ثانيا: مرحلة العدالة

تعتبر قواعد العدالة عنصرا جوهريا ودعامة أساسية يتشكل منها النظام القانوني الإنجليزي، وعليه فسندرسها في ثلاثة نقاط على التوالي من حيث ظروف تشكلها، أهميتها والتمييز بينها وبين الكومن لو، مع تطور الزمن جمد القانون الإنجليزي في حدود القضايا التي سبق أن قضت فيها المحاكم الملكية، ولم تفلح قواعده في مسايرة القضايا المستجدة.

وكان هذا الوضع نتيجة حتمية للدقة المبالغ فيها في الإجراءات الشكلية التي رفعت من درجة تعقيد القضايا، وإحتمال ضياع الحق المرتبط بها، فضلا عن ارتفاع تكاليف التقاضي التي أرهقت المتقاضين، مما أدى الى تحول المتقاضين من جديد إلى الملك يلتمسون منه العدل، وأخذ الملك يتقبل الالتماسات التي تقدم إليه ويقضي فيها بالعدالة المطلقة التي تنبع من ضميره دون التقيد بأحكام القانون وإجراءاته.

فكان المستشار إذا تلقى الالتماس، أحال صورة منه الى الخصم مذيلا بأمر منه يدعوه للحضور أمامه في وقت محدد، فإذا امتنع عن الحضور تتم متابعته بجريمة العصيان، ويحكم عليه بغرامة باهضة، وإذا امتثل للحضور، فعليه ان يجيب على ما ورد في الشكوى التي قدمها خصمه ويحلف اليمين على صدقه فيما يقول.

التمييز بين الكومن لو والعدالة:

يمكن التمييز بين الدعاميتين من خلال الزوايا التالية:

1) **من حيث التعريف:** العدالة هي مجموع القواعد التي أقرتها محكمة المستشار ابتداء من 1485 وطبقتها لسد بعض ثغرات الكومن لو وإصلاح ما كان يظهر فيه من عيوب، أما الكومن لو فهو المنهج القانوني الذي تكون في إنجلترا منذ الغزو النورماندي 1066، والمنبثق عن أحكام المحاكم الملكية.
2) **من حيث الإجراءات:** تتميز الإجراءات المتبعة في قواعد العدالة بأنها كتابية وتحقيقية، مع غياب هيئة المحلفين، خلافا للإجراءات لدى الكومن لو التي تتميز بأنها شفوية ووجاهية، مع اعتماد هيئة المحلفين.
3) **من حيث مضمون الحكم:** تكتفي محاكم الكمون لو بالحكم بالتعويض على خاسر الدعوى، بينما تلزم محاكم العدالة المدعى عليه الذي خسر الدعوى بالتنفيذ العيني.
4) **من حيث المصطلحات المستعملة:** تعبر محاكم الكومن لو عن النزاع المرفوع بين الأطراف باستعمال مصطلح " دعوى" بينما تسميه محاكم العدالة" الشكوى"، كما أن محاكم الكومنلو تستعمل عبارة "الحق " التي تعبر عنها محكمة المستشار باستعمال كلمة "مصلحة" أما

مصطلح " الحكم " الذي تستخدمه محاكم الكومن لو، فإن محكمة المستشار تستخدم بدلا عنه مصطلح "أمر".

المطلب الثالث: مرحلة العصر الحديث

أدت ازدواجية القضاء في إنجلترا الى وضع صعب فيه على المتقاضين معرفة الجهة القضائية المختصة بالفصل في منازعاتهم، وقد أدى تأثير الأفكار الديمقراطية على المجتمع الإنجليزي من جهة، ودخول بريطانيا السوق الأوروبية المشتركة من جهة ثانية الى ظهور بوادر تغيير النظام القانوني الإنجليزي على المستويين القضائي والتشريعي.

الفرع الأول: مظاهر التغيير على مستوى التنظيم القضائي

ظهرت بوادر التبديل منذ 1873 تاريخ صدور قانون التنظيم القضائي، الذي ألغى التمييز بين المحاكم الملكية من حيث الاختصاص، وبينها وبين محكمة العدالة، وأصبح للمتقاضين حق اختيار الجهة القضائية التي يرفعون دعواهم أمامها، غير أن هذا الأمر منح قواعد العدالة أولوية التطبيق في حالة ما إذا تعارضت قواعد الكومن لو معها وفي نفس السياق، تم تعديل صلاحيات الهيئات القضائية المحلية التي تختص كمحكمة درجة أولى بالنظر في جميع الدعوى، واستمرت حركة التحديث لتطال القواعد الإجرائية من أجل تبسيطها، وتم إنشاء هيئة النيابة العامة بموجب تعديل 1985، كما دعم التعديل الجديد عملية التمييز بين الأدلة التي يجب اعتمادها للإثبات في القضايا الجزائية وتلك التي تعتمد للإثبات في القضايا المدينة.

الفرع الثاني: مظاهر التغيير على مستوى التشريع

تم استبعاد القوانين غير المعمول بها والحلول القديمة التي لم تعد تتلاءم مع ضرورات العصر، وفي نفس الوقت تم تنسيق الأحكام العمول بها وتصنيفها بترتيب في مجموعات منها التقارير القانونية ومجموعة القوانين الانجليزية، كما أن بنية القانون الإنجليزي تختلف عن بنية القوانين ذات الأصول الأخرى، ذلك أن النظام الإنجليزي لا يعترف بتقسيم القانون الى عام وخاص، وإنما يقسمه الى كومن لو وعدالة، وفضلا عن اختلاف مفاهيمه ومصطلحاته فإن مفهوم القاعدة القانونية يدل على غير ما يدل عليه مفهومها في الأنظمة الأخرى، فهي تصدر عن القضاء وهي أقل عمومية وتجريدا، كما أنها خالية من التمييز بين الآمر منها والمتمم، خلافا للقاعدة القانونية في النظام اللاتيني التي تصدر عن المشرع، وهي عامة ومجردة، وهي آمرة أو متممة.

المبحث الثاني:

مصادر القانـــــون الإنجليـــــزي

القانون الإنجليزي يختلف كل الاختلاف عن كل القوانين الأخرى من حيث بنيته واصوله فهو لا يعترف بتقسيم القانون الى عام وخاص بل يقسمه الى القانون المشترك والعدالة فالمصدر الأساسي في هذا النظام هو القضاء ثم يليه التشريع ثم العرف والفقه.

المطلب الأول: القضاء (السابقة القضائية)

يفرض البحث في موضوع القضاء كمصدر من مصادر القانون في إنجلترا دراسة التنظيم القضائي والأحكام القضائية في فرعين على التوالي

الفرع الأول: التنظيم القضائي

يقوم التنظيم القضائي في انجلترا على وجود نوعين من الهيئات القضائية:

أولا: الهيئات القضائية الدنيا: وهي محاكم درجة أولى وذات الإختصاص الواسع تختص بالنظر في القضايا المدنية، والقضايا الجزائية، تتكون من المحاكم المدنية والتجارية وهي تنظر في قضايا الأموال العقارية والقضايا العقدية والمسؤولية المدنية، فالمحاكم المختصة بنظر المسائل المدنية تسمى محاكم المناطق، قضاتها هم محامون في الأصل، تنعقد بقاض واحد

أما المحاكم الجزائية فهي تفصل في القضايا الجزائية والمخالفات البسيطة التي لا تتجاوز عقوبة الحبس فيها ستة أشهر، بمشاركة مواطنين عاديين يختارون من بين التجار والمهنيين...

وإذا كان من طبيعة بنية وتشكيل القانون الانجليزي أن يغيب فيه القضاء الإداري، فإنه يلاحظ تأثر الفكر القانوني في بريطانيا بالنموذج الفرنسي، ودعوة الفقه الى نوع من التقارب بين نظام القضاء الموحد والنظام القضائي المزدوج، تكلل في 2000 بإنشاء بعض الهيئات القضائية متخصصة في المسائل ذات الطابع الإداري ضمن المحكمة العليا وقد أنشئ بشأنها هيئات شبه قضائية تسمى محكمة أو لجنة وتعمل تحت رقابة المحكمة العليا للعدالة.

