في حل النزاعات .

– الشريعة الإسلامية : إنها تختلف من حيث الصياغة عن الشريعة الرومانية و عن شريعة " الكومن لو " بل هي شريعة مستقلة قائمة بذاتها .

---

[1]: الدكتور: عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق, ص347.

و قد أنتقد هذا الرأي على إعتبار أنه أسقط القانون الهندي على إعتبار أنه قانون ديني وكذلك أسقط القانون الصيني ، كما أنه جمع بين قوانين ضمن شريعة واحدة رغم الإختلاف الكبير بينها من جميع النواحي (القوانين الغربية و قانون الجمهوريات السوفياتية).

الفرع الثاني : معيار الأجناس

لقد تبنى هذا المعيار الفقيه " سوزرهول (Souser Hall) في كتابه Fonction et mèthode de droit compare الصادر في **1931** حيث يقرر فيه أن كل مجموعة بشرية منتمية لجنس واحد تكون شريعة رئيسية مستقلة . وقسم الشرائع الأساسية إلى ما يلي :

- شريعة الشعوب الآرية.
- شريعة الشعوب السامية.
- شريعة الشعوب المغولية.
- شريعة الشعوب الهمجية.

و قد أنتقد هذا الرأي على إعتبار أنه يقف عاجزا عن إعطاء تفسير الخلافات القائمة بين قوانين الشعوب التي تنتمي إلى جنس واحد ، كما أن عملية تقسيم الأجناس البشرية قائم على العنصرية المرفوضة عالميا .

SAHLA MAHLA
المصدر الاول للطالب الجزائري

الفرع الثالث: معيار مدى الأخذ بالقانون الروماني

لقد تبنى هذا المعيار الفقيه " جلاكسون (Glasson) في كتابه le mariage civil et le divorce dans l'antiquite et les principales legislation modernes de l'europe, publie 1889 et حيث إعتبر بأن التمييز بين الشرائع العالمية الرئيسية يكون على أساس مدى تأثرها بالقانون الروماني و أخذها منه [1] ، و قسم الشرائع الأساسية إلى ما يلي :

- القوانين الوضعية التي تأثرت بصفة أساسية بالقانون الروماني و تشمل القانون الإيطالي ، والقانون الإسباني .

[1]: الأستاذ: علي بن غانم ، المرجع السابق ، ص31.

– القوانين الوضعية التي لم تتأثر بالقانون الروماني و تشمل قانون البلاد الإسكندنافية ، و قانون روسيا ، و قانون أنجلترا .

– القوانين الوضعية التي تأثرت بالقانون الروماني و العرف المحلي ، و تشمل القانون الألماني و القانون الفرنسي و القانون السويسري .

و قد أنتقد هذا الرأي على إعتبار أنه جمع بين القانون الأنجليزي و الروسي في مجموعة واحدة رغم الإختلاف الكبير الموجود بينهما و من جهة ثانية أنه لم يدرج الشريعة الإسلامية ، و لا القانون الهندي ، و لا القانون الصيني في المجموعة الثانية التي لم تتأثر بالقانون الروماني .

الفرع الرابع: معيار مدى الأخذ بالدين

لقد تبنى هذا المعيار الفقيه " دي سولا كانيزاريس " (desolacanizarès) و إعتبر بأن التمييز بين الشرائع العالمية الرئيسية يكون على أساس مدى أخذها و تأثرها بالدين ، و قسم الشرائع (القوانين الوضعية) إلى ما يلي[1] :

– شريعة القوانين الغربية وتتمثل في القوانين الوضعية التي تدين شعوبها بالمسيحية ولكنها غير متأثرة بالدين.

SAHLA MAHLA
المصدر الاول للطالب الجزائري

– شريعة القانون السوفياتي: الذي تأثر بالمذهب الماركسي المعادي والرافض للأديان.

– شريعة القوانين المتأثرة بالدين:و تشمل هذه المجموعة الشريعة الإسلامية، و القانون الكنسي، و القانون الهندي.

و قد أنتقد هذا الرأي على إعتبار أنه يميز بين الشرائع وفقا لمعيار الدين فقط ، مما جعله يجمع بين قوانين الشريعة اللاتينية الجرمانية مع شريعة الكومن لو ، رغم وجود إختلافات كبيرة بين الشريعتين ، و من جهة أخرى جعل الشريعة الإسلامية و قوانين بلدان تدين بالبوذية في مجموعة واحدة رغم الإختلاف الشاسع بينهما .

[1]: الدكتور: عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق, ص351.

الفرع الخامس: المعيار الجغرافي (الحضاري)

لقد تبنى هذا المعيار " أنسال " (Ancel) و إعتبر بأن التمييز بين الشرائع العالمية الرئيسية يكون على أساس جغرافي [1] ، و قسم الشرائع (القوانين الوضعية) إلى ما يلي :

– مجموعة الشرائع الأساسية : و تشمل شريعة (RG) : (Roma No – Germanque) ، و شريعة (CL) (Commun Law) ، و شريعة قوانين الدول الإشتراكية .

– مجموعة الشرائع الثانونية : و تشمل القوانين ذات الصبغة الدينية ، و قوانين العالم المتبقية .

و قد أنتقد هذا الرأي على إعتبار أنه ركز على المعيار الجغرافي و أهمل بقية المعايير ، مما أدى به إلى إدماج قوانين في مجموعة واحدة دون مراعاة للعامل الحضاري .

المطلب الثاني: المعايير الحديثة

نتيجة للإنتقادات التي وجهت إلى المعايير التقليدية التي قيلت بشأن إيجاد تعداد مناسب للشرائع الوضعية و ترتيبها في شرائع كبرى ظهرت معايير حديثة من شأنها إيجاد ترتيب دقيق للقوانين الوضعية ضمن الشرائع الكبرى و لذلك إقترح بعض الفقهاء هذه المعايير للقيام بذلك وهي:

الفرع الأول: معيار التقارب و التجاوب

لقد تبنى هذا المعيار الأستاذ " فرومون (Fromont) و يرى بأن تجميع و ترتيب الأنظمة القانونية في شرائع كبرى الهدف منه تجميع القوانين التي تربطها عناصر مشتركة .

أولا: أسس هذا المعيار

إن معيار التقارب و التجاوب يقوم على عدة أسس و في النهاية تتبلور عنه أنظمة قانونية مقارنة [2] ،و بذلك نشير إلى هذه الأسس بإختصار :

– النظام الإجتماعي : يحدد النظام الإجتماعي القواعد القانونية حيث أن هذه الأخيرة تستقى من العوامل المؤثرة في المجتمع فإذا كانت القواعد الدينية هي التي تسود فيه كان مجتمعا دينيا ، وبخلاف ذلك يكون مجتمعا لائكيا . أما بالنظر إلى تغليب المصلحة الخاصة على العامة فيكون

---

[1]: الدكتور: عبد الرزاق بن خروف ، المرجع السابق ، ص87.

[2]: الدكتور: عبد الرزاق بن خروف ، نفس المرجع ، ص90.

القانون ذو نزعة فردية و إذا كان يغلب المصلحة الجماعية على المصلحة الخاصة فيكون القانون ذو نزعة جماعية .

– دور القانون و مكانته في المجتمع : إذا كان القانون يضبط مختلف السلوكات فإن هذه الفكرة تتوافر في الدول الغربية حيث يحتل القانون مركزا أساسيا في تنظيم المجتمع ، أما في المجتمعات القديمة فيقتصر دور القانون على حفظ النظام الإجتماعي و يساعده الدين ، أما في المجتمعات الغربية فيكون القانون آداة لتغيير المجتمع .

– مصادر القواعد القانونية : إذا كانت القواعد القانونية من صنيع الأعراف و العادات فحتما تستغرق زمنا طويلا لتكوينها ، و تكون الأعراف في مرتبة أسمى في القانون ، أما إذا كانت القواعد القانونية تسمو على الأعراف و العادات فإن ذلك يؤدي إلى تقنين تلك القواعد ، كما أن الإجتهاد القضائي يعمل على تطوير القواعد القانونية .

– صياغة القواعد القانونية : إن الصياغة الفنية للقواعد القانونية تجعلها نظما متكاملة خصوصا إذا تأثرت بعوامل تاريخية أكسبتها نوعا من الإستقرار و الإستمرار بحيث أن هذه القواعد القانونية لا تؤثر عليها العوامل الخارجية كحصول أزمة أو ثورة بل تظل صامدة ضابطة لسلوك أفراد المجتمع مقدمة للحلول .

SAHLA MAHLA
المصدر الأول للطالب الجزائري

إن صياغة القواعد القانونية يترجم مدى الثقافة القانونية التي يتمتع بها واضعوا هذه القواعد سواء من حيث سلامة هذه القواعد ، و بنيتها ، و طريقة إعدادها ، و هذا ما نلاحظه على القوانين الأوربية الأمريكية ، و القوانين الرومانوجرمانية[1].

ثانيا: حصر نوع الأنظمة المقارنة تبعا لهذا المعيار

حسب صاحب معيار " التقارب و التجاوب " الأستاذ فرومون و إعتمادا على الأسس التي يقوم عليها هذا المعيار فإنه يحصر و يرتب الأنظمة المعاصرة [2]في مجموعتين: الأولى تتضمن قوانين أوربا و أمريكا ، و الثانية تتضمن قوانين إفريقيا و آسيا .

---

[1]:الأستاذ: علي بن غانم، المرجع السابق، ص34.

[2]: الدكتور: عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق, ص449.

– قوانين أوربا و أمريكا : يراها " فرومون " قوانين متقاربة تكرس المذهب الفردي يسودها النظام الليبيرالي ، لا مجال للقواعد العرفية فيها ، تسود فيها مبادئ سيادة القانون ، و يقرر أيضا بأنها متنوعة حتى و إن كانت هذه قوانينها موحدة لكنها تسودها قوانين أصلها روماني مثل أوربا وأمريكا اللاتينية ، و عائلة القوانين الروسية (الدول التي كانت تابعة للإتحاد السوفياتي) ، و عائلة قوانين الكومنلو مثل قوانين بريطانيا ، الولايات المتحدة الأمريكية ، أستراليا ، و عائلة قوانين دول أوربا الشمالية مثل فنلندا ، إسلندا ، النرويج ، الدانمارك .

و يقول " فرومون " بأن هذه القوانين هي في تقارب أكثر فيما بينها نتيجة العلاقات الأوربية و تأثير قواعد القانون الدولي .

– قوانين إفريقيا و آسيا : يراها " فرومون " قوانين تشمل مجموعة قوانين قديمة و مجموعة قوانين حديثة ، حيث أن القوانين القديمة يراها تنحصر في (الأعراف الإفريقية ، النظام الإسلامي و هو منهج رباني مصادره (القرآن و السنة و القياس و الإجماع ، و قول الصحابي ، و الإستحسان ، والإستصحاب ، و شرع من قبلنا ، وسد الذرائع ، و العرف) ، و يبقى تطبيقه صالحا لكل زمان و مكان ، تتضمن قواعده أحكام العقيدة ، و أحكام العبادة ، و أحكام المعاملات ، و من الشريعة الإسلامية إستهلمت بعض الدول قوانينها الوضعية ، القانون الهندي المتأثر بالديانة الهندوسية ، الأنظمة الكونفوشية و هي عبارة عن أفكار كونفوشيوس (479 إلى 555 قبل الميلاد) و تضم (القانون الصيني القانون الياباني) .

SAHLA MAHLA
المصدر الأول للطالب الجزائري

الفرع الثاني: معيار دولة القانون

لقد تبنى هذا المعيار الأستاذ " ريمون لوجي " (R.legeais) و يرى بأن تصنيف القوانين الوضعية داخل شرائع كبرى يكون بناء على مدى تطبيق أسس دولة القانون و ما تتضمنه أصلا دولة القانون من عناصر (سمو الدستور ، الفصل بين السلطات ، الخضوع إلى القانون ...) .

أولا: أسس هذا المعيار

إن معيار دولة القانون يقوم على عدة أسس[1] و في النهاية تتبلور عنه أنظمة قانونية تصنف ضمن شرائع (عائلة) معينة ، و هنا لابد من الإشارة إلى أسس هذا المعيار بنوع من الإختصار:

[1]: الدكتور: عبد الرزاق خروف، المرجع السابق، ص103.

- **الجانب التقني:** حيث يتم تصنيف الأنظمة القانونية بنفس التقنية التي تم بها وضع وإعداد القاعدة القانونية.

- **الجانب الإيديولوجي:** و مقتضى ذلك أن القوانين المنتمية لنفس العائلة يجب أن يكون لها تصورا واحدا حول مفهوم القانون و الدولة ، و كذا العلاقة الموجودة بين الدولة و القانون .

- **الجانب التاريخي:** حيث أن الدول التي يعد فيها التاريخ مصدرا للقواعد القانونية لا يمكن ترتيبها أو تصنيفها مع الدول التي تفتقد إلى هذه الخاصية.

و بناء على ذلك فإن هذا الأستاذ إعتمد في معياره على جوانب متعددة قد تؤدي إلى تصنيف للأنظمة القانونية ضمن شرائع كبرى.

ثانيا: حصر نوع الأنظمة المقارنة وفقا لهذا المعيار

حسب صاحب معيار دولة القانون الأستاذ ريمون لوجي و إعتمادا على الأسس التي يقوم عليها هذا المعيار فإنه يحصر و يرتب الأنظمة في مجموعتين:

- تشمل المجموعة الأولى دول أوربا الغربية و الشمالية و الجنوبية أو دول أوربا ماعدا دول أوربا الشرقية و في أمريكا الشمالية و الجنوبية .

SAHLA MAHLA

- تشمل المجموعة الثانية كل الدول التي تخضع قوانينها إلى ديانة أو إيديولوجية معينة ، أو تفتقد إلى التقاليد العريقة .

ثم يتردد الأستاذ ريمون لوجي و يبدي طرحا آخر على أساس أنه رأى أن هذه الأنظمة ليست منسجمة و ليست متكافئة و يقرر تقسيم هذه المجموعة من الدول إلى شبه مجموعات و هي:

- دول قانونية مفتقدة لتقاليد قانونية حقيقية لكونها إقتبست كل أنظمتها القانونية من أنظمة أخرى و مثالها اليابان .

- دول قانونية مستمدة من ديانة أو من إيديولوجية معينة أدى إلى إفتقاد قانون هذه الدول من طبيعته ، و من إعتباره عمل تقني موضوعي يهدف إلى ضمان حقوق الأفراد و يدلل على إفتقاد القانون الكنيسي كل آثاره ، كما أن قانون الإتحاد السوفياتي المتأثر بالإيديولوجية اللينينية التي إندثرت نهائيا في الدول التي تكون هذه العائلة .

و بناء على ما سبق يمكن القول بأنه تنوعت معايير تصنيف الشرائع الوضعية ضمن الشرائع المعاصرة[1] ، و أن الأنظمة المعاصرة متقاربة و متشابهة نتيجة التطورات العلمية خاصة في مجال تكنولوجيا الإعلام و الإتصالات و ما أفرزته الحضارة المادية نتيجة الإحتكاكات المتبادلة بين الشعوب مما جعل القوانين تتقارب و تتجاوب و حصل توحيد العديد من القوانين . و عليه ندرس بنوع من التفصيل أهم الأنظمة القانونية الكبرى .

SAHLA MAHLA
المصدر الاول للطالب الجزائري

[1]: الأستاذ: علي بن غانم، المرجع السابق, ص35,34.

