الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة عين تموشنت بلحاج بوشعيب
كلية الحقوق
قسم الحقوق

محاضرات

مقارنة الأنظمة القانونية

موجهة لطلبة السنة الثالثة حقوق

تخصص : قانون عام– وقانون خاص

من إعداد الأستاذة : حاج بوسعادة فتيحة

دكتوراه في العلوم في الحقوق– قانون خاص

أستاذة محاضرة قسم "ب"

السنة الجامعية : 2023–2024

مقدمة

نعتمد عند دراسة تخصص القانون منذ البداية على دراسة المفاهيم القانونية، كالقانون، من خلال تعرف القانون، مصادر القانون، أنواعه، أهميته، علاقة القانون بالمجتمع... الخ؛ وعند دراسة مختلف المقاييس كالقانون المدني والقانون الإداري والقانون الدستوري فإنه يظهر جليا أن من الناحية المنهجية نتطرق إلى القانون من خلال دراسة القانون الوطني مثلا المادة 54 ق م ج[1]. غير أن فهم النص في حد ذاته يحتاج إلى التطرق لمختلف المفاهيم القانونية التي المتعلقة به، وهذا مثلا من خلال التعريف الفقهي والقانوني إن وجد، وهنا نبحث في التعريف الفقهي والقانوني الوطني، أي وفقا لقانوننا الوطني، لكن لا يمكن في أي حال من الأحوال التغاضي عن التطرق إلى ما جاء في قوانين الدول الأجنبية في ذلك، سواء في القانون في حد ذاته، أو الفقه المتعلق به، والقضاء الأجنبي كذلك.

لذلك فإن طالب القانون يكون متعودا منذ السنة الأولى حقوق على المقارنة التي تكون بين قوانين الدول المختلفة، لكن عموما في جزئيات معينة من خلال المفاهيم القانوني، وأحينا مثلا في دراسة الأنظمة الدستورية المختلفة يتم التطرق لنظام الحكم الجمهوري والملكي، الدستور المكتوب والدستور العرفي...الخ، وهنا قد يظهر الاختلاف جليا بين الأنظمة القانونية للدول. لكن لا يتم التطرق لدراسة القوانين الأجنبية على حدى فهذا من الناحية العملية قد لا تكون له جدوى.

أما بالنسبة للمشرع فإنه عندما يريد أن يواكب متطلبات المستجدات سواء الاقتصادية أو التجارية أو الاجتماعية وحتى السياسية فإنه يعتمد غالبا في البداية على التعرف على القوانين الأجنبية وأحدث التطورات فيها،

[1] م 54 ق.م.ج: " العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما".

وهذا بمساهمة الدراسات المتعلقة بمقارنة الأنظمة القانونية المختلفة، فالفقه يعطي نظرة حول الموضوع، ويساهم في تنويره.

وذلك ينطبق كذلك على كل مشارك في وضع الاتفاقيات الدولية سواء الخاصة أو العامة، فإنه بالضرورة يجب أن يكون متفتحا على الأنظمة القانونية المقارنة، أي غير منحصر في معرفة قانونه الوطني، حتى يعرف كيف يطرح البنود للتفاوض، وحتى يفهم ويعي البنود التي يطرحها عليه المتفاوض الآخر ومدى إمكانية خدمة المصالح المشتركة أو المصالح الفردية للأطراف، حتى لا يكون جهله سببا مثلا في خسارة أية قضية قضائية أو تحكيمية حول مسألة معينة في المستقبل. كما أن المعرفة بالقوانين الأجنبية تتيح معرفة المشاكل التي تواجه تنفيذ الاتفاقية أو القانون في المستقبل.

وحتى بالنسبة للقاضي الوطني، أحيانا تطرح أمامه قضايا لم يفصل فيها القانون، وهي محل خلاف فقهي، فإنه يمكن أن يستعين في حل النزاع المطروح أمامه بعد التعرف على مختلف الحلول التي قد يطرحها القانون أو القضاء الأجنبي، والاختلاف في ذاته ليس عيبا، بل هو رحمة لهذه الأمة كما ورد على رسول الله ص " إختلاف أمتي رحمة"، وإنما العيب في التعصب لتلك الآراء حتى ولو بان خطؤها. مثلا في هذا الشأن يمكن أن نشير إلى أن المشرع الجزائري لم يذكر ميراث العمة والخالة، بينما تورث العمة والخالة في القانون العراقي، أما القانون الكويتي فورثهما، ولقرابة الأب(عمة) الثلثين ولقرابة الأم (خالة)الثلث. فلا ضرر من الاستفادة من تجارب الآخرين غنّا لم يكن في ذلك مساس بالثوابت[2].

ونشير هنا إلى أن دراسة الأنظمة القانونية الكبرى لا يقتضي دراسة تفصيلية للقوانين الوطنية، بل التعرف على القواسم المشتركة في كل نظام وأوجه الاختلاف بين نظام وآخر.

[2] عصام نجاح، القانون المقارن والأنظمة القانونية الكبري. دار العلوم للنشر والتوزيع،2011، ص 6.

علما أن المراجع في موضوع مقارنة الأنظمة القانونية قليلة خاصة باللغة العربية، وهذا ما يجعل الموضوع أكثر صعوبة، وفي نفس الوقت يجعل منه مجالا خصبا للدراسة.

وأهم كتاب حول مقارنة الأنظمة القانونية هو كتاب روني دافيد[3] الذي قسم الأنظمة القانونية عبر العالم إلى عائلات أو مجموعات، ويمكن القول أنه أهم كتاب في هذا المجال، وتوجد منه عدة إصدارات منقحة. وهناك كتاب آخر للأستاذ عصام النجاح تحت عنوان "القانون المقارن والأنظمة القانونية الكبرى"، والذي تناول بالدراسة أهمية القانون المقارن والنظم القانونية الكبرى، وهو من الكتب القليلة باللغة العربية في هذا المجال.

يزداد موضوع مقارنة الأنظمة القانونية أهمية بمرور الوقت، خاصة في ظل اتساع دائرة التبادلات الاقتصادية والتجارية والبنكية والمالية حديثا، فالدولة الحديثة لم أصبحت تعتمد على المبادلات الدولية لحد كبير، كما أنها أصبحت تعتمد كثيرا في علاقاتها على الدخول في تكتلات كثيرة سواء اقتصادية أو عسكرية أو سياسية. بالإضافة إلى حركة الانسان وتنقلاته عبر الدول المختلفة سواء للدراسة أو للعمل أو للسياحة، أو للتداوي...إلخ التي أصبحت تشكل واقعا يفرض نفسه، وهي في معظمها تتولد عليها علاقات قانونية تتطلب التعرف على القانون الذي يطبق على النزاعات المتعلقة بها. وقبل نشوء أي نزاع يجب أن يكون الشخص عموما قادرا على فهم العلاقات القانونية ومعرفة القواعد القانونية المتعلقة بها. خصوصا أنه عموما كل شخص له معرفة قانونية ولو محدودة ولكن في حدود ثقافته الخاصة المتعلقة بالدولة التي ينتمي إليها أو العائلة القانونية التي ينتمي إليها، لكن الواقع يؤكد أن العلاقات لم تعد محصورة في مجال جغرافي معين أن ضمن الدول التي تنتمي لنظام قانوني واحد، بل الحركية أصبحت عالمية.

لذلك أصبح من الضروري التعرف على الأنظمة القانونية الكبرى عبر العالم وفهمها.

فما هي الأنظمة القانونية المقارنة؟

3

وللإجابة على هذه الإشكالية سنتبع المنهج الوصفي التحلي لأنه الأنسب للدراسات القانونية، والمنهج المقارن عندما نكون بصدد مقارنة بين الأنظمة القانونية المختلفة.

وللإجابة على الإشكالية سنقسم هذا العمل إلى بابين، الأول متعلق بماهية القانون المقارن، والباب الثاني متعلق بالأنظمة القانونية الكبرى عبر العالم.

الباب الأول: ماهية القانون المقارن

ترتبط مقارنة الأنظمة القانونية بالقانون المقارن، وقد اهتم الباحثون بالبحث في هذا المجال منذ زمن بعيد. رغم أن استقلاليته هي حديثة، فحتى مصطلح القانون المقارن ظهر خلال القرن العشرين. غير أن المنهج المقارن والدراسة المقارنة هي قديمة.

وقد ظهرت الدراسات المقارنة بهدف تحسين وتعديل القانون أو إلى توحيد القوانين، منذ العصور القديمة، حيث كان رجال القانون يتعرفون من خلال أسفارهم ودراساتهم على القوانين السائدة في البلدان المجاورة والبعيدة. وقد اهتمت الجامعات منذ زمن بهذا الموضوع وأصبحت تدرس مقياس القانون المقارن والأنظمة القانونية الكبرى باهتمام كبير، كما تعقد المؤتمرات لذلك، كما هناك العديد من المجلات العلمية الصادرة عن الجامعات تعنى بهذا الموضوع.

وعليه سنتناول في الفصل الأول مفهوم القانون المقارن ومناهجه، بينما سنتناول في الفصل الثاني أهمية وأهداف ووظيفة القانون المقارن.

الفصل الأول: مفهوم القانون المقارن ومناهجه

لقد اهتمت الدراسات الفقهية بموضوع القانون المقارن، وقد

يتمتع القانون المقارن بمنهج خاص به وهو المنهج المقارن، غير أنه يجب أن نتطرق أولا إلى مفهوم القانون المقارن.

المبحث الأول: مفهوم القانون المقارن

يعتبر مفهوم القانون المقارن مصطلح حديث نوعا ما. واقد ارتبط بالتشريع المقارن، ولفهم هذا المفهوم القانوني يجب التطرق إلى الدراسات الفقهية التي اعتنت به، وتعريفه. وللتعرف على مفهوم القانون المقارن يجب أن نتعرف على الطبيعة القانونية للقانون المقارن.

المطلب الأول: مصطلح القانون المقارن والمصطلحات المرتبطة به

ذكرت عبارة القانون المقارن لأول مرة في المؤتمر الدولي بباريس 1900 (المؤتمر الدولي للقانون المقارن)،وكان لامبير lamber من بين منظميه، ولامبير يستعمل مصطلح التشريع المقارن.

يبعث استعمال مصطلح droit comparé 'القانون المقارَن ' إلى الإعتقاد للوهلة الأولى بأنه قانون وضعي مستقل، غير أن الحقيقة غير ذلك، في حقيقة الأمر لا يوجد قانون مقارن لأنه لا يحتوي على قواعد عامة ومجردة وملزمة ومقترنة بجزاء ' ليس لها مجال قانوني لأن كل قانون له مجال ونطاق تطبيقه، لذلك فإنه مصطلح منتقد يمكن استبداله بـscience comparative de droit أي 'علم مقارنة القانون ' أو 'الدراسة القانونية المقارنة'، يستعمل المتحدثون باللغة الإنجليزية 'comparive law' أي القانون المقارن أما المتحدثون باللغة الألمانية ' rechtsvergleichung'أي مقارنة القانون، وكذلك 'vergleichendes Racht' أو" droit

comparant "أي القانون المقارِن، ويطلق عليها الطريقة المقارنة ' la méthode comparative ' هذا المصطلح يعبر أكثر على أننا بصدد نمط دراسة فقهية ولسنا بصدد قانون وضعي[4].

هل يمكن مقارنة التشريعات الفرنسي مثلا مع التشريع الجزائري دون التطرق لدراسة التشريعين بصفة مفصلة؟

إن دراسة التشريع الأجنبي قد تتطلب عدّة سنوات، لذلك يتم دراسة المنهج المقارن أولا من خلال مقارنة نظرية ثم بعدها ننتقل لمقارنة التشريعين[5].

أول ما استعمل في القرن 19 م هو مصطلح **التشريع المقارن[6]** نظرا لاعتبار القانون (بالمعنى الضيق) هو كمصدر من مصادر الحق ومذهب الشرح على المتون هو السائد (l'école de l'exégèse)، لذا عرف القانون المقارن في تلك المرحة "بالتشريع المقارن"[7] والهدف هو تحسين وإثراء القانون الداخلي. سنتطرق لبعض الأمثلة من القوانين المستوحاة من التشريعات الأجنبية[8] التي تؤدي بنا إلى مصطلح آخر وهو تبني القانون[9].

غير أن بعض الفقهاء يفضل استعمال مصطلح القضاء المقارن والعارف بالقوانين الأنجلوسكسونية يستوحي من هذه التسمية أن هؤلاء الفقهاء ينتمون إلى العائلة القانونية التي تقول أن القضاء مصدر القانون، وعليه فالقضاء المقارن هو مصطلح إنجليزي، والبعض الآخر سماه الفقه المقارن على اعتبار أن القانون المقارن ليس فرعا من فروع القانون إنما هونمط من أنماط الدراسة الفقهية، غير أن الشائع عمليا هو إصطلاح القانون المقارن[10]

[4] Bruno de Loynes de Fumichon, Introduction au droit compare, p1. .Internet
[5] Bruno de Loynes de Fumichon, op.cit, p 1.
[6] La législation comparée.
[7] Bruno de Loynes de Fumichon, op.cit. p 6.
[8] أنظر أدناه، ص .
[9] أنظر أدناه، ص .
[10] عبد السلام الترمانيني، القانون المقارن والمناهج القانونية الكبرى المعاصرة، جامعة الكويت، الطبعة الثانية، 1982، ص 19.

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية للقانون المقارن

للتعرف على الطبيعة القانونية للقانون المقارن، سنتعرف على إجابة بعض الأسئلة، منها: هل القانون المقارن فرع من فروع القانون، وهل القانون المقارن علم؟

الفرع الأول: هل القانون المقارن فرع من فروع القانون ؟

يوحي مصطلح "القانون المقارن " إلى أنه فرع من فروع القانون لاسيما لغير المتخصصين في القانون. ولكن في نفس الوقت للقانون المقارن فروع.

أولا: ليس القانون المقارن فرع من فروع القانون

الإجابة على السؤال هو أن القانون المقارن بإجماع العلماء ودارسي القانون ليس فرعا من فروع القانون والدليل هو عدم دراسته لا في القانون العام و لا في القانون الخاص لأنه ليس قانونا تطبيقيا تطبقه المحاكم أو الإدارة أو غير ذلك كالقانون المدني أو الإداري أو الجزائي؟

أما فروع القانون المقارن فنجد :لدينا "القانون المقارن الدستوري، والقانون المقارن المدني، القانون المقارن التجاري... "إلخ وهي تتعدد بتعدد فروع القانون سواء العام أو الخاص.

ثانيا: أنواع وصور القانون المقارن

للقانون المقارن عدة صور أهمها: الوصفي، التطبيقي والمجرد.

1-القانون المقارن الوصفي

وهو المتمثل في المقارنة بين قانونين أو أكثر، بهدف إظهار ما يميزها من غيرها من القوانين، والغاية منه هو جمع أكبر قدر من المعلومات حول مسألة معينة دون أن استهداف حل أي مشكلة[11]، بل مجرد جمع للمعلومات.

2- القانون المقارن التطبيقي

وهو المقارنة بين قانونين أو أكثر بهدف استنباط النتائج منها، ويتم من خلال التحليل العميق للقوانين محل الدراسة، والغاية هنا ليس جمع المعلومات فقط حولها، بل الهدف هو تحقيق هدف علمي من الدراسة[12].

3- القانون المقارن المجرد

ويسمى كذلك المقارنة البحتة، أي تحميل معلومات في المجال القانوني وغالب الفقه لا يعيرون الإهتمام للمقارنة البحتة[13].

الفرع الثالث: طرق المقارنة

هناك عدة طرق للمقارنة يمكن اعتمادها في البحث، أهمها المقابلة، المقاربة، المعارضة، المضاهاة، والمقارنة المنهجية.

أولا- المقابلة[14]

وتسمى أيضا المجانبة وفيها يضع الباحث النصوص أو الأحكام التي تعالج موضوعا معينا في قوانين مختلفة جنبا إلى جنب بحيث يقابل بعضها بعضا وبذلك يتعرف الباحث عن مواضع التشابه والاختلاف[15] بينها ويقارنها

[11] مجيدي فتحي، محاضرات مقياس القانون المقارن، جامعة زيان عاشور-الجلفة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2011-2012، ص 416.

[12] مجيدي فتحي، ص 416.

[13] مجيدي فتحي، ص 416.

[14] La juxtaposition.

مع قانونه الوطني، فيتبين بذلك ما بينهما من اختلاف وائتلاف مثل أحكام الزواج في بلدين مختلفين والطلاق ... إلخ. وهي تجميع للمواد القانونية أكثر منها دراسة مقارنة[16].

ثانيا– المقاربة[17]

وفيها تدرس جوانب التقارب بين القوانين، وهذه القوانين يجب أن تكون متشابهة في الخصائص كالقوانين اللاتينية الجرمانية باستمدادها من مصادر قانونية مشتركة تخضع لمنهج قانوني واحد يجعلها قابلة للمقارنة[18]، وهي طريقة تتبع في توحيد القوانين الداخلية وفي الدول الإتحادية[19].

ثالثا– المعارضة[20] (المضاهاة[21])

وهي تقوم على إظهار أوجه التباين والاختلاف بين منهجين مختلفين كالمنهج اللاتيني الجرماني والمنهج الإشتراكي ومنهج الكومن لو[22].

رابعا– المقارنة الأفقية والمقارنة العمودية

1–**المقارنة الأفقية:** وهي مقارنة تكون بين القوانين المتباعدة في المكان[23]، لكن في نفس الفترة الزمنية، كمقارنة القوانين الوضعية في البلدان المختلفة كأن نقارن بين القانون الصيني والقانون الكندي، أو بين القانون الجزائري والقانون الهندي.

---

[15] عصام نجاح، المرجع السابق، ص 28. أنظر كذلك، مجيدي فتحي، المرجع السابق، ص 416.

[16] عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص98.

[17] Le rapprochement.

[18] عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص 98.

[19] مجيدي فتحي، المرجع السابق، ص 416. أنظر كذلك: عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص 98.

[20] L'opposition.

[21] La confrontation.

[22] عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص 98–99.

[23] مجيدي فتحي، المرجع السابق، ص 417.

2-**المقارنة العمودية:** وهي المقارنة المتباعدة في الزمان كمقارنة القانون الوضعي بقوانين أخرى قديمة تكون مصدرا للقانون الحالي[24]. منها مقارنة القانون المدني الفرنسي مع القانون الروماني.

خامسا- الموازنة (المقارنة المنهجية[25])

أن المنهجية المقارنة، تقترب لدى بعض الكتاب من باتشوارك "Patchwork " بمعنى مزيج أو خليط من المبادئ المرجعية، من جهة متضاربة، ومن جهة أخرى متقاربة[26]. فيما يخص المبادئ المتضاربة، يجب وضع كل دراسة ضمن إطارها الجغرافي والتاريخي الخاص بها، وهي طريقة تخضع لمنهج معين يساعد على استخلاص نتائج يمكن التعرف بها على القانون الأفضل بعد دراسة أسباب الاختلاف والتقارب بين هذه القوانين بناء على الظروف التي تحيط بكل قانون[27]. وعليه فهي تمر بمرحلتين، وهي المرحلة التحليلية، والمرحلة الاستخلاصية أو التركيبية[28].

سادسا- المقارنة الجزئية والمقارنة الكلية أو الشاملة

1-المقارنة الجزئية

تتمثل في الكشف عن العلاقة بين العناصر الجزئية في قانونين أو أكثر[29]، مثلا مقارنة سن الرشد في الأنظمة القانونية ، وهي مقارنة عقيمة مثلها مثل مقارنة عالم الأحياء البيولوجي الذي يقارن بين خلايا القط وخلايا الفأر.

---

[24] مجيدي فتحي، المرجع السابق، ص 417.

[25] La comparaison méthodique.

[26] Menaouer Mustapha.

[27] عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص 99. أي معرفة الظروف المحيطة بكل قانون ومصادره وبنيته، والمصطلحات الخاصة بكل منه، والرجوع في كل مرة للنص الأصلي للقاعدة القانونية.

[28] عصام نجاح، المرجع السابق، ص 30.

[29] مجيدي فتحي، المرجع السابق، ص 417.

2-المقارنة الكلية أو الشاملة

يتم فيها مقارنة الأنظمة القانونية على أسس ومعايير موضوعية، واستخلاص القواعد والمؤسسات والمفاهيم التي تكون جوهرية في كل من القانونين، مثلا : دراسة مقارنة بين تشريعين على أساس اعتماد نظرية المصادر فيها على دور القاضي في بلورة القانون، أو على أساس ندخل العامل الديني من عدمه، تتمثل في تركيب النتائج المتحصل عليها من المقارنة الجزئية للوصول إلى تحديد العلاقة بين القوانين[30].

الطلب الثاني :هل القانون المقارن علم؟

اهتم فقهاء القانون المقارن بالإجابة على السؤال المتعلق بعلمية القانون المقارن، وهناك في هذا المجال فريقين، الفريق الأول يرى أن القانون المقارن ليس علما بل هو طريقة، أما الفريق الثاني فيرد بأن القانون المقارن علم، وفي هذا أهمية كبيرة.

الفرع الأول: القانون المقارن طريقة أو منهج

رأى جانب من الفقه أن القانون المقارن ليس علما، ويعتبرون أن القانون المقارن هو طريقة مقارنة منتهجة في الدراسات القانونية[31]، ومن رواد هذا الإتجاه الفقيه كوتريدج (Guetteridge) و الفرنسي رونيه دافيد (René David) والفقيه الإيطالي توليو اسكاريلي[32] ، والفقيه الإنجليزي هامبسون[33]، وقد ظهر هذا الإتجاه بعد الحرب العالمية الثانية[34].

[30] مجيدي فتحي، المرجع السابق، ص 417.

[31] René David, Camille Jauffret-Spinoisi et Marie Goré, Les grands systèmes de droit contemporains, Dalloz éd, 12e éd, paris, 2016, p 2.

[32] Tollio Ascarelli.

[33] Hamson.

[34] عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص 113-114.

حيث لايعتبر علما لأنه ليس فرعا من فروع القانون، وهذه الحجة مستبعدة لأنه وقع في خطأ إبستملوجي[35].

إن القانون المقارن لا يعتبر علما لأن الغاية منه عملية بصورة غير مباشرة وليست نظرية صرفة (المراد بها الحصول أوالبحث عن الحقيقة لذاتها) فالهدف من القانون المقارن هو مساعدة القاضي على حل منازعة القوانين، ومساعدة الفقهاء والدارسين في بحوثهم الفلسفية (فلسفة القانون) التاريخية (تاريخ القانون، الإجتماعية (علم الإجتماع القانوني)، الثقافية (علم الأنتروبولوجيا القانونية)... إلخ، فالقانون مثلا لا يستطيع أن يقف على إختلاف بين القوانين ويساعد الباحثين.

علما أن روني دافيد قد صنف في كتابه Les grands systèmes du droit comparé الأنظمة القانونية الكبرى، وبتصنيفه هذا ناقض نفسه بنفسه، فإنه من جهة ينفي عن القانون المقارن علميته ومن جهة أخرى صنف الأنظمة القانونية عبر العالم، وهذا التصنيف علمي يقوم على معايير علمية. كل ما هناك أن التصنيف يجب أن يعتمد على معايير موضوعية مثلا المعيار القانوني، كنظرية المصادر، فقد فرق روني دافيد، بين عائلة القانون المكتوب والعائلات التي تأخذ بالتشريع والعائلة التي تأخذ بالسوابق القضائية، وقد نعتمد معيار آخر غير قانوني كالإختيار الإديولوجي ففرق بين عائلات ليبيرالية وعائلات إشتراكية، وقد نأخذ معيارا اقتصاديا أومعيار الحريات كل ما هماك أن المعيار يجب أن يكون جوهريا،كل ما هنا أنه لا يجب إعتماد معايير غير موضوعية ، فالمعيار يكون حتى يعتبر جديا يجب أن يتوافر فيه شرطان: الإنفراد وأن يتميز ب الثبات وعدم القابلية للاستبدال.

