MINISTERE DE L'ENSEIGNEMENT SUPERIEUR
ET DE LA RECHERCHE SCIENTIFIQUE
UNIVERSITE MOULOUD MAMMERI
DE TIZI-OUZOU
FACULTE DE DROIT ET DES SCIENCES POLITIQUES
DEPARTEMENT DE DROIT

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة مولود معمري
- تيزي وزو-
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

محاضرات في مقارنة الأنظمة القانونية، د. درعي عبد المالك- كلية الحقوق- جامعة تيزي وزو، 2022-2023

محاضرات

في

مقارنة الأنظمة القانونية

إعداد

د. درعي عبد المالك

أستاذ محاضر "ب"

لطلبة السنة الثالثة،

السداسي الخامس، المجموعة الثانية، القانون الخاص

السنة الجامعية : 2023-2024

بسم الله الرحمن الرحيم

تمهيد:

مقارنة الأنظمة القانونية مادة دراسية تعتمد على مناهج علمية تسمح بالاضطلاع على مختلف الأنظمة القانونية الأخرى باختلاف وتعدد فروع القانون. البحث في النظم القانونية وفروعها ومقارنتها يمكن استنباط موضع الخلل والنقص الذي يعتري النص القانوني الوطني، سواء من حيث صياغة النص القانوني أو من حيث تعدليه أو إلغاءه، أو من حيث إيجاد الآليات والوسائل المؤسساتية والتنظيمية الكفيلة بتطبيق تلكم القوانين. من ثمّ المبادرة عبر عملية اتّباع مناهج علمية تطبيقية يتولّى تحليلها فقهاء القانون وممارسو القضاء والمشرّع للعمل على وضع النص القانوني الجديد الذي من شأنه أن يغطّي النّقص، وفقا إجراءات إعداد مشاريع ومقترحات النصوص القانونية.

القانون المقارن يعتبر من بين المقاييس الأساسية التي تحضا بالدراسة الأكاديمية في الجامعات وفي كُليّات القانون، والتي يجب على الطلبة وأساتذة القانون الاهتمام بها والتعرّض لها خلال مسارهم الجامعي والمهني.

القانون المقارن من حيث أهميته لا يتوقف على مجرد البحوث والدراسات الأكاديمية، فأهميته تمتد أيضا إلى الميادين التطبيقية، فالقانون المقارن بالنسبة للباحث في مجال العلوم القانون يتضمن ميدانا خصبا لتنمية مداركه القانونية وتطويع قدراته العلمية من اجل البحث المستديم. أم القانون المقارن بالنسبة للمشرع، وهو مجموع أعضاء السلطة التشريعية التي يسند إليها الدستور صلاحية التشريع، فهو

محاضرات في مقياس الأنظمة القانونية المقارنة- د. عبد الله- كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2022-2023

الإطار الذي يبحث فيه باستمرار وفي كل وقت يتتبع فيها مستوى النشاط البرلماني، ويعبر في نفس الوقت عن ما يطلق عليه بحجم الإنتاج التشريعي ومدى كفاءة السلطة التشريعية في مواكبة المستجدات، سواء السياسية أو الاقتصادية أوغيرها، التي يجب ان تحضا بعناية المشرع.

كما أنّ القانون المقارن يتأثر بمجموعة متعددة من العوامل، سواء كانت عوامل اجتماعية، سياسية، اقتصادية أو تاريخية، تساهم في تشكيل النظم القانونية وتطويرها، كما تساهم في التأثير فيها.

القانون المقارن يجد مكانة متميزة بالنسبة للإشكالات التطبيقية التي يواجهها القاضي عندما تعرض أمامه القضايا التي تثير مشكلة تنازع القوانين ذات العنصر الأجنبي، وهي الاشكالات التي يتميز بها القانون الدولي الخاص.

تتناول المطبوعة على مجموعة من العناصر الأساسية والتعاريف والمفاهيم التي تساعد الطلاب في استيعاب وتلقي مادة مقارنة الأنظمة القانونية، وتقريب المفاهيم قدر الإمكان بأسلوب علمي أكاديمي ومنهجي، وفي متناول جميع الطلبة. اعتمدت تقسيما منهجيا مبسطا في فصلين، ومباحث مقسمة على مطالب، وفروع، حتى يتسنى للطلبة التعرّض لكليّات الأفكار.

الفصل الأول يتعرض لأهم المفاهيم والتعاريف المتعلقة بدراسة مقارنة الأنظمة القانونية، بينما يتعرض الفصل الثاني بالدراسة إلى أهم النظم القانونية الكبرى المتعارف عليها في الأوساط الكاديمية، ولعل أهما النظام القانوني اللاتيني الجرماني، نظام القانون المشترك أو الأنجلوساكسوني، ومنها أيضا النظم القانونية ذات المرجعية الدينية، وكانت الشريعة الاسلامية نموذجا للدراسة في هذا السياق.

محاضرات في مقارنة النظم القانونية، د. بن عبد المالك رحمونة، جامعة تيزي وزو، 2022-2023

هذه المطبوعة تتضمن مجموعة من المحاضرات التي ألقيتها على طلبة السنة الثالثة في الحقوق للسداسي الأول من السنة الجامعية 2022- 2023، وَ2023-2024، كما ستكون موجهة للدفعات اللّاحقة. تتضمّن أهم العناصر والمحاور الأساسية التي يحتاج إليها طلبة الحقوق في دراسة واستيعاب بعض أساسيات القانون المقارن، تساعدهم كذلك في التحضير للامتحانات في مقياس مقارنة الأنظمة القانونية،كما يمكن أن تكون دعامة للتحضير للمسابقات. اعتمدت لدى صياغة هذه المحاضرات على مجموعة من المراجع، أهمها في خاتمة المطبوعة.

محاضرات في مقارنة الأنظمة القانونية- د. درعي عبد المالك- كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2022-2023

الفصل الأول: التعريف بمقارنة الأنظمة القانونية

المبحث الأول: مفهوم القانون المقارن والمفاهيم المرتبطة بالدراسة

المبحث الثاني: الاطار التطبيقي لمقارنة الأنظمة القانونية

المبحث الثالث: الأهداف والعوامل المؤثرة في دراسة الأنظمة القانونية المقارنة

المبحث الرابع: دور القانون المقارن في تطبيق مناهج المقارنة

الفصل الثاني: أهم الأنظمة القانونية المقارنة (النظام اللاتيني الجرماني، نظام القانون المشترك، النظم ذات المرجع الديني –الشريعة الإسلامية نموذجا–)

المبحث الأول: النظام اللّاتيني الجرماني

المبحث الثاني: نظام القانون المشترك (الأنجلوساكسوني)

المبحث الثالث: النظم القانونية ذات المصدر الديني..– نموذج الشريعة الإسلامية–)

محاضرات في مقياس الأنظمة القانونية إعداد عبد المالك، كلية الحقوق جامعة تيبازة، 2022-2023

الفصل الأول

التعريف بدراسة مقارنة الأنظمة القانونية

المبحث الأول: مفهوم القانون المقارن والمفاهيم المرتبطة بالدراسة

المبحث الثاني: الاطار التطبيقي لمقارنة الأنظمة القانونية

المبحث الثالث: الأهداف والعوامل المؤثرة في دراسة الأنظمة القانونية المقارنة

المبحث الرابع: دور القانون المقارن في تطبيق مناهج المقارنة

محاضرات في مقارنة الأنظمة القانونية- د.رزقي عبد المالك- كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2022-2023

المبحث الأول

مفهوم القانون المقارن والمفاهيم المرتبطة بالدراسة

يتناول هذا المبحث مجموعة من العناصر الأساسية التي تساعد الطلاب في استيعاب وتلقي مادة مقارنة الأنظمة القانونية وتقريب المفاهيم قدر الإمكان، بأسلوب علمي أكاديمي وفي متناول جميع الطلبة. أولا، من خلال تقديم تعريف للقانون المقارن (المطلب الأول)، كفرع من فروع القانون الأخرى.

أمّا بالنسبة (المطلب الثاني)، فيتناول إشكالية مفادها تعدد النظم القانونية الكبرى والاختلافات الموجودة بينها، وكيف يمكن الوصول لحل بعض تلكم الاشكالات عبر دراسة مقارنة الأنظمة القانونية.

المطلب الأول

التعريف بالقانون المقارن

الفرع الأول: الآراء الفقهية

يعتبر مصطلح القانون المقارن من بين المصطلحات التي أثارت جدلا ولبسا كبيرين بين الفقهاء بكل ما يرتبط به، من تعاريف أو مناهج وغيرها. فمنهم من حاول طرح مصطلح موحد للدراسات القانون كالقانون الموازي، ومن الفقهاء من يطلق عليه تسمية مقارنة القوانين، ومنهم أيضا من يطلق عليه تسمية التشريع المقارن، أو أيضا تسمية التشريع المقارن[1].

[1]– حوالف حليمة سيدة حبيبس، الحاج علي بدر الدين، المختصر في القانون وتجسيده لمقارنة الأنظمة القانونية الكبرى، ابن النديم للنشر والتوزيع– وهران–، مؤسسة الكتاب القانوني للنشر والتوزيع– بومرداس–، الجزائر، الطبعة الأولى، 2022، ص.13

ومصطلح التشريع المقارن ظهر في في القرن السابع على يد الفقيه مونتيسكيو، الذي قام بإجراء مقارنات بين مجموعة من الدساتير الأجنبية في كتابه المسمى روح القوانين، وطالب بضرورة البحث واستخدام أساليب المقارنة مع ما هو موجود عند الشرائع الأخرى[2].

أما مصطلح القانون المقارن، بالمعنى الاصطلاحي المعاصر، فلا يتجاوز أكثر من بداية 1900، لكن ذلك لا يعني أنّ التاريخ القديم لم يعرفه[3]. وعليه، تم التأسيس للقانون المقارن في شهر أوت 1900، في باريس بعد عقد أول مؤتمر دولي للقانون المقارن، وقد ترأس هذا المؤتمر الفقيه القانوني سالي، الذي دعى إلى استخدام الدراسات المقارنة بهدف الوصول إلى مجامع قانونية مشتركة[4].

يذهب بعضهم، ومنهم الفقيه ريموند سالي، إلى القول بأنّ القانون المقارن هو علم يتولى البحث في القواعد المشتركة بين الشرائع والنظم القانونية المختلفة، فالقانون المقارن باعتباره علما فهو يعنى بتفسير التحولات الحاصلة في المنظومة التشريعية ومتغيراتها[5].

ويذهب دافيد قوتدريج للقول بأنّ القانون المقارن هو:" الطريقة المقارنة التي يتم تطبيقها من قبل ممارسي القانون على الدراسات القانون". أمّا الدكتور خليل الجزائري

---

[2]– حوالف حليمة سيدة حبيبس، الحاج علي بدر الدين، نفس المرجع، ص.12

[3]– محمود ابراهيم الوالي، دروس في القانون المقارن، ديوان المطبوعات الجامعية– الجزائر–، دون تاريخ، ص.10

[4]– حوالف حليمة سيدة حبيبس، الحاج علي بدر الدين، مرجع سابق، ص.12

[5]– عبد الحليم بن مشري، توظيف المنهج المقارن في الدراسات القانونية، مطبوعات مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة الجزائر، 2018، ص.36

فيقول بأنّ القانون المقارن هو علم منهجي يستهدف دراسة النظم القانونية لاستخلاص مجمل أوجه الشبه الموجودة والاختلافات وتحديد جوهرها الاجتماعي وشكلها ووظائفها بغية إظهار الاتجاهات المتعارضة والمتناقضة في مختلف نماذج نظم القانون، من أجل التوصل في نهاية المطاف إلى نتائج مفادها ترجيح بعضها على بعض[6]".

كما ذهب فوليكس، مؤسس المجلة الأجنبية للتشريع والقانون الاقتصادي عام 1834 إلى القول بأنّ:" تدريس التشريعات الأجنبية لا يتمثل فقط في مجرد تنمية المعارف وتوسيع دائرة الفضول، ولكن يتمثل أيضا في العمل على استخدام الطريقة المقارنة وتحديد التطور الحاصل في التشريع الوطني والخلل الذي يعتريه، فتُتاح الفرصة لتصحيح الخلل وتعميق التطوّر[7]".

الفرع الثاني: تعريف القانون المقارن

القانون المقارن هو ميدان للدراسة يتناول بالمقارنة، بالبحث والدراسة والتحليل والاستنتاج، بين مختلف النظم القانونية في مختلف فروع القانون، ويجب كشرط أساسي استنباط أوجه التقارب من جهة، و/أو أوجه الاختلاف من جهة أخرى بين موضوعات المقارنة محل التباين والاختلاف[8]، الغرض من ذلك الاستفادة من تجارب النظم القانونية الأخرى محلّ المقارنة، من أجل تحسين فاعلية وجودة النصوص

---

[6]- بن خروف عبد الرزاق، مدخل إلى القانون المقارن، دار الخلدونية، طبعة 2017، ص ص12-13.

[7]- حوالف حليمة سيدة حبيبس، الحاج علي بدر الدين، مرجع سابق، 12

[8]- علال قاشي، المنهج المقارن في البحث العلمي في ميدان الدراسات القانونية، مجلة الاستيعاب، العدد السابع، 2021، ص.157

القانونية الموجودة في القوانين الوطنية ضمن النظم المقارنة أو استبعاد بعضها، وذلك بانتهاج مجموعة مناهج المقارنة القانونية العلمية والموضوعية.

لكن من التعاريف الأكثر قبولا، هي أنّ القانون المقارن مجال دراسة يستهدف دراسة مجموعة الأنظمة القانونية، مختلفة كانت أو متقاربة، ضمن ميدان بحث معيّن في فرع من فروع القانون (المدني، التجاري، الجنائي، الدستوري...)، بغرض تحليل و/ أو نقد، و/أو استنباط، واستخلاص مكامن الايجابية ومكامن السلبية في كلّ نظام قانوني محل المقارنة، مقارنة بالقانون الوطني موضوع المقارنة، والمدى الذي يمكن من خلاله الأخذ ببعض العناصر أو مقاربتها خدمة لتحسين جودة النظام القانوني لتلك الدولة، أو استبعاد بعضها.

الفرع الثالث: تصنيف القانون المقارن

هناك من يرى بأنّ القانون المقارن يعدّ **فرعا قائما بذاته** من فروع القانون[9]، على غرار فروع القانون الأخرى، كالقانون المدني، القانون الجنائي، القانون الدولي...إلخ.

غير أنّه هناك من يرى بأنّ القانون المقارن لا يعد أن يكون إلّا **مجرّد طريقة** بحث أو **منهجية** بحث في مجال العلوم القانونية، ومن يراه علما[10]، يحتوي على مجموعة **مناهج** بحث ومقارنة لمجموعة من القوانين في ميدان بحث معيّن.

فتسمية القانون المقارن هي تسمية اصطلاحية لا تدلّ على أنّها مجموعة أو فرع من فروع القانون المتعارف عليها. فالقانون المقارن حسب هذا الاتجاه، ليس له

[9]– عبد الحليم بن مشري، توظيف المنهج المقارن في الدراسات القانونية، نفس المرجع، ص.36

[10]– بن خروف عبد الرزاق، مدخل إلى القانون المقارن، مرجع سابق، ص.20

موضوع بذاته كبقية فروع القانون الأخرى، وإنّما هو منهجية وتقنية تقوم بتتبع المواضيع تتصل بفروع القانون الأخرى[11].

فالاتجاه الغالب حاليا يميل إلى اعتبار القانون المقارن علما مستقلا بذاته، وليس طريقة بحث، ذلك أنّ القانون المقارن في طياته يعتمد على أساليب منهجية تعتمد المقارنة والقياس والمقابلة بين النصوص القانونية والنصوص محل المقارنة، بهدف الوصول إلى القواعد القانونية الصالحة للتطبيق، بعد التعرف على اوجه الانسجام وأوجه الاختلاف والتعارض وإيجاد الفروق بين القوانين الوطنية وبين القوانين الأجنبية[12].

المطلب الثاني

اشكالية تعدّد الأنظمة القانونية

بالرغم من تعدد الأنظمة القانونية الكبرى المتعارف عليها لدى الأوساط الأكاديمية، ومع ذلك فدراسة مقارنة الأنظمة القانونية يثير مجموعة من التساؤلات والإشكاليات، سواء من حيث المصادر التاريخية لكل نظام قانون يتعلق بالتطور الذي عرفه عبر فترات زمنية وحقب مختلفة، وسواء بالنسبة لتعدد الأنظمة القانونية ومدى تأثير أو تأثر كل نظام قانوني على غيره من الأنظمة القانونية الأخرى.

الاشكال يبقى محل دراسات فقهية عديدة فيما يخص نظريات احداث وتوحيد القواعد القانونية وإيجاد التقارب بينها على الأقل في بعض مجالات القانون الدولي وفي بعض ميادين التجارة والاقتصاد.

---

[11]– بن خروف عبد الرزاق، نفس المرجع، ص.18

[12]– حوالف حليمة سيدة حبيبس، الحاج علي بدر الدين، مرجع سابق، ص.16

الفرع الأول: اشكالية تطور الأنظمة القانونية المقارنة

يجب أن لا تقتصر الدراسات القانونية على مجرد دراسة تاريخ القانون لبلد واحد دون غيره، بل يجب أن تجرى المقاربة بين الشرائع المختلفة من حيث تطورها، الأمر الذي يسمح لنا بفهم النظم القانونية الكبرى وبالنتيجة استيعاب مراحل التطور الذي يحصل في تكوين تلكم النظم القانونية[13].