الفصل الثاني

دراسة أهم الأنظمة القانونية الكبرى

SAHLA MAHLA
المصدر الأول للطالب الجزائري

الفصل الثاني: دراسة أهم الأنظمة القانونية الكبرى

إن دراستنا تقتصر على أهم الأنظمة القانونية الكبرى السائدة في العالم الحديث ، و التي تنتمي إليها مجموعة قوانين الدول ، حيث يرى الفقهاء بأن أهم الأنظمة القانونية الكبرى في الوقت الحاضر تتمثل في[1] : الأنظمة القانونية اللاتينية الجرمانية ، الأنظمة القانونية الأنجلوساكسونية ، النظام القانوني الإسلامي و لكون هذا الأخير غير مقرر فإننا لا نتناوله بالدراسة رغم أهميته .

المبحث الأول: العائلة (الشريعة) القانونية اللاتينية – الجرمانية

لقد جمعنا في دراستنا هذه بين النظام القانوني اللاتيني، و النظام القانوني الجرماني لكون أن هناك العديد من النقاط المشتركة العديدة التي تجمعهما سواء من حيث مصادر أحكام كل قانون، أو من حيث فكرة التقسيم الكلاسيكي للقانون إلى قانون عام و قانون خاص ، و مع هذه النقاط المشتركة التي جعلت الفقهاء يدرسون النظامين القانونين تحت عائلة قانونية واحدة فهناك اختلاف بين النظامين القانونيين خاصة في مسألة الحلول الموضوعية لبعض المسائل القانونية .

المطلب الأول: النظام القانوني والقضائي الفرنسي

إن النظام القانوني والقضائي الفرنسي يعتبر مرجعا للعديد من الدول سواء داخل أوربا أو خارجها.

SAHLA MAHLA
المصدر الاول للطالب الجزائري

الفرع الأول: مصادر القانون الفرنسي عند تشكله

إن القانون الفرنسي و خلال مراحل تشكله و تطوره تأثر بالمصادر القانونية التالية و هي :

– **القانون الروماني** : على الرغم أن تدريس القانون الروماني كان ممنوعا في فرنسا و خاصة في جامعة باريس و مع ذلك تأثر القانون الفرنسي بالعديد من المفاهيم التقنية الموجودة في القانون الروماني ، و أول جامعة قامت بتدريس هذا القانون سنة **1230** م هي جامعة أورليون الفرنسية .

– **القانون الجرماني** : و ظهر ذلك من خلال جملة الأعراف التي كانت مجسدة و أصبحت مصدرا للتشريع الفرنسي .

---

[1]: الدكتور: عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، ص350.

- **القانون الكنسي** : كان هذا القانون يدرس في الجامعات ، و كان يطبق على المنازعات أمام أجهزة القضاء الدينية ، و كانت معالم هذا القانون بارزة في قانون الأسرة .

- **الإجتهاد الفقهي القانوني** : لقد أسهم الفقهاء من خلال مؤلفاتهم في وضع مصادر القانون الفرنسي ، و كذلك إجتهادات البرلمان ، حيث كانت بصمات الفقه بارزة في ذلك فمثلا الفقيه " شارل دومولن " (charlesdumaulin) في مؤلفه حول مراجعة عرف باريس في القرن **16** م حيث دافع على ضرورة تعميم أعراف باريس على كل المدن الفرنسية ، و كذلك فعل الفقيه " بوتيه " (Pothier) في كتابه حول إتفاقيات عديدة في القرن **18** ، و كذلك كتاب " القوانين المدنية في نظامها الطبيعي " للمؤلف " دوما " (domat) في القرن **19** .

إن وتيرة و شكل تطور القانون الفرنسي كانت متباينة ، فكان القانون المكتوب هو السائد في وسط وجنوب فرنسا و هو القانون الروماني ، أما في الشمال فكانت تسود الأعراف الجرمانية حيث كان يطلق على هذه المناطق ببلاد العرف .

و نشير هنا إلى أن كل قبيلة كانت تطبق مجموعة قواعدها القانونية أو أعرافها ، حتى مرحلة الإقطاعية أين كان يسود نظام الأسياد حيث أن هؤلاء يحلون مشاكلهم و نزاعاتهم بالحرب و القوة ، مما أفضى إلى إنحطاط في القانون .

SAHLA MAHLA
المصدر الأول للطالب الجزائري

و لكن بدء من القرن الثاني عشر أين بدأ تدريس القانون الروماني في الجامعات فتولد نوع من الوعي و هو أن المنازعات يجب حلها بقواعد قانونية أو عرفية و هنا أصبحت منطقة الشمال من فرنسا عرفية بالكامل و إمتد هذا الوضع من القرن **15** إلى القرن **16** ، لكن بداية من القرن **18** أصبح العرف مصدرا للتشريع و تجسد ذلك في الأوامر الملكية و القرارات البرلمانية[1].

إن هيمنة الأمبراطورية الرومانية على وسط و جنوب فرنسا أدى إلى تأثير القانون الروماني على هذه المناطق ، و إستمر ذلك التأثير إلى غاية القرن **18** م ، و فيما بعد ظهرت فكرة جديدة تهدف إلى توحيد القانون في فرنسا .

---

[1]:الدكتور: عصام نجاح ، المرجع السابق ، ص89.

الفرع الثاني: دور الثورة الفرنسية في تكوين النظام القانوني الفرنسي

إن الثورة الفرنسية لعام **1789**أستقرت عن نظام قانوني جديد و مؤسسات جديدة نتيجة[1] إلغاء لمؤسسات التي كانت ترمز للتعسف (غير مشروعة) و من هنا برزت مبادئ تشريعية جديدة و لكنها لم تعمر لكونها جاءت بكيفية غير مقبولة و برز فيها الإنتقام لكن البعض منها ظل قائما مثل " محكمة النقض " أو المحكمة الجنائية " ، و كذلك بعض القواعد القانونية في القانون الخاص .

حيث قامت " القنصلية " التي كانت تحكم فرنسا و بعدها تم إنشاء " الإمبراطورية " عندما وصل " نابليون بونابارت " إلى سدة الحكم حيث قام هذا الأخير بوضع لجان لإعداد التقنين الذي أصدره في **1804** (التقنين المدني) و بعده تقنين الإجراءات المدنية في سنة **1807** ، و تقنين التحقيقات الجنائية سنة **1808** ، و تقنين التجارة لسنة **1809** ، و تقنين العقوبات لسنة **1810** . و بذلك إكتملت المنظومة القانونية في فرنسا و كانت موحدة تطبق على مستوى الإقليم الفرنسي .

و أصبح ينظر إلى القانون على أنه هو الوسيلة التي بموجبها يتم ضبط العلاقات بين الأشخاص تحقيقا للعدالة و تحقيق التوفيق بين مصالح الأفراد و مصالح الجماعة (الدولة) ، وتحقيقا لهذا الهدف كان التشريع هو المصدر للقانون الفرنسي و تم إستبعاد العرف و تم تحديد دور القاضي .

SAHLA MAHLA
المصدر الأول للطالب الجزائري

كما أن الفقه و القضاء كانت إسهاماته بارزة في القانون المدني من أجل مسايرته لتطورات المجتمع ، و استقل القانون التجاري عن القانون المدني .

الفرع الثالث: النظام القضائي الفرنسي

يمتاز النظام القضائي الفرنسي بأنه نظام مزدوج حيث يتضمن القضاء العادي، و القضاء الإداري

[1]: الدكتور: عصام نجاح، المرجع السابق، ص90.

أولا: النظام القضائي العادي وتشكيلته

إن هذا النوع من القضاء[1] يختص بالفصل في المنازعات التي تنشأ بين الأفراد العاديين حيث يطبق على النزاع القانون الخاص بحسب نوعية النزاع و يرفع النزاع أمام القضاء العادي و إلا كانت الدعوى مرفوضة شكلا لو تم رفعها في جهة أخرى لا يؤول إليها الإختصاص .

إن القضاء العادي هو على نوعين: قضاء أول درجة، و قضاء هيئات عليا ، حيث أن قضاء أول درجة هو على نوعين : الهيئات القضائية المدنية لأول درجة ، الهيئات القضائية الجزائية لأول درجة .

– هيئات القضاء المدنية لأول درجة وتضم ما يلي:

– **المحكمة الجوارية** : إن هذا النوع من المحاكم حديثة حيث أنشأت بمقتضى القانون التوجيهي المورخ في **2002/09/09** و المعدل بمقتضى القانون العضوي في **2003/02/20** حيث أن هدف إنشاء هذه المحكمة هو تخفيف الأعباء على محاكم إجراء الدعوى (أو التمييز) ، تعقد المحكمة الجوارية جلستها في مقر محكمة التمييز بقاضي واحد يعين من طرف المجتمع المدني من الأشخاص المختصين في القانون و هو قاض غير محترف .

– **محكمة التمييز** : إن هذا النوع من المحاكم يفصل في كل الدعاوى المدنية التي يكون موضوعها يتراوح من أربعة آلاف أورو الى عشرة آلاف أورو ، و كذا في الدعاوى المتعلقة بالجنسية ، و نظام الوصاية . وقبل أن تفصل في هذه الدعاوى تقوم بإجراء المصالحة بين المتنازعين.وإذا فشل إجراء المصالحة تقوم بالفصل في النزاع[2].

إن محكمة التمييز تتشكل من قضاة متعددين محترفين، حيث إنخفض عدد هذه المحاكم من **473** إلى **297 في 2010** نتيجة الإصلاحات القضائية في فرنسا، ومن أجل تخفيف العبء على الدولة في هذا المجال.

---

[1]: الدكتور: عيد أحمد الغفلول، الدفع بعد الدستورية في القانون الفرنسي في ضوء أحكام القانون الدستوري رقم 724 لسنة 2008 بشأن تحديث مؤسسات الجمهورية الخامسة، الطبعة الثانية منقحة، دار النهضة العربية، القاهرة, 2011, ص177.

[2]: الدكتور: ايمونويل جوردون، القانون المقارن، دراسة القانون المقارن في جامعة باريس، مجلة القانون والاقتصاد، العدد 1, 1936, ص2.

SAHLA MAHLA

- **محكمة التمييز الكبرى** : هذا النوع من المحاكم يفصل في المنازعات المدنية التي يكون موضوعها يفوق عشرة آلاف أورو ، و كذا في المسائل الجزائية حيث تضم في تشكيلتها قاض رئيس ، قاضيين مساعدين على الأقل و وكيل الجمهورية .

إن إختصاصها الجزائي تمارسه غرفة جزائية أصبحت تدعى فيما بعد المحكمة التصحيحية .

- **المحكمة التجارية** : يؤول إليها الفصل في كل النزاعات التي يحكمها القانون التجاري حيث تقوم بإصدار أحكام إبتدائية قابلة للإستئناف .

- **محكمة شؤون الضمان الإجتماعي** : إن هذا النوع من المحاكم يفصل في الدعاوى الناشئة بين المؤمنين و أجهزة الضمان الإجتماعي ، و مختلف النزاعات القائمة بين أجهزة الضمان فيما بينها.

تضم تشكيلة هذه المحكمة قاض محترف ، و مساعدين غير محترفين يتم تعينهم لمدة ثلاثة سنوات من طرف رئيس محكمة الإستئناف .

- **محكمة الإيجارات الريفية المتساوية الأعضاء** : إن هذا النوع من المحاكم تختص بالفصل في النزاعات المتعلقة بالأملاك الفلاحية أو تأجيرها ، و تفصل في هذه الدعاوى بموجب حكم إبتدائي نهائي إذا كان موضوع النزاع لا تتجاوز قيمته أربعة آلاف أورو ، و ما زاد عن ذلك تفصل فيه بموجب حكم إبتدائي .

SAHLA MAHLA
المصدر الاول للطالب الجزائري

تضم تشكيلة هيئة هذه المحكمة قاضي رئيسا للجلسة ينتمي إلى محكمة التمييز ، و أربعة قضاة فرنسيين حيث يمثل إثنان منهم المؤجرين ، و إثنان يمثلان المستأجرين بشرط أن يتجاوز سنهم **26** سنة و ينتخبون لذلك .

- **محكمة العمل** : إن هذه المحكمة تتواجد في نطاق إختصاص محكمة التمييز الكبرى حيث تؤول إليها كل النزاعات المتعلقة بعلاقات العمل .

تضم في تشكيلتها قضاة منتخبون ، عدد منهم يمثل العمال ، و العدد الآخر يمثل المستخدمين و يكون ذلك بشكل متساوي لمدة **5** سنوات قابلة للتجديد .

- **محكمة نزاعات العجز** : قبل عام **1994** كان يطلق عليها " اللجنة الجهوية للعجز " حيث تضم في تشكيلتها القضاة المستخدمين الأطباء ، العمال الأجراء ، الموظفين .

تختص بالفصل في النزاعات ذات الطابع الطبي كحالة العجز ، و عدم التأهيل المهني ، تقع في المديرية الجهوية لهيئة الضمان الإجتماعي .

- هيئات القضاء الجزائية لأول درجة و تضم مايلي[1]:

- **المحكمة الجوارية** : لقد أصبحت المحاكم الجوارية تفصل في المنازعات الجزائية بموجب القانون الصادر في **2005/01/26** المتمثلة في المخالفات إلى غاية الدرجة الرابعة ما عدا مخالفات الصحافة ، و يحكم قاضي المحكمة الجوارية بالغرامات فقط دون الحبس .

- **محكمة الشرطة** : إن هذا النوع من المحاكم تتولى الفصل في المخالفات التي تكون من الدرجة الخامسة و كذا المخالفات الجمركية .

تضم في تشكيلتها قضاة محترفين و وكيل الجمهورية ممثلا للنيابة العامة ، يكون مقرها في محكمة التمييز .

SAHLA MAHLA
المصدر الأول للطالب الجزائري

- **مجلس أو محكمة الجنايات** : إن هذا النوع من المحاكم تتولى الفصل في الجنايات و يضم في تشكيلته ثلاثة قضاة محترفين ، و تسعة قضاة شعبيين محلفين .

- **المحكمة التصحيحية** : تختص بالفصل في الجنح بإستثناء جنح القصر ، و جنح رئيس الجمهورية ، أو أعضاء الحكومة عند ممارستهم لمهامهم .

أما النوع الثاني من القضاء العادي فهو قضاء الهيئات العليا و التي بدورها تشمل ما يلي :

- **مجلس أو محكمة الإستئناف** : يتم عرض النزاع الذي لا يتقرر الفصل فيه لمحاكم الدرجة الأولى على هذا النوع من القضاء حيث يتم الفصل في كل الأمور المدنية و الجنائية ماعدا الجنايات ، في فرنسا يوجد **35** محكمة إستئناف .

---

[1]: الدكتور: ايمونويل جوردون، المرجع السابق، ص5.

- **مجلس أو محكمة الإستئناف للجنايات** : تختص بالفصل في إستئناف قرارات محكمة الجنايات تم إنشاؤها بالقانون الصادر في **2000/06/15** ، تتكون من ثلاثة قضاة محترفين و **12** قاضي شعبي محلف .

- **المحكمة الوطنية للعجز** : تنظر في كل الدعاوى التي تم إستئنافها ضد أحكام محكمة المنازعات المتعلقة بالعجز ، و كذا الدعاوى التي لا تستطيع أن تفصل فيها محكمة نزاعات العجز بحكم عدم الإختصاص .

تتكون من قاض رئيس ينتمي لمحكمة الإستئناف معين لمدة ثلاثة سنوات ، و من مساعدين إثنين يمثلان العمال و آخرين يمثلان المستخدمين .

- **محكمة النقض** : تعتبر أعلى هيئة قضائية تتشكل من غرف و هي محكمة قانون لا محكمة موضوع و يشمل إختصاصها كامل التراب الفرنسي و مقرها مدينة باريس .

