

منشورات سلسلة المعرفة القانونية

القانون المقارن

الدرس الافتتاحي

الذي ألقاه

الأستاذ أحمد ادريوش

على طلبة الماستر في العلوم القانونية

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - أكادال بجامعة محمد الخامس - الرباط

الطبعة الثانية - 2017

القانون المقارن

الدرس الافتتاحي

الذي ألقاه الأستاذ أحمد ادريوش

على طلبة الماستر في العلوم القانونية

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - أكادال بجامعة محمد الخامس - الرباط

لتقديم "وحدة القانون المقارن"

منشورات سلسلة المعرفة القانونية

الطبعة الثانية 2017

رقم الإيداع القانوني

2017MO2000

ردمك

978-9981-101-30-2

ردمد

2028-2230

مكتبة دار السلام، الرباط

الهاتف: 0537725823

جميع الحقوق محفوظة للمؤلف

مقدمة

تنص المقتضيات المتعلقة بالماستر على أن يقوم كل مسؤول عن وحدة من الوحدات المكونة له بتقديمها للطلبة في الحصة الأولى من دروسه. ويتم هذا التقديم عن طريق التعريف بها وبيان أهدافها ومحتواها التفصيلي، أي العناصر أو المواد المكونة لتركيبها وكذا الأنشطة التطبيقية المبرمجة فيها؛ كما يحدد طرق تقييم المعارف وعناصر التقيط¹.

والتزاما بهذا المقتضى، وبغيره مما تضمنه دفتر تقييم المعارف المذكور؛ وكذا بما تضمنه دفتر الضوابط البيداغوجية الوطنية لسلك الماستر؛ لن يقتصر مضمون هذا الدرس الافتتاحي على التعريف بـ"وحدة القانون المقارن"، المبرمجة بالفصل الثاني من الجدع المشترك لدبلوم "الماستر في العلوم القانونية" المعتمد بكليتنا؛ بل يتعداه إلى التعريف أيضا بمختلف فروع القانون المقارن المقررة في الاختيارات التي يحتويها الدبلوم المذكور بهدف التدريب على الدراسة المقارنة فيها؛ أي في كل من القانون المدني وقانون الأعمال والقانون الجنائي وحقوق الإنسان. وهي مجمل الاختيارات التي استقر الرأي عليها منذ اعتماد الدبلوم المذكور، مع بداية السنة الجامعية 2006/2007، ليكون "ماستر البحث" بالنسبة للمسالك العامة. ويستمر العمل به إلى يومنا هذا، مع تجديد اعتماده في ضوء المقتضيات التنظيمية المتعلقة بشهادة الماستر. دون تغيير في غاياته وأهدافه وبالتالي في مضمونه.

وغاية "ماستر البحث" هي التأهيل للبحث العلمي ولإعداد الدكتوراه، وذلك من خلال تعميق التكوين الأساسي للطلاب وتدريبه على أنشطة البحث، وتأهيله للأستاذية في الحقوق. أما غاية "الماستر المتخصص" فهي التأهيل المهني المتخصص في حقل معين، من خلال منح الطالب تكويناً يمكنه من اكتساب مهارات فنية تستجيب لحاجيات سوق

1) الفصل الرابع من من دفتر تقييم المعارف والمؤهلات والكفاءات المعتمد من لدن جامعة محمد الخامس أكادال.

الشغل، والتمكين من الانفتاح المتبادل بين الجامعة ومحيطها الاقتصادي والاجتماعي.

فبعد أن تم - نظريا - خلال مرحلة الإجازة تهيئ الطالب للتفكير القانوني، وإعطاؤه ثقافة عامة في مجال العلوم الاجتماعية بوجه عام والعلوم القانونية بوجه خاص؛ يسعى منهج التدريس والتأطير في دبلوم "الماستر في العلوم القانونية" إلى تكوين حقوقيين أكفاء، من مستوى عال، قادرين على القيام بالبحث في ميدان القانون، بهدف تعزيز ودعم البحث العلمي في هذا المجال، فضلا عن دعم الدور الريادي الذي أدته الجامعة المغربية، على مر السنين، في مد الدولة بما تحتاجه من الحقوقيين والأطر العليا.

ولتحقيق هذه الغايات، يعتبر الأسلوب الأنجع للتدريس خلال هذه المرحلة هو تأطير البحوث والدراسات التي ينبغي أن يقوم بها الطلبة، مع إمكانية إلقاء محاضرات نظرية في المجالات التي لا يكفي فيها مجرد التأطير. وهذا ما كان ينص عليه المشرع نفسه في المقتضيات المنظمة لـ "دبلوم الدراسات العليا في الحقوق" بقوله: "يتم التعليم قصد الحصول على شهادتي الدراسات العليا في شكل إشراف على الدراسات، ويمكن تنظيم دروس عند الحاجة حول الأجزاء الخاصة من البرامج التي يظهر أن الإشراف على الدراسات غير كاف فيما يهمها". (الفصل الرابع من قرار وزير التربية الوطنية لسنة 1960).

وهي نفس المنهجية التي التزمنا بها خلال مرحلة السلك الثالث سابقا.² وهي نفس المنهجية التي نلتزم بها في المواد التي نشرف عليها في هذا الماستر الذي شرعنا فيه منذ السنة الجامعية 2006/2007. وهي تقوم

2) على التحقيب التالي:

- من سنة 1993 إلى 1997: في تأطير الطلبة الباحثين في مادة "الالتزامات والعقود" في ظل نظام "دبلوم الدراسات العليا في الحقوق" المنظم بموجب قرار وزير التربية الوطنية لسنة 1960.

- من سنة 1998 إلى 2005: في تأطير طلبة السلك الثالث وتدریس مادتي "القانون المدني المقارن" و"قانون العقود الخاصة" ضمن وحدة "القانون المدني المعمق" في ظل نظام "دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون المدني" المعتمد في إطار مرسوم 1997.

- من سنة 2000 إلى 2005: في تأطير طلبة السلك الثالث وتدریس مادة "عقود التجارة الدولية" أولاً، ثم بعد ذلك مادة "القانون التجاري المقارن" في إطار "وحدة التكوين والبحث في قانون المقاول" قصد نيل "دبلوم الدراسات العليا المعمقة في قانون المقاول" المعتمد أيضا في إطار مرسوم 1997.

أساسا على التآطير والإشراف على البحوث والدراسات التي ينبغي أن يقوم بها الطلبة؛ وتنظيم دروس عند الحاجة حول الأجزاء الخاصة من البرامج التي يظهر أن الإشراف على الدراسات غير كاف فيما يههما؛ وتآطير الأعمال التطبيقية أو التداريب التي يقوم بها الطلبة؛ وتوظيف ما هو متاح من مختلف الوسائل الديدانكتيكية الممكنة.

في ضوء هذه المنهجية، والتزاما بالمقتضيات المذكورة، يتحدد مضمون هذا الدرس الافتتاحي في ثلاثة محاور هي:

- 1 - التعريف بالقانون المقارن؛
 - 2 - الأهداف والغايات من تدريسه؛
 - 3 - مضامين وحداته المعتمدة بسلك "الماستر في العلوم القانونية".
- وسنلحق بهذا الدرس الافتتاحي مجموعة من الإرشادات الببليوغرافية بحسب الموضوعات المبرمجة فيه قصد تآطير الطلبة والباحثين في هذه المادة.

الفصل الأول

التعريف بالقانون المقارن

للتعريف بالقانون المقارن سنحاول أن نبين أصل هذا المفهوم؛ حيث سنحلل أولاً أصله اللاتيني (المبحث الأول)؛ ثم نبين بعد ذلك أصله العربي الإسلامي، إذ تطور الأمر من مفهوم "علم الخلاف" إلى مفهوم "الفقه المقارن" وتعايش مع مفهوم "القانون المقارن" (المبحث الثاني).

المبحث الأول

الأصل اللاتيني للمفهوم: القانون المقارن

لا يقتصر الأمر في هذا التحليل على جذور مفهوم القانون المقارن من حيث التسمية والمصطلح؛ بل يشمل أيضاً تحديد طبيعته، وما إذا كان علماً أو تخصصاً أو مجرد منهج في الدراسة القانونية.

المطلب الأول

قضية المصطلح

بالرغم من ابتكار بعض الفقهاء لأسماء أخرى لهذه المادة حسب تصوره لها ولمضمونها، من مثل "الحقوق المقابلة" و"القانون الموازن" و"مقارنة القوانين" و"التشريع المقارن"؛ فإن التسمية السائدة تظل هي "القانون المقارن".

أولاً: الأسماء المستبعدة

1 - القانون الموازن

من بين الأسماء المعتمدة لدى الفقهاء العرب نذكر: "الحقوق المقابلة" الذي استعمله الأستاذ موسى عبود؛ إلا أن هذا الأخير لم يحدد مضمون المصطلح الذي استعمله، لأن ذلك كان في معرض تقريره عن أحد مؤتمرات القانون المقارن ضمن مجلته التي كان يصدرها بشمال المغرب قبل الاستقلال.

ومن هذه الأسماء كذلك "القانون الموازن" الذي استعمله صلاح الدين الناهي ودافع عنه كثيرا "لأنه- في نظره - أدق في الدلالة على موضوع هذا العلم ... فليس في لفظة المقارنة ما يصلح للدلالة على معنى إجراء الموازنة بين النظم والقوانين لتبيان ما بينهما من خلاف ووافق". غير أننا نلاحظ أنه قد ركز على المعنى اللغوي للمصطلحين انطلاقا مما جاء في "لسان العرب".

وقد حيد عبد السلام الترماني - الذي استعمل مصطلح "القانون المقارن" - مصطلح "القانون الموازن" بقوله: "ولعل هذه التسمية أقرب إلى مفهوم القانون المقارن وغايته لأنها تعني التمييز والمفاضلة".

لكن انتقده الجزائري بقوله: "إن تعبير القانون الموازن لا يتطابق مع القانون المقارن ... فالموازنة تعني في قواميس اللغة معنى آخر إلى حد ما لا علاقة له بصورة مباشرة بأساليب المنطق أو مناهج البحث، وهي أي كلمة الموازن، مشتقة لغويا من فعل "وزن"؛ ويقال في العربية: "وزن الشيء"، بمعنى راز ثقله وخفته وامتحنته بما يعادله ليعرف وزنه"، الأمر الذي يشير إلى خاصية الثقل وحسب، وهذه تقلس عادة بموازين معروفة دقيقة جدا.. والحال أن المقارنة تعني معنى آخر تماما". وتعني المقارنة في قواميس اللغة العربية مقايسة ظاهرة أو موضوع بآخر بهدف تقرير أوجه الشبه والاختلاف". ويضيف الجزائري: "إن مصطلح القانون المقارن هو أقرب إلى الصواب وأكثر تناسقا مع طبيعة ووظيفة هذا العلم المنهجي". ثم أعطى تعريفا للمقارنة في اللغة والمنطق والبحث.

2 - مقارنة القوانين

فضل بعض الفقهاء تسمية "مقارنة القوانين" أو "مقايسة القوانين" أو "الطريقة المقارنة". وهي ترجمة للمصطلح الألماني؛ حيث يستخدم الألمان مصطلحا ترجمته هي "مقارنة القوانين"، ولمصطلح (comparaison) الذي استخدمه الفرنكوفونيون أمثال (VANDERLINDEN) من البلجيكيين و (R.SACCO) من الايطاليين؛ والأنجلوسكسونيون أيضا (H.C GUTTERIDGE).

وهي نفس التسمية التي أطلقت على الكرسي المحدث حول الموضوع بـ"الكوليج دو فرانس" (Collège de France) سنة 2003 والمسند

للأستاذة (Mireille DELMAS-MARTY) وهي: "الدراسات القانونية المقارنة وتدويل القانون" (*Les études juridiques comparatives et internationalisation du droit*)³. وهذا المصطلح أدق في الدلالة على الموضوع؛ إذ فيه ذكر لفعل المقارنة بحثاً عن أوجه الاختلاف أو التشابه أو هما معا أو كيفية توحيد القوانين أو كيفية التقريب بينها أو أية غاية أخرى. كما استعمل الفقيهان الانجليزيان السير هنري مين (MAINE) وبولوك (POLLOCK) مصطلح (*Comparative jurisprudence*). ومصطلح (*Jurisprudence*) عند الإنجليز يقابل لدى اللاتينيين النظرية العامة للقانون. وبذلك يكون المقصود من هذا المصطلح هو "استعمال الطريقة المقارنة لدراسة أصول الشرائع أو علم القانون بقصد الوقوف على الأصول العامة في الشرائع من حيث نشأتها وتطورها ومصادرها".

3 - التشريع المقارن

وقد استعمله الفقهاء والباحثون الفرنسيون خلال القرن التاسع عشر (*Législation comparée*). وهو الاسم الذي كان يحمله أول كرسي في الموضوع بـ"الكوليج دو فرانس" (*Collège de France*) سنة 1831 (*chaire d'histoire générale et philosophique des législations comparées*)⁴. وهو نفسه الذي استعملته أول جمعية تأسست في فرنسا سنة 1869 للاعتناء بالقانون المقارن وبالدراسة المقارنة وسميت بنفس الاسم أي "جمعية التشريع المقارن" (*La société de législation comparée*). وقريب منه المصطلح الذي اعتمده بعض الفقهاء العرب حيث صنفوا تحت عنوان "المقارنات التشريعية" نذكر منهم الشيخان مخلوف بن محمد البدوي المنيأوي من القضاة المصريين خلال القرن التاسع عشر، وسيد عبد الله حسين من فقهاء مصر خلال النصف الأول من القرن العشرين.

(3) وهو نفسه الذي كان قد أطلقه المشرع الفرنسي على المؤسسة التي أحدثها سنة 2000 المسماة (*Fondation pour les études comparatives*). ومن أهم المهام الموكولة إليها "النهوض بالدراسات العلمية المقارنة المتعلقة بالقانون، والمؤسسات والمجتمع" (الفقرة 1 من المادة 2 من القانون المحدث لها (loi n° 2002-282 du 28 février 2002) لكنها ألغيت سنة 2011. L'art. 144 de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit.

(4) Ses professeurs étaient Eugène LERMINIER (1831-1849), Édouard LABOULAYE (1849-1883) et Jacques FLACH (1884-1919). Voir l'annuaire du Collège de France <https://annuaire-cdf.revues.org/126>

لكن اسم التشريع المقارن يضيق من نطاق موضوع القانون المقارن حيث يحصره في التشريع، أي في القانون المكتوب، مع أن هذا الأخير ليس سوى مصدرا واحدا إلى جانب باقي المصادر الأخرى. صحيح أنه يشكل المصدر الأول بالنسبة لقوانين العائلة الرومانية الجرمانية، لكنه ليس كذلك بالنسبة لعائلة "الكومون لو" (*Common Law*) التي يحتل فيها القضاء والعرف مكانة متميزة قبل التشريع.

وفضلا عن ذلك، فأسباب نزول هذا المصلح في فرنسا هي غيرها في مصر. فقد كانت الغاية الأولى في فرنسا هي دراسة التشريعات الأجنبية الموضوعة بعد صدور مدونة نابليون بهدف مقارنتها بها وتبين الحلول التي تتميز بها. وهي نفس الغاية التي قصدتها سالي (*R. SALEILLES*) من خلال دراساته حول مشروع القانون المدني الألماني.

أما غاية الشيخ مخلوف المنيأوي فقد كانت هي تنفيذ المهمة التي أسندها له الخديوي إسماعيل والمتمثلة في بحث العلاقة بين القانون الفرنسي وبين أحكام الفقه الإسلامي؛ لأنه كان مشغولا بمعرفة هذه العلاقة وإدراكها نظرا للضغوط التي كانت تمارسها القوى الغربية عليه لإلزامه بتطبيق القوانين الأوروبية في البلاد. وهي غير الغاية التي حاول أنصار "الاستشراق المعكوس" إلbasها إياه.

أما غاية الشيخ حسين فقد كانت هي الرد على عبد الرزاق السنهوري (ومن معه ممن تكونت منهم لجنة وضع القانون المدني) على نهجه في وضع القانون المدني المصري والاقْتبلس من القوانين الغربية بدل الأخذ من الفقه الإسلامي. وقد حاول الشيخ حسين، بطريقة مبالغ فيها أن يبين أن القانون المدني الفرنسي مأخوذ منه على النحو الذي سنفصله في مناسبة لاحقة من هذه المحاضرات.

ثانيا: هيمنة مصطلح "القانون المقارن"

التسمية السائدة في اللغة الفرنسية هي (*droit comparé*)؛ وفي اللغة الإنجليزية هي (*Comparative law*) وفي اللغة الإسبانية هي (*Derecho comparado*)؛ وفي اللغة الإيطالية هي (*Diritto comparato*).

وتظل مشكلة أو أزمة المصطلح قائمة لدى الفقهاء العرب؛ لأنهم اقتصروا، أيا كانت التسمية التي اختاروا، على تعريب المصلح السائد لدى

الفرنسيين أو غيرهم من الفقهاء والباحثين من اللاتينيين أو الأنكلوسكسونيين. في حين أن المفهوم الأصيل في اللغة العربية هو غير ذلك كما سنوضح لاحقاً.

وعموماً، فقد استقر المصنفون في هذا المجال على استخدام مصطلح "القانون المقارن". وهو الغالب والشائع لديهم. لكن هذا لم يمنع من وجود أثر لمصطلحات أخرى غير التي ذكرناها أعلاه، بل هناك من صنف تحت اسم الدراسة المقارنة.

المطلب الثاني **تعريف القانون المقارن**

أولاً: القانون المقارن علم حديث النشأة

تجدر الإشارة في البداية إلى أنه غالباً - إن لم نقل دائماً - ما يتم التأريخ للقانون المقارن انطلاقاً من رصد تاريخ القانون في أوروبا، ومن تأريخ اكتشاف رجل القانون الأوروبي للقوانين الأخرى المطبقة فوق الكرة الأرضية.

وبسبب هذا التصور، يؤخذ القانون المقارن على أنه حديث النشأة؛ حيث أرجعوا تاريخ ميلاده الرسمي إلى تاريخ أول مؤتمر دولي حول القانون المقارن سنة 1900. وفي أحسن الأحوال فقد أرجعوه إلى أواخر القرن التاسع عشر، تاريخ إحداث "جمعية التشريع المقارن" بفرنسا، ونظيرتها في إنجلترا، وكذا لجنة التشريع الأجنبي لدى وزارة العدل الفرنسية، هذا فضلاً عن كراسي الدراسات المقارنة التي أنشئت بالجامعات والمعاهد الفرنسية والإنجليزية والألمانية.

أما قبل ذلك، فلم يكن من الممكن الحديث عن القانون المقارن. ولعل السبب الرئيسي هو العراقيل التي وضعتها كل من مدرسة الشرح على المتون بفرنسا والمدرسة التاريخية بكل من ألمانيا وإنجلترا. ومن جهة أخرى يتم تحقيب التطور الذي شهده القانون المقارن تبعاً لتطور اكتشاف الأوروبيين للقوانين الأخرى غير الأوروبية.

وهذا هو التصور السائد لدى فقهاء القانون المبرزين من الأوروبيين. ونقتصر هنا على الإحالة على التأريخ الذي قام به كل من (Marc ANCEL) و (Léontin-Jean CONSTANTINESCO)

وقد تبعهم في ذلك بعض من الفقهاء العرب نذكر منهم على الخصوص عبد السلام الترماني الذي ضمن كتابه حول القانون المقارن نفس التاريخ اعتمادا على ما كتبه "مارك أنسل" بصفة خاصة؛ بل يمكن القول بأنه تعريب له مع تطعيمه من حين لآخر بما كتبه "ل.ح. كونستسكو" أو غيرهما.

وإذا كان هذا التاريخ يقتصر على القانون المقارن من حيث هو علم أوروبي؛ فإنه يتجاهل كون الدراسة المقارنة قد اعتمدت منذ قرون خلت، في أوروبا نفسها كما أثبت ذلك البحث التاريخي، إما من أجل وضع قوانين وطنية، وإما من أجل إعداد دراسات أو نظريات قانونية. أما عندنا في العالمين العربي والإسلامي، فإن نشأة القانون المقارن، من حيث هو علم في ذاته، قديمة جدا؛ حيث ظهر تحت اسم آخر غير الذي يسمى به اليوم؛ ومع ذلك فلم تيسر بعد كتابة تاريخ القانون المقارن في العالم العربي⁵.

ثانيا: القانون المقارن علم منهاجي

نعتمد أن اختيار اسم معين يتوقف على تصورنا للمسمى؛ أي لموضوعه وغاياته ومناهجه. وقد استقر الفقه على تسمية "القانون المقارن" وهو يدرك غموض المصطلح وعجزه في الدلالة على موضوعه؛ تماما كما استقر قبل ذلك على تسمية "القانون الدولي الخاص" وهو يدرك أن هذا القانون ليس دوليا وإنما هو قانون وطني في قواعده ومصادرها وتطبيقاتها. وتوحي هذه التسمية السائدة بوجود فرع من فروع القانون اسمه "القانون المقارن" على غرار باقي فروع القانون الخاص القانونية المنظمة للحياة في المجتمع ... أو لموضوع معين ... أو لنوع معين من العلاقات الاجتماعية؛ لا هذا ولا ذلك. فهو ليس فرعا من فروع القانون، ولا مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم موضوعا معينا. وليس نعث "المقارن" وصفا لهذا الموضوع. فهو مشتق - لغة - من فعل "قرن" بمعنى جمع بين شيئين ووصل بينهما، كما يعني أيضا المقابلة بينهما. وقارن بمعنى قابل بينهما

(5) سنخصص أحد أجزاء كتاب "الثقافة والقانون" لنشر محاضراتنا حول "مجمل تاريخ القانون المقارن في العالم العربي" انطلاقا من البحث في مدى تأثير العامل الثقافي على نشأة القانون المقارن وتحديد مناهجه ومفاهيمه في العالم العربي.

لمعرفة مدى الاتفاق أو الاختلاف. أما في الاصطلاح فقد اختلفت الآراء حوله بين اتجاهات ثلاثة على النحو الذي سنبينه فيما يلي.

الاتجاه الأول

يرى أن القانون المقارن علم مستقل. وقد برزت هذه الأطروحة في النصف الأول من القرن العشرين من خلال أشغال المؤتمر الأول سنة 1900؛ والأعمال المهداة إلى لامبير (E.LAMBERT) التي نشرتها جامعة ليون سنة 1938 تحت عنوان "مدخل لدراسة القانون المقارن" (*Introduction à l'étude du droit comparé*)؛ وأشغال الأكاديمية الدولية للقانون المقارن بلاهاي و1934؛ وكذا من خلال أبحاث كل من لامبير وسالي.

وتم تحديد موضوع هذا العلم وغايته في استخلاص المبادئ المشتركة للأمم المتحضرة وتوحيد قوانينها. فالقانون المقارن هو فرع من فروع المعرفة القانونية موضوعه التقريب المنظم والممنهج بين المؤسسات القانونية لعدة دول. وتعبير الأكاديمية الدولية للقانون المقارن (*Le rapprochement systématique et la conciliation des lois*).

ويتحدد القانون المراد توحيدده في "القانون المشترك للإنسانية" (*Droit commun de l'humanité*) بتعبير سرفاتي (Mario SARFATTI) (من جامعة تورينو) وكذا جورج ديل فيكو (G. DEL VECCHIO)، وهما معا من الإيطاليين؛ أو "القانون المشترك العالمي" (*Le droit commun universel*) بتعبير "سالي" أو "القانون المشترك التشريعي" (*Le droit commun législatif*) بتعبير "لامبير".

وإلى جميع هذه الأسماء أضيف نعث "التمدن" أو "الحضارة". أي أن هذا القانون المشترك لا يمكن أن يكون إلا نتيجة مقارنة "قوانين البلاد المتحضرة" أي ذات نفس المستوى الاقتصادي والاجتماعي والسياسي والأخلاقي.

وقد ظهر خلاف ضمن هذا الاتجاه بين موقفين:

الأول مثله سالي (Raymond SALEILLES)، ويرى أن الهدف المنشود هو القانون المشترك الكوني أو العالمي، ولذلك ينبغي أن تشمل المقارنة جميع الأنظمة وفي جميع الأزمنة، ولدى جميع الشعوب المتحضرة (*Le droit commun de l'humanité civilisée*). وتقوم نظريته في القانون المقارن على أسس نظرية

القانون الطبيعي ذي الحدود المتغيرة، ويوظف الدراسة القانونية المقارنة من أجل فهم وتطوير قانونه الوطني من خلال المقارنة بالخصوص مع القانون المدني الألماني.

أما الموقف الثاني فقد مثله لامبير الذي ضيق من نطاق الدراسة المقارنة بهدف تحقيق القانون المشترك التشريعي، أي القانون المستخلص من قوانين متقاربة في الحضارة. ولذا يرى أنه من العبث الاعتقاد بإطلاق الساحة لجميع القوانين ، بل لأبد من تضيقها وقصر المقارنة في القوانين التي تجمعها ساحة مشتركة أو مبادئ مشتركة، وهذا لا يمكن أن يتوفر إلا في قوانين متقاربة.

وقد أرجع الأسيوطي، عن حق، الاختلاف بين الاتجاهين المذكورين أعلاه إلى صراع بين العودة إلى نظرية القانون الطبيعي ذي الحدود المتغيرة لتكميل ما بالتشريع من نقص (سالي) وبين اللجوء إلى القوانين الوضعية الأجنبية لمواجهة هذه المشاكل.

وموقف "لامبير" هو الذي ساد في النهاية. لكنه لم يعمر طويلاً، حيث اتسعت دائرة المقارنة، عقب الحرب العالمية الأولى لتشمل قوانين جديدة ما كانت تخطر ببال لامبير.

لكن أياً كان مدى هذا الاختلاف، فإن المقارنة انحصرت، سواء لدى لامبير أو لدى سالي، في قوانين أوروبا. فهذه القوانين تعود لدول متقاربة في الحضارة. *"الحضارة نشأت في أوروبا، وأن تمة حضارة واحدة جديدة بهذا الاسم، يعتبر الغرب وريثها الشرعي إذ معه يبدأ العقل والنظام والمنهج"*.

الاتجاه الثاني

ينطلق أصحابه من نقد الاتجاه الأول، والدفاع عن كون القانون المقارن ليس علماً ولا فرعاً من فروع المعرفة القانونية، وإنما هو طريقة ومنهج للمقارنة في مجال العلوم القانونية.

وأول من قال بهذه الطبيعة هم الأنجلوسكسونيون رعيًا لتقاليدهم القانونية المتميزة عن التقاليد والمفاهيم القانونية ذات الأصول الرمانية. وأشهر من قال منهم بهذه النظرية الإنجليزي كوتريدج (GUTTERIDGE H.C) في كتابه حول القانون المقارن الموضوع سنة 1946 والمترجم إلى الفرنسية

من لدن رونييه داوود (R. DAVID) سنة 1953 بدعم من منظمة اليونسكو. وقد تأثر المترجم بهذا التصور، فاعتبر بدوره أن القانون المقارن هو منهج في الدراسة المقارنة.

ومما هو جدير بالذكر هو أن (ادوارد لامبير) نفسه انقلب، بين الحريين العالميتين، على رأيه الأول الذي كان يدعو فيه إلى وضع قانون تشريعي مشترك، ورأياه يعمل على تقريب القوانين النافذة ويستعمل القانون المقارن كطريقة لتحقيق ذلك.

وقد وجد فقهاء دول أوروبا الشرقية سابقا في هذا الاتجاه، خلال مرحلة الحرب الباردة، الفرصة لإعادة الاتصال بالقوانين الأجنبية مع الاحتفاظ بموقفهم في عدم مهادنة القوانين البورجوازية ورفض فكرة التقريب بين القوانين الأجنبية وقانونهم الاشتراكي الذي يعتبرونه اسمى من تلك القوانين.

