

الفصل الأول : إطار مفاهيمي حول القانون المقارن

سيتم من خلال هذا الفصل التفصيل في نشأة و تطور القانون المقارن عبر المراحل التاريخية المختلفة و كذا أهمية القانون المقارن على الصعيدين الدولي و الداخلي خصوصا .

المبحث الأول : القانون المقارن : دراسة في المفهوم و النشأة

إن ضبط مفهوم القانون المقارن يعتبر أول خطوة في إطار دراسة هذا العلم و تحديد طبيعته و الركائز و الطرق التي يقوم عليها.

المطلب الأول : مفهوم القانون المقارن و علاقته ببعض فروع القانون .

تعددت التعاريف الفقهية التي أوردها الفقهاء للقانون المقارن، و نظرا لعدم وجود تعريف راجح متفق عليه فسيتم التطرق لأهم هذه التعاريف و كذا التعريف الذي المنبثق عن أشغال بعض الملتقيات الدولية حول القانون المقارن مع استنباط أهم خصائص هذا القانون من خلال (الفرع الأول)، كما سيتم الوقوف على مسألة التأثير و التأثير المتبادل بين القانون المقارن و بعض فروع القانون من خلال (الفرع الثاني) .

الفرع الأول : مفهوم القانون المقارن

أولا : التعاريف المختلفة للقانون المقارن

تعددت تعاريف القانون المقارن و السؤال الذي يطرح في هذا الصدد هل هذا القانون هو فرع من فروع القانون شأنه شأن القانون المدني و التجاري ؟ و من أجل الإجابة على هذا التساؤل سيتم الوقوف على بعض التعاريف الفقهية للقانون المقارن من خلال (الفرع الأول)، ثم نفصل في التعريف الذي أورده مؤتمر لاهاي لسنة 1937 للقانون المقارن(الفرع الثاني) .

أ: التعاريف الفقهية للقانون المقارن .

عرف كل من الأستاذين " لامبير " و ساليي " القانون المقارن بأنه " العلم الذي يبحث عن القواعد المشتركة بين الشرائع و النظم المختلفة "

كما عرفه الدكتور خليل الجزائري بأنه: " علم منهجي يستهدف دراسة النظم القانونية لاستخلاص أوجه الشبه و الاختلاف و تحديد جوهرها الاجتماعي و شكلها و وظائفها بغية إظهار الإتجاهات المتعارضة و المتناقضة في مختلف نماذج نظم القانون و ترجيح بعضها عن بعض.

فالقانون المقارن إذن ليس مجموعة من قواعد القانون التي تنظم حياة المجتمع و لا فرعاً من فروع القانون العام أو الخاص و لكنه دراسة قانونية أو بحث قانوني يقوم على أساس المقارنة بين قانونين أو

أكثر مهما كانت التسمية التي اختارها الباحثون له سواء سمي القانون المقارن، مقارنة القوانين أو الطريقة المقارنة أو التشريع المقارن¹

و حسب الأستاذ إدوارد لومبير (Edourd Lambert) فإن عبارة القانون المقارن لها معنيان و هدفين الأول يرتبط بدراسة القوانين الأجنبية و الثاني يتعلق بمقارنة القوانين الأجنبية .

و من خلال التعاريف السابقة يمكن الوقوف على النتائج التالية:

- القانون المقارن ليس مجموعة من القواعد التي تنظم حياة المجتمع كالقانون الجزائري أو الفرنسي
- القانون المقارن ليس فرعاً من فروع القانون كالقانون المدني أو التجاري... إلخ
- القانون المقارن ليس مجموعة قواعد تنظم موضوعاً معيناً في نطاق فرع من فروع القانون كنظام الملكية أو الأهلية .

فكل ما يدل عليه هذا التعبير الإصطلاحي للقانون المقارن بأنه دراسة قانونية أو بحث قانوني يقوم على المقارنة أو الموازنة بين قانونين أو أكثر

فعبارة القانون المقارن في الغالب منتقدة و يفضل استبدالها بعبارة " علم مقارنة القانون " أو " دراسات قانونية مقارنة " ، فالإنجليز يستعملون عبارة " Comparative Law " ، و الألمان يستعملون عبارة " Rechtsvergleichung " أي مقارنة القانون .

و مرد اختلاف الفقهاء و الباحثين في تسمية القانون المقارن هو اختلافهم في تحديد وظيفته و طبيعته، و قد ينتج عن الاختلاف في التسمية اختلاف في تعريف القانون المقارن بين من يعتبره علماً مستقلاً بذاته غايته توحيد الشرائع و النظم الحديثة و تحسينها و من يراه طريقة مقارنة تستخدم لتوضيح الحلول الواردة في القوانين الوضعية.

ب : تعريف القانون المقارن في ظل مؤتمر لاهاي

انعقد مؤتمر لاهاي للقانون المقارن سنة 1937 و هو أول مؤتمر يخص القانون المقارن ، و قد تمخض عن هذا المؤتمر وضع تعريف للقانون المقارن بأنه: " يعمل على المقارنة بين قوانين بلدان مختلفة و استخلاص من هذه القوانين أوجه الشبه و الاختلاف .

ثانيا : طبيعة القانون المقارن

إن تحديد طبيعة القانون المقارن كان محل خلاف من طرف الفقهاء ، و في هذا الصدد ظهرت ثلاث اتجاهات، فهناك من يعتبر القانون المقارن علم مستقل قائم بذاته، و هناك من ينظر إليه على أنه مجرد طريقة لاجراء الدراسات القانونية، في حين ظهر اتجاه آخر يعتبر القانون المقارن هو علم يقوم على طريقة خاصة .