ثانيا- الهيئات القضائية العليا: هي امتداد للهيئات القضائية التي تم إدخال إصلاحات جوهرية عليها بموجب اوامر التنظيم القضائي الصادرة بين 1873 و 1874، وإعادة إصلاحها بموجب تعديل 1971، وهي تتكون من:

1- المحكمة العليا للقضاء: تتكون من 03 محاكم وهي :

أ- **محكمة العدل العليا:** تتعامل المحكمة العليا في المقام الأول مع جميع قضايا القانون المدني (غير الجنائية) عالية القيمة والأهمية، وتمتلك أيضًا سلطة قضائية إشرافية على جميع المحاكم والهيئات

القضائية الفرعية، تتألف المحكمة العليا من ثلاث دوائر: **دائرة** محكمة الملك، **دائرة** إدارة التركات والشركات وحقوق البراءة وعقود المبيع، و**دائرة** الأسرة.

تُجرى أغلب مناقشات المحكمة العليا بوجود قاضي واحد، وهي ملزمة بقرارتها السابقة عادة ما تقدم المحكمة العليا استئنافها في المسائل المدنية أمام محكمة الاستئناف، ومن ثم أمام محكمة العدل العليا؛ في بعض القضايا يمكن أن يقدم استئناف «طعن» مباشرة إلى محكمة العدل العليا في المسائل الجنائية، تقدم دائرة محكمة الملك استئنافها مباشرة إلى محكمة العدل العليا.

ب- محكمة التاج: أنشئت بموجب تعديل 1971 للنظر في القضايا الجنائية، تفصل بواسطة قاضي يمكنه الاستعانة بمحلفين.

ب- محكمة الاستئناف: تتكون من:

القسم المدني: الذي يفصل في الطعون المرفوعة ضد أحكام محاكم الدرجة الأولى وأحكام محكمة العدل العليا،

القسم الجزائي: الذي يفصل في الطعون المرفوعة استئنافا ضد أحكام محكمة التاج.

تعتبر السوابق التي تتخذها ملزمة لها وللمحاكم أقل درجة

ثانيا- مجلس اللوردات (المحكمة العليا للمملكة المتحدة): كان مجلس اللوردات يتمتع باختصاص قضائي واختصاص تشريعي، وقد تم إصلاح اختصاصه بموجب تعديل 2005 الذي غير إسمه من غرفة اللوردات الى المحكمة العليا للمملكة المتحدة، وجعل اختصاصه مقتصرا على الوظيفة القضائية.

تختص هذه الهيئة بنظر الاستئنافات المرفوعة ضد أحكام محكمة الاستئناف وكذا أحكام المحكمة العليا للعدالة دون المرور على محكمة الاستئناف إذا كانت القضايا ذات أهمية متميزة تعتبر المحكمة العليا للمملكة المتحدة على قمة الهرم في النظام القضائي الإنجليزي، تتشكل من اثني عشر قاضيا مستقلا عن الحكومة والبرلمان ، وتنظر هذه المحكمة في الاستئناف بصفة نهائية، تعطي رأيها حول دستورية القوانين التي يصوت عليها البرلمان، وتعد قراراتها ملزمة للمحاكم الإنجليزية كافة، -وقد حلت هذه الهيئة القضائية محل لجنة الطعن العليا بمجلس اللوردات سابقا كما وضحنا اعلاه-.

الفرع الثاني: الأحكام القضائية (السابقة القضائية)

السابقة القضائية هي حل فوري قضائي لنزاع ما، والمبدأ أن هذه الاحكام تصير ملزمة بالنسبة للمحاكم الادنى وقد حدد الالتزام بالسوابق القضائية منذ زمن بيد بجملة من الضوابط، مفادها ان الاحكام الصادرة عن مجلس اللوردات تعتبر سوابق ملزمة لجميع أنواع المحاكم، وان الأحكام الصادرة عن محكمة الاستئناف تعتبر سوابق ملزمة للمحكمة نفسها ولجميع من دونها من المحاكم.

ورغم ان الاحكام الصادرة عن المحكمة العليا لا تعتبر ملزمة للمحاكم الدنيا، إلا انها تحظى بقدر من التقدير، وغالبا ما تأخذ بها الدوائر المختلفة لهذه المحكمة.

من المعلوم ان الحكم القضائي في انجلترا يتكون من منطوق فقط، والقاضي غير ملزم بتسبيب حكمه، فهو يحكم وليس عليه أن يعلل، خلافا للحكم في النظام اللاتيني الذي يتكون من أسباب ومنطوق.

غير أن العادة جرت أن القاضي بعد أن يحكم يقوم بتفصيل الحكم وبيان السبب المنطقي الذي استند إليه في حكمه، ويسمى هذا التسبيب **حكمة القرار**، ويعتبر هذا التسبيب قاعدة قانونية، ومن مجموعها تتألف السوابق القضائية.

ويمكن للقاضي ان يقتبس السابقة والاستشهاد مباشرة، او أن يستخلصها عن طريق الاستنتاج العقلي او القياس فوظيفة القاضي في النظام الانجليزي إذن لا تنطبق على تطبيق القانون بل تمتد غلى وظيفة تشريعية وهي إنشاء القاعدة القانونية.

المطلب الثاني: التشريع

يعتبر التشريع مكملا للبنية القانونية المتكونة أساسا من القضاء ومهما كانت مستويات التشريع ومهما كان مكتوبا ام عرفيا فان وظيفته حماية الحقوق الأساسية والحد من تعسف السلطات ولا يأخذ التشريع الصفة الملزمة الا بعد تطبيقه من طرف القضاة .

يسمى التشريع في إنجلترا القانون المدون تمييزا له عن الكومن لو، ويسمى كذلك القانون البرلماني تمييزا له القانون القضائي، ويشتمل على القانون نفسه وعلى القواعد التنظيمية المختلفة التي تصدرها السلطة التنفيذية لتنفيذ القانون.

ان التقنية المستعملة في وضع القاعدة القانونية يغلب عليها الطابع التقني حيث يحرر النص القانوني بصورة مفصلة ودقيقة من فقرات وبنود. غير أن العادة جرت أن القاضي بعد أن موقف القاضي الانجليزي من القانون: يعتبر القاضي القانون صادر من هيئية عليا لدى يحترمه وفي نفس الوقت يرى بانه مصحح ومكمل لقاعدة وضعت من طرف سابقيه أي انه مجرد تكريس للسوابق القضائية.

الفرع الأول: مكانة التشريع حسب النظرية الكلاسيكية

يعتبر التشريع في إنجلترا حسب النظرية الكلاسكية مصدرا ثانويا للقانون، لأنه لا يشكل بالنسبة لهذه النظرية إلا أداة لتصحيح الهيكل الأساسي للقانون الانجليزي الذي يتألف أصلا من القانون القضائي، وانطلاقا من هذه النظرية، فإن رجال القانون إذا أرادوا التعرف على قاعدة قانونية، فإنهم يرجعون إليها

في الأحكام القضائية التي طبقتها، فإنهم لا يعتدون بالقاعدة القانونية التي أصدرها المشرع إلا إذا تولى القضاء تطبيقها وأعاد صياغتها بموجب أحكام قضائية.

الفرع الثاني: مكانة التشريع حسب النظرية الحديثة

اعترفت النظرية الحديثة بالطابع التشريعي للقانون الإنجليزي، نظرا للدور الحيوي الذي أصبح يؤديه في ظل نشاط حركة التشريع في مجالات متعددة لتنظيم قطاعات واسعة في مجال الاقتصادي والاجتماعي.

المطلب الثالث: العرف

يحتل العرف المرتبة الثالثة في تدرج مصادر القانون الانجليزي على الرغم من انه لعب دورا هاما في بداية نشأة القانون الإنجليزي، غير أن مكانته تراجعت، ولم يعد له إلا دور ثانوي.

الفرع الأول: مكانة العرف عند نشأة القانون الإنجليزي

كان القانون الإنجليزي عرفيا وقد استعان أثناء نشأته في العهد الأنجلوسكسوني بالكثير من الأعراف المحلية، ولم تكن محاكم وستمنستر تهمل الأعراف المحلية حين الفصل في المنازعات التي تثور بين الافراد، وقد نشأت الكثير من قواعد القانون ذات المصدر العرفي.

الفرع الثاني: مكانة العرف كمصدر للقانون الإنجليزي في العصر الحديث

رغم اعتماد القانون الإنجليزي على العرف كمصدر للقانون، غير أنه لم يتكون من الأعراف وإنما تشكل على المدى الطويل من أحكام القضاء.

إن العرف لا يعدو أن يكون مصدرا احتياطيا من مصادر القانون الإنجليزي، لأن القضاة لم يعتمدوا إلا على الأعراف المستقرة في المعاملات التجارية، ولا يتبنون منها إلا ما يعتقدون أنه يحقق العدل المستوحى من ضمير الملك، ويحكمون العقل والمنطق في استخلاصه.