يقول أصحاب هذا المذهب إن القانون المقارن ليس له مفهوم واحد ولا وظيفة واحدة، وإنما تتعدد مفاهيمه ووظائفه بالغرض الذي يستخدم من أجل تحقيقه؛ فهو يأتي تارة لدعم دراسة القانون الوطني وتارة يكون وسيلة للمقارنة بين قانونين في مسألة معينة.

الاتجاه الثالث

ويحاول أن يوفق بينهما. ومن أبرز ممثليه "مارك أنسل" الذي يرى أن الحقيقة التي يكشف عنها القانون المقارن كعلم، تبدو أظهر ما يكون في نطاق الأبحاث المقارنة من ناحيتين، هما على اختلافهما متممة إحداهما للأخرى. ومهما يكن اختلاف الفقهاء حول مفهوم ومضمون "القانون المقارن"، فإنهم مجمعون على أن هذه التسمية خادعة وعاجزة عن الدلالة عن الموضوع دلالة واضحة ودقيقة.

ونحن نرى أنه يجمع بين كونه علما قائم الذات وبين كونه منهجا في الدراسة القانونية؛ أي علما منهاجيا أثبت فعاليته وجدارته. ولا يمكن أصلا الفصل بين المنهج والنظرية أو العلم في أي تخصص كان. وإذا حدث مثل هذا الفصل فهو مصطنع. وغالبا ما يكون بغرض التعريف بالمعرفة أو بالتخصص المعني بالدراسة. وهو التصور الذي نلتقي فيه مع كثير من

الفقهاء والباحثين، كما سيأتي شرحه وبيانه بمناسبة دراسة وتحليل موضوع القانون المقارن.

ومن جهة أخرى لا يمكن تغليب أحدهما على الآخر. فلا يمكن تغليب جانب العلم؛ كأن نقول فقط: إن القانون المقارن، إذا لم يكن نظاماً قانونياً أو فرعاً من فروع القانون، فهو علم يختص بدراسة القوانين الأجنبية. كما لا يمكن تغليب جانب المنهج فيه بتجاوز عجز وغموض مصطلح "القانون المقارن" واعتماد مصطلح "مقارنة القوانين".

فأما من حيث هو علم؛ فموضوعه هو دراسة مختلف النظم القانونية في مختلف المجتمعات الحديثة أو عبر العصور؛ والبحث عن مصادرها وأصولها ومدى انتشارها وتوزيعها الجغرافي عبر العالم. ولا تتم دراسة هذه النظم لذاتها، لأن ذلك من شأن فقهاء كل نظام منها، وإنما من أجل الكشف عن الأصول المشتركة التي تقوم عليها تلك النظم، واستخلاص ما بينها من أوجه الشبه وأوجه الفرق. وقد أضيفت إلى هاتين الغايتين غاية ثالثة، أصبحت تفرض نفسها بإلحاح في الوقت الحاضر، وهي توحيد القوانين أو التقريب بينها إما على الصعيد العالمي (الحديث عن العولمة) أو الصعيد الجهوي (القانون المجموعاتي).

أما من حيث هو منهج؛ فقوامه هو توظيف الدراسة المقارنة للكشف عما ذكر من الغايات. فاستخلاص الأصول المشتركة بين مختلف القوانين المدرجة ضمن نظام من النظم القانونية السائدة في العالم، والكشف عن مظاهر الخلاف بين مختلف النظم سواء من حيث أسلوب الصياغة أو من حيث تكوينها التاريخي؛ وكذلك البحث عن كيفية توحيد القوانين التي ينبغي اعتمادها، أو كيفية التقريب بينها؛ كل ذلك لا يمكن أن يتم إلا بتوظيف الدراسة المقارنة أو المنهجية المقارنة.

وهكذا، يمكننا أن نعرف القانون المقارن بأنه علم منهجي يتحدد موضوعه في الجانبين معا وهما:

- دراسة النظم القانونية، السائدة أو عبر العصور، من أجل استخلاص الأصول العامة المشتركة، أو الكشف عن أوجه الشبه وأوجه الفرق بينها في تفاعل مع مؤشرات البيئة التي نشأ فيها كل نظام، أو من أجل توحيد القوانين أو التقريب بينها؛ والبحث في مصادرها وأصولها وانتشارها الجغرافي.

- توظيف الدراسة المقارنة للكشف عما ذكر، أو لبحث قضايا قانونية، أو لتحقيق غايات وأغراض القانون المقارن. كل ذلك يشكل موضوع هذا العلم المناهجي.

المبحث الثاني الأصل العربي للمفهوم؛

من "علم الخلاف" إلى "الفقه المقارن"

الثابت لدينا هو أن مصطلح "القانون المقارن"؛ كمصطلح "القانون" في ذاته؛ ليس بعربي. جاء في "مختار الصحاح" (لمحمد ابن ابي بكر عبد القادر الرازي) "القوانين الأصول، الواحد قانون، وليس بعربي". وهو نفس ما جاء في "لسان العرب" (لابن منظور) بالحرف عند جذر "قن". وتبعاً لذلك يقول الأسيوطي: "إن الكلمة العربية قانون ليست عربية... بل هي معربة عن الأصل اليوناني *Kanon* أي العصا المستقيمة، وتستخدم مجازاً في معنى القاعدة والقُدوة والمبدأ. فالتركيز في الاصطلاح اليوناني ليس على مفهوم العصا وإنما على دلالة الاستقامة. لذا عبرت اللغات الأوروبية على القانون بكلمة "مستقيم". (*Droit*)

أما المصطلح العربي، المقابل لمصطلح "القانون"، فهو "الشرعة" و"الشريعة". وفي القرآن الكريم: ﴿لَكُلِّبْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا﴾ (الآية 50 من سورة المائدة) ﴿ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَىٰ شَرِيعَةٍ مِّنَ الْأَمْرِ﴾ (الآية 17 من سورة الجاثية). والمقصود بالشرعية الطريقة المؤدية إلى الهدف. وهو معنى قريب من المعنى الأوروبي لكلمة القانون (انظر لسان العرب، ج 4 من الطبعة المذكورة عن جذر "شرع")

أما المصطلح العربي، المقابل لمصطلح "القانون المقارن"، فهو ما استقر فقهاء الشريعة الإسلامية على تسميته "علم الخلاف" أو "الخلافيات". وهو مصطلح أكثر دقة في التعبير عن موضوع هذا العلم الذي اهتموا به وصدقوا فيه الكثير من المؤلفات.

وهذا الموضوع هو الدراسة المقارنة بين المذاهب الفقهية بحثاً عن أوجه الاختلاف فقط، نظراً لما بين هذه الأخيرة من الاختلافات دفعت المتمسكين بمذهب دون آخر إلى البحث في المسائل المختلف فيها لمناقشتها في ضوء ما استند إليه كل مذهب من الأسانيد الشرعية أو

العقلية وذلك بغاية تبين الصحيح منها من الخطأ أو ترجيح قول على آخر عند تعددها.

وعموما فهذا العلم على أنواع مختلفة من حيث المضمون والدرجة والاسم من جهة؛ كما أنه تطور اليوم إلى ما أصبح يسم "الفقه المقارن". لذا بات من الضروري بيان النوع الذي يعيننا منها (المطلب الأول)، مثلما يتعين تحديد المقصود بالفقه المقارن وبيان فوائده (المطلب الثاني). على أن نعود خلال ما يستقبل من المحاضرات للتأريخ للقانون المقارن وللدراسة المقارن في العالم العربي، انطلاقا من نفس الإشكالية المحورية التي نبجثها؛ أي مدى تأثير العامل الثقافي على نشأة القانون المقارن وتحديد مناهجه ومفاهيمه في العالم العربي.

المطلب الأول أنواع الخلاف

لقد عقد ابن خلدون فصلا خاصا من مقدمته للحديث عن: "أصول الفقه وما يتعلق به من الجدل والخلافيات". ويجدر بنا أن ننقل منه ما يتعلق بنشأة علم الخلاف وتطوره. جاء فيه:

"وأما الخلافيات، فاعلم أن هذا الفقه، المستتبط من الأدلة الشرعية، كثر فيه الخلاف بين المجتهدين باختلاف مداركهم وأنظارهم خلافا لا بد من وقوعه لما قدمناه، واتسع في الملة اتساعا عظيما. وكان للمقلدين أن يقلدوا من شاءوا منهم؛ ثم لما انتهى ذلك إلى الأئمة الأربعة من علماء الأمصار، وكانوا بمكان من حسن الظن بهم، اقتصر الناس على تقليدهم، ومنعوا من تقليد سواهم، لذهاب الاجتهاد لصعوبته، وتشعب العلوم التي هي مواده، باتصال الزمان. وافتراد من يقوم على سوى هذه المذاهب الأربعة. فأقيمت هذه المذاهب الأربعة، أصول الملة؛ وأجري الخلاف بين المتمسكين بها والأخذين بأحكامها مجرى الخلاف في النصوص الشرعية والأصول الفقهية.

وجرت بينهم المناظرات، في تصحيح كل منهم مذهب إمامه، تجري على أصول صحيحة وطرائق قويمه؛ يحتج بها كل على مذهبه الذي قلده وتمسك به؛ وأجريت في مسائل الشريعة كلها، وفي كل باب من أبواب الفقه؛ فتارة يكون الخلاف بين الشافعي ومالك وأبو حنيفة يوافق أحدهما؛ وتارة بين مالك وأبي حنيفة والشافعي يوافق أحدهما؛ وتارة بين الشافعي وأبي حنيفة ومالك يوافق أحدهما. وكان في هذه المناظرات بيان مأخذ هؤلاء الأئمة؛ ومثارات اختلافهم؛ ومواقع اجتهادهم.

كان هذا الصنف من العلم يسمى بالخلافيات . ولا بد لصاحبه من القواعد التي يتوصل بها إلى استنباط الأحكام، كما يحتاج إليها المجتهد؛ إلا أن المجتهد يحتاج إليها للاستنباط، وصاحب الخلافيات يحتاج إليها لحفظ تلك المسائل المستتبطة من أن يهدمها المخالف بأدلته. وهو لعمري علم جليل الفائدة في معرفة مآخذ الأئمة وأدلتهم ومران المطالعين له على الاستدلال فيما يرومون الاستدلال عليه.

وتأليف الحنفية والشافعية فيه أكثر من تأليف المالكية؛ لأن القيلس عد الحنفية أصل للكثير من فروع مذهبهم كما عرفت؛ فهم لذلك أهل النظر والبحث. وأما المالكية فالأثر أكثر معتمدهم، وليسوا بأهل نظر، وأيضا فأكثرهم أهل المغرب وهم بادية غفل من الصنائع إلا في الأقل. وللغزالي رحمه الله تعالى فيه كتاب "المأخذ"؛ ولأبي زيد الدبوسي كتاب "التعليقة"؛ ولابن القصار، من شيوخ المالكية، "عيون الأدلة"؛ وقد جمع ابن الساعاتي في مختصره في أصول الفقه جميع ما ينبنى عليها من الفقه الخلافي مدرجا في كل مسألة ما ينبنى عليها من الفقه لخلافي مدرجا في كل مسألة ما ينبنى عليها من الخلافيات.

وأما الجدل، وهو معرفة آداب المناظرة التي تجري بين أهل المذاهب الفقهية وغيرهم، فإنه لما كان باب المناظرة في الرد والقبول متسعا، وكل واحد من المتناظرين في الاستدلال والجواب يرسل عنانه في الاحتجاج، ومنه ما يكون صوابا ومنه ما يكون خطأ، فاحتاج الأئمة إلى أن يضعوا آدابا وأحكاما يقف المتناظران عن حدودها في الرد والقبول، وكيف يكون حال المستدل والمجيب، وحيث يسوغ له أن يكون مستدلا، وكيف يكون مخصوصا منقطعا ومحل اعتراضه أو معارضته، وأين يجب عليه السكوت ولخصمه الكلام والاستدلال. ولذلك قيل فيه: إنه معرفة بالقواعد من الحدود والآداب في الاستدلال التي يتوصل به إلى حفظ رأيه وهدمه، كان ذلك الرأي من الفقه أو غيره.

وهي طريقتان: طريقة البزدوي وهي خاصة بالأدلة الشرعية من النص والإجماع والاستدلال؛ وطريقة العميدي وهي عامة في كل دليل يستدل به من أي علم كان؛ وأكثره استدلال؛ وهو من المناحي الحسنة؛ والمغالطات فيه في نفس الأمر كثيرة. وإذا اعتبرنا النظر المنطقي، كان في الغالب أشبه بالقيلس المغالطي والسوفسطائي؛ إلا أن صور الأدلة والأقيسة فيه محفوظة مراعاة؛ تتحرى فيها طرق الاستدلال كما ينبغي. وهذا العميدي هو أول من كتب فيها، ونسبت الطريقة إليه. وضع الكتاب المسمى بـ"الإرشاد" مختصرا. وتبعه من بعده من المتأخرين كالنسفي وغيره، جاؤوا على إثره وسلكوا مسلكه. وكثرت في الطريقة التأليف. وهي لهذا العهد مهجورة لنقص العلم والتعلم في الأمصار الإسلامية. وهي مع ذلك كمالية وليست ضرورية. والله سبحانه وتعالى أعلم، وبه التوفيق."

انطلاقاً من هذا النص يتضح لنا أن علماء الشريعة الإسلامية قد اعتنوا منذ القديم بالدراسة المقارنة، تحت عناوين مختلفة هي: "علم الخلاف" أو "الخلافيات" و "الجدل" و "المناظرة". ولكل واحد منها مفهومه الخاص ومجاله الذي انشغل به أهل الاختصاص فيه.

كما بين هذا النص تاريخ وأسباب نشأة هذا العلم. ثم تعرض بعد ذلك لأهم المؤلفات الموجودة في التراث الفقهي الإسلامي التي اتجه فيها مؤلفوها إلى المقارنة ما بين المذاهب المختلفة المعروفة في الشريعة الإسلامية. ولم تقتصر هذه المقارنة عندهم على الجزئيات والمسائل والفروع، بل شملت أيضاً، وبشكل كبير، أصول الفقه، الذي يعتبر "علم الخلاف" مرتباً ومتعلقاً به.

وبالاستناد إلى هذا النص إذن، نستطيع أن نميز بين ثلاثة أصناف من العلوم هي: "علم الخلاف" أو "الخلافيات" و "الجدل" و "المناظرة".

أولاً: "علم الخلاف" أو "الخلافيات"

يعرف ابن خلدون الصنف الأول، وهو "علم الخلاف" أو "الخلافيات" على النحو التالي: "الفقه المستنبط من الأدلة الشرعية". ثم يضيف فيما بعد ما يلي: "ولابد لصاحبه من معرفة القواعد التي يتوصل بها إلى استنباط الأحكام، كما يحتاج إليها المجتهد، إلا أن المجتهد يحتاج إليها للاستنباط، وصاحب الخلافيات يحتاج إليها لحفظ تلك المسائل المستنبطة من أن يهدمها المخالف بأدلتها".

أما من حيث قيمة هذا الصنف من العلم الذي يسمى بالخلافيات فيلخصها كالتالي: "وهو لعمري علم جليل الفائدة في معرفة مأخذ الأئمة وأدلتهم ومران المطالعين له على الاستدلال فيما يرومون الاستدلال عليه". كما سبق له القول بأن هذا الفقه "كثُر فيه الخلاف بين المجتهدين باختلاف مداركهم وأنظارهم".

ثانياً: "الجدل" أو آداب "المناظرة"

الصنف الثاني، وهو "الجدل"، فيعرفه بأنه "هو معرفة آداب المناظرة التي تجري بين أهل المذاهب الفقهية وغيرهم". وفي تعريف آخر له قيل: "إنه معرفة بالقواعد من الحدود والآداب في الاستدلال التي يتوصل به إلى

حفظ رأي وهدمه، كان ذلك الرأي من الفقه أو غيره." وبهذا المعنى فالجدل يؤخذ بمعنى المناظرة.

ثم يستطرد ابن خلدون موضحا أسباب نشوء هذه الآداب قائلًا: "فإنه لما كان باب المناظرة في الرد القبول متسعًا، وكل واحد من المتناظرين في الاستدلال والجواب يرسل عنانه في الاحتجاج، ومنه ما يكون صوابًا ومنه ما يكون خطأً، فاحتاج الأئمة إلى أن يضعوا آدابًا وأحكامًا يقف المتناظران عند حدودها في الرد والقبول، وكيف يكون حال المستدل والمجيب، وحيث يسوغ له أن يكون مستدلاً، وكيف يكون مخصوصاً منقطعاً ومحل اعتراضه أو معارضته، وأين يجب عليه السكوت ولخصمه الكلام والاستدلال".

وقد ألحق بها الأستاذ عبد المجيد تركي⁶ بعض الآداب نقلًا عن الحنبلي ابن عقيل من مقدمة كتابه حول "الجدل"، بعدما أحال بخصوص بعضها الآخر إلى "كتاب المنهاج في ترتيب الحجج" لأبي الوليد الباجي المالكي⁷.

فأما نقله عن ابن عقيل فمن الفقرة السابعة من مقدمة كتاب "الجدل" وهي بلفظها الأصلي⁸: "فأما آدابه التي إذا استعملها الخصم وصل إلى بغيته، وإن لم يستعملها كثر غلطه واضطرب عليه أمره: تحديد السؤال والجواب؛ وترك المداخلة؛ والانتظار والإمهال إلى أن يأتي الخصم على آخر كلامه، وينتظم آخر معانيه؛ والإقبال على خصمه والإصغاء إليه دون غيره؛ وأن لا يخرج من مسألة إلى أخرى حتى يستوفي الكلام في الأولى؛ واستعمال الحسن الجميل، دون التشنيع والتقييح؛ وحفظ المقول، لئلا تجري مناقرة لما قيل، أو دعوى ما لم يقل؛ ولا يغير كلامه بما يحيل المعنى؛ ولا يلغو في نوبته، لأن ذلك يعمي عين البصيرة ويكسر حدة خاطر، قال سبحانه: ﴿وَقَالَ الَّذِينَ كَفَرُوا لَا تَسْمَعُوا هَذَا الْقُرْآنَ وَالْغَوْا فِيهِ لَعَلَّكُمْ تَعْلَمُونَ﴾

(6) في كتابه "مناظرات في أصول الشريعة الإسلامية بين ابن حزم والباجي"، نقله من الفرنسية إلى العربية وحققه وعلق عليه عبد الصبور شاهين، ونشرته دار الغرب الإسلامي سنة 1986.

(7) حققه عبد المجيد تركي نفسه وقدم له بالفرنسية ونشرته الدار الفرنسية Maisonneuve et Larose سنة 1978.

(8) لم يرجع المعرب الدكتور عبد الصبور شاهين إلى أصل النص وإنما عرب عن الترجمة الفرنسية التي أعدها عبد المجيد تركي نفسه. أنظر نص هذا التعريب ص43.

أما ما جاء في "كتاب المنهاج في ترتيب الحجاج" لأبي الوليد الباجي المالكي فيمكن الرجوع بشأنه إلى الفقرات من 8 إلى 12 من طبعة عبد المجيد تركي نفسه.

ثالثاً: "الجدل" بالمعنى الدقيق

يضيف الأستاذ عبد المجيد تركي إلى ما ذكر صنفاً ثالثاً وهو "الجدل بالمعنى الدقيق"؛ بعد أن بين أن ما وصفه ابن خلدون "بالجدل" وأطلق عليه "آداب المناظرة"، ليس في الحقيقة سوى "آداب البحث" (42). ويعرفه بأنه "فرع من فروع علم النظر... ويصوغ مبنى لعلم الخلاف ويستمد جوهره من علم المناظرة، حتى إنه يختلط به، على ما عليه الحال فيما كتبه ابن خلدون، وليس هذا بنقد له." (ص. 45). ثم يوضح أن أهم من كتب في هذا الباب هو الحنبلي ابن عقيل الذي استطاع في مقدمة كتابه "الجدل" أن يضع له تحديداً كاملاً وصحيحاً في الفقرة الثانية منه بمناسبة بحث سبب حدوثه.

يقول ابن عقيل: "فحد الخلاف الذهاب إلى أحد نقيضين، موجبة وسالبة. والخلاف أن يذهب أحدهما إلى الموجبة، والآخر إلى السالبة. وأصل ذلك من الذهاب في الجهات، كذهاب أحدهما يميناً والآخر شمالاً. والخلاف في المذهب - وهو قصدنا بالبيان هنا - أن يذهب أحدهما إلى جهة الإثبات والآخر إلى جهة النفي؛ كقولك: "القيس حجة"؛ وقول الآخر: "ليس بحجة". فالقولان نقيضان لا يجتمعان في الشريعة، إذ لا يجوز أن يكون القيس حجة لله، لا حجة لله، في زمان واحد."⁹

خلاصة واستنتاج

هكذا اقتصر "علم الخلاف" على الدراسة المقارنة بين المذاهب الفقهية الإسلامية فقط بحثاً عن أوجه الاختلاف بينها فقط. ومن أهم أسباب اقتصار هذه الدراسة المقارنة على المذاهب الفقهية الإسلامية فقط، هو التعصب المذهبي؛ لأن الذي يهم الخلاف هو مناقشة الاختلافات في ضوء ما استند إليه كل مذهب من الأسانيد الشرعية أو العقلية وذلك

(9) بلفظه. أما الدكتور عبد الصبور شاهين فلم يرجع إلى أصل النص وإنما عرب عن الترجمة الفرنسية التي أعدها عبد المجيد تركي نفسه. انظر نص هذا التعريب ص 46.

بغاية تبين الصحيح منها من الخطأ، أو ترجيح قول على آخر عند تعددها اعتماداً على مذهب معين وهو المذهب الذي ينتمي إليه الفقيه الخلافي. وفضلاً عن التعصب المذهبي، فإننا نرى أن السبب الرئيس لاقتصار الدراسة المقارنة على المذاهب الفقهية الإسلامية فقط هو كون فقهاءنا لم يتعرفوا على أي قانون أجنبي سواء خلال مرحلة التدوين أو بعدها، بالرغم مما رده الكثير من المستشرقين من تأثر الفقه الإسلامي بالقانون الروماني كما سيأتي شرحه في "مجمل تاريخ القانون المقارن في العالم العربي"¹⁰.

لكن اقتبس العرب والمسلمين للقوانين الأجنبية في القرنين 19 و20، كان له الأثر الكبير على تغيير تصورهم للقانون المقارن وعلى مناهجه وأهدافه. فقد واصل الفقهاء اهتمامهم "بعلم الخلاف"، حيث صنف فيه كثير منهم تحت أسم جديد هو "الفقه المقارن" بدل مصطلح "علم الخلاف". وبالإضافة إلى ذلك أخذوا يقارنون مع القوانين الأجنبية إما لتبرير الاقتباس منها أو الدعوة إلى تجاوزها.

وتسمية "علم الخلاف" أو "الخلافيات" أكثر دقة في التعبير عن موضوع العلم الذي اهتم به وصنف فيه الكثير من الفقهاء. وهذا الموضوع هو الدراسة المقارنة بين المذاهب الفقهية بحثاً عن أوجه الاختلاف فقط؛ نظراً لما بين هذه الأخيرة من الاختلافات دفعت المتمسكين بمذهب دون آخر إلى البحث في المسائل المختلف فيها لمناقشتها في ضوء ما استند إليه كل مذهب من الأسانيد الشرعية أو العقلية، وذلك بغاية تبين الصحيح منها من الخطأ، أو ترجيح قول على آخر عند تعددها.

وعرفه أحد الفقهاء اليوم بأنه "علم يقتدر به على حفظ الأحكام الفرعية المختلف فيها بين الأئمة أو هدمها بتقدير الحجج الشرعية وقوادح الأدلة".

10) انظر أيضاً ذلك الفصل الذي خصصناه لبحث العلاقة المزعومة بين الفقه الإسلامي والقانون الروماني ضمن أطروحتنا لنيل دكتوراه الدولة أصول قانون الالتزامات والعقود؛ بحث في الأصول الفقهية والتاريخية الطبعة الأولى سنة 1996 مع تقديم الأستاذ عمر عزيان (468 صفحة) منشورات سلسلة المعرفة القانونية، مطبعة الأمنية، الرباط. ص. 83 وما بعدها من النسخة المنشورة سنة 1996. أعيد طبعها سنة 2013 بمناسبة الاحتفال بمئوية قانون الالتزامات والعقود.

فوظيفة الخلافي هي وظيفة جدلي؛ لا يهمله الواقع بقدر ما يهمله انتصاره في مقام المجادلة والخصومة. ويشبهه بالمحامي الذي لا يهمله أن يكون موكله بعيدا عن الواقع أو قريبا منه، بقدر ما يهمله أن يحكم لصالحه. أما وظيفة المقارن، التي وإن شبهها بوظيفة الحاكم، فهي اليوم البحث عن تقريب شقة الخلاف بين المذاهب ومحاولة التوحيد بينها. لذا ذهب بعض المصنفين اليوم إلى الدعوة إلى تبني مصطلح "الفقه المقارن" بدل "علم الخلاف" كما سيتضح في الفقرة الموالية.

المطلب الثاني **الفقه المقارن**

ينطلق الفقهاء اليوم من التمييز بين وظيفة كل من الخلافي والمقارن. فوظيفة الخلافي هي وظيفة جدلي لا يهمله الواقع بقدر ما يهمله انتصاره في مقام المجادلة والخصومة، ويشبهه بالمحامي الذي لا يهمله أن يكون موكله بعيدا عن الواقع أو قريبا منه بقدر ما يهمله أن يحكم لصالحه.

أما وظيفة المقارن فهناك من حصرها في البحث في المسائل والقضايا المختلف فيها، وهناك من وسع فيها لتشمل إلى جانب ذلك المسائل المتفق عليها أيضا بغاية البحث عن تقريب شقة الخلاف بين المذاهب ومحاولة التوحيد بينها؛ بل هناك من جعلها شاملة للمقارنة مع غير الفقه الإسلامي من القوانين الأخرى التي يسمونها بالقوانين الوضعية. لذا ذهب أغلبهم إلى تبني مصطلح "الفقه المقارن" بدل "علم الخلاف". وصنفوا فيه كتباً قررت على طلبه كليات الشريعة. ولقد أمكننا - من خلال الاطلاع على بعضها - رصد ثلاثة اتجاهات كالتالي:

الأول حصر موضوع الفقه المقارن في الاختلاف؛
الثاني يدرس جميع المسائل والمقارنة مع القوانين؛
الثالث يروم وضع استراتيجيات للتقريب بين المذاهب.

أولاً: حصر موضوع الفقه المقارن في الاختلاف

1 - عرفه الأستاذ فتحي الدريني في كتابه "الفقه الإسلامي المقارن" ص 5 بقوله: "تقرير آراء المذاهب الفقهية الإسلامية في مسألة معينة، بعد تحرير محل النزاع فيها، مقرونة بأدلتها، ووجوه الاستدلال بها،

وما ينهض عليه الاستدلال من مناهج أصولية، وخطط تشريعية، وبيان منشأ الخلاف فيها، ثم مناقشة هذه الأدلة أصولياً، والموازنة بينها، وترجيح ما هو أقوى دليلاً، أو أسلم منهجاً، أو الإتيان برأي جديد، مدعم بالدليل الأرجح في نظر الباحث المجتهد".

2 - وعرفه أبو البصل في كتابه "دراسات في الفقه المقارن"¹¹ بقوله: "هو العلم الذي يبحث في المسائل المختلف فيها بمنهجية أصولية محددة". (ص. 9) ثم "يضيف موضحاً موضوع ومباحث هذه العلم قائلاً: "يستفاد من التعريف السابق الأمور التالية:

أ - الفقه المقارن لا يبحث في المسائل والفروع المتفق عليها، وإنما يبحث في الفروع المختلف فيها بين المجتهدين؛ ولذلك سمي بعلم الخلاف. من باب تسمية الشيء بإبراز ما فيه، وإبراز ما في هذا العلم الاختلاف، والاختلاف لا يكون إلا في المسائل المطنون بها؛ لأن الاحتمالات قائمة، وتعدد أوجه الاحتمال يولد الخلاف، ولا يبحث هذا العلم في المسائل اليقينية، كمسائل الاعتقاد والأخلاق، وأصول الشريعة، والأمور المعلومة من الدين بالضرورة، كأركان الإسلام؛ لأنها من مسلمات الشريعة وثوابتها.