¹ شاوش حميد ، مطبوعة بيداغوجية حول الأنظمة القانونية المقارنة ، موجهة لطلبة السنة الثالثة ليسانس قانون عام ، جامعة قالمة ، كلية الحقوق، 2018/2017 ، ص 03 .

أ : القانون المقارن علم قائم بذاته

يرى الفقيهان " إيدموندلومبار " و " يرمون سالي " أن القانون المقارن عبارة عن علم قائم بذاته و يتميز بخصائصه كباقي العلوم (كعلم النفس و علم الاجتماع...) و هدفه وضع قانون مشترك بين الدول و على هذا الأساس يقسم القانون المقارن إلى القسمين :

التاريخ المقارن : و يدرس فيه أصل و تطور القواعد القانونية في جميع الشرائع و النظم القانونية، و يهدف إلى البحث فيما يوجد بين الضواهر القانونية من تشابه .

التشريع المقارن : و يهدف إلى البحث في الشرائع الوضعية على الأسس المشتركة بهدف تكملة القوانين الوطنية و تطويرها للحصول للحصول على قواعد قانونية جديدة.

هذا وقد تأثر هذا المذهب بالأفكار التي كانت سائدة قبل مؤتمر باريس لعام 1900 خاصة تلك التي تجعل من القانون الطبيعي المثالي، فهو وسيلة للوصول إلى قانون مشترك للإنسانية، كما دافع عن هذا المبدأ الفقيه " تراد " و القيه "سالي" خلال مؤتمر باريس ، و قد عبر الفقيه تراد: " القانون المقارن كعلم مستقل يدرس النظام القانوني المطلق و العلاقة بين مختلف القواعد القانونية في مختلف مراحلها الاجتماعية و هذا ما جعل القانون المقارن يتقاطع مع علم الاجتماع القانوني "

أما الفقيه "سالي" فقد تأثر برأي الفقيه " إهرنج " و المتمثل في أن القانون يتغير و يتطور باستمرار متكيفا مع متغيرات الحياة الاجتماعية، فالقانون المقارن كعلم مستقل يبحث عن تحديد (المثالي النسبي) المستخرج من مقارنة التشريعات و من تطبيقاتها و من نتائجها المختلفة، و يقصد بالمثالي " القانون الطبيعي المثالي " و مع ذلك فله مضمون متغير و هو الذي يحدث عن التشريع الأحسن و الأفضل من أجل اعتماده .

و قد انتقد هذا الرأي لأن القانون المقارن لا يمكنه بحال من الأحوال أن يصل إلى قانون مشترك للإنسانية و إن كان يمكنه الوصول إلى مشترك للدول التي يوجد بينها عوامل مشتركة تاريخية و اقتصادية .

ب : القانون المقارن طريقة بحث

لقد ساد هذا المذهب بعد الحرب العالمية الثانية نتيجة الخلافات و النقاش التي أثارها مؤتمر باريس المنعقد سنة 1900 حول أهداف و وظائف القانون المقارن و حول المنهج الذي يتعين اتباعه في دراسته و كذلك كان الخلاف حول تعريفه بل و حتى على تسميته ، و قد تم حسم هذه الخلافات في ظل مؤتمر لاهاي المنعقد سنة 1937 و الذي عرف القانون المقارن دون الإشارة إلى طبيعته بأن: يعمل على المقارنة بين قوانين بلدان مختلفة و استخلاص من بين هذه القوانين أوجه الشبه و أوجه الاختلاف " .

و من بين أنصار مذهب القانون المقارن الفقيه الإنجليزي "قهوريج" Guheridj الذي نشر مؤلفه سنة 1946 حول القانون المقارن مدخل إلى الطريقة المقارنة في البحوث القانونية و ترجم إلى الفرنسية سنة 1953 ، و تبنى نفس الإتجاه في إيطاليا الفقيه " إسكريلي " و في فرنسا كذلك الفقيه "دافيد

روني" Rene David ، فأنصار هذا الإتجاه يرون أن القانون المقارن ليس علما أو فرعا من فروع القانون وإنما هو طريقة للمقارنة في مجال العلوم القانونية بحيث عبر الفقيه قهوريغ" Guheridj في هذا الصدد أن القانون المقارن هو طريقة تساعد الباحث على الوصول إلى الكشف عن أوجه الاختلاف و أوجه التشابه بين قانونين أجنبيين أو أكثر بهدف الحصول على المعلومات من القوانين موضوع المقارنة .

و يرى الفقيه "دافيد روني" Rene David أن القانون المقارن لا وجود له وإنما الذي يوجد بالفعل هو الطريقة المقارنة المستخدمة لدراسة قوانين دول مختلفة و اقتباس منها ما يعد إيجابيا لإصلاح ما هو ناقص في القوانين الأخرى و يحقق بهذه الطريقة توحيد القوانين في دول الإتحاد و في الدول المنظمة إلى مجموعة سياسية أو اقتصادية

و قد لقي هذا الإتجاه صدا لدى الفقهاء خاصة عند المناهضين لتوحيد القانون كالبريطانيين الذين نشؤو في بيئة خاصة و متمسكين بقوانينهم و كذلك الدول الاشتراكية التي ترفض التقريب بين القوانين البرجوازية و قانونهم الاشتراكي.

