المقارنة المنهجية ودورها في إصلاح القانون المدني

م.د.إسماعيل نامق حسين
كلية القانون والسياسة–جامعة السليمانية

المقدمة

تعد المقارنة مقياسا لمعرفة قدرة الذات وقياسه، ومحركا بل محفزا للتقدم بتلك القدرة وتقويتها، فالأنسان الذي يكف عن مقارنة نفسه بالآخرين تتآكل قدراته شيئا فشيئا من دون ريب، وكذا الجماعات التي تهجر مقارنة اوضاعها بالأخرى، تنغلق على نفسها اولا وتتوقف عند نقطة متناهية، ومن ثم تتراجع رجوعا قهقريا، ويصيبها النسوس المعرفي والقدري، وبالنهاية تتلاشى، من هنا يجب ان نسلم انه ليس بالإمكان الاستغناء عن المقارنات ولا الاستعاضة عنها. فهي وسيلة للتطور وللتقارب والإنسان من دونهما يؤول الى الإنقراض، اي ان نقيض التطور وهو التخلف، وكذا نقيض التقارب وهو التباعد والتعادي يؤديان الى الإنقراض.

ربما يكون صعبا على الباحث القانوني ان يتخذ قرارا بشان الإقدام على اجراء دراسة مقارنة بين قانونه الوطني وقانون آخر اجنبي، وما يزيد من تلك الصعوبة ان يعقد المقارنة بين قانونين اجنبيين او قوانين اجنبية مختلفة بمنآي عن قانونه الوطني، وان لا يكون هدفه واضحا من تلك المقارنة، ولا وسائله لها متوفرة. ضف الى ذلك ان المقارنات في الدراسات العلمية، وبضمنها الدراسات القانونية تتخذ اشكالا مختلفة وتخدم اهدافا متباينة، لكن الباحثين قلما يتريثون في تلك الحقيقة، فيقتصر مبلغهم من السعي ان تثبت في عنوان البحث او في منهجيته انه دراسة مقارنة، دون الإدراك الحقيقي لما تعنيه تلك العبارة.

حقيق ان المقارنة المنهجية طريقة من طرائق المقارنة تتخذ غالبا في الدراسات القانونية، سيما في مجال القانون الخاص، اذ يخضع هذا النوع من المقارنة لمنهج معين يساعد الباحث على استخلاص نتائج يتعرف بها الى الحكم او القانون الأفضل، وذلك بعد دراسة اسباب الائتلاف والاختلاف في ضوء الظروف المحيطة بكل قانون من القوانين التي تجري المقارنة بينها.

تتطلب هذه الطريقة للمقارنة جهدا اضافيا من الباحث ووقتا كافيا، لأنها تستوجب دراسة بنيان القانون المقارن به واسسه، والبيئة التي يعيش فيها ذلك القانون، وربما تتطرق الى مصادره او الى المؤلفات الفقهية المكتوبة فيه ان استلزم الأمر.

فالمقارنة المنهجية لا تستهدف غرضا سياسيا او عنصريا، وانما تصبو نحو اظهار الحقيقة وبناء الأحكام عليها.

تمسكا بتلك الحقائق سوف نسعى من خلال هذا البحث ان نبين مفهوم المقارنة المنهجية والخطوات التي تمر بها للوصول الى الأهداف المقترنة بالمقارنة في الأساس. ثم نتطرق الى تناول مقومات المقارنة المنهجية، والضوابط التي تسير عليها.

تخدم كل هذه المقدمات هدفا جوهريا لهذا البحث يتمثل في كشف وابراز الدور الذي تؤديه المقارنة المنهجية في سبيل اصلاح القانون المدني، فالتحسينات والتهذيبات التي طرات على النصوص القديمة او هي التي لا تزال تطرا ترتبط الى حد بعيد بفاعلية الدراسات المقارنة التي جرت فيها وعليها، وكذا ان النصوص الجديدة المكملة للنواقص التشريعية تاثرت ولادتها بصورة او باخرى بالدراسات المقارنة. ولا يخفى ان الدراسات المقارنة تداخلت مع عوامل قانونية وسياسية اخرى فاجتمعت وتضافرت من اجل توحيد القوانين وفي مقدمتها القوانين المدنية. لذا ان تفصيل هذه الأمور واثباتها يصبح مادة علمية خصبة لإجراء هذا البحث.

تحقيقا لذلك نستحسن ان نقسمه الى مبحثين، نخصص اولهما لبيان ماهية المقارنة المنهجية، اما في المبحث الثاني فسنتطرق الى بيان الدور الذي يؤديه هذا النوع من المقارنة لإصلاح القانون المدني.

المبحث الأول

ماهية المقارنة المنهجية

المقارنة المنهجية كعلم وكطريقة للمقارنة في الوقت نفسه لها ماهية خاصة بها تعطيها كيانا مستقلا عن اية مقارنة اخرى، سيما في العلوم القانونية يزيد شانها ودوروها نظرا للخدمات الجليلة التي تقدمها للقانون بفروعه المختلفة، وفي البلاد والعائلات القانونية المتنوعة، لأنها تشحن القوانين بالحيوية، وتحيطها بآمال التغيير والتحسين على الدوام.

تستلزم الإحاطة بماهية المقارنة المنهجية ان نتطرق الى بيان مفهومها والخطوات التي تمر بها، ومن ثم نعرج الى عرض ومناقشة المقومات التي تقوم عليها، وذلك من خلال مطلبين كالآتي:

المطلب الأول: مفهوم المقارنة المنهجية وخطواتها.

المطلب الثاني: مقومات المقارنة المنهجية وضوابطها.

المطلب الأول

مفهوم المقارنة المنهجية وخطواتها

نقسم هذا المطلب الى فرعين، نخصص اولهما لبيان مفهوم المقارنة المنهجية، اما الفرع الثاني فنخصصه لعرض خطوات المقارنة المنهجية.

الفرع الأول: مفهوم المقارنة المنهجية.

الفرع الثاني: خطوات المقارنة المنهجية.

الفرع الأول

مفهوم المقارنة المنهجية

المقارنة لغة، هي جمع شئ الى شئ آخر، والمقابلة بينهما شبها وخلافا، للوقوف على وجه التفاضل بينهما[1]. اما المنهج لغة فهو الطريق الواضح[2]. استنادا الى ذلك يمكننا تعريف المقارنة المنهجية من الناحية اللغوية بانها اتخاذ طريق واضح لجمع شئ الى شئ آخر.

ومن الناحية الاصطلاحية فالمقارنة عبارة عن عملية ذهنية تقوم على ربط موضوع بآخر برابط واحد، لاستخلاص اوجه الشبه والاختلاف بينهما، وقد يشمل هذا الربط موضوعين او

---

(1) ينظر كل من: ابي الحسين بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، دار احياء التراث العربي، بيروت، ٢٠٠٨، ص٨٥٢؛ الإمام اسماعيل بن حماد الجوهري، معجم الصِّحاح، دار المعرفة، بيروت، ط١، ٢٠٠٥، ص٨٥٦.

(2) ينظر كل من: الإمام ابي الفضل جمال الدين بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، ط١، ٢٠٠٥، مجلد٢، ج٤، ص٤٠٣١؛ الصِّحاح، المصدر السابق، ص١٠٧١

اكثر، وبذا تصبح المقارنة طريقة للمقابلة بين الصور المختلفة لصنف من الظواهر، او نوع من الموجودات، او عضو من الأعضاء، او وظيفة من الوظائف[1].

اما المنهج فهو البحث او المعرفة المكتسبة من تعامل الإنسان مع واقعه، او هو مجموعة من القواعد المصوغة التي يعتمدها الباحث بغية الوصول الى الحقيقة بشان مشكلة او ظاهرة معينة تصبح موضوع بحثه، كما عرف بانه الطريق المؤدي الى الكشف عن الحقيقة في العلوم بواسطة طائفة من القواعد العامة التي تهيمن على سير العقل وتحدد عملياته حتى يصل الى نتيجة معلومة[2]. اما بالنسبة للمنهجية فهي الشكل العام لكل علم، والطريقة التي بها تكوّن اي علم كان[3]. فالمنهجية اذن هي العلم الذي يبحث في مناهج البحث العلمي والطرق العلمية التي يكتشفها ويستخدمها العلماء والباحثون من اجل الوصول الى الحقيقة، فهي بذلك فرع من فروع الإبستمولوجيا (علم المعرفة) يهتم بدراسة المناهج او الطرق التي تسمح بالوصول الى معرفة علمية للأشياء والظواهر[4].

ومن الناحية القانونية فقد اوجد الباحثون في مجال القانون المقارن عدة طرائق للمقارنة بين القوانين والعائلات القانونية، نعرض تلك الطرائق كالآتي:

اولا/ المقابلة او المجانبة:

المجانبة هي وضع شئ الى جانب شئ آخر، فبمقتضى هذه الطريقة يضع الباحث الأحكام التي تعالج موضوعا واحدا في قوانين متباينة ومتنوعة جنبا الى جنب بحيث يقابل بعضها بعضا فيتعرف بذلك مواضع التشابه والاختلاف فيما بين تلك القوانين بصدد ذلك الموضوع فحسب، تساعد هذه الطريقة الباحث ليتفقه في موضوع معين، لحد لربما قد يصبح هذا الموضوع من اختصاصه، ضف الى ذلك تعيد له الوقت ولا تنهمكه بالبحث والتحري في بنيان القوانين المقارن فيما بينها، لكن مع كل ذلك لا تؤدي هذه الطريقة الى

---

(1) ينظر: د. جميل صليبا، المعجم الفلسفي، دار الكتاب اللبناني، بيروت، ١٩٨٢، ج٢، ص٤٠٥-٤٠٦.

(2) ينظر: عبدالرحمن بدوي، مناهج البحث العلمي، وكالة المطبوعات، الكويت، ط٣، ١٩٧٧، ص٥.

(3) المصدر ذاته، ص٧.