ثانيا: النظام القضائي الإداري و تشكيلته

إن هذا النوع من القضاء [1] يختص بالفصل في المنازعات الإدارية أي تلك التي تنشأ بين شخص طبيعي و شخص معنوي عام ، أو بين الأشخاص المعنوية فيما بينها ، حيث أن القضاء الإداري الذي يعد مهده في فرنسا يتشكل من الأجهزة التالية :

SAHLA MAHLA

- **مجلس الدولة** : يباشر أعمالا قضائية نظرا لأنه يمثل قاضي أول درجة و آخر درجة بخصوص التصرفات الصادرة عن الأجهزة المركزية ، و أنه جهة إستئناف و لكن بإستحداث مجالس إدارية للإستئناف لم يبق له النظر إلا في الإستئناف ضد نتائج الإنتخابات المحلية ، كما يعتبر محكمة نقض في الطعون المقدمة ضد قرارات المجالس الإدارية للإستئناف ، و كذا أحكام المحاكم الإدارية إذا كانت نهائية .

- **المجالس الإدارية للإستئناف** : تنظر في الإستئناف المقدمة ضد أحكام المحاكم الإدارية تم إنشاؤها في **1987/12/31** بموجب قانون إصلاح المنازعات الإدارية[2] و لكن تأخر تنصيبها فمثلا في **1989** نصب مجلس باريس و ليون ، و نانسي ، نانت ، بوردو ، و في **1997** نصب مجلس مرسيليا ، و في **2004** نصب مجلس فرساي .

---

[1]: الدكتور: عيد أحمد الغفلول ، المرجع السابق ، ص170.

[2]: الدكتور: عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، منشأة المعارف بالإسكندرية, 1996, ص81.

- **المحاكم الإدارية** : تختص بالفصل في المنازعات التي تصدر عن الجهات الإدارية المحلية ، حيث أنشأت سنة **1953** ، و يوجد في فرنسا **43** محكمة إدارية.

- **مجلس المحاسبة** : لقد نص عليه دستور فرنسا لعام **1958** في المادة **2/47** : << يساعد مجلس المحاسبة البرلمان في مراقبة عمل الحكومة ... في مراقبة تنفيذ قوانين المالية ... >>> ، حيث يتولى الرقابة على إستخدام المال العام ، و يعيد النظر في الميزانيات العامة للدولة والمؤسسات العمومية .

- **الغرف الجهوية و الإقليمية للمحاسبة** :يكون نطاق إختصاصها على مستوى إقليم ، و هي نفس الاختصاصات المخولة لمجلس المحاسبة .

- **المجلس التأديبي المالي** : يختص بالنظر في كل الدعاوى المقدمة ضد المسيرين للأموال العمومية .

المطلب الثاني: النظام القانوني والقضائي الألماني

إنه من الصعب أن يتم تشكيل قانون حديثا ، و يصبح مؤثرا في القوانين العالمية الأخرى ولكن بالنسبة للنظام القانوني الألماني نجده قد حقق ذلك رغم أن النازية كانت لها تأثيرات سلبية على العالم و لكن بقيت ألمانيا هي بلد قانون .

SAHLA MAHLA
المصدر الاول للطالب الجزائري

كما أن نظامها القضائي كان مزدوجا حيث شمل القضاء العادي وكذا القضاء الإداري.

الفرع الأول: مراحل تكون النظام القانوني الألماني

إن القانون الألماني و من خلال حركيته التاريخية يصعب رصد مختلف تطوراته على أساس تحول المملكة الجرمانية إلى إمبراطورية عندما أصبح " أتون الكبير " (othon le grand) أمبراطور سنة **962** م و تم تشكيل الأمبراطورية الرومانية الجرمانية الذي يسودها النظام القطاعي فحتما كان يسود في هذه الفترة القانون الإقطاعي و القانون الكنسي .

إن هذه الإمبراطورية بدأت في الإنهيار في منتصف القرن **13** م و نشأت مدن لها إستقلالية ما لبثت أن تحولت إلى مدن حقيقية منذ إنعقاد معاهدة وستفاليا لسنة **1648** م ، و تم سقوط

الإمبراطورية نهائيا على يد الملك النمساوي " فرنسوا الثاني " سنة **1806** .

إن مرحلة الإمبراطورية ساهمت في تطور القانون الألماني[1] و كان ذلك ببطء حيث كان الأمبراطور يدعى بأنه وريث الأباطرة الرومان و بذلك كان يتمتع بإختصاصات واسعة و مطلقة فمثلا " آتون الثالث " الذي حكم من **996** إلى **1002** كان يهدف إلى تحويل الإمبراطورية المسيحية إلى حقيقة سياسية عاصمتها روما و يتم تطبيق القانون الروماني في هذه الأمبراطورية .

لكن لم يكتب له النجاح في أن يحقق ذلك نظرا لأنه لم يمارس الإختصاص التشريعي و سمح بتطبيق قانون جوستنيان ، أما عن إختصاصه القضائي فكان تدخله يقتصر على المنازعات التي يكون فيها الأسياد الإقطاعيين و نظرا للإستقلال النسبي للمدن و الأقاليم فكانت تمارس اختصاصها التشريعي في مسائل معينة كإقرار الضرائب ، و فيما بعد أصبحت هذه الأقاليم مماليك كبرى مثل مملكة بروسيا .

ونشير إلى أن كل قبيلة و كل مدينة كانت تسودها الأعراف و التقاليد بخصوص القانون الجنائي ، لكن بعد صدور أمر " شارل كنت " (charlesquint) عام **1532** تم توحيد العديد من مواضيع القانون الجنائي ، أما فيما يتعلق بقانون الإجراءات الجزائية فكان قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي لعام **1808** هو مرجع معظم المماليك الألمانية .

أما فيما يتعلق بالقانون الخاص فقد كان مصدره العرف[2] ، و في منتصف القرن 18 م تم وضع تقنينات في مجال القانون الخاص فمثلا في " بافاريا " (Baviere) تم وضع تقنين مدني مستلهما من مدرسة القانون الطبيعي عام **1756** م ، و في " بروسيا " (pruss)تم وضع تقنين مدني يتضمن **1700** مادة أصبح ساري المفعول منذ **1794** ، و في **1812** وضعت مملكة ساكسونيا " (Saxonie) قانون مدني جديد .

و بداية من مرحلة الوحدة (**1871**) بدأ التفكير في وحدة قانونية تجسدت في إصدار تقنين مدني ألماني (BGB) حيث نصبت في سنة **1874** لجنة تحضيرية من أجل إعداد قانون مدني ألماني موحد لا تظهر فيه تأثيرات القوانين الموجودة في ألمانيا ، و بتاريخ **1888/01/31** تم نشر المشروع التمهيدي لهذه اللجنة لكن هذا المشروع لقي إنتقادا لاذعا تمثل في أن هذه النصوص

---

[1]: الدكتور : معراج جديدي، المرجع السابق، ص45.

[2]: الدكتور : عصام نجاح، المرجع السابق ، ص102.

وردت غير مفهومة و أنها نظرية ، و أنها أقتبست من القوانين الرومانية ، و البعض أخذ من التقنينات الجرمانية .

و نتيجة لهذه الأسباب تم التخلي عن اللجنة السابقة و نصبت لجنة ثانية من أجل مواصلة المهمة ضمت **22** شخصية من مختلف التخصصات، حيث أعدت هذه اللجنة المشروع سنة **1895** و عرض على البرلمان الذي صوت عليه في **1896** و أصبح ساري المفعول منذ **1900/01/01** .

و هنا نجد بأن التقنين المدني الألماني إتسم بمواصفات و خصوصيات حيث قسم التقنين إلى قسمين : تضمن الأول كل الأحكام بمؤسسات القانون المدني و كان ذلك بمثابة مقدمة عامة ، أما القسم الثاني إحتوى على أربعة أجزاء من الخمسة المكونة للتقنين القديم .

أما من حيث الموضوع فقد أهمل كل الأفكار السياسية و الإجتماعية و تبنى الأفكار المتوافقة مع المذهب الفردي الرأسمالي السائد في ذلك الوقت ، و قد إصطبغ القانون المدني الألماني بتقنية قانونية جديدة خاصة به عكس ما كان يعرفه القانون المدني الفرنسي .

إن معالم النظام القانوني الألماني بدأت تتضح بصدور (BGB) القائم على " الدستورية الألمانية " حيث وجدت سلطتان (سلطة الامبراطور ، و سلطة البرلمان الإمبراطوري) و كانت الدولة فيدرالية (دولة مركبة) و كان للولايات التي تشكل الفيدرالية إختصاصات تشريعية ، وخضعت الإدارة لمبدأ الشرعية عن طريق رقابة القضاء الإداريلكل أعمالها المادية و القانونية ، كل هذا ساهم في تطور النظرية الألمانية في نطاق القانون العام و لا يختلف الأمر في نطاق القانون الخاص .

SAHLA MAHLA
المصدر الأول للطالب الجزائري

الفرع الثاني : مصادر القانون الألماني

القاعدة القانونية الألمانية تجد مصادرها فيمايلي[1]:

- **التشريع** : حيث له النصيب الأوفر في القاعدة القانونية .

- **القضاء** : على الرغم من أنه يطبق القواعد القانونية لكن في بعض الحالات يقوم بإنشاء قواعد قانونية .

---

[1]:الدكتور: محمود إبراهيم الوالي ، المرجع السابق ، ص76

- **العادة** : للقاضي دور فعال و مهم في ذلك .

- **الفقه** : سيطر خلال مدة طويلة على مصادر القانون إلى أن حل محله التشريع .

- **المبادئ العامة** : و هي من إسهامات القضاء لأن هذه المبادئ غير منصوص عليها في القانون.

إن التشريع يعد قاعدة مكتوبة عامة و مجردة و ينقسم إلى : الدستور الذي ينظم الحقوق و الحريات الأساسية و يعبر عن إرادة المجتمع ، حيث أن الدول التي تنتمي إلى الشريعة اللاتينية الجرمانية تسبق الدستور على المعاهدات . و هناك التقنينات التي تنظم بعض القطاعات و تضم التشريعات الخاصة و اللوائح و المراسيم التي تصدرها السلطة التنفيذية لتفسير النصوص القانونية الصادرة عن السلطة التشريعية .

أما المصادر العرفية فتحتل مرتبة بعد التشريع في ظل هذه الشريعة و أن كل الأعراف يتم تدوينها اليوم مثل التشريع ، كل ما في الأمر أن هذه الأعراف تصدر عن الغرفة التجارية أو الجمعيات الدولية للقانون البحري .

SAHLA MAHLA

و أما المصادر التفسيرية فتتمثل في الإجتهادات القضائية الممنوحة للقاضي من خلال تفسير القواعد القانونية[1] حيث يمكن للقاضي أن يستعين بمبادئ القانون الطبيعي و مبادئ العدالة عندما يعوزه الحكم في التشريع أو العرف ، و يستطيع المتقاضي ممارسة حقه في الطعن في الأحكام الصادرة ضده أمام جهة القضاء التي تعلو الجهة التي أصدرت الحكم المطعون فيه و تستطيع جهة القضاء العادي و الإداري أن تراقب مدى صحة تطبيق القانون و تصدر إجتهادات قضائية لكنها غير ملزمة في قضايا أخرى .

الفرع الثالث: النظام القضائي الألماني

إن الفقه يرى بأن النظام القضائي الألماني يختلف نوعا ما عن غيره من التنظيمات القضائية المعروفة في فرنسا حيث يضم النظام القضائي الألماني العديد من التنظيمات تشمل القضاء العادي و هو بدوره يتكون من هيئات قضائية، و التنظيم القضائي الإداري ، و القضاء الدستوري ، و القضاء الإجتماعي و القضاء العمالي ، و القضاء المالي .

---

[1]: الأستاذ: علي بن غانم ، المرجع السابق ، ص58 .

أولا: النظام القضائي العادي وتشكيلته

إن القضاء العادي يتولى الفصل في كل النزاعات التي تقوم بين الأفراد أو بين الأشخاص المعنوية الخاصة، و عموما فإن تشكيلة هذا النظام هي كما يلي :

- **محاكم المقاطعات** : هي عبارة عن جهة قضائية قريبة من المتقاضين و قليلة التكلفة ، تتولى الفصل في النزاعات المدنية التي لا تزيد عن **500** أورو ، أو في المنازعات الإستعجالية مهما كانت قيمتها المالية ، و تختص بالفصل في مسائل إثبات النسب ، الزواج كما أنها تتولى الفصل في النزاعات الجزائية و خصوصا في الجرائم التي لا تتعدى عقوبتها أربعة سنوات حبسا .

- **المحاكم الجهوية** : إن هذه المحاكم تفصل في النزاعات المدنية و الجزائية باعتبارها محكمة أول درجة ، و مرة أخرى لكونها محكمة إستئناف .

- **المحاكم الجهوية العليا** : على العموم يكون دورها محاكم إستئنافية و هي مقسمة إلى غرف إختصاصها يشمل المسائل المدنية و المسائل الجزائية حيث أن عددها في ألمانيا هو 24 محكمة جهوية عليا .

- **المحكمة الفيدرالية العليا** : هي محكمة قانون لا محكمة موضوع إلا في حالات إستثنائية ، وتعد أعلى هيئة قضائية في ألمانيا مقسمة إلى غرف حيث أنها تضم **12** غرفة مدنية ، **5** غرف جزائية، **8** غرف خاصة لها مجالات متخصصة متعددة مثل المنازعات المتعلقة بالتوثيق ، والمنازعات المتعلقة بالفلاحة و المنازعات المتعلقة بالبناء ...

SAHLA MAHLA

ثانيا : النظام القضائي الإداري و تشكيلته

إن القضاء الإداري مجاله معروفا بالنظر إلى المعيار العضوي في النزاع ، و بالرجوع إلى هذا النوع من التنظيم القضائي فإنه يتشكل من ثلاثة درجات [1]:

- **محاكم إدارية درجة أولى.**

- **محاكم إدارية درجة ثانية تختص بالنظر في الإستئناف .**

[1]: الدكتور: عصام نجاح, المرجع السابق, ص106.

– **المحكمة الفيدرالية الإدارية** و تعد درجة ثالثة للنظر في الطعن بالنقض ، إن هذه الهيئات الثلاثة المشكلة للقضاء الإداري تفصل في كل النزاعات المتعلقة بالقانون العام ماعدا النزاعات الدستورية أو الجبائية .

ثالثا : القضاء الدستوري

نظرا لتمتع كل الولايات في ألمانيا بالإستقلال الدستوري فإن المحكمة الدستورية الفيدرالية لا تمثل أعلى الهرم للهيئات القضائية الدستورية و مع ذلك فإن قراراتها تحظى بالقبول و لها نفس القيمة على مستوى الجهات المقررة لها على مستوى الفيدرالية والعكس ليس صحيح فان الهيئات القضائية الدستورية على مستوى الولايات لا تتعدى حدود الولاية الواحدة .

إن المحكمة الفيدرالية الدستورية تضم **16** قاض موزعين بالتساوي على غرفتين تتصدى للنزاعات المتعلقة بعلاقة السلطات العامة فيما بينها ، و مراقبة دستورية القوانين ، و دعاوى الأفراد التي ترمي إلى حقوقهم .

رابعا: القضاء العمالي و الإجتماعي

إن القضاء العمالي يتكون من محاكم درجة أولى ، و محاكم عليا للعمل للإستئناف ، ومحكمة فيدرالية للعمل (محكمة النقض) حيث أن هذه الهيئات تتكون من غرف تنظر في كل النزاعات الفردية و الجماعية للعمل ، كما أن القضاء الإجتماعي يشبه القضاء العمالي فهناك محاكم درجة أولى ، و محاكم عليا للمنازعات الإجتماعية للاستئناف ومحكمة فيدرالية للمنازعات الاجتماعية تنظر هذه الهيئات في كل النزاعات المترتبة عن تطبيق قانون الضمان الإجتماعي[1].

SAHLA MAHLA
المصدر الأول للطالب الجزائري

خامسا: القضاء المالي

إن القضاء المالي يراقب مدى شرعية قرارات الإدارة الجبائية من خلال الفصل في المنازعات الضريبة التي ترتبط بالإختصاص التشريعي للفيدرالية .

