جامعة وهران 2

كلية الحقوق و العلوم السياسية

السنة الجامعية 2020-2021

محاضرات في الانظمة القانونية المقارنة

- القانون المقارن -

تقدم في إطار اجراءات التباعد الاجتماعي

من قبل :

تراري ثاني مصطفى

أستاذ التعليم العالي

السنة الجامعية 2020-2021

مقدمة : في التعريف بمجال الانظمة القانونية المقارنة

اختلفت الاصطلاحات حول تسمية مجال دراستنا : الانظمة القانونية المقارنة (systèmes juridiques comparés) و التي ما هي في الحقيقة ألا ما يعرف عادة بالقانون المقارن .(Droit comparé – comparative law).

1- التطور التاريخي للدراسات المقارنة في مجال القانون

تعود اولى التجارب في مجال الدراسات القانونية المقارنة الى العصور القديمة ، بحيث يروى ان الالواح الاثني عشر ((Lois des VII Tables في روما و التي وضعت حوالي عام 450 قبل الميلاد، أتت على إثر زيارة قامت بها بعثة من 10 رجال قانون) les décemvirs)الى اليونان و هو ما يعني ضمنا مقارنة الاوضاع القانونية بروما مع ما هو معمول به هناك.

في العصر الوسيط اهتم بعض الفقهاء بالمقارنة بين القانون الكنسي و القانون الروماني من جهة و القانون العام الانجليزي ((common law من جهة اخرى.

بينما لم تظهر دراسة مقارنة لدى الفقهاء المسلمين لأنهم اعتبروا بان الشريعة الاسلامية هي آخر الشرائع التي لا تضاهيها شريعة اخرى.

كما اعتمدت الدراسات المقارنة للأعراف المحلية لوضع القانون العرفي المشترك في فرنسا (Droit commun coutumier (و القانون الخاص الالماني((Deutches privetrecht.

و اخيرا يعتبر مونتيسكيو هو رائد الدراسات القانونية في العصر الحديث لأنه حاول النفوذ إلى روح القوانين) (L'esprit des lois ، لاستخلاص افضل نظام للحكم.

و يرجع الفضل في طرح إشكاليات القانون المقارن الى المؤتمر العلمي الذي انعقد في باريس عام 1900 و الذي نقل القانون المقارن من علم يساعد على التعرف على تقاليد قانونية لشعوب في إطار انشاء الامبرطوريات الكبرى الفرنسية و البريطانية الى علم قائم بذاته يعمل على التفاهم بين الشعوب في إطار حلم الحكومة العالمية المنشودة التي اعطت عمليا منظومة الامم المتحدة.

و اخيرا في ظل العولمة و اقتصاد السوق يعتبر القانون المقارن هو المنهج الذي يستند له المحكم الدولي للتعرف على ما اصبح يعرف بقانون التجار((lex mecatoria او القانون العابر للأقطار (transnational law) لفض المنازعات المرتبطة بعقود التجارة الدولية.

2- طبيعة القانون المقارن

اختلف الفقهاء منذ القدم عن طبيعة القانون المقارن من خلال طرح 03 اسئلة :

<u>السؤال الاول : هل القانون المقارن فرع من فروع القانون ؟</u>

مما لا شك فيه ان القانون المقارن ليس فرعا من فروع القانون ، يتولى مباشرة تنظيم جانب من جوانب الحياة الاجتماعية ، كالقانون المدني او التجاري او الاداري ...الخ ، لان ما يعرف لدينا بأقسام و فروع القانون ليس نتاج تصنيف علمي للقانون يصلح لكل عصر و مصر و انما تصنيف تاريخي يرتبط

بتطور القانون في اوروبا ، خاصة فرنسا التي اعتمدت اكاديميا التقسيم الروماني للقانون إلى عام و خاص و اعتماد فروع للقانون الخاص من قانون مدني و تجاري و قانون عمل ...الخ.

السؤال الثاني : هل القانون المقارن علم قائم بذاته ؟

اختلف الفقهاء حول اعتبار القانون المقارن علما بين من يرى بأنه علم قائم بذاته و من يرى بأنه مجرد الطريقة المقارنة مطبقة في مجال القانون و الحقيقة ان اختلافهما اتى نتيجة عدم اتفاقهما على معنى العلم (ابستمولوجيا).

أ- القانون المقارن ليس علما قائما بذاته

كان روني دافيد ((1990-1906 يرى بأن القانون المقارن ليس علما و انما مجرد الطريقة المقارنة مطبقة في مجال القانون ، كما هو الحال بالنسبة لمجالات اخرى ، كعلم اللاهوت المقارن و الادب المقارن ...الخ

و يعلل روني دافيد رأيه بعدم علمية القانون المقارن بكونه لا يحظى بموضوع خاص يجعله يستقل عن باقي العلوم مثل تاريخ القانون و فلسفة القانون و علم الاجتماع القانوني و علم النفس القانوني ...الخ.

لكن الاتجاه المنكر على القانون المقارن علميته رأى بان روني دافيد ناقض نفسه بنفسه حينما نشر كتابه حول الانظمة الكبرى في القانون المقارن(Les grands systèmes du droit comparé) و الذي صنف فيه الانظمة القانونية عبر العالم الى مجموعات او عائلات بناء على معايير محددة ، اعتبر هذا الاتجاه ان هذا التصنيف (la classification) هو موضوع القانون المقارن (انظر : 3- موضوع القانون المقارن و خطة الدراسة).

ب – القانون المقارن علم قائم بذاته

قاد هذه النظرية جون ليونتان كونسنتينسكو(1913-1981) الذي انطلق من تعريف بوانكريه للعلم بانه : **"العلم هو قبل كل شيء تنظيم و تصنيف يسمح بالتقريب بين وقائع لا علاقة لها في الظاهر"** و من ثم اعتبر بان القانون المقارن هو علم ، طالما انه يبحث في روابط بين انظمة قانونية مختلفة بغية إعطاء تصنيف لها (Typologie).

و لما كان لكل علم منهجه ، فمنهج القانون المقارن هو الطريقة المقارنة التي تطبق كذلك في بعض اصناف المعرفة البشرية التي لا احد ينكر علميتها مثل الفلك و الجيولوجيا ...، رغم عدم اعتمادها على المنهج التجريبي (الملاحظة و الفرضية ثم القانون).

