

2023 / 2022



جامعة الجيلالي بونعامة
خميس مليانة
كلية الحقوق والعلوم
السياسية
قسم الحقوق

ملخص في : مقارنة الأنظمة القانونية

موجه لطلبة السنة الثالثة ليسانس

إعداد : د/ أحمد عبادة

ملخص في : مقارنة الأنظمة القانونية

مبحث تمهيدي : الانظمة القانونية والدراسات المقارنة : المفهوم والعلاقة :

يُرد مصطلح " النظام القانوني " عند القانونيين بمفاهيم ثلاث ، أولها أنه " مجموع القواعد القانونية المطبقة في بلد معين فيقال النظام القانوني الفرنسي أو المصري أو الجزائري ، وهو هنا بمعنى القانون الوطني لوأحدة من الدول .

ويتكون القانون الوطني لدولة ما من جميع القواعد القانونية التي تنظم موضوعاً واحداً أو مجموعة من الموضوعات المتقاربة فيما يسمى بـ " فرع القانون " كالقانون المدني ، أو القانون التجاري . والفروع المختلفة للقانون تكون في مجموعها ما يُسمى بـ " النظام القانوني للدولة " . وهكذا يبدو التدرج واضحاً: مجموعة من القواعد تكون فروعاً في القانون ، ومجموعة من فروع القانون تكون النظام القانوني.

وتُوصف بعض الأنظمة القانونية بالأنظمة " الكبرى " حيث أنها تُستخدم كمرجعية لغيرها من القوانين ، وتُعد بمثابة مفاتيح للحياة القانونية في العالم بأسره . ولعل من أبرزها القانون الانجليزي ، وقانون الولايات المتحدة الأمريكية ، والقانون الفرنسي ، والقانون الألماني ، والقانون الصيني ، والقانون الياباني ، والقانون الهندي .

غير أن القول بأن هذا النظام القانوني كبير وغيره صغير يحتاج إلى توضيح ، وهي مسألة شديدة الخلاف بين القانونيين لصعوبة تحديد هذا النظام " الكبير " ، حيث أن هناك دولاً كان قانونها متأثراً ومقلداً لقوانين أخرى ومع مرور الوقت أصبح هو المؤثر والمقلد كما هو حال قانون الولايات المتحدة الأمريكية الذي تأثر في بدايته بالقانون الانجليزي ليصبح ملهماً للعديد من قوانين العالم ، وكذلك اليابان حيث تأثرت بالقانون الألماني ليصبح قانونها مثلاً يحتذى به من طرف كوريا الجنوبية . وبالمقابل هناك أنظمة قانونية خف بريقها وغابت عن الساحة الدولية في وقت كانت تعتبر مرجعاً مثل الأنظمة القانونية لأوروبا الشرقية .

أما المعنى الثاني لمصطلح " النظام القانوني " فهو أخص من المعنى الأول ، فهو لا يعني مجمل قانون الدولة الواحدة ، وإنما يعني مجموع القواعد المطبقة في مسألة معينة ، والتي تمتاز بأهمية بالغة .

وتُشكل مجموعة القواعد القانونية الجزئية " نظاماً قانونياً " بهذا المفهوم متى كانت متميزة بالتماسك فيما بينها وبالثبات في تطبيقها ، وهادفة إلى تحقيق غرض معين مشترك بينها ، فالنظام القانوني لا يضم قواعد متباينة عن بعضها من حيث الغرض أو متهاكة على بعضها دون رباط وثيق يشد مجموعها . بل يتضمن قواعد قانونية تحكم وقائع اجتماعية محددة ، وتهدف إلى غاية واحدة ، وترتبط ببعضها في صورة كيان متماسك ثابت . فيتولى النظام القانوني تنظيم طائفة من العلاقات الناشئة في ناحية من نواحي الحياة الاجتماعية التي تتشابه من حيث طبيعتها وتستند إلى أصل واحد . ويمثل كياناً متكاملًا تذوب فيه القواعد التي ينظمها .

ومن أمثله " النظام القانوني للزواج " الذي يظم كافة القواعد التي تُنظم مسألة الزواج ، من مرحلته التمهيدية وهي الخطبة ، إلى انعقاده ، إلى آثاره بالنسبة للأولاد وبالنسبة للزوجين ، إلى إنهائه ، أي ما كان موضع هذه القواعد .

أما المعنى الثالث لـ " النظام القانوني " فهو ما يُرد في اصطلاح الدراسات القانونية المقارنة ، والذي

ملخص في : مقارنة الأنظمة القانونية

يُعرفه " جيرار كورنو" (*Gérard Cornu*) بأنه : " الاسم الذي يُطلق على مجموعة من العلامات المميزة لقانون دولة ما بالمقارنة بدولة أخرى والمتعلقة بالمبادئ والمصادر وطرق التفسير والتوجهات المتعلقة بالقانون نفسه " .

ويُعرفه آخرون بأنه : " مجموعة القواعد والنظريات والمبادئ القانونية السائدة في دولة معينة أو دولاً متعددة تجمعها روابط مشتركة واتجاه متجانس ، والتي تُعتبر أصلاً للقوانين الوطنية ومصدراً لأحكامها " ومن الأنسب إطلاق لفظ " الشريعة " بدل لفظ " النظام القانوني " عندما يتعلق الأمر بالدراسة المقارنة حيث توجد لكلمة نظام قانوني معانٍ أخرى كما أسلفنا. وعليه فإذا ما تشابهت قوانين دول عديدة في خصائص وعلامات مشتركة جاز النظر إليها باعتبارها " شريعة مستقلة " (*Système Juridique Autonome*) . كما يستعمل المقارنون لفظ " العائلة " بدلاً من لفظ " النظام " ، وذلك للدلالة على الروابط والصلات القوية بين القوانين التي تجمع بينها الخصائص الأساسية المشتركة ، بحيث تُصنف في شريعة واحدة أو عائلة قانونية واحدة .

وقد بذل الفقهاء المقارنون جهوداً كبيرة لتصنيف مختلف القوانين الوضعية - على أساس معايير معينة - في شرائع تنصف كل شريعة بخصائص جوهرية مشتركة ، من شأن معرفتها تسهيل دراسة كل قانون وضعي يُنسب الى هذه الشريعة ويشترك معها في هذه الخصائص .

وتم اقتراح العديد من المعايير التي استخدمت بغرض التصنيف ، حيث يقترح أحدهم تصنيفاً على أساس مدى التأثير بالقانون الروماني والأخذ به ، بينما يرى آخر أن كل مجموعة بشرية منتمية لجنس واحد تشكل شريعة مستقلة رئيسية ، في حين هناك من يقترح معياراً قائماً على مدى التأثير بالأديان ، ويرى بعض الفقهاء أن خير معيار لتوزيع القوانين الوضعية في شرائع رئيسية هو معيار الصياغة القانونية .

بينما يطرح " ريمون لوجي " (*R. Legeais*) تصنيفاً يُميز بين مجموعة الأنظمة القانونية للدول القانونية ذات التقاليد القانونية العريقة ومجموعة الأنظمة القانونية التي تفنق التقاليد القانونية العتيقة.

ويُمثل تصنيف الفقيه الفرنسي " رينيه دافيد " (*René David*) أحد أشهر المعايير التي على أساسها يتم تجميع القوانين الوطنية ضمن شرائع أو عائلات كبرى ، ويُعبر عنه بـ " المعيار التقني والإيديولوجي " غير أنه شائع تحت تسمية " معيار العناصر الثابتة " .

وقد قدم " رينيه دافيد " معيار تصنيف الشرائع قائلاً أنه : " بالرغم من تنوع القواعد فيمكن بواسطة طريقة تصنيفها وأساليب التفكير القانوني والتعليل المستعمل في تفسيرها التوصل الى نتيجة عكسية تتمثل في تصنيفها في فئات محدودة ، وبالتالي يمكن بواسطة هذه الآليات المشتركة تجميع مختلف القوانين في "عائلات كبرى" . ويضيف : " إن التصنيف يجب أن يُراعي العناصر الثابتة والأساسية في القانون وليس القواعد المتغيرة فيه ، لأن العناصر الثابتة كمصادر القانون وتقسيماته وصياغته الفنية ومفاهيمه ومناهج تفسيره هي الخصائص المشتركة والثابتة التي تجعل منه علماً قائماً بذاته " .

ويُقسم "دافيد" الشرائع الى :

- الشريعة اللاتينية الجرمانية (*Romano Germanique*)
- شريعة الكومون لو (*Common Law*)
- شريعة القوانين الاشتراكية (*Droits Socialistes*)
- شريعة النظم القانونية المستندة إلى الدين أو التقاليد (*Droit religieux et traditionnel*)
(: ومن ضمنها الشريعة الإسلامية .)

غير ان هذا التقسيم هو محل اختلاف وتحفظ لدى فقهاء القانون لا سيما في السنوات الاخيرة بعد التطور الجذري الحاصل نتيجة زوال المعسكر الشرقي ونظامه الاشتراكي ، فضلاً عن عدم تجانس الطائفة الرابعة من النظم القانونية .

هذا وتجدر الإشارة إلى أن بعض الأنظمة القانونية الوطنية هي أنظمة أحادية بمعنى أنها تستقي من شريعة واحدة كما هو حال القانون الفرنسي مثلاً، بينما هناك أنظمة وطنية أخرى تتعدد مشاربها وتسمى بالأنظمة المختلطة مما يعني أنها تستقي من أكثر من شريعة كما هو حال القانون الجزائري مثلاً والذي يتأثر بشكل رئيسي بالشريعة الرومانية الجرمانية ، فضلاً عن الشريعة الإسلامية .

التطور التاريخي للدراسات القانونية المقارنة :

المقارنة قديمة قدم القانون ذاته حيث ترجع عمليات البحث المقارن إلى العصور القديمة ، فأفلاطون وصف المؤسسات القانونية القديمة لعدة مدن يونانية ، وقام بتقييمها على أساس المدينة الفاضلة التي يبحث عنها . وبدوره حل الفيلسوف اليوناني " أرسطو " في كتابه " السياسة " ما يقارب 158 دستوراً منظماً للمدن الإغريقية والبربرية قبل أن يحرر دستور أثينا . وفي القرن السادس قبل الميلاد زار الفقيه اليوناني (*SOLON*) عدة بلدان لإعداد قوانين "أثينا" .

أما فيما يخص الامبراطورية الرومانية فإنها لم تقم بالكثير من المقارنات وذلك بسبب قناعتها بسمو نظامها السياسي والقانوني ، بالرغم من أنه في القرن الخامس الميلادي كانت قوانين (*SOLON*) محلاً للدراسة والتمحيص من طرف بعثة رومانية أرسلت إلى اليونان وكُل عملها بصور " قانون الألواح الاثني عشر " في روما .

ولم يهتم رجال القانون في أوروبا في العصور الوسطى إلا بالمقارنة بين القانون الروماني والقانون الكنسي وهو ما كان يتم في رحاب الجامعات الأوروبية لا سيما في السوربون في فرنسا . وفي انجلترا تمت المقارنة بين مسائل الزواج وحسن النية وتجنب الاستغلال وتجريم الربا المستمد من القانون الكنسي وشريعة " الكومن لو " . أما في ألمانيا فحدثت المقارنة بين القانون الروماني والقانون الكنسي والاعراف السائدة لدى القبائل الجرمانية .

وخلال القرن 17 و 18 عرفت الدراسات المقارنة بعض المبادرات الفردية ، ويرجع السبب لهذه النظرة المحتشمة للمقارنة في هذه الفترة إلى أن كل واحد كان يهتم بنظامه القانوني الوطني وعملية تدوينه، ولم تظهر أهمية الاهتمام بالأنظمة الأخرى أو بالتقافات القانونية المختلفة ، ولأن الطرق التي كانت تُدرس في الجامعات

ملخص في : مقارنة الأنظمة القانونية

الأوروبية كانت ولفترة طويلة مجردة ونظرية تبحث عن حلول تتوافق وإرادة الإله والطبيعة والعقل (مدرسة القانون الطبيعي) وتتفصل عن القوانين الوضعية .

وكثيراً ما يتم تقديم الفقيه الفرنسي " مونتسكيو " (*Montesquieu*) باعتباره مؤسس " المقارنة " في العصر الحديث ، ذلك أنه نشر سنة 1748 كتابه " روح القوانين " (*L'Esprit des Lois*) حيث ضمنه مقارنة الأنظمة السياسية المختلفة ليتمكن من استخلاص أحسن المبادئ لنظام الحكم . وقد جمع مونتسكيو الوثائق اللازمة لمشروعه خلال رحلة دراسية مدتها ثلاث سنوات (1728-1731) ، والتي نقلته عبر أوروبا إلى ألمانيا ، النمسا ، المجر ، إيطاليا ، سويسرا ، هولندا ، إنجلترا .

في القرن التاسع عشر عرفت الدراسات المقارنة تطوراً كبيراً بنشوء " القانون المقارن " (*droit comparé*) باعتباره علماً يُدرس في الجامعة كفرع من فروع العلوم القانونية ، حيث تم تأسيس كرسي للقانون المقارن في مختلف الجامعات الأوروبية ، وكانت البداية سنة 1839 بفرنسا تحت مسمى " كرسي تاريخ التشريعات المقارنة " (*chaire d'histoire des législations comparées*) تحت إشراف الفقيه الشهير " إدوارد لابولاي " (*Édouard de Laboulaye*) . كما أنشأ الفرنسيون جمعية التشريع المقارن عام 1869 وقلدتهم الدول الأوروبية الأخرى . وتم خلق العديد من المجالات المتخصصة في القانون المقارن . كما انعقد أول مؤتمر دولي للقانون المقارن في باريس عام 1900 . وكان ذلك إيذاناً بانتشار الدراسات المقارنة في كل انحاء العالم إلى اليوم .

وقد احتدم الجدل بين الفقهاء في أواخر القرن التاسع عشر وبداية القرن الماضي حول تسمية القانون المقارن ، إذ أطلق عليه الألمان مصطلح " مقارنة القوانين " (*Rechtsvergleichung*) ، في حين إختار الانجليز تسميته بـ " الاجتهاد المقارن " ، أما في فرنسا فقد استحسن الفقهاء " إدوارد لامبير " (*Edouard Lambert*) و " رايمون سالي " (*Raymond Saleilles*) تسميته بـ " التشريع المقارن " . غير أن الأمر انتهى بعد فترة الى إجماع حول تسميته بـ " القانون المقارن " في جميع الدول .

وتجدر الإشارة إلى أن المسلمين قد عرفوا هذا الفن بمسميات عدة منها : الخلافات ، وعلم الخلاف ، وفقه الخلاف ، والفقه التطبيقي ، والفقه القياسي ، والفقه المقارن . و يُعتبر من أهم أنواع علوم الفقه عندهم والتي تمس الحاجة إلى دراسته والبحث في مسائله باهتمام تام ، فالفقه المقارن يبحث فيما اختلف فيه أهل العلم من الأحكام بعرض أقوال أهل العلم في المسائل المختلفة وتحديد مواضع الخلاف فيها ، ثم تبين سبب الخلاف وذكر أدلة كل فريق وترجيح ما يقتضيه الدليل .

ويعتبر كتاب " اختلاف الفقهاء " للإمام الطبري (224-310 هـ) أول كتاب صنف في الفقه المقارن . ثم شاع التدوين في هذا المجال باستخدام مناهج مختلفة ككتاب " الحاوي الكبير " لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي (364-540 هـ) ، و " المعونة " في الجدل لأبي إسحق الشيرازي (394-476 هـ) ، و " و

الإشراف على نكت مسائل الخلاف " للقاضي عبد الوهاب المالكي (422 هـ-1031م) ، و " المحلى " لأبي محمد علي بن أحمد بن حزم (384-456 هـ) ، و " طريقة الخلاف في الفقه بين الأئمة الأسلاف " لمحمد بن عبد الحميد الأسمدي (488-552 هـ) ، و " بداية المجتهد ونهاية المقتصد " لأبي الوليد محمد بن أحمد المعروف بابن رشد الحفيد (520 - 595 هـ) ، و " المغني " لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة (541-620 هـ) ، و " المجموع " للإمام أبي زكرياء محي الدين بن شرف النووي (631-676 هـ) ، وغيرها كثير .

وكما اختلف الفقهاء في تسمية " القانون المقارن " اختلفوا أيضاً في تحديد طبيعته ، لينقسموا إلى اتجاهين الأول يعتبره علم مستقل أما الثاني فيعتبره مجرد طريقة .

وظهر الاتجاه الأول بعد انعقاد مؤتمر باريس 1900 ، ومن رواده *Raymond Saleilles*

و *Edouard Lambert* اللذان يعتبران القانون المقارن علم قائم بذاته ومستقل عن باقي فروع القانون، وأن غايته استخلاص نوع مثالي من الأنظمة القانونية المقارنة المشتركة للإنسانية المتحضرة وهو القانون الموحد ، ويتشكل فوق كل الفروع القانونية الخاصة والعامة ، و القانون المقارن هو الذي يكشف عن هذا القانون .

وقد انتقد هذا الرأي على أساس أنه يريد وتحت غطاء القانون المشترك تقديم قانون طبيعي يحمل مبادئ عالمية ، كما أنه لا يمكن للقانون المقارن أن يصل إلى قانون مشترك مابين الدول التي لا يوجد بينها اتحاد في درجة الحضارة والتقدم ، ذلك أنه لا يمكن هدم القوانين الوطنية .

وينكر جانب من الاساتذة المقارنين أن يكون القانون المقارن علماً مستقلاً ، ويؤسسون رأيهم على كون أن المقارنة تمثل تقنية خاصة لدراسة مختلف الأنظمة القانونية ، ولكنها ليست علماً لأنها لا تتوفر على الشروط الواجب توافرها في العلم ، فهي لا تهدف إلى استخلاص نظام موضوعي لمفاهيم وقواعد قانونية قابلة للتطبيق ، كما أنه لا يعتبر فرعاً من فروع القانون حيث يُراد بالقانون مجموعة من القواعد ومن الواضح أنها غير متوافرة في القانون المقارن . و مادام أن موضوع القانون المقارن غي محدد وغير محصور فلا يُمكن إلا أن يكون مجرد طريقة تُستعمل لتوضيح تاريخ النظم أو فلسفة القانون أو لتحسين القانون .

وفي الأخير يتوجب توجيه جملة الملاحظات التالية :

1- القانون المقارن ليس فرعاً من فروع القانون الوضعي ، ولا يُقصد به القانون الأجنبي لان القانون المقارن لا ينحصر في معرفة قوانين الدول الأخرى ، بحيث لو كان يقتصر على ذلك لفقد صفته والتي هي المقارنة فأكبر مهمة لهذا القانون تكمن في دراسة الأنظمة القانونية باستخدام الطريقة المقارنة التي تُمكن من فهم الأنظمة القانونية وخصوصيتها ، وتسمح باستخلاص المعايير التي يُعتمد عليها لتقدير مؤسساتها .

2- كما أنه وباستخدام الطريقة المقارنة سيتمكن الكشف عن العلاقة الموجودة مابين الأنظمة القانونية وتصنيفها ضمن العائلات القانونية .

ملخص في : مقارنة الأنظمة القانونية

3- يتنوع القانون المقارن إلى قانون مقارن وصفي الذي يقصد به فهم قانون أو عدة قوانين أجنبية ، وتحديد مضمون الافكار المستخدمة في نظام قانوني مقارن . وقانون مقارن كمّي الذي يريد الاستلهام من الحلول الاجنبية بشكل يؤثر على القانون الوطني.

الأسس التي تقوم عليها الطريقة المقارنة :

تستند المقارنة لتحقيق الغاية المرجوة منها على جملة من الأسس التي تظهر في مايلي :

أولاً: في عدم القيام بمقارنة القواعد القانونية بصفة منعزلة عن ظروفها التاريخية أو الاقتصادية أو السياسية والنظر إلى التطور التاريخي التي تنتمي إليه ، ذلك أن مضمون القاعدة القانونية في حد ذاتها لا يهتم وإنما الذي يهتم هو الكشف عن قيمتها الفكرية والاجتماعية والهدف منها ، فهذا وحده الذي يسمح بفهمها . وإن محاولات التوحيد ما بين القوانين يعتمد على التقريب مابين الاتجاهات الفكرية والاجتماعية وبتحديد مضمون وقوة هذه الاتجاهات .

ثانياً: يجب في المقام الثاني أن لا يحرص القانون المقارن مجال أبحاثه على التقنيات والتشريع ، ولكن عليه الاهتمام بكل المصادر والتعرف على ترتيبها في الانظمة القانونية موضوع الدراسة ، وكيفية تفسيرها وتطبيقها ، كما يجب عليه أن يكون محيطاً بالبنية العامة للنظام القانوني الأجنبي ، أي بمفاهيمه وطرق التفكير المتبعة فيه والقضاء .

ثالثاً : كما يجب فضلاً عن ذلك أن يمتاز محل المقارنة بنوع من الثبات والاستمرار، إذ لو كان يمتاز بالتغير المستمر لكانت المقارنة صعبة .

رابعاً : يُضاف إلى ذلك كله أن المقارنة تقتضي النزاهة الفكرية وتوخي الموضوعية بحيث أن المقارن يتأثر بمنظومته الفكرية القانونية التي تكوّن فيها وهذا ما يطرح نوعاً من الجانب الشخصي في تفسير المعلومة التي يكتسبها .

خامساً: يساهم احترام الأسس السابقة الذكر في التوصل إلى النتائج المراد تحقيقها من عملية المقارنة، والتركيز على تحليل النصوص محل الدراسة لاستخلاص أوجه الشبه أو الاختلاف.

سادساً: وأخيراً تنتهي الدراسة بتقديم النتائج التي توصل إليها الباحث في بيان أوجه التشابه أو الاختلاف وأسبابها والتفوق الذي يعرفه أحد الأنظمة القانونية في حكم المسألة موضوع الدراسة حسب رأي الباحث ، كما أنه يُفضل في هذا المجال أن لا يكتفي الباحث المقارن بما سبق بل يجب عليه أن يقدم نقداً تحليلياً قانونياً ، سواء تعلق الأمر بقانونه الوطني أو القانون الأجنبي وأن يقدم اقتراحاته في هذا الموضوع .

الصعوبات التي تواجه الباحث المقارن :

يتولى القانون المقارن عملية المقارنة مابين الانظمة القانونية لمختلف الدول ، وإن التنوع الموجود مابين الانظمة القانونية يظهر في جملة من العناصر يُشكل كل منها مصدراً للمشاكل والصعوبات لعملية المقارنة ، وسنحاول تبينها فيما يلي :

أولاً: مشكل البحث الوثائقي و اللغة :

ملخص في : مقارنة الأنظمة القانونية

تعتمد الدراسة المقارنة بداية على البحث عن الوثائق اللازم استخدامها في هذه المقارنة ، وثانياً في ترجمة هذه الوثائق ، وبالنسبة لعملية البحث عن الوثائق الخاصة بالمسائل القانونية المراد مقارنتها فغالباً ما يتسم بالصعوبة ، إذ يشق على الباحث معرفة كل التطورات التي يعرفها نظام ما ، وأن يتوصل إلى كل الوثائق التي تُقيد في عمله ذلك .

إن الدراسة المقارنة تتطلب معلومات جد متنوعة ، وينبغي الإشارة في هذا الصدد أن التطور الناتج عن استخدام الانترنت قد خفف من حدة هذه الصعوبة ، بحيث أن المؤسسات المنشئة للقانون وخاصة البرلمانات والحكومات والمحاكم العليا قد أنشأت مواقع الكترونية التي تُمكن من الحصول على الجرائد الرسمية والأحكام والدراسات الفقهية وغيرها من المصادر التي تهتم الباحث ، غير أنه يجب استخدام مواقع الانترنت بحذر لأنه إذا كنا نجد فيها كل شيء فإنها تحتوي ما هو عمل جيد و ما هو خائب .

