فصل تمهيدي

تقديم :

إن المعرفة وإقامة البرهان، وتقرير المفاهيم تعتمد إعتمادًا كبيراً على المقارنة، فمقارنة الإنسان للطبيعة والمجتمع جرت معا في الوقت الذي ظهر فيه، وقد كانت المقارنة معروفة منذ القدم ولكنها فقدت أهميتها في القرون الوسطى، ولم تبعث من جديد في أوروبا إلا في القرن 18م–19م وذلك بالإرتباط مع تقدم العلوم ومنها علم المناهج، علما بأن البحث العلمي وعملية المعرفة هي عمليات المقارنة، أي مقارنة تساعد البحث العلمي، وكثيرا ما تقتصر على تبيان أوجه الشبه والإختلاف بين الظواهر المدروسة. والمقارنة تستخدم من قبل الناس في جميع أوجه نشاطهم، رغم أن المقارنة كمنهج قائم بذاته حديث النشأة ولكنها قديمة قدم الفكر الإنساني، فقد استخدمها "أرسطو" و"أفلاطون" كوسيلة للحوار في المناقشة قصد قبول أو رفض القضايا والأفكار المطروحة للنقاش.

اولا – نشاة القانون المقارن –مقارنة الانظمة القانونية –

ولد القانون المقارن في أوروبا، واحتل مكانة في المنظومة العلوم القانونية لجهود فقهاء عصر التنوير ، وإليهما يعود الفضل من ذاتيته واستقلاليته وهما يختلفان في الغرض والغاية. لقد عرف القانون المقارن تطوراً معتبرا خلال القرن 19 بتأسيس جمعية التشريع المقارن بباريس سنة 1869م، حيث تهتم دراسة القانون المقارن مقارنة قوانين بلدان مختلفة لأجل معرفة أوجه الشبه، وأوجه الإختلاف بين هاته القوانين، كما يعمل على تفسير مختلف فروع القانون فقد استعمل الفقيه– ماكس فيبر– المنهج المقار لدراسة المبدأ الذي تقوم عليه ممارسة السلطة في المجتمع.

عند بعض الفقهاء الهدف من القانون المقارن هو تطوير القانون الوضعي في بلد ما في عصر معين.

وعند البعض الاخر هو التقريب بين النظم القانونية في البيئات المتجانسة لتصبح هذه المبادئ التشريعية العامة قاسماً مشتركا لكل أمة.

كما تم استخدامها في الدراسات المتعلقة بالمواضيع العامة كمقارنة بلد ببلد آخر، إضافة إلى استعمالها في المواضيع والقضايا الجزئية التي تحتاج إلى الدراسة، والدقة، كما أسهمت الدراسات المقارنة بالكشف عن أنماط التطور واتجاهاته في النظم الاجتماعية.

فالمنهج المقارن هو "الأداة المثلى في العلوم القانونية، كما أكد عليها ليس العلماء المحدثين فقط، بل المؤسسين الأوائل لهذا العلم.

فالمنهج المقارن يساعد الباحث على اكتشاف الخصائص الكلية للظاهرة في ماضيها، وحاضرها، ومستقبلا، وذلك عن طريق المضاهاة وإبراز الصفات المتشابهة والمختلفة بين ظاهرتين، أو مجتمعين، ومعرفة درجة تطور أو تقهقر الظاهرة عبر الزمن.

وعليه فإنه المنهج المقارن هو عملية عقلية تتم بتحديد أوجه الشبه والإختلاف. بين حالتين إجتماعيين أو أكثر، نستطيع من خلاله الحصول على المعارف التي تميز موضوع الدراسة أو الحادثة في مجال المقارنة والتصنيف.