ب - المنهجية العلمية التي يجب الالتزام بها عند بحث مسائل الفقه المقارن، وهي محددة بأصول الحديث والفقه واللغة، بعيداً عن الهوى والتشهي والرأي المجرد".

وتحديداً وتوضيحاً للأمر الأول، أي موضوع الفقه المقارن، سبق له (في ص. 7 و 8) أن حدد هذه المسائل على النحو التالي:

"والفقه المقارن، نوع من العلوم الإسلامية، يقوم على البحث العلمي الأصيل، للفروع والمسائل المجتهد فيها؛ للوصول في نهاية الأمر إلى رأي راجح فيها، يعمل به، مع احترام الرأي المرجوح، بعيداً عن التعصب المذهبي والتقليد الأعمى.

كما أن الفقه المقارن يبحث في المستجدات، وذلك من خلال فهمها وتحليلها تحليلًا علميًا؛ لإيجاد تصور علمي لها. ومن ثم البحث عن الأدلة النقلية والعقلية المتعلقة بها. ويتم بحث المسألة المستجدة من قبل

(11) نشرته دار القلم للنشر والتوزيع، دبي الإمارات العربية المتحدة 2001

المجتهدين، بأسلوب علمي دقيق. وبديهي أن يختلف المجتهدون فيها؛ واختلافهم رحمة؛ لأنه يثري الفقه الإسلامي، ويوسع الأمر على المكلفين... ومسائل الفقه المقارن لا حصر لها؛ لأنها تتولد مع الزمن شيئاً فشيئاً، وهي التي تسمى بالمستجدات، بالإضافة إلى المسائل القديمة، والتي استوفت بحثاً واستقرت في بطون الكتب، والتي قد تبحث وتدرس مرة أخرى، من أجل تدريب طلبة العلم والتقريب بين المذاهب الإسلامية، وإزالة التعصب المذهبي والوصول أحياناً إلى رأي راجح جديد، تقتضيه المصلحة في هذا العصر، لأنه لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان".

أما بخصوص الأمر الثاني، أي منهجية المقارنة، فقد سبق له (في ص. 7) أن حدد هذه المنهجية على النحو التالي: "والفقه المقارن يجمع الآراء المختلفة في المسألة الواحدة، ويوازن بينها، وينقدها نقداً علمياً، للوصول في نهاية الأمر إلى رأي راجح يسنده الدليل، دون تجريح أو إساءة للرأي المرجوح. وهذا يستلزم احترام الرأي والرأي الآخر، لأن الأدلة الواردة في المسألة قيد البحث أدلة ظنية تتسع للرأي والرأي الآخر، وإلا لما كان ثمة اجتهاد فيها".

ثم يعود ليوضح منهجية البحث، أو طريقة البحث في الفقه المقارن على النحو التالي: "تبحث مسائل الفقه المقارن بالمنهجية التالية: 1- تصوير المسألة؛ 2- تحديد أو تحرير محل النزاع أو الخلاف؛ 3- بيان منشأ الخلاف؛ 4- بيان آراء العلماء وأدلتهم في المسألة؛ 5- المناقشة والترجيح".

والقضايا التي اقترحها للدراسة المقارنة هي: اختلاف المطالع وأثره في وجوب صوم رمضان؛ زكاة الحلي؛ لزوم الوقف؛ الطلاق الثلاث بلفظ واحد؛ عقوبة التعزير بأخذ المال؛ القضاء بشاهد ويمين؛ قضاء المرأة؛ قضاء القاضي بعلمه؛ القضاء بالقرائن؛ علة الربا؛ الشروط العقدية في العقود عامة وفي عقد النكاح خاصة؛ الرجوع في الهبة؛ شهادة غير المسلمين؛ عقد التأمين وحكمه في الشريعة الإسلامية.

3- وهو نفس التحديد الذي سبق أن اقترحه له المرحوم محمد سعيد رمضان البوطي في "محاضرات في الفقه المقارن"¹². ففي مقدمة هذه

(12) نشرتها دار الفكر دمشق سوريا سنة 1981 تمت إعادتها سنة 2001.

المحاضرات عالج مسألتين هما: فائدة دراسة الفقه المقارن، ثم سبب اختلاف الفقهاء. ثم اختار نماذج من المسائل والقضايا التي اختلف فيها الفقهاء باعتبار أن موضوع هذا العلم هو دراسة "اختلافات الأئمة واجتهاداتهم فيها وكيفية اقتباسهم الأحكام من أدلتها الأصلية والفرعية المختلفة". (ص.15).

أما القضايا التي اقترحها للدراسة المقارنة فهي: "اثر تباعد البلدان في حكم الصوم؛ تبييت النية وتعيينها في الصوم؛ علة الربا وأثر ذلك فيما يجري فيه الربا؛ لزوم الوقف؛ الشروط الجعلية في العقود عامة والنكاح خاصة؛ الطلاق الثلاث بلفظ واحد؛ الأرض التي افتتحها المسلمون عنوة؛ العقوبة بأخذ المال؛ القضاء بشاهد ويمين؛ القضاء بشهادة غير المسلمين؛ القضاء بقرائن الأحوال.

ثانياً: دراسة جميع المسائل المقارنة مع القوانين

يعرف الأستاذ حسن أحمد الخطيب في كتابه "الفقه المقارن"¹³ هذا الفقه بقوله: "نوع خاص من دراسة الفقه، ويراد به العلم بالأحكام الشرعية في مختلف الأنواع، والأبواب من حيث معرفة آراء الأئمة والفقهاء والعلماء، ومذاهبهم المتفقة أو المختلفة فيها، وبيان أدلتهم وقواعدهم الأصولية ووجهات نظرهم التي كانت منشأ هذا الاختلاف، مع سبر هذه الأدلة وموازنة بعضها ببعض، واختيار أقربها إلى الحق، وأولها بالقبول". (ص.50).

ثم يحدد بعد ذلك موضوعه بأنه البحث في "المسائل الفقهية والقانونية من حيث معرفة أحكامها على حسب المذاهب المختلفة، وآراء الأئمة والفقهاء فيها، وعرض أدلتهم ومناقشتها، وموازنة بعضها البعض".

وتبعاً لذلك، أي من خلال تعريف هذا العلم وبيان موضوعه، أمكن له (في ص 50 و 51) إجمال مباحثه فيما يلي:

"(أ) الأحكام الفقهية والقانونية الفرعية والعملية المتفق عليها والمختلف فيها بين الأئمة والمشرعين مع بيان مسالكهم ومآخذهم والمنابع التي استقوا منها تلك الأحكام.

13 "الفقه المقارن: المدخل إلى الفقه المقارن؛ بحوث فقهية للدراسة المقارنة" نشرته الهيئة المصرية العامة للكتاب سنة 1991.

(ب) دراسة أدلتهم وأسانيدهم، ومقابلة بعضها ببعض للوقوف على ما فيها من قوة أو ضعف، وللتقريب بين المذاهب والآراء المختلفة، وللاضطلاع بواجب التخريج والترجيح

(ج) دراسة آيات الأحكام وأحاديثها لمعرفة طريقة استنباط الأئمة والعلماء والأحكام منها، وكيف اختلفوا فيها؟ ولماذا؟

(د) دراسة القواعد والمبادئ القانونية في الفقه الإسلامي وغيره من القوانين الوضعية، سواء في ذلك ما اتفقا عليه وما اختلفا فيه.

(هـ) الموازنة والمقابلة بين أحكام الشريعة وأحكام القوانين الوضعية كالذي جاء منها في القانون المصري المدني والجنائي، وقانون المرافعات، وكالقانون الفرنسي أو السويسري أو الانجليزي وغير ذلك".

وإذا كان تصور الخطيب يروم توسيع مجال الفقه المقارن ليشمل المسائل المتفق عليها أيضا، ومحاولة التقريب بين المذاهب، وكذا المقارنة مع القوانين الوضعية؛ فإنه في دراساته التطبيقية اقتصر على المسائل والقضايا المختلف فيها فقط.

ففي مجال الأحوال الشخصية تناول اختلاف الفقهاء في الوصية، وفي ميراث الجد، وفي المسألة المشتركة، وفيما يثبت به الرضاع، وفي إرث المرأة إذا طلقها زوجها في مرض موته، وتفسير القروء، وفي التفريق بالعيوب.

وفي الميدان الجنائي تناول اختلاف الفقهاء في قتل الجماعة بالواحد، وفي قتل المسلم بالذمي، وفي حد الخمر، وفي هل يقتل والد بولده. وفي مجال القضاء تناول اختلاف الفقهاء والأئمة في القضاء، وفي النكول عن اليمين، وفي رد اليمين على المدعي. وفي مجال العبادات اقتصر على اختلاف الأئمة والفقهاء بخصوص القنوت في الصلاة.

ثالثا: استراتيجيات التقريب بين مختلف المذاهب الإسلامية

لقد تطور الوضع اليوم نحو الدعوة إلى التقريب بين مختلف المذاهب الفقهية كما يتضح ذلك من خلال أعمال منظمة الإيسيسكو، وكذا من خلال الدعوة التي أطلقها سابقا عدد من الفقهاء أمثال الشيخ التونسي محمد الطاهر ابن عاشور في كتابه "مقاصد الشريعة الإسلامية"،

والشيخان المصريان محمد شلتوت وأبو زهرة وهما من شيوخ الأزهر خلال القرن العشرين.

إلا أن أبرز عمل حول الموضوع اليوم يظل هو "إستراتيجية التقريب بين المذاهب الإسلامية" التي اعتمدها مؤتمر القمة الإسلامي المنعقد في ماليزيا في أكتوبر 2004 بعدما اعتمدها قبل ذلك المؤتمر الإسلامي الثلاثون لوزراء خارجية الدول الإسلامية في ماي سنة 2003. وقد سبق إعداد هذه الإستراتيجية عقد ندوتين حول التقريب بين المذاهب الإسلامية سنتي 1991 و1996.

وقد حدد هدف الإستراتيجية المذكورة في التخفيف من حدة الاختلاف بين المذاهب، لا توحيد المذهب الفقهي في العالم الإسلامي لأن هذه الفكرة الأخيرة ليست عملية ولا واقعية.

الفصل الثاني أهداف تدريس القانون المقارن

لقد سبق لنا إجمال أهداف وغايات تدريس مادة القانون المقارن ضمن الفقرة رقم 3 من الملف الوصفي "لوحة القانون المقارن" ضمن الملف الشامل لدبلوم "الماستر في العلوم القانونية" المعتمد بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية/أكادال جامعة محمد الخامس منذ سنة 2006. وهذه صيغتها.

"تمكين الطلبة من تكوين أساسي في القانون المقارن علما أنه لم يسبق لهم أن درسوه خلال مختلف سنوات الإجازة. وهو من التخصصات التي تساعد على تعميق تكوينهم في المفاهيم الأساسية للقانون وعلى اكتساب تكوين قانوني رصين، وتنمية حاسة البحث وتقوية ملكة النقد لديهم؛ ومعرفة مكانة القانون المغربي بين مختلف النظم القانونية في العالم. وفضلا عن ذلك يمكن إجمال الأغراض الخاصة التي نسعى إلى تحقيقها بانفتاحنا على الدراسة المقارنة للقوانين الأجنبية، في ثلاثة هي:

- أ- الفهم والمعرفة، فمن جهة هناك معرفة وفهم القانون الأجنبي؛ ومن جهة أخرى هناك فهم القانون الوطني؛ ومن جهة ثالثة هناك ضرورة القانون المقارن من أجل فهم القانون في ذاته؛
- ب- الإصلاح والتطوير، بمعنى إصلاح القانون الوطني من خلال الاستفادة من الحلول المعتمدة في القوانين الأجنبية؛
- ت- التوحيد أو التقريب أو الملاءمة؛ حيث أضحت مهمة الدراسة المقارنة للقوانين هي تحقيق أحد الأهداف التالية: التوحيد أو التقريب أو الملاءمة".

وعليه، سنحلل في هذا الفصل مختلف هذه الغايات الثلاث، كل واحدة منها في مبحث خاص.

المبحث الأول الفهم والمعرفة

سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نخصص الأول لتحديد المقصود بالمعرفة في حين سنخصص الثاني لتحديد المقصود بالفهم.

المطلب الأول المعرفة

لن يقتصر الأمر على التعرف القانون الأجنبي، بل نعول على القانون المقارن من أجل معرفة وفهم القانون في ذاته.

أولاً: معرفة وفهم القانون في ذاته

يلتقي القانون المقارن في هذه الغاية مع عدة تخصصات أخرى كفلسفة القانون أو النظرية العامة للقانون وتاريخ القانون وعلم الاجتماع القانوني. بل يفيد ويستفيد منها في نفس الوقت. لكنه لا يختلط بها، إذ لكل واحد من هذه المعارف مجاله الخاص. كما أنه يفيد كثيراً في دراسات القانون الدول الخاص وكذا القانون الدولي العالم.

1 - القانون المقارن وفلسفة القانون

إن دراسة أساليب الصياغة القانونية ومختلف التصورات المفاهيم والأفكار القانونية الأساسية، تتناولها في العادة النظرية العامة للقانون كما يتناولها القانون المقارن، وكذلك الشأن بالنسبة لدراسة تأثير العوامل الاجتماعية والاقتصادية والسياسية وغيرها في القاعدة القانونية؛ حيث تعتبر هذه الدراسة من صميم فلسفة القانون.

لكن فلسفة القانون شيء والقانون المقارن شيء آخر. ولكل منهما مفاهيمه واليات ومناهجه. فما الذي يضيفه علم القانون المقارن إلى هذه الدراسات الفلسفية والنظرية؟

فالأولى تقوم على أسس تجريدي صرف، وهي تصل إلى الكشف عن الحقائق القانونية الأولى أي عن أصول القوانين، مستوحية تارة الروح العامة للقانون في بلد معين، وتارة أخرى مختلف القوانين المعروفة؛ بل هي بطبيعتها عالمية أو كونية؛ لذا يجب أن تصطبغ دراستها بالصيغة العالمية أيضاً. وإن حصر تنظيراتها حول قانون وطني واحد سيجعلها فقيرة وضيقة على حد تعبير (R.DAVID و SPINOSI C.) ومن بعدهما M.GORE.

أما القانون المقارن فيقصر بحثه على الأصول المشتركة والفروق المتباينة ما بين مختلف النظم القانونية، فهو مرحلة وسطى ما بين الدراسة الموضوعية للقوانين المختلفة وفلسفة القانون عندما تستعين الدراسة الفلسفة بالمعلومات التي يمدّها بها القانون المقارن. ويضيف شفيق شحاتة بأننا لو تمثّلنا هيكل العلوم القانونية المختلفة على صورة هرم؛ فإننا سوف نلمح على قمة ذلك الهرم مادة فلسفة القانون مرتكزة مباشرة على علم القانون المقارن الذي يتركز بجدوره على فروع القانون في البلاد المختلفة.

ويشكل القانون المقارن عاملاً حاسماً في تقرير نسبة كثير من المفاهيم والتصورات القانونية. فقد كشفت لنا الدراسات التي تمت حول مختلف القوانين المرعية فوق الكرة الأرضية عن مدى تنوع الأفكار والمفاهيم والتصورات المرتبطة بالقانون وبالعدل، كما كشفت لنا عن اختلاف الأسس التي يستند إليها كل نظام قانوني.

ومن جهة أخرى، فإن بناء نظرية عامة للقانون استناداً إلى نظام قانوني معين أو مجموعة من الأنظمة المتشابهة سيظل بناءً محدوداً وخاصاً جداً ما لم يأخذ بعين الاعتبار باقي النظم القانونية الأخرى المختلفة.

وهكذا فالنظرية العامة للقانون التي تلقن لطلبة السنة الأولى في الحقوق تظل نظرية خاصة وضيقة ومحدودة في النظام المدرّس دون غيره. فما يلقن للطلبة عن "القاعدة القانونية" وعن خصائصها وعن تقسيماتها وعن مصادرها؛ يظل خاصاً بالنظام المدرّس وهو الذي يجمع القوانين المصنفة ضمن العائلة الرومانية الجرمانية؛ ويختلف بالتالي عن باقي العوائل القانونية.

ففي عائلة الشريعة الإسلامية يعتبر العنصر الجوهرى فيها هو "الحكم الشرعى" وليس القاعدة القانونية. وتقوم هذه العائلة على بنية خاصة بها، ولها مصادرها الخاصة أيضاً؛ كما أن لها مناهجها الخاصة في استنباط الأحكام من مصادرها.

صحيح أن "مبحث الحكم الشرعى" يحتل مكان الصدارة بين مباحث علم أصول الفقه، مثلما هو الأمر بالنسبة "لمبحث القاعدة القانونية" فيما اصطلح على تسميته بالنظرية العامة للقانون أو المدخل لدراسة القانون. وفي هذا الفرع أو ذلك من فروع المعرفة القانونية يهتم

المصنوفون بتعريف الخلية الأولى للقانون، أي "الحكم الشرعي" في النظر الأول و"القاعدة القانونية" في النظر الثاني، وبيان مصادرها وكيفية تطبيقها وتفسيرها.

ويتميز التصور الفني للحكم الشرعي، كما صاغه علماء الأصول، بشموله لمختلف المضامين التي قد تتخذها القاعدة القانونية. فالملاحظ أن القوانين الوضعية، في صياغتها التجريدية تشتمل على أحكام تكليفية وأحكام وضعية بالمعنى الذي حدده الأصوليون؛ لكن الفقهاء المهتمين بالمدخل لدراسة القانون يقدمونها من خلال فكرة السلوك والجزاء المترتب عن الإخلال بها، متغافلين فكرة الوضع أو الجعل عند تعريفهم لها وعند تعريف القانون بصفة عامة؛ حيث يقدم هذا الأخير على أنه مجموعة من القواعد القانونية الملزمة المنظمة لسلوك الأفراد داخل المجتمع. ومن ثم أضحى هذا التصور السائد للقانون الوضعي في بنائه النظري المجرد عرضة لنقد مزدوج.

نقد التركيز على الشكل وحده وإغفال البحث في فحوى القواعد القانونية؛ أي البحث عن المصالح التي تدافع عنها، وعلاقات القوى التي تتحكم في خلقها أو في تطبيقها. فالقانون ليس مجموعة من القواعد القانونية فحسب، بل فوق هذا ظاهرة اجتماعية تقتضي نظرة نقدية؛ إذ "ليس هناك أكثر تنشيطا للقانون من الشك في ذاته".¹⁴

نقد التركيز على فكرة السلوك وحدها كمضمون وحيد للقاعدة القانونية إذا نظرنا إليها من جانبها الفني المحض. فكثيرة هي القواعد القانونية التي "لا تتولى مباشرة وضع أنماط للسلوك بقدر ما تتولى تقرير أو تنظيم وضع من الأوضاع على نحو يكون معه موضوعها المباشر هو هذا التنظيم أو التقرير، بحيث يكون النمط السلوكي الذي يتأتى عن هذا التنظيم أو التقرير نتيجة له وليس موضوعا مباشرا للقانون".¹⁵

14 -« Rien de plus rafraichissant pour le droit... que le doute sur lui-même ». CARBONNIER : *Flexible droit*, 4^{ème} éd. P.61.

انظر رسالتنا حول "مسؤولية الأطباء المدنية بالمغرب" منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية، 1989، ص 10-12.

15) مصطفى الجمال : "الجهل بالأحكام المدنية"، مجلة الحقوق (الإسكندرية) (1971، عدد 1، ص ما بعده، و ص 28. انظر لنا كذلك "مفهوم الحكم الشرعي" الجزء الأول من كتاب "الثقافة والقانون"، الفصل الثالث من القسم الأول ص. 79 وما بعدها. سلسلة: مائة سنة من القانون الخاص

ومن هذه الزاوية ينفي بعض الباحثين عن القاعدة القانونية وصف الخلية الأولى للقانون، ويقترح تصورا فنيا بديلا عنها يستطيع أن يجب مختلف مضامين القاعدة القانونية؛ وهذا التصور الفني هو الحكم الشرعي كما عالجه علماء الأصول؛ فهو "يمكن من التعبير عن اختلاف الأثر الذي يقتضيه خطاب الشارع في أفعال المخاطبين بالقانون باختلاف هذه الأفعال، على نحو ما نراه في أقسام الحكم التكليفي، واختلاف علاقة هذه الأفعال بمعطيات العالم الخارجي الأخرى على نحو ما نراه في أقسام الحكم الوضعي. وعلى هذا النحو أيضا ففكرة الحكم، كأداة للصياغة القانونية، تمكن من الإمساك بالعلاقة الجدلية التي تحدد وضع أفعال العباد بالنسبة لبعضها أو بالنسبة لمعطيات العالم الذي تتواجد فيه".¹⁶

أما في العائلة المسماة "الكومون لو" (Common Law) أو العائلة الانكلوسكسونية فلا وجود كذلك لمفهوم القاعدة القانونية، وأن هذه العائلة تقوم على مجموعة من القرارات أو الأحكام أو السوابق؛ وأن هذه الأخيرة أقل تعميما وأقل تجريدا. وللقانون في هذه العائلة مصادره وتقسيماته التي تختلف عن مصادر القاعدة القانونية وتقسيماتها في العائلة الرومانية الجرمانية.

ويجدر بي هنا أن أذكر - نقلا عن R.DAVID - قصة الباحث الفرنسي الذي خصص أطروحته لنيل الدكتوراه لموضوع التمييز بين القانون المدني والقانون التجاري في القانون الانجليزي. فقد قال له الانجليز عند استقباله: "لقد جئت لبحث قضية غير مطروحة في إنجلترا". وبعد أن انتهى من بحث هذه القضية وهم بالمغادرة قالوا له: "ومع ذلك لم تقنعنا بأن هذه التفرقة موجودة".

ونظرا لهذه الاختلافات الموجودة بين مختلف النظم القانونية، انصبت جهود اليونسكو في البداية على التعريف بمختلف هذه النظم من خلال التركيز على النظرية العامة للقانون؛ حيث دعمت وأشرفت على نشر

بالمغرب 1913-2013 - الطبعة الأولى 2014 - 2013؛ منشورات سلسلة المعرفة القانونية مطبعة الأمنية الرباط.
16) ن.م. ص 38/37- انظر له أيضا: "مناطق الالتزام بالأحكام المدنية"، نفس المجلة، 1974 ، عدد 2، ص 133 وما بعدها.

العديد من الدراسات والمؤلفات في هذا الصدد إضافة إلى موسوعتها حول القانون المقارن والتي صدرت باللغة الانجليزية.

2 - القانون المقارن وتاريخ القانون

يبحث تاريخ القانون في المؤثرات الاجتماعية التي أدت إلى تطور القواعد القانونية على مر الزمن، ويكشف عن الأوضاع التي فرضتها مقتضيات البيئة في وقت معين على مجموعة من الناس. ولاشك أن الباحث في تاريخ القوانين يستفيد كثيرا من علم القانون المقارن، فإذا ما تعمق الباحث في دراسة القوانين التي تعاقبت على مدى الأجيال في مختلف أنحاء العالم سيتضح له ما ينير طريقه ويساعده على تتبع تطور النظم القانونية وعلى استخلاص نواميس مطردة لهذا التطور. فتوظيف الدراسة المقارنة ينتهي بالباحث في تاريخ القانون، أو تاريخ مؤسسة قانونية ما، إلى عدم الاقتصار على دراسة تطور تلك القواعد في بلد واحد.

وهذا ما قام به "ليفي أولمان" (Lévy ULMAN) بالنسبة للتطور التاريخي لقواعد تنازع القوانين فيما بين الشعوب المختلفة. وقد أفضت به هذه الدراسة إلى تأكيد المصير العالمي لهذه القواعد القانونية. (سنعود إلى نظريته في القانون المقارن فيما بعد. هذا بخلاف ما نادت به المدرسة التاريخية الألمانية التي قللت كثيرا من أهمية الدراسة المقارنة بالنسبة لتاريخ القانون، باعتبار أن هذا الأخير مظهر من مظاهر الخصوصية المطلقة لشعب معين.

وفي المقابل يستفيد القانون المقارن من علم التاريخ؛ ذلك أن الباحث يحتاج إلى الدراسة التاريخية لكل نظام من النظم القانونية التي اتخذها مجالا لدراسته المقارنة لكي يتمكن من استيعاب أحكام تلك القوانين، بل لكي يتمكن كذلك من استخلاص الأصول والأفكار المشتركة أو الفروق والاختلافات الموجودة.

ويعتبر مونتسكيو (MONTESQUIEU) وكتابه "روح القوانين" (*L'esprit des lois*) أحسن نموذج لهذه الاستفادة لدى الأوروبيين؛ فقد اهتم بالملاحظة الموضوعية للوقائع التاريخية من جهة؛ وطبق منهجية مقارنة للمؤسسات القانونية خاصة الدستورية منها من أجل إظهار الفوارق واقتراح الإصلاحات الضرورية.

أما عندنا فيمكن أن نذكر، من نماذج هذه الاستفادة المتبادلة بين الدراسة التاريخية والدراسة القانونية المقارنة في المجال الدستوري، ما قام به كل من ابن أبي الضياف في مقدمة "الإتحاف" وخير الدين في مقدمة "أقوم المسالك..." وهما معا من المفكرين المصلحين التونسيين في النصف الثاني من القرن التاسع عشر.

وسيتضح لنا هذا المفهوم، بكيفية أكثر وضوحا من خلال تتبع تاريخ تكوين القانون المقارن، وتحليل تطوره حسب الحاجات والمستجدات، ورصد انعكاسات ذلك على طبيعة القانون المقارن حتى استقر النظر على اعتباره علما منهجيا.

فالتاريخ عامل مهم لتفسير كيف أن القوانين الأوروبية متقاربة فيما بينها لأنها قامت في الأصل على تلقي القانون الروماني مع مراعاة خصوصية كل قانون وما يتوفر عليه من عادات وأعراف خاصة.

كما أن التاريخ عامل مهم كذلك في تفسير التطور الذي عرفه الفقه الإسلامي وقوانين الدول الإسلامية والعربية منها على الخصوص. فإذا كان التأريخ السائد يقتصر على القانون المقارن من حيث هو علم أوروبي حديث النشأة؛ فإنه يتجاهل كون الدراسة المقارنة قد اعتمدت منذ قرون خلت في أوروبا نفسها، كما أثبت ذلك البحث التاريخي، إما من أجل وضع قوانين وطنية، وإما من أجل إعداد دراسات أو نظريات قانونية. وكذلك الشأن عندنا في العالمين العربي والإسلامي، فإن تاريخ نشأة القانون المقارن، من حيث هو علم في ذاته، قديم جدا؛ حيث ظهر تحت اسم آخر غير الذي يسمى به اليوم. واقتصر على المقارنة بين المذاهب الإسلامية دون غيرها؛ لأن أسلافنا الفقهاء لم يتعرفوا خلال مرحلة تدوينهم للفقه الإسلامي على أي قانون أجنبي، خلافا لما ادعاه كثير من المستشرقين؛ وبالتالي لم تكن هناك حاجة لديهم للدراسة المقارنة بين الفقه المدون وبين غيره من القوانين الأجنبية. كما أن الدفاع عن المذاهب الفقهية المحدثة بعد مرحلة التدوين هو الذي ولد الحاجة إلى علم خاص لهذه الغرض فأنشأ الفقهاء "علم الخلاف"، وصنفوا فيه على اختلاف مذاهبهم وتصوراتهم. كما رأينا أعلاه. لكن مع الاستعمار، أو الحماية، حيث تم الاقتباس من القوانين الأجنبية؛ ولدت الحاجة إلى الدراسة المقارنة بين الفقه، كما هو مدون في مصنفات الأسلاف، وبين غيره من القوانين

الموضوعة أو المقتبسة من الأجنبي. وتبعاً لذلك أنشأ الفقهاء منهجهم الخاص للدراسة المقارنة إما لتبرير هذا الاقتباس عن طريق مقابلة المقتضيات المقتبسة مع القانون المحلي، أي مع الفقه الإسلامي، أو للبحث لتلك المقتضيات عن سند من الشريعة الإسلامية، وهو ما سمي عند البعض بـ"المقارنات التشريعية"، وعند البعض الآخر "بتوجيه النظر الشرعي". وهذا ما سنوضحه بشكل جلي في بحث "مجمل تاريخ القانون المقارن في العالم العربي".