أما فيما يخص اللغة فإنه يجب على الباحث أن يكون متمكناً من لغة أو عدة لغات أجنبية ، ذلك أنه لا يمكن التخصص في الدراسات المقارنة باستخدام مصادر غير أصلية ومن الدرجة الثانية ، ويجب أن يتمكن الباحث شخصياً من الوصول إلى المصادر الأصلية من أجل مراقبة المعلومة فيها أو تكملة معرفتها .

غير أن معرفة كل اللغات مسألة غير ممكنة دائماً ، بحيث أن الأغلبية تجهل لغة أو أخرى مما لا يسمح لها بالوصول إلى المصادر الأصلية للنظام القانوني المراد دراسته ، وقد يكمن حل هذه المشكلة في الترجمة القانونية التي يُعرفها البعض بأنها ترجمة القانون وأنواع التواصل الأخرى في المجال القانوني، ولا تخلو عملية الترجمة القانونية في حد ذاتها من الصعوبة وذلك نظراً لتقنية اللغة القانونية التي تتسم بصياغة صارمة يكتنفها الغموض في كثير من الأحيان وهذا راجع لتعدد المعاني لنفس العبارة فضلاً عن أن لكل قانون سماته الخاصة التي تُميزه عن غيره من القوانين .

ثانياً :الصعوبات المرتبطة بموضوع المقارنة :

تُعد المقارنة عملاً منهجياً وعمل بناء يقتضي تحديد موضوع معين ، بمعنى بيان ما إذا كان الأمر يتعلق بمقارنة أنظمة قانونية أو مجرد قواعد قانونية أو مؤسسات ، ويتصل تحديد موضوع المقارنة بتحديد المجال الجغرافي للمقارنة ، ويمكن الإشارة في هذا المجال إلى الملاحظات التالية :

1- يجب أن يتوافق المجال الجغرافي للمقارنة مع موضوع المقارنة ، بحيث إذا كان الأمر يخص مقارنة قواعد في عدة أنظمة فهنا يمكن أن نُعدّ من الأنظمة التي تُكون المجال الجغرافي ، أما إذا كانت المقارنة تخص أنظمة فإن المجال الجغرافي سيتحدد بشكل أكثر ضيقاً، وفي جميع الأحوال وحسب ما ذهب إليه جانب من الفقه فإنه لكي يحقق المُقارن الأهداف التي يريدها من بحثه فإنه يجب أن تتصب دراسته على نظامين إلى خمسة أنظمة على الأكثر ، لأن هناك اعتبارات تُحد من قدرته في هذا المجال ، كقلة المراجع والمشاكل اللغوية وكذلك لأن هذا العدد كافٍ لإجراء بحث مقارن بتعمق يسمح برسم جدول التشابهات والاختلافات وبيان التطورات التي يعرفها أحدهم على الآخر ، وبالتالي الاجابة على الأسئلة التي طُرحت .

ملخص في : مقارنة الأنظمة القانونية

2- كما أنه ليس هناك شك في وجود ارتباط ما بين مستوى التطور في بلد ما ودرجة فعالية نظامه القانوني ، حتى ولو أن هذا الارتباط ليس مطلقاً. وضمن هذه المعطيات فإنه إذا كانت المقارنة ما بين الدول الأوروبية ودول أمريكا الشمالية لا تُثير صعوبات فإن توسيعها لدول نظامها القانوني بدائي يجعلها أكثر صعوبة وحساسية لأنه يُظهر اختلافات يصعب ولفترة طويلة تقليصها ، أو بعبارة أخرى فإن القانون المقارن سيظهر كقانون الدول المتقدمة تقدمه لدول أخرى على أنه النموذج الذي يجب الوصول إليه مما يعني جعله قانوناً امبريالياً .

وظائف الدراسات المقارنة :

تتعدد وظائف و أدوار المقارنة في مجال القانون ، غير أن أبرزها هو ما يتعلق بالقانون الدولي الخاص (أولاً) ، وفي مجال تحسين القانون الوطني وفهمه (ثانياً) ، وفي توحيد قوانين الدول والتنسيق بينها (ثالثاً) .
أولاً : دور المقارنة في مجال القانون الدولي الخاص :

يُعرف القانون الدولي الخاص على أنه مجموعة القواعد والأحكام القانونية التي تعالج العلاقات التي تتجاوز حدود إقليم الدولة الواحدة ، أي تلك العلاقات التي ترتبط بأكثر من دولة . وذلك راجع لكون العلاقة تتضمن ما يُعرف بالعنصر الاجنبي .

ويهتم القانون الدولي الخاص بمسألتين اثنتين : أولاهما تنازع القوانين والتي يقصد بها تلك الحالة التي نكون فيها بصدد علاقة قانونية يتخللها عنصر أجنبي مما يجعلها مرتبطة بأكثر من قانون فيقتضي الأمر تحديد القانون الذي يحكمها من بين القوانين المتصلة بالعلاقة . وثانيتهما مسألة تنازع الاختصاص القضائي الدولي والذي يضم موضوع الأحكام المتعلقة بتحديد المحكمة المختصة دولياً للفصل في النزاع وتنفيذ الأحكام الأجنبية .

بالمقابل فإن الدراسات القانونية المقارنة تهتم بالأنظمة القانونية لمختلف الدول والمقارنة فيما بينها لاستخلاص أوجه التشابه والاختلاف ، فهل يُمكن لهذه المقارنة أن تلعب دوراً بالنسبة للقانون الدولي الخاص ؟ لا شك أن الإجابة عن هذا التساؤل تكون بالإيجاب ذلك أن أهمية المقارنة بالنسبة للقانون الدولي الخاص تظهر فيما يلي:

1- اهتمت الدراسات المقارنة ، منذ تقنين قواعد القانون الدولي الخاص وظهور مبدأ الجنسيات ، بالمقارنة بين قواعد التنازع في مختلف التشريعات ، وقد حاولت إعطاء الحلول للعديد من المسائل في القانون الدولي الخاص نذكر منها : المنهج الذي اعتمده الأستاذ " باتيفول " (*Batiffol*) في وضع قواعد الإسناد وخلصتها أنه يجب على رجال القانون في مختلف الدول أن لا يكتفوا بقوانينهم الوطنية عند وضع قواعد الإسناد ، وإنما عليهم أن يدرسوا مختلف الأنظمة القانونية في العالم ، ليراعوها حين يسنون قاعدة إسناد معينة .

وكذلك نظرية الأستاذ " روبل " (*Robel*) فيما يخص مسألة التكيف التي تقضي بإخضاع التكيف القانوني للدراسة المقارنة ، ومضمونها أن القاضي حينما يُكيف العلاقة فإنه يجب أن لا يقف عند القانون الوطني

ملخص في : مقارنة الأنظمة القانونية

وإنما يراعي كل الأنظمة القانونية في العالم ليستخلص منها مفهوماً مشتركاً بخصوص العلاقة المعروضة أمامه.

2- فضلاً عن ذلك فإن معرفة القانون الأجنبي الذي يُحتمل تطبيقه على النزاع من طرف القاضي من شأنه أن يؤدي إلى تطبيق هذا القانون تطبيقاً سليماً ويعطي أحسن الحلول للقضية المعروضة عليه ، زيادة على ذلك فإن انتشار الدراسة القانونية سيسمح بعدم لجوء القضاة إلى استخدام الحيل التي تمكنهم من تطبيق قانونهم الوطني بدلاً من القانون الأجنبي، ذلك أن القانون الوحيد الذي يعرفونه هو قانونهم الوطني .

3- كما تساعد الدراسة المقارنة في توحيد قواعد التنازع ، أي توحيد الحلول المطبقة في مختلف الدول ، إذ يترتب على عدم اهتمام الدول عند وضع حلولها لتنازع القوانين بالحلول المطبقة في الدول الأخرى إلى تناقض الأحكام التي تنظر نفس المسألة وإلى عدم وضوح الحلول . لهذا يتوجب على رجال القانون المهتمين بتسهيل العلاقات الدولية وضع حدٍ لهذا التمايز في عالم زاد فيه حجم العلاقات الدولية ، كما يجب أن توجد اتفاقيات بين مختلف الدول من أجل أن يُطبق في كل منها على علاقة معينة نفس القانون، وقد ساهمت الدراسة المقارنة في مجال القانون الدولي الخاص في ذلك .

4- تساعد الدراسة المقارنة على تطبيق القاضي لفكرة النظام العام الذي تُعد من موانع تطبيق القانون الأجنبي المختص أصلاً في الفصل في نزاع معين ، وفي الجزائر تُستبعد القوانين الأجنبية من التطبيق إذا كانت تتعارض مع السياسة التشريعية للجزائر أو المعطيات الأساسية فيها ، وعليه فإن التأكد من توافر أحد هاذين الشرطين يقتضي دراسة مقارنة للنظام الوطني والنظام الأجنبي وليس مقارنة قاعدتين بصفة منعزلة .

5- تُفيد الدراسات المقارنة في إقامة علاقات تجارية جيدة ما بين أفراد الشعوب المختلفة خارج أي دعوى قضائية . ورجال الأعمال يهتمون بالضمانات القانونية التي توفرها لهم القوانين الأجنبية التي يحتمل اختصاصها على هذا الأساس يختارون العمل والشراكة في الدول التي تقدم لهم أحسن الضمانات .

ثانياً : دور المقارنة في تحسين القانون الوطني وفهمه :

تتمى الدراسات المقارنة في المُشرع أو الفقيه القدرة ، لا على التعرف على النظم الأجنبية فحسب، بل تجعله أكثر مقدرة على إدراك التشريع الوضعي الوطني وما فيه من مواطن القوة والضعف بما تزرعه فيه من ملكة الملاحظة والموازنة بين النظائر والأضداد . وقد قيل " على الفقيه الذي يسعى إلى بلوغ الذروة في مهمته أن يكون موازناً وبتعبير آخر مقارناً " . وقد ثبت علمياً وعملياً أن الدراسة المقارنة تساعد على تحسين القانون الوطني بإصلاح عيوبه وإكمال ما فيه من نقص .

ملخص في : مقارنة الأنظمة القانونية

ويحتاج المشرع في كل فروع القانون الوطني إلى القياس على ما هو موجود من قواعد في قوانين الدول الأخرى لحكم مسائل مماثلة في قوانينه الوطنية ، ويكون ذلك أثناء إصدار القانون لأول مرة أو عند تعديله ، وبالتالي تسهل عملية إصلاحه من خلال النظر إلى الأبحاث التي تمت في الخارج ونماذجها .

وينبغي ملاحظة أنه ليس صحيحاً انتزاع قانون أجنبي من بيئته ونقله إلى بيئة أخرى لم تألفه ولم تتعود تطبيقه ، فالقانون ابن البيئة ووليد التقاليد الطويلة المتعاقبة ، فمن المقطوع به أن كل نص تشريعي ينبغي أن يعيش في البيئة التي يُطبق فيها ، ويحيا حياة قومية توثق صلته بما يحيط به من ملاسبات ، فالقانون مهما كانت مصادره ، يجب أن يكون له صلة بين الماضي والحاضر ، لينير السبيل نحو المستقبل وحتى لا تُفقد حلقات الزمن .

ثالثاً : دور القانون المقارن في توحيد قوانين الدول والتنسيق بينها :

يقتضي التطور الذي عرفته العلاقات الدولية في مختلف المجالات ضرورة الاهتمام بتنسيق القوانين وأحياناً توحيدها ما بين مختلف الدول ، ويتجسد تنسيق القوانين في التوفيق والتقريب ما بين القواعد ذات الأصل المختلف ، وذلك خاصة بتعديل الأحكام الموجودة مع احترام خصوصية التشريعات الوطنية، وعليه فإن التنسيق يهدف إلى التقليل من الاختلافات ما بين قوانين الدول وتسمح هذه التقنية باحترام التعدد القانوني للأنظمة ، وتأخذ بعين الاعتبار مختلف مستويات التطور للدول مما يسمح بمعالجة خاصة ومختلفة لكل واحدة منها .

أما التوحيد الدولي للقوانين فيهدف إلى إيجاد أنظمة قانونية تحل محل القوانين الوطنية وهو يتحقق عندما يتم التوحيد بين قوانين دولتين أو أكثر، والتوحيد هو التطابق بينما التنسيق فهو التقريب بين الأفكار . وينتج التوحيد الدولي للقوانين ما بين الدول ببذل مجهودات مشتركة فيما بينها وعن طريق التركيب الذي يتجاوز نظام الدولتين ، ويتم من خلال تبادل الأفكار .

ومن هذا المنطلق فإن هنالك فرق ما بين التوحيد القانوني الدولي الذي هو مجهود مشترك لدولتين أو أكثر لتحقيق وحدة في القواعد القانونية ، وبين محاكاة وتقليد القوانين الذي هدفه غالباً تحسين القانون الوطني وتقوم به الدول عندما ترغب بوضع قوانين جديدة أو تعديل قوانينها وهو من صميم القانون المقارن ، ويتحقق تقليد القوانين عن طريق هجرة القوانين بواسطة عملية الاستيراد والتصدير للقوانين .

وفيما يتعلق بتصدير القوانين فقد كان ناتجاً عن الاستعمار بحيث أن الدول المُستعمرة قد مددت أعمال قوانينها على الدول المستعمرة ويرجع استيراد القوانين إلى عدة أسباب :

- التأثير الفكري لقانون معين فتقوم الدول بالاستلهام منه وأحياناً نقله وترجمته حرفياً .
- تأثير اللغة والمدارس والجامعات .
- تكوين رجال السلطة .

الفصل الأول :

الشرية "الرومانية الجرمانية"

يُعرف هذا النظام القانوني بتسميات عديدة على غرار :

- نظام " القانون الروماني " *Droit romain* : لأنه الوريث المباشر للقانون الروماني القديم، بالرغم من أنه لم يبقَ رومانياً بحتاً . فالقوانين المستمدة منه تتعد كثيراً عن القانون الروماني من حيث القواعد الموضوعية والإجرائية والمفاهيم .

- النظام " اللاتيني الجرمني " (*Latino - Germanique*) أو " الروماني الجرمني " (*Romano-Germanique*) : لأن هذه الشريعة تضم مجموعتين كبيرتين من القوانين هي مجموعة القوانين اللاتينية المتمثلة في القانون الفرنسي والأنظمة المستمدة منه ، والمجموعة الجرمانية المتمثلة في الأنظمة المعاصرة التي تستمد من الاعراف الجرمانية (ألمانيا ، النمسا ، سويسرا ، المجر) والتي تأثرت هي الأخرى بالقانون الروماني .

-شريعة القانون المدني (*Droit civil*) : ذلك أن هذا النظام يعتمد بشكل كبير على حركة التقنيات التي تأثرت بـ " المدونة القانونية المدنية " (*Corpus Juris Civilis*) للإمبراطور الروماني جستينيان (*Justinianus*) ، ثم بالقانون المدني الفرنسي سنة 1804 ، ومن بعده القانون المدني الألماني سنة 1900 .

-شريعة " القانون المكتوب " (*Droit écrit*) : في مقابل شريعة " القانون المشترك " (*Common Law*) والقانون العرفي (*Droit coutumier*) ، فقد سمح الارث الروماني باعتماد التدوين والتقنين كمصدر رئيس للقانون .

-القانون القاري (*Droit continental*) : ذلك أن هذا النظام قد تكون تاريخياً في قارة أوروبا في مقابل " القانون المشترك " (*Common Law*) الذي نشأ وتطور في الجزيرة البريطانية .

هذا ويعتبر النظام " الروماني الجرمني " الأكثر شيوعاً في العالم ، إذ يضم اليوم عدداً هائلاً من قوانين الدول المنتشرة عبر جميع القارات ، بالرغم من أن قلبه النابض لا يزال أوربياً (ألمانيا ، فرنسا، إيطاليا النمسا ، بلجيكا ، المجر ، ليكسومبرغ ، هولندا ، اسكتلندا ، اسبانيا ، البرتغال ، رومانيا ، سويسرا، الدول الاسكندنافية (...) .

وتنتشر العائلة الرومانية الجرمانية بالقارة الأمريكية في المستعمرات القديمة لكل من إسبانيا (من المكسيك إلى الشيلي) ، والبرتغال (البرازيل) ، وهولندا (جزر غويانا) ، وفرنسا (الكيبك في كندا ، ولويسيانا في الولايات المتحدة الأمريكية ، وجزر الانتيل) . بينما امتد تأثير هذا النظام على معظم القارة الأفريقية من شمالها إلى جنوبها ، بفعل الدول الاستعمارية الاربعة السابقة ، والتي انضمت إليها فيما بعد ألمانيا (الكاميرون ، الطوغو ، تنزانيا) ، وإيطاليا (ليبيا) ، وبلجيكا (الكونغو) . وللنظام "الروماني الجرمني" ممثلين كذلك في

ملخص في : مقارنة الأنظمة القانونية

آسيا كما هو حال القانون التركي (بتأثير من سويسرا) والقانون الياباني (بتأثير من فرنسا وألمانيا) ، وحتى في المحيط الهادي في المستعمرات الفرنسية (بولينيزي الفرنسية ، وكاليدونيا الجديدة) .

ونجد في هذا المجموعة الكيانات السياسية التي استوحت قوانينها بشكل رئيسي من الموروث القانوني الروماني الذي يقوم على تقنية التدوين وعلى أولوية القانون المكتوب . كما توجد في هذه المجموعة بعض الكيانات السياسية ذات الأنظمة القانونية المختلطة ، والتي اقتبست وبدرجات متفاوتة عدة عناصر من البناء القانوني الروماني ، واعتبرتها بمثابة الدليل على انتمائها لعائلة القانون المدني .

وتضم هذه المجموعة كذلك كيانات سياسية أقل تأثراً بالمورث الروماني إلا أن فلسفتها القانونية والقيمة التي تعطيها للتشريع جعلتها أكثر إقتراباً من الكيانات السياسية ذات التقاليد القانونية الرومانية (المدنية) الصرفة .

وتجدر الإشارة أن القوانين الوطنية المكونة لهذه الشريعة ، وإن كانت تختلف فيما بينها من حيث التفاصيل ، إلا أنها تشترك فيما بينها من حيث الجوهر الذي تكون عبر حقبات تاريخية طويلة (المبحث الأول) ، مما جعل البناء القانوني لهذا النظام متميزاً عن غيره من الأنظمة القانونية (المبحث الثاني)

المبحث الأول : التكوين التاريخي للنظام " الروماني الجرمانى " :

تعتبر " المجموعات القانونية " التي وضعها الامبراطور الروماني جستينيان (*corpus juris civilis*) ، والقانون الروماني عموماً ، منبع ما سُمِّي فيما بعد بـ"القانون المدني" (المطلب الأول) . حيث استند علم القانون ، الذي تم احياؤه في الجامعات الأوروبية بداية من القرن الثاني عشر ، بشكل حصري تقريباً على دراسة هذه المجموعات (المطلب الثاني) .

وقد مهد تطوير علم القانون فيما بعد لظهور التقنيات (*Les codifications*) التي شكلت أحد أهم مميزات النظام الروماني الجرمانى (المطلب الثالث) .

المطلب الأول : القانون الروماني :

تركت الامبراطورية الرومانية ، آثاراً لا حدود لها في العالم الغربي بشكل عام ، إلا أنها مساهمتها الأكبر والأعمق ، قد تكون في مجال القانون ، فكثيراً ما يُصرَح بأن الهوية الأوروبية إنما تقوم على ركائز ثلاث هي : المسيحية وفلسفة أرسطو والقانون الروماني .

لقد عرف الرومان نظاماً قانونياً رائداً تم تَشكُّله على مدار 13 قرناً كاملاً ، بداية من تأسيس مدينة روما علي يد الملك " رومولوس " (*Romulus*) سنة 753 ق.م . وقد قُسمت المراحل التاريخية التي مر بها تطور القانون الروماني ، تبعاً لتأثير العوامل الاقتصادية والاجتماعية ، إلى ثلاث مراحل أساسية هي على التوالي :

- **مرحلة القانون القديم :** وتشمل هذه المرحلة فترة العصر الملكي والعصر الجمهوري . ولأن المجتمع الروماني كان في تلك المرحلة مجتمعاً بدائياً يعتمد على الرعي و الزراعة فقد كان القانون آنذاك بدائياً ، كما كان ينسب الى الملوك . واتسم بالقوة والشكليات .

ملخص في : مقارنة الأنظمة القانونية

- **مرحلة القانون العلمي** : امتدت هذه الفترة من السنة الثلاثين قبل الميلاد وانتهت بحكم الإمبراطور دقلديانوس عام 284 م ، وسميت بمرحلة القانون العلمي نسبة الى العلماء والفقهاء الذين ظهوروا بكثرة في هذه الفترة ، وانتقل القانون بفضل جهودهم العظيمة الى مستوى متقدماً من النضج والرقي والازدهار .
وقد أُدخل نظام الدعوى الكتابية التي يكتبها البريتور بناء على طلب أطراف النزاع . كما تم التخلص من الشكليات التي وجدت من قبل . وقد ظهر كذلك تأثير اليونان على تفكير الرومان في تقسيم القوانين وبيان الحلول للمشكلات ، إلى جانب ظهور المسيحية وتعاليمها .

- **مرحلة تدهور الوضع القانوني** : بدأت هذه المرحلة من عام 284 م وانتهت بوفاة الإمبراطور جستينيان عام 565 م . ووصفت هذه المرحلة بأنها مرحلة انهيار الداخل والتهديد من الخارج ، حيث تدهور الوضع الثقافي والقانوني بسبب سيادة النمط الدكتاتوري في الحكم إذ أصبحت إرادة الأباطرة هي القانون ، فجمدت حركية القانون وابتعد رجال القانون عن الاجتهاد .

وصاحب مختلف المراحل ظهور المدونات القانونية المكتوبة التي بدأت بصدور قانون الألواح الإثني عشر ، وتوالت فيما بعد (الفرع الأول) إلى أن اكتملت بمجموعات جستينيان (الفرع الثاني) .
الفرع الأول : أهم المجموعات القانونية الرومانية قبل جستينيان :

صدر قانون الألواح الإثني عشر سنة 450 ق م وهو أول قانون مكتوب عرفته روما وُضع نتيجة لثورة طبقة العامة التي سعت لمساواتها مع طبقة الأشراف . ثم تلاه قانون الشعوب (*Jus gentium*) سنة 242 ق م الذي اقتصر تطبيقه على الأجانب فقط .

وبعد ذلك ظهر القانون البريتوري (*Jus praetorium*) الذي حل محل قانون الألواح وقانون الشعوب ، وطُبق على المواطنين الرومانيين والأجانب على حد سواء . والبريتور هو الحاكم القضائي الذي يتولى الحكم لمدة سنة ويلزم في نهايتها بتقديم منشور مفصل عن أعماله . ومع مرور الوقت وبتعدد المناشير تكون " القانون البريتوري " . وأول مقنن للمنشور هو الامبراطور " هادريان " بمساعدة الفقيه " جولياوس " في القرن الثاني للميلاد .

كما اشتهرت مدونة تيودور (*Codex Theodosianus*) وهي المجموعة القانونية التي وضعها امبراطور الشرق تيودور سنة 438 م ، والتي ظلت مرجعاً قانونياً أساسياً في غرب أوروبا حتى القرن الثاني عشر .