و يقصد بالمقارنة هنا ليس المقارنة الجزئية (micro-comparaison)العقيمة بين قواعد قانونية جزئية كالمقارنة بين سن الرشد او مدة التقادم او لحظة انتقال الملكية في نظامين قانونين مختلفين و انما المقارنة الكلية (macro-comparaison) ، بين مؤسسات قانونية تعتبر محددة (بكسر الدال الاولى - déterminantes) في النظام القانوني ، مثل نظام التروست (Trust)في القانون الانجليزي او مبدأ سلطان الارادة و حسن النية في القانون المدني ...الخ.

3- موضوع القانون المقارن و خطة الدراسة

تصنيف الانظمة القانونية إلى عائلات ، استنادا الى معايير موضوعية هو موضوع القانون المقارن ، على العموم هذا المعيار يتمثل في نظرية المصادر، فيفرق بين انظمة تعتمد التشريع) فرنسا، ايطاليا ، المانيا ، الجزائر...)و اخرى تعتمد القضاء) انجلترا ، امريكا ...(و اخرى تعتمد العرف)افريقيا و مدغشقر ...) و اخرى تعتمد على تعاليم حكماء ، رجال دين) الصين و اليابان(... ، على أساس ايديولوجي) الاتحاد السوفياتي سابقا ، الصين الشيوعية ، الجزائر قبل 1989 ...)، على أساس تدخل الدين في القانون من عدمه (المملكة العربية السعودية و دول الخليج إيران...).

و هذا ما سنتطرق اليه من خلال دراسة بعض العائلات القانونية كالتالي :

الباب الاول : عائلة القانون المدني

الباب الثاني : عائلة القانون العام

الباب الاول : عائلة القانون المدني) (civil law

تعرف اليوم بعائلة القانون المدني (Famille civiliste)، لان نواتها الاولى تاريخيا هي القانون المدني الروماني و في العصر الحديث القانون المدني الفرنسي الذي وضعه نابليون عام 1804 من قبل دكاترة كانوا يدرسون القانون الروماني ، فاستعملوا تقسيماته و مصطلحاته و نظرياته.

عرف عند المقارنين القدامى بالعائلة اللاتينية الجرمانية : اللاتينية كناية عن القانون الروماني و الفرنسي و الجرمانية كناية عن القانون المدني الالماني (Bürgerliches Gesetzbuuch) و المعروف اختصارا ب : BGB.

الفصل الاول : التبلور التاريخي لعائلة القانون المدني

مرت هذه العائلة بثلاثة مراحل : مرحلة القانون العرفي ، ثم مرحلة التقنينات و أخيرا مرحلة الانتشار خارج اوروبا.

المبحث الاول : مرحلة القانون العرفي

1- ظهور العرف الاقليمي

مند سقوط روما في القرن V الميلادي و توالي الفتوحات عليها من قبل شعوب جرمانية و غيرها ، أدى تعايش هذه الشعوب الى ظهور مبدأ شخصية القوانين ، أي ان كل طائفة تخضع لقوانينها الخاصة بها ، لكن بمرور الازمان تقاربت انماط العيش بين كل هذه الشعوب فنشأ عن ذلك عرف اقليمي دعم وجوده الاقطاع المتنامي ، فحل في الاخير مبدأ اقليمية القوانين محل مبدأ شخصية القوانين السالف الذكر.

كان لظهور العرف الاقليمي اثر كبير على القانون الروماني ، بحيث لم يعد يحظى بأي تطبيق ، فساد الاعتقاد بأنه قانون في غاية التعقيد . اكثر من ذلك ، لم يعد حتى لفكرة القانون أي اعتبار في المجتمعات التي اصبحت تقوم على المصالحة و التحكيم في حل النزاعات و هذا عملا بتعاليم المسيحية في الحب و الإخاء.

2- دور الجامعات

لم يهتم دكاترة الجامعات بالأعراف السائدة لكونها متمزقة و متناثرة ، فانصرفوا عنها لتدريس منهج قانوني ، تستقى منه قواعد موضوعية تتماشى مع روح العصر و مبادئ

العدالة و من هذا المنطلق كان القانون الروماني هو مثلهم الاعلى ، فاهتمت الجامعات الاوروبية بإحياء دراسات القانون الروماني. لدا يوصف قانون هذه المجموعة بأنه قانون جامعات.

3- مطالب الرأسمالية و مدرسة القانون الطبيعي

على مر القرون تحول التجار إلى رجال اعمال و اشتغلوا في الصناعات اليدوية ، فظهرت الرأسمالية و تبلورت في القرن XVI و لما اشتد عودها رأت ان تسيطر على الحكم لتحقيق مصالحها ، فرفضت القانون الملكي الاقطاعي القائم الذي يستند الى نظرية الحق الالهي.

كان السلاح الفكري الذي استندت اليه الطبقة البرجوازية النامية هو "نظرية القانون الطبيعي" ، التي ترى انه هناك قواعد أبدية سرمدية تفرض نفسها على الجميع ، لكونها تستند إلى "العقل". لهذا السبب لم ترفض كلية القانون المدني الروماني الذي يدعى "العقل المكتوب"، بل اعتمدت عليه في وضع حلول قانونية متماشية مع متطلبات العصر ، فاستعانت بتقسيماته من عام و خاص و تصنيفاته من حقوق عينية و حقوق شخصية و مفاهيمه من ملكية و تقادم و حسن النية و بعض الانظمة من بيع و ايجار و وكالة ... فضلا عن مصطلحاته.

المبحث الثاني : مرحلة التقنينات و تيار الوضعية القانونية

ما إن وصل نابليون إلى الحكم ، شرع هذا الاخير في وضع النظام القانوني الذي يخدم مصالح رجال الاعمال ، لقاء تمويلهم لحملاته في سبيل إنشاء امبرطوريته المترامية الاطراف. فوضع التقنينات "Codification " : القانون المدني للفرنسيين عام 1804 ، تلاه التقنين التجاري 1807 و قانون التحقيق الجنائي 1810.

