

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

المركز الجامعي خنشلة

معهد الحقوق والعلوم الإدارية

محاضرات لطلبة السنة الرابعة ليسانس

3.13.2004
راجسي عبد العزيز
سنة

القانون المقارن

من إعداد وتقديم : الأستاذ راجسي عبد العزيز

السنة الجامعية : 2005/2004

مبادئ القانون المقارن:

ظهور المقارنة القانونية

يرى البعض إن القانون المقارن قد ظهر في سنة 1900 ، نظرا لان أول مؤتمر دولي انعقد حول هذا القانون كان في ذلك التاريخ ، لكن أغلبية الفقهاء يؤكدون أن الدراسات المقارنة بدأت في الحضارات القديمة ، حيث قام الفقهاء للرومان بدراسة الحضارات السابقة للاستفادة من تجاربها في تنظيم مجتمعهم ، حيث مر إنشاء القانون الروماني في مرحلتين :

المرحلة الأولى : تمثلت في تدوين قوانين رومانية في مجموعة قانون الألواح ال12.

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

و في العصور الوسطى ، أخذت الدراسات المقارنة أهمية خاصة ، حيث ظهرت الدراسات المقارنة بين القانون الأوربي القديم و قانون الكنيسة . كما ظهرت في إنجلترا دراسات مقارنة بين قانون الكومن لوف القديم و قانون الكنيسة ، كذلك مقارنة القانون بالأعراف السابقة آنذاك

5.19.03231
د. محمد عبد العزيز
سلف

— و في القرن 17 ظهرت موجة جديدة من الدراسات اهتمت بالجانب التاريخي للقانون و في 1831 أنشأت المدرسة الأكاديمية في فرنسا مادة القانون المقارن ، و التي تدرس على المستوى الأكاديمي العالمي ، و هي أول مرة يتم فيها تدريس مادة القانون المقارن . في 1869 أنشأت جمعية التشريع المقارن و التي كانت تهدف إلى دراسة مختلف القوانين الموجودة و تقديم اقتراحات للمشرع . و في 1900 نظم أول مؤتمر عالمي حول القانون المقارن كان هدفه أعداد منهجية عنمة للتدريس و دراسة القانون المقارن ، و قد حذر هذا المؤتمر من الأخطاء التي قد ترد في الدراسات المقارنة نظرا لوجود عنصر الذاتية .

— و تطورت الدراسات المقارنة و أصبح الهدف المعلن هو الوصول إلى قانون عالمي و الذي أصبح يتصد بالدراسات الحالية قانون العالم المتحضر و هو قانون المجتمعات الفرنسية المسيحية .

تعريف القانون المقارن :

اختلف الفقهاء في طرح تسمية أو مصطلح موحد للقانون المقارن ، فمنهم من أطلق عليه تسمية " القانون الموازي " ، و البعض الآخر أطلق عليه " مقارنة القوانين " أو " الاجتهاد المقترن " أو " التشريع المقارن " .

و لقد استقر الرأي حاليا على تسمية بالقانون المقارن سواء في الجامعات العربية ، الأوربية أو الأمريكية ، و هو " القانون الذي يهدف إلى دراسة النظم القانونية المختلفة بغرض استخلاص قواعد عامة و مشتركة تكون أساسا لتنظيم العالم المتحضر .

طبيعته :

اعتبر البعض القانون المقارن طريقة من طرق البحث ، في حين اعتبره البعض الآخر علما مستقلا .

— الاتجاه الأول : ظهر بعد انعقاد أول مؤتمر عالمي حول القانون المقارن : حيث اعتبر هذا الأخير علما قائما بذاته ، غاية استخلاص قواعد مشتركة التي تكون صالحة للتطبيق بين

الدول المتحضرة و التي تجمع بينها عوامل مشتركة تاريخية و اقتصادية كاللغات التي تنتمي إلى العائلة اللاتينية الجرمانية .

— الاتجاه الثاني : اعتبر هذا الاتجاه القانون المقارن طريقة بحث ، تساعد الباحث في

الوصول إلى الكشف عن أوجه الاختلاف و أوجه التشابه بين القوانين المختلفة و ذلك

بغرض الحصول على معلومات عن هذه القوانين و إظهار إيجابياتها و سلبياتها ، حيث يرى

هذا الاتجاه إن القانون المقارن لا يتكون من مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات

في المجتمع ، بل هو طريقة بحث هدفها المقارنة و الموازنة بين القوانين .

— لكن الرأي السائد حاليا هو اعتبار القانون المقارن علما مستقلا ، و ليس طريقة بحث

لأنه يعتمد على وسائل ذاتية هي المقارنة ، القياس و المواجهة ، و يهدف إلى الوصول إلى

القواعد القانونية الصالحة للتطبيق في العالم المتحضر .

أهميته :

لقانون المقارن أهمية كبرى على المستوى الوطني إذ هو وسيلة لإصلاح القانون الوطني

و أهمية على المستوى الدولي لأنه وسيلة لتوحيد القوانين .

01 — الأهمية الوطنية : يحتاج المشرع و المطبق للقانون الوطني إلى القياس على ما هو

موجود من أحكام واردة في قوانين الدول الأخرى ، بغرض تحسين قانونه الوطني ، لكن

يجب على الباحث اختيار المجموعة التي تتم المقارنة معها ، إذ عليه أن يقوم بالمقارنة مع مجموعة من القوانين خاصة تلك التي لها ارتباط تاريخي أو ديني أو ثقافي مع القانون الوطني .

— و الرأي الراجع الآن هو المقارنة مع جميع القوانين الموجودة على المستوى الدولي بأخذ عينات من مختلف الأنظمة . و عليه فالتقانون المقارن وسيلة لفهم القانون الوطني و تطويره .

02 — الأهمية الدولية : في ظل العولمة و ظهور لرغبة شديدة في إيجاد نظام قانوني علبر للقوميات " أي يطبق على جميع شعوب العالم " . و تظهر أهمية القانون المقارن في أنه الوسيلة التي تؤدي إلى توحيد القوانين على المستوى الدولي بالرغم من تباين أنظمة دول العالم الاقتصادية ، الثقافية ، الدينية ، و الاجتماعية . و تجسدت عملية التوحيد في إبرام العديد من الاتفاقيات و التي نظمت مجالات مختلفة ما لتقل ، التجارة ، الملكية الفكرية و حقوق الإنسان ، علاقات العمل ... الخ . فالتقانون المقارن يكسر الحواجز الموجودة بين النظم القانونية ، و يفتح المجال لصراع كل التجارب ، و يصبح قانونا قابلا للتبادل و الانتقال من دولة إلى أخرى . و إذا اعتمدت الدراسات القانونية المنطقية تقضي على التقليد القانوني الأعمى ، حيث يجب أن يكون التقليد متباينا على دراسة أكاديمية تبين ما للقانون الأجنبي من محاسن و عيوب . لذا يجب أن نعتمد عند المقارنة القواعد الأساسية التالية :

01 — أن ينصب الاهتمام على المبادئ لا على الفروع .

02 — أن نأخذ بعين الاعتبار كل العوامل المؤثرة في تكوين القاعدة القانونية .

03 — أن ندرس النظام القانوني ككل ، أي كمجموعة متصلة في مصادرة أحكامه .

المركز الإسلامي للدراسات والبحوث
S.I.O.S.O.
بإسناد من
المركز الإسلامي للدراسات والبحوث

طرق المقارنة :

قد تتم الدراسات المقارنة بين القوانين الوضعية و الشريعة الإسلامية ، و لا تنتظر التشريعات الغربية إلى تنتمي إلى عائلات مختلفة، أو بين قوانين الدولة الواحدة كالدولة الفيدرالية . كما قد تتم المقارنة بين القوانين الوضعية و الشريعة الإسلامية ، و لا تنتظر التشريعات الغربية إلى الشريعة الإسلامية على أساس أنها نظام كامل بل تعتبرها عائلة تقليدية ثانوية لهذا على الباحثين في العالم الإسلامي الالتزام بإظهار ما يوجد من القانون الوضعي من خلل و ليس ، و شرح الحلول التي تتضمنها الشريعة الإسلامية بطريقة منطقية علمية .

و المقارنة ليست غاية في حد ذاتها بل هي وسيلة ، كما نشير إلى الدول الأمريكية تفضل الحلول السلمية ، و ترى بان القانون ليست الوسيلة المثلى لحل النزاعات ، لأن من يلجا إلى القانون لا يملك ثقافة و لا حضارة

و توجد أربع طرق للمقارنة:

1 - طريقة المقارنة : تتم المقارنة بين قانونين باتباع التحليل أو لائم التركيب بغرض الوصول إلى دراسة كاملة ، حيث ينطلق الباحث من الجزئيات ليصل إلى الكليات و يستخلص مقارنة كلية بين ، القانون الوطني و القانون الأجنبي عن طريق استخلاص أوجه التشابه والاختلاف.

2- طريقة المقاربة : طريقة تستخدم لا يجاد أوجه التقارب بين القوانين المختلفة ، و يكون ذلك بين القوانين التي لها خصائص مشتركة.

3- طريقة التواجهية : طريقة يستعملها الباحث بغرض استخلاص أوجه التباين والاختلاف بين أنظمة قانونية تتقارب من حيث المصدر الأيديولوجي أو الثقافي أو الاقتصادي .

4 - طريقة المقابلة : يقوم الباحث بترتيب القواعد القانونية محل الدراسة حيث يبحث عن أوجه التشابه والاختلاف بينهما في موضوع معين يفترض استخلاص الحلول الإيجابية .

التصنيفات المعتمدة للأنظمة القانونية الكبرى

التصنيفات المعتمدة للأنظمة القانونية الكبرى

اختلف الفقهاء في تصنيف الأنظمة القانونية الكبرى المتكافئة على المستوى الدولي ويتجلى ذلك في التصنيفات الأربع التالية:

01- التصنيف الأول: اعتمد على معيار تأثير القانون الروماني أو القانون الجرمانى في

النظام القانوني في الدولة ، حيث قسم الأنظمة القانونية إلى ثلاث مجموعات :

المجموعة الأولى : تمتاز بالتأثير الكبير للقانون الروماني ، ويشمل إيطاليا ، إسبانيا .