الفرع الثاني : المجموعات القانونية لجستينيان :

جستينيان الأول (*Justinianus*) هو إمبراطور بيزنطة ، الامبراطورية الرومانية الشرقية التي عاصمتها القسطنطينية أو اسطنبول حالياً " ، ولد سنة 482 م ونُصب امبراطوراً سنة 527 م ، وبقي في العرش نحو 38 سنة إلى أن توفي عام 565 م . قاد حروباً عديدة من أجل توحيد الامبراطورية الرومانية (الشرقية والغربية) وإعادة مجدها من جديد ، غير أن التاريخ نسي حروبه ولا يذكُرهُ إلا مقترناً بقوانينه ، وحق له ذلك ، إذ أن أهم وأشهر أعماله وأبقاها وأعظمها تأثيراً هو جمعه للقوانين الرومانية القديمة وتدوينها في عهده الأمر

ملخص في : مقارنة الأنظمة القانونية

الذي حفظ هذه القوانين من الضياع والاندثار ، وساهم في جعلها فيما بعد مصدراً أساسياً للقواعد القانونية في قارة أوروبا ولدى كثير من دول العالم الأخرى .

كان قد مضى قرن من الزمان منذ نُشر " قانون تيودور " ، وأضحت كثير من أصوله عتيقة لا تطبق لتغير الظروف التي شُرعت فيها ، وسنت قوانين جديدة كثيرة اختلطت بعضها ببعض في كتب القوانين ، ووجد تناقض كبير فيما بين بعض القوانين مما أعاق أعمال المحاكم والسلطة التنفيذية . وأضحت شريعة روما كلها أكادساً من المواد القانونية التجريبية لا قانوناً منطقياً واحداً. يضاف إلى هذا أن تأثير المسيحية قد بدل كثيراً من الشرائع وغير تفسرها. علاوة على أن قوانين روما المدنية كثيراً ما كانت تتعارض مع قوانين الأمم التي تتألف منها الإمبراطورية ، وإن كثيراً من التشريعات لم تكن تتفق مع تقاليد الشرق المصطبغ بالصبغة اليونانية .

ولم يكن جستنيان ، وهو صاحب النزعة القوية إلى الوحدة ، ليرضى عن هذه الفوضى كما لم يكن يرضى عن تمزيق أوصال الإمبراطورية. ولهذا عين بداية من عام 528 عدة لجان من فقهاء القانون برئاسة وزير القضاء " تريبونيان " (*Tribonian*) بقصد جمع وتنظيم وتوضيح وإصلاح القوانين .

وتكللت جهود اللجنة بميلاد ثلاث مؤلفات ضخمة عُرفت باسم " المدونة القانونية المدنية " أو " مدونة القانون المدني " (*Corpus Juris Civilis*) أو (*Corpus Juris Civilis*) ، ويُشار إليها أحياناً في غير دقة باسم "مدونة جستنيان" على الرغم من أن هذا الاسم من الأنسب أن يُطلق على الجزء الأول من الأعمال أي (*Codex Justinianus*) .

وتتألف مجموعات جستنيان هاته من :

- مجموعة قوانين جستنيان (*Codex Justinianus*) : وهي تحتوي على القوانين والمراسيم الإمبراطورية .
- المختار (*Digestum , Pandectae*) : التي تحتوي على الفقه وتعد تجميعاً للقانون القديم .
- الشرائع (*Institutiones*) : وقد خصص للشباب المبتدئ الراغب بدراسة القانون .

أولاً : مجموعة قوانين جستنيان (*Codex Justinianus*) :

أولى المدونات القانونية الثلاث التي تشكلت منها مجموعة القوانين المدنية . وأعلنها الإمبراطور "قانون الإمبراطورية " ، والذي يُلغى جميع ما سبقه من التشريعات إلا ما تضمنه منها . وحويت كل ما صدر عن الإمبراطور جستنيان من مراسيم وما استبقاه واعتمده مما أصدره بعض أسلافه منذ زمن الإمبراطور هادريان (117 - 138) . ووضعت في اثني عشر كتاباً تخليداً لذكرى قانون الألواح الاثني عشر ، وكان كل كتاب منها مقسم إلى أبواب تتضمن اسم الإمبراطور الذي أصدر المرسوم بحسب الترتيب الزمني والمكان ومناسبة توجيه المرسوم .

ملخص في : مقارنة الأنظمة القانونية

وصدر هذا العمل في عام 529 بعد أن عهد جستينيان إلى " تريبونيان " رئاسة لجنة مكونة من عشرة اشخاص من المتخصصين ، مهمتها جمع القوانين التي أصدرها أباطرة الرومان ، وتنسيقها وحذف المتشابه منها ، واستخلاص مجموعة قانونية واحدة ، وقامت اللجنة بمراجعة المجموعات القانونية الثلاث السابقة : -

Codex Theodosianus

Codex Hermogenianus -

Codex Gregorianus-

واستبعدت منها كل ما هو غير مقبول ، كما قامت بتنظيم القوانين التي أصدرها الأباطرة بعد عصر " تيودور " .

وقد جرى فيما بعد تنقيح وتعديل هذه المدونة من لجنة ضمت "تريبونيان" (*Tribonian*) وأربعة من مساعديه ، حيث أضيفت لها المراسيم التي أصدرها الامبراطور بعد سنة 529 م ، وتم إعادة نشرها في سنة 534 م تحت اسم " المدونة القانونية الجديدة " (*Codex Repetitae Praelectionis*) ، وبعد صدورنا أصبحت النسخة الأولى غير ذات موضوع ، ولم يُعثر عليها بعدئذ .

أما ما أصدره جستينيان من مراسيم متعددة بعد سنة 534 م فإنها لم توضع في مجموعات محددة ، وإنما قام بإعدادها بعض فقهاء الرومان . ولم تنشر كلها باللغة اللاتينية كما كانت تنشر الكتب السابقة بل نشر بعضها باللغة اليونانية . وأطلق عليها اسم « *Novellae Post Codicem* » أي " المراسيم الجديدة " أو "المستجدات " تمييزاً لها عما تم نشره في "المدونة القانونية الجديدة " .

ثانياً : المختار *Digestum* :

شكل " تريبونيان " عام 530 م ، بناءً على أوامر الامبراطور ، لجنة من ستة عشر مختصاً مهمتها أن تُضم في مجموعة واحدة آراء فقهاء القانون الرومان ، التي ترى أنها لا تزال خليقة بأن تكون لها قوة القانون . وهو ما تم بالفعل سنة 533 م حيث نشرت هذه الآراء ضمن مجموعة مُشكلة من 50 كتاباً تحمل اسم " *Pendectae* " أو " *Digestum* " ، ومعنى الكلمة الأولى " الحاوي الأوفى " أو " الجامع الأوفى " ، ومعنى الكلمة الثانية " المختار " أو " المنضد " أو " المستصفي " أو " المهذب " .

وقد قامت اللجنة في ظرف ثلاث سنوات بعمل ضخم ، تطلب منها مراجعة ألفي مؤلف للفقهاء القدامى ، وحذف ما وجدته من نصوص متناقضة أو مكررة ، ويُرجح أنها حذفت كذلك ما كان من آراء مناصرة للحرية ، وأنها عمدت إلى الغش والتزوير فبدلت بعض أحكام فقهاء القانون الأقدمين حتى تكون أكثر ملاءمة للحكم المطلق .

ووصف جستينيان الـ "*Digestum*" بقوله : "إنها معبد مقدس للعدالة الرومانية " ، ولذلك أصبحت آراء الفقهاء والشروح التي وردت فيها واجبة الطاعة على جميع القضاة ، بينما فقدت الآراء المُستبعدة عنها ما كان لها من قوة شرعية ومُنِع نَسْخها فاختفى معظمها .

ثالثاً : الشرائع (*Institutiones*) :

أعد تريبونيان (*Tribonian*) وإثنان من زملائه سنة 533 م ملخصاً في القانون المدني اشتمل على أربعة كتب سموه (*Institutiones*) بمعنى الشرائع ، وكان هذا الموجز في جوهره عبارة عن شروح " جايوس " (*Gius*) معدلة ومصححة حتى تلائم روح ذلك العصر. وكان "جايوس" هذا قد لخص في القرن الثاني بعد الميلاد القوانين المدنية المعمول بها في أيامه. وأظهر في هذا العمل من البراعة ما يثير الإعجاب . وقد كتب الامبراطور جستنيان في المرسوم الذي صدر بخصوص " الشرائع " ما نصه : " إلى الشباب المتلهف على معرفة القانون : يجب أن يُسلح جلاله الإمبراطور بالقانون كما يجب أن يعلو مجده بقوة السلاح ، حتى يسود بذلك الحكم الصالح في الحرب والسلم على السواء ، وحتى يتبين للناس أن الحاكم لا تقل عنايته بالعدالة عن عنايته بالنصر على أعدائه " .

وكتب هذا الوجيز بطريقة مبسطة حتى يكون مقرراً مدرسياً مبسطاً بين أيدي دارسي القانون الشباب ، ورغم ذلك فإنه كان يتمتع بقوة التشريع من حيث إلزامه . وقد تُرجم إلى اللغة العربية من الأستاذ المصري المرحوم عبد العزيز فهمي عام 1946 تحت عنوان "مدونة جستنيان" .

وتجدر الإشارة إلى أن دراسة القانون كانت تشتمل إلى جانب " الشرائع " على كل من "مجموعة القوانين و " المختار " ، وكان الطلبة يدرسون 26 جزءاً فقط من الخمسين جزءاً لمجموعة " المختار " ، أما الباقي فيدرسونه اعتماداً على أنفسهم . وكانت الدراسة تستغرق في البداية أربع سنوات ، وبعد سنة 534 م كانت خمس سنوات ، ثم أصبحت ست سنوات بعد سنة 555 م وذلك حتى يتمكن الطالب من دراسة أكبر عدد ممكن من " المراسيم الجديدة " (*Novellae Post Codicem*) .

وقد أولى جستنيان عناية بالغة لجامعات القانون ، بقصد الحفاظ على أعماله التشريعية العظيمة ، ونتيجة لذلك ازدهرت ثلاث جامعات للقانون ، واحدة في روما ، والثانية في القسطنطينية ، والثالثة في بيروت . وكان نظام محاضرات القانون بالنسبة للذين يتكلمون اليونانية يتخذ شكل ترجمة يونانية للنص اللاتيني يطلق عليها اسم (*Index*) ، ثم يقوم الاستاذ بشرح نفس النص اللاتيني وتفسيره . لذلك ظهرت تفسيرات هامة للقوانين ، مثل التفسير الذي كتبه " ثيوفيلوس " للشرائع ، وتفسيرات "المختار" لـ " ثيوفيلوس " ، "ستيفانوس" (*Stephanus*) ، "إيزيدور" (*Isidore*) ، و " كوبيداس " (*Cobidas*) ، وشروح " مجموعة القوانين " كتبها إيزيدور (*Isidore*) . أما " المستجدات " التي ظهرت باللغة اليونانية فتطلب عمل (*Index*) لها باللغة اللاتينية ، وكان التفسير اللاتيني الوحيد لهذه القوانين هو الذي قام به " جوليان " وظهر باسم " مختصر القوانين الجديدة " (*Epitome Nevellarum*) .

المطلب الثاني : دور الجامعات الأوروبية :

بالرغم من مرور ما يناهز الألفيتين عن سقوط الإمبراطورية الرومانية في عام 476 للميلاد ، إلا أن نفوذ القانون الروماني لا يزال كبيراً ، حيث يظل تأثيره بالغاً على تطوير التفكير القانوني في الغرب ، وهو يعود

ملخص في : مقارنة الأنظمة القانونية

إليه بإستمرار. وليس بمحض الصدفة أنه لا يزال مادة إجبارية تدرس في العديد من كليات أوروبا إلى اليوم . ويمكننا أن نفهم أهمية هذا التأثير بالعودة إلى التاريخ ، فقد اختفت الإمبراطورية الرومانية عن أوروبا منذ القرن 5 م بفعل الغزو الذي قامت به العديد من الشعوب ولاسيما الجرمانية ، ولقد تعايشت هذه الشعوب جنباً إلى جنب ، واتبعت كل منها قانونه الخاص ، ولكن مع الوقت تقاربت أنماط العيش وأنشئت الأعراف الإقليمية بفضل النظام الإقطاعي . وظلت أجزاء من القانون الروماني متعايشة ومتداخلة مع هذه القوانين العرفية .

ضاعت مجموعات جستنيان واخفتت عن أوروبا طيلة العصور الوسطى إلى أن تم العثور عليها في بولندا وفي إيطاليا في القرن الحادي عشر ، الأمر الذي أدى لإحياء دراستها من جديد في الجامعات الأوروبية ، بداية من معهد الدراسات القانونية بمدينة " بولوني " (*Bologne*) في شمال إيطاليا عام 1119 ، ثم جامعة " باريس " (*Paris*) في سنة 1215 م فجامعة " سلامون " (*Salamanca*) بإسبانيا عام 1218 ، لتنتشر دراستها في جميع دول أوروبا الكاثوليكية .

وقد قامت الجامعات الأوروبية بتدريس " مجموعات جستنيان " بسهولة معرفتها ، ولإحاطة الأساتذة والدارسين باللغة المكتوبة بها أي اللاتينية ، بالإضافة إلى أنها تتماشى مع المنطق ، ويسهل استنباط الحلول العملية منها ، فضلاً على أنها تتماشى ومفهوم القانون الذي استقر في تلك المرحلة بكونه يجب أن يحقق العدالة والمساواة ويوفر الأمن والنظام ويحقق الازدهار ، ولن يكون ذلك ممكناً إلا بنشر وتوحيد القواعد والمفاهيم القانونية ، وإرساء جذور رصيد ثقافي قانوني مشترك بين المجتمعات .

ومن ثمة أصبحت دراسة القانون الروماني المدني حسبما أصدره جستنيان دليلاً واضحاً على أن ذلك المجتمع قد تولدت عنه أفكار ناضجة في الملكية الخاصة والحقوق العائلية ونظرية العقد ، وأنه كان وثيق الصلة بالحياة الواقعية . وهكذا وجدت أوروبا ، حين انجابت عنها ظلمات العصور الوسطى ، وتكشفت لها مجموعة القوانين التي رتبها جستنيان ، أنها أمام بناء شامخ هو المدنية الأوروبية التي كانت وسوف تكون .

وقد درست الجامعات القانون الروماني بطريق القياس مع المنطق ، وحُذف مالا يتماشى مع عادات وتقاليد شعوب المنطقة ، وتم مزجه مع القانون الكنسي ، ويُقصد بهذا الأخير قانون الكنيسة الكاثوليكية الرومانية وهو قانون يضم قواعد مدنية وجزائية وإدارية يخضع لها رجال الدين وكل الأشخاص الذين ينتمون للمؤسسات الدينية .

وولّد التحليل العقلاني للنصوص المستنسخة عن " مجموعات جستنيان " علم قانونٍ أوروبي حقيقي، واصل تطوره على مر القرون وباستمرار (باستثناء إنجلترا التي تطور الوضع فيها بشكل مختلف)، متأثراً بالفلسفة المسيحية والتطورات الفكرية والاجتماعية والاقتصادية لمختلف العصور . وهو ماسمح بتأسيس نظام قانوني يتمتع بمزايا عديدة مقارنة بالقوانين المحلية :

- فهو قانون مكتوب ، في حين أن قوانين مختلف مناطق أوروبا كانت في معظمها قوانين عرفية ، مع ما تعنيه الأعراف من غياب الأمن واليقين القانوني .

- إنه " القانون المشترك" الذي يُطبق على الجميع . وهكذا تم تدريسه في كليات الحقوق باعتباره « *jus commune* » .

- إنه أكثر نضجاً وكمالاً وتقدماً من القوانين المحلية ، وأكثر استجابة لحاجات المجتمع في التطور .
ومن الاجدر أن نشير أن علم القانون على هذا النحو لم يكن قانوناً وضعياً ، فهو لم يكن قابلاً للتطبيق رسمياً ، إلا أنه تمتع بتأثير كبير على ممارسي القانون الذين تدربوا عليه ، كما تم تطبيقه في الحالات التي كان فيها العرف صامتاً .

ويجب الإشارة أن ما قدمته دراسات القانون الروماني في الجامعات الأوروبية ، ومن خلال مختلف المدارس التي ظهرت ولاسيما مدرسة القانون الطبيعي ، أثر على القانون الوضعي في الدول الأوروبية ، ذلك أنه ومع ظهور النهضة نشأ المفهوم الحديث للدولة بصلاحياتها وسيادتها بمعناها الداخلي والخارجي وينطوي تحت هذه السيادة مبدأ وطنية القوانين الذي سعى إلى تحقيقه الملوك في الدول الأوروبية .

ولقد لعبت مدرسة القانون الطبيعي دوراً مهماً في هذا المجال ، فهذه الأخيرة التي تدعو إلى التفكير المؤسس على العقل ، وتبحث عن حقوق طبيعية مشتقة من شخص الفرد اعتبرت أن صاحب السيادة لديه وظيفة إصلاح القانون في مجموعه ومطابقته للعقل ، بعدما كان دور الحاكم دوراً بوليسياً يتجسد في تنظيم العدالة وتصحيح بعض الأخطاء دون أن يضع القانون الذي ينظمه. ولذلك فقد دعت إلى ضرورة تقنين أو تدوين القانون النموذجي العقلي للجامعات باعتباره " عقل مكتوب " (*Raison écrite*) ، وهو ما كان تمهيداً لمرحلة التقنين التي جاءت فيما بعد .

المطلب الثالث : حركة تقنين القوانين :

ويُقصد بالتقنين (*Codification*) جمع القوانين المتعلقة بفرع معين من فروع القانون في مجموعة واحدة أو مدونة تسمى (*Code*) بحيث تُرد هذه القواعد في صورة مواد مبنية ومرتببة ومرقمة، وذلك بعد التنسيق بينها بإزالة ما يكون بينها من تعارض . والتقنين بهذا المعنى هو صورة من صور التشريع ، ولذلك فلا يُطلق إلا على تجميع القواعد القانونية بواسطة السلطة المختصة في الدولة وفقاً لأحكام الدستور . أما ما يقوم به أحد الفقهاء أو إحدى الهيئات العلمية من تجميع القواعد القانونية التي تنظم موضوعاً معيناً فلا يُعتبر تقنياً .

انتشرت حركة التقنين بشكل واسع بدءاً من القرن التاسع عشر، تحت تأثير كل من الإرث الروماني ومدرسة القانون الطبيعي. وشكل القانون المدني الفرنسي ، الذي صدر بناءً على أوامر من " نابليون بونابرت " في عام 1804 ، البداية والنموذج لباقي الدول في أوروبا وخارجها .

وحظي هذا التقنين ولا يزال بهالة من الاحترام والإعجاب من طرف الفرنسيين وغيرهم ، إذ كتب نابليون في مذكراته بأن عظمته الحقيقية ليست في المعارك الأربعين التي خاضها وأحرز فيها النصر، ذلك لأن هزيمته في واترلو *Waterloo* ستمحو ذكرى هذه الانتصارات ، أما ما لا يمكن محوه ، وما سيبقى أبد الدهر فهو مدونته القانونية .

ولقد كانت البداية في 21 أوت سنة 1800 عندما صدر أمر " نابليون بونابرت " للقناصل " فرانسوا

تروشه " (Francois Tronchet) و " جان پورتالي " (Jean Portalis) و " فليكس بيجو دو پريمينو " (Felix Bigot de Preameneu) و " جاك دو مالفيل " (Jacques de Maleville) لوضع مخطط لمدونة وطنية تضم القوانين المدنية ، وأرسل نابليون مشروع المدونة كما أعده وقدموه في أول جانفي سنة 1801 إلى رؤساء المحاكم القانونية لإبداء تعليقاتهم وملاحظاتهم ، فقدموه بدورهم بعد ابداء الملاحظات إلى نابليون بعد ثلاثة أشهر من إحالته لهم ، فأحاله إلى اللجنة التشريعية في مجلس الدولة لإعادة النظر فيه ، وبعد أن مرّت المدونة القانونية بكل هذه الفحوص تدارسها المجلس كله بنداً بنداً خلال سبعة وثمانين دورة . وكان نابليون هو رئيس المجلس في خمس وثلاثين دورة منها . ولم يكن نابليون خبيراً بالقانون لكنه استفاد من فطنة زميله في القنصلية " كامباسير " (Cambaceres) وتعليمه القانوني .

وفي 12 مارس 1804 صدرت الطبعة الأولى لهذا القانون تحت تسمية " القانون المدني للفرنسيين " (*Droit Civil des Français* ، لتصدر طبعتها الثانية تحت مسمى " قانون نابليون " *Code*) (*Napoléon*) ، وفي سنة 1816 صدرت طبعة ثالثة أعادت له تسميته الاصلية " القانون المدني " ، إلا أن مرسوماً إمبراطورياً صدر سنة 1852 أعاده لتسمية " قانون نابليون " . والملفت للانتباه أن تسميته بـ " قانون نابليون " لم يلغ رسمياً بأي نص منذ ذلك الحين .

وقد سعى " نابليون " ، من خلال القانون المدني الذي أقره ، أن يُوقف ما بدا له أنه سيدمر المجتمع الفرنسي والدولة . من خلال وضع تقنين يعالج الأوضاع الناشئة بعد الثورة الفرنسية ، حيث شاعت ديكتاتورية البروليتاريا وارهابها باسم الشعب ، وتنامى الشغب السياسي ، ورُفضت التقاليد بلا روية ، وتفسخت الروابط الأسرية وسمح بالانحلال الأخلاقي .

ومثّل القانون المدني الفرنسي حلاً وسطاً بين القوانين المألوفة في شمال فرنسا والقوانين الرومانية في جنوبها . كما واءمت بين أفكار الثورة الفرنسية والأفكار التي سبقتها ، إذ منحت الشعب حريات جديدة لكنها أبقت على بعض الأفكار القديمة . فقَبِلت المبادئ الأساسية للثورة وطبقتها : كحرية التعبير والعبادة والعمل التجاري ومساواة الجميع أمام القانون وحق الجميع في محاكمة علنية أمام القاضي ، وإبطال الرسوم الاقطاعية وإلغاء الضرائب الكنسية . غير أنها أعادت تسلط الزوج على زوجته وتسلط الأب على أبنائه ، بإحياء السلطة الأبوية على النحو الذي كان سائداً في الحكم القديم ، فأصبح للأب الحق في التحكم في ممتلكات زوجته ، وأصبحت له السلطة الكاملة على أبنائه حتى يبلغوا سن الرشد ويمكنه أن يطلب سجنهم فيتم ذلك بناء على طلبه هو وحده ، وأصبح بإمكانه منع زواج الابن فيما دون السادسة والعشرين والابنة فيما دون الواحدة والعشرين . كما توجت البورجوازية لتكون على رأس الاقتصاد الفرنسي .

وقد كان القانون المدني منطلقاً لجملة التقنيات الفرنسية الأخرى ، إذ تلاه بعد ذلك حتى عام 1810 صدور قانون المرافعات ، والقانون التجاري ، والقانون البحري ، وقانون العقوبات ، وقانون الاجراءات الجنائية . وقد كان لصدور التقنيات الفرنسية أثر كبير خارج فرنسا ، حيث جعل كثيراً من الدول تفكر في تجميع قوانينها ، فظهر أولاً القانون المدني النمساوي في عام 1811 ، والقانون المدني الايطالي (القديم) في عام

. 1868

أما في ألمانيا ، فقد هب كثير من الفقهاء وعلى رأسهم الفقيه " تيبو " (*Thibaut*) يطالبون بتجميع القوانين المدنية في مدونة واحدة على غرار ما حدث في فرنسا ، لكن زعيم المدرسة التاريخية الفقيه " سافيني " (*Savigny*) تصدى لهذه المحاولة ، وقام يعارض التقنين مبيناً عيوبه ومضاره . ولعل من أهم العيوب التي وجهها " سافيني " إلى التقنين أنه يعوق تطور القانون ويصيبه بالجمود. فالقانون في نظره كائن اجتماعي يتطور بتطور الظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية في المجتمع ، ولهذا فإن التقنين يتنافى مع طبيعة القانون ، لأنه يصبه في قوالب جامدة ، فيفقد المرونة ويمنعه من التطور اللازم لمسايرة ظروف المجتمع .

