الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة أحمد يحي الونشريسي
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

محاضرات في مقياس
الأنظمة القانونية المقارنة

مقياس مقرر على طلبة السنة الثالثة ـ لسانس– حقوق- تخصص القانون العام

السنة الجامعية: 2025-2026

الدرس الأول: مدخل عام لدراسة الأنظمة القانونية المقارنة

نتناول في هذا الدرس مدخل عام لدراسة الأنظمة القانونية المقارنة، فدراسة الأنظمة القانونية المقارنة يكتسي أهمية كبيرة خاصة في ظل تنامي العلاقات السياسية والاقتصادية والتجارية بين مختلف دول العالم، مما يقتضي معرفة أهم الأنظمة القانونية العالمية، فدراسة القوانين الأجنبية تساعد على الوقوف عند إيجابيات وسلبيات النظام القانوني الوطني وكذا إيجاد الحلول المناسبة للمشاكل القانونية التي تصادفنا أثناء القيام بالأبحاث القانونية أو عند سن القوانين.

وتزداد هذه الأهمية مع العولمة والشمولية التي بدون شك لها تأثير على مستوى النظام القانوني المحلي، وعليه فمن غير المقبول أن تظل أنظمة قانونية كبرى دون اهتمام أو دراسة. ومن منطلق أنه لا يمكن أن نفصل ما بين دراسة القانون المقارن والأنظمة القانونية المقارنة فإنه من المهم أن نحدد في هذه الدراسة المفاهيم الأساسية لعلم القانون المقارن وعلاقته بدراسة الأنظمة القانونية الكبرى هذا من جهة. ومن جهة أخرى مادام أنه ليس من السهل دراسة كل الأنظمة القانونية العالمية، فإنه سنتناول أشهر الأنظمة القانونية ، المتمثلة أساسا في النظام القانوني الجرماني اللاتيني، والنظام القانوني الانجلوساكسوني و النظام القانوني الإسلامي.

مع ضرورة الإشارة إلى أن هذه العائلات ظهرت بعد عدة دراسات ، فقد حاول المهتمين بعلم القانون المقارن مثل RENE David و Adhémar Esmein و Camille Jauffret–spinosi إلى تصنيف نظم في شكل عائلات أو مجموعات قانونية من خلال تجميع النظم القانونية تحت مظلة أكبر تسمى العائلة القانونية، ولهذا الغرض تم اقتراح العديد من المعايير التي استخدمت فيها عوامل محددة

منها تاريخية أو إيديولوجية أو جغرافية، ومن أهم الفقهاء في هذا الشأن نذكر RENE David و Adhémar Esmein و Camille Jauffret-spinosi من فرنسا و الفقهين ZWEIGERT و KOTZ من ألمانيا.

والملاحظ أنه رغم أهمية دراسة الأنظمة القانونية المقارنة على المستوى الوطني والدولي إلا أنه لم يحظ بدراسات وافية سواء عندنا في الجزائر أو عند الدول العربية الأخرى،عكس الدول الغربية التي اهتمت كثيرا بهذا الميدان القانوني فهو محل اهتمام العديد من الباحثين .وهنا من المهم أن نقول بأن الغرض الأساسي من هذا الإهتمام ليس بريء فالدول الكبرى تسعى لتصدير نظامها القانوني و نقصد هنا أمريكا التي تسعى جاهدة لأمركة الأنظمة القانونية العالمية من أجل فرض السيطرة على مختلف دول العالم.

و في هذه السلسلة من الدروس لا نخوض في الخلفيات الفلسفية المرتبطة بمعطيات تاريخية وقانونية لحقيقة الصراع الموجود مابين العائلتين الأنجلوسكسونية والجرمانية اللاتينية، بل نكتفي فقط بطرح أهم الملامح المتعلقة بخصائص ومصادر و البنية القانونية لأشهر وأهم الأنظمة القانونية العالمية ،وهي مثلما ذكرنا النظام الجرماني اللاتيني والنظام الأنجلوسكسوني و النظام الإسلامي دون أن نهمل التطرق للمفاهيم العامة للقانون المقارن لتلاحمه الوطيد بدراسة الأنظمة القانونية.

و على هذا الأساس فإن خطة الدراسة تكون كالتالي:

- الفصل الأول: مفاهيم عامة حول الأنظمة القانونية .
- الفصل الثاني: النظام القانوني الجرماني اللاتيني.
- الفصل الثالث: النظام القانوني الانجلوساكسوني.
- الفصل الرابع: النظام القانوني الإسلامي.

الدرس الثاني: نشأة القانون المقارن وتعريفه ثم نتناول و طبيعته القانونية.

نتطرق أولا لنشأة القانون المقارن ثم لتعريفه

1- نشأة القانون المقارن

إن التأسيس لما أصبح يعرف اليوم بعلم القانون المقارن، يعود إلى سنة 1900 وهو تاريخ انعقاد أول مؤتمر دولي ذكرت فيه عبارة القانون المقارن.

إلا أن الدراسات القانونية قديمة جدا فهي تعود إلى العصور القديمة سواء في حضارة بلاد ما بين الرافدين، شريعة (حامورابي) ، أو لدى مصر القديمة ويتعلق الأمر بمدونة بكخوريس أو لدى اليونان والرومان، وهنا نشير إلى أن العديد من الباحثين، لاسيما الغربيين، يعتبرون أو يعتقدون بأن الجذور التاريخية للقانون المقارن تبدأ من الحضارة اليونانية، من خلال الأبحاث التي قاما بها أفلاطون وأرسطو، بحيث عكفا على مقارنة قوانين بلادهما وقوانين دول أخرى للحضارات السابقة للحضارة اليونانية.

فقد قارن أرسطو في كتابه "السياسة" ما بين مختلف الدساتير الاغريقية(Grecques) والبربرية)، وفي هذا الصدد كتب أرسطو "ينبغي على المشرع أن يعمل على تحسين القوانين

ولذلك يتعين عليه أن يعرف قوانين حكومات المدن الأخرى والفروق بينهما ويقتبس منها ما يصلح لمدينته."

وفي هذا الصدد، فقد استفاد الرومان من تجارب اليونان، فقد درسوا قوانين المدن اليونانية واقتبسوا منها، إلى أن تشكل النظام القانوني الروماني المعروف بمدونة قانون الألواح الاثني عشر والتي تم إعدادها من لجنة مشكلة من عشرة (10) أشخاص، والتي صادق عليها البرلمان الأوروبي.

أما في العصور الوسطى فيمكن جدا أن نذكر الكتب الفقهية الإسلامية التي اهتمت خاصة بالمقارنة ما بين مختلف المذاهب الفقهية مثل كتاب "بداية المجتهد ونهاية المقتصد" لابن رشد الذي يعتبر أشهر الكتب التي تناولت المقارنة بين كل المذاهب الفقهية.

كما يمكن أن نذكر في هذه المرحلة التاريخية (العصور الوسطى) دراسات المقارنة بين القانون الروماني والقانون الكنسي، إلى جانب المقارنة بين الشريعة العامة الإنجليزية (Commun law)والقانون الكنسي التي كانت في إنجلترا، والتي عرفت في فرنسا باسم القانون المشترك (Droit commun) والتي كانت تشمل المقارنة بين الأعراف السائدة في المجتمع.

إلا أن البداية الحقيقة للقانون المقارن كمصطلح متداول في أغلب الجامعات العالمية حاليا، بدأت عام 1900 في باريس عندما انعقد المؤتمر الدولي للقانون بمبادرة من الفقيهين الفرنسيين "إدوارد لامبير Edouard LAMBERT" و "ريمون سالي Raymond SALEILLES".

2- تعريف القانون المقارن.

بادئ ذي بدأ يجب الإشارة إلى أنه عبارة القانون المقارن بمفردها لا تعني شيء، فلا يوجد قانون يسمى المقارن، ولقد انتقد بعض الفقهاء هذه التسمية مثل الفقيه الفرنسي René DAVID فهو يعتبر أ عبارة القانون المقارن عبارة تعيسة، يفترض أنه تمنحه قيمة، لكن من الأحسن تجنبها.

فمصطلح القانون المقارن يقصد به دراسة مقارنة للقوانين أو الدراسة القانونية المقارنة، وهذه الدراسة قد تتعلق بفرع قانوني واحد (القانون الجنائي مثلا) أو بفروع قانونية مختلفة، وهو ليس كغيره من الفروع القانونية من حيث أنه لا يعرف بكونه مجموعة من القواعد القانونية، فإذا كان لفظ القانون ينصرف إلى مجموعة من القواعد القانونية المنظمة للمجتمع، فإن القانون المقارن لا يعتبر ذلك، فهو ليس مجموعة من القواعد القانونية، ولا يعتبر فرعا من فروع القانون كالقانون المدني أو القانون الإداري أو القانون الجنائي، فالقول مثلا القانون المقارن للزواج يعني تشريعات دول عديدة تم إخضاعها للمقارنة والموازنة بغرض إبراز وتحديد أوجه التشابه والاختلاف بينهما، وما يترتب على ذلك من نتائج في موضوع الزواج.

وعلى هذا الأساس فإنه يمكن القول بأن القانون المقارن هو نشاط فكري يقوم به الباحث من خلال إجراء دراسة موضوعها ""قانوني" ومنهجها "الموازنة والمقارنة" بين عدة قوانين، وذلك لاستنباط ما في هذه القوانين من الإيجابيات أو اجتناب كل ما هو سلبي.

ويتلازم مع الدراسة المقارنة للقانون دراسة القوانين الأجنبية، فمثل هذه الدراسة تسمح بأن نلقي الضوء عند إيجابيات وسلبيات كل قانون فهي تعتبر الأساس لبناء دراسة القانون المقارن.

والملاحظ أن اصطلاح القانون المقارن لم يتفق بشأنه الفقهاء، فمنهم من أطلق عليه تسمية "القانون الموازي". وأطلق عليه البعض الآخر مصطلح "مقارنة القوانين"، وسماه آخرون "بالطريقة المقارنة" وأطلق عليه البعض "الاجتهاد المقارن" واقترح آخرون مصطلح "التشريع المقارن" ولكن يعتبر اصطلاح "القانون المقارن" Le Droit comparé من المصطلحات المعتمدة حاليا، ونجدها في أغلب الجامعات العالمية سواء الأوروبية أو الجامعات الأمريكية أو الجامعات العربية.

ويتلازم مع الدراسة المقارنة للقانون دراسة القوانين الأجنبية، فمثل هذه الدراسة تسمح بأن نلقي الضوء عند إيجابيات وسلبيات كل قانون فهي تعتبر الأساس لبناء دراسة القانون المقارن.

والملاحظ أن اصطلاح القانون المقارن لم يتفق بشأنه الفقهاء، فمنهم من أطلق عليه تسمية "القانون الموازي". وأطلق عليه البعض الآخر مصطلح "مقارنة القوانين"، وسماه آخرون "بالطريقة المقارنة" وأطلق عليه البعض "الاجتهاد المقارن" واقترح آخرون مصطلح "التشريع المقارن" ولكن يعتبر اصطلاح "القانون المقارن" Le Droit comparé من المصطلحات المعتمدة حاليا، ونجدها في أغلب الجامعات العالمية سواء الأوروبية أو الجامعات الأمريكية أو الجامعات العربية.

ويتلازم مع الدراسة المقارنة للقانون دراسة القوانين الأجنبية، فمثل هذه الدراسة تسمح بأن نلقي الضوء عند إيجابيات وسلبيات كل قانون فهي تعتبر الأساس لبناء دراسة القانون المقارن.

والملاحظ أن اصطلاح القانون المقارن لم يتفق بشأنه الفقهاء، فمنهم من أطلق عليه تسمية "القانون الموازي". وأطلق عليه البعض الآخر مصطلح "مقارنة القوانين"، وسماه آخرون "بالطريقة المقارنة" وأطلق عليه البعض "الاجتهاد المقارن" واقترح آخرون مصطلح "التشريع المقارن" ولكن

يعتبر اصطلاح "القانون المقارن" Le Droit comparé من المصطلحات المعتمدة حاليا، ونجدها في أغلب الجامعات العالمية سواء الأوروبية أو الجامعات الأمريكية أو الجامعات العربية.

كما أطلقت هذه التسمية أو مصطلح القانون المقارن على معظم المراكز والمؤسسات المهتمة بهذا العلم، ومثال ذلك:

- الأكاديمية الدولية للقانون المقارن والتي تأسست سنة 1924 ومقرها مدينة لاهاي بهولندا.
- المركز الفرنسي للقانون المقارن والذي أنشأ سنة 1951.
- معهد القانون المقارن بجامعة باريس، الذي تتم فيه دراسات وأبحاث القانون المقارن.
- الأكاديمية الدولية للقانون المقارن، ومقرها هولندا.
- المعهد الأمريكي للقانون المقارن، أنشأ سنة 1951.
- المعهد السويسري للقانون المقارن وهو مركز بحث موجود في مدينة لوزان.
- معهد القانون المقارن لجامعة Panthéon-Assas ParisII Institut de droit comparé
- معهد القانون المقارن إدوارد لامبار Edouard Lambert الموجود بكلية الحقوق بجامعة ليون3 **(**l'Université Jean Moulin Lyon **3)**

3-طبيعة القانون المقارن.