المبحث الثالث:

خصائص القانون الإنجليزي

يتميز بعدة خصائص أهمها

عدم التقنين: معظمه غير مقنن في مدونات قانونية بخلاف الأنظمة الأخرى غير أن هذا الامر ليس على اطلاقه فمثلا القانون الإداري في فرنسا غير مقنن في حين ان بعض موضوعات القانون الانجليزي مقننة كقانون السرقة مثلا.

الطابع القضائي: يعتمد على السوابق القضائية كمصدر أساسي ورسمي لمبادئه ونظرياته حيث ان المحاكم الدنيا تتقيد بأحكام المحاكم الأعلى منها درجة كما تتقيد المحاكم العليا بما سبق.

غلبة الطابع الاجرائي: يهتم بالجوانب العملية أكثر من اهتمامه بالجوانب الشكلية فهو قانون تطبيقي أصلا، لذا فالتأكيد على القضاء مصدر الحق

عدم التأثر بالقانون الروماني: فلم يميز بين القانون العام والقانون الخاص ولا المدني والتجاري فكله يندرج ضمن المجموعة المدنية ويسود فيه نظام القضاء الموحد على أساس ان القضاء الموحد يحقق ضمانا أكبر للأفراد اذ للإدارة عليه ولا يخضع الا لحكم القانون.

الفصل الرابع:

النظام الرومانو جرماني

يسمى بمنهج العائلة الرومانية الجرمانية، نسبة الى القانون الروماني الذي تركت مبادئه بعض بصماها على قواعد القانون سواء من حيث الشكل أو من حيث الموضوع.

تضم هذه العائلة مجموعتين أساسيتين من القوانين، اولهما المجموعة اللاتينية والمتمثلة في النظام القانوني الفرنسي وقوانين البلدان الجرمانية المستمدة منه، على أن التمييز بين النظامين لا يعني التعارض بينهما، فكلاهما يقوم على أساس واحد من المبادئ العامة والقواعد الكلية وتشمل (القوانين الفرنسية والاسبانية والرومانية) لان تأثير القانون الروماني كبير كما تشمل القانون الجرماني (الألمانية والنمساوية والسويسرية) كما تأثر القانون الروماني بالديانة المسيحية.

المبحث الأول:

التكوين التاريخي للنظام القانوني الرومانو جرماني وخصائصه

المطلب الاول: التكوين التاريخي للنظام القانوني الرومانو جرماني

سنقوم بدراسة تكوين المنهج الروماني الجرماني من خلال بحث تكوينه التاريخي وانتشاره داخل وخارج أوربا وبنيته.

الفرع الأول: النشأة

نشأ هذا المنهج في أوربا، ومنها انتشر الى بلدان أخرى، وقد أخذت عناصره تتألف بظهور حركة النهضة التي دعت الى إحياء القانون الروماني وتدريسه في الجامعات الأوربية بين القرنين الثاني عشر والثامن عشر، غير أن الهدف من تدريسه لم يكن يرمي الى تطبيقه وإنما كانت من أجل إحياء الشعور بالقانون باعتباره الأساس الذي يقوم عليه النظام الإجتماعي، وفي نفس الوقت توحيد مفهوم القواعد القانونية ومصطلحاتها من أجل بناء منهج مشترك.

وقد امتزجت قواعده المستمدة من الفلسفة اليونانية بالقانون الكنسي والقانون الطبيعي والمذهب الإنساني، وتكون منها منهج موحد من حيث مفهوم القانون ومصطلحاته.

وقد أدى تدريس هذا المنهج في الجامعات الى اعتباره الصورة المثلى التي يمكن الاهتداء بها لتنظيم حياة المجتمع، وقد حققت الغاية من تدريسه بحيث استقرت مفاهيمه، وأخذ يخرج العادات والأعراف من نطاقها الضيق ويحولها الى قواعد قانونية مرنة وقابلة للتطور.

وبظهور حركة التقنين في أوروبا في القرن التاسع عشر، كانت عناصر النهج الروماني الجرماني قد اكتملت، واحتوت المجموعة اللاتينية والمجموعة الجرمانية، اللتان ترتبطان من حيث بينة القانون، مفهوم القاعدة القانونية ومدلول مصطلحاته، كما تشتركان من حيث التصنيف والتقسيم.

الفرع الثاني: انتشار المنهج الروماني الجرماني

انتشر المنهج في أوروبا بصدور القانون المدني الفرنسي، بحيث تبنته بعض الدول مثل بلجيكا واللوكسمبرغ، واقتبسته دول أخرى مثل إيطاليا والنمسا، ثم نشطت بصدور القانون الألماني الدراسة المقارنة، جددت دول أخرى قوانينها المدينة بالاقتباس من أحكامهما.

كما انتشر المنهج عن طريق الاستعمار في افريقيا، أمريكا الشمالية وآسيا، بحيث سادت قوانينه في البلاد المستعمرة، كما أن تدوين هذه القوانين قد ساهم بشكل كبير في نشر المنهج واقتباسه في دول أخرى.

المطلب الثاني: بنية المنهج الروماني الجرماني

تختلف الأنظمة القانونية لدول العائلة الرومانية الجرمانية في مجال القانون العام بسبب اختلاف أنظمتها السياسية والادارية، كما تختلف في مجال القانون الخاص بسبب التفاوت فيها بينها من حيث درجة النمو، ورغم ذلك، فإن هناك تشابه بين قوانينها من حيث العناصر الجوهرية للقانون، خاصة ما يتعلق بتقسيمات القانون وخصائص القاعدة القانونية فيه.

الفرع الأول: التشابه من حيث تقسيمات القانون

تتشابه قوانين العائلة الرومانية الجرمانية من حيث التقسيمات الكبرى وكذا من حيث التقسيمات الفرعية

أولا-التشابه من حيث التقسيمات الأساسية: ينقسم القانون في النظام الروماني الجرماني الى قانون عام وقانون خاص، ويستمد هذا التقسيم مصدره من القانون الروماني، وقد ظل القانون الخاص في أوروبا مهيمنا لزمن طويل، حيث كان القضاة يطبقونه في حسم الخصومات، ونظرا لاتهام القاضي في حياده لما تكون الإدارة طرفا في النزاع، حيث تتعارض مصلحة الأفراد بالمصلحة العامة، فأصبح القاضي يراعي ضرورة التوفيق بيم مصلحة الأفراد الدولة، وتدريجيا نشأت قواعد تخضع الدولة بموجبها للقانون،

وأخذت تنمو الى أن تجسدت فعليا بموجب نشأة مجلس الدولة الفرنسي، ثم انتشرت الى الكثير من الدول الأخرى.

وتحددت فيها بعد كمجموع القواعد التي تحكم سير الهيئات المبتذلة لتحقيق المصلحة العامة، من حيث تنظيمها وسيرها، أما القانون الخاص فهو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات بين الأفراد.

ثانيا- التشابه من حيث التقسيمات الفرعية: تتشابه قوانين المنهج الروماني الجرماني من حيث التقسيمات الفرعية، بحيث ينقسم القانون فيها الى فروع منها القانون الدستوري، القانون الإداري، القانون الدولي العام، القانون المدني، قانون العقوبات، القانون التجاري وغيره، كما تتشابه في النظم والمفاهيم القانونية وفي المصطلحات.

ومرد هذا التشابه بين قوانين المنهج الروماني الجرماني هو وحدة مصدرها المتمثل في القانون الروماني والقانون الكنسي، ورغم ذلك فإن بعض القواعد القانونية لدولة معينة تستمد وجودها من الأعراف المحلية، ما يجعل هذه القواعد مختلفة وغير متشابهة مع قواعد الدول الأخرى، أما القواعد المستمدة من الأعراف الدولية كالقانون التجاري فهي متشابهة، لأن الأعراف التجارية التي تكونت في العصور الوسطى قد عملت المذاهب الفقهية على ربطها بالقانون الروماني، وأدخلتها الدول في تقنينها.

الفرع الثاني: التشابه من حيث خصائص القاعدة القانونية

إضافة الى التشابه في التقسيمات، فإن قوانين المنهج الروماني تتشابه في خصائص القاعدة القانونية، فهي تتميز بالعمومية والتجريد، والغرض منها أن تتحدد على وجه التأكد و الآثار المترتبة على سلوك معين بوصفه لا بذاته، بحيث يكون كل فرد أن يدرك مسبقا نتائج أعماله.

وقد اكتسبت القاعدة القانونية عموميتها وتجريدها بفضل جهود الفقهاء الذين كانوا يضعون للوقائع الملموسة أو المفترضة أحكاما عامة تنطبق عليها، وتشكلت القاعدة القانونية من هذه الأحكام، لتكون قاعدة سلوك عامة وليست لحلول معينة بذاتها.