يقصد بالأنظمة القانونية، مجموعة بذاتها من النظم القانونية الكبرى الأكثر شيوعا وتداولا لدى الفقه القانوني المقارن، لعب التطور التاريخي ومصادرها دورا أساسيا في تكوينها. لذلك تختلف المرجعيات التاريخية لكل عائلة من العائلات القانونية الكبرى.

النظام القانوني اللّاتيني الجرماني، نظام القانون المشترك (يعرف بالكومن لو، أو النظام الإنجليزي الساكسوني)، النظام القانوني الاشتراكي، وكذا النظام القانوني الذي يعتد المرجع الديني من تكوينه الأساسي، بحيث تشترك كلّ مجموعة منها من حيث المصادر والبنية القانونية، وتتمايز في نفس الوقت فيما بينها عن المجموعات القانونية الأخرى.

على أنّ هذا التقسيم لا يعدو أن يكون إلّا الأكثر تداولا بين الأوساط الأكاديمية، ذلك أنّه تقسيم محلّ خلاف نتيجة تطوّر قواعد القانون الدولي من جانبها. وبذلك يحقق القانون المقارن توحيد بعض القوانين في الدول المنضمة إلى مجموعات سياسية واقتصادية متقاربة[14].

---

[13]– عبد المنعم البدراوي، مرجع سابق، ص.187

[14]– حوالف حليمة سيدة حبيبس، الحاج علي بدر الدين، مرجع سابق، ص.15

الفرع الثاني: اشكالية تعدد الأنظمة القانونية المقارنة

الاشكالية الثانية التي تتعلق بتنوع الأنظمة القانونية الكبرى ترتبط بمدى تأثريها في النظم القانونية الأخرى التابعة لهذا أو ذاك من دول أخرى، حيث أنّ التبعية قد يكون مرجعها استعماريا كما هو الشأن بالنسبة لامتداد النظام الأنجلوساكسوني بعد الغزو النورماندي أو بعد الاستعمار البريطاني للأقاليم الأمريكية وتأثر هذه الأخيرة بالنظام الأنجلوساكسوني[15].

اشكالية التبعية ذاتها يمكن أن نلمسها بالسبة للنظام اللاتيني الجرماني الذي أثر بفعل الاستعمار في العديد من الأنظمة القانونية والقضائية وحتى بالنسبة للنظام الدستوري للدول العربية أو الدول الافريقية.

الفرع الثالث: اشكالية توحيد الأنظمة القانونية

الاشكالية الأخرى هي تلك المرتبطة بمدى إمكانية توحيد النظم القانونية المختلفة ضمن إطار موسع[16]، حيث أنّ الأمر قد يبدو متاحا فيما يتعلق بتوحيد قواعد التجارة الدولية التي تساهم في توحيد المعايير والمقاييس وأنظمة التجارة الدولية بين الدول، ما يسمح بتسهيل التجارة الدولية وتبادل المصالح والمنافع الاقتصادية، خاصة بالنسبة للدول النامية والسائرة نحو النمو، ووجود اتفاق مطلق حول أهم مبادئ التجارة الدولية، كمبدأ حرية النفاذ إلى السواق العالمية ومبدأ الدولة الأولى بالرعاية ومبدأ المعاملة الوطنية التفضيلية للمنتوجات المستوردة في الأسواق المحلية ومبدأ مكافحة الاغراق في الأسواق.

---

[15]– بوعمرة آسيا، مقارنة الأنظمة القانونية، محاضرات، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2021، ص.4

[16]– بوعمرة آسيا، نفس المرجع، ص.14

هذا من جهة، من جهة أخرى وجود اتفاق حول الهداف والمبادئ التي تأسست عليها المنظمات الدولية الاقليمية والعالمية منها والجهود الدولية التي تبذلها هذه المنظمات الدولية من أجل إحلال السلم والأمن الدوليين وتحقيق التنمية ومكافحة الفقر والأوبئة وغيرها هن طريق تفعيل معظم المعاهدات الدولية ذات الصلة بالأهداف ضمن قوانين الدول الوطنية بعد المصادقة عليها،كميثاق الأمم المتحدة.

من الأمثلة التي تجسد التقارب بين الدول من الناحية السياسية نجد دول الكومنوالث البريطانية، ومع ذلك فإنّ حركة التوحيد إذا كانت أصولها الكبرى تبدو متقاربة، لكن إذا تمعّن الباحث في التفاصيل نجدها لم تتقدم كثيرا، وذلك بسبب الصعوبات التي تواجهها حركة التوحيد في مواجهة القواعد الدستورية المعتمدة لدى تلك الدول[17]، ومنها على سبيل المثال وجود أو عدم وجود الدستور المكتوب، أو تبني أو عدم تبني مبدأ الرقابة على دستورية القوانين، أو اعتماد من عدمه للقضاء الدستوري.

غير أنّ اشكالية توحيد تلكم الأنظمة، حتى وإن كانت إمكانية تصور التوحيد ضمن إطار نفس النظام القانوني الداخلي لمجموعة من الدول تنتمي لذات الشريعة القانونية الكبرى[18].

لكن التوحيد غير متوقع على مستوى الأنظمة القانونية المقارنة المتباعدة بسبب الخصوصيات الوطنية والنظم الدستورية للحكم والعوامل التاريخية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية التي تتميز بها الدول بعضها عن بعض، فتوحيد القانون غير مرغوب فيه في كل المجالات، فهو لا يحقق فائدة إلا في بعض فروع القانون

[17]– عبد المنعم البدراوي، أصول القانون المدني المقارن، الطبعة الثانية، ص.240

[18]– عبد المنعم البدراوي، نفس المرجع، ص.215

فقط[19]، ما لم يتعلق الأمر بإحداث الإضافة في القوانين الداخلية للدول لتدارك النقائص الموجودة.

أمّا توحيد تفسير القانون فهو مجال متروك للاختصاص القضائي للدولة، ولا يرتبط أساسا بموضوع مقارنة الأنظمة القانونية المقارنة، فهو توحيد داخلي محض، وعلى رأسها الجهات القضائية العليا لتراقب تفسير المحاكم للتشريع، فتعمل بذلك على توحيد هذا التفسير والوصول إلى توحيد تفسير القانون وتطبيقه داخليا بطريقة صحيحة[20]، وهو توحيد الاجتهاد القضائي.

الفرع الرابع: اشكالية كون القانون المقارن منهجا علميا

اشكالية مقارنة الأنظمة القانونية كمنهج علمي بحثي، لا يعني أبدا أن يأخذ القاضي الوطني أو المشرع بالنظام القانوني محلّ المقارنة، ولا إدراجه مباشرة ضمن نظامه القانوني، بل يخضع حسب الحاجة إلى إجراءات ومراحل دستورية داخل كل نظام، بل لابد من الأخذ بالاعتبار للمعايير والمناهج التي سوف ندرسها لاحقا في هذه المحاضرات.

من جانب آخر، إذا رفض بعضهم اعتبار القانون المقارن فرعا من فروع القانون الأخرى، كالقانون التجاري والقانون الجنائي والقانون الدستوري وغيرها، إلا أنّه لا يمكن نفي صلة القانون المقارن بجميع فروع القانون دون استثناء، نظرا لتعدد أوجه المقارنة، كالتقارب والاختلاف وتدارك النقائص واستبعاد التعارض، سواء على

---

[19]– بن خروف عبد الرزاق، مرجع سابق، ص.53

[20]– محمود ابراهيم الوالي، دروس في القانون المقارن، مرجع سابق، ص.55

المستوى القانون الداخلي أو القانون الدولي، أو فيما بين النظم القانونية الكبرى نفسها وفقا لمناهج ومراحل مقارنة مناسبة.

المبحث الثاني

الاطار التطبيقي لمقارنة الأنظمة القانونية

مجال مقارنة الأنظمة القانونية المقارنة من حيث تطبيقها[21] وتفعيلها، يشمل مقارنة النظم القانونية (المطلب الأول)، أو النظم القضائية (المطلب الثاني) أو النظم الدستورية (المطلب الثالث)، كما يمكن أن تمتد المقارنة إلى مقارنة نظم القانون الوطني مقارنة بالقانون الدولي، لنختم بأنواع القانون المقارن من حيث الوصف أو التجريد (المطلب الرابع).

المطلب الأول

مقارنة النظم القانونية

أوجه مقارنة النظم القانونية يتضمن مجموعة من العناصر الأساسية، منها:

الفرع الأول: من حيث مضمون القانون وصياغته

أي مجموعة القوانين وفروع القانون، من حيث **مضمون** النص القانوني وبنيته وكيفية ومراحل وإجراءات **صياغته**، والسلطة المخولة بإصداره.

فالاختلاف يلمس لدى دراسة مختلف النظم القانونية من حيث تنظيمها للموضوعات محل الدراسة، أو من حيث روح القواعد القانونية، فبعضها يعتمد على

[21]– بوعمرة آسيا، مرجع سابق، ص.13

تاريخ القوانين القديمة أو بعضها يعتمد على القوانين المستوحات من القانون الكنسي أو المستوحات من الشريعة الإسلامية، والبعض الآخر من النظم القانونية الذي يعتمد العقل.

كما تختلف الشرائع في الوسيلة التي تنشىء بها الأحكام القانونية أو مصدرها وطرق صياغتها والمؤسسات الموكلة بسن القوانين وطبيعتها، فهناك شرائع مصادرها التشريع يكون فيها الغالب، وهناك دول أخرى يكون فيها العرف أو القضاء مصدرا أساسيا للتشريع[22].

الفرع الثاني: من حيث تقسيمات القانون

بالإضافة إلى **تقسيمات** النصوص القانونية (الدستور، ومكانة المعاهدات الدولية المصادق عليها ضمن هرم القوانين، القانون العضوي، العادي، التنظيم..)، وتقسيمات مختلف فروع القانون (العام، الخاص، القانون الداخلي، القانون الدولي، المدني، الجنائي، الدستوري، الإداري..).

ذلك أنّ بعض النظم القانونية تعتمد الدستور العرفي بدلا من المكتوب وهو دستور غير مجمع ضمن وثيقة مكتوبة واحدة، كما تعتمد مفهوم الأحكام القضائية واعتبارها قواعد قضائية ملزمة للمحاكم الدنيا باعتبارها عادلة ومنصفة لفصل النزاع بدلا من القواعد القانونية المعروفة بالتقنين.

كما أقرت بعض التجارب الدستورية، ومنها التجربة الدستورية الجزائرية ابتداء من دستور 1963، العمل بإجراءات الأسئلة البرلمانية المكتوبة أو الأسئلة البرلمانية الشفوية التي يوجهها الأعضاء النواب في المجالس التشريعية لأعضاء الحكومة وممارسة صلاحيات الرقابة البرلمانية على نشاطاتها الوزارية، وهي الممارسة والمكانة

[22]– عبد المنعم البدراوي، مرجع سابق، ص ص.275-276

التي عرفها التقليد الأنجليزي، ومن ثم تبنتها السلطات التشريعية الفرنسية وغيرها من الأنظمة الدستورية الأخرى[23].

المطلب الثاني

مقارنة النظم القضائية

أوجه مقارنة النظم القضائية يتضمن مجموعة من العناصر الأساسية، تتضمن مقارنة الأحكام القضائية، مقارنة التنظيم القضائية:

الفرع الأول: مقارنة الأحكام القضائية

لا يقتصر دور الباحث في إجراء مقارنة بين النظم القانونية، إنّما يمتد أيضا إلى مقارنة أحكام القضاء فيما يجري عليه القضاء في هذه البلاد أو تلك التي استعارت قانونها من تشريعاتها. هذا من جهة، من جهة ثانية تمتد المقارنة في النظم القضائية في الاختلاف الذي يظهر بين الأحكام القضائية لدى تفسير النصوص التشريعية المتقاربة[24].

من جانب آخر، من الممارسات التي قد نجدها في إطار القانون المقارن، مسألة حق الطعن أو الاستئناف ضد الأحكام القضائية، والجدل الكبير الذي تثيره هذه المسألة، حيث تقع كثير من النظم تحت حتمية مراجعة تشريعاتها المتعلقة بإدراج إمكانية الاستئناف ضد الأحكام والقرارات القضائية، أو الطعن في الأحكام النهائية التي كانت قبل ذلك غير مقبولة.

---

[23]– شبري عزيزة، الأسئلة البرلمانية في الأنظمة الدستورية المقارنة مع الإشارة للتجربة الدستورية الجزائرية، دراسة تأصيلية تحليلية، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 05، العدد 01، 2022، ص.1611

[24]– محمود ابراهيم الوالي، مرجع سابق، ص.40

الفرع الثاني: مقارنة التنظيم القضائي

تمتد المقارنة أيضا إلى التنظيم القضائي، أي تنظيم محاكم وهيئات القضاء وتقسيماته. فهناك من الأنظمة التي تعتمد نظام وحدة القضاء، بحيث يختص القاضي بالنظر في جميع القضايا المعروضة أمامه[25]، وهو توجه نجده إلى حدّ ما في النظام الأنجلوساكسوني.

بينما تعتمد أنظمة أخرى معايير الاختصاص، هذه الأخيرة يغلب عليها تقسيم الأجهزة القضائية وفق معايير، سواء **الاختصاص** الاقليمي أو الموضوعي الذي تختص به المحاكم، كالمحاكم المدنية والتجارية والجنائية والدستورية، والازدواج القضائي في محاكم القضاء العادي بين الأفراد ومحاكم القضاء الإداري الذي يكون أحد أطرافها الدولة أو مؤسساتها.

أيضا وفق التدرج القضائي، كالمحاكم الابتدائية أول درجة، ومحاكم الاستئناف[26]، ومحاكم النقض ومحاكم التنازع التي يرجع إليها حسب كل دولة للفصل في مسائل تنازع الاختصاص أو الرقابة الدستورية، ومن الأنظمة التي نجدها تنشئ قضاء عسكريا خاصا بها حفاظا على الطبيعة الخاصة للنظام العسكري الذي يحدد مرافق الجيش والنزاعات المرتبطة به[27].

أيضا وفق معايير **التركيبة البشرية** للجهات القضائية، فتختلف النظم القضائية بحسب عدد القضاء وتركيبة المحلفين والقضة الذين يجسدون الإدعاء العام...إلخ.

---

[25]– سعيد بوالشعير، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، –الجزائر– الطبعة السابعة 2005، ص.34.

[26]– دخلافي سفيان، مقارنة الأنظمة القانونية، محاضرات ليسانس ل م د، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، المحاضرة الخامسة، السنة الجامعية 2020، ص.5.

[27]– سعيد بوالشعير، مرجع سابق، ص.35.

وأيضا من حيث معيار **الإجراءات القضائية** الإدارية والجزائية المتبعة أمام الجهات القضائية المختلفة.

المطلب الثالث

مقارنة النظم الدستورية

تعتبر الدراسات المقارنة في مجال القانون الدستوري من أكثر الدراسات قدما وغزارة منها في مجالات فروع القانون مقارنة بالفروع الأخرى، حيث يرجع ذلك إلى تطوّر مفهوم الظواهر السياسية وظاهرة الدولة والسلطة السياسية وسياسة الحكم[28]، كما يعود إلى قدم مفهوم الدولة بالنسبة للحضارات البشرية المتعاقبة وتواليها.

لقد تجاوزت الدراسات المقارنة الصعوبات الجمة في مجال التقنين في كافة فروع القانون، بما في ذلك تشجيع وتطوير حركة وضع الدساتير في الكثير من البلدان[29]، واعتمادها وضع دساتير مكتوبة ومناقشة الاشكالات والمفاهيم ذات الطبيعة الدستورية على مستوى الجامعات، واعتمادها الدراسات المقارنة بشكل يقرب المفاهيم الدستورية للجمهور وللطبقة السياسية، وكذا بالنسبة للمشرع الدستوري.

الفرع الأول: من حيث المفاهيم الدستورية

بالنسبة للدستور، فهو وثيقة تتضمن مجموعة القواعد القانونية التي تنظم السلطة السياسية في الدولة، من حيث إنشائها ومهامها وتنظيمها وشكل الدولة وشكل الحكم واختصاصات مؤسسات الحكم، والعلاقة الوظيفية بين مختلف السلطات التشريعية التنفيذية والقضائية.

---

[28]– الأمين شريط، عن بعض مظاهر تأثير الدراسات المقارنة في مجال القانون الدستوري ودورها في تطور حركة تدوين الدساتير في البلدان الاسلامية، جامعة منتوري قسنطينة، موقع الأنترنت، ص.93

[29]– الأمين شرسط، نفس المرجع، ص.96

يتضمن الدستور أيضا مجموع الحقوق والحريات والواجبات والثوابت التي يقوم عليها المجتمع[30]، بالإضافة إلى وجود مفهوم الأحكام الانتقالية التي تتضمن كيفية تعديل الدستور، أو الطبيعة القانونية للقوانين التي يتم تعديلها أو مراجعتها بموجب الدستور، وغيرها.

من النظم من يعتمد مفهوم الوثيقة المكتوبة باعتبارها الوثيقة الأسمى في الدولة والتي يجب أن تتطابق وفقها جميع القوانين والأنظمة في الدولة، ومنها من يعتمد مفهوم الدستور العرفي غير المدون[31] الذي يعني مجموع الممارسات القانونية والقضائية في دولة ما تحضا القواعد التي تتوصل إليها بالالزام كمرجعية دستورية ثابتة.