ج: الطبيعة المزدوجة للقانون المقارن

إن للقانون المقارن لأهمية كبيرة في إثراء فروع القانون المختلفة، إذ يؤدي إلى التقارب و التفاهم بين الشعوب و هذا الدور الذي يقوم به لكشف الحقائق العلمية و التقريب بين الشعوب من خلال مقارنة قوانينها و إرساء و إرساء قواعد أو مبادئ مشتركة بينهما تجعله ذو طبيعة مزدوجة .

و يعتبر القانون المقارن علما في مجال المقارنة بين الشرائع و ذلك عند تصنيفها إلى عائلات كبرى و تمييز مناهجها و تقوم بعد ذلك بالمقارنة بين عناصر هذه المناهج الأساسية و تبيان الخصائص المشتركة بينهم و بهذه الدراسة يجتمع بناء متكامل من المعلومات الخاصة بالعناصر الأساسية لقوانين الدول المختلفة و لتحقيق هذه الغاية يتم الإعتماد على الطريقة المقارنة في الحصول على المعلومات و الكشف عنها بالملاحظات الجزئية في شتى المجالات القانونية .

و من بين أنصار هذا الإتجاه المزدوج في تحديد طبيعة القانون المقارن الفقيه " روني دافيد"، حيث يعتبر أنصار هذا الإتجاه القانون المقارن علم قائم بذاته الهدف منه تيسير المقارنة بين القانون الوطني و القوانين الأجنبية ، إذ يشكل القانون المقارن علم يبحث بالمقارنة و القياس و المواجهة و الإستنباط عن أنجع الحلول التي يتضمنها كل من القانون الوطني و القوانين الأجنبية مما يمكن من إرساء قواعد مشتركة بينهما تجعله ذو طبيعة مزدوجة فيبدو علما في نطاق المقارنة بين الشرائع بعد تصنيفها إلى طوائف و عائلات كبيرة تتميز بمناهجها الخاصة .

و يلاحظ الدكتور خليل الجزائري أن المنهج و العلم مرتبطان و يقعان في علاقة متداخلة و من العسير ميدانيا و واقعا التفرقة بين الوسائل و النتائج في مجال المعرفة بين النظرية و المنهج ، فالمنهج كما يرى الدكتور خليل الجزائري يقع في وحدة مترابطة مع النظرية ، و من حيث الموضوع يمكن لأي نظام معرفي أن يصبح منهجا .

أما من حيث الجوهر فالمنهج هو النظرية نفسها، فالفلسفة مثلا هي علم و في نفس الوقت منهج غير أنه منهج عام.

فالمضمون الأساسي لمنهج العلم يشكل أولا و قبل كل شيء حسب الفقيه خليل الجزائري النظريات العلمية المتوثق منها بالممارسة، إذ أن أية نظرية من حيث الجوهر تتصدى لوظيفة المنهج عند بناء النظريات الأخرى سواء كان ذلك في المعرفة العلمية أو في ميادين أخرى .

إذ يرى الدكتور خليل الجزائري أنه لا ينبغي نفي وجود منهج مقارن كأحد أساليب معرفة الواقع و البحث و النشاط العلمي، و في ذات الوقت فإن القانون المقارن هو علم و من حيث مضمونه هو علم منهجي يكون جزء من علم مناهج القانون .

و خلاصة القول أن للقانون المقارن طبيعة مزدوجة فهو من جهة علم يمهّد الطريق لاستعمال الطريقة المقارنة لتبسيط الأضواء على الخصائص الأساسية للشرائع العالمية و تبيان ما بينها من تشابه و اختلاف، فيمكن مستخدم الطريقة المقارنة من انجاز مهمته بكل و عي و إلمام كاف بالشرائع التي تنتمي إليها القوانين موضوع المقارنة من حيث تاريخها و وظيفتها و بنيانها القانوني، و عليه فإن القانون المقارن ظهر كميدان من ميادين البحث و الدراسة و كعلم قائم بذاته و أصبح موضوعا من موضوعات الدراسات القانونية و يرتبط باستخدام هذا المنهج في دراسة و تفسير مختلف فروع القانون

ثالثا : طرق و أساليب المقارنة

من أجل فهم و تقدير القانون الوطني بطريقة صحيحة يجب ألا تقتصر المقارنة القانونية بينه و بين القوانين القريبة منه فحسب و إنما يجب أن تمتد إلى القوانين التي لا صلو له بها أي التي تخالفه من حيث عناصره الأساسية

تتعدد الطرق التي يتبعها الباحثون في إجراء دراساتهم المقارنة و سيتم التطرق إلى أهم هذه الطرق و المتمثلة أساسا في : طريقة المقابلة ، طريقة المقاربة ، طريقة المضاهاة و طريقة المقارنة المنهجية .

1- طريقة المقابلة

بموجب هذه الطريقة يقوم الباحث بوضع الأحكام المتعلقة بموضوع معين في قانونه الوطني و قوانين أخرى بحيث يقابل بعضها ببعض ليتعرف على مواضع الشبه و الإختلاف بينهما و بين قانونه إلا أن الرأي الراجح في فكر القانون المقارن أن هذه الطريقة لا تعد دراسة مقارنة بالمفهوم الدقيق للدراسات المقارنة و إنما هي مجرد تجميع لأحكام من قوانين مختلفة .

2- طريقة المقاربة

تقتصر هذه الطريقة على دراسة أوجه التشابه بين القوانين المتشابهة في البنية و الخصائص و المستمدة من مصادر قوانين مشتركة تخضع لمنهج قانوني موحد يجعلها قابلة للمقارنة فيما بينها .

