لاشك أن دراسة القوانين الأجنبية تساعد المشرع و الباحث و المطبق على الإستفادة من تجارب الآخرين و ذلك لاستنباط ما في هذه القوانين من الإيجابيات التي يمكن أن يؤخذ بها و اجتناب كل ما هو سلبي لا يتمشى مع واقع المجتمع و تقاليده و بيئته ، كما أن حاجتنا اليوم شديدة لمعرفة التطورات في المجالات التشريعية و الفقهية و الإجهادات القضائية للدول الأخرى.

الأمر الذي يحتم بأن تكون الأحكام العامة للقوانين الوطنية منسجمة مع قوانين هذه الدول ، و هذا هو الدور الذي يناط بالقانون المقارن و الذي ينبغي الوصول إلى تحقيق وظائفه وأهدافه.

إن العالم اليوم أصبح عبارة عن قرية صغيرة تتميز بأنظمة جديدة تطفو عليها الشمولية و العولمة و ما لذلك من إيجابيات و سلبيات ، حيث أصبحت المجتمعات المعاصرة تتأثر و تؤثر على بعضها ، و لا شك بأن القانون المقارن في ظل هذه المتغيرات يشكل ممرا يستفيد من خلاله القانون الوطني من أحكام القوانين الأجنبية المختلفة و استنباط الحلول التي توصلت إليها في مختلف المجالات.

المحور الأول : ماهية القانون المقارن

المبحث الأول : تاريخ القانون المقارن

المطلب الأول : القانون المقارن في العصور القديمة

الفرع الأول في بلاد الرافدين : من أشهر المدونات القانونية في ذلك العصر قانون حمورابي حيث قام هذا الأخير بتوحيد القوانين و الأعراف التي كانت سائدة في بلاد الرافدين ، كما عثر في هذا القانون على بعض المسائل تشمل حكمين مختلفين راعى فيها حمورابي بين الساميين و السوماريين على حد سواء.

الفرع الثاني في مصر القديمة : من أهم المدونات القانونية التي عرفتها مصر القديمة هي مدونة بوخوريس ، حيث تأثرت بشكل كبير بشريعة حمورابي في مجال العقود و المالية.

الفرع الثالث عند اليونانيين : قام أفلاطون بمقارنة قوانين المدن اليونانية في كتابه " حوار حول القوانين " كما قارن أرسطو بين دساتير 158 مدينة يونانية و أجنبية لصياغة دستور أثينا.

كذلك فعل صولون حين وضع قانون أثينا و قد أخذ اسمه فيما بعد ، حيث كان الأخير كثير السفر مما سمح له بالتعرف على قوانين و أعراف الأمم الأخرى و يذكر المؤرخون أن صولون إستبدل قاعدة التنفيذ على جسم المدين بقاعدة التنفيذ على أمواله المأخوذة عن القانون الفرعوني.

الفرع الرابع لدى الرومان : أرسل الرومان بعثة إلى اليونان لدراسة قوانين المدن اليونانية و الإقتباس منها حيث تأثر أعضاء البعثة بقانون صولون ، و عنده عودة أعضاء البعثة شكلوا لجنة لوضع مدونة قانون الألواح الإثنا عشر، كما أن القانون الروماني تأثر بتقسيم الأموال حسب ما كان معروفا لدى اليونان ، و كذلك الأمر بالنسبة لإجراءات المحاكمة.

المطلب الثاني : القانون المقارن في العصور الوسطى :

الفرع الأول في أوروبا : في القرن 11م ظهرت في إيطاليا و تحديدا في مدينة بولون حركة تعنى بإحياء دراسة القانون الروماني ، إتخذت أساسا لها مجموعة جستينيان ، فنشطت بذلك الدراسات المقارنة ، حيث كان موضوع هذه الأبحاث هو المقارنة بين العادات و الأعراف المحلية و القانون الروماني ، ثم تطور الأمر أكثر لتشمل المقارنة بين القانون الكنسي و القانون الإقطاعي، ثم تطور الأمر أكثر في كافة أرجاء أوروبا حيث أصبح القانون الروماني يدرس في جامعات المدن الكبرى.

الفرع الثاني في بلاد الإسلام : عرف الفقهاء المسلمون المقارنة بين المذاهب الفقهية المختلفة ، و من أوائل من قاموا بذلك الإمام الشافعي من خلال كتابة " اختلاف مالك و الشافعي" و الذي جمعه تلميذه الربيع بن سليمان المرادي وقد تم احاقه بكتابه " الأم".

كما صدر عن الطبري كتابه " إختلاف الفقهاء" حيث قارن فيه بين أقوال الفقهاء في مسائل شتى ، و كذلك فعل الفقيه " أسد بن فرات بن سنان" الذي قارن بين المذهب المالكي و المذهب الحنفي في كتابه " الأسدية".