(4) ينظر: جلال الدين سعيد، معجم المصطلحات والشواهد الفلسفية، دار الجنوب للنشر، تونس، ٢٠٠٤، ص٤٥٠-٤٥١.

اجراء مقارنة حقيقية وانما تنتهي مهمة الباحث بمجرد الكشف دون اي تحليل او مفاضلة، فلا تتعدى كونها عبارة عن تجميع لمواد من قوانين مختلفة، ولا تعود بالنفع الا للباحث نفسه[1].

ثانيا/ المقاربة:

تعنى هذه الطريقة بدراسة وجوه التقارب فحسب بين القوانين القابلة للمقارنة فيما بينها، اي القوانين المتشابهة في البنية وفي بيئة تكوينها وفي الخصائص، كالقوانين اللاتينية الجرمانية لاستمدادها من مصادر قانونية مشتركة تخضع لمنهج قانوني موحد يجعلها قابلة للمقارنة فيما بينها[2]. فالغرض من هذه الطريقة بالأساس ليس علميا ولا قانونيا بحتا، بل تلجا اليها عادة لتوحيد القوانين، لكن هذا التوحيد ليس من اجل القوانين نفسها ، وانما ليكون خطوة ممهدة لتحقيق اغراض سياسية كبرى متمثلة بانشاء تحالفات سياسية وبناء تجمعات استراتيجية لمواجهة الخطر الذي يهدد بنيان تلك الدول ووشائجها التاريخية وقواسمها المشتركة في شتى المجالات[3]. فلا يمكن وصف هذه الطريقة بانها مقارنة حقيقية، لأنها تقتصر على الوقوف عند مواضع التشابه والائتلاف، ولا تؤدي الى بيان الاختلافات ولا الى التحليل والمفاضلة، فهي ليست سوى وسيلة لأغراض التوحيد بين الدول والمجتمعات التي تربطها اواصر متينة.

ثالثا/ المضاهاة او المعارضة:

تهدف هذه الطريقة الى دراسة وبيان اوجه التباين والخلاف بين منهجيين قانونيين متمايزين في البنية الاقتصادية، كاجراء المضاهاة ما بين المنهج الأنجلوساكسوني من جهة والمنهج الاشتراكي من جهة مقابلة، وقد نودي بهذه الطريقة في اعقاب الحرب العالمية االثانية. اذ استعملت لأهداف سياسية وقومية او حتى لمآرب عنصرية، فقد اعتاد الباحثون الغربيون على اتباع هذه الطريقة لإظهار محاسن قوانينهم الليبرالية في ازاء التشريعات الاشتراكية، بل اكثر من ذلك حتى في داخل الدول الغربية لجا بعض الباحثين الى اجراء هذا

---

(1) ينظر: د. عبد السلام الترمانيني، القانون المقارن والمناهج القانونية الكبرى المعاصرة، جامعة الكويت، ط٢، ١٩٨٢، ص٩٧.

(2) لمزيد من التفصيل ينظر: كتاب اكسفورد للقانون المقارن، ترجمة، د. محمد السراج، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، بيروت، ط١، ٢٠١٠، ج١، ص٦٠٨.

(3) ينظر: د. عبد السلام الترمانيني، القانون المقارن، المصدر السابق، ص٩٨.

النوع من المقارنات، كالمقارنات التي اجريت بين القانون الفرنسي والقانون الإنجليزي من قبل الباحثين القانونين في كلتا الدولتين، اذ تركزت في غالبيتها على بيان اوجه الخلاف فيما بينهما دون التطرق الى اوجه الائتلاف والتشابه خوفا بل تعصبا منهم، وفي الوقت ذاته سعيا منهم لإثبات اصالة قانونهم، وللحؤلة دون التشكك في ان القانونيين متاثران ببعضهما ومستمدان من مصادر متشابهة، وبالتالي مناصرة قانون بلدهم واظهاره للعالم من حيث انه القانون المثالي[1]. هذه الطريقة ما زالت متبعة بل سائدة تحت مسميات مختلفة مثل امركة القانون، اوربة القانون، عولمة القانون[2]، ويلحظ جليا ان باحثي الدول والمجتمعات التي ليست لها اصول قانونية رصينة، وفي الوقت ذاته تعيش في اوضاع اقتصادية مزرية بداوا ينزون لاتباع هذه الطريقة بل يجنحون، لكن ليس للأغراض التي وجدت من اجلها الطريقة بالأساس وانما لأهداف عكسية، وهي نبذهم وتهوينهم لقوانينهم انبهارا منهم بالقوانين الأجنبية واستسلامهم شبه تام بصحة ونجاعة تلك القوانين اثر تاثرهم بالظروف المعيشية والاجتماعية للبلدان السائدة فيها تلك القوانين، وعدم رضاهم من ظروف بلدانهم مما ادى الى احتقارهم لقوانينهم.

رابعا: الموازنة او المقارنة المنهجية:

تعنى هذه الطريقة بدراسة وتحليل اوجه الاختلاف والائتلاف بموضوع معين ومحدد بين قانونين مختلفيين او مجموعة قوانين مختلفة، وذلك في ضوء الظروف المحيطة بكل قانون، والتطرق الى بيان اسباب الائتلاف والاختلاف بين تلك القوانين. فهذه الطريقة تخضع لمنهجية معينة تساعد الباحث على استخلاص مبادئ ونتائج يتعرف بها الى القانون الأفضل او الحكم الأفضل للتطبيق على موضوع المقارنة، فهي بذلك لا تتوقف عند تقرير وتحرير ما هو كائن فعلا من وجود تشابه او تباين بين القوانين المقارنة فيما بينها، بل تتطرق الى بيان اسباب ذلك التشابه والتباين، والى دراسة وتفهم الظروف المحيطة بكل قانون من حيث

---

[1] ينظر كل من: د. عبدالمنعم البدراوي، اصول القانون المدني المقارن، دون مكان النشر ولا سنة النشر، ص٣١؛ ود. عبدالسلام الترمانيني، القانون المقارن، المصدر السابق، ص٩٨.

[2] لمزيد من التفصيل عن امركة القانون واوربته ينظر: كتاب اكسفورد للقانون المقارن، المصدر السابق، ج١، ص ٨٠٣ ومابعدها.

تكوينه وتطبيقه، وفي النهاية ترنو الى اجراء الموازنة اللازمة بين القوانين المقارنة بينها للتعرف على القانون او الحكم الأصلح[1].

فالمقارنة المنهجية تتطلب من الباحث ان يتساءل من نفسه يقارن بين ماذا وماذا؟ ولماذا؟ كيف يجري المقارنة؟ ولماذا يقارن؟ ما وسيلته للمقارنة؟ ما غايته؟ ما هي الصعوبات التي تعترض طريقه؟ لا جرم ان هذه الطريقة قد تؤدي الى استنزاف حقيقي في جهود الباحث واوقاته، لأنها تستوجب دراسة بنيان القانون المقارن به واسسه، لكنها مع ذلك تتمخض منها نتائج مرجوة تخدم القانون علما وفنا[2]، لكونها تؤدي الى اظهار الصلوحية والأصلحية في القوانين المقارنة، ومن ثم بناء احكام عملية على ذلك تتلاءم مع ارادة المجتمع الآنية والمستقبلية، الأمر الذي يمكن القول معه ان المقارنة المنهجية لا تستهدف غرضا سياسيا ولا عنصريا، وانما تصبو الى تحقيق اهداف علمية وقانونية بحتة.

عليه يمكننا رسم المقارنة المنهجية بانها طريقة للمقارنة تخضع لمنهجية معينة في دراسة اوجه التشابه والتباين بموضوع معين بين قوانين مختلفة، مع الاعتداد بالظروف المحيطة بكل قانون، واسباب التشابه والتباين، وذلك لإظهار الصلوحية والأصلحية في تلك القوانين، ومن ثم بناء احكام عملية ملائمة للمجتمع.

---

(1) د. عبدالسلام الترمانيني، القانون المقارن، المصدر السابق، ص٩٨.

(2) يقصد بالعلم هنا معرفة عقلية تقويمية معللة تنصب على موضوع معين، وهذا التعريف ينطبق على القانون، اذن القانون علم بذاته، اما الفن فهو مجموع الوسائل التي تصلح لأن تحقق عل خير وجه غرضا اختارته ارادة الإنسان، والقانون مجموعة من القواعد تنظم سلوك الإنسان في علاقاته مع نظرائه، وهو بهذا يعتبر فنا من دون ريب. لمزيد من التفصيل ينظر: د. عبدالحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، جامعة الكويت، ١٩٧٢،ج١، ص ٢٠ وما بعدها.

الفرع الثاني
خطوات المقارنة المنهجية

تمر المقارنة المنهجية بمرحلتين، الأولى تحليلية والثانية تركيبية، فالمرحلة التحليلية تبدا بتجزئة النص، اي دراسة وتحليل القاعدة القانونية الى جزئياث، ثم دراسة النظام القانوني الذي يحوي هذه القاعدة، فاذا فرغ الباحث من ذلك انتقل الى دراسة المنهج الكامل للقانون الأجنبي[1]، مثلا لو اراد باحث قانوني في العراق ان يقارن قاعدة قانونية متعلقة بالتعويض عن الضرر المعنوي في القانون العراقي بمثيلها في القانون الفرنسي، يبدا اولا بتجزئة القاعدة التي تتناول تعويض الضرر المعنوي في القانون الفرنسي ليقارنها بما هو موجود في القانون العراقي، ومن ثم يقارن نظام التعويض في القانون العراقي بنظام التعويض في القانون الفرنسي، واذا فرغ من هذا انتقل الى مقارنة الأسس والمنهج الذي بني عليه القانون المدني العراقي الحاوي على نظام التعويض، بالأسس والمنهج الذي بني عليه القانون المدني الفرنسي. فمن خلال هذه المقارنة يستطيع الباحث ان يتوقف على مواضع الائتلاف والاختلاف بين القانونين المدنيين العراقي والفرنسي من حيث المنهج والأسس بصورة عامة، وفي نظام التعويض بصورة خاصة وبصدد احكام التعويض المعنوي على وجه التحديد، فتهديه هذه المقارنة التعرف على مسالة الصلوحية والأصلحية في حكم التعويض المعنوي والموجود بالقانونين. فلذلك لا تتم هذه المرحلة التحليلية اذا لم تعبر حدود ثلاثة مفاهيم متداخلة ومتمم بعضها لبعض، وهي القاعدة القانونية ثم النظام القانوني واخيرا المنهج القانوني الكامل.

