الأستاذ الدكتور
مسعود شيهوب

ملخص محاضرات القانون المقارن

ماستر 1. شريعة وقانون

بسم الله الرحمن الرحيم

القانون المقارن Droit comparé

ان مادة القانون المقارن هي من المواد الاساسية المدرجة في الوقت الحاضر ضمن مقررات كليات الحقوق في مختلف الجامعات ، وهذا وحده يعتبر في رأي البعض دليلا ناصعا على أنها مادة حية توطدت دعائمها وثبتت فائدتها . ويطلق البعض على تلك المادة اسم " الانظمة القانونية الكبرى المعاصرة

Les grands systèmes juridiques contemporains ، ويقولون عن اثبات فائدة تلك المادة ((ان العالم المعاصر تسوده دول عظمى كالولايات المتحدة والاتحاد السوفيتي ، كما تتجه نحوه دول أوربا نحو الوحدة الشاملة ينبغي لذلك ألا تقتصر الدراسة القانونية على قانون وطني بعينه — كالقانون الفرنسي — بل أن تمتد الى الالمام بمختلف الأنظمة القانونية المتباينة السائدة من العالم الحديث))

وقد جرت العادة على أن يمهد أستاذ مادة القانون المقارن لدراساته بمقدمة مستفيضة يتناول فيها بالتحديد موضوع الدراسة المقارنة للقوانين بوجه عام فيبين طريقتها والفائدة المرجوة منها ، ذلك أن الدراسة المقارنة للقوانين حديثة العهد في الجامعات المختلفة ولم يستقر الرأي على طريقة معالجتها بل الخلاف على أشده حول طبيعة هذه المادة ، فمن العلماء من يذهب الى اعتبارها علما قائما بذاته (لامبير L MEERT وسالي SALEILLES) . ومنهم من يرى فيها أكثر من طريقة مستحدثة من طرق البحث الفقهي (جوتريدج ودانيد) .

ونحن نرى أن مادة القانون المقارن علم قائم بذاته متميز عن غيره من العلوم القانونية وان كان هناك فريق من الفقهاء المحدثين يتجه الى اعتبارها مجرد فن من فنون البحث أو طريقة من طرق معالجة المسائل القانونية . ويؤكد ما نذهب اليه بحث التطور التاريخي لهذا العلم وبيان موضوعه ووظائفه وطبيعته .

أولا — التطور التاريخي :

ترجع الدراسة القانونية المقارنة في نشأتها الى عهود قديمة ، فقد عرفت دراسة القوانين الاجنبية في كل العصور المتعاقبة على مدى الاجيال ، كما عرفت عملية الموازنة ما بين التشريعات المتباينة .

.../... ف

وترجمت أكثر التشريعات الاجنبية الى اللغات الوطنية ، واحتوى التراث الفقهي الاسلامي على عدد من المؤلفات تناولت المقارنة بين المذاهب المختلفة المعروفة في الشريعة الاسلامية ومن جهة أخرى تمكن الفقهاء القدامى بفضل عكوفهم على بحث ودراسة العادات المقارنة من استخلاص ، المبادئ العرفية العامة التي ارتكزت عليها بعض القوانين مثل القانون الخاص في المانيا Deutsches riv trecht والقانون الكنسي في انجلترا Dr it C-non

ومع ذلك فان اصطلاح القانون المقارن Dr it comparé لم يستعمل سواء في فرنسا او في غيرها من الدول الا من عهد حديث نسبيا يرجع الى النصف الثاني من القرن التاسع عشر . ولم تتأكد فائدة هذا العلم الحديث الا منذ اوائل القرن العشرين حيث أصبحت الدراسات التحليلية فيما بين مختلف القوانين لاستخلاص الاصول الاولى التي تخضع لها كثير من المسائل الضرورية الملحة وتزايدت منذ ذلك التاريخ المعاهد والمؤتمرات والملتقيات وحلقات الدراسة المعنية بالقانون المقارن بل أن الدراسة المقارنة سوف تصبح ـ كما يقرر العالم الالماني اهرنج ((هي المنهج العلمي الوحيد لدى فقهاء القانون في المستقبل)) .

xx وقد ارتبط نجاح علم القانون المقارن بعملية الانتقال من مرحلة النزعة القومية المغلقة Nationalisme الى مرحلة النزعة العالمية والانفتاح Universalisme وهي العملية التي انعكست آثارها على العلوم بصفة عامة وعلى علم القانون بصفة خاصة . ففي فرنسا مثلا كانت الحلول التي تضمنها تقنين نابليون هي الصياغة القانونية النهائية التي لا محيد عنها في نظر الفقهاء الفرنسيين ، والتي لا تقبل الا التفسير الحرفي الجامد لمواجهة المشاكل الواقعية وعلى الشعوب الاجنبية أن تتبع بلا منازع هذا النموذج الفرنسي الفريد . وبحذرنا من ذلك قول الفقيه الفرنسي بيجنيه BEUGNET " أيها السادة انني لا أقوم بتدريس القانون المدني ، فأنا لا أعرف في الواقع الا تقنين نابليون " essieurs , je n'enseigne pas le droit civil , je ne connais que le code napoléon

ولكن دول أوربا وأمريكا اللاتينية ما لبثت أن أعدت في النصف الثاني من القرن التاسع تشريعات خاصة لا تحذو حذو تقنين نابليون . وبدأ ظهور القانون المقارن بهذه المناسبة باسم " التشريع المقارن " Logislation comparé وبموجبه دراسة وتحليل تلك التشريعات الجديدة بهدف اصلاح القوانين الفرنسية ذاتها وتطويرها ، وأسست في فرنسا عام 1869 " جمعية التشريع المقارن " ، كما أنشئ في وزارة العدل الدرسية عام 1876

ف . . . / . . .