أجمع المفكرون الباحثون في ميدان العلوم والعلوم القانونية أن الإنسانية مدعوة إلى تكوين أنظمة قانونية مبنية على فكر جديد، لمستقبل جديد تسود فيه روح مشتركة ولكي يصل إلى ذلك لابد أن يتخلى الإنسان عن العصبية القومية، فلا ينظر إلى الأجنبي عنه نظرة ريبة وحذر أو نظرة كراهية وعداء. بل يرى فيه إنسانًا مثله يتساوي معه في حق الحياة الكريمة، وينال قسطه من العلم و كفايته من الغذاء والعلاج، وبذلك تزول أسباب التوتر المحموم الذي يسود العالم.

ولتحقيق هذا المبتغى يتطلب بالضرورة قيام أنظمة قانونية تتماشى والتطورات الحاصلة في جميع المجالات، هذه الأنظمة القانونية التي تسعى إلى تنمية العلاقات الإنسانية لتحقيق التعاون وإشاعة السلم بين الشعوب، ولا يمكن بأي حال من الأحوال أن يتم ذلك إلا عن طريق أنظمة تهدف إلى التعرف على الشعوب وأنظمتها وتفهمها، والإقبال على دراسة شرائعها وعاداتها وإيديولوجياتها التي تتمثل بها نظمها الاجتماعية والسياسة والاقتصادية والقضائية على الخصوص. ولدراسة الأنظمة القانون بهذه الشعوب لابد من الوقوف عند ملاحظتين هامتين لتحقيق ما ذكرناه:

- لدراسة الأنظمة القانونية بما فيها تشريعاتها أن تكون الدراسة عند الإقبال على تفهم الشعوب ودراسة شرائعها بعيدا كل البعد عن الهوى.
- أن تكون الدراسة مقرونة بفكرة العدل.
- فالهوى يفسد الصورة الحقيقية للدراسة والمعرفة ويطبع الدراسة بالميول الشخصية من حيث ينبغي أن تكون موضوعية والتنكر للعدل يثير الحقد والبغضاء من حيث يكون وينبغي أن يكون العدل وسيلة للتعاون وحافزا للمحبة، فليس من العدل أن يموت جوعاً في كل سنة الملايين، وأن يعاني أكثر من نصف سكان العالم الأمراض من سوء التغذية، وعدم توفر العلاج، ولعل وباء كرونا ليس ببعيد.

وليس من العدل أن تفرض أنظمة الأقوياء والحلول المقرضة على الشعوب الضعيفة والتحكم في مصيرها. فمصير الإنسان –منوط بتحويل الكراهية والبغضاء إلى قوة محبة وإحسان فالأنظمة القانونية التي يسودها العدل والموضوعية هما العنصران الضروريان لنقل الإنسانية إلى دنيا جديدة يسود فيها التعاون ويشيع فيها الأمن والسلام.

وهذا ما اكتسبه القانون المقارن من أهمية بالغة من تحسّس العالم بالموضوعية والعدل مما أدى إلى نشاط الدراسة المقارنة بروح من الموضوعية هدفها التقريب بين الشعوب عن طريق التعرف على أنظمتها وقوانينها – وتبدو ثمرات هذه الدراسة في عدد من المواضيع القانونية ذات الصبغة التجارية والاجتماعية، وتتجه الدراسة القانونية المقارنة للأنظمة لتوحيد القوانين لتكون أساسًا لوحدة اقتصادية وسياسية. وعلى هذا الأساس أحتل القانون المقارن أهمية في الدراسات القانونية وأضحى علمًا يقوم على أسس متعددة منها–. فكرة العدل –من خلال دراسة الأنظمة القانونية.

ثانيا – تعريف المنهج المقارن:

– المقارنة في اللغة/ هي مقابلة الإحداث بعضها ببعض لكشف ما بينها من وجوه التشابه أو علاقة.

أما إصطلاحاً: فالمنهج المقارن هو مفهوم مركب من مصطلحي هي: المنهج. والمقارنة.

المنهج: هو مجموعة الأطر، والإجراءات والخطوات يضعها الباحث عند دراسته للمشكلة لإكتشاف الحقيقة.

