

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

ونتيجة لذلك اتخذ العديد من علماء القانون موقفا نقديا تجاه الميدان على الرغم من وجود (القانون المقارن) منذ عهد مونتسكيو في القرن الثامن عشر وبشكل غير رسمي يمكن ارجاع جذوره الى ارسطو ربما بسبب اتساع نطاق موضوعاته كتخصص أكاديمي.

ولا يزال حاليا في مستوى حالة غير مكتملة من النمو حتى ان بعض الفقهاء في القانون يتحسر على ركود المجال، فلا يوجد سوى القليل من هذه الدراسات حتى أن البعض منهم جادل حول اندثار القانون المقارن او يجب اعدامه، كما ينظر البعض بالنقص النسبي في الاهتمام بالتقاليد القانونية المقارنة، وانه يتسع في نطاق موضوعاته الى القضايا القانونية على المستوى الكلي فهو القانون فوق الوطني ويوفر الاسس لتحليل بين الانظمة القانونية المختلفة ويوفر الادوات لشرح وتنبؤ وتطور الانظمة القانونية المحلية ويساعد على فهم المزيد بشكل عام ما هو ضروري لجميع الانظمة القانونية وما هو نتاج الجغرافيا وما هو حادث تاريخي.

إن الاستعانة بالقانون المقارن في وقتنا الحاضر أصبحت ضرورة حتمية خاصة وأن وظيفة القانون أضحت لا تقتصر على اهدافه التقليدية، بل تعمل على إدخال تعديلات لتحسين النصوص القانونية عن طريق المقارنة فهو ذلك المجال الدراسي المكرس للمقارنة المنهجية بين نظامين قانونيين أو أكثر أو بين عناصر معينة من تلك النظم، من خلال تحليل مجموعة من الأفكار المشتركة والمختلفة بينهما، والقيام بالمقارنة لذا يجب أولا دراسة المنهج المقارن وذلك

بالتعرف على أساسيات المقارنة وأنواعها والهدف منها ومن تم الإنتقال إلى دراسة عائلات القانون المعروفة.

## الفصل الأول:

### ماهية القانون المقارن

القانون المقارن ليست مجموعة قواعد القانون التي تنظم حياة المجتمع، ولا فرعا من فروع القانون العام أو الخاص، ولكنه دراسة قانونية يقوم على اساس المقارنة بين قانونين أو أكثر، مهما كانت التسمية التي اختارها الباحثون له.

## المبحث الأول:

### تعريف القانون المقارن

#### المطلب الأول: تسمية القانون المقارن والجدل الثائر حوله

جاء مصطلح (القانون المقارن) من المصطلح الفرنسي (droit comparé) والإنجليزي (Comparative Law) والذي أسال الكثير من الحبر حول مسألة المصطلح ثم الطبيعة، حيث جاءت التسمية مضللة حيث ينصرف الى الذهن أنه قانون مثل غيره من القوانين مثل القانون المدني والتجاري، الأمر الذي دفع بالفقهاء للبحث عن مصطلح يبعد الغموض. ومن ثم تم اقتراح مصطلحات يستعاض بها عنه مثل علم القانون المقارن أو الدراسات القانونية المقارنة أو مثل ما ذهب اليه الألمان الى تسميته (مقارنة القوانين) Rechtsvergleichung وغيرهم استعمل (الطريقة المقارنة) Méthode Comparative بل بعضهم استبعد مصطلح القانون وفضل تسمية الاجتهاد المقارن Jurisprudence Comparative واختار ادوارد لامبير ( التشريع المقارن) (La législation Comparée) غير ان مصطلح ( القانون المقارن) هيمن على كتابات الفقهاء ولعل أسباب اختلاف في المصطلح يعود أساسا الى اختلاف الفقهاء في طبيعة القانون المقارن ووظيفته<sup>(1)</sup> ان تسمية

<sup>1</sup> - عبد السلام الترميني: القانون المقارن والمناهج القانونية الكبرى المعاصرة، ط2 جامعة الكويت 1982. ص18-19

ومحمد إبراهيم الوالي: دروس في القانون المقارن الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية 1982. ص3-4

القانون المقارن هي تسمية مضللة حيث ينصرف الى الذهن انه قانون كغيره من القوانين الوضعية كالقانون المدني او التجاري.

### المطلب الثاني: تعريف القانون المقارن

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

نقد التعريف: جعل من هذا القانون هو في مرتبة الحكم أكثر منه في مرتبة الاصطلاح.

ثانياً- تعريف المؤتمر الدولي للقانون المقارن: عرفه المؤتمر الدولي للقانون المقارن المنعقد

في الهاي عام 1937 بأنه قانون يبحث عن أوجه التشابه وأوجه الاختلاف بين القوانين

نقد التعريف: يكتفي باعتبار أن القانون المقارن هو تقنية أو طريقة لاستخراج نقاط التشابه

والاختلاف بين القوانين إلا أن القانون المقارن هو منهجية للوصول إلى القانون الأفضل .

ثالثاً- تعريف دافيد: هو أسلوب تطبيقي يسري على الدراسات القانونية موضحا البناء

الاصطلاحي لكل قانون على حدا وأسلوب للكشف عن المصادر المادية والشكلية لكل قانون

على سبيل المثال.

رابعاً- تعريف الأستاذ خليل ( هو منهجية تستهدف دراسة النظم القانونية المقارنة للوصول إلى

استخراج أوجه التشابه والإختلاف وإظهار الاتجاهات المتناقضة والمتعارضة في مختلف

القوانين بهدف البحث عن القانون الأفضل.

نقد التعريف: هذا التعريف يستبعد فكرة أن القانون وليد بيئته.

### المبحث الثاني:

#### طبيعة القانون المقارن وتطوره التاريخي

لعل الإختلاف السابق في التسمية يرجع بالأساس الى الاختلاف حول طبيعة القانون المقارن

ووظيفته، وقد نتج عن هذا الاختلاف في التسمية اختلاف في تعريف القانون المقارن.

المطلب الأول: طبيعة القانون المقارن

الفرع الأول: القانون المقارن علم مستقل:

عرفه مؤتمر لاهاي سنة 1937 انه: ( العلم الذي يعمل على المقارنة بين تشريعات البلدان المختلفة لاستخلاص أوجه الشبه والإختلاف) ويعرفه كل من الأستاذان ( Edouard Lambert و Ramond Saleilles) على أنه علم قائم بذاته يتميز بخصائصه كباقي العلوم كعلم النفس وعلم الاجتماع هدفه وضع قانون عالمي حيث يبحث عن القواعد المشتركة بين الشرائح والنظم المختلفة (1).