ولبيان فضل التاريخ على الدراسة القانونية عموماً، ينبغي التذكير بأنه عادة ما يبدأ الباحثون في أي نظام قانوني بدراسة تكوينه التاريخي؛ لبيان كيفية تكون هذا النظام عبر التاريخ، وكيفية تطوره والمآل الذي آل إليه، سواء من حيث البنية أو الخصائص أو الانتشار الجغرافي.

ثانياً: معرفة وفهم القانون الأجنبي

تجدر الإشارة في البداية إلى أنه كثيراً ما يقع الخلط بين مفهومي القانون المقارن والقانون الأجنبي؛ ذلك أن كثيراً من الباحثين يجعلونهما مترادفين، إذ يطلقون لفظ القانون المقارن ويقصدون به أو يعالجون تحت هذا العنوان قانوناً أجنبياً معيناً أو عدة قوانين أجنبية.

ولقد كان هذا هو المقصود بالتشريع المقارن خلال القرن التاسع عشر سواء من خلال إحداث كرسي في الموضوع "بالكوليج دو فرانس" أو من خلال خلق جمعية بنفس الاسم تعنى بدراسة التشريعات الأجنبية خاصة منها الموضوعة بعد صدور مدونة نابليون بهدف مقارنتها بها وتبيين الحلول التي تتميز بها. وهي نفس الغاية التي قصدها سالي من خلال دراساته حول مشروع القانون المدني الألماني.

ومن جهة أخرى، لا تخفى أهمية دراسة قانون أو عدة قوانين أجنبية؛ خاصة عندما يكون القاضي ملزماً بتطبيق هذا القانون الأجنبي؛ كما في مجال القانون الدولي الخاص عندما تحيل قاعدة الإسناد الوطنية إلى قانون أجنبي. بل إن القاضي يخضع في تطبيقه لهذا القانون الأجنبي لرقابة محكمة النقض. ومن هذه الزاوية يعتبر القانون المقارن ضرورياً للنهوض بالقانون الدولي الخاص على نحو ما بينه المتخصصون.

بل إن معرفة القانون الأجنبي تعتبر في بعض الأحيان ضرورية من أجل تطبيق أحسن للقانون الوطني نفسه. ويمكن لي أن أضرب مثلا من أحد الميادين التي اشتغلت عليها لمدة معينة وهو مجال وضعية الأطفال المهملين. فقد أحاط القانون الجديد كفال الطفل المهمل بمجموعة من الضمانات لم توفرها المقتضيات القديمة. وأهم هذه الضمانات هي إسنادها إلى القضاء وفق مسطرة دقيقة وصارمة في نفس الوقت. ومن هذه الإجراءات ما يتعلق بشروط السفر بالطفل المكفول إلى خارج المملكة. لكن سرعان ما تبين للسلطة الحكومية المعنية أن سلطات بعض الدول الأجنبية - التي تأخذ بنظام التبني ولا تقبل بنظام الكفالة - تقوم بفتح مساطر قضائية في حق المغاربة الذين يصطحبون معهم للإقامة في هذه الدول أطفالا تحت كفالتهم وفقا للقانون المغربي. وغالبا ما يتم على إثر هذه المساطر سحب الطفل من العائلة المغربية الكافلة وتسليمه إلى عائلة أخرى أو مؤسسة مختصة اعتمادا على أن المعنيين بالكفالة لم يحترموا المقتضيات المنظمة للتبني في بلد الاستقبال.

وتبعا لهذه الوضعية - التي تعد في نظرنا خرقا للمقتضيات التي جاءت بها الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل، ولغيرها من الاتفاقيات الدولية ذات الصلة، التي اعترفت بالكفالة كنظام للعائلة البديلة - يتعين، قبل الترخيص بالسفر بالطفل المكفول خارج المغرب التأكيد من وجود اتفاقية مع بلد الاستقبال تسمح بنظام الكفالة، أو إدلاء الكافل بإشهاد من سلطات هذا البلد تثبت سلامة الوضعية القانونية التي سوف يعيشها الطفل مع كافلة في بلد الاستقبال.

من جهة ثالثة قد تعتبر دراسة القانون الأجنبي ضرورية لفهم القانون الوطني المنقول عنه أو المقتبس منه. والأمثلة على ذلك كثيرة؛ نقصر منها على ما يتعلق بالقانون المدني،

ففي مصر مثلا شكلت التشريعات المدنية الأجنبية على اختلاف مشاربها مصدرا ماديا رئيسيا للقانون المدني المصري لسنة 1948. بل لقد كانت هي "المصدر الأول بين المصادر التي استمد منها التتقيح"، حسبما بينت ذلك المذكرة الإيضاحية للقانون المذكور. ويأتي بعدها اجتهاد القضاء المصري ثم الشريعة الإسلامية.

وفضلا عن هذا كله، تعتبر دراسة القانون الأجنبي ضرورة لفهم كثير من أحكام الاتفاقيات الدولية التي وحدت أحكام وقواعد بعض المؤسسات القانونية المنقولة أو المقتبسة من هذا القانون أو ذلك من القوانين الأجنبية. ذلك أن التأويل السليم لهذه الأحكام يقتضي الرجوع إلى القوانين التي أخذت منها. والأمثلة كثيرة أيضا نذكر منها على سبيل المثال:

- مفهوم الكفالة الواردة في الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل وكذا في اتفاقية 19 أكتوبر 1996 المتعلقة بالاختصاص والقانون المطبق والاعتراف والتنفيذ والتعاون في مجال مسؤولية الأبوين وإجراءات حماية الأطفال المنقول من القانون المغربي.

- أهمية دراسة القانون المدني الأردني من أجل فهم القانون المدني العربي الموحد.

- أهمية دراسة القوانين المتعلقة بالتحفيظ العقاري في كل من المغرب وتونس وسوريا من أجل فهم قانون التسجيل العقاري الموحد ... وبالرغم من هذه الأهمية، أو الواجب المهني الذي يقتضي دراسة القانون الأجنبي، فلا يمكن اعتبار ذلك من قبيل القانون المقارن. لأن هذا الأخير شيء ودراسة وشرح القانون الأجنبي شيء آخر. ولعل السبب في مثل هذا الخلط هو أن الباحثين الذين وقعوا ضحيته وجدوا أنفسهم مضطرين إلى مقارنة قوانينهم الوطنية مع قوانين أجنبية دون أن تكون قد أتاحت لهم الفرصة للتعرف مسبقا على مضمون ومفهوم القانون المقارن من جهة، ومختلف النظم أو العوائل القانونية وخصائصها الرئيسية من جهة أخرى. ويمكن أن نقول إن دراسة القوانين الأجنبية تعتبر موضوعا للقانون المقارن، لكنها لا تختلط به.

فموضوعه، كما سبق أن بينا ذلك في الفصل الأول من هذا الدرس، هو: دراسة مختلف النظم القانونية في مختلف المجتمعات الحديثة أو عبر العصور؛ واستخلاص الأصول المشتركة بين مختلف القوانين المدرجة ضمن نظام من النظم القانونية السائدة في العالم؛ والكشف عن مظاهر الخلاف بين مختلف النظم سواء من حيث أسلوب الصياغة أو من حيث تكونها التاريخي؛ وهو أيضا توظيف منهجية الدراسة المقارنة للبحث عن

أوجه الاختلاف أو التشابه أو هما معا؛ أو للبحث في كيفية توحيد القوانين أو التقريب بينها، أو تحقيق الانسجام أو الملائمة.

المطلب الثاني الفهم

لن يقتصر الأمر على فهم القانون الوطني، بل كثيرا ما يعول على القانون المقارن من التعارف والتفاهم بين الشعوب. وهذه الغاية الأولى التي أسندته له منظمة اليونسكو.

أولا: التعارف والتفاهم بين الشعوب

تعتبر هذه الغاية أهم أهداف القانون المقارن حسب كل من (R.DAVID) و (A.TUNC)؛ لأنه يعتبر في نظرهما معا أحسن مدخل لدراسة حياة وثقافة الشعوب. بل هو أهم دور أسندته له منظمة اليونسكو، بإيعاز من (DAVID) نفسه الذي كان خبيرها في هذا المجال. فخلال الاجتماعات التحضيرية "للجمعية الدولية للقانون المقارن"، والتي ستتشأ فيما بعد تحت اسم "اللجنة الدولية للقانون المقارن"، تم التأكيد على أهمية الدور الذي يمكن أن يؤديه كل من التعليم والبحث والدراسة والنشر في مجال القانون المقارن في أي برنامج للعمل من أجل السلم والتفاهم الدولي. وقد نصت على ذلك صراحة المادة الثالثة من النظام الأساسي "للجنة الدولية للقانون المقارن". جاء فيها: "تنهض اللجنة بالتعارف والتفاهم التبادل بين الأمم، وتشجيع انتشار الثقافة عن طريق تطوير نشر دراسة القوانين الأجنبية في العالم واستعمال الطريقة المقارنة في العلوم القانونية". وقد استوتحت هذه الأخيرة ما نص عليه الميثاق التأسيسي لليونسكو وخاصة المادة الثانية منه. وقد تطورت هذه اللجنة - خلال النصف الأول من خمسينيات القرن الماضي - إلى "الجمعية الدولية للعلوم القانونية"، مع الاحتفاظ بتسمية "اللجنة الدولية للقانون المقارن" التي أصبحت تطلق على المكتب المسير للجمعية، مع الحرص على أن يكون هذا المكتب المسير للجمعية - المكون من تسعة أعضاء - ممثلا لمختلف النظم القانونية الكبرى في العالم.

وقد اعتبرت هذه الجمعية - وكذا لجنتها المسيرة - الأداة الضرورية لتحقيق هذه الغاية المسندة للقانون المقارن. وفي سبيل ذلك نشرت عدة مؤلفات، مثلما نظمت عدة ندوات، حول كثير من موضوعات وإشكاليات القانون المقارن، كما قامت بالتعريف بمختلف النظم القانونية الكبرى إما من خلال الدراسات أو بواسطة الترجمة.

ويقول عبد المنعم البدرأوي: "في الاجتماع العام الثالث الذي عقده هيئة اليونسكو في بيروت في أكتوبر عام 1948 قررت الهيئة، بناء على اقتراح مقدم من الوفد المصري، تشكيل لجنة دولية من الخبراء لدراسة المساعدة التي يمكن أن تقدمها اليونسكو لتقدم القانون المقارن. وقد اجتمعت هذه اللجنة في مقر اليونسكو عام 1949 وتقدمت باقتراحاتها ورغباتها في هذا الخصوص وتكونت تحت رعاية اليونسكو اللجنة الدولية للقانون المقارن في عام 1949".

وعموما فقد اهتمت منظمة "اليونيسكو" منذ بداية عهدها بالقانون المقارن والدراسة المقارنة. وهي مهتمة اليوم بشكل مباشر بمسألة الملكية الأدبية والفنية وبحق المؤلف وعقد النشر وتيسير سبيل الحصول على المؤلفات الأجنبية، والدراسة في الخارج، وتبادل أساتذة الجامعات. وفضلا عن هذا الدور الذي قامت وتقوم به منظمة اليونسكو، سبق أن رأينا كذلك الدور الذي أسندته منظمة الإيسيسكو لفقهاء المقارن من أجل التقريب بين المذاهب الفقهية الإسلامية.

وأكثر من هذا، فقد سبق أن أعطى نظام محكمة العدل الدولية لهذا الدور المتميز للقانون المقارن نَفْساً قويا عندما نص في المادة 38 منه على المبادئ العامة للقانون؛ وبتعبيره "المبادئ العامة للقانون المشتركة بين الأمم المتحضرة". ولا يمكن تفسير هذه الصيغة إلا في ضوء القانون المقارن.

ويقول (R.DAVID)، تفعيلا لهذا الدور بضرورة تكوين الدبلوماسيين، أو الذين يمثلون الدولة في المفاوضات التجارية وغيرها، في القانون المقارن عموما وفي قانون الدولة التي يتفاوضون معها أو يعتمدون لديها. وقد استدل على ذلك بما قام به هنري الثامن ملك إنجلترا خلال القرن السادس عشر من تأسيس كراسي لتدريس القانون الروماني وذلك بقصد

تكوين الدبلوماسيين الذين سيمثلون إنجلترا في علاقاتها مع باقي دول القارة الأوروبية حيث تأسس القانون وتكون تحت تأثير التقاليد الرومانية.

ثانياً: فهم القانون الوطني

لتحقيق هذه الغاية نقترح أن تتم المقارنة على مستوى عمودي؛ أي مقارنة القانون الوطني بالقوانين التي تشكل مصدره المادي وكذا بالقوانين التي كانت نافذة قبله.

ولنضرب لهذا مثلاً من القانون المدني؛ فقد شكلت التشريعات المدنية الأجنبية المصدر المادي للقانون المتعلق بالالتزامات والعقود. يقول سانتياتا صانع القانون المذكور:

"لقد رأت اللجنة الفرعية أن من الواجب عليها أن لا تقتصر على نقل القانون الفرنسي فقط، بل عملت على إكماله أو تعديله، كلما بدا لها ذلك ضرورياً، بما أصبح يسمى اليوم بالقانون الأوروبي ... فقد كان من المستحيل عليها أن لا تأخذ بعين الاعتبار هذا الاتجاه العظيم من الأفكار التي قادت أوروبا نحو توحيد القانون من جهة، وأن تهمل هذه الأعمال التشريعية المهمة التي تمخضت عنها عدة مدونات نذكر منها على الخصوص: القانون الفيدرالي للالتزامات، والقانون التجاري الإيطالي، والقانون المدني والتجاري الألماني، والقوانين الإنجليزية في الميدانين التجاري والصناعي. وتبين الإحالات على هذه التشريعات والمدرجة بذيل كل فصل مدى عدم تقييد اللجنة بالقانون الفرنسي كما هو مسطر في المدونات، كما تبين الإحالات على الفقه [مشاهير الفقهاء بالخصوص] والقضاء [محكمة النقض الفرنسية بالخصوص] مدى مراعاتها ما طالب به علم القانون الفرنسي منذ مدة من عدم التزام النص".

لكن، بصرف النظر عن موقفنا من التبعية للقانون الفرنسي؛ فإننا نجزم أننا لا نستطيع، من الناحية الفنية، أن نفهم الكثير من المقترضات التي نقلها مؤرخا القانون المتعلق بتبادل المعطيات الالكترونية عن القانون المدني الفرنسي، وأدمجها في قانون الالتزامات والعقود لتكتمله بمقتضيات خاصة بالكتابة الالكترونية إما كشلية انعقاد أو كشكلية نفاذ، إلا بالرجوع إلى مصدرها المادي، الذي هو القانون المدني الفرنسي،

نظرا للأخطاء المسجلة في الترجمة العربية للمقتضيات المذكورة، مما يدل على عدم فهمه واستيعابه للمقتضيات المقتبسة¹⁷.

لذا كان على المشرع المغربي، من أجل فهم تلك المقتضيات التي اقتبسها، أن يرجع إلى شرح وفهم القانون الفرنسي. وهذا ما يتضح من خلال تدخله مؤخرا، بموجب القانون رقم 09.15¹⁸، لتصحيح أحد تلك الأخطاء المشار إليها. فقد جاء في أسباب نزول مقترح القانون المذكور، كما صاغها النائب سعد بعزيز، ما يلي:

حيث إن المشرع المغربي لما أصدر القانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية (المنفذ بالظهير الشريف رقم 1-07-129 الصادر في 19 من ذي القعدة 1428 الموافق لـ 30 نوفمبر 2007) كان يهدف إلى مواكبة التطور السريع الذي يعرفه مجال تكنولوجيا الإعلام والاتصال، ومسايرة التطورات التكنولوجية، وتعزيز الترسنة القانونية؛ فاعترف بضرورة تنظيم الكتابة الإلكترونية بهدف التسوية بينها وبين الكتابة الورقية؛ ومن ثم أضفى عليها طابع الحجية أيا كان الدور الذي يسندها لها القانون سواء كانت شكلية انعقاد أو شكلية إثبات. وتأسيسا للمقتضيات التي أضافها القانون رقم 53-05 المذكور لقانون الالتزامات والعقود المغربي، باعتماد أسلوب الدراسة القانونية المقارنة، نجد تطابقا كبيرا بين الكثير منها وبين ما تضمنه القانون المدني الفرنسي المغير والمتمم بقانون الاقتصاد الرقمي هناك. غير أن تعريب الكثير من تلك المقتضيات المضافة إلى قانون الالتزامات والعقود المغربي قد أدخل بالمعنى الذي أرادته مقتبسها؛ خاصة ما تعلق منها بالفقرة الأولى من الفصل الثاني-1 من قانون الالتزامات والعقود المغربي كما أضافه القانون رقم 53-05 المذكور، مما جعله عرضة للنقد من لدن الفقه المغربي الذي يقول بأن المشرع، أو بالأحرى المعرب، قد خلط في تعريب (*acte juridique*) بين مفهوم "التصرف القانوني" وبين مفهوم "الوثيقة القانونية"؛ كما خلط في تعريب المصطلح الفرنسي (*validité*) بين مفهوم "الصحة" أو "الانعقاد" وبين مفهوم "الإثبات"؛ وتبعاً لذلك خلط بين شكلية الانعقاد وبين شكلية الإثبات، كما لم يدرك أن الكتابة الإلكترونية، التي جاء القانون المذكور لتنظيمها، قد

17) انظر لنا "تأملات حول قانون التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية: عناصر لمناقشة مدى تأثير القانون رقم 05.53 على قانون الالتزامات والعقود"؛ منشورات سلسلة المعرفة القانونية، الطبعة الأولى، 1430هـ، 2009م مطبعة الأمنية الرباط. وكذا "مناهج القانون المدني المعمق" منشورات سلسلة المعرفة القانونية، الطبعة الأولى، منشورات سلسلة المعرفة القانونية 1432 هـ- 2012 ص 168 وما بعدها.

18) منفذ بالظهير الشريف رقم 15.15.1 بتاريخ 19 فبراير 2015؛ ج.ر. عدد 6344 لسنة 2015

أضحت شكلية لانعقاد التصرفات القانونية الشكلية المنصوص عليها سواء في قانون الالتزامات والعقود أو باقي النصوص القانونية. انظروا بصفة خاصة ما قاله أحمد ادريوش، أستاذ التعليم العالي بجامعة محمد الخامس أكادال، في كتابه الذي خصصه للقانون المذكور بعنوان: **تأملات حول قانون التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية؛ عناصر لمناقشة مدى تأثير القانون رقم 05.53 على قانون الالتزامات والعقود؛ منشورات سلسلة المعرفة القانونية، الطبعة الأولى، 1430هـ، 2009م مطبعة الأمنية الرباط؛** وكذلك في دروسه على طلبة الماستر والدكتوراه بنفس الجامعة بعنوان: **"مناهج في القانون المدني المعمق"**، ص 174، منشورات سلسلة المعرفة القانونية 2012.

فقد نص الفصل 1-1108 من القانون المدني الفرنسي كما غيره وتممه قانون الاقتصاد الرقمي هناك:

Art 1108-1 « Lorsqu'un écrit est exigé pour la validité d'un acte juridique il peut être établi et conservé sous forme électronique.... »

وهي نفس صيغة الفقرة الأولى من الفصل الثاني-1 من قانون الالتزامات والعقود المغربي كما أضافه القانون رقم 05-53 المذكور في صيغته باللغة الفرنسية المنشورة في الجريدة الرسمية:

Art 2-1 « Lorsqu'un écrit est exigé pour la validité d'un acte juridique il peut être établi et conservé sous forme électronique.... »

ويفهم من هذا المقتضى اعتراف المشرع بالكتابة الإلكترونية لتجسد الشكل المطلوب لصحة التصرفات القانونية الشكلية. وقد نص المشرع، هنا وهناك، على هذا المقتضى، ولأول مرة في التاريخ، ضمن القواعد العامة لنظرية العقد، بهدف وضع قاعدة عامة تسري على الكتابة الإلكترونية كشكلية لانعقاد أو لصحة التصرفات القانونية الشكلية، سواء المذكورة في الشريعة العامة (القانون المدني هناك و قانون الالتزامات والعقود هنا) أو غيرها من النصوص القانونية الخاصة وما أكثرها في وقتنا الراهن الذي تميز بانتعاش ملحوظ للشكلية بوجه عام.

غير أن المشرع المغربي أثناء تنظيمه للكتابة الإلكترونية، أو بالأحرى أثناء تعريبه للمقتضيات المذكورة، نص في الفقرة الأولى من الفصل الثاني-1 من قانون الالتزامات والعقود على أنه "عندما يكون الإدلاء بمحرر مطلوباً لإثبات صحة وثيقة قانونية، يمكن إعداد هذا المحرر وحفظه بشكل إلكتروني...."

وهكذا فقد استعمل في النص العربي مفهوم "وثيقة قانونية" كتعريب لمصطلح (*acte juridique*) المعتمد في الصيغة الفرنسية لنفس القانون؛ كما استعمل تعبير "إثبات صحة" في مقابل مصطلح (*validité*) المعتمد في الصيغة الفرنسية لنفس القانون، مع ما ترتب عن ذلك من خلط في المفاهيم.

وإذا كان أهل الاختصاص من أساتذة القانون المدني لا يتسامحون في مثل هذه الأخطاء مع طلبتهم، فذلك بالنظر للمشاكل العملية التي قد تترتب عنها خاصة عند تطبيقها من طرف القضاء."

وهي نفس الملاحظة التي سجلناها على مدونة التجارة. ذلك أنه، نظرا للترجمة الركيكية أحيانا والمعيبة أحيانا أخرى، لا يمكن فهم الكثير من مقتضياتها دون الرجوع إلى القانون الفرنسي المقتبس منه دون تمييز بين ما يعتبر من المقتضيات التشريعية وما هو من قبيل المقتضيات التتمية.¹⁹

لكن تجدر الإشارة إلى أن فهم القانون الوطني فهما سليما لا يقتضي دائما الرجوع إلى القانون الأجنبي المأخوذ عنه أو المقتبس منه؛ بل يتم من خلال الدراسة المقارنة بين الحلول التي تضمنها القانون الوطني وبين المقتضيات المشابهة لها في القوانين الأجنبية. ويمكن أن نضرب لهذا أمثلة من مجالين مختلفين، الأول يتعلق بالقانون التجاري والثاني يتعلق بالقانون المدني.

ففي المجال الأول؛ يمكننا أن نفهم الكثير من مؤسساته بإرجاعها إلى أصلها الذي أخذ عنه القانون الفرنسي نفسه الذي اقتبسناه. فنظام التمويل بالكرء الذي سماه مشرع مدونة التجارة "الاقتسام الايجاري" تعريبا للمصطلح الفرنسي (*Le crédit-bail*) لا يمكن فهمه بدقة إلا إذا أرجعناه إلى أصله الأمريكي (*Leasing*). ولذا سميناه "التمويل الكراء" إبرازا لطبيعة المعاملة من حيث هي نظام للتمويل يوظف الكراء كأداة ضمان. ومن جهة أخرى لا يمكن فهم نظام الأوراق التجارية - الذي يقوم على أسس فصل الالتزام الصرفي (*obligation cambiaire*) عن العلاقة الأصلية التي أدت إلى نشوئه - إلا إذا أرجعناه إلى أصله وهي فكرة "التصرف المجرد" التي ابتدعها القانون الألماني.

وفي المجال الثاني نقتصر على الدراسة المقارنة لطبيعة القيد في السجل العقاري بين مختلف التشريعات التي تأخذ بالنظام المشابه للنظام المغربي، أي نظام التحفيظ العقاري، وذلك بقصد تجاوز الخلط المسجل في

(19) انظر مثلا بحثنا حول *التمويل بالكرء* ضمن الكتاب السادس من سلسلة المعرفة القانونية بعنوان "الكرء في المدونة الجديدة للتجارة"، مارس 1998.

الممارسة القانونية المغربية بخصوص اعتباره شرط صحة ووجود أم مجرد شكلية نفاذ²⁰.

وفي إطار القانون المدني دائما، فقد انفتح القضاء المغربي خلال فترة معينة من تاريخه على القانون السويسري من أجل فهم بعض مقتضيات قانون الالتزامات والعقود كتلك التي تضمنها الفصلان 54 و 427 منه.

المبحث الثاني الإصلاح والتطوير

المقصود هنا هو إصلاح وتطوير القانون الوطني. وهذه إحدى أهم الغايات الأولى التي أسندت للقانون المقارن. فقد جعلت جمعية التشريع المقارن الفرنسية أهم أهدافها "البحث عن الوسائل العملية لإصلاح مختلف فروع التشريع".

وعموما، فهذا الإصلاح يتم غالبا باعتماد إحدى الطريقتين: اللجوء إلى اقتباس مقتضيات أو قوانين أجنبية ونقلها ضمن القانون الوطني؛ أو اللجوء إلى الدراسة المقارنة بهدف تخير أنسب الحلول وأكثرها ملاءمة.

المطلب الأول الإصلاح والتطوير عن طريق الاقتباس

يعتبر الاقتباس عن القوانين الأجنبية ظاهرة قديمة؛ فقد كشف لنا تاريخ القانون عن انتشار النظم القانونية في مناطق غير تلك التي نشأت فيها، حيث انتشر القانون الروماني في أوروبا، وانتشر القانون الانكليزي في أمريكا الشمالية وبعض الأقطار الأخرى، وانتشرت الشريعة الإسلامية في مجموع الدول الإسلامية.

(20) وقد فصلنا المسألة في بحث لنا بعنوان "الحوز في التبرع بعقار محفظ: محاولة لرفع الالتباس والخلط بين شكلية النفاذ ومستلزمات الشرط؛ منشورات سلسلة المعرفة القانونية، الطبعة الأولى، 1431هـ، 2010م مطبعة الأمنية الرباط. وكان ذلك مناقشة منا أيضا لمشروع مدونة الحقوق العينية الذي تبنى حكما مخالفا لطبيعة القيد من حيث هو شكلية نفاذ، ومخالفا أيضا لطبيعة الحوز في التبرع من حيث هو شرط صحة. وانصب البحث على معرفة ما إذا كان تسجيل سند التبرع بالرسم العقاري يفني عن معاينة البيئة للحيازة المادية الفعلية في التبرعات ويقوم مقامها - كما ذهب إلى ذلك رأي نعتبره غير صائب - أم لا بد أولا من توافر شرط الحوز ومعاينة البيئة له لتعتبر صحيحة أو تامة، ثم بعد ذلك تسجيل سند التبرع بالرسم العقاري لكي ينتج آثاره في مواجهة الغير وكذا فيما بين المتبرع والمتبرع له وخلفهما، وهو الحل الذي نعتبره موافقا للمقتضيات الموضوعية والشكلية المنظمة للتبرع بعقار محفظ.

ومنذ النصف الثاني من القرن التاسع عشر نشطت عملية الاقتباس بشكل كبير؛ وتبعاً لذلك انتشرت القوانين الأوروبية في الشرق الأوسط والشرق الأدنى وفي إفريقيا الشمالية، واستمر هذا الانتشار إلى يومنا هذا. فقد تحقق هذا الاقتباس في البداية عن طريق الاستعمار حيث كان المستعمر يقتبس - عن بينة واختيار - قوانينه لتطبق في الدول المستعمرة. وكذلك فعل مشرع هذه الدول بعد الاستقلال؛ حيث ظل الاقتباس الوسيلة الأساسية لإعداد التشريعات وتقريبها من غيرها.