المجموعة الثانية : تمتاز بالتأثير الضعيف للقانون الروماني وتمثل إنجلترا ، روسيا .

المجموعة الثالثة : تمتاز بالتأثير المتساوي للقانون الروماني والقانون الجرمانى وتشمل

فرنسا ، ألمانيا ، سويسرا .

- يلاحظ أن هذا التصنيف اعتبر إنجلترا من بين الدول التي تعتمد القانون الروماني ولو

بدرجة ضعيفة ، رغم أنها مصدر نظام الكومن لو - الانجلوسكسوني - كما أنه حصر

التصنيف في أوروبا .

02- التصنيف الثاني: استعمل مصطلح العائلة وقسم العالم إلى أربع عائلات الثاني

العائلة الأولى: العائلة الرومانوجرمانية .

العائلة الثانية: عائلة القوانين المشتركة الكومن لو.

العائلة الثالثة: عائلة القوانين الامتراكية .

العائلة الرابعة : عائلة أخرى يدخل فيها النظام القانوني الإسلامي ، وقانون الهند ، وقانون

الشرق الأقصى والصين واليابان و هي لا تشكل عائلة .

03- التصنيف الثالث: يقسم الأنظمة القانونية إلى ثلاثي مجموعات :

المجموعة الأولى: الأنظمة الغربية أنظمة مستتبطة من الدين المسيحي نون أن يكون هذا

الدين مصدرا للقانون.

المجموعة الثانية : الأنظمة الامتراكية وهي الأنظمة التي لها نزعة غير دينية .

المجموعة الثالثة : الأنظمة الدينية وتضم النظام الإسلامي ، قانون الكنيسة قانون الهند.

04- التصنيف الرابع: يقسم العالم إلى مجموعتين :

المجموعة الأساسية: تضم النظام القانوني الرومانوجرمانتي ، الكومن لو ، والنظام

الامتراكي المجموعة الثانوية : تضم الأنظمة العربية وأنظمة العالم الثالث.

*العائلات القانونية الأساسية :

إيجسي
عبد العزيز
سطين

01 - عائلة القانون الرومانوجرمانتي: مصدرها هو القانون الرماني والعادات الجرمانية

وتشمل ألمانيا والمجموعة الجرمانية والتي تجسدت في القانون الألماني ، وتشترك المجموعة

الرومانية والجرمانية في المبادئ رغم وجود بعض الاختلافات التفصيلية ، وقد أخذت دول

أخرى بهذا النظام منها إيطاليا إسبانيا بلجيكا المجر ... الخ وكذلك دول أمريكا اللاتينية

وأفريقيا .

وفي هذه العائلة تعتمد على التشريع هو المصدر الأساسي للقانون ، ووظيفة القانون الحفاظ

على النظام العام وتنظيم سلوك الأفراد في الحاضر والمستقبل ، حيث تَرَدُّ صياغة القواعد

القانونية عامة ومجردة .

02 - عائلة الكومن لو: ظهر هذا النظام في إنجلترا وأخذت به الوم . آ. ودول الكومن لو

حيث يشترك القانون الأمريكي في المبادئ رغم وجود اختلافات بينهما.

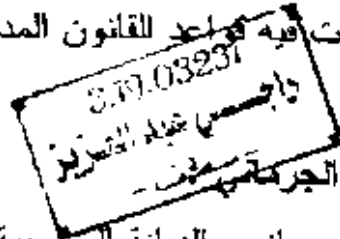
في هذه العائلة القضاء هو المصدر الأساسي للقانون ، حيث إن الأحكام القضائية الصادرة عن الهيئات العليا هي التي تنمى القانون والقواعد القانونية في هذا النظام تنشأ من الواقع ، وتنظم سلوك الأفراد وعليه فالبحث في الكومن لو ينطلق من الخاص إلى العام .

03- عائلة الشريعة الإسلامية : تعتبر الشريعة الإسلامية نظاما متكاملًا تغطي الجوانب الدينية والندوية للفرد ، وإلا أن الفقه الغربي والمسيحي يعتبرها نظاما قانونيا قديما وتاليا.

الأنظمة القانونية الكبرى

أولاً: النظام القانوني الروماتوجرمانتي:

تعتمد دول أوروبا الوسطى هذا النظام ، قد امتد إلى خارج أوروبا، وهو مستمد من القانون الروماني والأعراف الجرمانية ، وقد تجسدت فيه قواعد القانون المدني الفرنسي وقواعد القانون الألماني .



- الخلفيات التاريخية لهذا النظام اللاتيني الجرمانتي -
خضع نظام هذه العائلة إلى تأثير القانون الروماني والديانة المسيحية

أ - تأثير القانون الروماني : تأثرت قوانين الدول التي أخذت بالنظام اللاتيني الجرمانتي بالقانون الروماني ، حيث اعتمدت نفس التقسيمات والمبادئ الواردة فيه .

مراحل تكوين القانون الروماني : بدأ القانون الروماني في التكوين ابتداء من 754 ق م وقد تأثر بالفلسفة اليونانية ، وكانت أول يواد هذا القانون قانون اللوائح الاثنا عشر ، وفي بداية سنة 524 ق م اعتمد الإمبراطور على إصدار أوامر إمبراطورية ، والتي كانت تصدر في شكل نساثير أضعفت من قيمة القوانين ، حيث كانت الملطمة مركزة في يد الإمبراطور وفي سنة 395 ق م قام جو مستيان بتكوين القوانين الرومانية في مذونة قسمت إلى أربع مجموعات ، الأولى أوامر الإمبراطور ، الثانية (الأشخاص ، الأشياء ، نظام الدعاوى) الثالثة جمع مؤلفات كبار فقهاء الرومان أما الرابعة تضمنت المنشورات والتعليمات .

تقسيمات القانون الروماني

قسم إلى قانون عام ، وقانون خاص ، حيث تضمن القانون العام أحكاما منظمة لمرقق الدولة وتضمن القانون الدستوري ، الإداري ، الجنائي ، الجنائي ، في حين تضمن القانون الخاص

ما يدخل اليوم في إطار القانون المدني ، التجاري ، للعمل ... الخ. كما قسم القانون الخاص إلى قانون خاص بالأشخاص ، وقانون خاص بالأموال ، وقانون خاص بالدعاوى كما قسم الرومان الأموال إلى عقارية ومنقولة مادية ومعنوية وكذلك الشأن للالتزامات إلى مدنية ، طبيعية ، تضامنية ، مع التمييز بين التضامن الإيجابي والتضامن السلبي .

كما قسموا المسؤولية إلى القائمة على الفعل الشخصي ، وعلى فعل الغير وفركوا بين المسؤولية القائمة عن الخطأ إيجابي ، والخطأ السلبي وهم أيضا الذين قسموا العقود إلى رضائية وشكلية وميزوا بين العقود الملزمة للجانبين والملزمة لجانب واحد .

ب - تأثير قانون الكنيسة : قانون الكنيسة هو مجموعة القواعد التي وضعها رجال الكنيسة لتنظيم العلاقة بين الأفراد ، خاصة فيما يتعلق بالأحوال الشخصية .

ومن بين الأحكام التي استمدتها النظام اللاتيني الجرماني من قانون الكنيسة حكم الأخذ بالظروف المستجدة التي تبيح تعديل العقد إذا تغيرت الظروف الاقتصادية وجعلت تنفيذ العقد مرهقا بالنسبة للمدين ، حيث يجوز رد الإرهاب إلى الحد المعقول .

2 - مصادر القانون في النظام اللاتيني الجرماني :

بعد تشريع المصدر الأساسي للقانون ، ثم يليه العرف ، و الفقه و القضاء في المرتبة الثالثة - التشريع : كل القواعد القانونية المكتوبة ، سواء كانت صادرة عن السلطة التشريعية أو التنفيذية ففي شكل قانون أو تنظيم ، و ذلك حسب درجة ترتيبها في الهرم التشريعي الأساسي في الدولة الصادرة عن السلطة البرلمانية أو عن الشعب حسب الأنظمة . و يسمى الدستور على التشريعات الأخرى و تتصل قواعده بنوع من الثبات ، وتخضع القوانين لرقابة دستورية ، سواء عن طريق المجلس الدستوري أو محكمة دستورية و في بعض الدول يمكن لهذه الهيئات أو حتى للأفراد المواطنين العاديين تقديم طلب في مدى دستورية قانون معين (ألمانيا).

كما تعتبر الاتفاقيات الدولية التي تمت المصادقة عليها جزء من التشريع الداخلي ، حيث تعتبرها بعض الدول (فرنسا ، هولندا) أعلى من التشريع العادي في حين تعتبرها دول أخرى (ألمانيا) في نفس درجة التشريع العادي ، و تبقى الأولوية للمبادئ العامة للقانون الدولي .

- أما التشريع العادي سواء كان صادرا عن السلطة التشريعية حيث يتناول المواضيع العامة أو عن السلطة التنفيذية التي يتناول تطبيق القوانين .

- ففي هذا النظام القاضي ملزم بإيجاد حل للنزاع مستندا من التشريع سواء من نصه ، أو إذا كان غير واضح يجب أن يبحث عن نية المشرع ، وليس له الحق في الامتناع من تطبيق القانون ويعد مرتكبا لجريمة إنكار العدالة .

- سمو التشريع في هذه العائلة مستمد من فكرة فلسفية مفادها أن التشريع يعبر عن إرادة الشعب عن طريق ممثليه في البرلمان، وهذا القول أصبح محل نقاش حاليا .
العرف: يحتل المرتبة الثانية بعد التشريع حيث يلجأ إليه القاضي في حالة وجود نص مكتوب أو في حالة غموض نص .