ص . ع

" مكتب التشريع الاجنبي " لمعد رجال القضاء بالقوانين الاجنبية وتسهيل معرفة الموازنة ما بين القوانين المتنازعة لنشر ترجمة كاملة لها ، وهكذا اصبح الهدف من التشريع المقارن ملبيا للفكرة السائدة آنذاك من حيث الشؤون بالقوانين والتشريعات الفرنسية والكفاء سباقا والوصول بحا الى حد الكمال .

وفي عام 1900 انعقد في باريس أول مؤتمر دولي للقانون المقارن حضره العلماء من القارة الاوروبية ولم يمثل فيه البلاد ذات الثقافة القانونية الانجلوسكسونية سوى بلجيكا انجلترا واحد هو " فردريك بولوك " وعلى الرغم من أن أعمال هذا المؤتمر ومجهوداته تمثلت حول المقارنة الخاصة بطبيعة وموضوع القانون المقارن الا انها تمخضت في الواقع عن تحديد طبيعة هذا القانون وهو " خلق تشريع عام موحد ومشترك بين دول العالم المتحضر في بطلان لفكرة العالمية عن طريق الاتفاقات الدولية "

ولقد ألقى سيد العالمية الذي سيطر على أعضاء المؤتمر سنة 1900 بخمسة عشر عاما فكرة جديدة في أعقاب الحرب عام 1914 ، اذ وجدت الدول المتحالفة والشريكة خطة تضيف الى توحيد القوانين المتحالفة ، وكان تأسيس عصبة الامم وقتذاك أول خطوة في التاريخ لخلق منظمة عالمية تنعقد عليها آمال البشرية ، بيد أن الوقت لم يكن قد حان بعد لتوحيد القوانين عالميا الا في حدود ضيقة متواضعة فيما بين الدول التي تجمعها تقاليد واحدة مشتركة وقد تحققت بعض النتائج المرجوة في هذا المجال منها تحرير المشروع الفرنسي الايطالي بشأن الالتزامات المدنية عام 1929 والذي كانت التجربة السابقة في الواقع دافعا قويا لتدعيم علم القانون المقارن وتثبيت ، وتوسيع نطاقه ، اذ تم هناك لقاء القارة الاوربية اكتشاف القوانين الانجلوسكسونية والامريكية ، وتم للقضاء الانجليز من جانبهم اكتشاف الفوائد العظيمة التي تنطوي عليها قوانين القارة الاوربية ولقد كان لادخال القوانين الانجلوسكسونية والامريكية في مجال القانون المقارن عاملا هاما في تغيير موضوعات هذا القانون

يقصر
ملاحظ أنه فلم يعد يقتصر بحثه على هدف تطوير القوانين وتوحيدها بل صار الاهتمام له بكيان مستقل وتكونت تبعا لذلك طائفة متخصصة من رجال القانون
Comparatists
الذين بدأوا يعملون — بحكم تكوينهم — على اجراء الموازنة ما بين القوانين الوطنية والقوانين الاجنبية لاستخلاص أصولها المشتركة وبيان الفروق التي تباعد بينها ..

ثم حدث تطور جديد نتيجة الحرب العالمية الثانية ، اذ تحقق نوع من التوازن بين دول العالم ، وتغيرت ظروف الحياة الانسانية وأوضاعها بسبب الاكتشافات العلمية الحديثة ، مجالات جديدة امام علم القانون كما اسندت الى علم القانون المقارن مهام جديدة ، وبدا واضحا أن الوحدة القومية في العالم الحديث — الذي اختفت فيه المسافات والحدود — تنطوي على خطأ فادح سواء بالنسبة للعلوم القانونية أو لغيرها من العلوم . ولقد انعكس آثار سهولة انتقال الاشخاص والاموال بدورها على الفكر القانوني ، وهو ما احدثته ايضا عملية التنمية وبناء الهياكل والاقتصادية والاجتماعية وتنظيم الانتاج والعلاقات الاجتماعية والمنافسة التجارية وتأميم المشروعات .

وهكذا انتهى دور علم القانون المقارن الى مرحلة لم يعد يقتصر بحثه فيها على دراسة بعض القوانين الغربية او الاوروبية ذات التراث الروماني — كما كان الحال عام 1900 — بل امتد ليشمل كافة قوانين العالم السائدة في الاوقات المعاصرة كالقوانين الانجليزية والسوفيتية واليابانية وقوانين الدول الديموقراطية الشعبية كالصين ولقد أصبح من المحتم على رجال القانون في الوقت الحاضر الا يتجاهلوا الاوضاع العلاقات الجديدة التي احدثتها القوى الاقتصادية والسياسية العالمية وان يلتزموا في الدراسة والبحث بتدويل المعرفة القانونية لانهم منظرون الى مواجهة معاملات وعلاقات لا حصر لها مع تجار امريكيين وهنود ودبلوماسيين وصينيين ، وجميعا غير مهيئين لقبول المنطق القانوني السائد في البلاد ذات القوانين الرومانية

ثانيا — وظائف القانون المقارن :

1 — توحيد القانون Unification du droit يقوم القانون المقارن بوظيفة اساسية هي اصلاح قوانين مختلف الدول وتطويرها وتوحيدها . ولكن الملاحظ ان فكرة التوحيد العالمي للقانون عن طريق التشريع لم تتحقق الا في مجالات محدودة لاسيما بالنسبة للقوانين

ف..../....