ويترتب عن صفة العمومية التجريد أن القاعدة في هذا المنهج أقل بكثير منها في منهج الكومن لو، لأن القاعدة بعموميتها تتسع لعدد كبير من الوقائع، ورغم ذلك فإن هذه الخاصية تضفي نوعا من الغموض والإيجاز في قواعد القانون، من أجل ذلك فإن القاضي يتمتع بسلطة تقديرية لإزالة هذا الغموض عن طريق تفسير القاعدة.

المطلب الثالث: خصائص النظام الروماني جرماني

يتميز بخصائص معينة هي:

الفرع الأول: التقنين

هو ادماج القواعد الخاصة بفرع من فروع القانون بعد ان ترتب وتبوب ويرفع ما عليه من تناقض في مدونة واحدة تصدر عن هيئة مختصة في التشريع في شكل قانون لكي تسهل تطبيقها ومعرفتها وكذا توحيد القانون في الدولة، من شانه تحقيق المساواة بين الافراد في المجتمع، وللتقنين أصول حيث يتجنب التعريفات كما يتجنب الخوض في التفصيلات ويقتصر على وضع قواعد عامة ومعايير قانونية تكون من المرونة بحيث تترك للقاضي عند تطبيقها اختيار الحلول المناسبة لظروف كل قضية.

الفرع الثاني: التأثر بالقانون الروماني

اهتم الرومان بالتشريع وأشهر مجموعاتهم الأولى (الالواح الاثنى عشر) التي تم تجميع القواعد العرفية عام 452 ق.م وتم إعلانها امام الجمهور لتصبح علنية وفي عهد الامبراطور جوستينيان وضع مجموعة قانونية تتمثل في مجموعة الدساتير Codex ومجموعة النظم Institutes والموسوعة Digests ومجموعة الدساتير الجديدة Norelles رغم أن الاحكام لم تكن وفق تقنيات ملزمة بل كانت تعتمد على العدالة، وسادت فكرة مقتضاها ان العدالة لا يمكن ان تستمد الا من القانون الروماني من حيث الشكل او الموضوع وهكذا كانت الغلبة للقانون الروماني فقد تبنت مجموعة نابليون شروحات وكتابات شراح القانون الروماني فتحول القانون الروماني الى مصدر تاريخي لقانون نابليون وغيرها من الدول.

الفرع الثالث: الازدواج القضائي

أي القضاء العادي يفصل في المنازعات التي تنشا بين الافراد، والقضاء الإداري يفصل في القضايا التي تنشا بين الإدارة العامة والأفراد وهذا الطرح لرجال الثورة الفرنسية لمبدأ الفصل بين السلطات.

المبحث الثاني

مصادر القاعدة القانونية

مصادر القانون في المنهج الروماني الجرماني هي التشريع، العرف، القضاء والفقه.

المطلب الأول: التشريع كمصدر للقانون

يعتبر التشريع أفضل الوسائل لتحقيق العدل، ويقصد به القواعد القانونية المكتوبة، سواء كانت دساتير مصدرها السلطة التأسيسية، او قوانين مصدرها السلطة التشريعية او كانت لوائح وتنظيمات السلطة التنفيذية.

الفرع الأول: الدستور

يتدرج التشريع بمفهومه الواسع في قوانين المنهج الروماني الجرماني من حيث قوته، بحيث يوجد الدستور في أعلى مراتب التشريع، ويسمو على بقية النصوص التشريعية الأخرى سموا شكليا وموضوعيا، ويتحقق

مبدأ سمو الدستور عن طريق رقابة مدى دستورية القوانين، بأساليب تختلف من دولة لأخرى، سواء عن طريق الرقابة السياسية بواسطة مجلس دستوري او عن طريق الرقابة القضائية، مع اختلاف في تشكيلة الهيئة المكلفة بالرقابة وفي اختصاصاتها وكيفيات إخطارها.

الفرع الثاني: التشريع العادي

يسمى القانون بمفهومه الدقيق، وهو مجموع القواعد الق'انونية التي تنظم العلاقات بين الأشخاص، والصادرة عن السلطة التشريعية، وفقا للإجراءات التي يحددها الدستور، كالقانون المدني، القانون التجاري والقانون الإداري وغيره.

ظهرت القوانين بهذا المفهوم في أوروبا مع حركة التقنين التي بدأت في فرنسا في القرن التاسع عشر، ثم انتشرت بعد ذلك في الكثير من بلاد المنهج الروماني الجرماني.

الفرع الثالث: التشريع الفرعي

الى جانب التشريع، توجد قواعد عامة ومجردة تصدر عن السلطة التنفيذية في مجال اختصاصها، وتسمى التشريع الفرعي، تمييزا لها عن التشريع العادي، وتسمى في بعض الدول مراسيم او أنظمة ولوائح، وتخضع للرقابة القضائية، بهدف ضمان احترامها لمبدأ المشروعية، مع اختلاف في الجهة القضائية المختصة بممارسة هذه الرقابة من دولة لأخرى، بحسب طبيعة النظام القضائي السائد في الدولة.

تعهد بعض الأنظمة القانونية في المنهج الروماني الجرماني سلطة إصدار التشريع الفرعي لرئيس الجمهورية بموجب سلكته التنظيمية، وكذا بمقتضى ما يتمتع به من سلطة التشريع بأوامر في ظروف خاصة، كما تعهد هذه السلطة الى غيره من أعضاء السلطة التنفيذية بشروط وإجراءات مختلفة.

المطلب الثاني: العرف كمصدر للقانون

يعتبر العرف مصدرا من مصادر القانون في النظام الروماني الجرماني، غير أن أهميته ومدى تأثيره على تشكيل القانون تختلف باختلاف نوع العرف.

الفرع الأول: أهمية العرف كمصدر للقانون في النظام الروماني الجرماني

اختلف الفقهاء في مدى أهمية العرف ودوره في تشكيل قواعد القانون في النظام الروماني الجرماني، فبينما يرى رواد المدرسة الاجتماعية أنه يقوم بدور أساسي في تشكيل القانون، على أساس ان المشرع والفقيه يتأثران حتما بأعراف المجتمع حين يتدخلون لتقرير القاعدة القانونية، يذهب فقهاء المدرسة الوضعية الى التقليل من دور العرف بعد ظهور حركة التقنين.

الفرع الثاني: أنواع العرف ودورها في تشكيل قواعد القانون

فصل الفقهاء في أنواع العرف ودورها في عملية التشريع، وتوصلوا الى أن العرف المساعد للتشريع يقوم بدور هام في تشكيل القانون، لأن المشرع يصوغ القاعدة بشكل مرن تترك مجالا للرأي عند تطبيقها، اما العرف المكمل للتشريع فهو الذي يمدنا بالقاعدة ابتداء لتنظيم حالة لم يرد بشأنها نص تشريعي فيتولى العرف– تنظيمها وتكون وظيفته سد النقص في التشريع.

المطلب الثالث: القضاء كمصدر للقانون

يساهم القضاء في تكوين قواعد القانون في النظام الرومانو جرماني، غير أن أهميته لا ترقى الى نفس درجة أهمية القضاء كمصدر للقانون في النظام الانجلوسكسوني، وسنتناول هذا المطلب في فرعين كما يلي:

الفرع الأول: الأحكام القضائية

المقصود بالقضاء كمصدر للقانون في النظام الروماني الجرماني هي الأحكام القضائية التي تتولى الهيئات القضائية المختلفة إصدارها تطبيقا للقانون عند فصلها في المنازعات المعروضة عليها.

ومن المعلوم أن الأنظمة الدستورية في الدول التابعة للمنهج الروماني الجرماني تقوم على أساس مبدأ الفصل بين السلطات، الذي بموجبه تقوم السلطة التشريعية بسن القوانين، وتتولى السلطة القضائية تطبيقه على النزاعات المرفوعة إليها.

وقد اختلف الفقه في اعتبار القضاء مصدرا من مصادر القانون في ظل هذا المنهج، بحيث يرى الاتجاه الأول أن وظيفة القاضي لا تقتصر على تطبيق القانون وإنما يمكنه تفسيره في حالة الغموض، وهذا التفسير هو نتيجة حتمية لخاصية العمومية والتجريد التي تتميز بها القاعدة القانونية وي ظل هذه النظام، اذ قد يؤدي التفسير الواسع للقانون الى توسيع مجال تطبيقه ليستوعب حالات جديدة لم ينص عليها القانون فيسد بذلك نقصه.