ويميز الفقه بين العرف المكمل للتشريع وهو الذي يملأ ويسد الفراغ الموجود في التشريع ، والعرف المساعد للتشريع وهو الذي يستعان به لفهم التشريع والعرف المخالف للتشريع الذي لا يطبق إلا إذا كان مخالفا للقانون ^{بشرط عدم مخالفته للنظام العام والآداب}

- بعض التشريعات في هذا النظام تساوي بين العرف والتشريع كالقانون الألماني وسويسري في حين أنه في بعض الدول الأخرى كالنمسا العرف لا يطبق إلا إذا أحال إليه التشريع صراحة كما يختلف مركز العرف باختلاف القوانين حيث يلعب دورا مهما في القانون التجاري والقانون الدولي العام وينقلص دوره في القوانين الأخرى كالقانون المدني إلى أن ينتهي دوره في القانون الجنائي .

القضاء: يملك القاضي في النظام اللاتيني الجرمني سلطة تفسير قاعدة القانونية قصد الوصول إلى إيجاد حلول للمسائل القانونية المطروحة ، لكن السابقة القضائية في هذا النظام لا تتمتع بالقوة الملزمة ، حيث يعتبر القضاء مصدرا ثانويا للقانون ، لأن المشرع يتبنى الإطار العام الذي يتحرك فيه القاضي ، حيث أن القواعد التشريعية عامة ومجردة في حين الأحكام القضائية تخص وقائع بعينها لهذا فالقواعد التشريعية حجية على القواعد القضائية .
وإذا طبق القاضي سابقة قضائية قديمة يكون ذلك من باب التكرار لا من باب الإلزام ، كما يخضع النظام القضائي في هذه العائلة لفكرة التدرج هناك محاكم ، مجالس ومحاكم عليا، ويوجد أيضا قضاء مزدوج عادي وإداري مستقلين عن بعضهما كما هو الحال في فرنسا ، ألمانيا ، النمسا ، هولندا، في حين يوجد في دول أخرى نظام العرف الإدارية كبلجيكا ، سويسرا ، إسبانيا، وبعض الدول الأفروفرنكوفونية.

واعتمدت دول أخرى أسلوبا خاصا جعل القضاء الإداري استثنائيا تابعا للقضاء العادي ومدرجا في القانون الخاص ، كالنمرك ، البرازيل ، البيرو ، أما من حيث الاختصاص توجد عدة تجارب :

النمط الفرنسي : الذي يأخذ بمبدأ الفصل بين الاختصاص عادي إداري

النمط البلجيكي : يأخذ بالتوحيد من الناحية الشكلية وبالازدواجية في التطبيق أما من حيث الأحكام فيوجد أسلوبان :

- الأسلوب الفرنسي : يصد الحكم متكون من حيثيات ومنطوق مختصر جدا فرنسا الجزائر بلجيكا .. الخ .

- الأسلوب الألماني : أسلوب يمتاز بالتجريد الطويل شبه إنشائي يتضمن الحكم فيه مراجع وأحكام سابقة ويشرح فيها القضاء تأسيس القرار الذي اتخذه تعمل به اليابان ، إيطاليا ، سويسرا ، وألمانيا طبعاً .

03 - تقسيمات القانون في النظام الرومانيجرماني

يقوم القانون في هذه العائلة على تقسيم ثنائي عام وخاص وقد برر هذا التقسيم على أساس اختلاف العلاقات في المجتمع ، هناك علاقة بين الشعب والسلطة ، وهناك علاقة بين الأفراد وبهذا تنتوع المصلحة إلى مصلحة عامة وأخرى خاصة ، ويغلب اغلب الفلاسفة المصلحة العامة على المصلحة الخاصة ، لكن تحديد مفهوم المصلحة العامة أصبح يثير إشكالية هل المصلحة العامة هي مصلحة الجميع أم هي مصلحة الفئة الحاكمة؟ وإذ أن امتيازات السلطة العامة تستعمل من طرف للنولة كما أن القانون العام المنظم لنشاط السلطات يوضع من طرفها .

- مع تطور النشاط الإنساني ظهرت فروع قانونية جديدة إلى جانب الفروع التقليدية لا هي من القانون العام و لا هي من القانون الخاص كالقانون الاقتصادي أو قانون الأعمال ، قانون البيئة ، و قانون المؤسسات .

و المشكل المطروح في هذه العائلة هو اختلاف التقنيات سواء من حيث التنوع أو الصياغة مثلا في إيطاليا هناك توحيد للقانون المدني و التجاري في تقنية واحدة . عكس ما هو موجود في الكيبك كندا حيث نص القانون فيها على حل مسائل التجارية بواسطة القانون المدني ، في حين أنشأت دول أخرى تنتمي إلى هذه العائلة تقنيا خلاصا بهذه الالتزامات سواء

كانت مدنية أو تجارية ، كما في هولندا . حيث يبقى القانون الأساسي في هذه العائلة هو القانون المدني و الموضوع الأساسي هو الالتزامات .

مفهوم القاعدة القانونية في العائلة اللاتينية :

القاعدة القانونية هي أساس البناء القانوني لهذه العائلة ، و تتميز بالعمومية و التجديد و الإلزام ، فهي خطاب يوجه إلى العامة بأمر بالامتناع عن فعل أو القيام بفعل ، و تتم صياغتها على أساس اعتبارات سياسية ، اجتماعية أو اقتصادية ، و توجه إلى فئة من الأشخاص تتوفر فيهم شروط معينة حيث تطبق على كل شخص تتوفر فيه الصفات التي تتطلبها القاعدة ، و على كل قاعدة واقعة تتوفر فيها شروط تطبيقها .

— مفهوم القانون أوسع من مفهوم القاعدة القانونية لأنه عبارة عن مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين الأفراد أو بينهم و بين السلطة العامة ، و يترتب على مخالفتها جزاء ، فالقاعدة القانونية مجردة في نشأتها عامة في تطبيقها ، فهي لا تنظم حالة خاصة ، حيث أنها الجسر الذي يربط بين تجريد القانون و الحالات الخاصة الواقعية ، فهي قابلة للتطبيق بشرط تعميم حالات تطبيقها ، و هي الإطار الذي يعمل فيه القاضي .

و عليه فوظيفة القاضي في هذا النظام تطبيق القانون الذي وضعه المشرع كما أن حكم القواعد القانونية محدود مقارنة بنظام الكومنويلث الذي تختلف عنه القواعد القانونية باختلاف حالاته الواقعية .

كما يميز هذا النظام بين القواعد القانونية المستقرة و المكلمة و من القواعد القانونية الموضوعية و القواعد الإجرائية . بينما لا يميز " الكومن لو " بينها .

ثانيا : النظام الإحتومسكسوني — الكومن لو :

هذه العائلة تشمل أساسا القانون البريطاني و القانون الأمريكي ، تتميز بقواعد خاصة تختلف اختلافا جذريا عن النظام القانوني اللاتيني الجرمانتي .

1- النظام القانوني البريطاني :

— ظهور القانون البريطاني : بعد تغير نظام الإقطاع أقر الملك في بريطانيا حكما مركزا في يده ، إذ أصبح الشخص الوحيد الذي يحكم في إنجلترا ، حيث شكل مجلسا يقظر في المنازعات المتعلقة بالأمن ، سلامة الدولة ، العصيان و الاعتداء على العقارات باعتبارها

ملكاً للملك ، أتفق عن هذا المجلس ثلاث محاكم سميت " المحاكم الملكية " التي تنظر في القضايا المالية ، الضرائب ، الديون العائدة للتجار والقضايا العقارية المتعلقة بالأرض والقضايا الجزائية ، و كانت هذه المحاكم تعقد جلساتها في أماكن تواجد الخصومة برئاسة الملك ، لكن بعد اتساع دائرة اختصاص الملك قاضياً ، المحاكم الملكية ، يختصون بالفصل في المنازعات بعد صدور أمر مكتوب عن الملك ، و من هنا بدأت تتكون قواعد القانون العام (الكومن لو) ، و كانت هذه المحاكم تقضي بما تراه عدلاً و إنصافاً و بما يتجلبوب مع ضمير الملك ، الذي يفترض فيه لأنه لا يظلم و لا يخطئ .

- إلى جانب هذه المحاكم الملكية (محاكم القانون العام) ظهرت محاكم المستشار و التي كانت تفضل في النزاع وفقاً لمبادئ العدالة ، و كانت أحكام المحاكم الملكية لا تتسم بصفة الجبر عكس أحكام المستشار التي كانت تقبلون إصلاحات رديئة ، و هذا ما جعل الأفراد يلجأون إليها لثبوت مصداقيتها ،

نتج عن هذا الازدواج اختلاف بين محاكم القانون العام و محاكم المستشار ، أدى بأغلب الحالات إلى تدخل الملك ، و البرلمان ، و بقي القانون البريطاني يمتاز بالازدواجية ، إذ وجد قانون السوابق القضائية لمحاكم الكومن لو ، و قانون يستند إلى السوابق القضائية لمحاكم المستشار إلى أن تم دمج القانونين و أصبحا يشكلان قانوناً واحداً .

- خصائص القانون البريطاني :

لم يتميز بين القانون العام و الخاص ، لكن يميز بين قواعد القانون المشترك و قواعد العدالة كما يعتبر السابقة القضائية مصدراً أساسياً للقانون . الاهتمام بالجوانب العملية نون جوانب النظرية ، إذ أن السابقة القضائية فيه ملزمة ، فهو قانون تطبيقي أصلاً .

- مصادر القانون البريطاني :

القضاء هو المصدر الأساسي للقانون البريطاني ثم يليه التشريع فالعرف .

! - القضاء :

- التنظيم القضائي : تاريخياً وجدت في بريطانيا المحاكم الملكية إلى جانب محاكم المستشار

الأولى كانت تطبق قواعد الكومن لو ، الثانية قواعد العدالة .

وكان المحاكم المستشار اختصاص أوسع من المحاكم الملكية ، إذا كان لها حق وقف تنفيذ

أحكام المحاكم الملكية إذا لاحظ أنها مخالفة لقواعد العدالة ، إلى أن تم توحيد القضاء البريطاني بموجب القانون القضائي الجديد في 1875 و تم تعديله في 1971 .