وفكرة ان القانون المقارن علم تعود الى المدرسة التاريخية التي ترى بان القانون نسبي ومتغير بسبب ضغط القوى الاجتماعية خاصة منها الاقتصادية والقانون المقارن جاء ليفسر التحولات الطارئة في الحياة التشريعية واستخراج القواعد التي تحكم تحولات الحياة الاجتماعية. غير ان الاختلاف بين الفقهاء حول ماهية القانون المقارن حيث قسمه ( Edouard Lambert الى التاريخ المقارن: وهو العلم الذي يكشف ما بين الظواهر القانونية من صلات و أسباب نشوؤها و تطورها. سواء ما تعلق بالمقارنة بين الشرائح الحالية او القديمة. أي البحث عن الأصل وتطور الواعدى القانونية. والقسم الثاني المتعلق بالتشريع المقارن وغايته البحث في الشرائح المقارنة عن الاسس المشتركة لتكملة القوانين الوطنية وتطويرها، واطلع عليه تسمية القانون العام التشريعي وهو بهذا المعنى الأخير لا يشكل علما بل مجرد فن.

اما الفقيه ( Raymond Saleille) فاعتبر ان القانون المقارن هو علم قائم بذاته لان القصد من ورائه هو استخلاص قواعد قانونية جديدة ومشاركة للإنسانية المتحضرة من خلال دراسة الشرائح المختلفة من ناحيتها الاجتماعية، وتنظيمها في عائلات كبيرة مستخلصا نماذج للنظم القانونية المختلفة ويكون هذا النموذج هو القانون المقارن المشترك للإنسانية.

غير أنه لا يمكن الوصول الى هذه النتيجة المستحيلة بل إنه قانون مشترك للدول التي يوجد بينها تشابه أو الاتحاد في المدنية والتحضر، وقد انتقد هذا المذهب بحيث انه لم يستطع

<sup>1</sup> - عصام نجاح: القانون المقارن والأنظمة القانونية الكبرى، عناية، دار العلوم للنشر والتوزيع 2011ص2. عناية، دار العلوم للنشر والتوزيع 2011ص2.

إعطاء تعريف موحد للقانون المقارن كما ان الخلاف حول طبيعة القانون المقارن ووظيفته أدى الى زيادة غموضه.

### الفرع الثاني: القانون المقارن مجرد منهج

يرى الكثير من فقهاء القانون ان هذا القانون هو مجرد طريقة من طرق البحث في المجال القانوني، فلا هو بالعلم ولا بالفرع القانوني بل يساعد الباحث في توحيد او تعديل القوانين الوطنية، او التمييز بين النظم القانونية القديمة أو استخلاص المبادئ العامة في القانون. ويقوم هذا الاتجاه على أن القانون المقارن كمنهج للبحث يهدف الى تحقيق ثلاث مسائل أولها أن الدراسة المقارنة تحدد موضوعا لها ثم تتعمق فيه وهذا يتطلب معرفة بالقوانين المقارنة محلية أم اجنبية.

وثانيا أن هذه الدراسة لا تتم الا بمقارنة قواعد القانون الوطني بما يقابلها في القانون الأجنبي، بل بصورة أعمق نجد المقارنة تتم مع المنهج العام للقانون الاجنبي في بنيته وهيكله ومصادره، وثالثا أن الطريقة المقارنة تبعد الباحث عن المسائل الفلسفية المجردة وتقربه اكثر من القوانين النافذة على ارض الواقع.

وعلى الرغم من واقعية الطرح الثاني الا انه يحمل تناقضا إذ يشترط ان تكون الدراسة في إطار المنهج الكامل فتدرس النصوص القانونية وهي في حالة حركية على ضوء غايتها الاجتماعية والاقتصادية وهذا ما يجعل منتقدي هذ الطرح يتساءلون إذا تم تحديد هذه الغاية للدراسة الا يجعل هذ الامر من المقارن علما.

### الفرع الثالث: الاتجاه التوفيقي القانون المقارن علم وطريقة بحث

يرى هذا الاتجاه أن القانون المقارن لا يمكن ان يفهم او ان يحدد بالغاية التي يهدف الى تحقيقها سواء كانت التعرف على القانون الأجنبي أو حل مشكلة قانونية أو تحديد الإطار القانوني لاتفاقية دولية أو توحيد القانون بل ان القانون المقارن يأخذ سمة العلم أكثر من سمة المنهج خصوصا بعدما تحددت موضوعاته.

سواء ما تعلق بتطوير الأنظمة القانونية واستخلاص العناصر الأساسية التي على ضوءها تقسم العائلات القانونية الكبرى حيث تتميز كل واحدة منها بمنهجها وجغرافيتها القانونية فأصبح بذلك يمكن تحديد قانون ما الى أي مجموعة ينتمي إليها وحتى وان ظهر القانون المقارن كوسيلة للمقارنة بين قاعدتين قانونيتين في قانونين مختلفين فان هذه المقارنة سوف تؤدي لا محال الى تحصيل معلومات جديدة مما تجعل القانون المقارن علما أيضا.

وإذا اخدنا بالرأي الراجح ان اعتبار القانون المقارن علما فهذا لا ينفي خاصية المنهج كذلك حيث ان المقارنة وان استعان فيها الباحث ببقية المناهج الأخرى كالتحليل او الوصف او التأصيل التاريخي فانه يظل كمنهج مستقل عن بقية المناهج العقلية الأخرى حيث يصف الفقيه "ايميل دور كايم" المنهج المقارن بأنه (منهج التجريب غير المباشر) أو المنهج شبه التجريبي فهو يجمع بين مميزات المنهج العقلية التجريبية وخاصة المناهج التجريبية حيث أننا لا نستطيع من الناحية العملية ان نطبق النظريات وبعدها القواعد القانونية على الافراد لنرى مدى نجاعتها ثم نعيد التجربة كما هو الحال في علوم المادة حتى نتوصل الى ضبط القواعد الملائمة للسلوك الإنساني ومن ثم فان الباحث في العلوم القانونية على وجه الخصوص يمكن الاستفادة من النظريات الاجتماعية والنظم القانونية الناجحة التي طبقت في مجتمعات وبلاد اجنبية مع مراعاة خصوصية بيئتها وهذا ما يحققه القانون المقارن من تجريب غير مباشر وهو بذلك يستعمل كمنهج للملاحظة ونقل الخبرات مع ضبط المتغيرات المتدخلة في العملية، فهو بمثابة الملاحظة والتجربة في العلوم الطبيعية.

### المطلب الثاني: التطور التاريخي لنشأة القانون المقارن

#### الفرع الأول: نشأة القانون المقارن

يرى البعض الباحثين أن تسمية القانون المقارن حديثة العهد ظهرت منذ حوالي مائة سنة وبالتحديد سنة 1900م مرجعين ذلك إلى المؤتمر الدولي الاول الذي انعقد حول هذا القانون وكان في ذلك التاريخ، غير أن جانب كبير من فقهاء القانون يؤكدون أن الدراسات المقارنة

بدأت في الحضارات القديمة، وفي كل حقبة زمنية من التاريخ وليست مقارنة عفوية ولكن واعية ومنهجية.