ويؤدي اضطراد تطبيق القاعدة القضائية الناجمة عن التفسير الواسع الى إنزالها منزلة القاعدة القانونية من حيث عموميتها وتجريدها، وبذلك لا يمكن الإنكار أنها صنع القاضي، لأنها تستمد وجودها وقوتها من القضاء.

اما الاتجاه الثاني فيرى أن وظيفة القاضي تقتصر على تطبيق القانون، وهو حين يفسر القواعد الغامضة ويوسع من مجال تطبيقها، لا ينشئ القانون وإنما يكشف عنها من ثنايا التشريع، مستندا فيذلك الى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

ولا تحظى السوابق القضائية في هذا النظام بنفس درجة الاهمية التي تحظى بها السابقة القضائية في المنهج الانجلوسكسوني، وليست لها قوة قانونية ملزمة، لكنها تتمتع بحجية عامة تختلف من دولة الى أخرى بضوابط يحددها القانون.

الفرع الثاني: التنظيم القضائي

يتشابه التنظيم القضائي عموما في دول المنهج الروماني الجرماني من حيث الخواص العامة المشتركة، أهمها أنه يقوم على تدرج الهيئات القضائية وتخصصها، وسنكتفي بدراسة النموذج الفرنسي بسبب التقارب والتشابه بين الأنظمة القضائية لدول هذا المنهج.

يقوم النظام القضائي الفرنسي على مبدأ الازدواجية ويتكون من القضاء العادي والإداري.

أولا: القضاء العادي: يتكون من الهيئات القضائية أول درجة والهيئات القضائية العليا.

1- الهيئات القضائية لأول درجة: وتتكون من هيئات قضائية مدنية وهيئات قضائية جزائية.

أ- الهيئات القضائية المدنية لأول درجة: تتشكل من عدد من الهيئات القضائية يمكن تعدادها كما يلي:

- **المحكمة الجوارية:** تأسست بموجب القانون المؤرخ في 2002/09/09، وتنعقد بقاض واحد يعينه المجتمع المدني.
- **محكمة التمييز:** تنعقد بعدد من القضاة، وتنظر في بعض القضايا المدنية محددة القيمة وفي مسائل الجنسية ونظام الوصايا.
- **محكمة التمييز الكبرى:** تتشكل من قاض رئيس وقاضيين مساعدين ووكيل الجمهورية، وتنظر في المنازعات المدنية التي تفوق قيمة موضوعاها عشر ألاف يورو، كما تفصل في بعض المسائل الجزائية.
- **المحكمة التجارية:** تختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بتطبيق القانون التجاري، بأحكام قابلة للإستئناف أمام محكمة الاستئناف.
- **المحكمة العمالية:** تنظر في منازعات علاقات العمل.
- **محكمة شؤون الضمان الاجتماعي:** تفصل في المنازعات التي تثور بين المؤمن وهيئات الضمان الاجتماعي، وبين هيئات الضمان الاجتماعي فيما بينها.
- **محكمة منازعات العجز:** تفصل في المنازعات ذات الطابع الطبي كالعجز وعدم التأهيل.

ب-الهيئات القضائية الجزائية لأول درجة: تتشكل من عدد من الهيئات القضائية يمكن تعدادها كما يلي:

- **المحكمة الجوارية:** إضافة الى اختصاصها في المسائل المدنية، فقد تم توسيع اختصاصها بموجب قانون 2005/01/26، لتشمل المسائل الجزائية المتعلقة بالمخالفات الى غاية الدرجة الرابعة، ولا يحكم القاضي فيها الا بالغرامات.
- **محكمة الشرطة:** تنظر في المخالفات من الدرجة الخامسة وفي المخالفات الجمركية.

- **المحكمة التصحيحية:** تفصل في الجنح باستثناء جنح الأحداث وجنح رئيس الجمهورية وأعضاء الحكومة أثناء ممارسة مهامهم
- **محكمة الجنايات:** تفصل في الجنايات وتتشكل من ثلاثة محترفين وتسعة قضاة شعبيين.

2- الهيئات القضائية العليا: وتتكون من:

أ- **محكمة الاستئناف:** تفصل في كل المنازعات المدنية والجزائية التي لا تختص بها المحاكم الدرجة الأولى، باستثناء الجنايات، تتكون من عدد من الغرف.

ب- محكمة الاستئناف للجنايات: أنشئت بموجب القانون المؤرخ في 2000/06/15، تختص بالفصل في استئناف قرارات محكمة الجنايات.

ج- المحكمة الوطنية للعجز: تنظر في الاستئناف المرفوع ضد أحكام محكمة منازعات العجز، وتفصل في منازعات العجز التي لا تختص بها هذه الأخيرة.

د- محكمة النقض: هي أعلى هيئة قضائية، تتشكل من عدد من الغرف، وتنظر في حسن تطبيق القانون.

ثانيا: القضاء الإداري: يتكون من عدد من الهيئات، تتمثل في:

1- مجلس الدولة: يتمتع باختصاصات قضائية كأول وآخر درجة للفصل في المنازعات ضد القرارات الصادرة عن الإدارة المركزية، وباعتباره جهة استئناف، وباعتباره جهة نقض.

2- المجالس الإدارية للاستئناف: استحدثت بموجب قانون 1987/12/31 المتعلق بإصلاح المنازعات الإدارية، وتختص بالنظر في الاستئنافات المرفوعة ضد أحكام المحاكم الإدارية.

3- المحاكم الإدارية: تنظر في الطعون المرفوعة ضد القرارات الصادرة عن الجهات الإدارية المحلية.

4- مجلس المحاسبة: تختص في مراقبة إنفاق الأموال العامة، وهي تخطر الرأي العام، وهي تخطر رأي العام بنتائج رقابتها، كما توجد غرف جهوية وغرف إقليمية للمحاسبة تختص بنفس المسائل على المستوى الجهوي الإقليمي.

5- المجلس التأديبي المالي: يفصل في الدعاوى المرفوعة ضد مسيري الأموال العمومية.

المطلب الرابع: الفقه كمصدر للقانون

اختلفت أهمية الفقه باعتباره مصدرا للقانون عبر العصور، إلا أنه لا يمكن إنكار دوره وأهميته في صنع قواعد القانون.

الفرع الأول: دور الفقه كمصدر للقانون

يساهم الفقه بدور بارز في تطوير القانون من خلال شرح قواعده شرحا عمليا وتقويم النتائج التي ترتبت على تطبيقه، واستخلاص مبادئ عامة يهتدي بها المشرع عند تعديل القانون.

الفرع الثاني: أهمية الفقه كمصدر للقانون

كان للفقه قبل حركة التدوين أهمية كبرى كمصدر للقانون، بحيث لعب في صنع قواعده دورا أساسيا، غير أن قيمته تراجعت، ولم يعد مصدرا رسميا للقانون وإنما أصبح مصدرا تفسيريا، وعليه، فهو يساهم في تعديل القانون وإتمام نقصه عن طريق البحث الدائم والدراسة المقارنة بين مواضع النقص في القانون وما يحتاج منه الى تعديل.

الفصل الخامس

النظام الإســـــــلامي

يصنف الباحثون في مجال القانون المقارن النظام الإسلامي ضمن عائلة القوانين الدينية والاجتماعية، وقد استهوى هذا النظام الكثير من الباحثين الغربيين الذين اقتنع المنصفون منهم ان الشريعة الإسلامية تعتبر مصدرا من مصادر التشريع العام وأنها شريعة حية مرنة قابلة للتطور وأنها قائمة بذاتها ليست مأخوذة من غيرها.

المبحث الأول

مفهوم الشريعة الإسلامية وبيان خصائصها

من مقتضى دراسة هذا المنتج ان نتناوله بالتعريف اولا ثم بيان خصائصه باعتبارها خاتمة للشرائع السماوية ومتميزة عن القوانين الوضعية.

المطلب الاول: مفهوم الشريعة الاسلامية

سنتناول فيهذا المطلب تعريف الشريعة الاسلامية والتمييز بينها وبين الفقه.

الفرع الاول: تعريف الشريعة الاسلامية

هي ما شرع الله تعالى لعباده من الاحكام التي جاء بها بني من الانبياء صلى الله عليهم وعلى نبينا وسلم، سواء كانت متعلقة بكيفية عمل، وتسمى فرعية وعملية، وخصص لها علم الفقه، او بكيفية الاعتقاد وتسمى اصلية او اعتقادية.

