الدرس الثاني: نشأة القانون المقارن وتعريفه ثم نتناول و طبيعته القانونية.

نتطرق أولا لنشأة القانون المقارن ثم لتعريفه

1- نشأة القانون المقارن

إن التأسيس لما أصبح يعرف اليوم بعلم القانون المقارن، يعود إلى سنة 1900 وهو تاريخ انعقاد أول مؤتمر دولي ذكرت فيه عبارة القانون المقارن.

إلا أن الدراسات القانونية قديمة جدا فهي تعود إلى العصور القديمة سواء في حضارة بلاد ما بين الرافدين، شريعة (حامورابي) ، أو لدى مصر القديمة ويتعلق الأمر بمدونة بكخوريس أو لدى اليونان والرومان، وهنا نشير إلى أن العديد من الباحثين، لاسيما الغربيين، يعتبرون أو يعتقدون بأن الجذور التاريخية للقانون المقارن تبدأ من الحضارة اليونانية، من خلال الأبحاث التي قاما بها أفلاطون وأرسطو، بحيث عكفا على مقارنة قوانين بلادهما وقوانين دول أخرى للحضارات السابقة للحضارة اليونانية.

فقد قارن أرسطو في كتابه "السياسة" ما بين مختلف الدساتير الاغريقية(Grecques) والبربرية)، وفي هذا الصدد كتب أرسطو "ينبغي على المشرع أن يعمل على تحسين القوانين

ولذلك يتعين عليه أن يعرف قوانين حكومات المدن الأخرى والفروق بينهما ويقتبس منها ما يصلح لمدينته."

وفي هذا الصدد، فقد استفاد الرومان من تجارب اليونان، فقد درسوا قوانين المدن اليونانية واقتبسوا منها، إلى أن تشكل النظام القانوني الروماني المعروف بمدونة قانون الألواح الاثني عشر والتي تم إعدادها من لجنة مشكلة من عشرة (10) أشخاص، والتي صادق عليها البرلمان الأوروبي.

أما في العصور الوسطى فيمكن جدا أن نذكر الكتب الفقهية الإسلامية التي اهتمت خاصة بالمقارنة ما بين مختلف المذاهب الفقهية مثل كتاب "بداية المجتهد ونهاية المقتصد" لابن رشد الذي يعتبر أشهر الكتب التي تناولت المقارنة بين كل المذاهب الفقهية.

كما يمكن أن نذكر في هذه المرحلة التاريخية (العصور الوسطى) دراسات المقارنة بين القانون الروماني والقانون الكنسي، إلى جانب المقارنة بين الشريعة العامة الإنجليزية (Commun law)والقانون الكنسي التي كانت في إنجلترا، والتي عرفت في فرنسا باسم القانون المشترك (Droit commun) والتي كانت تشمل المقارنة بين الأعراف السائدة في المجتمع.

إلا أن البداية الحقيقة للقانون المقارن كمصطلح متداول في أغلب الجامعات العالمية حاليا، بدأت عام 1900 في باريس عندما انعقد المؤتمر الدولي للقانون بمبادرة من الفقيهين الفرنسيين "إدوارد لامبير Edouard LAMBERT" و "ريمون سالي Raymond SALEILLES".

2- تعريف القانون المقارن.

بادئ ذي بدأ يجب الإشارة إلى أنه عبارة القانون المقارن بمفردها لا تعني شيء، فلا يوجد قانون يسمى المقارن، ولقد انتقد بعض الفقهاء هذه التسمية مثل الفقيه الفرنسي René DAVID فهو يعتبر أ عبارة القانون المقارن عبارة تعيسة، يفترض أنه تمنحه قيمة، لكن من الأحسن تجنبها.