واذا احكمت الخطة في هذه المرحلة، فان استخلاص نتيجة ايجابية للمقارنة يصبح سهلا وميسورا، من هنا تبدا المرحلة الثانية وهي المرحلة التركيبية، والتي تتم فيها دراسة تركيبة القانون المقارن به دراسة شاملة لكل كلياته وجزء من جزئياته. فاذا كانت المرحلة التحليلية تكشف عن الارتباط بين العناصر الجزئية في عدة قوانين، ففي المرحلة التركيبية يتم الكشف عن الارتباط من عدمه بين كلياث تلك القوانين انطلاقا من جزئياتها، وبهذه المقارنة

[1] د. عبدالسلام الترمانيني، القانون المقارن، المصدر السابق، ص٩٩.

يستخلص الباحث الروابط بين القواعد القانونية المختلفة وما يوجد بينها من اشباه وفروق ويوضح اسبابه بروح النقد البرئ ثم يصدر حكمه بتقييمها[1].

هاتين المرحلتين تكمل احداهما الأخرى، فلا يمكن الاقتصار على احداهما واهمال الأخرى، لأن المقارنة المنهجية لا تعطي نتائجها الحقيقية الا بهما، فلذلك اي تقصير او اهمال فيهما او في احكام خطتهما يتسبب بالخلل في نتائج المقارنة، فتظهر بصورة معيبة. فمثلا التوقف عند حدود القاعدة القانونية والاكتفاء بها، وعدم العبور الى النظام القانوني والمنهج القانوني، يؤثر تاثيرا مؤكدا على المقارنة ويجعلها معيبة، كما ان عدم التركيز على ارتباط المنهج القانوني والنظام القانوني والقاعدة القانونية بعضها ببعض فيما بينها وفي القانون المقارن به يقصر نظر المقارن ولا يهديه الى نتائج قانونية كبيرة.

المطلب الثاني

مقومات المقارنة المنهجية وضوابطها

تقوم المقارنة المنهجية على مجموعة من المقومات والشروط نتناولها بالبحث فيما يأتي:

اولا/ السلامة في اختيار موضوع المقارنة والقوانين المقارن بينها:

لن تكون المقارنة المنهجية مثمرة وذات فائدة الا اذا اختار الباحث موضوع المقارنة واحسن انتقاء القوانين التي تجري عليها تلك المقارنة، فليس من المعقول ولا من المستساغ اجراء المقارنة بين قانونين او اكثر من غير تمييز ولا تبصر[2]. فمثلا ليس من المفيد مقارنة القوانين الشرقية القديمة بقوانين البلاد الأوروبية المعاصرة، فما بين هذه القوانين وتلك من تباين، وما بين الوسط الذي عاشت فيه من فروق وتمييز، يجعل البون بينهما شاسعا لا يسمح بالمقارنة ولا تفيد معه المقارنة ان اجريت، فربما لن نجني فائدة قانونية نذكر اذا قارننا قانون دولة متمدينة بقانون شعوب ما زالت تعيش على الفطرة[3].

---

(1) المصدر ذاته، ص١٠٠.

(2) د. عبدالمجيد الحكيم، الاعتبار كركن في العقد في القانون الأنكلوامريكي، دون مكان النشر ولا سنة النشر، ص٢٣.

(3) د. عبدالمنعم البدراوي، اصول القانون المدني المقارن، المصدر السابق، ص٢٧٠.

فلكي نجدي المقارنة ينبغي ان نجري بين قوانين متقاربة، اي ان نوجد بينها خيوط للالتقاء والتشابه، جنبا الى جنب التباعد والفروق، ولا يهم بعد ذلك ان تكون هذه القوانين متعاصرة في الزمن، لأن الأساس في المقارنة المنهجية هو التقارب بين آحاد المقارنة بينها، اي التقارب بين القوانين المقارنة، بغض النظر عن الاختلاف الزماني والمكاني فيما بينها.

اما مدى نطاق المقارنة وطبيعتها فتتحكم بها ارادة الباحث وقابليته، لكن هناك بعض اعتبارات عملية قد تؤدي بالباحث الى تضييق نطاق المقارنة والى قصرها على بعض القوانين دون البعض، فقد تواجهه صعوبات متعلقة بالمصادر، او صعوبات متعلقة باللغة، ومثل هذه الصعوبات من شانها ان تحدد نطاق المقارنة.

فليس من المحبذ ان تجرى المقارنة بين قوانين بلاد لا يعرف الباحث لغتها، اذ هو في هذه الحالة يضطر الى الاعتماد على عمل الغير، ولن يستطيع الرجوع بنفسه الى المصادر والأصول، بل يضطر ان يلجا الى الكتب المترجمة، وان يعتمد على المؤلفات المحررة عليها بلغة غير لغتها الأصلية، وفي هذا ما فيه من الخطر على الدقة والموضوعية.

ومتى اختار الباحث القوانين التي يقارنها، ملتزما باهم مقوم في طريقه الى اجراء المقارنة، وجب عليه ايضا الالتزام بمقومات اخرى نبينها في الفقرات القادمة

ثانيا/ وجوب دراسة مصادر القانون الأجنبي جميعا ومعرفة قيمتها وقوتها:

لا يكفي للباحث عند الخوض في اجراء المقارنة المنهجية ان يحيط علما بحكم القانون الأجنبي فحسب، بل ينبغي ان يقف على جميع مصادر القانون وقيمتها وقوتها فيه. فيجوز اعتبار نظرية مصادر القانون بانها اساس لمجموع الدراسات القانونية، فالتساؤل حول ماهية القواعد القانونية وحول سلطانها والزاميتها يساعد الباحث على فهم امور غامضة ومبهمة عليه، وفك شفرات بعض احكام معقدة.

ولا غرابة في ان يكون لنظرية مصادر القانون هذا القدر وتلك الأهمية والمكانة كاحد مقومات المقارنة المنهجية، فمن اهتموا بهذه النظرية ودرسوها دراسة مستفيضة قدموا في النهاية خدمة جليلة للدراسات المقارنة، فمعرفة مصادر القانون الأجنبي هي عين المسالة، لأن الإحاطة بكل مصدر من مصادره احاطة كاملة، وتدارك ما يوجد بين تلك المصادر من روابط

تسلسل ام تكامل تداركا كليا يصبح خير معوان للباحث ليدرك الأحكام الخاضعة للمقارنة ويفهمها فهما حقيقيا، ومن ثم يهتدي الى مسالة الصلوحية والأصلحية بين تلك القوانين المقارنة[1].

وهكذا يجب على الباحث عند الجزم باجراء المقارنة المنهجية ان يلتزم الحذر في رجوعه الى مصادر القانون الأجنبي وفي تفسيرها وفي تقدير قوتها وقيمتها.

ثالثا/ وجوب الإحاطة بالهيكل العام للنظام القانوني الأجنبي:

ليس كافيا ان يرجع الباحث وهو في صدد المقارنة المنهجية الى جميع مصادر القانون الأجنبي ويدرك قيمة كل منها، وانما يتوجب عليه فوق ذلك ان يكون محيطا بالبنيان العام للنظام القانوني الأجنبي، فليس من المستساغ ان يقتصر على مقارنة قانونين او اكثر في مسالة من المسائل دون ان يكون محيطا على وجه عام باسس هذه القوانين وبنيانها[2].

فقد يبدو التقارب في الصياغة بين قانون وآخر، ولكنهما في الحقيقة والواقع يختلفان اختلافا كبيرا في روحهما، فمثلا قد تبدو انه هناك تقاربا بل تماثلا حقيقيا بين القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري، بيد انه في الحقيقة والواقع صحيح يوجد هذا التقارب بينهما، لكنهما في الوقت ذاته مختلفان اختلافا كبيرا في منهجهما وفي اساسهما، فالقانون المدني العراقي متاثر بالفقه الإسلامي بدرجة اكبر من القانون المدني المصري مما ادى الى اختلافهما من حيث المصادر ومن حيث الأساس، الأمر الذي ترتب عليه افتراق احكامهما واختلافها بمواضيع ليست بقليلة[3].

---

(1) ينظر: د. صلاح الدين الناهي، النظرية العامة في القانون الموازن وعلم الخلاف، مطبعة اسعد، بغداد، ١٩٦٨، ص٤١.

(2) المصدر ذاته، ص٤٢.