حديثة النشأة مثل قانون الفضاء وقانون الطاقة النووية حيث تبدو بوضوح — في هذه المجالات وغيرها — مزايا التنظيم الموحد ولا تعترض عملية التوحيد اية صعوبات مصدرها التقاليد القانونية الموروثة ، وكذلك في بعض المجالات الاخرى مثل القانون البحري وقانون التجارة الدولية

وتوحيد القانون بالطريق التشريعي يتطلب تظافر مجهودات الفقهاء على الاخص في إطار المنظمات الاقليمية كالسوق الاوروبية المشتركة ومجلس المساعدة الاقتصادية المتبادلة للدول الاشتراكية ومنظمة الوحدة الافريقية وغيرها وكذلك في اطار الدول الاتحادية مثل كندا والولايات المتحدة الامريكية .

والى جانب التوحيد التشريعي للقانون يقوم القانون المقارن بوظيفة أخرى هي التنسيق L'harmonisation بهدف تنسيق صور الخلافات القائمة بين قوانين مختلف الدول

2 — الادراك العالمي للقانون :

لم يعد تطور القوانين وتوحيدها والتنسيق بينها هي الوظيفة الوحيدة للقانون المقارن بل ان هذا القانون يضطلع في العصر الحاضر بمهمة أخرى هي المساعدة على فهم وتعارف النظم القانونية واقامة ما يعرف بالتعايش السلمي بين مختلف الانظمة القانونية بدلا من المحافظة على المدنية وتقدمها . ان العالم في هذا القرن العشرين لم يكن يعترف بالافضلية إلا للقوانين الغربية الاوروبية ويرى ضرورة تنظيم العلاقات الدولية وفقا للافكار السائدة في الفقه التقليدي الروماني ، ولكن الامر الآن يختلف عن ذلك كثيرا فالبلاد الناطقة بالانجليزية — ورث فقهاؤها ثقافة أخرى غير الثقافة الرومانية — وكذلك الدول الاشتراكية ودول العالم الثالث ترفض جميعها تقرير تلك الافضلية للقوانين الاوروبية . والحق انه يستحيل علينا ان نتمثل الظروف والاوضاع الجديدة في علاقات التجارة والسياسة الدولية قبل ان نتمثل اخذها في الحسبان وتكوين وتدريب رجال القانون والدبلوماسية — بالدراسة ، المقارنة — على ادراك القانون عالميا شاملا حتى يتيسر لهم التفاهم مع غيرهم بسهولة ، فالحجة التي يمكن ان تقنع القاضي الفرنسي مثلا قد لا تصلح لاقناع غيره من القضاة ، والدخول في مفاوضات لابرام عقد تجارة أو اتفاقية دولية تتطلب الكثير من المعرفة المقارنة . ولعل هذا ما دفع ادوارد لامبير الى تأسيس معهد القانون المقارن في ليون بفرنسا سنة 1920 بهدف إعداد المستشارين القانونيين المختصين بإدارة شئون التجارة الخارجية .

.../...ف

ص 5

3 — استيعاب القانون الوطني :

يعتبر القانون المقارن اداة لا غنى عنها لتجديد العلم القانوني بصورة القانون الوطني وتفسيره على احسن ما تكون الصورة والتفسير . واذا كان اعضاء التعليم على البحث في احكام قانونهم الوطني يكسبهم نوعا من الخبرة الفنية الا أنه لمساعدتهم على اداء مهمتهم الرئيسية في تفهم احكام ذلك القانون وتطويرها فانه استعانوا بالمقارنة والدراسة المقارنة أكثر اداء لهذه المهمة إن دراسة القانون الوطني دراسة مقارنة تطلع الوطنيين على الاتجاه الحقيقي بنطاق ذلك القانون وتمكنهم من استيعابه وتفهمه على كل المشاكل وتحليلها وتفادي اخطاء التطبيق، أما دراسة القانون الوطني من زاوية وطنية بحتة فانها تنطوي على خطورة كبيرة لان من شأنها انتشار ذلك القانون والحد من اجتهاد القضاء وتقدمه على الاستيعاب والعمل المتكرر . ويعبر رينيه ديفيد عن ذلك بقوله :

Vouloir enfermer la science juridique dans les frontières d'un Etat et prétendre l'exposer ou la développer sans tenir compte de la pensée et des expériences étrangères c'est pour le juriste limiter à la fois ses possibilités de connaissance et d'action .

ثانيا — طبيعة القانون المقارن :

الواقع ان مادة القانون المقارن لها ناحيتان اثنتان ، هي من ناحية تقوم على دراسة مختلف للنظم القانونية في التشريعات المختلفة .

— وهذا هو الجانب الوصفي من جانبي هذا العلم الحديث ثم انها من ناحية أخرى استخلاص الاصول الاولى التي تخضع لها النظم القانونية في مختلف البيئات وتكشف عن أسباب الفروق القائمة بين النظم القانونية المختلفة . وهي الكشف عن الاصول والفروق القائمة بين التشريعات المختلفة واظهار الاساليب المهيأة القانونية وأثر العوامل الاجتماعية والاقتصادية وغيرها من الاوضاع القانونية المتباينة وهذا هو الجانب الانشائي أو التوحيدي Synthétique من جانبي مادة القانون المقارن .