ولكن نجاعة التقنينات الفرنسية كانت أقوى من أن تحجبها معارضة " سافيني " وأنصاره ، فصدر القانون المدني الألماني (*BGB*) في عام 1896 وعُمل به ابتداءً من 01/01/1900 . وتم الأخذ به بعد 20 سنة كاملة من الجهد و العمل العلمي لفقهاء القرن التاسع عشر الألمان ، ويُعد هذا القانون قانوناً عصرياً حيث منحت صياغته الفنية الرقابة الاستقرار والسمعة الكبيرين ، وتميز عن القانون المدني الفرنسي ، بأنه أوجد قسماً عاماً ضمّ القواعد والمفاهيم والمصطلحات القابلة للتطبيق على الأقسام الأخرى من القانون ، كما صيغ بلغة احترافية لا يفهمها سوى رجال القانون .

ومع أن القانون المدني الفرنسي يختلف عن القانون المدني الألماني من ناحية الشكل والصياغة ، إلا أنهما يتبنيان نفس الإيديولوجية الليبرالية التي انتعشت في القرن التاسع عشر ، والمجسدة في استقلالية الفرد ، والاعتراف بالحريات التعاقدية ، وتشجيع الملكية الخاصة وغيرها ، مع احتواء القانون الألماني على بعد اجتماعي أكثر ، واحترام أقل للسلطة الأبوية .

ويبقى القانون المدني النمساوي (*ABGB*) الصادر عام 1811 من بين أقدم التقنينات المدنية ، إلى جانب القانون السويسري للالتزامات الصادر عام 1912 ، والقانون المدني الصيني لعام 1929 والذي لا تزال طبعته هذه مطبقة في تايوان ، والقانون البولندي للالتزامات والعقود عام 1933 ، والقانون المدني اليوناني سنة 1940 ، والقانون الايطالي الجديد عام 1942 ، ثم تلا ذلك صدور كثير من التقنينات في العديد من الدول الأخرى .

أما في الدول العربية فقد صدر أول قانون مدني في مصر في أواخر القرن التاسع عشر ، حيث صدرت المجموعة المدنية المختلطة في سنة 1870 لتطبق أمام المحاكم المختلطة ، ثم تلتها المجموعة المدنية الأهلية سنة 1883 ليعمل بها أمام المحاكم الوطنية . وقد نقلت هاتان المجموعتان عن القانون المدني الفرنسي ، فجاءت نصوصهما متقاربة إلى حد كبير ، كما اقتصر كل منهما على تنظيم الاحوال العينية فحسب . وقد ضلت هاتان المجموعتان مطبقتين في نطاق اختصاصهما ، إلى أن صدر القانون رقم 131 لسنة 1948 الذي ألغاهما واستبدل بهما القانون المدني الحالي ، الذي بدأ العمل به في 15 أكتوبر 1949 ، وهو تاريخ إلغاء القوانين والمحاكم المختلطة وتوحيد القانون وجهة القضاء في مصر .

ملخص في : مقارنة الأنظمة القانونية

وقد كان الأستاذ عبد الرزاق السنهوري رحمه الله ، رجل القانون البارز - هو الصانع الأساسي وواضع صياغة القانون المدني المصري في الفترة من عام 1946 وحتى عام 1949 . ومن فرط تأثره بالقانون الفرنسي ، نجده قد أنجز عملاً باهراً من خلال ما قام به من مزج براق بين التشريع الإسلامي والقانون الفرنسي . إن ما حظى به السنهوري من صيت عالمي كفقيه قانوني قد أهله لصياغة القوانين والتقنيات المدنية في كل من العراق (1951) وسوريا (1949) وليبيا (1953) . كما قامت على أساس جهوده، ومن غير كبير تعديل، جملة القوانين المدنية في الدول العربية الأخرى مثل القانون المدني الجزائري سنة 1975 . وقد حز في نفس العديد من علماء الشريعة ورجال القانون المسلمين ، أن تلجأ الأمة الإسلامية وتستعين في أحكامها بقانون غير الشريعة الإسلامية. وكأنها لا تقي بحاجات العصر الذي ظهرت فيه معاملات جديدة لم تكن موجودة في العصر الإسلامي الأول ، والواقع أن هؤلاء في ظنهم مخطئون وعن خصائص الشريعة غافلون.

ولو كان الانصاف خُلق الباحثين في هذا الموضوع ، وكان الوصول إلى الحقيقة رائدهم لاعترفوا بأن للتشريع الإسلامي ولفقه المالكي بالخصوص أثر كبير في القانون المدني الفرنسي ، حيث أثبتت الدراسات القانونية المقارنة التي قام بها علماء مسلمون (منهم مخلوف المنياوي القاضي في عهد الخديوي إسماعيل في مصر والعالم الأزهري سيد عبد الله علي حسين صاحب المقارنات التشريعية) أن تسعة أعشار القانون المدني الفرنسي تتطابق مع أحكام الفقه المالكي ، مما يعني ببساطة أن القانون المدني الفرنسي - وهو أصل القوانين التشريعية الوضعية كما رأينا - مأخوذ عن مذهب الإمام مالك .

وهذه الشهادة لم تكن حكرًا على العلماء المسلمين فقط ، بل و بشهادة الغربيين أنفسهم . إذ يقول المؤرخ الفرنسي " غوستاف لوبون " في كتابه " حضارة العرب"، إن " نابليون بونابرت " عند عودته إلى بلاده فرنسا راجعًا من مصر سنة 1801 ، أخذ معه كتاب فقهي من مذهب الإمام مالك بن أنس اسمه " شرح الدردير على متن خليل " . هذا الكتاب الفقهي الذي أخذه بونابرت معه ، يقول لوبون ، إنه بنى عليه القانون الفرنسي الذي كان أحد أهم أسباب نهضة الدولة .

ولم يكن الأخذ من مذهب الإمام مالك وليد سنة 1804 فقط ، بل يرجع لسنة 200 من الهجرة يوم كان هذا المذهب يسود الحكم والقضاء في الأندلس ، بعد ان أدخله فيها زياد بن عبد الرحمن القرطبي الملقب بـ (شبطون) . وكان لهذا الفقه فضل كبير في تطوير التشريعات الأوروبية حينما تسربت إليها قواعده من الأندلس عن طريق الترجمة من اللغة العربية إلى اللغة اللاتينية .

ويقول مؤرخون إن الفضل لدخول الفقه المالكي إلى أوروبا يعود إلى البابا " سلفستر الثاني " ، فقد درس هذا الأخير في قرطبة ، واسترعى انتباهه فقه الإمام مالك بن أنس، فاعتنى به عناية فائقة ، وانكب على دراسته دراسة معمقة لسنوات عديدة ، وفي عودته إلى فرنسا عاد محملاً بهذا الفقه وأصوله بما فيها من شراء وبيع وتعويض .

غير أن " سلفستر " قدّم الفقه المالكي على أنه قانون روماني جديد، ومن هنا انتشر مذهب الإمام مالك

ملخص في : مقارنة الأنظمة القانونية

بن أنس انتشارًا واسعًا في العقود والمبايعات والأهلية وغيرها مما يشمل الحياة العامة والخاصة حتى استقرت بين الأوروبيين كعرف .

ويُرجح البعض الآخر أن شراح القانون الروماني في أيام النهضة العلمية الأوروبية الذين تخرجوا في مدرسة " بولونيا" الإيطالية وغيرها من المدارس الأوروبية قد أدخلوا في شروحهم للقانون الروماني بعض النظم القانونية في الفقه الإسلامي التي وصلتهم عن طريق الأندلس وغيرها .

ففي أوائل القرن الحادي عشر كان في مدارس الأندلس الكثير من الفرنسيين والألمان ، يتلقون فنون العلم وضروب المعرفة ، ومن جملة ذلك الفقه الإسلامي ، وكانوا يُترجمون ما يتعلمونه إلى لغتهم . وكان من أبرز أعمالهم بعد عودتهم إلى بلدانهم أن طَعَّمُوا قوانينهم بما نقلوه من قواعد الفقه الإسلامي ، دون إشارة إلى ذلك الأصل الذي انتقوا منه كي لا ينفر المسيحيون المتعصبون ، كما قرر ذلك المؤرخ الألماني " موسهيم " في كتابه " تاريخ الكنيسة " .

وتقول بعض المصادر التاريخية إن " ألفونس التاسع " ملك " قشتالة " كتب مدونة قانونية نُشرت بتعليقات لاتينية في ثلاثة مجلدات ، وقد استمدها خاصة من قانون الممالك الأندلسية المسلمة سنة 1289 ميلادي . إلى جانب ذلك ، استمد " فريدريك الثاني " ملك صقلية وإمبراطور " جرمانيا" قوانينه سنة 1250 ميلادي من الفقه المالكي ، من ذلك وضعه للضرائب المباشرة وغير المباشرة ، والهياكل العسكرية والرسوم الجمركية واحتكار الدولة للمعادن وبعض البضائع مما كان يعرف في الشريعة الإسلامية منذ القرنين التاسع والعاشر ولكنه أصبح نموذجًا احتذت به أوروبا كلها .

المبحث الثاني : مصادر القانون في النظام " الروماني الجرمانى " وبنيته القانونية :

لكلمة " مصدر " في الدراسات القانونية عدة معانٍ ، فقد يقصد بها مجموع العوامل والمعطيات الاجتماعية المختلفة التي اقتضت وضع القاعدة القانونية ، وقد يراد لها الأصل التاريخي الذي ترجع إليه قاعدة معينة ، فقد تستقي من نظام قديم ، وقد تكون مجرد تقليد لقاعدة معمول بها في قانون دولة أخرى ، ويُمكن أن يُقصد بالمصدر ما يرجع إليه للوقوف على حقيقة المقصود بالقاعدة وتحديد معناها ومضمونها وذلك عندما يكتنفها الغموض ، غير أننا نقصد هنا باصطلاح " المصدر " الطريق المعتمد الذي تنفذ منه قاعدة من قواعد السلوك إلى دائرة القانون الوضعي ، مما يكسبها عنصر الإلزام بالنسبة للأشخاص والهيئات، وواجبة التطبيق في المحاكم .

وتتنوع مصادر قوانين العائلة الرومانية الجرمانية غير أن أهم ما يميزها هو اعتمادها على التشريع إلى جانب مصادر أخرى أقل أهمية منه (المطلب الأول) .

أما فيما يخص البناء القانوني لهذه العائلة فإنه رغم الاختلاف بين قوانين مختلف الدول التي تتبنى هذا النظام في مجال القانون العام ، لارتباطه بالنظام السياسي والاداري لكل دولة ، والذي يختلف من دولة لأخرى ، إذ تضم العائلة " الرومانية الجرمانية " أنظمة ملكية وأخرى جمهورية ، وأنظمة فدرالية وأخرى موحدة . وأنظمة

رئاسية أو شبه رئاسية أو برلمانية . ورغم هذا التباين إلا أنها تتشابه من حيث بنائها القانوني (المطلب الثاني)

المطلب الأول : مصادر القانون في النظام " اللاتيني الجرمانى " :

تتمثل هذه المصادر أساساً في كل من : التشريع (الفرع الأول) ، والعرف ، والقضاء ، والفقه (الفرع

الثاني) .

الفرع الأول: التشريع :

يقصد بالتشريع قيام السلطة المختصة في الدولة بوضع القواعد القانونية في صورة مكتوبة ، حيث تقوم بوضع قواعد ملزمة لتنظيم العلاقات في المجتمع طبقاً للإجراءات المقررة لذلك .

والتشريع هو الذي يضع القاعدة القانونية بخصائصها المعروفة في هذه العائلة من كونها قاعدة سلوك اجتماعي ، عامة ومجردة ، وتقترب بجزء مادي يوقع على من يخالفها. على أن تصدر في وثيقة رسمية مكتوبة تحقق لها التحديد والثبات اللازمين لاستقرار المعاملات، ويزيل عنها كل إبهام وغموض يتعلق بوجودها أو مدلولها أو تاريخ نشأتها. وتتكون هذه القاعدة عن طريق تدخل إرادة واعية تتولى وضعها والإلزام بها، وتتمثل هذه الإرادة في السلطة التشريعية كأصل أو عن طريق الشعب مباشرة بالاستفتاء الشعبي. وقد يُصدر من السلطة التنفيذية متى منحها الدستور هذا الحق .

ويحتل التشريع في هذه العائلة منزلة الصدارة بين مصادر القانون الأخرى ، ويعتبر المصدر الأصلي العام للقانون. ويقصد بالمصدر الأصلي المرجع الذي يتعين على القاضي الرجوع إليه ابتداءً للوصول إلى القاعدة التي يطبقها على النزاع ويستتنبط من مضمونها حكمه ، فعلى القاضي أن يرجع أولاً للتشريع لحسم ما يعرض أمامه من قضايا ولا يجوز له الركون إلى غيره من المصادر الأخرى . و يقصد بالمصدر العام للقانون كل ما لا يحدد تطبيقه بحقل معين من حقول الحياة القانونية ولا يقتصر على مسائل معينة. و إنما يعم جميع فروع القانون ويبسط سلطانه على جميع المسائل إلا ما استثني من الخضوع له وأحال المشرع حكمه إلى مصدر آخر. والتشريع مصدر عام للقانون، لأنه المرجع الأول في جميع المسائل إلا ما اعتبر المشرع غيره من المصادر مصدره الأصلي .

ويظهر التشريع في هذه العائلة كهرم يعلوه الدستور (أولاً) ، ويتوسطه التشريع العادي (ثانياً) ، وقاعدته

التشريع الفرعي (ثالثاً) .

أولاً : الدستور :

ويُطلق عليه أيضاً القانون الاساسي ، ويقصد به مجموعة القواعد التي تحدد شكل الدولة ونظام الحكم فيها ، والتي تبين حقوق الأفراد الأساسية وحررياتهم . وهو يُمثل قمة التشريعات بمعنى أنه يعلو على جميع التشريعات ، وهذا يقتضي أنه يجب أن تصدر جميع التشريعات في إطاره ولا تخالفه و إلا كانت باطلة وغير دستورية .

ملخص في : مقارنة الأنظمة القانونية

ويتبين سمو الدستور من خلال كيفية إعداده والإجراءات الخاصة بتعديله ، ويُضمن هذا سمو عن طريق مراقبة تطابق القوانين مع أحكام الدستور والذي قد تختص به هيئة سياسية كالمجلس الدستوري في فرنسا والجزائر وعديد الدول الإفريقية التي أخذت بالنموذج الفرنسي ، أو يُعهد به للقضاء كحال المحكمة الدستورية الفدرالية في ألمانيا أو المحكمة الدستورية في إيطاليا أو المحمة الدستورية العليا بمصر .

ثانياً: التشريع العادي :

وهو الذي يلي الدستور في المرتبة ، وتتولى السلطة التشريعية سنه ، في حدود اختصاصها الذي رسمه الدستور ، ومصطلح السلطة التشريعية يعني الهيئة التي تمارس وظيفة سن القواعد القانونية . والهيئة المختصة بالتشريع تختلف في شكلها وطبيعتها باختلاف الدول . وتطلق عليه تسميات شتى كالبرلمان والمجلس النيابي والجمعية الوطنية والمجلس الوطني ومجلس الأمة ومجلس الشعب . وقد تبدو هذه الهيئة في صورة مجلس منتخب واحد ، وقد تنتظم في مجلسين اثنين ، وتطلق على المجلس الثاني تسميات عدة كمجلس الشيوخ أو مجلس الأعيان .

وإذا كان الأصل أن السلطة التشريعية هي التي التي تتولى سن التشريع العادي ، إلا أنه من الممكن أن تحل السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية في سنه على سبيل الاستثناء وذلك مايقع في حالتين : أولاًهما : حالة الضرورة كما لو وقعت في فترة حل المجلس الشعبي أحداث تقتضي الإسراع في اتخاذ التدابير أو الحلول لمواجهةها عن طريق قرارات لها قوة القانون . ويُسمى هذا التشريع بتشريع الضرورة . ثانيهما: حالة التفويض ، حيث تخول السلطة التشريعية السلطة التنفيذية حق إصدار قرارات لها قوة القانون في حدود المسائل المعينة والفترة المحددة في التفويض بدافع إحاطة التشريع بالسرية قبل إصداره، ويسمى هذا النوع من التشريع الاستثنائي تشريع التفويض .

وتعتبر الاتفاقيات الدولية التي تم المصادقة عليها جزء من التشريع حيث تعتبرها بعض الدول أسمى من القانون العادي ودول أخرى لديها نفس مرتبة القانون العادي .

قرر الدستور الجزائري مثلاً مبدأ سمو المعاهدات المصدق عليها وفق الشروط الدستورية على القانون . ونفس الحال بالنسبة لفرنسا ، حيث اعتبرت المادة 55 من الدستور الفرنسي لسنة 1958 أن الاتفاقيات الدولية التي تمت المصادقة أو الموافقة عليها والمنشورة طبقاً للإجراءات القانونية الجاري العمل بها ، لها سلطة أعلى من سلطة القوانين الداخلية ، ولكن بشرط تنفيذها من قبل الطرف الآخر كذلك . أما المادة 54 من ذات الدستور فتمنع المصادقة أو الموافقة على الاتفاقية الدولية التي أعلن المجلس الدستوري مخالفتها للدستور ، وهذا ما يجعل الاتفاقية الدولية تقع في منزلة أدنى من الدستور .

وتعتبر هولندا من الدول النادرة جداً التي تضع قواعد المعاهدات في مرتبة أسمى من الدستور ، حيث أشار الدستور الهولندي لعام 1922 المعدل في 1963 إلى إمكانية مخالفة المعاهدة التي تبرمها هولندا للدستور ذاته ، كما يمتنع على المحاكم الهولندية أن تعلن عدم دستورية الاتفاقية التي تسمو على التشريعات الداخلية

ملخص في : مقارنة الأنظمة القانونية

اللاحقة لها والسابقة عليها ، لكن المادة 63 من الدستور الهولندي تعتبر سمو القانون الدولي محدوداً بضرورات الحياة الدولية فقط .

ثالثاً: التشريع الفرعي :

التشريع الفرعي ، أو اللائحة ، هو تشريع ثانوي تضعه السلطة التنفيذية . والاصل أن عمل السلطة التنفيذية يقتصر على تنفيذ القوانين ، ولكن لاعتبارات مختلفة يخول الدستور هذه السلطة الحق في إصدار تشريعات فرعية في حدود معينة . واختصاص السلطة التنفيذية بسن التشريعات الفرعية ، أو اللوائح ، هو اختصاص أصلي يثبت لها حتى مع قيام السلطة التشريعية ، فهو لايتعلق على كون البرلمان غير قائم ، كما هو الحال فيما تصدره السلطة التنفيذية استثناء من قرارات بقوانين في حالة الضرورة .

وللسلطة التنفيذية أن تصدر ثلاثة أنواع من التشريعات الفرعية هي : اللوائح التنفيذية ، و اللوائح التنظيمية ، ولوائح الضبط أو البوليس . وفي حين تعني الأولى اللوائح المتضمنة التفاصيل المتعلقة بتنفيذ القوانين ، فإن الثانية تتعلق بإنشاء وتنظيم المرافق العامة والمصالح الحكومية في الدولة ، بينما تتعلق الثالثة بتلك اللوائح الصادرة عن السلطة التنفيذية من أجل المحافظة على الأمن والسكينة وحماية الصحة العامة .

الفرع الثاني : العرف والقضاء والفقهاء :

بالرغم من أن مكانة كل من العرف (أولاً) و القضاء (ثانياً) و الفقهاء (ثالثاً) في النظام اللاتيني الجرمانى لا ترقى لمكانة التشريع إلا أن أهميتها ما فتئت تزداد يوماً بعد يوم .

أولاً : العرف

يُقصد بالعرف إعتياد الناس على سلوك معين في تنظيم ناحية من نواحي حياتهم الاجتماعية بحيث تنشأ منه قاعدة يسود الاعتقاد بضرورة الالتزام بها . وتعريف العرف بأنه قانون غير مكتوب هو تعريف يتميز بالسهولة واليسر ، ويؤدي في نفس الوقت إلى تفرقة واضحة بين العرف والتشريع .

ويحتل العرف في النظام اللاتيني الجرمانى في الغالب الأعم المرتبة الثانية ضمن مصادر القانون، ولا يرجع القاضي إليه إلا في الحالات التي يُرجعه القانون إليها ، وتختلف الدول في هذه العائلة من الناحية النظرية حول مكانة العرف: بحيث لا يلعب إلا دوراً ضعيفاً في البعض منها كحال فرنسا، بينما توليه دول أخرى كألمانيا نفس أهمية التشريع .

أما الدول العربية والإسلامية وإن اتفقت على وضعه في مرتبة أدنى من التشريع إلا أنها اختلفت في ترتيبه مقارنة بالشرعية الإسلامية، ففي حين تعتبره دول كمصر والعراق مصدراً رسمياً احتياطياً ثانياً يلجأ إليه القاضي إذا لم يجد حلاً للنزاع في التشريع وبالتالي تُقدمه على الشرعية الإسلامية ، فإن دولاً عربية أخرى كالجزائر وسوريا والأردن وليبيا تجعل الشرعية مقدمة على العرف لا تالية له .

غير أن هذا الاختلاف نظري لا أثر له من الناحية العملية ذلك أن القانون يحتاج و باستمرار إلى عنصر تكميلي يولده العرف بحيث يلتجأ إليه القاضي في حالة عدم وجود نص مكتوب أو كانت صياغة النص

في شكل مرن ، وقد ذهب الفقه في هذا المجال إلى التفرقة بين العرف المُساعد للتشريع وهو العرف الذي يُلجأ إليه في تفسير قاعدة تشريعية غامضة ، والعرف المُكمل والذي يسد الثغرات التي تعترى التشريع .

ثانياً : القضاء :

يُعتبر القضاء المصدر الفاصل ما بين عائلة القانون المشترك (الكومن لو) والعائلة اللاتينية الجرمانية بحيث إذا كان يُعتبر مصدراً رسمياً في العائلة الأولى فإنه يُعد مجرد مصدر احتياطي وتفسيري للقاعدة القانونية في العائلة الثانية ، فالقاضي في النظام اللاتيني الجرمني هو مُطبق للقانون وليس منشئ له .

وتجدر الإشارة إلى أنه وبالرغم من عدم اعتبار القضاء مصدراً رسمياً للقانون إلا أنه يعتبر مصدراً فعلياً خاصة في ميدان القضاء الإداري ، فهيبة ومكانة الأحكام التي يصدرها القاضي الفرنسي جعلتها تُحترم ليس في فرنسا بحسب بل وفي سائر أنحاء العالم . وكذلك الأحكام الصادرة عن المحاكم الدستورية وهي إلزامية فضلاً عن الدور الذي تلعبه المحكمة العليا في تأمين وحدة الاجتهاد القضائي .

وتُعزز أهمية القضاء في العائلة اللاتينية الجرمانية بوجود المجموعات القضائية الرسمية في عدد كبير من الدول التي تُنشر فيها الأحكام القضائية التي لها أهمية ويقوم الفقه بالتعليق عليها .

كما أن القاضي غالباً ما يتخفى وراء تفسير التشريع لخلق قواعد قانونية من خلال رفع الغموض واللبس الذي يعترى النص ، غير أن هذه الأخيرة تتسم بالهشاشة وذلك أنها قابلة للتعديل في كل وقت بمناسبة النظر في قضية جديدة ، وإذا ما طبق القضاة قاعدة سبق تطبيقها فهذا ليس بسبب إلزاميتها وإنما على سبيل التكرار فقط لأن المشرع يُنشئ الإطار الذي يتحرك فيه القاضي .