ويعرفها الدكتور مصطفى أحمد الزرقا بأنها مجموعة الأوامر والاحكام الاعتقادية والعملية التي يوجب الاسلام تطبيقها لتحقيق أهدافه الإصلاحية في المجتمع.

الفرع الثاني: التمييز بين الشريعة الاسلامية والفقه الاسلامي

الشريعة هي نصوص القرآن الموحى به من الله تعالى الى رسوله محمد صلى الله عليه وسلم، والسنة النبوية، وهي أقوال الرسول صلى الله عليه وسلم وأفعاله التي هي شرح وتفصيل لما أجمله القرآن، وتطبيق عملي لأوامه ونواهيه وإباحاته، باعتبار ان كل ما يصدر عن الرسول صلى الله عليه وسلم يكون متصلا بتفسير الشريعة وتطبيقها وليس من عند نفسه، وإنما هو وحي من الله تعالى وفقا لقوله تعالى : " وما ينطق عن هوى "أما الفقه فهو ما يفهمه العلماء من نصوص الشريعة وما يستنبطونه من تلك النصوص، ويقررونه ويؤصلونه وما يضعون من القواعد المستمدة من دلالات النصوص، فالشريعة الإسلامية معصومة، اما الفقه فهو من عمل الفقهاء.

وعليه يمكن القول التمييز بين الشريعة والفقه من زاوية أن الشريعة أعم وأشمل من الفقه على أساس ان الشريعة تشمل على جميع الأحكام الشرعية المتعلقة بالعقيدة والأخلاق والعبادات والمعاملات، بينما لا يعني الفقه الا بأحكام العبادات والمعاملات.

المطلب الثاني: خصائص الشريعة الإسلامية

تعتبر الشريعة الإسلامية خاتمة للشرائع الإلاهية، ومقتضى جعلها خاتمة للشرائع الإلاهية كمالها وتمامها ووفاؤها بجميع حاجات البشر عبر الأزمنة والأمكنة، قال تعالى: "**اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام دينا**" وللشريعة الاسلامية خصائص تميزها عن غيرها، يمكن إيجاز أهمها فيما يلي:

الفرع الاول: شريعة ربانية

ان جميع الشرائع الوضعية من صناعة البشر، بينما مصدر الشريعة الاسلامية هو الله سبحانه وتعالى، انزلها بعلمه، وليس له في وضعها شريك ولا ظهير، وتتصرف خاصية ربانية الشريعة الاسلامية الى مصدرها وغايتها، فأحكامها تهدف الى ربط الناس بخالقهم، وبناء على ذلك يجب على المؤمن ان يعمل بمقتضاها، قال تعالى: " وما كان لمؤمن ولا مؤمنة اذا قضى الله ورسوله أمرا ان تكون لهم الخيرة من امرهم..."، وقال أيضا: " فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيها شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم جرحا مما قضيت ويسلموا تسليما".

وقد نتج عن خاصية الربانية عدة نتائج، أهمها:

- خلو أحكام الشريعة الإسلامية من أي نقص، لان شارعها هو الله صاحب الكمال المطلق.
- عصمتها من معاني الجور والظلم تأسيسا على عدل الله المطلق.
- قدسية أحكامها عند المؤمن بها إذ يجد في نفسه القدسية والهيبة تجاهها.

الفرع الثاني: الشمول

ان الشريعة الإسلامية نظام شامل من حيث الزمان، فهي لا تقبل نسخا او تعطيلا، وهي الحاكمة الى أن يرث الله الأرض ومن عليها.

وقد تناولت أحكامها جميع شؤون الحياة، فرسمت للإنسان سبيل الإيمان وبينت شروط وتبعات استخلافه، وهي تخاطبه في جميع مراحل حياته، وتحكم جميع علاقاته مع ربه ومع غيره.

وعلى ضوء هذا الشمول، يمكن تقسيم أحكامه الشريعة الى ثلاث مجموعات رئيسية هي:

الأولى: الأحكام المتعلقة بالعقيدة كالإيمان بالله واليوم الآخر.

الثانية: الأحكام المتعلقة بالأخلاق كالصدق والأمانة والوفاء بالعهد.

الثالثة: الاحكام المتعلقة بأقوال الإنسان وأفعاله في علاقاته مع غيره، وتسمى الأحكام العملية.

الفرع الثالث: العالمية

أراد الله تبارك وتعالى أن يكون الدين الإسلامي دينا لجميع البشر على اختلاف أماكنهم وأزمانهم، وأن تسع أحكام الشريعة الإسلامية الحياة الإنسانية جمعاء، لا تحدها حدود جغرافية، فهي نور الله الذي يضئ جميع أرض الله.

وهي شريعة تخاطب جميع الناس بأحكامها، لقوله تعالى: "وما أرسلناك إلا كافة للناس بشيرا ونذيرا ولكن أكثر الناس لا يعلمون"، وقوله تعالى :" قل يا أيها الناس إني رسول الله إليكم جميعا..."، وقوله جل وعلا: " وما أرسلناك الا رحمة للعالمين "، وقوله سبحانه وتعالى : "تبارك الذي نزل الفرقان على عبده ليكون للعالمين نذيرا"

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم:" كان النبي يبعث الى قومه خاصة وبعثت الى الناس عامة".

الفرع الرابع: اليسر ورفع الحرج

تبرز صفة اليسر ورفع الحرج في جميع أحكام الشريعة، وقد نص الشارع الحكيم على هذه الصفة في أكثر من موضع في كتابه الكريم، يقول الله تعالى: " يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر "، ويقول: " ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج "

وقد بلغ يسر الشريعة الى درجة التخفيف من الواجبات عند وجود الحرج والسماح بتناول القدر الضروري من المحرمات عند الحاجة، وكذا إباحة التيمم عند فقدان الماء او عدم القدرة على استعماله، وإباحة الفطر في نهار رمضان للمريض والمسافر.

الفرع الخامس: الجمع بين الثبات والمرونة

جمعت الشريعة بين نوعين من الأحكام، نوع ثابت لا يعتريه تغيير لا بديل باعتباره الأزمنة او الأمكنة، ونوع يخضع لظروف الزمان والمكان والأحوال وتغيير الأعراف، والعادات التي تعتبر المصلحة تابعة مع المحافظة على مبادئ الشرع وقواعده.

قال ابن القيم:" الأحكام نوعان: نوع لا يتغير عن حالة واحدة هو عليها، لا بحسب الأزمنة ولا اجتهاد الأئمة، كوجوب الواجبات، وتحريم المحرمات، والحدود المقدرة بالشرع على الجرائم ونحو ذلك، فهذا لا يتطرق إليه تغيير ولا إجتهاد يخالف ما وضع عليه.

والنوع الثاني: ما يتغير بحسب اقتضاء المصلحة له زمانا ومكانا وحالا، كمقادير التعزيزات، وأجناسها، وصفاتها، فإن الشارع ينوع فيها بحسب المصلحة، فشرع التعزير بالقتل لمدمن الخمر في المرة الرابعة، وعزم على التعزير بتحريق البيوت على المتخلف عن حضور الجماعة لولا ما منعه من تعدي العقوبة الى غير من يستحقها من النساء والذرية، وغزر بحرمان النصيب المستحق من السلب، وأخبر عن تعزيز مانع الزكاة بأخذ شطر ماله، وعزر بالعقوبات المالية في عدة مواضع".

المبحث الثاني

مصادر التشريع الاسلامي ومبادئه

مصادر التشريع الاسلامي المتفق عليها عند أهل السنة أربعة، هي القرآن الكريم، السنة النبوية، الإجماع والقياس، وكلها ترجع الى أصل واحد هو القرآن، لأن حجية السنة المطهرة إنما جاءت من القرآن الكريم، وحجية الإجماع والقياس جاءت من القرآن والسنة.

المطلب الأول: مصادر التشريع الإسلامي

المقصود بمصادر التشريع الإسلامي أدلته التي تقوم عليها أحكامه، وترجع مصادر التشريع الى مصادر أصلية هي الكتاب والسنة، ومصادر تبعية أرشدت إليها نصوص الكتاب والسنة كالقياس والإجماع وغيرها.

الفرع الأول: القرآن

إن المصدر الأساسي للشريعة الإسلامية هو القرآن الكريم، هو كلام الله سبحانه وتعالى المنزل على نبينا محمد صلى الله عليه وسلم، المعجز بنفسه والمتعبد به، "كتاب أحكمت آياته ثم فصلت من لدن حكيم خبير" لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه"، يتميز بجملة من الخصائص أهمها الإعجاز" قل لئن اجتمعت الإنس والجن على أن يأتوا بمثل هذا القرآن لا يأتون بمثله ولوكان بعضهم لبعض طهيرا" كما يتميز بالحفظ والخلود " إنا نحن نزلنا الذكر وإنا له لحافظون"، وبالشمول " ونزلنا عليك الكتاب تبيانا لكل شيء وهدى ورحمة وبشرى للمسلمين".