لقد أثيرت عدة نقاشات بخصوص طبيعة القانون المقارن، فمنهم من يراه علما مستقلا غايته الوصول إلى استخلاص قواعد عامة مشتركة تكون الأساس لقواعد العالم المتحضر. ورأي آخر يعتبره مجرد طريقة للمقارنة تستعمل في العلوم القانونية.

بالنسبة للاتجاه الأول فقد ظهر مع انعقاد أول مؤتمر دولي للقانون المقارن عام 1900 بباريس، فالمشاركين في هذا المؤتمر مثل Esmien و Lambert وSaleilles (من فرنسا) و الانجليزي Pollock و الألماني Kohler اعتبروا بأن القانون المقارن علم قائم بذاته غايته استخلاص القواعد المشتركة التي تكون صالحة لتحديد العلاقات بين الدول المتمدنة التي تجمع بين شعوبها عوامل مشتركة تاريخية واقتصادية.

وقد تم الاتفاق على اعتبار المنهج المقارن أداة علمية تستهدف استخراج القوانين التي تحكم العلاقات الاجتماعية ويتم التوصل إلى هذه القوانين عن طريق الدراسة المقارنة للعادات والتقاليد وأنماط السلوك وارتباطها بفكرة التطور الحضاري. ولقد اعتبر دورخايم بأن المقارنة تحل محل التجربة في الدراسات الإنسانية.

أما بالنسبة للاتجاه الثاني الذي يعتبر أن القانون المقارن هو مجرد طريقة مقارنة فإنه يقوم على اعتبار القانون المقارن طريقة للمقارنة تستخدم في مجال العلوم القانونية، هدفها المقارنة بين قوانين مختلف الدول للوصول إلى الموازنة بين القواعد. بغرض التعرف على إيجابيات وسلبيات كل قانون وقد دافع على هذا الرأي العديد من الفقهاء ومن بينهم الفقيه إهريدج (IHRING) وروني دفيد(René DAVID) إلى أن هذا الأخير تراجع في رأيه واعتبره في الأخير علم قائم بذاته الهدف منه معرفة أوجه الشبه والاختلاف التي يتضمنها كل من القانون الوطني والقوانين الأجنبية ...

وعليه نستخلص إلى اعتبار أن القانون المقارن علم مستقل بذاته، فهو طريقة علمية تقوم على أساس مقارنة الأنظمة القانونية واستخراج أوجه الشبه والاختلاف فيها، ولهذا فإنه يتميز بالطابع المزدوج.أي علم قائم بذاته ومنهاج يستعمل في العلوم القانونية.ومن منطلق تنامي الدراسات المهتمة بعلم القانون المقارن ودراسة الأنظمة القانونية المقارنة ظهرت العديد من المجلات المتخصصة والمهتمة بهذه الشعبة.

نذكر على سبيل المثال المجلات التالية:

-Revue Internationale de droit Comparé (disponible gratuitement sur le site de Persée)

- International and Comparative Law Quartely (ICLQ) : Revue disponible, entre autres, dans la base HeinOnline

-American Journal of Comparative Law (disponible dans HeinOnline)

-Revue de Science criminelle et de droit pénal comparé (disponible dans Dalloz.fr)

الدرس الثالث: – أهمية دراسة القانون المقارن.

تبرز أهمية دراسة القانون المقارن في الوظائف التي يؤديها وذلك على المستوى الوطني و على المستوى الدولي.

1– أهمية القانون المقارن على المستوى الوطني:

يلعب القانون المقارن دور مهم في تطوير وتنسيق ووحدة القانون، فهو يعتبر أداة لتطوير القانون الوطني من خلال دراسة وتحليل النصوص القانونية الأجنبية أو الوطنية، لكن في هذا الإطار يجب الأخذ بعين الاعتبار الظروف أو المعطيات السياسية والاقتصادية والاجتماعية السائدة في القانون الوطني، فلكل دولة قانونها الخاص الذي يتناسب مع ظروفها، فالقصد من الدراسة المقارنة ليس النقل العشوائي والحرفي من القوانين الأجنبية وإنما محاولة اكتشاف النقائص الموجودة في القانون الوطني بغرض تطوير وتحسين القانون الوطني.

ليس هذا فقط حيث تمكننا الدراسات المقارنة من فهم بعض الأفكار الكامنة في القانون الوطني مثلا ينص القانون الوطني أن من تسبب بخطئه في الإضرار بالغير يلتزم بالتعويض، وهو في ذلك يذكر كلمة الخطأ، دون أن يضع تعريف لها، فإذا علم القاضي الوطني أن القانون الألماني والقانون السويسري قد استعمل في هذا الصدد (الفعل المخالف للقانون) بدلا من كلمة الخطأ فيمكن أن يستنتج من ذلك أن الخطأ هو الفعل المخالف للقانون.

لذلك يجب على الباحث ألا يعتمد على قانون دولة أجنبية واحدة وإنما من الأحسن أن يجري دراسة مقارنة بين دول مختلفة وخاصة مع الدول التي تجمع بينها روابط مشتركة سواء تاريخية كما هو الأمر للجزائر مع فرنسا أو روابط مذهبية كما

هو الأمر بالنسبة للدول الاشتراكية أو روابط دينية كما هو الأمر بالنسبة للدول الإسلامية.و هذا ما قامت به الجزائر في إطار إعداد العديد من النصوص القانونية، ونذكر كمثال القانون المدني الذي استلهم أو استفاد من الأحكام الواردة في القانون المدني الفرنسي والقانون المدني المصري، والقانون التجاري أخذ من القوانين التجارية لمجموعة من الدول لاسيما القانون الفرنسي.

كما أن الدول الأوروبية ترجع إلى مثيلاتها في فهم ما أخذته منها من تشريع فالفرنسيون أخذوا من التشريع الألماني نظام الشركات ذات المسؤولية المحدودة، لذا نجد الشراح الفرنسيين يرجعون إلى القانون الألماني، لتفهم هذه الصورة الجديدة من صور الشركات، وكذلك يرجع القضاء الفرنسي إلى القانون الانجليزي، لتفهم عقود النقل البحري، التي أخذت نماذجها عن هذا القانون.

2- أهمية القانون المقارن على المستوى الدولي:

تتمثل أهمية القانون المقارن على المستوى الدولي في دوره في توحيد القواعد القانونية بين الدول، من خلال إعداد مشاريع التوحيد الدولي للقوانين، فيعمل القانون المقارن على توثيق العلاقات بين الدول عن طريق المفاوضات والمعاهدات وفى المعاهدات يقوم القانون المقارن بدور كبير ومهم حيث حين إعدادها تستمد من مناهج قانونية مختلفة ويخلصوا منها بقواعد مشتركة بين الدول المتعاهدة.كما يلعب القانون المقارن دورا في نطاق القانون الدولي الخاص ونقصد هنا بطريقة الفصل في العلاقات ذات العنصر الأجنبي من حيث تحديد القانون الواجب التطبيق والمرجع المختص للفحص في النزاع .

ولقد ظهرت عدة مبادرات لعمليات التوحيد بين دول عديدة ومن أبرز النماذج يمكن أن نذكر النماذج التالية:

– المجموعة الاسكندنافية (السويد، النرويج، الدنمارك، إيسلندا، فنلندا) وذلك لارتباط أو وجود عوامل مشتركة تجمع بين هذه الدول كالعادات والتمدن والمصير المشترك ،

– وعملية التوحيد التي كانت بين دول أمريكا اللاتينية وذلك لوجود عوامل مشتركة تجمع هذه الدول سواء سياسية أو تاريخية، ولقد مس هذا التوحيد بعض الفروع القانونية كالقانون الدولي الخاص الذي كان من طرف الأرجنتين والشيلي والباراغواي، أو القانون المدني حيث اعتمدت الباراغواي القانون المدني الأرجنتيني، واعتمد الهندوراس القانون التجاري المكسيكي الصادر سنة 1998.

– عملية توحيد القانون داخل المجموعة الأوروبية (ألمانيا، النمسا، بولونيا، تشيك، سلوفينيا)

– التوحيد بين دول الكومولث.

المشترك الأدنى، ومن ثم العمل على تعزيز القواعد المشتركة، لذلك نجد أن توحيد قواعد التجارة هو ضروري مجال التجارة الدولية والتحكيم التجاري وعمل الشركات الكبرى لتحديد القانون الواجب التطبيق على تعاقداتها .

إن التوحيد الدولي للقوانين بين دولتين أو أكثر يسمح التقريب بين قوانين الشعوب والقضاء على تنازع القوانين من خلال إيجاد أنظمة قانونية دولية، وهو ضروري لمعرفة المبادئ العامة المشتركة للأمم المتحضرة، ويساعد القانون المقارن في إقامة علاقات مشتركة مع الدول الأخرى، كما أن معرفة القانون الأجنبي والثقافات الأساسية، يمكن للمجتمعات أن تحسن التفاهم الدولي.

*ملاحظة: تعود فكرة دراسة الأنظمة القانونية العالمية بهدف توحيدها، وتكريس فكرة القانون العالمي إلى الأنظمة القانونية القديمة كاليونان والرومان وقامت عليه نظرية القانون الطبيعي التي تقضي بوجود قواعد كلية صالحة للتطبيق في كل مكان وزمان تقوم على العدل، وهذا ما يتوافق أيضا مع التشريع الإسلامي الذي يخاطب الناس كافة.

ثالثا : نشأة القانون المقارن وتطوره:

تمتد الدراسات المقارنة في أصولها التاريخية إلى العصر القديم، فقد طبق أرسطو طريقة المقارنة في مجتمعات معاصرة له تطبيقا محليا وعبر الأقاليم، فتبين له من خلال المقارنة أن هناك ظواهر متشابهة في مجتمعات معينة في آسيا مثلا و ظواهر متشابهة خاصة بمجتمعات أخرى، وقام أرسطو بجمع ما يقارب 158 دستور كانت تحكم المدن اليونانية والبربرية محاولا وضع دستور نموذجي. وفي العصور الوسطى كان هناك دراسات مقارنة بين القانون الروماني والقانون الكنسي، و تمت المقارنة بين الشريعة العامة الإنجليزية والقانون الكنسي. كما سمحت المقارنة بين الأعراف السائدة في فرنسا في ذلك الوقت في تكوين مجموعة من القواعد العامة التي عرفت باسم القانون المشترك . كما نجد أن مونتسكيو قارن بين الأنظمة المختلفة و صنف الأنظمة إلى جمهورية وملكية دستورية و استبدادية، وأكد في مقارنته أن تصنيفه يقوم على أساس الممارسة الفعلية التي تتم داخل النظام ، فالجمهورية في نظره هي التي تسود فيها العدالة والقانون و تصان فيها الحريات الخاصة والعامة.

وخلال القرن التاسع عشر، تطور القانون المقارن كثيرا مع ظهور الدول القومية في أوروبا وسنها للعديد من القوانين، فكانت هناك حاجة للقانون المقارن التشريعي، وإجراء مقارنات بين هذه القوانين الوطنية الجديدة، فتأسست الدوريات القانونية في كل من ألمانيا وفرنسا عام 1834 لتعزيز الدراسة

المنهجية للقانون الأجنبي. وفي فرنسا تمت ترجمة القوانين المدنية والتجارية للدول الحديثة إلى "فهارس" تشير إلى الأحكام المقابلة في القوانين الفرنسية، وفي إنجلترا في الفترة ما بين 1850-1852، نشر الفقيه "ليون ليفي" عملا بعنوان القانون التجاري ومبادئه وإدارته، القانون التجاري لبريطانيا العظمى مقارنة بالقانون الروماني وقوانين 59 دولة أخرى.

وفي نفس الاتجاه، تم تأسيس كراسي في القانون المقارن وتنفيذ مشاريع في القانون الأجنبي في جميع أنحاء قارة أوروبا، منها كرسي القانون الجنائي المقارن في جامعة باريس. وفي عام 1869 تأسست شركة التشريع المقارن في فرنسا الدولي. وفي إنجلترا، تأسست جمعية التشريع المقارن في عام 1895.

وبدأ القانون المقارن يتسع نطاقه عالميا، ففي سنة 1900 انعقد المؤتمر الدولي الأول للقانون المقارن في باريس، ضم عديد الخبراء من دول أوروبية ناقشوا طبيعة القانون المقارن وأهدافه والمصلحة العامة. وتم التركيز بشكل خاص على دورها في إعداد "القانون العام للعالم المتحضر"، وقد تم الدعوة من خلاله إلى تحديد إطاره التشريعي الدولي . وبعدها تطور القانون المقارن كثير وأصبح يدرس في الجامعات و المؤسسات الأكاديمية.

رابعا: علاقة القانون المقارن بالعلوم الأخرى

إن للدراسات المقارنة صلة مباشرة ووثيقة مع مختلف العلوم الأخرى، ولعل هذه العلاقة ترجع إلى طبيعة القواعد القانونية التي تتأثر في نشأتها وتطورها بالعوامل الدينية والاجتماعية،والاقتصادية والسياسية التي تعرفها المجتمعات المختلفة.