ومن ظواهر المقارنة حضارة ما بين النهرين، وعند اليونانيين فقد نشأت الفلسفة والعلوم السياسية والتاريخ واهتم أهم مفكرهم وفلاسفتهم بالدراسات المقارنة مثل أفلاطون (427-347 ق.م) في كتابه "حوار في القوانين" بين قوانين عصره، كما قارن أرسطو (384-322 ق.م) في كتابه "السياسة" بين قوانين أثينا وقوانين أسبرطة وكريت و قرطاجة وغيرها من البلاد حيث قال فيه (علينا ان ندرس معا نظام الدول التي نعتبر انها تتمتع بالقوانين الاحسن والذساتير التي تخيلها بعض الفلاسفة واقفين عند اشهرها وبهذا نكتشف عما ينطوي عليه كل منها مما هو خير وقابل للتطبيق...ونبين في الوقت ذاته اننا اذا كنا نطلب نظاما سياسيا مختلفا عن كل أولئك فلسنا مدفوعين الى ذلك برغبة في المباهاة بعقلنا بل يدفعنا الى البحث ما في الذساتير الموجودة من عيوب...).

أما الرومان فقد قام فقهاؤها بدراسة الحضارات السابقة للإستفادة من تجاربها في تنظيم المجتمع، حيث مر إنشاء القانون الروماني بمرحلتين:

**المرحلة الأولى:** تمثلت في تدوين قوانين رومانية في مجموعة " قانون الألواح الإثني عشر" إثر زيارة قامت بها بعثة من عشر رجال قانون الى اليونان وهو ما يعني ضمنيا مقارنة الاوضاع القانونية بروما مع ما هو معمول به هناك<sup>(1)</sup>.

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

<sup>1</sup> - شب في هذه الفترة توتر في العلاقة بين الأشراف والعامية بسبب احتكار الأشراف للسلطة وتوليهم مقاليد الأمور في البلاد بما فيها القضاء حيث احتكروا علمهم بالقواعد القانونية غير المكتوبة آنذاك وأخذوا يتحكمون في العامة بشتى الطرق والوسائل ويغيرون تفسير القواعد غير المكتوبة من حين لآخر مستغلين جهل العامة وعدم درايتهم بتلك القواعد مما دفع العامة للثورة على هؤلاء الأشراف والمطالبة بتدوين وكتابة تلك القواعد القانونية، وقد ظل العامة يصارعون من أجل هذه الغاية قرابة عشر سنوات في ظل تعنت الأشراف ولكنهم نجحوا في النهاية في عام 452 ق.م حينما تكونت لجنة من عشرة أعضاء من الأشراف لصياغة تلك القواعد القانونية بصورة مكتوبة، ولكن قبل أن تبدأ هذه اللجنة عملها شكّلت بعثة من ثلاثة أعضاء وإرسالها إلى اليونان للاستفادة من قانوني صولون ودراكون المكتوبين ونقل ما يتوافق مع أحوال روما منهما، وبالفعل في العام التالي 451 ق.م عادت البعثة وبدأت لجنة العشرة عملها حيث أعطوا كافة السلطات التشريعية والقضائية والتنفيذية والحربية لمدة عام وعطلت كل تلك السلطات عن الملك لمدة عام واحد حتى تستطيع اللجنة أن تقوم بعملها دون ضغوط من أي جهة. وبعد أن انقضى العام لم تستطع اللجنة سوى وضع عشرة ألواح فقط فعرضت على مجلس الشعب وحصلت الموافقة عليها ومن ثم نشرها، وفي العام التالي تشكلت لجنة أخرى من عشرة أعضاء تضم ثلاثة من العامة، ووضع لوحين آخرين ونشرا في ساحة القضاء في روما، ولهذا أطلق عليه قانون الألواح الإثني عشر.

بالإضافة الى الدراسات المقارنة التي أجراها مونتيكيو في كتابه روح القوانين بين مجموعة من القوانين من عدة نواحي من أجل استخلاص قواعد دستورية لحكومة صالحة وقد نشطت الدراسات المقارنة ابتداء من النصف الثاني من القرن التاسع عشر في الكثير من دول أوروبا مثل فرنسا، ألمانيا، سويسرا، إنجلترا، إيطاليا وإسبانيا وغيرها، وأوضحت هذه الدراسات وسيلة للاستفادة من تجارب الأمم الأخرى والاستفادة من قوانينها من أجل تحسين القوانين الوطنية وسد ما بها من ثغرات.

### الفرع الثاني: تطوره في العصر المعاصر:

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

وقد بدأت مرحلة التأسيس الفعلي للقانون المقارن في مطلع القرن العشرين، وذلك بموجب انعقاد المؤتمر الدولي للقانون المقارن بباريس سنة 1900، الذي دافع المشاركون فيه وعلى رأسهم الفقيهان الفرنسيان Lamber et Saleilles عن مفهوم جديد للقانون المقارن باعتباره علما مستقلا، وضرورة الكف عن الخلط بينه وبين دراسة التشريعات المقارنة.

ودعوا الى اعتماد قانون مشترك للإنسانية المتحضرة، يهدف الى تقارب الحضارات وتطوير القانون الدولي واتسع مجال المقارنة خاصة في الفترة الواقعة بين الحربين العالميتين، وأسفر عن انتقال الدراسات من المقارنة بين القوانين ذات الأصول المشتركة الى المقارنة بين

القوانين المختلفة من حيث البنية والمفاهيم والخصائص، ذلك أن التعاون الدولي يستدعي حتما التعرف على القوانين الدول المتعاونة بغية تسهيل حل النزاعات التي قد تقع بينها.

**الفرع الثالث: إنشاء مؤسسات تعنى بتطوير القانون المقارن:**

لقد أفضى التطور الموضح أعلاه إلى سعي الدول الى توحيد القوانين، وأنشئت لهذا الغرض معاهد وهيئات دولية مثل الأكاديمية الدولية للقانون المقارن التي تأسست في لاهاي سنة 1924، المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص الذي أنشأته عصبة الأمم المتحدة سنة 1928، وتم إبرام الكثير من الاتفاقيات والمعاهدات وعقد الكثير من المؤتمرات يمكن الإشارة في هذا السياق ان التوحيد يمكن أن يكون داخليا او خارجيا، وقد يكون ثنائيا او متعدد الاطراف وقد يكون اقليميا او عالميا.

### المبحث الثالث:

#### أهمية القانون المقارن

المطلب الأول: أهمية (فوائد) القانون المقارن في مجال العلوم القانونية النظرية

#### الفرع الأول: القانون المقارن وتاريخ القانون

لدراسة أي نظام قانوني يقتضي الاعتماد على علم تاريخ القانون لأن الماضي هو الذي يبني الحاضر والمستقبل قال الفقيه ميتلاند (ألغينا القوانين القديمة ولكنها مازالت مهيمنة علينا انطلاقاً من قبورها) فمعرفة القوانين من حيث أصولها ومدى ارتباطها بالمعتقدات المحلية يساعد في فهم بعض النظم والقواعد القانونية العريقة.