المطلب الثالث : القانون المقارن في العصر الحديث :

شاعت الدراسات المقارنة في القرن 17 م حيث قام مونتسكيو (1689 - 1755) برحلات متعددة لدراسة الدساتير الأجنبية (في المجر ، ألمانيا ، إيطاليا ، سويسرا ، هولندا ، إنجلترا) ، حيث كتب في مؤلفه " روح القوانين" أنه لا بد من مقارنة نظرية الحكومة و التشريعات مع ما هو موجود لدى الدول الأجنبية.

و هو أول من إستخدم مصطلح التشريع المقارن ، و إقترح أيضا تعديل التشريع الضريبي في فرنسا المتعلق بالضريبة على المشروبات بحيث إقترح أن تفرض هذه الضريبة على المنتج كما هو الحال في إنجلترا و ليس على المستهلك.

و قد تزعم الفقيه إهرينج الدراسات المقارنة في ألمانيا ، حيث يرى أنه لا يمكن للشعوب أن تعيش بمعزل عن بعضها البعض ، و إعتبر أن الإنعزال عن باقي المجتمعات جناية.

و في بداية القرن 19 م تم على مستوى وزارة العدل الفرنسية تم إنشاء مكتب متخصص في ترجمة و نشر أهم قوانين الدول الأجنبية من أجل الاستفادة منها لإعداد القانون المدني الفرنسي.

كما بدأ تدريس القانون المقارن في فرنسا سنة 1831 و في إنجلترا سنة 1869 ، و هكذا بدأ الإهتمام بالتشريع الأجنبي و بالتالي الدراسات المقارنة يتوسع ، فتم تأسيس الجمعية الإنجليزية للدراسات المقارنة سنة 1857 ، بعدها الأمريكية سنة 1865 ، و الفرنسية سنة 1869.

و في أول أوت 1900 م تم في باريس عقد أول مؤتمر دولي للقانون المقارن ضم ممثلي عن الجمعية الدولية للقانون المقارن لمدينة برلين ، جمعية قانوني سويسرا و غيرها ، و قد نتج عن المؤتمر إعداد تقرير شكل عملا تحضيريا ذو قيمة كبيرة لعلم جديد في طريق التأسيس.

ترأس المؤتمر الفقيه " سالي " الذي دعى إلى قانون مشترك عالمي أو قانون مشترك للإنسانية المتحضرة.

المبحث الثاني : تعريف القانون المقارن و طبيعته :

إن مصطلح القانون المقارن جديد نسبيا و لم يستقر عليه الفقه إلا حديثا ، وهي تسمية إصطلاحية لا تدل على مضمونه ، لأنه مصطلح يراه البعض غريبا و غير دقيق ومبهم ، فكثرة التسميات المقدمة له ، حيث يسمى أيضا بالقانون الموازن و مقارنة القوانين (روسيا) ، و المقايسة و المشابهة (ألمانيا) و يوحي أنه مجموعة قواعد قانونية كسائر فروع القانون الأخرى غير أن مضمونه ليس كذلك ، كما أنه ليس وصفا لفرع من فروع القانون كالقانون المدني و التجاري و الدستوري و غيرها مما جعل الإختلاف حول تقديم تعريف له يتسع و يزداد تباعا للإختلاف الموجود حول تحديد طبيعته و وظيفته مما حدا بالبعض إلى جعله مجرد طريقة من طرق البحث القانوني بينما يرى البعض الآخر أنه علم.

المطلب الأول : تعريف القانون المقارن :

1. تعريف الفقه RENE DAVIDE و COTRIDGE : أنه تطبيق الطريقة المقارنة على الدراسات القانونية المقارنة.

2. تعريف الأستاذ : LAMBERT : هو جرد أو تقويم للنظم القانونية في الماضي و الحاضر ككل و لجزئيات القواعد القانونية التي أنشأتها تلك النظم القانونية لإنصاف العلاقات القانونية بين الناس.

3. تعريف الفقيه سالي : هو العلم الذي يبحث عن القواعد المشتركة بين الشرائع و النظم القانونية.

المطلب الثاني : طبيعة القانون المقارن :

إن التعاريف المختلفة للقانون المقارن أدت إلى إختلاف تحديد طبيعته ، فهناك من إعتبره مجرد طريقة ومنهج و هناك من اعتبره علم قائم بذاته.

الفرع الأول الإتجاه الأول : (إعتبره طريقة أو منهاج) : يمثل هذا الإتجاه كل من RENE DAVID و CATRIDGE حيث يعتبران القانون المقارن مجرد طريقة مقارنة مطبقة في الميدان القانوني و ليس له مفهوم واحد و لا طبيعة واحدة ، و يتبنى هذا الإتجاه كلا من بريطانيا و البلدان الاشتراكية سابقا و بلدان العالم الثالث حاليا.

الفرع الثاني الإتجاه الثاني : (إعتبره علما مستقلا بذاته) : و يمثله كلا من سالي و لامبير معتبرين إياه علما مستقلا بذاته متميزا بخصائصه ككل فروع العلم ، و من ثم تتمثل غايته في وضع تشريع مشترك بين الدول و ذلك عن طريق دراسة التاريخ المقارن الذي يعتبر أنه علم الظواهر القانونية مع تتبع مسارها و تطورها و أسباب إنتشارها و ذلك في جميع القوانين القديمة و الحديثة للشعوب المتمدينة و الغير متمدينة و لقد إختلف الفقيهيين في تحديد صورته و هدفه.