(3) يختلف القانونان من حيث مصادرهما، اذ لم يجعل القانون المصري الفقه والقضاء مصدرا له بينما جعلهما القانون العراقي، وبالنسبة لأساسهما ومدى تاثرهما، فالمدني المصري جعل القوانين الغربية وبالأخص القانون الفرنسي اساسا له، اما المدني العراقي فاستند بالأساس الى الفقه الإسلامي، ولم يغفل الاستفادة بل الاستقاء من القوانين الغربية، وهذان الاختلافان الرئيسان اديا الى اختلافهما في بعض احكامهما. لمزيد من التفصيل ينظر كل من: د. عبدالرزاق احمد السنهوري، الوسيط فس شرح القانون المدني الجديد، منشورات الحلبي

ولا يكفي في العلم بالقوانين الأجنبية الإحاطة بالأحكام الموضوعية وحدها، وانما يلزم فضلا عن هذا الإحاطة بالأحكام الشكلية ايضا اي بقواعد الإجراءات، فكثيرا ما يلجا المشرع الى قواعد الإجراءات ليعدل بشكل غير مباشر في موضوع الحق، فالبريتور الروماني كانت وسيلته في حماية الحقوق التي لا يعترف بها القانون المدني الروماني، وفي منع الحماية عن مراكز قانونية يحميها ذلك القانون، كانت وسيلة اجرائية بحتة، فهو ابتدع دعاوي جديدة لحماية ما يراه جديرا بالحماية من المراكز، وكان يشل الدعوى عن طريق الدفع ليعطل حماية مراكز اخرى كان يحميها القانون المدني ويراها هو غير جديرة بذلك، وهذه هي نفسها الخطة التي اتبعها المشرع العراقي في بعض الأحوال عندما اراد ان لا يحمي المراكز التي لا تستحق الحماية في نظره، اذ اتبع طريقة منع سماع الدعوى على المنكر كما في نصوص التقادم والحيازة[1]. ان ادراك مثل هذه الإجراءات وتلمس طبيعتها شرط ضروري للإحاطة الكافية بالقانون الأجنبي. لكن ذلك لا يعني وجوب معرفة جميع القواعد التفصيلية في ذلك القانون، لأن تكليفه بهذا يكون مرهقا ان لم يكن مستحيلا ولا طائل وراءه، كما سلف يكون من الضروري احاطة الباحث بالبنيان العام له وبالمبادئ العامة فيه، دون لزوم معرفة كاملة في جزئياته وتفصيلاته، ما عدا الجزئيات والتفصيلات التي تحكم موضوع المقارنة، اذ لا بد معرفة هذه التفصيلات.

رابعا/ وجوب دراسة الوسط المطبق فيه القانون الأجنبي:

من الأمور التي تكاد ان تكون من البديهيات انه لا يمكن تفهم قانون شعب من الشعوب بدون دراسة الظروف التي يعيش فيها هذا الشعب، فالحياة وحدها هي التي تفسر لنا سبب وجود القاعدة القانونية، ودراسة المجتمع امر ضروري لتفهم القانون الذي يطبق فيه. لأن القانون مناثر لا محالة بجميع ظروف المجتمع الذي يطبق فيه، فهو الموجب البشري ما

الحقوقية، بيروت، ١٩٩٨، ج١، ص٦٢ ومابعدها، القانون المدني العراقي مع مجموعة الأعمال التحضيرية، مطبعة الزمان، بغداد، ١٩٩٨، ج١، ص٦ ومابعدها؛ القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.

[1] لمزيد من التفصيل ينظر كل من: مدونة جوستنيان، نقله الى العربية، عبدالعزيز فهمي، عالم الكتب، بيروت، دون سنة النشر، ص٨٠؛ د. صبيح مسكوني، القانون الروماني، مطبعة شفيق، بغداد، ط٢، ١٩٧١، ص ١٨٠؛ د. محمد عبدالمنعم بدر، القانون الروماني، مطبعة لجنة التاليف والترجمة والنشر، القاهرة، ١٩٣٨، الكتاب الثاني، ص٢١٥ ومابعدها؛ وكذلك ينظر المادتان ١١٥٨ و١١٦٣ من القانون المدني العراقي.

سيطر على امم الأرض طرا، ولا ينبغي للقوانين السياسية والمدنية في كل امة ان تكون غير الأحوال الخاصة التي يطبق عليها هذا الموجب البشري، ويجب ان تكون هذه القوانين من اختصاصها بالأمة التي وضعت في سبيلها ما يكون من الاتفاق العظيم معه امكان صلاح قوانين امة لأمة اخرى [1]. فلا يكتمل فهم قانون مجتمع او امة معينة الا بمعرفة اوضاعها وظروفها وظروف تطبيق القانون فيها، وهي السبيل الفضلى لإدراك قانونها ادراكا كليا وتاما.

جانب تلك المقومات هناك مجموعة من الضوابط من الضروري ان يلتزم بها الباحث في دراسته، كي تكون مثمرة ومحققة لأهدافها الحقيقية من هذه الضوابط[2]:

١- التسلسل في تتبع الخطوات، فمثلا يتعين ان يعرض الباحث احكام قانونه الوطني اولا ثم ياتي باحكام القانون الأجنبي، وبعد ذلك يشرع في المقارنة بينهما.

٢- الالتزام بالاستنتاج والترجيح، فالمقارنة لا توصف بالمنهجية اذا لم تنجم عنها استنتاجات عقلية وترجيحات فعلية وعملية، فالباحث المقارن المنهجي ينبغي ان يعي جيدا ان وظيفته لا تقتصر على السرد والمحاكاة، وانما مهمته الموازنة والتقييم والترجيح.

٣- الالتزام بالموضوعية والتجرد، فان سلم الباحث مسبقا باصلحية قانونه الوطني وارجحيته، فلن يبقى للموازنة موطن، ولن يكون بالإمكان اضافة اية صفة منهجية على المقارنة كهذه، بل لا غرو ان جردت من صفة المقارنة اصلا، لأنها ليست سوى اثبات تحكمي لأفضلية قانون ما على آخر من غير مفضل.

٤- الابتعاد عن التحكم واقحام القانون الأجنبي، لأن ليس من وظيفة الباحث المقارن المنهجي ان يدون توصيات او اقتراحات للمشرع الأجنبي، فكل ما يحق له هو ان يعرض ويحلل احكام القانون الأجنبي، ومن ثم يرجح ما بينه وبين قانونه الوطني او القانون الذي تجري بحقه المقارنة، وله كذلك ان يبدي ملاحظاته ويدون اقتراحاته على مشرعه باعتباره عضوا في مجتمعه له الحق في المشاركة القانونية والسياسية، اما بالنسبة للمشرع الأجنبي

---

[1] ينظر: مونتسكيو، روح الشرائع، ترجمة، عادل زعيتر، دار المعارف، القاهرة، ١٩٥٦، ج١، ص١٨.

[2] لمزيد من التفصيل ينظر كل من: د. عكاشة محمد عبدالعال ود. سامي بديع منصور، المنهجية القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط١، ٢٠٠٥، ص٥ ومابعدها؛ د. عصمت عبدالمجيد بكر، اصول البحث القانوني، مطبعة الزمان، بغداد، ط٢، ١٩٩٩، ص٦ وما بعدها؛ د. عبدالسلام الترمانيني، القانون المقارن، المصدر السابق، ص١٠٣.

فليس للباحث ازاءه هذا الحق وبالتالي لا يجوز له الإقدام على ذلك، لأنه ليس ذا ذا جدوىاو فائدة تذكر.

٥- من المستحسن ان تكون الدراسة المقارنة المنهجية مشتركة بين باحثيين او باحثين ينتمون الى الدول التي تتم المقارنة بين قوانينها.

٦- ان تبرز شخصية الباحث كمقارن وليس كباحث اعتيادي، لأن المقارن لا يتوجب عليه ان يقول كل شئ، وانما مطالب بان يأتي بشئ كلي.

المبحث الثاني
دور المقارنة المنهجية في إصلاح القانون المدني

نحاول في هذا المبحث ان نبين الأثر الذي تركته المقارنات المنهجية على تطوير القوانين المدنية والتقدم بها، فالقانون بصورة عامة وبضمنه القانون المدني في تطور دائم وسرمدي، وهذا التطور ينبعث من عوامل متعددة، لكن العامل الأبرز والأكثر تاثيرا هو المقارنة بين القوانين، والتاثير المتبادل فيما بينها من خلال استفادة بعضها من بعض، لأن مثل هذه المقارنات ادت في النهاية الى المطالبة بالتعديل، او وضع نص جديد، وقد اريد منها احيانا ان تتوحد قوانين مدنية لدول مختلفة في قانون واحد وهذا الأثر تجسد واقعا في دائرة ضيقة، وكاد ان يتحقق في دائرة اوسع. عليه ان دراسة الدور الذي تؤديه المقارنة المنهجية، وبيان الأثر الذي تركته على القوانين المدنية يتطلب منا ان نوزع هذا المبحث كالآتي:

المطلب الأول/ التاثير المتبادل للمقارنة المنهجية بين القوانين المدنية.

المطلب الثاني/ تاثير المقارنة المنهجية في توحيد القوانين المدنية.

المطلب الأول

التأثير المتبادل للمقارنة المنهجية بين القوانين المدنية

فيما يخص التاثير المتبادل للمقارنة المنهجية بين القوانين المدنية نجب الإشارة الى ان هذا التاثير يظهر في مستويين او جانبيين مختلفيين، نبينهما في الفرعيين الآتيين:

الفرع الأول

تحسين النصوص القديمة وتهذيبها

تعتبر المقارنة المنهجية اداة فعالة للتقدم بالقانون الوطني وتطويره نحو الأفضل، وفقا للحاجات المستجدة من النواحي الاجتماعية والاقتصادية، وهذا الدور الذي ادته ولا تزال تؤديه اصبح من الأدوار الأبدية التي اقترنت بوجود المقارنة المنهجية، بل شكل قدرا كبيرا من علة اجرائها، وفي الوقت ذاته ان المقارنة المنهجية انعكس تاثيرها الأبرز في الواقع من هذه الناحية[1]. فدراسة القوانين الأجنبية تعتبر خير معين للمشرع الوطني على تعديل التشريع، اذ من اليسير في معظم الأحوال ان يجد المشرع في تلك القوانين التنظيم القانوني الذي ينشده هذا من جهة، ومن جهة ثانية ان اجراء المقارنات المنهجية بين قوانين مختلفة يعين الفقه والقضاء معا في التقدم بالقانون الوطني، لأن تطور القانون ليس موكولا بالمشرع فحسب، وانما يكون للفقه والقضاء بد كبير فيه[2]. وذهب الفقيه الإنكليزي السير (هنري مين) الى ان الغرض الرئيس والأساس من الفقه المقارن والدراسات المقارنة الجارية بصورة منهجية هو تيسير مهمة التشريع، وتحسين القانون بصورة عملية[3].