#### الفرع الثاني: القانون المقارن وعلم الاجتماع القانوني

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

#### الفرع الثالث: القانون المقارن والنظرية العامة للقانون

يتمتع القانون المقارن في مجال النظرية العامة للقانون بأهمية كبرى، وذلك بالكشف عن الأصل التاريخي للتصنيفات والخصائص لكثير من المفاهيم القانونية، ومن ثم التعرف على وجود او عدم وجود مثل هذه المفاهيم في القوانين الأجنبية. فلو كان القانون في دولة ما يفرق بين القانون العام و القانون المدني والقانون التجاري، والقاعدة الآمرة والقاعدة المكملة أو المفسرة، والحقوق العينية والحقوق الشخصية، والعقار والمنقول. وهذه المفاهيم يراها رجال القانون طبيعية ومنطقية في قانونه الوطني، بعكس ما إذا كانت الدراسة مقارنة فسيتم اكتشاف أن هذه المفاهيم لا وجود لها في بعض القوانين الأجنبية، بعكس ما إذا كانت الدراسة مقارنة فسيتم اكتشاف أن هذه المفاهيم لا وجود لها في بعض القوانين الأجنبية، أو أن لها دلالات مختلفة عما هي في القانون الوطني

## الفرع الرابع: القانون المقارن و فلسفة القانون

### المطلب الثاني: وظائف القانون المقارن على الصعيد الوطني والدولي

نحاول إيجاز وظائف القانون المقارن على الصعيد الوطني والدولي فيما يلي:

- 1- للقانون المقارن أهميته الخاصة في توحيد القوانين في داخل البلاد التي لا تجمعها وحدة قانونية. فالقانون المدني السويسري مثلا مدين بوجوده لدراسة قام بها الفقيه السويسري اوجين هوبر في كتابه نمط القوانين الخاصة السويسرية و تاريخها جمع فيه النظم القانونية التي كانت نافذة في الاقطاعات السويسرية واخضعها للموازنة فمهد السبيل لتوحيد القانون المدني في بلاده. ومثلها حدث في الدول الاوروبية الأخرى. وفي عدة مجالات التي أدى فيها القانون المقارن خدمات في توحيد وإصلاح القوانين الوطنية.
- 2- للقانون المقارن أهمية في استعراض تطور النظم القانونية المعاصرة فيصبح علم القانون المقارن او علم التطور القانوني مما يجعل القانون المقارن يقترب من كل فلسفة القانون وعلم الاجتماع.
- 4- للقانون المقارن أهمية خاصة تظهر في مساعدة القاضي الى التعرف على أدني الحلول الى العدالة. ويعطي الفقه المقارن لتبرير هذه الحقيقة بالمادة الأولى في القانون المدني السويسري والتي استعارها من القانون المدني التركي فنصا على انه عند شغور النص وشغور العرف على القاضي ان يحكم وفقا للقواعد التي كان شارعا لشرعها. وغذا وقع في مازق يمكن ان يستعين بالقانون المقارن مع اعمال العقل عندما يغيب النص.
- 5- للقانون المقارن مهمة تثقيفية ويوسع من افق رجل القانون او المشرع حتى يلم بالحلول النافذة في القوانين الأجنبية فتزداد ملكته النقدية والتحليلية.
- 6- للقانون المقارن مهمة تشريعية قبل صدور أي تشريع عليه بالاطلاع في القوانين الأجنبية والتزام الحيطة عند استعارة القوانين الاجنبية.

## الفصل الثاني:

### طرق المقارنة وكيفية توظيفها في مقارنة الأنظمة القانونية

المنهج المقارن باعتباره أحد المناهج المهمة في البحث العلمي يقصد به تلك الخطوات التي يتبعها الباحث في مقارنته للظواهر محل البحث والدراسة بقصد معرفة العناصر التي تتحكم في أوجه التشابه والاختلاف في تلك الظواهر.

### المبحث الأول:

#### أساليب المنهج المقارن

توجد عدة أساليب للمقارنة ويتميز كل أسلوب من هذه الأساليب بخصائص تميزه عن غيره من الأساليب فهو مناسب في مواضيع قانونية معينة وغير مناسب في أخرى ولكن قبل أن نتعرف على هذه الأساليب لابد من دراسة الشروط الواجب توافرها في الباحث المقارن

#### المطلب الأول: الشروط الواجب توافرها في الباحث المقارن

#### المطلب الثاني: طرق المقارنة

#### الفرع الأول: المقابلة Juxtaposition

و تسمى أيضا بالمجانبة يضع فيها الباحث النصوص التي تعالج موضوعا معيناً جنباً لجنب ويستخلص مواضع التشابه والاختلاف و يقارنها مع قانونه الوطني فيبين بذلك ما بينها من اختلاف واتفاق غير انها لا تعتبر دراسة مقارنة بالمفهوم التقني فهي مجرد تجميع لأحكام من قوانين مختلفة.

#### الفرع الثاني: المقاربة Rapprochement

يقوم الباحث من خلالها التقارب بين القوانين المتشابهة في الخصائص وضمها الى انظمة قانونية كبرى تخضع لمنهاج قانوني والحد يجعلها قابلة للمقارنة وتستعمل كثيرا لتوحيد القوانين الداخلية للدول الفدرالية،

وفي الشريعة الإسلامية يوجد نطاقا مشابه لذلك حيث سعى بعض العلماء الى المقارنة

بين أحكام المذاهب الإسلامية المختلفة ويطلق عليها اسم " علم الخلاف " او " الفقه المقارن ."

### الفرع الثالث: المضاهاة Confrontation او (المعارضة) Opposition

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

### الفرع الرابع: المقارنة الأفقية والعمودية: Comparaison horizontal et vertical

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

المقارنة العمودية: فتكون في القوانين المتباعدة في الزمن كمقارنة الوضع الحالي لدولة حديثة بقوانين اخرى قديمة كقانون حمورابي والقوانين الحالية وذلك بغرض الوقوف على مدى التطور في النظم القانونية عبر الحقب الزمنية.

### الفرع الخامس: الموازنة (المقارنة المنهجية)

وتستخدم عن طريق منهج معين يساعد على استخلاص النتائج وذلك بعد دراسة أسباب الاختلاف والتقارب وبذلك الوصول لقانون أفضل فإذا كانت طرق المقارنة السابقة تقوم على تقرير وصفي لخصائص أنظمة قانونية معينة، وتكتفي ببيان أوجه التشابه او الاختلاف بينها، فإن طريقة المقارنة المنهجية هي من أهم طرق المقارنة.