حيث أصبح القضاء مكونا على الشكل التالي :

• المحكمة العليا للقضاء : تتشكل من ثلاث محاكم : محكمة العدل العليا ، محكمة التاج ، محكمة الاستئناف .

(1) محكمة العدل العليا : تتكون من ثلاث فروع :

الفرع الأول : قسم منصة الملك : ينقسم بدوره إلى محكمتين :

— المحكمة الأميرالية . — المحكمة التجارية .

الفرع الثاني : قسم المستمارين : ينقسم إلى محكمتين :

— محكمة الشركات . — محكمة الإفلاس .

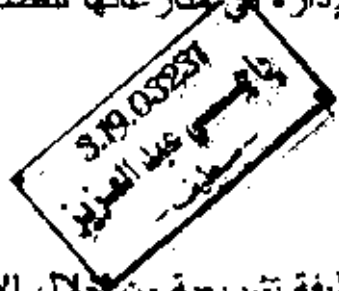
الفرع الثالث : قسم الأحوال الشخصية : كل المنازعات المتعلقة بالأمركة ، تفصل هذه المحكمة في الدعاوى بقاض واحد ، يمكن عند الحاجة أن تساعده هيئة من المحلفين تمتأف أحكامها أمام محكمة الاستئناف .

(2) محكمة التاج : تختص بالنظر في الدعاوى الجنائية بقاض واحد ، إلى جانب هيئة من المحلفين . أنشأت في تعديل 1971 .

(3) محكمة الاستئناف : تنظر في الاستئنافات المرفوعة إليها من المحاكم الدنيا و محكمة العدل العليا . و تشكل المحكمة في الاستئناف من هيئة مشكلة من رئيس و قاضيين مختلفين دون مشاركة هيئة المحلفين . و تتخذ قراراتها بالأغلبية و إذا لم تتحقق يرفض الاستئناف .

ب — لجنة الطعن العليا لمجلس لوردات : لمجلس اللوردات وظيفة قضائية إلى جانب وظائفه التشريعية حيث تخص بالفصل في الطعون المرفوعة إليه ضد الأحكام الصادرة عن محكمة الاستئناف ، و في حالات استثنائية ضد أحكام محكمة العدل العليا و محكمة التاج . وتفصل في هذه الطعون لجنة مشكلة من 11 عضوا . يشرط في الأعضاء أن يكونوا قد مارسوا عملا قانونيا محاماة أو قضاء ، و تتكون الهيئة للنظر في الطعون في قضية من 5 إلى 3 أعضاء على الأقل . يرفض الطعن إذا لم يوافق عليه الأغلبية قبل النظر في الموضوع ، و في حالة قبول الطعن تفصل فيه الهيئة من حيث الوقائع و من حيث القانون .

ج - محاكم الصلح : تفصل في القضايا الجزائية بواسطة مواطنين عاديين يطلق عليهم " قضاة الصلح " . حيث يتولى القضاة مهمة البحث عن أدلة الاتهام ضد المتهم ، و في حالة حصولهم على ذلك يقدم المذنب المرتكب لجرائم خطيرة أمام محكمة التاج . إلا أن للمتهم قد يفضل أن يحاكم أمام قضاة الصلح بشرط اعترافه بالذنب ، و تلك كي يضمن لنفسه عقوبة مخففة . و تستأنف أحكام محكمة الصلح أمام محكمة التاج . و نلاحظ أنه لا يوجد في بريطانيا قضاء إداري مستقل حيث تخضع الإدارة في منازعاتها للقضاء العادي .



الاجتهاد القضائي :

01 - السابقة القضائية :

يقوم القضاء في بريطانيا بوظيفة تشريعية من خلال الأحكام الصادرة عن الهيئات القضائية العليا ، التي تشكل سوابق قضائية تجمع في تقنيات أو مجموعات تصبح ملزمة للحكم في القضايا اللاحقة . و عليه لا تقتصر وظيفة القاضي في بريطانيا على تطبيق القانون . تصدر الأحكام في بريطانيا في شكل منطوق مطول دون التأكيد بالتسبب لان القاضي في النظام البريطاني غير ملزم بتسبب الحكم ، لان ذلك يعتبر مساسا بكرامة القاضي .

02 - التشريع :

يحتل التشريع في بريطانيا المرتبة الثانية و يعرف بالقانون البرلماني لتمييزه عن القانون المشترك (الكومن لو) .

نلاحظ ببريطانيا في الآونة الأخيرة لجوء متزايد لإصدار نصوص تشريعية برلمانية أو عن طريق التفويض ، و يعود ذلك للأسباب التالية :

- انضمام بريطانيا إلى الاتحاد الأوروبي ، الأمر الذي يحتم عليها إصدار تشريعات تتجانس مع تشريعات الدول الأخرى في الاتحاد .

- تتخذ الدولة البريطانية في تنظيم الاقتصاد .

- و يتميز التشريع الأساسي في بريطانيا بعدم وجود دستور مكتوب ، لكن لا ينفي وجود

نصوص دستورية مكتوبة تتمثل أساسا في "الميثاق الكبير" الذي يعد أساس نظام الحكم في بريطانيا الصادر في 1215 . و قانون البرلمان الصادر في 1911 . و المعدل و المعتم

بقانون 1949 .

— السلطة التنفيذية في بريطانيا : تتولى السلطة التنفيذية الملكة مجلس الوزراء .
الملكة : تتولى الحكم بالوراثة دون تمييز بين الذكر و الأنثى ، و أصبح دورها دورا شرفيا
و تتولى المهام التالية : — إیرام المعاهدات .

— منح الألقاب الشرفية .

— إعلان الحروب و الموافقة على السلم .

— قيادة القوات المسلحة .

— إصدار العقد

3.19.03231

التصديق على القوانين

— حل مجلس العموم

— تعيين رئيس مجلس الوزراء .

— تملك الملكة في بريطانيا ولاء الحكم ، لان السلطة الفعلية تمارس من طرف مجلس
الوزراء .

(2) مجلس الوزراء : نشأت وظيفة الوزراء تاريخيا بالميثاق الكبير ، حيث كان الملك يملك و
يحكم و كان يساعده مجلس خاص يتكون من كبار الموظفين في الدولة ، هذا المجلس هو
النواة الأولى للحكومة في بريطانيا . يتولى مجلس الوزراء المهام التالية :

— تحديد السياسة العامة الداخلية و الخارجية للدولة .

— تسيير و مراقبة الشؤون العامة للملكة .

— اقتراح مشاريع قوانين .

— إصدار التشريع بالتفويض .

— السلطة التشريعية في بريطانيا : بصور الميثاق الكبير كان يجلس إلى جانب الملك في

تسيير الشؤون العامة للدولة مجلس يتكون من الأشراف النبلاء و رجال الدين ، تم توسيعه

في سنة 1254 ، حيث عين الملك فارسين عن كل مقاطعة ، و عضوين عن كل مدينة هامة

للاشتراك في جلسات المجلس الذي كان دوره مقصورا على فرض الضرائب ، و مع مرور

الزمن حدث انقسام داخل المجلس أدى إلى تكوين كتلتين : الأولى تمثل الأشراف ، و الثانية

تمثل نواب المقاطعات و المدن ، عينت كل كتلة رئيسا لها ، هذا ما نتج عنه انقسام المجلس

إلى : مجلس اللوردات ، مجلس العموم .

1- مجلس اللوردات : يتشكل من النبلاء و الأشراف ، يزيد عدد أعضائه عن ألف (1000) عضو . يصل إلى هذا المنصب 800 عضو عن طريق وراثة لقب اللورد عن أجداده . و بقية الأعضاء معينون من طرف الملك . كانت اختصاصات هذا المجلس مساوية لاختصاصات مجلس العموم إلى أن صدر قانون البرلمان لسنة 1911 للمحل بقانون 1949 الذي قلص من صلاحياته لفائدة مجالس العموم .

2 - مجلس العموم : يتكون من 651 عضواً ، يتم اختيارهم عن الاقتراع العام ، يمارس اختصاصات تشريعية سياسية . فأما الاختصاص التشريعي فيتمثل في إصدار القوانين ، إقرار الضرائب ، و إعداد الميزانية . أما الاختصاص السياسي فيتمثل في مراقبة أعمال الحكومة عن طريق الموافقة على برنامج الحكومة و مراقبة تنفيذها بطرق مختلفة على أعضاء الحكومة عن كل موضوع يدخل في نشاط مجلس الوزراء . كما يمكن لمجلس العموم التصويت على لائحة الثقة ، أو على لائحة سحب الثقة ، و في هذه الأخيرة تستقبل الحكومة بصورة جماعية ، فعليه نظام الحكم البريطاني نظام برلماني مرن . يقوم على التعاون بين السلطتين التشريعية و التنفيذية .

(2) النظام القانوني للولايات المتحدة الأمريكية :

يشارك القانون الأمريكي مع البريطاني في المبادئ العامة في المصطلحات لكن يختلفان في جوانب أخرى نظراً للخصائص الذاتية للقانون الأمريكي خصائص القانون الأمريكي : رغم اشتراكه في المبادئ مع القانون البريطاني إلا أنه يمتاز بخصائص ذاتية ناتجة عن تباين النظام السياسي ، و البنية الهيكلية الاتحادية للولايات المتحدة الأمريكية بحيث تتمثل هذه الخصائص في مايلي :

- يمتاز القانون الأمريكي بالازدواجية ، قانون فيدرالي وقانون خاص بكل ولاية لأن في الولايات سلطة إصدار القوانين .

- يعتمد النظام الأمريكي على دستور مكتوب ، وعلى نظام رقابة المحاكم على دستورية القوانين .

- ينحصر مجال تطبيق مبادئ العدالة في الولاية إلى أقصى حد .

• البنية القانونية للنظام القانوني الأمريكي ينحدر المجتمع الأمريكي من شعوب مختلفة وترتب من هذه الخاصية ازدواجية الهياكل القانونية، نظراً للطابع الفيدرالي للدولة ، حيث

تصدر تشريعات في أ.م.أ. من سلطتين الأولى سلطة الاتحاد من جهة وسلطة الولايات من جهة أخرى ، وهذا ما نتج عنه اختلاف النصوص القانونية والحلول القضائية .