المقارنة: فتعني تلك العملية التي يتم من خلالها إبراز أو تحديد أوجه الإختلاف وأوجه الإئتلاف بين نظامين متماثلين أو أكثر.

والمنهج المقارن بصفة عامة هو القيام بعملية التناظر أو التقابل بين الأشياء ، والمقارنة بين خاصيتها وله مستويات المستوى التشكيلي أو الخارجي كالأحجام، والألوان، والمسافات والإعداد، وهناك المستوى الداخلي أو الجوهري وهو المتعلق بمقارنة خواص الظواهر والعناصر الجوهرية فيها بمعنى أن المقارنة تتناول البينات الأساسية المكونة للظاهرة، والتعمق وسير جوهر الظواهر والتمعن فيها.

ثالثا – وظائف القانون المقارن:

القانون المقارن له عدة اهداف وغايات في مواجهته للواقع القانوني بقصد تغييره وإصلاحه، فلا تتوقف مهامه عند الوصف والتغير، بل إن جوهر وظيفته في التقويم والتغيير، وذلك ينطبق على الأصول والفروع، وبدافع من الوعي بأهمية التصنيف العلمي يمكن إيجاز وظائف القانون المقارن فيما يلي:

1) للقانون المقارن أهميته الخاصة من توحيد القوانين من داخل البلاد التي تجمعها وحدة قانونية، فالقانون المدني السويسري مثلا حديد بوجوده لدراسة قام بها الفقيه السويسري (هوبر) في كتابه "نمط القوانين الخاصة السويسرية الخاصة وتاريخها – جمع فيه النظم القانونية التي كانت مرعية في سويسرية وأخضعها للموازنة– فمهد السبيل لتوحيد القانون المدني في بلاده، وقد سبقت حركة توحيد القانون في داخل أكثر الدول الأوروبية حركة تجميع وموازنة بين النظم القانونية مهدت السبيل لتوحيد أجزاء هامة من القانون الخاص –والمجالات التي أدى فيها القانون المقارن خدمات لا تنكر في إصلاح القوانين الوطنية.

2) للقانون المقارن أهمية في استعراض تطور النظم القانونية المعاصرة لكي يتضح للمشرعين مدى هذا التطور وخطوطه العامة فيصبح علم القانون المقارن بذلك علم التطور القانوني العام للقوانين المعاصرة، والواقع أن هذه المهمة تقرب القانون المقارن من كل من فلسفة القانون وعلم الإجتماع.

3) للقانون المقارن أهمية خاصة تتجلى في مساعدة القاضي في حالة الاحالة في القضايا المعروضة عليه ذات العنصر الاجنبي حيث تتيح له معرفة القوانين التي يستند عليها في التصدي للقضية.

4) القانون المقارن مهمته تقنية، هذه المهمة المنتظرة من القانون المقارن على جانب من الأهمية، لأن القانون المقارن يزيد ويوسع من أفق رجل القانون حين يعلم بالقوانين الأجنبية، ويعلم أن ثمة حلولا أخرى ونظما مغايرة فتزايد ملكته الانتقادية والتحليلية ويتسع في تفكيره وخياله. والحاصل أن دراسة القانون المقارن تصل أسباب العالم ببعضها دون نسيان الروح الوطنية – وبذلك يتم التعاون بين رجال القانون من جميع البلاد.

5) القانون المقارن مهمته التشريعية حيث لا ينبغي أن تحضى أهمية القانون المقارن من حركة التقنين، حيث لوحظ أن أسوأ القوانين صياغة وحلولا هي تلك القوانين التي شرعتها سلطة تجاهلت الإفادة من الحلول الواردة في أمثال تلك القوانين في البلاد الأجنبية ويوصى رجال القانون بإلتزام الحيطة عند استعارة القوانين الأجنبية لكي لا يزج في التشريع قواعد يعوزها الإنسجام، ولا يقحم في بلده تشريع أجنبي المصدر فيحدث فيها من النتائج عكسية، لان القانون وليد البيئة وجاء لتنظم حالة اجتماعية .