وقد نظم القرن الكريم الى جانب قسم العبادات كالصلاة والصوم وكل ما يتعلق بتنظيم علاقة الفرد بربه، المعاملات، قسم المعاملات، التي يقصد بها تنظيم علاقات الأفراد فيما بينهم، ويشمل هذا القسم جميع روابط القانون العام والخاص بحسب التقسيم الحديث للقانون.

وتنقسم أحكام المعاملات الى ما يأتي:

أ-الأحكام المتعلقة بالأسرة كالزواج و الطلاق والنفقة والنسب، وتسمى وفقا لتقسيمات القانون في الوقت الحاضر بقانون الأسرة كالزواج والطلاق والنفقة والنسب، وتسمى وفقا لتقسيمات القانون في الوقت الحاضر بقانون الأسرة او قانون الأحوال الشخصية

ب-الأحكام المتعلقة بالمعاملات المالية كالبيع والإجارة والرهن والكفالة، وتندرج تحت تصنيف القانون المدني

ج- الأحكام المتعلقة بالقضاء والدعاوى والشهادة واليمين، وتدخل فيما يسمى بقانون المرافعات الإجراءات المدنية

د- الأحكام المتعلقة بمعاملة الأجانب غير المسلمين في الدولة الإسلامية وتنظيم علاقاتهم فيما بينهم او مع رعايا الدولة الإسلامية، وتندرج تحت فرع القانون الدولي الخاص.

هـ- الأحكام المتعلقة بتنظيم علاقة الدولة الإسلامية بالدول الأخرى في حالتي السلم والحرب، وفقا لقواعد القانون الدولي العام بالمفهوم الحديث.

و- الأحكام المتعلقة بنظام الحكم وقواعده، وحقوق الأفراد وحرياتهم في علاقتهم بالدولة، وتندرج ضمن قواعد القانون الدستوري.

ر- الأحكام المتعلقة بموارد الدولة الإسلامية ومصارفها، وتنظيم العلاقات المالية بين الأفراد والدولة وبين الأغنياء والفقراء، وفقا لقواعد القانون المالي بالمفهوم الحديث.

ز- الأحكام المتعلقة بتحديد علاقة الفرد مع الدولة من زاوية الأفعال المنهي عنها والمتمثلة في تحديد الافعال المصنفة كجرائم وتعيين العقوبات المقررة لها، مع بيان الإجراءات المتبعة عند توقيع تلك العقوبات، وهو ما يقابل قانوني العقوبات والاجراءات الجزائية.

الفرع الثاني: السنة النبوية

هي ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم من قول او فعل او تقرير، وهي المصدر الثاني للشريعة الإسلامية، وهي البيان النظري والتطبيق العلمي للقرآن الكريم.

وإذا كان القرآن الكريم بمثابة الدستور الذي يتضمن الأصول والقواعد الإلهية الأساسية الكلية لتوجيه الحياة البشرية، فإن السنة هي المنهاج النبوي الذي يفصل ما أجمله القرآن، يقول الله تعالى: " وأنزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم ولعلهم يتفكرون".

الفرع الثالث: الإجماع

هو اتفاق مجتهدي عصر من العصور من أمة محمد صلى الله عليه وسلم بعد وفاته على أمر من أمور الدين اتفاقا لم يسبقه خلاف مستقر، وعليه، فلا اعتبار باتفاق العوام ولا باختلافهم في الأمور

الشرعية، ولا ينعقد اجتماع في زمن الرسول صلى الله عليه وسلم لا نه هو المرجع في التعرف على الأحكام الشرعية.

وللإجماع ضوابط ينعقد بها، أهمها:

- قيام الدليل على حصول الاتفاق: وذلك بقول الجميع او فعلهم، او قول البعض وفعل البعض الآخر، ويسمى الإجماع الصريح. كما يقوم الدليل بقول البعض وسكوت البقية او فعل البعض وسكوت البقية، ويسمى بالإجماع السكوتي.
- أن يكون الاتفاق من جميع المجتهدين: مع اختلاف بين الأصوليين حول خلاف القلة والمبتدع والفاسق ومن لم يستكمل شروط الاجماع وغيرهم
- الا يكون الاتفاق حتى اقراض عصر المتفقين

كما ان للاستدلال بالإجماع ضوابط، لا يحتج بما فيها الا بتوافرها، وهي:

- ان ينقل الاجماع بطريق صحيح
- ان يكون متنه واضح الدلالة على ما يراد الاستدلال به
- ان يكون راجحا على ما قد يعارضه
- ان يكون الاستدلال به في مجاله.

الفرع الرابع: القياس

يعرف القياس لدى الاصوليين بأنه تسوية واقعة لم يرد نص بحكمها بواقعة ورد نص بحكمها في الحكم الذي ورد به النص لتساوي الواقعتين في علة هذا الحكم.

المطلب الثاني: مبادئ التشريع الإسلامي

بني التشريع الإسلامي في بداية تكوينه الأول في عهد الرسول صلى اله عليه وسلم على أربعة مبادئ أساسية هي:

الفرع الأول: التدرج في التشريع

شرعت أحكام التشريع الإسلامية متدرجة من حيث الزمان او من حيث أنواع الأحكام، فالأحكام التي شرعها الله ورسوله لم تشرع دفعة واحدة وإنما شرعت متفرقة على مدار فترة حياة الرسول صلى الله عليه وسلم، مع تدرجها في تكليفهم وفقا لمسلك يساعدهم على تكوين استعدادهم بحسب مقتضى كل حدث وسببه، والحكمة من هذا التدرج هيتيسير معرفة هذه الأحكام وفهمها على أكمل وجه.

الفرع الثاني: التقليل من التقنين

يتجلى ذلك في أن الأحكام التي شرعها الله ورسوله لم تشرع الا على قدر الحاجات التي دعت إليها والحوادث التي اقتضتها، ولم تشرع منها أحكام لحل مسائل افتراضية او للفصل في خصومات محتملة.

الفرع الثالث: التيسير والتخفيف

يعتبر هذا المبدأ من أهم ما يميز الأحكام الشرعية، مصداقا لقوله تعالى: " يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر " وقوله: "يريد الله ان يخفف عنكم، وخلق الإنسان ضعيفا"، وقد ورد في صحيح السنة المطهرة ان الرسول صلى الله عليه وسلم ما خير بين أمرين إلا اختار أيسرهما ما لم يكن إثما.

الفرع الرابع: مسايرة التشريع لمصالح الناس

وبرهان ذلك ان المقصود من تشريع الأحكام هو تحقيق مصالح الناس، لذلك فإن الأحكام تدور مع عللها وجودا وعدما، ولذلك شرعت بعض الأحكام ثم أبطلت ونسخت لما اقتضت المصلحة تعديلها، مثل مسألة تحويل القبلة في الصلاة من بيت المقدس الى الكعبة.

المبحث الثالث

النظام القضائي في الإسلام

سنتناول كيفية ممارسة القضاء في صدر الإسلام في فرعين، أولهما عصر الرسول صلى الله عليه وسلم، والثاني عصر الخلفاء الراشدين.

المطلب الاول: القضاء في صدر الإسلام

الفرع الأول: عصر الرسول صلى الله عليه وسلم

كان الرسول صلى الله عليه وسلم هو القاضي الأول والمسؤول الوحيد عن القضاء، بحيث وضع أسس القضاء للدولة الإسلامية، وكان يحكم بين الناس وفقا للقرآن الكريم، وبناء على ما ينزل عليه من الوحي ، وقد اعتمد في إصدار أحكامه على البينة واليمين والشهود والكتابة، وقضى في الميراث والحدود وفي الشقاق بين الزوجين وفي الحضانة وغيرها.

الفرع الثاني: عصر الخلفاء الراشدين

أسند الخليفة أبو بكر الصديق مهمة القضاء في المدينة الى عمر بن الخطاب، فمكث عمر سنة في هذا المنصب ولم يأته متخاصمان لشدته وحزمه في الحق. أما في عهد الخليفة عمر بن الخطاب بحيث انتشر الإسلام وتوسعت حدود الدولة الإسلامية واختلط العرب المسلمون بالأعاجم، الأمر الذي تطلب تعيين قضاة ينوبون عن الخليفة في الأقاليم والمناطق البعيدة عن مركز الخليفة، وبذلك عين عمر بن الخطاب القضاة في الولايات، وكانوا مستقلين عن الولاة ليحافظوا على النظام وعدم دمج المصالح السياسية بالمسائل القضائية. لقد سار عثمان بن عفان وعلي بن ابي طالب على نفس النهج الذي انتهجه عمر بن الخطاب، فعينوا القضاة في مختلف الولايات.