إن هذا القضاء يتكون من درجتين على خلاف ما هو معروف في القضاء العادي ، و في القضاء الإداري حيث يشمل محاكم مالية ، و هي عبارة عن محاكم عليا للجهات ، و محكمة فيدرالية .

---

[1]: الدكتور : عصام نجاح، المرجع السابق, ص108.

المبحث الثاني: العائلة (الشريعة) القانونية الأنجلوساكسونية

إذا كانت العائلة اللاتينية الجرمانية تعد إحدى الأنظمة القانونية الكبرى[1]، فإن العائلة القانونية الأنجلوساكسونية هي الأخرى تشكل النوع الثاني من الأنظمة القانونية الكبرى ، حيث أن القانون اللاتيني يختلف عن القانون الأنجليزي حيث أن الأول هو مجموعة من القواعد المحددة من حيث الموضوع الحلول الواجب إتخاذها بخصوص كل المسائل المتعلقة بها ، بينما القانون الأنجليزي هو عبارة عن مجموعة من القواعد الشكلية (الإجرائية) الواجبة الإتباع لكي يعطي القضاة حلولا للمنازعات المطروحة أمامهم .

وإن كانت القوانين اللاتينية تشترك مع القوانين الأنجلوساكسونية من حيث الفكر الفلسفي والسياسي الذي يقوم عليه المجتمع ، و هي تقديس الملكية الفردية و إعتناق النظام الرأسمالي ، و تأثرهما بالقانون الكنسي ، إلا أنها يختلفان في العديد من المسائل منها التطور التاريخي ، و البناء القانوني و مصادره ، و قد أخذت بالنظام الأنجلوساكسوني كلا من المملكة المتحدة ، دول الكومنولث ، الولايات المتحدة الأمريكية

المطلب الأول: النظام القانوني و القضائي الأنجليزي

SAHLA MAHLA
المصدر الأول للطالب الجزائري

إن معرفة النظام القانوني و القضائي الأنجليزي يتطلب دراسته من الناحية التاريخية و معرفة خصائصه ، و تحديد مختلف مصادره ، و أن الجهاز القضائي في إنجلترا يشمل نوعين من الهيئات القضائية (هيئات قضائية عليا ، هيئات قضائية دنيا)

الفرع الأول: ظهور القانون الأنجليزي و تطوره

إن بداية تبلور معالم القانون الإنجليزي كانت في منتصف القرن الحادي عشر ميلادي (**11**م)، بعد غزو إنجلترا عام **1066** من طرف " غيوم الغازي " أو الفاتح (Guillaume le conquèrant) إنطلاقا من منطقة " النورمندي " بفرنسا .

و بعد إحتلال إنجلترا من طرف هذه الشخصية قام بتكليف قضاة متنقلين عهد إليهم مهمة الفصل في المنازعات التي تتعلق بالأمن و سلامة الدولة[2] حيث كان " الكومن لو " عبارة عن

---

[1]: الدكتور: معراج جديدي, المرجع السابق, ص13.

[2]: الدكتور : معراج جديدي ،نفس المرجع ، ص14.

حلول إجرائية ، و هذا ما ظهر من خلال الوثائق التي كانت متواجدة بأرشيف المحاكم الذي يرجع إلى القرن الحادي عشر ميلادي (مصنف القرارات القضائية مكتوب باللغة النورماندية ، و مؤلفات لكل من قلانفيل ، و براكتون) .

إن هذه الوثائق تبرز بأن " الكومن لو " هو مجموعة من القواعد الإجرائية التي تطورت في فترات لاحقة و هذه سمة القانون الأنجليزي ، ثم تطورت هذه القواعد و أصبحت تبحث عن حلول لمنازعات موضوعية .

إن القضاة الذين عينهم الملك أوجدوا سوابق قضائية موحدة في كامل إنجلترا منافسة لكل الهيئات القضائية التي كانت قائمة قبل الغزو النورماندي و التي بقيت موجودة دون المساس بها من قبل هؤلاء القضاة المتنقلون مثل القضاء الشعبي الذي كان يطبق الأحكام العرفية ، و قضاء الإقطاع (الأسياد) الذي كان يطبق القانون الإقطاعي ، و قد عمل القضاة المتنقلون على إبتكار حلول عادلة مع مراعاة مصلحة الأطراف المتخاصمة ، و المصلحة العامة و ما تستوجبه من إستقرار في المعاملات ، أما من حيث صياغة هذه الحلول تقنيا فلم يكن هؤلاء القضاة يخضعون لقيد بل لهم سلطة تقديرية واسعة في تطبيق الأعراف ، و قواعد القانون الروماني و القانون الكنسي مما أدى إلى إبتكار حلول كثيرة ، و نشير إلى أن إنجلترا لم تتأثر كثير بالقانون الروماني رغم المدة الطويلة التي سيطرت فيها الأمبراطورية الرومانية حيث يرجع الفقه عدم التأثر الشديد بالقانون الروماني إلى عدم إقتناع القضاة الملكيون المتنقلون بالحلول المقدمة من قبل هذا القانون ، و من جهة ثانية كان القانون الروماني يقدم على أنه قانون خاص لكن " الكومن لو " سيطر عليه موضوعات القانون العام و أن القانون الروماني سيماته كانت تظهر في الدول التي تأثرت به في الحلول الموضوعية ، أما القانون العام الإنجليزي فكان في مراحل نشأته قانون إجرائي .

و في مرحلة أخرى عجز " الكومن لو " عن إيجاد حلول للمنازعات فأصبح الملك هو الذي يقضي بحلول أكثر عدالة و يخالف فيها ما تحكم به محاكم " الكومن لو "، و مع تزايد القضايا أصبح من المستحيل أن ينظر فيها الملك فوكل مستشار ملكي (ضمير الملك) و كان هذا المستشار هو الذي يفصل في النزاعات لكونه حامل أختام الدولة و لكونه تلقى تكوينا كنسيا و من هنا تكونت قواعد العدالة [1]التي يرجع الفضل في إيجادها إلى المستشار الملكي ، و هي قواعد حديثة بسيطة تطبق على النزاع و حلت هذه القواعد محل قواعد الكومن لو حيث صدرت في شكل قرارات قضائية .

---

[1]: الدكتور عبد الرزاق بن خروف، المرجع السابق ، ص133.

SAHLA MAHLA
المصدر الأول للطالب الجزائري

و في مرحلة أخرى أصبح المستشار قاضيا و برزت قرارات قضائية كأنها محكمة " الكومن لو " و في نهاية القرن السادس عشر ميلادي (16م) أصبحت محكمة المستشار هيئة قضائية مقرها قصر " واست مانستر" ، إلى أن وصلت قواعد العدالة في مرحلة أخرى مهددة لقواعد " الكومن لو " و هنا برز العداء الشديد بين أنصار النظامين حيث قال أحدهم : إن العدالة شيء كريه ... وهي متعلقة بضمير الملك ورد الآخر : بأن قانون " الكومن لو " يتضمن مقاييس للإفتخار بها .

و سبب هذا العداء هو الإعتبار السياسي حيث تعبر المحكمة المستشارية عن الملكية المطلقة أما محاكم " الكومن لو " المستقلة عن الملك في القرن **16**م تمثل المبادئ الديمقراطية[1]، وأصبحت هذه المحاكم تمارس نوعا من الضغط على محاكم قواعد العدالة و اشتد الصراع بينهما في عهد الملك " جاك الأول " و هو من عائلة " ستيوارت " الأسكتلندية حكمت إنجلترا و إسكتلندا من **1603** إلى **1714** ، و قد ورث هذا الملك من سابقه مفهوم السلطة المطلقة .

وخلال هذه الفترة كان المستشار هو اللورد " آل سمير " أما القاضي الرئيسي لمحاكم " الكومن لو " هو " إدواردكوك" ، و أن كل ما تصدره المحاكم الإستشارية من قرارات لا تنفذ إذا رفض المعني ذلك بل تتدخل محاكم " الكومن لو " و تجبر كل من تقاعس عن تنفيذ هذه القرارات و قد يصل الأمر إلى حبسه .

SAHLA MAHLA

و في **1616** لم تعد محاكم " الكومن لو " تجبر كل من تقاعس عن تنفيذ قرارات محاكم قواعد العدالة ، و أن التعدي من الشخص المطلوب منه التنفيذ على عون المستشار القائم بالتنفيذ هو دفاع شرعي و لو توفي المكلف بالتنفيذ و هنا تدخل الملك لردع محاكم " الكومن لو " و أصبح المستشار منتصرا و لكنه قبل في **1621** بأن تكون قرارات المحكمة المستشارية قابلة للطعن أمام مجلس " اللوردات " و هي أعلى هيئة لدى " محاكم الكومن لو " .

و حصلت هدنة قانونية بين محاكم قواعد العدالة التي توقفت عن توسيع إختصاصاتها على حساب محاكم " الكومن لو " و هذه الأخيرة وافقت على بقاء قواعد العدالة مستمرة و حصل تفاهم بين النظامين القضائيين و أصبح القانون الشامل الأنجليزي " الكومن لو " يشكل القسم الرئيسي من هذا القانون بالاضافة إلى قواعد العدالة التي أعيد ترتيبها في بداية القرن **19**م من طرف اللورد "إلدون" .

---

[1]: الدكتور : عصام نجاح ، المرجع السابق ، ص67.

و قد تم تحديث القانون الإنجليزي [1] بداية من عام **1832** و ظهر القانون المكتوب على أساس أن عصرنة المجتمع و تحسين القانون لا يتم إلا عن طريق التشريع و بذلك تم التصويت على العديد من القوانين أمام البرلمان حيث جاءت بعض القوانين بالحلول الموضوعة من قواعد " الكومن لو " (قانون البيوع سنة **1839** م). و بذلك أصبح التشريع المكتوب يحتل مكانة في النظام القانوني الأنجليزي و برزت حركة التقنين و أصبح القانون المكتوب مقبولا لدى القانونيين الأنجليز[2]، و تم إصلاح العدالة و القواعد الإجرائية بالموازاة مع القانون المكتوب و استمرت الإصلاحات و التعديلات إلى نهاية القرن العشرين **(20م)** من أجل تسهيل الإجراءات فمثلا في**1985** تم إنشاء نيابة عامة على النمط الأنجليزي ، و تم تحديد الأدلة الواجب إعتمادها في القضايا المدنية و التجارية و الأدلة الواجبة في القضايا الجزائية و بين الإختلافات بينهما .

وبناء على ما سبق يمكن أن نقول بأن القانون الأنجليزي مر بالعصر الأنجلوساكسوني ثم بالفتح النورماندي ثم عصر الكومن لو و بعدها ظهر نهج العدالة مع الكومن لو و استمر على هذا الوضع.

الفرع الثاني: خصائص القانون الإنجليزي

إن القانون الأنجليزي يتميز بالعديد من الخصائص يمكن إجمالها في نقاط محددة وفق ما توصلنا إليه من بحث و هي :

SAHLA MAHLA
المصدر الأول للطالب الجزائري

– عدم معرفة تاريخ بداية القانون الأنجليزي بدقة حيث ذكر الباحثون في هذا القانون أنه مجهول البداية مقارنة بغيره من القوانين كالقانون الروماني ، حيث أن هذا القانون ليس له معالم تدل على بدايته .

– عدم تقنين هذا القانون بل هو أعراف غير مدونة أو مكتوبة .

– عدم التفرقة بين القانون العام و القانون الخاص في ظل هذا النظام بخلاف النظام اللاتيني الجرماني ، بل أن القانون الأنجليزي يقوم على ما يسمى " الكومن لو " و قواعد العدالة ، كما أن هذا القانون لا يعترف بالشخصية المعنوية للدولة فالدولة تمثل أعلى نموذج للهيئة التي يجب أن يخضع لها القانون العام فلا يوجد القضاء الإداري كمجلس الدولة الفرنسي بل هناك القضاء العادي الذي ينظر في كل القضايا العامة و الخاصة .

---

[1]: الدكتور : عبد الرزاق بن خروف ، المرجع السابق ، ص138.

[2]: الدكتور : محمود إبراهيم الوالي ، المرجع السابق ، ص81.

– إعتماده على نظام السابقة القضائية[1] و إعتبارها المصدر الأول من مصادر القانون و بالتالي وجوب تطبيق القاعدة العرفية التي إعتاد الناس عليها و بذلك يكون القاضي مسؤولا عن تطبيق قاعدة عرفية سبقه إليها حكم قضائي سابق لأن ذلك الحكم يجسد تلك القاعدة العرفية .

– غلبة الطابع الإجرائي من أجل ضمان الحريات و العدالة و إستمرارها .

– إرتباط القانون بالنظام السياسي حيث أن القانون الأنجليزي فرض وجوده على الكيان السياسي و الوضع الدستوري في الدولة و هذا من أجل رعاية الأفراد الذين بقوا متمسكين بالأعراف التي ورثوها عن أوضاعهم .

– عدم التأثر الشديد بالقانون الروماني .

– يتميز القانون العام الإنجليزي بنظام " الترست " و هو نظام لا يعرفه النظام اللاتيني الجرماني ، و هو نظام خاص يقوم على تواجد ثلاثة **(03)** أشخاص : الأمين الذي يتسلم أموالا لإدارتها وتسييرها من شخص ثاني هو المستأمن حيث أن هذا الأخير يسلم للأمين أموالا من أجل إدارتها ، المستفيد الذي قد يكون شخصا طبيعيا أو معنويا مثل نظام تصفية الشركات و التركات .

– لا يعرف القانون العام الأنجليزي التفرقة بين القانون المدني و القانون التجاري فكلاهما مدمج في مجموعة واحدة إنها المجموعة المدنية .

SAHLA MAHLA

– عدم إهتمام القانون الأنجليزي بالجوانب النظرية بل يركز على الجوانب العلمية و الأمر على خلاف ذلك في القانون اللاتيني الجرماني فالقاضي أو المحامي في القانون الأنجليزي عند ممارسته للقضاء أو المحاماة لا يشترط فيه الحصول على شهادات في العلوم القانونية بل يجب أن تكون له خبرة في المجال العلمي أما في النظام اللاتيني الجرماني فإنه يرتكز على الشهادة العلمية كشرط أساسي لممارسة هذه الوظائف و لا يكتفي بالخبرة إذ القانون الأنجليزي بمعناه الحديث نشأ نشأة قضائية .

– يتميز القانون العام الأنجليزي بوجود القانون العام " الكومن لو " و قواعد العدالة التي تعني مجموعة القواعد التي تكونت خلال القرنين الخامس عشر و السادس عشر حيث إستخلصها وطبقها قضاء المستشار الملكي من أجل تصحيح نظام القانون العام الإنجليزي.

---

[1]: الدكتور : معراج جديدي، المرجع السابق، ص15.

الفرع الثالث: مصادر القانون الأنجليزي

إن مصادر القانون الأنجليزي تتمثل فيما يلي[1] :

- **الأحكام القضائية** : و هي عبارة عن سوابق قضائية حيث لا تعتبر سوابق إلا إذا توافر فيها ما يلي : إن الأحكام الصادرة عن محكمة الإستئناف تعد سوابق ملزمة لكل أنواع المحاكم حيث تعد سوابق تلزم المحكمة التي أصدرتها و تلزم ما دونها من المحاكم ، أما الأحكام الصادرة من محكمة العدل العليا فهي أحكام تعتبر سوابق للمحاكم الدنيا و لكن ليس من الضروري الإلتزام بها و لكن لها قيمة معنوية كبيرة و غالبا ما تميل إليها الدوائر المختلفة لهذه المحكمة .