[35] الابستملوجيا هي العلم الذي يدرس مناهج العلوم مثلا : الرياضيات علم ؟ ويكون جانب من الدراسة علما قائما بحد ذاته إذا كان بموضوع خاص به وبمنهج خاص به .

الفرع الثاني: القانون المقارن علم

اعتبر جانب من الفقه أن القانون المقارن علم بذاته، وهو يمثل الأقلية من الفقهاء، وقد ساد هذا الاتجاه خصوصا عند انعقاد المؤتمر الدولي للقانون المقارن بباريس سنة 1900[36]، لاسيما لدى المدرسة التاريخية التي عاينت نسبية القانون[37].

حيث أن المدرسة الوضعية بينت بوضوح نسبية القانون وكشفت أنه متحول تحت ضغط القوى الإجتماعية – الدائمة التغير هي أيضا- بسبب تأثيرات المصالح المتناقضة وكذلك فئات المجتمع المتصارعة لأجل إرضاء رغباتها وتطلعاتها الاقتصادية . القانون بالنسبة للمدرسة التاريخية غير مطلق ولا يقوم على مبادئ ثابتة وعالمية فالقانون متطور ومتغير ونسبي يتغير حسب الأمكنة والأزمنة[38] ... والقانون المقارن علم لأنه يُعنى بتفسير التحولات الحاصلة في الحياة التشريعية واستخراج القواعد العامة التي تحكم تطور القانون[39]، وتزعم هذا الإتجاه في البداية فقيهان هما Lambert وSaleilles ورأيا أن الهدف منه هو البحث عن القواعد المشتركة بين الشرائع والنظم القانونية المختلفة،

ولومبار إعتبر أنه علم مستقل متميز بخصائصه كباقي العلوم هدفه وضع تشريع مشترك بين الدول التي يوجد فيها تشابه واتحاد في الحضارة وقسمه إلى قسمين :

1القسم الأول: التاريخ المقارن للقانون ويهدف إلى البحث عن القواعد القانونية المشتركة بين الشرائع الوضعية[40] وفي أصل نشأتها.

[36] عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص 113.
[37] عصام نجاح، المرجع السابق، ص 23.
[38] عصام نجاح، المرجع السابق، ص 23.
[39] عصام نجاح، المرجع السابق، ص 24.
[40] مجيدي فتحي، المرجع السابق، ص 5.

2 القسم الثاني: التشريع المقارن ويهدف إلى البحث في الشرائع الوضعية على الأساس المشتركة عبر العصور بهدف تكملة القوانين الوطنية وتطويرها[41].

أما سالي فيرى أن القانون المقارن غايته الوصول إلى استخلاص قواعد قانونية جديدة مشتركة للإنسانية، إلا أن هذا الرأي منتقد لأن القانون المقارن لا يمكنه أن يصل إلى قانون مشترك للإنسانية وإن كان يمكنه الوصول إلى قانون مشترك للدول التي يوجد فيها تشابه ومن شأنه أيضا أن يوحد نظما قانونية[42].

قال الفقهاء على أن القانون المقارن علم في هذا الإتجاه دون أي تعليل، وهذا منتقد، لذلك قال الفقيه constantino Esko أن القانون المقارن علم علم وأعطى تبريرات على علميته، فبدأ في البداية ينتقد النظريات السابقة، فبدأ بأسهل الإنتقادات التي وجهت إلى لروني دافيد بقوله أن القانون المقارن ليس علم لأنه ليس فرعا من فروع القانون، وكأن هذا الأخير علم وهذه وجدت لأهداف سياسية اقتصادية واجتماعية وثقافية انطلاقا من إديولوجبة معينة. بالإضافة إلى هذا فإن العديد من العلوم القانونية مثل علم الإجتماع القانوني، وعلم النفس القانوني، علم الإجرام، ... إلخ لا أحد ينكر علميتها في الوقت التي لا تعتبر فرعا من فروع القانون.

أما بالنسبة لسالي ولومبار فاعتبر Esko أنهما لم يعتمدا على التعليل الأيستمولوجي، بل إعتمدا على التعليل الغائي Teleologie أي الذي يرتكز على غاية الأشياء، وليس على تفسير أليات.

وبرر Esko على علمية القانون المقارن وقال في البداية أنه حتى يكون علم يجب أن يكون له موضوع خاص به ومنهج خاص به، وفي هذا الصدد فالقانون المقارن الهدف منه هوتصنيف الأنظمة القانونية عبر العالم إلى طوائف أو

[41] مجيدي فتحي، المرجع السابق، ص 5.

[42] مجيدي فتحي، المرجع السابق، ص 5.

عائلات قانونية حسب قوائم مشتركة جوهرية وحتى لو اختلفت في القواعد الجزئية مع الاستعانة بالدراسة التاريخية، وحتى روني دافيد فام بهذا التصنيف.

المبحث الثاني: أهمية ووظيفة القانون المقارن

يتم الاعتماد على القانون المقارن في كل مرة تكون هناك محاولة لإدخال قواعد قانونية جديدة إلى المنظومة القانونية الوطنية أو عند محاولة التعديل أي بهدف تحسين القانون. وكذلك يتم الاعتماد على القانون الوطني عند محاولة توحيد القانون داخليا أو دوليا.

وعليه سنتناول في هذا المبحث تحسين القانون الداخلي(الوطني)، وفي المطلب الثاني توحيد القوانين.

المطلب الأول : تحسين القانون الداخلي (الوطني)

تظهر أهمية القانون المقارن، ودراسة الأنظمة القانونية المقارنة في أنه أهم ما يعتمد عليه المشرع الوطني ليس فقط في تحسين القانون الوطني عن طريق إدخال قواعد جديدة، بل في توحيد القانون داخليا كذلك.

الفرع الأول: تحسين القانون الوطني بإدخال قواعد جديدة في التشريع

تحتاج كل دولة إلى تحسين قانونها الوطني وادخال قواعد قانونية جديدة إليه، وهذه العملية تتم بالخصوص من خلال التعديل التشريعي. غير أن هذه العملية ليست مجرد البحث عن قواعد جديدة في التشريعات الأجنبية وإدخالها للمنظومة الوطنية لأن إدخال بعض القواعد قد تتماشى مع منظومة دولة أجنبية ولا تتلاءم مع المنظومة القانونية الوطنية.

أولا– التشريع المقارن كمفهوم للقانون المقارن

كان القانون المقارن مرادفا للتشريع المقارن في بداية القرن 19 م بعد ظهور موجة التقنين في أروبا لاسيما في فرنسا [43] نظرا لاعتبار القانون (بالمعنى الضيق أي التشريع) هو مصدر القاعدة القانونية، وليس العرف الذي يعرف تراجعا ، واستنادا إلى هذه الفكرة والتصور فإن دراسة القوانين الأجنبية تدخل في إطار مرحلة جمع المراجع والوثائق التي يقوم بها المشرع الذي يريد أن يحسن في قانونه الوطني[44] . وفي تلك الفترة كان مذهب الشرح على المتون هو السائد[45] والهدف منه هو تحسين وإثراء القانون الداخلي[46].

ويرى الفقه أن عند محاولة تطوير وتحسين القانون، فإن أول ما يبحث عنه رجل القانون هو معرفة ما هو سائد لدى الجيران (الدول المجاورة) القربين أو البعيدين وأخذ كل ما سبق أن طبق وأتى بنتائج جيدة، وهذا قد يكون بدافع الغيرة أو التقليد؟ والتأثر بالدول الرائدة يكون إما بدوافع سياسية، اقتصادية أو ثقافية[47].

عموما، حاليا هناك تجانس كبير في القواعد القانونية عبر العالم، خصوصا أن كل دولة تستمد بعض القواعد القانونية والمفاهيم القانونية من الدول الأخرى، أي أن أغلبها مستوحاة منها، سواء تعلق الأمر بالقانون العام أو بالقانون الخاص.

ثانيا–بعض القوانين المستوحاة من القوانين الأجنبية

عند البحث في مختلف التشريعات الوطنية نجد تجانسا فيما بينها لحد كبير، فالكثير من القواعد القانونية مشتركة بين الدول. ونشير هنا ان الدول التي تنتمي للنظام اللاتيني الجرماني تأخذ وتستوحي القوانين من الدول التي تنتمي إلى هذا النظام، نظرا للتقارب الكبير بينها. غير أن الكثير من القواعد التي نجدها في كل نظام هي مستوحاة

[43] Bruno de Loynes de Fumichon, op.cit, p 6.

[44] عصام نجاح، المرجع السابق، ص 34.

[45] Bruno de Loynes de Fumichon, op.cit, p 6.
[46] Bruno de Loynes de Fumichon, op.cit, p 6.
[47] Bruno de Loynes de Fumichon, op.cit, p 8.

من الأنظمة الأخرى أي أنه حاليا لا يوجد خط فاصل تماما بين الأنظمة القانونية المختلفة، فدول النظام اللاتيني الجرماني تأخذ من قواعد النظام الأجلوسكسوني والعكس صحيح.

وفي هذا الشأن نشير إلى أن انتخاب رئيس الدولة مصدره التاريخي الدستور الأمريكي، فقد نص الدستور الفدرالي الأمريكي لسنة 1789 (الذي دخل حيز التطبيق في 30 أفريل 1789) ،بينما في فرنسا لم ينص عليها إلا في التعديل الدستوري لسنة 1962[48].

كما نقل القانون الفرنسي سنة 1920 الشركة ذات المسؤولية المحدودة عن القانون الألماني[49]، كما أخذ كذلك المشرع الفرنسي نظام التأمينات الإجتماعيا سنة 1936 بعد دراسة تشريعات أجنبية أهمها القانون الألماني في هذا المجال[50]. بينما أخذ القانون الفرنسي قانون المنافسة والبورصة من القانون الأمريكي la loi anti- trust وقانون البورصة من القانون الأمريكي كذلك.

-كما استنبط القانون الفرنسي(أحد أهم المفاهيم القانونية في النظام الإنجلزي) قانون التراست وهو قانون 19 فيفري 2007 المتعلق بالفيجوسي (la loi sur le fiducie) وهو عقد من العقود الرومانية أصلا، سبق حتى عقود البيع الرضائية، وغيرها من العقود المسماة وغير المسماة[51]. كما نص المشرع الفرنسي إمكانية حيازة الشخص الطبيعي لذمتين ماليتين الأولى ذمة مالية شخصية والثانية ذم مالية متعلقة بالنشاط المهني[52].

[48] Bruno de Loynes de Fumichon, op.cit, p 9.
[49] Bruno de Loynes de Fumichon, op.cit, p 13.
[50] عصام نجاح، المرجع السابق، ص 35.
[51] Bruno de Loynes de Fumichon, op.cit, p 13.
[52] Bruno de Loynes de Fumichon, op.cit, p 13-14.

كما استعار التشريع الفرنسي(1789-1792) نظام المحكمين في الجنايات مستمد من القضاء الإنجليزي و من الهولنديين كل من التحكيم والوساطة[53].

علما أنه على الباحث في القانون الأجنبي بهدف تحسين القانون الوطني أن يراعي أن القانون الأجنبي محل الدراسة ليس له نفس المصدر ونفس ظروف النشأة للقانون الوطني[54]، وعليه أن يقوم بدراسة شاملة للقانون الأجنبي من حيث نشأته وتطبيقه، ذلك إن دراسات القانون المقارن تكون مبررة ونافعة حين تقدم للمشرع جدولا كاملا بالحقائق القانونية وتتضمن القوانين الأجنبية وكيفية تطبيقها وتفسيرها في بلدانها الأصلية، بالإضافة إلى المشاكل التي تعترض تطبيقها وكيفية فض القضاء للنزاعات المتعلقة بها. وهذا ما يبرز أهمية دراسة كيفية إعداد وتفسير القانون الأجنبي لنصل إلى النتيجة التي نبحث عنها وليس مجرد إدخال قانون أجنبي في المنظومة القانونية الوطنية[55] . وهذا يعني ضرورة التأكد من جدوى تقليد القانون الأجنبي[56]، بالخصوص حتى لا يشكل إدخاله إضرارا بالمصالح الاقتصادية[57].

ثالثا–مثال حول عدم تطبيق قانون لعدم ملاءمته للظروف الوطنية

فمثلا قد يحدث أن تقوم دولة ما بمحاولة بإدخال قاعدة قانونية أو مفهوم قانوني إلى منظومتها القانونية مستوحاة من قانون أجنبي، علما أنه كان له أثرا إيجابيا في تلك الدولة، غير أنه عند إدخاله في المنظومة القانونية المستقبِلة فإنه قد تواجه تطبيقه بعض الصعوبات والعوائق التي لا تكون في الدولة الأجنبية؛ ويمكن طرح مثال هنا من القانون الجزائري حول الصعوبات التي تعرضت لمحاولة القضاء على التعامل بالسيولة النقدية مباشرة بين المتعاملين

[53] Bruno de Loynes de Fumichon, op.cit, p 12-13.

[54] عصام نجاح، المرجع السابق، ص 35.

[55] Bruno de Loynes de Fumichon, op.cit, p…

[56] عصام نجاح، المرجع السابق، ص 35.

[57] درس المشرع الفرنسي مسألة العطل المدفوعة الأجر قبل الأخذ بها من ناحية إمكانية أن تسبب إضرارا بمصالح أرباب العمل: أنظر: عصام نجاح، المرجع السابق، ص 36.

الاقتصادين وحتى في المعاملات العادية[58] وهذا بفرض التعامل بوسائل الدفع في المعاملات التي تفوق قيمتها خمسين ألف دينار جزائري (50.000,00 د.ج)[59]، وذلك تحت طائلة توقيع عقوبات مالية على المخالفين تتراوح بين خمسين ألف دينار (50.000,00 د.ج) وخمسمائة ألف دينار (500.000,00 د.ج)[60].

علما أن ذلك القانون لم ينجح لحد سنة 2023 فلم يتم تطبيقه ، وذلك لعدة عوامل أهمها أن ليس كل المواطنين في الجزائر لديهم حسابات بنكية ومتعودين على استعمال وسائل الدفع، وحتى الذين يتوفرون عليها ليس لديهم ثقافة التعامل بالشيكات ووسائل الدفع، خصوصا أن المواطن يفضل استعمال النقود مباشرة[61]، أما في الدول المتطورة ومنها فرنسا فإنه نجد أن المواطنين عادة ما يتعاملون بالشيكات ووسائل الدفع، فالأجور تدفع غالبا عن الطريق البنكي، والبيع والشراء يتم عن طريق البنكي في كثير من الأحيان، خصوصا أن أغلب المواطنين لديهم حسابات بنكية، إلا فئة قليلة جدا في المجتمع، وعموما حتى الفئات الهشة لديها حسابات بنكية حتى تستفيد من المساعدات الحكومية والجمعوية، وكل غياب للحساب البنكي يعض صاحبه للتهميش، أي يكون خارج المنظومة عموما. وعليه فقد كان من المفروض أن تكون هناك دراسة شاملة عن مدى إمكانية تطبيق هذا النوع من القواعد القانونية الجديدة والمشاكل التي سوف يطرحها، وليس فقط النص عليها وإدخالها المنظومة القانونية الجزائرية لأنها قاعدة مطبقة في بعض الدول وقد أثبتت نجاعتها في القضاء على الاعتماد الكبير على السيولة المالية.

---

[58] حيث نصت المادة 6 من القانون رقم 05-01 المؤرخ في 27 ذي الحجة عام 1425 الموافق ل 06 فبراير 2005 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما (ج.ر العدد 11 بتاريخ 09 فبراير 2005): " يجب أن يتم كل دفع يفوق مبلغا يتم تحديده عن طريق التنظيم، بواسطة وسائل الدفع وعن طريق القنوات البنكية والمالية...".

[59] المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 05-442 المؤرخ في 12 شوال عام 1426 الموافق 14 نوفمبر 2005، يحدد الحد المطبق على عمليات الدفع التي يجب أن تتم بوسائل الدفع وعن طريق القنوات البنكية والمالية (ج.ر العدد 75 بتاريخ 20 نوفمبر 2005).

[60] المادة 31 من القانون رقم 05-01 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما.

[61] هناك العديد من الأشخاص الذين يشتغلون في السوق السوداء، العمال يتقاضون أجرتهم مناولة (من اليد لليد بدون أي اعتماد على القنوات البنكية، بيع وشراء البضائع عندما يتم بدون فوترة فلا يتم الدفع عن الطريق البنكي... الخ.

ونشير في هذه النقطة أن المشرع الجزائري أدخل تعديلات تشريعية مهمة منها إصدار عدة قوانين متعلقة بالتجارة الإلكترونية، والتصديق الإلكتروني، كما أنه في السنوات الأخيرة بدأ تنتشر لدى فئات المجتمع الجزائري ظاهرة البيع والشراء عن طريق الأنترنت، وهذا من شأنه أن يخلق ثقافة جديدة متعلقة باستعمال وسائل الدفع بدلا من استعمال النقود مباشرة. خاصة أن أغلب المحلات التجارة الكبرى أصبحت تقبل الدفع عن طريق بطاقات الدفع الإلكتروني. وبذلك أصبحت الظروف أكثر ملاءمة لفرض استعمال وسائل الدفع.

الفرع الثاني– تبني التشريع الأجنبي

يعني تبني التشريع الأجنبي إدخال تقنين أجنبي برمته إلى المنظومة القانونية لدولة أخرى، وهذا بدون أي تعديل أو تغيير، وهذا لا يعني أن تدخل مادة في قانون ما أو جزء من تقنين بل يعني النص عليه كما هو في الدولة الأجنبية، فقط يُغير اسم الدولة والتوقيع على التقنين. وهذا مسألة صعبة، لأنها قد تتصادم مع القومية القانونية. وقد كتب الفقيه الألماني إهرينج(1818-1892) :" تبني المفاهيم القانونية ليس مسألة متعلقة بالجنسية بل بضرورتها والحاجة إليها"[62]، فلن يرفض أي شخص استخدام ترياق بحجة أنه لا ينبت في حديقته.

وقد حدث عبر المراحل الزمنية المتتالية أن تبنت دولة لقانون أجنبي مثلا صدر أمر من الإمبراطور الألماني مكسمليان الأول (MAXIMILIEN le 1ier) سنة 1495 باتباع القانون الروماني، وبذلك أحي القانون الروماني وأوجب اتباعه في كل الإمبراطورية[63]. أما اليابان فقد تبنى القانون الصيني عام 1000م ، ثم في 1867 القانون الفرنسي ثم الألماني ثم الأنجلوسكسوني[64]. كما قرر الجنرال مصطفى كمال أتاتورك سنة 1926 تبني تقنينين سويسريين برمتهما[65].

[62] Bruno de Loynes de Fumichon, op.cit, p 15.
[63] Bruno de Loynes de Fumichon, op.cit, p 15.
[64] Bruno de Loynes de Fumichon, op.cit, p 15.
[65] Bruno de Loynes de Fumichon, op.cit, p 16. أنظر كذلك : عصام نجاح، المرجع السابق، ص 56.

المطلب الثاني: توحيد القوانين

من الأهداف التي يسعى إليها القانون المقارن هو توحيد القانون الخاص، ومن خلال الدراسات يمكن التوصل إلى أنظمة قانونية تحل محل القوانين الوطنية والاتفاقيات والمعاهدات من شأنها أن تصبح قوانين وطنية. وتوحيد القوانين قد يكون من حيث الشكل داخليا أو دوليا أ ي خارجيا.

الفرع الأول: التوحيد الداخلي

ظهرت الدعوة إلى التوحيد وكانت في بدايتها ممثلة في القانون الطبيعي الذي دعا إليه فلاسفة اليونان ثم ظهرت فكرة قانون الشعوب الذي نشأ في روما ليكون قانونا موحدا يسري على العلاقات بين الرومان والأجانب[66]، ثم ظهرت فكرة التوحيد في إنجلترا حينما أراد الملك **جاك الأول** (1603-1625) توحيد القانون الإنجليزي والقانون الإيكوسي يضم إقيوسيا إلى إنجلترا واتحد معها وكان القانون الإنجليزي ينتسب للكومن لو بينما القانون الإيقوسي ينتسب للقانون الروماني.

أولا–التوحيد الداخلي في الدولة البسيطة

كما أن معظم الدول الأوروبية لم توحد منظومتها القانونية إلا ابتداء من القرن التاسع عشر، علما أن توحيد القانون داخل الدولة الواحدة وهو تكملة للسيادة و من شأنه أن يقضي على أسباب التفرقة والطائفية[67] والإقليمية ويجعل الدولة الواحدة وحدة متماسكة.

[66] عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص 75.

[67] عصام نجاح، المرجع السابق، ص 42.

وقد انطلقت عملية توحيد القانون في فرنسا منذ 1804 بظهور قانون نابليون، ويمكن القول أن القانون الفرنسي هو عبارة عن جمع (تركيب) لأهم الأعراف السائدة، ثم انتشر في معظم المستعمرات الفرنسية، وكان السبب الرئيسي في انتشاره التفوق العسكري والسياسي الفرنسي.

أما في ألمانيا، فقد تم تقنين القانون الخاص من خلال المقارنة وتركيب وجمع عدة قوانين مماليك فيما بينها (بروسيا وبافيار)، وإمارات ساكس (Saxe) ودوقية باد (Bade) التي اندمجت في 1870 ... بذلك قام الألمان بالقانون المقارن دون الخروج من ألمانيا[68] وكان للقانون المدني الألماني أثر كبير على القانون المدني البرازيلي الصادر سنة 1916 . وكما ظهر القانون المدني السويسري في 1881.

صدر التقنين المدني المختلط المصري سنة 1875، وقد نقل بعض المسائل عن القضاء الفرنسي وعن التقنين المدني الإيطالي القديم الذي صدر في 1866. ولم يغفل الشريعة الإسلامية فنقل عنها بعض الأحكام[69]، وقد عيب على ذلك التقنين أنه تقليد للتقنين الفرنسي القديم، فجمع بين عيوب التقليد وعيوب الأصل الذي قلده، أضف إلى أن القانون المدني الفرنسي كان قد مرّ عليه عدة عقود من الزمن، ناهيك عن الترجمة التي كانت فيها بعض الأخطاء[70].

وقد كان القانون المدني المصري القانون النموذجي الذي اقتدت به الدول عندما قامت بصياغة قوانينها المدنية، علما أنه كان للفقهاء المصريين دور كبير في صياغة مشاريع القوانين المتعلقة بها،،كان للعلامة السنهوري دور فعال في هذا التوحيد حيث أسندت له مهمة تحرير مشروع القانون المدني في الكثير من الدول العربية.

[68] Bruno de Loynes de Fumichon, op.cit, p 20.

[69] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول: نظرية الالتزام بوجه عام: مصادر الالتزام–العقد–العمل غير المشروع– الاثراء بلا سبب– القانون، طبعة منقحة، منشأة المعارف الإسكندرية، 2004، ص 11.

[70] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 12–17.

نشير هنا إلى أن توحيد القوانين في الدولة الواحدة هو أمر صعب نوعا ما وأن التوحيد الذي حصل أخذ وقتا طويلا من الزمن، فكما أشرنا اليه لم يتم التوحيد إلا منذ القرن 19 ميلادي، والتوحيد يزداد صعوبة خصوصا عندما يتعلق الأمر بتوحيد قانون الأحوال الشخصية أي قانون الأسرة، لما له خصوصية إذ أنه يتأثر بالعادات والتقاليد والدين[71]؛ وأبرز مثال يمكن طرحه في هذا الشأن قانون الأحوال الشخصية في لبنان الذي لايزال غير موحدا، وهذا لعدة اعتبارات سواء سياسية أو دينية. خصوصا أن كل طائفة دينية لديها محاكم مذهبية تشرف عليها الدولة[72].