كما أنّ من المفاهيم السائدة في المبادئ الدستورية العامة ومجال النظم الدستورية المقارنة وتنظيم السلطات[32]، نجد تداول مفهوم الدستور المرن والدستور الجامد. فمن الدول من تسمح ضمن نصها الدستوري وتخضعه للتعديل والمراجعة، ومن النظم ما تتبنى مفهوم الدستور الجامد الذي لا تجوز مراجعته، على الأقل في بعض النصوص المعروفة بالمواد الصمّاء التي لا يجوز أن يطالها التعديل إذا ما حدث على الدستور.

يضاف إلى ذلك، مفهوم مبدأ الفصل بين السلطات، سواء كان فصلا تام أو مرنا. أو مفهوم الرقابة الدستورية على دستورية القوانين التي لا تعتبر ممارسة مطلقة لدى جميع الدول.

---

[30]– الأمين شريط، نفس المرجع، ص.103

[31]– الأمين شريط، الوجيز في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية المقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية 2002، ص.112

[32]– وليد سليم النمر، القانون الدستوري، المبادئ الدستورية العامة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، –مصر–، 2014، ص.240

الفرع الثاني: مقارنة نظم الحكم

مقارنة النظم القانونية كنظم الحكم والمؤسسات الدستورية للدولة، والنظم الانتخابية. فمنها من يعتمد النظام الرئاسي الذي تكون فيه السلطة التنفيذية مجسدة في شخص رئيس الدولة، يتمتع فيها سلطة فعلية، أو بسلطة تنفيذية مجسدة في شخص الرئيس ورئيس الحكومة، وفصل تام أو مرن بينه وبين السلطات القضائية والتشريعية.

منها من يتبنى النظام البرلماني الذي يحضا بسلطة انتخاب رئيس السلطة التنفيذية ممثلة في الوزير الأول من طرف البرلمان، ويكون فيها رئيس الدولة منصبا ثانويا. ومنها من يعتمد نظاما شبه رئاسي يتضمن سلطة تنفيذية يقودها رئيس الدولة وكذا الوزير الأول الذي يقود الحكومة ويعمل على تنفيذ برنامجها ويكون مسؤولا أمام السلطة التشريعية.

أمّا من حيث النظم **الانتخابية** فباختلاف الأنظمة، إلا أنّ بناءها يرتكز أساسا على الأحزاب السياسية الفاعلة من أجل الوصول إلى الحكم عن طريق الانتخابات الديمقراطية، فبعض النظم تعتمد نظام الانتخاب **المباشر العام** والسري من أجل انتخاب رئيس الدولة، وأخرى تعتمد الانتخاب غير المباشر[33] عن طريق انتخابات أولية للنواب (يطلق عليهم كبار الناخبين) يتولّون بدورهم اختيار رئيس الدولة.

الأمر نفسه بالنسبة **للانتخابات التشريعية** التي تكون في بعض النظم مباشرة عن طريق نظام القوائم المغلقة أو القوائم المفتوحة، وفي أخرى غير مباشرة بالنسبة للنظم البرلمانية ذات المجلسين (الغرفة السفلى للبرلمان، وغرفة مجلس الأمة أو غرفة مجلس الشيوخ).

[33]– وليد سليم النمر، مرجع سابق، ص.438

الفرع الثالث: علاقة السلطات الدستورية فيما بينها

تمتد المقارنة في النظم الدستورية المختلفة أيضا في العلاقات التي تربط السلطة التنفيذية، لاسيما رئيس الدولة، بالسلطات الأخرى التشريعية والقضائية، وفي مدى الفصل وتداخل السلطات أو الفصل وتحديد السلطات.

من جهة أخرى، تمتد المقارنة من حيث طرق واجراءات مساءلة أعضاء السلطة التنفيذية، سواء رئيس الدولة أو أعضاء الحكومة، وعزل السلطة في حالة مخالفة الدستور وأحكام التشريع، سواء اتخاذ اجراءات العزل أمام السلطة التشريعية، كملتمس الرقابة وممارستها لسلطة الرقابة البرلمانية، أو ما يسمى بالمحاكمة البرلمانية على أعمال الهيئة التنفيذية[34]، أو إجراءات المساءلة والعزل ضد أعضاء السلطة التنفيذية التي تمارسها الهيئة القضائية، عادة ما تكون جهاتٍ قضائية خاصة يحددها الدستور.

المطلب الرابع

أنواع القانون المقارن

تُصنّف الأنظمة القانونية المقارنة الكبرى أيضا إلى مدارس أو عائلات بالاستناد إلى معايير موضوعية معينة في مجال القانون المقارن: أهم معيار يتم الاعتماد عليه هو من حيث **مصادر النظام القانوني**، والثاني من حيث **البناء**

---

[34]– زواقري الطاهر، ضوابط عزل السلطة في القانون الدستوري المقارن، دار الهدى، عين مليلة– الجزائر–، 2014، ص.60–99،– ص.79.

وأيضا: سعيد بوالشعير، مرجع سابق، ص286

القانوني للقواعد القانونية له، بالإضافة إلى **التطور التاريخي** الذي مرّ عبره كل نظام قانوني منحه خصائصه التي تميّزه عن غيره من النظم القانونية المقارنة الأخرى.

تختلف أنواع النظم القانونية المقارنة باختلاف الأهداف التي يسعى المشرع للوصول إليها، سواء من باب إحداث المقارنات بين النصوص ومحاولة فهمها والاستعانة بخبراء الفقه القانوني، أو من حيث تطبيق تلكم الحلول التي يجدها المشرع في النظم القانونية محل المقارنة ضمن القانون.

الفرع الأول: القانون المقارن الوصفي

يعتمد القانون المقارن الوصفي على مجرد المقارنة أجل المقارنة وجمع المعطيات موضع التشابه والاختلاف دون الحاجة إلى الاستعانة بالقانون محلّ المقارنة، ودون الحاجة إلى الاستعانة به، أي ليس القصد منه حل المشكلة، بل بقصد مجرد جمع ورصد للمعطيات، كأن يقتصر دور الباحث على مجرد شرح للقانون محل المقارنة لا غير[35] دون أن يستخلص أحكاما بذاتها. ذلك أنّ المشرع وحتى ولو كان ضمن نظامه القانوني مشكلة ونقص في النص القانوني، فذلك لا يعني أنّه يستعين بأول قانون يتعرض له، بل لابد أولا من إجراء دراسة مقارنة وصفية بحتة لا تلزم المشرع في شيء.

الفرع الثاني: القانون المقارن التطبيقي

يهدف إلى استنباط نتائج محددة عملية من القانون محل المقارنة بعد التحليل والتدقيق والمقارنة. هو ليس مجرد تحليل وصفي، إنّما هو تحليل دقيق يعنى بوجود

[35]– عبد المنعم البدراوي، مرجع سابق، ص.37

عناصر مهمة في القانون محل المقارنة قد تكوّن حلا للقانون الوطني، من حيث الصياغة، من حيث الشكل ومن حيث التطبيق.

المبحث الثالث

الأهداف والعوامل المؤثرة في دراسة الأنظمة القانونية المقارنة

الأهداف الأساسية التي يجب التوصل إليها لدى دراسة مختلف النظم القانونية المقارنة لابد أن تساعد في استيعاب وفهم أساسيات هذه المادة (المطلب الأول)، هذا من جهة. ومن جهة ثانية، لابد من الإشارة إلى مجموعة من العوامل المؤثرة في دراسة مقارنة الأنظمة القانونية المقارنة، سواء كانت عوامل سياسية تاريخية اجتماعية اقتصادية وغيرها (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الأهداف الناتجة عن دراسة الأنظمة القانونية المقارنة

من بين الأهداف التي نستنتجها من خلال دراسة الأنظمة القانونية المقارنة ما يلي:

أولا– الاستعانة بدراسة القانون المقارن في الدراسات القانونية يمكّن من فهم القانون محل المقارنة، وبالتالي مقارنته بالقانون الوطني واكتشاف أوجه الاختلاف والتقارب بين القانونين. إكتشاف أوجه الاختلاف لا يعني بالضرورة وجود التناقض والنقائص في كلّ من القانونين.

ثانيا– الاستفادة من الأخطاء والعقبات التي تعتري النصوص القانونية محل المقارنة لدى تطبيقها، من حيث الآليات المؤسساتية ووسائل تنفيذ النص القانوني، الأمر الذي يجعلها هي الأخرى محلا للمراجعة في إطار أنظمتها القانونية الداخلية.

محاضرات في مقارنة الأنظمة القانونية- د. زرعي عبد المالك- كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2022-2023

ثالثا– الاستعانة بالقانون المقارن يمكّن تارة أخرى من اكتشاف النقائص والثغرات التي تشوب كلا من القانونين محل المقارنة، ما يدفع المشرع الوطني إلى إعادة النظر في تلك النصوص القانونية من حيث الصياغة لما يستجيب لتدارك النقائص. ومن جهة مقابلة، تكون لدى المشرع القدرة على اجتناب وتفادي القوانين المخالفة للنظام العام التي تتعارض[36] ومبادئه.

رابعا– مع الأخذ بعين الإعتبار قواعد القانون الدولي الخاص، فإنّ القانون المقارن يستهدف مساعدة القاضي الوطني على إيجاد حلول للعديد من القضايا التي لم ينظمها القانون الوطني. فالقانون المقارن في نظر البعض يعتبر مصدرا احتياطيا للقاضي الوطني لقواعد تنازع القوانين، فحيث يمكن أن يكون القانون الأجنبي واجب التطبيق، كان على المدعي إثباته أمام القاضي، ما لم يقم القاضي بتطبيق قانونه الوطني[37]. إنّما ذلك لا يعني الأخذ بالقانون محل المقارنة بقدر ما هو يعني مساعدة القاضي في فهم وإعطاء تفسير أكثر وضوحا للنص القانوني.

خامسا– وفق مناهج القانون الدولي الخاص، القانون المقارن يساعد القاضي الوطني في حلّ القضايا المتعلقة بتنازع القوانين، حيث يتم إحالة القاضي الوطني على القانون الواجب التطبيق وتطبيق قواعد الاسناد والإحالة. أيضا شرح النصوص القانونية واستدراك نّية المشرع الحقيقية.

سادسا– نظرا لأهميته، لم يعد المشرع في أيامنا هذه يسنّ القوانين قبل أن يحاط إحاطة كافية بالقوانين محل المقارنة في الأنظمة القانونية الأخرى، في جميع

---

[36]– حوالف حليمة سيدة حبيبس، الحاج علي بدر الدين، المختصر في القانون وتجسيده لمقارنة الأنظمة القانونية الكبرى، مرجع سابق، ص.05

[37]– عبد المنعم البدراوي، مرجع ساق، ص.118

الأحوال للتحسين من جودة النص القانوني، من حيث الصياغة، المصطلحات، الفكرة الواضحة للنص و الإلمام بآليات تنفيذ النص القانوني...إلخ.

سابعا– استعانة الفقه القانوني بمناهج القانون المقارن لشرح واستدراك نيّة المشرع الحقيقية وتقديم اقتراحات جديدة وإفادة المشرع بها.

المطلب الثاني

العوامل المؤثرة في دراسة القانون المقارن

يقصد بالعوامل المؤثرة تلك المرجعيات التي تترك بصمة في كل نظام قانوني، ولا يمكن عزل هذه الأبعاد المؤثرة في دراسة القانون المقارن، سواء كانت عوامل تارخية، أو اجتماعية أو إقتصادية أو سياسية[38]. هذه العوامل قد تكون مشتركة لدى بعض الأنظمة، بينما قد تشكل خصوصيات تميّز بعض الأنظمة القانونية عن بعض.

الفرع الأول: العوامل الاجتماعية

كلّ مجتمع إلا ويقوم على حدّ معين من المبادئ والثوابت التي تحدد الأسس الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي ينبني عليها هذا المجتمع أو ذاك[39].

المعروف أنّ القواعد القانونية تحكم وتنظم المجتمع باعتباره مجموعة تعيش وفق نظام وعادات وأعراف ضمن رقعة جغرافية معينة، خاضع لسلطة القانون تفرض

[38]– لامية مجدوب، خصوصية المنهج المقارن وآليات تطبيقه، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خنشلة، المجلد 10، العدد 01، 2023، ص.290

[39]– الأمين شريط، الوجيز في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية المقارنة، مرجع سابق، ص.119

تنظيمها وسيرها، وهو وليد البيئة الاجتماعية ويتطور طبقا لحاجات المجتمع المختلفة[40].

هذه القواعد القانونية تأخذ بالاعتبار النظام الاجتماعي الذي تشكله اللغة، الأصل، الدّين، الثقافة، الجغرافيا، العادات والأعراف والقيم والمبادئ والروابط المختلفة التي تجمع وتؤلف أبناء المجتمع[41]. فعلى الباحث المقارن أن يدرس البيئة الاجتماعية التي يطبق فيها القانون محل المقارنة[42]... ويتم على إثرها إعداد القاعدة القانونية على ضوء الواقع العملي والظروف السائدة في المجتمع مع مراعاة اعتبارات العدالة والأخلاق والأعراف[43].

ومما لا شك فيه أنّ الوحدة التي تجمع الدول العربية وتقاربها الكبير من حيث خضوعها لقانون موحد هو الشريعة الاسلامية واشتراكها في اللغة العربية، بينما لايفصلها من العوامل الجغرافية أيّ فاصل[44].

هذه العوامل نجدها أيضا متقاربة جدا في بعض جوانبها، سواء بالنسبة للدول الأوروبية أو بالنسبة للدول الآسياوية، وكذا إذا ما فسرنا التقارب الكبير بين النظم الناطقة باللغة الإنجليزية سواء في أوروبا أو في دول أمريكا الشمالية وثقافتها المتقاربة.

---

[40]- غالب علي الداودي، المدخل إلى علم القانون، مرجع سابق، ص.95

[41]– الأمين شريط، عن بعض مظاهر تأثير الدراسات المقارنة في مجال القانون الدستوري...، مرجع سابق، ص52

[42]– حوالف حليمة سيدة حبيبس، الحاج علي بدر الدين، مرجع سابق، ص.22

[43]– عبد الرزاق بن خروف، مرجع سابق، ص.116

[44]– محمود ابراهيم الوالي، مرجع سابق، ص.59

هناك من الأنظمة القانونية من تولي اهتمامها بوضع قانون يستهدف ترقية اللّغة واستخدامها. أنظمة تعمل على تعزيز الانتماء الإقليمي وحماية حدودها الجغرافية وبناء علاقات دبلوماسية مع دول شقيقة وصديقة.

أنظمة قانونية تسعى إلى حماية الدين وعدم المساس بالأديان، ومنها من يعتمد الدين كمصدر من مصادر النظام القانوني، بينما تستبعده أنظمة قانونية أخرى من مصادرها. اعتماد العرف كأحد المصادر الاحتياطية في النظام القانوني الداخلي...وهكذا.

الفرع الثاني: العوامل الاقتصادية

قال الفقيه لامبير في كتابه وظيفة القانون المدني المقارن، بأنّ القانون المقارن علم مستقل بذاته، غايته استخلاص القواعد المشتركة التي تكون صالحة لتحديد العلاقات بين الدول المتمدنة التي تجمع بين شعوبها عوامل مشتركة تاريخية واقتصادية، كتلك التي تنتمي إلى العائلة اللاتينية الجرمانية[45]. لأجل ذلك تعتبر العوامل الاقتصادية من أهم العوامل المؤثرة في نشأة الأنظمة القانونية وتطورها.

وعليه، يدخل في سياق العوامل الاقتصادية التي تؤثر وتتأثر في طبيعة الأنظمة القانونية المقارنة والخيارات الاقتصادية التي تنتهجها الدول، نوع النظام الاقتصادي، كالنظام الرأسمالي الذي يعتمد على الحرية الاقتصادية والمنافسة وترك المجال أمام المبادرة الفردية وحرية النفاذ إلى الأسواق. أو النظام الاشتراكي، الذي يدافع عن الملكية الجماعية لوسائل الإنتاج ووتأميم الثروات والتدخل المباشر للدولة في الحقل الاقتصادي.

[45]– حوالف حليمة سيدة حبيبس، الحاج علي بدر الدين، مرجع سابق، 15

من المسلم به أنّ الظروف الطبيعية والجغرافية لكل شعب تفرض عليه نمطا معينا من النشاط الاقتصادي الذي يؤثر فيها، الذي ينعكس بدوره في وضع النصوص القانونية[46].

الثروات الطبيعية التي تمتلكها الدول، بدورها تعكس التوجه الاقتصادي الذي تتبناه الدول، لكونه يعكس المستوى الاقتصادي ومعدلات الاقتصاد الكلّي والجزئي الذي تحققه اقتصادات الدول. قد يكون المستوى الاقتصادي مدرٌّ للثروة ومنتج وتنافسي، ما يجعله نظاما اقتصاديا مرجعا يُقتدى به ويستعان به لتحسين نظم دول أخرى، كما قد يكون اقتصادا ضعيفا يقتصر على استغلال الثروات الطبيعية ويعتمد على المديونية والمساعدات الخارجية.

في هذه الحالة مقارنة الأنظمة القانونية يسمح للدولة بتحسين القوانين الوطنية المتعلّقة بالاقتصاد وإيجاد أنجع نظم التسيير الفعّالة مقارنة بالدول الأخرى، كما هو الشأن فيما يتعلق بإصدرا قوانين الاستثمار وقوانين المنافسة وقوانين حماية الملكية الفكرية والصناعية والتجارية لخلق بيئة إقتصادية محفزة وتشجع على جلب المستثمرين الأجانب، كما الوطنيين.

الخيارات الاقتصادية الكبرى والتوجه الاقتصادي الذي تتبناه الدول ينعكس مباشرة على النظام القانوني الذي تضعه، من أجل تجسيد تلك التوجهات الاقتصادية للبلاد.