مصادر القانون الأمريكي : تعتمد الو.م.أ. على مصدرين هامين القضاء والتشريع

(أ) للقضاء : أن التنظيم القضائي في الو.م.أ. يتكون من مجموعتين من المحاكم محاكم

3190
عبد العزيز

اتحادية ، محاكم على مستوى الولايات

محاكم الاتحاد: تتكون من

المحاكم الدستورية : أنشأت بمقتضى نص دستوري تقسم على المقاطعات عددها يتغير من

ولاية إلى أخرى ، يبلغ عددها الإجمالي 100 محكمة ، تضم 400 قاضيا تتكون بعضها من

أقسام تضم عشرين 20 قاضيا ، يفصل في النزاع قاض فرد بمساعدة موظف يتولى تحضير

الملف والقيام بالإجراءات

محاكم الاستئناف: أنشأت سنة 1891م بهدف التخفيف من أعباء المحكمة الدستورية العليا

عددها 11 اتخذت مقراتها في الولايات الكبرى . تضم حوالي 80 قاضيا تفصل في القضايا

المرفوعة أمامها وفقا لمبدأ للقضاء الجماعي بثلاث قضاة

المحكمة الدستورية العليا: يقع مقرها في واشنطن ، تتألف من رئيس وثمانية 08 أعضاء

تتمتع بصلاحيات واسعة حيث تفصل في الاستئناف المرفوع إليها ضد أحكام المحاكم

الدستورية ، ماعدا الاستئناف الممنوحة لمحاكم الاستئناف ، وتفصل في قضايا أخرى

كمحكمة أول درجة

اختصاص المحكمة الدستورية العليا كجهة استئناف : تنظر في جميع القضايا التي ترفع إليها

ضد الأحكام الصادرة عن المحاكم الدستورية ، عن المحاكم العليا للولايات في قرارات

اللجان الإدارية على مستوى الاتحاد.

اختصاص المحكمة الدستورية العليا كأول درجة : تختص بالقضايا التالية كأول و آخر

درجة للقضايا المرفوعة لأول مرة ضد السفراء ، الوزراء والممثلين الدبلوماسيين :

- القضايا التي يكون أحد أطرافها أجنبيا .

- القضايا المرفوعة من ولاية ضد ولاية أخرى .

- القضايا المرفوعة من مواطن ولاية ضد مواطن من ولاية أخرى.

والمحكمة سلطة تقديرية واسعة في قبول الدعوى أو رفضها ، وفي حالة قبول الدعوى
يمكنها أن توافق على الحكم بجميع مشتملاته ، كما يمكنها إدخال تعديلات للنسي تراها
مناسبة ، وإذا قضت في النزاع كلول درجة تستند إلى السوابق القضائية وقواعد العدالة .

* محاكم الولايات: توجد في الولايات محاكم درجة أولى تسمى بمحاكم المقاطعات أو محاكم
الصلح ، ثم تأتي محكمة استئناف وتوجد في الدرجة العليا المحكمة العليا للولاية ، ويتم
اختيار القضاة بالاقتران العام .
3.19.0329
يا جسي عبد العزيز
أما محاكم الاستئناف والمحاكم العليا للولايات فتفصل بالقضاء الجماعي قسي النزاع وقد
تمتعين بهيئة من المحلفين ، إذا طلب الجاني أو المدعي ذلك .

وتختص محاكم الولايات بالنظر في جميع المنازعات التي تخرج عن اختصاص المحاكم
الاتحادية ؟ ، وتبقى أحكام الولايات قابلة للطعن فيها أمام المحكمة العليا الاتحادية أو المحكمة
الدمستورية العليا .

السوابق القضائية : السابقة القضائية هي الحكم الصادر عن القاضي الذي عليه أن يجد حلا
عادل لكل نزاع يعرض عليه ، سواء اللجوء إلى أحكام قضائية سابقة أو بالاجتهاد بالاستناد
إلى مبادئ العدالة والإنصاف ، وتتميز السابقة القضائية قسي أمريكا بالمرونة ، نظرا
لازدواجية القوانين وتعدد المحاكم ، مما يجعل استقرار السابقة القضائية في كثير من القضايا
أمرا صعبا جدا ، نظرا لمرونة تفسير الأحكام الدستورية ، ولكن على القاضي الأمريكي
تسبب الحكم أي ذكر الاعتبارات التي جعلته يأخذ بسابقة معينة دون الأخرى
أو الاعتبارات التي دفعت به إلى إنشاء سابقة جديدة .

02- التشريع : يمثل التشريع الأساسي للولايات المتحدة الأمريكية في الدستور والذي تليه
القوانين الصادرة عن البرلمان الاتحاد أو الكونغرس والقوانين الصادرة عن السلطة
التشريعية في الولاية ، حيث يحتل الدستور قمة هرم التشريع وهو القانون الأساسي للاتحاد
والذي يعبر عن رغبة الشعوب الأمريكية في إنشاء اتحاد متكامل يحقق العدالة والاستقرار
لكل الأجيال .

يحظى دستور الوم.ا. باحترام من جميع المؤسسات ، لأنه يمثل العهد الاجتماعي الذي يقرر
الحقوق والواجبات للأفراد ، ويرسم ملامح حكم فيدرالي تتوزع فيه الصلاحيات بين أجهزة

للولايات والأجهزة المركزية للاتحاد ، يتألف هذا الدستور من مقدمة وسبع مواد أدخلت عليه عدة تعديلات ويتميز بثلاث خصائص أساسية

01- دستور مكتوب كرس المبادئ العامة لحقوق المواطنين والعلاقة بين الحاكم والمحكوم ، وجاءت صياغتها عامة ، مقررًا للمبادئ والأحداث العامة تاركًا التفاصيل لاجتهادات القضاء والتشريع .

02- دستور مرن في تفسيره جامد في تعديله للقضاء سلطة واسعة في تفسير الدستور لكن تعديل الدستور اشترط المشرع إجراءات خاصة

03- تطبيق مبدأ الرقابة على دستورية القوانين ، لم ينص الدستور الأمريكي مبدأ رقابة للقضاء على دستورية القوانين ، إلا أن المحكمة العليا هي التي أقرت وقررت أن النظر في مدى دستورية القوانين للدستور يدخل ضمن اختصاصاتها ، ويجوز للأفراد العاديين والهيئات الرسمية تقديم طلب الطعن في دستورية القوانين ، حيث تتلقى المحكمة الدستورية العليا حوالي 5000 طعنا سنويا لإلغاء القوانين للصلابة عن سلطة الاتحاد أو الولايات عن عدم دستورتها.

3.19.03231
إحسان عبد العزيز
- طيب -

صلاحيات المؤسسات الدستورية في الو.م.أ.:

تتوزع اختصاصات ممارسة السلطة في الو.م.أ. على ثلاث مؤسسات - المؤسسة التنفيذية التشريعية، القضائية وبما أن نظام أمريكا نظام رئاسي ، فإن رئيس الجمهورية هو صاحب السلطة التنفيذية الفعلية ، عكس النظام البرلماني الذي لا يكون فيه لرئيس الدولة سلطة فعلية ، بل تتركز السلطة الفعلية في يد الوزراء ورئيس الحكومة .

تتجمع السلطة في الو.م.أ. في يد رئيس الاتحاد الذي يكون رئيسا للدولة ورئيسا للحكومة ويكون منتخبا ، ولا يخضع لرقابة البرلمان ، ولا تكون له مسؤولية سياسية اتجاه الكونغرس (البرلمان) كما يتولى رئيس الو.م.أ. تعيين الإطارات العليا للاتحاد ، السقراء أعضاء المحكمة العليا الفدرالية (المحكمة الدستورية العليا) كما له أن يعين وزراء يطلق عليهم تسمية كتابة الدولة ، وله أن ينهي مهامهم في أي وقت باعتبارهم مسؤولين سياسيين وإداريين أمامه ، عكس النظام البرلماني الذي يكون الوزراء مسؤولون أمام البرلمان ، ويعمل في إطار الوزارة بالتعاون مع أعضاء الحكومة من أجل تنفيذ السياسة العامة التي يرضها الوزير الأول ويخضع في تلك لرقابة البرلمان .

أما كاتب الدولة في اليوم 1. فهو مساعد للرئيس الذي قد يستشير به و يخالفه الرأي ، و لا يربطه أي علاقة أو مسؤولية أمام الكونغرس . كما أن رئيس اليوم 1. هو القائد الأعلى للجيش ، و له صلاحية عقد معاهدات دولية و المصادقة عليها بعد موافقة مجلس الشيوخ واستلام أوراق اعتماد السفراء الجدد . كما له سلطة الموافقة على التشريعات الصادرة عن الكونغرس ، و حتى الاعتراض على القانون جزئيا أو كليا ، و إرجاعه للبرلمان من أجل مداولة ثانية . و للرئيس أن يوجه خطابا عاما للمجتمع الأمريكي يتعلق بحالة الاتحاد أو السياسة العامة لليوم 1. و إذا كان الرئيس غير مسؤول سياسيا أمام البرلمان عند ممارسة صلاحياته إلا أنه قد يسأل جزائيا في حالة ارتكابه جريمة لخيانة العظمى أو الرشوة أو جرائم أخرى ارتكبها أثناء ممارسة أو قبل توليه منصب الرئاسة ، باتخاذ إجراءات خاصة تتخلص في توجيه الاتهام من مجلس النواب بأغلبية ثلثي الأعضاء و محاكمته أمام مجلس الشيوخ ، و قد تصل العقوبة إلى حد العزل ³²³¹ ~~عن المنصب~~ بحالة ثبوت الإدانة .

الخصائص العامة للنظام الأنجلوسكسوني
يعتمد نظام الأنجلوسكسوني على المنهج التفسيري الاستقرائي في استنباط القاعدة القانونية والذي يتصف بكونه إجرائيا و قضائيا أساسه الخبرة .