مثلما هو الحال بالنسبة لقوانين الدول العربية الخاصة بالأحوال الشخصية التي تتشابه في البنية و الخصائص و المصدر و هي نابعة من الشريعة الإسلامية .

و تستعمل طريقة المقاربة خاصة في البحث في مجال توحيد القوانين الداخلية في الدول الاتحادية التي يقوم فيها النظام القانوني على الإزدواجية .

3- طريقة المضاهاة

خلافًا لطريقة المقاربة التي تقوم على تبيان أوجه التشابه بين القوانين المختلفة فإن طريقة المضاهاة تقوم على تحديد أوجه الاختلاف و التباين بين القوانين النابعة من بنية اقتصادية متباينة .

كالمقارنة بين قوانين المنهج الروماني الجرمانى و القوانين الاشتراكية

4- طريقة المقارنة المنهجية

تعد هذه الطريقة من أهم طرق المقارنة لأن المقارنة بموجبها تنتهي الى نتيجة ايجابية بحكم أنها تخضع لمنهج يساعد على استخلاص نتائج يتعرف الباحث بموجبها على القانون الأفضل بعد دراسة الاختلاف و التشابه على ضوء الظروف المؤثرة في القاعدة القانونية و المحيطة بها

حيث تقوم هذه الطريقة على تحليل القاعدة القانونية في النصوص الأجنبية و تجزئتها أي بحث العلاقة بين العناصر الجزئية المختلفة و تسمى بالمقارنة الجزئية ثم دراسة النظام الذي يحتويها و أخيرا تحديد موقعها من المنهج بصفة عامة.

و تقوم هذه الطريقة في المقارنة على مقومات أساسية هي :

- الإلمام بمصادر القانون الأجنبي محل الدراسة و تقسيماته .

- الإحاطة بأحكامه و لغته و مصطلحاته بدقة .

- معرفة القانون الأجنبي محل المقارنة معرفة موضوعية كاملة .

- معرفة العوامل المؤثرة في تكوين القانون الأجنبي ، إذ يجب أن يلم الباحث بالظروف الكامنة وراء النظام القانوني محل المقارنة و من أهم هذه العوامل :

* العوامل التاريخية

و التي قد تساهم في تكوين القانون الأجنبي فقد يرجع الاختلاف بين القوانين المقارنة إلى محل الدراسة إلى تاريخ نشأتها .

* العوامل السياسية

إذ يجب على الباحث معرفة النظم السياسية المقارنة و النظم السائدة مثل النظام الجمهوري أو الشيوعي و بعض الأنظمة السياسية كالانتخابات ، إذ تنعكس الاختلافات السياسية بطريقة مباشرة أو

غير مباشرة على تحديد المفاهيم القانونية و التي تختلف حتى بين الأنظمة القانونية ، ففي الأنظمة الديمقراطية يتم مراعاة متطلبات الفئة الناجبة مثلا باعتبار أن الشعب هو مصدر السلطة لذلك تكون القواعد القانونية التي يتم سنها متوافقة مع هذا التوجه الذي يوسع من الحريات الممنوحة للأفراد .

* العوامل الاقتصادية

و يتباين تأثير العوامل الاقتصادية على سن القواعد القانونية و هذا بالنظر إلى مدى تدخل الدولة و تقييدها للحرية الاقتصادية .

* العوامل الاجتماعية

المجتمع يؤثر و يتأثر بالقاعدة القانونية ، فالقاعدة القانونية هي وليدة البيئة الاجتماعية.

-دراسة القوانين بموضوعية و الابتعاد عن التحيز فمن المنطقي أن تتم المقارنة بين القوانين دون أي حكم سابق بسمو أحدهما على الآخر، حيث يعتبر المفكر الفرنسي " مونتيسكو MONTESQUIEU إن المقارنة تفيد الجمع بين شيئين أو أكثر بطريقة متساوية ، و عليه فإن القانون المقارن يفرض دراسة القوانين بالطريقة نفسها و دون حكم سابق بسمو واحد منهما على الآخر .
إلا أن قاعدة الحياد في المقارنة لا تنطبق على المقارنة التي تجمع الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية ، بل يجب التحيز فيها للشريعة الإسلامية إن لم تكن المقارنة تهدف إلى تكييف القوانين معها.

الفرع الثاني : علاقة القانون المقارن و تأثيره على بعض فروع القانون

يرتبط القانون المقارن بعلاقة خاصة بالكثير من علوم القانون من أهمها علاقته بتاريخ النظم و القوانين ، و كذا علاقته بفلسفة القانون و كذا علاقته بالنظرية العامة للقانون .

يؤثر القانون المقارن في بعض فروع القانون أهمها القانون الدولي العام و كذا القانون الدولي الخاص غير أن القانون المقارن لا يكون ذو تأثير فعلي إلا إذا تم إجراء الدراسات المقارنة وفقا لطريقة منهجية سليمة .

ستقتصر الدراسة على أهم فروع القانون ذات الصلة الوثيقة بالقانون المقارن و مدى تأثير القانون المقارن على فلسفة القانون، و كذا تأثيره على النظرية العامة للقانون، و علاقته بالنظرية العامة للقانون و كذا علاقته بالقانون الدولي العام و القانون الدولي الخاص .

