الفصل الرابع : منهجية الدراسة القانونية المقارنة

سنتناول في هذا الفصل التعريف بالدراسة القانونية المقارنة وأهميتها وأساليبها وتطورها التاريخي ، ثم منهجيتها وأهم مصادرها.

المبحث الأول: الدراسة القانونية المقارنة؛تعريفها،نشأتها وتطورها،أهميتها،أساليبها.

يطلق علماء القانون على الدراسة القانونية المقارنة مصطلح " القانون المقارن "، لذلك سنقوم بتعريفه من خلال التعرض لتعريف مركبيه: القانون والمقارن لنصل إلى تعريف المركب الإضافي.ثم نعرج على نشأته وتطوره ،لنصل في الأخير لبيان اهميتها في مجالي القوانين النظرية والعملية وأهم أساليب المقارنة.

المطلب الأول: التعريف بالقانون المقارن لغة وا اصطلاحا

أولا: القانون لغة :قيل أن أصل كلمة" قانون " يوناني، ويعني العصا المستقيمة، ثم تم تعريبها فأصبحت تطلق بمعنى الاستقامة والاستقرار والاطراد، كما تعني مقياس كل شيء.

ثانيا: القانون اصطلاحا :يطلق مصطلح القانون ويراد به "كل أمر كلي ينطبق على جميع جزئياته التي نتعرف أحكامها منه"، وهذا المعنى الاصطلاحي ينطبق على جميع مجالات العلوم طبيعية.

القانون المقارن ليس مجموعة من قواعد القانون التي تنظم حياة المجتمع، ولا فرعا من فروع القانون العام أو الخاص، ولكنه دراسة قانونية أو بحث قانوني يقوم على أساس المقارنة بين قانونين أو أكثر، مهما كانت التسمية التي اختارها الباحثون له، سواء سُم ي القانون المقارن، مقارنة القوانين، الطريقة المقارنة أو التشريع المقارن.

ومرّد اختلاف الفقهاء والباحثين في تسمية القانون المقارن هو اختلافهم في تحديد وظيفته وطبيعته، وقد نتج عن الاختلاف في التسمية اختلاف في تعريف القانون المقارن بين من يعتبره علما مستقلا بذاته، غايته توحيد الشرائع والنظم الحديثة وتحسينها ومن يراه طريقة مقارنة تُستخدم لتوضيح الحلول الواردة في القوانين الوضعية.

ثالثا:تعريف القانون المقارن

يعرّف القانون المقارن comparative law بأنه: فرع من العلوم القانونية، يقصد به استعمال الطريقة المقارِنة في دراسة النُظم و النصوص القانونية لبلدان عدة، وذلك بهدف حسن تفهّم القوانين الوطنية وتطويرها، ومن ثم الوصول إلى توحيد دولي للقواعد القانونية.

وتسمية «القانون المقارن» حديثة العهد، ترجع إلى ما يقرب من مئة عام، وهي تسمية اصطلاحية؛ لأنها لا تدل على ما توحي إليه، فهي توحي أنها مجموعة قواعد كسائر فروع القانون الوضعي، في حين أنها ليست كذلك، فالقانون المقارن ليس مجموعة من القواعد تنظم نشاطاً معيناً كالقانون المدني أو القانون التجاري، فكل ما يدل عليه هذا التعبير الاصطلاحي أنه دراسة قانونية أو بحث قانوني يقوم على المقارنة بين قانونين أو أكثر.

المطلب الثاني: تطور الدراسة القانونية المقارِنة

بتعقّب تطور الدراسة المقارِنة عبر العصور يلحظ أن لها جذوراً تاريخيةً، فقد اتبعها فلاسفة اليونان، كما فعل أفلاطون في كتابه: «حوار في القوانين» الذي قارن فيه بين قوانين عصره.

وفي القرن السابع عشر ظهرت في أوربا فكرة القانون العالمي من قبل الفقهاء الألمان الذين نادوا بالبحث عن الأفكار المشتركة للقوانين ومقارنتها ومن ثم استخلاص القانون العالمي.