لأن المقارنة بموجبها تنتهي الى نتيجة إيجابية بحكم أنها تخضع لمنهج يساعد استخلاص نتائج يتعرف الباحث بموجبها على القانون الأفضل بعد دراسة أسباب الاختلاف والتشابه، على ضوء الظروف المؤثرة في القاعدة القانونية والمحيط بها. تقوم هذه الطريقة على تحليل القاعدة القانونية في النصوص الأجنبية وتجزئتها، أي بحث العلاقة بين العناصر الجزئية في القوانين المختلفة، وتسمى بالمقارنة الجزئية، ثم دراسة النظام الذي يحتويها، وأخيرا تحديد موقعها من المنهج بصفة عامة، كدراسة قواعد البنية في نظام الأسرة التي يحتويها المنهج اللاتيني وتسمى بالمقارنة الكلية.

غير أن هذه الطريقة لا تقوم بصورة ناجحة إلا بتوافر مقوماتها الأساسية المتمثلة أساسا في ضرورة معرفة القانون الأجنبي محل المقارنة معرفة موضوعية كاملة والاحاطة بأحكامه

ولغته ومصطلحاته بدقة ويعرف بالإضافة الى ذلك بنيته وتقسيماته ومصادره. ومن جهة ثانية يجب التحري عن مختلف العوامل المؤثرة في تكوين القانون الأجنبي، وفي مقدمتها العوامل التاريخية التي تؤثر في بنية القانون، والعوامل الاجتماعية التي تؤثر في مجال تطبيقها، والعوامل السياسية التي تؤثر في تحديد المفاهيم القانونية، وأخيرا العوامل الاقتصادية التي يختلف تأثيرها على القانون باختلاف مدى تدخل الدولة في تقييد الحرية الاقتصادية.

### أولاً- المرحلة التحليلية (اختيار عينات المقارنة)

إن المرحلة التحليلية Phase Analytique أو ما يسمى بالمقارنة الجزئية Micro Comparison تبدأ بتحليل القاعدة القانونية الأجنبية الى جزئيات ثم دراسة النظام الذي تحتوي عليه هذه القاعدة وبعدها ينتقل الى دراسة المنهج الكامل للقانون الأجنبي للوصول لنتائج صحيحة والوقوف على العوامل التاريخية والاجتماعية والسياسية التي ساهمت في تكوين القاعدة القانونية.

تقوم هذه الطريقة على تحليل القاعدة القانونية في النصوص الأجنبية وتجزئتها، أي بحث العلاقة بين العناصر الجزئية في القوانين المختلفة، وتسمى بالمقارنة الجزئية، ثم دراسة النظام الذي يحتويها، وأخيرا تحديد موقعها من المنهج بصفة عامة، كدراسة قواعد البنية في نظام الأسرة التي يحتويها المنهج اللاتيني وتسمى بالمقارنة الكلية.

غير أن هذه الطريقة لا تقوم بصورة ناجحة إلا بتوافر مقوماتها الأساسية المتمثلة أساسا

في:

- ضرورة معرفة القانون الأجنبي محل المقارنة: وذلك معرفة موضوعية كاملة
- والاحاطة بأحكامه ولغته ومصطلحاته بدقة
- ويعرف بالإضافة الى ذلك بنيته وتقسيماته ومصادره.
- ومن جهة ثانية يجب التحري عن مختلف العوامل المؤثرة في تكوين القانون الأجنبي، وفي مقدمتها العوامل التاريخية التي تؤثر في بنية القانون، والعوامل الاجتماعية التي تؤثر في مجال تطبيقها، والعوامل السياسية التي تؤثر في تحديد المفاهيم القانونية، وأخيرا العوامل

الاقتصادية التي يختلف تأثيرها على القانون باختلاف مدى تدخل الدولة في تقييد الحرية الاقتصادية.

**ثانيا: تحديد مستويات المقارنة المنهجية**

أولاً: المقارنة بين قوانين الدول المتقاربة حضارياً

ثانياً: المقارنة بين قوانين العائلة القانونية الواحدة

ثالثاً: المقارنة بين قوانين في عائلات قانونية مختلفة

**ثالثاً: المرحلة الاستنتاجية (استخلاص نتائج المقارنة المنهجية )**

فيها يشرع في المقارنة الكلية وبالتالي استخلاص أوجه الشبه والاختلاف وأسباب ذلك وعليه أن يعرض الباحث رأيه في الموضوع الذي قد يكون متفقاً مع أحد الأنظمة أو رأي توفيقى ولكن مع تعليل قانوني موضوعي.

## المبحث الثاني:

### الأنظمة القانونية الكبرى المعاصرة

النظام القانوني هو مجموعة القواعد القانونية التي تضم حل المشاكل التي تعترض مشكل ما، وعرفه Gerard Corru بأنه (مجموعة المعطيات المكونة للقانون سواء كانت شكلية أو موضوعية) وهو اسم يطلق على مجموعة من العلامات المميزة لقانون دولة ما بالمقارنة بدولة أخرى والمتعلقة بالمبادئ والمصادر وطرق التفسير والتوجهات المتعلقة بالقانون نفسه.

وتم تجميع النظم المتشابهة تحت مظلة أكبر تدعى العائلة القانونية، غير أن المختصون في المجال القانوني اعتدوا بعدد محدد من الأنظمة القانونية واختلف الفقهاء في تصنيف الأنظمة القانونية الكبرى الموجودة على المستوى الدولي حسب المعيار المعتمد.

ومن بين الأنظمة القانونية الرئيسية التي تم ادراجها هما العائلتين الكبيرتين ما يسمى بالعائلة الرومانية منتشرة في كل من ( المانيا، النمسا، بلجيكا، اسكتلندا، اسبانيا، فرنسا، إيطاليا، المجر، هولندا، دول الشمال، البرتغال، رومانيا، سويسرا)

وعائلة القانون العام منتشرة في (انجلترا، ايرلندا، الولايات المتحدة) وهي منتشرة في انحاء العالم بمناسبة الاستعمار في افريقيا وامريكا و اسيا، ومن خلال الغزو الثقافي الى جانب ذلك توجد انظمة قانونية لم تأخذ نصيبها من الدراسة كالشريعة الاسلامية و الانظمة الشيوعية والاسيوية مثل الصين والهند واليابان وكذا الانظمة التقليدية والعرفية لأفريقيا الخ.

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

### المطلب الأول: معايير تصنيف الشرائع الوضعية في الأنظمة القانونية الكبرى

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

#### الفرع الأول: المعايير التقليدية

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

#### أولاً: معيار صياغة القواعد القانونية

وتشمل الصياغة الرومانية مثل القانون الفرنسي والقانون اللاتيني يضم القانون الايطالي والقانون الاسباني والقانون الالماني، وشريعة القانون المشترك وتشمل القانون الانجليزي والقانون الامريكي، والشريعة الاسلامية والتي تختلف عن كل الشرائع الأخرى بل هي شريعة مستقلة قائمة بذاتها.