ومن جهة أخرى فقد اتخذتها الدول النامية وسيلة لتطوير تشريعها بهدف تأطير التنمية الاقتصادية والاجتماعية. كما اتخذتها منهجاً لتقريب تشريعها من تشريعات الدول التي ترتبط معها بعلاقات تجارية. وقد تم ذلك أحياناً عن طريق نقل القوانين الأجنبية؛ أو عن طريق طلب الخبرة القانونية من الأجانب الذين تمت الاستعانة بهم في إعداد القوانين الجديدة، كما حصل في كثير من الدول العربية التي استعانت بفقهاء من دول عربية أخرى كالسنهوري والأسيوطي؛ أو من دول غربية كسانتيلانا (SANTILLANA) والامبير (ELAMBERT) وجوسران (JOSSEAND). وهذا ما حصل أيضاً في دول أوروبا الشرقية بعد سقوط جدار برلين حيث استعانت بخبرة الاتحاد الأوروبي، وكذا في جمهورية روسيا وغيرها من الدول، كما ستوضح ذلك من خلال تحليل التحولات التي عرفتها العائلة الاشتراكية.

وفي المغرب فقد اقتبس المشرع من القوانين الأجنبية قواعد الالتزامات والعقود، وقواعد الشهر العقاري، وقواعد القانون التجاري، بل حتى تقنيات العقود كما هو الشأن بالنسبة للعقود ذات الأصل الأنجلو أمريكي إلخ...

ولم يهتم البحث الحقوقي والاجتماعي بهذه الظاهرة إلا منذ بداية القرن الماضي، لاسيما بعد أن اقتبست تركيا، على عهد كمال أتاتورك سنة 1926، القانون المدني السويسري والقانون الجنائي الإيطالي.

وانطلاقاً من التراكم الحاصل في هذا المجال، نلاحظ اختلاف الأنظار حول ظاهرة اقتباس القوانين المدنية الأجنبية؛ فهي ظاهرة غير صحية في نظر علم الاجتماع القانوني لأنها، وبكل بساطة، لا تستجيب للتعريف السوسولوجي للقانون من حيث هو "مجموعة من القواعد الإلزامية التي تحدد العلاقات الاجتماعية التي تفرضها الجماعة التي ينتمي إليها".

ذلك أن اللجوء إلى قانون أجنبي ونقله ليطبق في مجتمع غير المجتمع الذي وضع فيه يظهر أنه يخالف ذلك التعريف. وعموماً، فإن علم الاجتماع القانوني- على نحو ما أكده " ج. كاربونييه (J.CARBONNIER) - لم يتوصل بعد إلى تعريف دقيق (*définition rigoureuse*) لهذه الظاهرة يمكن من الدراسة الشمولية لمختلف تجارب اقتباس القوانين الأجنبية. إذ من المحقق أن لكل تجربة خصوصيتها التاريخية.

أما في نظر رجل القانون المقارن فهي ظاهرة صحية لأنها، وهي تعكس وحدة العقل البشري، ووحدة الروح الإنسانية، تمكن من توحيد القوانين وانسجامها، وهي الغاية الرئيسية للقانون المقارن في نظر فقهاء القانون المقارن في الوقت الحاضر.

وسنخصص لهذه الظاهرة محاضرات خاصة من زاوية القانون المقارن مع حصر موضوعها في القوانين المدنية والتجارية. وبالتحديد قانون الالتزامات والعقود، وقانون التحفيظ العقاري، ومدونة القانون التجاري

المطلب الثاني

الإصلاح والتطوير عن طريق الدراسة المقارنة

تعتبر هذه الطريقة هي الأصل في تطوير القوانين الوطنية؛ وهي مبنية على دراسة القوانين الأجنبية والمقارنة بينها بغية تخير أنسب الحلول وأكثرها ملاءمة للمجتمع المراد التشريع له.

وقد اتبعت هذه الطريقة منذ القديم من لدن بعض المشرعين أمثال مشرع الألواح الإثني عشر؛ وصولون مشرع أثينا. وابتعها كثير من المشرعين في العصر الحديث.

ففي فرنسا مثلاً لم يكن هناك أي تأثير للقوانين الأجنبية غير الفرنسية على مدونة نابليون، لأن المدة التي منحت للجنة كانت قصيرة جداً ولم تسمح لها بالقيام بالدراسة المقارنة المنشودة، ولأن ما كان موجوداً من التشريعات في أوروبا لم يكن من حيث صياغته أو مادته على درجة تسمح بأن يكون نموذجاً يحتدى.

لكن مع صدور مدونات أوروبية بعد مدونة نابليون خلال القرن التاسع عشر أخذت تظهر أهمية دراسة القوانين الأجنبية. ولهذا الغاية أحدث أول كرسي في الموضوع "بالكوليج دو فرانس سنة 1831 (*chaire d'histoire générale et philosophique des législations comparées*). كما تأسست سنة 1869

أول جمعية للاعتناء بالقانون المقارن والدراسة المقارنة وسميت بنفس الاسم أي "جمعية التشريع المقارن". كما خلقت وزارة العدل سنة 1876 لجنة خاصة تعنى بدراسة التشريعات الأجنبية (*Comité de législation comparée*) وتطور الوضع منذ أواخر القرن التاسع وبداية القرن العشرين نحو الاعتراف الصريح بمنهج القانون المقارن كأهم وسيلة لتطوير القانون الوطني بزعامة الفقيه الفرنسي المشهور "سالي"؛ بل تطور بشكل متميز خلال القرن العشرين حيث أصبح الفقهاء يتحدثون عن مدرسة فرنسية متميزة للقانون المقارن.

من وجهة نظر أخرى، فقد أصبحت هذه الطريقة مألوفة اليوم لدى المشرع الفرنسي. ونكتفي هنا - للتدليل على حضور الدراسة المقارنة في إعداد وإصلاح وتطوير القانون الفرنسي - بالإحالة على الموقع المتميز الذي خصصه مجلس الشيوخ الفرنسي (SENAT) للدراسات التشريعية المقارنة التي يقوم بها (*Etudes de législation comparée*).

وهناك أمثلة أخرى مستقاة من التجربة المصرية في تنقيح المدني؛ وكذا من التجربة العربية في تدوين قانون موحد للتسجيل العقاري على النحو الذي سنوضحه في فقرة لاحقة من هذا الدرس.

المطلب الثالث

الجمع بين الطريقتين

في الوقت الذي لا نعارض فيه اللجوء إلى طريقة الاقتباس من القوانين الأجنبية؛ فإننا نرى أنه يجب أن يتم بناء على دراسة معمقة تشمل الموضوع المراد التشريع له - لأن الحكم على الشيء فرع من تصوره - كما تشمل القانون المقتبس منه؛ أي نحن مع الاقتباس الواعي؛ أي الاقتباس المبني على توظيف الدراسة المقارنة.

لهذه الغاية نقترح المقارنة على مستوى أفقي؛ أي مقارنة القانون الوطني بغيره من القوانين الأجنبية النافذة، وخاصة منها القوانين الحديثة؛ وكذا مع المواثيق الدولية.

وإن التنقيب في أحكام وقرارات محاكم الموضوع بالخصوص يفيد أن القضاة أنفسهم يستفيدون كثيرا من الحلول المعتمدة في القوانين الأجنبية، لاسيما تلك التي يقول بها الفقه أو يعتمدها القضاة.

والأمثلة على ذلك كثيرة، نذكر منها على الخصوص لجوء بعض محاكم الموضوع إلى الفقه الأجنبي من أجل سد ثغره في القانون المغربي بخصوص تعريف وتنظيم الوعد بالبيع؛ ولجوء الفقه والقضاء إلى القانون المقارن من أجل تفسير الفصل 54 من ظل.ع. تفسيراً يسمح بإقرار النظرية الحديثة في الغبن أو الغبن الاستغلالي.

ومن ثم نقترح أيضاً أن ينصب الاهتمام أيضاً على المواثيق الدولية وخاصة تلك التي يعتبر المغرب طرفاً فيها إما بالمصادقة أو الانضمام لأنها تعتبر جزءاً من القانون الوطني؛ بل إنها تقتضي من هذا الأخير أن يكون مطابقاً لها أو على الأقل متلائماً معها.

وقد أدت هذه المواثيق دوراً مهماً في تطوير القانون الوطني في عدة مجالات تذكر منها على الخصوص الإكراه البدني في القضايا المدنية، وحقوق كل من الطفل والمرأة، والقضاء على جميع أشكال التمييز، وتجريم مختلف أشكال التعذيب ...

المبحث الثالث

التوحيد

سأعالج في البداية فكرة التوحيد من حيث هي إحدى أهم غايات الدراسة المقارنة للقوانين، ثم بعد ذلك أعرج على تقدير ما تحقق منها على الصعيد العالمي والجهوي.

المطلب الأول

فكرة التوحيد

لقد أضحت مهمة الدراسة المقارنة للقوانين هي تحقيق التوحيد أو المطابقة بين القوانين على الأقل التقريب بين التشريعات أو ملاءمتها. فقد نادى كثير من فقهاء القانون المقارن بأن الغاية من هذا العلم المنهاجي هي توحيد القوانين. لكنهم اختلفوا، على مدى القرن العشرين، حول القوانين المراد توحيدها، مثلما اختلفوا حول المجالات المعنية بهذا التوحيد وحدوده وأدواته ومناهجه.

وليست هذه الدعوة وليدة القرن العشرين، بل تعتبر من الغايات الأولى. ففضلاً عن حصر المقارنة في القوانين المتقاربة أو المصنفة ضمن عائلة واحدة، فقد اتخذ التوحيد كغاية للمقارنة بين القوانين المختلفة في صياغتها أو في فلسفتها أو في بنياتها، كما هو الشأن في الدراسات

المقارنة التي اعتمدت في القرن التاسع عشر لتقريب قوانين الدول العربية بقوانين المستعمر الأوروبي.

ومن جهة أخرى لا تقتصر مظاهر أو أشكال التوحيد على توحيد القوانين بين الدول أو التوحيد الخارجي؛ بل هناك التوحيد الداخلي الذي تقتضيه طبيعة الدولة الاتحادية أو الفدرالية كما هو الشأن بالنسبة للولايات المتحدة الأمريكية والاتحاد السوفياتي سابقا؛ أو تقتضيه غاية القضاء على تعدد القوانين في الدولة الواحدة كما حصل في عدد كبير من دول أوروبا خلال القرن التاسع عشر؛ وكما حصل في المغرب بعد الاستقلال مع منتصف ستينيات القرن العشرين بموجب القانون رقم 3.64.

وقد اتخذت الدعوة إلى التوحيد الخارجي نفسه عدة أشكال؛ فإلى جانب التوحيد العالمي أو الكوني، هناك التوحيد الجهوي أو المجموعاتي (مثلا بين دول الاتحاد الأوروبي، بين الدول العربية بين دول الخليج).

وقد عرفت هذه الدعوة عدة تطورات منذ بداية القرن العشرين.

ففي البداية دعا كل من "لامبير" و"سالي" إلى إعداد قانون عالمي موحد للأمم المتحدة كما بينا ذلك في أكثر من مناسبة. وقد تحققت هذه الفكرة في عدد من المجالات كالتشغل والنقل الجوي والأوراق التجارية. كما أحدثت بعض المنظمات التي تعنى بهذا التوحيد كمعهد توحيد القانون الخاص والأكاديمية الدولية للقانون المقارن والجمعية الدولية للقانون الجنائي.

لكن ظروف القرن العشرين ولدت عدة عوائق أمام غاية التوحيد؛ ففي الثلاثينيات صعدت الأنظمة الشمولية إلى الحكم في عدد من الدول، وهي التي أدت إلى الحرب العالمية الثانية. وبعد انتهاء هذه الحرب ظهرت عوائق أخرى لعل أهمها هو الحرب الباردة التي تمثلت على الصعيد القانوني في المواجهة بين معسكرين قانونيين غير منسجمين هما المعسكر الليبرالي والمعسكر الاشتراكي. كما أن استقلال عد من الدول التي كانت خاضعة للاستعمار ساهم في تعطيل؛ ولو مؤقت؛ لغاية التوحيد نظرا لما ترتب عنه من زيادة في عدد الدول الجديدة وتقوية لمفهوم الدولة الوطنية.

وهذا ما جعل فقهاء القانون المقارن أكثر حذرا في مجال التوحيد؛ حيث ركزوا على الكيفية التي ينبغي أن تم بها. وبتعبير (R.DAVID) - أحد

كبار فقهاء القانون المقارن في القرن العشرين - الذي تساءل قائلًا: "ليس المشكل هو معرفة هل يجب تحقيق التوحيد الدولي للقانون، بل هو كيف سيتم" (*le problème n'est pas de savoir si l'unification internationale du droit se fera, il est de savoir comment ils se fera*)

ومن جهة أخرى، فقد أضحت مهمة التوحيد الدولي في الحقيقة مهمة دبلوماسية أكثر منها مهمة قانونية؛ بمعنى أنها لم تعد شأن فقهاء القانون المقارن، الذين انشغلوا بقضايا نظرية ومنهجية أخرى (كما يتجلى ذلك من الأدبيات المنشورة خلال النصف الثاني من القرن العشرين)، بقدر ما أصبحت مهمة دبلوماسيين يقومون بها على صعيد الأمم المتحدة، موظفين لها أو مستعنيين في تحقيقها بخبراء في الدراسة المقارنة. وقد أدت إلى عدد من المواثيق الدولية خاصة في مجال حقوق الإنسان وفي مجال التجارة الدولية.

وإذا كان التوحيد قد تجسد في بعض الاتفاقيات الدولية أو الجهوية أو حتى الثنائية المتعلقة ببعض المجالات، فإنه يظل مع ذلك هدفًا مثاليًا. ولذا وقع الاكتفاء بالعمل على تحقيق الانسجام والتقارب بين التشريعات، وجعله إحدى مقومات التعاون أو التبادل الاقتصادي إما على الصعيد الجهوي أو على الصعيد العالمي. وهكذا فقد نصت، مثلاً، اتفاقيات الشراكة التي تربط الاتحاد الأوروبي بغيره من الدول على ضرورة تقرب تشريعات هذه الدول من تشريعات الاتحاد في جميع المجالات التي تشملها تلك الاتفاقيات (انظر مثلاً المادة 52 من اتفاقية الشراكة التي تربط المغرب بالاتحاد الأوروبي).

وقد تطور مفهوم التوحيد تحت تأثير تطور حقوق الإنسان والتزام الدول المكونة للمنظم الدولي بمطابقة قوانينها أو على الأقل ملاءمتها مع المواثيق الدولية لحقوق الإنسان.

فمفهوم المطابقة (*conformité*)، يؤدي إلى إحدى النتيجتين: إما المطابقة أو عدمها، كما يقتضي ترجيح المواثيق الدولية أو أولويتها على القانون الداخلي، ويستتبع عدم التحفظ، علماً أن التحفظات أو التصريحات، على بعض المواثيق المصادق عليها أو المنضم إليها، تغلب دائماً القانون الداخلي، مدوناً كان أو غير مدون، على الاتفاقيات الدولية. وفضلاً عن ذلك، فهو قد يؤدي أيضاً شأنه شأن مفهوم التوحيد (*unification*) الذي نادى به

فقهاء القانون المقارن، إلى إيجاد نظام وحيد يقطع الصلة مع ما هو موجود، بل ويفرض نظاماً جديداً قد يكون مفروضاً على الدولة المستقبلية وقد يكون بناءً على اختيار منها.

أما الملاءمة (*harmonisation*) أو الاكتفاء بمجرد مراعاة الاتفاقيات الدولية، فتعتبر نتيجة منطقية لقبول مبدأ الاعتراض أو التصريح. وقد استقر القانون الدولي على اعتبار التحفظات مبدأً مساعداً للاتفاقيات الدولية بوجه عام، فهي وسيلة تتمكن بها الدول من أن تتعاون فيما بينها دون المسلس بمبادئ سياستها وسيادتها ونظامها العام. وهذا ما نلاحظه في المرونة التي تعتمدها الاتفاقيات الدولية نفسها في صياغة مقتضياتها. ويؤدي تبني هذا المفهوم إلى نتائج مخالفة للأولى؛ لأنه لن تكون هناك هناك قطيعة مع ما هو موجود، ولن يكون هناك إلغاء أو إقصاء لخصوصيات النظام المستقبل أو المتلقي. بل تغني هذه الخصوصيات ما هو متواضع عليه عالمياً كما هو الشأن بالنسبة لمفهوم "الكفالة".

وهي نفس النتائج التي يقتضيها مفهوم كل من التقريب (*rapprochement*) أو الالتقائية (*convergence*) في الميدان الحقوقي. وتؤدي هذه المفاهيم إلى الاتفاق حول مجموعة من المبادئ المشتركة وترك الباقي يخضع لظروف كل دولة وخصوصياتها منها الثقافي ومنها الديني ومنها السياسي ومنها غير ذلك. وهذا هو الأسلوب المتبع في صياغة مواد الاتفاقيات الدولية ذات الصلة. وقلما ينتبه لذلك.

المطلب الثاني

التوحيد على الصعيد العالمي

منذ النصف الثاني من القرن التاسع عشر انصب التوحيد بالدرجة الأولى على العلاقات التجارية الدولية. فخلال هذه المرحلة تم اعتماد عدد من الاتفاقيات لتوحيد القواعد والمقتضيات المتعلقة بمجالات مختلفة أهمها: البريد (اتفاقية برن سنة 1875) والملكية الصناعية (اتفاقية باريس لسنة 1883) وحقوق المؤلفين (اتفاقية برن لسنة 1886) والنقل عبر السكك الحديدية (اتفاقية برن لسنة 1890).

واستمرت هذه الحركة التوحيدية بشكل مكثف خلال القرن العشرين، وانصبت، فضلاً على العلاقات التجارية الدولية؛ وكذا على الشغل خاصة بعد إنشاء منظمة الشغل الدولية سنة 1919 التي أصدرت

العديد من الاتفاقيات لتوحيد المقتضيات المتعلقة بالشغل؛ وعلى مختلف مجالات القانون الخاص (المدني والتجاري والقانون الدولي الخاص...). كما انصبت على مجال جديد هو حقوق الانسان منذ النصف الثاني من القرن العشرين.

وتسهر على مهمة توحيد القوانين اليوم على الصعيد العالمي عدة هيآت دولية كل في مجال اختصاصها، نذكر منها على سبيل المثال: منظمة الأمم المتحدة؛ ومنظمة الشغل الدولية؛ ولجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (CNUDCI)؛ وتعرف أيضا بالأونسيترال ترجمة للتسمية الانجليزية المختصرة (UNCITAL)؛ - منظمة اليونسكو؛ ومنظمة الصحة العالمية؛ والمعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص (Unidroit)؛ ومؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص الدولي.

وتساهم في هذه المهمة كذلك، بشكل أو بآخر، عدة هيآت أخرى خاصة ذات طابع دولي "كالغرفة التجارية الدولية" (C.C.I).

وقد تحققت عملية التوحيد بشكل كبير بالنسبة لمجال التجارة الدولية. فتم توحيد المقتضيات المتعلقة بعقود التجارة الدولية بداية بعقد النقل، حيث نلاحظ تعدد وتنوع هذه الاتفاقيات؛ فهناك تلك المتعلقة بالنقل البحري (اتفاقيات بروكسيل وعددها ست اتفاقيات) وتلك المتعلقة بالنقل الجوي (اتفاقية وارسو لسنة 1929 ثم اتفاقية روما لسنة 1933 كما تم تعديلها وتتميمهما) وتلك المتعلقة بالنقل البري (اتفاقية جنيف لسنة 1955) أو عبر السكك الحديدية (اتفاقية برن لسنة 1890 كما تم تعديلها).

ثم امتدت بعد ذلك لعدة عقود أخرى سواء منها العقود المعروفة تقليديا كعقد البيع وعقد المقاولة، أو العقود الجديدة لاسيما تلك التي جرى بها العمل بأمريكا كالتمويل بالإيجار والبيع الدولي للفانورات ونقل التكنولوجيا الإعلامية.

كما شمل التوحيد كذلك مجالات أخرى؛ لدرجة أن الاتفاقيات المتعلقة بها اندمجت في القانون الوطني واتحدت معه كليا كما هو الشأن مثلا بالنسبة للاتفاقيات الخاصة بتوحيد قواعد الأوراق التجارية (اتفاقية جنيف لسنتي 1930 و1931) وتلك المتعلقة بحماية الملكية الصناعية وبحماية حقوق المؤلفين والحقوق المجاورة.

وقد تجاوز العمل التوحيدي الذي قامت به المنظمات المذكورة المقتضيات المتعلقة بالعقود الخاصة التي يجري بها التعامل على الصعيد الدولي، وامتد ليشمل كذلك القواعد العامة المتعلقة بالنظرية العامة للعقد كما يتجلى ذلك في القواعد الموحدة المتعلقة بعقود التجارة الدولية التي أعدها معهد توحيد القانون الخاص.

ولم يقتصر التوحيد على المسائل المتعلقة بالتجارة الدولية، بل شمل ابتداء من منتصف القرن العشرين موضوعا متميزا هو ما أصبح يسمى حقوق الإنسان. وقد سهرت عليه بشكل خاص منظمة الأمم المتحدة، بحيث اتخذت في الموضوع مجموعة من الاتفاقيات الدولية عالمية المنشأ والتطبيق؛ منها ما هو متعلق بحقوق الإنسان بوجه عام، كالإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهدين الدوليين المتعلقين من جهة بالحقوق المدنية والسياسية، ومن جهة أخرى بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية. ومنها ما هو متعلق بحقوق فئة معينة من النسل كالمواثيق المتعلقة بالأشخاص الأكثر عرضة للأخطار. منها ما هو خاص بالتطبيق في حالات معينة كتلك المتعلقة بالنزاعات المسلحة.

وقد استفاد القانون المغربي من المواثيق الدولية المتعلقة بالتجارة وبغيرها، وكذا من القوانين الخاصة الموحدة التي أعدها "معهد توحيد القانون الخاص" أو "لجنة الأمم المتحدة للتجارة الدولية" أو "مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص". بل ويعتبر طرفا في كثير منها أو موقعا عليه.

فمن اتفاقيات لجنة الأمم المتحدة للتجارة الدولية نذكر على سبيل المثال اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها لسنة 1958 حيث يعتبر المغرب طرفا فيها منذ سنة 1959؛ واتفاقية الأمم المتحدة للنقل البحري للبضائع والمعروفة اختصارا بقواعد هامبرغ لسنة 1978.

ومن اتفاقيات معهد توحيد القانون الخاص، وقع المغرب على عدد من الاتفاقيات التي أعدها هذا المعهد، نذكر منها الاتفاقية الدولية المتعلقة بعقد النقل لسنة 1973؛ والاتفاقية الدولية المتعلقة بالنيابة في عقد البيع الدولي للبضائع لسنة 1983؛ اتفاقية معهد توحيد القانون الخاص المتعلقة بالتمويل بالكراء (*leasing*) الدولي لسنة 1988؛ اتفاقية معهد توحيد القانون الخاص المتعلقة بشراء الفاتورات (*factoring*) الدولي لسنة 1988.

ومن اتفاقيات مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص، نذكر أن المغرب أصبح عضواً في هذا المؤتمر ابتداءً من تاريخ 06 شتبر 1993 بالانضمام إلى النظام الأساسي للمؤتمر لسنة 1955؛ كما انضم إلى اتفاقية فاتح مارس 1954 المتعلقة بالمسطرة المدنية؛ واتفاقية 19 أكتوبر 1996 المتعلقة بالاختصاص والقانون المطبق والاعتراف والتنفيذ التعاون في مجال مسؤولية الأبوين وإجراءات حماية الأطفال. فضلاً عن ذلك فقد وقع على اتفاقية 25 أكتوبر 1980 المتعلقة بتسهيل اللوج الدولي إلى القضاء بتاريخ 16 شتبر 1981.

ومن جهة ثانية يعتبر المغرب طرفاً في جل المواثيق الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان والقانون الإنساني الدولي. كما تعهد، في أكثر من مناسبة بالعمل على مطابقة قانونه مع هذه المواثيق، أو على الأقل ملاءمته لها؛ علماً أن المغرب قد أكد - منذ سنة 1992 في ديباجة دستوره المراجع آنذاك على - "أن المملكة المغربية... تؤكد تشبثها بحقوق الإنسان المتعارف عليها عالمياً". وقد أضاف إليها تصدير الدستور الجديد لسنة 2011 التزام المغرب بـ "جعل الاتفاقيات الدولية، كما صادق عليها المغرب، وفي نطاق أحكام الدستور، وقوانين المملكة، وهويتها الوطنية الراسخة، تسمو، فور نشرها، على التشريعات الوطنية، والعمل على ملاءمة هذه التشريعات، مع ما تتطلبه تلك المصادقة". مع التأكيد، ولأول مرة في تاريخ المراجعات الدستورية على اعتبار "هذا التصدير جزءاً لا يتجزأ من هذا الدستور". كما نص في الفصل 19 منه: "يتمتع الرجل والمرأة، على قدم المساواة، بالحقوق والحريات المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والبيئية، الواردة في هذا الباب من الدستور، وفي مقتضياته الأخرى، وكذا في الاتفاقيات والمواثيق الدولية، كما صادق عليها المغرب، وكل ذلك في نطاق أحكام الدستور وثوابت المملكة وقوانينها".

المطلب الثالث

التوحيد على الصعيد الجهوي

لا يقتصر دور الاتفاقيات الدولية، على توحيد المقتضيات ذات الطابع العالمي فقط، بل شمل أيضاً الاتفاقيات ذات الطابع الجهوي. وقد أدت هذه الأخيرة دوراً كبيراً في تطوير القوانين الداخلية للدول المكونة لهذه

المجموعة أو تلك من المجموعات الجهوية؛ كما سيتضح لنا من خلال دراسة وتقييم تجربتي الاتحاد الأوروبي التجارب العربية.

أولاً: الاتحاد الأوروبي

لقد أثرت الاتفاقيات وغيرها من الآليات القانونية التي اعتمدها الاتحاد المذكور (règlements ; directives ; décisions et recommandations) على القوانين الداخلية للدول المكونة له. وقد غطت جميع المجالات التجارية والاقتصادية والحقوقية والقضائية والدستورية.. ومن مجموعها تكون القانون المجموعاتي (le droit communautaire). وسيتم التطرق إلى جميع مجالات هذا القانون ضمن تقييم شامل لهذه التجربة الفريدة فيما يستقبل من الدروس والعروض.

وفي المجال المدني بالتحديد؛ فقد انتهى المطاف بالأوروبيين بعد معالجة مختلف موضوعات القانون المدني، إلى صياغة مبادئ موحدة تتعلق ببعض موضوعات القانون المدني. وتظل الغاية هي إعداد قانون مدني أوروبي. وهي الغاية التي تضافرت حولها جهود فقهاء القانون المدني وكذا خبراء الاتحاد الأوروبي حول الموضوع.

ثانياً: التجارب العربية

إن أول ما نلاحظ في هذا الباب هو تواضع التجارب التوحيدية على صعيد اتحاد المغرب العربي؛ فيما نسجل تقدماً على مستوى كل من مجلس التعاون الخليجي وكذا على مستوى جامعة الدول العربية حيث غطت عملية التوحيد جميع مجالات القانون المدني؛ وغيرها من المجالات الأخرى.

فعلى صعيد جامعة الدول العربية هناك قانون عربي موحد للأحوال الشخصية، وقانون عربي موحد للتسجيل العقاري، وقانون مدني عربي موحد. وذلك إلى جانب التجارب التوحيدية في المجالات الأخرى القضائية منها والتجارية والجنائية... وغيرها مما سيتم التطرق له ضمن تقييم شامل لهذه التجربة فيما يستقبل من الدروس والعروض.

وعلى صعيد مجلس التعاون الخليجي هناك أيضاً توحيد شامل لجميع المجالات المدنية والتجارية والقضائية وغيرها... وهي منشورة على موقع المجلس على الانترنت.