بالإضافة إلى ما سبق فإنه بالنسبة للدول ذات النظام الفيديرالي، فالأمر أكثر صعوبة. علما أن فكرة توحيد القانون ليس لها مشجعين فقط، بل لديها مناهضين كذلك[73].

ثانيا –بالنسبة للدول الفيدرالية (مثال و.م. أ)[74]

رغم أن الولايات المتحدة الأمريكية دولة واحدة، إلا أن توحيد القانون فيها يعتبر صعبا نوعا ما، ذلك أنها دولة فيديرالية، يعني أن كل ولاية من الولايات الخمسين فيها هي دولة تحوز سلطة تنفيذية وسلطة قضائية وسلطة تشريعية، بالإضافة إلى الهيئات الفيديرالية حيث توجد سلطة تنفيذية منتهية برئيس و.م.أ، وسلطة تشريعية متمثلة في الكونجرس بغرفتيه، و سلطة قضائية فيديرالية.

علما أن الولايات المتحدة الأمريكية تصنف ضمن النظام أو العائلة الأنجلوسكسونية أو الكومن لو، وإن كان هناك بعض الاختلافات فيما بينها خوصا أن و.م أ. عندها خصوصية تميزها عن النظام الإنجليزي. وقد ساهمت اللغة لحد كبير في تمسك الأمركان بهذا النظام، بالإضافة إلى العدد الكبير من المواطنين من أصول بريطانية أو المنتمين لهذه

---

[71] عصام نجاح، المرجع السابق، ص 43.

[72] محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، دار الجامعة، الطبعة الرابعة، بيروت، 1983، ص 34-35.

[73] Bruno de Loynes de Fumichon, op.cit, p 17.

[74] سنرجع لنظام و.م أ في الفصل الثاني، ص...

العائلة، بالإضافة إلى الدور الكبير الذي لعبه رجال القانون منهم (Kent) و (Story) بالإضافة إلى كليات القانون[75]، وهذا لا يعني أن القانون الإنجليزي هو المطبق بل أو أن هناك عناصر مشتركة بينهما[76]، لاسيما فيما يخص المفاهيم القانونية وكيف ينظر للقانون، فالقاعدة القانونية التي كرسها القضاء ينظر اليها على أنها الأصل أما القانون الموجود دون تكريسه فيبقى مجرد مقتضيات قانونية[77].

علما أنه فيما يخص التشريع في و.م أ، بالرغم من وجود تشريع فيديرالي فاستقلالية تشريعات الولايات تبقى كامل فيما يتعلق بالقانون الخاص باستثناء أحكام الإفلاس، معنى ذلك يوجد 51 قانون مدني و51 قانون تجاري، إلا ما تم توحيده بين عدد من الولايات[78]. فالأصل أن التشريع مخول للولايات كل على حدى، أما التشريع الفيديرالي فهو مجل محدود بما هو مخول له بنص دستوري صريح[79]. غير أن سلطة الولاية تبقى كاملة للتشريع في ذلك المجال المخول للجهة الفيدرالية، والضابط الوحيد هو عدم مخالفة تشريع الولايات للتشريع الفيديرالي أو الدستور الفيديرالي أو أن يكون التشريع المتخذ من شأنه أن يشكل عائقا للتجارة الدولية داخليا أو خارجيا[80].

هذا النوع والاختلاف في التشريعات كرّس أكثر عن طريق النظام القضائي، إذ يوجد في كل ولاية نظام قضائي ينتهي بمحكمة عليا أو مجلس أعلى للقضاء، ونظام فيدرالي ينتهي بمحكمة عليا أو مجلس أعلى فيدرالي للقضاة الكبار.

[75] René David, Camille Jauffret-Spinoisi et Marie Goré, op.cit., p 328.
[76] René David, Camille Jauffret-Spinoisi et Marie Goré, op.cit., p 331.
[77] René David, Camille Jauffret-Spinoisi et Marie Goré, op.cit., p 332.
[78] عصام نجاح، المرجع السابق، ص 44.
[79] René David, Camille Jauffret-Spinoisi et Marie Goré, op.cit., p 333.
[80] René David, Camille Jauffret-Spinoisi et Marie Goré, op.cit., p 333-334.

الهيئات القضائية الفيدرالية تختص بالنزاع القائم بين مواطنين لولايتين مختلفتين، معناه أن المحكمة الفيدرالية مطالبة بتطبيق قانون ولاية "نيفادا" على نزاع مطروح أمامها أو قانون "تكساس" على نزاع آخر. كما تختص بالنظر في المنازعات المتعلق بالدستور الفيدرالي، بالتشريع الفيدرالي والمعاهدات الدولية.

أكثر من ذلك المحكمة العليا الفيدرالية مطالبة بتطبيق وتفسير قوانين كل الولايات في حالة نزاع أطرافه من ولايتين مختلفتين...

وليس هناك ما يجبر محاكم تكساس على الأخذ بالرأي التفسيري للمحكمة العليا، بالعكس المحكمة العليا الفيدرالية هي التي تلتزم بأخذ تفسير محاكم الولايات عملا بالمبدأ الدستوري " مبدأ المطابقة" .

بينما تستأثر المحكم العليا الفيدرالي بتفسير التشريع الفيدرالي ومراقب عدم خرقه من طرف محاكم الولايات،

يستنتج من كل هذا أن ليس القضاء في أمريكا هو الذي يمكن أن يوحد قانون الولايات المتحدة الأمركية.

وحتى يتم تجنب الاختلافات الموجودة في النظام القانوني للولايات المتحدة الأمريكية تم اتخاذ جملة من الإجراءات، أهمها:

الوسيلة الأولى : الوسيل الأبسط والأكثر فاعلية هي توحيد القانون بين الولايات التي لا بد أن تعتمد على نموذج مشترك يعرض عليها مثل التقنين التجاري الموحد والذي ضم مبادىء عامة، حيث تم اعتماده من طرف كل الولايات المتحدة الأمريكية ما عدا ولاية "لويزيانا".

كذلك تم اعتماد القانون الموحد من أجل التعاون من طرف 06 ولايات (ألاسكا، إداهو، كينتاكي، لوزيانا، تينسي، واشنطن) ، هذا المشروع هو نتاج لعمل جمعية خاصة تعمل في مجال القوانين، وقد نجحت هذه الجمعية فيما بعد، لما عرضت مشروعها : " التصرف الموحد للأوراق والسندات التجارية " لكن تطلب الأمر 33 سنة[81].

[81] عصام نجاح، المرجع السابق، ص 46.

الوسيلة الثانية: تتمثل في التشريع الفيدرالي الذي يفترض أن يحل محل تشريع الولايات، كما حدث في مسألة الإكتتاب العام، حيث أصبح من اللازم أن يتوافق طلب ولاية ما مع متطلبات "Securite Acte" القانون ينظم طلبات الإكتتاب العام للأسهم وهو تشريع فيدرالي[82].

الفرع الثاني: التوحيد الخارجي

تظهر أهمية القانون المقارن في مساهمته في توحيد القوانين بين الدول، وهذا عن طريق الاتفاقيات الدولية. وهذا له أهمية كبرى بحيث أن توحيد القوانين يساعد على خلق إطار قانوني ثابت للعلاقات بين الدول. علما أن التوحيد يكون دائما أسهل بين الدول التي تربط بينها عوامل مشتركة.

توجد العديد من الاتفاقيات الدولية التي تهدف إلى توحيد القانون بين دول العالم ، وأمثلتها عديدة وكثيرة، كالاتحاد دول الخليج. اتحاد المغرب العربي، اتحاد دول أمريكا اللاتينية.

ونشير هنا إلى أن هناك أمثلة كثيرة عن التوحيد الاتفاقي بين دولتين أو أكثر، غير أننا سنكتفي هنا بالاتحاد الشمالي و الاتحاد الأوروبي.

أولا–الاتحاد الشمالي (توحيد القانون داخل المجموعة الإسكندنافية)

ويضم الدول الاسكندنافية (السويد، النرويج، الدنمارك، إسلندا، فلندا). المجموعة الإسكندنافية تمثل أفضل أمثلة لتوحيد القوانين والذي ساهمت فيه أنظمة سياسي متقاربة وعوامل أخرى مشتركة، كتشابه تشريعاتها، ازدهار العلاقات التجارية لاسيما البحرية منها، فيما بين تلك البلدان، بالإضافة إلى وجود عادات مشتركة، تمدن، والإحساس بالمصير المشترك وفعلية التوحيد .

[82] عصام نجاح، المرجع السابق، ص 46.

وقد تكرست الوحدة التشريعية في أول الأمر في المسائل البحرية والتجارية، حيث إعتمدت نفس التشريع المتعلق بالسفتجة سنة 1889، واعتمدت نفس التشريع البحري سنة 1892، كما اعتمدن أحكام موحدة بالصكوك سنة 1897[83]. كما تم التوحيد في مجال الأحوال الشخصية كمسائل الوصايا، الزواج والطلاق، علما أن هذا النوع من التوحيد يعتبر الأصعب دائما[84].

ثانيا–الإتحاد الأوروبي

يبدو الاتحاد الأوروبي من أهم الاتحادات في العالم وذلك لعدة اعتبارات، خصوصا أنه يشكل قوة اقتصادية وسياسية دولية، ويحتوي على هياكل تقوم عليه، تكاد تجعل من الاتحاد دولة فيديرالية، أو أنه يشكل حكومة مركزية في مواجهة الدول الأعضاء[85].

1–نبذة عن نشأة وأهمية الإتحاد الأوروبي

أنشئ الإتحاد الأوروبي بموجب معاهدة ماستريشت سنة 1992، بهدف دعم اقتصاد الدول الأعضاء ورفع مستوى المعيشة فيها، كما يعمل هذا الاتحاد إلى تقريب القوانين التشريعية والاقتصادي والاجتماعية[86]. ويمكن القول أن الاتحاد الأوروبي يعتبر من أهم الاتحادات التي تم انشاؤها لحد اليوم، حيث أنه ليس مجرد هيئة للتعاون الاقتصادي فقط بل أسفر عن تطور مهم في الحياة القانونية، حيث انتهى إلى تذويب الحدود بين الدول الأوروبية، ومن أهم ما نتج عنه كذلك هو مفهوم "المواطنة الأوروبية"، وهذا مكسب كبير بالخصوص أنه إذا رجعنا للتاريخ فإن الدول الأوروبية عرفت العديد من الحروب فيما بينها وقد كانت الدولة الأمة (L'Etat nation) أساس الدولة الحديثة في

[83] عصام نجاح، المرجع السابق، ص 49-50.

[84] عصام نجاح، المرجع السابق، ص 50.

[85] هنا نؤكد على مصطلح 'تكاد' ففي الحقيقة هناك تمسك كبير من كل دولة بعدم الذوبان في الاتحاد لدرجة إلغاء الخصوصية الوطنية.

[86] مجيدي فتحي، المرجع السابق، ص 423.

أروبا، إلى أن ظهرت ضرورة التعاون والاتحاد بعد الحرب العالمية الثانية. خصوصا أن الاتحاد يعني القوة، والتشتت يعني الضعف الاقتصادي والعسكري، في ظل وجود قوى عظمى جديدة خارج أروبا منها الولايات المتحدة الأمريكية التي أصبحت مهيمنة على العالم، والاتحاد السوفياتي أنذاك.

حيث نصت معاهدة ماستريخت[87] لسنة 1992 على إفرار المواطنة الأوربية بحيث ان أي مواطن يحمل جنسية أحد بلدان الاتحاد يعتبر مواطنا داخل جميع بلدان الاتحاد الأوربي مما يمنحه مجموعة من الحقوق (حق التنقل الحر والإقامة بالبلدان الأعضاء وحق الترشح والتصويت في البلد الذي يقيم فيه إضافة إلى تمتعه (المواطن الأوربي) بحق الحماية الدبلوماسية والقنصلية.

والاتحاد الأوربي لم يظهر من العدم بل عبر مجموعة من المحطات التاريخية، حيث تطور من فكرة مقترحة سنة 1950 والمتمثلة في تصريح الألماني "روبير شومان" الذي اقترح مع الفرنسي "جون مونيه" من خلاله إنشاء المجموعة الأوربية للفحم والصلب، والذي يعبر عن قناعة مشتركة بضرورة المحافظة على السلام[88] والتعاون بين الدولتين. وقد أنشئت بموجبها المجموعة الأوربية للفحم والصلب بموجب معاهدة باريس لسنة 1951 التي ضمت كلا من فرنسا، وألمانيا، وإيطاليا، وهولندا، وبلجيكا، ولوكسمبورغ. وقد تم إنشاء المجموعة الاقتصادية الأوربية بموجب معاهدة روما لسنة 1957. والذي عرف توسعا معتبرا خصوصا سنة 1973 بعد انضمام الدانمارك وإيرلندا والمملكة المتحدة[89]. ثم انضمام انجلترا-إيرلندا-الدانمارك-اليونان-فنلندا-السويد-النمسا- إسبانيا- البرتغال، بين 1973 و 1995.

---

[87] التي دخلت حيز التطبيق سنة 1993.

[88] حورية بناني ومحمد بن بوزيان، الاتحاد الأوروبي بين الانهيار والتماسك في ظل العقبات الداخلية والخارجية، مجلة الحقوق والحريات، المجلد 09، العدد 02، ص 293.

[89] في 2004 انضمام كل من استونيا –ليتوانيا – ليتونيا، التشيك-سلوفاكيا – سلوفينيا- قبرص-مالطا. و في 2007 انضمام رومانيا وبلغاريا.

وهكذا بتوسع الإتحاد الأوربي فإنه أصبح يشكل قوة مجالية وبشرية مهمة. كما تم التوقيع اتفاق شينغن الذي يقضي بتدويب الحدود بين دول الأوربية سنة 1995، وفي نفس السنة تم اختيار الأورو كعملة موحدة من طرف المجلس الأوربي تم التعامل بهذه العملة واعتباره عملة رسمية لبلدان الإتحاد انطلاقا من فاتح يناير 2002. وبحلول سنة 2007 أصبح عدد سكان الاتحاد الأوروبي حوالي 500 مليون نسمة، وهو يشكل قوة اقتصادية وسياسية دولية. كما يسهر على تسيير الاتحاد الأوربي مجموعة من المؤسسات أو الهيئات تختلف حسب مهامها.

2-هياكل ومؤسسات الإتحاد الأوروبي

يتكون الاتحاد الأوروبي من مجموعة من الهيئات أهمها المجلس الأوروبي، اللجنة الأوروبية، مجلس الوزراء، البرلمان الأوروبي، محكمة العدل، البنك المركزي الأوروبي.

أ-المجلس الأوربي

يتكون من رؤساء الدول والحكومات الأعضاء في الاتحاد الأوربي ويكمن دوره في تحديد التوجهات والاختيارات العامة لسياسة الاتحاد ويكون مقر المجلس بعاصمة الدولة التي ترأس الاتحاد، علما أن دوره مهم جدا في توحيد القانون في دول الاتحاد ذلك أنه تصدر عنه مجموعة من القواعد المختلفة، منها ما هو ملزم مباشرة للدول الأعضاء، ومنها ما يساهم في التوحيد من اخلال اتخاذ الدول بعض التدابير القانونية وهي تتمثل خصصوصا في الأنظمة والتعليمات.

أما تعليمات[90] المجلس الأوروبي فهي غير قابلة للتطبيق مباشرة في القانون الداخلي للدول، وهي تعلن عن أهداف يجب أن تسعى دول الاتحاد الأوروبي إلى تحقيقها عن طريق وضع التدابير القانونية اللازمة، وعليه فإن النص الوطني يبقى ضروري حتى تدخل التعليمة ضمن التشريع الوطني وهذا من خلال تعديل بعض النصوص الداخلية بما

[90] Les directives.

يتوافق معها[91]. علما أن تعديل القوانين الوطنية يجب أن يتم خلال آجال محدودة تحت طائلة تعرض الدولة المخالفة أي التي لم تقم بالتعديل[92]، علما أن عدم مبادرة الدولة بتعديل القانون الوطني في الآجال المحددة لا يعني أن الدولة غير ملزمة بمقتضيات التعليمة[93].

أما أنظمة[94] المجلس فلها أثر مباشر، بمعنى أنها قابلة للتطبيق مباشرة داخل الدول الأعضاء بدون الحاجة إلى نص وطني لذلك[95]، وهذا بمجرد نشرها في الجريدة الرسمية[96]. علما أن وصايا[97] اللجنة الأوروبية ليست لها أية قيمة تنظيمية[98].

ب–اللجنة الأوربية: تتكون من 27 مفوضا وتعمل على اقتراح وتفعيل سياسة الإلحاد الأوربي وتسهر على تطبيق المعاهدات، ويوجد مقرها ببروكسيل.

ج–مجلس الوزراء: يتكون من 27 وزيرا يعمل على تنفيد سياسة الإلحاد الأوربي .

د–البرلمان الأوربي: يتكون من 785 نائبا منتخبين من مواطني الإلحاد لمدة 5 سنوات مهمته التصويت على ميزانية الإلحاد ومراقبة اللجنة الأوربية، مقره في ستراسبورغ

هـ– محكمة العدل: تتكون من 27 قاضيا و9 وآلاء عامين يسهرون على احترام قوانين الإلحاد وتطبيق المعاهدات (يوجد مقرها بلوكسمبورغ. '(كما أنشأت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في سبتمبر 1959)'،

[91] Thierry Bonneau, Droit bancaire, Montchrestien et Lextenso éditions, 9e éd, paris, 2011, p 11.
[92] Jacqueline Morand-Deviller, Droit Administratif, éd Montchrestien et Lextenso éditions, 11e éd, paris, 2009, p 292.
[93] Jacqueline Morand-Deviller, op.cit., p 294-295.
[94] Les règlements.
[95] Thierry Bonneau, op.cit., p 11.
[96] Jacqueline Morand-Deviller, op.cit., p 292.
[97] Les recommandations.
[98] Thierry Bonneau, op.cit., p 11.

و- البنك المركزي الأوربي:يتكون من رئيس مجلس الإدارة ونائبه وأربعة أعضاء تكمن مهمته في مراقبة التقلبات النقدية والحفاظ على استقرار عملة الأورو، مقره بفرانكفورت.

يمكن أن نستنتج مما سبق أن العامل التاريخي والتنظيمي يعتبر من اهم العوامل المفسرة للاندماج داخل الإلحاد الأوروبي، بدون أن ننسى العامل المتعلق بتقارب أنظمة الحكم والنمط الاقتصادي والاجتماعي والثقافي.

الفصل الثاني: تاريخ دراسة القانون المقارن وتصنيف العائلات القانونية

رغم أن مفهوم القانون المقارن مفهوم لم يظهر إلا حديثا إلا أن الحضارات المختلفة كانت تعتمد دراسة القانون المقارن. وقد تطور هذا المفهوم مع مرور الوقت، وظهرت الدراسات المتعلقة بالقانون المقارن كدراسات مستقلة، إلى أن ظهر مفهوم تصنيف العائلات القانونية.

المبحث الأول: تاريخ دراسة القانون المقارن

إذا اعتبرنا أن استعمال مصطلح القانون لم يظهر إلا خلال المؤتمر الدولي للقانون المقارن بباريس سنة 1900 إلا أن الدراسة المقارنة هي أقدم بكثير، فالشعوب والحضارات القديمة كانت تعتمد على الدراسة المقارنة والتعرف على القوانين الأجنبية في عملية وضع أو تحسين قوانينها. وهذا ما يدفعنا إلى البحث عن أصل الدراسة المقارنة عبر العصور التاريخية، وذلك في الصور القديمة، ثم في العصور الوسطى، العصر الحديث ودور الجامعات في تطوره.

المبطلب الأول: القانون المقارن في العصور القديمة

عرفت كل حضارة من الحضارات القديمة اهتماما بالقواعد القانونية كبيرا بالقوانين الموجودة في الحضارات والدول الأخرى، وهذا سواء في بلاد الرافدين أو لدى الفراعنة أو في اليونان أو لدى الرومان.

الفرع الأول: في بلاد الرافدين

تعود المقارنة بين التشريعات إلى الزمن الماضي البعيد إلى القوانين التي عرفت في بلاد الرافدين مثلا فمن أشهر المدونات القانونية في العصر القديم على الإطلاق هي مدونة الملك "حامورابي" الذي حكم بلاد الرافدين واتخذ مدينة بابل عاصمة له سنة 1728 إلى 1686 ق م، حيث قام بتوحيد الأعراف والقوانين التي كانت سائدة ، علما التوحيد بين القوانين هو من الأهداف الأساسية للقانون المقارن. علما مدونة حامورابي راعت في بعض الحالات وجود شعوب مختلفة في دولته كالساميين والسماريين، لذلك كان منصوص فيها على عدة أحكام حسب الفئة المحكومة بالنص، لاسيما فيما يخص المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية[99].

الفرع الثاني: لدى الفراعنة(مصر القديمة)

تعتبر مدونة "بكخوريس" من أهم المدونات التي عرفتها حضارة الفراعنة، وقد صدرت في عصر الملك "بكخوريس" أي من 718 إلى 712 ق م، وقد أكدت الدراسات تأثر تلك المدونة بقانون حامورابي لاسيما في مجال العقود المالية[100].

الفرع الثالث: لدى اليونان

ابتدع اليونان الفلسفة، علم السياسة، التاريخ، الطب، العمران و القانون ...إلخ، وقد اعتمد الفلاسفة اليونان على المقارنة في بناء القانون[101].

أوكل اليونان مهمة وضع القانون وتعديله إلى مجموعة من ' كبار الفقهاء ' وعددهم سبعة من بينهم، (Lucurgue , Dracon, solon, Pisistrate) وآخرين، عرفوا لدي اليونانين بأنهم مسافرين كبار في فترة كان

[99] عصام نجاح، المرجع السابق، ص 10.

[100] عصام نجاح، المرجع السابق، ص 10.

[101] Bruno de Loynes de Fumichon, op.cit, p 42.

فيها السفر شاقا مليئا بالصعاب والاكتشافات، فزاروا عدة مناطق كالكريت ومصر، فينيقيا، آسيا الوسطى (الصين)، وبلاد الفرس" أين درسوا العادات والتقاليد، القوانين والنظم السائدة في تلك البلدان، وعند عودتهم اعتمدوا على معارفهم المكتسبة من خلال تلك الدراسات في تطوير القانون. وقد وضع لوكورغ أول دستور[102] في مدينة سبرتا وهو يعود للقرن 8 قبل الميلاد[103]، الذي ساهم في استقرارها لحد كبير.

أما صولون (640-558 ق.م) فقد وضع دستور أثينا بدلا من مدونة "دراكون" التي أثارت غضب الجماهير[104]، وقد أثّر قانون صولون في أثينا حيث عرفت الاستقرار والأمن بعد الصراع بين طبقات المجتمع.

علما أن صولون حسب المؤرخ (هيرودت) (484- 425 ق م) أخذ عن الفراعنة "استبدال قاعدة التنفيذ على جسم المدين بقاعدة التنفيذ على أمواله فقط"[105].

وحتى الفلاسفة قاموا بمقارنة النظم القانونية والدساتير المختلفة. حيث وضع المؤرخ "هيرودوت" تصنيفا للنظم السياسية[106] من خلال مقارنة بين المدن اليونانية والمماليك البربرية[107] (أي غير المتحضرة). كما قام أفلاطون بمقارنة قوانين المدن في كتابه حوار حول القوانين (dialogue sur les lois) ، أما "أرسطو" لما قارن بين دساتير 153 مدينة يونانية وأجنبية ليصوغ دستور أثينا[108]. وقد قارن "أرسطو" في كتابه " السياسة" بين قوانين أثينا وقوانين إسبرطة

[102] Grande Rhéta ou grande Loi.

[103] Bruno de Loynes de Fumichon, op.cit, p 43.

[104] عصام نجاح، المرجع السابق، ص 11. أنظر كذلك:

Bruno de Loynes de Fumichon, op.cit, p 43.

[105] عصام نجاح، المرجع السابق، ص 11. نقلا عن : صوفي حسن أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار النهضة، القاهرة، 2008، ص 141.