وفي النصف الثاني من القرن التاسع عشر نشطت الدراسة المقارنة بسبب عاملين هما: تطور مناهج البحث العلمي.و قيام الثورة الصناعية، وتطلّع الدول إلى ما وراء حدودها لاستصلاح تشريعها، واقتناعها بأن قانونها الوطني لا يمكن أن يبقى منعزلاً أو أن يتخذ شكلاً نهائياً، بل لابد أن يتأثر بالقوانين الأخرى وأن يقتبس منها، كما لابد أن يتبدل ليجاري التطور العالمي.

وتعد المرحلة السابقة مرحلة تمهيدية لتأسيس القانون المقارن، أما المرحلة التأسيسية فقد بدأت في مطلع القرن العشرين وذلك في المؤتمر الدولي للقانون المقارن الذي عقد في باريس عام 1900م، و الذي يعد تاريخ ميلاد للقانون المقارن، إذ زادت أهميته بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية، فغدا عنصراً أساسياً لكل علم قانوني أو ثقافة قانونية.

المطلب الثالث :أهمية القانون المقارن

رغم تشكيك البعض في أهمية القانون المقارن إلا أنه أصبح يعتبر لدى الكثير من الباحثين في هذا المجال عنصرا أساسيا في كل علم قانوني أو ثقافة قانونية، وتبرز أهميته في مجال العلوم القانونية النظرية وفي مجال القوانين العملية.

الفرع الأول :فوائد القانون المقارن في مجال العلوم القانونية النظرية

يقصد بالعلوم القانونية النظرية تاريخ القانون، فلسفة القانون، النظرية العامة للقانون وعلم اجتماع القانون، وهي مجالات تتجلى من خلالها فكرة القانون من حيث نشأته، تطوره وتأثير مختلف الظروف فيه، إضافة إلى معرفة غاياته، مصادره وتقسيماته.

أولا: تاريخ القانون :تؤدي الدراسة في مجال تاريخ القانون إلى معرفة مفاهيم القانون من حيث أصولها ومدى ارتباطها بالمعتقدات المحلية، مما يساعد على التعمق في فهم بعض النظم والقواعد القانونية العتيقة .

ثانيا: النظرية العامة للقانون

تهدينا الدراسة المقارنة في مجال النظرية العامة للقانون إلى معرفة أصل تقسيمات القانون وسبب التمييز بين أقسامه وفروعه، وبيان خصائصه ومفاهيمه التي يتميز بها عن خصائص ومفاهيم القوانين المقارنة.

ثالثا: فلسفة القانون :تحقق الدراسة في مجال فلسفة القانون فوائد من جانب تفسير العلاقة بين القانون والمذاهب الفلسفية والاعتقادات الدينية، وكذا مدى تأثير القواعد الأخلاقية فيه، وال كشف عن كل ما يباعد أو يقارب بين الأنظمة القانونية بحسب التوجهات الفلسفية التي تغذيها .

رابعا: علم الاجتماع القانوني

تبين الدراسة المقارنة في هذا المجال أثر الظروف الاجتماعية الخاصة بكل نظام قانوني، ومدى ارتباط حركة القانون بالظواهر الاجتماعية، وتكشف مدى إمكانية إحاطة القاعدة القانونية بالظاهرة الاجتماعية أو إفلاتها منها بسبب قصور تلك القاعدة وعدم مراعاتها للجوانب المتطورة لتلك الظاهرة

الفرع الثاني: فوائد القانون المقارن في مجال القوانين ا لعملية

يقصد بالقوانين العملية فروع القانون وما تتضمنه من قواعد لتنظيم حياة الأشخاص على المستويين الوطني والدولي.