فمصطلح القانون المقارن يقصد به دراسة مقارنة للقوانين أو الدراسة القانونية المقارنة، وهذه الدراسة قد تتعلق بفرع قانوني واحد (القانون الجنائي مثلا) أو بفروع قانونية مختلفة، وهو ليس كغيره من الفروع القانونية من حيث أنه لا يعرف بكونه مجموعة من القواعد القانونية، فإذا كان لفظ القانون ينصرف إلى مجموعة من القواعد القانونية المنظمة للمجتمع، فإن القانون المقارن لا يعتبر ذلك، فهو ليس مجموعة من القواعد القانونية، ولا يعتبر فرعا من فروع القانون كالقانون المدني أو القانون الإداري أو القانون الجنائي، فالقول مثلا القانون المقارن للزواج يعني تشريعات دول عديدة تم إخضاعها للمقارنة والموازنة بغرض إبراز وتحديد أوجه التشابه والاختلاف بينهما، وما يترتب على ذلك من نتائج في موضوع الزواج.

وعلى هذا الأساس فإنه يمكن القول بأن القانون المقارن هو نشاط فكري يقوم به الباحث من خلال إجراء دراسة موضوعها ""قانوني" ومنهجها "الموازنة والمقارنة" بين عدة قوانين، وذلك لاستنباط ما في هذه القوانين من الإيجابيات أو اجتناب كل ما هو سلبي.

ويتلازم مع الدراسة المقارنة للقانون دراسة القوانين الأجنبية، فمثل هذه الدراسة تسمح بأن نلقي الضوء عند إيجابيات وسلبيات كل قانون فهي تعتبر الأساس لبناء دراسة القانون المقارن.

والملاحظ أن اصطلاح القانون المقارن لم يتفق بشأنه الفقهاء، فمنهم من أطلق عليه تسمية "القانون الموازي". وأطلق عليه البعض الآخر مصطلح "مقارنة القوانين"، وسماه آخرون "بالطريقة المقارنة" وأطلق عليه البعض "الاجتهاد المقارن" واقترح آخرون مصطلح "التشريع المقارن" ولكن يعتبر اصطلاح "القانون المقارن" Le Droit comparé من المصطلحات المعتمدة حاليا، ونجدها في أغلب الجامعات العالمية سواء الأوروبية أو الجامعات الأمريكية أو الجامعات العربية.

ويتلازم مع الدراسة المقارنة للقانون دراسة القوانين الأجنبية، فمثل هذه الدراسة تسمح بأن نلقي الضوء عند إيجابيات وسلبيات كل قانون فهي تعتبر الأساس لبناء دراسة القانون المقارن.

والملاحظ أن اصطلاح القانون المقارن لم يتفق بشأنه الفقهاء، فمنهم من أطلق عليه تسمية "القانون الموازي". وأطلق عليه البعض الآخر مصطلح "مقارنة القوانين"، وسماه آخرون "بالطريقة المقارنة" وأطلق عليه البعض "الاجتهاد المقارن" واقترح آخرون مصطلح "التشريع المقارن" ولكن يعتبر اصطلاح "القانون المقارن" Le Droit comparé من المصطلحات المعتمدة حاليا، ونجدها في أغلب الجامعات العالمية سواء الأوروبية أو الجامعات الأمريكية أو الجامعات العربية.

ويتلازم مع الدراسة المقارنة للقانون دراسة القوانين الأجنبية، فمثل هذه الدراسة تسمح بأن نلقي الضوء عند إيجابيات وسلبيات كل قانون فهي تعتبر الأساس لبناء دراسة القانون المقارن.

والملاحظ أن اصطلاح القانون المقارن لم يتفق بشأنه الفقهاء، فمنهم من أطلق عليه تسمية "القانون الموازي". وأطلق عليه البعض الآخر مصطلح "مقارنة القوانين"، وسماه آخرون "بالطريقة المقارنة" وأطلق عليه البعض "الاجتهاد المقارن" واقترح آخرون مصطلح "التشريع المقارن" ولكن

يعتبر اصطلاح "القانون المقارن" Le Droit comparé من المصطلحات المعتمدة حاليا، ونجدها في أغلب الجامعات العالمية سواء الأوروبية أو الجامعات الأمريكية أو الجامعات العربية.