الفرع الثالث: العوامل السياسية

لعل من أهم الأسباب التي تدعم السلم والأمن الدوليين والقضاء على النزاعات والتوترات التي تسود العلاقات الدولية، هو تنمية العلاقات الودية بين الشعوب

[46]– عبد المنعم البدراوي، مرجع سابق، ص277

والدول، وزيادة عوامل اللاتصال والتقارب، إذ يقع على رجال السياسة ورجال الاقتصاد عبء إزالة هذه العقبات، ولا يتم تجسيد تلكم الجهود إلا بفضل رجال القانون[47] بين المفاوضات والترتيب للاتفاقيات الدولية.

يظهر هذا بوضوح على المستوى الدولي، وذلك بفضل الدور الكبير الذي تلعبه العلاقات الدبلوماسية الاقتصادية وإقامة العلاقات في إطار ابرام الاتفاقيات والمعاهدات الدولية.

طبيعة العلاقات الدبلوماسية الخارجية التي تبنيها الدول مع غيرها من الدول وانضمامها إلى المنظمات الدولية. جميع هذه العوامل ذات الطبيعة السياسية يمكن أن تكون **مجالا للمقارنة بين النظم القانونية المختلفة** من أجل تحسينها، مثلا تكريس دستوري لنوع من الفصل التام بين السلطات التنفيذية والتشريعية والقضائية بعد أن كان نظام الحكم مرنا، يعيقه التدخل في صلاحيات السلطة التنفيذية في صلاحيات السلطات الأخرى. ومع هذا لا تعني الرقابة التي تتيحها السلطة التشريعية على اعمال التنفيذية من قبيل التداخل، بل من قبيل المراقبة.

من العوامل السياسية، على المستوى الوطني، نذكر نظام الحكم والطابع الدستوري الذي تعتمده البلاد، ومن ذلك طبيعة العلاقات بين مختلف سلطات الدولة، التنفيذية، التشريعية والقضائية، وحدود الفصل بين مختلف تلك السلطات (الفصل المرن أو الفصل التام بين السلطات).

مقارنة الأنظمة القانونية يسمح بتحسين أداء السلطة التنفيذية بإضافة أو استبعاد وزارات معينة بحسب حاجيات تحقيق برنامج الحكومة، أو بتحسين فاعلية الدور الرقابي على دستورية القوانين بإنشاء محكمة دستورية.

---

[47]– محمود ابراهيم الوالي، مرجع سابق، ص.31

الفرع الرابع: العوامل التاريخية

التطور التاريخي الذي مرّت به الأمة، كوّنت في المجتمع نقاط مشتركة كثيرة تجمع شعبه على مبادئ وماضي ومصير مشترك تنتسب إليه، كاللّغة، الدّين، الإقليم الجغرافي[48]، القضايا المصيرية الكبرى كالحرب والماضي الاستعماري... حيث تكون المقارنات منصبة على تشريعات تتعلق بالشعوب الأكثر ترابطا من ناحية التربية والحضارة والتاريخ والاقتصاد والدين[49]...

فلو رجعنا إلى القانون الروماني الذي يشكل الدعامة الرئيسية للنظام القانوني اللتيني الجرماني، فهو كان نتيجة الحضارات الكبرى في تاريخ العالم القديم، فالقانون الروماني استعار كثيرا من أسسه من الحضارة اليونانية، هذه الخيرة التي استمدت بدورها قوانينها من الحضارة المصرية التي استمدت بعضا من احكامها من النظم البابلية[50]، ولعل قوانين حامورابي في بابل كانت أكثر ما يثير الاهتمام في الدراسات القانونية بالنسبة للحضارات القديمة.

العوامل التاريخية تظهر بدورها عند دراسة النظام القانوني في الولايات المتحدة الأمريكية الذي نشأ نتيجة التطور التاريخي الذي يرجع إلى نشوء المستعمرات الإنجليزية، وقيام تحالف للإنعتاق من الاستعمار الإنجليزي.

ومع أنّ نظام القانون المشترك والنظام القانوني الأمريكي متشابهان إلى حدّ كبير، من حيث المفاهيم والتقسيمات الكبرى، تمكن النظام القانوني الأمريكي من تطوير نظمه المتعددة، سواء النظام القانوني(القانون الفديرالي، القانون المحلي) أو

---

[48]– عبد المنعم البدراوي، مرجع سابق، ص ص.203-204

[49]– حوالف حليمة سيدة حبيبس، الحاج علي بدر الدين، مرجع سابق، ص.13

[50]– نفس المرجع، ص11

الدستوري (دستور الولايات المتحدة الأمريكية المكتوب، ومؤسسات دستورية وتدرج في القوانين)، أو التنظيم القضائي[51] (المحاكم الفيدرالية، المحكمة العليا...)

المبحث الرابع

دور القانون المقارن في تطبيق مناهج المقارنة

سنتطرق أولا إلى أنواع مناهج المقارنة في مجال مقارنة الأنظمة القانونية ، وهي مناهج مقارنة تعتمد المقاربة العلمية المنهجية (المطلب الأول)، وفي نفس الباب سنتطرق إلى استعانة كل من المشرع والفقيه والقاضي بهذه المناهج من أجل فهم وتحليل استقراء أوجه المقارنة بين قانونه الوطني وبين أوجه المقارنة في القوانين الأخرى محل المقارنة (المطلب الثاني).

المطلب الأول

أنواع مناهج المقارنة

يقوم اتجاه في الفقه الدولي على اعتبار القانون المقارن بمثابة منهج علمي للبحث[52]، يساعد على دراسة مختلف فروع القانون بنفس المنهاج والمراحل.

ذكرنا في ما سبق أنّ القانون المقارن هو ميدان من ميادين الدراسة يتناول بالمقارنة، بالبحث والدراسة والتحليل، مختلف النظم القانونية في مختلف فروع القانون، واستنباط أوجه التقارب والاختلاف، والاستفادة من تجارب النظم القانونية محلّ المقارنة من أجل تحسين فاعلية وجودة النصوص القانونية ضمن النظم المقارنة أو تجنب مواضع القصور فيها، وذلك بانتهاج مجموعة مناهج المقارنة العلمية.

---

[51]– عبد الرزاق بن خروف، مرجع سابق، ص.155

[52]– عبد الحليم بن مشري، مرجع سابق، ص.38

تعود أهمية المنهج المقارن في مجال العلوم القانونية إلى محاولة تطوير التشريعات القانونية ومقاربتها بتشريعات الدول الأخرى لإيجاد الحلول للنقائص ذات الصلة بالقانون ومعرفة عوامل التطور[53].

فوق كلّ هذا، تتطلب المقارنة الإلمام الجيّد باللغة، لغة القانون محل المقارنة خاصة إذا كان قانونا أجنبيا، ذلك أنّ المقارنة لا تتوقف على ترجمة نصية للقانون بقدر ما هي بحث في دلالات الألفاظ القانونية وفهم روح النص من خلال الصياغة الأصلية للقانون[54].

الفرع الأول: تعريف المنهج المقارن

يُعرّف المنهج المقارن أنّه: استراتيجية، مراحل، طريقة عمل يعتمدها الفقه والمشرع يقارن فيها بين دراسة ظواهر متشابهة أو متناظرة[55] لقانون دولته مع قانون أو مجموعة قوانين لدول أخرى، سواء من **نفس النظام القانوني** المبني على معايير ومصادر متقاربة، أو من **نظم قانونية مختلفة** للوقوف على أوجه الاختلاف والاتفاق في قضية معينة محل البحث، بهدف **استخلاص** النتائج والوصول إلى أفضل الحلول القانونية الممكنة لدى إعداد النصوص التشريعية وتعديلها.

ومع استعمال الدراسات القانونية للمقارنة بشكل متكرر، عرفت المقارنة بأنها مجموعة المراحل والخطوات التي يتبعها الباحث في مقارنته للظواهر محل البحث والدراسة بقصد معرفة العناصر التي تتحكم في أوجه التشابه والاختلاف في تلك

---

[53]– لامية مجدوب، مرجع سابق، ص.288

[54]– حوالف حليمة سيدة حبيبس، الحاج علي بدر الدين، مرجع سابق، ص.24

[55]– عبد الحليم بن مشري، توظيف المنهج المقارن في الدراسات القانونية، مرجع سابق، ص.41

الظواهر[56]، فالمقارنة في النهاية هي عملية تفكير عقلية، بينما المنهج فهو مجموعة العمليات المرحلية التي تعتمد على التحليل والتركيب والوصف الدقيق للظاهر واستخلاص النتائج بعد ذلك.

أهم مناهج المقارنة[57] التي تتبع في مجال انجاز البحوث القانونية أو بالنسبة لإسقاط المناهج نفسها في بعض حالات دراسة الأنظمة القانونية، فلا يمكن للمشرع أو الفقيه أو القاضي أن لا يكون على اطلاع كاف بهذه المناهج ومعرفتها والاستدلال بها. ويمكن إجمالها عموما في الآتي:

الفرع الثاني: أنواع مناهج المقارنة

أولا- منهج المقابلة: يضع الباحث فيها النصوص القانونية المتعلقة بموضوع ما ويقابل عددا من القوانين المختلفة التي تناولته، بحيث يقابلها للتعرّف على الشبه والإختلاف بينها[58]، ومن حيث مصادرها.

الهدف من المقابلة معرفة التعارض والاختلاف إن كان موجودا أم لا بين النصوص القانونية محل المقارنة.

ثانيا- منهج المقاربة: يعتمد أساسا على دراسة أوجه **التقارب والتكامل** بين القوانين محل المقارنة في الخصائص والبناء القانوني للنصوص المتكاملة. الهدف هذا المنهج يسمح **بتوحيد** القوانين الداخلية لنفس النظم القانونية للدول المتقاربة من حيث المصادر والتطور التاريخي الذي يتضمن عناصر مشتركة كثيرة فيما بينها،

---

[56]- لامية مجدوب، خصوصية المنهج المقارن وآليات تطبيقه، المرجع سابق، ص.290

[57]- نفس المرجع، ص.295

[58]- حميد شاوش، الأنظمة القانونية المقارنة، محاضرات في القانون العام، جامعة 08 ماي 1945، كلية الحقوق، 2017، قالمة، ص.09

وتصلح هذه الطريقة في الدول الاتحادية التي يقوم فيها النظام القانوني على الازدواجية القضائية[59].

ثالثا- منهج المعارضة: أو التباين، يقوم على المعارضة ودراسة أوجه **الإختلاف**، فهو منهج تحليلي **نقدي**، الهدف معرفة وفهم مدارك التعارض بين النظم القانونية، ومختلف المدارس القانونية، كمقارنة النظام اللاتيني الجرماني بنظام القانون المشترك، من حيث التشريع كمصدر أصلي أو القضاء كمصدر أصلي، أو مقارنة النظم التي تولي للشريعة الإسلامية مكانة مهمة مقارنة بنظم أخرى تستبعد المصادر الدينية من مصادرها.

منهج المعارضة يؤدي إلى استبعاد مواضع الاختلاف التي لا تتناسب مع النظام المقارن به، أكثر من البحث عن أوجه التقارب، لأن الهدف من معرفة أوجه االاختلاف والتباعد يدل على قدرة المشرع والفقيه على استيعاب القوانين الأخرى وتدارك الأخطاء التي يقع فيها القانون الأجنبي وتجنبها في القانون الوطني.

رابعا- المقارنة المنهجية: بناء على دراسة أوجه التشابه، التقارب أو التعارض بين مختلف النظم القانونية، تأتي مرحلة **استخلاص** واستنباط أهم العناصر التي يجب على المشرع أو الفقيه القانوني الوقوف عندها بعد دراسة أسباب الاختلاف والتشابه[60] بين مختلف النصوص القانونية محل المقارنة، من أجل التعرف على القانون الذي يتضمن أفضل العناصر، والاستعانة بها إن لزم الأمر.

جميع هذه المناهج تستدعي الاستعانة بها بحسب الحاجة إلى تحسين النصوص القانونية، ولا تعني انتهاج منهج بذاته دون غيره.

---

[59]- بوعمرة آسيا، مرجع سابق، ص.32

[60]- حميد شاوش، مرجع سابق، ص.10

المطلب الثاني

طرق الاستعانة بمناهج المقارنة

يتولّى فقهاء القانون والمشرع والقاضيمهمّة دراسة وتطبيق مناهج القانون المقارنة في مختلف مجالات القانون التي يمارسون فيها وظائفهم[61]:

الفرع الأول: بالنسبة للمُشرّع

في حالة تشخيص مكمن النقص أو القصور والصعوبات العملية في تطبيق القانون الوطني على أرض الواقع، ذلك أنّ المجالس التشريعية عبر العالم تشغل في هذا المجال بإنشاء مصالح خاصة بالدراسات المقارنة تستعين بها في إعداد تشريعاتها[62]، يجب أن تبادر إلى إيجاد الحلول من أجل سد الفراغ القانوني الحاصل وذلك باتباع مجموعة من الخطوات.

أولا: يستعين المشرع بتجارب المدارس محل المقارنة، أولا في إطار نفس النظام القانوني. ثانيا، في إطار النظم المقارنة الأخرى(على سبيل انتهاج منهج المعارضة).

ثانيا: يحدد مكمن النقص وما يترتب عنه من صعوبات وعراقيل لدى التطبيق. على سبيل منهج المقابلة لتشخيص موضع النقص، ثم بعد ذلك ينتهج منهج المقارنة أو المقاربة ليقف عند النص المقارن به.

ثالثا: الاستعانة بفقهاء القانون والقدرات العلمية المتخصصة (الفقه المتخصص أو الخبراء: في مجال الصحة، في مجال التعليم، في مجال النقل، في مجال الأمن، في مجال الطاقات المتجددة...إلخ).

---

[61]– بوعمرة آسيا، مرجع سابق، ص.13..

[62]– بن خروف عبد الرزاق، مرجع سابق، ص.39

رابعا: صياغة للقانون بناء على مقارنته شكلا وموضوعا وصياغته وفق أشكال وإجراءات المصادقة على القانون المعروفة، وعادة ما يلجأ المشرع إلى صياغة القانون المفسر، وهو التشريع اللّاحق لنص قانوني قد يكون غامضا ليضفي عليه الوضوح والتفسير على نحو يرفع عنه اللّبس والخلاف والغموض، أي أنّ المشرع يعمد إلى إصدار قانون جديد يفسر ويشرح به القانون القديم[63].

يحتاج المشرع في فروع القانون الوطني إلى القياس على ما هو موجود من قواعد في قوانين الدول الأخرى لحكم ذات المسائل المتقاربة في القوانين الوطنية الأخرى، ويكون ذلك عادة أثناء إصدار القانون لأول مرة أو عند تعدياه، وبالنتيجة العمل على تسهيل عملية إصلاحه من خلال النظر إلى الأبحاث القانونية التي توصلت إليها نماذج الأنظمة القانونية محل المقارنة[64] الأجنبية.

بالنسبة للمؤسس الدستوري، فإنّ كتابة الدستور أو مراجعة تعديله تعتبر مهمة صعبة ومعقدة تفترض عملية تقنية ومهارات قانونية وأخرى لغوية، خاصة إذا تعلق الأمر بترجمة بعض النصوص القانونية التي تستدعي ضبطا دقيقا سواء للمصطلحات المستخدمة أو للمعاني المراد الوصول إلها[65] عن طريق الترجمة، حيث يتطلب الأمر من المؤسس الدستوري أن يتمتع باللغة القانونية السليمة

على أنّ لكل بلد نظامه القانوني ومصطلحاته القانونية الخاصة به ذات دلالات معينة ليست بالضرورة الدلالات نفسها والمفاهيم نفسها إذا استخدمت في ظل

---

[63]– غالب علي الدوادي، المدخل إلى علم القانون، دار وائل –الأردن–، الطبعة السابعة 2004، ص.197

[64]– أحمد عبادة، ملخص في مقارنة الأنظمة القانونية، محاضرات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، 2021، ص.4

[65]– فاطمة الزهراء رمضاني، علاقة الترجمة القانونية السليمة بجودة القاعدة الدستورية، مجلة الآداب واللغات، المجلد 22، العدد 01، 2022، ص ص.346–347–348

أنظمة قانونية مقارنة أخرى، لذلك ينبغي فهم واستيعاب أهمية النظم القانونية الأخرى المختلفة محل المقارنة.

الفرع الثاني: بالنسبة للفقيه

الفقه هو مجموعة آراء علماء القانون القائمة على نتائج الدراسات القانونية التحليلية النقدية، بالطرق العلمية[66] التي تجمع بين النظر في النصوص القانونية وبين استخلاص الأحكام القانونية من مصادرها، باتباع مناهج المقارنة العلمية ومناقشة الأحكام للكشف عن نقائص القانون وعيوبه[67]، واستنباط الحلول الجديدة.

أما فقهاء القانون فالدراسات القانونية المقارنة تعتبر مجالا خصبا من أجل إثراء الأبحاث العلمية الأكاديمية من حيث التشخيص ومن حيث استنباط نيّة المشرع من وراء النصوص القانونية، ومن حيث تقديم الاقتراحات والحلول الممكنة ليمكّن المشرع من تداركها.

معلوم أنّ الاجتهاد الفقهي ممكن ومتاح بالنسبة للباحث القانوني مع وجود النص القانوني، بالمقارنة والتحليل والاستنتاج، وممكن أيضا حتى مع غياب النص القانوني[68] الذي يترك فيه الفراغ القانوني مجالا للبحث من لدن الباحث القانوني من أجل المساهمة في تقديم البدائل الممكنة.