وليس من السليم أن ينظر الى الجانب التحليلي لمادة القانون المقارن على أنه دراسة لنظم قانونية اجنبية . فالقانون المقارن ليس دراسة القوانين الاجنبية بل شيء آخر . فاذا قصر الباحث دراسته التحليلية على مجرد استعراض أحكام القوانين الاجنبية .

المختلفة بالنسبة الى موضوع معين فانه لايكون قد أتى بجديد — مما يصلح محلا لعلم قائم بذاته .

ان دراسة قانون معين يتولاها في العادة على الوجه الاكمل فقهاؤه في البلد الذ يطبق فيه ذلك القانون فما الذى يضيفه الى العلم الفقيه الذى يجعل من ذلك القانون مادة للمقارنة ؟ الواقع أن الفقيه الذ ى يقوم بدراسة القانون الاجنبى ليقارنه بقانونه الوطنى لا يبحث في احكامه للوصول الى تطبيقها كما يفعل ذلك فقهاء ذلك القانون الاجنبي ، بل انه يتناوله بالدراسة باحثا عن الاصول الاولى التي تحكمه وعن المؤثرات التي أدت الى تكييفه على نحو معين وهو يقوم بهذا البحث واعيا منتبها الى ما في قانونه الوطنى من أحكام متشابهة أو متباينة . فالجانب الوصفى لمادة القانون المقارن ينطوى بذاته على حقائق علمية جديدة غير تلك التي يدركها الباحث في القانون الاجنبي بغية تطبيقه في بلده الاصلى أو في بلد آخر وفقا لقواعد القانون الدولى الخاص . واذا كان حكم هذا العلم كما يقول استيوارت ميل هو أنه يكشف عما هو كائن بخلاف الفن الذى يوجى بما يجب أن يكون ، فان القانون المقارن بتقريره لتلك الحقائق الجديدة يعتبر في حد ذاته علما متميزا عن غيره من العلوم القانونية الاخرى .

وهذا واضح كل الوضوح اذا ماانظرنا الى الجانب الانشائى لمادة القانون المقارن ، فاستخلاص الاصول العامة المشتركة ، وكذلك تبيان اسباب الاختلافات القائمة بين التشريعات المتباينة وما تنطوى عليه تلك الاختلافات من تنوع في أساليب الصياغة ومن تفاعل مع مؤثرات البيئة — كل ذلك يصلح موضوعا لعلم قائم بذاته مستقل عن غيره من العلوم القانونية

ولكن يجب الا يختلط في هذا التصور علم القانون المقارن بما يسمى في العادة بفلسفة (٧) القانون أو بالنظرية العامة للقانون ، إن دراسة أساليب الصياغة القانونية technique juridique ومختلف التصورات والافكار القانونية الاساسية تتناولها في العادة النظرية العامة للقانون ، كما أن دراسة تأثير العوامل الاجتماعية وغيرها في تكييف القاعدة القانونية أدخل في مادة فلسفة القانون ، فما الذى يضيفه علم القانون المقارن الى هذه الدراسات الفلسفية والنظرية

والواقع أن فلسفة القانون أو علم أصول القانون قد يفيد من علم القانون المقارن فائدة عظمى ، ولكن فلسفة القانون شئ والقانون المقارن شئ آخر ، فان فلسفة القانون تقوم على أساس تجريدى صرف وهي تصل الى الكشف عن الحقائق القانونية الاولى — أى عن : أصول القوانين — مستوحية تارة الروح العامة للقانون في بلد معين ، وتارة أخرى مختلف القوانين المعروفة ، وفي معالجتها للقانون في عمومه تراعي الفلسفة جانبين :

.../... ف

ماهو كائن وما يجب أن يكون : فعلى تدرس القانون كظاهرة باعتبارها نتاجا ضروريا للطبيعة الإنسانية تحكمه اسباب عامة ومشتركة سواء في نشأته أو في تطوره . هذه الأسباب تكشف عنها الفلسفة لكى تصل من خلال ما هو كائن الى ما يجب أن يكون . وفي دراستها لما هو كائن تدور فلسفة القانون حول ثلاثة محاور : نشأة القانون وغايته وطرق تفسيره وتطبيقه

أما القانون المقارن فيقوم بحثه على الاصول المشتركة والفروق المتباينة بين مختلف النظم القانونية ، فهو مرحلة وسطى بين الدراسة الموضوعية للقوانين المختلفة وفلسفة القانون اذ أن الدراسة الفلسفية تستعين بالمعلومات التي يمدها بها القانون المقارن ولو فرضنا هيكل العلوم القانونية المختلفة على صورة هرم فاننا سوف نلمح على قمة ذلك الهرم مادة فلسفة القانون مرتكزة مباشرة على علم القانون المقارن الذى يرتكز بدوره على فروع القانون في البلاد المختلفة .

ويجب أخيرا الا نخلط ما بين القانون المقارن وتاريخ القانون . ان تاريخ القانون يبحث هو الآخر في المؤثرات الاجتماعية التي أدت الى تطور القواعد القانونية على مر الزمن ويكشف عن الاوضاع التي فرضتها مقتضيات البيئة في وقت معين على مجموعة من الناس . ولا شك ان الباحث في تاريخ الشرائع يفيد فائدة عظمى من علم القانون المقارن ، فاذا ما مد الباحث بصره الى الشرائع التي تعاقبت على مدى الاجيال في مختلف انحاء العالم لا نعكس منها ضوء جديد يبين له الطريق ويساعده على تتبع تطور النظم القانونية ، وعلى استخلاص نواميس مطردة لهذا التطور .