القانون المدني كان اهم هذه التقنينات لكونه حقق مطالب الرأسمالية من خلال المبادئ القانونية الثلاث :

- الملكية حق مطلق (م 544)
- العقد شريعة المتعاقدين (م 1134)
- لا مسؤولية بدون خطأ (م 1382)

بعد قرابة قرن من الزمن صدر القانون المدني الالماني ((BGB . وضع عام 1896 متشبعا بالدراسات التي وضعها فقهاء البنديكت ((pandectistes الذين استمروا في وضع

الحواشي على القانون المدني الروماني إبان العهد الجرماني ، فأتى القانون المدني الالماني اكثر رومانية من قانون نابليون الذي اثرت فيه النزعة الفردانية ((individualisme التي اتت بها الثورة الفرنسية. أما باقي الدول الاوروبية مثل النمسا و الاراضي المنخفضة (هولندا و بلجيكا) و سويسرا و الدول الاسكندنافية فبقيت قريبة من القانون الفرنسي.

منذ ذلك الحين انتعش تيار الوضعية القانونية "Positivisme juridique"، اي التمسك بما هو كائن "sein" اي القانون الوضعي : التقنينات و ليس ما يجب ان يكون "sollen" القانون الذي كانت تنادي به مدرسة القانون الطبيعي اثناء سريان الاعرا ف الاقليمية.

المبحث الثالث : الانتشار خارج اوروبا

ببلوغ الرأسمالية أوجها و هي المرحلة الامبريالية ، اتسعت هذه العائلة لتشمل بقاعا اخرى في امريكا و افريقيا و آسيا عن طريق الاستعمار و بفعل إصدار تقنينات على النمط النابليوني ، من حيث المنهج و الاصطلاح و المفاهيم ، لا من حيث المحتوى الاقتصادي و الاجتماعي للقاعدة القانونية .

1- أمريكا

كانت المستعمرات الاسبانية و البرتغالية و الهولندية في أمريكا و التي قامت في مناطق شبه خالية أكثر تقبلا لمفاهيم و تقسيمات عائلة القانون المدني ، فاستتبع ذلك وضع تقنينات على النمط اللاتيني الجرماني و خاصة القانون المدني ، لكن حافظت مع ذلك على أصالتها العرفية.

اما فيما يخص المستعمرات الفرنسية و الاسبانية التي توجد اليوم تحت راية القانون العام الانجلوأمريكي ، فالمستعمرات الاسبانية مثل فلوريدا ، المكسيك الجديد ، اريزونا ...فرغم احتفاظها ببعض الانظمة اللاتينية الجرمانية تأثرت إلى حد كبير بالقانون الانجليزي. في مقابل ذلك ولايات مثل لويزيانا التي صدر فيها قانون مدني على الطريقة الفرنسية (1842) و اقليم الكبيك (كندا) حافظت على طابعها اللاتيني الجرماني رغم تكريسها تشريعيا لبعض مضامين القانون القضائي الانجليزي.

2- افريقيا

انتشر النموذج اللاتيني الجرماني بفعل الاستعمار الفرنسي و البلجيكي و الايطالي نظرا للفراغ القانوني الذي كان سائدا ، إلا من بعض الاعراف المحلية المتناثرة هنا و هناك ، بما

في ذلك اثيوبيا التي لم تشهد استعمارا وكانت يحكمها تقنين فتحة نيقيست (Fetha Negest) الذي وضعه فقيه مصري من الاقباط حوالي 1240 بالعربية ، جمع فيه مصادر قانونية بيزنطية إلى أن طلب الأمبرطور هيلا سيلا سي المقارن الفرنسي روني دافيد بوضع مشروع قانون مدني لاثيوبيا ، فوضعه على شاكلة القانون المدني الفرنسي ما بين 1957 و 1960.

في شمال افريقيا ، انتشر القانون اللاتيني الجرماني رغم المقاومة التي تلقاها من الشريعة الاسلامية و العرف المحلي ، فانتهى الصراع الى اعتماد المنهج اللاتيني الجرماني من خلال صدور تشريعات اهمها القانون المدني المصري عام 1948 و الذي اخذت عنه كل القوانين المدنية قوانين الالتزامات و العقود التي صدرت في العالم العربي و تبعتها تقنينات تجارية و جزائية و في مجال الاحوال الشخصية ، من حيث الشكل كما هو الحال في الجزائر.

أما من حيث المضمون ، فالشريعة الاسلامية حافظت على مكانتها فيما يخص قانون الاسرة . اما في باقي فروع القانون ، تضمنت التشريعات المدني ، بعض الاحكام الموضوعية المأخوذة من الشريعة الاسلامية ، مثل التعسف في استعمال الحق (المادة 124 مكرر) ، خيار الرؤيا ...فضلا عن الاخذ بمبادئ الشريعة الاسلامية كمصدر احتياطي (المادة 1).

3- آسيا

منذ بداية عهد التنظيمات " Tanzimet" سنة 1839 اقتدت فيها تركيا بالقوانين الاوروبية لتطوير قوانينها و على رأسها مجلة الاحكام العدلية التي يعتبره الغرب بمثابة القانون المدني العثماني ""Code civil Ottoman لعام 1882 ، انتهت بصدور دستور عام 1876 الى غاية عهد كمال اتا ترك و علمنة الدولة ، بحيث اصبح النظام القانوني التركي ضمن العائلة اللاتنية الجرمانية.

اما دول المشرق العربي ، فلقد تأثرت بالمنظومة اللاتينية الجرمانية بصورة غير مباشرة عبر المجلة العثمانية والتي كانت سائدة في سوريا و لبنان و فلسطين و غزة...و بصورة غير مباشرة بفعل الانتداب الفرنسي على لبنان و سوريا. الانتداب البريطاني على العراق و الاردن و فلسطين ادى الى تأثير بعض أنظمة القانون العام الانجليزي بشكل محدود،

سرعان ما زال بزوال الانتداب فأصبحت دول المشرق العربي تكون مجموعة فرعية ضمن عائلة القانون المدني ، مثلها مثل دول شمال افريقيا.

دول الخليج العربي و ايران لا تدخل ضمن اي تصنيف اليوم نظرا للأخذ بنظرتين مختلفتين للشريعة الاسلامية ، الاولى منذ ظهور الاسلام و الثانية منذ الثورة الاسلامية عام 1979 التي تقوم على اساس نظام ولاية الفقيه المعروفة في المذهب الشيعي ، بعد ان صدرت بها تشريعات على النمط الفرنسي في عهد الشاه. كل هذه الدول تأخذ بقوانين وضعية خاصة في المجال الاقتصادي و المالي : شركات ، بورصات ، اوراق مالية هي نتاج العولمة الاقتصادية . مع الاشارة الى مجهودات معتبرة في الامارات العربية المتحدة و قطر من اجل تكييف قواعد المعاملات و الصناعة المالية الاسلامية مع النظام المالي و المحاسبي الحديث ، بما في ذلك مجال حل المنازعات عن طريق المصالحة و التوفيق و التحكيم.