- **التشريع** : لقد إحتل التشريع المرتبة الثانية بعد السوابق القضائية في كونه مصدرا للقانون الأنجليزي حيث أن التشريع المكتوب أصبح سمة القانون الأنجليزي ، كما أن القانونيين أصبح لا يزعجهم تقنين القوانين حيث كانوا في السابق يعتمدون على السوابق القضائية ، و العرف و تم التصويت على العديد من التشريعات في البرلمان ، كما أن القانون الأنجليزي لا يفرق بين القوانين العادية و القوانين الدستورية ، و لا وجود لفكرة الرقابة على دستورية القوانين فبريطانيا ليس لديها دستور مكتوب .

- **العرف** : يحتل العرف المرتبة الثالثة ضمن مصادر القانون الأنجليزي حيث ساهم العرف في الماضي في تكوين قواعد " الكومن لو " ، أما حاليا فإن كل الأعراف تم تقنينها ، و القانون الأنجليزي هو قانون مكتوب و مقنن و هناك من يقرر حكما بأن القانون الأنجليزي لم يكن أصلا عرفيا بل كان قضائيا و رأينا كيف قضت قواعد " الكومن لو " على القواعد العرفية ، و كيف توسعت صلاحيات المحاكم الملكية و تم إستبعاد النظام الإقطاعي ، و القانون الكنسي ، و الأعراف المحلية[2]

SAHLA MAHLA
المصدر الأول للطالب الجزائري

---

[1]: الدكتور: عبد الرزاق بن خروف، المرجع السابق، ص142.

[2]:الدكتور: عبد الرزاق بن خروف، نفس المرجع، ص152.

الفرع الرابع: النظام القضائي الأنجليزي

لقد رأينا سابقا كيف تم تركيز سلطات الملك و توسع نطاق القضاء الملكي حيث أصبحت المحاكم الملكية تنظر في النزاعات التي كانت تختص بها المحاكم التجارية ، و المحاكم الكنسية معتمدة على التقاليد و الأعراف و تم تغيير كل إجراءات الإثبات و ساد نوعين من المحاكم أولاهما المحاكم الملكية التي تطبق قواعد " الكومن لو " ، و محكمة المستشار التي تطبق قواعد العدالة ولها كل السلطات في وقف تنفيذ أحكام المحاكم الملكية ، و هنا سادت هذه الإزدواجية إلى **1873** و **1875** حيث صدر قانون قضائي جديد و حد القضاء الأنجليزي ثم أعقبه تعديل في **1971** من أجل إصلاح الهيئات القضائية .

إن الإصلاحات العميقة التي حصلت في أنجلترا مكنت من إيجاد نوعين من الجهات القضائية [1] .

أولا: الجهات القضائية العليا

بمقتضى إصلاحات تم القيام بها من أجل إعطاء مكانة للقضاء أصبح هذا الأخير وخصوصا في الهيئات القضائية العليا يتكون مما يلي:

SAHLA MAHLA

– **المحكمة العليا للعدالة** : تتولى النظر في كل الطعون المقدمة ضد القرارات و الأحكام القضائية التي تصدرها محاكم الدرجة الأولى و الثانية و كذا الدعاوى التي ترفع أمامها بإعتبارها درجة أولى ، تتكون هذه المحكمة من ثلاثة أقسام أسوة بما كان معروفا عن المحاكم العليا " للكومن لو " و"قواعد العدالة " حيث يسمى القسم الأول: قسم كرسي الملكة ويرأسه اللورد (lord) , أما القسم الثاني : فهو قسم المستشارية على رأسه نائب مستشار ، أما القسم الثالث : فهو قسم العائلة ويرأسه قاضي ، إن القسم الأول ينقسم إلى محكمتين محكمة تجارية و محكمة مدنية ، أما القسم الثاني فينقسم إلى محكمتين ، محكمة الشركات ، و محكمة الإفلاس ، أما القسم الثالث فهو قسم الأحوال الشخصية و يختص بالزواج و الطلاق و الوصايا ، حيث يتم الفصل في الدعاوى أمام المحكمة العليا للعدالة بقاضي واحد يمكن أن تساعده هيئة من المحلفين عند الحاجة و يتم إستئناف هذه الأحكام أمام محكمة الإستئناف .

---

[1]:معراج جديدي، المرجع السابق ، ص17 ، 18.

تعقد هذه المحكمة جلساتها في لندن أو في المقاطعات الأخرى و لكن العادة جرت على إنعقاد جلساتها في لندن ، يوجد فيها حوالي **100** قاض فقط أغلبهم محامين يتم تعيينهم مباشرة أو كقضاة بعد سنتين من العمل في المحاكم الأدنى درجة .

– **محكمة أو مجلس التاج** : تم إنشاؤها في **1971** بمقتضى تعديلات على القانون القضائي ، وتفصل هذه المحكمة في المواد الجزائية تعقد جلساتها في لندن كما أنها تستطيع عقد جلساتها في **90** مركزا موزعة على البلاد .

– **محكمة الاستئناف** : تختص بالنظر في الاستئناف المرفوع أمامها من المحاكم الدنيا ، والمحكمة العليا للعدالة ، و هي محكمة واحدة مقرها في لندن و لها أن تعقد جلساتها في مناطق أخرى ، حيث أنها تتكون من قسم مدني يتولى النظر في الإستئناف ضد الأحكام الصادرة عن محاكم الدرجة الدنيا و أحكام المحكمة العليا للعدالة ، و قسم جزائي يتولى النظر في الإستئناف ضد الأحكام الصادرة عن محكمة التاج و تضم **37**قاضيا حيث يتم عقد جلسات القسم الجزائي بقاضيين ، أما جلسات القسم المدني فيتم عقده بثلاث إلى خمس قضاة حسب القضايا المعروضة.

– **غرفة اللوردات** : يتولاها قضاة معينون هم النبلاء و بعدها يتحصلون على لقب " اللورد " و بدء من **2005** أصبحت تدعى المحكمة العليا للملكة المتحدة على أن يكون نشاطها فعليا في **2009** و أصبح لديها وظيفة قضائية فقط بعدما كانت تمارس وظيفة تشريعية [1] ، يتم تعيين هؤلاء القضاة من طرف الحكومة و يستطيع البرلمان عزلهم ، تتولى هذه المحكمة النظر في الإستئناف المقدم ضد قرارات محكمة الإستئناف و كذا الإستئناف المقدم ضد أحكام المحكمة العليا دون اللجوء إلى محكمة الإستئناف إذا كانت للقضية أهمية حيث أن عدد هذه الإستئنافات قليلة حيث لم يسجل من **1999** إلى **2001** إلا **8** حالات .

أما في **2005** فأصدرت المحكمة العليا **80** قرارا منها **65** قرارا متعلق بالإستئناف ضد أحكام محكمة الاستئناف، و**11** قرار متعلقة بالاستئناف ضد أحكام محكمة الدورية الاستكتلندية ، و قرارين متعلقين بالإستئناف ضد حكم محكمة الإستئناف الإيرلندية ، و قرارين متعلقين بالإستئناف ضد حكم المحكمة العليا للعدالة .

---

[1]: الدكتور عصام نجاح، المرجع السابق، ص75.

SAHLA MAHLA

ثانيا: الجهات القضائية الدنيا

ان الهيئات القضائية الدنيا هي على نوعين حسب[1] اختصاصها:

-**هيئات قضائية مختصة في المواد المدنية:** في كل البلاد يوجد **220** محكمة ابتدائية (إنجلترا) حيث تتشكل هيئة المحكمة من قاضي واحد، حيث أن المواد المدنية مقسمة بين المحاكم الابتدائية والمحكمة العليا للعدالة حيث يتحدد اختصاصهم وفقا للأهمية المالية محل النزاع.

-**هيئات قضائية مختصة في المواد الجزائية:** تقوم بالفصل في القضايا الجزائية بواسطة مواطنين عاديين يدعون "**قضاة الصلح**", يتولى القضاة البحث عن أدلة الاتهام ضد المتهم وعند تمكنهم من الحصول على ذلك يتم تقديم المذنب المرتكب لجرائم خطيرة الى محكمة التاج, لكن المتهم يفضل أن يحاكم من طرف "**قضاة الصلح**" بشرط اعترافه بأنه مرتكب للجريمة وهنا يضمن لنفسه عقوبة محددة عكس حكام محكمة "**التاج**" التي تتكون من القاضي وهيئة المحلفين والتي قد تكون عقوبتها أشد من عقوبة محكمة الصلح ويتم استئناف أحكام محاكم القضاة أمام محكمة التاج أو أمام محكمة العدل العليا, أما في المنازعات الإدارية فلا وجود لجهات القضاء الإداري بل المحاكم العادية (المحاكم الابتدائية, الهيئات القضائية العليا) هي التي تتولى مراقبة كل التصرفات المادية والقانونية التي تباشرها الأشخاص المعنوية العامة مع الاشارة الى أن هناك جهات قضائية استثنائية تتولى الفصل في كل المنازعات التي تحصل بين الادارة والمواطنين, وهنا يختلف النظام القضائي اللاتيني- الجرماني عن النظام القضائي الأنجليزي حيث أن الأول فيه قضاء مزدوج شكلا وموضوعا, اما الثاني فيه قضاء موحد حيث أن القضاء العادي[2]هو الذي يفصل في القضايا التي تكون فيها الأشخاص المعنوية العامة طرفا ويطبق القانون الخاص على المنازعة.

SAHLA MAHLA

المطلب الثاني: النظام القانوني والقضائي الأمريكي

ان النظام القانوني الأمريكي وان كان يرتبط بالقانون العام الأنجليزي الا أن هناك اختلاف بينهما، حيث أن النظام القانوني الأمريكي يعد نظام معقد اذ هو نظام فيدرالي يحتل فيه الدستور مكانة بارزة اذ يحكم الدولة الفيدرالية والولايات المشكلة لها، وهنا يكون هذا النظام القانوني يتكون

---

[1]:الدكتور : محمد إبراهيم الوالي، المرجع السابق، ص84,83.

(2):الدكتور :محمد حسين منصور ،المدخل إلى القانون ،الكتاب الأول ،القاعدة القانونية،دار النهضة العربية،بيروت، 1995،ص227.

من أكثر من تنظيم قانوني معين وهذا ما يجعل أيضا النظام القضائي متعدد الأول محلي يرتبط بالولايات والثاني وطني مرتبط بالاتحاد الفيدرالي.

ان الدستور الأمريكي من أقدم دساتير دول العالم وضع عام **1787**م وخضع لتعديلات جزئية وبدايته تعود الى المرحلة الاستعمارية البريطانية لأمريكا عام **1607**م وانتهت بتحالف **13** مستعمرة أعلنت استقلالها عام **1776** وتبنت دساتير كدول مستقلة وفي **1777** تبنى المؤتمر الذي يضم ممثلين عن الولايات المتحالفة لأجل تجسيد الاستقلال ميثاقا ينظم عمل حكومة التحالف وقواعد جامعة للولايات.

وبمجرد استقلال الولايات الأمريكية لم يكن هناك دافع لمواصلة تحالفها نظرا للعديد من العوامل التي تفرقها أكثر مما تجمعها (اختلاف السكان, التنافس التجاري, عادات وتقاليد مختلفة, حدود متباعدة) ولكن هناك من رأى ضرورة اتحاد الولايات وسعت لبقائه من خلال اعداد دستور فيدرالي تم التصويت عليه في مدينة "**فيلادلفيا**" بولاية "**بنسلفانيا**" حيث جاء هذا الدستور بأحكام تنظم عمل المؤسسات الفيدرالية, وعلاقة الاتحاد بالولايات المكونة له ولكن لكل ولاية مجلس تشريعي وحاكم للولاية ونظام قضائي, ويوجد على المستوى الوطني سلطة تشريعية (الكونجرس) المكون من غرفة الممثلين المنتخبين من كل ولاية, وغرفة الشيوخ (السناتور) المشكلة من ممثلين اثنين لكل ولاية مهما كان عدد سكانها[1].

SAHLA MAHLA

وفي القرن السابع عشر هاجر الأنجليزيون الى أمريكا لكونها أراضي اكتشفت حديثا حيث تأثرت "**بالكومن لو**" وعندما استقر الانجليز في أي منطقة لا يطبق فيها أي قانون أوربي طبقوا قانونهم الذي حملوه معهم ولكن هذا القانون لم يطبق لعدة ظروف (عدم وجود قضاة متخصصون، صراع الأنجليزيين مرة مع قبائل الهنود الحمر، ومرة مع الأزمات والمجاعة...) هذا ما جعل بعض الفقه يرى بأن العامل المساهم في تشكيل القانون الأمريكي هو الجهل.

ولكن عند قيام الثورة الأمريكية عام **1776** بتحالف **13** مستعمرة ضد الوجود البريطاني في أمريكا بدأت كراهية القانون الأنجليزي تنتشر وعندما استقلت هذه المستعمرات وتحولها الى ولايات مشكلة للاتحاد الفيدرالي الأمريكي تم استبعاد قانون "**الكومن لو**" وتعويضه بقواعد التحكيم, ولكن في النهاية كان هناك تأثير كبير بقانون "**الكومن لو**" من خلال تأثيرات الفقهاء وتجسيد ذلك خلال

---

[1]: الدكتور: عصام نجاح، المرجع السابق، ص80,78.

ظهور كتابات عالمين أعلام القانون الأمريكي هما "**كينت**" (kent)و "**ستوري**" (story) أظهر إيجابيات "لكومن لو" وظهرت حركة واسعة تقبل تبني "**الكومن لو**" بشرط تدوينه.

وتم تقنين الإجراءات المدنية وتبنته **25** ولاية أمريكية وتقنين العقوبات وتقنين الإجراءات الجزائية.

ان الوقوف على معرفة النظام القانوني والقضائي الأمريكي يتطلب دراسته من الناحية التكوينية (تشكله), ومعرفة خصائصه, وتحديد مختلف مصادره بالإضافة الى ابراز التنظيم القضائي للولايات, وكذا التنظيم القضائي الفيدرالي ثم معرفة اختصاصات كل هيئة قضائية على حدى.

الفرع الأول: خصائص قانون الولايات المتحدة الأمريكية

ان قانون الولايات المتحدة الأمريكية تأثر بالقانون العام الأنجليزي من عدة نواحي (المصطلحات، التقسيمات....) ولكن مع تطور المجتمع الأمريكي عبر مراحل مختلفة أخذ يستقل أو ينفرد عن النظام القانوني الأنجليزي نظرا لاختلاف الأنظمة السياسية بين الدولتين. ولهذا نجد بأن هذا القانون يتميز بما يلي (1):

-ازدواجية القوانين: حيث هناك القانون الفيدرالي وقانون الولايات لكون الولايات المتحدة الأمريكية دولة اتحادية وفيها من القوانين ما يصدر عن السلطة الاتحادية، ومنها ما يصدر عن الولايات، حيث أن الدستور يحدد المسائل التي تتولى الولايات المتحدة بتنظيمها، والمسائل التي يتولى الاتحاد بتنظيمها.

SAHLA MAHLA
المصدر الأول للطالب الجزائري

-وجود دستور مكتوب ينظم الصلاحيات والسلطات المختلفة المركزية وعلى مستوى الولايات.

-المفهوم الخاص لسيادة القانون اذ أن النظام السياسي للدولة لا يعد أسمى من نظامها القانوني أو خارجا عنه بل أن النظام السياسي هو أحد الجوانب المتعددة للنظام القانوني نظرا لسمو القواعد القانونية أمام محاكم الدولة على كل المبادئ والتعاليم الأخرى، ونظرا لاستقلال القضاة في تطبيقهم للقانون.

-وجود نظام رقابة المحاكم على دستورية القوانين لكون أن الولايات المتحدة الأمريكية تعتمد على الأحكام التي يتضمنها الدستور.

(1) : الاستاذ : راجي عبد العزيز، القانون المقارن، محاضرات لطلبة السنة الرابعة ليسانس، معهد الحقوق و العلوم الاداري، المركز الجامعي، خنشلة، السنة الجامعية 2005/2004،ص15.