الباحث في الدراسات المقارنة يتعرف على طبيعة كل من النظم محل المقارنة، ومن ثم يقف على مكامن القوة والقصور لدى مقارنة الآراء الفقهية التي يدلي بها

---

[66]– غالب علي الدوادي، مرجع سابق، ص.184

[67]– أحمد عبادة، مرجع سابق، ص.13

[68]– مراد كاملي، الدراسات المقارنة بين الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي في مؤسسات التعليم العالي، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، العدد الرابع، 2017، ص.24

الفقهاء وبين الأحكام والقواعد القانونية والتصدي لمقارنتها، وباتباع مناهج المقارنة العلمية، بعدها يمكن للباحث اقتراح تعديلات معينة لنصوص القانون أو استبدالها بالالغاء بأخرى من أجل الخروج باقتراحات أكثر فاعلية[69] قد يستعين بها المشرع في إعداد القوانين وتعديلها.

يجب على الباحث أن يكون على اطلاع كامل وواف على جميع النظم القانونية المقارنة وبصورة عميقة، فلا يستطيع المقارنة بين النظام الأنجلوساكسوني وبين النظام القانوني الجرماني دون هذا الكم الكافي من الرصيد القانوني[70].

الفرع الثالث: بالنسبة للقاضي

إذا كان من المتعارف عليه أنّ القواعد القانونية تتميّز بالعمومية، فإنّه يعود للقاضي مهمة تفسير وإصدار أحكامه في نطاق هذه الصيغ، حيث يعمد إلى استنباط نيّة المشرع[71].

أولا: استعانة القاضي بالقانون محل المقارنة من حيث قراءته ودراسته في مجال تخصصه من أجل فهم، وليس تنفيذ، القانون محل المقارنة ومعرفة دلالات الألفاظ ونيّة المشرع في ذلك.

ثانيا: الاستعانة بالقانون محل المقارنة في مجالات بعينها كما هو الأمر فيما يخص القانون الدولي الخاص، أو كتنفيذ الاتفاقيات الدولية التي صادقت الدولة عليها

---

[69]– بشير براهيم، واقع البحث في الدراسات المقارنة الفقهية والقانونية (بين تحدي الصعوبات وضرورة المعايير)، مجلة الاستيعاب، العدد 7، جانفي 2021، الجزائر، ص.294.

[70]– علال قاشي، المنهج المقارن في البحث العلمي في ميدان الدراسات القانونية، مجلة الاستيعاب، العدد السابع، 2021، ص.159

[71]– بن خروف عبد الرزاق، مرجع سابق، ص.40

باعتبارها تسمو على القانون، لكن في نهاية المطاف، القاضي يبقى ملزما بتطبيق قانون دولته.

نصت المادة 9 من القانون المدني الجزائري: "يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق". فالدول لا ترى في تنازع القوانين تنازعا بين سيادتها بقدر ما ترى فيه العمل على أن تطبق هيئاتها القضائية الوطنية لقانونها بالشكل الصحيح[72]، فتطبيق القاضي الوطني لقانون أجنبي هو في نهاية المطاف تطبيق لقانونه الوطني الذي سمح بذلك.

وعلى ذلك، تعتمد الدراسة القانونية على النص القانوني من جهة، وعلى الاجتهاد الفقهي والاجتهاد القضائي من جهة أخرى، وللاجتهاد القضائي دور حاسم في فهم وتوضيح النص القانوني، ولهذا فإنّ البحث في مجال الدراسات القانونية ومقارنتها، لا يستغني لدى استعراض النص القانوني، لا يستغني عن استعراض فهم القضاء للنصوص القانونية وتطبيقاتها ضمن القضايا المعروضة أمامه[73].

هذا، ومع إمكانية إعادة النظر في الحكام والقرارات القضائية، بالاستئناف أو الطعن، أو في جدلية حجية تلكم الأحكام والقرارات القضائية، فإنّ الممارسة القضائية عن طريق الاجتهاد القضائي يساهم بشكل فعال في فهم النصوص القانونية وتصور دلالاتها الحقيقية[74] واستنباط نية المشرع فيها.

---

[72]– دربال عبد الرزاق، الوافي في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، النظرية العامة في تنازع القوانين في التشريع الجزائري والمقارن، دار العلوم للنشر والتوزيع/ –الجزائر–، 2010، ص.48

[73]– مراد كاملي، مرجع سابق، ص.17

[74]– مراد كاملي، نفس المرجع، ص.17

الفصل الثاني

أهمّ الأنظمة القانونية المقارنة الكبرى

المبحث الأول: النظام اللّاتيني الجرماني

المبحث الثاني: نظام القانون المشترك (الأنجلوساكسوني)

المبحث الثالث: النظم القانونية ذات المصدر الديني..– نموذج الشريعة الإسلامية–)

محاضر في مقياس نظمة القانونية، د. رزيق عبد المالك، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2022-2023

المبحث الأول

النظام اللّاتيني الجرماني

سندرس ضمن هذا المبحث العناصر المتعلقة نشأة وتطور النظام اللاتيني الجرماني (المطلب الأول)، وسنتعرض إلى مكانة التشريع التي يحتلها ضمن المصادر التي يعتمدها نظام اللاتيني الجرماني في تكوينه، بالإضافة إلى المصادر الأخرى كالقضاء والعرف (المطلب الثاني).

بينما سندرس في (المطلب الثالث) إلى بعض العوامل المؤثرة في تكوين هذا النظام القانوني، ولابد من الإشارة إلى أهم العناصر محل الدراسة في النظام اللاتيني الجرماني وهو البنية القانونية للقاعدة القانونية ومكانتها في سلم المصادر، بالإضافة إلى إجراء مقارنة شاملة بيه وبين النظام الأنجلوساكسوني (المطلب الرابع).

المطلب الأول

نبذة عن تطور النظام اللاتيني الجرماني

الفرع الأول: مرحلة تأثير القانون الروماني

بعد مراحل تطور النظام القانوني اللاتيني والقانون الروماني الذي نشأ في عمومه نشأة عرفية حيث لم يكن للتشريع إلا دورا ثانويا في تكوين القاعدة القانونية إلا بعد فترة طويلة اهتم فيها الرومان اهتماما كبيرا بالتقنين على غرار الألواح الإثني عشر التي جمعت فيها القواعد العرفية عام 452 قبل الميلاد [75].

[75]– عمر صلاح العزاوي، منهجية التقنين في النظم القانونية المقارنة: نماذج تطبيقية في القوانين المدنية، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة السابعة، العدد 2، العدد التسلسلي 26، 2019، ص ص.414–415

الفرع الثاني: مرحلة تأثير قانون نابليون

في القرن السادس عشر بدأت تظهر حركة علمية في فرنسا اتجهت إلى دراسة القانون الروماني تعتمد دراسة علمية مهدت الطريق لظهور مدرسة القانون الطبيعي الذي يقوم على قانون أساسه العقل والعدالة يسمو على الجميع ويحكم الظواهر الطبيعية، ويتجاوز وجود الدولة[76]، ويتجاوز القانون الروماني والأعراف القديمة[77] والأعراف الكنسية.

جاءت مرحلة التقنين في عهد نابولين بونابارت. وضع نابلويون نظاما قانونيا يخدم بالدرجة الأولى مصالح التجار والحرفيين وأصحاب المصالح المالية، وبالمقابل، سعى نابليون إلى جذب التمويل لحملاته العسكرية الاستعمارية. حيث وضع نابليون ما يعرف القانون المدني للفرنسيين 1804، وكذا التجاري والجنائي. قانون نابليون المدني كرّس حق الملكية من خلال مبادئ قانونية: كالملكية، الحقوق العينية...

يجدر بالذكر أنّ القانونان الروماني والجرماني يعتبران المصدر التاريخي في القانون المدني لفرنسا، وهذا نتيجة الظروف التاريخية التي أدت إلى احتلال الجرمان لبعض الأجزاء من فرنسا وطبقوا فيها القوانين الجرمانية، فيما بقيت مناطق أخرى من أوروبا تطبق القانون الروماني، وبمرور الزمن أصبح العرف مصدرا من مصادر التشريع[78]. كما يعتبر القانون الروماني النواة الرئيسية للقوانين الأوروبية ويعكس نشأة وتكوين الأنظمة القانونية[79].

---

[76]– الأمين شريط، الوجيز في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية المقارنة، مرجع سابق، ص.79

[77]– بن خروف عبد الرزاق، مرجع سابق، ص.111

[78]– قيس عبد الوهاب الحيالي، ميراث المرأة في الشريعة الإسلامية والقوانين المقارنة، دار الحامد، الأردن، الطبعة الأولى، 2008، ص.149

[79]– حوالف حليمة سيدة حبيبس، الحاج علي بدر الدين، مرجع سابق، ص.32

المطلب الثاني

مصادر النظام اللاتيني الجرماني

تتمثل أساسا في التشريع، ثم تليه مصادر أخرى كالقضاء والعرف أوالفقه.

الفرع الأول: التشريع

يقصد بالتشريع النص المكتوب الذي يتضمن القاعدة القانونية الصادرة عن السلطة التشريعية المخوّلة، يكاد يكون المصدر الرسمي في جميع البلدان، فأغلبية القواعد القانونية مستمدة من وجوده[80].

التشريع بمفهومه الواسع، يحتوي في هرمه الدستور وكذا المعاهدات الدولية التي صادقت الدولة عليها حتى تقحم ضمن التشريع الوطني بعد أن تتبين المحكمة الدستورية مطابقتها للدستور، والقانون العضوي والعادي والتنظيم، ويحكمه مبدأ تدرّج القوانين[81].

فالقاضي عند نظره في المسألة، يرجع ابتداء إلى النص التشريعي من أجل إيجاد حلّ للنزاع المعروض، فهو لا يخضع إلا للقانون. كما أنّ الوظيفة التشريعية المتمثلة في سنّ القوانين، لا يتولاها البرلمان بمفرده، بل تتولى السلطة التنفيذية حق اقتراح مشاريع القوانين[82].

الجزائر من بين الدول التي أخذت بالتشريع كمصدر أساسي للقانون، حيث يعتبر القانون المكتوب بتفرعاته المصدر الأساسي أقرب ما يكون في تكوينه إلى

---

[80]– غالب علي الدوادي، مرجع سابق، ص99

[81]– بن خروف عبد الرزاق، مرجع سابق، ص.117

[82]– وليد سليم النمر، مرجع سابق، 472

النظام اللاتيني الجرماني، على أنّ مبادئ التشريع الإسلامي والعرف وقاعد العدالة ظاهرة ولها مكانتها كمصدر إضافي. نصت المادة الأولى من القانون المدني:" يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفضها أو في فحواها. فإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعة وقواعد العدالة".

نصت المادة 190 من دستور 2020 الجزائري على "...تفصل المحكمة الدستورية بقرار في دستورية المعاهدات والقوانين والتنظيمات...يمكن إخطار المحكمة الدستورية بشأن دستورية المعاهدات قبل التصديق عليها والقوانين قبل اصدارها". أما المادة 154 من ذات الدستور فنصت على: "المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون".

الفرع الثاني: العرف

يحتل العرف مرتبة مهمة بعد التشريع في النظام اللاتيني الجرماني. وهو مجموع العادات والمعاملات السائدة في المجتمع، الراسخة عبر مرور الزمن وتحضا بالشعور الجماعي بإلزاميتها.

وغنيّ عن التذكير أنّ التشريع قد تطوّر في جانب كبير منه عبر تدوين الأعراف السائدة في المعاملات التجارية، لاسيما منها التجارة الدولية. لكن رجوع القاضي إلى العرف ليس محض الاختيار بل هو بدوره مصدره التشريع الذي يحيله إلى تطبيق العرف إذا تعذّر عليه البتّ في قضية معروضة أمامه.

محاضرات في مقرر النظرية العامة للقانون - د. بن علي عبد المالك - كلية الحقوق - جامعة تيزي وزو، 2022-2023

إذا أجرينا **مقارنة** بين بعض الأنظمة المقارنة القانونية، نجد منها من يجعل العرف في نفس درجة التشريع، بينما دول أخرى وإن وضعته في درجة أدنى من التشريع إلّا أنّها فضّلت الشريعة الإسلامية كمرتبة ثانية ليليها العرف.

الفرع الثالث: القضاء في النظام اللّاتيني الجرماني

يعتبر القضاء مصدرا احتياطيا **تفسيريا** للقاعدة القانونية، على عكس مكانة القضاء في النظام القانون المشترك (الكومن لو أو الأنجلو ساكسوني) الذي يعتمده كمصدر رسمي.

القضاء في النظام اللاتيني الجرماني يعتمد تفسير القاعدة القانونية وإعطائها المعنى الحقيقي الذي يريده المشرع، وصبّ التفسير في شكل حكم قضائي يصدره بعد ذلك.

وعلى هذا المعنى، نصت المادة 2/163 من دستور 2020 على أنّ:" القاضي مستقل لا يخضع إلا للقانون".

ليس للسابقة القضائية في النظام الجرماني القوة الملزمة لنفس المحكمة التي أصدرتها، أو للمحاكم التي تكون في ذات الدرجة[83]، ولو أنّها تتمتع بحجية عامة متى صدرت عن المحكمة العليا، ما لم يتعلق الأمر بنقض الحكم وإعادة المسألة أمام المحكمة التي اصدرت الحكم لتلتزم بحكم المحكمة العليا عموما تتقيد به أو أن تلزمها بحكم صادر عن المحكمة العليا بغرفها مجتمعة[84].

رغم أنّه ليس مصدرا رسميا، لكن للقضاء مكانة متزايدة لأنه يحضا بالهيبة والوقار، لذلك يعتد بالأحكام القضائية للاستدلال بها، وتعمل هيئات قضائية على

---

[83]– غالب علي الدوادي، مرجع سابق، ص ص.182–183

[84]– بن خروف عبد الرزاق ، مدخل إلى القانون المقارن ، مرجع سابق، ص.119

توحيد الاجتهاد القضائي أيضا. في الدراسات القانونية المقارنة، يُكثر الباحثون من استخدام العبارات: ويذهب القضاء في فرنسا...، ذهب الاجتهاد القضائي في مصر...، كما أنّ الفقهاء يحلّلون ويعلّقون على مضامين الأحكام القضائية في شكل دراسات أكاديمية.

لكن باختلاف القضاة والقضايا المعروضة أمامهم، يمكن إعطاء عدة تفسيرات لقاعدة قانونية واحدة يتباين تفسيرها وتطبيقها من قاض لآخر، هذا ما جعل القضاء الأعلى في كل نظام قضائي وفق كل تنظيم قضائي، يسعى إلى توحيد الاجتهاد القضائي وتنسيق العمل القضائي.

هذا، بالإضافة إلى الدور الرّقابي والاستشاري الذي يلعبه القضاء، لاسيما منه القضاء الدستوري، حيث يعمل على الرقابة على دستورية النصوص القانونية والتنظيمية.

أما القضاء الدستوري الذي يصدر عن المحاكم الدستورية للدول التي تعتمد هذا النمط من التنظم القضائي والرقابة الدستورية، فمع أنّه لا يرد لدى كثير من الدول ضمن مصادر القانون، لكن ذلك لا يعني أنّه ليس مصدرا للقانون، بل يعدّ من أهم مصادر القاعدة القانونية يحتل نفس مرتبة التشريع، من ناحية القوة في أنشاء القواعد القانونية، فالقضاء الدستوري يقوم اعتبار مدى صحة التشريع الذي لا يطبق إلا بعد صدور حكم دستوري بالمطابقة[85].

الفرع الرابع: الفقه

كمصدر آخر من مصادر النظام اللّاتيني فدوره يتمثل في شرح وتفسير النصوص القانونية واستنباط نيّة المشرع من وراء تلكم النصوص، وله دور مؤثّر

[85]– عصام أنور سليم، موقع القضاء الدستوري من مصادر القانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، –مصر–، 2000، ص.126

على المشرع من أجل مساعدته[86] في استخلاص مواضع القصور التي تعتري النص القانوني واقتراح حلول لها، ما يساهم في تطوير القانون.

المطلب الثالث

العوامل المؤثرة في تبلور القانون والقانون المقارن

خلال القرن السابع عشر ظهرت الدعوة لإحياء القانون الطبيعي ليكون الأساس لمعظم التشريعات العالمية آنذاك، وهو أخذ باتجاه جيدي يقوم على وضع قانون أساسه العقل ويتجاوز أحكام القانون الكنسي والأعراف الاقليمية والقانون الروماني ذاته، ذلك أنّ القانون في نظر مدرس القانون الطبيعي هو نتاج العقل البشري[87] الذي يعتمد بزعمهم على ما توصل إليه الفقهاء من الذكاء والتحليل والمنطق الذي يقترب لحل القضايا والنزاعات أسبق من الدولة ويعلو على الحاكمين والمحكومين.

ويبرز في مجال الدراسات المقارنة في القرن الثامن عشر في فرنسا، على غرار مونتسكيو في كتابه المسمى روح القوانين[88]. وفي القرن التاسع عشر ظهر ما يعرف بالقانون المقارن وذلك بتأسيس جمعية التشريع المقارن في باريس عام 1869، التي اهتمت بدراسة مختلف القوانين وتفسير مختلف فروع القانون الأخرى، لينعقد بعد ذلك مؤتمر القانون المقارن عام 1900 بباريس الفرنسية.

بعد تطور وظهور النشاط الصناعي والتجارة في القارة الأوربية خاصة،بدأت الرأسمالية في أوربا في القرن XVI بالتوسع، وحاولت الوصول إلى السلطة من أجل حماية مصالحها الاقتصادية وحماية ثرواتها وممتلكاتها ضد النظام الملكي الإقطاعي

---

[86]– غالب علي الدوادي، مرجع سابق، ص.211

[87]– عبد الرزاق بن خروف، مرجع سابق، ص ص.111–114

[88]– لامية مجدوب، مرجع سابق، ص.289

الذي كان مسيطرا، مستندا إلى ما أسمي بنظرية الحق الإلهي، الذي ينوب عنه في الحكم.