[106] Bruno de Loynes de Fumichon, op.cit, p 44.

[107] أي غير المتحضرة.

[108] Bruno de Loynes de Fumichon, op.cit, p 44.

وكريت وقرطاجة وغيرها من البلاد ، حيث قال أنه:" ينبغي على المشرع أن يعمل على تحسين القوانين ولذلك يتعين عليه أن يعرف قوانين حكومات المدن الأخرى والفروق بينها ويقتبس منها ما يصلح لمدينته"[109].

الفرع الرابع : لدى الرومان

عرفت روما ثورة الشعب الذي هدد بتشكيل دولة مستقلة وبعدم الدفاع عن روما عام 450 ق.م، لذلك تم ارسال لجنة من عشرة (10) رجال القانون[110] إلى المدن اليونانية منها أثينا لدراسة قوانينها، وفي سنة 449 ق.م صدر قانون الألواح الإثني عشر، وبذلك يمكن القول أن هذا القانون نتج عن مقارنة القوانين[111]، ليس فقط مع القوانين اليونانية[112]، بل المصرية كذلك[113].

وبذلك عرفت روما مبدأ المشروعية والديمقراطية اليوناني الأصل، أما قانون الشعوب[114] فقد وضع حتى يطبق على الجميع أيا كانت جنسية أطراف الخصومة ومن أهم ما جاء به قاعدة الخسائر المشتركة « la théorie des avaries communes » والتي تقضي أنه في حالة رمي بضاعة في البحر حماية لسلامة السفينة وباقي الشحنة يتحمل كل الشاحنين الخسارة ولا يتحملها صاحب البضاعة الهالكة لوحده[115]؛ غير أن الرومان اكتفوا فيما بعد بالقانون الروماني، وابتعدوا عن المقارنة[116].

علما أن القانون لدى الرومان مقسم إلى ثلاث أقسام وهي القانون الطبيعي، وقانون الشعوب، والقانون المدني. أما القانون الطبيعي فهو يتميز بأنه عام (universel) تشترك فيه جميع الكائنات الحية أي حتى الحيوانات،

---

[109] عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص 27. أنظر كذلك: عصام نجاح، المرجع السابق، ص 11.

[110] Decenvires

[111] Bruno de Loynes de Fumichon, op.cit, p 45-46.

[112] حيث أخذ الرومان تقسيم الأموال وإجراءات المحاكمة حسب ما كان معروفا لدى اليونان. أنظر : عصام نجاح، المرجع السابق، ص 11.

[113] مجيدي فتحي، المرجع السابق، ص 418.

[114] le droit des gens « ius gentium »

[115] Bruno de Loynes de Fumichon, op.cit, p 48.

[116] عصام نجاح، المرجع السابق، ص 11.

أما القانون المدني فهو خاص بكل مدينة أو دولة، وعليه فكل دولة لديها قانونها المدني الخاص بها والذي يطبق على مواطنيها، أما قانون الشعوب فهو مشترك لكل الشعوب، خصوصا أن الإمبراطورية الرومانية في أوج مجدها كانت تظم عدة شعوب مختلفة[117].

المطلب الثاني: الدراسة المقارنة في العصر الوسيط

عرفت أروبا بعد سقوط روما تعددا في مصادر القاعدة القانونية، منها القانون الروماني والقانون الكنسي، بالإضافة إلى الأعراف المحلية والأنظمة المتعلقة بكل مدينة أو دولة على حدى والأوامر الملكية[118]، وقد كان القانون الروماني القانون المشترك لكل أروبا. وقد كان الفقهاء يهتمون بالدرجة الأولى بالمقارنة بين القانون الكنس والقانون الروماني.

وقد أدت الدراسات المقارنة في البداية إلى نبذ القانون الروماني واعتباره قانونا قديما غير متوافق مع متطلبات العصر آنذاك، خصوصا بعد مقارنة القانون الروماني مع الأوامر الملكية والأعراف الفرنسية، حيث انتهت الدراسة إلى أن القانون الروماني غير متوافق معها[119]. فيما بعد تمت دراسة قواعد القانون الروماني وتطويرها لاسيما في مجال الأسرة. وقد أمر شارل السابع بتطوير كل المملكة، وبعدها تمت عملية كبيرة لكتابة وتوثيق الأعراف المحلية السائدة[120]. وتواصلت العملية لعدة سنوات.

[117] Bruno de Loynes de Fumichon, op.cit, p 47.
[118] Bruno de Loynes de Fumichon, op.cit, p 49.
[119] Bruno de Loynes de Fumichon, op.cit, p 50.
[120] Bruno de Loynes de Fumichon, op.cit, p 50.

وقد عرفت الدراسات المقارنة انبعاثا جديدا بإحياء دراسة القانون الروماني عن طريق المراكز العلمية والجامعات الأوروبية انطلاقا من القرن 11 م متخذة طريقة الشرح على المتون لمجموعة جستنيان[121] التي تعتبر قمة ما وصلت إليه النظم القانونية الرومانية، وقد اعتبر الفقه كمصدر رسمي للقانون إلى جانب العرف والتشريع والقانون القضائي البريتوري[122].

خلال القرن 14 م في فبالإضافة إلى أوامر الملك الملزمة في كل فرنسا ساد في جنوبها القانون الروماني المكتوب، أما في الوسط والشمال فقد سادت الأعراف العامة التي بلغ عددها حوالي 60 أما العادات أوالأعراف المحلية فبلغت المئات، لذلك شرع في دراسة مقارنة لاستخلاص القواعد القانونية وكتابتها خاصة في القرن 15 م. وقد كتب شارل دومولان "Charle du moulin" مؤلفه discours sur la concorde et l'union des coutumes de France سنة 1546 والذي نادى بالإعتراف بقانون وطني فرنسي، كما ظهرت الدعوة إلى توحيد الأعراف والعادات، وبعده ظهرت عدة مؤلفات تحوي على تجميع للأعراف والعادات السائدة ، ومنه مقارنتها بالقانون الروماني لاستنباط "القانون العرفي المشترك"[123] ليطبق بدلا من القانون الروماني[124].

يعتبر منتسكيو رائد الدراسات المقارنة في كتابه l'esprit des lois روح القوانين (روح الشرائع) لاستخلاص أمثل نظام للحكم في عصر التنوير (النهضة) وقد أثر كثيرا في الثورات الإنجليزية، والأمريكية، والفرنسية، إلا أن هذا النوع من الدراسة لم يكن يعتمد المقارنة العلمية التي تجعل من القانون المقارن علما قائما بذاته، إنما كان يستعمل المقارنة الجزئية العقيمة في بعض الأحيان، أما دراسة القانون المقارن الذي نعرفه فلم تظهر إلا في العصر الحديث.

---

[121] سنة 528م إلى 535م

[122] مجيدي فتحي، المرجع السابق، ص 418.

[123] Droit commun coutumier.

[124] Bruno de Loynes de Fumichon, op.cit, p 52.

المطلب الثالث: القانون المقارن في العهد الحديث

موازاة مع النهضة الصناعية وظهور المشاريع الكبرى ظهرت كذلك التقنينات الحديثة مثلا ألغي نظام الرخصة الإدارية في تكوين شركات المساهمة سنة 1867 ونظمت القواعد الخاصة بالمخازن العمومية (1856) وبالشيك (قانون 1865) ... إلخ وكلها مستوحاة عن القانون الإنجليزي، وفي سنة 1865 اقترح أستاذ القانون Gustave Emile Boissonade تشكيل " المجلس الأعلى الدائم للتشريع المقارن " مهمته جمع تشريعات الدول الأكثر تحضرا وذلك للاستخلاص منها قواعد لتطوير وتحسين القانون. ثم إقترح إقتراح ثان هووضع (المعرض العالمي الدائم للقوانين) ثم إقتراح ثالث يتضمن وضع مسابقة بين مختلف التشريعات والقوانين الموجودة في العالم، وفي عام 1900 عقد أول مؤتمر دولي للقانون المقارن، نقد Gény وLambert مدرسة الشرح على المتون واقترح جيني أن يعتمد رجال القانون أكثر على العلوم المساعدة للقانون كالسوسيولوجيا، وأن تكون هناك حرية أكبر لرجل القانون في البحث عن الحل القانوني للمشكل المعروض عليه بكل الطرق القانونية وليس فقط بالإعتماد على الشرح الحرفي للنص القانوني المكتوب. أما لمبار فاهتم كثيرا بمهمة القانون المقارن وعتبره علم من العلوم المستقلة مهمته توحيد القانون[125]، أنشئ سنة 1924 في لاهاي الأكادمية الدولية في القانون المقارن، وفي سنة 1930 المكتب الدولي لتوحيد القانون الجنائي وقبل ذلك في سنة 1928 المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص كما تم عقد عدة اتفاقيات دولية بهدف التوحيد أهمها اتفاقية 1919- 1934 بشأن منع النساء من العمل ليلا[126].

موضوع القانون المقارن هوتصنيفات typologie الأنظمة القانونية عبر العالم، في إطار ما يسمى بالعائلات القانونية، وذلك بالإعتماد على معايير مختلفة فقد يكون معيارا قانونيا أو معيارا إديولوجيا أو دينيا

[125] Bruno de Loynes de Fumichon, op.cit, p 62-72.

[126] مجيدي فتحي، المرجع السابق، ص 419.

المبحث الثاني : التصنيفات المعتمدة للأنظمة الكبرى

هناك عدة تصنيفات أو تقسيما للأنظمة القانونية في العالم، حيث تم تصنيف الأنظمة القانونية عبر العالم إلى عائلات قانونية. والتصنيف عادة ما يكون وفق المعيار القانوني أو المعيار الاقتصادي، وحتى مدى التأثر بالقانون الروماني.

ونشير هنا إلى التصنيفات التالية ليست حصرية، بل توجد تصنيفات أخرى.

المطلب الأول: تقسين العائلات على أساس معيار مدى التأثر بالقانون الروماني والجرماني

فالتصنيف الأول يعتمد معيار تأثير القانون الروماني والجرماني في النظام القانوني للدولة، وقسم الأنظمة القانونية إلى ثلاث مجموعات، المجموعة الأولى تمتاز بالتأثر الكبير بالقانون الروماني، من بين الدول المنتمية لها نجد إيطالبا وإسبانيا، والمجموعة الثانية تمتاز بالتأثر الضعيف بالقانون الروماني كإنجلترا وروسيا، والمجموعة الثالثة تمتاز بالتأثر المتساوي للقانون الروماني وللقانون الجرماني كفرنسا وألمانيا. غير أنه يعاب على هذا التصنيف أنه اعتبر إنجلترا من بين الدول التي تعتمد القانون الروماني ولو بدرجة ضعيفة، رغم أن مصدر القاعدة فيها هوالكومن لو، كما أنه حصر التصنيف في أروبا.

المطلب الثاني : تقسيم الأنظمة القانونية إلى عائلات قانونية

وهناك التصنيف الثاني، وقد استعمل مصطلح العائلة وقسم العالم إلى أربع عائلات ، العائلة الأولى هي العائلة الرومانية الجرمانية، والعائلة الثانية عائلة القانون المشترك(الكومن لو)، والعائلة الثالثة هي عائلة القوانين الإشتراكية، والعائلة الرابعة يدخل فيها النظام القانوني الإسلامي، وقانون الهند وقانون الشرق الأقصى، الصين واليابان وهي لا تشكل عائلة.

المطلب الثالث: التصنيف إلى مجموعات

أما التصنيف الثالث فيقسم الأنظمة القانونية إلى ثلاث مجموعات، المجموعة الأولى وتشمل الأنظمة الغربية وهي مستوحاة من الشريعة المسيحية، دون أن يكون الدين مصدرا للقانون. والمجموعة الثانية وهي الأنظمة الإشتراكية، أما المجموعة الثالثة هي الأنظمة الدينية وتظم النظام الإسلامي، قانون الكنيسة، قانون الهند. أما التصنيف الرابع فيقسم العالم إلى مجموعتين، المجموعة الأساسية وتظم النظام القانوني الجرماني، ونظام الكزمن لووالنظام الإشتراكي، والمجموعة الثانوية وهي تظم الأنظمة الدينية وأنظمة العالم الثالث.

الباب الثاني : الأنظمة القانونية الكبرى

من أهم الأنظمة القانونية في العالم لدينا العائلة اللاتينوجرمانية والعائلة الأنجلوسكسونية، بالإضافة إلى عائلات أخرى تتميز كل واحد عن الأخرى.

وعموما يصعب حتى على رجل القانون المتشبع بمفاهيم قانونية معينة فهم باقي الأنظمة القانونية، لوجود اختلافات جوهرية فيما بينها، سواء في المفاهيم القانونية السائدة، أو مصادر القاعدة القانونية، وحتى النظام القضائي فهو يختلف من نظام لآخر. وحتى في العائلة الواحدة هناك بعض الإختلافات من بلد لآخر.

وعليه سنتطرق لأهم الأنظمة القانونية في العالم وهي العائلة اللاتينوجرمانية ثم إلى العائلة الأنجلوسكسونية.

الفصل الأول :العائلة الرومانية الجرمانية

وتسمى كذلك العائلة اللاتينية الجرمانية، وكذلك عائلة القانون المكتوب، وسميت بذلك نظرا لأن القانون الروماني يعد مصدرا تاريخيا بالنسبة لها، و هذا لا يعني أن القانون الروماني لا يزال مطبقا فيها بل فقط أنه أثر إلى حد كبير فيها، وذلك باستخلاص منهج موحد مستمد من مجموعة أو قانون جستنيان ومن الأعراف خاصة منها الجرمانية التي سادت في القرن 5 م.

كذلك تسمى عائلة القانون المدني، لأن أول قانون وضع هوتقين نابليون 1804 القانون المدني (القانون المدني الروماني هوالقانون الخاص الذي ينظم العلاقات بين الأشخاص)، ثم تأثرت به الدول الأخرى كألمانيا، أن هذه العائلة تضم أنظمة قانونية مختلفة وهذا لا يعني أنه لا توجد فروق بينها، فالعبرة فالمفاهيم الأساسية والهيكل العام للقانون، والبنية العامة للقانون، – حتى أن بعض المفاهيم اختفت تماما كالسلطة الأبوية) لوجود هذه الإختلافات إفترح بعض فقهاء القانون المقارن وضع بعض التصنيفات الفرعية مثل دول أمريكا اللاتينية، عائلة إفريقيا الشمالية... إلخ .

المبحث الأول :النشأة التاريخية لهذه العائلة وبنيتها القانونية

ظهرت هذه العائلة في أوروبا ومرت بثلاث مراحل: مرحلة القانون العرفي، مرحلة التقنينات، مرحلة الإنتشار خارج أروبا.

المطلب الأول: النشأة والتطور

بعد سقوط روما في القرن 5 م، توالت الفتوحات عليها من قبل الشعوب الجرمانية، فأصبح كل شعب من الشعوب يخضع إلى قوانين شخصية أي ساد مبدأ شخصية القوانين، لكن بمرور الزمن تقاربت أنماط العيش بين هذه

الشعوب فنشأ عرف إقليمي محلي، دعمه وجود الإقطاع، مما أدى إلى تراجع القانون الروماني، وساد الإعتقاد أن القانون الروماني قانون معقد، كما إنتشرت المسيحية كثيرا في أروبا،

عندما ظهرت حركة النهضة في الجامعات دعت إلى إحياء القانون الروماني ودراسته كبديل عن دراسة الأعراف المحلية، ويتميز همل الجامعات أنها عند دراستها للقانون الروماني حافظت على المعاني الأصلية ومجموعاته ولم تستبعد إلا المفاهيم والأنظمة القانونية التي لم يعد لها وجود، وانتهجت طريقة أومنهج الشرح على المتون، وفي منتصف القرن 13 م توج عمل هؤلاء الشراح بإصدار الحاشية الكبرى بفضل الفقيه " إكزير" الذي جمع 96 ألف حاشية على مجموعة جستنيان،

وفي القرن 16 م، ظهرت في فرنسا على يد أوجاس ودونوحركة انتهجت دراسة القانون الروماني دراسة بحتة لم تتقيد فيها بمجموعة جستنيان، وانتقلت إلى هولندا في القرن 17 م، مهدت إلى ظهور مدرسة القانون الطبيعي في القرن 17 و18، إتجاه جديد بوضع قانون أساسه العقل وليس الأعراف المحلية ولا القانون الروماني، من بين هؤلاء الفقهاء(غروشيوس ودوما) . أدت مدرسة القانون الطبيعي دفعت بالرأسمالين (ظهور طبقة برجوازية من التجار) إلى رفض القانون الملكي الإقطاعي المستمد من فكرة الحق الإلاهي كما أنها لم ترفض القانون الروماني بل تنشد لتطويره، فمن جهة الإعتماد إلى تقسيمات القانون الروماني إلى عام وخاص' وتصنيفه الحقوق إلى عينية وشخصية ومفاهيم مثل : مفهوم الملكية، التقادم، وبعض الأنظمة كالبيع، الإيجار والعارية، وحينما وصلت البورجوازية إلى الحكم ممثلة في شخص نابلون، ظهر التيار الوضعي القانوني بظهور التقنينات' ينادي بتطبيق القاعدة القانونية دون إضافة أي شيئ والقاضي يخضع للقانون. وساد منهج الشرح على المتون(لا اجتهاد مع النص)

ثم عرفت هذه العائلة مرحلة التقنينات، وأهم تقنين ظهر هو القانون المدني الفرنسي وقد وضع على أسس ومبادئ الليبرالية. ثم انتشرت هذه العائلة انتشارا واسعا في العالم خاصة في الدول التي كانت مستعمرة فرنسية (الدول الأفريقية) وحتى في الدول الأخرى (إثيوبيا لم تكن مستعمرة فرنسية وتركيا (تحت التأثير السويسري)من خلال التنزيمات – التنظيمات) وأهمها المجلة العثمانية) ،وفي آسيا خاصة في دول المشرق العربي، خاصة القانون المدني فأغلب الدول وضعت قانونا مدنيا على النمط الفرنسي حتى في بعض الولايات الأمريكية، وأستراليا.

المطلب الثاني: البنية العامة للقانون

ساهمت الجامعات لحد كبير في وضع هذه العائلة لذلك كان للفقهاء دور كبير عن طريق وضع التصنيف أوالتنسيق classification/ syntisation .

الفرع الأول: تقسيمات القانون في العائلة اللاتينية الجرمانية

ما ساهم في البناء القانوني لهذه العائلة هو إعتماد مجموعة القوانين الوضعية المنتمية لها تقسم القانون إلى عام وخاص، حيث أن أول ما عرف في روما القديمة هو التفرقة بين المسائل المتعلقة بالدين (fas) وبين المسائل المتعلقة بالأشخاص فيما بينها دون دخل للدين فيها والتي من اختصاص رجال القانون (ius أوjurisconsultes) و . وكذلك فرق الرومان بين القانون والفلسفة . وابتدعوحتى الحيلة القانونية (القرائن)،

كما ساهم في البناء القانوني لهذه العائلة اعتماد مجموعة القوانين الوضعية المنتمية لها تقسم القانون إلى عام وخاص، كما وكل منهما إلى فروع مختلفة، وهذا مأخوذ من القانون الروماني الذي كان يفرق بين القانون الخاص وهومحل إهتمام رجال القانون والقانون العام الذي يتعلق بالشيء العمومي res publica ، ومن الإضافات التي جاءت به مدرسة القانون الطبيعي التي تفرض وجود قانون عقلي أسبق للدولة ويعلو عليها يطبق على الحاكمين والمحكومين وأن القانون

العام يضم فروعا مختلفة على رأسها القانون الدستوري، ويترتب على هذا التقسيم (قانون عام وقانون خاص) وجود المحاكم العادية والمحاكم الإدارية، رغم أن القانون الإداري لم يخضع للتقنين ليومنا هذا، إلا أنه ساهم في توحيد هذه العائلة، نظرا لعدة عوامل أهمها عامل أساسي هو عامل المناخ والفكر القانوني والسياسي وقد كان لروسو الأثر الكبير في وضع أسس القانون الإداري. وكان لبيكاريا (الإيطالي) الفضل في وضع أسس القانون الجنائي الحديث الذي يقوم على مبدأ الشرعية وشخصية العقوبة ونظرية التأهيل والدفاع الإجتماعي. أما العامل الثاني في التوحيد داخلها فهو اتخاذ القانون المدني كمنطق لوضع القانون الإداري: والدليل على ذلك مسؤولية الإدارة والتي كانت مختلفة على أسس القانون الإداري إلا أنها نتجت في القضاء الإداري الفرنسي على أساس المسؤولية في القانون المدني، أما العامل الثالث: يعتبر القانون الإداري الفرنسي قمة ما وصل إليه القانون العام في هذه العائلة، ويرجع الفضل في ذلك إلى مجلس الدولة الفرنسي، وأكبردليل على ذلك أن أول مطول "traité" الكتابات الفقهية في القانون الإداري في ألمانيا كتبها الفقيه otto mayer وتناول فيه القانون الإداري الفرنسي.

الفرع الثاني: مفهوم القاعدة القانونية في هذه العائلة

تتميز القاعد القانونية في هذه العائلة أنها بخصوصية العمومية والتجريد، أي أنها لا تعني شخصا بذاته أوواقعة وهذا يعني أن القانون منفصل عن الوقائع إلى درجة وجود محاكم موضوع " وهي المحاكم الدنيا " و"المجالس" و"محكمة عليا" هي محكمة قانون. والقاضي فإنه يطبق القاعدة القانونية على الوقائع التي تعرض عليه مستعملا في ذلك منهج القياس المنطقي " السيلوجسموس" التي كانت تعتبر القاعدة القانونية هي المقدمة الكبرى، والوقائع تأخذ مكان المقدمة الصغرى والنتيجة تسمى منطوق الحكم، (كل إنسان فان، سقراط إنسان، إذن سقراط فان).

وينحصر دور القاضي في تفسير القانون هذا إن كانت القاعدة آمرة

وهنا القاضي يطبق القاعدة القانونية دون أي إجتهاد أي ليس للقاضي أي دور في خلق القواعد القانونية وهذا عكس القاعدة القانونية في عائلة القانون المشترك الإنجليزي، التي يختلط فيها القانون بالوقائع، حيث أن القاضي يستعمل منهج التمييز " « Distingation » ،أي أنه داخل الحكم القضائي الذي يعتبر سابقة قضائية يستخلص ما يعتبره قاعدة قانونية من الوقائع التي أفضت إليه ويستخلص كذلك ما جاء في الحكم على سبيل الفصل عن ما أتى فيه على سبيل الرأي، بالإضافة أن العائلة اللاتينية الجرمانية تستعمل مفاهيم مجردة مثل العقد، التقادم، الشركة' (كل قانون يصبح مسألة مفاهيم (وهذه المفاهيم تعتبر مشتركة لأن معظمها ورث عن القانون الروماني بينما هناك بعض من هذه المفاهيم غير موجود في القانون الإنجليزي، (مثلا : فكرة الشخص الاعتباري والقوة القاهرة غير موجود في القانون الإنجليزي).

ابتدع الرومان عدة مفاهيم قانونية كمفهوم حسن النية، وهو أساس تقسيم العقود إلى رضائية (contrats consensuels) أوالعقود المسماة، من بينها عقدين بين الأصدقاء وعقدين بين الأعداء(ترجمة ركيكية) : (البيع والكراء) و(المقاولة والوكالة)، وكذلك نظرية العيب (la théorie du vice)، وعرف القانون الروماني العقود الشكلية: التي تتطلب الكتابة.