أخيرا ، عرفت هذه العائلة انتشارا في الشرق الاقصى و هي بيئة غير ملائمة له بتاتا ، بفعل عدم الاعتماد على فكرة القانون أصلا ، من جراء الاخذ بتعاليم إما حكماء مثل كنفشيوس ((confucius و بوذا ((Boudhaو حملات التنصير اليسوعية "jésuites campagnes " وإخيرا إملاءات الاحزاب الشيوعية.

في اليابان و منذ عصر التغريب الذي فتحه آل مايجي (1868-1912) ، صدر قانون مدني وضع بمساعدة فقهاء فرنسيين و ألمان. أما في الصين و الفيتنام الجنوبي و اللاووس و كوريا الجنوبية ، فارتبطت قوانينها بالعائلة اللاتينية الجرمانية إما من جراء الاستعمار ، او التقليد و المحاكاة ، لان النموذج المدني قابل للتصدير ، على عكس النموذج الانجليزي. الفلبين التي تم استعمارها من الاسبان ثم الامريكان لمدة 50 سنة ، جاء قانونها مختلطا و كذلك اندونيسيا التي ادى الاستعمار الهولندي فيها الى الاخذ بالنموذج اللاتيني الجرماني مع تأثير واضح للشريعة الاسلامية من حيث المضمون.

الفصل الثاني : بنية القانون في عائلة القانون المدني

لا شك في أن قوانين الدول التي تنتمي لهذه العائلة تختلف فيما بينها من حيث الحلول الجزئية ، لكنها تتفق فيما بينها في البنية التي يظهر بها القانون من الناحية الخارجية . فهي ورثت عن القانون الروماني مصطلحاته و نظرياته و تقسيماته و خاصة تقسيم القانون الى عام و خاص . الجامعات بنت حول كل تقنين من التقنينات التي تضعها الدولة فرعا من الفروع القانونية و في آخر المطاف تتحد في مفهوم القاعدة القانونية.

المبحث الاول : تقسيم القانون الى عام و خاص و ظهور القانون الاداري

ظهرت هذه التفرقة عند الرومان لكن ليس على نفس الاساس الذي هي معروفة به في القانون الحديث . فالرومان عرفوا التفرقة من حيث ان القانون هو القانون الخاص أي القانون المدني الذي ينظم العلاقات

بين الخواص ، اما العلاقات المتعلقة بالشيء العمومي (res publica - République) فهي من اختصاص الحاكم و لا دخل لرجل القانون فيها.

يرجع الفضل في تزكية التقسيم الى مدرسة القانون الطبيعي السالفة الذكر و ما نادت به من حقوق طبيعية للأفراد ، ادى انتصارها في القرن XIX في العديد من الدول الى ظهور انظمة ديمقراطية ، تخضع فيها الدولة هي كذلك الى القانون (دولة القانون) و هو ما ترتب عنه نشوء النواة الاولى للقانون العام على يد مجلس الدولة الفرنسي من خلال مبادئ القانون الاداري .

في المانيا استمر الاعتقاد بأن القانون هو القانون الخاص بفعل فقهاء البنديكت (Deutches privetrecht) ، الذين كرسوا التقاليد الرومانية في هذا الصدد ، و لعل اول مؤلف في القانون الاداري ظهر في المانيا ألفه اوطو مايير Otto Mayer الذي تناول فيه القانون الاداري الفرنسي و لم يضع مطولا في القانون الاداري الالماني إلا لاحقا.

انتشر بعد ذلك القانون الاداري في كل الدول التي أخذت بالنموذج الفرنسي ، في شمال افريقيا خاصة و ساعد على ذلك اعتماد ازدواجية القضاء أي وجود محاكم إدارية الى جانب المحاكم القضائية او العادية ، يتربع على قمتها مجلس الدولة.

في الوقت الراهن يتداخل القسمان بشكل اصبح من الصعب إفراز دور كل قسم على حدة ، فلقد تخوصص القانون العام بفعل اعتماد الدولة لطرق القانون الخاص في مجال العقود في مجال المؤسسات ...و تدخلت الدولة في مسائل كانت حكرا على الخواص في مجال العمل و الملكية و الاسرة... و النتيجة أن التفرقة بين القانون العام الخاص لم تعد لها إلا اهمية بيداغوجية في الكثير من الاحيان.

<u>المبحث الثاني : القانون الخاص و مسألة القانون التجاري</u>

يعتبر القانون المدني هو حجر الزاوية في هذه العائلة سواء في فرنسا او المانيا او الانظمة التي حدت حدوهما كما سبق شرحه .

اختلفت هذه العائلة فيما يخص القانون الذي يحكم العلاقات بين التجار بين من أخذ بمبدأ الفصل كفرنسا التي أصدر فيها نابليون قانون للتجارة سنة 1807 مباشرة بعد وضع القانون المدني سنة 1804 ، رغم ان ايديولوجية الثورة الفرنسية تتعارض مع ان يكون هناك قانون خاص بطائفة مهنية ، لان مرسوم ألارد (le décret d'Allarde)ألغى مند 1791 الطائفية المهنية في فرنسا بإقراره لمبدأ حرية التجارة و الصناعة.

في مقابل ذلك ، العديد من الدول الاوروبية اخذت بمبدأ الدمج ، كسويسرا التي صدر فيها قانون الالتزامات ينظم الالتزامات بين غير التجار و التجار و القانون المدني الايطالي لسنة 1942.

اخذت بمبدأ التفرقة على النمط الفرنسي مصر التي صدر فيها التقنين التجاري المصري القديم سنة 1883 والقانون التجاري المصري الحالي سنة 1999 ، ثم المغرب مند الحماية الفرنسية التي اصدرت خلالها السلطات الفرنسية قانونا للالتزامات و العقود و مدونة تجارية سنة 1913 و تلتها سنة 1996

المدونة الجديدة و الجزائر التي صدر فيها قانون تجاري سنة 1975 ، اما تونس فلقد صدر فيهما قانون للالتزامات و العقود و قانون التجارة لسنة 1959.