أ.تاريخ القانون : إن التاريخ بصورة عامة يهتم بالحوادث الماضية ويبحث عن أسبابها في حدود معينة من الزمان والمكان، وكذا الأمر بالنسبة لعلم القانون المقارن فهو علم يتناول بالدراسة تطور قانون معين في عهوده السابقة. فتاريخ القانون يساعد في فهم وتفسير أحكام القانون الوضعي، كما أن القانون قابل دائما للتغير ويتم تعديله بصفة مستمرة تبعا لتطور الظروف في مختلف المجالات و الميادين. وتكمن الصلة بين تاريخ القانون والقانون المقارن في أن هذا الأخير يقوم على أساس المقارنة بين الشرائع العالمية الرئيسية وهذه المقارنة تقتضي الإلمام بالأصول التاريخية لكل منها، وهذه الأصول تستخلص من الدراسات التي تمتد إلى جذورها إلى الماضي القديم لتشمل الحضارات و الشرائع القديمة.

ب .العلوم الاجتماعية: يتناول علم الاجتماع دراسة المجتمعات في أمكنة وأزمنة مختلفة فيلاحظ كيف أن الظاهرة المعينة تتغير تبعا لتغير الظروف الاجتماعية، لذلك تستخدم طريقة للمقارنة بين مجتمعات

مختلفة، أو جماعات داخل المجتمع الواحد أو نظم اجتماعية للكشف عن أوجه التشابه و الاختلاف بين الظواهر الاجتماعية وإبراز أسبابها. ومن جهة أخرى تعتبر فكرة القانون فكرة ملازمة للإنسان الذي عرف الحياة في الجماعة، أين تم وضع قوانين تنظم علاقات أفراد الجماعة فيما بينهم . وهنا تكمن العلاقة بين القانون المقارن وعلم الاجتماع في دراسة طبيعة العلاقات العامة الثابتة بين الحوادث التي تقع في المجتمعات عبر الزمان والمكان، والمتمثلة في وحدة العادات والمعتقدات لدى مختلف الأمم ،فالشروط الاجتماعية المتماثلة تحدث ظواهر اجتماعية متماثلة.

ج. العلوم السياسة: تعتبر النظم القانونية المقارنة من الفروع الرئيسية للعلوم القانونية، والتي تعالج المفاهيم الرئيسية المتعلقة بالدولة والنظم السياسية وكذا المواضيع المتعلقة بالمؤسسات الحكومية التشريعية والتنفيذية والقضائية وغيرها من المواضيع ذات الصلة. وتستند هذه الدراسات غالبا على المقارنة بين الأشكال الرئيسية للنظم السياسية المعاصرة في بعض الدول حديثا وقديما وهو ما ساعد بشكل كبير في تطور علم السياسة، فقد استخدمه عمدت اليونان إلى المقارنة بين الأنظمة السياسية لمدنها وذلك لتبني النظام المثل، وقام أرسطو بمقارنة 158 دستور من دساتير هذه المدن واعتمد في ذلك على مبدأ الضرورة القائم على أساس أن لكل دولة خصوصيتها، كما أما ميكافيلي ميز في مقارنته بين ثلاث أصناف من الدول: الدولة التي يحكمها ملك، الدولة الأرستقراطية وتحكمها أقلية النبلاء،الدولة الديمقراطية وهي التي ترجع فيها السيادة للشعب .

د- القانون الدولي الخاص: القانون الدولي الخاص هو ذلك القانون الذي ينظم العلاقات والالتزامات والمراكز القانونية التي له علاقة بعنصر أجنبي، سواء من حيث طبيعة أطراف هذه العلاقة، أو من جهة موضوعها أو السبب المنشئ لها، وهو قانون يتعلق بفكرة البحث في تنازع القوانين، وموضوع الجنسية والمراكز القانونية للأجانب وتنوع الاختصاص القضائي.. وعليه فإن ارتباط القانون الدولي الخاص بالقانون المقارن يكمن في أن هذا الأخير يسمح في حل مشكلة تنازع القوانين من خلال دراسة قواعد الاختصاص في القانون الأجنبي.

***ملاحظة :** إن تاريخ القواعد القانونية يرتبط بوجود الإنسان، والمجتمعات، فسنت قواعد قانونية تنظم العلاقات الثنائية والجماعية بصورتها الأولى (الأسرة الأولى، ثم المدينة ، فالدولة كوحدة سياسية..)، في ضل أنظمة سياسية عرفت تطورا مع مرور الوقت (ملكي، إمبراطوري، جمهوري، اشتراكي...)، كما أن طبيعة القاعدة القانونية عرفت تطورات عدة ، حيث اتسمت في مراحلها الأولى بالصفة الدينية، فكانت عبارة عن أوامر إلهية يبلغها الحاكم أو الكهنة إلى الناس. ثم ظهرت في صورة أعراف وتقاليد تختلف

باختلاف الزمان والمكان. وفي مرحلة أخرى دونت هذه القواعد في مجموعات خاصة مع اكتشاف الكتابة ونشوء الدولة بمفهومها الحديث. وأرست تلك القواعد المبادئ القانونية العامة للمجتمعات الإنسانية عب تاريخها الطويل.

خامسا: طرق المقارنة وشروطها

تعتبر المقارنة نوع من أنواع الطرق العلمية التي يستخدمها الباحث بهدف تحديد أوجه التشابه والاختلاف بين ظاهرة أو أكثر، أو لظاهرة واحدة ولكن ضمن فترات زمنية مختلفة. وتعتبر المقارنة عملية عقلية تسمح بتحديد أوجه الشبه وأوجه الاختلاف بين حادثتين اجتماعيتين أو اقتصاديتين أو أكثر، يمكن من خلالها الحصول على معارف أدق نميز بها موضوع الدراسة أو الحادثة في مجال المقارنة والتصنيف عن موضوعات أخرى.....

أ.أنواع المقارنة : للمقارنة أنواع عدة، نذكر منها:

-المقارنة الاعتيادية، المقاربة : وهي المقارنة بين ظاهرتين أو أكثر من جنس واحد تكون أوجه الشبه بينهما أكثر من أوجه الاختلاف . ومثال ذلك القوانين اللاتينية الجرمانية التي تستمد أحكامها من مصادر قانونية مشتركة .

-المقارنة الخارجية، المعارضة، المغايرة: وهي مقارنة حوادث اجتماعية أو اقتصادية متباعدة عن بعضها أو مختلفة عن بعضها، مثلا المقارنة بين النظام الاشتراكي والنظام الرأس مالي .

ب.أبعاد المقارنة: يقوم علم القانون على دراسة القواعد المنظمة لسلوك وعلاقات الأشخاص على وجه ملزم في زمان ومكان معينين، وهو ما يعبر عنه بالقانون السائد في بلد معين ووقت معين . وعليه فإن البعد الزماني والمكاني في الدراسات القانونية له أهمية كبيرة لذلك نجد عملية المقارنة لها أبعاد زمانية وأخرى مكانية :

- بعد زماني (تاريخي) : في هذا البعد تتم دراسة الظاهرة نفسها و لكن في فترتين زمنيتين مختلفتين، وذلك من خلال تحليل الظاهرة في كلتا المرحلتين ثم اعتماد أحداها كنقطة معيارية يتم الرجوع إليها للمقارنة بها.

- بعد مكاني: وهنا نقارن بين الظاهرة في مكان معين وتواجدها في مكان آخر وذلك في نفس الفترة الزمنية مثلا المقارنة بين تطور الأحكام المتعلقة بالاستثمار بين الجزائر و تونس خلال فترة زمنية واحدة.

- بعد زماني و مكاني: والذي يقارن بين تواجد الظاهرة في مكان ما وزمان معين مع تواجدها في أمكنة أخرى وأزمنة أخرى متباينة.

ج.كيفية المقارنة: عملية المقارنة هي عبارة عن طريقة من طرق البحث العلمي يتم من خلالها إجراء مقارنة بين الحوادث والظواهر لاستخلاص جوانب الشبه ونقاط الاتفاق من جهة والتعرف على جوانب الاختلاف والتباين من جهة أخرى. وهذا بقصد الوصول إلى حكم معين يتعلق بوضع الظاهرة محل الدراسة، والحكم هنا مرتبط باستخدام عناصر التشابه أو التباين بين الظاهرتين المدروستين أو بين مراحل تطور ظاهرة ما.

د.الشروط المنهجية والذاتية في المقارنة : للمقارنة شروط هامة، منها ما يتعلق بالباحث أو الدارس الذي يقوم بالمقارنة، ومنها ما هو مرتبط بمنهجية الدراسة:

- موضوع الدراسة محل المقارنة: يجب ألا تركز المقارنة على دراسة حادثة أو ظاهرة واحدة بتجرد بل لابد أن تكون الحادثة مربوطة بالتغيرات والظروف المحيطة بها. كما يجب التقييد بالواقع المادي لوجود الظاهرة والذي يعتبر شرطا أساسيا لدراستها وبالتالي لا يمكن المقارنة بين ظاهرتين خياليتين أو غير حقيقية. وأن تستند المقارنة إلى دراسة مختلف أوجه الشبه والاختلاف بين حادثين أو أكثر. وأن تكون هناك أوجه شبه وأوجه الاختلاف فلا يجوز أن نقارن ما لا يقارن، كما لابد أن تكون الظاهرة المدروسة مقيدة بعاملي الزمان والمكان لنستطيع مقارنتها بحادثة مشابهة في مكان آخر أو زمان آخر و مكان آخرين.

- جمع المصادروالمراجع حول موضوع الدراسة: تتطلب عملية المقارنة جمع المادة العلمية حول الظاهرة المراد دراستها، وهذا يتطلب جمع المصادر والمراجع التي تسمح بتوجيه العملية البحثية توجيها منهجيا، بما يضمن دقة النتائج والاقتراحات، لذا يجب على الباحث الحصول على القوانين الوضعية كالدساتير والقوانين والأنظمة وذلك بالرجوع إلى الجرائد الرسمية، وأن يجمع معلومات دقيقة إذا كانت المقارنة معتمدة على دراسة ميدانية، وأن يحرص على أن تكون الدراسات موثوقة فيما يتعلق بالمقارنات التاريخية، والآراء الفقهية.

- مرحلة التحليل والاستنتاج: في هذه المرحلة يعمل الباحث على قراءة وفهم النصوص القانونية بما فيها القاعدة القانونية الأجنبية محل المقارنة، و العمل على تحليلها وتجزئتها إلى أجزاء، كما يحدد ويدرس النظام الذي ينتمي إليه هذا النص، ويقف على العوامل التي أدت إلى نشأة وبروز هذا النص مثل العوامل التاريخية والسياسية والاجتماعية مع مراعاة خصوصية المجتمع والظروف الخاصة بكل تشريع، ويعمل

الباحث كذلك على من خلال المقارنة على استخلاص الخصائص والمبادئ القانونية لكل نظام واستقراء ما بينها من عوامل مشتركة أو اختلافات . لتنتهي الدراسة بتقديم النتائج التي توصل إليها الباحث في بيان أوجه التشابه أو الاختلاف وأسبابها بين مختلف القوانين أو الأنظمة القانونية، و بيان الحكم الذي توصل إليه من خلال الدراسة.

*ملاحظة:

- على الباحث الاعتماد على طرق ومناهج البحث عند المقارنة، فبالإضافة إلى المنهج المقارن، هناك المنهج التحليلي، لتحليل مختلف النصوص و المواد القانونية، ويمكن الاعتماد على المنهج التاريخي للمقارنة.

- بعد أن يجمع الباحث القانوني المصادر والمراجع العربية والأجنبية المتعلقة بموضع بحثه، تبرز أمامه مسألة ترجمة النصوص التشريعية والفقهية والقضائية المكتوبة بلغة أجنبية، بما يسمح من استيعاب سائر جوانب الموضوع.

- **الشروط المتعلقة بالباحث** : تتم المقارنة من قبل باحث مؤهل،فلا يمكن تصور دراسة مقارنة من دون شخص أو باحث مؤهل لإعداد هذا النوع من الدراسات. وبالنظر لأهمية وطبيعة البحث العلمي، على الباحث أن يتحلى بصفات معينة للوصول إلى نتائج سليمة، فلا يتسرع في الاستنتاج والوصول إلى النتائج إلا بعد البحث عن ما يكفي من مصادر ومراجع ومعلومات. كما لابد عليه أن يسعى إلى اكتشاف المعرفة بالوسائل العلمية الدقيقة ، وأن يستند إلى معايير ثابتة للموازنة والمقارنة مع تجنب المقارنة السطحية ، واعتماد المقارنات الجادة والعميقة، ومن ثم عرضها بشكل منطقي وسليم . وعلى الباحث من جهة أخرى أن تكون له القدرة على التحليل والتفكير. إضافة إلى ذلك تتطلب الدراسات المقارنة أن تكون للباحث القانوني معرفة باللغة الأجنبية في نطاق تخصصه الفني.