1- تأثير القانون المقارن على فلسفة القانون

إن دراسة أساليب الصياغة القانونية و مختلف التصورات و المفاهيم و الأفكار القانونية الأساسية تتناولها في العادة النظرية العامة للقانون كما يتناولها القانون المقارن ، و كذلك الشأن لدراسة تأثير العوامل الاجتماعية و الاقتصادية و السياسية في القاعدة القانونية، حيث تعتبر هذه الدراسة من صميم فلسفة القانون .

و التساؤل الذي يستوقفنا في هذا الصدد أن القانون المقارن شيء و فلسفة القانون شيء آخر و لكل منهما مفاهيمه و آلياته و مناهجه فما الذي يضيفه علم القانون المقارن إلى هذه الدراسات الفلسفية و النظرية .

فالأولى تقوم على أساس تجريبي بحث، و هي تصل إلى الكشف عن الحقائق القانونية الأولى بيان أصول القوانين مستوحية تارة الروح العامة للقانون في بلد معين، و تارة أخرى مختلف القوانين المعروفة، بل هي بطبيعتها عالمية أو كونية لذا يجب أن تكون دراستها بالصيغة العالمية أيضا، و أن حصر تنظرتها حول قانون وطني واحد سيجعلها فقرة وثيقة على حد تعبير R.david و C.spinosi ومن بعدهما M.gore .

أما القانون المقارن فيقتصر بحثه على الأصول المشتركة و الفروق المتباينة ما بين مختلف النظم القانونية فهي مرحلة وسطى ما بين الدراسة الموضوعية للقوانين المختلفة و فلسفة القانون عندما تستعين الدراسة الفلسفية بالمعلومات التي يمد بها القانون المقارن، هذا و يضيف الفقيه شفيق شحاتة هذا لو أننا مثلنا هيكل العلوم القانونية المختلفة في صورة هرم فإننا سوف نلمح على قمة ذلك الهرم مادة فلسفة القانون مرتكزة مباشرة على علم القانون المقارن الذي يتركز بجذوره على فروع القانون في البلاد المختلفة

و يشكل القانون المقارن عاملا حاسما في تقرير نسبة كثير من المفاهيم و التصورات القانونية فقد كشفت لنا عن اختلاف الأسس التي يستند إليها كل نظام قانوني ، و من جهة أخرى فإن بناء نظرية عامة للقانون إستنادا إلى نظام قانوني معين أو مجموعة من الأنظمة المتشابهة سيظل بناء محدود و خاصة ما لم يأخذ بعين الإعتبار باقي النظم القانونية الأخرى المختلفة

2- علاقة القانون المقارن بالنظرية العامة للقانون

إن النظرية العامة للقانون تحررت من تأثير القانون الوطني و توجه نظرها نحو القانون الأجنبي و تمارس المقارنة بشكل عفوي خاصة إذا كانت الظاهرة القانونية عالمية

إذ يعتمد على الدراسات المقارنة في مجال النظرية العامة للقانون لتبيان الأصل التاريخي لتقسيمات القانون و الخصائص التي يتميز بها مفاهيمها .

و على العموم إن مقارنة القوانين التابعة لنفس الحضارة تمكن من الوصول إلى وضع مبادئ جديدة مشتركة بين مختلف القوانين كما توصل إلى ذلك رجال القانون خلال العصور الوسطى و عصر النهضة الأوروبية بوضع القانون المشترك أو الأعراف المشتركة

3- القانون المقارن و تاريخ القانون

لقد كانت دراسة تاريخ القانون و فلسفته هي الدافع الأساسي لظهور القانون المقارن و لما كان هذا الأخير يتطلب المقارنة بين الشرائع المختلفة منذ بداية تكوينها حتى إتمامها فإن ذلك يمكن من الإحاطة بالنظم القانونية أثناء تطورها بحيث يوفر تاريخ القانون مجموعة من الملاحظات و التأملات و الآراء

تمتد لآلاف السنين ، مما يوضح الكثير من جوانبها الغامضة بواسطة الإستعانة بالقانون المقارن ، و من ثمة تؤدي الدراسة في مجال تاريخ القانون إلى معرفة مفاهيم القانون من حيث أصولها و مدى ارتباطها بالمعتقدات المحلية مما يساعد على التعمق في فهم بعض النظم و القواعد القانونية العتيقة.

4- علاقة القانون الدولي العام و القانون المقارن

إن معرفة المنظومة القانونية السائدة في البلدان الأجنبية يساعد في تقارب الشعوب مما يؤدي إلى تأسيس نظام أفضل للعلاقات الدولية و من الواضح أن تأثير القانون المقارن في القانون الدولي العام لا يمكن إنكاره ، فالمعاهدات و الإتفاقيات الدولية تستمد من مصادر قانونية مختلفة لا من مصدر واحد لذلك فإن القانون المقارن يلجأ إليه واضعوا هذه المعاهدات و يتعين على الدبلوماسيين و المفاوضين في الإتفاقيات و المعاهدات أن يكونوا قادرين على فهم وجهة نظر الدول الأخرى و الدراية التامة بقوانينهم و لغتهم .

5- علاقة القانون الدولي الخاص و القانون المقارن

يتضمن القانون الدولي الخاص مجموعة القواعد الداخلية التي تحدد ما إذا كانت المحاكم الوطنية مختصة في نظر نزاع يتضمن عنصرا أجنبيا و تحدد هذه القواعد أيضا القانون الواجب التطبيق على هذا النزاع و لا توجد مشكلة لو كانت هذه القواعد متماثلة في الدول كلها و إنما يوجد في الغالب اختلاف من دولة لأخرى في المنظومة القانونية مما يؤدي في الكثير من الأحيان إلى تناقض في الحلول المعتمدة لحل المشكلة نفسها و لتجاوز هذا الاختلاف تلعب الدراسات المقارنة دورا مهما في توحيد تلك القواعد و إبرام المعاهدات الدولية في هذا الشأن .