كما أن أغلب المصطلحات القانونية المعروفة في العصر الحديث تجد أصلها في القانون الروماني: أمثلة في القانون الخاص: الأشخاص، المال، الإلتزام، الدعوى، وكذلك التحكيم، الوساطة، العقوية، كما ساهم القانون الروماني في وضع بعض القواعد في الدعاوى مثلا (إختصاص محكمة موطن المدعى عليه)، البينة على من إدعى، سبق الفصل في النزاع (عدم جواز المحاكمة مرتين بمناسبة نفس الوقائع)، (الحكم عنوان للحقيقة)، أما وجود القانون التجاري ضمن فروع القانون الخاص منفصل عن القانون المدني فهو ليس بمسألة جوهرية بل مرتبط بتطور القانون في فرنسا، وهناك بعض المفاهيم التي جاءت به الكنيسة "العقد شريعة المتعاقدين"

كما عرف الرومان القواعد الإجرائية (المرافعات) وهي مجموعة من المراحل المتعلقة بالمرافعة الشفوية التي تبدأ أولا بتسمية القاضي (سيدي الرئيس عندنا) وتنتهي بالأمر الموجه للقاضي حتى يفصل في النزاع)بالطلبات التي يجب على القاضي أن يحكم فيها)، مرورا : ادعاءات المدعي ثم الدفوع التي جاء بها المدعى عليه ثم دفاع المدعي الرد، وكذلك ما هو متعلق ببعض المسائل كالصفة في الدعوى، والعناصر والدلائل التي ندعم بها الدعوى، وبعدها يقوم القاضي بدراسة الدعوى التي تمكن منها باتباع نفس المراحل التي جاء بها المرافع، إلى النطق بالحكم.

المطلب الثالث : مصادر القانون في عائلة القانون الرومانية الجرمانية (نظرية المصادر)

هي كثيرة ومتعددة، أهمها التشريع، و العرف، والإجتهاد القضائي، والفقه.

الفرع الأول : التشريع

يعتبر التشريع أهم مصدر من مصادر القانون في هذه العائلة ويتميز التشريع بأنه مكتوب وصادر عن السلطات العمومية (بصفة رسمية) ويحكم التشريع مبدأ تدرج القوانين، ويسمو التشريع عن المصادر الأخرى في البلاد الرومانوجرمانية، ويأتي الدستور في مقدمة مصادر القاعدة القانونية وذلك لانه تعد أسمى من جميع القواعد الاخرى . حيث نصت الفقرة من دباجة الدستور الجزائري أن:" إن الدستور فوق الجميع وهوالقانون الأساسي الذي يضمن الحقوق والحريات الفردية والجماعية ويحمي مبدأ حرية إختيار الشعب ويضفي الشرعية على ممارسة السلطة، وأول ما ظهر في فرنسا سنة 1789 بعد الثور الفرنسية: هوإعلان حقوق الإنسان والمواطن، وأغلب دول العالم الحديث تتمتع بدستور مكتوب، بالإضافة إلى المعاهدات والتشريع، التشريع فينقسم إلى التشريع العادي والتشريع الفرعي،

أما التشريع العادي فهو القانون بمعناه الضيق وهو مجموعة القواعد المكتوبة الصادرة عن البرلمان، أما التشريع الفرعي (اللوائح والتنظيمات) فهي صادرة عن السلطة التنفيذية، التي أصبحت تسمى السلطة التنظيمية، التي تتدخل عن طريق التنظيمات في كل جوانب التي لا يشرع فيها البرلمان أو لوضع قواعد لتنفيذ القوانين.

يطب القاضي في هذه العائلة النص التشريعي إذا كان واضحا أما إذا كان غامضا فيجب عليه أن يبحث عن نية المشرع.

الفرع الثاني: العرف

يحتل المرتبة الثانية بعد التشريع يلجأ إليه القاضي في حالة عدم وجود النص التشريعي الواجب التطبيق، ويميز الفقه بين العرف المكمل للتشريع وهوالذي يملئ ويس الفراغ الموجود في التشريع، العرف المساعد للتشريع وهو الذي يستعان به لفهم التشريع، والعرف المخالف للتشريع وهولا إلا إذا كان مخالفا لقاعدة تشريعية مكملة بشرط عدم مخالفة النظام العام والآداب.

بعض التشريعات في هذه العائلة تساوي بين العرف والتشريع من بينها ألمانيا وسويسرا، في حين أن العرف لا يطبق في بعض الدول الأخرى كالنمسا إلا إذا أحال إليه التشريع صراحة، أما في بعض الدول العربية والإسلامية فيتقدم على الشريعة الإسلامية فيأتي في المرتبة الثانية بعد التشريع كما هو الحال في العراق وسوريا، بينما دول أخرى تجعله في المرتبة الثالثة بعد التشريع والشريعة الإسلامية كالجزائر (المادة الأولى من القانون المدني الجزائري)وكذلك القانون الأردني والليبي. كما يختلف مركز العرف باختلاف القوانين، حيث يلعب دورا مهما في القانون التجاري والقانون الدولي العام، ويتقلص دوره في القوانين الأخرى كالقانون المدني إلى أن ينتهي دوره في القانون الجنائي.

الفرع الثالث: الإجتهاد القضائي

القانون يضعه المشرع لمعالجة ضرورات الحياة ويرجع للقاضي تطبيقه، والإجتهاد القضائي هومجموعة من الأحكام التي تصدرها المحاكم فيما يرفع إليها من القضايا وفيها يتولى القاضي تطبيق القانون الذي وضعه المشرع، عمومية القاعدة القانونية يخولان القاضي السلطة في تفسيرها عند فصله في قضية ما، فهو ملزم بتطبيق النص ويلتزم

بحرفيته، ما دام النص واضحا في دلالته علانية المشرع أوفحواها في نطاق إرادة المشرع الحقيقة يمارس القاضي سلطته في التفسير وتكييف الوقائع وملائمة النص لهذه الوقائع، وتتسع سلطة القاضي في التفسير إذا كانت نصوص التشريع غامضة، باللجوء إلى القياس أو الإستدلال أو بمفهوم من باب أولى، أو بمفهوم المخالفة، وللحكم حجية مطلقة بين الأطراف ،الإجتهاد القضائي الملزم هو فقط ذلك الحكم الصادر عن أعلى الهرم القضائي عندما تكون الغرف مجتمعة، (مجلس الدولة أو المحكمة العليا)، غير أنه يجوز العدول عنه وتعديله في المستقبل. وهذا لا يعني أن القضاء ليس له دور بل أصبح للقضاء دور كبير في وضع القاعدة القانونية ذلك أنه كثيرا ما يكرس التشريع الاجتهادات القضائية عند تعديل القانون، فأغلب التعديلات القانونية الجديدة عادة ما تكون قد كرسها الإجتهاد القضائي أولا.

الفرع الرابع :الفقه

يلعب الفقه دورا أساسيا في دراسة القوانين المختلفة، بحيث ينتقدها ويبين عيوبها ويقوم بالمقارنة بين القوانين المختلفة. بحيث يقدم حلولا جاهزة للسلطة التشريعية عندما تريد تعديل القانون، وحتى القضاة والمحامين يعتمدون عليه في أعمالهم.

المطلب الرابع: إيديولوجية وفلسفة العائلة اللاتينية الجرمانية

تقوم العائلة اللاتينوجرمانية على المذهب الفردي، أي على اعتبار الفرد أساس المجتمع، واتخذ من الأسرة والملكية الخاصة والحرية في التعاقد، حرية الصناعة والتجارة الدعائم الأساسية في تنظيم المجتمع' فيعتبر الفرد أساس محور النظام السياسي والسلطة في خدمة الفرد وحماية ممتلكاته، ويرجع أساس هذه الفلسفة إلى القانون الروماني والفلسفة اليونانية مرورا بفكرة القانون الطبيعي التي كرسها روسو في العقد الإجتماعي الذي تبنته الثورة الفرنسية، وتأثرت به التقنينات كما ظهرت في القرن العشرين أفكار إشتراكية أثرت فيه، كما ان أغلب الدول التي تنتمي لهذه العائلة تقوم على الديمقراطية النيابية، سواء كانت ملكية أو جمهورية.

المبحث الثاني: النظام القانون الألماني نموذجا

تعتبر ألمانيا دولة قوية اقتصاديا وسياسيا، وقد عرفت العديد من التحولات خصوصا بعد الحرب العالمية الثانية. وهي تتميز بنظام قانوني وقضائي ملائم لطبيعته الفيديرالية. علما أنه يتميز بالإزدواجية القضائية حيث توجد محاكم إدارية إضافة إلى المحاكم العادية، وهذا ما يتوافق من النظام اللاتيني الجرماني الذي ينتمي إليه.

المطلب الأول: تشكل النظام القانوني الألماني

تشكلت الإمبراطورية الرومانية الجرمانية سنة 962 م، أين ساد الإقطاع والقانون الكنسي. وقد عرفت تراجعا خلال القرن 13 م. غير أنها عرفت نوعا من النهوض مع اتفاقية واست فاليا 1648م. في سنة 1495 عرفت احياءا للقانون الروماني كمحاولة للقضاء على الأعراف التي كانت سائدة، إلى أن عرفت التحولات العميقة مع توحيد القانون المدني بعد موجة التشريعات في أروبا خلال القرن 19م. علما أن القانون المدني الألماني متميز عن الفرنسي، فهو مقسم لقسمين، الأول عبارة عن مقدمة تضم المفاهيم والمؤسسات المتعلقة بالقانون المدني ، والثاني تضمن أجزاء من القانون القديم. غير أنه بعد سقوط حائط برلين تأثر النظام الألماني الموحد بالاتحاد الأوروبي، فتطورت القواعد القانونية فيه ليتماشى مع متطلباتها.

المطلب الثاني: القضاء الألماني

ينظم القانون الأساسي (الدستور) الألماني النظام القضائي في ألمانيا لاسيما بموجب الفصل التاسع منه والذي يضم المواد من 92 إلى 104 [127].

ينقسم القضاء الألماني إلى قضاء عادي وقضاء إداري، وقضاء مالي، وقضاء عمالي، وقضاء اجتماعي، وقضاء دستوري.

[127] DBT_GG_AR_barrierefrei.pdf

يضم القضاء العادي محاكم المقاطعات، والمحاكم الجهوية، والمحاكم الجهوية العليا، والمحكمة الفيدرالية العليا، أما القضاء الإداري فينقسم إلى محاكم إدارية درجة أولى، محاكم إدارية عليا كجهات استئناف، والمحكمة الفيدراليا الإدارية وهي جهة نقض. أما القضاء الدستوري، فيتشكل من المحكمة الدستورية الفيدرالية بالإضافة إلى الهيئات القضائية الدستورية للولايات[128].

الفرع الأول: المحاكم الألمانية

تنص المادة 92 من الدستور الاتحادي أن القضاء الألماني يتشكل من المحكمة الدستورية الاتحادية، والمحاكم الاتحادية العليا، ومحاكم الولايات.

أولا– المحكمة الدستورية الاتحادية

1–التشكيلة

حسب المادة 94 من الدستور الاتحادي، تتكون المحكمة الدستورية الاتحادية من قضاة اتحاديين وقضاة آخرون، يتم انتخابهم مناصفة عن طريق البوندستاغ والبوندسرات ، وتتنافى وظيفة القضاء مع أية ظيفة حكومية أو نيابية.

2–اختصاصات المحكمة الدستورية الاتحادية

حسب المادة 93 من الدستور الاتحادي، تختص المحكمة الدستورية الاتحادية بالخصوص:

–بتفسير نصوص الدستور الاتحادي لاسيما بخصوص حقوق وواجبات هيئة رسمية اتحادية عليا،

–تبت حول أي نزاع بخصوص اختلاف حول توافق صياغة تشريع الاتحاد والقانون الأساسي أي الدستور أو حول التوافق بين تشريعات الولايات.

– بالدعاوى التي يرفعها الأشخاص ضد السلطات العامة حول انتهاك الحقوق الأساسية.

–بكل الدعاوى المخولة لها قانونا.

[128] عصام نجاح، المرجع السابق، ص 108.

علما أنه يجب أن يحدد القانون الحالات التي يكون إجراء شكوى مسبقة واستيفاء الطرق الأخرى للمقاضاة قبل رفع الدعوى أمام المحكمة الدستورية الإتحادية[129].

ثانيا–المحاكم الاتحادية العليا

حسب المادة 94 من الدستور، هناك المحكمة الاتحادية، والمحكمة الاتحادية الإدارية، والمحكمة المالية الاتحادية، ومحكمة العمل الاتحادية، والمحكمة الاجتماعية الاتحادية، وهي محاكم عليا أي هيئات نقض أي محكمة قانون وليست محكمة موضوع[130].

كما يجيز الدستور تشكيل محاكم اتحادية تختص بمسائل الحماية القانونية للملكية الفكرية، محاكم جنائية عسكرية. كما يجوز تشكيل محاكم اتحادية متعلقة بالقضايا التأديبية والشكاوى بخصوص علاقات العمل في المؤسسات التابعة للحق العام.

ثالثا–محاكم الولايات

لا ينظم الدستور عمل محاكم الولايات أي محاكم المقاطعات.

الفرع الثاني: أهم القواعد المتعلقة بالقضاء

اهتم الدستور الألماني بالقضاء من حيث النص على أهم القواعد والضمانات المتعلقة بالقضاة، بالإضافة إلى النص على أهم حقوق المتقاضي.

أولا– القضاة

يحظى القضاة في ألمانيا بمكانة خاصة، وهم حسب الدستور الألماني يتمتعون بالاستقلالية ولا يخضعون إلا للقانون، وهم يعينون بصفتهم قضاة، وبذلك لا يجوز إقالتهم، أو سحب صفتهم كقضاة، أو نقلهم أو إحالتهم للتقاعد إلا بحكم قضائي أو حسب

[129] المادة 94 الفقرة 2 من الدستور الاتحادي.

[130] عصام نجاح، المرجع السابق، ص 107.

القانون[131]. وهم يخضعون للقانون الاتحادي الخاص بالقضاة فيما يخص القضاة الاتحاديين، كما توجد قوانين ولايات متعلقة بالقضاة، كما أن الدعاوى المرفوعة ضد القضاة تدخل في اختصاص المحكمة الدستورية الاتحادية[132].

ثانيا– حقوق المتقاضي

ينص الدستور الألماني على عدم جواز انشاء المحاكم الاستثنائية، وعلى عدم جواز حرمان أي أحد من حقه في محاكمته أمام المحكمة المختصة قانونا، ولا يكون انشاء المحاكم المتعلقة بالقضايا الخاصة إلا بموجب قانون[133].

كما ينص الدستور على إلغاء عقوبة الإعدام، والحق في التقاضي، وعلى عدم رجعية القوانين، وعلى عدم جواز محاكمة شخص بمناسبة نفس الفعل مرتين[134]. كما ينص الدستور على عدم جواز الحد من حرية أي شخص إلا بموجب القانون ، ولا يجوز القبض على أي شخص أو سلب حريته إلا بموجب حكم قضائي، كما لا يجوز إيذاء المقبوض عليهم جسديا أو نفسيا، وعلى أن تكون إجراءات المحاكمة بدوء إبطاء. كما لا يجوز القبض على أي شخص لمدة تتجاوز يوم دون تقديمه للمحاكمة فورا، وإعلام الأقارب بخصوصه بسرعة[135].

[131] المادة 97 من الدستور الاتحادي.
[132] المادة 98 من الدستور الاتحادي.
[133] المادة 101 من الدستور الاتحادي.
[134] المادة 102 من الدستور الاتحادي.
[135] المادة 104 من الدستور الاتحادي.

الفصل الثاني –العائلة الأنجلوسكسونية (عائلة القانون المشترك)

تعتبر العائلة الأنجلوسكسونية من أحد أهم العائلات القانونية في العالم، فهي تظم مجموعة كبيرة من البلدان لاسيما البلدان الغربية التي تتميز بالقوة الاقتصادية والسياسية والعسكرية عبر العالم، مما يجعل التعرف على هذه العائلة يفتح مجالات واسعة أمامنا سواء من الناحية العلمية والفقهية المحضة، أو من الناحية التطبيقية. علما أن أغلب الجامعات الكبرى في العالم هي ضمن هذه العائلة، وأن الحجم الأكبر من الدراسات فيها يبعث على ضرورة الإلمام بأهم المبادئ التي تقوم عليها.

ويطلق عليه خطأ عائلة القانون المشترك " الكومن لو" والحقيقة أن الكومن لوجزء من النظام القانوني الإنجليزي الذي يشمل قوانين أخرى والكومن لو هو الجزء الأكبر والأهم، علما أنها لم تظهر مرة واحدة بل مرت بعدة مراحل تاريخية أثرت كل واحدة في المفاهيم القانونية التي تعرفها، وحتى في تنظيم هيكل القضاء ومصادر القاعدة القانونية فيها.

تضم العائلة الأنجلوسكسونية عدة دول أهمها النظام الإنجليزي والولايات المتحدة الأمريكية وأستراليا، ونيوزلندا، وكندا، غير أننا سنكتفي في هذه الدراسة بدراسة القانون الإنجليزي والو.م. أ.

المبحث الأول: النظام القانون الإنجليزي

مر النظام القانوني الإنجليزي بعدة مراحل وعرف العديد من التعديلات المتتالية، غير أن الثابت فيها هو استقرار الإجتهاد القضائي ودور القضاء في صنع القاعدة القانونية[136]. ولبيان ذلك سنتناول في هذا المبحث كلا من النشأة التاريخية للقانون الإنجليزي، ثم الهيكل العام للقضاء الإنجليزي ثم مصادر القانون فيه.

[136] Bruno de Loynes de Fumichon, op.cit, p 142.

المطلب الأول: النشأة التاريخية للعائلة الأنجلوسكسونية

تشكل النظام القانوني الإنجليزي عبر أربعة مراحل، الأولى المرحلة الأنجلوسكسونية ، الثانية بين 1066م – 1485م هي مرحلة تشكل القانون المشترك ، الثالثة بين 1485م-1832م (مرحلة الصراع بين القانون المشترك وقواعد العدالة، أما المرحلة الرابعة فهي المرحلة الحالية[137].

الفرع الأول: المرحلة الأنجلوسكسونية

عرفت بريطانيا قبل 1066 مرحلة أطلق عليها مرحلة القانون الأنجلوسكسوني، أين غزت إنجلترا قبائل السكسون[138] والانجلز[139] وهم قبائل جرمانية[140]، ورغم التواجد الروماني فيها منذ القرن الخامس ميلادي لمدة أربع قرون إلا أنها لم تتأثر بالقانون الروماني في تلك المرحلة[141]كما عرفت العديد من الملوك أصلهم من جهات متفرقة ، كما بدأت المسيحية بالانتشار منذ 596 م. وقد كانت القوانين آنذاك مكتوبة بالأجلوسكسونية القديمة وهي مختصرة، كما سادت الأعراف المحلية فيها.

كان القضاء العادي فيها معهودا لجماعة من الرجال الأحرار (Shires) في كل مقاطعة بقيادة shere reves الذي أصبح فيما بعد (الشريف sheriffs)[142]. وقد كان قضاء المناطق في المرحلة الأجلوسكسونية قضاءا بدائيا يسمى محاكم المناطق[143] ، أين كان يعتمد في الإثبات على اليمين[144] والمحنة[145]، وأحيانا على المبارزة. حيث كانت اليمين توجهها المحكمة لأحد أطراف النزاع حسب ظروف كل قضية، على أن يحلف معه أحدى عشر رجلا

[137] René David, Camille Jauffret-Spinoisi et Marie Goré, op.cit., p 245.
[138] Saxon.
[139] Angeles.
[140] عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص 180.
[141] René David, Camille Jauffret-Spinoisi et Marie Goré, op.cit., p 24.6
[142] Bruno de Loynes de Fumichon, op.cit, p 143.
[143] Contries courts.
[144] Serment.
[145] Ordali.

من أهله أو جيرانه[146]، أما المحنة (محنة الماء المغلي أو الحديد المحمى) فكانت في المسائل الجنائية، أين كان يغمس فيها يد المتهم، فإذا شفي خلال ثلاثة أيام أعتبر بريئا، وإذا لم تشف فهو مجرم[147].

بالإضافة إلى ما سبق، فقد تم انشاء محاكم الكنيسة التي كانت تنظر مسائل الزواج والتفريق الجسدي والنسب والوصايا، والعقود المبرمة تحت اليمين. بالإضافة إلى وجود بعض المحاكم الخاصة كتلك التي تنظر في المسائل التجارية[148] وتطبق القانون التجاري[149].

فيما كان مجلس الملك يرافقه (مجموعة الحكماء)[150] ، والذي كان قضاءا متنقلا يراقب القضاء المحلي من جهة، ويحكم في بعض الدعوى التي هي من اختصاص الملك مباشرة[151].

علما أن تلك المرحلة السابقة لسنة 1066 هي مرحلة معقدة معقدة، غير معروفة خصوصا مقارنة بالعائلة اللاتينية الجرمانية التي عرفت تدوين كل حقبة باللغات المنتشرة آنذاك كاللاتينية والقانون كان مكتوبا، أما النظام الأنجلوسكيوني فقد تميز أن بدايته مجهولة، وبعدم تدين العرف أي أنه بقي مجهولا، بالإضافة إلى الاهتمام الكبير بالقضاة فيه، وأخيرا عدم التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص[152].

---

[146] Conjureurs.

[147] عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص 180.

[148] عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص 181.

[149] Lex mercateria.

[150] Conseil des sages (witena gemot ‘ witan’)

[151] Bruno de Loynes de Fumichon, op.cit, p 143.

[152] عبد الرحمن البزاز، مبادئ القانون المقارن، مطبعة العاني، بغداد، 1967، ص 76-93.

الفرع الثاني: مرحلة تشكل القانون المشترك (1066م – 1485م)

بدأت هذه المرحلة عندما غزى إنجلترا سنة 1066 م "غيبوم الغازي"[153] أو الفاتح ، إنطلاقا من منطقة النورمندي بفرنسا، وقد أعلن صراحة عدم المساس بالقانون الأنجلوسكسوني الذي كان سائدا[154]، كما واصلت المحاكم التي كانت سائدة من قبل العمل.

وقد تشكل القانون المشترك عبر عدة مراحل، حيث أنه في مرحلة أولى أنشأ الملك المحاكم الملكية لما استولى غيوم الغازي على إنجلترا عهد أوكلف قضاة متنقلين أي ليس لهم محكمة أو مقر محدد، مهمتها الفصل في بعض النزاعات التي تهم السلام الملكي في المملكة[155]، أما الكنائس فكانت تطبق القانون الكنسي الذي كان القانون المشترك بين كل المجتمعات التي كانت تدين بالمسيحية.

بالإضافة إلى وجود محاكم مدنية وتجارية تطبق الأعراف التجارية،

وبالإضافة إلى نلك المحاكم كان الملك يتولى العدالة السامية curea Regis (محكمة الملك) بمساعدة المقربين إليه أو مستشاريه في حالات استثنائية في القضايا التي تمس كيان المملكة أو التي تعذر الفصل فيها بالطريق العادي، وتم تعويض قضاء المتنقل (مجموعة الحكماء (witan))، بلجان رقابة ملكية[156].

والمستشار الملكي : هو شخصية سامية ويدعى ضمير الملك، وعادة مستشاري الملك لهم تكوين كنسي وفي القانون الروماني وبالجامعات الإنجليزية كأكسفورد (أنشأ المستشار الملكي قواعد جديدة أكثر حداثة من قواعد الكومن لو وهي قواعد العدالة). وفيما بعد حصلت بعض التشكيلات على استقلالية لها عن محكمة الملك ولم تعد تنعقد معه

[153] Guillaume le conquerant.
[154] René David, Camille Jauffret-Spinoisi et Marie Goré, op.cit., p 247.
[155] René David, Camille Jauffret-Spinoisi et Marie Goré, op.cit., p 248.
[156] Bruno de Loynes de Fumichon, op.cit, p 144.

بل بحي West Minster الذي حملت إسمه فيما بعد، وأصبحت تنظر بعض القضايا الجنائية وليس لها دخل في المسائل الإدارية،

بالإضافة إلى وجود محكمة أخرى متخصصة في المسائل المتعلقة بالملكية العقارية.