الدرس الرابع النظام الجرماني اللاتيني

Le Système juridique romano-germanique

نتناول في هذه الدراسة المعطيات التاريخية التي ساهمت في ظهور هذه العائلة.

إن القانون الروماني يعتبر نموذجا واضحا لنشأة القوانين وتطورها ويعتبر من بين أبرز الأنظمة القانونية العالمية السائدة في العصر الحالي. ولا يمكن معرفة أسباب هذا التأثير إلا من خلال التطرق إلى المعطيات التاريخية المنشئة للعائلة الجرمانية اللاتينية ثم لمصادر وتقسيمات القانون في النظام اللاتيني الجرماني.

1- المعطيات التاريخية المنشئة للعائلة الجرمانية اللاتينية.

ظهر النظام الجرماني اللاتيني في معظم دول أوروبا خلال القرن الثاني عشر ميلادي، ويجمع النظام القانوني اللاتيني والنظام القانوني الجرماني نقاط مشتركة، ترتبط أساسا بمختلف المراحل التي عرفها تكوين القانون الروماني.

وعليه نتناول أولا الخلفيات التاريخية لنشأة النظام اللاتيني الجرماني، ثم لمراحل تكوين القانون الروماني.

أ- الخلفيات التاريخية لنشأة النظام اللاتيني الجرماني.

نشأ النظام الجرماني اللاتيني أو ما يسمى كذلك بالعائلة الجرمانية الرومانية في دول أوروبا وتحديدا في القرن الثاني عشر (XII)، وتكوّن داخل الجامعات الأوروبية حيث تم استخلاص منهج موحد مستمد من مدونة جوستينيان

.(جوستينيان هو إمبراطور روماني تولى الحكم في الإمبراطورية الشرقية من عام 527 حتى عام 565. واستطاع خلال فترة حكمه أن ينجز عملا تشريعيا ضخما يتمثل في جمع القانون الساري بشطريه الدساتير الإمبراطورية والقانون القديم بغرض

تيسير الرجوع إلى القواعد الرومانية، وكذا تخليد القانون الروماني باعتباره تراثا عالميا)، ومن الأعراف الجرمانية التي سادت بعد غزو قبائل البربر الجرمانية واستيلائها على أراضي الإمبراطورية الرومانية في أوروبا.

لذلك يطلق على هذه المدرسة اسم العائلة الرومانية الجرمانية، أو القانون المدني "Civil law"والقانون الروماني المدني.

ولقد تجسدت المبادئ القانونية للعائلة الجرمانية اللاتينية في كل من التقنين المدني الفرنسي والتقنين المدني الألماني باعتبارهما يستندان على مصادر واحدة وهي القانون الروماني والأعراف المحلية والقانون الكنسي، هذه الأنظمة التي كانت سائدة في العديد من الدول الأوروبية مما يفسر ظهورهما باسم العائلة الجرمانية اللاتينية.

فأهم العوامل المشتركة المكونة لهذه العائلة هو تأثيرها بالقانون الروماني. فقد اعتبر البعض أن القانون الروماني يعتبر الأساس المثالي لدراسة الثقافة القانونية وتطويرها، لاسيما بعد اهتمام الجامعات الأوروبية بهذا القانون، كونه مكتوب باللغة اللاتينية إضافة إلى تماشيه مع المنطق وسهولة استنباط الحلول العملية منه. وكان ينظر إليه رجال القانون نظرة إكبار وتقدير ويعتبره بعض فقهاء فرنسا بأنه العقل المكتوب.

ولو أن هذا الموقف عرف بعض الانتقادات، فالمدرسة اللاتينية تقف مع جمود النص متأثرة بالقاعدة الفرنسية "لا اجتهاد مع النص" عكس القانون الانجلوساكسوني الذي يتميز بالمرونة والواقعية.

ورغم ذلك واصلت الجامعات الأوروبية دراسة القانون الروماني بطريقة القياس والمنطق وحذف ما لا يتماشى مع طبائع وعادات وتقاليد شعوب المنطقة،

وذلك من خلال عدة مدارس، أغلبها كانت بداية من القرن الثالث عشر (XIII) إلى غاية بداية القرن التاسع عشر (XIX).وأهم هذه المدارس:

1) مدرسة المحشيين: سميت بهذا الاسم لأنها كانت تعتمد على تفسير النصوص وشرحها بإضافة حواشي تكتب في الهوامش، أو فيما بين السطور. ويطلق عليها كذلك مدرسة الشرح على المتون.

ولقد أنشئت خلال القرن الثالث عشر ميلادي، وكان هدفها الأساسي شرح وتفسير القانون الروماني ومقارنته بقوانين وأعراف المدن الإيطالية مع استخلاص قواعد يمكن تطبيقها على الواقع العملي.

2) مدرسة المحشيين اللاحقين: ظهرت هذه المدرسة في أوائل القرن الرابع عشر ميلادي، تزعم هذه المدرسة الفقيه برتول (1317-1347م) لقد اتبعت هذه المدرسة نهجا جديدا في تدريس القانون الروماني فتحولت عن الشروح على المتن إلى التعليمات النظرية واستخلاص المبادئ العامة وتطبيقها على الحالات الجزئية، وينتج عنها حلول لمسائل لم تكن معروفة في القانون الروماني.

3) مدرسة الإنسانيين: أشهر فقهاء هذه المدرسة الفقهية الفرنسي "كوجاس" (Cujas) (1522-1590م) ومعاصره الفقيه ""دونو" (Doneau) ثم الفقيه الكبير Potier في القرن الثامن عشر، هذا الأخير الذي قام بنقل مبادئ القانون الروماني إلى المجموعة المدنية الفرنسية التي أصدرها نابليون في أوائل القرن التاسع عشر.

وكان من أهداف هذه المدرسة دراسة القانون الروماني وقياسه بفكرة القانون الطبيعي التي تدعو إلى تحكيم العقل في استنباط القوانين فمفهوم القانون هو مفهوم طبيعي وذلك حسب المفهوم السائد لدى مدرسة القانون الطبيعي.

4) مدرسة القانون الطبيعي: ظهرت في القرن 17م بزعامة مجموعة من الفقهاء أمثال: دوما Domatوجورسيوس هوجو Hugo Gortius بهولندا وبيفوندورف بألمانيا.ويتعلق القانون الطبيعي بمبادئ العقل القويم، المتميز بالثبات والديمومة لا يمكن لأي جهة أن تغيرها.

أما القانون المدني فهو الذي يصدر عن السلطة المدنية التي تحكم الدولة. وهناك القانون الإنساني الذي يعتبر أمثل من القانون المدني. وبهذه النظرة عمد فقهاء هذه المدرسة على تكوين قواعد القانون الدولي العام الذي يستند على مبادئ حقوق الإنسان.

5) المدرسة التاريخية: أسس هذه المدرسة العالم الألماني سافينيSavigny (1779-1861) (سافيني قام بنشر مؤلف ضخم بعنوان تاريخ القانون الروماني في القرون الوسطى، شرح فيه ميزات التقنين الجرماني، أكد فيه بأن الطريق الوحيد إلى فهم القانون وإصلاحه، يمر حتميا بدراسة جذوره التاريخية واستخراج العبر منها) وتقوم هذه المدرسة على أساس أن القانون كائن حي يتطور بتطور التاريخ. فمصدره حاجة الناس إليه لتعبير عن آمالهم ومشيئتهم، وبالتالي فهم لا يعترفون بشيء اسمه القانون المقارن، لأن القانون أو الدراسة المقارنة تؤدي إلى استنباط من قوانين الشعوب الأخرى. هذا الموقف تأثر به كذلك الفرنسيون الذين كانوا يرون بأن تاريخ ثورتهم هو كاف لوضع تقنين يعبر عن مبادئ القانون الطبيعي.

ولقد واجهت هذه المدرسة انتقادات كبيرة لاسيما من الفقيه الألماني اهرينغ الذي اعتبر أن الاستنباط من القوانين الأجنبية أمر ضروري تفرضه متطلبات التعاون الدولي.

الدرس الخامس: مصادر وتقسيمات القانون في النظام الجرماني اللاتيني.

القانون الروماني يعتبر مصدرا تاريخيا لمعظم القوانين الحديثة، فالقانون الفرنسي الصادر سنة 1804 أخذ أحكامه من القانون الروماني،وكان للقانون الفرنسي الدور الوسيط بين القانون الروماني وقوانين الدول الحديثة (ومن بينها القانون الجزائري) فقد تأثرت تشريعات عديدة بالنظام الجرماني اللاتيني، منها القانون الياباني في آسيا وكذلك المستعمرات الفرنسية ودول أمريكا اللاتينية وعدد كبير من الدول الإفريقية والأسيوية.

فما هي مصادر وتقسيمات القانون حسب المدرسة اللاتينية الجرمانية؟

أولا – مصادر القانون في النظام الجرماني اللاتيني.

من أهم ما يميز المدرسة اللاتينية عن مدرسة الكومون لو أو المعروفة بالمدرسة الأنجلوساكسونية يكمن في مصادر القاعدة القانونية، ففي القانون الفرنسي يدل مصطلح القاعدة القانونية الأساس لكل بناء قانوني وهي تصدر من المشرع الذي يملك سلطة التشريع وتتصف بأنها عامة ومجردة وآمرة أو مكملة. وفي الأصل تتم صياغتها على أساس معطيات أو اعتبارات سياسية واجتماعية واقتصادية في المجتمع. فالمعنى الخاص للقانون يرتبط بالتصرفات التي تنتج القواعد وتكسبها فعالية وقيمة. ففيها يقول الأستاذ أحمد خروع القاعدة الوضعية تنحصر في أسلوب تكوينها وتواجدها.

ويمثل التشريع المصدر الأول في النظام اللاتيني الجرماني ثم يليه العرف في الدرجة الثانية والاجتهاد القضائي في الدرجة الثالثة. لكن بالنسبة للاجتهاد القضائي قد يتحول إلى سابقة قضائية، إلا أن هذه السابقة في النظام اللاتيني الجرماني ليست لها من الناحية القانونية القوة الملزمة لتطبيقها من الجهات القضائية الأخرى خلافا

لما هو موجود في النظام "الكومون لو" ففي القانون البريطاني المصدر الرئيسي للقاعدة القانونية هي الأحكام القضائية أو السوابق القضائية. فالقاضي هو الذي يصنع القاعدة القانونية.

ثانيا: تقسيمات القانون في النظام الجرماني اللاتيني .

تتميز المدرسة اللاتينية بتقسيم القانون إلى مجموعتين، مجموعة القانون العام وتنقسم إلى فروع، نذكر منها: القانون الدستوري والقانون الإداري والقانون المالي والاقتصادي والقانون الجنائي والقانون الدولي العام ومجموعة القانون الخاص وتنقسم إلى القانون المدني والقانون التجاري والقانون البحري ... وغير ذلك من الفروع القانونية الأخرى.

وقد أصبح هذا التقسيم في الوقت الحالي مجالا للتخصص القانوني، بحيث تعرف أغلب الجامعات هذه التقسيمات القانونية ما بين فروع القانون العام والقانون الخاص.

وأساس هذه التقسيمات نجده في القانون الروماني بحيث كان يقسم إلى قانون عام وقانون خاص، فكان القانون العام يهتم بمرافق الدولة والمصلحة العامة. وكان يشمل على فروع تؤدي وظيفة ما يعرف اليوم بالقانون الدستوري والقانون الإداري والقانون المالي والقانون الجنائي والقانون الجبائي.

أما القانون الخاص فيشمل القانون المدني والقانون التجاري وقواعد الإجراءات المدنية والتجارية. ونشير إلى أنه قسم القانون الخاص في القانون الروماني إلى قانون خاص بالأشخاص وقانون خاص بالأموال وقانون يتعلق بقواعد الدعاوى.

وعليه فإن الفضل يعود إلى الرومان في اعتبار القانون علما قائما بذاته، فقد وضعوا الأسس القانونية التي ما زالت أساسا للدراسات الحديثة، لذلك فقد قيل عن الرومان بأنهم خلقوا ليحملوا رسالة القانون إلى العالم.

الدرس السادس: العائلة القانونية الانجلوسكسونية(الكومن لو)
LES DROITS DE COMMON LAW

مجموعة أو عائلة القوانين الانجلوسكسونية هي قوانين الدول التي اتخذت أسلوب القانون الإنجليزي. ويأخذ بهذا النظام المملكة المتحدة البريطانية (باستثناء اسكتلندا) والولايات المتحدة الأمريكية(باستثناء لويزيانا وهي تستعمل خليط بين القانون المشترك و القانون المدني على النموذج الفرنسي)، وكندا وأستراليا وجنوب إفريقيا والهند وبعض الدول العربية التي تأثرت بشكل جزئي بهذا القانون مثل السودان ودول الخليج العربي.

وبغرض الإحاطة بهذا النظام القانوني نتناول أولا المعطيات التاريخية لنشأة النظام الانجلوسكسوني في انجلترا ثم الولايات المتحدة الأمريكية. ثم لمصادر وخصائص النظام القانوني الانجلوسكسوني.