فالفقيه LAMBERT يرى أنه يهدف إلى خدمة القانون الوطني بمقارنته مع القوانين الأخرى ، أما الفقيه سالي فيرى أن هدفه هو استخلاص القواعد القانونية المشتركة للإنسانية المتحضرة بدراسة الشرائع المختلفة إجتماعيا و تنظيميا.

الفرع الثالث الإتجاه الثالث : (إعتبره ذو طبيعة مزدوجة أو الإتجاه التوفيقى) :

لا أحد ينفي ما للقانون المقارن من دور في تحقيق التفاهم و التعاون و من ثم التعارف بين الشعوب و الأمم و الحضارات عن طريق كشف الحقائق العلمية ، و الخصائص التي تتضمنها قوانين مختلفة بغرض الوصول إلى إيجاد مبادئ عامة مشتركة.

فهو علم لما يقوم به من حيث تصنيفه للقوانين إلى طرائق و عائلات و أنظمة كبرى تختلف عن بعضها البعض بطرقها و أهدافها و مناهجها و بيئتها الجغرافية ، فالموضوع المراد بحثه و دراسته يتطلب منهاجا خاصا يتماشى و طبيعة الظواهر مما يجعل العلم و المنهج يتداخلان و يمتزجان حيث لا يمكن الفصل بينهما خاصة في ميدان المعرفة ، فلكل ثقافة أسسها و مناهجها ومعرفتها و فلسفتها رغم أنه لا يوجد فرق بينهما من حيث الوظيفة.

فإستخدام المقارنة في ميدان القانون يؤدي إلى توفير و تحقيق معلومات جديدة و معارف متعددة كالتاريخ و أصل القاعدة القانونية ، و تطورها مع تحديد مصادرها ، و المؤثرات التي أثرت في نشوئها و ظهورها.

فهذا العلم له طبيعة تجعله علم متعدد الأبعاد ، أي متعدد التخصصات يحتاج صاحبه فيه إلى معرفة التاريخ و السياسة و الإقتصاد و اللغة و الفلسفة و علم الاجتماع و غيرها ، فالإتجاه الثالث هو الإتجاه التوفيفي بين الإتجاهين السابقين باعتباره من جهة علم ، و من جهة ثانية طريقة ، و العلم يحتاج إلى طريقة و المنهج يتعدد بتعدد الظواهر المختلفة.

إن القانون المقارن ليس فرع من فروع القانون الأخرى فهو لا يحتوي على قواعد عامة مجردة و ملزمة ، فعبرة القانون المقارن ليس لها مجال قانوني لان كل قانون له مجال و نطاق تطبيق .

فالقانون المقارن اصطلاحاً : " هو دراسة قانونية أو بحث قانوني يقوم على المقارنة و الموازنة بين قانوني أول أكثر "

و قد استبدل الفقيه لامبيرر مصطلح القانون المقارن بالتشريع المقارن للدلالة على المجال الحقيقي للقانون المقارن.

و قد اختلف الفقه حول الاعتراف بالاستقلالية للقانون المقارن أو اعتباره مجرد طريقة، لكن أغلبية الفقه يعترفون بالطابع العلمي للقانون المقارن سواء اعتبرناه علم مستقل بذاته أو طريقة أو منهجية.

المبحث الثالث أنواع القانون المقارن و وظيفته : حدد الأستاذ contantisco تلك الأنواع فيما يلي :

المطلب الأول: أنواع القانون المقارن:

الفرع الأول : القانون المقارن الوصفي : يهدف هذا النوع إلى عرض قانونين أو أكثر لإظهار ما بينهما من فروق و إختلافات من أجل جمع المعلومات حول موضوع معين و ليس كل مشكلة أو البحث عن أسبابها كطلب هيئة أو مركز وطني أو جهوي أو إقليمي أو دولي تقريراً عن وضعية المرأة أو الطفل أو المعوقين أو العجزة ، و مثل هذه الأعمال تقوم بها المنظمات المتخصصة في ميادين محددة مثل Unesco و Unicef و هذا النوع يقوم بجمع المعلومات و ترتيبها بدراسة وضعية محددة و مقارنتها مع مثيلاتها و شبيهاتها في بلد أو أكثر مع محاولة إبراز الفروق الموجودة فيها.

الفرع الثاني : القانون المقارن التطبيقي : يهدف إلى الوصول إلى تقديم نظرية أو غاية علمية مع تطبيقها على النظم المقارنة علميا ، فهذا النوع يتجاوز جمع المعلومات عن القوانين الأجنبية ، بل يهدف إلى تطبيق غاية معينة هي إمكانية تطبيقها عمليا أو ميدانيا.

الفرع الثالث : القانون المقارن النظري : و يهدف هذا النوع إلى توسيع المدارك و المعارف و فتح آفاق المعرفة النظرية و الزيادة في المعلومات و التوسيع فيها لمعرفة قانون من القوانين الوضعية الموجودة.