المطلب الثاني: القضاء في العصرين الأموي والعباسي

لم يباشر خلفاء العصر الأموي القضاء بأنفسهم وقلدوا غيرهم لأداء هذه المهمة، وذلك لانشغالهم بالجهاد والفتوحات والامور السياسية، ولقد كان القضاء يحكمون بما يوحيه إليهم اجتهادهم، إذ لم تكن المذاهب الفقهية الأربعة، فكان القاضي يرجع الى القران الكريم والسنة النبوية والإجماع والقياس ليفصل في الخصومات بين الناس.

ومن أهم التطورات التي طرأت في العصر الأموي، هي تسجيل الأحكام التي كان يصدرها القضاة في سجلات خاصة وتحفظ للرجوع إليها إذا لزم الأمر.

وقد شهد القضاء في العصر العباسي تطورا بارزا، وأصبح القضاء متأثرا بالأهواء السياسية، إذ اعتمد بعض الخلفاء على حمل القضاة للسير وفق رغباتهم، فأصبح القضاة أداة للخلفية لتسيير سياسته، مما دفع الكثير من الفقهاء الى الامتناع عن تولي منصب القضاة، وكان أبرزهم أبو حنيفة النعمان.

إضافة الى ظهور منصب قاضي القضاة، الذي كانت وظيفته تعيين القضاة في الاقاليم ومناطق الدولة الإسلامية. وكان أول من عين في هذا المنصب القاضي أبو يوسف يعقوب ابو إبراهيم، بحيث كان يطوف ويتفقد أحوال القضاة، وقد أجبرهم على لبس خاص بهم يميزهم عن الناس.

وبالإضافة الى ازدياد عدد القضاة في كل ولاية، بحيث أصبحت في كل ولاية أربعة قضاة يمثلون المذاهب السنية الأربعة، قد اتسعت سلطة القاضي في هذا العصر فأصبح يفصل في الدعاوي والأوقاف، وغيرها من القضايا، بالإضافة الى فصله في الخصومات المدنية والمخالفات الجنائية

المطلب الثالث: تخصص القضاء

تميز عصر الخلافة الإسلامية بتخصص القضاء، تأكيدا على ضرورة إقامة العدل داخل المجتمع، تجلى ذلك في إنشاء هيئات قضائية أو شبه قضائية متخصصة، نتناول منها على سبيل المثال قضاء المظالم ونظام الحسبة.

الفرع الأول: قضاء المظالم

سندرس هذا الفرع في عنصرين، نخصص الأول لتحديد مفهوم قضاء المظالم ونبين في الثاني صلاحيات ناظر المظالم.

أولا: تعريف قضاء المظالم

هو نوع خاص من القضاء، يقوم بالفصل في التظلمات والخصومات التي يكون أحد طرفيها او كلاهما من ذوي القوة والجاه والنفوذ سواء استمد ذلك من عمله الوظيفي الذي يقوم به او بسببه او بأي سبب.

عرفه الإمام الماوردي بقوله:" ونظر المظالم هو قود المتظالمين الى التناصف بالرهبة، وزجر المتنازعين عن التجاحد بالهيبة.

وعرفه ابن خلدون بأنه وظيفة ممتزجة من سطوة السلطنة ونصفة القضاء ويحتاج الوالي فيها الى علو يد وعظيم رهبة تقمع الظالم من الخصمين وتزجر المعتدي، وكأنه يمضي ما عجز القضاء عن إمضائه".

ثانيا: صلاحيات ناظر المظالم

ويمكن إيجاز صلاحيات قاضي المظالم كما يلي:

- النظر في تعدي الولاة على الرعية، وأخذهم بالعسف في السيرة.
- جور العمال فيما يجبونه من الأموال.
- كتاب الدواوين، أمناء المسلمين على ثبوت أموالهم فيما يستوفونه منه.
- تظلم المسترزقة من نقص أجورهم او تأخرها عنهم.
- رد الغصوب، وهي ضربان: أحدهما غصوب سلطانية قد تغلب عليها ولاة الجور، والثاني من الغصوب ما تغلب عليها ذوو الأيدي القوية وتصرفوا فيه تصرف الملاك بالقهر والقوة.
- مشارفة الوقوف وهي ضربان: عامة وخاصة.
- تنفيذ ما وقف القضاة من أحكامهم لضعفهم عن إنقاذها وعجزهم عن المحكوم عليه.
- النظر فيما عجز عنه الناظرون من الحسبة في المصالح العامة.
- مراعاة العبادات الظاهرة كالجمع والأعياد والحج والجهاد من تقصير فيها وإخلال بشروطها.
- النظر بين المتشاجرين والحكم بين المتنازعين.

الفرع الثاني: نظام الحسبة

سنتطرق في هذا الفرع الى تحديد مفهوم نظام الحسبة، ثم بيان مهام المحتسب.

أولا: تعريف نظام الحسبة ونشأته

الحسبة هي أمر بالمعروف إذا ظهر تركه، ونهي عن المنكر إذا أظهر فعله، تطبيقا لقول الله تعالى: " ولتكن منكم أمة يدعون الى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن النكر"، ويعرفها ان خلدون بأنها وظيفة دينية من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

ورغم تباين آراء الباحثين والفقهاء حول طبيعة الحسبة، بين من يعتبرها وظيفة دينية او وظيفة إدارية او وظيفة اجتماعية او ضبطية، فقد عدت الحسبة من القضاء، بحكم أنها تقوم على أساس وظيفة الاتهام، فالمحتسب ينظر في بعض الدعوى بالغش والتدليس في البيع والشراء والتطفيف في الكيل او الميزان، او التي تتعلق بتماطل المدينين مع القدرة على الوفاء، وعلى العموم كل ما يتصل بالحقوق المعترف بها ليس في سماع بينه وتحقيق شهادة.

اختلف الباحثون حول ظهور الحسبة ووظيفة المحتسب، بين من يرى أنها ظهرت في عهد الرسول عليه الصلاة والسلام، بحكم أنه نهى عن الغش إذ قال:" من غشنا فليس منا"، ومنهم من قال ان الحسبة

ظهرت في عهد عمر بن الخطاب، بحيث كان عمر يطوف في السوق وفي الشوارع ويتفقد أحوال الرعية ويعاقب من يخالف الشريعة الإسلامية، وقال آخرون ان الحسبة ظهرت بصورة رسمية في العصر العباسي ولكنهم اختلفوا في تحديد تاريخ لنشأتها.

الفرع الثاني: مهام المحتسب

تعددت وتنوعت أعمال المحتسب في الدولة الإسلامية وشملت نواحي أدبية ودينية وعمرانية وأخلاقية، ومن أهم مهام المحتسب ما يلي:

1- **مراقبة التجار وأصحاب الحرف:** أي مراقبة عمل هؤلاء الكيفية تأدية الخدمات بالوجه الشرعي والصحيح.

2- **مراقبة الأسعار والموازين والمقاييس:** بحيث يمنع الغش والزيادة او النقصان في الكيل او السعر، وكذلك يقوم بمنع التدليس (إخفاء عيب السلعة) .

3- **مراقبة الأخلاق العامة:** بحيث يقوم المحتسب بمنع شرب الخمر علنا، ومنع الناس من ممارسة أعمال السحر والشعوذة وكذلك يمنع مضايقة النساء في الطرقات والأزقة.

4- **مراقبة العبادات:** بحيث يقوم المحتسب بمراقبة تنفيذ الصلوات في أوقاتها وخاصة صلاة الجمعة وصلاة العيد، ويهتم كذلك بنظافة المساجد والحفاظ عليها.

5- **مراقبة الأبنية والطرقات:** بحيث يأمر المحتسب بهدم الأبنية البارزة ويمنع فتح نوافذ في الأبنية التي تطل على غيرها ويراقب البسطات في الطرقات.

ويمكن للمحتسب توقيع عقوبات آنية ومباشرة كقيامه بإتلاف البضاعة الفاسدة حال ضبتها وتعزيز المخالف ومعاقبته التي قد تصل الى الحبس من أجل إزالة المنكر بيده او بأعوانه، وبشكل عام فهو يحكم بين الناس دون التوقف على الدعوى من أحد الأطراف.