فالمقارنة المنهجية توفر الوسيلة والمواد اللازمة وتضعها تحت تصرف القائمين على ادارة القانون وتطويره في البلاد، اذ لا يوجد ضير في الالتجاء الى الاستفادة من تجارب الدول الأخرى في الميدان التشريعي، بل يسهل هذا الالتجاء ان كان سليما وصحيحا عمل المشرع في اصلاح تشريع بلاده والتقدم به.

---

(1) ينظر كل من : د. عبد المجيد الحكيم، الاعتبار، المصدر السابق، ص٢٨، ؛ د. عبدالمنعم البدراوي، اصول القانون المدني المقارن، المصدر السابق، ص١٥٣.

(2) د. عبدالمنعم البدراوي، المصدر ذاته، ص١٥٣.

(3) نقلا عن: د. عبدالرحمن البزاز، مبادئ القانون المقارن، مطبعة العاني، بغداد، ط١، ١٩٦٧، ص١٥.

من المنصور ان يتجاهل المشرع الوطني الاستفادة من التجارب التشريعية لدول اخرى في طريقه لإدخال الإصلاحات على تشريع بلاده، لكن هذا المسلك معيب وغير سديد، اذ ليس من بعد النظر ولا من عمق الفهم اهمال القوانين الأجنبية وعدم استقراء النتائج التي اسفرت عنها في التطبيق العملي حتى يستعيرو ما فيها من محاسن ويتجنبوا ما تنطوي من مساوئ[1]. وهكذا اصبح الأمر مالوفا عند جميع الدول ان يسبق اصلاح قوانينها اجراء مقارنات منهجية بين قوانينها وقوانين دول اجنبية، وصارت المحاكاة ظاهرة قانونية شائعة لها دعاتها ومناصروها، منهم الفقيه الألماني (ايرنك) اذ قال: ((انه من السخف ان نتمسك بالرغبة في عدم محاكاة القوانين الأجنبية، اذ سنكون عندئذ كمن يرفض اكل البرتقال لأنه لم ينبت في بستانه))[2].

وهناك امثلة واقعية جمة تجسد هذا الدور المحوري للمقارن المنهجي، منها التقدم بنظرية خصوصية العقد (privity of contracts) وتطويرها التي كانت سائدة في القانون الانكليزي والتي تخول اي طرف في العقد اقامة الدعوى على الطرف الآخر، غير انها لا تسمح بشكل عام لأي طرف ثالث خارج العقد من اقامة الدعوى على اساس العقد، ولا يصلح العقد نفسه لمنح حق او فرض التزام سوى الى اطراف العقد مما حدا باللجنة القانونية في البرلمان ان تقوم بمناقشة تجارب البلاد الأخرى التي اجازت الاشتراط لمصلحة الغير، واثر ذلك تمت اجازة الاشتراط لمصلحة الغير في القانون الانكليزي كذلك[3]. وكذا تحسين قاعدة السبب المسبب[4] التي كانت سائدة في القانون الانكليزي القديم، من خلال قاعدة توزيع المسؤولية على المشاركين في الخطا او في الضرر كل بقدر جسامة تعديه، وهذه الأخيرة كانت سائدة في قوانين دول اوروبية اخرى مثل فرنسا وسويسرا والمانيا وغيرها، فالمقارنة

---

(1) د. صلاح الدين الناهي، النظرية العامة، المصدر السابق، ص٦١.

(2) نقلا عن: د. عبدالمنعم البدراوي، اصول القانون المدني المقارن، المصدر السابق، ص١٥٦.

(3) ينظر: كتاب اكسفورد، المصدر السابق، ج١، ص٦١٠ ص٧٦٨.

(4) قاعدة السبب المسبب تقتضي ترتب المسؤولية على الفعل الرئيس والكافي لإحداث الضرر، والذي يعد مسببا لإحداثه، وتجاهل الأفعال او الأسباب الأخرى. ينظر: د. صلاح الدين الناهي، النظرية العامة، المصدر السابق، ص٥٧.

المنهجية بين هذه وتلك اسفرت عن اصلاح تلك التي موجودة في القانون الإنكليزي[1]. كما ان النظام السجل العقاري المعروف في كل من سويسرا والمانيا لم يؤخذ به في فرنسا لأسباب عملية ومع ذلك فان فقهاء فرنسيين مقدمين ذهبوا الى ان النظام السويسري الألماني في هذا المضمار هو افضل من النظام الفرنسي واجدى بالنسبة للائتمان العقاري[2].

اما بالنسبة لإنعكاس هذا الدور في القانون المدني العراقي فيكفي ان نشير الى بعض ما ورد في الأسباب الموجبة للائحته، اذ ورد فيها، كانت قواعد القانون المدني في العراق لا ينتظمها عقد جامع، وانما هي مبعثرة في مواطن متفرقة، فبعض الأحكام الكلية وقواعد العقود قد وضعت في مجلة الأحكام العدلية، وقواعد الملكية وغيرها من الحقوق العينية موزعة بين المجلة وقانون الأراضي، وقواعد التامينات قد انفرطت بين المجلة وعدد من التشريعات الخاصة، وغيرها من مظاهر التشتت بين تلك القواعد على قوانين متباعدة، مع الملاحظة ان تلك القواعد كانت مستمدة من مصادر متباينة، فبعضها اخذ من الفقه الإسلامي مباشرة، وبعضها نقل عن الفقه الإسلامي مقننا في المجلة والبعض الآخر هو بقية من القوانين العثمانية العتيقة وهذه القوانين بدورها قد اشتقت احكامها بوجه خاص من القانون الفرنسي والعرف المحلي، وكانت بلاد الشرق العربي آنذاك منقسمة الى فريقين: بلاد المجلة وهي بلاد كانت تعتمد اعتمادا رئيسيا على (مجلة الأحكام العدلية) كالعراق وفلسطين وشرق الأردن، وبلاد التقنين المدني الحديث، وهي بلاد اخذت بنظام التقنين واقتبست عن تقنينات الغرب ولا سيما التقنين الفرنسي، كمصر وسوريا ولبنان وتونس ومراكش، وكان كلا الفريقين ينطرف في منزعه، فكان الأول يبقي على القديم والثاني ينتكر لماضيه، لذا قد رؤي ان يكون مشروع القانون المدني مثالا لما ينبغي ان يكون عليه التقنين المدني في البلاد العربية، فجعل مزاجا مثالفا يجمع بين قواعد نقلت عن الفقه الإسلامي وقواعد نقلت عن التقنينات الغربية، فقد اخذت الأحكام الواردة في المشروع من المشروع المصري وهو في جملته صفوة مختارة من القواعد التي استقرت في ارقى التقنينات الغربية، ومن القوانين العراقية

[1] ينظر: كتاب اكسفورد، المصدر السابق، ج١، ص٧٦٨.
[2] ينظر: د. صلاح الدين الناهي، النظرية العامة، المصدر السابق، ص٥٧.

الحالية وفي طليعتها المجلة وقانون الأراضي ومن الشريعة الإسلامية[1]. فندل تلك الإشارة المقتضبة بجلاء الى ان كيف سبق وضع القانون المدني العراقي واصلاح القواعد المدنية الموجودة اجراء مقارنات منهجية بين قوانين مختلفة سواء اكانت متباعدة ام متقاربة، وتبين مدى الاستفادة من تلك المقارنات في اصلاح القواعد الموجودة والتقدم بها، وهذه النتيجة قد ظهرت في الواقع بل وترسخت بوضوح بعد صدور القانون المدني ونفاذه.

استنادا الى تلك الحقائق، نقول ان كان من الجائز لنا ان نستفيد من تجارب المجتمعات الأخرى في ميادين العلوم والكنلوجيا والمعارف بشتى فروعها لتحسين معايشنا وللتقدم بمستوى رفاهيتنا، بل اكثر من ذلك قد يدخل التحاجب والتمانع في تلك الأمور في دائرة المحرمات، فايما مانع يمنع البشرية من تبادل التجارب والخبرات القانونية؟ حيث ان المشاكل التي تعرض في الوقت الحاضر لأمة من الأمم لها ما يماثلها لدى الأمم الأخرى، ولهذا كان من الواجب دراسة الوسائل التي تغلبت بها تلك الأمم عليها، والاهتداء بتجاربها، فلا غرو ان نقل ان كانت الاستفادة من التجارب العلمية لأمم اخرى جائزة، فالاستفادة من تجاربهم القانونية ايضا جائزة جواز قريب من الوجوب، لما فيها من اهداف اخرى نبيلة وسامية متعلقة بالتقارب بين البشرية والتآلف فيما بينهم.

الفرع الثاني
تكميل النقص التشريعي

يعد النقص في التشريع ظاهرة طبيعية في القانون، لها اسبابها ومبرراتها، دون ان يشكل النقص عيبا في ذاته على واضعي القانون ومطبقيه، فثم التكيف والتعامل معه بكل جدية، والمشرع لم تسول له نفسه ان يحاول تنظيم كل شئ او التنبؤ بكل شئ، ففي اختلاف حاجات الناس، واتصال اوجه نشاطهم بعضها ببعض، وتشعب مصالحهم واتساع علاقاتهم ما يدل على انه يستحيل على المشرع ان يتنبا بكل شئ، بل ان الأمور التي تكون قد استرعت انتباه المشرع بوجه خاص انما تنطوي هي ذاتها على تفصيلات عديدة لا يستطيع المشرع ان يحصرها، او تكون غير مسلمة، او متطورة بحيث لا يجوز وضعها في نصوص التشريع، ثم

[1] ينظر: الأسباب الموجبة للقانون المدني العراقي ومجموعة الأعمال التحضيرية له.