ولكن تاريخ القانون شيء والقانون المقارن شيء آخر ، ان تاريخ القانون يقوم في الاساس على دراسة تطور النظم القانونية في بلد معين ، وقد يستعين المؤرخ غيره بعلم القانون المقارن ، أما القانون المقارن فيقوم أساسا على الموازنة ما بين التشريعات المتباينة لاستخلاص أصولها المشتركة ولبيان الفروق التي تباعد فيما بينها ، والباحث في علم القانون المقارن في حاجة بدوره الى دراسة تاريخية لكل نظام من النظم القانونية التي جعلها مادة للمقارنة يستكمل بها استيعابه الاحكام تلك القوانين المختلفة .

ولا يفوتنا هنا آن ننبه الى أن المقارنة يجب أن تقوم أساسا ما بين نظم قانونية متباينة

ص. 8

الصياغة . على ان هذه المقارنة تظل غير مجدية اذا لم يلتزم الباحث في بحثه الاسس التالية :

اولا : ان العبرة بالاصول لا بالحلول ، فاذا لاحظ الباحث فرقا ما بين نظام ونظام في جزئية من الجزئيات وجب رد هذه الجزئية الى أصلها ، فلا أهمية لاختلاف الحلول ان لم يكن مرده لاختلاف الأصول .

ثانيا : أن النظام القانوني وحدة متماسكة الاطراف فلا يسوغ اقتطاع القاعدة القانونية التي تتناولها الدراسة المقارنة من الجسم الكامل للتشريع الذي يتضمن هذه القاعدة بل يتعين على الباحث في القاعدة أن يرجع الى تاريخ نشأتها وتطورها في داخل النظام القانوني الذي تنتمي اليه تلك القاعدة .

ثالثا : أن الدراسة المقارنة يجب الا تقتصر على مقارنة تشريع بتشريع ، فموضوع هذا العلم هو القانون المقارن لا التشريع المقارن . ومن ثم ينبغي البحث اينما فيما يكمل التشريع من عرف وفيما يفسره من أحكام قضاء وآراء فقهاء .

ولا شك أن هذا كله لا يتأتى الا اذا انحصرت المقارنة في نطاق ضيق واقتصرت على قاعدة قانونية معينة او على نظام خاص معين .

ويجب على الباحث ان يحسن اختيار الموضوع الذي تجرى بشأنه المقارنة ، فليست جميع الموضوعات على درجة واحدة من الاهمية في ميدان المقارنة .

ويلاحظ ان ميدان القانون الخاص ولا سيما ميدان نظرية الالتزامات هو الحقل المرموق للمقارنات المثمرة . ذلك أن المقارنة تفترض تشابها في الحاجات وتباينا في الصياغات ، والناس أبدا يعيشون في مجتمع وتدور بينهم المعاملات : فيتعاقدون ويلتزمون ، ولكن تنظيم هذه المعاملات يحتاج الى صياغة دقيقة تختلف باختلاف النظم القانونية ومن ثم يكون البحث في باب الالتزامات أجدى من غيره لتحقيق الغرض من المقارنة .

النظم القانونية الكبرى

ان علم القانون المقارن يقوم كما بينا على دراسة تحليلية للنظم القانونية المتباينة ولكن ما هي هذه النظم القانونية التي سوف نجعل منها مادة للمقارنة ؟

من الواضح أنه يتعذر تماما القيام بدراسة تحليلية لجميع النظم القانونية من مختلف أنحاء العالم . هذا ضرب من المستحيل . لذلك فان إحصاء هذا العدد الكبير جدا من هذه المجموعة يرد مختلف النظم القانونية المعروفة الى مجموعات أو إلى أسر أو طوائف محصورة .

وقد اختلف تقسيماتهم لذا نجدهم من اقتصر على قوانين البلاد الغربية فقسمها الى مجموعات ثلاث : 1) — القوانين المستمدة من القانون الروماني

2) — القوانين غير المستمدة من القانون — كالقانونين الفرنسي والايطالي

3) — القوانين التي استمدت من القانون الروماني كالقانون الانجليزي والقانون الذي اخذ بالمبادئ العامة كالقانون الالماني .

ونجدهم من وسع من دائرة البحث وألقى نظرة شاملة على نظم العالم اجمع فقسمها على أساس الجنس الى أسر على الوجه الآتي :

1) — قانون الشعوب الآرية

2) — قانون الشعوب السامية

3) — قانون الشعوب المغولية

4) — قانون الشعوب المتبربرة وهي عبارة عن عادات بدائية .

وقسمهم من قسمها بحسب الحضارات المختلفة فجعل منها خمس طوائف :

1) — قوانين البلاد الغربية

2) — النظام السرخيتي

3) — النظام الاسلامي

4) — النظام العقدي

5) — النظام الهندي .

هذا وقد اختلف الرأي حول معيار التقسيم فمستند البعض الى اختلاف فطرة مصادر القانون وطرق ووسائل البحث القانوني ويعتمد البعض الاخر على اختلاف جوهر القانون ذاته أي المبادئ الاساسية التي ينطوي عليها والصالح الرئيسية التي يحميها ويأخذ البعض الثالث بمعيار اساسه اختلاف بنيان القانون وأطار القضاء وتقسيماتهم وقائما ما يتأثر تقسيم

.../...