الفرع الثاني: مصادر قانون الولايات المتحدة الأمريكية

ان قانون الولايات المتحدة الأمريكية يكاد يتشابه مع القانون الأنجليزي من حيث المصادر، لكن هناك اختلافات فيما بينهما من حيث المصادر، حيث أن هذا القانون مصادره هي كما يلي[1]:

-**القضاء:** يعد مصدرا لقانون الولايات المتحدة الأمريكية حيث أن النظام القضائي في أمريكا مزدوج المحاكم الاتحادية ومحاكم الولايات.

-**التشريع:** يعد الدستور من أهم المصادر التشريعية ثم القوانين التي تصدرها السلطة البرلمانية (الكونغرس) , والسلطات التشريعية للولايات, ان دستور الولايات المتحدة الأمريكية هو من الدساتير المكتوبة التي كرست مبدأ الرقابة على القوانين وهي مبدأ رقابة القضاء على دستورية القوانين, وأنه دستور جامد في تعديله مرن في تفسير أحكامه.

-**الفقه:** دستور الولايات المتحدة الأمريكية يضع المبادئ العامة دون تفاصيل ومن ثم يتدخل الفقه لكي يستخلص التفاصيل عن طريق عملية التفسير حيث هو دستور يتولى الفقه تفسيره، وهذا الدستور وضع لمجابهة كل الأزمات ومن ثمة يجب أن يطول أمده. ومن هنا يكون للفقه دور في تفسيرات الدستور لمجابهة كل المشاكل، والدستور هو الذي يمنح هذه الصلاحية للفقه لكي يكرس اجتهاداته ووضع حلول مناسبة للنزاعات المطروحة.

SAHLA MAHLA
المصدر الأول للطالب الجزائري

الفرع الثالث: النظام القضائي للولايات المتحدة الأمريكية

يسود الولايات المتحدة الأمريكية نظامين قضائيين[2]الأول محلي متعلق بالولايات، والثاني وطني يخص الاتحاد الفيدرالي وهذا ما نوضحه.

أولا: النظام القضائي للولايات

ان لكل ولاية تنظيم قضائي يختلف عن التنظيم القضائي لولاية أخرى، ولكن هناك هيئات متشابهة توجد في أغلب الولايات، ويكون قضاة هيئات النظام القضائي للولايات منتخبون بطريقة مباشرة من قبل الأمريكيين المقيمين في الولاية ماعدا ثمانية **(8)** ولايات يتم فيهم انتخاب القضاة من طرف المجلس التشريعي للولاية مثل ولاية "**فرجينيا**" أو يعينون من طرف حاكم الولاية وتتم المصادقة على ذلك من المجلس التشريعي للولاية مثل ما هو معروف في ولاية "**كاليفورنيا**".

---

[1]: الدكتور: معراج جديدي، المرجع السابق، ص25.26.

[2]: الدكتور: معراج جديدي، نفس المرجع ، ص26.

ان تنظيم القضاء للولايات يشمل ثلاثة أنواع وهي:

-**المحاكم الدنيا:** تنظر في النزاعات ذات الأهمية المحدودة وتشمل المحاكم البلدية المكونة من قضاة محترفين، ومحاكم قضاة السلام تتكون من قضاة منتخبين من الأمريكيين يتمتعون بخبرة إدارية وقضائية.

-**محاكم المنطقة:** هي عبارة عن محاكم من الدرجة الأولى ضمن التنظيم القضائي للولاية ويشمل اختصاصها المسائل المدنية والجزائية تعقد جلساتها بقاضي واحد.

-**المحكمة العليا للولاية:** هي محكمة قانون لا محكمة موضوع تنظر في كل الاستئنافات المقدمة ضد أحكام كل المحاكم الأقل درجة، تضم في تشكيلتها سبعة **(7)** قضاة معينين لمدى الحياة.

ثانيا: النظام القضائي الفيدرالي

ان النظام القضائي الفيدرالي يضم في تشكيلته ما يلي[1]:

-**المحاكم الفيدرالية الجهوية:** تعد أول درجة في التنظيم القضائي الفيدرالي تنظر في النزاعات المدنية والإدارية تتشكل من قضاة معينين لمدى الحياة، يتجاوز عدد هذه المحاكم المائة **(100)** محكمة.

SAHLA MAHLA
المصدر الاول للطالب الجزائري

-**الهيئات القضائية المتخصصة:** هذه المحاكم تتولى الفصل في بعض النزاعات ذات الطابع الإداري ومثالها: محكمة الجمارك الفيدرالية، ومحكمة الضرائب الفيدرالية، ان أحكام هذه الهيئات قابلة للطعن بالاستئناف امام المحاكم الفيدرالية للاستئناف.

-**المحاكم الفيدرالية للاستئناف:** تتمثل مهمتها في النظر في الاستئنافات المتعلقة بالقضايا الفيدرالية، عددها ثلاثة عشر **(13)** محكمة يتم تعيين قضاتها من ذوي المستوى العالي.

-**المحكمة العليا الفيدرالية:** تتشكل من تسعة **(9)** قضاة معينين من قبل رئيس الولايات المتحدة الأمريكية بعد تزكية مجلس الشيوخ لمدى الحياة ولهم حق طلب التقاعد, تختص بالنظر في الطعون المقدمة ضد الأحكام الصادرة عن المحاكم الفيدرالية ومحاكم الولايات اذا كان الأمر يتعلق بتطبيق القانون الفيدرالي, ان المحكمة العليا الفيدرالية تسهر على توحيد التفسيرات المتعلقة بالقوانين

---

[1]: الدكتور: معراج جديد، المرجع السابق، ص26 و الدكتور: عصام نجاح، المرجع السابق، ص85.

الفيدرالية وهذا ما جسده رؤساء المحكمة العليا اذ تركوا بصماتهم مثل القاضي "**مارشال**" الذي ترأس المحكمة العليا من **(1801 الى 1835)**, والقاضي "**وارن**" الذي ترأس المحكمة العليا الفيدرالية من **(1953 الى 1969)**, وتعتبر المحكمة العليا محكمة دستورية تراقب مدى مطابقة القوانين والأحكام القضائية للدستور الفيدرالي(1).

SAHLA MAHLA
المصدر الاول للطالب الجزائري

(1) : الاستاذ : راجي عبد العزيز، المرجع السابق،ص16.

الفصل الثالث

تأثير القانون المقارن على المنظومة التشريعية الجزائرية

SAHLA MAHLA
المصدر الاول للطالب الجزائري

الفصل الثالث: تأثير القانون المقارن على المنظومة التشريعية الجزائرية

ان الجزائر تعاقبت عليها العديد من الحضارات نتيجة الغزو المسلط عليها حيث ورثت العديد من القوانين[1]، وبعد حصولها على الاستقلال سارعت من أجل وضع قواعد قانونية لبناء هذه الدولة التي خربها الاستعمار (من المفروض نقول الاستدمار) على جميع المستويات وصدرت العديد من القوانين منها دستور **1963** وقانون العقوبات والإجراءات الجزائية.... وجاءت متأثرة ومصطبغة بصبغة اقتصادية وسياسية معينة، وقد عرفت الدولة الجزائرية عدة مراحل وتوجهات اقتصادية منها المرحلة الاشتراكية، ومرحلة الانفتاح الاقتصادي، والتعددية الحزبية.

وبذلك كانت القوانين الجزائرية متأثرة بالعديد من التشريعات المقارنة الأخرى.

المبحث الأول: مرحلة تكوين المنظومة التشريعية الجزائرية وخصائصها

لا يمكننا الحديث عن منظومة قانونية جزائرية في ظل الغزو الذي تعرضت له من قبل بعض الغزاة بل نشير الى القوانين التي طبقت على الأشخاص المتواجدين فوق اقليمها وكيف تم التعامل مع الشعب الجزائري آنذاك.

المطلب الأول: خلال مرحلة الاحتلال

SAHLA MAHLA
المصدر الأول للطالب الجزائري

لقد تعرضت الجزائر الى الاحتلال الروماني والبيزنطي والعثماني والفرنسي وتأثرت بحضارة كل مستعمر بدرجات متفاوتة فمثلا عند تواجد العثمانيين كانت أحكام الشريعة الاسلامية هي المطبقة بحكم أن الجزائر تابعة للإمبراطورية العثمانية.

ولكن بعد احتلال فرنسا للجزائر في **5**جويلية**1830** أصبحت في نظر فرنسا بأن الجزائر احدى الولايات الفرنسية تسري عليها القوانين المطبقة على الولايات الأخرى باستثناء "**الأهالي**"(les indigènes)ولكن بعد الحرب العالمية الثانية تم ادخال تعديلات على هذا النظام من أجل الاعتراف ببعض الحقوق للأهالي ودمجهم ضمن المجتمع الفرنسي، لكن اندلاع الثورة التحريرية أجهض كل المشاريع الفرنسية ولم يحقق مقصدهم.

---

[1]: الدكتور: عبد الرزاق بن خروف، المرجع السابق، ص163.

وخلال هذه الفترة الاستعمارية كانت العلاقات الجزائرية (الأهالي) خاضعة للعادات والأعراف المحلية أو بالأحرى الشريعة الإسلامية، حيث كانت النزاعات يتم الفصل فيها عن طريق "**الجماعة**", اما المعاملات

التجارية فكانت تتم وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية والعرف والعادات.

وهنا نشير الى أن الجزائر تمكنت من انشاء مؤسسات موازية للإدارة الاستعمارية حيث تم انشاء حكومة مؤقتة، وبعض الأنظمة القانونية الخاصة في بعض المجالات تخص الجزائريين.

المطلب الثاني: بعد مرحلة الاحتلال

بعد حصول الدولة الجزائرية على استقلالها في **5** جويلية**1962** سعت الى وضع قوانينها واسترجاع سيادتها على بعض المؤسسات وتأميم بعض المرافق, حيث عملت على تعزيز السيادة الوطنية وانتهاج نظام اقتصادي يقوم على الملكية الجماعية لوسائل الإنتاج, وتم وضع دستور **1963** وتنظيم الأمن الداخلي والخارجي وبقي القانون الفرنسي رقم **157/62** المؤرخ في **31** ديسمبر **1962** هو المطبق الا ما كان منه متعارضا مع السيادة الوطنية وفي **19** جوان **1965** واثر عمل تم القيام به من جهة معينة (تصحيح ثوري, انقلاب) تم تجميد كل المؤسسات الدستورية وحل محلها مجلس الثورة, وأعقب هذا العمل اصدار العديد من النصوص التي تتعلق بمؤسسات الدولة, وإعادة تنظيم القطاع الاقتصادي.

SAHLA MAHLA
المصدر الأول للطالب الجزائري

حيث صدر الأمر رقم **156/66** المؤرخ في **8** يونيو **1966** المتعلق بقانون العقوبات، وكذا قانون الإجراءات الجزائية بموجب الأمر رقم **155/66** المؤرخ في **8** يونيو **1966** وكذا قانون الجماعات المحلية **1967**.

وتم سن قوانين من اجل إعادة تنظيم القطاع الاقتصادي واحتكار الدولة لهذا القطاع وانتهاج الاقتصاد الموجه منها قانون تأميم البنوك، وشركات التأمين وفي عام **1971** صدرت قوانين من أجل تأميم المحروقات، ووسائل النقل، وتأميم الأراضي الفلاحية بموجب الأمر رقم **73/71** والذي ألغي بقانون **19/87** (المستثمرات الفلاحية) وتم تكريس مجانية التعليم، والطب، دمقرطة التعليم، احتكار قطاع التجارة، انتهاج أسلوب التسيير الاشتراكي للمؤسسات.

وفي **1973** صدرت توصية على مجلس الثورة تدعو الى سن قوانين جزائرية في مدة لا تزيد عن ثلاثة سنوات، ولم تكتمل هذه المدة المحددة حتى صدر الميثاق الوطني والدستور الجزائري في **1976**

وفي **1975** صدر القانون المدني والتجاري في **1975/09/26** وطبقا بأثر رجعي ابتداء من **1975/07/5** وهذا من أجل سد الفراغ الذي وجد من خلال استبعاد تطبيق التشريع الفرنسي.

ما يلاحظ على هذه النصوص أنها مقتبسة من النظام الفرنسي ولكنها تخالف الأيديولوجية الفرنسية حيث جاءت نصوصها مشحونة بفلسفة النظام الاشتراكي في الميدان الاجتماعي والاقتصادي.

وهنا نذكر بأمر مهم أن أحكام الشريعة الإسلامية تم التأثر بها وتقنينها في مجال الأحوال الشخصية خصوصا وفي بعض القوانين الأخرى عموما حيث تم تقنين العديد من الأحكام المستوحاة من الشريعة منها (عدم التعسف في استعمال الحق، الرهن، الكفالة، الشركة، خيار الرؤية، العلم بالمبيع، الدفاع الشرعي...)

وفي نهاية الثمانينات صدر دستور **1989/02/23** وجاء مشحونا بإيديولوجية مغايرة لما جاء في دستور **1976** حيث تم تقرير التعددية الحزبية وحرية انشاء الجمعيات, وصدرت ترسانة من النصوص بعد دستور **1989** مكرسة التوجه الجديد منها قانون التوجيه العقاري **25/90**, قانون التهيئة والتعمير **29/90**, قانون الأملاك الوطنية **30/90**, قانون البلدية والولاية**08/90**, **09/90** قانون الأوقاف, قانون نزع الملكية للمنفعة العمومية, قانون النقد والقرض وخضع البعض الآخر من النصوص التي كانت موجودة قبل دستور **1989** الى تعديلات حيث تم رفع احتكار الدولة, وتحرير القطاع الاقتصادي, وخوصصة المؤسسات العمومية.....

المطلب الثالث: خصائص القانون الجزائري

ان القانون الجزائري هو عبارة عن مجموعة من القواعد القانونية المكتوبة تختص بوضعها السلطة التشريعية (البرلمان بغرفتيه المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة) وفي بعض الحالات الاستثنائية يشرع رئيس الجمهورية بموجب أوامر وهذا ما نصت عليه المادة **142** من التعديل الدستوري في **6** مارس **2017**, ولكي تطبق هذه القواعد القانونية يجب نشرها في الجريدة الرسمية ومرور فترة زمنية من تاريخ النشر ومن ثمة لا يمكن التذرع والاحتجاج بعدم العلم بالقاعدة القانونية

SAHLA MAHLA

(الجهل بها) حيث وضع المشرع قرينة قانونية مفادها علم الكافة بالقاعدة القانونية ووضع مبدأ دستوري بأنه لا يعذر بجهل القانون, طبعا مع الاستثناءات المقررة في هذا النطاق.

كما أن القانون الجزائري يجد مصادره في المادة الأولى من القانون المدني التي رتبت المصادر كما يلي: التشريع، مبادئ الشريعة الإسلامية، العرف، مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة. أما في المسائل

الجزائية فان الأمر يحكمه مبدأ الشرعية الجزائية المكرس في المادة الأولى من قانون العقوبات، وأما في المسائل التجارية وبموجب تعديل القانون التجاري في **1996** فان مصادر القانون هي: القانون التجاري، القانون المدني، العرف التجاري.

كما أن القواعد القانونية تطبق على كل الجزائريين المقيمين في الإقليم الجزائري وفقا لمبدأ إقليمية القوانين، وتطبق على الأشخاص الجزائريين الذي يحملون الجنسية الجزائرية حتى وان كانوا خارج إقليم الجزائر وفقا لمبدأ شخصية القوانين([1])، ويطبق القانون الجزائري تطبيقا عينيا في حالة ارتكاب بعض الجرائم خارج الجزائر ومن أشخاص لا يحملون الجنسية الجزائرية وقوانين هؤلاء الأشخاص لا تعاقب على ذلك مثل جريمة تزوير العملة الجزائرية، أو تزوير المحررات الرسمية، ولا توجد مناطق أو ولايات جزائرية تتمتع بأنظمة قانونية خاصة.