كيف نعطل فعل الزمن او نعارض سير الحوادث او نقف في طريق التطور الأدبي؟ كيف نستطيع ان نقدر سلفا ما نستطيع التجربة وحدها ان تطلعنا عليه؟ وهل يمكن التنبؤ باشياء لا يستطيع الفكر وحده ان يصل اليها؟ ان اي تقنين ، مهما بدا كاملا، ما يكاد يفرغ منه واضعوه حتى تثور بصدده آلاف المسائل امام القاضي، والقوانين متى وضعت تبقى على ما وضعت عليه، اما الأفراد فلا يبقون على حالهم، انهم يعملون دائما، وهذه الحركة الدائبة، وما يترتب عليها من آثار تتغير بتغير الظروف، انما تاتي كل يوم بجديد، وعلى القاضي تقع مهمة سد ما تتركه من فراغ [1]. ولسد ذلك الفراغ ظهرت افكار متنوعة وجدت وسائل عديدة، تختلف فيما بينها من حيث التاثير، منها الاستفادة من القوانين الأجنبية وذلك من خلال الدراسات المقارنة عليها، والسعي لتلمس واستنباط الحل اللازم الملائم من النتائج التي افرزتها تلك الدراسات.

استنادا الى ذلك من السائغ بمكان ان تعتبر المقارنة المنهجية خير وسيلة لتكميل التشريع، عندما يشوبه نقص او عجز وتمس الحاجة لتكميله، اذ لا غضاضة في ان تلتجئ السلطات التشريعية والمحاكم الى الاستفادة من المقارنات المنهجية بوصفها مصدرا لأفكار جديدة، وللرغبة على وجه الخصوص في ايجاد حل لمشكلات معينة، فقد ترغب السلطة التشريعية ان تعرف الموضوع المستجد الذي عليها ان تواجهه، او اذا كانت تعرف مسبقا الموضوعات المطروحة للخطة التشريعية، فقد ترغب في معرفة كيفية صياغة القواعد لمواجهة المسائل التي تثيرها، او اذا كانت تعرف مسبقا كيفية صياغة مثل هذه القواعد، فقد ترغب في معرفة الكيفية التي ستعمل بها في الواقع، ويمكن ان تقدم المقارنة المنهجية الإلهام في كل هذه الأحوال[2]. ومثل ذلك فيما لو كانت المحكمة لا تعرف حلا لمسالة معينة، فانها قد تبحث عما يلهمها في مكان آخر من خلال المقارنة المنهجية، وقد لاحظ البعض ان البلاد الأجنبية قد تفيد مختبرا قانونيا تجريبيا ان كانت العبارة سليمة، تساعد

---

(1) نقلا عن: د . عبدالحي حجازي ، المدخل ، المصدر السابق ، ج١، ص ٥٤٤ .

(2) ينظر:

Jan Smits, A European private Law as A mixed Legal System, Maastricht Journal of European and Copmparitive law, vol. 5, 1998, p. 328.

تجربتها السلطات التشريعية والمحاكم على تجنب الأخطاء التي وقعت في مكان آخر[1]. وفي هذا يقول ملتون هاندلر احد اساتذة القانون في امريكا: ((فنحن نجد تحت تصرفنا الحكمة والمعرفة المتجمعة والتركة الفكرية لشعوب وامم اخرى، وكذلك تجربة الشعوب الأخرى في معالجتها للمشكلات التي لا تختلف بصورة جوهرية عن مشكلاتنا، وذلك على الرغم من الفروق التي توجد في الإطار العام بينها وبيننا، افلا يكون من الحماقة والسخف ونحن في عز عزلتنا، ان ندير ظهورنا الى الكنز الثمين من المعرفة، فبامكاننا ان نستعير الكثير من الآخرين، كما بامكان الآخرين ان يستعيروا الكثير منا في حقول حصل لأحدنا فيها تجربة سابقة، كما يمكن لكل منا ان يستفيد من اخطاء الآخر))[2].

من الثابت ان القاضي المدني ملزم بان يحكم في القضايا المعروضة عليه، سواء وجد النص ام لم يوجد، وسواء اكان النص غامضا ام واضحا، فايما امتناع او تقاعس من جانبه بحجة النقص في القانون يوجهه للمسؤولية بسبب امتناعه عن احقاق الحق، او اتهامه بجريمة انكار العدالة[3]. مادام الأمر كذلك ويكون واجب القاضي بهذه الدرجة من الخطورة، من الطبيعي بل من حقه ان توفر له الوسائل والقنوات اللازمة للحكم، وهذا ما قدم له المشرع فعلا، مجيزا له الاستفادة من القوانين الأجنبية رغبة من القاضي كما في حالة النقص التشريعي، او استحسانا من المشرع كما في احالة القاضي الى القوانين الأجنبية وفقا لقواعد تنازع القوانين[4]. فالاستفادة السليمة في الحالة الأولى وكذا التطبيق السليم في الحالة الثانية لن يتم الا باللجوء الى اجراء المقارنة او الاعتماد على المقارنات المقدمة. ولهذا ليس من المدهش ان اكثر القضايا التي تتطلع فيها المحاكم الى القانون الأجنبي متعلقة بمسائل مثيرة

---

[1] ينظر:

Taavi Annus, Comparative Constitutional Reasoning, The Law and Strategy of Selecting the Right Arguments, Duke Journal of Comparative and International law, vol. 14, 2004, p. 301.

[2] نقلا عن: د. عبدالمجيد الحكيم، الاعتبار، المصدر السابق، ص٢٩.

[3] نصت المادة ٣٠ من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ على انه: ((لا يجوز لأية محكمة ان تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون او فقدان النص او نقصه والا عد القاضي ممتنعا عن احقاق الحق، ويعد ايضا الناخر غير المشروع عن اصدار الحكم امتناعا عن احقاق الحق)).

[4] ينظر: المواد ١٧- ٣٣ من القانون المدني العراقي.

للجدل، لا يمكن ايجاد الحلول لها في القانون الوطني القائم، فمثلا سبق ان ثار التساؤل بل تنازع الراي في المحاكم الألمانية حول ما اذا كان ينبغي منح التعويضات في قضايا التعدي على الخصوصية، في الوقت الذي كان ينكرها القانون المدني الألماني ، قد تمت الإجابة عنه بالإيجاب وذلك بالرجوع الى القوانين الأجنبية وفي مقدمتها القوانين الأوروبية من خلال عقد مقارنات حقيقية بينها بصدد مسالة التعويض عن التعدي على الخصوصية، وقد نوقش في هولندا موضوع ما اذا كان يسمح بدفع التعويض عن الأضرار المعنوية اطلاقا، وهو الموضوع الذي قد سكت عنه القانون المدني الهولندي في ذلك الوقت، لكن حكمت المحكمة الهولندية العليا بالتعويضات بالاستمداد من قوانين البلاد المجاورة[1].

اما في العراق فقد اجاز المشرع للقاضي ان يسترشد في طريقه الى تكميل النقص التشريعي بالأحكام التي اقرها الفقه والقضاء في العراق ثم في البلاد الأخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية[2]. وهذا يعني ان القاضي العراقي عندما يريد ان يطبق نصا تشريعيا يوجد في القانون المدني، او قد لا يوجد هذا النص ويلجا الى العرف ثم مبادئ الشريعة الإسلامية ثم قواعد العدالة، ففي كل هذه الحالات تسوغ له الاستفادة من الدراسات المقارنة التي اجريت في العراق او في بلد آخر، وذلك لحسن فهم الحكم ومعرفة مدى صلوحيته قبل اصداره.

وكذلك اذا لم يوجد نص بشان حالة تنازع القوانين حاصلة قضيته في العراق، وجب على القاضي العراقي ان يتبع مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعا[3]. والتوصل الى مثل هذه المبادئ يحتاج الى اجراء مقارنات حقيقية، او الرجوع الى تلك التي اجريت، والاهتداء بنتائجها واقتفاء اثرها.

تاسيسا على ما سبق لا يوجد مانع امام القاضي المدني في العراق من الرجوع الى الدراسات المقارنة للاستفادة منها، بل يلزم باللجوء الى تلك الدراسات كي يكون حكمه اصلح واسلم، فالمستجدات التي اوجدها التقدم التكنلوجي في مجال ابرام العقود، تجعل نصوص

---

(1) ينظر: كتاب اكسفورد، المصدر السابق، ج١، ص٧٧٤.
(2) ينظر الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني.
(3) ينظر: المادة ٣٠ من القانون المدني.

القانون المدني عاجزة بل في حيرة منها، واذا لم يسلم القاضي بهذا العجز مكتفيا بما هو موجود في قانونه، يشكل هذا الاكتفاء اللامرغوب فيه حجرة عثرة امام التطور المطرد، فتقع بذلك الهوة بين القانون والواقع. والمثال على ذلك نصت المادة (٨٨) من القانون المدني على انه: ((يعتبر التعاقد بالتليفون او باية طريقة مماثلة كانه تم بين حاضرين فيما يتعلق بالزمان وبين غائبين فيما يتعلق بالمكان)). فالقاضي بهذا النص وحده لا يستطيع ان يستجيب للمسائل والمشكلات التي يستجدها التعاقد عبر الانترنت على الدوام، فالإيجاب والقبول، ومسالة التراضي وما يتعلق بعيوب الإرادة ومسائل تنفيذ الالتزامات وغيرها من المسائل التي يجري ويتم جزء كبير منها عبر الانترنت والمواقع الالكترونية تختلف اختلافا جذريا عن اجرائها اجراء تقليديا بعيدا عن الوسائل الحديثة[1]، فهذا الاختلاف الجذري يستوجب على القاضي التباين في الحكم، فلم تعد الأحكام بحيثيتها السابقة تصلح للتطبيق على هذه الحيثية الجديدة للمسائل، وتحت تاثير هذا الزخم الهائل للمستجدات القانونية، لا يقدر القاضي ان يتخذ موقفا معاديا لها متبجحا باكتفاء قانونه الذاتي، وانما عليه ان يتجه نحو الدراسات المقارنة، وان يجعل المقارنات المنهجية والاستفادة من القوانين التي سبقت قانونه في التعامل مع تلك المستجدات ومعالجتها اساسا لتفكيره وتقييمه في القضية بعد اجراء القياسات اللازمة، ومعينا لاستقاء حكمه منه.