المرحلة ثانيا. مرحلة توسع إختصاص المحاكم الملكية.

أصبحت السلطة القضائية مصدر ربح وإثراء للميزانية بفضل الرسوم، كما أصبح المواطنون يقبلون عليها نظرا للوسائل المعتبرة التي تقدمها مثلا : إحضار الشاهد بالقوة، توجيه اليمين من اختصاص الملك أو الكنيسة، بينما المحاكم الأخرى لا توفرها، مما أدى تضاؤل دور المحاكم الأخرى، رغم تزايد دور المحاكم الملكية إلا أن طرق الوصول إليها كانت محددة.

علما أن طرق الوصول إلى المحاكم الملكية هي متعددة، تتمثل أولا في حق التقاضي كان امتيازا مشروط بدفع رسوم تدفع مقابل الحصول على وثيقة "Write formulaire " وهو بمثابة أمر من الملك للمدعى عليه ليمثل للقضاء، أما الطريقة الثانية فتتمثل في طريقة الشكوى(querela, billa)، بمعنى أن العدالة تحكمها شكليات ثقيلة وفق نماذج محددة وضعت لها قائمة أولى 56 نموذج عام م1227، وصلت 76 نموذج في 1832[157]،

أما الطريقة الثالثة فقد ظهرت في عام 1285 صدر قانون واست منستر الثاني، أعطى للمحاكم الملكية الحق إعطاء نموذج في الحالات المتشابهة (writs in consimili casu) ، والطريقة الرابعة تتمثل طريقة التصريح حيث بتقدم من خلالها المتقاضي إلى القاضي بتصريح بالدعوى يصرح فيه بالوقائع تسمى case ويطلب منه النظر في النزاع. وقد كثرت هذه الدعاوى وأخذت اسمها من ذات الوقائع التي ظهرت بشأنها مثلا: دعوى الإهمال[158]،

[157] René David, Camille Jauffret-Spinoisi et Marie Goré, op.cit., p 250.
[158] Negligence action.

وأصبح المتقاضي لا تسمع دعواه إلا في إطار دعوى من الدعاوى. والإهتمام كبير في هذه الدعاوى بالإجراءات[159] قبل الموضوع[160]. وهذا بقي له أثره لحد اليوم، أين يعرف القضاء الإنجليزي بالشكلية، علما أن الشكلية كانت الوسلة المعتمدة في صياغة الأسئلة المتعلقة بالموضوع والتي سيتم توجيهها للمحلفين، فقضاء القانون المشترك كان يعتمد على المحلفين. حيث أنه فيما بعد سنة 1856 م تركت جميع التشكيلات القضائية التي لا تكون مشكلة من محلفين[161].

الفرع الثالث : مرحلة الصراع بين القانون المشترك وقواعد العدالة(1485– 1833):

عرف القانون المشترك عن طريق المحاكم الملكية جمودا لاسيما بسبب الشكلية المعقدة، فمثلا حلات التقاضي لا تتسع إلى الحالات المستجدة التي لا تربطها مشابهة بقضايا سابقة[162]، بالإضافة لتكلفة التقاضي الجد مرتفعة[163]، حتى أن بعض القضايا لا يمكن أن تنتهي بحل عادل، لذلك لجأ المتقاضون إلى الملك مباشرة ليحكم في النزاع بحكم أكثر عدالة[164]. تحت حكم عائلة تودور[165] سنة 1485م عهد الملك القضايا المرفوعة إليه إلى مستشاره وأمين سره (محكمة المستشار) ليقضي بها بعدالة.

[159] Remedies precede rights.
[160] Bruno de Loynes de Fumichon, op.cit, p 146.
[161] René David, Camille Jauffret-Spinoisi et Marie Goré, op.cit., p 252.
[162] عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص 189.
[163] عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص 190.
[164] René David, Camille Jauffret-Spinoisi et Marie Goré, op.cit., p 256.
أنظر كذلك: عصام نجاح، المرجع السابق، ص 64.
[165] Tudor

علما أنه ظهر صراع بين محاكم القانون المشترك ومحاكم قواعد العدالة، حيث شنت الأولى حملة ضغط وتضييق على الثانية. وقد كان المستشار هو اللورد آل سمير "Lord Ellesmere"،أما القاضي الرئيس لمحاكم القانون المشترك فهو السير إدوارد كوك "Eduard Coke"[166].

وقد أنهى الصراع الملك جاك الأول سنة 1616 م، حيث أيد مستشاره، وأنه في حالة تعارض قرارات القانون المشترك مه العدالة فإن العدالة هي التي تتقدم[167]. وقد أصبحت أحكام محكمة المستشار قابلة للطعن أمام مجلس اللوردات ابتداء من سنة 1621. كما أن محكمة المستشار أو (قضاء العدالة)، أصبح لا يبدع في الأحكام القضائية بل أصبح الإعتماد على السوابق القضائية. كم توقفت محاكم العدالة عن الاتساع في اختصاصاتها على حساب محاكم القانون المشترك، أي أن هناك تعايش سلمي بين النظامين القضائيين[168].

أهم الكتب في تلك المرحلة نجد كتاب أطروحة Littleton و كتاب Coke عنوانه Institutes of the Laws of England.، و كتاب الفقيه Saint-Germain سنة 1518 بعنوان " Doctor and Student"[169] بالإضافة إلى العديد منها .

الفرع الرابع : العصر الحديث (منذ 1832 إلى يومنا) و**ظهور القانون المكتوب (Statute Law)**

عرف النظام القضائي الإنجليزي تطورا ملحوظا، غير أن عددا من صعوبات بقيت تواجه المتقاضين منها معرفة المحكمة المختصة للنظر في النزاع، خصوصا أن كل جهة قضائية لديها ميزتها عن الأخرى. كما أن التحولات السياسية والتحول الديمقراطي بقيادة بنتام "Bentham" والتحولات الاجتماعية كان لها دور في تطوير المنظومة القانونية والقضائية.

---

[166] عصام نجاح، المرجع السابق، ص 67.

[167] عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص 195.

[168] عصام نجاح، المرجع السابق، ص 68.

[169] René David, Camille Jauffret-Spinoisi et Marie Goré, op.cit., p 260.

صدر القانون القضائي 1832-1833، وبموجبه ازداد الإهتمام بالموضوع وليس فقط الشكليات. وسنة 1873-1875 تم انشاء محكمة جديدة وهي "Supreme Court of Judicature" بموجب " Judicature Acts" ، حيث ألغى التمييز بين المحاكم الملكية ومحاكم العدالة ، وأصبح كلاهما يطبق القانون المشترك وقواعد العدالة. . كما ألغيت القوانين القديمة التي لم تعد مستعملة، قد صدرت عدة قوانين مكتوبة دون أن يصل وجود التشريع إلى وضع تقنينات على النمط الفرنسي[170]. غير أن القاعدة القانونية في التشريع الإنجليزي لا تتسم بالعمومية والتجريد، كما تبقى للسوابق القضائية الأولوية عن التشريع.

المطلب الثاني: الهيكل العام للقضاء الإنجليزي

يتميز القضاء الإنجليزي بوجود المحاكم العليا والمحاكم الدنيا. علما أن المحاكم عليا تحوز أهمية خاصة لما لها من دور في وضع السوابق القضائية التي تتبعها الجهات القضائية الأخرى. غير أن الجهات القضائية ليست وحدها المخولة بالنزاعات في إنجلترا، فهنا جانب من النزاعات يدخل في اختصاص هيئات أخرى غير قضائية لاسيما عن طريق التحكيم والهيئات شبه القضائية. علما أن هذه الأخيرة لا تقل أهمية عن الهيئات القضائية نظرا لكثرة القضايا التي تنظر فيها، كما أنها كانت المرجع الذي اقتدت به العديد من الدول في وضع السلطات الإدارية المستقلة.

فهناك كلا من الهيئات القضائية العليا لانجلترا ووالو، و المحكمة العليا للعدالة. وهي تشكل جهات قضائية عليا، وهناك الجهات القضائية الدنيا، بالإضافة إلى المنازعات شبه القضائية التي تنظرها هيئات من نوع خاص.

الفرع الأول: الهيئات القضائية العليا

توجد في إنجلترا عدة هيئات قضائية عليا وليس محكمة عليا واحدة، فهي تضم كلا من المحاكم الكبرى لإنجلترا ووالز ، ومحكمة التاج ومحكمة الاستئناف، والمحكمة العليا للمملكة المتحدة، و لجنة العدالة للاستشارة الخاصة. علما

[170]René David, Camille Jauffret-Spinoisi et Marie Goré, op.cit., p 262.

أن هذه الهيئات أو الجهات القضائية عرفت العديد من التعديلات لاسيما بموجب التعديلات التشريعية لسنة 1873 و 1875، مرورا بتعديلات سنة 2003 و 2005 ليومنا هذا.

أولا– المحاكم الكبرى لإنجلترا ووالز (The Senior Courts of England and Wals)

وهي تنقسم إلى ثلاثة تشكيلات، قسم كرسي الملك، قسم المستشار، وقسم الأسرة. وهي تنظر بالطعن ضد القرارات الصادرة عن المحاكم الدنيا، حسب الاختصاص[171].

1– قسم كرسي الملك[172](king's Bench Division)

تختص بالنظر في قضايا العقود، والجنح، بالإضافة إلى قضايا البحرية والتجارية.

2– قسم المستشار (Chancery Division)

كانت تعرف ب' محكمة العدالة ' سابقا، تختص بقضايا التروست، الرهن، القضايا العقارية، قانون الشركات، والملكية الفكرية. وقسم المستشار يضم بدوره تقسيمات من بينها محكمة الشركات، محكمة الإفلاس.

3– قسم الأسرة (Family Division)

يدخل في اختصاصه كلا من قضايا القصر، وبعض حالات الطلاق، التبني.

[171] René David, Camille Jauffret-Spinoisi et Marie Goré, op.cit., p 295.

[172] في حياة الملكة إليزابيت الثانية كان يسمى Queen's Bench Division ، غير أن النظام القانوني الإنجليزي يقتضي بعد وفاتها تغيير العديد من تسميات الهيئات ليتماشى مع الملك الموجود فعليا. وبعد وفاتها واعتلاء شارل الثالث (Charles III) العرش.

ثانيا–محكمة التاج

أنشئت منذ 1971، تختص بالنظر في القضايا الجزائية الخطيرة. يمكن أن تنعقد في أي وقت، وهذا في أحد مقراتها 78 الموزعة في إنجلترا وبلاد الغال. تنعقد جلساتها عن طريق قضاة نظاميين أي يعملون بصفة دائمة كقضاة، وقد يرأسها شخص أوكل له النظر في القضية وهو أصلا غير قاضي[173]، قد يكون محاميا أوغير ذلك.

ثالثا– محكمة الاستئناف (Court of Appeal)

تنظر في قضايا الاستئناف أي أنها درجة ثانية للتقاضي، وتضم قسمين مدني وجزائي. القسم المدني يترأسه (Master of the Rolls) وتكون تشكيلته مكونة من ثلاث قضاة، أما القسم الجزائي فيترأسه لورد (Lord Chief Justice) ، علما أن هذا القسم ينعقد برآسة لورد وقاضيين من المحكمة العليا . تضم محكمة الاستئناف 37 قاضيا، علما أنه حتى يقبل الاستئناف أمامها، يجب أن يحصل المستأنف على رخصة (Leave) للقيام بها سواء من محكمة الاستئناف نفسها، أو من الجهة القضائية التي قضت ابتداء[174]. علما أن عدد القضايا التي تنظر فيها هي قليلة جدا، وقد لا تتجاوز 100 قضية سنويا، وقراراتها لها قيمة كبرى ودور في تطوير القانون الإنجليزي، خصوصا لأن النظام القضائي الإنجليزي لا يعرف جهات النقض[175].

رابعا–المحكمة العليا للمملكة المتحدة

وأطلقت تسمية المحكمة العليا للمملكة المتحدة على غرفة اللوردات سابقا، وهذا منذ التعديل الدستوري لسنة 2005 وقد مس التعديل اختصاصها كذلك حيث ألغي اختصاصها التشريعي. دخلت المحكمة العليا الفديرالية حيز التطبيق في الفاتح أكتوبر 2009، علما أن عدد القضاة فيها هم 12 قاضيا تختارهم لجنة خاصة[176]، ويتم تعيين

[173] René David, Camille Jauffret-Spinoisi et Marie Goré, op.cit., p 295.
[174] René David, Camille Jauffret-Spinoisi et Marie Goré, op.cit., p 296.
[175] عصام نجاح، المرجع السابق، ص 74.
[176] René David, Camille Jauffret-Spinoisi et Marie Goré, op.cit., p 296.

أعضائها عن طريق الحكومة، غير أنه يجوز للبرلمان عزلهم[177]. وهي جهة الاستئناف في جميع القضايا المدنية والجزائية الصادرة من إنجلترا، بلاد الغال، إرلندا الشمالية، أما بالنسبة لإكوسيا فينحصر اختصاصها في النظر بالاستئناف في القضايا المدنية. عاما أن الطعن أمام المحكم العليا للمملكة المتحدة لا يكون مقبولا في جميع القضايا، فيجب الحصول على رخصة بموجب إجراءات خاصة تسمى " Leapfrog appeal"[178]. علما أن عدد القضايا المنظورة أمام هذه الهيئة هو قليل جدا ولا يكون إلا في القضايا المهمة للغاية[179] وهي تشكل سوابق قضائية .

كما تنظر هذه الهيئة في الطعون المرفوعة في المسائل المدنية والجزائية ضد قرارات المحاكم العليا لكل من الأراضي البريطانية البعيدة "d'outre-mer"، و دول الكومنوولث والتي كانت تدخل ضمن اختصاص لجنة العدالة للاستشارة الخاصة سابقا. غير أن القرارات الصادرة في هذا المجال ليست ملزمة فهي ليست سوابق قضائية بل من الناحية النظرية هي مجرد آراء[180].

الفرع الثاني: الهيئات القضائية الدنيا

هناك عدة جهات قضائية دنيا في إنجلترا، وهي تنظر في أغلب القضايا.

أولا: الهيئات القضائية المتخصصة في المواد المدنية (County Court)

الأصل أن County Court هي مركزية، غير أنها في الواقع تعقد جلساتها أماكن كثيرة في المملكة المتحدة، وهي تنظر في قضايا كثيرة، بالخصوص التي قيمتها المالية ضعيفة، بالإضافة إلى قضايا كثيرة فيما يخص الطلاق خصوصا الطلاق بالتراضي. يتم اختيار القضاة فيها من بين المحامين ذوي 10 سنوات خبرة والمعروفين. وعلما أن

[177] عصام نجاح، المرجع السابق، ص 75.

[178] René David, Camille Jauffret-Spinoisi et Marie Goré, op.cit., p 296.

[179] عصام نجاح، المرجع السابق، ص 75.

[180] René David, Camille Jauffret-Spinoisi et Marie Goré, op.cit., p 296-297.

القضايا التي قيمتها قليلة يمكن أن ينظر فيها وفق إجراءات سريعة [181] لحل النزاع، وهذا من شخص غير قاضي وهو مساعد القاضي يدعى Registrar[182]. وهذه المحكمة تنعقد بقاضي فرد[183]. ويطعن ضد قراراتها إذا كان الطعن مقبولا فيكون أمام محكمة الاستئناف.

ثانيا: الهيئات القضائية المتخصصة في المواد الجزائية (Magistrate's Courts)

تنظر هذه المحاكم في المجال الجزائي، فإذا كانت القضية بسيطة (Sommary offences) يحكم في القضية عن طريق Magistrate's Courts ، وهنا تتشكل المحكمة من قاضيين اثنين ويساعدهما كاتب قضائي، علما أنهم Magistrate's Courts ليسوا قضاة نظاميين بل هم مواطنون تم اختيارهم لذلك، وهذا بدون أجر[184].

عندما تكون القضية خطيرة، تنظر هذه المحكمة ضمن إجراءات أولية إذا كانت سوف تحكم في النزاع أو أنه سيحال إلى محكمة التاج. علما أن للمتهم المصلحة في ان تنظر هذه الهيئة دعواه وليس محكمة التاج، لأنها قراراتها بالحبس لا يجوز أن تتجاوز 6 أشهر في المخالفة البسيطة، و 12 شهرا في حالة تعدد الجرائم، غير أنه لا يجد محلفين ضمن هذه المحكمة. والطعون ضد قراراتها تكون إما أمام محكمة التاج أو أمام كرسي الملك[185].

الفرع الثالث: الهيئات ذات الاختصاص شبه القضائي

لا يعرف النظام القانوني الإنجليزي والأنجلوسكسوني عموما التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص كما هو معروف في النظام اللاتينوجرماني، ولا توجد في الأصل محاكم إدارية بجانب المحاكم العادية. غير أن التطور الكبير في المجال الإدارة العمومية وكثرة القضايا في هذا المجال (حوالي مليون قضية في السنة)[186] أدى إلى ظهور هيئات من نوع

[181] Small claims track.
[182] René David, Camille Jauffret-Spinoisi et Marie Goré, op.cit., p 297.
[183] عصام نجاح، المرجع السابق، ص 76.
[184] René David, Camille Jauffret-Spinoisi et Marie Goré, op.cit., p 297.
[185] René David, Camille Jauffret-Spinoisi et Marie Goré, op.cit., p 298.
[186] عصام نجاح، المرجع السابق، ص 76.

خاص وهي هيئات ذات اختصاص شبه قضائي عددها حوالي 70 هيئة، تنظر في بعض الدعاوى من بينها القضايا بين المواطنين والإدارة، فيما يخص دعاوى مشروعية القرارات الإدارية، في مجال الهجرة نجد هيئة اسمها (Asylum and Immigration Tribunal)، بالإضافة إلى هيئات أخرى متعلقة بالضرائب، النقل، وأحيانا تكون متخصصة للنضر في النزاع بين أشخاص عادية... الخ وحتى التسمية التي تطلق عليها ليست متجانسة.

علما أن الطعن ضد قرارات هذه الهيئات كان في السابق قد يكون مقبولا وقد يكون غير مقبول، غير أنه وفقا لقواعد الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان التي صادقت عليها بريطانيا والذي دخل إلى القضاء الإنجليزي بموجب Human Rights Act سنة 1998، فإنه يجب أن تكون كل القرارات الإدارية قابلة للطعن القضائي ، وقد ينعقد الاختصاص للنظر في الطعن أمام Upper Tribunal منذ سنة 2007م[187].

نشير هنا إلى أن هذا النوع من الهيئات الإدارية المتخصصة ذات الاختصاص شبه القضائي[188]، هي نفسها السلطات الإدارية المستقلة[189] الموجودة في النظام القانوني الجزائري وكذلك الفرنسي بالإضافة إلى دول كثيرة كمصر، وانتشار هذه الهيئات في الدول ذات النظام اللاتيني الجرماني يعبر عن حدوث تقارب بين النظامين أكثر فأكثر فكل نظام أصبح يستلهم أو يستوحي مفاهيم قانونية من النظام الآخر، كما أنه هناك تأثير متبادل بينهما.

[187] René David, Camille Jauffret-Spinoisi et Marie Goré, op.cit., p 299.

[188] مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الأول: الهيئات والإجراءات، ديوان المطبوعات الجامعية، 2013، ص 38-56.

[189] لمعلومات أكثر حول الموضوع أنظر:
Rachid Zouaimia, Les autorités administratives indépendantes et la régulation économique en Algérie », Edition Houma, Alger, 2005.

المبحث الثاني: النظام القانوني للولايات المتحدة الأمريكية

تعتبر الولايات المتحدة الأمريكية من أهم دول النظام الأنجلوسكسوني وهي تتميز بتعقد نظامها القانوني ونظامها القضائي وهما مختلفان لحد ما عن النظام القانوني الإنجليزي. خصوصا أن الدستور الأمريكي يلعب دور كبير فيها، بالإضافة إلى أن كون النظام فيدراليا يجعل أن هناك نظام فيديرالي وأنظمة ولايات جنبا لجنب. علما أن القانون في الو.م.أ يتألف من القانون المشترك (الكومن لو) و التشريع.

وعليه سندرس في هذا المبحث تشكل النظام الأمريكي، ثم النظام القضائي الأمريكي.

المطلب الأول: تشكل النظام القانون الأمريكي

تشكل النظام القانوني الأمريكي عبر عدة مراحل تاريخية، تمتد من اكتشاف كريستوف كلمبوس للأمريكيتين إلى يومنا هذا.

الفرع الأول: كالفن كايز و انتقال القانون الإنجليزي للمستعمرات

تشكلت الولايات المتحدة الأمريكية في البداية بين 13 من المستعمرات البريطانية سنة 1722، وقد صدر قبله ذلك سنة 1608 قرار من لندن يقضي بأن القانون المطبق في المستعمرات البريطانية هو القانون المشترك الإنجليزي، حيث ينتقل مع المواطنين البريطانيين ليحكمهم أينما كانوا في العالم خصوصا عندما يكونون في مناطق غير متحضرة، وحتى التشريعات (Statutes)التي جاءت بعد ذلك التاريخ فهي تحكمهم كذلك، وهذا القرار معروف بمبدأ قضيةكالفنس'Calvin’s case' ، علما أنه يكون مطبقا بشرط أن يكون تطبيقه متلائما مع ظروف المعيشة في المستعمرات[190].

[190] René David, Camille Jauffret-Spinoisi et Marie Goré, op.cit., p 325.

نظرا لقلة رجال القانون في الولايات المتحدة الأمريكية آنذاك، واختلاف نوع المشاكل المطروحة في أمريكا عن تلك المطروحة في إنجلترا بالإضافة إلى سخط المهاجرين على وطنهم الأم في الغالب، وجهلهم بالقانون المشترك، فإنه قد تشكل نوع من القانون المحلي ليطبق، بالإضافة إلى تطبيق القانون الكنسي كذلك. حتى أنه تمت صياغة بعض التقنينات المقتضبة بين 1634 و 1682 في بعض المستعمرات[191]. غير أنه الجهات القضائية الأمريكية اعتمدت على تطبيق القانون الإنجليزي (الكومن لو) وحتى التشريع الإنجليزي خصوصا منذ 1677[192].

غير أن بعض المستعمرات لم ينشئها الإنجليز بل منها الهولندية والسويدية، والاسبانية والفرنسية، وبذلك أصبح لكل مستعمرة كومن لو خاص بها مصدره القانون الإنجليزي ولكن مختلف عنه[193].

الفرع الثاني: الكومن لو في عهد الاستقلال

عرفت الولايات المتحدة عدة أحداث أثرت في نظامها القانوني، لاسيما في علاقتها بالكومن لو، حيث أنه بإعلان استقلال الولايات المتحدة الأمريكية سنة 1776، والذي كرس سنة 1783[194]، فقد تغيرت الظروف فيها عما سبق. خصوصا بعد الإعلان عن الدستور في 17 سبتمبر1787 وانضمام ولاية لويزيانا التي تم شراؤها سنة 1803، كما أن هذه الأخيرة اتخذت تقنينا مدنيا على النمط الفرنسي، فانتشر نوع من العداء لكل ما هو إنجليزي، وتوالت أحداث كادت تجعل من الو.م.أ ضمن العائلة اللاتينوجرمانية[195]، لاسيما وضع عدة تقنينات، كما وجه

[191] René David, Camille Jauffret-Spinoisi et Marie Goré, op.cit., p 325-326.
[192] René David, Camille Jauffret-Spinoisi et Marie Goré, op.cit., p 326.
[193] عصام نجاح، المرجع السابق، ص 80.
[194] اعترفت إنجلترا باستقلال المستعمرات أي الولايات المتحدة الأمريكية في 03 سبتمبر 1783 بموجب معاهدة باريس 1783.
[195] عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص 235.

الفيلسوف الإنجليزي بنتام للرئيس الأمريكي ماديسون عدة رسائل يعرض فيها مساعدته بوضع تقنينا للولايات المتحدة الأمريكية على النمط الفرنسي[196].