أولا: على المستوى الوطني

تساهم الدراسات المقارنة في مجال القوانين الوضعية على المستوى الوطني في فهم أفضل للقانون الوطني، واكتشاف بعض ما قد يعتريه من عيوب وثغرات، وإدراك أفكاره الكامنة، خاصة حينما يكون

القانون الوطني مقتبسا من قوانين أخرى أكثر تطورا.
وانطلاقا من هذا السياق، يمكن للمشرع أن يستفيد من تجارب الدول الأخرى من خلال الدراسة المقارنة لأنظمتها القانونية، فيتمكن من إصلاح عيوب مختلف فروع القانون الوطني وسد ما بها من ثغرات وإكمال ما بها من نقص.
ويمكن للفقه من خلال الدراسات المقارنة التي يجريها أن يكون رائدا للمشرع في مجال إصلاح القانون الوطني، يمهد له سبل صنع القواعد القانونية الأصلح للمجتمع .

ثانيا: على المستوى الدولي

يحقق القانون المقارن على المستوى الدولي فوائد مهمة، تتجلى أساسا في مساهمته في التقريب بين الشعوب وحسن التفاهم والتعاون بينها، وفي سبيل تحقيق هذا الهدف دعا الفقيه الفرنسي لامبير) Lambert(في المحاضرة الافتتاحية للموسم الجامعي إلى جعل القانون المقارن وسيلة اتصال بين القوانين الوطنية لتكوين ضمير قانوني، عالمي تؤدي إلى جعل القانون أداة تفاهم بين الشعوب لتتمكن من الاتفاق فيما بيها كما يقوم بتوثيق العلاقات بين الدول من خلال دوره الهام في إعداد المعاهدات، إبرامها وتفسيرها، فضلا عن أهميته المتميزة في المفاوضات بين الدول، لأن معرفة القانون الأجنبي تساهم في معرفة وإدراك وجهة نظر الطرف الآخر وإعداد الحجج التي تكفل نجاح التفاوض

المطلب الرابع : أساليب القانون المقارن

أولا- المقابلة: وهي أن يضع الباحث الأحكام التي تُعالج موضوعاً واحداً في قوانين مختلفة جنباً إلى جنب حيث يُقابل بعضها بعضاً، فيتعرف بذلك على مواضع التشابه والاختلاف بينها.

ثالثا- المقاربة: وهي أن يدرس الباحث وجوه التقارب بين القوانين التي تعتمد على مصادر قانونية مشتركة وبالتالي خضوعها لمنهج قانوني واحد.

ثالثا- المضاهاة: وتقوم على بيان أوجه التباين والاختلاف بين منهجين قانونيين. (الطرائق الثلاثة السابقة تقوم على تقرير ما هو كائن فعلاً من وجود تشابهٍ أو تباينٍ بين قوانين عدة).

رابعا- الموازنة أو المقارنة: و تقوم على منهج معين يساعد على استخلاص نتائج نتعرّف بها إلى القانون الأفضل بعد دراسة أسباب التقارب والاختلاف في ضوء الظروف المحيطة بكل قانون. و هذا المنهج يفرض على الباحث اتباع الخطوات الآتية:

أ. تجزئة النص الأجنبي (أي تحليله) ومن ثم دراسته، وبعد ذلك ينتقل الباحث إلى دراسة المنهج الكامل لهذا القانون. مثال ذلك: أن دراسة البنوة الشرعية تتطلب دراسة القواعد و الأحكام و النصوص المتعلقة بالولد الشرعي ومن ثم ينهي الباحث خطته بدراسة نظام الأسرة ككل.

ب . يستخلص الباحث الروابط بين القواعد القانونية المختلفة و ما يوجد بينها من تشابه و اختلاف، ويوضح أسبابه، وينقده، ثم يصدر حكمه بتقييمه.

ث . معرفة القانون الأجنبي معرفة موضوعية كاملة، بالتعرّف على تقسيماته ومصادره، مع الإحاطة بتطبيقاته.

ت . معرفة لغة القانون الأجنبي ومصطلحاته، ومن ثم تحديد مفهوم هذه المصطلحات إذا لم يكن لها مقابل في القانون الوطني.