وأهم عمل في مجال المقتضيات المدنية هو "وثيقة الكويت للنظام (القانون) المدني الموحد لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية" المعتمدة من لدن وزراء العدل في الدول المذكورة خلال اجتماعهم السابع بتاريخ 9/7 أكتوبر 1997. (غير منشورة على موقع المجلس على الانترنت). ولكن أهم ما يميز هذه التجارب التوحيدية، سواء منها تلك التي تمت في إطار جامعة العربية أو في إطار مجلس التعاون لدول الخليج العربية، هو طبيعتها الاستشارية وغير الملزمة. فقد تم إعداد القوانين الموحدة المذكورة لتكون قوانين نموذجية يحتدى بها من طرف الدول الأطراف، وليست ملزمة لهم بحيث لا يتعين عليهم مطابقة قوانينهم الوطنية معها.

الفصل الثالث

مضمون درس القانون المقارن

يعد القانون المقارن من أهم المواد الداعمة للتكوين المعمق والبحث العلمي في مختلف مجالات القانون والشرع الإسلامي، كما سيتضح لنا من خلال رصد وضعيته (المبحث الأول)؛ وهي الوضعية التي حاولنا تطويرها والنهوض بها من خلال هذا الماستر (المبحث الثاني).

المبحث الأول

وضعية القانون المقارن

لرسم معالم وضعية القانون المقارن في المغرب، لن نقتصر على بيان مكانته في النظامين التعليميين الحقوقي والشرعي على السواء (المطلب الأول)؛ بل سنقوم أيضا برصد مكانته في الممارسة المغربية خاصة منها ما يتعلق بالبحث العلمي في المجال القانوني (المطلب الثاني).

المطلب الأول

في التعليم القانوني والشرعي

تبعاً لازدواجية أو تعددية القانون في المغرب؛ هناك أيضاً ازدواجية أو تعددية في التكوين القانوني؛ فمن جهة هناك التكوين في القانون العصري إلى جانب التكوين في الشريعة الإسلامية. ومن جهة أخرى هناك التكوين النظري الذي تقدمه الكلية إلى جانب التكوين العملي الذي يقدمه المعهد العالي للقضاء بالنسبة للقضاة والتدريب بالنسبة للمحاميين.

أولاً: في كلية الحقوق

1 - على مستوى سلكي الإجازة

الملاحظة العامة على النظامين السابقين "للإجازة في الحقوق" وكذا على الصيغة الأولى لنظام "الإجازة في الدراسات الأساسية" في إطار ما بات يعرف اختصاراً بـ (L.M.D) هي غياب تدريس مادة القانون المقارن.

والإمكانية الوحيدة المتاحة كانت هي توظيف مادة "المدخل لدراسة القانون" من لدن بعض الأساتذة - عن حق - لتلقين طلبة الحقوق دراسة تمهيدية لمختلف النظم القانونية العالمية.

ولهذه الغاية كنا نخصص درسا يتناول "مكانة القانون المغربي بين الأنظمة القانونية العالمية" ضمن دروسنا حول مادة "المدخل لدراسة القانون". وفي هذا الاتجاه سار أيضا كل من محمد الشرفي وعلي مزغني من تونس؛ ومحمد جلال السعيد من المغرب. أما باقي دروس المادة، سواء في المشرق أو المغرب، فلم تلتفت إلى المسألة وظلت تقدم لقانون معين وكأنها تقدم للقانون في ذاته.

وبالرغم من غياب تدريس مادة القانون المقارن؛ فإن الدراسة المقارنة مع قوانين أجنبية وكذا مع الفقه الإسلامي كانت حاضرة بشكل مكثف من خلال الدروس والمحاضرات. وكانت دائرتها تتسع أو تضيق حسب التمكن من لغة أخرى غير اللغة التي يُشْرَحُ بها القانون أو يُحَاضَرُ بها على الطلبة. وهو نفس الوضع بالنسبة للبحث القانوني كما سيأتي.

ولطالما ناديت²¹ بإحداث مادة القانون المقارن خاصة على مستوى السنة النهائية من الإجازة. فبعد أن أخذ الطالب معلومات أساسية حول قانونه الوطني خلال السنتين الأولى والثانية؛ فإنه يحتاج في السنة الأخيرة إلى الانفتاح على القوانين الأجنبية، رعيًا لالتزامات المغرب على مختلف الأصعدة العالمية والجهوية والثنائية أيضا.

فلا بأس من تلقين الطلبة معلومات أساسية حول مختلف النظم القانونية الكبرى في العالم؛ وكذا حول القوانين الأوروبية والعربية نظرا للعلاقات المتميزة التي تربط المغرب بغيره من الدول سواء في إطار الجامعة العربية أو في إطار الاتحاد الأوروبي. بل إن الوضع المتقدم الذي تم

(21) من خلال دروسي في المواد التالية: "المدخل لدراسة القانون"، بسلكي الكفاءة والإجازة؛ "القانون المدني المقارن" و"القانون التجاري المقارن" بالسلك الثالث في ظل نظام "دبلوم الدراسات العليا المعمقة"؛ و"القانون المقارن" بسلك الماستر في العلوم القانونية. انظر بصفة خاصة ص. 52 من *الدرس الافتتاحي* المطبوع الذي ألقيته على طلبة الماستر في العلوم القانونية لتقديم "وحدة القانون المقارن"؛ منشورات سلسلة المعرفة القانونية، الطبعة الأولى، 1430هـ، 2009م مطبعة الأمنية الرباط.

الاعتراف به للمغرب في إطار علاقاته مع الاتحاد الأوروبي يفرض علينا التعرف بعمق على القانون المجموعاتي الأوروبي. وقد أدمج هذا الدرس في التنظيم الذي اعتمد للإجازة في الدراسات الأساسية، ابتداء من السنة الجامعية 2010 - 2011، تحت اسم مادة "القانون المقارن" ضمن برنامج السنة النهائية من منطلق خاص هو اعتبارها أداة للبحث؛ كما حصر مضمونها في عنصرين اثنين هما: "القانون المجموعاتي والنظم القانونية الدولية". لكن الحرية الممنوحة للمؤسسات الجامعية في تكييف برنامج السنة النهائية قد يحد من تنفيذ هذه المادة بحسب التصور الذي قد يكون عنها.

لكن، وللأسف الشديد، وقع التراجع عن هذا الاختيار في التنظيم الجديد الذي اعتمد للإجازة في الدراسات الأساسية، ابتداء من هذه السنة الجامعية، أي 2014 - 2015، بحيث لم يعد لهذه المادة وجود قانوني في الإجازة. وهو موقف منتقد. لذا فنحن نتطلع نحو بعث هذه المادة من جديد نظرا لأهميتها المنوه عنها أعلاه. وفي انتظار إدراك هذه الأهمية يستحسن توظيف أحد دروس مادة "المدخل لدراسة القانون" من أجل الانفتاح على النظم القانونية الكبرى.

2 - دبلوم القانون المقارن

لقد سبق أن تعززت مكانة القانون المقارن عندنا بالإصلاح الذي أدخل على نظام الشهادات التي تسلمها الجامعة المغربية خلال الثمانينات من القرن الماضي حين أحدثت المشرع دبلوما خاصا به وسمي باسمه؛ أي "دبلوم القانون المقارن"؛ درس فيه الأستاذ الفرنسي المشهور أندريه تونك (A.TUNC) المدخل لدراسة القانون المقارن والتعريف بالقانونين الانجليزي والأمريكي؛ كما درس فيه عدد من مشاهير القانون بفرعيه العام والخاص من الفرنسيين والمغاربة.

لكن توقف العمل بالتكوين من أجل نيل هذا الدبلوم مدة وجيزة بعد إحداثه. ونتمنى أن يتم إحيائه تعميما للفائدة وتحقيقا للغايات والفوائد الجليلة التي نجنيها من وراء دراسة القانون المقارن. ومن الممكن، في ضوء المقتضيات الحالية لنظام (L.M.D)، إحداث ماستر حول القانون المقارن يتخصص فيه الطلبة بعد حصولهم على الإجازة في الحقوق.

3 - على مستوى السلك الثالث

أ - قبل تحرير التكوين: لقد كان أول تنظيم، بعد الحصول المغرب على استقلاله، للدروس والامتحانات قصد الحصول على دبلوم الدراسات العليا والدكتوراه في الحقوق ينص على درس حول "القانون المقارن" في جميع الاختيارات التي كان يتكون منها برنامج الدراسات لنيل "دبلوم الدراسات العليا في الحقوق".

ففي السنة الأولى كان المشرع ينص على شهادة خاصة في القانون المدني تسمى "شهادة الدراسات العليا في القانون المدني" يعتبر الحصول عليها شرطا أساسيا للترشيح لدبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص وبالتالي لتحضير الدكتوراه الدولة بعد ذلك. وخلالها كان الطالب يتلقى تكوينا في "القانون المدني المقارن".

وفي السنة الثانية منحت للطالب إمكانية الاختيار من بين عدة تكوينات في القانون الخاص. وخلالها كان يتلقى درسا في القانون المقارن حسب التخصص المختار وهو إما "القانون التجاري المقارن" أو "القانون الجنائي المقارن" أو "القانون القضائي المقارن" أو "القانون الدولي الخاص المقارن".

لكن الملاحظ من الناحية العملية، ونظرا لقلّة عدد الأساتذة المؤطرين، فقد استقرت الممارسة على اختيار واحد هو "شهادة الدراسات العليا في قانون الأعمال"، بعد الحصول على "شهادة الدراسات العليا في القانون المدني". ولم ينفذ من الاختيارات الباقية إلا اختياريين فقط ولمدة سنة واحدة فقط وهما: القانون الجنائي والقانون الدولي الخاص.

أما بالنسبة لتنفيذ درس القانون المقارن؛ ففي القسم الناطق باللغة الفرنسية، غالبا ما كان يتم الاقتصار على إحالة الطلبة على مرجع (R.DAVID) حول النظم القانونية الكبرى المعاصرة. وهو أحد كبار فقهاء القانون المقارن في القرن العشرين²². وكأني بمدربيه يتبنون مقاربة معينة هي المقارنة الشمولية (Macro-Comparison).

(22) *Les grands systèmes de droit contemporains* طبع هذا الكتاب أكثر من مرة. وبعد وفاته اعتنت به الأستاذة (C. JAUFFRET SPINOSI) في الطبعة الحادية عشرة سنة 2002. ونقلت هذه الأخيرة الوصية إلى الأستاذة (Marie GORE) التي أشرفت على الطبعة الثانية عشرة سنة 2015. وقد ترجم هذا الكتاب إلى عدة لغات. وقد كنت شرعت في إعداد مسودة لتعريبه في

وفي القسم الناطق باللغة العربية غالبا ما تم الاقتصار، سواء في كلية الحقوق بالرباط أو في نظيرتها بالدار البيضاء، على توجيه الطلبة نحو الدراسة المقارنة لعدد من القضايا أو الموضوعات سواء في القانون المدني أو في القانون التجاري باعتبارهما التخصصين المعتمدين دون غيرهما؛ وكأني بمدرسيه هنا يتبنون مقاربة مخالفة لما اعتمده أساتذة القسم الفرنسي، وهي المقارنة الجزئية (*Micro-Comparaison*).

ب - بعد تحرير التكوين

- نظام "وحدات التكوين والبحث" (U.F.R)

لقد بدأ هذا التحرير سنة 1997 على مستوى السلك الثالث حيث لم يعد المشرع يحدد المواد التي ينبغي تدريسها من أجل نيل دبلوم السلك الثالث والدكتوراه؛ ولم تعد هذه الأخيرة تسمى "دكتوراه الدولة في الحقوق"، وإنما أصبحت محصورة في تخصص معين تطبيقا لنظام "وحدات التكوين والبحث" الذي جاء به هذا النظام.

فبموجب هذا النظام أصبح "يتم تحضير الدكتوراه ودبلوم الدراسات العليا المعمقة ودبلوم الدراسات العليا المتخصصة في المواد والتخصصات الدخلة في نطاق مهام واختصاص كل مؤسسة معتمدة" (المادة 3). ويتم تحضير الشهادات المذكورة "داخل الشعب المعنية في وحدات للتكوين والبحث [U.F.R] يحدد تأليفها بقرار للسلطة الحكومية المكلفة بالتعليم العالي" (المادة 4). ويجب أن يوضح الملف الوصفي لكل شهادة من الشهادات الثلاث المذكورة المواد التي تدرس للطلبة في إطار التخصص الذي تحضر في إطاره تلك الشهادات وكذا مواضيع الأطروحة وأعمال البحث. ويتسم هذا النظام بعدم تدخل المشرع في تحديد المواد أو مضامينها.

وقد حرصنا ضمن فريق من أساتذة القانون المدني في كلية الحقوق بأكادال، على إحداث "وحدة للبحث والتكوين في القانون المدني المعمق"، عملت من سنة 1998 إلى 2005. وربما وجدت وحدات مشابهة في

ضوء الطبعة الحادية عشرة. وقد أعود لها في ضوء الطبعة الجديدة التي أشرفت عليها (Marie GORE). وقد ظهر هذا الكتاب أول الأمر سنة 1950 تحت عنوان: *Traité élémentaire de droit civil comparé; introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative*, édité par L.G.D. J paru en 1950.

كليات أخرى، غير أننا لم نطلع على مختلف التجارب الوطنية في الموضوع؛ وهي تستحق وقفة بحث وتأمل.

وقد حرصنا على إدماج درس حول "القانون المدني المقارن" ضمن التكوين الذي تمنحه هذه الوحدة. بدأ درسا ثانويا لكن سرعان ما أضحي - منذ الاعتماد الثاني للوحدة - درسا رئيسيا؛ كما أضيف درس خاص باللغة الفرنسية. كما حرصنا على إدماج مادة "القانون التجاري المقارن" ضمن "وحدة قانون المقاوله".

وقد كُلفت بتدريس القانون المقارن في الـوحدتين معا طيلة حياتهما. وحاولت في هذه المهمة الجمع بين المقاربتين معا، أي بين المقارنة الشمولية والمقارنة الجزئية على نحو ما سنوضحه بمناسبة حديثنا حول منهجية تدريس القانون المقارن بسلك الماستر.

- نظام "إ.م.د" (L.M.D)

لقد تكرر عدم تدخل المشرع في تحديد المواد المكونة لبرنامج الدراسة في التعليم العالي في ظل النظام الحالي المعروف اختصارا بـ"إ.م.د" (L.M.D)، سواء على مستوى الإجازة (كما رأينا أعلاه) أو ما بعدها من الشواهد أو الدرجات العلمية (الماستر والدكتوراه) بموجب المقترضات التنظيمية الصادرة في تطبيق القانون المتعلق بتنظيم التعليم العالي.

فاستنادا إلى هذه المقترضات ترك المشرع المجال مفتوحا أمام اجتهاد مجالس الكليات ومراكز البحث ومراكز الدكتوراه المحدثه طبقا للمقترضات الجديدة المنظمة للتعليم العالي. فقد أضحت هذه الهياكل، بتسيق مع الشعب، تحدد مضامين برامج التكوين وفق الشروط المحددة فيما أصبح يسمى بـ"دفتر الضوابط البيداغوجية الوطنية".

وبالنظر إلى هذا الوضع لم يعد بإمكاننا أن نعرف مضامين التكوينات التي تقدمها كليات الحقوق سواء على مستوى الإجازة أو على مستوى الماستر أو على مستوى الدكتوراه. علما أن جميع المعطيات المتعلقة بهذا الموضوع تتمركز لدى "اللجنة الوطنية المكلفة بتسيق التعليم العالي" التي تنظر في طلبات الاعتماد المقدمة للسلطة الحكومية المكلفة بالتعليم العالي. غير أننا حرصنا في كليتنا، وعلى مستوى

الماستر، على إحداث مادة القانون المقارن لدعم التكوين الذي نقدمه من أجل نيل "الماستر في العلوم القانونية".

وننطلق في تأطير الوحدات التي خصصناها لهذه المادة من التصور العام القائم على التمييز بين النظرية العامة للقانون المقارن (أو المقارنة الشمولية)، وتلقن في الفصل الثاني ضمن الجذع المشترك للماستر (وحدة القانون المقارن)؛ وبين مختلف فروع القانون الخاص المقارن حيث يتم التركيز على المقارنة الجزئية، وتلقن ضمن الفصل الرابع وعلى حسب الاختيارات التي يتفرع إليها الماستر المذكور وهي: القانون المدني؛ حيث يتم تدريب الطلبة على الدراسة المقارنة في القانون المدني؛ وقانون الأعمال حيث يتم تدريب الطلبة على الدراسة المقارنة في مختلف مجالات قانون الأعمال؛ والقانون الجنائي حيث يتم تدريب الطلبة على الدراسة المقارنة في القانون الجنائي.

والحاصل أن "الماستر في العلوم القانونية" كان يتوفر، في صيغته الأولى 2006-2009، على أربعة وحدات حول القانون المقارن؛ لكل واحدة منها مضمونها الخاص. أما الأهداف فهي مشتركة بينها على نحو ما سنبيئه في المبحث الموالي.

لكنه أصبح، في صيغته الجديدة المعتمدة منذ السنة الجامعية 2009-2010، يخصص الفصل الرابع، من كل اختيار من اختياراته الثلاثة، للتدريب على البحث من جهة؛ ولإعداد ومناقشة "مذكرة نهاية الدراسة" من جهة أخرى؛ ويؤطره كل أستاذ يشرف على مجموعة من الطلبة الباحثين. ويتضمن، فضلا عن عملية الإشراف، التدريب على توظيف مناهج البحث في العلوم القانونية بما فيها التدريب على الدراسة المقارنة، والتدريب على التحرير والكتابة، والتدريب على التوثيق عاديًا كان أو إلكترونيًا.

ثانيا: التكوين في الشريعة الإسلامية

1 - في كلية الشريعة

كان المشرع ينص بالنسبة للإجازة (كانت تسمى الإجازة العليا الكلية الشريعة أو ليسانس في الشريعة) على مادة بكلية الشريعة تسمى "الدراسة المقارنة للمذاهب" (ساعة في الأسبوع خلال السنة الأولى ثم

ساعتين في الأسبوع خلال السنة الثانية ثم ثلاث ساعات في الأسبوع خلال السنة الثالثة) (الفصل 4). وقد اعتبرها مادة رئيسية بدليل أن المشرع جعلها مقررة في الامتحانات الكتابية بمعامل مضاعف (الفصل 11).

وقد تم رفع هذه المادة إلى السلك الثاني من الإجازة؛ ففي السنة الثالثة كانت تسمى "الفقه المقارن بالقانون الوضعي" (ساعتان في الأسبوع)؛ وفي السنة الرابعة كانت تسمى "الفقه المقارن بالمذاهب" (ثلاث ساعات ونصف في الأسبوع).

أما على مستوى الدبلوم؛ فقد كان المشرع ينص على شهادتين في الفقه المقارن في "تخصيص الفقه الجنائي" وهما: "شهادة الفقه المقارن في الدماء والحدود" و "شهادة الفقه المقارن في التعازير" (الفصل 25). كما كان ينص في الفصل 27 على مادة للفقه المقارن في باقي التخصصات على النحو التالي:

- "تخصيص الأحوال الشخصية والتبرعات" كانت هناك مادة في السنة الثانية اسمها "المقارنات التشريعية في الوصايا والتبرعات"؛

- "تخصيص المعاملات" كانت هناك مادتان في السنة الأولى هما:

"الشركات في الفقه والقانون" و "العقود في الفقه المقارن"؛

- "تخصيص الحقوق العينية" كانت هناك مادة في السنة الثانية هي

"الحقوق العينية في الفقه المقارن"؛

- "تخصيص التوثيق" كانت هناك مادة في السنة الثانية اسمها

"الإثبات في الفقه والقانون".

وفي ظل المرسوم المذكور أعلاه لسنة 1997، المنظم للدكتوراه و"دبلوم الدراسات العليا المعمقة" و"دبلوم الدراسات العليا المتخصصة"، الذي أسند تحديد مواد التدريس إلى المؤسسات الجامعية؛ كانت هناك وحدة معتمدة بكلية الشريعة بفسل إلى حدود سنة 2002 تحمل اسم "الفقه المقارن". كما كانت هناك بعض الوحدات التي تدرس مادة "الخلاف العالي".

أما في ظل النظام الجديد (LMD) - الذي أسند هو أيضا تحديد مواد التدريس ومضامنها لمجالس المؤسسات الجامعية - فقد تبين لنا، من خلال الملفات الوصفية للتكوينات المعتمدة بكلية الشريعة بفسل، أن المقارنة أضحت منهجا أساسيا في التكوين، وخاصة منها المقارنة بين

الشريعة والقانون. كما تبين لنا أنه تم إدماج كثير من المواد القانونية إلى جانب المواد الشرعية ضمن التكوين الذي تقدمه كلية الشريعة؛ في مقابل التراجع المسجل في تدريس المواد الشرعية في كليات الحقوق، خلافا لما كان عليه الوضع في ظل نظامي "الإجازة في الحقوق" لسنتي 1960 و1978.

2 - في مؤسسة دار الحديث الحسنية

لقد أولى ظهير إعادة تنظيم "مؤسسة دار الحديث الحسنية" لسنة 2005 عناية خاصة للدراسة المقارنة في جميع المجالات: مقارنات الأديان والفقهاء المقارن والقانون المقارن والنظم القانونية. اقتناعا منه بأن هذه الدراسة المقارنة تعتبر أهم وسيلة لتحقيق أهم مقاصد هذا التنظيم التي هي: تجديد الحقل الديني، وإصلاح هياكله، وتأهيل مؤسساته لتكوين أجيال من العلماء القادرين على الاجتهاد، وإعطاء الإسلام الحنيف صورته المشرقة، وتدعيم مكانة المغرب كمنازة مشعة وكمرجعية للفكر الإسلامي السني المالكي الوسطي المعتدل، القائم على الاجتهاد والانفتاح. وهو ما نص عليه الظهير المذكور في الفقرات الرابعة والخامسة والسادسة من ديباجته.

ولأجل تحقيق كل ذلك، اعتبر الدراسة المقارنة عنصرا رئيسيا في التعريف بـ"مؤسسة دار الحديث الحسنية" وتحديد هويتها والمهام المنوطة بها. فهي - بتعبير المادة الثانية منه - "مؤسسة للتعليم العالي والبحث العلمي، يعهد إليها بمهمة تكوين العلماء والباحثين في مجال الدراسات الإسلامية العليا المتخصصة والمعقدة. ويعهد إليها، بالإضافة إلى ذلك، بمهمة تنمية البحث العلمي في مجال العلوم الإسلامية والفكر الإسلامي وعلم مقارنة الأديان والفقهاء المقارن..".

وتبعا لهذه الهوية أناط بها مجموعة من المهام محل الحاجة منها ما نصت عليه المقاطع الثلاثة الأولى من المادة الثالثة منه، وهي:
" - التكوين الأساسي المتخصص في مجال الدراسات والعلوم الإسلامية واللغات وأصول الأديان والدراسات الفقهية المقارنة؛
- تأهيل العلماء تأهيلا علميا معمقا في المجالات المذكورة، بكيفية تجعلهم قادرين على البحث والتأصيل والمشاركة العلمية في معالجة القضايا الفكرية المعاصرة، وحوار الأديان والفقهاء المقارن؛

- تنمية البحث العلمي وتطويره في مجال العلوم الإسلامية
والدراسات العقدية والفقهية المقارنة والاهتمام بصفة خاصة بالتراث
الفقهي المالكي..."

وفضلا عن ذلك أحدث الظهير المذكور دورسا أخرى نعتبرها من
أهم مقومات الدراسة المقارنة وهي: دروس اللغات؛ فإلى جانب اللغات
الشرقية القديمة التي يحتاجها العالم لمقارنة الأديان (العبرية بالخصوص)؛
هناك دروس خاصة باللغات الحية المعتمدة اليوم وخاصة منها الفرنسية
والانجليزية. ونحن نعتبر أن درس اللغة هو الباب الرئيسي الذي نلج منه إلى
معرفة ودراسة القوانين الأجنبية والمقارنة معها أيضا. وبالإضافة إليها
هناك "التفاعل مع مختلف العلوم الإنسانية" أي الفلسفة (وهي أم العلوم)
وعلم الاجتماع ومناهج البحث وعلم المنطق والقانون والنظم القانونية
الأجنبية.

وفضلا عن ذلك كله هناك مواد ينصب التدريس فيها وكذا
البحث والتأطير على الاختلاف في المجال الإسلامي مفهوما وتأسيسا
وتديرا؛ سواء تعلق الأمر بالاختلاف في مجال القرآن والسنة، أو في مجال
الفقه وأصوله.

وبالرغم من سكوت النصوص التشريعية والتنظيمية التي كانت
تؤطر الدراسة في مؤسسة دار الحديث الحسنية قبل ظهير 2005، فإن دروس
"الفقه المقارن" و"الخلاف العالي" و"القانون المقارن" ظلت حاضرة طيلة تلك
المدّة. وقد درسها كبار أساتذة القانون والفقه أمثال: أستاذنا السي أحمد
شكري السباعي، والسعيد بوركبة، وأحمد ابن تاويت، ومحمد الصقلي،
والحسن الزهراوي، وعبد الله الداودي، وعمر المعداني، وأحمد العمراني...
كما ظل الكتاب المعتمد في درس "الخلاف العالي" هو "بداية المجتهد
ونهاية المقتصد" لابن رشد الحفيد. وما أحوجنا اليوم إلى بعث هذه
الشخصية الحقوقية والفلسفية التي وظفت الشريعة الإسلامية بكيفية
متنورة لتوجيه النظر الشرعي على الفلسفة من حيث هي أم سائر العلوم.

ثالثا: تكوين القضاة

لقد أصبح القانون المقارن محط اهتمام رسمي في خطة إصلاح
القضاء منذ أن نبه على ذلك جلاله المغفور له الحسن الثاني في منتصف

تسعينات القرن الماضي حيث قال: "إن المغرب إذا أراد أن يتفتح على العالم يجب أن يكون قضاؤه متفتحا وفي مستوى قضاء العالم. فعلينا أن نراجع تماما تكوين القضاة في هذا البلد، ذلك أنه إذا كان التعريب من المظاهر الأساسية للسيادة، وإذا كانت المغربية تعني الإنصاف اللازم للمغاربة أولا قبل غيرهم، فلا يعني التعريب ولا المغربية أن نعيش في قفص مغلق لا نعرف ما يتعامل به النلس خارج المغرب؛.. سيكون من العار علينا أن لا نعرف إلا نوعا من القانون. توجد في هيئة الأمم المتحدة أكثر من 170 دولة، لكن لماذا يتقصر المغرب على معرفة قانونه فقط ويريد أن لا يطبق على الآخرين إلا قانونه أو مسطرته أو اجتهاده. فعلينا إذن أن نراجع برنامج معهد التكوين وأن ندخل عليه المواد الجديدة، وأن نفتح الباب أمام اللغات الأجنبية بل أن نجعل من لغة أجنبية في الامتحانات شرطا أساسيا للفوز بشهادة التخرج". (من خطابه بمناسبة استقباله لرؤساء الغرف بالمجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) وأعضاء المجلس الأعلى للقضاء الاثنين 24 ذي القعدة 1415 الموافق 24 ابريل 1995)

وبناء عليه أعدت وزارة العدل آنذاك تقريرا تضمن عدة مقترحات بخصوص تدريس القانون المقارن. وهي:

- إفساح المجال لحملة الإجازة من القسم الفرنسي بكلية الحقوق للمشاركة في مباراة الملحقين القضائيين؛

إدخال مواد جديدة لاسيما القانون التجاري اللاتيني والجرماني والأنجلوساكسوني؛

التركيز على اللغات الأجنبية كمادة أساسية.