التقسيم للقانوني في النظام الأنجلوسكسوني : لا يقوم هذا النظام على تصنيف القانون إلى قانون عام و قانون خاص ، حيث نجد أن التقسيم الأساسي للمعتمد في هذا النظام هو تقسيم القانون إلى قواعد القانون المشترك (الكومن لو) و قواعد العدالة . و قد ظهرت قواعد العدالة إلى جانب قواعد القانون المشترك في بريطانيا نظرا لعدم رضا الأفراد بأحكام محاكم الكومن لو . حيث لجأوا إلى الملك عن طريق النظام لتطبيق مبدأ العدالة ، و هذا ما نتج عنه ظهور محاكم المستشار إلى جانب المحاكم المالية .

و كان اختصاص المحاكم التي تطبق مبدأ العدالة أوسع من اختصاص محاكم الكومن لو ، حيث تنظر الدعوى في الحالة الأولى أمام المستشارين ، و في الحالة الثانية أمام القضاة ، و تقضي المحاكم القانون ، و في الحالة الثانية أمام القضاة ، و تقضي محكم القانون ، و تقرر حقوقا للأفراد في حالة استحالة التنفيذ العيني تلجأ إلى التعويض على عدم التنفيذ .

أما مجالس العدالة أو محاكم للمستشار فهي تقضي بمقتضى قواعد العدالة و الأخلاق .
وتكمل النقص الموجود في القانون المشترك لأنها تسعى إلى تحقيق العدل ، و قراراتها تمتاز
بثبوت التنفيذ و لها أن توقف تنفيذ أحكام محاكم لقانون العام إذا لاحظت أنها تخالف مبادئ العدالة .

- لكن حاليا نقتصر التمييز بين الكومن لو و قواعد العدالة ، نظرا لتوحيد القضاء
والإجراءات . كما يعتمد نظام الكومن لو إلى تقسيم قانون موضوعي و قانون إجرائي
و تحل قواعد الإجراءات في هذا النظام مرتبة متميزة ، لأن الإجراءات السلمية تنتج حكما
عادلا . و لا معنى لحق الفرد إذا لم يتمكن من إبرازه عن طريق الإجراءات . و الإجراءات
في الكومن لو من صنع القاضي ، و هي ثرية خاصة فيما يتعلق منها بطرق الإثبات و التي
تمتاز بتقنية جيدة .

3.19.09231
ياحسي عبد العزيز
سجلت

- مفهوم للقاعدة القانونية في نظام الكومن لو .
تكثر القواعد القانونية في النظام الأنجلوسكسوني ، و هي تستخلص من قرارات الجهات
القضائية العليا ، و لا تأخذ صيغتها القانونية هي الحل الذي يتوصل إليه القاضي عند النظر
في نزاع معين قائم بذاته ، فهي تنشأ من حالات خاصة ، و تختلف من حالة لأخرى ، عكس
القاعدة القانونية في النظام اللاتيني التي تمتاز بالعمومية و التجريد ، إذ أن القواعد القانونية
في النظام اللاتيني محصورة بينما تصدر عن المشرع الذي يحدد المجال الذي ينشط فيه
القضاء ، أما في الكومن لو فنظامها واسع و مفتوح . إذ على القاضي أن يعتمد للمنهج السليم
لاستخلاص الحل المناسب ، هذا الحل الذي قد يكون أساس الحل لفضليا أخرى ، هذا ما نتج
عنه تضخم السوابق القضائية و صعوبة حصرها . فلا توجد قواعد قانونية امرة و لا كاملة
كما نلاحظ أن تفسير مصطلح القاعدة القانونية تفسير تقريبي و غير دقيق .

- مصادر القانون في النظام الأنجلوسكسوني :

يحتل القضاء المرتبة الأولى ، ثم يليه التشريع و في المرتبة الأخيرة للعرف و الفقه و يتميز
التنظيم القضائي في الدول التي تنتهج هذا النظام بوجود قضاء عالي و قضاء أسفل
و أحكام القضاء العالي هي التي تشكل السوابق القضائية للامتازة . و يشكل القضاء العالي
في محكمة العدل العليا ، محكمة الاستئناف مجلس اللوردات (لجنة الطعن العليا بمجلس
اللوردات) هذه اللجنة هيئة قضائية يُنظر في الطعون ضد أحكام الدرجة الأولى و الثانية

قراراتها سوابق ملزمة . أما قرارات القضاء الأدنى أو الأسفل فهي تؤثر على سير القضايا اللاحقة لكن تتمتع بالصفة الإلزامية . و الملزم في القرار هو حكمة القرار . و القاضي المطبق هو الذي يكشف عن الحكمة و تنشر السوابق القضائية في مجموعات خاصة . أما التشريع فهو يحتل المرتبة الثانية و هو تصحيح و تكميل للبنية القانونية المتكونة أساسا من القضاء و تتضمن التشريع الأساسي (الدستور) سواء كان مكتوبا أو عرفيا ، كما يتضمن التشريع العادي . و وظيفة التشريع في هذا النظام حماية للحقوق الأساسية و الحد من تعسف السلطات ، و لا يأخذ التشريع الصفة الملزمة إلا بعد تطبيقه من طرف القضاء و قد ازدادت أهمية التشريع في الآونة الأخيرة نظرا لعدم ملائمة الأسلوب التقليدي المتصلب في إنشاء القواعد القانونية من طرف القضاء لمتطلبات الحياة الاقتصادية التي تتميز بالسرعة لكن هذا التطور يبقى محدودا . و تبقى قانون هذه العائلة قضائيا أصلا ، لان للقوانين التشريعية مع أهميتها تبقى مرهونة بتدخل القضاء في تطبيقها . كما أن الدعوى القضائية يسيطر عليها القاضي . إذ هو الذي يقرر الاكتفاء ، و لا توجد جرائد رسمية في هذا النظام - أما للعرف فهو يحتل مركزا ثانويا ، و لا يكتب القوة القانونية إلا في حالة تكريمه قضائيا أو تشريعا . أما الفقه فيكون من مؤلفات فقهاء و من المنطوقة غير الإلزامية للسوابق القضائية و من الأحكام القضائية التي لا تشكل سوابق قضائية ملزمة و هو مصدر ثانوي يستعان به في إنشاء سوابق قضائية جديدة .

3.19.03231
أ. ج. ع. عبد العزيز
م. ع. ع.

ثالثا : النظام الإسلامي

- خصائص النظام الإسلامي : تتميز الشريعة الإسلامية بخصائص ذاتية تتمثل في مايلي :
- أحكام الشريعة الإسلامية أحكام إلهية منزلتة من الله تعالى على الرسول (صلى الله عليه و سلم) ، عكس الأنظمة القانونية الأخرى التي هي من صنع الإنسان .
- أحكام الشريعة الإسلامية موجهة للبشرية جمعاء .
- أحكام صالحة لكل زمان و مكان و هي نوعان : قواعد خاصة بالعبادات و قواعد خاصة بالمعاملات .

— أحكام مرنة في القواعد المتعلقة بالمعاملات ، و صارمة في القواعد المتعلقة بالعبادات .
و يغلب على أحكام الشريعة الطابع الموضوعي .

للبنية القانونية للشريعة الإسلامية : تشمل الشريعة على أحكام تتعلق بالعبادات و أحكام أخرى تتعلق بالمعاملات . و ما يهتما في هذا المقام الأحكام المتعلقة بالمعاملات التي وردت في القرآن الكريم كمبادئ كلية ، تركت للأشخاص إمكانية وضع للجزئيات وفقاً لحاجات الزمان و المكان . و قد تضمنت هذه المبادئ بالمقارنة مع أحكام القوانين الوضعية الحالية أحكاماً تتعلق بالقانون الدولي العام ، و أخرى تتعلق بالقانون الدولي الخاص ، و أخرى بالدستور . و أخيراً تتعلق بالمسائل الجنائية و المالية ، و أحكاماً كثيرة تتعلق بالقانون التجاري و المدني ، و بالأحوال الشخصية ، سواء ما يتعلق منها بالزواج و الطلاق و الوصية و الكفالة و قواعد خاصة بالمواريث و التي نظمها الشارع لحفظ النظام و استعمل في تطبيقها وسائل تقنية لم تكن معروفة حينها أي في ذلك الوقت .

لتنظيم القضائي في النظام الإسلامي :

أقامت الدولة الإسلامية نظاماً قضائياً على أساس مبادئ العدالة و الأنصاف . و حيث كان الرسول — ص — و الخلفاء الراشدين من بعده يجلسون كقضاة لتسوية الخلافات و النزاعات بين المسلمين ثم تطور الأمر حيث جهاز قضائي مستقل ، و كان يشترط في القاضي توافر شروط تقترب من تلك المشترطة في الأمير و الخليفة من بينها : أن يكون نكراً ، مسلماً بالغاً ، حراً ، سليم السمع و البصر ، فقيهاً في شؤون العبادات و المعاملات .

— و من صلاحياته تسوية الخلافات في المسائل المدنية و الجنائية كما كان يقوم بإدارة أموال اليتامى و المفقودين و عديمي الأهلية ، و يقوم بتنفيذ الوصايا ، و كان يساعده في ذلك الأعوان ، و يستعين القضاة بالكتاب و المترجمين و الخبراء .

و تطور النظام القضائي الإسلامي في العهد العباسي وأخذ شكل القضاء الجماعي ، إذ ينظر في المسألة الواحدة عدد من القضاة كانوا يتعاونون من أجل إيجاد حلول للمسائل التي لم ينظمها القرآن و لا السنة النبوية الشريفة .

— كما كان القاضي يستعين بأمناء بيت المال ، حيث يكلفهم بحفظ أموال القصر و تسييرها .
و التركات و المحافظة عليها .

- إلى جانب القضاء العادي وجدت أنظمة قضائية خاصة و هي : الحسبة , المظالم الشرطة .