ج . هناك عوامل سياسية واقتصادية واجتماعية وتاريخية تسهم في تكوين القانون الأجنبي، وعلى الباحث أن يتحراها ويدرس تأثيرها في تحديد المفاهيم القانونية.

ح . حين يباشر الباحث عمله بعد تحصيل ما تقدم، يترتب عليه أن يقوم بدراسته بروحٍ موضوعيةٍ.

وثَم مؤسسات تعنى بالقانون المقارن في العديد من الدول منها معهد القانون الدولي والمقارن (إنكلترا) والمركز الفرنسي للقانون المقارن (ألمانيا) والتجمع الدولي للمؤسسات القانونية(الولايات المتحدة).

المبحث الثاني: منهجية الدراسة القانونية المقارنة ومصادرها

نبرز أولا الخطوات المنهجية للدراسة المقارنة، ثم نبين أهم مصادرها و مظانَا.

المطلب الأول: منهجية الدراسة القانونية المقارنة

إذا سبق معنا أن الدراسة القانونية المقارنة هي جهد فكري منظم يقصد إلى دراسة موضوع قانوني وفقا لتنظيمه في نظامين قانونيين أوأكثر عن طريق تجميع وتنظيم جوانبه العلمية المختلفة ضمن عدد محدود من الأقسام المتجانسة، ومن ثم القيام بالتحليل العلمي الدقيق للمعلومات المتعلقة به والمقارنة بينها كما وردت في النظم القانونية محل البحث قصد حل المشكلة البحثية المطروحة، فإن الطريقة المنهجية للدراسات القانونية المقارنة تمر بالخطوات والمراحل التالية:

أولا:اختيار عينات المقارنة

إن الكم الهائل من القوانين الأجنبية يحول لا محالة دون إمكانية معالجة أي مسألة قانونية مهما كانت دقتها وتناهيها في الصغر، ناهيك عن الاختلاف اللغوي والاصطلاحي بينها، واختلاف البنى القانونية والتمايز الحضاري، لذا فإن أول مشكلة تصادف الباحث في الدراسة المقارنة هي كيفية اختيار عينات المقارنة، وكثيرا ما نجد في البحوث المقارنة اختيارا عشوائيا للقوانين محل المقارنة دون أي ضابط للاختيار.

من هنا فالباحث يجب أن يختار القوانين الأجنبية للمقارنة بغية تحقيق غاية محددة، وليس مجرد استعراض النصوص أو القوانين وتكديسها من أجل استعراض قدرة الباحث على ترجمة النصوص ونقلها، وإذا كانت الخطوة الأولى في الدراسة القانونية المقارنة هي تحديد عينات القوانين محل المقارنة، فإن المشتغلين بالقانون المقارن اختلفوا بخصوص المواصفات المطلوبة في القوانين المقارنة بين من يرى المقارنة تكون بين القوانين المتقاربة حضاريا، وبين من يرى المقارنة بين قوانين العائلة القانونية الواحدة، وبين من يرى المقارنة بين قوانين من عائلات قانونية مختلفة.

ورغم هذا الاختلاف إلا أن المؤكد أنه كلما كان عدد القوانين محدوداكلما كانت الدراسة مجدية، وكلما كانت أكثر تعمقا واستفاضة في المقارنة، كما أنه كلما كانت الدراسة المقارنة داخل حدود العائلة القانونية الواحدة، كلما كانت أسهل وأنفع باعتبار أن قواعدها القانونية تكون متقاربة من حيث المصدر والفلسفة والشروط والأركان.