ولهذه الغاية أدخل المشرع في مباراة الملحقين القضائيين اختبارين في اللغة: الأول كتابي، يستغرق تحريره أربع ساعات، ويشمل ترجمة نصين أحدهما بالعربية والآخر بالفرنسية أو الانجليزية أو الإسبانية وأسئلة تتعلق بفهم النصين ومعامله ثلاثة (6) من مرسوم رقم 967.98.2 بتاريخ 12 يناير 1999). أما الاختبار الثاني فهو شفوي وينصب على قراءة نصين أحدهما بالعربية والآخر بالفرنسية أو الانجليزية أو الإسبانية حسب اختيار المرشح وأسئلة تتعلق بفهم النصين. (المادة 11 من نفس المرسوم). كما أدخل نفس الاختبار في امتحان نهاية تدريب الملحقين القضائيين. فالاختبار الكتابي، ويستغرق تحريره ثلاث ساعات، يتمثل في ترجمة قرار قضائي من العربية

إلى الفرنسية أو الانجليزية أو الإسبانية. (المادة 17 من نفس المرسوم). أما الاختبار الشفوي فهو عبارة عن عرض باللغة الفرنسية أو الانجليزية أو الإسبانية في موضوع اقتصادي أو اجتماعي حسب اختيار المرشح (المادة 18 من نفس المرسوم). وقد احتفظ في التنظيمات الجديدة لمباراة الملحقين القضائيين بالاختبار في اللغة مع تعديله؛ بتخفيض مدته والاقتصار فيه على التعريب فقط.

أما بالنسبة لتدريس القانون المقارن وغيره من الدروس التي سبق أن اقترحت، لاسيما القانون التجاري اللاتيني والجرماني والأنجلوساكسوني؛ فيحتاج إلى الأطر التي يمكن أن تنهض بها. ولربما تمت الاستعانة في هذا المجال بالحلقات الدراسية التي يشارك فيها أو يؤطرها أجنب حول الموضوع. (يستحسن الرجوع أيضا إلى موقع المعهد العالي للقضاء على الانترنت (www.ism.ma) من أجل رصد ومعاينة مكانة القانون المقارن ضمن برامج التكوين بنوعيه الأساسي والمستمر).

المطلب الثاني

في البحث العلمي في المجال القانوني

لقد تواضع الباحثون عندنا على اعتماد المقارنة مع القوانين الأجنبية ومع الفقه الإسلامي. وتتسع دائرة القوانين الأجنبية المعتمدة في المقارنة أو تضيق حسب تمكن الباحث من لغة أخرى غير اللغة يحزر بها.

ففي القسم الناطق باللغة الفرنسية غالبا ما تقتصر المقارنة - في حال اعتمادها كمقاربة في البحث- على القانون الفرنسي. وقد يفتح الباحث على قوانين أخرى حسب درجة تمكنه من لغة أجنبية أخرى غير الفرنسية. وإذا اضطر إلى المقارنة مع الفقه الإسلامي لجأ إلى اعتماد الترجمات الفرنسية لمصنفات الأسلاف أو إلى الدراسات التي أعدت بالفرنسية حول الفقه الإسلامي، وهي كثيرة. (انظرها ضمن الإرشادات الببليوغرافية في محور ترجمة الفقه الإسلامي)

وفي القسم الناطق باللغة العربية غالبا ما تقتصر المقارنة على الفقه الإسلامي والقوانين العربية والقانون الفرنسي، إذا كان الباحث يتقن الفرنسية أو بالواسطة. وغالبا ما يضطر الباحث الذي لا يتقن لغة أخرى غير العربية إلى الاقتصار على المقارنة مع الفقه الإسلامي ومع القوانين العربية.

والمنطلق في ذلك كله هو اعتبار القانون المقارن مرادفا للقانون الأجنبي أو لمجموعة من القوانين الأجنبية، مع أنه ليس كذلك كما سيأتي شرحه فيما بعد.

وتطرح هذه الممارسة عدة قضايا مهمة بالنسبة للدراسة المقارنة؛ تتعلق بما يلي:

- ضبط وتدقيق المصطلح على النحو الذي فصلناه أعلاه؛
- ضوابط اختيار القوانين التي ستتم المقارنة معها على النحو الذي سنشرحه بمناسبة بحث منهجية الدراسة المقارنة؛
- أهمية كل من اللغة والمعاجم القانونية والترجمة القانونية.

أولاً: تقوية لغة القانون

تعتبر اللغات الأجنبية هي الباب الرئيسي الذي نلج منه إلى دراسة القوانين الأجنبية. وهذا ما يحتاج منا إلى مزيد من الجهود لاعتبارين اثنين: أولهما: ضعف مستوى درس المصطلحات القانونية الذي جاء به نظام الإجازة لسنة 1978. فبالرغم من أهمية هذه المادة في ذاتها من أجل ضبط المصطلحات القانونية؛ وفي تلقين لغة القانون إما للكتابة أو البحث أو المرافعة؛ فلم يتعامل معها بالجدية البيداغوجية المطلوبة. إذ تم رفضها في البداية شأنها في ذلك كثير من المستجدات البيداغوجية المهمة التي جاء بها إصلاح 1978؛ كما وقع التخلي عنها من لدن الشعب مع ما ترتب عن ذلك من عدم ضبط وتحديد لمحتواها أو لمضمونها والطرق البيداغوجية الممكن اعتمادها في تلقينها؛ هذا فضلا عن ضعف الإمكانيات المادية المصاحبة للتأطير فيها وفي غيرها. وقد ترتب عن ذلك قصور كبير في تحقيق الغايات المرجوة من إقرار هذه المادة.

وثانيهما: عدم جدوى درس اللغة الذي ابتدعه النظام الجديدة للإجازة في إطار إعادة تنظيم التعليم العالي المعروف اختصاراً بـ (L.M.D)؛ حيث أحدث هذا النظام درسا جديدا في اللغة في ذاتها عربية كانت أو فرنسية؛ دون أن يحدد له مضمونا؛ وألغى درس المصطلحات القانونية.

ولقد أبانت التجربة عن ضعف مستوى هذا الدرس، فضلا عن كون ما يلحق فيه للطلبة لا يمت إلى اللغة القانونية بصلة. فقد راهن عليه المشرع من أجل تقوية اللغة بهدف تجاوز السلبيات التي تراكمت في المرحلة

السابقة على التعليم العالي؛ وكانت النتيجة أن ضيعنا اللغة القانونية كتابة ومرافعة، لأن هذا النظام الجديد قد ألغى الاختبار الشفوي من نظام الامتحانات من جهة؛ ولم نتجاوز السلبيات المتراكمة على مستوى اللغة في ذاتها من جهة أخرى.

لذا نحبذ لو تم التراجع عنه؛ والعودة إلى درس المصطلحات القانونية، أو إحداث درس خاص بلغة القانون يلقن للطلبة من لدن أهل الاختصاص خاصة على مستوى السنتين الأولى والثانية. وأن يرافقه تأهيل وإعداد الطالب للتعامل مع منهجية التعليم العالي.

ثانياً: الاعتناء بالمعاجم القانونية

تعتبر المعاجم القانونية على درجة كبيرة من الأهمية سواء كانت أحادية اللغة أو بأكثر من لغة واحدة. وتعتبر المعاجم المعنية بنقل المصطلحات والمفاهيم القانونية إلى اللغة العربية نادرة جداً، ولا يتعدى عددها رؤوس الأصابع (انظرها ضمن قائمة المراجع). وهنا نحتاج أيضاً إلى مزيد من الجهود من أجل التشجيع على التصنيف في هذا النوع من المعارف. بخلاف ما عليه الوضع بالنسبة لباقي اللغات الحية كالفرنسية والإنجليزية والألمانية والإسبانية والإيطالية.

والأمر المهم في هذه العملية ليس هو ترجمة المصطلحات القانونية من وإلى اللغات المعتمدة في البحث أو التدريس، بقدر ما هو ضبط للحمولات القانونية للمفاهيم والتصورات والمؤسسات التي يقوم عليها كل نظام من النظم القانونية المقارنة.

ثالثاً: الاعتناء بالترجمة القانونية

تعتبر الترجمة القانونية - في غياب اللغة الأجنبية - شرطاً لازماً لمعرفة القوانين الأجنبية. وإذا استثنينا الترجمة التي تقوم بها المصالح المختصة في الحكومة للنصوص التشريعية والتنظيمية من وإلى اللغتين العربية أو الفرنسية، حسبما إذا كان النص قد وضع أولاً بهذه اللغة أو تلك؛ فإن هذا المجال يشكو هو الآخر فراغاً كبيراً مع أنه يعتبر شرطاً ضرورياً للنهوض بالقانون المقارن وبالدراسة المقارنة.

ولا نملك غير اللجوء إلى الترجمة الفرنسية التي أعدتها مؤسسات فرنسية أو كندية لقوانين أجنبية سواء كانت من العائلة الرومانية

الجرمانية أو من العائلة الأنجلوسكسونية أو غيرها من العوائل القانونية²³.

أما الترجمة إلى اللغة العربية لقوانين أجنبية فنادر جداً؛ وكذلك الشأن بالنسبة للدراسات القانونية حول بعض النظم القانونية الأجنبية. حقا، هناك بعض النصوص التي ترجمت إلى العربية كتعريب القانون المدني الفرنسي من لدن المصريين خلال النصف من القرن التاسع عشر. لكن ذلك التعريب كان لغرض الاقتباس منه بعد فحص مدى موافقة الأحكام التي جاء بها للفقه الإسلامي.²⁴ وقد أعيدت ترجمته من لدن مجموعة من الحقوقيين اللبنانيين بإشراف البروفسور فايز الحاج شاهين سنة 2009. ونشرتها دار "دالوز". وقد ألحق بها جدول مقارنة مع قوانين 12 دولة عربية. وبصرف النظر عن اختلاف المصطلحات القانونية المستعملة من لدن الشوام عامة؛ فإن هذه الترجمة تحتاج إلى مواكبة مختلف التعديلات التي تلحق القانون الفرنسي من حين لآخر.

ومن جهة أخرى تقوم بعض الدول، في إطار التعريف بنظامها القانوني والسياسي، بترجمة بعض النصوص الأساسية أو بعض الدراسات إلى اللغة العربية، أو تدعم مثل هذه الترجمة. وعلى سبيل المثال: ففي الاتحاد السوفياتي سابقا كان النظام يقوم من خلال منشورات "دار التقدم" بترجمة بعض البحوث حول القانون والقضاء إلى عدة لغات عالمية من أجل تصديرها. كما أحدثت فرنسا عدة مؤسسات للنهوض بمشروع تصدير الثقافة القانونية الفرنسية أو التقاليد القانونية القارية إلى خارج أوروبا من العالم العربي وغيره. وهناك مشروع خر لتعريب أهم القوانين الفرنسية لمواجهة تأثير وانتشار الثقافة القانونية الأمريكية خاصة

23) انظر، ضمن قائمة المراجع، جرذا بأهم المؤسسات التي تقوم بإعداد هذا النوع من الترجمة إلى الفرنسية بكل من فرنسا وكندا.

24) فقد أعدت الترجمة العربية للقانون الفرنسي في المادتين المدنية والتجارية خلال القرن التاسع عشر، وهما من منشورات المطبعة الرسمية المصرية المنشأة سنة 1822. (وقد كانت تعرف غالبا "بمطبعة بولاق" كما عرفت بأسماء أخرى مثل "المطبعة الأهلية" أو "مطبعة الباشا"). فقد ظهرت الترجمة العربية للقانون المدني الفرنسية، سنة 1283هـ/1867م، في حين ظهرت ترجمة القانون التجاري سنة 1285هـ/1867م. وقد كتب عليهما أنهما من إعداد رفاعة بك وعبد الله بك. والمقصود برفاعة كما تحقق ذلك كتب التاريخ رفاعة الطهطاوي. انظر لنا ما سيأتي لنا حول "مجمل تاريخ القانون المقارن في العالم العربي".

والأنكلوسكسونية عامة في العالم العربي؛ وفي إطار هذا المشروع صدرت مؤخرا الترجمة العربية للقانون المدني الفرنسي المذكورة أعلاه. كما تقوم بعض دور النشر بنشر تعريب لعدد من المؤلفات القانونية الفرنسية في القانونين العام والخاص؛ كـ"المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع" ببلبنان التي تقوم بنشر تعريب لعدد من المؤلفات القانونية الفرنسية في القانونين العام والخاص مستفيدة من الدعم الذي تخصصه الحكومة الفرنسية لهذه الغاية.

وفي المقابل تم كذلك تعريب عدد من المؤلفات القانونية الأنجلوسكسونية؛ نذكر منها على سبيل المثال التعريب الذي أعده هنري رياض من اللغة الانجليزية لأبواب متفرقة من كتاب "قانون العقود" من تأليف الأساتذة: "ج.س. شيشروس" و"ه. فيفوت" و"م.ت. فيرمستون" ونشرته دار الجيل ببلبنان ومكتبة خليفة عطية بالخرطوم. و"كتاب أكسفورد للقانون المقارن" من إعداد وتحرير ماثيلس ريمان و رينهارد زيمرمان.

لكن هذه الأعمال المترجمة تظل محدودة جدا. كما أن الترجمات المنجزة قد لا تفي بالمراد أحيانا؛ نظرا أولا لتباين اللغة القانونية التي يستخدمها اللبنانيون عن اللغة التي يختزنها جهازنا المفاهيمي؛ وثانيا لأن الترجمة في بعض الأحيان قد تتجز من لدن غير المختصين؛ وخير مثال على ذلك الترجمة التي نشرتها المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع لعدد الخاص من "ريائد فلسفة القانون" والمخصص لبحث موضوع "أمركة القانون". لذا ننصحكم بالرجوع إلى النسخة الفرنسية منه.

المبحث الثاني

مضمون درس القانون المقارن

بديبلوم الماستر في العلوم القانونية

يتوزع درس القانون المقارن بديبلوم الماستر في العلوم القانونية على عدة "وحدات أدواتية"؛ فهناك القانون المقارن في ذاته؛ وقد تم إدراجه في الجدع المشترك للتكوين خلال الفصل الثاني من السنة الأولى للماستر، نظرا لأهميته المنوه عنها أعلاه (المطلب الأول)؛ ومن جهة أخرى هناك فروع للقانون المقارن على حسب الاختيارات التي يتكون منها هذا الماستر (المطلب الثاني).

المطلب الأول القانون المقارن في ذاته

أولاً: مضمون درس القانون المقارن
لقد خصصت لهذا الدرس وحدة أدواتية خاصة من الفصل الثاني من
السنة الأولى. ويتحدد مضمونها على النحو التالي:

1 - النظرية العامة للقانون المقارن

وتخصص للقضايا التالية: التعريف بالقانون المقارن؛ وتاريخ تكوينه؛
وطبيعته أي هل هو علم قائم بذاته أم هو مجرد منهج في الدراسة القانونية؛
مع التأكيد على الحاجة إلى الدراسة المقارنة بالنسبة لجميع فروع
القانون، والتبنيه على أن الحقل المرموق للمقارنات المثمرة هو ميدان
القانون الخاص. (انظر قائمة المراجع التي تعالج هذا القسم ضمن
الإرشادات الببليوغرافية).

2 - النظم القانونية الكبرى

ويخصص هذا القسم لتصنيف ودراسة مختلف النظم القانونية
الكبرى في العالم من جهة؛ وذلك بعد ضبط وتقعيد مختلف معايير تصنيف
النظم القانونية الكبرى؛ مع التركيز على النظم الجديدة كالقانون
المجموعاتي الأوروبي مثلاً. (انظر قائمة المراجع التي تعالج هذا القسم
ضمن الإرشادات الببليوغرافية).

3 - منهجية الدراسة المقارنة

ويخصص هذا القسم لبحث ثلاث قضايا رئيسية هي: أهمية مناهج
وطرائق الدراسة المقارنة؛ التعريف بهذه المناهج حيث نميز بين مستويين:
الأول شمولي وهو ما يطلق عليه المقارنة الشمولية أو الكلية (*Macro-Comparison*)؛
والثاني جزئي وهو ما يطلق عليه المقارنة الجزئية (*Micro-Comparison*)؛
تحديد ضوابط اختيار القوانين الأجنبية للمقارنة. (انظر قائمة
المراجع التي تعالج هذا القسم ضمن الإرشادات الببليوغرافية).

4 - القضايا الراهنة

أ - على الصعيد العالمي

كثيرة هي القضايا الكونية التي تصدى لها الباحثون وفقهاء القانون المقارن وفلاسفة القانون بالدراسة والتحليل. غير أننا سنركز على بعض منها مما تدعو إليه الحاجة.

أ - 1 - قضية التوحيد: وهي أولى غايات القانون المقارن في جميع تجلياتها وأبعادها الدولية والجهوية كما بينا ذلك في الفصل الثاني أعلاه.

أ - 2 - اقتباس القوانين الأجنبية: تعتبر هذه الظاهرة من أهم موضوعات كل من القانون المقارن وعلم الاجتماع القانوني. بل لقد شكلت إحدى أهم وسائل توحيد القانون. لذا نفرد لها محاضرات خاصة من الزاويتين معا؛ مثلما نعقد حولها دراسات معينة مع تحديد موضوعها في القوانين المدنية والتجارية، نظرا لأن المغرب اقتبس من القوانين الأجنبية قواعد الالتزامات والعقود، وقواعد الشهر العقاري، وقواعد القانون التجاري، بل حتى تقنيات العقود كما هو الشأن بالنسبة للعقود ذات الأصل الأنجلوأمريكي.

أ - 3 - العولمة والقانون، وما ارتبط بها أو ترتب عنها من قضايا أخرى تشغل اهتمام الحقوقيين اليوم، كقضية التدويل وقضية التأثير المتبادل بين القوانين وقضية التقريب أو التقائية النظم القانونية أو محاولة هيمنة نظام قانوني على باقي النظم القانونية كما حدث في بداية هذا القرن مع القانون الأمريكي مما جعل فلاسفة القانون يتحدثون عن ظاهر "أمركة القانون".

أ - 4 - المنافسة أو التقريب بين النظم القانونية: تعتبر هذه القضية من أهم القضايا التي تشغل بال المختصين بالقانون المقارن، خاصة منذ تقرير البنك الدولي لسنة 2004 حول النشاط التجاري على الصعيد العالمي *Doing Business*؛ وما ترتب عنه من آثار على المنافسة أو الصراع بين العائلتين الرومانية الجرمانية والأنجلوسكسونية.

ب - على الصعيد الوطني

عديدة أيضا هي القضايا الراهنة للقانون المقارن على الصعيد الوطني، غير أننا سنركز على ثلاث قضايا بالأولوية وهي:

ب - 1 - ملاءمة القانون المغربي لحقوق الإنسان: صحيح أننا نتحيز في هذا المحور لقضية حقوق الإنسان. لكننا نحرص على التعاطي معها من موقع الأكاديمي بما يتوخاه من دقة وتجرد وموضوعية في البحث والتحليل والتأطير من أجل الانخراط في استراتيجيات الدولة والمجتمع من أجل كسب رهانات المطابقة أو الملاءمة والتحقيق.

فقد جعلت من رهان مطابقة، أو على الأقل ملاءمة القانون الوطني للمواثيق الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان، منطلقا لدرس المنهجية في القانون المقارن، حيث اقترحت أن تُختار المواثيق الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان في إطار الدراسة المقارنة، وذلك بهدف البحث عن جواب أو أجوبة لإشكالية التزامات المغرب في هذا المجال؛ وتحديد نطاق ومدى هذا الالتزام، هل هو التزام بالمطابقة أم هو فقط التزام بالملاءمة أو التقريب.

كما جعلت منه محورا للتأطير في درس القانون المدني المعمق، وإشكالية للبحوث التي أطرتها أو أديرها في مجال حقوق الإنسان لنيل دبلوم السلك الثالث أو الماستر أو الدكتوراه. لذا وجهت عددا من الطلبة الباحثين للتصدي لهذه الإشكالية من خلال الدراسة المقارنة بين القانون المغربي والمواثيق الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان إما في مذكرات الماستر في العلوم القانونية أو في أطروحات الدكتوراه في الحقوق، بعضها نوقش وبعضها يوجد في طور التحضير.

كما جعلت من رهان تحقيق هذه الحقوق، عن طريق المطالبة القضائية بها، محورا لعدد من البحوث التي أنجزتها حول عدد من الحقوق كالحق في الشغل، والحق في الصحة، والحق في محاكمة منصفة، وحق المعاق في بطاقة تثبت حالته من أجل تمتعه بالامتيازات الإيجابية، وحق الطفل المهمل في حالة مدنية تامة وفي العائلة، والحق في التعويض عن الضرر الناتج عن الخطأ القضائي، والحق في الحياة، والحق في حرية الانتماء السياسي والنقابي.. إلخ. وكل ذلك من منظور يتوخى إبراز وتحليل

اجتهاد القضاء؛ لاقتناعي التام بالدور الذي يؤديه، أو يمكن أن يؤديه، القضاء في مجال حقوق الإنسان بوجه عام.

ب - 2 - قضية تقريب التشريع المغربي مع تشريعات الاتحاد

الأوروبي؛ تندرج هذه القضية في إطار الالتزامات المتبادلة بين المغرب والاتحاد الأوروبي. وهذا ما تنص عليه صراحة مختلف الوثائق المؤطرة للعلاقة بين الطرفين، وخاصة منها المادة 52 من اتفاقية الشراكة بينهما التي تنص على التزام الاتحاد الأوروبي بتقديم المساعدات لتقريب التشريعات المغربية من نظيراتها الأوروبية في مختلف المجالات التي تشملها هذه الاتفاقية. وهو ما أعيد التأكيد عليه بموجب المقترحات التي تضمنها برنامج العمل في الموضوع؛ وكذا استراتيجية الاتحاد الأوروبي للشراكة والجوار مع المغرب على مدى سبع سنوات من 2007 إلى 2013، وأخيرا تلك التي منحت المغرب وضعاً متقدماً في علاقته بالاتحاد الأوروبي.

ب - 3 - العلاقة بين الفقه الإسلامي وغيره من القوانين؛ تأتي

العودة إلى هذه القضية لتكملة البحث الذي دشنته بمناسبة بحث أصول قانون الالتزامات والعقود، ولمواكبة هذا الموضوع بالبحث الهادئ والرصين بعيداً عن أي تشنج أو انفعال قد يحد من تجرد وموضوعية الأكاديمي. وتقتضي معالجة هذا الموضوع توليف المنهجين التاريخي والمقارن، ليس فقط من أجل إبراز أصالة وخصوصية الفقه الإسلامي، لأن هذه المسألة تم الحسم فيها من فقهاء القانون المقارن منذ ثلاثينيات القرن الماضي؛ ولكن لإبراز علاقات التأثير والتأثر المزعومتين بعيداً عن منظور كل من الاستشراق والاستشراق المعكوس.

ثانياً: منهجية تدريس مادة القانون المقارن

التزاماً منا بالمنهجية المنوه عنها أعلاه، سنوزع حصص هذه الوحدة الأدوات بما يمكن من القيام بالمهمتين معاً، أي التدريس والتأطير، من منطلق أن الدروس النظرية التي تلقن في المدرجات تظل غير كافية في تكوين الطالب في علم القانون ما لم تواكبها حصص للأشغال التطبيقية أو الأعمال الموجهة.

1 - الدروس والمحاضرات

سنقتصر في هذه الدروس والمحاضرات على الموضوعات التي يظهر أن الإشراف على الدراسات غير كاف فيما يهمها؛ مع الالتزام بالمضمون المحدد لهذه الوحدة في ملفها الوصفي.

وهكذا ستتصب الدروس على مختلف العناصر المحددة أعلاه؛ أي النظرية العامة، والنظم القانونية الكبرى، ومنهجية الدراسة المقارنة. نظرا لأنه لم يسبق للطلبة أن تلقوا خلال الإجازة أي درس من هذا القبيل. وحتى بعد أن أدمج التنظيم الجديد لـ"الإجازة في الدراسات الأساسية"، ابتداء من السنة الجامعية 2010 - 2011، مادة "القانون المقارن" ضمن برنامج السنة النهائية؛ فإنها لم تعمم على جميع الكليات. فضلا عن ذلك فقد تم حذف هذه المادة ضمن التعديل الذي أدخل على نظام هذه الإجازة سنة 2014.

أما في المحاضرات الخاصة فسنركز على القضايا والظواهر الأكثر إثارة في الوقت الراهن كظاهرة الاقتبس؛ وظاهرة العولمة أو التدويل؛ وقضية أمركة القانون؛ وقضية المنافسة إن لم نقل الصراع بين النظم القانونية؛ ثم قضية التأثير المتبادل بين القوانين أو التقائها؛ وقضية العلاقة المزعزعة بين القانون الروماني والفقهاء الإسلاميين من جهة، وبين هذا الأخير وبين القانون الفرنسي من جهة أخرى؛ نظرا لما أثير بشأنهما من مغالطات خلال تخليدنا للذكرى المئوية لقانون الالتزامات والعقود أيام الخميس 14 والجمعة 15 والسبت 16 مارس 2013، بمقر كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة محمد الخامس أكادال بالرباط.

2 - التأطير والإشراف على البحوث والدراسات

يعتبر التأطير والإشراف على البحوث هما الأصل في التعليم على مستوى سلك الماستر؛ وفق نفس النهج الذي كان ينص عليه الفصل الرابع من قرار وزير التربية الوطنية لسنة 1960 بخصوص دبلوم الدراسات العليا في الحقوق مع مراعاة الفارق بين الدبلوماسيين. فقد كان ينص على أن: "يتم التعليم قصد الحصول على شهادتي الدراسات العليا في شكل إشراف على الدراسات، ويمكن تنظيم دروس عند الحاجة حول الأجزاء الخاصة من البرامج التي يظهر أن الإشراف على الدراسات غير كاف فيما يهمها".

ونرى أن هذا التأطير لا يمكن أن يكون إلا جماعيا، أي من خلال تكوين مجموعات للبحث.

أما بالنسبة لتأطير التطبيقات فسنركز على التمارين التالية:
الترجمة؛ أي ترجمة نصوص أجنبية إلى اللغة العربية، سواء كانت نصوصا تشريعية أو فقهية أو أحكاما قضائية.

ومن جهة أخرى هناك تمرين تلخيص بحوث سواء كانت عامة أو عبارة عن رسائل أو أطروحات في القانون المقارن.

وهنا ينبغي التأكيد على أهمية اللغة لأنها هي أهم وسيلة لمعرفة القوانين الأجنبية بلغتها الأصلية، ولا غنى عنها للمهتم بالقانون المقارن؛ لكن لا تقل عنها أهمية مناهج وطرائق الدراسة المقارنة، وكذلك ضوابط اختيار القوانين الأجنبية، وخصائص النظم القانونية المقارنة وبنياتها، أي كل ما يدخل ضمن ما يسمى بالقانون المقارن كما هو متعارف عليه لدى المتخصصين فيه.

لكن نظرا لعدم التوفر على لغة أجنبية غير الفرنسية؛ فإننا نكتفي بما أنتجه أو ترجمه الفرنسيون أو غيرهم من الناطقين باللغة الفرنسية وخاصة منهم الكنديون.

فقد تم إعداد كثير من الدراسات حول النظم القانونية؛ مثلما تمت ترجمة دراسات كتبت أصلا بغير اللغة الفرنسية؛ كما ترجمت إلى الفرنسية عدة نصوص قانونية خاصة من لدن الفرنسيين والكنديين.

ولهذه الغاية ينبغي التفكير في درس خاص بالمصطلحات والمفاهيم القانونية المستعملة في هذا النظام أو ذلك من النظم القانونية الكبرى نظرا لما بينها من الاختلافات ليس في التسمية فحسب بل حتى في المضمون.

ومن جهة ثالثة هناك إشراك الطلبة في التحضير للدروس من خلال إعداد ملفات خاصة حول هذه النظم القانونية الكبرى المدروسة، وكذا حول بعض القضايا الخاصة التي يطرحها القانون المقارن اليوم.

ولقد انصب الإشراف على البحوث والدراسات، خلال تجربتي في تدريس مادة القانون المقارن منذ سنة 1997 على أهم القضايا التي استأثرت باهتمامنا. ولا بأس من التذكير بها.