المطلب الثاني : نشأة و تطور القانون المقارن

انتشر في اليونان القديم نظام الدولة المدينة ، فكانت تمثل كل مدينة من مدنه تطورا دستوريا خاصا بها تبعا لقوتها السياسية و مدى تقدمها الاجتماعي و نموها الإقتصادي، إذ كان لكل مدينة قانونا الخاص بها، و المقارنة تعتبر قديمة بقدم القانون ذاته إذ كان يعمل بها في العصور القديمة فيعود جذورها إلى العهد اليوناني حيث قام الفقيه SOLON صولون في القرن السادس قبل الميلاد بزيارة عدة بلدان لإعداد قوانين أثينا، و عند إعداد قوانين الألواح الإثني عشر في روما كلف المدونون بدراسة القوانين اليونانية (قوانين SOLON) و اقتباس ما يصلح منها لمجتمعنا و استنادا إلى ذلك تم تحرير قانون الألواح الإثني عشر مما جعل الكثير من المختصين يؤكدون تأثير القانون الروماني بالقانون اليوناني .

سواء كان القانون المقارن علما مستقلا بذاته أو كطريقة مقارنة فإنه يعتبر حديث النشأة، رغم ذلك فإن الدراسات المقارنة قديمة جدا و يدل على ذلك كتاب "عن السياسة لأرسطو" الذي يقول فيه: "علينا أن ندرس معا نظام الدول التي تعتبر أنها تتمتع بالقوانين الأحسن و الدساتير التي تخيلها بعض الفلاسفة واقفين عند أشهرها و بهذا نكشف عما ينطوي كل منها مما هو خير و قابل للتطبيق ... و نبين في الوقت ذاته أننا إذا كنا نطلب نظاما سياسيا مختلفا عن كل أولئك فلسنا مدفوعين إلى ذلك برغبة في المباهاة بعقلنا بل يدفعنا إلى البحث ما في الدساتير الموجودة من عيوب

و يمكن تصنيف أهم المراحل التي مر بها التطور التاريخي للدراسات المقارنة إلى مرحلة نهضة حركة الجامعات في أوروبا (الفرع الأول)، و مرحلة ركود الدراسات القانونية المقارنة (الفرع الثاني) و في الأخير مرحلة إزدهار و انتشار الدراسات المقارنة (الفرع الثالث).

الفرع الأول : مرحلة نهضة حركة الجامعات في أوروبا

إن الدراسة القانونية المقارنة هي ليست وليدة اليوم فهي قديمة قدم القوانين وكان يعمل بها في العصور القديمة ، إذ تم توظيفها في العهد اليوناني من طرف الفلاسفة في دراساتهم المقارنة عند بحثهم في القوانين، فقد استعملها أرسطو سنة 322-384 ق.م في كتابه عن السياسة حيث قام بمقارنة ما يفوق 153 دستور من الدساتير التي كانت تحكم المدن اليونانية و استحدثها بعده صولون 558-640 ق.م في إعداد قوانين أثينا و كذلك عند إعداد الألواح الإثني عشر

و في القرون الوسطى عرفت الدراسات المقارنة انبعاثا جديدا بإحياء دراسة القانون الروماني من جديد عن طريق الحركة العلمية للجامعات الأوروبية و ذلك انطلاقا من جامع بولون الإيطالية في القرن 11 متخذة أساس دراستها بطريقة الشرح على المتن .

هذا و قد تزامن انبعاث الحركة العلمية للجامعات إنتعاش التجارة بين المدن الغربية الأوروبية في القرن 11 و 12 مما ساهم في امتداد هذه الحركة إلى كل أوروبا الغربية خاصة بعد أن اضطرت الكنيسة أن تتبنى القانون الروماني و تجعل مبادئه المبنية على العقل مطابقة للقانون الإلهي و ذلك بتأثير من القديس "توما الإكويني"

و في القرن 13 انتقلت هذه الحركة إلى فرنسا أين تم الشروع في تدريس القانون المقارن في الجامعات و استعين بالقانون الروماني و فقهه و كذا تعاليم الديانة المسيحية لتفسير العادات المحلية، إذ ساهمت الكثير من الدراسات في تجميع الأعراف و تدوينها ثم توحيدها لتستقر في شكل ما سمي في فرنسا " القانون العرفي المشترك" .

و كانت الحركة العلمية للجامعات أساسا لظهور فكرة القانون الطبيعي كنظام عالمي صالح لحكم كافة الشعوب في كل زمان و مكان، كما مهدت الحركة العلمية للجامعات من جهة أخرى السبيل لحركة التدوين و التقنين التي عرفت أوروبا في القرن 19 م .