الجامعات بعد ذلك نسجت فروعا للقانون من حول التقنينات التي تصدرها الدول ،

فنشأ فرع القانون الجنائي في اقسام القانون الخاص رغم كونه قانونا عاما بامتياز. ثم قانون العمل ، قانون المستهلك...الخ.

التضخم الذي يعرفه العالم في مجال القواعد القانونية ادى إلى نشوء فروع اكثر عملية ذات اهداف محددة : قانون الاعمال ، قانون الشركات ، قانون الاسرة ، قانون الافلاس ...الخ

المبحث الثالث : مفهوم القاعدة القانونية

سنتبين من خصوصية القاعدة القانونية في عائلة القانون المدني لما سنتطرق لمفهوم القاعدة القانونية في عائلة القانون العام الانجليزي.

القاعدة القانونية في عائلة القانون المدني و في كل فروع القانون هي قاعد تشريعية مكتوبة بصورة اساسية ، لان التشريع هو المصدر الاساسي للقانون ، كما سنرى في نظرية مصادر القانون في هذه العائلة.

القاعدة القانونية تمتاز بالعمومية يجعلها في مرتبة وسط بين المبادئ العامة للقانون و الحلول القضائية الجزئية كأصل عام . هذا في القانون الخاص ، لأنه في القانون الاداري و لكونه لم يخضع لحركة التقنين كما هو الحال بالنسبة للقانون المدني و التجاري ، فلقد لعبت فيه المبادئ العامة للقانون دورا اساسيا في بلورة قواعده و هو ما جعل الاجتهاد القضائي مصدرا فعليا للقانون الاداري في هذه العائلة ، خاصة قضاء مجلس الدولة الفرنسي.

القاعدة القانونية منفصلة على الوقائع التي تحكمها على عكس السابقة القضائية الانجليزية يختلط فيها الحل القضائي مع الوقائع ليصبح حلا قانونيا للمستقبل.

القاضي اللاتيني الجرماني يطبق القاعدة القانونية)مقدمة كبرى(على الوقائع)مقدمة صغرى(و منطوق الحكم)النتيجة(، أي : من خلال القياس المنطقي المعروف عند ارسطو) :syllogisme) كل إنسان فان ، سقراط إنسان ، سقراط فان (.

الفصل الثالث : نظرية المصادر في عائلة القانون المدني

تتفق الانظمة القانونية التي تنتمي الى هذه العائلة في أن التشريع بكافة انواعه هو المصدر الاساسي للقانون ، و كون القضاء و الفقه لا يمثلان مصادر الزامية و يختلفون نسبيا فيما يخص العرف .

المبحث الاول : التشريع

من بين التشريعات العادية في قوانين هذه العائلة ما يمتاز بالديمومة و العمومية و الشمولية و تحمل اسم مجموعات او تقنينات ((Codes ، مثل القوانين المدنية و التجارية و قوانين العمل ... و منها ما تدعو

اليه ظروف آنية و هي القوانين الظرفية الظرفية (Lois de circonstances) قوانين الايجار ، قوانين تأمين بعض المخاطر ...الخ.

الملاحظ ان دائرة التشريع توسعت في هذه العائلة لتشمل الاتفاقيات الدولية و التنظيمات الصادرة عن السلطة التنفيذية ، بعدما كانت وظيفة التشريع قاصرة على البرلمانات ، فأصبحت السلطة التنفيذية بحكم الوظيفة الجديدة في إصدار تنظيمات) لوائح) تدعى بالسلطة التنظيمية (le pouvoir réglementaire). أكثر من ذلك اصبحت هذه التنظيمات هي الاصل و الاستثناء يؤول للبرلمان و هو ما اعتبره البعض ثورة دستورية . جانب من الفقه حاول ان يقلل من شأن هذا التحول بقوله ان البرلمان احتفظ بالتشريع في الامور الجوهرية ، خاصة الحريات الاساسية و حقوق الانسان.

المبحث الثاني : العرف

العرف و هو القاعدة القانونية التي درج المجتمع على اللأخذ بها)العنصر المادي(و يشعر بإلزاميتها) العنصر المعنوي (و هو يختلف عن العادة ((usage، التي تحتوى على التكرار دون الالزام و مجالها الحياة التجارية تتفق عليها الاطراف فتصبح ملزمة من باب الزامية العقد.

القانون الفرنسي لا يعترف بالعرف لأنه جاء على إثر الثورة الفرنسية البرجوازية التي اتت لتقضي على الاقطاع و الاعراف التي تدعمه و تعامل مع بعض الاعراف (المحايدة) كعادات أحال عيها التشريع صراحة في القانون المدني.

الأمر مختلف في المانيا التي لم تعرف اي ثورة و بالتالي العرف معترف به كقاعدة قانونية و هو على انواع : فقد يكون مساعدا (secundm legem) يشرح التشريع و قد يكون مكملا يفضل عن بعض القواعد التشريعية المكملة و المخالفة له (contra legem) وقد يستعمله القاضي لسد ثغراته (praeter legem).

في الجزائر احتل المرتبة الثالثة بعد التشريع و مبادئ الشريعة الاسلامية لأنه يعتقد بانه نتاج المصالح الاستعمارية ابان الاحتلال الفرنسي.

الباب الثاني : القانون العام الانجليزي common law

ظهرت عائلة القانون العام في انجلترا و بلاد الغال و انتقلت الى الولايات المتحدة الامريكية.

يختلف القانون الانجليزي اختلافا بينا عن باقي العائلات و هذا راجع للظروف التاريخية التي نشأ فيها (الفصل الاول) و التي اثرت على بنيته (الفصل الثاني) و نظرية المصادر فيه (الفصل الثالث).

الفصل الاول : التبلور التاريخي للقانون الانجليزي

مر القانون الانجليزي بعدة مراحل :

المبحث الاول : العهد الانجلزساكسوني

كثيرا ما يطلق هذا الاصطلاح على كل عائلة القانون العام الانجليزي و الامريكي و الاصح ان الاصطلاح يدل على مرحلة من مراحل القانون الانجليزي تمتد من انتهاء السيطرة الرومانية في القرن V الميلادي إلى الغزو النورماندي عام 1066 ، حيث استولت لى انجلترا قبائل من الانجلس و الساكس.