إذا، الطبقة الرأسمالية (البورجوازية) جاءت وبلورت بدورها نظرية القانون الطبيعي، تعتمد على فكرة مفادها وجود قواعد ونظم أبدية ثابتة لا تزول ولا تتغير على الجميع، مصدرها المنطق والعقل. أسست نظرية القانون الطبيعي بالاستعانة بما كان يتم تدرسيه في الجامعات الأوربية، خاصة تدريس القانون المدني الروماني، لكي تصنع حلولا مكتوبة في شكل قواعد أو قوانين من أجل حماية ومصالح وثروات الطبقة الرأسمالية.

استدعت هذه النظرية مجموعة من المصطلحات، على غرار العقل المكتوب، العدالة، القانون العام، القانون الخاص، الحق العيني، الحق الشخصي، الملكية، البيع، العقود التجارية... ومع ذلك **لم** تتبلور **بعد** في هذه المرحلة نظرية القانون عن طريق التقنين الذي لعب نابليون دورا مهما في عملية **التقنين**.

المطلب الرابع

البنية القانونية للقاعدة القانونية في النظام اللاتيني الجرماني

نشير إلى البنية القانونية فيما يلي.

الفرع الأول: البنية القانونية للقاعدة القانونية

القاعدة القانونية (أو النص التشريعي عموما) عامة ومجردة وتخاطب الأشخاص بصفاتهم وليس بذواتهم، وهي قاعدة قانونية موضوعية، قد تكون مكملة أو ملزمة تتضمن أدوات القمع. دور القاضي يتمثل في تفسير دلالات القاعدة القانونية. وكلما اعترى القاعدة القانونية نقص أو سهو أو قصور، جاء المشرع ليسد ذلك سواء بالتعديل، بالإتمام أو بالإلغاء..وهكذا.

بعد اتساع الإمباطورية الرومانية، ميّزت هذه الأخيرة بين القانون المدني وبين قانون الشعوب، فالأول يطبق على الرومانيين فحسب، بينما يطبق الثاني على غيرهم، و لاحقا صار قانون الشعوب يطبق على جميع نواحي الحياة نظرا لطابعه العقلي[89].

لقد تضاءل تقسيم القانون الروماني بين قانون عام وقانون خاص بعد تراجع مفهوم الدولة في القرون الوسطى، حيث كان القانون الجرماني يتجاهل هذا التقسيم، ويعتبر القانون واحدا يتكفل بتنظيم العلاقات دون تمييز بين علاقات الدولة والأشخاص، كما لم يعرف القانون الإنجليزي هذا التقسيم[90].

وفي مرحلة معاصرة من تطور التقنين أصبحنا نلاحظ هذا الاهتمام بتفريع القانون حسب المواضيع والتخصصات.

التقنين يعني تجميع النصوص التشريعية الصادرة عن السلطة التشريعية ضمن فرع معين من فروع القانون في مصنف واحد، يطلق عليه مجموعة أو مدونة، **وذلك** وفق تبويب وترتيب بحسب المسائل التي تتضمها. **يعرف التقنين** أيضا أنّه ضم ودمج مجموعة من القواعد القانونية الخاصة التي تشترك فيما بينها في فرع من فروع القانون، ضمن نص مدون واحد صادر عن السلطة المخولة بالتشريع في شكل قانون[91].

غير أنّ التقنين لا يعني حتما ضمه جميع المسائل المتعلقة بفرع ما من فروع القانون، ذلك أنّ هذا الأخير يجد ما يعضده في نصوص قانونية أخرى خاصة أو مرتبطة بذات الموضوع[92].

---

[89]– دربال عبد الرزاق، الوافي في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص.35

[90]– غالب علي الداودي، المدخل إلى علم القانون، مرجع سابق، ص.34

[91]- غالب علي الداودي، نفس المرجع، ص.142

[92]- نفس المرجع، ص.142

الفرع الثاني: مقارنة بين النظام اللاتيني الجرماني وبين نظام القانون المشترك

القانون المشترك أو الكومن لو، أو القانون غير المكترب أو **القانون القضائي**، كما درج تسميته بالنظام الأنجلوساكسوني، يختلف عن النظام اللاتيني الجرماني في كون الأول (القانون المشترك) يأخذ بالقضاء والسوابق القضائية كمصدر أصلي لنظامه القانوني،ليليه التشريع بعد ذلك. بالإضافة إلى التطوّر الذي شهده كل من النظامين.

تكوّن نظام القانون المشترك في إنجليترا، وأخذت عنه دول كثيرة تلك الناطقة باللغة الإنجليزية خاصة. وهو نظام قانوني يضم مجموعة من القواعد والأعراف القديمة والحديثة، وتضم قرارات وأحكام القضاء عبر مراحلها التاريخية. كما بدأ يتزايد دور التشريع الذي يصدره البرلمان ضمن النظام القانوني للقانون المشترك.

المبحث الثاني

نظام القانون المشترك (الكومن لو، الأنجلوساكسوني)

يطلق عليه أيضا النظام الأنجلوسكسوني كتسمية شائعة، وتطبقه معظم الأنظمة القانونية ذات التوجه الإنجليزي مثل بريطانيا الولايات المتحدة الأمريكية كندا جنوب إفريقيا الهند وغيرها، حيث تظهر أهم ملامحه في كون قواعده غير مكتوبة أي غير مقننة، وقدرة القضاء على خلق وتطوير قواعده القانونية[93] بذاته نظرا لاعتماده الوثيق على السوابق القضائية.

سندرس في هذا المبحث مراحل تطور نظام القانون المشترك (المطلب الأول)، والمصادر الرئيسية للقانون المشترك (المطلب الثاني).

---

[93]– عمر صلاح العزاوي، مرجع سابق، ص.435

كما سنستخلص في (المطلب الثالث) أهم العناصر والمميزات التي يتمتع بها انظام القانون المشترك، لنتطرق في الأخير إلى بنية نظام القانون المشترك (المطلب الرابع).

المطلب الأول

مراحل تطور نظام القانون المشترك

الفرع الأول: لمحة تاريخية عن تطور نظام القانون المشترك

تطوّر نظام القانون المشترك (الكومن لو) يرجع إلى المحاكم الملكية التي أنشأت في مناطق الغزو الإنجليزي لحماية مصالح وممتلكات المملكة. ظهور المحاكم الملكية جاء بعد الغزو الإنجليزي للقبائل الإنجلز والساكسون في القرن الخامس، وهي قبائل جرمانية الأصل كانت لهم أعرافهم ونظامهم القبلي الذي يحتكمون إليه (محاكم الإقليم الشعبية). حيث أصبحت المحاكم الملكية ذات مكانة دائمة في نشاط القضاء.

سعت الملكية في إنجليترا بعدها إلى بناء نظام قضائي موحد يطبق على جميع مواطني المملكة بديلٌ عن المحاكم التقليدية التي كانت تحتكم إليها المناطق المستعمرة (دون تمييز بين النبلاء الإنجليز وبين القبائل المستعمرة ذات الأصل الجرماني)، يحلّ محل المحاكم التقليدية عن طريق استقطاب المتقاضين أمام المحاكم الملكية بأوامر مكتوبة للتقاضي أمامها.

يستند النظام القضائي الذي انتقل إلى إنجليترا مع الغزو النورماندي لها، يستند أيضا على نظام إداري من المحلفين[94]، وهم مجموعة من السكان المحليين في الإقليم

[94]– دخلافي سفيان، مقارنة الأنظمة القانونية، مرجع سابق، المحاضرة السادسة، ص.01

يساعدون المحاكم للإدلاء بالمعلومات والحقائق عن الأراضي والحقوق التي تعود ملكيتها للملك، وتحليفهم أيضا من أجل تحصيل الضرائب والرسوم لمصلحة الملك[95].

ومع مرور الوقت انتقل هذا النظام نظام المحلفين بدوره إلى المستعمرات الأمريكية.

إذا، الأوامر المكتوبة الصادرة عن المحاكم الملكية وجدت كإجراء ملزم للمتقاضين لتأسيس الدعوى بدلا عن المحاكم التقليدية الشعبية التي كانت سائدة في القبائل المستعمرة.

تطوّرت المحاكم الملكية، فأنشأت محاكم مختصة في النزاعات العقارية المرتبطة بالتعدي على الملكية العقارية للمملكة باعتبار الملك هو المالك الأصلي لتلك العقارات. هذه المحاكم كوّنت مجموعة من **القرارات** المنطوق بها أصبحت ملزمة لا يكون مصدرها التشريع، وإنما الأحكام القضائية تكون مبنية على قواعد العدالة والأعراف وحماية مصالح المملكة.

الفرع الثاني: مرحلة المحاكم الملكية

كوّنت المحاكم الملكية دورا كبيرا في تشكيل نظام القانون المشترك. فالمحاكم الملكية كانت بمثابة استثناء يحكم في كل النزاعات المتعلقة بالملكية العقارية والمساس بها.

وقد بدأت قواعد المحاكم الملكية عبر كامل إقليم المملكة، وعرفت الاقبال الكبير للمتقاضين في احقاق العدالة، نظرا لما كانت تتميز به من ضمانات بابتعادها عن

---

[95]– عاصم حاكم هباس الجبوري، حاكم فنيخ على الخفاجي، سمات النظام القضائي الأمريكي ومبررات تشكيل المحكمة العليا عام 1789، Journal of Babylon center for humanities studies 2017 volume 7, issue 1, ص.434.

اتباع الأعراف المحلية واستحداث آليات جديدة في التقاضي تعتمد على نظام المحلفين الذين يلعبون دورا مهما في التحقيق والاثبات[96].

أهم ما يميّز المحاكم الملكية أنّها كانت متنقلة وكانت تستند في أحكامها إلى أعراف وعادات المناطق في إنجليترا بما يجعلها تحقق أكبر قدر من العدالة بين المتقاضين، وإقبال المتقاضين عليها اعتمدت الأوامر المكتوبة بصفتها أوامر مكتوبة **صادرة** من الملك.

الفرع الثالث: مرحلة تطور قواعد العدالة

قواعد العدالة جاءت في أصولها الأولى من القواعد التي كانت مطبقة منذ عصورها الأولى أمام المحاكم الكنسية والقانون الروماني باعتبارهما مصدرين أساسيين لها[97]، أي للنظم المقارنة اللاتينية والأنجلوساكسونية.

ولكن هذا لم يحل دون الابقاء على قواعد العدالة والعمل بها في هذين النظامين في العصور المتقدمة.

بعد أن أظهرت المحاكم الملكية محدوديتها، كما أنّها لم تعد تستجيب لإرادة الملك الذي يعتبر في نظر نظام الكومن لو ضمير المملكة، بدأت مطالبة الملك بالتدخل الشخصي لتسوية القضايا لكونه يجسد الحق المطلق والعدالة الفعلية، ليحيل الملك هذه المهمة لعى مستشاره للفصل في القضايا بنفس الأسلوب الذي يعتمده الملك، ألا وهو مبادئ الانصاف والعدالة المستلهمة في نظره من القانون الكنسي والروماني، وما يصل إليه العقل[98].

---

[96]– عبد الرزاق بن خروف، مرجع سابق، ص.130

[97]– محمود ابراهيم الوالي، مرجع سابق، ص.15

[98]– عبد الرزاق بن خروف، مرجع سابق، ص ص.133–134

لذلك اعتبر تدخل المستشار بصفته مساعدا للملك، اعتبر لا يتعارض مع حكم القانون المشترك وإنّما يعمل على تكامله بإنشاء قاعدة تتميز بالعدل والانصاف في مواجهة المتقاضين تتطابق مع ضمير الملك[99].

إنشاء محاكم المستشار جاء لمواجهة نفوذ المحاكم الملكية المسيطرة، خاصة أنها أصاب عملها الجمود والقصور لاعتمادها على السابقة القضائية. فمحاكم المستشار امتازت بالعدالة والسرعة في الاجراءات والحداثة في القضاء، حيث استندت، حسب هذه المحاكم، إلى القانون الكنسي والقانون الطبيعي وقواعد العدالة التي يرونها كذلك.

الفرع الرابع: مرحلة القانون القضائي

ابتداء من عام 1873، حيث أُزيل التمييز بين المحاكم الملكية وبين محاكم العدالة (القانون الطبيعي)، الأمر الذي أدى إلى **توحيد قواعد القضاء** في إنجليترا وأصبحت تعتمد نفس الإجراءات القضائية المبسطة العرفية، ولم يتأثر أبدا بحركة تقنين القانون الذي كان سائدا آنذاك في دول أوروبا، عكس تأثر النظام اللاتيني بحركة التقنين.

لكن مع بداية القرن العشرين ازدادت أهمية القانون **والتشريع** نظرا للتطور الاقتصادي والتجارة الدولية في أوروبا، وبروز الدور المتصاعد للاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي تستحق ادماجها ضمن النظام القانوني الداخلي عن طريق تصديق البرلمان عليها.. ورغم أنّ النظام النيابي في إنجلترا ظهر وتطور تاريخيا نتيجة لدرئ هيمنة الملك، ولكن بمرورز الزمن وتعقد الحياة السياسية، استلزم على الملك اللجوؤ باستمرار للمجلس النيابي والتشريع[100].

---

[99]– عبد الرزاق بن خروف، نفس المرجع ، ص.135

[100]– سعيد بوالشعير، مرجع سابق، ص.81

في هذه المرحلة الحديثة من نظام الكومن لو، وعلى عكس نظام التقنين للنصوص، بدأت هذه المرحلة تعرف تجميع مجموعات الأحكام القضائية في شكل حوليات تتضمن القرارات القضائية لتسهيل الوصول إليها، وكذا بدأت تظهر ملامح تبلور دور التشريع شيئا فشيئا. ومع أنّ إنجليترا لا تمتلك دستورا مكتوبا، إنّما ما يسمى دستورا هو مجموعة قواعد يرجع بعضها إلى أصول تشريعية وبعضها الآخر وهو الأكثر يرجع إلى أصول قضائية[101].

المطلب الثاني

مصادر القانون المشترك (الكومن لو- أو الأنجلو ساكسوني)

أهم مصادر نظام القانون المشترك هي الأحكام القضائية، ثم يليها التشريع الذي أصبحت له مكانة متزايدة.

الفرع الأول: القضاء ومفهوم السابقة القضائية

يعتمد القضاء في نظام القانون المشترك على مفهوم **السابقة القضائية:** تعرّف السابقة القضائية على أنّها الحكم القضائي الذي يصدر في قضية بذاتها من المحاكم العليا، بحيث تضع السابقة القضائية مبدأ قضائيا في شكل قاعدة "قانونية"، تصبح ملزمة لأطراف النزاع، وتُتخذ بشكلها مصدرا للقانون في ما يأتي من القضايا اللّاحقة إذا عُرض على القضاء (المحاكم الدنيا) نزاع من هذا القبيل وبنفس الوقائع ومراكز الأطراف.

وقد استقرت الممارسة القضائية المبنية على السابقة القضائية منذ القديم وبقيت ذات أهمية إلى العصر الحديث.

---

[101]- عمر صلاح العزاوي، مرجع سابق، ص.436.

أساس مفهوم السابقة القضائية يتطلب أن تتبع المحكمة القواعد القانونية، وقد يسميها البعض بالقواعد القضائية، أن تتبع المحكمة القواعد التي أنشأتها المحكمة نفسها أو محكمة أدنى درجة منها في نفس الاختصاص.

وقد نشأ مبدأ التقيد بالسوابق القضائية أيضا في الولايات المتحدة الأمريكية، على غرار بريطانيا، كجزء من مبادئ القانون الإنجليزي، ومرد ذلك يعود إلى أن الاستمرار بالعمل بذات السوابق القضائية حول ذات الوقائع من شأنه أن يضفي كثيرا من المساواة والعدالة والمصداقية في تسوية المنازعات[102]، وكذا السرعة التي تتمتع بها المحاكم في تسوية المنازعات من نفس الطبيعة والوقائع.

باستثناء المحكمة العليا للمملكة المتحدة **التي يمكنها أن تتجاهل** السوابق القضائية التي سبق لها أن أصدرتها بحيث تلجأ إلى تعديل أو إصدار سوابق قضائية جديدة، تبقى المحاكم الأخرى ملزمة بمضمون السوابق القضائية، كمحكمة الاستئناف أو محكمة التاج أو المحاكم الدنيا درجة.

تختلف السابقة القضائية عن الحكم القضائي في النظام اللاتيني الذي يعتمد على تسبيب الأحكام، هذا الأخير يحكم في وقائع تختلف عن أخرى، كما أنها غير ملزمة.

السابقة القضائية لا تعني النطق من طرف القاضي، بذات الحكم بسبب تطابق الوقائع والأطراف، بل تعني أن يأخذ القاضي بروح منطوق الحكم والحكمة والدوافع والمقاصد **والمنطق** الذي اتّبعه القاضي التي جعلته يتوصل إلى منطوق الحكم وفق ما يتسق مع العقل والمنطق ومبادئ العدالة.

وعليه، ما يطلق عليه في بريطانيا بسبب الحكم أو السبب المنطقي هو السبب الذي يبني القاضي حكمه، والذي يصبح في النهاية بمثابة قاعدة قانونية تشكل فيما

---

[102]– عاصم حاكم هباس الجبوري، مرجع سابق، ص.439

بعد معنى السابقة القضائية، وليست الوقائع التي تقيد مضمون السابقة القضائية، وإنما المنطق الذي يتبناه القاضي في حكمه ليصبح مبدأ قانونيا يحضا بالإلزام[103].