أولا- المعطيات التاريخية لنشأة النظام الانجلوسكسوني في إنجلترا.

باعتبار أن القانون الإنجليزي هو أصل قوانين هذه العائلة، فإنجلترا هي موطنه الأصلي ثم انتشر فيما بعد ليطبق في دول أخرى وهي المستعمرات الإنجليزية التي تطبق فيها كالولايات المتحدة الأمريكية، ورغم أنهما ينتميان إلى عائلة واحدة إلا أن لكل نظام قانوني ميزات خاصة ترتبط أساسا بمعطيات تاريخية ذات صلة بتشكل أو ظهور النظامين القانونيين الإنجليزي والأمريكي.

فقد بدأ ظهور النظام القانوني الإنجليزي يتبلور بعد غزو النورمانديين لبريطانيا خلال سنة 1066م وذلك نسبة لمنطقة النورماندي في فرنسا. (أصل النورماند (أي أهل الشمال) هم الفيكنج Viking وأصل كلمة الفيكنج يرجع إلى أنهم سكان الفيوردات أو الخلجان التي نعرفها في البلاد الاسكندنافية. وقد أخذت غارات

الفيكنج على أوروبا شكلا خطيرا في القرن التاسع الميلادي. ويرجع أصل الفيكنج إلى عناصر تيتونية جرمانية ظلت على حالتها البدائية إلى أن أجبرتها ظروف الحياة إلى النزوح إلى الجنوب. فبدأت بغزو سواحل إنجلترا وفرنسا إلى أن سمح لهم شارل الثالث ملك فرنسا سنة 911م بمقتضى اتفاقية شهيرة بين الطرفين (تسلم بمقتضاها الفيكنج الإقليم الساحلي الممتد من السوم Somme حتي بريتاني، وهي المنطقة التي نسبت إلى الشماليين (أو النورمان) فعرفت منذ ذلك التاريخ باسم نورمنديا أي أرض النورمان وعاصمتها روان بغرب فرنسا) ،

وبعد الغزو النورماندي لإنجلترا في سنة 1066م قام الملك وليام الفاتح بإلغاء القانون الإنجلوسكسوني وقام بتحويل إنجلترا من النظام القبلي إلى النظام الإقطاعي، ونشأت ونشأت محاكم أخرى تطبق القانون الكنسي فيما يتعلق بنظام الأسرة، ثم ظهرت المحاكم الملكية، والتي نشأ منها القانون الإنجليزي المعروف بالقانون العام Common Lawو تسمى (محاكم وستمنستر) وهذه المحاكم نشأت لحماية مصالح الملك والمملكة والمصلحة العامة،و كانت المحاكم الملكية تأخذ بالقواعد المنطقية والعقلانية في الإثبات ، وبالتالي فقد مّر البنيان القانوني لعائلة "الكومون لو" منذ تأسيسه بعدة مراحل ابتداء بإنشاء المحاكم الملكية ثم محكمة المستشار وانتهاء بمرحلة التقنين الذي شهدها تاريخ القانون الإنجليزي في القرن التاسع عشر الميلادي حيث تم تجميع شتات الأحكام القضائية في مجموعات اقتربت من فكرة التقنين التي شهدتها أوروبا.

1- <u>المحاكم الملكية</u>:

فقد شكّل الملك مجلسا يفصل في المنازعات التي تتعلق بالأمن وسلامة الدولة والعصيان والاعتداء على العقارات باعتبارها أصبحت ملكا للملك. فانبثق عن هذا المجلس ثلاثة محاكم سميت بالمحاكم الملكية تنظر في القضايا المالية

والضرائب والديون العائدة للتاج والقضايا العقارية المتعلقة بالأرض والقضايا الجزائية المتعلقة بالاعتداءات على الأفراد.

كانت هذه المحاكم تتنقل إلى أماكن تواجد الخصومة وتعقد جلساتها هناك برئاسة الملك، وهذا سعيا لإقامة نظام قضائي موحد. ومع مرور الزمن أنشأ القضاة الملكيون المنتقلون سوابق قضائية موحدة في كل من إنجلترا واستطاعوا أن ينافسوا الهيئات القضائية المحلية التي كانت موجودة قبل غزو النورمانديين.

2 **محكمة المستشار:**

بعد اتساع دائرة اختصاص الملك لتسيير شؤون المملكة، عين الملك قضاة للمحاكم الملكية التي كانت تقضي بما تراه متناسبا مع ضمير الملك إلى أن وكل الأمر إلى مستشاره الذي يعتبر شخصية سامية أو وظيفة سامية يدعى ضمير الملك، وهذا الوضع تمخض عنه محاكم سميت بمحاكم المستشار الذي كان يفصل في الدعاوى التي ترفع إليه وفقا لمبادئ العدالة.

وهكذا أصبح في هذه المرحلة القانون الإنجليزي يتكون من ازدواجية قانونية، قانون الكومن لو (Common Law) والذي يستند لسوابق قضائية صادرة عن الملك وقواعد العدالة، وهي عبارة عن سوابق قضائية صادرة عن محكمة المستشار. والملاحظ أنه يطلق على النظام القانوني الإنجليزي تسمية "الكومون لو" والحقيقة أن "الكومون لو" هو جزء من النظام القانوني الإنجليزي الذي يشمل قوانين أخرى ولكن "الكومن لو" هو الجزء الأكبر والأهم.

ولقد ظل القانون الإنجليزي وقتا طويلا يتكون من قواعد العدالة التي هي من صنع أو نتاج محاكم المستشار وقواعد القانون العام أو القانون المشترك التي هي من صنع المحاكم الملكية وذلك إلى غاية أن تم دمج هذين القانونين وأصبحا يشكلان القانون الإنجليزي الحالي.

الدرس السابع: المعطيات التاريخية لنشأة القانون الأمريكي

نتناول في هذا الدرس المعطيات التاريخية لنشأة القانون الأمريكي ثم لمصادر القانون في العائلة الأنجلوسكسونية

1-المعطيات التاريخية لنشأة القانون الأمريكي.

إن المصدر التاريخي للقانون الأمريكي هو القانون الإنجليزي، وهذا يرجع لعهد الاستعمار الإنجليزي الذي يعود لوقت استقرار الانجليز بفرجينيا عام 1607. ففي وقت قصير من تاريخ إعلان استقلال المستعمرات الثلاث عشر التي كانت متجمعة بالقرب من الساحل الأطلسي حيث كان يعيش حوالي 3 ملايين مواطن فقط أصبحت خمسين ولاية تنتشر من المحيط الأطلسي إلى المحيط الهادي والتي كان تقدر عدد سكانها بأكثر من 250 مليون نسمة.

وقد اختلف التنظيم السياسي لهذه المستعمرات الأولى، فكان منها ما يعتبر مقاطعة ملكية تحكم مباشرة بواسطة حاكم ملكي يعينه التاج البريطاني،وكان منها ما يملكه الأفراد ويخضع سياسيا للمالك أو لمجموعة الملاك بمقتضى أمر ملكي، ومستعمرات أخرى لا تخضع لسلطة الملك، وكان لكل مستعمرة وجودها المتميز وتطورها المستقل عن غيرها من سائر المستعمرات.

ولا شك أن قانون الولايات المتحدة الأمريكية تأثر إلى حدّ كبير بالقانون الإنجليزي، فلما استقر الانجليز في أمريكا نقلوا معهم قانونهم وكانوا يطبقونه في حالة استقرارهم بمنطقة لا يطبق فيها أي قانون أوروبي آخر، فبعض المستعمرات في أمريكا تم إنشاؤها من طرف الهولنديين أو السويديين أو الإسبان أو الفرنسيين، فنقل الانجليز للقانون الإنجليزي لهذه المستعمرات كان يصطدم بنظام قانوني آخر، إضافة

إلى وجود مسيحيين متدينين في بعض المستعمرات الذين كانوا يتمسكون بتطبيق تعاليم الإنجيل والقانون الطبيعي.

إن هذه العراقيل في تطبيق القانون الإنجليزي بدأت تتلاشى مع بداية ظهور نداءات من طرف العديد من المؤلفين، لاسيما "كانت" Kent وستوري Story اللذان بيّنا من خلال كتابهما إيجابيات الكومن لو.

وبهذا انتقلت قواعد الكومون لو وقواعد العدالة إلى الولايات المتحدة الأمريكية مع إجراء بعض التعديلات من طرف المحاكم الأمريكية وهذا منذ بداية القرن التاسع عشر. وكانت بعض الولايات تأخذ بنوعين مستقلين من المحاكم، محاكم الكومون لو ومحاكم العدالة التي تجد مصدرها في القانون الإنجليزي. وتأخذ ولايات أخرى بمحاكم موحدة، وتقضي المحكمة بمقتضى الكومن لو أو بمقتضى قواعد العدالة تبعا لطبيعة الدعوى.

إلا أن تبعا لحركات إصلاحية تم مزج قانون الكومون لو ومحاكم العدالة، فقادت ولاية نيويورك حركة الإصلاح الإجرائي بإصدار تقنين فيلد Field للإجراءات المدنية عام 1848 وفي نفس السنة قانون العقوبات، ثم توحيد قواعد الإجراءات أمام المحاكم الاتحادية (الفيدرالية) عام 1938.

2-مصادر القانون في العائلة الأنجلوسكسونية

نتناول أولا مصادر القانون الإنجليزي ثم مصادر القانون الأمريكي.

2-1 مصادر القانون الإنجليزي:

إن المصدر الرئيسي للقانون في النظام القانوني الإنجليزي هو القضاء في المرتبة الأولى ثم التشريع الذي يأتي في الدرجة الثانية ثم العرف في الدرجة الثالثة.

أ-القضاء:

في النظام القانوني الإنجليزي يعتبر القضاء هو المصدر الرئيسي للقاعدة القانونية. فالقاضي هو الذي يصنع القاعدة القانونية، وهو الذي يؤسسها عن طريق الإجراءات القضائية التي يتخذها ووسائل الإثبات التي يضعها وطرائق التنفيذ التي يقررها.

بمعنى أن القضاء يقوم بوظيفة تشريعية من خلال مختلف الأحكام التي يصدرها في قضايا مختلفة عرضت عليه للحل والتي تشكل سوابق قضائية تكوّن ما يسمى بمدونات أو تقنينات تصبح سارية المفعول لدى المحاكم.

ب-التشريع:

يحتل التشريع في النظام البريطاني المرتبة الثانية في هرم مصادر القانون والملاحظ أنه لم يحتل مكانة هامة في القانون الانجلوسكسوني عامة والانجليزي خاصة، لأن القوانين اعتمدت بصفة أساسية على السوابق القضائية، ولأن الشعب لم يكن يثق بالتشريع لأنه مظهر من مظاهر تعسف الحكام واستبدادهم.

إلا أنه لا يعني ذلك عدم وجود تشريعات بل عرفت إنجلترا تشريعات مختلفة أهمها كانت الوثيقة العظمى أو الميثاق الكبير الذي يعتبر كبداية لنظام الحكم في المملكة البريطانية، وقانون الحقوق الصادر عام 1628 وقانون البرلمان الصادر في 1911 الذي يحدد سلطات كل من مجلس اللوردات ومجلس العموم والمعدل والمتمم بمقتضى قانون البرلمان لسنة 1949، مع الإشارة إلى أن الدستور الإنجليزي يستند في غالبية أحكامه على الأعراف الدستورية.

والملاحظ أن جمع القوانين بدأت عند الانجليز بصورة أساسية في القرن التاسع عشر في الهند التي كانت في السابق من مستعمراتها. وتتناول التجميع القانون المدني وقانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية. أما في إنجلترا، فقد تم تجميع بعض القوانين بصورة جزئية، منها قانون الشركات وقانون الإسناد التجارية.

ج- العرف:

إن القانون عند الإنجليز بنيت أحكامه أساسا على التقاليد والأعراف المستمدة من جهات خارج بريطانيا. ودور العرف في القانون الإنجليزي يأخذ أهمية خاصة تختلف عن دوره في القوانين الأخرى، باعتبار أن القانون يعتمد أساسا عل التقاليد العرفية المتمثلة في السوابق القضائية، والتي تجد مصدرها التاريخي في قواعد قانون الكومون لو وقواعد قانون العدالة.

2-2 مصادر القانون الأمريكي:

يتميز النظام القانوني الأمريكي بأن مصادر القانون فيه تنحصر في مصدرين رئيسين هما: التشريع والقضاء.

1/ التشريع: ونقصد بالتشريع الدستور والتشريع العادي.

1.1/ الدستور: يعتبر الدستور الأمريكي من أقدم الدساتير في العالم، وتم اعتماده سنة 1787. ولقد تعرض إلى تعديلات محدودة وبسيطة. ويتألف هذا الدستور من مقدمة وسبع مواد كل منها تتضمن عددا من الأقسام التي أدخلت عليه تعديلات فرضتها الظروف المستجدة في المجتمع الأمريكي، مثل التعديل المتعلق بإلغاء الرق، والتعديل المتعلق بإعطاء الزنوج حق المواطنة أو منح المرأة حق الانتخاب. وغيرها من التعديلات التي بلغت سبع وعشرين تعديلا كان آخرها سنة 1992.