القانون الذي ساد في هذا العهد غير معروف ، لان القوانين التي صدرت بعد دخول المسيحية الى انجلترا على يد القديس اغوسطين (لا علاقة له بالقديس اغوسطين الذي عاش في نواحي سوق اهراس-الجزائر) عام 596 كتب بالغة الانجلوساكسونية و ليس باللغة اللاتينية و اتت هذه المدونات جد مختصرة ، الشيء الذي اعطى للعرف مكانة مرموقة ، ساعد على تعاظم شانه الاقطاع المتنامي و الذي احل مبدأ اقليمية القوانين محل شخصية القوانين.

المبحث الثاني : ظهور القانون العام (1066-1485)

بدأ هذا العهد منذ الفتح النورماندي على يد غليوم الفاتح الذي لم يدع العرش بوصفه غازي او انما بوصفه وارثا لعرش الملك ادوارد ، فانشأ سلطة مركزية اكتسبت تجربة ادارية قوية في دوقية نورمانديا فابقى على القوانين الانجلوساكسونية التي بقي البعض منها ساري المفعول الى يومنا هذا.

1- إنشاء المحاكم الملكية

بعد الفتح النورماندي ، كانت المنازعات ترفع لمحاكم تدعى محاكم المقاطعات County courts و التي حلت محلها محاكم النبلاء les cours seigneuriales شيئا فشيئا و كانت تطبق الاعراف المحلية ، في حين كانت الكنيسة تطبق القانون الكنسي le droit canonique و كانت هناك محاكم تجارية تطبق الاعراف التجارية ley merchant و هي قانون التجار lex mercatoria القديم.

الى جانب هذه المحاكم كان الملك شخصيا يجلس في المحكمة الملكية Curia régis ، بمساعدة كبار المقربين في حالات استثنائية و هي :

- القضايا التي تمس بكيان المملكة.
- القضايا التي تعذر الفصل فيها بالطرق العادية.

في وقت لا حق حصلت بعض التشكيلات على استقلاليتها داخل محكمة الملك و لم تعد تنتقل مع الملك بل اختارت مقرا لها بقصر ويستمنستر Westminster ، فسميت المحاكم الملكية بهذا الاسم و اصبحت تفصل في :

- ميزانية الملك exchequer – échiquier
- المسائل المتعلقة بالملكية العقارية common pleas

- المسائل الجزائية التي تمس بالعرش King's Bench.

أ- توسيع اختصاصات المحاكم الملكية

في وقت لاحق ، ظهر للملك ان يوسع من صلاحياته القضائية و ذلك لأنها كانت تذر رسوما طائلة ، و صادف ذلك اقبال الرعايا عليها لان المحاكم وحدها يمكن :

- ان تحضر الشهود بالقوة عند الاقتضاء
- توجيه اليمين الذي هو من صلاحية الملك او الكنيسة.

و تم توسع الصلاحيات على النحو التالي :

- لم يكن التقاضي حقا كما هو الآن و انما امتياز يمنحه الملك مقابل رسوم و في شكل امر مكتوب ((writ ، في حالة عدم الامتثال له من قبل المدعى عليه يحال على القضاء الذي إما يؤيد الامر او يلغيه.
- بعد ذلك ، ظهرت طريقة اخرى تتمثل في رفع شكوى مباشرة للقاضي ((querella.

هاتين الطريقتين جعلتا العدالة ليست في متناول الجميع و تضبطها شكليات ثقيلة في حالات محدودة بالحالات التي توجد فيها نموذج للأمر المكتوب . عدد الحالات وصل 56 نموذج سنة 1227 و وصل 76 فقط عام 1932.

- علم 1258 صدر قانون ويستمنستر II منح للمحاكم امكانية استعمال النماذج الموجودة في الحالات المتشابهة.
- الطريقة التي كان لها الاثر الكبير في توسيع اختصاص المحاكمة الملكية هو طريق التصريح و هي طريقة تشبة الدعوى في عائلة القانون المدني التي تعتبر تصريحا بالوقائع و طلبات يقدمها المدعي امام القاضي.

ب - اجراءات التقاضي

كل طريقة كانت لها اجراءاتها الخاصة من حيث البث في الدفوع ، جواز الانابة من عدمه ، شروط قبولية وسائل الاثبات . باختصار كانت الاجراءات اهم من الحق الموضوعي و من فض النزاع بالطريقة العادلة حسب مقولة مشهورة مفادها : الاجراءات قبل الحق : Remedies preced the "right" .

2- ظهور محاكم العدالة و صراعها مع المحاكم الملكية

تميز القضاء التي كانت تزاوله المحاكم الملكية بالجمود ، لكونه كان مثقلا بالشكليات و بذلك لم يكن يستجيب لجاجة الرعايا للعدالة لأنه مقيد بعدد النماذج المتاحة و الدعاوى المحدودة العدد (...(Negligence, Deceit, Assumpsit, tort و هذا ما دفع مستشار الملك الى استحداث ديوان ترفع اليه تظلمات الرعايا الذين لم يعترف لهم بالحق في التقاضي لعدم وجود الاطار الاجرائي او الذين رجعوا للمحاكم الملكية و خاب ضنهم فيا. و اصبح المستشار لا يطبق القانون العام و انما قواعد العدالة Equity.

مثال :

- القانون العام ((common law الذي تطبقه المحاكم الملكية لا يؤذي في آخر المطاف عند تطبيق دعوى الاسامبسيت ((Assumpsit، في حالة عدم تنفيذ العقد الى الحق((right في التعويض damages فقط .
- لكن الدائن قد تكون مصلحته((interest في تنفيذ الالتزام بعينه ، فيرجع لمحاكم العدالة Equity ، لاستصدار امر التنفيذ العيني((Decree of specific performance .

الخلاصة ان المحاكم الملكية تفصل قانون بتطبيق القانون العام ، اما محاكم العدالة فتفصل عدالة ، و تحمي مصالح و ليس حقوقا كما هو الحال بالنسبة للمحاكم الملكية فتصدر حكما (judgement) ، بينما محاكم العدالة تتخذ امرا (Decree) .

احتدم الصراع بين محاكم العدالة و المحاكم الملكية فكان النصر لمحاكم العدالة ، لمرونتها و إقبال الانجليز عليها ، لكنها لم تتعسف بالمحاكم الملكية و ضعوا قيودا على احكامهم هم كذلك ، تتمثل في التزامهم بالسوابق القضائية و خضوعهم لرقابة مجلس اللوردات كما سيأتي ، لتفادي الانتقادات التي وجهت لهم .