وعليه، في السابقة القضائية يقوم القاضي بعد النطق بالحكم، يقوم بتفصيل الحكم وتبيان حكمة القرار واستدلاله الذي يصبح قاعدة قضائية ملزمة بعدها[104].

نلمس أهمية السوابق القضائية من خلال الممارسة التي تعتمدها المحاكم الدنيا إلى مقاربة أحكامها القضائية مع الأحكام التي تصدرها المحاكم الأعلى عنها وفق تدرج تنظيمها القضائي.

من مميزات القواعد الصادرة في شكل أحكام قضائية في نظام القانون المشترك، أنّها قواعد خاصة بوقائع معينة بذاتها ولنزاع بذاته، لكنها بعد ذلك تطبق على القضايا المشابهة لها.

الفرع الثاني: التشريع في نظام القانون المشترك

أو القانون المكتوب أو القانون الصادر عن البرلمان، تمييزا له عن القانون القضائي الذي يعتبر وليد السوابق القضائية. تعزز دور التشريع بفعل الحركية الاقتصادية في أوربا والعالم وتوسع المعاملات التجارية الدولية، لكنه يبقى (التشريع) مصدرا ثانويا.

ويُعرف عن النظام الأنجلوساكسوني أنّه لا يعتمد مفهوم الدستور المكتوب، كما هو الشأن عند كثير من الدول، وعليه فإنّ مسألة الرقابة على دستورية القوانين غير مطروحة على الإطلاق[105].

---

[103]– عمر صلاح العزاوي، مرجع سابق، ص.436

[104]– بن خروف عبد الرزاق، مدخل إلى القانون المقارن، مرجع سابق، ص.145

[105]– حوالف حليمة سيدة حبيبس، الحاج علي بدر الدين، مرجع سابق، ص.29

من ذلك يمكن للقضاء في كل مرحلة أن يتصدى لكل قانون أو معاهدة دولية لا تتطابق مع مضمون نظام القانون الكومن لو وإلغاءها، بحكم أن القانون يكون مكملا للسوابق القضائية وكل قانون يتعارض مع أيّ سابقة قضائية يجعله غير ملزم.

كما أنّ كلّ استدلال بالتشريع من طرف القضاء لا يعد في نظر نظام الكومن لو تطبيقا للتشريع، بل يستدل بالمبدأ القانوني لذلك التشريع عبر منطوق الأحكام القضائية بحيث يصبح **مبدأ قضائيا** من حيث الحجية ومصدره القضاء (السابقة القضائية)، بدلا من مبدأ قانوني مصدره التشريع.

مفهوم القاعدة القانونية في النظام النجلوساكسوني يختف عنه في النظام اللاتيني الفرنسي، حيث أنّه في النظام الأنجلوساكسوني يتم التأسيس للقواعد القانونية بصفة دورية من قبل القضاء بمناسبة قضايا ووقائع معروضة عليه، يجب فيها على القاضي التصرف بحكمة وتبصر وفقا لكفاءته وقدراته العلمية في الميدان القضائي، فيتوصل إلى مبدأ قانوني معين يتم وفقه حل القضية المعوضة أمامه، ليصبح هذا الأخير، أي مبدأ السابقة القضائية تتقيد وتلتزم بالعمل على نحوها جميع المحاكم الأخرى في نفس المرتبة، وكذا المحاكم الدنيا، ولكن لا تتوسع في تطبيقها إلا في حدود الوقائع المشابهة لها.

بينما في النظام القانوني اللاتيني فالقاعدة القانونية فهي من انتاج وعمل المشرع القانوني الذي يضع القوانين فيما يخص جميع فروع القانون وتكون موضوعة مسبقا قبل أن تعرض على القضاء أيّ من القضايا، تطبيقا لمبدأ راسخ لدى النظام اللاتيني والمتمثل في مبدأ الشرعية ومبدأ عدم رجعية القوانين، فيلتزم القاضي بتطبيق حرفي للقواعد القانونية المقننة مسبقا على الوقائع المعروضة عليه، بدلا من محاولة إيجاد حلول منطقية، كما هو الشأن بالنسبة للنظام الأنجلو ساكسوني[106].

[106]– عمر صلاح العزاوي، مرجع سابق، ص.441

في نهاية المطاف، القاضي في النظام اللاتيني لا ينشئ القاعدة القانونية، وإنّما هذه الأخيرة تكون موجودة مسبقا وما على القاضي إلى تطبيقها على الوقائع المعوضة عليه.

الفرع الثالث: العرف

فهو ثانوي لم يعد يحضا بالمقاربات العملية له نظرا لاعتماد تدوينه عبر التاريخ. بينما **الفقه:** فهو محض التحليل والتفسير لمختلف الأحكام القضائية من طرف كبار الكتاب والفقهاء في انجليترا.

لا يبدو للفقه الأثر الكبير في القانون الإنجليزي، لأنّ الشريعة الإنجليزية لم تتأثر بالقانون الروماني، كما لم تتأثر بشريعة سماوية معينة قد تكون لها أساسا للحركة الفقهية، ذلك أنّ القانون الإنجليزي يقوم على مجموعة عادات تولى القضاء تقريرها[107].

المطلب الثالث

مميزات نظام القانون المشترك

يتميز نظام القانون المشترك بعدد من المميزات، تجعله يستأثر لها عن النظم الأخرى، وذلك من حيث الكليات، فهي ليست مميزات ثانوية وإنما مميزات رئيسية.

1- هو قانون غير منظم وغير مصنف في شكل مادي، ومن دون مرجعية تحدد مبادئه، عكس ما هو معروف في النظام اللاتيني الجرماني الذي يعرف بالتقنين لفروع القانون.

---

[107]– غالب علي الدوادي، مرجع سابق، ص.185

2- هو قانون قضائي، أي يعتمد على الأحكام القضائية في شكل سوابق قضائية على أنها المصدر الرسمي للقانون بحيث تلتزم المحاكم الدنيا بها في القضايا المشابهة لها.

3- يتميّز نظام الكومن لو بالطابع الإجرائي، كما هو الشأن في بداياته، أين اعتمدت الأوامر المكتوبة من أجل صرف المتقاضين عن المحاكم التقليدية واستقطابهم نحو المحاكم الملكية التي تجسد إرادة الملك وتنوب عنه.

4- من مميزات نظام القانون المشترك أنّه لم يعتمد أيّ بناء قانوني خاص به، بحيث لم يميّز بين القانون العام وبين القانون الخاص، ولا بين القوانين المدنية أو القوانين التجاري...، على سبيل المثال بسبب مفهوم الملكية الذي يعتبر كلاً غير قابل للتقسيم، وأنّ منبع هذا المفهوم هو الملك ذاته، على عكس النظام اللاتيني الجرماني الذي يعتمد التقنين، ويعتمد التخصص الذي يظهر في فروع القانون المختلفة المعروفة وتقسيماته.

المطلب الرابع

بنية نظام القانون المشترك

الفرع الأول: مضمون بنية القانون المشترك

يقصد بالبنية القانونية في نظام القانون المشترك مضمون المصطلحات المستخدمة، وتقسيمات المحاكم، فبنية الكومن لو، هي بنية **موحدة** لا تعترف بالتقسيمات المتعارف عليها في النظام اللاتيني الجرماني كالقانون العام والقانون الخاص وغيرها من أنواع التقسيمات الأخرى فروع القانون.

محاضرات في مقارنة النظم القانونية، د. رحيمي عبد المالك- كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2022-2023

فلا تمييز بين القوانين العادية أو القوانين الدستورية ولا أثر االرقابة الدستورية على القوانين، ذلك أنّ بريطانيا تعتبر من الدول القلائل في أوروبا وفي العالم التي لا تعتمد الدستور المكتوب، كما أنّها لا تطبق مبدأ الرقابة على دستورية القوانين[108].

النظام القانوني الانجليزي لم يعتن بعملية التقنين، وذلك لاعتماده الأساسي على السابقة القضائية، وأيضا على مجموعة قوانين مبعثرة، لا يعتمد القضاء أساسا عليها في إصدار أحكامه القضائية[109].

بالإضافة إلى اعتماد نظام القانون المشترك على مضمون السوابق القضائية التي تحوي **مبادئ قضائية**، أو ما يسمى **بالقاعدة القضائية ملزمة لغيرها من المحاكم**، بدلا عن **التقنين** أو القاعدة القانونية المعروفة في النظام اللاتيني الذي يعتمد نصوصا قانونية في شكل تقنين.

القاضي في نظام الكومن لو، **يساهم** في إنشاء القاعدة القضائية نظرا لخبرته وكفاءته، مقارنة بالقاضي في النظام اللاتنين أين يكتفي بتطبيق النص القانوني أو تفسيره.

الفرع الثاني: تقسيم النظام القضائي

فضلا عن اعتماد التنظيم القضائي للمحاكم المختلفة حسب اختصاص كلّ منها (المحاكم المدنية، المحاكم التجارية، المحاكم الجزائية)، وحسب درجة التقاضي لكل منها (المحكمة العليا، محكمة التاج، محكمة الإستئناف، غرفة اللوردات)، يبقى التنظيم القضائي من أهم النظم المفصلة.

---

[108]– عبد الرزاق بن خروف، مرجع سابق، ص147

[109]- غالب علي الداودي، المدخل إلى علم القانون، مرجع سابق، ص.143

المبحث الثالث

النظم القانونية ذات المصدر الديني.. – نموذج الشريعة الاسلامية–)

يظل النظام الاسلامي من أهم الأنظمة المرجعية في عصرنا هذا، ويعدّ لدى كثير من الفقهاء من بين الشرائع الكبرى، ذلك أنّه نظام تستلهم منه عديد الدول في تشريعاتها وقضائها، مع أنّه يجسد الدين الإسلامي وتنزيل الوحي الإلهي[110]، على عكس الأنظمة القانونية الوضعية. تعتبر الأحكام التي جاءت بها الشريعة الإسلامية وثراءها سواء من الكتاب الكريم أو من السنة أو من اجتهاد الفقه الإسلامي، تعتبر مصدرا مهما لدى الكثير من النظم القانونية، لاسيما منها النظم القانونية العربية أو تأثير الشريعة الاسلامية في بعض النظم القانونية المقارنة الكبرى.

لذلك سنتطرق إلى مفهوم الشريعة الإسلامية وإلى خصائصها (المطلب الأول)، وكذا إلى المصادر التي تستنبط الشريعة الاسلامية منها أحكامها والمقاصد التي تهدف لحمايتها وتحقيقها (المطلب الثاني). أما في (المطلب الثالث) فسنتطرق إلى مقارنة الشريعة الاسلامية بالنظم المقارنة، لننتهي بدراسة الاتجاه القائل بتأثر قانون نابليون بالمذهب المالكي المستمد من الشريعة الإسلامية (المطلب الرابع).

المطلب الأول

مفهوم الشريعة الاسلامية وخصائصها

الفرع الأول: مفهوم الشريعة الإسلامية

تتعدد العوامل المؤثرة في تكوين المجتمعات والحضارات، والتي تؤثر بدورها في البناء القانوني لها من أجل تنظيم المجتمع و تأطير العلاقات بين مؤسساتها. ولقد

[110]– بن خروف عبد الرزاق، مدخل إلى القانون المقارن، مرجع سابق، ص ص.95–96

أشرنا أعلاه إلى العوامل التي تؤثر في تكوين النظم القانونية، منها العوامل السياسية، الاقتصادية، التاريخية.

كما أنّ العامل الديني يلعب دورا أساسيا في بعض النظم القانونية الكبرى، كما هو الشأن بالنسبة لليهودية أو للمسيحية الكنسية التي لعبت دورا في بلورة النظام اللاتيني الجرماني ونظام القانون المشترك، أو الشريعة الاسلامية التي أخذت بها عديد الدول ضمن مصادرها.

لقد احتلت الشريعة الاسلامية المكانة المهمة بين مختلف ا لأنظمة القانونية العالمية[111]، خاصة وأنّ الشريعة الإسلامية تتميز باستقرار نظامها وقيمها ومبادئها مقارنة بالنظم القانونية التي يعرف عنها التغير وعدم الاستقرار. سنقتصر في هذا المحور على دراسة الشريعة الاسلامية كمصدر في بعض النظم القانونية المقارنة.

الإسلام دين شرعه الله لعباده بأن أرسل إليهم رسوله محمدا صلى الله عليه وسلم بالقرآن الكريم، وهو خاتم الأديان السماوية، فيه توحيد الله واتّباع نبيّه.

والشريعة الاسلامية، هي الأحكام الفقهية المتضمنة في كتاب الله وفي سنّة نبيّه صلى الله عليه وسلّم، تحثّ على توحيد لله والاستقامة ومكارم الأخلاق ورعاية **مقاصد** الناس الشرعية (حفظ الدين، حفظ النفس، حفظ المال، حفظ النسل، حفظ العقل) من أجل خيريْ الدنيا والآخرة.

الفرع الثاني: خصائص الشريعة الإسلامية

تختلف الشريعة الاسلامية كنظام عن النظم القانونية الأخرى، بحيث أنّ الشريعة الاسلامية تعتبر أنّ مصدرها الله تعالى، وهي كاملة غير محرفة لا بالزيادة ولا بالنقصان، وصالحة لكل زمان ومكان، على عكس النظم القانونية التي تعتبر وضعية، أي أنّها من وضع البشر، وهي قابلة للنقص والقصور والتعديل والإلغاء.

---

[111]– بشير براهيم، مرجع سابق، ص.294.

المطلب الثاني

مصادر الشريعة الاسلامية ومقاصدها

الفرع الأول: مصادر الشريعة الإسلامية

المصدر الأساسي للشريعة الاسلامية هو أولا القرآن الكريم، والسنة النبوية المأثورة عن أقوال وأفعال وتقريرات النبيّ محمد صلى الله عليه وسلم، بالإضافة إلى ذلك نجد مجموعة من المصادر الأخرى التي تستمد الشريعة الاسلامية، كالإجماع والقياس والمصالح المرسلة وسد الذرائع. وسنعرف بعضها فيما يأتي:

1- القرآن الكريم:

يُعرّف القرآن الكريم بأنّه كلام الله عزّ وجلّ المنزل على على قلب نبيه محمد صلى الله عليه وسلم، منجما، بالوحي بواسطة جبريل عليه السلام، المتعبد بتلاوته، ولا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه.

القرآن الكريم جميع ما فيه يهدي إلى صلاح العباد في الدنيا والآخرة، وهو صالح لكل زمان ومكان. يتضمن من أحكام العبادات (كالصلاة والصيام والحج...)، ومكارم الأخلاق (كالصدق، والأمانة، وبرّ الوالدين...)، وفيه من أحكام المعاملات (كالتجارة، والوفاء بالعقود، وأداء الشهادة، الحدود والقصاص...).

2- السّنة النّبويّة:

هي ما أُثر عن النبيّ صلى الله عليه وسلم، تأتي في المرتبة الثانية بعد القرآن الكريم، وهي مفسرة وشارحة لأحكامه. تنقسم إلى **سنّة قولية**، وهي أقوال الرسول صلى الله عليه وسلم وصفاته المنسوبة إليه والمشهود بصحتها (الأحاديث الصحيحة سندا ومتنا وغيرها وفق علم مصطلح الحديث).

والسنة الفعلية، وهي أفعال وأعمال الرسول التي شاهده أصحابه يقوم بها، فاقتفوا أفعاله، فصلّوا كما رأوه يصلي وحجّوا كما رأوه يحج، وتعاملوا بالصدق والأمانة في التجارة كما رأوه أمينا صادقا.

أمّا **السنة التقريرية،** فهي كلّ قول أو عمل رآه أو سمعه الرسول من أصحابه فأقرّهم عليه ووافقهم عليه.

3- الإجماع: هو إجماع واجتهاد علماء المسلمين من المذاهب الفقهية المتفق عليها من المذاهب السنية (المذهب الحنفي، المذهب المالكي، الشافعي، الحنبلي) في شرح وفهم أحكام الكتاب والسنة النبوية المطهّرة على قول جامع للجمهور. ومصادر أخرى.

الفرع الثاني: مقاصد الشريعة الاسلامية

مقاصد الشريعة الاسلامية هو ما تستهدف الأحكام الفقهية من القرآن الكريم ومن السنة النبوية تحقيقه وحمايته، ونظرا لكونها مقاصد تحث على التوحيد والاستقامة في المعاملات ورعاية مصالح الناس بما ينفعهم، فقد حضيت بعين الاعتبار في نظم قانونية لدول كثيرة. هذه المقاصد الشرعية **(حفظ الدّين، حفظ النّفس، حفظ المال، حفظ النسل، حفظ العقل)،**

المطلب الثالث

مقارنة الشريعة الاسلامية بالنظم القانونية المقارنة

باعتبار الشريعة الاسلامية مصدرا مهما للقانون، وباعتبارها ليست مجالا للمقارنة بالنظم القانونية التي تستمد منها بعض الأحكام.

محاضرات في مقياس الأنظمة القانونية- د. بريبي عبد الرزاق- كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2022-2023

الفرع الأول: الشريعة الاسلامية كمصدر

إذا كانت الشريعة الاسلامية هي الوحي الإلهي الذي يُجمع على كونه كاملا وصالحا في كلّ زمان ومكان، لا يشوبه التحريف لا بالزيادة ولا بالنقصان، فإنّ القانون الوضعي هو من وضع البشر، يشوبه كثير من النقص والقصور والسهو والإلغاء. لقد أخذت كثير من الدول بأحكام الشريعة الاسلامية في قوانينها الوطنية كمصدر من مصادرها الاحتياطية، إذا لم تجد نصا تشريعيا صريحا يحلّ المسألة، خاصة في مجال الأحوال الشخصية وفي مجال المعاملات التجارية والمدنية والمسؤولية والأهلية...