الفرع الثاني : مرحلة ركود الدراسات القانونية المقارنة

إن الدراسات القانونية اتخذت في هذه المرحلة مفهوما يقتصر بدراسة القوانين الأجنبية ، و ساهم هذا الإتجاه في ركود هذه الحركة، حيث عرفت الدراسات المقارنة ركودا نسبيا خاصة في ألمانيا و ذلك بعد ظهور المدرسة التاريخية القائمة على فكرة أن القوانين تستمد طابعها من ماضي الأمة و من صميم تاريخها و أن قانون كل أمة ينبع من ضمير الأمة و أن كل قانون أجنبي يسيء إلى تقاليدها باستثناء القانون الروماني الذي لا يعتبر قانونا أجنبيا و تطبيقه منذ قرون عديدة في المجتمع الجرمانى يجعله من أعراف الشعب الألماني و إن وجدت مقارنة في هذا المجال فهي مقارنة داخلية و لا تدخل في مجال القانون المقارن ، و قد امتدت هذه الأفكار إلى خارج ألمانيا فتأثرت بها فرنسا و رأت في

ثورتها سنة 1789 صدى لتاريخها و قوميتها و اقتصر الشراح في هذه الفترة على تفسير النصوص الجديدة و التقيد بحرفية النصوص .

كما ساهمت مدرسة القانون الطبيعي في ركود الدراسات المقارنة، إذ تقوم هذه المدرسة على وجود قانون عالمي جديد ثابت مبني على العدل يقتاد به المشرع في سن قوانينه الوضعية و قد كرس العديد من المبادئ على غرار حق الإنسان في الحياة، الحق في الزواج، عدم الإضرار بالغير ، الوفاء بالعهد... إلخ و غيرها من المبادئ التي تعتبر أساسا لاستقرار النظام الاجتماعي ، و هي عند فلاسفة اليونان قانون غير مكتوب لأنها جزء من نظام الكون و هي عند الرومان مستقرة في في الضمائر و قد تبنتها الكنيسة و اعتبرت أنها قانون إلهي غرضه تحقيق العدل و الخير غير أن فكرة القانون الثابت و الدائم و المطابق و طبيعة الأشياء و العقل لا تترك مجالا للقانون المقارن .

الفرع الثالث : مرحلة انتشار الدراسات القانونية المقارنة

يرجع الفقهاء نشأة و تأسيس القانون المقارن إلى بداية القرن العشرين، و يعتبر انعقاد المؤتمر الأول للقانون المقارن في 31 جويلية إلى 04 أوت 1900 بالعاصمة الفرنسية باريس بمثابة تاريخ ميلاد للقانون المقارن، إذ دافع المشاركون في هذا المؤتمر و على رأسهم الفقيهان الفرنسيان "SALEILLES et LAMBER" عن مفهوم جديد للقانون المقارن باعتباره علما مستقلا و ضرورة الكف عن الخلط بينه و بين دراسة التشريعات المقارنة و دعوا إلى اعتماد قانون مشترك للإنسانية المتحضرة يهدف إلى تقارب الحضارات و تطوير القانون الدولي.

و بعد الحرب العالمية الأولى توسع نطاق الدراسات المقارنة بعد التحولات التي عرفها العالم و تغيير الخريطة السياسية و الجغرافية للعالم و لم تعد الدراسات المقارنة تقتصر القوانين اللاتينية و الجرمانية التي كانت سائدة بعد القانون المدني الألماني "BGB" في سنة 1896 و قانون الإلتزامات السويسري سنة 1908 بل تعدتها إلى قانون الكومن لو "COMMUN LAW" و الذي كان سائدا في إنجلترا، أمريكا ، أستراليا و المستعمرات الإنجليزية.

و بدأت تلعب الدراسات القانونية دورها في مجال التعاون الدولي و حل النزاعات بين الدول خاصة بعد تأسيس محكمة العدل الدولية في لاهاي التابعة لعصبة الأمم المتحدة و التي حلت محل المحكمة الدائمة للتحكيم الدولي ، و اعتمد كذلك على الدراسات المقارنة في عملية توحيد القوانين، فأنشأت سنة 1924 في لاهاي الأكاديمية الدولية للقانون المقارن و التي تهدف إلى توحيد القوانين و في نفس السنة تم إنشاء التجمع الدولي للقانون الجنائي .

كما تعددت اللقاءات بين القانونيين أو ما يسمى باللقاءات القانونية في مختلف الدول إنطلاقا من جمعية القانون المقارن الفرنسية سنة 1926 و مؤتمر بودابست في نفس السنة و قد تمت خلال هذه اللقاءات المقارنة بين قوانين متباينة و مختلفة المنهج و كانت الغاية من المقارنة ليس تحسين القوانين الوطنية أو توحيدها أو إقامة أساس قانوني مشترك بين القوانين محل المقارنة و إنما توضيح حدود التعارض بين قوانين أوروبا الشرقية و الغربية و فيها روعيت العناصر الفارقة التي تحدد سمات كل منها و تأثيرها في النصوص التي تجري مقارنتها مثل حرية الصناعة و التجارة ، الديمقراطية...

و بعد الحرب العالمية الثانية و في ظل الحرب الباردة و التعايش السلمي و ظهور مناهج و أنظمة قانونية جديدة عرفت الدراسات المقارنة آفاقا أخرى و ذلك من خلال ظهور هيئات محلية و أخرى دولية تهتم بالدراسات المقارنة و تعميم تعليمها و لم تعد هذه الدراسات تقتصر على المقارنة بين قوانين الدول الأوروبية و اللاتينوجرمانية و بين الدول الإنجلوساكسونية بل اعتنت الدراسات القانونية المقارنة كذلك بمقارنة القوانين الغربية بقوانين المعسكر الشرقي أو قوانين الدول الاشتراكية و الدول الرأسمالية الليبرالية كما اهتمت كذلك الدراسات المقارنة بالأنظمة القانونية لدول العالم الثالث بعد زوال الإستعمار.