وبالنسبة للتنظيم القضائي في العائلة اللاتينية الجرمانية فإنه يخضع في كل دول هذه العائلة لفكرة التدرج بحيث توجد محاكم درجة أولى ثم محاكم استئنافية وعلى قمته توجد المحكمة العليا وخارج هذا التدرج المشار إليه يوجد في بعض الدول قضاء مزدوج إداري وعادي ، بينما يتبنى البعض الآخر الوحدة في الهيئة القضائية والازدواجية في الموضوع .

أما فيما يتعلق بالقضاة فهم من المتخصصين في القانون ، ويتم تكوينهم في الجامعات إلا أنه يرد على هذا المبدأ استثناءات إذ أن المحاكم التجارية في فرنسا يتولى مهمة القضاء فيها تجار منتخبون من قبل باقي التجار ، كذلك وجود محلفين إلى جانب القضاة في المجال الجزائي (محكمة الجنايات) ، ووجود ممثلي العمال وأرباب العمل في المحاكم الاجتماعية ويتم تعيين القضاة لفترة محددة أو لمدى الحياة .

أما بخصوص نماذج الأحكام فإنها تتشابه في دول العائلة اللاتينية الجرمانية من حيث وجوب تسبيبها ، غير أنها تختلف في كيفية تحريرها ففي البعض منها تُطبق التقنية الفرنسية المتعلقة بالحيثيات ومنطوق قصير ، بينما يتبع البعض الآخر الأسلوب الألماني الذي يقدم فيه الحكم على شكل بحث يمكن الإشارة فيه إلى مراجع و أحكام سابقة مثل سويسرا وألمانيا وإيطاليا .

ثالثاً : الفقه

ملخص في : مقارنة الأنظمة القانونية

نعني بالفقه " مجموع آراء علماء القانون القائمة على دراسة القانون دراسة تحليلية انتقادية ، والجامعة بين استخلاص الأحكام القانونية من مصادرها بالطرق العلمية ومناقشة هذه الأحكام للكشف عن نقائص القانون وعيوبه " .

ومن الصعب الفصل في هذه العائلة ما بين القانون كقواعد تصدرها الدولة لتنظيم الحياة الاجتماعية والقانون المُدرّس في الجامعات ويعود السبب في ذلك لأمرين إثنين :

- نشأة القانون في أروقة الجامعات مما جعله علماً تقتضي أن تكون أحكامه وقواعده منسجمة ومنطقية.

- الجامعات هي التي تُكوّن رجال القانون سواء القضاة أو المحامين أو الموثقين .

وقد ساهم هذا الترابط بين الجانب النظري والتطبيقي في تعزيز الدور الكبير للفقه إذ يُساهم في تطوير القانون بشرح القواعد القانونية وتقويم النتائج العملية عند تطبيقها ، مما جعل منه مرشداً للمشرع وللقاضي في وضع الحلول المناسبة لمختلف الأوضاع .

المطلب الثاني : البنية العامة للقانون في العائلة اللاتينية الجرمانية :

تتشابه قوانين الدول التي تنتمي للعائلة الرومانية الجرمانية في بنائها القانوني لا سيما ماتعلق منها بالتقسيمات والمفاهيم القانونية (الفرع الأول) ، وفي طبيعة القاعدة القانونية (الفرع الثاني) .

الفرع الأول : تقسيمات القانون ومفاهيمه :

أهم ما يُميز هذه العائلة هو تجميع القواعد القانونية ضمن قسمين رئيسيين هما : القانون الخاص والقانون العام ، ويندرج تحت كل قسم عدة فروع يختص كل منها بتنظيم نوع معين من العلاقات . ويُقصد بالقانون العام (*Droit public*) مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات التي تكون الدولة ، أو إحدى هيئاتها العامة ، طرفاً فيها باعتبارها صاحبة سيادة . أما القانون الخاص (*Droit privé*) فهو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات الخاصة بين الأفراد ، أو بينهم وبين الدولة أو إحدى هيئاتها العامة ، إذا كانت الدولة أو الهيئة العامة طرفاً في العلاقة باعتبارها شخصاً قانونياً عادياً ، لا باعتبارها صاحبة سيادة . وسبب هذا التقسيم يكمن في أن العلاقة ما بين السلطة والأفراد تطرح مشاكل خاصة تستدعي تنظيمها خصوصاً عن ذلك الذي يحكم العلاقة ما بين الأفراد ، فالمصلحة العامة والخاصة لا يمكن أن تُوضع في نفس كفة الميزان .

وهذا التقسيم هو تقسيم تقليدي درج عليه الفقه منذ عهد القانون الروماني الذي عرف التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص ، وفي هذا الصدد يوجد نص شهير منسوب للفقيه الروماني " أولبيان " (*Ulpian*) ، يقرر فيه أن القانون العام هو ذلك الذي تسود فيه المصلحة العامة ، والقانون الخاص هو ذلك الذي تسود فيه المصلحة العامة .

وتوجد في كل دول العائلة اللاتينية الجرمانية نفس فروع القانون الأساسية ، حيث ينقسم القانون العام إلى خمسة فروع هي : القانون الدولي العام ، والقانون الدستوري، والقانون الإداري ، والقانون المالي، والقانون

ملخص في : مقارنة الأنظمة القانونية

الجنائي . أما فروع القانون الخاص فيأتي على رأسها القانون المدني ، وهو الأساس الذي تفرعت عنه سائر الفروع الأخرى كالقانون البحري ، والقانون التجاري ، وقانون العمل وغيرها من القوانين . وتتخذ الأنظمة والمفاهيم في هذه العائلة - سواء في القانون الخاص أو القانون العام- تسميات متماثلة مما يُحقق الاشتراك في اللغة القانونية ، ويسهل لمن يكون على علم كافٍ بأحد قوانين هذه الشريعة أن يفهم قوانين أخرى تابعة لنفس الشريعة .

ويؤسس ذلك على كون العلوم في أوروبا القارية تأسست ولعدة قرون على نفس التعليم الذي أسسه القانون الروماني و الكنسي ، والمصطلح القانوني هو نفسه ، ويعبر عن نفس الافكار ، تكوين رجال القانون هو ذاته ، الاستلهام من تجربة الآخر وجعل القانون المدني نموذجاً .

إن القول بوجود التماثل ما بين قوانين الدول في العائلة اللاتينية الجرمانية من حيث التقسيم ووجود نفس الفروع ونفس المفاهيم لا يمنع من وجود بعض الاختلافات ما بين هذه القوانين ، وهذا راجع إلى تكيفها مع الحاجة العملية عبر الزمن وتأثرها بالقانون العرفي ، فبالنسبة للقانون الخاص نجد القانون المدني استمد من القانون الكنسي وكذا الروماني فضلاً عن القانون العرفي الذي يمثل الاختلاف . أما بالنسبة للقانون العام فرغم أن العديد من مواد لم تدرس في الجامعات وتم اعدادها في القرن 19 و 20 إلا أنها تتشابه في مختلف دول العائلة اللاتينية الجرمانية بفعل تأثير أفكار روسو (*Rousseau*) ومونتسكيو (*Montesquieu*) في كل القارة الأوروبية .

الفرع الثاني : القاعدة القانونية :

تعتبر القاعدة القانونية ، التي هي أساس البناء القانوني لهذه العائلة ، نتاج تفكير مؤسس على اعتبارات العدالة والمساواة والأخلاق ، ولذلك فهي تتسم بكونها عامة ومجردة ، أي أنها تخاطب الأفراد بصفاتهم وليس بذواتهم ، كما أنها تحيط بالوقائع بشروطها وأوصافها وليس بذواتها أيضاً . فإذا خاطبت الأفراد ، فلا تذكر القاعدة شخصاً معيناً بالاسم ، ولا واقعة معينة بالذات ، بل بذكر الأوصاف التي يتعين بها الأشخاص المقصودون بهذا الخطاب ، والشروط التي يجب توافرها في الوقائع التي ينطبق عليها هذا الخطاب .

والقواعد القانونية في هذا النظام إنما توضع لحكم فروض أو حالات تالية ، أي أن هذه القواعد سابقة في وجودها على ما يواجه من فروض تخضع لحكم القانون . ونظراً لأنه من الصعوبة بمكان حصر كل ما قد يعرض في المستقبل من مختلف الفروض والحالات الفردية غير المتناهية ، وأنه ليس من السهل بالتالي وضع قواعد بشأن كل حالة وعلى كل شخص بذاته ، مما يقتضي أن يأخذ التكليف المتوجه إلى الأفراد بمعيار موضوعي لا شخصي ، أي يلجأ فيه إلى تجريد تكون العبرة فيه بأن يكون صادراً بصيغة عامة .

وكون القاعدة القانونية عامة لا يعني أنها تسري بالضرورة على عموم الأفراد في المجتمع ، بل يكفي أن ينصرف حكمها إلى فئة معينة من الأفراد ما دام الخطاب فيها موجهاً لهم بصفاتهم لا بذواتهم. ومثال ذلك: القواعد القانونية الخاصة بالتجار والصناع . وغيرهم من الطوائف ، فهذه القواعد يصدق عليها أنها عامة ومجردة ما دام الأفراد محددین بالصفات لا بالذات .

وصياغة القاعدة في هذه العائلة ترتفع عن التفاصيل وتتجاوز الظروف الثانوية التي لا أثر لها في ما يراد ترتيبه على تلك الوقائع من نتائج قانونية ، وتكتفي بالظروف الجوهرية التي اقتضت ترتيب تلك النتيجة ، فيستطاع بذلك رد فئة كبيرة من الوقائع تكون تلك الظروف الجوهرية مشتركة بينها - وإن اختلفت في غيرها من الظروف - إلى نموذج عام ، ثم يوضع لهذه المجموعة من الوقائع حكماً واحداً ينظر فيه إلى ذلك النموذج العام بقطع النظر عما قد يكون بينها من فروق ثانوية .

وتتقسم القواعد القانونية في هذه العائلة إلى قواعد أمرية وأخرى مكملة ، وهو تقسيم قائم على أساس مدى ما تفسح القاعدة لإرادة الأفراد من سلطان إزاء تطبيق حكمها .

والقواعد الأمرية (*Règles impératives*) هي تلك القواعد القانونية التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها ، وكل اتفاق على مخالفتها يقع باطلاً . وهذه القواعد تنظم أموراً هامة تمس كيان المجتمع ومقوماته الأساسية ، سواء السياسية منها أو الاقتصادية أو الاجتماعية أو الأخلاقية ، والتي تقوم عليها المصالح العليا للبلاد ، ومن ثم فإن المشرع لا يملك أن يترك للأفراد إمكانية الخروج عليها ، ويفرض هذه القواعد على الأفراد ويحظر عليهم أن يخالفوها ، حتى ولو كانت المخالفة باتفاق ذوي الشأن .

في المقابل فإن القواعد المكملة (*Règles supplétives*) فهي تلك القواعد القانونية التي يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها . وهذه القواعد لا تمس المصالح الأساسية للمجتمع ، بل هي تنظم المصالح الخاصة للأفراد . ولما كان الأفراد هم أقدر على تنظيم شؤونهم الخاصة ، فإن القانون يترك لهم حرية مخالفة هذه القواعد ، والنص في اتفاقاتهم على ما يشاؤون من شروط وبقاوص لما تقتضيه مصلحتهم .

وتجدر الإشارة أن عمومية القاعدة القانونية تعني أن دور القاضي في هذه العائلة ينحصر في تفسير النصوص التشريعية إذا ما كانت أمرية ، وذلك عكس القاضي في " القانون المشترك " ، أما إذا كانت القواعد مكملة فإن القاضي يكتفي في حالة نشوب النزاع على البحث في نية المتعاقدين ولا يمكنه تغيير ما قصده .

الفصل الثاني :

شريعة " القانون المشترك "

يعني مصطلح " الكامن لو *common law* " القانون المشترك بمفهوم القانون أو الشريعة العامة مقارنة بالأعراف المحلية ، وتسمى هذه المدرسة كذلك بمدرسة القانون غير المكتوب أو شريعة " القانون القضائي " .

وتُسمى هذه العائلة أيضاً بعائلة النظام الأنجلوسكسوني ، غير أن هذه التسمية تعتبر خاطئة لأن القانون الأنجلوسكسوني ماهو إلا مرحلة من المراحل التي مر بها القانون الانجليزي وتأثيرها فيه جد ضعيف . كما يسميها البعض الآخر بعائلة " القانون العام " كونه عام التطبيق على كل السكان ، تمييزاً له عن القانون الكنسي ، الذي كانت تطبقه المحاكم الكنسية في القضايا التي تختص بنظرها ، وعن التقاليد العرفية القديمة التي كانت تطبقها المحاكم الاقطاعية في المسائل التي تختص بنظرها ، ولكنها ترجمة غير صحيحة ، لتبقى التسمية المعمول بها هي عائلة القانون المشترك .

وتكتسب دراسة القانون الانجليزي ولاسيما مصادره ، أهمية خاصة في نطاق دراسة نظام "القانون المشترك " ، لأن إنجلترا تُعد موطن هذا النظام الذي تكوّن تاريخياً فيها ، فهي بمثابة الدولة الأم له ، وقد استخدم نظامها القانوني كنموذج لدول أخرى لاسيما الناطقة باللغة الانجليزية مثل أستراليا وكندا ونيوزلندا والولايات المتحدة الأمريكية .

ويُمثل القانون الانجليزي الحالي في الحقيقة " مجموعة القواعد المستندة إلى القانون المشترك القديم ، والمحدثة والمطورة وفق القرارات الشهيرة للقضاة على مدى مرحلة تاريخية طويلة ، بالإضافة للتشريعات التي يصدرها البرلمان ، لتلبية الحاجة إليها " .

والقانون الانجليزي مطبّق في عموم إنجلترا وويلز فقط ، إذ لا يُعتبر قانوناً لبريطانيا العظمى لأن هذه الأخيرة تتكون من إنجلترا واسكتلندا التي تخضع لقانون مستمد من النظام اللاتيني الجرمانى ، ولا للمملكة المتحدة التي تتكون من بريطانيا العظمى و إيرلندا الشمالية وهذه الأخيرة يختلف قانونها عن القانون الإنجليزي في بعض المسائل كالأحوال الشخصية وقانون العقوبات .

وسنتطرق إليه من خلال الحديث عن نشأته وتطوره (المبحث الأول) وبنيته القانونية ومصادره

(المبحث الثاني) .

وتجب الإشارة في هذا المجال إلى أنه إذا كان القانون الإنجليزي يشغل مكانة هامة في نظام القانون المشترك باعتباره نموذجاً، فإن قانون الولايات المتحدة الأمريكية يشكل هو الآخر نظاماً أصيلاً ضمن هذه العائلة إذ لديه هو أيضاً طبيعة خاصة وجوهرية .

المبحث الأول : التطور التاريخي للقانون الإنجليزي :

ملخص في : مقارنة الأنظمة القانونية

تتسم دراسة التطور التاريخي للقانون الإنجليزي بالأهمية ذلك أن هذا القانون هو وليد تطوره التاريخي ، إذ يعتبر جانب من الفقه الإنجليزي أن الطابع التقليدي والتاريخي لقانونهم هو الذي وضع بصماته على هذا القانون .

لقد مر تطور القانون الإنجليزي بثلاث مراحل أساسية تبدأ من سنة 1066 ميلادية ، المرحلة الأولى وهي مرحلة تكوين قانون الكومنلو (1066 - 1485) (المطلب الأول) ، ثم المرحلة الثانية وهي مرحلة تكوين قواعد العدالة والنزاع مع قواعد الكومنلو (1485 - 1833) (المطلب الثاني) ، ثم المرحلة الثالثة والأخيرة وهي مرحلة العصر الحديث (المطلب الثالث) .

وقد سُبقت هذه المراحل بمرحلة عُرفت بـ " المرحلة الأنجلوسكسونية " نسبة لقبائل " الإنجلز " و " السكسون " ، وهي قبائل جرمانية غزت الجزيرة البريطانية في القرن الخامس الميلادي ، وأنهت الوجود الروماني الذي استمر هناك مدة خمسة قرون . حيث أسست كل منها مملكة خاصة بها ، ومن ثم توحدتا تحت إسم إنجلترا .

ولما كان السكسون والأنجلز من القبائل البربرية ، فقد نظموا علاقاتهم وفقاً لقوانين ذات طابع عرفي ومحلي ، كانت تُطبَّق من خلال محاكم سُميت محاكم الإقليم ، وفضلاً عن هذه المحاكم المناطقية أُسست كذلك محاكم كنسية ، اعتمدت على القانون الكنسي لتنظيم الشؤون المختلفة المتصلة بالزواج والطلاق والنسب والوصايا .

المطلب الأول : مرحلة تكوين قواعد الكومن لو (1066 - 1485) :

يُعد إعداد القانون المشترك المطبق على كامل إنجلترا العمل الاستشاري للمحاكم الملكية . فما هي هذه المحاكم وكيف تمكنت من وضع هذا القانون ؟.

تعرضت إنجلترا في عام 1066 للغزو من طرف " قيوم الفاتح " *Guillaume le*

Conquérant أمير النورماندي ، وهي ولاية في شمال فرنسا ، حيث قضى على الحكم القبلي

للأنجلوسكسون ، وهو ما مهد لنقل النظام الإقطاعي ، الذي ساد في تلك المرحلة في أوروبا ، إلى إنجلترا إذ تقاسم الرؤساء النورمانديين أراضيها وأنشؤا فيها محاكم الإقطاع .

وأبقى الاحتلال النورماندي على القانون الأنجلوسكسوني ، وجرى تطبيقه من طرف محاكم المناطق

الذي اعتمد القضاة فيها على الأعراف المحلية .

وبالموازاة مع محاكم الإقطاع ومحاكم المناطق التي اعتبرت محاكم عادية ، كان الملك يقضي في

السلوكيات التي تعتدي على أمن الدولة وسلامتها ، مثل العصيان وقطع الطريق ، في مجلسه الخاص

(*Curia Regis*) والذي كان بمثابة محكمة استثنائية .

تحول هذا المجلس في زمن الملك هنري الثاني (*Henri II*) (1100 - 1135) إلى جهاز

الحكم الأعلى ، وأصبح يُمثل كبار البارونات من أقارب الملك وحاشيته وكبار موظفي الدولة ورجال

الدين ، وأصبح يتمتع بسلطات قضائية واسعة ، كونه أصبح المحكمة الملكية الرئيسية .

ملخص في : مقارنة الأنظمة القانونية

وكان الملك يعقد مجلسه في أنحاء البلاد المختلفة عندما تدعو الضرورة إليه ، وقد انبثقت عن هذا المجلس في القرن الثاني عشر ثلاث هيئات قضائية حملت تسمية " المحاكم الملكية " وهي المحكمة المالية ، والمحكمة المدنية ، والمحكمة الجزائية .

المحكمة المالية (*Court of exchequer*) : وتتنظر بالقضايا التي تمس موارد الخزانة الملكية كالضرائب والديون المستحقة للتاج وكانت تعقد برئاسة وزير الخزانة .

المحكمة المدنية (*Court of Common please*) : تنظر في قضايا الملكية العقارية باعتبار أن الملك هو المالك الأصلي لكل الأراضي ، وأي اعتداء عليها يعد اعتداء على الملك فقد جعل ذلك من اختصاص محكمة الملك ، وقد اتسع اختصاصها بموجب الشرط الكبير (*Magna Carta*) الذي يقرر في نفس الوقت حماية الحريات الشخصية وحقوق الملكية من كل تعد يقع عليها .

المحكمة الجزائية (*Court of King's Bench*) : وتسمى "منصة الملك" ، وهي التي بقيت برئاسة الملك ، واختصت بما كان يختص به مجلس الملك الخاص ، وقد بقيت "منصة الملك" بوصفها أعلى جهاز قضائي في نطاق "الكومن لو" حتى عام 1873 ، إذ ألغاه البرلمان في عهد الملكة "فكتوريا" .

لقد كانت المحاكم الملكية في أول الأمر متنقلة ، إذ كانت تعقد جلساتها القضائية في المقاطعات بصورة دورية ، مع الاستعانة بعدد من المحلفين من سكانها ، كي يبينوا لقضاتها الأعراف السائدة في منطقتهم ، للاستناد إليها في الأحكام المتخذة ، بما يحقق العدل ، وبما يُستوحى من ضمير الملك ، وينبع من العقل ، وقد استقرت هذه المحاكم في القرن الثالث عشر في منطقة ويستمنستر (*Westminster*) في العاصمة لندن ، ومنذئذ أصبحت تُعرف بمحاكم ويستمنستر (*Westminster Courts*) ، نسبة إليها ، وبانت تتمتع بكيان قائم بحد ذاته .

لقد توسع اختصاص المحاكم الملكية برغبة من الملك في توسيع سلطته القضائية لكونها مصدر الدخل ، وكذا لإقبال الناس على هذه المحاكم لما تقدمه لهم من ضمانات في تحقيق العدالة، فعلى الرغم من أنها كانت استثنائية وخاصة إلا أنها كانت تُفضّل على محاكم الإقطاع ومحاكم المناطق ، إذ لم تكن مقيدة بالأعراف المحلية السائدة ، بل كانت تقضي بالعدل ، بما يُستوحى من ضمير الملك ، كما أنها استحدثت وسائل الإثبات باعتماد نظام المحلفين ، كما كانت تمتلك سلطات لا تحوزها المحاكم الأخرى، فكان لديها فضلاً عن سلطة إجبار الخصوم والشهود بالحضور ، سلطة تنفيذ الأحكام التي تتخذها .

ولما كانت المحاكم الملكية استثنائية ، كما أشرنا سابقاً ، كان على الملتمس أن يؤسس طلبه على سبب يبرر اختصاص المحكمة الملكية ، وفي سبيل تحقيق هذه الغاية كان الملتمس يلجأ لاستعمال الحيل القانونية لانتزاع الدعاوى من المحاكم التقليدية وجلبها إلى محكمة الملك ، كالدائن الذي امتنع مدينه عن الوفاء ، فكان يبني دعواه على أنه مدين بالضريبة للخزانة ، ولكن منعه من آدائها امتناع مدينه عن الوفاء ، وكان هذا السبب مبرراً كافياً لأن تختص المحكمة الملكية بالنظر في دعواه ، ذلك أن المحكمة الملكية من اختصاصها النظر في كل ما يُستحق لخزانة الملك من الضرائب أو الديون .

ملخص في : مقارنة الأنظمة القانونية

إن تحريك الدعوى للوصول إلى هذه المحاكم كان في البداية امتيازاً وليس حقاً ، يقابله دفع رسوم معينة ، يتحصل دافعها على وثيقة من الملك تسمى وريت " writ " يسلمها للمحاكم الملكية لقبول النظر في دعواه . ويعتبر (writ) أمراً ملكياً يقضي باستدعاء الخصم إلى المحكمة ، فإذا امتنع عن الحضور يُعد خروجاً عن طاعة الملك ، أما إذا حضر ، فإن الملك يقضي في النظم المذكور بضميره ، من دون الاعتداد بالأعراف السائدة . وفي مرحلة لاحقة ، أناب الملك مستشاره في قبول التظلمات والالتماسات وكذلك في إصدار الأوامر لغرض إحالة الخصوم إلى المحكمة الملكية ، التي اضطلعت بإصدار الأحكام نيابة عن الملك وباسمه . وكانت مصالح المستشار تستجيب لالتماسات الأفراد وتمنح الأوامر المكتوبة بإسراف مقابل ماتجنيه من عائدات مالية ، ما أثر سلباً على عائدات المحاكم العادية وتقليص متقاضياها ونفوذها . الأمر الذي دفع بأصحابها للطلب من الملك وضع حد لها .