(1) نظام الحسبة : من بين الأنظمة التي أوجدتها التشريعة لتسوية المنازعات و معالجة المتمسب في ارتكاب المخالفات لإنشاء نظام الحسبة . و يدخل في اختصاص هذا النظام النظر في المسائل المتعلقة بالأمن و راحة السكان و النظافة ، خاصة نظافة الأسواق و الشوارع وغيرها من المسائل التي هي اليوم من اختصاص الشرطة . و متابعة المضاربة و قمع الغش و مراقبة صناعة المنتجات والأطعمة والألبسة و مراقبة الموازين (القياسات القانونية) .

- كما يتولى المحتسب النهي عن الكذب و الخيانة و يؤدب مرتكب ذلك . كما يتولى أخذ الرسوم من أصحاب السفن و الحكم على أصحاب المباني الأبله للمقوط . و يقرر في كثير من الأحيان تقدم هذه المباني ، و بهذا كان يتولى عمليات وللمعة ، إذ يحكم فيما يلاحظه من تجاوزات . و يتولى تنفيذ الأحكام .

(2) نظام المظالم : نظام يختص بالنظر في الدعاوى المتعلقة بالمنازعات بين الحاكم و المحكوم و التي يعجز عن حلها المحتسب ، كالقضايا المتعلقة بالاعتداء على أموال الخزينة و الأخطاء المرتكبة من الولاة و أصحاب المراكز السياسية في الدولة .

(3) نظام الشرطة : نظام مساعد للقضاء ، مهمته حفظ الأمن ، كما تقوم الشرطة بتنفيذ الأحكام بالنسبة للقضايا التي ينظر فيها القانون العام الذي لا يتمتع بصلاحيه للتنفيذ المباشر ، عكس القضاء الخاص (الحسبة) الذي يقوم بتنفيذ الأحكام الصادرة عنه . مصادر التشريع الإسلامي : تنقسم مصادر الشريعة الإسلامية إلى مصادر أصلية أو رسمية و مصادر احتياطية فرعية .

1- المصادر الأصلية : تشمل القرآن الكريم ، السنة النبوية .

(أ) القرآن الكريم : المصدر الأساسي للشريعة هو نصوص و آيات الواردة في القرآن المتعلقة بالمعاملات ، و يتفق للفقهاء على أن الآيات القرآنية المتعلقة بالمعاملات قد نزلت على النبي (صلى الله عليه و سلم) في المدينة بعد الهجرة . حيث نزلت 70 آية تتعلق بالأحوال الشخصية ، 30 آية تتعلق بالمسائل الجنائية ، 20 آية تتعلق بالقضاء و السيادة و 70 آية بالمعاملات المختلفة . حيث تفرق الشريعة بين أنواع مختلفة من الجرائم . و تنقسم الجرائم

إلى ثلاث فئات : تشمل - الفئة الأولى جرائم الحدود : وهي جريمة السرقة ، الزنا شوب
الخمير ، البغي و القذف .

- تشمل الفئة الثانية : جرائم القصاص : وتتملق بالاعتداءات الجسدية التي تصيب
الإنسان ، كإقتل العمدي أو غير العمدي ، للضرب والجرح حيث أن عقوبة القتل العمدي هي
القصاص مع الدية ، أما للجرح والضرب فعقوبته هي للممثلة .

- تشمل الفئة الثالثة ، جرائم التعزير و هي الجرائم التي تخرج عن دائرة جرائم القصاص
و الحدود ، و التي لم يرد شأنها نص في القرآن الكريم لتحديد العقوبة مع ثبوت تجريمها
و النهي عن ارتكابها ، و تتغير بتغير الظروف المكانية والزمانية و للمحاكم سلطة تقديرية
واسعة لتحديد هذه الجرائم بالقياس على الجرائم الواردة في القرآن الكريم .

ب) المنة النبوية التشريفة مصدر أصلي ثان للتشريعة الإسلامية ، وتشتمل على أقوال وأفعال
النبي (صلى الله عليه و سلم) و ما أقره من أعمال قام بها غيره من الصحابة ، و كان
الرسول - ص - يرفض الاجتهاد فيما لا نص فيه ، حيث اكتملت أصول التشريعة

3.19.08231
إمامي عبد العزيز
- مطب -

الإسلامية بعد وفاته - ص - بالاجتهاد
2 - المصادر الاحتياطية :

- الاجتهاد : كان الرسول (صلى الله عليه و سلم) يحث على الاجتهاد و استمرت
التشريعة في نموها بعد وفاة الرسول - ص - بفضل اجتهاد الخلفاء الراشدين معتمدين
في ذلك على طرق مختلفة كالقياس و الاستنباط من الأحكام الكلية و المبادئ العامة
للواردة في القرآن والسنة ، إذ كان أبو بكر الصديق - رضي الله عنه - عندما لا يجد
حكماً في مسألة معينة يسأل الصحابة هل علمتم أن الرسول - ص - قضى في هذا الشأن
فإن قالوا نعم قضى بما قضى به النبي . و هكذا كان يفعل الخلفاء الراشدون بعد
أبي بكر ، حيث كانوا يقيمون على قواعد الكتاب و السنة و يجتهدون فيما لا يجدون حلاً
بإشارة رجال العلم ، فإذا اجتمع رأي على حكم تم القضاء به ، و أصبح الإجماع يمثل
مصدراً من المصادر الاحتياطية للتشريع الإسلامي ، و استمر الوضع إلى أن ظهرت
خلافات في طرق الاجتهاد بين مدرستين :

- مدرسة أهل الحديث بالحجاز .

- مدرسة أهل الرأي بالعراق : وكانت تعتمد على الاجتهاد في جميع المسائل التي لم يرد نص بشأنها في القرآن أو حديث مؤكد ، و كان أنصارها يرون أن ذلك أمر ضروري حتى لإنصاف الشريعة الإسلامية بالجهود .

- في حين ترى مدرسة أهل الحديث في أن الاجتهاد قد يؤدي إلى الخطأ ، و بقي الاجتهاد على هذا النحو . و ظهرت طرق أخرى غير الإجماع و القياس . كما ظهرت مذاهب مختلفة مجال اختلاف الفقهاء فيها لم يكن في الكليات و إنما انصب على الجزئيات ، و لم يكن كذلك في أحكام العبادات بل للمعاملات ، حيث كانوا يجتهدون من أجل تطوير الشريعة الإسلامية وفقا للمصالح العامة و الخاصة ما دام الأمر لا يتعارض مع نص شرعي ، انطلاقا من قاعدة المشورة " الأصل في الأشياء الإباحة " " الأصل في الإنسان البراءة حتى تثبت إدابته جهة قضائية " حيث لجأ الفقهاء إلى استنباط الحلول ، ^{3.19.03237} ~~التي تفتضي ذلك .~~

- تأثر القانون الوضعي بالشريعة الإسلامية : اجسدي عبد العزيز
تأثرت قوانين الدولة العربية بصورة أو بأخرى ~~بالمفهوم الشرعي الإسلامي~~ كمصدر للقانون الوضعي ، حيث تأخذ بعض الدول بها كمصدر أول للتشريع كالمملكة العربية السعودية ، في حين تجعل دول أخرى قواعد الشريعة المصدر الثاني بعد التشريع كالجزائر و ليبيا و تضع دول أخرى قواعد الشريعة في المرتبة الثالثة بعد التشريع و العرف . و قد أدخلت الدول العربية بطريقة مباشرة أو غير مباشرة عن قصد أو عن غير قصد مجموعة من مبادئ الشريعة ضمن قوانينها الداخلية . فقد استمدت معظم الدول العربية قانون الأحوال الشخصية منها . كما تضمنت قوانين أخرى خاصة القانون المدني أحكاما مستمدة من الشريعة . نتطرق إلى بعضها :

1 . الاعتراف بالشخصية المعنوية : اعترفت الشريعة بها للدولة و منحت شخصية معنوية لبيت المال و للوقف .

(ا) الشخصية المعنوية للدولة : اعترفت الشريعة الإسلامية بالمشخص المعنوي بصحة تصرفاته و منحت للدولة شخصيتها المعنوية ، حيث يمثلها رئيس ، خليفة ، أو أمير بمساعدة

ونواب أو موظفين ، و تتجلى هذه الشخصية المعتبرة في المعاملات الخارجية و الداخلية إذ كان ما يبرمه ولي الأمر من معاهدات حق محترم و ملزم للأمة .

ب) شخصية بيت المال : عرفت الشريعة الإسلامية نظرية للفصل بين بيت المال و مال السلطة ، حيث كان يمثل بيت المال يتولى المحافظة على أموال المسلمين . و كان يتمتع بحق التقاضي باسم بيت المال .

ج) شخصية الوقف : منح التشريع الإسلامي للوقف شخصية اعتبارية يمثلها ناظر الوقف يتولى إبرام العقود المتعلقة باستغلال الأموال الموقوفة و يقع عليه التزام المحافظة على الحقوق الموقوفة . و يستطيع أن يشتري و يستدين لمصلحة الوقف .

2 - نزع الملكية للمنفعة العامة : في القانون الوضعي ملكية حق مضمون لا يستهلك إلا في حالة نزعها لتحقيق نفع عام ، و يكون ذلك بشروط خاصة ، بتعويض عادل . هذا المبدأ له أصل في الشريعة الإسلامية ، إذ في حالة تعارض مصلحة عامة مع مصلحة خاصة يتم تغليب المصلحة العامة مع وجوب نفع تعويض من بيت المال .

3 - تعويض الدولة عن الخطأ المرفقي و القضائي : اعترفت الشريعة الإسلامية قبل القوانين الوضعية بمسؤولية الدولة عن الخطأ الذي يرتكبه القضاة و الموظفين التابعين لها .

4 - التفويض : في القانون الوضعي يمكن الموظف الذي يتولى منصبا رئاسيا ، تفويض بعض اختصاصاته لباقي الموظفين ، هذا المبدأ أخذ به الشريعة الإسلامية قبل القوانين الوضعية .