[1] للتفصيل في هذه المسائل ينظر: د. جليل الساعدي، مشكلات التعاقد عبر شبكة الانترنت، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠٠٨، ص١٨.

المطلب الثاني

تأثير المقارنة المنهجية في توحيد القوانين المدنية

يشكل توحيد القوانين احد اهداف التي تجري من اجلها المقارنات المنهجية، وقد راودت فكرة التوحيد، منذ القدم، افكار كثير من الفلاسفة والمشرعين والفقهاء وعبرت العصور الطويلة، تنتعش حينا وتخبو حينا آخر. اذ دعا الى هذه الفكرة فلاسفة اليونان في صورة القانون الطبيعي، ثم ظهرت في فكرة قانون الشعوب الذي نشا في روما ليكون قانونا موحدا يسري بين الرومان وبين الأجانب وسكان الأقاليم الخاضعة لروما او الحليفة لها[1]. وفي القرن السادس عشر ظهرت فكرة التوحيد بصورة عملية بتوحيد الأعراف في اوروبا الغربية بعد القضاء على السلطة المركزية لحكام الأقطاع، ومع نشوء القانون المقارن والدراسات المقارنة وبلورتهما ظهر اتجاه قوي فيهما كان يتزعمه الفقيهان الفرنسيان (ادوارد لامبير) و(ريموند سالي) والنقطة الأساسية والجوهرية التي تركز عليها هذا الاتجاه هو ان الغرض من الدراسات المقارنة يتمثل في الوصول الى استخلاص قواعد قانونية جديدة ومشتركة، تشكل بمجملها اساس قانوني مشترك للإنسانية المتحضرة، وهذا الأساس يجب ان يحل محل القانون الطبيعي[2]. من هنا ترسخ هدف التوحيد في الفكر القانوني شيئا فشيئا، واصبح جزءا من حوافز الدراسات المقارنة، وظهر من يدافع عنه دفاعا شديدا، على الصعيدين الداخلي والدولي، مستندين في دفاعهم الى مبررات منطقية ووجيهة، منها يعتقد انصار التوحيد ان الوحدة الأصلية للطبيعة الإنسانية تفرض وجود نظام قانوني صالح للإنسانية جمعاء، اضافة الى ذلك هناك مجموعة من مبررات عملية ملحة لا تدع التاخير في التوحيد، منها تسهيل التجارة الدولية، المحافظة على السوق من خلال تنظيم ايدي العاملة تنظيما عالميا شاملا، حماية الملكية الفكرية، وكذلك تقتضي مسائل في القانون العام التوحيد، منها ابعاد المجرمين، ووسائل مكافحة بعض صور الإجرام كتزييف العملة، الجرائم المنظمة كغسيل الأموال، ومواجهة ما يسمى اليوم بالإرهاب العالمي[3]. فيذهبون الى القول ان هذه المبررات

---

(1) ينظر: د. عبدالسلام الترمانيني، تاريخ القانون والنظم القانونية، جامعة الكويت، ط٢، ١٩٨٢، ص٦٤٧-٦٤٨.

(2) ينظر: د. عبدالمنعم البدراوي، اصول القانون المدني المقارن، المصدر السابق، ص٢٧.

(3) ينظر كل من: د. عبدالمنعم البدراوي، المصدر ذاته، ص١٩٥؛ د. عبدالسلام الترمانيني، القانون المقارن، المصدر السابق، ص٧٥ ومابعدها.

تكفي ليكن اساسا ينبني عليه بناء توحيد القوانين. وفي المقابل هناك من وقف بالمرصاد ضد محاولة التوحيد، معتمدين في خصومتهم لأفكار التوحيد على فكرة السيادة بالأساس، معتبرين ان السيادة اكبر من ان يتنازل عنها اصحابها لأهداف وهمية غير صالحة للتحقيق والتطبيق، فلكل امة ظروفها الخاصة ومصالحها الذاتية ولهذا يجب ان يكون لها قانون خاص يوافق تلك الظروف ويحقق هذه الحاجات والمصالح، فايما محاولة لمسح هذه الخصوصيات وطمسها، لا تاتي بنتائج ايجابية، وانما قد تؤدي الى تدمير الأمم والمجتمعات، او كما نقل عن (ايرنك) ان محاولة توحيد القانون بين جميع الدول تشبه في عدم صوابها وخطئها محاولة اخضاع جميع المرضى لعلاج واحد[1].

لا يمكن انكار مبررات اي من الفريقين انكارا كليا، لكن في الوقت ذاته لا يمكن التسليم باي منهما تسليما مطلقا، فلدى كل منهما من الصواب والوجاهة ما يدحض خطا الآخر، ولدى كل منهما من المبالغة والاستقطاب ما يبهم استقامته وقوامه لصالح الطرف الآخر. فنحن نعتقد ان الوحدة الأصلية للإنسانية ليست مبررا قويا لتوحيد جميع القوانين في كل الدول، وفي الوقت عينه ان التمسك بفكرة السيادة لا يحول دون توحيد بعض القوانين بين مجموعة الدول، مع انه يصبح مانعا لتوحيد بعضها الأخرى سيما تلك التي مرتبطة اساسا بالسيادة.

غاية الأمر ان التوحيد على الصعيد الداخلي امر لا اشكال فيه، وربما لا يواجه معارضة تذكر، قد يواجه بعض الصعوبات لكنه في نهاية المطاف يتحقق لا محالة والأمثلة كثيرة على ذلك سنذكرها في الفقرات الآتية، اما على الصعيد الدولي فانه صعب لكنه ليس متعذر ولا بمستحيل سيما بالنسبة لبعض فروع القانون، وبالأخص في مجال القانون المدني، صحيح انه يواجه صعوبات كثيرة وكبيرة، بعضها متعلقة بالخلافات التي ترجع الى اعتبارات طبيعية وجغرافية، وبعضها متعلقة بالخلافات الفكرية والعقائدية والمذهبية الموجودة بين الشعوب، فكما قال (مونتسكيو) انه: ((يجب ان تكون القوانين موافقة للطبيعة ولمبدا الحكومة القائمة او التي يراد اقامتها، وذلك سواء عليها اكانت موجدة لها كما هو امر القوانين السياسية، ام كانت محافظة لها كما هو امر القوانين المدنية. ويجب ان تكون تلك القوانين

[1] نقلا عن: د. عبدالمنعم البدراوي، اصول القانون المدني المقارن، المصدر السابق، ص١٩٤.

خاصة بطبيعة البلد، خاصة بالإقليم البارد او الحار او المعتدل، وبطبيعة الأرض وموقعها واتساعها، وبجنس حياة الأمم او الزراع او الصائدين او الرعاة، ويجب ان تناسب درجة الحرية التي يمكن ان يبيحها النظام، ودين الأهلين وعواطفهم وغناهم وعددهم وتجارتهم وطبائعهم ومناهجهم، ثم يوجد لتلك القوانين صلات فيما بينها، صلات باصلها وبمقصد المشرع وبنظام الأمور التي قامت عليها، فيجب ان ينظر اليها من جميع هذه الأغراض))[1]. صحيح ان (مونتسكيو) ذكر الأسباب التي تؤدي الى الخلاف بين القوانين، لكنه لم ينكر في النهاية انه قد يوجد ما بين القوانين صلات بحكم الصدفة نتيجة لتشابه الشعوب في الأسباب المؤدية الى اختلاف القوانين، او بمقصد المشرع، وهذه الصلات تكفي لتكن مبررا للتوحيد بين بعض القوانين. ثم توجد بجانب الصعوبتين المذكورتين اعلاه صعوبة اخرى تتعلق بالصياغة التشريعية، لأن الاستمداد من مناهج قانونية مختلفة يؤدي حتما الى الاختلاف في الصياغة التشريعية، فمثلا التوحيد بين قانون منتمي للمنهج اللاتيني وقانون آخر منتمي للمنهج الانكلوسكسوني، يخلق صعوبة كبيرة[2]. بيد ان هذه الصعوبة واية صعوبة اخرى لا تمثل عقبة حقيقية امام توحيد القانون الخاص وفي مقدمته القانون المدني، فالشواهد التاريخية وكذلك التجارب تثبت بوضوح، ان تلك الصعوبات لم تصبح مانعا للتوحيد، ولم تثن همة مناصري التوحيد وعزيمتهم في تحقيق اهدافهم، سواء على الصعيد الداخلي ام على الصعيد الدولي، نورد فيما ادناه بعضا من تلك الشواهد:

اولا/ على الصعيد الداخلي:

التوحيد الداخلي هوتوحيد القانون داخل الدولة الواحدة، وهو امر ضروري لأنه تتمة للسيادة الوطنية ومن شانه ان يقضي على اسباب التفرقة الطائفية والإقليمية ويشد عرى الدولة ويجعلها وحدة متماسكة، كما انه يسهل العلاقات بين افراد الدولة الواحدة ويؤدي الى نموها وازدهارها. واول فكرة لتوحيد القانون المدني على الصعيد الداخلي تحققت في فرنسا بصدور القانون المدني عام ١٨٠٤، اذ لجا القائمون على صياغة هذا القانون الى اجراء المقارنات والدراسات المقارنة للتوفيق بين النظم القانونية المتعارضة في فرنسا وتوحيدها،

(1) مونتسكيو، روح الشرائع، المصدر السابق، ج١، ص١٨-١٩.
(2) ينظر: د. عبدالمجيد الحكيم، الاعتبار، المصدر السابق، ص٣٦.