وقد قسم الدستور الأمريكي الحكومة الفيدرالية إلى ثلاثة فروع: الفرع التشريعي والفرع التنفيذي والفرع القضائي. وهذا حسب المواد الثلاثة الأولى من الدستور.

كما ينظم الدستور الفيدرالي عمل المؤسسات الفدرالية وعلاقة الاتحاد بالولاية المشكلة له، مع الإشارة أن لكل ولاية مجلس تشريعي ورئيس الهيئة التنفيذية، ونظام قضائي ينتهي بمحكمة عليا.

2.1/ التشريع: إن النظام القانوني الأمريكي يتشكل من أكثر من تنظيم قانوني. فهناك القوانين الصادرة عن السلطة البرلمانية (الكونغرس) والقوانين الصادرة عن السلطة التشريعية.

فبالنسبة للكونجرس، فهو يمارس سلطة سن التشريعات والقوانين بتفويض من الدستور. إلا أن سلطته هذه مقيدة بمقتضى نص المادة الأولى، القسم الثامن منه، فلا يجوز له سن بعض أنواع القوانين كالذي يسري بأثر رجعي، أو القانون الذي يفرض ضرائب على الصادرات.

أما بالنسبة لقوانين الولايات، فإن المجالس التشريعية لكل ولاية تتولى مهمة إصدار القوانين. ذلك لأن الدستور الأمريكي نص على أن المجالات التي تخرج عن نطاق الكونجرس تعود لاختصاص الولايات. إلى جانب إمكانية إصدار قرارات تنظيمية تصدرها الهيئات الإدارية في الولاية و هي لوائح تنظيمية على شكل الترخيصات أو الأوامر أو القرارات واللوائح المحلية Home Rule التي تصدر عن وحدات الحكم المحلي في الولاية.

2/ القضاء:

إن القضاء له أهمية خاصة في الولايات المتحدة الأمريكية رغم كونه يقع في المرتبة الثالثة. وهذا راجع لأسباب تاريخية مرتبطة أساسا بالقانون الأصلي وهو "الكومن لو".

ويتميز القضاء الأمريكي عن القضاء الإنجليزي بخصائص معينة. فله سلطة تفسير أحكام الدستور بحيث يمكن للقضاء الفيدرالي أن يبطل القوانين الصادرة عن الكونجرس في حالة مخالفتها للدستور.

كما أن لمحاكم الولايات سلطة رقابة دستورية قوانين الولايات، فيحق لها إبطالها إذا رأت عدم دستوريتها.

ويتميز ذلك قضاء الولايات المتحدة الأمريكية بالأخذ بالقانون الأصل Common Law،وقواعد العدالة [الذي يتشكل من مجموعة الأحكام القضائية والعادات والمبادئ العامة التي تعود جذورها التاريخية لإنجلترا] بحيث تطبق المحاكم الفيدرالية ومحاكم الولايات هذه القواعد عندما لا يكون هناك تنظيما قانونيا من الكونجرس أو السلطة التشريعية للولاية. أو أحكاما دستورية تطلق على القضية المثارة، أو عندما يدعي شخصا حدوث انتهاكا أو مخالفة لبعض أحكام القانون الأصلي أو قانون العدالة.

ومن بين ميزات القضاء الأمريكي كذلك سلطة تفسير القانون، بحيث يمكن لمحاكم الدرجة العليا أو المحكمة الأمريكية العليا أن تصدر تفسيرا للقانون من خلال مختلف السوابق القضائية. وفي حالة اختلاف التفسير ما بين محكمتين، يؤخذ بما أقرته المحكمة العليا.

الدرس الثامن: خصائص النظام القانوني الانجلوسكسوني.

لا يختلف النظام القانوني للولايات المتحدة الأمريكية في بنيته القانونية عن النظام القانوني الإنجليزي من حيث المفاهيم والمصطلحات القانونية. فنجد تداول العديد من المصطلحات القانونية مثل ائتمان، أمر قضائي في كلا النظامين، لكن رغم ذلك يوجد العديد من الاختلافات الجوهرية، لاسيما ما يتعلق بالتنظيم القضائي والذي يعود أساسا لطبيعة تكوين المجتمع الأمريكي المنحدر من شعوب مختلفة جعل هذه الدولة تأخذ بنظام مغاير للنظام الإنجليزي. رغم ارتباط القانون الأمريكي بالقانون العام الإنجليزي، إلا أن هناك بعض الفوارق بين النظامين القانونيين، مما يقتضي تناول خصائص النظامين القانونيين الإنجليزي والأمريكي.

وعليه نتناول أولا خصائص القانون الإنجليزي ثم لخصائص القانون الأمريكي.

1- خصائص القانون الإنجليزي.

لا يختلف النظام القانوني للولايات المتحدة الأمريكية في بنيته القانونية عن النظام القانوني الإنجليزي من حيث المفاهيم والمصطلحات القانونية. فنجد تداول العديد من المصطلحات القانونية مثل ائتمان، أمر قضائي في كلا النظامين، لكن رغم ذلك يوجد العديد من الاختلافات الجوهرية، لاسيما ما يتعلق بالتنظيم القضائي والذي يعود أساسا لطبيعة تكوين المجتمع الأمريكي المنحدر من شعوب مختلفة جعل هذه الدولة تأخذ بنظام مغاير للنظام الإنجليزي.

يتميز القانون الإنجليزي ببعض الخصائص لا نجدها في النظام القانوني الجرماني اللاتيني، فهو لا يعرف التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص. ولكن يوجد تفرقة في القانون الإنجليزي ما بين ما يعرف بقواعد العدالة "Law equity"

وقواعد الكومن لو "Common law" أو ما يصطلح عليه حسب بعض الترجمات إلى اللغة العربية بالقانون العادي أو الأصلي أو القانون الشامل.

كما يتميز القانون الإنجليزي بعدم الاهتمام بالجوانب النظرية، فهو لا يصدر عن دراسة منطقية للتقنين يمكن اتخاذها كأساس لتقسيم القانون، فهو يتميز بصبغة عملية لا يهتم بالجزئيات وحلولها أكثر من اهتمامه بالنظريات والتجريد. مما أدى إلى اعتبار القواعد القانونية من إنشاء القضاء. فالسابقة القضائية تعتبر المصدر الأول من مصادر القانون. فبعد صدورها تصبح ملزمة للجهات القضائية الأخرى.

الفرع الثاني:خصائص القانون الأمريكي:

رغم أن القانون الأمريكي مستنبط أساسا من القانون الإنجليزي، إلا أنه يتميز بخصائص تجعله يختلف ليس فقط عن القانون الإنجليزي بل على الكثير من الأنظمة القانونية والقضائية المقارنة. وهذا يرجع أساسا للتطورات التي عرفها المجتمع الأمريكي الذي خرج شيئا فشيئا عن النظام القانوني الإنجليزي. فمثلا أخذه عن القانون الإنجليزي التقسيم ما بين القانون الأصلي أو الكومون لو وقواعد العدالة. إلا أنه عرف فيما بعد إدماج ما بين قواعد الكومن لو وقواعد العدالة إلا أن هذه التفرقة ما زالت موجودة في إجراءات التقاضي الجنائية والمدنية.

فالدستور الفيدرالي ودساتير الولايات تنص على أنه يمكن أن تكون محاكمة أمام هيئة المحلفتين بالنسبة للدعاوى التي كانت فيما سبق من دعاوى القانون وذلك باستبعاد قواعد العدالة، وفي حالة إثارة مسائل تتعلق بالقانون الكومن لو وبقواعد العدالة، فإن المحلفون يفصلون في المسائل المتعلقة بالقانون الأصلي والقاضي

بفصل في المسائل المتعلقة بقواعد العدالة، كذلك فإن الحقوق التي أقرتها محاكم العدالة لا تزال توصف بالحقوق العدلية.

ولا تزال تستعمل بالطريقة ذاتها وفقا لنفس القيود التي كانت تخضع لها أمام محاكم العدالة. وأهم هذه القيود أنه لا يجوز اللجوء إلى هذه الحقوق إلا حيث تكون الجزاءات المقررة وفقا للقانون الأصلي غير مناسبة.

كما يمكن أن نشير إلى أن أهم ميزة تميز النظام القضائي الأمريكي هو اختلافه من حيث إجراءات سير الدعوى عن العديد من الأنظمة القانونية والقضائية المقارنة، بل وحتى النظام القضائي الإنجليزي المستنبط منه. فالمحامون يباشرون الدعوى كما لو كان منهم خصما شخصيا فيها، مما يؤدي إلى بعض الظواهر الغريبة كإخفاء الشهود والمعلومات. أما القاضي فله دور سلبي بحيث يكون بمثابة حكم لا يقوم بأي تحقيق أو تحري من تلقاء نفسه. ضف إلى الدور الذي يلعبه نظام المحلفين الذي يسيطر على نظر الدعاوى جعل منهم، أي المحلفين، كأنهم يمارسون وظيفة مستقلة عن وظيفة القاضي. هذا الأخير الذي لا يمكنه أن يعترض عن الملاحظات أو الموقف بل وحتى الأحكام التي يدلي بها المحلفون.

ويتميز كذلك القانون العام الأمريكي بازدواجية في القوانين، فهناك قانون فيدرالي أو اتحادي وقانون خاص بكل ولاية من الولايات.فعندما وضع دستور الولايات المتحدة سنة 1789، وتمت المصادقة عليه سنة 1788، أنشأ الكونجرس الذي يتمتع بجميع السلطات التشريعية وسن القوانين الفيدرالية، وأناط به إنشاء المحاكم الفيدرالية، أما المحكمة الفيدرالية العليا فهي منشأة بمقتضى نص المادة 03 من الدستور.

هذا بجانب الدساتير التي تضعها المجالس التشريعية في كل ولاية التي يخول لها تّبني أي شكل تنظيمي قضائي مع حرية تحديد ولاية واختصاص كل محكمة. فالتنظيم القضائي يختلف من ولاية لأخرى ولا يشبه التنظيم القضائي الفيدرالي.

الدرس التاسع: العائلة الدينية أو الاجتماعية

النظام القانوني الإسلامي نموذجا

تختلف دراسة النظام القانوني الإسلامي عن غيره من الأنظمة القانونية الأخرى. فالشريعة الإسلامية أنشأت لتكون منهجا لجميع الناس في كل زمان ومكان. وبهذا فهي تتميز بخصائص لا نجدها في الأنظمة القانونية الأخرى.

وهي طبقا لدراسة الأنظمة القانونية المقارنة أو القانون المقارن تدرج دراستها تحت ما يعرف بالعائلة الدينية والاجتماعية.

وفي إطار دراستنا للنظام القانوني الإسلامي ضمن برنامج الأنظمة القانونية المقارنة، فإننا نتناول جوانب النظام القانوني الإسلامي من باب المقارنة، وذلك من حيث خصائصها وبنيتها ومصادرها.وعليه نتناول أولا خصائصها وبنيتها، ثم مصادرها.

أولا: خصائص وبنية الشريعة الإسلامية.

1- خصائص الشريعة الإسلامية.

إن أحكام الشريعة الإسلامية تمتاز بخصائص ترفعها إلى أرقى درجة من العظمة والكمال ، لا يرقى إليها أي قانون وضعي وأهم خصائصها تتمثل في:

أ / **ربانية المصدر**: فأحكامها منزلة من الإله على الرسول صلى الله عليه وسلم، مما يجعلها تتصف بصفات لا نجدها في أية منظومة قانونية. فهي خالية من أي نقص، لأن شارعها هو الله صاحب الكمال المطلق. وبالتالي عصمتها من معاني الجور والظلم تأسيسا على عدل الله المطلق، فيقول تعالى:﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ

ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ ﴾[1]، ويقول تعالى:﴿وَأُمِرْتُ لِأَعْدِلَ بَيْنَكُمُ﴾.[2]

وبالتالي فإن أحكامها مقدسة عند المؤمن بها.

ب/ <u>شمولية أحكامها</u>: فأحكام الشريعة الإسلامية تكتسي الطابع العام من حيث الزمان والمكان والإنسان والأحكام.

فمن حيث الزمان، بمعنى أن الشريعة الإسلامية لا تقبل نسخا أو تعطيلا. فهي الحاكمة إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها.

ومن حيث المكان، فهي لا تحدها حدود جغرافية. أما من حيث الإنسان، فالشريعة تخاطب جميع الناس لقوله تعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا كَافَّةً لِّلنَّاسِ بَشِيرًا وَنَذِيرًا وَلَٰكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ﴾[3]، وقوله تعالى في صورة الأعراف: ﴿قُلْ يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنِّي رَسُولُ اللَّهِ إِلَيْكُمْ جَمِيعًا﴾[4]. وقال الرسول صلى الله عليه وسلم : "كان النبي يبعث إلى قومه خاصة وبعثت إلى الناس عامة"[5].