SAHLA MAHLA
الموقع الأول للطالب الجزائري

وكما أسلفنا سابقا بأن القانون الجزائري مكتوب ويعد التشريع هو المصدر الأساسي والأول للمنظومة التشريعية الجزائرية، وهنا نشير الى أن التشريع على أنواع حيث نجد: الدستور، القوانين العضوية، المعاهدات، القوانين العادية، التشريع الفرعي. وهنا لابد من احترام التدرج الهرمي للتشريع. وهنا نشير الى أن القوانين العضوية تم التنصيص عليها بداية من دستور **1996** وهي مأخوذة عن القانون الفرنسي (الشريعة اللاتينية).

وعليه فان القانون الجزائري يتميز بخصائص تم ابرازها وهي وحدة القانون، وحدة المصدر القانوني. وبالنظر الى المعايير المعتمد عليها في تصنيف القوانين الوضعية ضمن الشرائع القانونية الكبرى المعاصرة, وبالنظر الى خصائص القانون الجزائري فيمكن ادراج هذا القانون وفق المعيار الذي اقترحه "**فرومون ميشال**" كما رأيناه سابقا ضمن قوانين افريقيا وآسيا, حيث أن القانون الجزائري يتألف من مصادر متعددة, حيث تعد مبادئ الشريعة الإسلامية أحد مصادره, وكذا

---

(1):الدكتور: إسحق إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية ،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر ،2001،ص102،103.

الأعراف بالإضافة الى التشريع المستعار تقريبا من النظام القانوني اللاتيني و بالضبط من القانون الفرنسي, وبعض المسائل القانونية المأخوذة من النظام الأنجلوساكسوني مثل: عقد تحويل الفاتورة, الاعتماد الايجاري, عقد التسيير , أما تأثير القوانين الاشتراكية في القانون الجزائري فهي تكاد تندثر تماما وما وجود قانون المنافسة وقانون خوصصة المؤسسات الا دليل على ذلك ,والذي يبدو جليا على القوانين الجزائر خلال **1990** وما بعدها يدرك كثرة الاقتباسات المأخوذة من الأنظمة القانونية اللاتينية سواء عند تعديل القانون المدني أو القانون التجاري, أو قانون المنافسة, أو قانون التأمينات.

أما إذا اعتمدنا على المعيار الذي اقترحه الأستاذ "**دافيد**" والمتمثل في العناصر الثابتة فإننا نقول بأن القانون الجزائري يجد مكانته ضمن الأنظمة اللاتينية التي تقدم نفس المفهوم للقاعدة القانونية، وتعتمد على نفس التقسيمات، حيث أن رجل القانون الجزائري عند تعامله مع القانون الفرنسي لا يجد أي صعوبة.

ان المنظومة القانونية الجزائرية متأثرة الى حد كبير بالقانون الفرنسي([1]) (النظام القانوني اللاتيني) الذي وضع قواعده "**نابليون بونابارت**", ومع ذلك تصنف المنظومة القانونية الجزائرية ضمن قوانين آسيا وافريقيا حسب معيار "**فرومون ميشال**", وضمن مجموعة أنظمة الدول القانونية التي تفتقر الى التقاليد القانونية القديمة التي تخضع قوانينها الى ديانة أو أيديولوجية محددة حسب معيار التصنيف المقترح من طرف الأستاذ "**ريمون لوجي**".

SAHLA MAHLA
المصدر الأول للطالب الجزائري

ان المنظومة التشريعية الجزائرية متأثرة بالنظام القانوني اللاتيني وبالنظام القانوني الجرماني، ولكن في المجال الاقتصادي تبدو حاليا متأثرة بالنظام القانوني "**الأنجلوساكسوني**" خاصة في ظل عولمة الاقتصاد وعولمة القانون وعولمة السياسة.

المبحث الثاني: تأثر المشرع الجزائري بالقانون المقارن

ان المشرع الجزائري كغيره من تشريعات دول العالم يأخذ بعض الأحكام والحلول من قوانين دول أخرى فيقوم باستعارتها ويعمل في بعض الحالات على تحويرها أي يكسبها الصبغة الاجتماعية

([1]): الدكتور:حبيب ابراهيم الخليلي ، المرجع السابق،ص38.

والثقافية الجزائرية، خاصة وأن التشريع لم يترك أي مسألة الا ونظمها وساد التشريع وطغى على بقية المصادر القانونية الأخرى.

المطلب الأول: تأثير القانون المقارن على المنظومة الجزائرية في نطاق التشريع

ان مسألة تقسيم القانون الى قانون عام وقانون خاص مستوحاة من القانون الروماني الموجود أيضا ضمن قانون "**تابليون**" فمثلا في فروع القانون العام أين نجد القانون الدستوري، نجد الدستور الجامد في المنظومة اللاتينية والمؤسسات الدستورية المتشابهة بين الجزائر وفرنسا ومصر وهنا يبدو الاقتباس واضحا وما نص عليه المؤسس الدستوري في التعديل الدستور رقم **01/16** المؤرخ في **6** مارس **2016** في المادة **188** منه الا دليل على الاقتباس، حيث سمح الدستور للأفراد بالدفع بعدم دستورية الحكم التشريعي إذا كان فيه انتهاك للحقوق والحريات, وهذه المسألة نظمها المشرع الفرنسي في **2008** عندما قام بتعديل دستور الجمهورية الخامسة, وكذلك بالنسبة للقانون الإداري سواء من حيث نشاط الإدارة, أو من حيث النظام القضائي فنجد بأن القضاء الإداري مختص في الفصل في النزاعات الإدارية وهذا ما جسده المشرع في دستور **1996/11/28** عندما نص على الازدواجية القضائية صراحة والتي كانت قبل هذا التاريخ تجعل القضاة موحدا شكلا ومزدوجا موضوعا على أساس وجود غرفة إدارية على مستوى المجلس القضائي, وغرفة إدارية على مستوى المحكمة العليا الى جانب القضاء العادي, وكذلك بالنسبة للقانون الجبائي سواء من حيث النظام الضريبي وكيفيات التحصيل, والمنازعات الجبائية وكيفية تسوية هذه المنازعات أمام الإدارة, وتسوية هذه المنازعات امام القاضي الاداري (المحاكم الإدارية, مجلس الدولة).

SAHLA MAHLA
المصدر الأول للطالب الجزائري

وقد جسد المشرع الجزائري الاستعارة عندما نص لأول مرة على القوانين العضوية في دستور **1996** والتي كانت معروفة في فرنسا من قبل([1]).

اما بالنسبة لفروع القانون الخاص فنجد المشرع يقتبس من القانون الفرنسي فمثلا في القانون المدني الجزائري نجده ينص على العقد الالكتروني والتوقيع الالكتروني، ووسائل الدفع الالكترونية في المسائل التجارية والمسائل المدنية وهذا تأثرا بالمنظومة اللاتينية، والمنظومة الأنجلوساكسونية. وكذا الحال بالنسبة لقانون الضمان الاجتماعي، وقانون العمل، وقانون النقد والقرض وقانون المنافسة، وقانون الاستثمار، وقانون العقار الصناعي والسياحي فنجده متأثرا

([1]): الدكتور:عجة الجيلالي مدخل للعلوم القانونية ،الجزء الأول، نظرية القانون بين التقليد والحداثة طبقا للمعايير الدولية لنظامLMD ، بارتي للنشر ،الجزائر ،دون سنة نشر ،ص258.

بالقانون الفرنسي، وحتى في قانون الأسرة تم ادخال تعديلات تتنافى مع أحكام الشريعة الإسلامية وهذا كله في إطار الالتزامات الدولية حيث أن الاتفاقيات الدولية سواء الثنائية أو الجماعية تستدعي ضرورة اصلاح القوانين الوطنية (الداخلية) بما يتماشى مع الالتزامات الدولية.

وفي هذا الصدد نجد العديد من المنابع التي يتأثر بها المشرع الجزائري فمثلا عندما نص المشرع على الشركة ذات المسؤولية المحدودة ذات الشخص الوحيد يكون قد تأثر بالقوانين الأوربية ولأن المشرع الفرنسي نفسه عندما أدخل هذا النوع من الشركات في تشريعه كان ذلك في إطار توحيد التشريعات الأوربية، وكذلك الحال بالنسبة لشركة المحاصة التي أخذها المشرع الجزائري من القانون الفرنسي الذي قننها في **1807** ولم ينظمها القانون الصادر في **1673**.

ان المنظومة التشريعية الجزائرية في تطور مستمر[1]، وهي اليوم تنتهج نظام اقتصاد السوق، وتتفاوض من أجل الانضمام الى المنظمة العالمية للتجارة وظهر هذا التطور من خلال القانون الدولي المقارن في مجال البيئة والتنمية المستدامة وتم سن العديد من القوانين المرتبطة بالمياه، والمناجم، الصناعة، السياحة، ترقية الطاقات المتجددة، وصادقت الدولة الجزائرية على كل المعاهدات المتعلقة بحماية البيئة وتحقيق التنمية المستدامة وصدر القانون رقم **10/03** المتضمن حماية البيئة في إطار التنمية المستدامة.

SAHLA MAHLA

وعلى غرار ما سبق من إصلاحات واقتباسات نجد أيضا قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي كان قبل **2008** يسمى قانون الإجراءات المدنية. وقانون حماية الطفل رقم **12/15** المؤرخ في **15** يوليو **2015**, وقانون عضوي رقم **03/12** المؤرخ في **12** يناير **2012** يحدد كيفيات توسيع حظوظ تمثيل

المرأة في المجالس المنتخبة، قانون الجمعيات رقم **06/12** المؤرخ في **12** يناير **2012**, وقانون الأحزاب السياسية وقانون الانتخابات الجديد. فان هذه القوانين لها مثيلاتها في النظام اللاتيني وخصوصا فرنسا.

وفي بعض الحالات يخرج المشرع الجزائري عن تأثره بالقانون الفرنسي ويأخذ أحكاما اما من القانون الألماني أو الإنجليزي وهذا دائما في إطار العولمة.

---

[1]: الدكتور: عبد الرزاق بن خروف، المرجع السابق، ص172.

المطلب الثاني: تأثير القانون المقارن على المنظومة الجزائرية في نطاق الاجتهاد الفقهي والقضائي

ان الفقه يتولى دراسة القوانين الأجنبية ويقارنها بقانونه الوطني يظهر له مواطن الخلل في قانونه حيث يقدم انتقادات لقانونه ويقترح على المشرع التعديلات الواجبة التي تحقق اصلاح للقانون الوطني.

كما أن القاضي الذي يتولى الفصل في المنازعات المعروضة عليه وعندما لا يجد حلا للمنازعة بمقتضى قانونه تبرز الحاجة الملحة الى الدراسة المقارنة من أجل اصلاح عيوب القانون الوطني وسد ما فيه من نقص وثغرات وهذا من خلال أسلوب التفسير (التفسير القضائي) من أجل تحقيق الملائمة بين القانون والظروف الاجتماعية المتغيرة.

ان الفقه أو قضاء الدولة التي تم الاقتباس من قانونها يكون على دراية تامة باستخلاص كل المسائل الدقيقة والتفصيلية وأسبق في إيجاد الحلول العملية المناسبة لها، وعندما يلجأ الفقيه أو القاضي الوطني الى فقه الدول الأجنبية الذي تم استعارة القانون منها أو الى أحكام القضاء المستمدة من هذه الدولة

SAHLA MAHLA
المصدر الأول للطالب الجزائري

الأجنبية في نطاق مجاله، وهنا يتمتع القاضي بسلطة تقديرية كبيرة عندما لا يجد حكما يحكم النزاع المعروض عليه فله أن يعتمد على مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ولا يمكنه أن يحتج بعدم وجود النص، وبذلك فان الدراسة المقارنة قد تساعده بقدر كبير. وفي هذا الصدد فهناك بعض القوانين تجيز للقاضي بأن يستعين بالدراسة المقارنة ليتمكن من أخذ القواعد التي تمكنه من اصدار أحكامه[1].

ان الفقه والقضاء يمكنهما الوصول الى اجتهادات من خلال الاطلاع على القوانين المقارنة ويقدما بشأنها اقتراحات لكي تكون ضمن القواعد القانونية الوطنية عند تعديلها، وما على المشرع الا الأخذ بأيدي الفقيه والقاضي إذا رأى ذلك مناسبا ويحقق المصلحة العامة.

---

[1]: الدكتور: عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص47.

ولكن ينبغي أن لا تتحول هذه الفكرة الى ظاهرة استيراد القوانين الأجنبية التي قد تكون مختلفة مع العوامل الموجودة في المجتمع المراد وضع قانون له من دولة أجنبية، بل لابد من مراعاة الخصوصية والدين والعادات والثقافة والتاريخ والتركيبة الاجتماعية.

SAHLA MAHLA
المصدر الاول للطالب الجزائري

خاتمة

SAHLA MAHLA
المصدر الاول للطالب الجزائري

الخاتمة

في الحقيقة ان تعدد القوانين في عالمنا اليوم يجعل من الصعب مقارنتها كليا, وهذا ما أدى بالفقهاء الى توزيع هذه القوانين ضمن منظومات (شرائع) قانونية اعتمادا على بعض المعايير كمعيار التأثر بالدين ومعيار التأثر بالقانون الروماني, أو اعتمادا على العناصر الثابتة أو المتغيرة في القانون وبحسب هذا المعيار الأخير قسمت القوانين الى الأنظمة (الشرائع) التالية: (القوانين اللاتينية الجرمانية, القوانين الاشتراكية ,والقوانين المستندة الى الدين والتقاليد) وظهرت بعد التقسيم طرق عدة للمقارنة أهمها المقابلة, المضاهاة لكنها لم تحقق وظيفة القانون المقارن التي كان يطمح الفقهاء اليها وهي توحيد القوانين.

ولذا اعتمد الفقهاء طريقة أخرى تتمثل في المقارنة المنهجية من خلال دراسة العلاقة القانونية الموجودة بين القوانين, ثم العلاقة الموجودة بين مختلف الأنظمة القانونية ثم العلاقة الموجودة بين المناهج القانونية وبعدها تأتي مرحلة استنباط النتائج, وحتى يمكن أن تؤتي هذه الطريقة نتائجها لابد من توافر شروط المقارنة في الباحث اذ يجب عليه أن يكون متمكنا من القانون ولغته ومعرفة مختلف العوامل المؤثرة في القانون, لكن من الناحية العملية يصعب على الباحث تمكنه من لغة القانون المراد دراسته, ولذا تم اعتماد المقارنة العمودية التي تكون بين قانونين لدول متباعدة زمنيا مثل مقارنة القانون الوضعي بقوانين أخرى قديمة تكون مصدرا للقانون الحالي وكذلك استخدام المقارنة الأفقية وهي التي تكون بين القوانين المتباعدة مكانيا مثل مقارنة القانون الكندي بالقانون الصيني.

SAHLA MAHLA

ان المتتبع لتطور القانون المقارن يدرك بأن المقارنة قديمة ولكن القانون المقارن فرع جديد من فروع القانون تأسس في **1900** واستطاع هذا القانون أن يحقق وظيفته وأهدافه من خلال توحيد تفسيرات القانون وتوحيد القانون داخليا أو خارجيا، وهناك من يدافع عن هذا القانون وهناك من يرفضه ويقترحون تسميات أخرى مثل اقتراح تسمية (الطريقة المقارنة) , ولكن غالبية الفقه تعترف بالطابع العلمي للقانون المقارن سواء باعتباره علما مستقلا بذاته أو باعتباره طريقة أو منهجية.