المبحث الرابع : العهد الحالي

في القرنين IXX و XX حدثت تغييرات جذرية في القانون الانجليزي بفضل افكار جيريمي بنتام (Jirimy Bentham 1832 -1748) ، حيث توالت عدة اصلاحات لتخليصه من القيود الاجرائية الجامدة تمثلت في :

- صدور قانون القضاء 1873-1875 الذي الغى التفرقة بين المحاكم الملكية و محاكم العدالة و اصبح لكل منهما ولاية قضائية عامة و تطبق القانون و مبادئ العدالة.
- ألغيت العديد من القوانين التي لم تعد لها اهمية و رتبت قواعد القانون الانجليزي (consolidation).
- اصبح رجل القانون الانجليزي يهتم بموضوع الحقوق اكثر من الاجراءات.

- اعتماد السياسات التدخلية في المجال الاقتصادي و الاجتماعي و هو ما اعطى دورا للتشريع اهم مما كان عليه في السابق ، دون ان يصل الى درجة التقنينات التي شهدتها اوروبا قارية.
- انضمام بريطانيا للسوق الاوروبية المشتركة ثم الاتحاد الاوروبي قبل البريكسيت الذي افضى الى خروج بريطانيا من الاتحاد نهاءيا في نهاية 2020 ، ادى الى سيطرة القانون المكتوب على حساب القانون القضائي.

الفصل الثاني : بنية القانون الانجليزي

المبحث الاول : عدم وجود تفرقة بين القانون الخاص و العام

1- القانون الانجليزي لا يقوم على نفس تقسيمات القانون اللاتيني الجرماني ، فهو يجهل التفرقة بين القانون العام و الخاص ذات الاصل الروماني و عبارة القانون العام الانجليزي هي ترجمة لعبارة ((common law)و ليس droit public) و تعني قانون عموم انجلترا و بلاد الغال ، بحيث كان الملك يقوم بجولات في ربوع اللملكة ، ادت الى توحيد القانون الانجليزي الذي كان يغلب عليه طابع العرف الاقليمي من خلال السوابق القضائية.

2- يقوم اساسا على التفرقة بين القانون الموضوعي(substantial law) و القانون الاجرائي (adjective law) ، خاصة في السابق حينما كانت المحاكم الملكية تقدس الاجراءات . لكن بظهور محاكم العدالة و اندماجهما اصبحت القواعد الموضوعية لا تقل اهمية عن الإطار الاجرائي.

3- التفرقة بين القانون العام و قانون العدالة على النحو الذي بيناه ، هذه التفرقة فقدت من اهميتها باندماج محاكم العدالة في المحاكم الملكية بموجب القانون القضائي 1873-1875.

المبحث الثالث : مفهوم القاعدة القانونية

القاعدة القانونية في انجلترا ليس تشريعية كما هو الحال في عائلة القانون المدني و انما قضائية (case law) .

كون القاعدة القانونية قضائية جعلها لا تتسم بالعمومية و انما تتطرق الى جزئيات الحياة ، يختلط فيها القانون بالوقائع و ليس كما هو الحال في عائلة القانون المدني القاعدة القانونية تحتل المقدمة الكبرى والوقائع المقدمة الصغرى في القياس المنطقي لأفلاطون.

ليس كل ما في الحكم سابقة قضائية ، هناك ما هو وارد فيه على سبيل الفصل (ratio discidendi) و ما هو وارد على سبيل الرأي (.obiter)

المنهج الذي يعتمده القاضي الانجليزي هو التمييز((distinction و ليس القياس المنطقي ، يميز بين القانون و الوقائع و بين ما هو وارد على سبيل الفصل و ما هو وارد على سبيل الرأي.

القاعدة قد تكون تشريعية استثناءا ، لكن ليس بنفس الصفات التي تتسم بها في عائلة القانون المدني.

الفصل الثالث : مصادر القانون الانجليزي

القانون الانجليزي قانون قضائي (case law) ، يلعب القضاء فيه الدور الاساسي ، كمصدر من مصادر القانون ، إلا أن هذا لا يعني انه ليس هناك مصادر اخرى مثل التشريع و العرف ، ثم العقل.

المبحث الاول : القضاء

للتعرف على الدور الذي يضطلع به القضاء لا بد من التعرف على الجهاز القضائي في انجلترا ، ثم بعد ذلك يمكن التعرف عن المحاكم التي تعتبر احكامها سوابق قضائية.

1- الجهاز القضائي في انجلترا

هناك تفرقة اساسية بين طبقتين من المحاكم : المحاكم العليا (اولا) و المحاكم الدنيا (ثانيا) .

اولا : المحاكم العليا

بسط القانون القضائي لعام 1873- 1875 النظام القضائي بأن جمع هذه المحاكم في محكمة واحدة و هي المحكمة العليا للقضاء High court of judicature و صدر قانون المحاكم لسنة 1972 الذي اصبحت بموجبه المحكمة العليا للقضاء تنقسم الى ثلاث تشكيلات :

- المحكمة العليا للعدالة High court of justice

تنقسم الى عدة اقسام (قسم كرسي الملك ، قسم المستشار و قسم الاسرة) من اجل تمكين الفصل في القضايا من قبل قضاة متخصصين. لهذا يوجد داخل قسم كرسي الملك محكمة الاميرالية (Admirualty court) و محكمة تجارية و ينقسم قسم المستشار الى محكمة الشركات و محكمة الافلاس.

- محكمة التاج Crown Court ، انشأت بموجب قانون 1971 و هي مختصة بالمسائل الجنائية و محكمة الاستئناف .Court of Apeal

تعتبر ثاني درجة للتقاضي تتكون ومن 14 قاضيا و يرأسهم قاض رئيس (Master of rolls) ، تبث في القضايا بصورة جماعية من 03 قضاة على الاقل يعطي كل قاض رأيه وإذا لم تتوفر للاستئناف اغلبية 2/3 يرفض و هناك داخل قسم جنائي ينظر في الاستئنافات الجنائية.

- مجلس اللوردات The house of Lords

يمارس دور اعلى هيئة قضائية في انجلترا ، يمكن الطعن بالاستئناف ضد قرارات محكمة الاستئناف امام لجنة الاستئناف لمجلس اللوردات بصورة استثنائية . لا تزيد عدد القضايا عن 40 او 50 سنويا. يجتمع ب 05 اعضاء و 03 على الاقل ، يبدي كل لورد رأيه من خلال خطاب و يرفض الطعن إذا لم يقبله اغلبية الاعضاء.على خلاف محكمة النقض الفرنسية هو محكمة قانون و وقائع.