النظم القانونية بالمشاعر والاعتبارات السياسية فالالمان والفرنسيون مثلا يرون أن قوانينهم تنتمي طائفة واحدة بينما يحاول الفقهاء السوفييت التفرقة بين القوانين الاشتراكية والقوانين البرجوازية . ونحن نرى أنه لا يمكن الاعتماد على معيار واحد من تلك المعايير لتقسيم النظم القانونية مثل الحضارة او الجنس او الصياغة القانونية ، بل ينبغي أن تؤخذ جميعها في الاعتبار وان يؤخذ في الاعتبار كذلك تيارات الافكار الاساسية ذات الصبغة الفلسفية او السياسية أو الاقتصاديـــة .

وعلى هذا الاساس نستطيع أن نقسم النظم القانونية المختلفة الى اقسام اربعـــة :

اولا : النظام الروماني الجرماني Romano - germanique : وهذا القسم يشمل القانون الفرنسي وغيره من القوانين اللاتينية النزعة أو المتأثرة بالصياغة الرومانية ويضم ايضا القانون الالماني والقوانين المشتقة منه ، ذلك ان القانون الالماني وان كان قسم بصياغة غير اللاتينية المتنوعة الا انها في جملتها صياغة رومانية ويرى البعض ان هذا القسم يضم ايضا قانون الجمهوريات الاشتراكية السوفيتية والقوانين التي تأثرت بالنزعة الاشتراكية الحديثة وذلك لانها على الاقل في نطاق القانون الخاص قد اقتبست من القوانين الرومانية اللاتينية وان اصطبغت احكامها بما يفرضه المذهب الاشتراكي من حلول جديدة الا أننا نفضل بحث القوانين الاخيرة في قسم مستقل للاعتبارات السالف ذكرها .

والواقع ان القوانين الداخلة في هذا القسم على تباين النزعات فيها متحدة في الصياغة فالتصويرات والاصول الاولى فيها جميعا واحدة ولا يصعب على الفقيه الباحث ان يتنقل بينها ويتابع بحثه فيها جميعا على اسس مشتركة ذلك انها جميعا قوانين مكتوبة ومقننة وقد استعملت في صياغتها اساليب موحدة واصطلاحات ثابتة المعنى فيها جميعا فالقواعد القانونية يقصد بها قواعد السلوك المرتبطة بالعدالة والاخلاق . ويعتبر القانون المدني حجر الاساس لهذه القواعد .

لقد كانت أوربا هي مهد هذا النظام الذي تبلور بفضل مجهودات الجامعات العلمية الاوربية منذ القرن الثاني عشر والتي اتخذت من قوانين جستنيان اساسا لها واتجهت نحو خلق علم قانوني عام ومشترك ومتلائم مع ظروف واحوال العالم الحديث ثم انتشر هذا النظام تبعا للاستعمار الاوربي في مساحة كبيرة من الاقاليم التي خضعت للسيطرة الاوربية وكذ

الاقاليم التي اخذت به بمحض اختيارها بقصد تقليد الحضارة الغربية

على انه يلاحظ ان النظام الروماني — الجرماني "قد اتسم خارج اوربا بسمات خاصة على الاقل من الناحية الاجتماعية — بحيث يسوغ اعتبارها انظمة خاصة ذلك ان اغلب البلاد التي جذت حذو القوانين الاوروبية — خاصة البلاد الاسلامية — كانت تضم حضارات وطنية وتنفرد بأنظمة قانونية وأفكار وقواعد خاصة بالسلوك الفردي ، ولذلك لم تطبق الانظمة الاوروبية فيها الا في نطاق محدود وبقيت نسبة كبيرة من العلاقات القانونية تحكمها مبادئ الشريعة الاسلامية فضلا عن اختلاف التطبيق في كل منها تبعا لتباين الافكار والمعتقدات .

وتبدو هذه الظاهرة على الاخص في بلاد الشرق الاقصى التي اقامت بها قبل استقبال القوانين الغربية حضارات قديمة وعريقة وكذلك ، بلاد افريقيا وأمريكا التي تختلف ظروفها واحوالها الجغرافية والسكانية والبيئية عن ظروف واحوال القارة الاوروبية .

ثانيا النظام الانجلوسكسوني أو نظام COMMON LAW

يرجع هذا النظام في نشأته الى السلطة الملكية حيث كان هدفه الرئيسي حماية التاج من الاخطار التي تتهدده ، أما منازعات الافراد فلا اهمية لها الا بقدر ماتثير من الخصام الملكية العليا ، ولذلك تميز باعتباره من انظمة القانون العام التي لا ترتكز على العلوم القانونية الرومانية وفي مقدمتها القانون المدني ، وجاءت صياغته ومبادؤه مختلفة تماما عن صياغة ومبادئ القوانين الرومانية الجرمانية .

يشمل هذا النظام القوانين غير المكتوبة السائدة في البلاد الانجلوسكسونية من بلاد الانجليز الى الولايات المتحدة الامريكية ، ويقوم هذا النظام على أساس ما يسمى COMMON LAW وهو عبارة عن مجموعة من الاحكام القضائية مذونة في حاسباتها واعتبرت ملزمة ذلك ان القضاء في هذا النظام القانوني مصدر رسمي ملزم ولا يستطيع القاضي بحال من الاحوال ان يحكم في دعوى مطروحة امامه على خلاف ما قضي به قاضي آخر في دعوى مماثلة .