ان الأنظمة القانونية الكبرى المعاصرة متعددة وتعد مرجعية لقوانين بعض الدول ولكن يتفق الفقه على أن هناك أنظمة (شرائع) قانونية مشهورة وهي النظام اللاتيني، النظام الجرماني، النظام الأنجلوساكسوني ومن ثمة يتوجب معرفة مصادر ومناهج كل نظام قانوني ودراسة نظامه القضائي ومعرفة مميزات كل نظام.

ان المنظومة التشريعية الجزائرية قد تأثرت بالنظام اللاتيني في تشريعاتها واجتهاداتها الفقهية والقضائية ولا ننسى الدور الكبير الذي تؤديه الشريعة الإسلامية باعتبارها نظاما قانونيا مستقلا عن الأنظمة القانونية الأخرى.

لقد ترك النظام اللاتيني وخصوصا القانون الفرنسي بصماته في المنظومة التشريعية الجزائرية، مع أخذ بعض النصوص من الأنظمة الأنجلوساكسونية وهذا ما يدعونا الى القول بأن القانون المقارن قد أثر على منظومتنا القانونية.

ومن خلال هذا الموضوع ودراسته يمكن ايراد جملة النتائج التي توصلنا اليها وهي:

-القانون المقارن يفيد المشرع عندما يريد هذا الأخير صياغة قواعد قانونية لأول مرة مسترشدا بهذا القانون لأجل تجنب الأخطاء التي كانت موجودة في القانون المقارن.

-القانون المقارن يفيد في الدراسات القانونية حيث يؤدي الى التعمق في فهم القانون الوطني والوصول الى معرفة مجمل نقائصه التي تشوهه، وهذا الأمر مفيد للمشرع عندما يحاول تعديل قانونه الوطني.

-يفيد القانون المقارن القاضي عندما يفصل في القضايا ذات العنصر الأجنبي حيث تحيل قواعد القانون الوطني (قواعد الاستناد) الى القانون الواجب تطبيقه على النزاع.

-يفيد القانون المقارن في إيجاد حلول للمنازعات التي لم ينص القانون الوطني على كيفية حلها بموجب نصوص.

-يفيد القانون المقارن رجال الفقه الوطني وذلك من خلال اطلاع هؤلاء على المراجع الفقهية المقارنة التي تمكنهم من الوصول الى صياغة آراء فقهية تساعد على سد الفراغ القانوني الموجود في القانون الوطني.

-يفيد القانون المقارن طلبة الحقوق المقررة عليهم هذه المادة (مقارنة الأنظمة القانونية) في معرفة أساس اعتماد القانون خاصة في ظل العولمة والتغيرات الحاصلة على جميع المستويات بحيث أن القوانين قابلة للتعديل والتغيير بصفة دورية وسريعة من أجل مواكبة مختلف التطورات.

SAHLA MAHLA

قائمة المراجع

SAHLA MAHLA
المصدر الاول للطالب الجزائري

قائمة المراجع

المراجع باللغة العربية:

–الدكتور: إسحق إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية ،ديوان المطبوعات لجامعية ،الجزائر ،2001.

– الامام الشوكاني، نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، تحقيق أبو معاذ طارق بن عوض، المجلد الأول، دار ابن القيم، دار ابن عفان، الرياض، القاهرة، الطبعة الأولى, **2005**.

– أرزقي العربي أبرباش، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار الخلدونية، الجزائر, **2007**.

– أرسطو، السياسية، ترجمة احمد لطفي السيد، القاهرة, **1947**.

– الأستاذ: علي بن غانم، محاضرات في القانون المقارن، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، السنة الجامعية **2009/2008**.

– الامام أبو الوليد محمد بن أحمد بن أحمد بن رشد القرطبي **(595–520)**,بداية المجتهد ونهاية المقتصد, المجلد الأول, دار الكتب العلمية, بيروت, لبنان, دون سنة.

– الامام الطبري، اختلاف الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت،دون سنة.

– الدكتور عبد الرزاق بن خروف، مدخل الى القانون المقارن، دار الخلدونية, **2017**.

– الدكتور: ايمونويل جوردون، القانون المقارن، دراسة القانون المقارن في جامعة باريس، مجلة القانون والاقتصاد العدد **1**, **1936**.

– الدكتور: حبيب إبراهيم الخليلي، محاضرات في القانون المقارن ألقيت على طلبة كلية الحقوق، جامعة الجزائر (غير منشورة) , السنة الجامعية **1981/1980**.

– الدكتور: صالح فركوس، تاريخ النظم القانونية والإسلامية، دار العلوم للنشر والتوزيع، دون سنة.

– الدكتور: عبد السلام الترمانيني، القانون المقارن والمناهج القانونية الكبرى، مطبوعات جامعة الكويت, **1980**.

SAHLA MAHLA

– الدكتور: عبد السلام الترمانيني، القانون المقارن والمناهج القانونية الكبرى المعاصرة، الطبعة الثانية، جامعة الكويت، الكويت, **1980**.

– الدكتور: عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، منشأة المعارف بالإسكندرية, 1996.

– الدكتور:عجة الجيلالي مدخل للعلوم القانونية ،الجزء الأول، نظرية القانون بين التقليد والحداثة طبقا للمعايير الدولية لنظامLMD ، بارتي للنشر ،الجزائر ،دون سنة نشر.

– الدكتور: عبد المنعم البدراوي، القانون المقارن، مجلة القانون والاقتصاد، العدد **4**, **1959**.

– الدكتور: عصام نجاح، القانون المقارن والأنظمة القانونية الكبرى، دار العلوم للنشر والتوزيع، دون سنة.

– الدكتور: علي جعفر، تاريخ القوانين، الطبعة الأولى، المؤسسات الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان, **1998**.

– الدكتور: عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة (مصادر قانون التجارة الدولية، عقود التجارة الدولية، حل نزاعات التجارة الدولية) , الطبعة الأولى, دار هومة, الجزائر **2007**.

– الدكتور: عيد أحمد الغفول الدفع بعدم الدستورية في القانون الفرنسي في ضوء أحكام القانون الدستوري رقم **724** لسنة **2008** بشأن تحديث مؤسسات الجمهورية الخامسة، الطبعة الثانية منقحة، دار النهضة العربية، القاهرة, **2001**.

–الدكتور:محمد حسين منصور ،المدخل إلى القانون ،الكتاب الأول ،القاعدة القانونية، دار النهضة العربية،بيروت،1995.

– الدكتور: محمد اللافي، والدكتور: منصور يونس، مذكرات في تاريخ النظم القانونية، الطبعة الثانية، الجامعة المفتوحة، ليبيا, **1997**.

– الدكتور: محمود إبراهيم الوالي، دروس في القانون المقارن، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دون سنة.

– الدكتور: مصطفى الشكعة، الامام مالك، دار الكتاب المصري، ودار الكتاب اللبناني، القاهرة، بيروت، الطبعة الثالثة, **1991**.

SAHLA MAHLA
المصدر الأول للطالب الجزائري

- الدكتور: معراج جديدي، محاضرات في القانون المقارن، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1 السنة الجامعية, 2013/2012.

- الاستاذ : راجي عبد العزيز، القانون المقارن، محاضرات لطلبة السنة الرابعة ليسانس، معهد الحقوق و العلوم الاداري، المركز الجامعي، خنشلة، السنة الجامعية 2005/2004،ص15.

المراجع باللغة الأجنبية :

-Gerard, Cornu, droit civil, introduction, paris, 13ed, 2007.

-Lean paumier, introductions ou droit compare, ed, Ghustau, dugasnentes, 1902.

-Machael A, ALHAJERI, lecteur handaut, Rechaearchemethods, 2005.

-René david, traite elementaire de droit civil compare, LGDJ, paris,1950

SAHLA MAHLA
المصدر الاول للطالب الجزائري

الفهرس

SAHLA MAHLA
المصدر الاول للطالب الجزائري

الفهرس		
المحتوى		رقم الصفحة
مقدمة		2
الباب الأول	مفهوم القانون المقارن وتطوره	5
الفصل الأول	التعريف بالقانون المقارن	7
المبحث الأول	محاولة وضع تعريف للقانون المقارن	7
المطلب الأول	صعوبة وضع تعريف لهذا القانون مع ابراز فروعه وصوره	8
الفرع الأول	ايراد بعض التعاريف التي حظي بها هذا القانون	8
الفرع الثاني	فروع القانون المقارن وصوره	10
المطلب الثاني	مكانة القانون المقارن في الدراسات الجامعية وبعض مؤسساته	11
الفرع الأول	مكانة القانون المقارن في الدراسات الجامعية	12
الفرع الثاني	مؤسسات القانون المقارن	13
المطلب الثالث	فائدة القانون المقارن	13
الفرع الأول	فائدة القانون المقارن في المجال الوطني	14
الفرع الثاني	فائدة القانون المقارن في المجال الدولي	15
المبحث الثاني	تاريخ القانون المقارن	17
المطلب الأول	القانون المقارن في العصور القديمة	17
الفرع الأول	في بلاد مابين الرافدين	17
الفرع الثاني	في مصر القديمة	18
الفرع الثالث	في اليونان	18
الفرع الرابع	في الرومان	19
المطلب الثاني	القانون المقارن في العصور الوسطى	19
الفرع الأول	في أوروبا	19
الفرع الثاني	في بلاد المسلمين	21
المطلب الثالث	القانون المقارن في العصر الحديث والعصر المعاصر	22
الفرع الأول	القانون المقارن في مرحلة ماقبل القرن التاسع عشر (19)	22
الفرع الثاني	القانون المقارن خلال القرن التاسع عشر وما بعده	25

SAHLA MAHLA
المحدث الأول للطالب الجزائري

الفصل الثاني	طبيعة القانون المقارن	**30**
المبحث الأول	القانون المقارن علم مستقل بذاته	**30**
المطلب الأول	المدرسة التاريخية ودورها في القانون المقارن	**30**
المطلب الثاني	مؤتمر باريس ودوره في تأكيد استقلالية القانون المقارن	**31**
المبحث الثاني	القانون المقارن طريقة مقارنة	**32**
المطلب الأول	طريقة المقارنة المنهجية	**33**
المطلب الثاني	أسس المقارنة المنهجية	**34**
الفرع الأول	معرفة القانون الأجنبي	**35**
الفرع الثاني	التمكن من معرفة العوامل المؤثرة في تكوين القانون الأجنبي	**35**
المبحث الثالث	القانون المقارن ذو طبيعة مزدوجة (علم وطريقة)	**36**
الفصل الثالث	وظيفة القانون المقارن	**39**
المبحث الأول	تحسين القوانين الوطنية	**39**
المطلب الأول	رأي القائلين بأنه يعمل على تحسين القوانين الوطنية	**39**
المطلب الثاني	مآخذ هذا الرأي	**40**
المبحث الثاني	القانون المقارن علم تتم دراسته عند تنازع القوانين	**41**
المطلب الأول	رأي القائلين بأن القانون المقارن علم متصل بالقانون الدولي الخاص	**41**
المطلب الثاني	مآخذ هذا الرأي	**42**
المبحث الثالث	القانون المقارن يعمل على توحيد القوانين	**43**
المطلب الأول	القانون المقارن وعملية التوحيد الداخلي للقوانين	**44**
الفرع الأول	توحيد النظام القانوني	**46**
الفرع الثاني	توحيد تفسير القانون	**47**
المطلب الثاني	القانون المقارن وعملية التوحيد الخارجي للقوانين	**49**
الفرع الأول	التوحيد الاتفاقي للقوانين بين دولتين أو أكثر	**49**
الفرع الثاني	التوحيد عن طريق المحاكاة	**54**
الباب الثاني	الأنظمة القانونية الكبرى المعاصرة وتأثيراتها على المنظومة التشريعية الجزائرية	**58**
الفصل الأول	مفهوم الأنظمة القانونية الكبرى للقانون	**60**
المبحث الأول	تعريف الأنظمة القانونية الكبرى	**60**

SAHLA MAHLA
سهلة محلة للطالب الجزائري

المبحث الثاني	معايير ترتيب الشرائع الوضعية في شرائع كبرى	**61**
المطلب الأول	المعايير التقليدية	**61**
الفرع الأول	معيار صياغة القواعد القانونية	**61**
الفرع الثاني	معيار الأجناس	**62**
الفرع الثالث	معيار مدى الأخذ بالقانون الروماني	**62**
الفرع الرابع	معيار مدى الأخذ بالدين	**63**
الفرع الخامس	المعيار الجغرافي (الحضاري)	**64**
المطلب الثاني	المعايير الحديثة	**64**
الفرع الأول	معيار التقارب والتجاوب	**64**
أولا	أسس هذا المعيار	**64**
ثانيا	حصر نوع الأنظمة المقارنة تبعا لهذا المعيار	**65**
الفرع الثاني	معيار دولة القانون	**66**
أولا	أسس هذا المعيار	**66**
ثانيا	حصر نوع الأنظمة القانونية وفقا لهذا المعيار	**67**
الفصل الثاني	دراسة أهم الأنظمة القانونية الكبرى	**70**
المبحث الأول	العائلة (الشريعة) القانونية اللاتينية، الجرمانية	**70**
المطلب الأول	النظام القانوني و القضائي الفرنسي	**70**
الفرع الأول	مصادر القانون الفرنسي عند تشكله	**70**
الفرع الثاني	دور الثورة الفرنسية في تكوين النظام القانوني الفرنسي	**72**
الفرع الثالث	النظام القضائي الفرنسي	**72**
أولا	النظام القضائي العادي وتشكيلته	**73**
ثانيا	النظام القضائي الإداري وتشكيلته	**76**
المطلب الثاني	النظام القانوني والقضائي الألماني	**77**
الفرع الأول	مراحل تكون النظام القانوني الألماني	**77**
الفرع الثاني	مصادر القانون الألماني	**79**
الفرع الثالث	النظام القضائي الألماني	**80**
أولا	النظام القضائي العادي وتشكيلته	**81**
ثانيا	النظام القضائي الإداري وتشكيلته	**81**

SAHLA MAHLA
سهلة محلة للطالب الجزائري

ثالثا	القضاء الدستوري	82
رابعا	القضاء العمالي والاجتماعي	82
خامسا	القضاء المالي	82
المبحث الثاني	العائلة (الشريعة) القانونية الأنجلوساكسونية	83
المطلب الأول	النظام القانوني والقضائي الإنجليزي	83
الفرع الأول	ظهور القانون الإنجليزي وتطوره	83
الفرع الثاني	خصائص القانون الإنجليزي	86
الفرع الثالث	مصادر القانون الإنجليزي	88
الفرع الرابع	النظام القضائي الإنجليزي	89
أولا	الجهات القضائية العليا	89
ثانيا	الجهات القضائية الدنيا	91
المطلب الثاني	النظام القانوني والقضائي الأمريكي	91
الفرع الأول	خصائص قانون الولايات المتحدة الأمريكية	93
الفرع الثاني	مصادر قانون الولايات المتحدة الأمريكية	94
الفرع الثالث	النظام القضائي للولايات المتحدة الأمريكية	94
أولا	النظام القضائي للولايات	94
ثانيا	النظام القضائي الفيدرالي	95
الفصل الثالث	تأثير القانون المقارن على المنظومة التشريعية الجزائرية	98
المبحث الأول	مرحلة تكوين المنظومة التشريعية الجزائرية وخصائصها	98
المطلب الأول	خلال مرحلة الاحتلال	98
المطلب الثاني	بعد مرحلة الاحتلال	99
المطلب الثالث	خصائص القانون الجزائري	100
المبحث الثاني	تأثر المشرع الجزائري بالقانون المقارن	102
المطلب الأول	تأثير القانون المقارن على المنظومة الجزائرية في نطاق التشريع	103
المطلب الثاني	تأثير القانون المقارن على المنظومة الجزائرية في نطاق الاجتهاد الفقهي والقضائي	105
خاتمة		108
قائمة المراجع		111
الفهرس		115

SAHLA MAHLA
مكتبة الأصدقاء للأطلال الجزائري