وقد انتقد هذا المعيار وأسقط كل الشرائع الاسيوية مثل القانون الهندي والصيني والياباني وغيرها.

كما جمع القوانين الاشتراكية المتمثلة في الجمهوريات السوفياتية والقوانين الغربية معا رغم الاختلاف الكبير بينهم.

ثانيا: معيار الإجناس:

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

✓ شريعة الشعوب الآرية: (الآريون أو الآرية مصطلح استخدمته الشعوب الهندو إيرانيون في العصور القديمة كتسمية ذاتية، على عكس الشعوب «غير الهندو الآرية» أو «غير الإيرانية». استخدمت الشعوب الإيرانية القديمة مصطلح «آريا» كعلامة عرقية لأنفسهم وفي إشارة إلى وطنهم الأسطوري "Airyanem Vaejah" في كتب آفستا المقدسة. يشكل الجذر أيضاً المصدر الاشتقاقي لأسماء الأماكن إيران وألانيا.)

✓ شريعة الشعوب السامية: (الساميون («سام») من الكتاب المقدس، بالعبرية: שָׁמַיִם) هو مصطلح يصف أي مجموعة أثنية أو ثقافية أو عرقية تتحدث باللغات السامية. (1)(2) فلقد اصطلح المؤرخون في هذا العصر أن يسموا الشعوب التي تتفاهم بالعربية والعبرانية والسريانية والحبشية والتي كانت تتفاهم بالفينيقية والآشورية والآرامية «شعوباً سامية» نسبة إلى سام بن نوح عليه السلام، لأن هذه الأمم جاء في التوراة أنها من نسله وسموا لغتهم اللغات السامية. وقد استخدم المصطلح لأول مرة في العقد 1770 من أعضاء مدرسة غوتنغن للتاريخ والذين اشتقوه من سام واحد من أبناء نوح الثلاثة في سفر التكوين. على أي حال، في علم الآثار، يُستخدم هذا المصطلح بشكل غير رسمي ليشير إلى نوع من الروابط التي جمعت الشعوب القديمة المتحدثة باللغات السامية. (3) ويرى أحد الباحثين أن إطلاق تسمية «اللغات العربية» على اللغات السامية و«الأقوام العربية» على الأقوام السامية - التي يعود أصلها إلى شبه الجزيرة العربية وأطرافها - سيكون أقرب إلى الصواب، لكن اختصاص هذه الأقوام كلٌ باسمٍ معينٍ سيجعل تسمية الساميين بالعرب غير دقيقة تاريخياً.)

✓ شريعة الشعوب المغولية: المَعُول هم شعب شمال شرق آسيوي ومن الشعوب القبلية وثيقة الصلة والتي تعيش بشكل رئيسي على الهضبة المنغولية وتتشارك لغة مشتركة

وتقاليد بدوية. وطنهم مقسم الآن إلى دولة منغوليا المستقلة (منغوليا الخارجية) ومنطقة منغوليا الداخلية ذاتية الحكم في دولة الصين وجنوب روسيا ينقسم المغول حاليًا ما بين ثلاث دول منغوليا والصين (إقليم منغوليا الداخلية)، وجنوب روسيا ويتواجد المغول في أفغانستان، قبيلة مغوليون، ويبلغ عددهم هناك نحو 5 ملايين نسمة، ويبلغ عدد المغول في الصين نحو 6 ملايين نسمة، وفي منغوليا نحو 3 ملايين نسمة، وفي روسيا مليون نسمة.

بعض القبائل المغولية ذابت وسط الشعوب الصينية والتركية خصوصًا شعب الكازاخ مثل قبيلة النايمان، وقبيلة بارلاس (قبيلة تيمور لنك) هي قبيلة مغولية دعمت جنكيز خان في حروبه وذابت وسط الأتراك وتبنت اللغة والقومية التركية.

✓ **شريعة الشعوب الهمجية:** أُستخدم المصطلح من قبل الأوروبيين بشكل أساسي لوصف السكان الأصليين في جميع أنحاء العالم، بما في ذلك سكان أمريكا الشمالية وأمريكا الجنوبية وآسيا وأوقيانوسيا وإفريقيا. يشير استخدامه السائد في اللغة الإنجليزية الأمريكية إلى سكان أمريكا الشمالية الأصليين.، في بعض الأحيان يكون مصطلحًا قانونيًا وعسكريًا واثنيًا،

منذ عام 1776، استخدم الساسة الأمريكيون مصطلح "همجي" للإشارة إلى شعوب أمريكا الشمالية وأمريكا الجنوبية وإفريقيا وآسيا، بالإضافة إلى أولئك المرتبطين بالنازية والشيوعية والإرهاب.

وفقًا للمتحف الوطني للهنود الأمريكيين، فإن الكلمة "كانت تُستخدم لتبرير الاستيلاء على أراضي السكان الأصليين، في بعض الأحيان عن طريق المعاهدات وفي أحيان أخرى عن طريق الإكراه أو الغزو".

وقد انتقد هذا التقسيم على اعتبار انه يقف عاجزا امام تفسير الخلافات القائمة بين قوانين شعوب من جنس واحد كما ان عملية التقسيم الاجناس البشرية قائم على العنصرية المرفوضة عالميا.

### ثالثا: معيار مدى الآخذ بالقانون الروماني:

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

✓ الشرائع التي تأثرت بشكل أساسي بالقانون الروماني وتشمل القانون البلاد الاسكندنافية وقانون روسيا وقانون إنجلترا.

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

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

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

### رابعا: معيار مدى الآخذ بالدين

تم التمييز بين الشرائع على أساس مدى آخذها و تأثرها بالدين وقسمت الشرائع الى مايلي:

✓ شريعة القوانين الغربية التي تدين شعوبها بالمسيحية ولكنها غير متأثرة بالدين.

✓ شريعة القانون السوفياتي الذي تأثر بالمذهب الماركسي المعادي والرافض للأديان.

✓ شرائع القوانين المتأثرة بالدين وتشمل هذه المجموعة الشريعة الإسلامية والقانون الكنسي والقانون الهندي.

وقد انتقد هذا المعيار لأنه جمع بين قوانين الشريعة اللاتينية الجرمانية مع شريعة القانون المشترك رغم الاختلاف الكبير بينهما، كما جمع الشريعة والبوذية في مجموعة واحدة رغم التناقض الموجود بينهما.

#### خامسا: المعيار الجغرافي (الحضاري)

حيث قسم الشرائع العالمية الى:

✓ مجموعة الشرائع الأساسية وتشمل شريعة الرومانية الجرمانية، وشريعة القانون المشترك وشريعة قوانين الدول الاشتراكية

✓ مجموعة الشرائع الثانوية وتشمل القوانين ذات الصبغة الدينية وباقي التشريعات الأخرى.

وقد انتقد هذا المعيار لأنه أدمج بين قوانين دون مراعاة للعامل الحضاري.