وبالنسبة لشمولية الشريعة الإسلامية من حيث الأحكام، فإنها لتحافظ على الضروريات الخمس من نفس ومال وعرض وعقل ودين. ووجوب الوفاء بالعهود والعقود، ومنع الضرر الأخف لدرء الضرر الأشد.

ج/ **<u>الواقعية والموضوعية</u>:** فتتميز أحكام الشريعة الإسلامية بالمرونة المتعلقة بالمعاملات وبالصرامة في القواعد المتعلقة بالعبادات.

([1])سورة الحجرات، الآية 13
([2]) سورة الشورى، الآية 15
([3]) سورة سبأ الآية 28
([4]) سورة الأعراف، الآية 158
([5]) رواه البخاري ومسلم.

أما الجانب الموضوعي من حيث أن جل القواعد المتعلقة بالمعاملات، قواعد موضوعية، ولا نجد إلا القليل من القواعد الشكلية خلافا للأنظمة القانونية الأخرى التي تغلب عليها الجوانب الشكلية.

د/ **الوسطية**: ويقصد بها الإحكام لنقاط الاتزان بين جميع المتقابلات، فقد نصت الشريعة على التملك الفردي المنضبط وسطا بين إلغائه وتحريره من كل القيود. وحثت على الشجاعة وسط بين الجبن والتهور. وأمرت بالإنفاق وهي وسط بن البخل والتبذير.

هـ/ **الجمع بين الجزاء الدنيوي والأخروي**: فالشريعة الإسلامية توقع الجزاء على المخالف لأحكامها في الدنيا والآخرة.

و/ **الموازنة بين مصالح الفرد والجماعة**: فالشريعة الإسلامية على خلاف القوانين الوضعية توازن بين مصالح الفرد والجمعة. فلا تميل إلى الجماعة على حساب الفرد، ولا تقدس الفرد على حساب الجماعة.

2-البنية القانونية للشريعة الإسلامية.

نتناول أولا البنية القانونية ثم النظام القضائي في الإسلام.

2-1 البنية القانونية.

الشريعة لغة تعني الطريقة المستقيمة. وفي هذا المعنى يقول الله عز وجل:﴿ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَىٰ شَرِيعَةٍ مِّنَ الْأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَ الَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ﴾.[6]

ويعرفها فقهاء الشريعة الإسلامية بأنها ما شرعه الله تعالى على لسان نبيه. فهي مجموعة الأحكام التي أوحى بها الله سبحانه وتعالى لسيدنا محمد صلى الله عليه وسلم لتبليغها للناس. فهي ما شرعه الله لعباده من العقائد والأحكام في شؤون الحياة كلها.

([6]) سورة الجاثية، الآية 18

وتتضمن الشريعة بهذا المعنى أحكام تتعلق بالعبادات وأحكام أخرى تتعلق بالمعاملات. وما يهمنا في إطار دراستنا للشريعة الإسلامية ضمن الأنظمة القانونية المقارنة، الأحكام المتعلقة بالمعاملات.

فنظرا لشمولية الشريعة الإسلامية لجميع فروع القانون الوضعي سواء تلك الواردة في النظام الجرماني اللاتيني أو النظام الانجلوسكسوني. فإن أحكامها نزلت كتشريع كامل ومتكامل، تراعي حياة الناس المتجددة. كما أن أحكام الشريعة خالدة، لأنها من الله. وأهم ما يمكن ذكره من القوانين التي تشملها، ما يلي:

1) **القانون المدني**:

– **أحكام الأسرة:** ويتناول الزواج والطلاق، الوصاية، الكفالة، الحجر، الإرث، الرضاعة، النفقة، الحضانة، الوصية، الإرث.

– **المعاملات المالية:** سواء مدنية أو تجارية كالبيع، القرض، الإجارة، الوديعة العارية، الشفعة، الشركة، الوكالة، الكفالة، التعدي على أموال الغير.

2) **القانون الداخلي العام**:

أ / **القانون الدستوري**: وهو أسمى قانون في الدولة، وينظم أسس الدولة وعلاقة الحاكم بالمحكوم.

ب/ القانون المالي: وذلك في إطار ما يتعلق بالزكاة والخراج والعشر. حيث نظم التشريع الإسلامي العلاقات المالية بين الناس والدولة والفقراء والأغنياء. كما نظم موارد بيت المال وكيفية صرفه، وهو ما يطلق عليه اليوم بالمالية العامة.

ج/ القانون الإداري. وهو علاقة الحاكم بالمحكوم.

د/ القانون الجنائي.

هـ/ القانون الخارجي العام: وهي الأحكام التي تنظم علاقة الدولة مع سائر الدول في زمن الحرب والسلم.

وبهذا فإن الشريعة الإسلامية كرست أغلب المبادئ التي تتضمنها مختلف القوانين الوضعية.

2-3 النظام القضائي في الإسلام.

يقوم النظام القضائي الإسلامي على أساس العدالة والإنصاف والمساواة بين المتقاضين. وأول من تولى القضاء الرسول صلى الله عليه وسلم ويتطلب في القاضي لممارسة هذا المنصب توافر شروط معينة وهي: الإسلام، العدالة، الذكورة، حرا، بالغا، سليم السمع والبصر وفقيها بأحكام الكتاب والسنة والإجماع واللغة ومواضع الاجتهاد. فالقضاء مسؤولية عظيمة، قال الرسول في صلى الله عليه وسلم شأنها: "من ولي القضاء فقد ذبح بغير سكين"

وإلى جانب القضاء العادي، توجد أنظمة قضائية خاصة وهي نظام الحسبة، نظام المظالم، نظام الشرطة.

1/ نظام الحسبة:

الحسبة من الوظائف التي يتصل عملها بالقضاء والشرطة، لكنها مستقلة عنهما، ويقال لصاحبها المحتسب. ويوجد مصدره في عدة آيات من القرآن، مثال ذلك:﴿ وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ ۚيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ

الْمُنكَرِ﴾.[7] وكذلك قوله تعالى: ﴿وَلْتَكُن مِّنكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنكَرِ ۚ وَأُولَٰئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ﴾[8]

والحسبة في الشريعة الإسلامية إزالة المنكر والأمر بالمعروف. ويدخل في اختصاص هذا النظام النظر في المسائل المتعلقة بالأمن (النظام العام) وراحة السكان والنظافة، لاسيما نظافة الأسواق والشوارع. إلى جانب محارة الغش ومراقبة صناعات المنتوجات والأطعمة والألبسة ومراقبة الموازين والمكاييل.

كما للمحتسب عدة أدوار تتعلق بالجانب الأخلاقي أو الاجتماعي أو الديني. فنظام الحسبة نظاما رقابيا يتكامل مع النظام الاجتماعي والسياسي في المجتمع الإسلامي.

2/ نظام المظالم:

هي سلطة قضائية أعلى من سلطة القاضي والمحتسب، ويختص بالنظر في الشكاوى والدعاوى المتعلقة بالمنازعات التي تكون بين الحاكم والمحكوم والتي يعجز عن حلها المحتسب.

وقضاء المظالم يشبه في طبيعة عمله محاكم القضاء الإداري ومحاكم مجلس الدولة. ويتولى هذا القضاء النظر في القضايا المتعلقة بالاعتداء على أموال الخزينة والمتعلقة بالأخطاء التي يرتكبها الولاة وأصحاب المراكز السياسية في الدولة والأمراء. ومن خصوصية هذا النظام أنه يتولى تنفيذ الأحكام الصادرة عنه بنفسه

([7]) سورة التوبة الآية 71
([8]) سورة آل عمران الآية 104

وفي وقت الرسول صلى الله عليه وسلم ، كان ينظر في المظالم الرسول صلى الله عليه وسلم بنفسه، وبعده تولى هذه الوظيفة الخلفاء الراشدون وتدريجيا انتقل الاختصاص إلى ديوان المظالم وانتداب أعوان متخصصين يقومون بهذه الوظيفة. وأنشئ هذا النظام في جميع الدول الإسلامية. وهو نواة للقضاء الإداري التي تأخذ به العديد من الدول، خاصة الجرمانية اللاتينية.

3/ نظام الشرطة:

يعتبر عمر بن الخطاب رضي الله عنه هو من وضع اللبنة الأولى في هذا النظام بعد الرسول صلى الله عليه وسلم ، وذلك عندما وضع نظام العسس كنظام فعال لحراسة الطرق وحفظ النظام في الليل.

وإلى جانب وظيفة المحافظة على الأمن يقوم هذا النظام على تنفيذ الأحكام وتحريك الدعوى العمومية والقيام بصلاحيات البحث والتحري الذي هو من اختصاص الضبطية القضائية اليوم.

الدرس العاشر مصادر الشريعة الإسلامية.

إذا كان المقصود بمصادر القانون هو الإجابة كما يقول الأستاذ هنري ليفي بريهل على سؤال : من أين يأتي القانون؟

فإن مصادر التشريع الإسلامي يقصد بها أصوله التي يقوم عليها وأدلته التي يستند إليها، لأن الله تعالى هو مصدر الأحكام كافة. ولفظ الصدر بالنسبة للشريعة يرادف مصطلح المصدر الرسمي بالنسبة للقانون، رغم أن الفقهاء استعملوا لفظ الأصل أو الدليل. وتنقسم مصادر الشريعة الإسلامية إلى مصادر أصلية ومصادر احتياطية.

أولا: المصادر الرسمية.

تشمل المصادر الرسمية أو الأصلية في القرآن والسنة.

1- القرآن.

القرآن الكريم هو كلام الله المنزل على رسوله محمد صلى الله عليه وسلم بن عبد الله عن طريق الوحي باللفظ العربي المنقول إلينا بالتواتر كتابة ومشافهة جيلا عن جيل. محفوظا من أي تغيير أو تبديل مصداقا لقوله تعالى:﴿إِنَّا نَحْنُ نزلْنَا الذِّكْرَ وَإِنَّا لَهُ لَحَافِظُونَ﴾[9] ويعتبر القرآن المصدر الأصلي للتشريع، بحيث تبقى الأدلة الشرعية جميعها تستند إلى أحكامه. وهو يتميز بشمولية أحكامه لشؤون الدين والدنيا.

فإلى جانب تناوله الأحكام الاعتقادية والعبادات، فقد تناول كذلك أحكام المعاملات المعروفة حاليا بأحكام الأحوال الشخصية والأحكام المدنية والأحكام الجنائية وأحكام المرافعات وأحكام دستورية وأحكام دولية وأحكام اقتصادية ومالية.

([9]) سورة الحجر، الآية 9

1-1 <u>الأحكام المتعلقة بالأحول الشخصية</u>: لقد نظمت هذه الأحكام بشكل دقيق وشملت مسائل الزواج والطلاق والخلع، الحضانة، الولاية، الوصية والمحرمات من النساء، الهبة والمواريث. وقد أخذت أغلب القوانين العربية بهذه النظم الواردة في القرآن مباشرة مع بعض الاختلاف في التطبيق للجزئيات.

1-2 - <u>الأحكام الجنائية</u>:

وورد في شأنها أحكام تتعلق إما بجرائم الحدود أو جرائم القصاص وجرائم التعزيز.

أ / جرائم الحدود: وهي تشمل:

1) **حد السرقة:** وعقوبتها قطع اليد. وهي عقوبة شديدة ولكنها فرضت لمصلحة المجموع ودليلها قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِّنَ اللَّهِ ۗ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾.[10] إلا أنه هذه العقوبة لا تقام أيام المجاعة والفقر ولا قطع لسارق القليل ولا قطع فيمن يسرق الثمار من على الشجر ولا قطع لمن يسرق ليقتات أو يسد رمقه.

2) **حد الحرابة:** وعقوبتها القتل كما ورد في الآية 33 من سورة المائدة، وهي عقوبة شديدة مقصود بها حماية الناس وحماية المجتمع من قطاع الطرق. فهي تشمل على أعمال قطع الطريق والإفساد في الأرض، والخروج على الناس في

([10]) سورة المائدة، الآية 38

الطرقات والصحاري والتعرض لهم من أجل سلب أموالهم، سواء كان ذلك باستخدام السلاح أو عن طريق الأيدي.(11)

3) **حد الزنا:** وعقوبتها مئة جلدة لقوله تعالى:﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ ﴾وإن كان محصنا فعقوبته الموت رجما. ولكن الشريعة فرضت لإثباتها أمرا عسيرا، وهي شهادة أربعة يشهدون بالرؤية، فإن كانوا ثلاثة جلدوا حد القذف حتى لا يتقدم للشهادة إلا الواثق المتأكد.

4) حد شرب الخمر: وعقوبتها ثمانون جلدة، والعقوبة المقررة لها لم ترد بنص القرآن، إنما سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم تحرى بها المصلحة العامة.