لقد بدأ حركة التقنين في الإسلام بتدوين القرآن الكريم في عهد الخليفة أبي بكر، لتدوّن السنة النبوية عبر الزمن[112].

من الدول من أخذت بالشريعة الاسلامية كمصدر أولٍ للتشريع، ومنها من أخذ بها كمصدر ثاني بعد التشريع، ومنها من أخذت الشريعة الإسلامية كمصدر ثالث بعد كلّ من التشريع والعرف.

حيث لا تثور اشكالات المقارنة بشكل حاد في النظم القانونية التي تعتمد الشريعة الاسلامية مصدرا أصليا لها، فبالنسبة للبلدان التي تعتمد مذهبا فقهيا واحدا، مثل المذهب الحنفي أو المالكي، فإنّ تقنين أحكام الشريعة على ضوء ذلك المذهب لا يثير صعوبات كبيرة، وعلى هذا النحو قامت الدولة العثمانية بتقنين أحكام المعاملات المدنية حسب المذهب الحنفي ضمن مجلة الأحكام العدلية[113]، كما تم تقنين الأحوال الشخصية في جل البلدان الاسلامية، ومنها قانون الأسرة وقانون الأوقاف في الجزائر.

---

[112]- غالب علي الداودي، مرجع سابق، ص.143

[113]– الأمين شريط، مرجع سابق، ص.101

الفرع الثاني: أسلوب المقارنة بين الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي

أسلوب المقارنة بين القانون الوضعي وبين التشريع الاسلامي ليس الغرض منه ترجيح وتفضيل القانون الوضعي على مبادئ الشريعة الإسلامية، بل يمكن أن يكون أقرب ما يكون للتكملة، تكملة النصوص القانونية بأحكام الشريعة الاسلامية إذا وجد في الأولى نقص أو قصور، كما أشارت إليه المادة الأولى من التقنين المدني الجزائري.

يذهب بعض الفقه المعاصر إلى القول بأنّه لا يجوز أن توضع أحكام الشريعة والقوانين التي وضعها البشر في كفتي ميزان للمقارنة والترجيح وذلك لأن هذه الأحكام هي أحكام الله تعالى، ومن وضعها للمقارنة فقد أساء وما قدر الله حق قدره[114]...

لذلك فإنّ الأنظمة القانونية التي تستمد وجودها من الشريعة الاسلامية، لا يمكن أن تكون فيها المقارنة مجدية، والمثال الذي يضرب في هذا الشأن تنظيم احكام المواريث بين الشريعة الاسلامية وبين القانون الجزائري أو المصري، إلا إذا كان الهدف من المقارنة بين النظامين هو معرفة مدى خضوع هذا القانون للأحكام الكلية للشريعة الاسلامية، ومدى قدرتها على تفعيل أحاكمها[115] ضمن النصوص القانونية، وبالنتيجة إضفاء تفعيل على القواعد القانونية مستمدة من أصولها الشرعية.

المطلب الرابع

الاتجاه القائل بتأثر قانون نابليون بالمذهب المالكي

انطلاقا من حملة نابليون على مصر، ذهب البعض ومنهم مستشرقون، إلى القول بأنّ كتاب مختصر خليل في الفقه المالكي كان النواة الحقيقية لقانون نابليون

---

[114]– بشير براهيم، مرجع سابق، ص.296

[115]– يونس لخضر بن ناصر، الدراسات المقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي– وصف وتقويم–، مجلة الاستيعاب، العدد السابع، جانفي 2021، ص.226

المدني سنة 1804. يقول المستشرق ساديلو أنّ الحكومة الفرنسية أمرت بترجمة كتب الفقه المالكي. نُقل عن نابليون قوله من منفاه في سانت هيلين: "إنّ مجدي الحقيقي ليس في أنّي انتصرت في أربعين معركة، فمعركة واترلو (التي انهزم فيها) ستمحو ذكرى العديد من الانتصارات، ولكن ما لا يمحى وسيبقى خالدا فهو التقنين المدني للفرنسيين".

نجد اتجاها جادا في تاريخ القانون والفقه المقارن يقوده عدد من المستشرقين مفاده تأثرا واضحا لبعض التقنينات الغربية بنظريات وأحكام فقهية يعود مرجعها إلى أحكام وأصول الفقه الإسلامي وبشكل لافت في مجال المعاملات التجارية، ويكاد يكون في حكم المسلم به لدى بعض الباحثين في الفقه المقارن أنّ تقنين نابلوين المدني متأثر بالفقه الإسلامي وتحديدا بالفقه المالكي منقولا على متن خليل[116]، نتيجة عوامل أهمها انتشار المذهب المالكي إبان فتح الأندلس وغيرها.

هذا، وقد تميّزت الحملة الاستعمارية الفرنسية التي خاضها نابليون باتجاهاين: الأول، اتجاه عسكري استعماري كان الهدف من وراءه السيطرة والاستيلاء على الثروات وخيرات الدول المستعمرة. أما الثاني، فهو اتجاه ثقافي بترجمة أهم الكتب والمؤلفات من الحضارة العربية الاسلامية إلى اللغة الفرنسية، منها على الخصوص، كتب المذهب المالكي (ككتاب مختصر خليل وشروحاته) الذي ساد دول شمال إفريقيا، لاسيما في جانب المعاملات التجارية.

محاضرات في النظرية العامة للقانون، د. ربيعي عبد المالك، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2022-2023

[116]– عمر صلاح العزاوي، مرجع سابق، ص.432

قائمة المراجع:

الكتب:

- دربال عبد الرزاق، الوافي في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، النظرية العامة في تنازع القوانين في التشريع الجزائري والمقارن، دار العلوم للنشر والتوزيع/ – الجزائر–، 2010
- عصام أنور سليم، موقع القضاء الدستوري من مصادر القانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، – مصر–، 2000
- الأمين شريط، الوجيز في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية المقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية 2002
- بن خروف عبد الرزاق، مدخل إلى القانون المقارن، دار الخلدونية، طبعة 2017
- حوالف حليمة سيدة حبيبس، الحاج علي بدر الدين، المختصر في القانون وتجسيده لمقارنة الأنظمة القانونية الكبرى، ابن النديم للنشر والتوزيع– وهران–،

محاضرات في مقارنة الأنظمة القانونية- د. بلحي عبد المالك- كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2023-2024

مؤسسة الكتاب القانوني للنشر والتوزيع- بومرداس-، الجزائر، الطبعة الأولى، 2022

- زواقري الطاهر، ضوابط عزل السلطة في القانون الدستوري المقارن، دار الهدى، عين مليلة- الجزائر-، 2014

- سعيد بوالشعير، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، -الجزائر- الطبعة السابعة 2005

- غالب علي الدوادي، المدخل إلى علم القانون، دار وائل -الأردن-، الطبعة السابعة 2004

- قيس عبد الوهاب الحيالي، ميراث المرأة في الشريعة الإسلامية والقوانين المقارنة، دار الحامد، الأردن، الطبعة الأولى، 2008

- محمود ابراهيم الوالي، دروس في القانون المقارن، ديوان المطبوعات الجامعية- الجزائر-، دون تاريخ

محاضرات في مقارنة النظم القانونية- د. درعي عبد المالك- كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2022-2023

- وليد سليم النمر، القانون الدستوري، المبادئ الدستورية العامة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، – مصر–، 2014

المقالات:

- الأمين شريط، عن بعض مظاهر تأثير الدراسات المقارنة في مجال القانون الدستوري ودورها في تطور حركة تدوين الدساتير في البلدان الاسلامية، جامعة منتوري قسنطينة_____

- بشير براهيم، واقع البحث في الدراسات المقارنة الفقهية والقانونية (بين تحدي الصعوبات وضرورة المعايير)، مجلة الاستيعاب، العدد 7، جانفي 2021، الجزائر

- شبري عزيزة، الأسئلة البرلمانية في الأنظمة الدستورية المقارنة مع الإشارة للتجربة الدستورية الجزائرية، دراسة تأصيلية تحليلية، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 05، العدد 01، 2022

محاضرات في المقارنة الأنظمة القانونية- د. درعي عبد المالك- كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو 2023-2024

- عاصم حاكم هباس الجبوري، حاكم فنيخ على الخفاجي، سمات النظام القضائي الأمريكي ومبررات تشكيل المحكمة العليا عام 1789، Journal of Babylon center for humanities studies 2017 volume 7, issue 1
- عبد الحليم بن مشري، توظيف المنهج المقارن في الدراسات القانونية، مطبوعات مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة الجزائر، 2018
- علال قاشي، المنهج المقارن في البحث العلمي في ميدان الدراسات القانونية، مجلة الاستيعاب، العدد السابع، 2021
- عمر صلاح العزاوي، منهجية التقنين في النظم القانونية المقارنة: نماذج تطبيقية في القوانين المدنية، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة السابعة، العدد 2، العدد التسلسلي 26، 2019
- فاطمة الزهراء رمضاني، علاقة الترجمة القانونية السليمة بجودة القاعدة الدستورية، مجلة الآداب واللغات، المجلد 22، العدد 01، 2022

محاضرات في مقارنة المنظومة القانونية د. درعي عبد المالك- كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2022-2023

- لامية مجدوب، خصوصية المنهج المقارن وآليات تطبيقه، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خنشلة، المجلد 10، العدد 01، 2023
- مراد كاملي، الدراسات المقارنة بين الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي في مؤسسات التعليم العالي، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، العدد الرابع، 2017
- يونس لخضر بن ناصر، الدراسات المقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي– وصف وتقويم–، مجلة الاستيعاب، العدد السابع، جانفي www.asjp.cerist.dz2021

المحاضرات:

- أحمد عبادة، ملخص في مقارنة الأنظمة القانونية، محاضرات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، 2021
- بوعمرة آسيا، مقارنة الأنظمة القانونية، محاضرات، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2021

محاضرات في مقارنة الأنظمة القانونية، د. درعي عبد المالك- كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2022-2023

- دخلافي سفيان، مقارنة الأنظمة القانونية، محاضرات ليسانس ل م د، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، المحاضرة الخامسة، السنة الجامعية 2020

- حميد شاوش، الأنظمة القانونية المقارنة، محاضرات في القانون العام، جامعة 08 ماي 1945، كلية الحقوق، 2017، قالمة

محاضرات في مقارنة الأنظمة القانونية- د. درعي عبد المالك- كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2022-2023

- **الفهرسة:**

- **الفصل الأول:**التعريف بمقارنة الأنظمة القانونية 6

- **المبحث الأول:** مفهوم القانون المقارن والمفاهيم المرتبطة بالدراسة 7

- **المطلب الأول:** التعريف بالقانون المقارن 7

- **الفرع الأول:** الآراء الفقهية 7

- **الفرع الثاني:** تعريف القانون المقارن 9

- **الفرع الثالث:** تصنيف القانون المقارن 10

- **المطلب الثاني:** اشكالية تعدد الأنظمة القانونية 11

- **الفرع الأول:** اشكالية تطور الأنظمة القانونية المقارنة 12

- **الفرع الثاني:** اشكالية تعدد الأنظمة القانونية المقارنة 13

- **الفرع الثالث:** اشكالية توحيد الأنظمة القانونية 13

- **الفرع الرابع:** اشكالية كون القانون المقارن منهجا علميا 15

- **المبحث الثاني:** الاطار التطبيقي لمقارنة الأنظمة القانونية 16

محاضرات في مقارنة الأنظمة القانونية، د. درعي عبد المالك- كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2021-2022

- **المطلب الأول:** مقارنة النظم القانونية 16
- **الفرع الأول:** من حيث مضمون القانون وصياغته 16
- **الفرع الثاني:** من حيث تقسيمات القانون 17
- **المطلب الثاني:** مقارنة النظم القضائية 18
- **الفرع الأول:** مقارنة الأحكام القضائية 18
- **الفرع الثاني:** مقارنة التنظيم القضائي 19
- **المطلب الثالث:** مقارنة النظم الدستورية 20
- **الفرع الأول:** من حيث المفاهيم الدستورية 20
- **الفرع الثاني:** مقارنة نظم الحكم 22
- **الفرع الثالث:** علاقة السلطات الدستورية فيما بينها 23
- **المطلب الرابع:** أنواع القانون المقارن 23
- **الفرع الأول:** القانون المقارن الوصفي 24
- **الفرع الثاني:** القانون المقارن التطبيقي 24

محاضرات في مقارنة المنظومة القانونية، د. درعي عبد المالك- كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2021-2022

- **المبحث الثالث:** الأهداف والعوامل المؤثرة في دراسة الأنظمة القانونية المقارنة 25

- **المطلب الأول:** الأهداف الناتجة عن دراسة الأنظمة القانونية المقارنة 25

- **المطلب الثاني:** العوامل المؤثرة في دراسة القانون المقارن 27

- **الفرع الأول:** العوامل الاجتماعية 27

- **الفرع الثاني:** العوامل الاقتصادية 29

- **الفرع الثالث:** العوامل السياسية 30

- **الفرع الرابع:** العوامل التاريخية 32

- **المبحث الرابع:** دور القانون المقارن في تطبيق مناهج المقارنة 33

- **المطلب الأول:** أنواع مناهج المقارنة 33

- **الفرع الأول:** تعريف المنهج المقارن 34

- **الفرع الثاني:** أنواع مناهج المقارنة 35

- **المطلب الثاني:** طرق الاستعانة بمناهج المقارنة 37

- **الفرع الأول:** بالنسبة للمُشرّع 37

محاضرات في مقارنة الأنظمة القانونية د. درعي عبد المالك- كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2022-2023

- **الفرع الثاني:** بالنسبة للفقيه 39

- **الفرع الثالث:** بالنسبة للقاضي 40

- **الفصل الثاني:** أهم الأنظمة القانونية المقارنة (النظام اللاتيني الجرماني، القانون المشترك، النظم ذات المرجع الديني –الشريعة الإسلامية نموذجا–) 42

- **المبحث الأول:** النظام اللّاتيني الجرماني 43

- **المطلب الأول:** نبذة عن تطور النظام اللاتيني الجرماني 43

- **الفرع الأول:** مرحلة تأثير القانون الروماني 43

- **الفرع الثاني:** مرحلة تأثير قانون نابليون 44

- **المطلب الثاني:** مصادر النظام اللاتيني الجرماني 45

- **الفرع الأول:** التشريع 45

- **الفرع الثاني:** العرف 46

- **الفرع الثالث:** القضاء في النظام اللّاتيني الجرماني 47

محاضرات في مقارنة الأنظمة القانونية- د. درعي عبد المالك- كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2022-2023

- **الفرع الرابع:** الفقه 48

- **المطلب الثالث:** العوامل المؤثرة في تبلور القانون والقانون المقارن 49

- **المطلب الرابع:** البنية القانونية للقاعدة القانونية في النظام اللاتيني الجرماني 50

- **الفرع الأول:** البنية القانونية للقاعدة القانونية 50

- **الفرع الثاني:** مقارنة بين النظام اللاتيني الجرماني وبين نظام القانون المشترك 52

- **المبحث الثاني:** نظام القانون المشترك (الأنجلوساكسوني) 52

- **المطلب الأول:** مراحل تطور نظام القانون المشترك 53

- **الفرع الأول:** لمحة تاريخية عن تطور نظام القانون المشترك 53

- **الفرع الثاني:** مرحلة المحاكم الملكية 54

- **الفرع الثالث:** مرحلة تطور قواعد العدالة 55

- **الفرع الرابع:** مرحلة القانون القضائي 56

- **المطلب الثاني:** مصادر القانون المشترك 57

- _**الفرع الأول:** القضاء ومفهوم السابقة القضائية 57

محاضرات في مقارنة النظمة القانونية، د. درعي عبد المالك، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2022-2023

- **الفرع الثاني:** التشريع في نظام القانون المشترك 59

- **الفرع الثالث:** العرف 61

- **المطلب الثالث:** مميزات نظام القانون المشترك 61

- **المطلب الرابع:** بنية نظام القانون المشترك 62

- **الفرع الأول:** مضمون بنية القانون المشترك 62

- **الفرع الثاني:** تقسيم النظام القضائي 63

- **المبحث الثالث:** النظم ذات المصدر الديني..– نموذج الشريعة الإسلامية–) 64

- **المطلب الأول:** مفهوم الشريعة الاسلامية وخصائصها 64

- **الفرع الأول:** مفهوم الشريعة الإسلامية 64

- **الفرع الثاني:** خصائص الشريعة الإسلامية 65

- **المطلب الثاني:** مصادر الشريعة الاسلامية 66

- **الفرع الأول:** مصادر الشريعة الإسلامية 66

- **الفرع الثاني:** مقاصد الشريعة الاسلامية 67

محاضرات في مقارنة الأنظمة القانونية، د. درعي عبد المالك- كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2022-2023

- **المطلب الثالث:** مقارنة الشريعة الاسلامية بالنظم القانونية المقارنة 67

- **الفرع الأول:** الشريعة الاسلامية كمصدر 68

- **الفرع الثاني:** أسلوب المقارنة بين الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي 69

- **المطلب الرابع:** الاتجاه القائل بتأثر قانون نابليون بالمذهب المالكي 69

****

محاضرات في مقارنة الأنظمة القانونية- د. درعي عبد المالك- كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2022-2023