وقد استجاب الملك هنري الثالث (Henri 3) في عام 1253 لذلك بإصدار مرسوم ويستمنستر الأول (Statute of Westminster I) ، الذي قضى بإيقاف المستشار من إصدار الأوامر الخطية، إلا أن الملك إدوارد الأول (Edward I) سرعان ما أصدر في عام 1258 مرسوم ويستمنستر الثاني (Statute of Westminster II) ، الذي أعاد هذه الصلاحية مجدداً إلى المستشار ، شرط ان تصدر الأوامر في قضايا مشابهة لتلك القضايا التي سبق أنة أصدرت فيها أوامره ، وهنا على وجه التحديد ، برز دور الإجراءات الشكلية في البحث عن التماثل من القضايا السابقة ، لإقناع المحاكم بوجود التشابه بين قضية سبق اتخاذ الحكم فيها ، وقضية لاحقة لم يصدر الأمر فيها ، ويؤدي هذا الأمر دوراً كبيراً في إرساء قاعدة السابقة القضائية ، وهو ما شهد اتساعاً في القرن الثالث عشر .

في القرن الثالث عشر توسعت اختصاصات المحاكم الملكية لتشمل كل القضايا التي كانت من اختصاص المحاكم التقليدية ، وأصبح لها اختصاص عام تنظر في جميع المسائل بتطبيق مجموع القواعد التي قررتها في أحكامها على جميع الرعايا دون استثناء . وهكذا حلت هذه المجموعة من الأحكام الصادرة من المحاكم الملكية كنظام قانوني محل الاعراف المحلية والأنظمة التي كانت سائدة. لتشمل القضايا المتعلقة بمصلحة المملكة ، وكذا القضايا الخاصة بمصالح الأفراد بدون التمييز بين هذه المصالح ، بل كانت تطبق على كل المتقاضين . ولهذا سميت هذه القواعد بالقانون المشترك (common law) ويقابله المصطلح الفرنسي (Droit Commun) .

المطلب الثاني: مرحلة تكوين قواعد العدالة (1485 - 1833):

أنشأ ملوك سلالات يورك (York) (1455-1485) ، وتودور (Tudor) (1485-1603) ، وستيوارت (Stuart) (1603-1717) ولايات قضائية جديدة بقصد مواجهة التنامي المتزايد لنفوذ المحاكم الملكية ، التي وقفت بجانب البرلمان في مواجهة رغبة هؤلاء الملوك في توسيع اختصاصاتهم وسلطاتهم الملكية ، وقد كان على رأس هذه المحاكم ما عُرف " بمحكمة المستشار " .

ملخص في : مقارنة الأنظمة القانونية

وجدت هذه المحكمة الجديدة والتي عرفت بمحكمة المستشار (*Court of Chancery*) مؤيدين بفضل أوجه القصور الذي أصاب المحاكم الملكية ، فعلى الرغم من الدور الذي قام به الحقوقيون لتوسيع صلاحيات المحاكم الملكية ، إلا أن هذا الدور أصابه الجمود ، فلم تعد المحاكم الملكية قادرة على إعطاء حلول للنزاعات لأنها ارتبطت بقاعدة السابقة القضائية ، إذ لم تتعد صلاحياتها إلى القضايا المستجدة ، فضلاً عن ازدياد الإجراءات القضائية تعقيداً عما كانت عليه في السابق ، ما أدى إلى ارتفاع نفقات التقاضي ، وازدياد الظلم في الأحكام الصادرة .

نتج عن ذلك لجوء المتنازعين إلى الملك عبر التماسات مباشرة تُقدم له ودون التقيد بإجراءات التقاضي التقليدية ، الأمر الذي جعل الملك ينظر في هذه الالتماسات بما يُمليه عليه ضميره ، كملك مسيحي عليه واجب تحقيق العدالة لرعاياه .

وبسبب الظروف السياسية التي عصفت بالبلاد ، لاسيما في عهد أسرة تودور (*Tudor*) ، التي تولت مقاليد الحكم عام 1485 ، بدأ الملك يحيل الالتماسات المقدمة إلى مستشاره كونه لم يكن متفرغاً للنظر فيها ، وأصبح المستشار قاضٍ يفصل في القضايا باسم الملك ومجلسه .

ولقد كان المستشار لا يقبل النظر في التماس المدعي إلا بتوافر شرطين وهما : إذا كان تصرف المدعي عليه مخالفاً لحسن النية ، وإذا كان المدعي في حد ذاته ليس مخطئاً على أساس نظرية الأيدي البيضاء . وكان يُرسل عندها صورة من الالتماس للخصم مذكياً به أمره له بالحضور في وقت محدد ، فان رفض الخصم الحضور سيق إليه متهماً بالعصيان ويعاقب بدفع غرامة باهضة ، وعليه أن يجيب شكوى خصمه بأن يحلف يميناً على أن يصدق فيما يقول .

إن رأى المستشار أن الشكوى غير محقة ردها ، وإن رأى أنها محقة منع الخصم من رفع دعواه أمام المحاكم الملكية ، أما إن كان رفعها قبل الشكوى وحصل على حكم يراه المستشار أنه جائر فيأمر الخصم ألا يتمسك به ، فان رفض حبسه وحجز أمواله حتى يدعن إلى الصواب .

وقام المستشار بمناسبة القضايا المعروضة عليه بوضع اجراءات أكثر حداثة وبساطة من تلك المتعلقة بقواعد الكومنلو ، واستهدفت القواعد الموضوعية المطبقة معالجة الثغرات التي انطوى عليها قانون الكومنلو إن وجد في تطبيقه ما يتعارض مع العدالة . ومن هنا برز قانون العدالة (*Equity*) الذي تضمن القواعد التي قررتها محكمة المستشار .

ولا يصدر المستشار أحكاماً قضائية (*judgements*) ، بل يُصدر أوامر (*decrees*) يسد بها قصور الكومنلو اذا خالف في تطبيقه العدالة ، ولتقريب الفهم نضرب المثالين التاليين :

المثال الأول : نظام الائتمان (*Trust*) : في انجلترا هناك اشخاص لا يجوز لهم التملك كالأولاد القصر والزوجة ، فإن أراد أحدهم (كالزوج مثلاً) تملك هؤلاء نقل المال لشخص يثق به ، اسمه "المؤتمن" يتعهد بإدارة هذا المال واستغلاله لصالحهم بعد موت المالك (الزوج) ، فطبقاً لقواعد الكومنلو تنتقل الملكية من الزوج إلى " المؤتمن " ولا يحق للزوجة ولا للقصر إلزام المؤتمن عن طريق المحكمة بتنفيذ تعهده ، فالمحاكم

الملكية سترد الدعوى ولا تعتد بالتعهد الصادر من المؤتمن ، لكن المستشار هنا يتدخل بأمر المؤتمن بتنفيذ تعهده فان رفض حبسه لخيانته الثقة التي أعطاها له المالك . فالعدالة تحمي الثقة إن لم يحميها القانون .

المثال الثاني : استرداد المرهون : يبيع المدين عقاره للدائن بيعاً صورياً على أن يتعهد الدائن أن يرد العقار إن قضى المدين دينه ، فقانون الكومن لو لا تهمه صورية البيع ولا تعهد الدائن مادام البيع تم بالشكل الذي يحدده القانون ، فيعتبر الدائن مالكاً حتى لو كانت قيمة العقار تزيد على الدين ، لكن المستشار له الزام الدائن بالوفاء بعهده وإذا أبى حبسه .

وكان المستشار يُختار في البداية من بين رجال الكنيسة ، غير أنه ومنذ عام 1673 بات يُعين من أوساط رجال القانون والسياسة ، وهو ما أدى دوراً كبيراً في تطوير الأحكام التي أصدرها ، ووفر إمكانية أكبر لتصحيح قانون الكومن لو كلما تطلبت الضرورة ذلك .

وقد استندت القواعد المكونة لقانون العدالة على القانون الكنسي ، والقانون الروماني ، ومبادئ القانون

الطبيعي ، إلا أن الأحكام كانت تصدر مع الإشارة إلى كونها تتبع من ضمير الملك (*Equity*)

، لذا أطلق على مستشار الملك اصطلاح حافظ ضمير الملك (*flows the conscience of the king*) ، الملك (*Keeper of the King's Conscience*) .

وفي ضوء ما تقدم ، بدأت محكمة المستشار تراحم المحاكم الملكية بأحكامها وتحول المتقاضون إليها ، واستأثرت بالموارد التي كان قضاة المحاكم الملكية يحصلون عليها ، وأدى هذا الأمر إلى نشوب النزاع بين المحاكم الملكية من جهة ، ومحكمة المستشار من جهة أخرى .

وقد بت الملك " جاك الأول " (*Jacques I*) في عام 1616 في هذا النزاع بتأييد مستشاره ، معلناً أن أي تعارض بين قانون الكوملو والعدالة يكون لصالح العدالة ، التي يجب أن تتقدم ، إلا أن المستشار منذئذ توقف عن إصدار أحكام جديدة ، وتقيّد فقط بما صدر سابقاً من أحكام . ومن ثمّ أضحّت السوابق القضائية هي الأساس الذي تبنى عليه الأحكام سواء أكان هذا في محكمة المستشار أم في المحاكم الملكية .

وأدى توقف محكمة المستشار عن توسيع اختصاصاتها على حساب محاكم الكومن لو إلى قيام نوع من التعايش بين النظامين القضائيين ، إذ أصبح قانون الكوملو القسم الرئيسي من القانون الانجليزي ، بينما لم تعد قواعد العدالة تظهر إلا كقسم لحلّول قانونية مكتملة ، فالحلول المقدمة من طرف محاكم العدالة لا يمكن أن تفهم إلا استناداً إلى القسم الرئيسي وهو الكوملو ، وهو ما تعنيه المقولة الشهيرة لدى الانجليز من أن " قواعد العدالة تتبع قواعد الكومن لو " (*Equity follows the law*) .

المطلب الثالث : المرحلة الحديثة للقانون الانجليزي :

بعد ميلاد " الكومن لو " في القرنين الثاني عشر والثالث عشر ، وبعد تكوين قواعد العدالة في القرنين السادس عشر والثامن عشر ، شكّل دمج كياني القانون الانجليزي وتحديثهما ، في القرنين التاسع عشر والعشرين ، ثالث حدث كبير في تاريخ هذا القانون .

ففي المرحلة بين عامي 1873 و 1875 حدث تطور هام في القانون الانجليزي ، إذ صدر قانون

ملخص في : مقارنة الأنظمة القانونية

القضاء (*Judicature Act*) والذي تم بموجبه إصلاح وتبسيط التنظيم القضائي ، حيث أصبحت المحاكم الملكية محاكم عادية بعد أن كانت محاكم استثنائية فقط . علاوة على ذلك ، تم إلغاء التمييز بين محكمة المستشار التي تطبق قواعد العدالة ، وبين المحاكم الملكية التي تطبق قواعد " الكومنلو " ، إذ تم إزالة الإجراءات المزدوجة. وغدا بالإمكان أن تطبق كل محكمة القواعد التي تشاء . مع منح الأولوية في التطبيق لقانون العدالة مقارنة بقواعد "الكومن لو" .

أفضى تطبيق قواعد القانونين من قبل نفس المحاكم إلى انطلاق مسعى كبير من أجل توحيد وتنسيق وتحديث القانون الانجليزي ، حيث تم استبعاد القوانين والقرارات غير المتلائمة مع العصر ، وبغض النظر عن ذلك بقي القانون الانجليزي محافظاً على سماته التقليدية ، إذ لم يتأثر بحركة التقنين التي شهدتها القارة الأوروبية آنذاك ، وبقي تطوره مرهوناً بالجهود التي يبذلها القضاة ، بل إن المشرع منح القضاة إمكانيات أكبر لتفعيل هذا الدور .

وعبر القرنين التاسع عشر والعشرين أعار الفقه الانجليزي عناية فائقة بالقانون الموضوعي ، فتم العمل على تنظيم قرارات " الكومن لو " ، وشهد النصف الثاني من القرن التاسع عشر اختفاء الاختلافات الشكلية بين محاكم " الكومن لو " ومحكمة العدالة ، وتزايد في القرن العشرين دور القانون والتشريعات القانونية الأخرى ، هذا فضلاً عن الحاجات الموضوعية لتطور الاقتصاد والتجارة والتعاون الدولي أدت إلى بعض التقارب بين القانون الانجليزي والقانون الأوروبي .

هذا وقد أتاح تجميع الأحكام المعمول بها في القضاء ، في مجموعة قانونية واحدة عام 1865 تحت عنوان " التقارير القانونية " (*Law Reports*) ، بالإضافة إلى موسوعة " قوانين إنجلترا " (*Laws of England*) ، التي بدأ نشرها في عام 1907 ، ويتم تحديثها باستمرار ، أتاح التعرف والاطلاع على القانون .

ونخلص من خلال دراسة المراحل التاريخية التي مر بها القانون الانجليزي إلى جملة الملاحظات التالية :

- إن الجزء الأكبر من قواعد القانون الانجليزي قد وضعت نتيجة لنشاط القضاة الانجليز ، لذا يُعد الدور التشريعي للبرلمان الانجليزي ، حتى نهاية القرن التاسع عشر ، وظيفة ثانوية له، إذ كان الفقهاء الانجليز في القرن التاسع عشر على قناعة بأن القانون لا يمكن أن يضعه البشر، فالقانون ببساطة موجود ، لذا فإن التشريعات التي يسنها البرلمان ، ماهي إلا إضافات وتعديلات على ماهو موجود .
- القانون الانجليزي نشأ مستقلاً وبعيداً عن حركة إحياء القانون الروماني وعن حركة التقنين الذي عرفتهما القارة الأوروبية .
- تبلور القانون الانجليزي عبر مسيرة طويلة ومستمرة لم تقطعها الثورات كما في القوانين الأوروبية ، وهو دليل العراقة والأصالة فضلاً عن القابلية للتطور ، وهو محل فخر رجال القانون الانجليز .

المبحث الثاني : مصادر القانون الإنجليزي وبنية القانونية :

يعتقد الكثير أن الصفة الوحيدة المميزة للقانون الإنجليزي إنما تكمن في مصادره (المطلب الأول) ، وهم يغفلون بذلك عن بنيته القانونية التي تختلف كثيراً عن تلك المألوفة في أوروبا القارية (المطلب الثاني) .

المطلب الأول : مصادر القانون الإنجليزي

تحتل السابقة القضائية المرتبة الأولى ضمن مصادر القانون الإنجليزي (الفرع الأول) ، بينما تتزايد أهمية التشريع يوماً بعد يوم (الفرع الثاني) ، في حين يبقى دور كل من العرف والفقهاء محلاً لسوء الفهم (الفرع الثالث) .

الفرع الأول : السابقة القضائية (Stare-Decisi)

تعتبر السوابق القضائية المصدر الأكثر قدماً في القانون الإنجليزي في فترة زمنية سابقة كثيراً على سن التشريعات القانونية . وقد كانت ومازالت المصدر الأساس الأول للقانون الإنجليزي بفضل النظام القضائي الذي يلعب دوراً أساسياً في نفاذها .

ولغرض بيان ذلك سنبين مفهوم السابقة القضائية (أولاً) ، ثم نوضح هيكل النظام القضائي الإنجليزي ودوره في إرساء تطبيقها (ثانياً) .

أولاً : مفهوم السابقة القضائية :

تُعرف السابقة القضائية بكونها : "القرار القضائي المُتخذ في قضية محددة ، والمتصف بطبيعة إلزامية ، والمُتخذ بوصفه مصدراً للقانون عند النظر في القضايا المماثلة " . وتفسيراً لهذا فإن المحكمة إن تبين لها وجود مبدأ قانوني يتعلق بالنزاع المطروح أمامها وطبقته في النزاع المذكور يتحول إلى سابقة قضائية ، يتوجب على القضاء الأخذ بها في المستقبل مع مراعاة عدد من الشروط .

وقد استند تطور الكومن لو على قواعد تطبيق السابقة القضائية المعتمدة في الممارسة القضائية ، إذ ينحصر المبدأ الأساس المطبق عند ممارسة القضاء في أنه يتحتم على القاضي البت بصورة مماثلة في القضايا المماثلة ، وبهذا الصدد يشير الحقوقي الإنجليزي " ب. غروس " موضحاً ذلك : " في النظام المستند إلى السابقة القضائية يتوجب على القاضي الذي ينظر في قضية لاحقة من حيث الزمان أن يأخذ بنظر الاعتبار بالقواعد والمبادئ السابقة ، في حين أنها في النظم القانونية الأخرى ماهي إلا مواد يُمكن للقاضي أن يُراعيها لدى اتخاذ قراره " .

وقد أبقى القضاء الإنجليزي على نظام السوابق القضائية ولم يخرج عنها ، مقيداً نفسه بمجمل التقاليد والمبادئ القانونية التي أقرتها محاكمه ، الأمر الذي جعل من الكومن لو قانوناً قديماً وثابتاً ، من الصعب تغيير قواعده بعمل إنساني أو عبر البرلمان .

ولا ينطبق مفهوم السابقة القضائية على الحكم القضائي بأكمله ، ذلك أن القرار الذي تتخذه المحكمة في القضية يتكون من عناصر عارضة كالوقائع الخاصة بالقضية والقرار المُتخذ فيها والتي تُطلق عليها تسمية (*obiter dictum*) ، وهذه العناصر لا تتصف بأي طبيعة إلزامية . بينما العنصر الذي يتصف بأهمية كبيرة

في نطاق السوابق القضائية هو ما يُطلق عليه بـ " حكمة القرار " (*ratio decidendi*) ، والذي تعني السبب المنطقي الذي استند اليه القاضي في حكمه ، وينبع الطابع الإلزامي للحكم من (*ratio decidendi*) وحده وهو ما يعتبر سابقة قضائية ، أما عناصر القرار القضائي الأخرى فلا تُعد كذلك .

إن القاعدة القانونية المنصوص عليها في القرار لن تُعتبر (*ratio decidendi*) وبالتالي سابقة قضائية مالم تكن العنصر الأساسي في قرار المحكمة ، والذي تم تطبيقه فعلاً على وقائع القضية . فالطابع العام لـ (*obiter dictum*) هو أن جميع القواعد المذكورة في القرار والتي لا تُطبق على وقائع القضية بغية حل النزاع القائم ليس لها قوة ملزمة .

ومن بينها تلك الآراء والقواعد المعارضة التي تتضمنها القرارات والتي يُقدم من خلالها كل قاضٍ مشارك في الحكم الأسباب التي كانت وراء عدم موافقته على القرار الذي تم تبنيه .

وبخصوص تدوين قرارات القضاة ، فقد شهدت نهاية القرن الثالث عشر انتشار الحوليات التي تتضمن القرارات القضائية ، والتي كانت مكتوبة باليد ومع اختراع الطباعة تحولت هذه المخطوطات إلى مطبوعة ، مع الإشارة إلى أسماء واضعيها ، وقد تضمنت مجلدات القضايا الصادرة في تلك الفترة وصفاً موجزاً لظروف القضية ، وأسماء المتقاضين ، والقضاة ، وملخصاً للحجج المطروحة ، والقرار القضائي المتخذ . ويُذكر أنه من عام 1362 أصبحت الاجراءات القضائية تجري باللغة الانجليزية ، في حين بقيت القرارات القضائية حتى عام 1371 تدون باللغة اللاتينية . هذا وكانت مجموعة القرارات القضائية ، ومنذ منتصف القرن التاسع عشر ، تصدر مع الإشارة إلى أسماء واضعيها ، وهم كبار الحقوقيين الانجليز ، ولكن من عام 1864 بدأت تصدر تقارير شهرية بصورة دورية تحمل تسمية (*Law Reports*) . وفي الوقت الراهن تُعد التقارير القضائية لعموم إنجلترا (*All England Reports*) التي تصدر اسبوعياً ، و (*The Criminal Appeal Reports*) التي تتضمن الاحكام القضائية في القضايا الجنائية ، هي الاصدارات القضائية الأكثر شهرة وانتشاراً في إنجلترا .

ثانياً : دور النظام القضائي الانجليزي في إرساء مبدأ السابقة القضائية :

لا يُمكن تسليط الضوء على دور النظام القضائي في ارساء مبدأ السابقة القضائية دون فهم هيكل هذا النظام ، والذي يرتكز على نوعين من المحاكم وهما المحاكم الدنيا (1) والمحاكم العليا (2) .

1/ المحاكم الدنيا :

تنظر محاكم الدرجة الدنيا في قرابة 90% من القضايا في الوقت الراهن ، إلا أن القرارات الصادرة عنها لا تُعد من السوابق القضائية ، لذا لا تكون إلزامية بالنسبة للمحاكم الأعلى درجة .

وتنتشر هذه المحاكم في انحاء المملكة ، حيث تفصل محاكم المقاطعات (*County Court*) في المواد المدنية ، وهي محاكم درجة أولى وذات اختصاص النظر في قضايا الاموال العقارية والقضايا العقدية والمسؤولية المدنية التي لا تتجاوز مبلغاً معيناً من المال ، وتتميز بالعدد الضئيل للقضاة الذين يفصلون فيها

حيث يجلس القاضي الواحد في عدة محاكم وينتقل بينها .
وفي القضايا الجزائية تفصل محاكم القضاة (*Magistrates Courts*) باعتبارها محاكم ابتدائية ،
وتختص بالنظر في المخالفات البسيطة التي لا يتجاوز أحكام الادانة فيها 6 أشهر من طرف مواطنين عاديين
يُختارون من الملاك والنقابيين والتجار ، ويساعدهم في ذلك قضاة مهنيون ، وقد تمتد اختصاصات هؤلاء
للتحقيق في الجنايات وإحالة المتهمين إلى محكمة التاج .

2/ المحاكم العليا:

فضلاً عن المحاكم الدنيا ، هناك المحاكم العليا والتي تحتل مكانة خاصة في النظام القضائي الانجليزي
، لأنها هي التي تنشئ السوابق القضائية ، وتشتمل المحاكم العليا على كل من المحكمة العليا للقضاء (*Supreme Court Of Judicature*)
والمحكمة العليا للمملكة المتحدة (*the supreme court of the united kingdom*) .

وقد عرفت المحكمة العليا للقضاء (*Supreme Court Of Judicature*) إصلاحات عميقة
خلال سنوات 1873 إلى 1875 ، وبموجب قانون المحاكم لسنة 1971 . وهي تتكون من ثلاثة هيئات قضائية
عليا هي : محكمة العدل العليا (*High Court of Justice*) ، ومحكمة التاج (*Crown Court*)
، ومحكمة الاستئناف (*Court Of Appeal*) .

وتتظر محكمة العدل العليا (*High Court of Justice*) في جميع الطعون المقدمة ضد قرارات
وأحكام صادرة عن المحاكم الدنيا (*County Court*) ، كما تتظر في الدعاوى المرفوعة امامها باعتبارها
محكمة درجة أولى وذلك حسب نوع النزاع .
وتتكون هذه المحكمة من ثلاثة أقسام :

✓ قسم منصة الملك : وينقسم إلى محكمة الإمبرالية والمحكمة التجارية

✓ قسم المستشارية : ينقسم إلى محكمة الشركات ومحكمة الإفلاس

قسم الأسرة : ينظر في كل ما يتعلق بالأسرة

أما محكمة التاج (*Crown Court*) فتعتبر محكمة حديثة النشأة نسبياً ، مقارنة بغيرها من
المحاكم الانجليزية ، إذ تم تأسيسها عام 1971 ، وتعقد جلساتها في الغالب في العاصمة لندن ، كما يمكن أن
تعقد جلساتها في 90 مركزاً موزعاً عبر البلاد . وهي تختص بالنظر في القضايا الجنائية ، ويتحدد اختصاصها
وفق خطورة الجريمة باعتبارها محكمة أول درجة ، كما يُمكنها النظر في الاستئنافات المقدمة ضد الهيئات
القضائية الدنيا المختصة في المواد الجزائية (*Magistrates Courts*) .