ثانيا: تحديد مستويات المقارنة المنهجية

بعد ما يفرغ الباحث من تحديد عينات المقارنة، ينتقل إلى مرحلة ثانية أكثر تعقيدا وأهمية، حيث يقع على الباحث تحديد مستويات المقارنة، إذ أن الدراسات المعمقة لا يكتفى فيها بالتصنيف والتصفيف للنصوص جنبا إلى جنب، بل يجب على الباحث أن يحلل هذه النصوص المراد مقارنتها لمعرفة النقاط الجوهرية التي تحتاج إلى الموازنة، ثم يقوم بتصميم وتحديد مستويات للمقارنة، وهي تختلف باختلاف الموضوع، فمثلا لو كنا بصدد مقارنة بين أحكام جريمة القتل بين القانونين الجزائري و الفرنسي، يبدأ الباحث بتحليل النصوص ليصل إلى أن هناك اختلافات جوهرية على المستوى الاصطلاحي، على مستوى بعض ظروف التشديد، على مستوى بعض ظروف التخفيف، على مستوى العقوبات الجزائية، كما يحدد أوجه التشابه من حيث نفس المستويات السابقة، فيحدد على أساس هذا التحليل الأولي للنصوص مستويات المقارنة.

والمقارنة المنهجية لا تتوقف عند هذا المستوى، بل أن الباحث يكون قد أنجز الشق الأول ألا وهو المرحلة التحليلية حينما قام بتجزئة هذه النصوص وتحليلها، وبعد هذه المرحلة التحليلية ينتقل إلى المرحلة التركيبية والتي تتضمن هي الأخرى مستويين الأول هو دراسة النظام القانوني الذي يحتوي هذه القاعدة، والثاني يتعلق بدراسة المنهج الكامل للقانون الأجنبي، وبالعودة إلى المثال السابق يمكننا فهم هذين المستويين، حيث أنه بعد أن ينتهي الباحث من تحديد الفروق والتطابق بين النصوص المنظمة للقتل العمدي في القانونين الجزائري والفرنسي، ينتقل بعد ذلك إلى الاختلاف في ظل قانوني العقوبات للدولتين، ذلك أن هناك اختلافات يرجع السبب فيها إلى الأحكام العامة في الجرائم والعقوبات، وهنا يقع على عاتق الباحث تفسير أسباب الاختلاف ومبررات كل طرف حتى يستطيع الحكم بموضوعية عند الموازنة والمفاضلة بين القواعد المقارنة.

ولا يقف الأمر عند هذا الحد، بل لا بد للباحث من أن ينتقل بالمقارنة إلى مستوى أعلى، وهومستوى النظام القانوني، حيث يربط الموضوع بمختلف أجزاء النظام القانوني في كل دولة، ففي المثال السابق نجد أن القتل العمدي يرتبط في هذه المرحلة بالمبادئ الدستورية التي تحمي الحق في الحياة، والنصوص الاتفاقية التي صادقت عليها الدولة، وقد تمنع عقوبة الإعدام كما هو في فرنسا.

أما المستوى الأخير من مستويات المقارنة المنهجية هو الوصول إلى مرحلة المنهج الكامل، حيث

يستفرغ الباحث مكتسباته الأولية المتعلقة بالعوامل المؤثرة في تكوين القانون ويربطها بدراسته، ففي نفس المثال يبين الباحث أن عقوبة الإعدام غير موجودة في فرنسا بسبب التوجهات السياسية للدولة على المستوى الخارجي، حيث أن فرنسا صادقت على الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان التي تمنع عقوبة الإعدام، وبالمثل يتعامل مع القانون الجزائري في بيان مختلف العوامل المؤثرة في تكوين النصوص القانونية.

ثالثا: استخلاص نتائج المقارنة المنهجية

بعد أن يفرغ الباحث من المرحلة الثانية التحليلية، ينتقل إلى استخلاص النتائج، فإذا ما احترم الباحث الخطوات السابقة، فإن استنباط النتائج سوف يكون سهلا، فبعد المرحلة التحليلية تأتي المرحلة التركيبية.