#### الفرع الثاني: المعايير الحديثة

نتيجة الانتقادات الكثيرة الموجهة لهذه المعايير التقليدية ظهرت معايير حديثة من شأنها إيجاد تنظيم لهذه القوانين الوضعية ضمن الشرائع الكبرى وقد اقترح بعض الفقهاء عدة معايير أهمها:

#### أولاً: معيار التقارب والتجاوب

وتهدف الى تجميع القوانين التي تربطها عناصر مشتركة.

1- أسس هذا المعيار: يقوم على عدة أسس تتبلور عنه أنظمة قانونية مقارنة أهمها:

• النظام الإجتماعي: حيث يحدد ما هي العوامل المؤثرة في المجتمع فاذا كانت قواعد

دينية هي التي تسود كان مجتمعا دينيا، وغير ذلك يكون مجتمعا لائكيا، وبالنظر الى

تغليب المصلحة العامة على الخاصة فنحن امام قانون ذو نزعة جماعية وإذا غير ذلك

فالقانون ذو نزعة فردية.

• دور القانون ومكانته في المجتمع: فاذا كان القانون يحتل مركزا أساسيا في تنظيم

المجتمع فان هذه الفكرة تتوافر في أنظمة الدول الغربية، اما إذا كان القانون يقتصر دوره

على حفظ النظام الإجتماعي ويساعده الدين فإنها أنظمة قديمة.

• مصادر القواعد القانونية: إذا كانت القواعد القانونية مصدرها الأعراف والعادات فحتمًا تحتاج إلى زمن طويل لتكوينها، وتكون الأعراف أسمى في القانون أما إذا كانت القواعد القانونية تسمو على الأعراف مما يؤدي إلى تقنين تلك القواعد كما أن الإجتهد القضائي يقوم بتطوير القواعد القانونية.

• صياغة القواعد القانونية: إن صياغة القواعد القانونية يترجم مدى الثقافة القانونية التي يتمتع بها المشرع سواء من حيث سلامة هذه القواعد وبينيتها وطريقة اعدادها. مثل ما نلاحظه في القوانين الأوروبية والأمريكية والقوانين الرومانوجرمانية.

### حصر نوع الأنظمة المقارنة تبعاً لمعيار التقارب والتجاوب

واعتماداً على هذا المعيار فإنه يحصرها في مجموعتين الأولى تتضمن قوانين أوروبا وأمريكا والثانية تتضمن قوانين أفريقيا و آسيا.

### ثانياً: معيار دولة القانون

يرى هذا المعيار أن تصنيف القوانين الوضعية داخل الشرائع الكبرى يكون بناءً على مدى تطبيق أسس دولة القانون وما تتضمنه من عناصر (سمو الدستور، الفصل بين السلطات، الخضوع إلى القانون)

### 1) أسس معيار دولة القانون

يقوم معيار دولة القانون على عدة أسس ومنها تتبلور أنظمة قانونية ضمن شرائع معينة وهذه الأسس:

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

### الجانب الأيديولوجي:

**الجانب التاريخي:** حيث نعود إلى مصدر نشأة القاعدة القانونية، ولا تصنف مع أنظمة تقنقد هذه الخاصية

### حصر نوع الأنظمة المقارنة وفقاً لمعيار دولة القانون

حسب هذا المعيار فإنه يحصر الأنظمة في مجموعتين  
تشمل المجموعة الأولى دول أوروبا الغربية والشمالية والجنوبية ماعدا أوروبا الشرقية وفي أمريكا  
الشمالية والجنوبية.  
وتشمل المجموعة الثانية كل الدول التي تخضع قوانينها الى ديانة او أيديولوجية معينة.

### الفصل الثالث:

#### النظام الانجلو سكسوني او القانون المشترك

اذا كان تكوين عائلة القانون الروماني مرتبط ارتباطا وثيقا بالتاريخ والعقيدة فان نشأة اسرة القانون الموحد مرتبط ارتباطا وثيقا بتاريخ العدالة سواء في إنجلترا او في مستعمراتها التي أصبحت دول مستقلة مثل الولايات المتحدة الأمريكية وأستراليا ونيوزيلندا حيث تتماسك بنفس العلاقات الثقافية والقانون الموحد هو من صنع القاضي ولذلك سوف ندرس أولا نشأة تشكيل القانون الإنجليزي والهيكل الحديث للقانون الانجليزي

#### المبحث الأول: نشأة وتشكيل القانون المشترك

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

#### المطلب الاول: المرحلة الأنجلوسكسونية

هي المرحلة التي سبقت الغزو النورماندي، تبدأ من القرن الخامس الميلادي، حين تعرضت إنجلترا الى غزو قبائل جرمانية هي الانجلز والسكسون، التي أزاحت حكم الرومان، الذي امتد ما يزيد عن أربعة قرون، لم تترك هذه المرحلة بصمات واضحة على القانون الإنجليزي، بحكم ان تلك القبائل ظلت على إتصال وثيق بعادات وتقاليدهم الأصليين. باستقرار الانجلز والسكسون في إنجلترا، اعتنقوا المسيحية على أيدي القديس أوغستين، بعدها أصدرت بعض القوانين لتنظيم جانب من علاقاتهم الإجتماعية، وما عدا هذا الجانب، فقد كانت حياتهم تحكمها الأعراف المحلية، وتتنظر في منازعاتها محاكم تسمى محاكم المناطق. لم تكن المحاكم التي أنشئت في هذه الفترة تعرف وسائل التحقيق التي حددها القانون الرماني، كوسيلة التحقيق والاستجواب الشامل بواسطة هيئة من القضاة، وقد كانت وسائل الإثبات لديها بدائية وقاسية، تختارها القبيلة لمعرفة ما إذا كان المتهم بريئاً او مذنباً، من بين هذه الوسائل توجد

وسيلة المحنة التي كان الحكم بواسطتها يعتبر إلهياً،

### بالإضافة الى وسيلتي اليمين والمبارزة.

وبالموازاة مع محاكم المناطق، فقد تم إنشاء محاكم ذات طابع كنسي بعد انتشار المسيحية، تختص بالفصل في بعض المنازعات كالزواج والنسب والوصية والتفريق الجسماني، بالإضافة الى محاكم تجارية تفصل في المعاملات ذات الطابع التجاري، التي تستند عند فصلها في المنازعات الى الأعراف المستقرة في التعامل التجاري.

