المحور الأول : التعريف بالقانون المقارن، نشأته، أهميته ومجالاته.

أولا: التعريف بالقانون المقارن:

هناك العديد من التعاريف الفقهية للقانون المقارن، فقد عرف الفقيه الفرنسي لامبير القانون المقارن بأنه: " العلم الذي يبحث عن القواعد المشتركة بين القوانين والنظم القانونية المختلفة "، وعرفه آخر بأنه: "الطريقة المقارنة التي تطبق على الدراسة المقارنة "،أما مؤتمر لاهاي الذي يرى في القانون المقارن بأنه: " العلم الذي يقارن بين قوانين دول مختلفة بهدف استخلاص أوجه الشبه والاختلاف من هذه القوانين ". ويرى البعض في القانون المقارن بأنه تطبيق منهجي للتقنية المقارنة، وهو نظام وطريقة يتم من خلالها معرفة قيم الحياة البشرية وتقييمها.

من خلال التعاريف السابقة الذكر يمكن القول أن القانون المقارن هو ذلك العلم الذي يتناول بالدراسة المقارنة بين النظم والشرائع العالمية الرئيسية، لاستخلاص ما بين هذه الشرائع من أصول عامة مشتركة وما بينها من خلافات وتباين في المفاهيم والأفكار وأساليب الصياغة القانونية، والوقوف على الظروف المحيطة التي صاحبت كل شريعة منها أو تم سن القواعد القانونية في ضلها، بحيث أصبح لها طابعها المميز وسماتها الخاصة بالنسبة لغيرها من الشرائع .

*ملاحظة: لا يعتبر القانون المقارن قانونا في حد ذاته كما قد يدلل عليه المصطلح. ولكنه طريقة ونهج لدراسة القوانين والمؤسسات القانونية في دولتين أوأكثر. وهو ليس فرعا من فروع القانون كالقانون المدني أو التجاري، بل هو عملية دراسة القوانين الأجنبية مقارنة بالقوانين المحلية، لذلك نجد أن هناك يستعمل مصطلحات أخرى تشير إلى هذا النوع من الدراسات كمقارنة الأنظمة القانونية، علم القانون المقارن، الدراسات القانونية المقارنة...

ثانيا : أهمية القانون المقارن و أهدافه:

للدراسات القانونية المقارنة أهمية بالغة، نظرا للدور الحيوي الذي تؤديه في المجالين الوطني والدولي :

أ. على المستوى الوطني:

- تعميق الفهم لأحكام القانون: إن الهدف من دراسة القانون المقارن هو التمكن من الفهم والاستيعاب الجيد لأحكام القانون الوطني والإحاطة بكل جوانبه، وذلك من خلال مقارنته بالقوانين

المماثلة في الدول الأخرى بما فيها تلك التي لها صلة بالنظام القانوني المحلي. كما تسمح الدراسات المقارنة من التعرف على القوانين الأجنبية، ومعرفة خصائص كل نظام من الأنظمة القانونية، وتحديدا الأنظمة القانونية الكبرى في العالم ومدى تأثيره هذه الأخيرة على الأفراد والشعوب.

- تطوير القانون: من بين أهداف القانون المقارن معرفة ايجابيات وسلبيات مختلف الأنظمة، ومدى نجاعة الوسائل أو المؤسسات القانونية التي يعتمدها كل نظام، و عليه لا يمكن الوقوف على ايجابيات وسلبيات القانون الوطني إلا إذا تمت مقارنته بقوانين الدول الأخرى وخاصة الدول الرائدة في المجال القانوني، ومن ثم معرفة عيوب وثغرات القانون الوطني، يما يسمح بالدفع نحو تعديل النصوص القانونية، أو إلغائها، كما يمكن من خلال القانون المقارن إيجاد حلول للمشاكل المحلية من خلال الاستفادة من قوانين الدول الأجنبية.

- توحيد القواعد القانونية محليا: إن الهدف الأساسي من القانون المقارن هو العمل على توحيد النظام القانوني داخل إقليم الدولة الواحدة من خلال تجميع النصوص القانونية المطبقة في إقليم تلك الدولة في صيغ موحدة، خاصة تلك التي تعرف تنوع طائفيا أو دينيا، وهو ما يضمن سيادة قانونية كاملة للدولة على إقليمها وعلى الأشخاص الخاضعين لها.

- تمكين للمشرع الوطني أن يستعين بالقانون المقارن عند قيامه بوضع قانون أو تعديله، فيستطيع أن يدخل عليه ما يراه مناسب من تعديلاته و يستبعد منه ما يتعارض والتطورات الحاصلة مسترشدا في ذلك بالاتجاهات القانونية العالمية في مختلف المجالات عند الدراسة المقارنة.

- تسمح الدراسات القانونية المقارنة للقاضي من فهم ورفع الغموض عن القواعد القانونية التي تحتاج إلى تفسير وذلك الرجوع إلى المصدر التاريخي، وكذا المصدر المادي أوالقانون الأجنبي الذي اقتبس منه المشرع الوطني نظامه القانوني. كما يمكن للقضاة و المحكمين أن يستفيدوا من القانون الأجنبي لإيجاد حلول لبعض النزاعات في بعض القضايا، خاصة تلك الأحكام المتعلقة بقواعد تنازع القانون . كما تسمح الدراسات المقارنة لرجال القانون كالمحامين مثلا تقديم الاستشارة القانونية المناسبة من خلال معرفتهم بالقوانين الأجنبية.

ب: على المستوى الدولي:

- توحيد القواعد القانونية بين الدول: تستخدم الدول الدراسات المقارنة بهدف توحيد القانون في مجال معين من مجالات القانون، فقد ترغب الدول في مقارنة القوانين القائمة للوقوف على القاسم

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.