غير أن العديد من الولايات تمسكت بتطبيق الكومن لو، علما أنه ظهر العديد من المفكرين أمثال كينت (Ment)[197] و ستوري (Story)[198] ساهموا في تشجيع التمسك بالكومن لو باعتباره معلما للهوية الأمريكية[199]. وبذلك انتصر الكومن لو على النظام اللاتيني الجرماني، غير أن الكومن لو في الولايات المتحدة الأمريكية تميز واختلف عن النظام الإنجليزي، خصوصا مع اتخاذ العديد من التقنينات في مجالات مختلفة كالإجراءات المدنية الذي تبنته عدة ولايات، والإجراءات الجزائية في ولاية نيويورك، أما مشروع القانون المدني فقد باء بالفشل ، من جهة أخرى يتميز القانون الأمريكي بوجود التشريع الفيدرالي، وحتى انه ظهرت تشريعات ذات طابع اجتماعي [200].

كما يؤثر الكومن لو الإنجليزي في الولايات المتحدة الأمريكية من حيث المفاهيم العامة في تحكيم العقل واستنباط القواعد القانونية، حيث أن الكومن لو الإنجليزي يبقى في نظر رجل القانون الأمريكي النموذج الذي يقتدى به، مع ذلك فالولايات المتحدة بلاد حداثة وهي دولة جمهورية اتحادية ذات نظام سياسيي رئاسي، تختلف عن إنجلترا الملكية[201].

[196] عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص 235.

[197] كان وزيرا للعدل كذلك.

[198] كان قاضيا كذلك.

[199] عصام نجاح، المرجع السابق، ص 81.

[200] عصام نجاح، المرجع السابق، ص 82.

[201] عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص 239.

الفرع الثالث: بنية القانون في الولايات المتحدة الأمريكية

يوجد في الولايات المتحدة الأمريكية قانون فيدرالي بجانب قوانين الولايات، لذلك فهو قانون متميز.

أولا: الرقابة على التشريع الفيديرالي وتشريع الولايات

فيما يخص التشريع في و.م أ، بالرغم من وجود تشريع فيديرالي فاستقلالية تشريعات الولايات تبقى كامل فيما يتعلق بالقانون الخاص باستثناء أحكام الإفلاس، معنى ذلك يوجد 51 قانون مدني و51 قانون تجاري، إلا ما تم توحيده بين عدد من الولايات[202]. فالأصل أن التشريع مخول للولايات كل على حدى، أما التشريع الفيديرالي فهو مجل محدود بما هو مخول له بنص دستوري صريح[203]. غير أن سلطة الولاية تبقى كاملة للتشريع في ذلك المجال المخول للجهة الفيدرالية، والضابط الوحيد هو عدم مخالفة تشريع الولايات للتشريع الفيديرالي أو الدستور الفيديرالي أو أن يكون التشريع المتخذ من شأنه أن يشكل عائقا للتجارة الدولية داخليا أو خارجيا[204].

إذا صدر عن الهيئة الفيديرالية قانونا أو قرارا خارج اختصاصها الدستوري فإن المحاكم القضائية مختصة بالقضاء بعدم دستوريته وبذلك عدم تطبيقه، كما تختص المحاكم بالقضاء بعدم دستورية أعمال السلطة التشريعية والتنفيذية[205]. علما أن السلطات الفيدرالية تتمتع بصلاحيات واسعة في وضع التشريع، وهذا بناء على تفسير المحكمة العليا لأحكام الدستور وتعديلاته[206].

---

[202] عصام نجاح، المرجع السابق، ص 44.

[203] René David, Camille Jauffret-Spinoisi et Marie Goré, op.cit., p 333.

[204] René David, Camille Jauffret-Spinoisi et Marie Goré, op.cit., p 333-334.

[205] عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص 243.

[206] أنظر أدناه، ص 70-71.

ثانيا– الكومن لو

عرف الفقيه كنت (Kent) الكومن لو بأنه: "المبادئ والقواعد والأعراف التي لا تستمد سلطتها من المشرع" وهو قانون عقلي يواجه الأشياء بصورة ملموسة وليس مجردة، ويقوم على التجربة وليس التجريد، فهو يتحرى الحل العادل بأناة ويعمل على تسوية القضية كما تبدو في واقعها الملموس دون الاعتماد في حلها على مبادئ مجردة. فالكومن لو قانون عقلي يكشفه القاضي بحكمته وعليه فالأصل أن يكون موحدا في كل الولايات[207].

لذلك فقد جاءت محاولات في الو.م.أ بتوحيد الكومن لو، لاسيما بمناسبة قضية مشهورة هي قضية سويفت تايزون(1842)، حيث أن السؤال المعتبر هنا هل القضاء الفيدرالي ينشأ السوابق القضائية خصوصا إذا كان النزاع متعلقا بتطبيق قانون ولاية، خصوصا أن الولاية لم تضع تشريعا في تلك المسألة، وهذا من شأنه توحيد السوابق القضائية عن طريق المحكمة الفيدرالية. وهذا الحل لم يكتب له النجاح لاسيما بمناسبة قضية تومبكين[208].

حيث أنه يجوز للقضاء الفيدرالي أن ينشأ كومن لو فيدرالي بخصوص القواعد التي تدخل في الاختصاص التشريعي للكونجرس، مثلا هنا فيما يخص قانون المنافسة. وعليه فإن المحكمة الفيديرالية تلتزم بتطبيق قانون الولايات فيما لا يوجد تشريع فيدرالي، وبذلك في تلك المسائل التي تخرج عن الاختصاص الفيدرالي ، تطبق المحكمة الفيديرالية القانون المشترك للولايات أي تلتزم باجتهاداتها القضائية الولائية[209]، وليس لها أن تنشئ اجتهادا قضائيا جديدا. فقانون الولايات هو القانون المطبق.

---

[207] عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص 246.

[208] عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص 249. أنظر كذلك

René David, Camille Jauffret-Spinoisi et Marie Goré, op.cit., p 337-340.

[209] René David, Camille Jauffret-Spinoisi et Marie Goré, op.cit., p 340.

المطلب الثاني: مصادر القانون في الو.م أ

أهم مصادر القانون في الولايات المتحدة الأمريكية هي الإجتهاد القضائي والتشريع، بالإضافة إلى الفقه.

الفرع الأول: الإجتهاد القضائي

يعتبر الإجهاد القضائي في العائلة الأنجلوسكسونية المصدر الأول للقاعدة القانونية الواجبة التطبيق، غير أن مصدر هذا الالزام مختلف فالقضاء الإنجليزي ملزم بالاجتهاد القضائي بموجب قانون 1873 و1875 أما في أمريكا فهناك إحساس أو شعور بضرورة الأخذ بها لأنه يحقق العدل[210].

يرتبط الاجتهاد القضائي بالمحاكم العليا، والولايات المتحدة الأمريكية فيها القضاء الفيديرالي وقضاء الولايات[211]. علما أن قضاء الولايات غير مرتبط بالقضاء الفيديرالي حيث أنه ليس ملزما باتباع إجتهاداته القضائية.

الفرع الثاني: التشريع[212]

هناك في الو.م.أ تشريع فيدرالي وتشريع ولايات[213] وبذلك يتميز النظام القانوني للولايات المتحدة بالصعوبة والتعقيد[214]. حيث يشغل الدستور الفيديرالي للولايات المتحدة الأمريكية مكانة خاصة، بالإضافة إلى التشريع، والقوانين الموحدة والمدونات.

[210] عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص 267.

[211] أنظر أعلاه، ص 25.

[212] Statute Law.

[213] سبق أن درسناه ، أنظر أعلاه ص :

[214] عصام نجاح، المرجع السابق، ص 77.

أولا–دستور الولايات المتحدة الأمريكية (القانون الأساسي)

يعتبر دستور الولايات المتحدة الأمريكية من أقدم الدساتير في عصرنا، وهو الدستور الفيديرالي المتخذ في 17 سبتمبر 1787 بموجب معاهدة فيلادلفيا، والذي لا يزال ساري المفعول ليومنا هذا، وهو يتميز بالثبات لحد كبير حيث لم يطرأ عليه إلا 17 تعديلا، وينظر إليه المواطن الأمريكي نظرة تقديس واحترام.

ونشير هنا إلى أنه يجب أن تكون كل القوانين والقرارات الإدارية والقرارات القضائية غير مخالفة للدستور الفيديرالي، مما يساهم في وحدة القانون في الدولة ككل[215]، لذلك تمارس الرقابة القضائية على دستورية القوانين حتى لا تخالفه.

1–قضية ماربوري. ماديزون (Marbury v.Madison)

تكرس مبدأ الرقابة القضائية على دستورية القوانين بموجب القضية ماربوري. ماديزون سنة 1803. والتي بموجبها أسست المحكمة العليا الفيديرالية الرقابة القضائية على دستورية القوانين، حيث أنه حسب وقائع القضية، فقد قام رئيس الولايات المتحدة الأمريكية John Adams بتعيين 42 قاضيا في اتحاديا، مع تعيين John Marshal الذي كان وزيره كرئيس للمحكمة العليا الإتحادية، وذلك ستة (6) أشهر قبل نهاية عهدته، وصادق الكونجرس على هذين القرارين، كما أن الرئيس جون أدامز لم يبلغ القرارات بالتعيين.

وعندما تولى توماس جيفرسون Thomas Jefferson رئاسة الولايات المتحدة تفاجأ بقرارات التعيين التي لم تبلغ. فقام بتبليغ خمسة وعشرين قرار تعيين عن طريق وزيره ماديزون (Madison)، وهنا قام ماربوري الذي لم يتلقى تبليغا بقرار تعيينه برفع دعوى قضائية أمام المحكما العليا الفيديرالية باستصدار أمر من المحكمة بتبليغ ماديزون قرار

[215] René David, Camille Jauffret-Spinoisi et Marie Goré, op.cit., p 362.

التعيين له، بموجب الأمر (Writ of Mandamus) ، علما أن القانون الفيديرالي (Judiciary Act) لسنة 1789 يسمح باستصدار هذا الأمر.

وقد اعترف قرار المحكمة برئاسة مارشال بصحة قرار تعيين ماربوري، وبذلك تقرر مبدأ الرقابة القضائية لدستورية القوانين، فالدستور هو القانون الأعلى الذي يجب ألا يخالفه أي قانون، وكل قانون مخالف له فهو ليس قانونا يلزما للقضاء. غير أن المحكمة قررت أنها غير مختصة بإصدار أمر إلى الوزير أي الإدارة بتبليغ قرار التعيين. وقد اعتبر قرار المحكمة أن القانون الذي يجيز للقضاء إصدار أوامر للإدارة هو قانون مخالف للدستور[216].

2-تفسير دستور الولايات المتحدة الأمريكية

يعتبر تفسير الدستور أو القانون الأساسي عملية صعبة لأن الأصل أن الدستور وضع ليدوم عبر الزمن، ولا يتم تعديله إلا استثناء، ونظرا لتطور متطلبات الحياة والمجتمع، لذلك فإن المحكمة العليا الفيديرالية انتهجت الأسلوب المرن في تفسير الدستور، وذلك في عدة حالات.

من الحالات المأخوذة على سبيل المثال فيما يخص التفسير المرن للقاعدة الدستورية، تلك المتعلقة بمنح الدستور للكونجرس صلاحية تنظيم التجارة مع الدول الأجنبية مع الولايات المتحدة الأمريكية بموجب المادة الأولى البند الثامن، وعلى أساس التفسير المرن لهذه القاعدة فإن "كل قانون يعيق التجارة مع الدول الأجنبية وبين الولايات المتحدة مخالفا للدستور ومن ثم فلا يجوز تطبيقه لأنه يمس الحرية الاقتصادية"[217]. علما أن التفسير المرن لهذا النص

[216] عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص 275-278. أنظر كذلك:
René David, Camille Jauffret-Spinoisi et Marie Goré, op.cit., p 360-362.

[217] عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص 279.

سمح للسلطات الاتحادية إصدار قوانين وتنظيمات متعلقة بتحسين أوضاع العمال باعتبار هذه المسألة مرتبطة بالتجارة بين الولايات[218].

وهناك مثال آخر متعلق بالتفسير المرن للدستور متعلق بالتوسع في تفسير المبدأ الدستوري المتعلق بحماية الحياة والحرية والملكية ومنع المساس بهذه الحقوق إلا بالطرق القانونية المشروعة[219]، حيث تمارس المحكمة العليا الفيديرالية رقابتها على القوانين المخالفة له، وقد توسعت في تفسيره حيث اشترطت المحكمة أن تكون الإجراءات القانونية معقولة وعادلة بشكل كاف، مما سمح لها برفض بعض القوانين منها قوانين الإصلاح التي أصدرها روزفلت على أساس أنها غير معقولة[220].

علما أن تفسير دستور الولايات المتحدة الأمريكية يكون من خلال الموازنة بين المصالح محل الاعتبار، أو من خلال الاعتماد على المبادئ الأساسية التي تهدف بالخصوص عدم تدخل السلطات في المجال الخاص[221].

كما أن المرونة في تفسير المبادئ الدستورية تجعل التفسير غير ثابتا في حد ذاته، مما يسمح بالتدرج في التفسير كما هو الحال في تفسير المبدأ المتعلق ب"المساواة أمام القانون" الذي نص عليه التعديل 14 ، حيث أن المبدأ في البداية لم يكن يشمل السود، غير أن المحكمة العليا الفيديرالية في البداية أقرت بشأنه مبدأ "متفرقون ولكنهم متساوون"، ثم أصدرت سنة 1942 قرار بعدم دستورية القانون الذي يفرق بين البيض والسود في النقل العام بين الولايات، إلى أن ألزمت ولاية بتأمين التعليم العالي للسود على قدم المساواة مع البيض[222].

---

[218] عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص 279.

[219] Due proces of Law.

[220] عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص 281-282.

[221] René David, Camille Jauffret-Spinoisi et Marie Goré, op.cit., p 362.

[222] عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص 280-281.

وعليه فإن التفسير المرن لدستور الولايات المتحدة الأمريكية يسمح بالتطور في التفسير في حد ذاته، فبذلك التفسير المتلائم مع متطلبات مرحلة ما قد لا يتلاءم مع مرحلة زمنية أخرى، وبذلك فإن التفسير يساهم في عدم جمود الدستور رغم أن نصوصه ثابتة ولا تتعدل إلا نادرا.

3-تفسير باقي النصوص

لا تحظى دساتير الولايات في الولايات المتحدة الأمريكية بنفس القيمة التي يحظى به الدستور الفيديرالي من الناحية السياسية، حتى أنه ينظر إليها كمجرد "مجموعة من قواعد متنافرة وغريبة لا يدرى سبب وصفها بالدستور"[223] وبذلك فإن تفسير الدستور الفيديرالي فقط هو محل اعتبار، دون غيره، ولا تستعمل الطرق المعتدة في تفسيره في تفسير دساتير الولايات.

علما أن وجود الدستور المكتوب في الولايات المتحدة الأمريكية في حد ذاته أثر في نظرة الأمريكيين إلى القانون المكتوب، بحيث ينظرون إليه بنظرة مختلفة من نظرة الإنجليز إلى القانون المكتوب. وهنا عموما تتميز العائلة الأنجلوسكسونية بأن القانون المكتوب لا يعد قانونا وتقتدي به المحاكم إلا إذا طبقه القضاء وفسره في السوابق القضائية[224].

ثانيا- القوانين الموحدة والمدونات

رأينا سابقا أن هناك في الولايات المتحدة الأمريكية التشريع الفيديرالي عن طريق الكونجرس وتشريع الولايات حيث أن كل ولاية لها سلطة تشريعية خاصة بها، وأن هناك محاولات لتوحيد القانون في الولايات المتحدة الأمريكية[225].

[223] عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص 281.

[224] René David, Camille Jauffret-Spinoisi et Marie Goré, op.cit., p 363.

[225] أعلاه، ص 25-26.

وأهم الهيئات التي تعمل على توحيد القانون بين الولايات نجد: المؤتمر القومي لتوحيد القانون[226]، والمعهد الأمريكي للقانون[227]. علما أنه لا يوجد أي ضمان بوحدة تفسير القانون الموحد المتخذ من طرف الولايات[228].

كما تعرف الولايات المتحدة الأمريكية تزايدا كبيرا في التشريعات المتخذة مما دفع إلى ضرورة تجميعها في مدونات أو تجميعات للقوانين يتم تحيينها في كل مرة، لتسهيل الوصول إليها. وحتى إن سميت تلك المدونات بكودات إلا أنها ليست بمعنى التقنين المدني على النمط اللاتيني الجرماني.

لا ننسى إلى أن نشير هنا إلى وجود أهمية كبيرة للسلطات الإدارية المستقلة في الولايات المتحدة الأمريكية التي لها صلاحيات التنظيم والضبط في المجالات المختلفة. وبذلك فهي يصدر عنها قواعد قانونية ملزمة، علما أن دورها متزايد كما رأيناه[229] كذلك بالنسبة لإنجلترا وحتى في الدول اللاتينية الجرماني. علما أن هذا النوع من السلطات ظهر أولا في الولايات المتحدة الأمريكية ثم انتقل إلى إنجلترا وباقي دول العالم.

الفرع الثالث: الفقه

لا يختلف دور الفقه في الولايات المتحدة الأمريكية عن دوره في باقي الدول، حيث لا يعتبر الفقه مصدرا للقانون، غير أنه يسانده، فهناك عدد من الفقهاء الأمريكيين يساهمون في شرح القانون ونقده، مما يساهم في فهمه. مما يجعله مرجعا يستوحي منه المشرع القوانين، وحتى القضاة يبنون قناعتهم على أساسه[230]. علما أن المقصود بالفقه هنا ليس فقط الأمريكي بل يبقى للكتاب والكتب الإنجليزية دور وتأثير كبير في الولايات المتحدة الأمريكية.

[226] The national conferance of commissioners on unifirme states law.
[227] Americain law institute
[228] René David, Camille Jauffret-Spinoisi et Marie Goré, op.cit., p 364.
[229] أنظر أعلاه، ص...
[230] عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص 285.

أولا– كليات الحقوق

كليات الحقوق في الجامعات الأمريكية تعرف ب (School of Law) دور كبير خاصة الكبيرة منها ككلية هارفرد وييل وكولومبيا، بحيث تساهم في التكوين النظري والتطبيق للطلبة. ويمكن القول أن التكوين التطبيقي يحظى بمكانة خاصة في التعليم العالي في الولايات المتحدة الأمريكية، بحيث يتلقى الطالب تكوينا مهنيا ذا مستوى عالي مما يجعل الطالب المتخرج منها كفء لممارسة المهن المتعلقة بالحقوق[231]. حيث أن الطالب قد تعرف في مساره الدراسي على العددي من القضايا التطبيقية ضمن منهج خاص معروف باسم "Case method"، حيث يدرس القضايا المقدمة إليه بالإضافة إلى القوانين و الكتب والمقالات المتعلقة بها ، بحيث يدرس القضايا المعروضة من حيث الوقائع والقانون،[232] والتي من خلالها يستنتج الطالب الحلول على الأسئلة المطروحة، ويستنتج النقاط الأساسية التي تتناولها[233].

كما يكون دور الأستاذ هنا هو طرح الأسئلة التي تسمح للطلبة استنتاج العلاقة بين القضية المطروحة والقضايا المشابهة لها، كما يشرح الأستاذ المبادئ التي تضمنتها تلك القضايا ،كما يتضمن تكوين الطلبة التعلم عن طريق المحاكاة[234]، أي من خلال المحاكمات الصورية بحيث يتمرن الطلبة على حل القضايا والمرافعة فيها[235]. وقد

[231] René David, Camille Jauffret-Spinoisi et Marie Goré, op.cit., p 353.

[232] عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص 289.

[233] René David, Camille Jauffret-Spinoisi et Marie Goré, op.cit., p 354.

[234] وهذه الطريقة أصبحت معتمدة في أغلب دول العالم، وعندنا على سبيل المثال في الجزائر كذلك، حيث أصبحت كليات الحقوق تهتم بالمحاكاة بحيث يتمرن الطلبة على دراسة القضايا وحلها والمرافعة فيها في إطار مسابقات للطلبة، بحضور الطلبة والأساتذة ومدعوين كذلك. بالإضافة إلى إجراء مناظرات بين الطلبة لاختيار الأفضل منهم. بالإضافة إلى استحداث مسابقات على المستوى الوطني في هذا المجال. وهذا كله من شأنه تحفيز الطلبة على العمل الجاد وعدم التركيز فقط على الدروس النظرية من جهة، والعمل على تطوير مكتسباتهم الشخصية للدخول في المنافسات المختلفة.

[235] عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص 289.

يعمل الطلبة على تقديم استشارة قانونية لزبائن حقيقيين في إطار المساعدة القضائية تحت إشراف أستاذ–محامي[236]. وهذا كله من شأنه أن يمنح تكوينا مهنيا كافيا لدخول المهن القانونية بجدارة بحيث يصبح المتخرج من رجال القانون.

ثانيا–رجال القانون

مصطلح يضم المحامين، القضاة، المستشارين القانونيين للشركات والمنظمات، القضاة... إلخ.

1–المحامون[237]

لدخول مهنة المحاماة يجب أولا الانتساب لأحد كليات القانون المعتمدة من قبل اتحاد نقابات المحامين، بعدما درسوا بالخصوص الأحكام القضائية، حيث يكون فيها حل القضايا من خلال استنتاجه من القضايا السابقة كما رأيناه أعلاه.

غير أن الحصول على الشهادة الجامعية ليس كاف لوحده لمزاولة مهنة المحاماة، إذ يشترط في الولايات المتحدة الأمريكية اجتياز امتحان تحت رقابة القضاء، والنجاح فيه للتسجيل في مهنة المحاماة، علما أن كل ولاية لديها جدول خاص للمحامين ضمن نقابة[238] المحامين، والمسجلين فيها فقط لهم حق مزاولة النشاط أمام محاكم الولاية وأمام القضاء الفيديرالي، مع إمكانية التسجيل للمرافعة أمام المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية مقابل دفع رسوم[239]. علما أن الانتماء لنقابة المحامين في ولاية ما لا يسمح بالمرافعة في الولايات الأخرى إلا إذا اجتاز الامتحان المتعلق بها بنجاح[240].

[236] René David, Camille Jauffret-Spinoisi et Marie Goré, op.cit., p 354.
[237] Lawyer.
[238] Bar Association.
[239] René David, Camille Jauffret-Spinoisi et Marie Goré, op.cit., p 354.
[240] عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص 290.

2-القضاة

يوجد نوعين من القضاة في الولايات المتحدة الأمريكية، وهم القضاة الفيدراليون وقضاة الولايات، الذين يختارون من بين المحامين. أما القضاة الفيدراليون للمحاكم المهمة، فيتم تعيينهم من طرف رئيس الولايات المتحدة الأمريكية بموافقة الكونغرس وذلك لمدى الحياة، وهم يختارون من بين القضاة الفيديراليين في أغلب الأحيان، أو من قضاة الولايات. ويمكن بالنسبة للمحمة العليا الفيديرالية أن يكون التعيين كذلك من بين أساتذة كليات الحقوق للجامعات الكبرى. بينما قضاة الولايات فيتم اختيارهم عن طريق الانتخاب في معظم الولايات، علما أن اقتراحهم يكون من طرف نقابة المحامين، ثم يعينون من طرف المحافظ في انتظار عملية الانتخاب العام[241].

ونشير هنا أن اختيار القضاة عن طريق الانتخاب القضاة من بين المحاميين ذوي الخبرة يساهم في تطوير القضاء وكفاءته. علما أن النظام القضائي عرف العديد من التعديلات المتتالية، التي ساهم في رفع درجة استقلالية القضاة تجاه المنتخبين[242].