ثانيا : المحاكم الدنيا

تنقسم بدورها الى فئتين : الاولى ذات اختصاص قضائي و الاخرى ذات اختصاص شبه قضائي.

- التشكيلات ذات الاختصاص القضائي

- في المسائل المدنية تفصل فيها محاكم المقاطعات حينما لا تتعدى قيمة النزاع مبلغا معينا و قضايا الطلاق حينما لا يبدي المدعى عليه اي دفاع.
- في المسائل الجزائية : الجرائم البسيطة petty offences و هي من اختصاص اشخاص عاديين magistrates ، بمساعدة رجل قانون clerk و ينظرون حتى في الجرائم الخطيرة indictable offences ، ضمن اجراءات تمهيدية للتحقق مما إذا كانت هناك قرائن كافية لإحالة المتهم على محكمة التاج و كذلك حينما يعترف المتهم بذنبه .
- في مجال الاسرة للبث في الفرقة و الالتزام بالنفقة و حضانة الاطفال.
- في مجال مؤسسات النفع العام للبث في بعض الحقوق و الرسوم .

احكامها يمكن الطعن فيها امام محكمة الاستئناف و الاحكام الجزائية امام محكمة التاج.

- التشكيلات شبه القضائية

للفصل في بعض القضايا الادارية و بعض القضايا الناتجة عن تطبيق تشريعات خاصة ، توجد تشكيلات متنوعة تحمل تارة اسم محكمة و تارة هيئة و تارة لجنة في مجال النقل الجوي و البحري و علامات الصنع و حقوق المؤلف و الضرائب و نزع الملكية و الضمان الاجتماعي و الخدمة العسكرية ، ايجار الشقق المفروشة.

هذه التشكيلات تعمل تحت رقابة المحكمة العليا للعدالة ، بواسطة قسم خاص بالمنازعات الادارية لا يرقى إلى محكمة إدارية ، لان ازدواجية القضاء غير موجودة في النظام القضائي الانجليزي.

2 – نظام السابقة القضائية The précédnt

ليس كل الاحكام سوابق قضائية يلتزم بها القضاة كقواعد قانونية .

الاحكام الصادرة عن المحاكم العليا و مجلس اللوردات و ذلك على النحو التالي :

- قرارات مجلس اللوردات تعتبر سوابق قضائية اجبارية بالنسبة لكل المحاكم لأنها تمارس كذلك مهام اعلى هيئة قضائية و بالنسبة لمجلس نفسه.
- القرارات الصادرة عن محاكم الاستئناف تعتبر إلزامية للمحاكم الدنيا و لكن ليست اجبارية لمحكمة الاستئناف ذاتها.
- قرارات المحكمة العليا للعدالة ملزمة للمحاكم الدنيا ، لكن ليس ملزمة للأقسام ، رغم ذلك كثيرا ما تتبعها.

3-بعض مميزات النظام القضائي الانجليزي

- لا توجد وزارة للعدل
- لا وجود لنيابة عامة لان القضاء يعتبر وجود لممثل الادارة مساس بهيبة القضاء .

- القضاة ليسوا خريجي جامعات و انما يتلقون تكوينهم داخل اروقة المحاكم في إطار الممارسة الميدانية.
- القضاء متمركز في لندن و يعقد جلسات في المدن الاخرى ، لكن هناك توجه نحو اللمركزية بحيث المحكمة العليا للعدالة و محكمة التاج تنعقدان في اهم المدن.
- المحامون ينتظمون في اربعة نوادي بلندن و هناك كذلك توجه نحو التخلص من سيطرة النوادي اللندنية عن طريق انشاء نوادي محلية.

المبحث الثاني : التشريع

هي مجموعة القوانين التي تتخذها البرلمان او اللوائح التي تتخذها السلطة التنفيذية.

في انجلترا لا وجود لدستور مكتوب فما يسميه الانجليز دستورا هو مجموعة من القواعد بعضها تشريعي و الآخر قضائي و البعض الآخر في شكل عادات و اعراف سياسية مهمته الاساسية هي حماية الحريات الاساسية للرعايا الانجليز.

يعتبر التشريع المصدر الثاني من حيث حجم القواعد القانونية ، لكن إن وجدت قاعدة تشريعية فهي تسمو على السابقة القضائية لان له دور خاص يتمثل ، إما في تصحيح مسار القضاء او سد الثغرات .

لكن مع ذلك له دور استثنائي ، لدا فيفسر تفسيرا ضيقا و يطبق حرفيا على الجزئيات التي يتناولها لان قواعده ليس بالعمومية التي تميز التقنينات اللاتينية الجرمانية.

المبحث الثالث : العرف

على خلاف فكرة خاطئة سائدة القانون الانجليزي ليس قانونا عرفيا ، فالدستور الانجليزي غير مكتوب و مع ذلك ليس كل مبادئه عرفية.

القانون الانجليزي كان عرفيا في البداية لكن الملك بجولاته في ربوع المملكة وحد القانون العام الانجليزي من خلال احكام القضاء ، حتى اصبحت مرادفا للسوابق القضائية و التي حلت محل العرف الذي ساد إبان المرحلة الانجلوساكسونية.

رغم ذلك يلعب العرف دورا في كل مجالات الحياة في شكل عادات" " 'des us لا ترقى الى درجة العرف اللاتيني الجرماني كما هو الحال في ألمانيا.

المبحث الرابع : العقل

حينما يكون القاضي الانجليزي امام فراغ قانوني في القضاء و التشريع و عدم وجود قاعدة عرفية فانه يجتهد عن طريق إعمال العقل لان القانون لما يكون قضائيا يتم الفصل في القضايا التي تعرض فعلا و ليس هناك تشريعات كبرى يحاول المشرع فيها توقع كل الحالات الممكنة.

انتهى بحول الله

ملاحظة : نظرا لضيق الوقت ، فأننا نتوقف عند هذا الحد ، اما الانظمة و العائلات التي لم يتم التطرق اليها ، فستكون ضمن مؤلف خاص بالمحاضرا ت ، نتمنى ان يوفقنا الله في نشره في المستقبل العاجل.