5) حد القذف: وعقوبتها ثمانون جلدة وأساسها الشرعي قوله تعالى:﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾. فالمصلحة العامة تقتضي معاتبة القاذف بالزنا دون مراعاة شخصه. فالله تعالى قد كره إظهار الزنا والتكلم به وتوعد من يحب إشاعته في المؤمنين بالعذاب الأليم في الدنيا والآخرة. قال تعالى:﴿إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَن تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ ۚ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾

6) حد الردة: وعقوبتها القتل امتثالا لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "من بدّل دينه فاقتلوه"

7) **حد البغي:** وعقوبتها القتل حتى تفيء الطائفة الباغية لأمر الله تعالى. ودليلها قوله تعالى: ﴿وَإِن طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا ۖ فَإِن بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَىٰ فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّىٰ تَفِيءَ إِلَىٰ أَمْرِ اللَّهِ﴾

(11) حد الحرابة، المرجع الرسمي للإمام ابن باز.

ب/ جرائم القصاص:

وهي تتعلق بالاعتداءات الجسمانية أو الجسدية التي تقع على الإنسان بالقتل العمدي والقتل غير العمدي وشبه العمدي والضرب وغيرها من الجرائم التي تلحق الضرر المادي الجسماني بالفرد.[12]

فجريمة القتل العمدي عقوبتها القصاص مع الدية وذلك تطبيقا لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى﴾ أما إذا كان غير متعمد فتكون العقوبة دفع الدية.[13]

أما فيما يتعلق بالجرح والجرائم المماثلة، حددت عقوبتها بالتماثل، فقال تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنفَ بِالْأَنفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ ۚ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُ ۚ وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾.[14]

لكن في حالة ما إذا كان الفعل غير عمدي فالعقوبة هي التعويض. لكن يجب الإشارة إلى أن القصاص في التشريع الإسلامي عقوبة تجب حقا للفرد، بمعنى أن للمجني عليه أو ولي الضحية العفو إذا شاءوا، فبالعفو تسقط العقوبة.[15]

ج/ جرائم التعزير:

تكون في نوعين من الجرائم، الجرائم المعاقب عليها بالحد أو المعاقب عليها بالقصاص. ولكن تخلف ركن من أركانها أو شرط من شروطها، أي في حالة عدم

([12]) معراج جديدي، مرجع سابق، ص.71.
([13])معراج جديدي،مرجع سابق ، ص.72.
([14]) سورة المائدة، الآية 45
([15]) عبد العزيز بن زيد بن عبد الله العميقان، التعزيزات المادية في الشريعة الإسلامية، متاح على الموقع، http:/www.alukah.net

إمكانية إقامة الحد على الجاني. أما النوع الثاني من الجرائم فهي تلك التي لا حد فيها ولا قصاص. وهذا النوع يضم أغلب الجرائم، وهي تعتبر من الظروف المكانية والزمانية، ومن أمثلتها: تارك الصلاة، أو الأكل في نهار رمضان بغير عذر أو السب والشتم وغير ذلك من الجرائم.

ثانيا: السنة.

1- تعريفها: السنة في اللغة تعني الطريقة المعتادة أو العادة المستمرة. أما السنة في الاصطلاح الشرعي فهي ما صدر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من قول أو فعل أو تقرير.

1- **حجية السنة:** وتعتبر السنة المصدر الثاني للشريعة الإسلامية بعد القرآن. فقد أجمع المسلمون على أن ما صدر عن رسول الله من قول أو فعل أو تقرير، ونقل إلينا بسند صحيح يفيد الصدق، يكون حجة على المسلمين. وهي كالقرآن في وجوب الاتباع لقوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَن يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ﴾[16] وقد قال الله تعالى: ﴿قُلْ أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ﴾[17]

وقد كان الرسول صلى الله عليه وسلم يأمر بالاجتهاد فيما لا نص فيه. فقد روي عن الرسول أنه لما بعث معاذ بن جبل إلى اليمن قال له: "بم تقضي؟ قال: أقضي بكتاب الله، فإن لم أجد فبسنة رسول الله، فإن لم أجد اجتهد رأيي. فأقره عليه الصلاة والسلام. وقال: "الحمد لله الذي وفق رسول الله لما يرضي رسول الله."

([16]) سورة الأحزاب، الآية 36
([17]) سورة النور، الآية 54

3) **أشهر المجموعات المدونة للسنة:** أشهر المجموعات في تدوين السنة عند مذاهب أهل السنة هي مجموعة البخاري، المتوفى عام 256هـ. ومجموعة مسلم المتوفى عام 262هـ. وتسمى هاتان المجموعتان بالصحيحين. ومجموعة لأبي داوود المتوفى عام 277هـ. ومجموعة الترمذي المتوفى عام 269هـ.

ومجموعة ابن ماجه المتوفى عام 273هـ. ومجموعة النسائي المتوفى عام 203هـ. وتعرف هذه المجموعات بكتب السنن الأربعة.

ثانيا: المصادر الاحتياطية.

إن المصادر الاحتياطية في الشريعة الإسلامية كثيرة. إلا أننا سنتطرق فقط للاجتهاد وذلك لدوره الأساسي في تطوير التشريع. وكونه الميزة الأساسية التي يتميز بها، مقارنة مع الشرائع الوضعية القديمة والحديثة.

الاجتهاد هو المصدر الرابع من مصادر التشريع الإسلامي بعد "الكتاب" و"السنة" و"الإجماع". ويعبّر عنه أيضا باسم "القياس" أو "العقل" أو "الرأي" باعتبار أن كلا من هذه الثلاثة ما هو إلا أداة من أدوات الاجتهاد.

1) معنى الاجتهاد:

الاجتهاد في اللغة مشتق من مادة (ج هـ د) بمعنى بذل الجهد (بضم الجيم) وهو الطاقة. أو تحمل الجهد (بفتح الجيم) وهو المشقة.

أهم الاجتهاد في الاصطلاح فقد عبر عنها العلماء بعبارات متعددة، منها قول الجرجاني "هو استفراغ الفقيه ليحصل له ظن بحكم شرعي".

ويقول الإمام الأمدي "هو استفراغ الوسع في طلب الظن بشيء من الأحكام الشرعية على وجه يحس من النفس العجز عن المزيد فيه. ويعرفه الإمام الشوكاني بأنه "بذل الوسع في نيل حكم شرعيي عملي بطريق الاستنباط"

وفي الشريعة الإسلامية يعتبر الاجتهاد ليس فقد الاجتهاد على تفسير النصوص فقط في حالة غموضها بل إعطاء الحلول في حالة سكوت النص. وقد كان الرسول صلى الله عليه وسلم يحث على الاجتهاد فاعتبرت الشريعة الإسلامية "للمجتهد أجران إذا أصاب، وأجرا إذا أخطأ". وفي هذا منتهى التقدير لحرية الرأي والاجتهاد كمصدر صحيح للشريعة.

أما الاجتهاد في الأنظمة القانونية الأخرى كالقانون الروماني مثلا، فإنها لم تكن معروفة في العهد الملكي[18]، بل كانت منحصرة فقط عند رجال الدين والكهنة. ولم تصبح مصدر من مصادر الحقوق إلا في حقبة صغيرة من الزمن.و الذي نشأ بعد انهيار النظام الملكي. فبعد هذه الحقبة الزمنية لم يبق للاجتهاد دورا كبيرا إلا ما كان من الشرح للنص القانوني والحمل عليه.[19]

في حين في العصور الحديثة لا يوجد اجتهاد بمفهوم الاجتهاد في التشريع الإسلامي الذي يعتبر أولا مصدر من مصادر الشريعة إلى جانب القرآن والسنة. وذلك كلما سكتت نصوص هذين المصدرين أو غمضت وذلك باعتماد على طرق مختلفة كالقياس والاستنباط على الأحكام الكلية والمبادئ العامة الواردة في القرآن والسنة.

([18]) محمد معروف، مرجع سابق،
([19]) معراج جديدي، مرجع سابق، ص.72

2) حجية الاجتهاد:

يرى جمهور الفقهاء أن الاجتهاد المبني على الإجماع والقياس والاستنباط يعتبر تشريعا واجب الاتباع، ولا يجوز للمجتهدين مخالفته في عصر تالي[20]، ويستدلون في ذلك إلى نصوص القرآن التي تدل على عصمة الأمة الإسلامية من الاجتماع على الخطأ، في قوله تعالى: ﴿كُنتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنكَرِ وَتُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ﴾.

كما يستندون إلى الأحاديث التي تدل على عصمة الأمة من الاجتماع على الضلالة، كحديث الرسول صلى الله عليه وسلم "لا تجتمع أمتي على خطأ"

و ما يزيد من تأكيد على اعتبار الاجتهاد سواء كان عن طريق القياس أو الإجماع بأنه من المصادر الاحتياطية للشريعة، نصيحة عمر بن الخطاب رضي الله عنه لشريح بن الحارث الكندي عندما عينه قاضيا على الكوفة وقدم له نصيحة جاء فيها "إن جاءك شيء في كتاب الله فاتبع سنة الرسول صلى الله عليه وسلم ، وما لم يتبين لك في السنة، فاجتهد فيه رأيك"[21] وفي نفس السياق يقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه لأبي موسى الأشعري "القضاء فريضة محكمة أو سنة متبعة، الفهم فيما تلجلج في صدرك ما ليس في كتاب الله وسنة رسول الله،، اعرف الأشياء بالنظائر وقس الأمور عند ذلك."

([20]) علي محمد جعفر، مرجع سابق، ص.254

(2)محمد نور حمدان، هل الشريعة الإسلامية صالحة للتطبيق اليوم؟

https://blogs.aljazeera.net/blogs/2019/5/27/

(3) علي محمد جعفر، مرجع سابق، ص.254

وبهذا فإن الإجتهاد يجعل الشريعة الإسلامية تتميز بالمرونة والقدرة على الاستجابة لمتغيرات الزمان والمكان، فهو أحدى مصادرها الرئيسية حيث يساهم العقل الإسلامي في فهم النص وتشجيعه على فهم النص وتنزيله على الواقع الذي يعيشه، أما إن اقتصرت العقول الإسلامية على نقل النصوص الفقهية فمن الطبيعي أن تصاب الشريعة الإسلامية بالجمود فالله أمرنا أن نفهم النص المنزل والموحى به بأدوات الاجتهاد، وهذه الأدوات هي المصالح المرسلة والاستحسان والقياس والعرف وسد الذرائع والاستصحاب ،وما لم نفعّل هذه الأدوات في النص الديني كما فعّلها علماؤنا السابقون ستبقى الشريعة الإسلامية عاجزة عن التطبيق فقد فهم العلماء السابقون الاستحسان فشرعوا عددا من المعاملات المستحدثة كالاستصناع وأنواع من الإجارات بسبب حاجة الناس لها، بالرغم أنها تخالف القياس أو تخالف قواعد الشريعة العامة وفهموا المصالح المرسلة فشرعوا عددا من المستجدات لأنها تلبي حاجات الناس وتحقق مصالحهم، وفهموا أن ما تعارف عليه الناس معتبر في الشرع فاعتبروا أن ما تعارف عليه الناس جزءا من الشريعة الإسلامية وهكذا كانت الشريعة الإسلامية مرنة مرونة كافية بما تستطيع أن تتواكب مع التطورات الحضارية والعصرية [1].

---

(1) **محمد وفيق زين العابدين**، التشريع الإسلامي بأقلام قانونيين ومفكرين غربيين مجلة البيان، يونيو 2014م.**العدد 324،متاح على الموقع** http://www.albayan.co.uk/Mobile/MGZarticle2.

واستنادا على هذه الإعتبارات فإن للشريعة الاسلامية مكانة مميزة ما بين التشريعات المقارنة ،وقد انتبه فقهاء وفلاسفة القانون العالميون المعاصرون لإعجاز التشريع الإسلامي[1] ، فنضحت مؤلفاتهم بانبهارهم، ولم يتمالكوا التصريح في مؤتمراتهم بعلو كعب الشريعة في المجال التشريعي، والإقرار بأنها السبيل لخلاص البشرية من ويلات القانون الوضعي وتبعاته المُجحفة،[2] وفي هذا الشأن يقول برنارد شو، الفيلسوف والروائي الإنكليزي المعروف(1950 – 1856م) :(الإسلام هو دين الديمقراطية وحرية الفكر ..وهو دين العقلاء ..وليس فيما أعرف من الأديان نظام اجتماعي صالح كالنظام الذي يقوم على القوانين والتعاليم الإسلامية، فالإسلام هو الدين الوحيد الذي يبدو لي أن له طاقةً هائلةً لملائمة أوجه الحياة المتغيرة، وهو صالح لكل العصور(، ويقول) :لا بد أن تعتنق الإمبراطورية البريطانية النظم الإسلامية قبل نهاية هذا القرن، ولو أن محمداً بُعث في هذا العصر وكان له التحكم في هذا العالم الحديث لنجح تماماً في حل جميع المشاكل العالمية وقاد العالم إلى السعادة والسلام) [2]. فالحمد لله على نعمة الإسلام

---

(1) محمد وفيق زين العابدين، **التشريع الإسلامي بأقلام قانونيين ومفكرين غربيين** مجلة البيان، يونيو 2014م.العدد 324،متاح على الموقع http://www.albayan.co.uk/Mobile/MGZarticle2.

(2) محمد وفيق زين العابدين،نفس المرجع.

(3)