في المرحلة الأولى (1997-1998 و 1998-1999) ركزنا على تأطير البحث حول قانون العقود في نظام العائلة الانجلوسكسونية.

في المرحلة الثانية (1999-2000 و 2000-2001) ركزنا على تأطير البحث حول موضوعين هما: النظم القضائية في العالم العربي؛ وتوحيد القانون الخاص من خلال تقدير التجارب التالية: تجربة المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص؛ تجربة لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي؛ تجربة أكاديمية لاهاي في مجال القانون الدولي الخاص؛ تجربة القانون المجموعاتي الأوروبي؛ تجربة مجلس وزراء العدل العرب.

وفي المرحلة الثالثة (2001-2002 و 2002-2003) ركزنا على تأطير البحث حول مقارنة الفقه الإسلامي بالقوانين المدنية العربية في عدة موضوعات من مجالي الأحوال العينية والأحوال الشخصية؛ مواكبة منا للأعمال التشريعية التي كان المشرع المغربي منكباً على إعدادها وخاصة منها مدونة الأسرة وتدوين الفقه الإسلامي في مجال الملكية العقارية والحقوق العينية المتفرعة عنها حيث أعدنا آنذاك مشروعاً تمهيدياً لمدونة الحقوق العينية المتعلقة بالعقارات غير المحفظة، ومشروعاً تمهيدياً لمدونة الأوقاف.

في المرحلة الرابعة (2003-2004) ركزنا على المدرسة الفرنسية في القانون المقارن من خلال نموذجين هما روني داوود (René DAVID) وم. دلمس مارتي (M. DELMAS-MARTY) من جهة؛ وعلى بحث موضوع تأثير القانون الفرنسي على الصعيد الدولي، مواكبة منا لتخليد الفرنسيين للمئوية الثانية للقانون المدني الفرنسي.

في المرحلة الخامسة، أي الماستر في العلوم القانونية ابتداء من السنة الجامعية 2006-2007؛ عدنا إلى بحث كثير من الموضوعات السابقة إضافة إلى موضوعات أخرى.

فقد عدنا إلى موضوع التوحيد من أجل تقدير تجربة القانون المجموعاتي الأوروبي؛ وتجربة مجلس وزراء العدل العرب؛ إضافة إلى تصنيف النظم القانونية في العالم العربي.

كما عدنا إلى موضوع تأثير القانون الفرنسي على الصعيد الدولي؛ وخاصة من خلال تقدير الأدبيات والأشغال المنجزة بفرنسا وخارجها بمناسبة تخليد المئوية الثانية للقانون المدني الفرنسي.

كما بحثنا الموضوعات التالية:
التحولات التي عرفتها قوانين العائلة الاشتراكية؛
المنافسة بين العائلة الرمانية الجرمانية والعائلة الأنجلوسكسونية؛
عولمة القانون؛
أمركة القانون من خلال بحث تأثير القانون الأمريكي في أوروبا
والعالم العربي؛
وضعية القانون المقارن في العالم، وفي العالم العربي.
تأثير الشريعة الإسلامية على الصعيد الدولي.

المطلب الثاني **فروع القانون الخاص المقارن**

إذا كان المفهوم العام للقانون المقارن ينطبق على النظرية العامة
للقانون؛ فإن لهذا المفهوم عدة تطبيقات تشمل مختلف فروع القانون
ومختلف النظم القانونية. بل يجب التأكيد على الحاجة إلى الدراسة
المقارنة بالنسبة لجميع فروع القانون؛ وعلى الدور المنوط اليوم بجميع
الباحثين المعنيين بالقانون المقارن من أجل النهوض بالعلوم القانونية.
وأكثر من ذلك يجب التنبه على أن مجال المقارنة واسع وأنه لا يقتصر
على القانون وحده، بل يشمل الكثير من المعارف كالآداب والعادات
والتقاليد وغيرها.

ففي القانون العام يعتبر القانون الدستوري، إلى جانب علم السياسة،
تقليدياً، المجال الخصب للدراسة المقارنة منذ القديم كما يتضح ذلك من
مطالعة أرسطو في "السياسة"، ومونتسكيو في "روح القوانين"، وابن أبي
الضياف في مقدمة "الاتحاف"، وخير الدين في مقدمة "أقوم المسالك" بل
وأيضاً من مطالعة مختلف دروس القانون الدستوري في جميع الجامعات
اليوم. ولا يعني هذا أنها حكر عليه، بل يعمل بها في جميع فروع القانون
العام.

ومن فروع القانون الخاص نذكر القانون المدني المقارن والقانون
الجنائي المقارن والقانون التجاري المقارن والقانون الاجتماعي المقارن
والقانون القضائي المقارن والقانون الدولي الخاص المقارن.

ويمكن تطبيق نفس المفهوم العام للقانون المقارن على جميع فروعها؛ أي الجمع فيها بين فكرتي العلم والمنهاج. كما يتضح ذلك من تطبيقها على أهم فروع القانون الخاص التي تتكون منها اختيارات دبلوم "الماستر في العلوم القانونية".

فقد كان هذا الدبلوم يتوفر، في صيغته الأولى 2006-2009، على أربعة وحدات أدواتية حول القانون المقارن؛ لكل واحدة منها مضمونها الخاص. فبالإضافة إلى "وحدة القانون المقارن" بالفصل الثاني منه، كانت هناك ثلاث وحدات بالفصل الرابع منه وهي: "وحدة القانون المدني المقارن"؛ ثم "وحدة قانون الأعمال المقارن"؛ وأخيراً "وحدة القانون الجنائي المقارن".

لكنه أصبح، في صيغته الجديدة المعتمدة منذ السنة الجامعية 2009-2010، يخصص الفصل الرابع، من كل اختيار من اختياراته الثلاثة، للتدريب على البحث من جهة؛ ولإعداد ومناقشة "مذكرة نهاية الدراسة" من جهة أخرى؛ ويؤطره كل أستاذ يشرف على مجموعة من الطلبة الباحثين. ويضمن، فضلاً عن عملية الإشراف، التدريب على توظيف مناهج البحث في العلوم القانونية بما فيها التدريب على الدراسة المقارنة، والتدريب على التحرير والكتابة، والتدريب على التوثيق عاديًا كان أو إلكترونيًا.

وقد جاء هذا التغيير تحت تأثير ضغط ترشيد الموارد البشرية، ورغبة في تحقيق الانسجام مع باقي مسالك الماستر المفتوحة بالكلية. ولا بأس هنا من التذكير بمضامين فروع القانون الخاص المقارن قبل عرض التوجهات العامة لمنهجية الدراسة المقارنة.

أولاً: مضامين فروع القانون الخاص المقارن

1 - القانون المدني المقارن

خصصت له في الاعتماد الأول الوحدة الرئيسية رقم 14 من الفصل الرابع: اختيار القانون المدني تحت عنوان: "التدريب على الدراسة المقارنة في القانون المدني". وقد جاء في ملفها الوصفي ما يلي: "العنصر الأساسي المكون لهذه الوحدة هو التدريب على الدراسة المقارنة في القانون المدني. وتبعاً لذلك سيتم تقسيم هذه المادة إلى المحاور التالية:

- أهم القوانين المدنية في العائلة الرومانية الجرمانية وهي: القانون المدني الفرنسي والقانون المدني الألماني والقانون المدني السويسري والقانون المدني الروسي؛
- أهم القوانين المدنية في العالم العربي وهي القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني والقانون المدني اليمني وقانون الالتزامات والعقود؛
- مناهج وطرائق الدراسة المقارنة؛
- ضوابط اختيار القوانين الأجنبية للمقارنة".

2 - قانون الاعمال المقارن

- خصصت له في الاعتماد الأول كذلك الوحدة الرئيسية رقم 14 من الفصل الرابع اختيار قانون الأعمال تحت عنوان: "التدريب على الدراسة المقارنة في قانون الأعمال". وقد جاء في ملفها الوصفي ما يلي:
- "العنصر الأساسي المكون لهذه الوحدة هو التدريب على الدراسة المقارنة في القانون التجاري. وتبعاً لذلك سيتم تقسيم هذه المادة إلى المحاور التالية:
- تصنيف القوانين التجارية في العالم وخاصة في العائلتين الرومانية الجرمانية والأنجلوسكسونية، مع إبراز التحولات التي عرفتتها القوانين التجارية في دول العائلة الاشتراكية سابقاً؛
 - تصنيف القوانين التجارية في العالم العربي؛
 - مناهج وطرائق الدراسة المقارنة؛
 - ضوابط اختيار القوانين الأجنبية للمقارنة".

3 - القانون الجنائي المقارن

- خصصت له في الاعتماد الأول كذلك الوحدة الرئيسية رقم 14 من الفصل الرابع اختيار القانون الجنائي تحت عنوان: "التدريب على الدراسة المقارنة في القانون الجنائي". ولم يتضمن الملف الوصفي لهذه الوحدة سوى جملة عامة وهي "أن العنصر الأساسي المكون لها هو التدريب على الدراسة المقارنة في القانون الجنائي".
- ولاشك أن هذا التدريب يقتضي:

- تصنيف القوانين الجنائية في العالم، مع إبراز التحولات التي عرفتتها هذه القوانين تحت تأثير العولمة وتنامي الجريمة المنظمة وانتشار الإرهاب؛

- تصنيف القوانين الجنائية في العالم العربي؛

- مناهج وطرائق الدراسة المقارنة؛

- ضوابط اختيار القوانين الأجنبية للمقارنة.

ثانياً: ملاحظات عامة حول منهجية الدراسة المقارنة

إن الغاية المشتركة بين الفروع الثلاثة المذكورة هي تمكين الطلبة من اكتساب منهجية الدراسة المقارنة في كل فرع من فروع القانون التي يتكون منها هذا الماستر في العلوم القانونية. وهي نفس الغاية التي وقع الحرص على تحقيقها في الاعتمادين الثاني والثالث؛ حيث وقع النص صراحة على أن يخصص الفصل الرابع، من كل اختيار من اختيارات الماستر في العلوم القانونية الثلاثة، للتدريب على البحث من جهة؛ ولإعداد ومناقشة "مذكرة نهاية الدراسة" من جهة أخرى. ويتضمن هذا الفصل، فضلاً عن عملية الإشراف، التدريب على توظيف مناهج البحث في العلوم القانونية بما فيها التدريب على الدراسة المقارنة بإشراف كل أستاذ يؤطر مجموعة من الطلبة الباحثين.

فبعد التأكيد على أهمية مناهج وطرائق الدراسة المقارنة، يمكن التمييز في هذه المنهجية بين المستويين المذكورين أعلاه وهما: المقارنة الشمولية والمقارنة الجزئية.

1 - المقارنة الشمولية (macro-comparaison)

تتناول المقارنة على المستوى العام أو الشمولي الفروع المذكورة في شموليتها؛ أي من زاوية التصنيف على نحو ما سنوضحه بالنسبة للقوانين المدنية.

فتقليدياً يعتبر القانون المدني الحقل المرموق للمقارنات المثمرة. بل إن أولى المحاولات في أوروبا كانت انطلاقاً من القانون المدني؛ وخاصة عند مقارنة القانون المدني الفرنسي بنظيره الألماني (سالي) وبالفقه الإسلامي (لامبير وسانتيانا والسنوسي والمناوي وقديري باشا وسيد حسين

والسنهوري وشحاتة وماء العينين). ومن جهة أخرى يتضح من خلال تتبع مختلف مصنفات القانون المقارن أن أهم مؤلفيها هم من أساتذة القانون الخاص وبالتحديد القانون المدني والقانون الجنائي والقانون التجاري. ويؤدي مفهوم القانون المدني المقارن إلى حصر الدراسة في قوانين العائلة الرومانية الجرمانية حيث يتسع نطاق القانون المدني في هذه العائلة ليشمل جميع العلاقات التي تقوم بين الأفراد سواء منها المتعلقة بالأسرة أو المتعلقة بالمال.

وقد ذكر الملف الوصفي من القوانين المدنية الكبرى في هذه العائلة ما يلي: القانون المدني الفرنسي والقانون المدني الألماني والقانون المدني السويسري والقانون المدني الروسي. ثم أضاف إليها أهم القوانين المدنية في العالم العربي وهي: القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني والقانون المدني اليمني وقانون الالتزامات والعقود.

ويمكننا الاستعانة في تصنيف القوانين المدنية في هذه العائلة بما قام به واضع القانون المدني المصري في معرض بيانه للقانون المقارن كمصدر مادي لهذا القانون المدني. فبعد أن أكد على أهمية القانون المقارن كمصدر مادي له يأتي في المرتبة الأولى، ويليه القضاء المصري والشريعة الإسلامية؛ قام بتصنيف التشريعات المدنية المعتمدة على النحو التالي:

- التقنيات اللاتينية التي نسجت على منوال التقنين المدني الفرنسي باعتباره أصلها العام؛
 - التقنيات الجرمانية وأهمها: التقنين الألماني والتقنين السويسري؛
 - التقنيات المختلطة أو المتخيرة، أي التي لا تنحاز إلى إحدى المدرسين انحيازاً مطلقاً، بل تتخير وتأخذ من كل مدرسة ما هو أحسن.
- ونحن نحفظ بهذا التصنيف في إطاره العام الموضوع منذ منتصف القرن الماضي؛ لكن محتواه قد تغير نتيجة التحولات التي عرفها العالم في نهاية الثمانينات وبداية التسعينات من نفس القرن، أي بعد سقوط جدار برلين، وكذا نتيجة للتحولات الناتجة عن العولمة. ففضلاً عن التقيح الذي طال الكثير من التشريعات المدنية اللاتينية منها والجرمانية؛ فإن مجموعة القوانين المتخيرة قد طرأ عليها تعديل كبير سواء من حيث الشكل أو من حيث المضمون.

أما في الدول العربية والإسلامية، فيقتصر القانون المدني على القواعد التي تنظم المعاملات المالية بين الأفراد دون العلاقات المتعلقة بالأسرة. ويرجع هذا التحديد لاعتبارات تاريخية جعلت التمييز بين الأحوال العينية والأحوال الشخصية من المفترضات الأساسية التي يقوم عليها القانون الخاص.

واستناداً إلى المصدر الذي اقتبست منه أو حاولت تقليده، يمكننا تصنيفها إلى عدة عوائل على النحو التالي:

الأولى: القوانين المقتبسة من القانون المدني المصري: القانون المصري والقانون السوري والقانون الليبي والقانون الجزائري والقانون الكويتي والقانون البحريني.

الثانية: القوانين التي تحاكي أسلوب الصياغة الفنية للفقهاء الإسلامي: القانون الأردني والقانون العراقي والقانون اليمني والقانون المدني العربي الموحد والقانون المدني الخليجي الموحد والقانون الإماراتي؛ ويمكن أن نلحق بها المملكة العربية السعودية حيث تطبق مباشرة الفقه الإسلامي على المذهب الحنبلي علماً أنه سبق لبعض علمائها تدوينه في مجلة خاصة سموها "مجلة الأحكام الشرعية".

الثالثة: القوانين المقتبسة من القانون المدني الفرنسي: القانون التونسي والقانون المغربي والقانون اللبناني والقانون الموريتاني، فليست هناك مدونة للقانون المدني شاملة لتنظيم كل مجال الأحوال العينية؛ وإنما هناك مدونات خاصة بالالتزامات والعقود وأخرى خاصة بالحقوق العينية؛ ومنها يتكون ما يمكن تسميته بالقانون المدني أو قانون المعاملات المالية، بالإضافة إلى المدونات المتعلقة بالأحوال الشخصية أو بالأسرة. حيث يعتبر التمييز بين الأحوال العينية والأحوال الشخصية من المفترضات الأساسية أيضاً التي يقوم عليها القانون الخاص المغربي. مع مراعاة خصوصية القانون الخاص المغربي الذي يقوم أيضاً على التمييز بين العقار المحفظ والعقار غير المحفظ.

2 - المقارنة الجزئية (micro-comparaison)

تتناول الدراسة المقارنة على المستوى الخاص أو الجزئي بحث قضايا خاصة في أي فرع من الفروع المذكورة. وفي هذا المجال يتعين

على الباحث أن يحدد بوضوح معايير وضوابط اختيار القوانين الأجنبية التي ستتم المقارنة معها.

لكن تجدر الإشارة هنا إلى أن العامل الذي يتحكم غالبا في الدراسات المقارنة المنجزة من لدن عموم الباحثين هو عامل اللغة؛ إذ غالبا ما يقتصرون على القوانين الأجنبية التي يتقنون لغتها. ولهذا انحصرت القوانين الأجنبية في القوانين العربية والفقهاء الإسلامي والقانون الفرنسي. ونحن نعتقد أن هناك مجموعة من العوامل يتعين أخذها بعين الاعتبار في أية دراسة مقارنة سواء فيما يخص اختيار القوانين الأجنبية للمقارنة أو فيما يخص مناهج وطرائق الدراسة المقارنة. ونذكر من هذه العوامل: الغاية من مثل هذه الدراسة المقارنة، وكذا الالتزامات التي تعهد بها المشرع الوطني سواء على الصعيد الدولي أو على الصعيد الجهوي أو على المستوى الثنائي.

أ - الغاية: إذا كانت غاية الباحث من الدراسة المقارنة مثلا هي فهم قانونه الوطني، فإن أحسن طريقة تساعد على تحقيقها هي المقارنة على المستوى العمودي؛ أي مقارنة هذا القانون الوطني مع القوانين التي اقتبس منها، وكذا مع القوانين التي كانت نافذة قبله. وأحسن نموذج نمثل به لهذه الدراسة هو ما قمنا به بالنسبة للقانون المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، والقانون الذي يقضي بتحديد تدابير لحماية المستهلكين، والقانون المتعلق بالتحفيظ العقاري، والقانون المتعلق بمسؤولية المنتج وغيرها من القوانين...

أما إذا كانت غايته هي إصلاح وتطوير قانونه الوطني، فإن أحسن طريقة تساعد على تحقيق هذه الغاية هي المقارنة على المستوى الأفقي؛ وفيها يمكن مقارنة القانون الوطني مع القوانين النافذة في دول المحيط؛ ومن أحسن النماذج لهذا النوع من الدراسات هو ما يقوم به مجلس الشيوخ الفرنسي من دراسات تشريعية مقارنة مع قوانين دول الاتحاد الأوروبي. ومنها أيضا مقارنة القانون الوطني مع أحسن وأفضل القوانين في المجال المدروس من أجل اختيار أحسن وأفضل الحلول وأكثرها ملاءمة للقانون الوطني؛ ومن أحسن النماذج نذكر ما قام به "أندريه تونك" لفرنسا في مجال المسؤولية عن حوادث السير، وما قام به عبد الرزاق السنهوري لمصر

بمناسبة إعداد القانون المدني على نحو ما هو مفصل في أعماله التحضيرية.

ب - الالتزامات الثنائية: لقد ارتبط المغرب، على صعيد العلاقات الثنائية مع عدد من الدول الصديقة الشقيقة، بمجموعة من الاتفاقيات الرامية إلى تحقيق التعاون في شتى المجالات التجارية والمدنية والجنائية. وفي هذا المجال فإن الدراسة المقارنة ستكون أكثر فائدة فيما لو ركز الباحث على قانون الدولة أو قوانين الدول التي ترتبط معها بعلاقات تعاون. وهذا مجال خصب للدراسات المقارنة في مجال القانون الدولي الخاص، وكذا مجال التعاون القضائي.

ج - الالتزامات الجهوية: هناك التزامات المغرب في مجال القانون المقارن مع جامعة الدول العربية من جهة ومع الاتحاد الأوروبي من جهة أخرى.

فبالنسبة لالتزامات المغرب في إطار توحيد القوانين على صعيد العالم العربي، فقد سبق لنا البيان أن أهم ما يميز هذه التجربة التوحيدية العربية هو طبيعتها الاستشارية وغير الملزمة. فقد تم إعداد القوانين الموحدة لتكون فقط مجرد نماذج يحتدى بها من طرف الدول الأطراف، وليست ملزمة لهم بأي شكل من الأشكال.

أما بالنسبة للالتزامات المتبادلة بين المغرب والاتحاد الأوروبي في إطار القانون المقارن فتتصب بشكل مباشر على تقريب تشريعات الأول مع تشريعات الثاني. وهذا ما تنص عليه صراحة مختلف الوثائق المؤطرة لعلاقة المغرب بالاتحاد الأوروبي. فالمادة 52 من اتفاقية الشراكة التي تربط المغرب بالاتحاد الأوروبي صريحة في هذا المجال حيث التزم الاتحاد الأوروبي بتقديم المساعدات لتقريب التشريعات المغربية من نظيراتها الأوروبية في مختلف المجالات التي تشملها هذه الاتفاقية. وهو ما أعيد التأكيد عليه بموجب المقتضيات التي تضمنها برنامج العمل في الموضوع؛ وكذا استراتيجية الاتحاد الأوروبي للشراكة والجوار مع المغرب على مدى سبع سنوات من 2007 إلى 2013، وأخيرا تلك التي منحت المغرب وضعاً متقدماً في علاقته بالاتحاد الأوروبي.

وتبعا لذلك، فإن الباحث المغربي مدعو لدراسة قوانين المجموعة الأوروبية من جهة، ولإجراء الدراسات المقارنة بينها وبين القانون المغربي تنفيذا لالتزام المغرب فيما يتعلق بتقريب قانونه بالقانون الأوروبي من جهة أخرى. ولتحقيق غاية التقريب على نحو أفضل نعتقد أن أسلوب الدراسة المقارنة أفضل بكثير من أسلوب الاقتباس أو النقل الحرفي مع ما يترتب عن هذا الأخير من أخطاء في الترجمة بسبب عدم فهم المقترضات المقتبسة أو عدم استيعابها كما بينا ذلك بمناسبة شرحنا للقانون الجديد المتعلق بتبادل المعطيات الإلكترونية.

د - الالتزامات الدولية: لقد تعهد المغرب - وبنص ديباجة الدستور - باعتباره "العضو العامل النشط" في المنظمات الدولية؛ تعهد بالتزام ما تقتضيه موثيقها من مبادئ وحقوق وواجبات، علما أنه يعتبر طرفا في جل المواثيق الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان والقانون الإنساني الدولي؛ كما أكد تشبثه "بحقوق الإنسان المتعارف عليها عالميا". كما تعهد، في أكثر من مناسبة، بالعمل على مطابقة قانونه مع هذه المواثيق، أو على الأقل ملاءمته لها. بل لقد نص صراحة في بعض تشريعاته على ترجيح تلك المواثيق على القانون الداخلي. وأهم هذه المناسبات، فضلا عما سبقها من المراجعات التشريعية، ما نص عليه تصدير الدستور الجديد لسنة 2011 من التزام المغرب بـ "جعل الاتفاقيات الدولية، كما صادق عليها المغرب، وفي نطاق أحكام الدستور، وقوانين المملكة، وهويتها الوطنية الراسخة، تسمو فور نشرها، على التشريعات الوطنية، والعمل على ملاءمة هذه التشريعات، مع ما تتطلبه تلك المصادقة".

ونظرا لهذه الالتزامات سننطلق في تأطير عدد من الدراسات المقارنة من توجيه خاص يرمي إلى حصر القوانين المختارة للقيام بهذه المقارنة في:

- المواثيق الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان التي يعتبر المغرب طرفا فيها، وقد تعهد بالعمل على مطابقة أو على الأقل ملاءمة قانونه مع هذه المواثيق. علما أن المغرب ملتزم بتقديم تقارير دورية عن كيفية أعماله لهذه المواثيق. والمنهجية التي ينبغي أن تعتمد في هذه التقارير هي منهجية

الدراسة المقارنة من جهة؛ ووفقا للتوجيهات الصادرة عن الهيئات الدولية المختصة بالنظر في مثل هذه التقارير من جهة أخرى.

- المواثيق الدولية المتعلقة بالتجارة وبغيرها وكذا القوانين الخاصة الموحدة التي أعدها معهد توحيد القانون الخاص أو لجنة الأمم المتحدة للتجارة الدولية أو أكاديمية لاهاي للقانون الدولي الخاص. رعىا لالتزامات المغرب الدولية من جهة؛ ومواكبة منا لعولمة تتنفيذ بعيدا عن التشريعات الوطنية وعن تدخل المشرع الوطني من جهة أخرى.

وفي هذا التوجيه - الذي اشتغلنا عليه مع طلبتنا في مادة القانون المقارن - أكثر من فائدة؛ ففيه تأكيد على أهمية الدراسة المقارنة بالنسبة للاتفاقيات الدولية بوجه عام؛ لأن غاية التوحيد التي يسعى إلى تحقيقها من خلال هذه الاتفاقيات لا يمكن أن تكون فاعلة إلا إذا تمت بناء على دراسة مقارنة. وفيه أيضا إبراز لدور هذه الاتفاقيات، وخاصة في مجال حقوق الإنسان وكذا في المجال التجاري، في تحقيق أهم غايات القانون المقارن وهي توحيد القانون. وينبغي أن نعترف بأن الفضل في توحيد القانون في هذين المجالين يعود إلى الاتفاقيات الدولية أكثر مما يعود إلى اجتهاد فقهاء القانون المقارن.

29 - 5

الفصل الأول التعريف بالقانون المقارن

المبحث الأول: الأصل اللاتيني للمفهوم: القانون المقارن
المطلب الأول: قضية المصطلح
أولاً: الأسماء المستبعدة
ثانياً: هيمنة مصطلح "القانون المقارن"
المطلب الثاني: تعريف القانون المقارن
أولاً: القانون المقارن علم حديث النشأة
ثانياً: القانون المقارن علم منهاجي

المبحث الثاني: الأصل العربي للمفهوم: من "علم الخلاف" إلى "الفقه المقارن"
المطلب الأول: أنواع الخلاف
أولاً: علم الخلاف أو الخلافيات
ثانياً: الجدل أو آداب المناظرة
ثالثاً: الجدل بالمعنى الدقيق
خلاصة واستنتاج
المطلب الثاني: الفقه المقارن
أولاً: حصر موضوع الفقه المقارن في الاختلاف
ثانياً: دراسة جميع المسائل والمقارنة مع القوانين
ثالثاً: استراتيجية التقريب بين المذاهب

59 - 31

الفصل الثاني أهداف تدريس القانون المقارن

المبحث الأول: الفهم والمعرفة
المطلب الأول: المعرفة
أولاً: معرفة وفهم القانون في ذاته
ثانياً: معرفة وفهم القانون الأجنبي

المطلب الثاني: الفهم
أولاً: التعارف والتفاهم بين الشعوب
ثانياً: فهم القانون الوطني

المبحث الثاني: الإصلاح والتطوير
المطلب الأول: الإصلاح والتطوير عن طريق الاقتباس
المطلب الثاني: الإصلاح والتطوير عن طريق الدراسة المقارنة
المطلب الثالث: الجمع بين الطريقتين

المبحث الثالث: التوحيد أو الملاءمة والتقريب
المطلب الأول: فكرة التوحيد
المطلب الثاني: التوحيد على الصعيد العالمي
المطلب الثالث: التوحيد على الصعيد الجهوي

61 - 93

الفصل الثالث

مضمون درس القانون المقارن

المبحث الأول: وضعية القانون المقارن في المغرب
المطلب الأول: في التعليم القانوني والشرعي
أولاً: في كلية الحقوق
ثانياً: التكوين في الشريعة الإسلامية
ثالثاً: تكوين القضاة
المطلب الثاني: في البحث القانوني
أولاً: تقوية لغة القانون
ثانياً: الاعتناء بالمعاجم القانونية
ثالثاً: الاعتناء بالترجمة القانونية

المبحث الثاني: مضمون درس القانون المقارن بدبلوم الماستر في العلوم القانونية
المطلب الأول: القانون المقارن في ذاته
أولاً: مضمون دروس القانون المقارن
ثانياً: منهجية تدريس مادة القانون المقارن
المطلب الثاني: فروع القانون الخاص المقارن
أولاً: مضامين فروع القانون الخاص المقارن
ثانياً: ملاحظات عامة حول منهجية الدراسة المقارنة.