وتتميز محكمة التاج (*Crown Court*) هذه عن غيرها من المحاكم بتنوع هيئتها القضائية،
ارتباطاً بنوع الجريمة موضوع القضية الجنائية ، فيمكن أن تضم الهيئة القضائية قضاة من محكمة العدل العليا
(*High Court of Justice*) أو المحاكم الأخرى ، أو حقوقيين يحلون محل القضاة بصورة مؤقتة . أما

ملخص في : مقارنة الأنظمة القانونية

في حالة عدم اعتراف المتهم بذنبه في ارتكاب الجريمة فإن القضية الجنائية يجري النظر فيها بحضور المحلفين

وتشكل محكمة الاستئناف (*Court Of Appeal*) الدرجة الثانية للتقاضي ، وهي محكمة واحدة مقرها لندن ، تنتظر في النزاعات المعروضة عليها وتتخذ القرارات بالأغلبية ، وإذا لم تتحقق أغلبية الآراء على التعديل يُرفض الاستئناف . وتُعد السوابق التي تتخذها ملزمة لها و للمحاكم الأدنى درجة . وتتكون من قسم مدني وآخر جزائي ، وينظر القسم المدني في الاستئنافات ضد الأحكام الصادرة عن المحاكم الدنيا (*County Court*) وأحكام محكمة العدل العليا (*High Court of Justice*) ، ويعقد جلساته بـ 3 قضاة إلى 5 قضاة حسب القضايا المنظورة ، بينما ينظر القسم الجزائي في الاستئنافات ضد الأحكام الصادرة من محكمة التاج (*Crown Court*) ، ويعقد جلساته بقاضيين .

ويُمكن الطعن بقرارات محكمة الاستئناف أمام المحكمة العليا للمملكة المتحدة (*the supreme court of the UK*) ، هذه الأخيرة التي يُمكنها أن تنتظر كذلك ومباشرة في استئنافات مقدمة ضد أحكام محكمة العدالة العليا دون المرور على محكمة الاستئناف متى كانت القضية لها أهمية عامة .

هذا وتقع المحكمة العليا للمملكة المتحدة (*the supreme court of the UK*) على قمة هرم النظام القضائي الانجليزي ، بالإضافة للنظام القضائي الاسكتلندي والنظام القضائي الايرلندي . وتتشكل من 12 قاضياً مستقلاً عن الحكومة والبرلمان ، وتُعد قراراتها ملزمة للمحاكم الانجليزية كافة . وقد حُلّت هذه المحكمة (بموجب قانون صادر عام 2005 ودخل حيز التنفيذ في 01 / 10 / 2009) محل محكمة الاستئناف النهائية لمجلس اللوردات (*The Final Court of Appeal of the House of Lords*) .

وتُعتبر قرارات المحكمة العليا للمملكة المتحدة (*the supreme court of the UK*) مهمة جداً بالرغم من قلتها، إذ من بين حوالي 250 طلب استئناف تستقبلها المحكمة سنوياً ، لا يتم قبول سوى 1/4 هذه الطلبات .

وقد اضطلع مجلس اللوردات (*House of Lords*) في السابق ، بالإضافة إلى عمله البرلماني، بمهام قانونية هامة باعتباره محكمة الاستئناف النهائية للقضايا المدنية في بريطانيا ككل ، وللقضايا الجنائية في إنجلترا وويلز وايرلندا الشمالية . ونظرياً ، كان يحق لجميع اللوردات حضور المجلس لدى انعقاده كمحكمة استئناف ، وإنما عملياً ووفقاً للأعراف المقررة ، كان الحضور يقتصر على وزير العدل الذي يتولى إدارة الشؤون القضائية ، ولوردات هيئة الاستئناف (*Lords of Appeal*) الذين يُطلق عليهم أيضاً لقب " لوردات القانون " (*Law Lords*) والذين يعينون خصيصاً لنظر دعاوى الاستئناف المرفوعة أمام المجلس ويتقاضون أجراً ، وعند الاقتضاء لوردات آخرون يشغلون أو سبق أن شغلوا مناصب قضائية عالية .

ملخص في : مقارنة الأنظمة القانونية

وقد قضى مجلس اللوردات في عام 1898 بعدم قدرته العودة عن قراراته ، واستمر لفترة طويلة يحظر تغيير سوابقه القضائية ، وعد نفسه ملزماً بالقرارات التي يُصدِّرها فحسب ، والتي لا يمكن إلغاؤها إلا بتشريع من البرلمان ، مُرجعاً ذلك إلى الحاجة الملحة لضمان اليقين القانوني الكافي .

إلا أنه وفي عام 1966 قام مجلس اللوردات بتعديل موقفه رسمياً ، ونشر " بيان الممارسة " (*practice Statement*) ، حيث أخذ بمبدأ مفاده أن : " التطبيق الصارم للغاية للسابقة القضائية يمكن أن يؤدي في بعض الأحوال إلى مجافاة العدالة ، ويخلق معوقات غير ضرورية بالنسبة للتطور الطبيعي للقانون " . لذا منح مجلس اللوردات لنفسه ، دون غيره من المحاكم ، الحق في تغيير التطبيق العملي بعدم الأخذ بالقرار القضائي السابق متى ما كان ذلك ضرورياً .

وتأسيساً على ما تقدم يُمكن إجمالاً الإشارة إلى أن نظام السابقة القضائية في إنجلترا يرتبط بتدرج المحاكم ، فالمحكمة الأعلى درجة يُمكن أن تنقض قرار المحكمة الأدنى درجة ، وفي بعض الأحيان يمكن أن تلغي كذلك قراراتها السابقة .

و يُمكن تفصيل ذلك من خلال الضوابط التالية :

أ/ تُعد الاحكام الصادرة عن المحكمة العليا للمملكة المتحدة سوابق قضائية إلزامية لكافة المحاكم الأدنى منها (أي لمحكمة الاستئناف و لمحكمة العدل العليا و لمحكمة التاج و للمحاكم الدنيا) .

ب/ أصبحت المحكمة العليا للمملكة المتحدة منذ عام 1966 غير ملزمة بسوابقها القضائية ويُمكن لها تغييرها .

ج/ تلتزم محكمة الاستئناف بالسوابق القضائية الصادرة من طرفها وليس لها الحق في تغييرها ، كما تُلزم بها كلاً من محكمة العدل العليا و محكمة التاج و المحاكم الدنيا .

د/ السوابق القضائية لمحكمة العدل العليا ملزمة للمحاكم الدنيا .

هـ/ تلتزم محكمة العدل العليا متى كانت هيئة المحاكمة مشكلة من قاضٍ واحد بالسوابق القضائية

الصادرة من طرفها ، بينما يُمكنها تغيير قراراتها إذا كانت هيئة المحاكمة مشكلة من أكثر من قاضٍ .

و/ لا تُعد قرارات محكمة التاج سوابق قضائية ملزمة ، غير أنها موضع تقدير من كافة المحاكم

ونتحدث هنا عما يُسميه الانجليز بـ « *persuasive precedent* » أي " السوابق المقنعة " في مقابل السوابق الملزمة .

ز/ قرارات المحاكم الدنيا لا تشكل سوابق قضائية .

ومن الواضح أن قصر تغيير السابقة القضائية على المحكمة العليا للمملكة المتحدة ، مع كون هذه المحكمة محكمة استثنائية لا تنظر إلا في عدد محدود من القضايا كل سنة ، وعلى محكمة العدل العليا في بعض القضايا القليلة ، قد أعطى إحياءً بجمود القانون الانجليزي وعدم مسابرتة لتطور المجتمع وحاجياته ، إلا

أنه اعتقاد خاطئ إذ طور القضاء الانجليزي أساليب عديدة خفف من خلالها من حدة المبدأ دون أن يلغيه .
ومن بين الأساليب المتبعة لاستبعاد تطبيق السابقة القضائية مايلي ¹ :

أ/ اعتبار أن قاعدة *(ratio decidendi)* هي في الواقع قاعدة *(obiter dictum)* :

معنى هذا أن يثبت القاضي أن الحجة (أو الحكمة من القرار كما أشرنا سابقاً) المستخلصة من السابقة لم تكن جزءاً من *(ratio decidendi)* بل من *(obiter dictum)* بحيث لا تفرض نفسها كقاعدة سابقة .

ب/ لا يُعد القرار سابقة قضائية متى اتخذ "نتيجة الجهل" *(per incuriam)* بقاعدة قانونية ، كان من شأن العلم بها أن يكون حل النزاع مختلفاً :

لقد أسس القضاء الانجليزي لفكرة أنه وفي سياق السابقة القضائية التي تقررها هيئة قضائية أعلى بالنسبة إلى هيئات أدنى منها فإن هذه السابقة ليست ملزمة عندما يتم تبني السابقة عن طريق خطأ في القانون أو إغفال لحكم القانون *(per incuriam)* كان من شأن تطبيقه أن يكون القرار مختلفاً.

وقد نشأت هذه الممارسة من خلال النزاع الذي نشب عام 1971 بين المحكمة العليا للمملكة المتحدة ومحكمة الاستئناف ، حيث كان يتوجب على محكمة الاستئناف عند نظرها في قضية " كاسيل ضد بروم " *(Cassell vs Broome)* أن تلتزم بالسابقة القضائية التي أقرها القضاء بمناسبة النظر سنة 1964 في قضية "روكس ضد برنارد" *(Rookes vs Bernard)* . إلا أن محكمة الاستئناف استبعدت تطبيق السابقة بحجة أن القرار الصادر في قضية *(Rookes vs Bernard)* ليس قراراً صائباً لكونه صدر مغفلاً لعنصر قانوني *(per incuriam)* جوهرى له علاقة بالقضية ، لو التفت إليه القاضي لكان قراره مختلفاً عما أصدره .

ج/ لن تنطبق السابقة القضائية على القضية قيد النظر لأن هناك فرقاً ملموساً في الوقائع بين القضية السابقة والقضية قيد النظر: يُولي القاضي الانجليزي ، عند تطبيقه لسابقة قضائية ، اهتماماً بالغاً لوقائع القضية ، ذلك أن نطاق السابقة يقتصر على وقائع مماثلة لحالتها فقط ، فلن تكون القاعدة ملزمة إلا فيما يتعلق بوقائع وحقائق مماثلة.

لذلك فالخيار الآخر لاستبعاد تطبيق قاعدة سابقة هو إثبات أن الوقائع بين القضية المنظورة والقضية السابقة ليست متشابهة بما فيه الكفاية.

الفرع الثاني : التشريع *(Act of Parliament)*

يطلق على التشريع في انجلترا اسم القانون المكتوب تمييزاً له عن " الكومون لو" ، كذلك يُطلق عليه اسم القانون البرلماني *(Act of Parliament)* تمييزاً له عن القانون القضائي الذي هو من صنع القضاء *(case law)* . ويشتمل التشريع ، فضلاً عن ذلك الذي يضعه البرلمان ، التشريعات التنفيذية أو

¹ - Ibid , p38 - 40

ملخص في : مقارنة الأنظمة القانونية

التفويضية التي تكون من اختصاص الاجهزة الحكومية المختلفة ، بناءً على تكليف من البرلمان ومن المناسب أن نتحدث ولو بإيجاز عن برلمان المملكة المتحدة باعتباره السلطة المختصة بهذا التشريع (أولاً) ، قبل التطرق للتشريع كأحد مصادر القانون الانجليزي (ثانياً) .

أولاً: برلمان المملكة المتحدة (Parliament of UK)

البرلمان هو السلطة التشريعية العليا في بريطانيا ، ومكوناته ثلاثة : الملكة (*the Queen*) ومجلسا البرلمان (*Houses of Parliament*) أي مجلس العموم (*the House of Commons*) ومجلس اللوردات (*the House of Lords*) ، وهذه المكونات منفصلة ظاهرياً عن بعضها البعض، وهي تقوم على مبادئ مختلفة ولا تجتمع إلا في مناسبات ذات أهمية رمزية مثل التتويج أو الافتتاح الرسمي للبرلمان حيث تدعو الملكة مجلس العموم إلى مجلس اللوردات . ولا يُمكن للبرلمان سن التشريعات إلا بموافقة جميع مكوناته فيما عدا استثناءات معينة . ويجوز له أن يسن قوانين لبريطانيا ككل، أو لأي من الأجزاء التي يتكون منها البلد على حدة .

ومنذ ماي 1997، نقلت الحكومة سلطات واسعة إلى اسكتلندا وويلز وأيرلندا الشمالية في إطار برنامج الإصلاح الدستوري الأوسع. فلسكان اسكتلندا وويلز وأيرلندا الشمالية اليوم مجالس تشريعية مستقلة ومنتخبة ديمقراطياً - وهي البرلمان الاسكتلندي وجمعيتا ويلز وأيرلندا الشمالية - مما يعطيهم دوراً أكبر في إدارة شؤونهم اليومية، رغم إبقائهم على العلاقات الوثيقة القائمة منذ قرون داخل المملكة المتحدة. ويظل برلمان وستمنستر يشرع بشأن بعض المسائل التي تخص المملكة المتحدة بكاملها - مثل الشؤون الخارجية وشؤون الدفاع والسياسة الاقتصادية الكلية - والتي لم يعهد بالمسؤولية عنها إلى الإدارات المنقولة إليها السلطة .

ويتوقف الوجود القانوني للبرلمان ، دستورياً ، على ممارسة التاج (*the Crown*) لسلطاته ، على أن سلطات التاج إزاء البرلمان تخضع لقيود وتغييرات بموجب العملية التشريعية وتمارس دائماً من خلال وزراء مسؤولين أمام البرلمان وبمشورتهم. والملكة بصفتها " الرئيس " الدنيوي للكنيسة الرسمية في انجلترا هي التي تقوم ، بناء على مشورة رئيس الوزراء . بتعيين رؤساء الأساقفة (*the Archbishops*) والأساقفة (*the bishops*) . وبعض هؤلاء الأساقفة يشكلون جزءاً من مجلس اللوردات بوصفهم " لوردات رويين " (*Lords Spiritual*) وبصفتها " مصدر الشرف " (*Fountain of Honour*) فهي التي تمنح الألقاب (بناء على توصية من رئيس الوزراء الذي يلتزم عادة آراء الآخرين) ، وهكذا يتم تعيين " اللوردات الدنيويين " (*Lords Temporal*) الذين يشكلون الجزء المتبقي من مجلس اللوردات بإرادة ملكية ، ويمكن زيادة عددهم في أي وقت .

ويُدعى البرلمان للانعقاد بمرسوم ملكي ، وتنتهي الملكة دورته وتحله . وفي بداية كل دورة جديدة تتوجه الملكة إلى مجلس اللوردات وتفتح البرلمان شخصياً . وفي الظروف الاستثنائية يمكن أن يتم ذلك من جانب مفوضين ملكيين يتصرفون نيابة عن الملكة . وفي الجلسة الافتتاحية ، تلقي الملكة خطاب العرش امام اللوردات

ملخص في : مقارنة الأنظمة القانونية

والنواب المجتمعين ، ويقوم الوزراء بصياغة الخطبة التي تلقيها الملكة ، والتي تحدد إطار سياسة الحكومة بوجه عام والبرنامج التشريعي المقترح للدورة . وموافقة التاج شرط اساسي لبدء سريان أي قانون ، وجرت العادة الآن على أن تُعلن الموافقة الملكية على مشاريع القوانين أمام البرلمان من جانب رئيسي المجلسين . وللتاج الحق في أن يُستشار ، والحق في أن يُشجع والحق في أن يُحذر ، أما حق الاعتراض فلم يعد معمولاً به منذ وقت طويل .

ويتم انتهاء الدورة عادة في نهايتها بإعلان باسم الملكة في مجلس اللوردات إلى كلا المجلسين ويسري إلى تاريخ محدد . ويجوز ارجاء التاريخ المعين للدورة الجديدة أو تقديمه بمرسوم لاحق . وإنهاء الدورة يترتب عليه في نفس الوقت انتهاء جميع المسائل البرلمانية تقريباً ، وهذا يعني سقوط جميع مشاريع القوانين العامة التي لم تستكمل في فترة الدورة ، وبذلك ينبغي إعادة تقديمها في الدورة التالية ما لم يتم التخلي عنها . ويُحل البرلمان عادة بمرسوم إما في نهاية فترة ولايته أو عندما تطلب الحكومة حله قبل انقضاء مدته . وجرت الممارسة الحديثة على أن تكفل استمرارية البرلمان بان يتضمن المرسوم الذي يحل البرلمان القائم دعوة إلى إجراء انتخابات لبرلمان جديد ويعلن التاريخ الذي ينعقد فيه البرلمان الجديد ، وإذا خلا التاج بعد حل البرلمان وقبل إجراء الانتخاب العام ، يربحاً انتخاب البرلمان الجديد واجتماعه لمدة 14 يوماً . ولا يؤثر تأجيل جلسات البرلمان على المسائل التي لم تُستكمل . ذلك انه يمكن التعجيل بإعادة اجتماعه (إذا كانت فترة التأجيل أكثر من 14 يوماً) بمرسوم ملكي ، أو بموجب السلطات المخولة لكل من رئيسي المجلسين فيما لو اقتضت المصلحة إعادة انعقاده بسرعة .

ويشكل مجلس اللوردات الغرفة العليا للبرلمان ، وهو يتألف من اللوردات الروحيين وعددهم 26 وهم: رئيساً أساقفة كانتربري (Canterbury) و يورك (York) ، وأساقفة لندن (London) ودورهام (Durham) و ونشستر (Winchester) ، وأساقفة الأبرشيات (Diocesan bishops) الـ 21 التاليين لهم من حيث الأقدمية في كنيسة إنجلترا ، ومن اللوردات الدنيويين: وينقسمون إلى جميع النبلاء والنبيلات بالوراثة في إنجلترا وويلز وبريطانيا العظمى والمملكة المتحدة ممن لم يتخلوا عن ألقابهم بموجب قانون الألقاب لعام 1963 (the Peerage Act 1963) ، وجميع النبلاء والنبيلات الذين منحهم التاج لقب النبل مدى الحياة بموجب قانون منح ألقاب النبل مدى الحياة لعام 1958 (the Life Peerage Act 1958) ، ولوردات الهيئة الاستئنافية (Lords of Appeal) أو لوردات القانون (Law Lords) ، الذين منحوا لقب النبل مدى الحياة بموجب قانوني الاختصاص الاستثنائي لعامي 1876 و 1887 (Jurisdiction Acts 1876 and 1887) لمساعدة المجلس في الاضطلاع بمهامه القضائية وعددهم 20 لورداً يتم اختيارهم من رجال القضاء المتميزين. وقد يكون بعض لوردات القانون أعضاء بالفعل في المجلس ، ويظل جميعهم أعضاء فيه بعد تقاعدهم .

وقد كان لحاملي القاب النبل الوراثة الحق في الجلوس في مجلس اللوردات إلا إذا كانوا قد فقدوا شرط أهلية قانونية معينة ، شريطة أن يثبت حامل اللقب حقه فيه وأن يكون بالغاً من العمر 21 سنة أو أكثر ، علماً

ملخص في : مقارنة الأنظمة القانونية

بأنه يجوز لأي شخص ورث اللقب ، وفي غضون 12 شهراً من الخلافة ، أن يتخلى عن لقب النبيل هذا مدى حياته بموجب قانون منح الألقاب . وبذلك ، يفقد المتخلون عن القابهم حقهم في الجلوس في مجلس اللوردات وإنما يكتسبون حق التصويت في الانتخابات البرلمانية وفي ترشيح انفسهم للانتخاب في مجلس العموم ، غير أنه ومنذ عام 1999 تم إلغاء هذا الحق الوراثي ليتم تعيين 92 من النبلاء الوراثيين لمواصلة الجلوس مؤقتاً . وتمنح القاب النبيل الدنيوية من التاج بناء على مشورة رئيس الوزراء . وهي تمنح عادة إما اعترافاً بما قدمه المرشح من خدمات متميزة في مجال السياسة أو غيره من مجالات الحياة أو رغبة من الحكومة القائمة في أن يكون متلقي اللقب عضواً في المجلس الأعلى . ويمنح مجلس اللوردات ايضاً مكاناً في البرلمان للرجال والنساء الذي يعتبر أن مشورتهم ذات فائدة للدولة ولكنهم لا يودون التورط في السياسات الحزبية . وعلى عكس مجلس العموم ، فإن عدد الاعضاء في مجلس اللوردات غير محدد . وقليل نسبياً هم المتفرغون للسياسة كل وقت .

ويُشكل مجلس العموم الغرفة السفلى للبرلمان ، وهو مجلس ينتخبه المواطنون البالغون بالاقتراع العام ويتألف من رجال ونساء من جميع فئات المجتمع بصرف النظر عن الدخل أو المهنة . وحدد قانون البرلمان الصادر في عام 1911 (*the Parliament Act 1911*) مدة ولاية مجلس العموم بخمس سنوات، وإن كان يمكن حله وإجراء انتخابات عامة قبل انقضاء المدة القانونية . وهناك 650 مقعداً في مجلس العموم : 523 لانجلترا ، و 38 لويلز، و 72 لاسكتلندا ، و 17 لأيرلندا الشمالية .

ويحتفظ أعضاء مجلس العموم بمقاعدهم طوال مدة برلمان ما . وهم يُنتخبون إما في انتخاب عام يجري بعد حل البرلمان ودعوة التاج إلى عقد برلمان جديد ، أو في انتخاب فرعي يجري إذا شغل مقعد في المجلس بسبب وفاة أو استقالة عضو من أعضاء البرلمان أو نتيجة تعيين عضو في مجلس اللوردات. ولعضو البرلمان الراغب في الاستقالة من مجلس العموم أن يفعل ذلك باللجوء إلى الوسيلة الفنية الوحيدة المتمثلة في تقديم طلب إلى وزير المالية لتعيينه في " وظيفة ذات منفعة في ظل التاج " (*an office of profit under the Crown*). وشغل هذه الوظيفة ينطوي على فقدان الأهلية لعضوية مجلس العموم ، وحين يعين عضو البرلمان في وظيفة من هذا النوع ، يشغل مقعده تلقائياً . والوظيفتان اللتان تستخدمان لهذا الغرض هما " ناظر التاج " (*Crown Steward*) أو " مأمور ضاحية ملكية وناظر ابعادية نورشتيد " (*Bailiff of the Chiltern Hundreds and Steward of the Manor of Northstead*) ، وهما منصبان قديمان بدون راتب ولا مسؤوليات. ويستمر التعيين إلى أن يطلبه عضو آخر من أعضاء البرلمان . ولا يُرفض قط طلب التعيين في هذا المنصب .

ولأن البرلمان لا يخضع لمثل القيود القانونية التي تخضع لها الهيئات التشريعية في البلدان التي لديها دساتير مقننة، فإن لديه مطلق حرية التشريع كما يشاء ، ولذلك قيل بأنه يُمكنه إحداث كل شيء ما عدا تحويل رجل إلى امرأة .