اذن فالقاعدة القانونية في هذا النظام تصاغ بمناسبة حل نزاع بعينه ولا تنطوي على حل عام مجرد للمستقبل ويعبر عن ذلك دافيد بقوله ...

La règle de droit de la common law moins abstraite que la règle de droit de la famille romano-germanique, est une règle qui vise à donner la solution à un procès, plutôt que formuler une règle générale de conduite pour l'avenir.

وتعتبر قواعد الاجراءات والاثبات وتقييد الاحكام في نظر هذا النظام القانوني سابقة للقواعد الموضوعية ان لم تكن اهم منها، فهي تهدف الى ذيوع الامن والنظام لا بقدر ما على مجرد تحقيق العدل الاجتماعي

ويتضمن هذا النظام تقسيمات وتصورات واصول منبعثة من تعميم البيئة الانجليزية وسائر كل المغايرة لما يجرى على السنة فقهاء القارة الاوروبية فلا نجد مثلا عند الانجليز نظاما للرهن الا على القمح انما يعرفون نظاما اسمه نظام الـ TRUST، وهو نظام يحقق وظائف عدة ومن المتعذر أن نجد ترجمة دقيقة لهذه الكلمة الانجليزية فالـ TRUST قد يقابل الوقف عندنا وقد يقابل التصرف الائتماني الذي عرفه الرومان في وقت من الاوقات ولكنه غير هذا وذاك وقد اعتبره البعض مزيجا من الوكالة والوديعة، الا ان هذا التصوير لا يتسق مع طبيعة هذا النظام الانجليزي الصرف، ومن الاصطلاحات القانونية الانجليزية التي لا مرادف لها عندنا ولا في القوانين الغربية الاخرى فرقهم ان هناك ملكية شخصية Personal property وهناك ملكية عينية REAL PROPERTY ولا شك ان هذين التعبيرين يتعارضان مع ما اصطلح عليه من تقسيماتنا الفقهية . فالملكية عندنا لا يمكن أن تكون شخصية وان لم تكن عقار هذا جزء من كل يتضح منه أن قوانين البلاد الانجلوسكسونية تنتمي الى فصيلة متميزة كل التميز عن فصيلة القوانين ذات الصياغة الرومانية .

ولا يفوتنا ان ننبه الى أن هذا النظام انتقل الى اجزاء كثيرة من العالم (شأنه شأن النظام الروماني الجرماني) اما بفضل الاستعمار أو بقبوله اختيارا من الشعوب التي تأثرت بالاستعمار الا أنه يتميز في داخل اوربا — لاسيما في انجلترا وايرلندا — عنه في خارج اوربا . فالدول الاسلامية والهند لم تأخذ به الا في نطاق محدود ، والبلاد الاخرى التي اخذت به اجرت تطبيقه متفاعلا مع تقاليد الحضارات الوطنية ولذلك نجد أن له طبيعة خاصة في الدول مثل امريكا وكندا بسبب تباين حضاراتها في كثير من الجوانب عن الحضارة الانجليزية

ثالثا النظام الاشتراكي : تفترق قوانين الدول الاشتراكية عن النظامين السالفين ،

ف..../....

أن دول المعسكر الاشتراكي كانت تنتمي جميعها في الماضي الى النظام الرومانى الجرمانى ولذلك فليس غريبا أن نجد بعض هذه الدول يحتفظ حتى الان بجانب من مميزات القوانين الرومانية الجرمانية ، فالقاعدة القانونية مثلا في الدول الاشتراكية قاعدة عامة للسلوك والتقسيمات والمصطلحات القانونية ما زالت في جانب كبير منها ثمرة علم القانون الذى أرست قواعده الجامعات الاوروبية على هدى القانون الرومانى .

وعلى الرغم من أوجه الشبه السابقة فان القوانين الاشتراكية تبتعد عن النظام الرومانى الجرمانى وتتميز بكيان مستقل . واهم ما يميز تلك القوانين الاشتراكية هو اتسامها بسمة الثورية والحركة Revolutionnaire بعكس القوانين الرومانية الجرمانية التي تتسم بالثبات والجمود Statique . ان الهدف من القانون عند الفقهاء السوفييت ليس حفظ النظام والامن بقدر ما هو تغيير جذرى للمجتمع بخلق الظروف والملابسات الملائمة لذيوع النظام الجديد الذى تختفي فيه فكرة القانون والدولة ذاتها .

والمصدر الوحيد للقواعد القانونية الاشتراكية هو التشريع الذى يعبر عن الارادة الشعبية العامة بتوجيه الحزب الشيوعي ، وخلق النظام الجديد لا يسوغ الاعتماد اساسا على علم القانون أو غيره من العلوم النظرية ، وانما يتعين أن يرتكز القانون على الظروف الاقتصادية السائدة حتى يتسم بالواقعية . وطبقا لهذه الفكرة — التي تضمنتها تعليمات ماركس ولينين فان جميع أوسائل الانتاج تخضع لما يسمى بالملكية الجماعية ، وتبعا لذلك ايضا فان نطاق العلاقات بين الافراد ينكمش وينحسر ويفقد القانون المدنى أهمية ويحتل مكانته القانون العام

ويعتبر اتحاد الجمهوريات الاشتراكية السوفيتية مهد هذا النظام حيث ذاعت فيه الافكار السابقة لاسيما بعد ثورة 1917 ولكن ينبغي أن نفرق بين النظام السائد في الاتحاد السوفيتي من جهة وبين النظم القائمة في الدول الديمقراطية الشعبية من جهة اخرى سواء في أوربا أو آسيا فرغم انتماء النظم الاخيرة الى النظام الاشتراكي فانها تتميز بمميزات خاصة تعود في أوربا الى النظام الرومانى الجرمانى وفي آسيا الى مبادئ الحضارات الشرقية العريقة التي سادت في تلك المجتمعات قبل أن ترى الاشتراكية ذاتها نور الحياة .