و قد أفضى هذا التطور إلى سعي الدول إلى توحيد القوانين، و انشئت لهذا الغرض معاهد و هيئات دولية مثل الأكاديمية الدولية للقانون المقارن التي تأسست في لاهاي سنة 1924 ، المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص الذي أنشأته عصبة الأمم سنة 1928 و قد تم إبرام الكثير من الإتفاقيات و المعاهدات و عقد الكثير من المؤتمرات .

المبحث الثاني : أهمية القانون المقارن

تكتسي الدراسات المقارنة أهمية بالغة و دور حيوي في مجال إثراء الدراسات القانونية ، إذ يعد القانون المقارن أداة فعالة في مجال فهم القانون و تطويره و هذا من خلال الوقوف على النقائص التي تعترضه و محاولة العمل على تصويبها.

و سيتم الوقوف على أهمية القانون المقارن على الصعيد الوطني و هذا من خلال (المطلب الأول) كما سيتم التفصيل في دوره على الصعيد الدولي من خلال (المطلب الثاني).

المطلب الأول : أهمية القانون المقارن على الصعيد الوطني

يساهم القانون المقارن بشكل كبير في تحسين القانون الوطني خاصة إذا كان القانون محل المقارنة أكثر تطورا، فيسمح لكل من المشرع (الفرع الأول) و القاضي (الفرع الثاني) و الفقيه (الفرع الثالث) من معرفة إيجابيات و سلبيات القانون الوطني و العمل على إيجاد الحلول بناء على التشريعات المقارنة بما ينعكس إيجابا على المواطنين .

1- أهمية القانون المقارن بالنسبة للمشرع

غالبا ما يلجأ المشرع عند سنه أو تعديله أو تنقيحه للنصوص القانونية إلى الإستعانة بالقانون المقارن، بالإطلاع على تجارب الآخرين و معرفة ما في هذه القوانين الأجنبية من مزايا و عيوب، لتفادي تلك العيوب و إرساء تلك المزايا في التشريع الوطني و بذلك تنير المشرع حتى يكون القانون الوطني أكثر فائدة بهذه الطريقة يمكن تحسين و تطوير قواعد القانون الداخلي بجميع فروعه و ذلك

بما يتلاءم مع التغييرات المستحدثة و الظروف المستجدة، و جعلها تتماشى مع مقتضيات و المتطلبات الاقتصادية و الإجتماعية و الثقافية في المجتمع

الفرع الثاني : أهمية الدراسات المقارنة بالنسبة للقاضي

تلعب الدراسات المقارنة دورا هاما في تنوير القاضي في تفسير النصوص و إيجاد الحلول الملائمة للقضايا المطروحة أمامه فيستعين القاضي في تفسير النصوص بالمصدر الأصلي إذا كان مصدرا أجنبيا .

ذلك أنه تتميز قواعد القانون بقدر كبير من العمومية و التجريد فيكون للقاضي حرية في التفسير و هو يصدر أحكامه في نطاق هذه الصيغة العامة التي كثيرا ما تفتقر إلى الوضوح و من أجل ذلك يلجأ إلى مناهج عديدة في التفسير ليتمكن من إبعاد الغموض عن قواعد القانون .

و من المناهج التي يستعين بها القاضي في تفسير القانون الرجوع إل المصدر التاريخي الذي أخذت منه فيرجع القاضي إلى القانون الأجنبي الذي اقتبس منه المشروع الوطني نظاما قانونيا معينا فمثلا قانون الأسرة أو القانون المدني قد يقتضي الأمر الرجوع إلى المصدر التاريخي للقانون الأجنبي ذاته .

و يؤدي القانون المقارن بالنسبة للقاضي دورا هاما إذ يمكنه من إيجاد الحلول لمسألة مطروحة أمامه، و من المألوف أن يواجه المشرع هذا الإحتمال فيحيل هو بذاته القاضي إلى مصادر احتياطية يستعين بها لاستكمال نقص التشريع و من بينها مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة.

و فكرة القانون الطبيعي رغم عمرها الطويل فكرة غامضة و قد حاول الفقيه "ساليي" أن يوضحها عن طريق ربطها بالقانون المقارن فلجأ إلى فكرة القانون الطبيعي للحدود المتغيرة للقول بوجود من المبادئ يمكن استخلاصها من القانون المقارن و يستطيع القاضي أن يستعين بها لاستكمال نقص القانون الوضعي و هذه الفكرة قادت الفقيه "ساليي" إلى القول بأن القانون المقارن وسيلة من أجل الوصول إلى استخلاص قانون عالمي مشترك يصلح لحكم الإنسانية جمعاء .

و لما كان التشريع لا يمكن أن يستوعب جميع المسائل التي تطرح أمام القضاء فقد تنازل القاضي عن مدى واسع من سلطته و منحها الحق في أن يقيم حكمه في حالة عدم وجود نص تشريعي أو عرف مستقر على مبادئ القانون الطبيعي و مفهوم العدالة، و هي تعابير غامضة

أراد بها المشرع أن يقطع الحجة على القاضي في عدم الفصل بالجلسة و بذلك ألزمه أن ينشئ القاعدة القانونية يستمدّها من ضميره فلا يتذرع بعدم وجود نص تشريعي أو عرف مستقر و أن يطبق ما كان يضع من القواعد لو عهد إليه بأمر من التشريع .