### المطلب الثاني: مرحلة نشأة النظام القانوني الانجليزي

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

### أولا: مرحلة تكوين الكومن لو

الغزو النورماندي: غزا النورمانديون إنجلترا سنة 1066 بقيادة الأمير ويليام، الذي انتهى على يديه حكم القبائل الانجلوسكسونية، وتأسيس نظام الإقطاع في إنجلترا وقد كان لهذا الغزو أهمية كبرى بحيث اعتبر حدثا أساسيا في تاريخ القانون الإنجليزي، لأن "ويليام الفاتح" أقام في إنجلترا حكما مركزيا قويا غنيا بتجارب الحكم والتسيير التي حملها من "نورمانديا"<sup>(1)</sup>، بحيث اعتبر نفسه المالك الأصلي لأرض إنجلترا التي فتحها، فاختر لنفسه ما شاء من مساحة، ثم قسم

<sup>1</sup> - نورمندي<sup>[1]</sup> أو نورماندي) بالفرنسية(Romandie : (في نورمانديNormaundie : ، باللغة الإنجليزيةNormandy : [ملاحظة 1] هي منطقة جغرافية وثقافية، وتقع في الشمال الغربي لفرنسا ويحدها بحر المانش. مرت المنطقة بعهود تاريخية مختلفة، تخللها عدم الاعتراف بها إداريا بين الثورة الفرنسية عام 1789 والإصلاح الإقليمي لعام 2015. تتطابق الحدود القارية التاريخية لمقاطعة في النظام القديم بإخلاص مع حدود المنطقة الإدارية المعاصرة.

تأسست دوقية نورمندي في نيوستريا على يد رولون، واحتلت منذ عام 911 منطقة الوادي السفلي لنهر السين، ثم بيسين وبلد أوج و Hiémois في عام 924، و Cotentin ، و Avranchin وجزر القناة الإنجليزية. في عام 1066، غزا وليام الفاتح دوق نورمندي إنجلترا وأصبح ملكا. بعد قرن ونصف من الزمان، في عام 1204، قام ملك فرنسا فيليب أوغسطس بغزو الدوقية ودمجها في ملكه، باستثناء الجزء المعزول الذي يشكل حراس جيرنسي، والتي ظلت في ظل التاج البريطاني. أصبح البر القاري مقاطعة فرنسية. حتى عام 1790، بينما ظلت جزر القنال تحت سيادة ملوك بريطانيا العظمى تحت عنوان «دوق نورمندي».

الباقي منها الى مساحات صغيرة. وزعها على الرؤساء النورمانديين، وكان الهدف من توزيع مساحات صغيرة هو ألا يكتسب الإقطاعيون نفوذا ولا يكون بينهم قوي يمكن ان ينافس، علما ان هذه الإقطاعات كانت تخضع لنظام حكم عسكري مرتبط به مباشرة.

### المحاكم الملكية ودورها في تكوين الكومن لو:

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

للإشارة، فإن هذه المحاكم قد اعتبرت محاكم استثنائية بحكم أن اختصاصاتها قد تحددت بمنازعات معينة بدقة، أما المحاكم ذات الولاية العامة فهي محاكم المناطق ومحاكم الإقطاع، التي كانت تفصل في المنازعات استنادا الى الأعراف المحلية. بسبب تعدد و تنوع أنواع المحاكم وتداخل صلاحياتها، فقد كان أمل الملوك الذين حكموا بريطانيا ابتداء من ويليام الفاتح، أن يكون لإنجلترا قانون واحد يخضع له جميع أفراد الشعب، وأن يؤسسوا نظاما قضائيا موحدًا يحل محل مختلف أنواع المحاكم مثل محاكم المناطق و المحاكم الكنسية، وخاصة محاكم الإقطاع التي منحت الإقطاعيين نفوذا مبالغا فيه، من أجل ذلك بادروا الى توسيع صلاحيات المحاكم الملكية بشكل لا يوجب سخط الإقطاعيين عليهم، فمنحوا لأنفسهم حق الاستجابة لمن يتقدم إليهم من أجل دفع الظلم عنه، فكان إذا لجأ شخص الى الملك يلتمس منه

إنصافه من خصم بخصوص اعتداء خطير، يصدر الملك أمراً كتابياً يأمر فيه المدعى عليه بالمثل أمام المجلس، فإن حضر المجلس، حكم الملك بضميره دون مراعاة للأعراف إذا كانت لا تتسجم ومقتضيات العدل الذي يوحي به ضميره، فإن رفض المثل فبإمكان الملك أن يأمر بإحضاره قسراً ويحاكم بتهمة عصيان أمر الملك.

### الإجراءات القضائية ودورها في معالجة جمود الكومن لو

لعبت الإجراءات دوراً أساسياً في إعادة أساسيات الكومن لو والتخفيف من الجمود الذي حل به وعرقلة تطوره، وجعلت اهتمام رجال القانون بها يفوق اهتمامهم بأصل الحق في الدعوى، حتى قيل إن الإجراءات تتقدم على الحق، يظهر ذلك بوضوح أنه حين عجزت المحاكم الملكية عن الفصل في المنازعات الجديدة إلا إذا كانت متشابهة بقضايا سبق أن صدر فيها أمر سابق على صدور مرسوم وستمينستر الثاني<sup>1</sup>، اهتدى رجال القانون إلى وسائل تقنية تمكنهم من استخلاص الشبه بين القضايا السابقة والقضايا الجديدة. مثال ذلك قضية الإخلال بتنفيذ العقد، فبحكم أن هذه القضية لم تكن قد صدر بشأنها أحكام كتابية، فإن المحاكم الملكية لم يكن من اختصاصها الفصل فيها، وقد ظل الفصل فيها من اختصاص عدة محاكم، بحيث تختص فيها محاكم الإقطاع ومحاكم المناطق لما يكون العقد مدنياً، وتتنظر فيها المحاكم الكنسية إذا اقتصر الإثبات فيها على اليمين، بينما تتنظر فيها المحاكم التجارية إذا كان أصل العقد هو تعامل تجاري.

<sup>1</sup> - تشريع وستمنستر لعام 1931 هو قانون صادر عن برلمان المملكة المتحدة، إذ تعتبر إصدارته المعدلة قانوناً محلياً في أستراليا وكندا في يومنا هذا. ألغى هذا التشريع في نيوزيلندا وضمنياً في دول الدومينيون السابقة التي لم تعد جزءاً من عالم كومنولث. صدر هذا التشريع في 11 ديسمبر من عام 1931، إذ كان فعالاً كقانون فوري أو إقراره، إذ أسس الاستقلال التشريعي لدول الدومينيون المتمتعة بالحكم الذاتي بعيداً عن المملكة المتحدة، وألزم جميع هذه الدول بالحصول على موافقة بعضهم البعض فيما يخص التغييرات في الصكوك الملكية والمعايير الموحدة للخلافة الملكية. أصبح هذا التشريع تجسيدا قانونياً لمبادئ المساواة والولاء المشترك للتاج البريطاني المنصوص عليها في إعلان بلفور لعام 1926. ألغى هذا التشريع سلطة البرلمان التشريعية بأكملها تقريباً على دول الدومينيون، الأمر الذي أدى إلى جعل دول الدومينيون دولاً ذات سيادة إلى حد كبير بحكم حقها الشخصي. اعتبر هذا التشريع بمثابة خطوة حاسمة في عملية تكوين دول الدومينيون بصفتها دولاً منفصلة