وقد لا حظنا أن المقارنة في المرحلة التحليلية تبدأ بكشف العلاقة بين العناصر الجزئية في قانونين أو أكثر، وهو ما يعرف بالمقارنة الجزئية، فإذا ما اكتملت كل المقارنات الجزئية ينتقل الباحث إلى مرحلة المقارنة الكلية، وهي المقارنة التي تحوي كل جزئيات الدراسة، وبهذا يتم استخلاص الروابط بين القواعد القانونية المختلفة من تشابه واختلاف وأسباب ذلك بروح المنتقد المحايد، ثم يصدر أحكامه التقييمية

ومن ثم يمكن للباحث أن يوجه نتائجه وفقا لمقاصده من المقارنة المنهجية، فإذا كان الغرض هو توحيد القانون بين دولتين، فإنه يوضح القواعد المشتركة، كما يوضح مواضع الاختلاف وأسبابه، وكيفية إزالته للوصول إلى مرحلة توحيد النصوص– وإن كانت هذه الغاية مستبعدة في الوقت الراهن بسبب الخصوصية وعقبة السيادة الوطنية– أما إذا كان الغرض هو الاستفادة من تجارب الدول السباقة أو المتطورة في مجال ما وتحسين النصوص الداخلية، فعلى الباحث المقارن أن يبين كذلك القواعد المشتركة، وما يستحسن في القانون الوطني والأجنبي، والنصوص الواجب تعديلها، والصياغة التي يجب أن تكون عليها هذه النصوص، حيث أن الكثير من البحوث المقارنة تكون منقوصة في هذه المرحلة الأخيرة، ويكتفي الباحثون باقتراحات عامة كضرورة قيام المشرع بتعديل النصوص، أو استحداث أخرى دون أن يقدم الباحث عرضا بمشروع هذه النصوص.

المطلب الثاني: مصادر الدراسة القانونية المقارنة

إذا كانت المقارنة بين الأشياء قديمة قدم الفكر الإنساني كما بينا في المبحث الأول، فإن القانون المقارن كعلم منهجي يهتم بمقارنة الأنظمة القانونية لم يتأسس إلا في العصر الحديث، وفي مطلع القرن العشرين في المؤتمر الدولي للقانون الدولي المنعقد بباريس سنة1900م، ثم زادت أهميته بعد ذلك حتى أصبح عنصرا أساسيا لكل علم قانوني، وأصبح علما مستقلا بذاته موضوعا ومنهجا وغاية، أما الموضوع فهو القوانين المختلفة مكانا وزمانا، وأما المنهج فهو الطريقة المقارنة، وأما الغاية فهو البحث عن القواعد العامة والمبادئ الكلية بين الشرائع والنظم، وبذلك فالمصادر الأساسية لكل دراسة قانونية مقارنة هي النظم القانونية وشرائع كل دولة، مع الاستعانة بدراسات قانونية مقارنة سابقة تمت في الموضوع محل المقارنة، وكذا الاستعانة ببعض كتب القانون المقارن التي تبرز ماهيته وطريقته حتى وإن كانت المؤلفات في هذا العلم أكثرها باللغة الأجنبية.

أولا: مصادر الأنظمة القانونية :

1-مصادر النظام الأنجلوسكسوني وهي: **القضاء والتشريع والعرف.**

2-مصادر النظام الروماني الجرماني وهي: **التشريع والعرف والقضاء والفقه.**

ثانيا: الدراسات القانونية المقارنة السابقة :يمكن للباحث أن يستعين بدراسات قانونية مقارنة سابقة تمت في الموضوع محل المقارنة، أو جل مواضيع القانون المقارن الكبيرة، وهو ما يضمن للباحث مادة علمية إضافية.

ثالثا: مراجع القانون المقارن :من الوسائل المساعدة في إعداد الدراسات القانونية المقارنة مراجع القانون المقارن من موسوعات وكتب ومجلات متخصصة، حتى وإن كانت أكثرها باللغات الأجنبية، ومنها:

1-كتاب القانون المقارن والمناهج القانونية الكبرى المعاصرة لعبد السلام الترمانيني.

2-علم القانون المقارن وتطبيقاته القضائية لمحمد نصر محمد.

3-القانون المقارن والأنظمة القانونية الكبرى لعصام نجاح.

4-Cruz, peter, comparative law in changing world.

5- Ric, Agostini, droit comparé.