تعدد القوانين في عالمنا بتعدد الدول، وقد تعدد في الدولة الواحدة، ففي الدول الموحدة تخضع لقانون واحد، وفي الدول الاتحادية تخضع الدولة لعدة قوانين تطبق في داخلها، وإلى جانب هذه القوانين الوضعية توجد شرائع سماوية وقوانين دينية، كالشريعة الإسلامية والشريعة اليهودية، وكالقانون الهندوسي والقانون الكني، ثم هناك قانون دولي ينظم العلاقات السياسية والتجارية بين الدول على المستوى الدولي أو الإقليمي.

والغاية المرجوة من هذا البحث أن يكون دليلا لطلبة القانون، يستعينون به إذا ما أرادوا أن يتعرفوا إلى قانون من القوانين الأجنبية، وبه تهون المشقة التي يلقاها من تعدد القوانين واختلاف لغاتها وتباين صياغتها وتنوع مصادرها وما بين خصائصها من تفاوت وفروق.

وقد تغلب المقارنون على هذه المشقة بتجميع هذه القوانين المتنوعة من عدد من الزمر أطلقوا عليها إسم عائلات –أو نظم– وعرضوا لكل عائلة خصائص عامة تميزها عن غيرها من العائلات، تحقق الهدف من التعرف عليها وتنفي عن الغرض في تفصيلاتها، وكان الأساس في هذا التصنيف هو التعريف في القانون بين العناصر المتغيرة، والعناصر التالية.

- **العناصر المتغيرة**

ففي القانون عناصر تتبدل مع الزمن تحل محل عناصر أخرى تجرى مع التطور لمعالجة ما يستجد من الأمور، ونرى من ذلك الشيء الكثير فيما يجرى من تعديل وتبديل مستمر في القوانين. من أجل ذلك لا تعتبر العناصر المتغيرة هي ذات الشأن في الدراسة القانونية، فليس يعني الطالب أن يحفظ مجموعة من القواعد يعلم أن المشرع يستطيع أن يلغيها وإنما يعينه أن يعرف الإطار الذي ينظم هذه القواعد ويحتضنها على أساس مبادئ عامة مستمدة من تقاليد الأمة وأعرافها ويعرف أيضا معاني التعابير والمصطلحات المستعملة فيها والأساليب المتخذة لتحديد مدلولاتها والتنسيق بينها.

- **العناصر الثابتة**

هي ذات الشأن في الدراسة القانونية لأنها مرتبطة بحضارة الأمة وطريقة تفكيرها وهي كاللغة والفكر ليس للمشرع عليها من سلطان.

ومن هذه العناصر الثابتة ينبثق شعورنا باستمرار المسيرة التاريخية لقانوننا عبر التبديل والتعديل الذي يطرأ على قواعده، وهي التي تجعل القانون علما وتيسر السبيل لدراسته.

من بين النظم القانونية الرئيسية، هناك بالطبع معظم القوانين الغربية التي تمارس تأثيرا على نطاق واسع، والتي تنتمي إلى عائلتين كبيرتين:

- الرومانية المعروفة (ألمانيا، النمسا، بلجيكا، اسكتلندا ،إسبانيا ،فرنسا، إيطاليا المجر، هولندا، بلدان الشمال الأوروبي ،البرتغال ،رومانيا ،سويسرا).

- القانون الشامل (إنجلترا، أيرلندا، الولايات المتحدة الأمريكية.)

تنتشر هذه القوانين الغربية في جميع أنحاء العالم، بمناسبة الاستعمار، في أفريقيا وأمريكا وأسيا يقدم مجتمع الدول الناطقة بالفرنسية ورابطة الدول البريطانية ومستعمراتها كومن ولث مثال حي عليها ..

هي منتشرة أيَضا من خلال التأثير الثقافي الوحيد هذا ما تفعله القوانين الرومانية في اليابان (التأثير الفرنسي والألماني) ،وفي تركيا (التأثير السويسري).