رابعا : النظام الاسلامى : ويتمثل هذا النظام في الشريعة الاسلامية التي تتميز بصفات قانونية خاصة لا تمت بصلة الى الصياغة الرومانية ولا الى الصياغة الانجلوسكسونية ولذلك وجب

ص 14

اعتبارها نسما قائما بذاته .

وتتميز الشريعة الاسلامية عن الشريعتين المسيحية واليهودية من حيث احتوائها على مجموعة كبيرة من القواعد التي تنظم العلاقات والمعاملات فيما بين الافراد كما تتميز عن غيرها من النظم القانونية السالف ذكرها من حيث المبادئ والافكار الرئيسية التي ترتكز عليها ومن حيث احتوائها على نظرية خاصة في مصادر القانون مغايرة للنظريات الاخرى . وتعتبر الشريعة الاسلامية في بعض البلاد التي اخذت بقانون الرومانية الجرمانية هي الاصل العام الذي يكمل اي نقص في التشريعات الوضعية على الاقل بالنسبة لتنظيم نوع معين من العلاقات مثل علاقات الاسرة والاحوال الشخصية وكذلك الحال في بعض البلاد التي اخذت بقانون الانجلوسكسونية . كما تحتل مبادئ الشريعة الاسلامية في جميع هذه البلاد دورا هاما في تفسير وتطبيق القوانين الوضعية المستوحاة من الغرب .

وجدير بالذكر أن الشريعة اليهودية لا تستحق في نظر فقهاء القانون المقارن دراسة خاصة مهما تكن اهميتها التاريخية أو الفلسفية نظرا لقلة او ضعف تأثيرها بالنسبة للشريعة الاسلامية كما أن الشريعة المسيحية المتمثلة في القانون الكنسي لم تحظ هي الاخرى بما حظيت به الشريعة الاسلامية نظرا لان القانون المذكور لم يتضمن سوى بعض القواعد الخاصة لتنظيم المجتمع الخاص بالكنيسة . والواقع أن كتب الفقه الاسلامي تحتوي على كنوز من الافكار والاراء والتصورات القانونية الفذة . وهناك فائدة كبيرة في ان نجعل من الشريعة الاسلامية عنصرا اساسيا من عناصر المقارنة في علم القانون المقارن . وقد التفت الى اهمية التشريع الاسلامي في ميدان القانون المقارن العلماء الغربيون انفسهم واعلنوا ذلك في توصيات وقرارات مؤتمر القانون المقارن الذي انعقد في لاهاي سنة 1932 ثم في مؤتمر التشريع الاسلامي الذي انعقد في باريس سنة 1950 .

× × × ×

ان التقسيم السابق ينتظم بالفعل مجموع النظم القانونية التي تسود العالم المتحضر في الوقت الحاضر ، اما الشريعة الهندية المستمدة من قانون " مانو" فانها عبارة عن نظام بدائي وقد حلت محلها في الهند القوانين الانجليزية في معظم نواحي القانون الخاص ولذلك فاننا لا نجعل منها طرفا من اطراف المقارنة وان كانت دراستها قد تفيد في تاريخ الشرائع . واما القانون الصيني القديم فانه يبدو في صورة مذهب من المذاهب الاخلاقية والظاهر أن القانون لم يعتبر ابدا في الصين من أسس بناء المجتمع ولذلك فان .

.../... ف

دراسته لن تفيد الباحث في علم القانون المقارن الذى يسعى الى الكشف عن أساليب الصياغة القانونية بمعناها الفنى الدقيق . على أن الصين قد قننت في العهد الاخير أحكام القانون المدنى المجموعة المدنية الصينية مقتبسة في الكثير من نصوصها من المجموعة المدنية الالمانية .

ان قوانين دول الشرق الاقصى وان كانت تنتمي اليوم من الناحية الشكلية اما الى النظام الروماني الجرماني او الى النظام الاشتراكي ، بيد أن هذه الدول احتفظت — رغم رغبتها الاكيده في التطوير واقتباس المدنيات الغربية — بآثار وتقاليد حضاراتها العريقة التي ترتكز عليها مبادؤها الاخلاقية ونظمها الاجتماعية . فاذا حولنا النظر الى دول افريقيا السوداء ومدغشقر لاحظنا أن الوضع يختلف فيها عن دول الشرق الاقصى ذلك انها دول حديثة لم تعرف حضارات قديمة عريقة كالحضارات الشرقية وانما عرفت فقط بعض العادات المحلية ومع ذلك تبدو أهميتها في الوقت الحاضر باعتبارها مجموعة دول العالم الثالث النامية التي يعلم صوتها يوما بعد يوم .

———— .... ————

.. ف ..

ص 16