علما أنه في النظام القضائي الجزائري يتم تعيين القضاة من بين المتحصلين على شهادة جامعية من كليات الحقوق بعد اجتيازهم امتحانا وطنيا ودراستهم لمدة 3 سنوات في المدرسة العليا للقضاء[243] بتكوين القضاة، سواء بالنسبة للقضاء العادي أو القضاء الإداري، ويتم ترقيتهم حسب الأقدمية والكفاءة.

أما في النظام القضائي الفرنسي فإن تعيين قضاة القضاء العادي يشبه كيفية اختيارهم في الجزائر، بينما في القضاء الإداري فالأمر مختلف، حيث يتم تعيين حوالي 30 %[244] من بين المتخرجين من المدرسة العليا للإدارة،

[241] René David, Camille Jauffret-Spinoisi et Marie Goré, op.cit., p 355-356.
[242] René David, Camille Jauffret-Spinoisi et Marie Goré, op.cit., p 356.
[243] المادة 39 من القانون العضوي رقم 04-11 المؤرخ في 21 رجب عام 1425 الموافق 6 سبتمبر سنة 2004، المتضمن القانون الأساسي للقضاة (الجريدة الرسمية رقم 57 بتاريخ 08 سبتمبر 2004).
[244] هذه النسبة خاصة بالمحاكم الإدارية الإبتدائية.

ونسبة من بين قضاة القضاء العادي[245]، و نسبة من بين المحامين ذوي الخبرة بالإضافة إلى الموظفين الإداريين ذوي الأقدمية والخبرة ، الحاملين لشهادة الليسانس في القانون، والذين يعينون كقضاة بعد إجراء مسابقات للتوظيف الخارجي[246]. واختيار القضاة من فئات مختلفة يكون بالنسبة للمحاكم الإدارية الإبتدائية ومحاكم الاستئناف الإدارية وبالنسبة لمجلس الدولة كذلك، لكن ضمن نسب مختلفة[247].

المطلب الثالث: النظام القضائي الأمريكي[248]

تعرف الولايات المتحدة الأمريكية باعتبارها تنتمي للنظام الأنجلوسكسوني نظام الوحدة القضائية، حيث لا يوجد قضاء إداري وقضاء عادي مثل ما هو معروف في النظام اللاتيني الجرماني. بينما يتميز النظام القضائي فيها بوجود هيئات قضائية ولائية وهيئات قضائية فيدرالية.

كما يوجد في النظام القانوني للولايات المتحدة الأمريكية ما يعرف بالقضاء المدني والقضاء الجزائي، والقضاء المدني لا يعني أنه يطبق القانون المدني بل يعني جميع القضايا غير الجزائية.

الفرع الأول: الهيئات القضائية الولائية

تختلف الهيئات القضائية الولائية من ولاية لأخرى في الولايات المتحدة الأمريكية، وعموما تشمل المحاكم الدنيا ومحاكم المنطقة والمحكمة العليا للولاية. كما أن محاكم الاستئناف موجودة في بعض الولايات وغير موجودة

[245] مسعود شيهوب، المرجع السابق، ص84.

[246] Jacqueline Morand-Deviller, op.cit., P.49.

[247] أنظر: مسعود شيهوب، المرجع السابق، 84-95.

[248] عصام نجاح، المرجع السابق، ص 82-85.

في أخرى[249]. علما لأنه يدخل في اختصاص الهيئات القضائية للولايات جميع القضايا التي تخرج عن اختصاص الهيئات القضائية الفيديرالية[250].

كما تتميز الولايات المتحدة الأمريكية في أن أغلب القضاة في الولايات يتم اختيارهم عن طريق الانتخاب العام، إلا في ثمانية (8) ولايات أين يتم تعيينهم من طرف محافظ الولاية أي الحاكم، على أن يصادق المجلس التشريعي للولاية على قرار التعيين[251].

وتكون الأحكام الصادرة في ولاية ما قابلة للتنفيذ في كل الولايات، والشرط الوحيد ليصبح قابلا للتنفيذ هو استصدار أمر يجيز تنفيذه من قاضي الولاية المراد التنفيذ في إقليمها[252].

أولا– المحاكم الدنيا

وتسمى (Minor courts) أو محاكم الصلح (Justice of the peace) ، وهي تنقسم إلى المحاكم البلدية وهي مشكلة من قضاة محترفين، ومحاكم قضاة السلام وتتشكل من قضاة غير محترفين[253]. تختص المحاكم الدنيا ببعض النوع من القضايا ذات الأهمية المحدودة[254]، يمكن القول أنها محاكم جزئية[255]. وهذا النوع المحاكم كثيرة ومتعددة وتختلف من ولاية لأخرى.

[249] René David, Camille Jauffret-Spinoisi et Marie Goré, op.cit., p 350.

[250] عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص 263.

[251] عصام نجاح، المرجع السابق، ص 83.

[252] عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص

[253] عصام نجاح، المرجع السابق، ص 83.

[254] عصام نجاح، المرجع السابق، ص 83.

[255] عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص 262.

ثانيا–محاكم المنطقة[256]

تختص بالنظر في أول درجة في القضايا المدنية والجزائية، تنعقد بقاض فرد، وأحيانا بمساعدة محلفين[257].

ثالثا– محاكم الاستئناف

توجد في بعض الولايات محكمة استئناف، للنظر في الطعون في القضايا الصادرة في درجة أولى. فإذا لم تكن محكمة الاستئناف موجودة في الولاية فإن الطعن بالاستئناف يرفع أما قسم الاستئناف الموجود بالمحكمة العليا للولاية[258].

نجد أن هناك تشابه فيما يخص قابلية الأحكام الصادرة للاستئناف بالنسبة للقضاء الأمريكي مع القضاء الإنجليزي[259]، حيث أن محكمة الاستئناف هنا، تنظر في الاستئناف في حالتين، إما المحكمة التي أصدرت الحكم في الدرجة الأولى حكمت كذلك بأن حكمها قابل للاستئناف، أو أن محكمة الاستئناف تقبل النظر في القضية عن طريق الاستئناف[260].

رابعا–المحكمة العليا للولاية

تعتبر المحكمة العليا للولاية محكمة قانون، وهي تنعقد بتشكيلة تضم سبعة (7) قضاة للنظر في الاستئنافات المرفوعة ضد أحكام المحاكم الأقل درجة[261].

[256] County Court.

[257] عصام نجاح، المرجع السابق، ص 84.

[258] René David, Camille Jauffret-Spinoisi et Marie Goré, op.cit., p 351.

[259] أنظر أعلاه، ص ..

[260] René David, Camille Jauffret-Spinoisi et Marie Goré, op.cit., p 351.

[261] عصام نجاح، المرجع السابق، ص 84.

الفرع الثاني: القضاء الفيدرالي

يضم القضاء الفيديرالي عدة محاكم، أهمها المحاكم الفيدرالية الجهوية، والهيئات القضائية الفيديرالية المتخصصة، والمحاكم الفيدرالية للاستئناف، والمحكمة العليا الفيدرالية.

أولا: المحاكم الفيدرالية الجهوية[262]

تعتبر المحاكم الفيديرالية الجهوية صاحبة الاختصاص العام للنظر في أول درجة في جميع الدعاوى التي تدخل في اختصاص المحاكم الفيديرالية، وهي خاضعة المادة III من الدستور، لذلك تسمى بمحاكم المادة III. علما أن عددها 94، وكل محكمة منها تضم عدة أقسام. وتنعقد في أغلب الأحيان بقاض فرد، واستثناء قد تنعقد بحضور 3 قضاة[263]. علما أن الإجراءات المتبعة أمام هذه الهيئات ينظمها التقنين الفيديرالي للإجراءات المدنية لسنة 1937[264]. وقراراتها قابلة للطعن بالاستئناف أمام المحاكم الفيديرالية للاستئناف.

ثانيا: الهيئات القضائية الفيديرالية المتخصصة

تم انشاء الهيئات القضائية الفيديرالية المتخصصة بموجب السلطات المخولة للكونجرس بمقتضى المادة الأولى من الدستور وتسمى بها أي (بمحاكم المادة I). ويمكن اعتبار أنها محاكم إدارية مختصة بالنظر في بعض المنازعات الإدارية، وهي تتمتع بالاستقلالية تجاه الإدارة[265].

توجد العديد من الهيئات القضائية الفيديرالية المتخصصة من أهمها نجد كلا من "Claims Court" مختصة بالنظر في دعاوى المسؤولية المرفوعة ضد الدولة أي الهيئات العمومية الفيديرالية، بالإضافة إلى "US Taxe Court"

[262] US District Courts.
[263] René David, Camille Jauffret-Spinoisi et Marie Goré, op.cit., p 348.
[264] عصام نجاح، المرجع السابق، ص 84.
[265] مسعود شيهوب، المرجع السابق، ص 60.

أي المختصة للنظر في الدعاوى المتعلقة بالرسوم والضرائب الفيديرالية، كما يوجد " US Court of International Trade" أي محكمة الجمارك الفيديرالية.

ثالثا: المحكمة العليا الفيدرالية

تعتبر أعلى هيئة قضائية في الولايات المتحدة الأمريكية[266]، تخضع لأحكام الدستور الأمريكي، ولها أحيانا اختصاص النظر في بعض الدعاوى كأول درجة، وأحيانا كهيئة استئناف، وهي لا تنظر إلا في بعض الدعاوى ذات الأهمية الكبرى. وهي لا تنظر إلا الدعاوى المتعلقة بالسلطات العمومية ولا تنظر الدعاوى المتعلقة بالقانون الخاص[267].

[266] أنظر أعلاه ص..

[267] René David, Camille Jauffret-Spinoisi et Marie Goré, op.cit., p 350.

الخاتـمـة:

تظهر أهمية دراسة الأنظمة القانونية المختلفة ملحة في عصرنا، خصوصا مع تطور المجتمعات ووسائل التواصل الاجتماعي والمبادلات التجارية، فالاحتكاك أكيد بين دول العالم، لذلك أصبح من الضروري التعرف إلى أهم الأنظمة القانونية الكبرى لاسيما النظام القانوني الأنجلوسكسونية و النظام القانوني اللاتينوجرمانية عائلات أخرى، وهذا للاستفادة منها من خلال فهم القانون والمفاهيم القانونية والاستفادة من مزايا التعرف عليها بالخصوص في مجال تطوير القانون وتوحيده، وهذا ما تطرقنا إليه بالخصوص في الباب الأول.

وقد حاولنا في الباب الثاني التطرق إلى العائلة اللاتينوجرمانية بالخصوص من خلال العنوان المتعلق بالقانون الألماني، وقد خصصنا الفصل الثاني للنظام الأنجلوسكسوني، لاسيما إلى القانون الإنجليزي والقانون في الولايات المتحدة الأمريكية.

غير أن هناك مجالا واسعا في العالم يشمل أنظمة قانونية أخرى غير التي رأيناها في هذه الدراسة لاسيما النظام القانوني الروسي والنظام القانوني الصيني والهندي. بالإضافة إلى عائلة الشريعة الإسلامية، إن كانت أغلب دول هذه العائلة تنتمي للعائلة اللاتينية الجرمانية، إلى أن لها خصوصيتها من حيث اعتبار الشريعة الإسلامية مصدرا رسميا فيها، كما أن القوانين الوضعية فيها الأصل ألا تكون مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية .

قائمة المراجع:

أولا– القرآن الكريم

ثانيا: المراجع باللغة العربية

1–الكتب العامة

–مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الأول: الهيئات والإجراءات، ديوان المطبوعات الجامعية، 2013.

– عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول: نظرية الالتزام بوجه عام: مصادر الالتزام– العقد–العمل غير المشروع–الاثراء بلا سبب– القانون، طبعة منقحة، منشأة المعارف الإسكندرية، 2004.

2–الكتب المتخصصة

–عبد الرحمن البزاز، مبادئ القانون المقارن، مطبعة العاني، بغداد، 1967.

–عبد السلام الترمانيني، القانون المقارن والمناهج القانونية الكبرى المعاصرة، جامعة الكويت، الطبعة الثانية، 1982.

– عصام نجاح، القانون المقارن والأنظمة القانونية الكبري. دار العلوم للنشر والتوزيع،2011.

–محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، دار الجامعة، الطبعة الرابعة، بيروت، 1983.

المطبوعات الجامعية (Internet)

– القانون المقارن، مجيدي فتحي، internet، تم تحميل ملف PDF يوم 2015/10/11 على الساعة 06:00 .

-راجي عبد العزيز، محاضرات القانون المقارن، المركز الجامعي لخنشلة، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، 2004-2005.

3-المقالات

-حورية بناني ومحمد بن بوزيان، الاتحاد الأوروبي بين الانهيار والتماسك في ظل العقبات الداخلية والخارجية، مجلة الحقوق والحريات، المجلد 09، العدد 02، 2021.

4-القوانين والأنظمة

- القانون العضوي رقم 04-11 المؤرخ في 21 رجب عام 1425 الموافق 6 سبتمبر سنة 2004، المتضمن القانون الأساسي للقضاة (الجريدة الرسمية رقم 57 بتاريخ 8 سبتمبر 2004).

-القانون رقم 05-01 المؤرخ في 27 ذي الحجة عام 1425 الموافق ل 06 فبراير 2005 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما (ج.ر رقم 11 بتاريخ 09 فبراير 2005).

-المرسوم التنفيذي رقم 05-442 المؤرخ في 12 شوال عام 1426 الموافق 14 نوفمبر 2005، يحدد الحد المطبق على عمليات الدفع التي يجب أن تتم بوسائل الدفع وعن طريق القنوات البنكية والمالية (ج.ر العدد 75 بتاريخ 20 نوفمبر 2005).

- القانون 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بموجب القانون 05-10 المؤرخ 13 جمادى الأولى 1426 الموافق 20 يونيو 2005 المتضمن تعديل القانون المدني (ج ر 44).

ثالثا–المراجع باللغة الأجنبية

- Bruno de Loynes de Fumichon, Introduction au droit compare, 2013 . Fichier pdf .Internet

- Jacqueline Morand-Deviller, Droit Administratif, éd Montchrestien et Lextenso éditions, 11e éd, paris, 2009.

-René David, Camille Jauffret-Spinoisi et Marie Goré, Les grands systèmes de droit contemporains, Dalloz éd, 12e éd, paris, 2016.

-Thierry Bonneau, Droit bancaire, éd Montchrestien et Lextenso éditions, 9e éd, paris, 2011.

رابعا-مواقع الكترونية

https://www.bundestag.de/ar/function/legislation

https://www.bpb.de/themen/menschenrechte/grundgesetz/212966/alqanwn-alasasy-ljmhwryt-almanya-alathadyt

الفهرس :

الموضوع: ..... الصفحة

مقدمة : 1

الباب الأول: ماهية القانون المقارن 5

الفصل الأول: مفهوم القانون المقارن ومناهجه 6

المبحث الأول: مفهوم القانون المقارن 6

المطلب الأول: مصطلح القانون المقارن والمصطلحات المرتبطة به 6

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية للقانون المقارن 8

الفرع الأول: هل القانون المقارن فرع من فروع القانون ؟ 8

أولا: ليس القانون المقارن فرع من فروع القانون 8

ثانيا: أنواع وصور القانون المقارن 8

1-القانون المقارن الوصفي 9

2- القانون المقارن التطبيقي 9

3- القانون المقارن المجرد 9

الفرع الثالث: طرق المقارنة 9

أولا- المقابلة 9

ثانيا- المقاربة 10

ثالثا- المعارضة (المضاهاة) 10

رابعا- المقارنة الأفقية والمقارنة العمودية 10
1-المقارنة الأفقية: 10
2-المقارنة العمودية: 11
خامسا- الموازنة (المقارنة المنهجية) 11
سادسا- المقارنة الجزئية والمقارنة الكلية أو الشاملة 11
1-المقارنة الجزئية 11
2-المقارنة الكلية أو الشاملة 12
الطلب الثاني :هل القانون المقارن علم؟ 12
الفرع الأول: القانون المقارن طريقة أو منهج 12
الفرع الثاني: القانون المقارن علم 14
المبحث الثاني: أهمية ووظيفة القانون المقارن 16
المطلب الأول : تحسين القانون الداخلي (الوطني) 16
الفرع الأول: تحسين القانون الوطني بإدخال قواعد جديدة في التشريع..... 16
أولا- التشريع المقارن كمفهوم للقانون المقارن 16
ثانيا-بعض القوانين المستوحاة من القوانين الأجنبية 17
ثالثا- عدم تطبيق قانون لعدم ملاءمته للظروف الوطنية..... 19
الفرع الثاني: تبني التشريع الأجنبي 21
المطلب الثاني: توحيد القوانين 22

الفرع الأول: التوحيد الداخلي 22
أولا – بالنسبة للدول البسيطة..... 22
ثانيا –التوحيد بالنسبة للدول الفيدرالية (مثال و.م. أ) 24
الفرع الثاني: التوحيد الخارجي 27
أولا–الاتحاد الشمالي (توحيد القانون داخل المجموعة الإسكندنافية) 27
ثانيا–الإتحاد الأوروبي 28
1–نبذة عن نشأة وأهمية الاتحاد الأوروبي 28
2– هياكل ومؤسسات الاتحاد الأوروبي..... 30
أ–المجلس الأوربي..... 31
ب–اللجنة الأوربية..... 31
ج–مجلس الوزراء 31
د–البرلمان الأوربي 31
هـ–محكمة العدل: 31
و–البنك المركزي الأوربي 32
الفصل الثاني: تاريخ دراسة القانون المقارن وتصنيف العائلات القانونية..... 32
المبحث الأول: تاريخ دراسة القانون المقارن 32
المطلب الأول: في العصور القديمة 32
الفرع الأول: في بلاد الرافدين 33

الفرع الثاني: لدى الفراعنة(مصر القديمة) 33

الفرع الثالث: لدى اليونان 33

الفرع الرابع : لدى الرومان 35

المطلب الثاني: الدراسة المقارنة في العصر الوسيط 36

المطلب الثالث: القانون المقارن في العهد الحديث 36

المبحث الثاني: التصنيفات المعتمدة للأنظمة الكبرى 39

المطلب الأول: تقسين العائلات على أساس معيار مدى التأثر بالقانون الروماني والجرماني 39

المطلب الثاني: تقسيم الأنظمة القانونية إلى عائلات قانونية 39

المطلب الثالث: التصنيف إلى مجموعات 40

الباب الثاني : الأنظمة القانونية الكبرى 41

الفصل الأول :العائلة الرومانية الجرمانية 42

المبحث الأول :النشأة التاريخية لهذه العائلة وبنيتها القانونية 42

المطلب الأول: النشأة والتطور 42

المطلب الثاني: البنية العامة لهذا القانون 44

الفرع الأول: تقسيمات القانون 44

الفرع الثاني: مفهوم القاعدة القانونية في هذه العائلة 45

المطلب الثالث : مصادر القانون في عائلة القانون الرومانية الجرمانية (نظرية المصادر) 47

الفرع الأول: التشريع 48

الفرع الثاني: العرف 48
الفرع الثالث: الإجتهاد القضائي 48
الفرع الرابع: الفقه 49
المطلب الرابع: إديولوجية وفلسفة العائلة اللاتينية الجرمانية 49
المبحث الثاني: نموذج النظام القانوني الألماني..... 50
المطلب الأول: تشكل النظام اللقانوني الألماني 50
المطلب الثاني: القضاء الألماني 50
الفرع الأول: المحاكم الألمانية..... 51
أولا-التشكيلة 51
ثانيا-المحاكم الاتحادية العليا..... 52
ثالثا-محاكم الولايات..... 52
الفرع الثاني: أهم القواعد المتعلقة بالقضاء..... 52
أولا-القضاة..... 52
ثانيا-حقوق المتقاضي..... 53
الفصل الثاني -العائلة الأنجلوسكسونية (عائلة القانون المشترك) 54
المبحث الأول: النظام القانون الإنجليزي 54
المطلب الأول: النشأة التاريخية للعائلة الأنجلوسكسونية 55
الفرع الأول: المرحلة الأنجلوسكسونية 55

الفرع الثاني: مرحلة تشكل القانون المشترك (1066م – 1485م) 57
الفرع الثالث : مرحلة الصراع بين القانون المشترك وقواعد العدالة(1485- 1833) 59
الفرع الرابع العصر الحديث منذ 1832 إلى يومنا ظهور القانون المكتوب (Statute Law)..... 60
المطلب الثاني: الهيكل العام للقضاء الإنجليزي 61
الفرع الأول: الهيئات القضائية العليا 61
أولا- المحاكم الكبرى لإنجلترا ووالز (The Senior Courts of England and Wals) 62
1- قسم كرسي الملك (king's Bench Division) 62
2- قسم المستشار (Chancery Division) 62
3- قسم الأسرة (Family Division) 62
ثانيا-محكمة التاج 63
ثالثا- محكمة الاستئناف (Court of Appeal) 63
رابعا-المحكمة العليا للمملكة المتحدة 63
الفرع الثاني: الهيئات القضائية الدنيا 64
أولا: الهيئات القضائية المتخصصة في المواد المدنية (County Court) 64
ثانيا: الهيئات القضائية المتخصصة في المواد الجزائية (Magistrate's Courts) 65
الفرع الثالث: الهيئات ذات الاختصاص شبه القضائي 65
المبحث الثاني: النظام القانوني للولايات المتحدة الأمريكية 67
المطلب الأول: تشكل النظام القانون الأمريكي 67

الفرع الأول: كالفن كايز و انتقال القانون الإنجليزي للمستعمرات 67
الفرع الثاني: الكومن لو في عهد الاستقلال 68
الفرع الثالث: بنية القانون في الولايات المتحدة الأمريكية 70
أولا- الرقابة على التشريع الفيديرالي وتشريع الولايات 70
ثانيا- الكومن لو 71
المطلب الثاني: مصادر القانون في الو.م أ 72
الفرع الأول: الإجتهاد القضائي 72
الفرع الثاني: التشريع 72
أولا-دستور الولايات المتحدة الأمريكية 73
1-قضية ماربوري.ماديزون 73
2-تفسير دستور الولايات المتحدة الأمريكية 74
3-تفسير النصوص الأخرى 76
ثانيا-القوانين الموحدة والمدونات..... 76
الفرع الثالث: الفقه 77
أولا-كليات الحقوق..... 78
ثانيا-رجال القانون..... 79
1-المحامون..... 79
2-القضاة..... 80

المطلب الثالث: النظام القضائي الأمريكي 81
الفرع الأول: الهيئات القضائية للولايات 81
أولا- المحاكم الدنيا 82
ثانيا-محاكم المنطقة 83
ثالثا- محاكم الاستئناف 83
رابعا -المحكمة العليا للولاية 83
الفرع الثاني: القضاء الفيدرالي 84
أولا- المحاكم الفيدرالية الجهوية 84
ثانيا- الهيئات القضائية الفيديرالية المتخصصة 84
ثالثا- المحكمة العليا الفيدرالية 85
الخاتـمة: 86
قائمة المراجع: 87
الفهرس: 90

ملخص:

يتزايد الاهتمام بموضوع مقارنة الأنظمة القانونية، خصوصا في العصر الحديث مع نمو العلاقات الدولية وتزايد المبادلات الدولية في جميع المجالات. كما أنه من الناحية العملية تتمل أهميته في المساهمة في تحسين القانون وتوحيده، سواء في الدولة الواحدة أو بين عدة دول، خصوصا مع تزايد أهمية اتحادات قانونية حديدة كالاتحاد الأوروبي.

من أهم الأنظمة القانونية الكبرى التي تناولناها في دراستنا لدينا النظام القانوني الأنجلوسكسوني و النظام القانوني اللاتينوجرماني .

summary:

Interest in the topic of comparing legal systems is increasing, especially in the modern era with the growth of international relations and the increase in international exchanges in all fields. In practical terms, its importance lies in contributing to improving and unifying the law, whether in one country or among several countries, especially with the increasing importance of strong legal unions such as the European Union.

Among the most important major legal systems that we discussed in our study are the Anglo-Saxon legal system and the Latin German legal system.