ملخص في : مقارنة الأنظمة القانونية

وصلاحيات البرلمان في مجال التشريع تتمثل عموماً في سن أي قانون أو إلغائه أو تعديله ، ورفع التجريم عما كان غير مشروع في الماضي ، وإلغاء ما كان مشروعاً وقت إصداره وجعله مجرمًا ، ومن ثم مخالفة ما استقرت عليه أحكام المحاكم العادية ، وإلغاء اتفاقيات سارية أو تحويل اتفاقية إلى قانون ملزم . على أن البرلمان لا يمارس سلطاته بهذه الطريقة في الحياة العملية ، ذلك أن أعضاءه يضعون نصب أعينهم قانون السوابق القضائية الذي تطور عبر القرون ، وقد اعتادوا على التصرف وفقاً للسوابق والأعراف المقررة . هذا فضلاً عن أن كلا من المجلسين حساس للرأي العام ، ورغم أنه لا يجوز الطعن أمام المحاكم في صحة قانون أصدره البرلمان على نحو قانوني وتم التصديق عليه ونشره من جانب الهيئة المختصة ، فليس من المرجح أن يصدر أي برلمان قانوناً يعلم أنه لن يحظى بتأييد عام ، فنظام حكومة الأحزاب في بريطانيا يكفل سن البرلمان للتشريعات وهو مدرك لمسئوليته تجاه الناخبين .

ويتمتع مجلس العموم ، باعتباره المجلس المنتخب شعبياً ، بمركز السلطة البرلمانية ، فهو صاحب السيادة والسلطة العليا في النظام البرلماني البريطاني ، وأهميته تفوق بكثير أهمية مجلس اللوردات في الوقت الحاضر . وتستند هذه الممارسة الى الاعتقاد بأن الوظيفة التشريعية الرئيسية لمجلس اللوردات إنما تتمثل في مراجعة القوانين وأن هدفه هو أن يكون مجلساً مكماً لمجلس العموم لا منافساً له .

ونتجت هذه الممارسة من خلال عملية تطورٍ وتكيفٍ امتدت عبر قرون من الزمن ، فقد كان المجلسان (العموم واللوردات) يتمتعان ، منذ أن انقسم البرلمان في القرن الرابع عشر الميلادي ، بسلطات متساوية تقريباً فيما يتعلق بإقرار القوانين المالية والعادية. فاتفقهما كان ضرورياً لإقرارها .

إلا أن صلاحيات مجلس اللوردات أخذت بالتناقص لحساب مجلس العموم، وذلك منذ نهاية الثلث الأول من القرن السابع عشر حينما سلب قانون الإصلاح القضائي سنة 1832 وبعده قانونا البرلمان لعامي 1911 و 1949 كثيراً من سلطات وفعالية مجلس اللوردات .

وتتحصّر سلطات مجلس اللوردات في الوقت الراهن في دراسة مشاريع القوانين العادية التي يُجيزها مجلس العموم ، والتي كثيراً ما يُدخل عليها تعديلات ، غير أنه من النادر أن يعترض على مبادئها الأساسية . ولا يملك مجلس اللوردات الحق في إلغاء هذه المشاريع ، إلا أنه يحتفظ بحقه في تأجيل إصدارها لمدة عامين بموجب القانون البرلماني لسنة 1911 . واختصرت هذه المدة لعام واحد فقط بموجب قانون عام 1949 ، مما يعني أنه متى ما أجاز مجلس العموم مشروع قانونٍ ورفضه مجلس اللوردات فإنه يصدر بناءً على تصديق ملكي بعد مهلة مدتها عام .

ونشير إلى أن السلطات المشار إليها آنفاً تتعلق بالقوانين العادية فقط دون أن تمتد للقوانين المتعلقة بالإنفاق والضرائب ، فليس لمجلس اللوردات أي صلاحية في القضايا المالية ، وليس من حقه أن يحول دون إصدارها مشاريع القوانين التي تتناول حصرًا مسائل الإنفاق والضرائب ، فقد كان الاعتقاد السائد هو أن مجلس اللوردات لا يحق له تعديل مشاريع القوانين المالية التي يقرها مجلس العموم ، وذلك إنطلاقاً من المبدأ القائل بضرورة موافقة الشعب بواسطة ممثليه على كل ضريبة يتحملها، وبما أن مجلس اللوردات غير منتخب من

الشعب فإنه لا يحق له فرض الضرائب عليه . إلا أنه كان يحق له أن يوافق أو يرفض الموافقة على مشاريع القوانين المالية كلية . وكان هذا الحق سلاحاً فعالاً بيده لعرقلة مشاريع قوانين المالية التي يقرها مجلس العموم ، لكن مجلس اللوردات فقد هذا الحق منذ العام 1911 .

ثانياً : مكانة التشريع في القانون الانجليزي :

بالرغم من احتفاظ السوابق القضائية بالمكانة الرئيسية في القانون الانجليزي ، إلا أنها بدأت تعرف مزاحمة متزايدة من قبل التشريع ، لا سيما منذ مطلع القرن العشرين ، إذ غدت التشريعات أكثر عدداً وأطول نصوصاً ، حيث سن البرلمان في عام 1901 وحده 40 قانوناً من 247 صفحة ، وفي عام 2003 بلغ عدد التشريعات 47 قانوناً من 2868 صفحة كاملة . وقد تعزز ذلك من خلال انضمام المملكة المتحدة إلى السوق الأوروبية المشتركة (الاتحاد الاوروبي فيما بعد) سنة 1973 ، باعتبار أن الاتفاقيات الدولية لا تصبح نافذة في القانون الانجليزي إلا من خلال إدماجها في القانون الداخلي بموجب قانون خاص يصدره البرلمان ، وهو ما ضاعف من تدخل المشرع في صناعة القانون .

ومع ذلك ، فإن الطفرة التي عرفها التشريع في إنجلترا هي طفرة كمية أكثر منها نوعية ، ذلك أن الفكر القانوني الانجليزي لا يزال ينظر إلى التشريع باعتباره جسماً غريباً عن النظام الانجليزي ، ويتم التعامل معه باعتباره مصدراً ثانوياً واستثنائياً للقانون ، يجمع سلسلة من التصحيحات او الملحقات من شأنها ان تصحح او تكمل الهيكل الأساسي للقانون الانكليزي الذي يتألف من القانون القضائي .

ولا تعد التشريعات البرلمانية قواعد قانونية معترفاً بها إلا عبر التطبيقات القضائية ، بمعنى أن القضاء عندما يتولى تطبيقها ، يقوم بتفسيرها ويعيد صياغتها ومن ثم يجعلها تتصف بطبيعة " الكومن لو" ، وحينها فقط يمكن القول أنها أصبحت جزءاً لا يتجزأ من القانون الانجليزي ، لذا فإنه متى شاء فقهاء القانون التعرف على تشريع ما ، فإنهم يرجعون إلى الأحكام أو التطبيقات القضائية المتعلقة به (أي التشريع) ، وليس إلى نصوصه ، فيتعرفون الى القاعدة القانونية على الصورة التي ألفوها وهي صورة القاعدة القضائية .

ويفترض القضاء الانجليزي أن المشرع عند وضعه النص الجديد لم يقصد إعادة النظر في المفاهيم الاساسية ، ولا تغييراً جذرياً للنظام القديم خاصة قواعد الكومن لو ، وإنما فقط إدخال تعديلات طفيفة لاستكمال ما ينقص النص القديم . ومن جهة أخرى ، بإصدار النص الجديد ، المشرع لم يقصد فرض التزام من دون خطئ ، أو حرمان شخص من حق قائم ، أو استبعاد سلطة الرقابة التي يتمتع بها القاضي .

ومن النتائج العملية للنظرة الانجليزية للتشريع كذلك ، أنه وفي حالة إلغاء أو تعليق العمل بتشريع معين فإن السابقة القضائية التي كانت تحكم المسألة ستعاود الظهور من جديد ، وهو حال قانون " المثل أمام المحكمة" ، والذي يُعطي لكل محتجز الحق في الطعن في قانونية احتجازه أمام قاضي ، وفي مهلة قصيرة، فقد تم تعليق العمل بهذا القانون إبان الحرب العالمية الثانية ، غير أن القضاة استمروا في تطبيق الاجراء معتبرين أن تعليق النص قد أحيى السابقة القضائية الموجودة منذ القرن الثالث عشر والتي تُقر الحق في المثل الفوري أما قاضي .

الفرع الثالث : العرف والفقہ :

استقر في أذهان العديد من الدارسين لمصادر القانون الانجليزي أن هذا الاخير هو قانون عرفي بامتياز (أولاً) ، وأن للفقہ دور ثانوي قليل الأهمية (ثانياً) ، وهذا اعتقاد مجاف للحقيقة .
أولاً : العرف :

بالرغم من الإعتقاد الشائع بأن القانون الانجليزي هو قانون عرفي غير مكتوب ، فإن الحقيقة غير ذلك ، فالقانون الانجليزي ، كما تقدم ، هو قانون قضائي تكون على المدى الطويل من الأحكام القضائية التي حلت محل الأعراف المحلية التي أخذ بها في العهد الانجلوسكسوني .
وإن كان هذا القانون قد أخذ ببعض الأعراف المحلية ، إلا أنها فقدت صفتها العرفية الأصلية بعد أن أصبحت قواعد قضائية أو قواعد تشريعية ، ليبقى دور العرف في إنجلترا ، كما هو الحال في فرنسا ، محدوداً في نطاق ضيق ليكون مصدراً ثانوياً من مصادر القانون .
وقد تكونت الصورة المضللة عن القانون الانجليزي بسبب آراء شراح القارة الأوروبية عند انتشار ظاهرة التقنين في القرن 18 ، لأن القانون عندهم يتأرجح بين أحد وصفين لا ثالث لهما ، فإما أن يكون مكتوباً ومقنناً ، وإما أن يكون عرفياً . ومادام أن القانون الانجليزي قانون قضائي غير مقنن فاعتبروه قانوناً عرفياً .
ثانياً : الفقہ :

حسب القاموس « *Black's Law Dictionary* » فإن مصطلح " *Doctrine* " (الفقہ باللغة الإنجليزية) يُشير بالخصوص لدراسة نظام قانوني ، أو لدراسة المبادئ الكبرى للقانون أو فلسفة القانون . ويُكرس فقہ القانون نفسه للتخمين البسيط الذي لاعلاقة له بعمل القاضي أو المحامي . إن هذا التقليل من قيمة الفقہ لا يتوافق مع الواقع بتاتاً . فمعظم كبار فقهاء القانون الانجليزي هم في الأصل قضاة ومحامون من خريجي كليات الحقوق . وجميع قضاة المحاكم العليا هم قضاة وفقهاء عالمون بالقانون ، وأحياناً يكونون أكثر معرفة من الأساتذة أنفسهم .

وتتطلب دراسة الكومن لو التوقف عند مصنفات وكتابات كبار الفقهاء من الحقوقيين الانجليز في العصور المختلفة لأن لها أهميتها الكبيرة ، فقلما يخلو قرار قضائي من الإشارة إليها ، أو الاستناد عليها .
ومن أبرز المؤلفات القانونية ، التي كان لها الأثر الكبيرة في تطور القانون الانجليزي مؤلفات كل من هنري براكتن (1268-1210) (*Henry of Bracton*) ، و جون جلانفيل (1542 - 1600) (*John Glanville*) ، و إدوارد كوك (1552 - 1634) (*Edward Coke*) ، و ويليام بلاكستن (1723 - 1780) (*William Blackstone*) ، و جيرمي بانتام (1748 - 1832) (*Jeremy Bentham*) ، وآخرين غيرهم .

ويشتمل الفقہ الانجليزي على نوعين من المؤلفات القانونية المعتمدة :

1/ المؤلفات القانونية القديمة ، التي تعد مصدراً أصلياً لقانون الكومن لو ، ومن أشهرها مصنفات الفقہ إدوارد كوك المعنونة بـ "التقارير" (*Reports*) و كذلك " تعليمات قوانين إنجلترا"

(*The Institutes of the Laws of England*) ، ومنها مؤلف الفقيه بلاكستون الموسوم بـ (شروحات القوانين في انكلترا) (*Commentaries on the Laws of England*) المنشور عام 1765 ، وهذا النوع من المؤلفات القانونية هو تجميع للقواعد الإلزامية ، وقد حازت صفة الإلزام *Books of Authority* « بما يعني أن سلطتها تضاهي سلطة التشريعات في النظام اللاتيني الجرمانى .
2/ المؤلفات القانونية المنهجية المعاصرة ، التي لا تتضمن قواعد إلزامية ، على الرغم من تمتع مؤلفيها بالاحترام الكبير .

المطلب الثاني : بنية القانون الانجليزي :

تبدو البنية القانونية للقانون الانجليزي مختلفة عن بنیان الشريعة "اللاتينية الجرمانية" سواء من حيث التقسيمات والمفاهيم (الفرع الأول) ، أو من حيث طبيعة القاعدة القانونية ذاتها (الفرع الثاني) .
الفرع الأول : تقسيمات القانون الانجليزي و مفاهيمه :

لا يعرف القانون الانجليزي التقسيم إلى قانون عام وآخر خاص ، ولا إلى قانون مدني وقانون تجاري وقانون إداري ، كما هو حال القوانين اللاتينية الجرمانية ، بل يُقسم إلى قانون تشريعي (*statute law*) وقانون قضائي (*case law*) ، ويُقسم هذا الأخير إلى قانون كومن لو (*common law*) وقانون عدالة (*Equity*) ، ويُعد هذا التقسيم ، إلى جانب السابقة القضائية، أحد أبرز مميزات ومعالَم القانون الانجليزي .

ولا يحتاج القانون الانجليزي إلى تجميع موضوعات وقواعد تحت عناوين وتصنيفات معينة لفروع القانون العام أو الخاص ، ولا إلى أنظمة مختلفة بعناوين أوسع كنظام الحقوق المالية بين الزوجين ونظام الارث ونظام الشركات وغير ذلك ، كما هو الحال في الأنظمة اللاتينية الجرمانية ، بل يكتفي القانون الانجليزي بالتقسيم الأساسي إلى " كومن لو" أو " عدالة " ، أما مواضع القانون وفروعه فلا تدخل في تصنيف معين ، إنما تُكوّن مواضيع منفصلة ومتفرقة تحت عناوين مختلفة كالعقد و الضرر و الملكية العقارية و ملكية الاموال المنقولة و الائتمان و بيع السلع والكفالة... إلخ .

هذا وتغيب عن النظام الانجليزي فكرة تقسيم القضاء إلى عادي وإداري ، على نحو ما هو موجود في فرنسا أو الجزائر ، فبالرغم من وجود هيئات إدارية غير أنها لا تختص بالنزاعات في مواجهة المصالح الحكومية أو الهيئات العامة فقط ، بل تصدر أيضاً أحكاماً بشأن حقوق والتزامات معينة على مواطنين بصفتهن الشخصية تجاه بعضهم بعضاً . ومع ذلك فقد شهدت المملكة المتحدة مؤخراً نسبياً وجود هيئات قضائية غرضها حل النزاعات بين الأشخاص العاديين والهيئات العامة كتلك المعنية بالتأمين الاجتماعي والضرائب وحق الدخول أو زيارة المملكة المتحدة .

ولا توجد في المملكة المتحدة هيئة عليا للرقابة على دستورية القوانين ، ولعل ذلك مرتبط بفكرة سمو الدستور وتدرج القوانين والتي لا تجد لها مكانة في الفكر القانوني الانجليزي .
وتجدر الإشارة أنه خلافاً للاعتقاد الشائع بأن الدستور الانجليزي هو دستور عرفي ، فإن الحقيقة خلاف

ملخص في : مقارنة الأنظمة القانونية

ذلك ، إذ لا تملك إنجلترا بالفعل دستوراً مقنناً في وثيقة واحدة ، غير أن عديد قواعده مكتوبة ترجع لأصول قضائية ، بينما يرجع بعضها الآخر إلى أصول تشريعية ، مثل :

- الماغنا كارتا في عام 1215 (*Magna Carta*) ،
- شرعة الحقوق في عام 1689 (*Bill of rights*) ،
- قانوني الإصلاح القضائي لعامي 1832 و 1867 (*Judicial Reform Act of 1832* and 1867) ،

- قانون تمثيل الشعب لعام 1928 (الذي منح المرأة الحق في التصويت مثلها مثل الرجل سواء بسواء) (*the People's Representation Act 1928*) ،

- التماس الحقوق لعام 1628 (*Petition of rights*) ،
- معاهدة الاتحاد 1706 (*Treaty of Union 1706*) ،
- قانون الجماعات الأوروبية لعام 1972 (*European Communities act 1972*) ،
- قانون حقوق الإنسان لعام 1998 (*Human rights act 1998*) ،
- قانون اسكتلندا، قانون حكومة ويلز ، وقانون أيرلندا الشمالية لعام 1998 (*Scotland act, Government of Wales act, et Northern Ireland Act 1998*) ،

- قانون الإصلاح الدستوري لعام 2005 (*Constitutional reform act 2005*)

ومما يجب التنويه إليه بأن ما يسميه الانجليز دستوراً إنما هو مجموعة قواعد تحققت نتيجة نضالات الشعب في المملكة المتحدة لتأكيد حقوقه وتقييد وتحديد سلطات عواهل الممالك التاريخية لبريطانيا العظمى وأيرلندا .

أما من حيث المفاهيم والمصطلحات ، فهناك مفاهيم ومصطلحات خاصة بالقانون الانجليزي وغريبة على رجال القانون في القارة الأوروبية كالمواطن الأصلي وعقد تأسيس الشركة والترست وغيرها ، وفي المقابل نجد مفاهيم في القانون الروماني الجرمانى ، كالشخصية المعنوية والغش والمخالفة وحصّة المؤسس في الشركة ، غريبة في دلالتها عن رجل القانون الانجليزي .

الفرع الثاني : طبيعة القاعدة القانونية في القانون الانجليزي :

من الضرورة بمكان التمييز بين القاعدة القانونية القضائية (أولاً)، والقاعدة القانونية التشريعية (ثانياً) .

أولاً : القاعدة القضائية :

إن المصدر الأساسي للقاعدة القانونية في القانون الانجليزي ، كما رأينا ، هي الحلول التي يتوصل إليها القضاء بمناسبة نزاع مطروح أمامه فيطبق هذا الحل الذي يسمى بالسابقة القضائية على القضايا اللاحقة كلما تشابهت وتقاربت الوقائع .

وعليه فإن فكرة القاعدة القانونية في الكومن لو تختلف عن تلك القاعدة التي يقوم عليها النظام الروماني الجرمانى ، فالسابقة القضائية - التي تقوم مقام القاعدة القانونية - هي قاعدة خاصة بواقعة معينة تعطي الحل الفوري لنزاع مطروح ، ولذلك فهي تتميز بطابعها المفعم بالحيوية حيث يتم تشكيلها على أساس كل حالة على حدة ، مما يجعلها أقل عمومية وتجريداً وأكثر واقعية ودقة وتفصيلاً من القاعدة القانونية في النظام الروماني الجرمانى المتسمة بالعمومية والتجريد .

وإذا كان القاضي يكتفي في النظام الروماني الجرمانى بتطبيق القانون ، وتتنصر سلطته فيما يحدده له ، فإن مهمة قاضي الكومن لو لا تقتصر على تطبيق القانون فحسب بل تتعداه ليلعب مهمة المشرع ، إذ يتولى بنفسه صنع القاعدة القانونية (*judge made law*) ليعالج القضايا الفردية التي تطرح أمامه ، فيسوغ القاعدة ويطبّقها على الواقعة ، وتسري فيما بعد على الحالات المماثلة لها . ولعظمة هذا الدور يُختار القضاة الانجليز من بين رجال القانون الممارسين الذين يثبتون كفاءة عالية وخبرة معتبرة . وهو ما مكّنهم من جعل القضاء سلطة حقيقية في مستوى كل من السلطتين التشريعية والتنفيذية.

وخلافاً لما هو شائع من أن القاضي الانجليزي يصنع القاعدة ويخلقها ، يرى الفقيه " بلاكستون (*Blackstone*) " (الذي يُعادل تأثيره في مفهوم الانجليز للكومن لو تأثير "مونتسكيو " (*Montesquieu*) في فكرة الفصل بين السلطات عند الفرنسيين) أن القاضي لا يتمتع بوظيفة إنشاء القانون ولا يُمكنه أن يُشكل القانون وفقاً لما يعتقد أنه يجب أن يكون ، بل هو مجرد كاشفٍ عن القانون وناطق رسمي باسمه .

إن السلطة التي يمنحها "بلاكستون " (*Blackstone*) للقاضي متواضعة ، إذ أنه يشير إلى أن الكومن لو هو في الأساس العرف القديم والسحيق ، الذي يتم اكتشافه فقط من خلال نشاط القاضي بحثاً عن الصالح العام، ومتى تعلن المحكمة من وقت لآخر عن قراراتها ، عندها فقط يتم الإعلان عن "قاعدة من قواعد" الكومن لو " والتي كانت محل شكٍ في السابق لتصبح الآن قاعدة رسمية وثابتة .

ثانياً : القاعدة التشريعية :

يطغى الطابع التقني على صياغة النص القانوني بحيث يُحرر بصفة مفصلة ودقيقة ، متضمناً تعاريف تمهيدية وتعاريف المصطلحات ، ثم تليها شروط تطبيق كل قاعدة وتوضيحها بدقة مع دراسة كل الحالات أو الافتراضات التي يمكن حدوثها ، مع تنظيم الآثار المترتبة على ذلك بدقة كبيرة . وتتألف القاعدة من فقرات طويلة تتخللها إحالات متعددة وتعقبا أو يُضاف إليها ملاحق طويلة . والهدف من التفصيل والتطوير والإيضاح هو تسهيل مهمة القاضي الذي سيطبق هذه القاعدة لأن التشريع ، كما أشرنا سابقاً ، لا يزال يقوم بالدور التصحيحي والتكميلي للقانون .

وقد أرسى العمل القضائي الانجليزي ، مستنداً لرؤيته للتشريع باعتباره مصدراً ثانوياً واستثنائياً ، ثلاث قواعد رئيسية يتحتم اتباعها بدقة عند تطبيق التشريعات وهي القاعدة الحرفية ، القاعدة الذهبية وقاعدة إصلاح الأذى .

- 1/ القاعدة الحرفية (*the Literal rule*) : يجب تفسير التشريع حرفياً وذلك بتفسير صارم للكلمات في معانيها العادية ، وبدون قياس ولا استقراء . وكثيراً ما يؤدي التفسير الحرفي للقاعدة التشريعية إلى تفسير سخيف ، وعندها يتم القيام بإلغائه .
- وتطبق هذه القاعدة على النص الذي لا يحتوي على مصطلحات تحتمل أكثر من معنى . أما إذا كانت الصياغة تسمح بأكثر من تفسير حرفي لمضمونها فهنا يلجأ القاضي لما تُعرف بالقاعدة الذهبية .
- 2/ القاعدة الذهبية (*the Golden rule*) : عندما يحتمل النص التشريعي أكثر من معنى ، فإن القاضي ملزم باستبعاد كل تفسير سخيف ، والأخذ بالتفسير الأكثر منطقية .
- 3/ قاعدة إصلاح الأذى (*the Mischief rule*) : وينحصر تطبيق هذه القاعدة على التشريعات التي تهدف بالأساس لإصلاح عيب ما موجود في القانون ، وهنا يتوجب على القاضي تفسير مضمون النص بما يتوافق على الأكثر مع هذا الهدف .
- وتجدر الإشارة إلى أن الاستعانة بالأعمال التحضيرية والتوضيحية للبرلمان لتفسير النص التشريعي هي ممارسة غير شائعة في دول "الكومن لو" عكس دول النظام اللاتيني الجرمانى ، ولم يتم التعرف في بريطانيا على هذه الممارسة المسماة بـ (*looking into Hansard's*) إلا في سنة 1992 أين قضى الحكم الصادر في قضية "بيبر ضد هارت" (*Pepper v. Hart*) بإمكانية الرجوع إلى العمل البرلماني لتفسير التشريع . لكن البريطانيين يترددون في هذه الممارسة لأن النصوص التشريعية بالنسبة لهم يجب أن تكون واضحة ويخشون أن يستخدم بعض السياسيين الأعمال البرلمانية لتمرير آرائهم الخاصة .