5 - العقار بالتخصيص : هي فكرة مأخوذة من الشريعة الإسلامية بالرغم من اختلاف آراء الفقهاء في تحديد تبعات العقار بالتخصيص ، إذ يعتبر البعض أن العقار يخص الأرض دون ما فوقها من بنايات و أشجار ، و هذا رأي الحنفية . في حين يعتبر البعض أن العقار بالتخصيص يخص الأرض و ما عليها من بنايات و أشجار ما دامت متصلة بالأرض اتصالا كاملا غير قابل للنقل دون التلف و هذا رأي المالكية و يتلقى هذا الرأي مع النظرية الدينية للقانون الوضعي . لأن القوانين الوضعية قسمت المال إلى عقار و منقول ، كما تناولت نظرية العقار بالتخصيص الذي هو منقول رصد لخدمة العقار ، و هو يتمتع بالحماية المقررة للعقار .

7 - التصرف بالإرادة المنفردة : أخذت القوانين الوضعية بالإرادة المنفردة كمصدر للالتزام في الشريعة الإسلامية تكفي الإرادة المنفردة لإنشاء عدة أحكام أهمها الطلاق و اللوقف .

8 - عقد الإذعان : له أصل في الشريعة الإسلامية إذ كان يسمى ببيع الاستئمان و الاستسلام في هذا البيع يقوم المشتري بدفع للثمن المحدد دون أن يناقش سعر السلعة و لا شروط التعاقد إنما له فقط أن يشتريها بشروطها أو يرفض الشراء و قد أخذت به التشريعات الوضعية في عقد التأمين ، عقود التزود بالكهرباء و الماء .

9 - التضامن : اعترفت القوانين الوضعية بالتضامن بين الدائنين ، حيث يكون لدائن مطلوبة للمدين بالدين ، و يجوز لهم المطالبة مجتمعين ، كما اعترفت بالتضامن بين المدينين إذ يحق للدائن أن يطالب أي مدين للوفاء بالالتزام .

3.19.03231
إجسي عبد العزيز

10 - الدفع بعدم التنفيذ : في القانون الوضعي يقع لكل من للزم بأداء شيء أن يتمتع عن الوفاء به طالما أن الطرف الآخر لم يقم بالالتزام المقابل ، وهذه الفكرة لها أصلها في الشريعة الإسلامية ، فهي تطبق من تطبيقات حق الحبس ، الذي يخول للبائع حبس المبيع حتى يوفي المشتري بالثمن .

11 - نظرية الظروف الطارئة : أخذت الشريعة الإسلامية بها ، و كان من أهم تطبيقاتها العقود الخاصة ببيع الثمار حيث إذا وقع قبل جنيها خطر غير متوقع كالجفاف ... يجوز للأطراف مراجعة بنود العقد . و في القانون الوضعي إذا وقع أثناء تنفيذ العقد حادث استثنائي جعل تنفيذ الالتزام مرهقا بالنسبة للمدين ، يجوز للقاضي للتدخل لرد الالتزام إلى الحد المعقول .

12 - الالتزام الطبيعي : في القانون الوضعي هو الالتزام الذي يلتزم به المدين بفعل شيء أو الامتناع عنه أو إعلاء شيء دون أن يكون للدائن حق إجبار المدين على تنفيذه إذا لم يقم بذلك من تلقاء نفسه ، و هو حكم مستمد من الشريعة الإسلامية .

13 - مسؤولية صاحب البناء : يقرر القانون الوضعي مسؤولية مالك البناء فيما يحدثه الانهيار الكلي أو الجزئي للبناء من أضرار لهذه النظرية أصل في الشريعة الإسلامية وتتمثل في مسؤولية مالك الجدران عن الأضرار التي يسببها للغير في حالة الانهيار .

14 - ملكية الطبقات : في القانون الوضعي هي أن يملك كل شخص طبقة من البناء بحيث القانون حقوق كل ملك ، و لهذه الفكرة أصل في الشريعة الإسلامية و المتمثلة في بيع الفضاء . و تنقسم ~~بيوع الفضاء~~ ^{3.19.03291} في ~~بيوع الفضاء~~ ^{بيوع الفضاء} في أرض - بيع فضاء فوق بناء - بيع فضاء فوق فضاء .

15 - إساءة استعمال الحق ~~المستند من النظرية~~ في القانون الوضعي على أن الحق منح لخدمة الفرد و تحقيق الغرض الاجتماعي ، فإذا أساء الشخص استعمال الحق كان ذلك موجبا للجزاء . هذه النظرية وضعتها الشريعة الإسلامية منذ ظهورها ، و لم يعرفها القانون الروماني و لا القوانين المستمدة منه ، و لم يكشفها الفقهاء الفرنسيون إلا بعد أواخر القرن 19 .

16 - للتعاهد وفق بغير الشروط : أخذت الشريعة الإسلامية بنظام البيع على أوصاف ملعة معينة يحددها أطراف العلاقة ، و قد استمد قانون التشريعات الوضعية من هذا النظام ما سمي اليوم بغير الشروط . إذ تعين فيه أصناف و أنواع الخدمات و السلع قبل صنعها لو إنجازها .

تأثر القانون المدني الجزائري بالشريعة الإسلامية :

تعتبر الشريعة الإسلامية المصدر الوحيد لقانون الأحوال الشخصية و المصدر الثاني لسبقي المسائل الأخرى ، ما عدا القانون التجاري الذي تعتبر فيه المصدر الثالث بعد التشريع و العرف ، طبقا لمادة 01 من الأمر 96 - 27 ، أما فيها يخص القانون المدني رغم أن الشريعة الإسلامية ، نذكر من بينها :

الأخذ بنظرية التعسف في استعمال الحق . - نظرية الظروف الطارئة .

- الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام . - تبعة هلاك المبيع قبل التسليم على علق البائع .

- خيار الروية في البيع . - الحلول المتعلقة بتصرفات للمريض مرض الموت .

نظام المصلحة الساعه . - معيار تعين في بيع العذار .

المنهج المقارن :

تتنوع المناهج و تختلف ، و مهما كان موضوع العلم فإن المنهج هو الذي يعطيه قيمته العلمية ، حيث نون منهج لا يقوم العلم . و المنهج المقارن هو مجموعة عمليات ذهنية و أساليب و تقنيات هدفها الوصول إلى استخلاص نتائج معينة ، و لم يحض المنهج المقارن بالعناية الكافية نظريا ، إلا أن له أهمية كبرى عمليا ، و قواعد هذا المنهج غير دقيقة و تتمثل

في شروط عامة يجب أن يحترمها الباحث و يقف عندها . و للفرق بين المقارنة و المنهج المقارن أن المقارنة عملية ذهنية ، تسعى إلى مقارنة الأشياء بينها لتحديد أوجه التشابه والاختلاف ، فهي عملية نظرية تدخل ضمن الملكات الذهنية للإنسان ، أما المنهج المقارن يشمل عملية للمقارنة الذهنية إضافة إلى تقنيات و وسائل البحث بغرض استخلاص النتائج .

تاريخيا ، الصورة الأساسية التي ظهرت في التطبيق هي المنهج التاريخي المقارن ، و تكون أمامه إذا اخذ المنهج المقارن موضوعا له و هو " التاريخ " . و قد ابرز من طبق هذا المنهج " نوركايم " و " ابن خلدون " و يشمل المنهج المقارن عدة مصطلحات يعتبرها البعض مرادفات له و ما هي إلا وسيلة من وسائل مثل : المقارنة ، المقابلة ، التماثل ، القياس ...

و يستعمل الباحث إضافة إلى العمليات الذهنية عمليات تقنية تتمثل أساسا في " سير الآراء "

3.19.08231

إبراهيم عبد العزيز

و " الاستبيان " .

— شروط تطبيق المنهج المقارن —

الشرط الأول : يجب أن تنطلق المقارنة من اثنين فاكتر . لان ظاهرة واحدة لا تكفي لإجراء المقارنة حتى و لو درست من جوانب مختلفة .

الشرط الثاني : يجب عدم الخلط بين الجوانب التاريخية للظاهرة و الوضع الحالي لها .

الشرط الثالث : يجب إلا تكون الظاهرتان متماثلتان أو مختلفتان جدا ، حيث تكون في هذه الحالة المقارنة صعبة لكن ليست مستحيلة لصعوبة حصر عناصر المقارنة .

الشرط الرابع : يجب أن يمتاز محل المقارنة بنوع من الاستمرارية و الثبات إذ لو كان يمتاز بالتغير المستمر لكانت المقارنة صعبة .

الشرط الخامس : يجب أن تحدد وحدات أو عناصر البحث .

الشرط السادس : يجب أن تشمل المقارنة أوجه الشبه و أوجه الاختلاف لتعميم الفائدة .

الشرط السابع : يجب أن تحدد المصطلحات المستعملة بدقة لتفادي الالتباس و استعمال اللغة الأصلية للقانون .

الشرط الثامن : يجب ألا تقتصر الدراسة على مصادر القانون الرسمية بل تعمم إلى كل مصادر القانون مع مقارنتها بالتطبيق العملي .

الشرط التاسع : يجب احترام حجم الظاهرة من حيث الكم و الكيف ، و يجب مقارنة الجوانب المتماثلة .

الهدف من استعمال المنهج المقارن : يستعمل البحث لتحقيق الأهداف التالية :

- 1 - التعرف على اوجه التشابه و اوجه الاختلاف من اجل استخلاص النتائج . و يجب أن تكون هذه النتائج في أشكال محددة . مثل تحديد القاعدة و الاستثناء . و تحديد ما هو أساسي و ما هو ثانوي بغرض المفاضلة بين هاتين النظمين من اجل الدراسة و استخلاص الفعالية أو التكميل . و الملاءمة أو المفاضلة .
3.19.09231
راجي عبد العزيز
- 2 - تجاوز الوحدة المدروسة لطريق التعليم ، و تلك بصياغة نماذج و وضع جداول .
- 3 - تقييم النظام القانوني المطبق في الدولة و اقتراح تعديلات عليه أو استبداله من أجل تحسين المنظومة القانونية .

تم بحمد الله و فضله مقياس قاتون المقارن

لسنة الجامعية 2005/2004 من اعداد و تقييم الأستاذ : راجي عبد العزيز .