كما أطلقت هذه التسمية أو مصطلح القانون المقارن على معظم المراكز والمؤسسات المهتمة بهذا العلم، ومثال ذلك:

- الأكاديمية الدولية للقانون المقارن والتي تأسست سنة 1924 ومقرها مدينة لاهاي بهولندا.
- المركز الفرنسي للقانون المقارن والذي أنشأ سنة 1951.
- معهد القانون المقارن بجامعة باريس، الذي تتم فيه دراسات وأبحاث القانون المقارن.
- الأكاديمية الدولية للقانون المقارن، ومقرها هولندا.
- المعهد الأمريكي للقانون المقارن، أنشأ سنة 1951.
- المعهد السويسري للقانون المقارن وهو مركز بحث موجود في مدينة لوزان.
- معهد القانون المقارن لجامعة Panthéon-Assas ParisII Institut de droit comparé
- معهد القانون المقارن إدوارد لامبار Edouard Lambert الموجود بكلية الحقوق بجامعة ليون3 **(**l'Université Jean Moulin Lyon **3)**

3-طبيعة القانون المقارن.

لقد أثيرت عدة نقاشات بخصوص طبيعة القانون المقارن، فمنهم من يراه علما مستقلا غايته الوصول إلى استخلاص قواعد عامة مشتركة تكون الأساس لقواعد العالم المتحضر. ورأي آخر يعتبره مجرد طريقة للمقارنة تستعمل في العلوم القانونية.

بالنسبة للاتجاه الأول فقد ظهر مع انعقاد أول مؤتمر دولي للقانون المقارن عام 1900 بباريس، فالمشاركين في هذا المؤتمر مثل Esmien و Lambert وSaleilles (من فرنسا) و الانجليزي Pollock و الألماني Kohler اعتبروا بأن القانون المقارن علم قائم بذاته غايته استخلاص القواعد المشتركة التي تكون صالحة لتحديد العلاقات بين الدول المتمدنة التي تجمع بين شعوبها عوامل مشتركة تاريخية واقتصادية.

وقد تم الاتفاق على اعتبار المنهج المقارن أداة علمية تستهدف استخراج القوانين التي تحكم العلاقات الاجتماعية ويتم التوصل إلى هذه القوانين عن طريق الدراسة المقارنة للعادات والتقاليد وأنماط السلوك وارتباطها بفكرة التطور الحضاري. ولقد اعتبر دورخايم بأن المقارنة تحل محل التجربة في الدراسات الإنسانية.

أما بالنسبة للاتجاه الثاني الذي يعتبر أن القانون المقارن هو مجرد طريقة مقارنة فإنه يقوم على اعتبار القانون المقارن طريقة للمقارنة تستخدم في مجال العلوم القانونية، هدفها المقارنة بين قوانين مختلف الدول للوصول إلى الموازنة بين القواعد. بغرض التعرف على إيجابيات وسلبيات كل قانون وقد دافع على هذا الرأي العديد من الفقهاء ومن بينهم الفقيه إهريدج (IHRING) وروني دفيد(René DAVID) إلى أن هذا الأخير تراجع في رأيه واعتبره في الأخير علم قائم بذاته الهدف منه معرفة أوجه الشبه والاختلاف التي يتضمنها كل من القانون الوطني والقوانين الأجنبية ...

وعليه نستخلص إلى اعتبار أن القانون المقارن علم مستقل بذاته، فهو طريقة علمية تقوم على أساس مقارنة الأنظمة القانونية واستخراج أوجه الشبه والاختلاف فيها، ولهذا فإنه يتميز بالطابع المزدوج.أي علم قائم بذاته ومنهاج يستعمل في العلوم القانونية.ومن منطلق تنامي الدراسات المهتمة بعلم القانون المقارن ودراسة الأنظمة القانونية المقارنة ظهرت العديد من المجلات المتخصصة والمهتمة بهذه الشعبة.

نذكر على سبيل المثال المجلات التالية:

-Revue Internationale de droit Comparé (disponible gratuitement sur le site de Persée)

- International and Comparative Law Quartely (ICLQ) : Revue disponible, entre autres, dans la base HeinOnline

-American Journal of Comparative Law (disponible dans HeinOnline)

-Revue de Science criminelle et de droit pénal comparé (disponible dans Dalloz.fr)