واول شئ انهم اجروا مقارنة داخلية بين القوانين القديمة والقوانين الوسيطة لعصر الثورة، لأن القانون القديم كان مقسما الى قانون خاص بالجنوب في بلاد القانون المكتوب وهو الجزء المتاثر بالقانون الروماني، والى قانون خاص بالشمال اساسه العرف الألماني، اضافة الى هذه المقارنة الداخلية قد عمد القائمون على الصياغة الى الإفادة من النماذج الأجنبية، فانشا نابليون مكتبا خاصا هو مكتب التشريع الذي كانت وظيفته ترجمة المدونات القانونية الأساسية الى اللغة الفرنسية[1]. وتاست بها دول اخرى فوحدت ايطاليا قانونها المدني عام ١٨٦٥ ووحدت سويسرا قانون الالتزامات عام ١٨٨١ ثم وحدت قانونها المدني عام ١٩١٢، ووحدت المانيا قانونها المدني عام ١٨٩٦ واصبح نافذا عام ١٩٠٠، وفي اعقاب الحربين العالميتين ظهرت قوانين مدنية موحدة في روسيا ورومانيا والنمسا وغيرها من البلاد[2]. وانتقلت فكرة التوحيد الى البلاد العربية فوحدت مصر قانونها المدني بعد الغاء القانون المدني المختلط والأهلي عام ١٩٤٨، ووحد العراق قانونه المدني عام ١٩٥١ واصبح نافذا عام ١٩٥٣.

ثانياً على الصعيد الدولي:

هذا التوحيد قد يحدث بين قوانين دولتين مختلفتين، وقد يكون بين قوانين دول مختلفة، وله نماذج تطبيقية في الواقع، حيث نجد ان بعض الدول قد اجتمعت في اتحادات او اسواق اقتصادية مشتركة او مجالس وتجمعات مشتركة، وقد جرى بينها تعاون قانوني كبير بمجالات مختلفة، اذ وحدت بعض قوانينها او قواعدا منها في صورة اتفاقيات مشتركة تنظم مجالا معينا، كما نجده بين اتحاد الدول الاسكندنافية، والسوق الأوروبية المشتركة ومجلس التعاون الخليجي وغيرها من الاتحادات والتجمعات، فمن القوانين والقواعد التي تم توحيدها بين مثل تلك التجمعات نذكر منها على سبيل المثال قانون النقل بصوره المختلفة، قانون العمل، القواعد الخاصة بحماية الملكية الصناعية، القواعد الخاصة باحكام الأوراق التجارية،

---

(1) ينظر: كتاب اكسفورد، المصدر السابق، ج١، ص٩٧.

(2) ينظر كل من: د. عبدالسلام الترمانيني، القانون المقارن، المصدر السابق، ص٧٩؛ د. عبدالمنعم البدراوي، اصول القانون المدني المقارن، المصدر السابق، ص ٢١٥ وما بعدها.

القواعد المتعلقة بالبيع الدولي، وبعض القواعد التي تنظم العقد والمسؤولية والملكية والإثراء بلا سبب وغيرها[1].

غير انه لم يحدث ان يتم توحيد قوانين مدنية لدول مختلفة توحيدا كاملا لكل مواده، لكن بذلت محاولات حثيثة من هنا وهناك، لتوحيد بعض اجزاء القوانين المدنية لدولة مختلفة، او توحيدها توحيدا كاملا، لكنها لم تتكلل بالنجاح، نرى انه من اللازم ان نشير الى بعض تلك المحاولات اشارة مقتضبة رغم فشلها:

ا- المشروع الفرنسي الإيطالي للالتزامات:

اقترح الأستاذ الإيطالي (فتوريو شالويا) في عام ١٩١٦ توحيد قانون الالتزامات بين فرنسا وايطاليا، وذلك بقصد تسهيل حل مسائل تنازع القوانين وتشجيع زيادة العلاقات القانونية بينهما، وبالفعل تكونت لجان فرنسية ايطالية، وسرعان ما حل محلها الاتحاد التشريعي للأمم المتحالفة الصديقة وذلك في عام ١٩١٩، وبعد مجهودات استمرت عشرة اعوام وضع مشروع قانون للالتزامات ليصبح قانونا وطنيا في كل منهما، لكن المشروع لم يقر ولم ينفذ في اي من البلدين، وذلك بسبب تغيير نظام الحكم في ايطاليا، وتمجيد الأصل العرقي وقطع التعاون مع الحكومة الفرنسية، غير ان المشروع المذكور بالرغم من كل ذلك احتفظ بتاثيره في القانون المدني الإيطالي ولا يزال يحتفظ به فيه [2].

ب- القانون المدني العربي الموحد

اعتمد مجلس وزراء العدل العرب القانون المدني العربي الموحد كقانون نموذجي بالقرار (رقم ٢٢٨- د١٢ في ٨٩/ ٨١/ ١٩٩٦)، وهو الذي يتكون من (١٣١٨ مادة)[3]، وذلك بعد اجراء دراسات مقارنة مستفيضة بين القوانين المدنية العربية، واريد من هذا المشروع ان يكون نقطة البداية لتوحيد القوانين المدنية توحيدا حقيقيا، لكنه بقي قانونا نموذجيا ولم يترك

---

[1] ينظر كل من: كتاب اكسفورد، المصدر السابق، ج٢، ١٣٣٩ وما بعدها؛ د. عبدالسلام الترمانيني، القانون المقارن، المصدر السابق، ص٨١ وما بعدها.

[2] ينظر: د. عبدالمنعم البدراوي، اصول القانون المدني المقارن، المصدر السابق، ص٢٤١.

[3] ينظر: القانون المدني العربي الموحد ومذكرته الإيضاحية.

ناثيرا كبيرا في سبيل التوحيد مما يستحق الإشادة، فكل ما اتى به في هذا المضمار اغنائه للمعرفة القانونية في احد اهم الحقول القانونية، وفي الوقت ذاته سهل نوعا ما مهمة الباحث المقارن في ذلك الحقل.

الخاتمة

توصلنا من خلال هذا البحث الى مجموعة من النتائج، وتبلور لدينا بعض الاقتراحات، ندونهما فيما يأتي:

أولا: النتائج

توصلنا الى النتائج الآتية:

١- تختلف المقارنة المنهجية عن جميع المقارنات الأخرى، في وسائلها وفي اهدافها، لأنه ان كانت المقارنة الأخرى تعتمد على المقارنة بين النصوص التشريعية للقوانين المقارنة بينها، ولتحقيق اهداف معرفية بحتة او سياسية او ربما عنصرية، فالمقارنة المنهجية تستوجب دراسة القانون المقارن به دراسة مستفيضة، من حيث بنيانه، مصادره، تطبيقه، شروحاته، فهم البيئة التي يعيش فيها وغيرها، وذلك من اجل تحديد الأصلح من بين الأحكام والقوانين ومن ثم اصلاح الطالح منها، وكذلك التقارب فيما بينها ان امكن.

٢- لا شك فيه ان المقارنة المنهجية تتطلب من الباحث جهودا اضافية ووقتا كافيا، والالتزام بالخطوات والمقومات والضوابط التي بدونها لا تؤتي هذه المقارنة اكلها.

٣- ثبت من الناحيتين التاريخية والواقعية ان المجتمعات استفدت من المقارنات المنهجية في اصلاح قوانينها وكذلك في التقارب والتوحيد فيما بينها، وهذه الاستفادة كانت على المستويين الرسمي وغير الرسمي، اي كانت عن طريق السلطات الرسمية من جهة، وعن طريق الباحثين وبناء القناعات لدى الناس تحت تاثير نتائج دراساتهم من جهة اخرى.

٤- لم يهمل المشرع المدني العراقي الاستفادة من المقارنة المنهجية في بناء الأحكام، اذ تم اللجوء الى مثل هذه المقارنات مذ تشريع القانون المدني، الذي يسوغ للقاضي ان يستفيد بل حبذ له ان يستفيد من الدراسات المقارنة عند بنائه للحكم، وذلك بموجب الفقرة الثالثة من مادته الأولى وهي تدل بوضوح على استحسان المقارنة، اضافة الى ذلك يحوي القانون المذكور نصوصا اخرى تجيز بل توجب المقارنة.

ثانيا: الاقتراحات

اذا جاز لنا الاقتراح في هذا الشان فنقترح بما يأتي:

١- ان يهتم بمادة القانون المقارن، والا تظل مادة مهجورة في جامعاتنا ومؤسساتنا العلمية، بل تدخل مقررا دراسيا على الأقل في الدراسات العليا.

٢- ان تشجع الدراسات المقارنة، وان تنشا مراكز ومؤسسات علمية لدراسة القانون المقارن، ولدراسة القوانين الأجنبية، سيما قوانين الأمم التي يشهد لها التاريخ شهادة مشرفة.

٣- ان لا تهمل السلطة التشريعية الاستفادة من الدراسات المقارنة عند سنها للقوانين، لأن عملية سن القوانين ليست بسيطة ولا عبارة عن صياغة لمواد كما يفهمها البعض، وانما هي تنظيم وتنسيق لأحكام متنوعة ومختلفة في قوانين متباينة.

٤- الابتعاد عن التقليد والاقتباس من القوانين، وفي المقابل الالتزام بالمقارنة المنهجية وبمقوماتها وخطواتها، والاستفادة من نتائجها.

المصادر

١) ابي الحسين بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، دار احياء التراث العربي، بيروت، ٢٠٠٨.

٢) الإمام اسماعيل بن حماد الجوهري، معجم الصِّحاح، دار المعرفة، بيروت، ط١، ٢٠٠٥.

٣) الإمام ابي الفضل جمال الدين بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، ط١، ٢٠٠٥، مجلد٢، ج٤.

٤) جلال الدين سعيد، معجم المصطلحات والشواهد الفلسفية، دار الجنوب للنشر، تونس، ٢٠٠٤.

٥) د. جليل الساعدي، مشكلات التعاقد عبر شبكة الانترنت، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠٠٨.

٦) د. جميل صليبا، المعجم الفلسفي، دار الكتاب اللبناني، بيروت، ١٩٨٢، ج٢.

٧) د. صبيح مسكوني، القانون الروماني، مطبعة شفيق، بغداد، ط٢، ١٩٧١.

٨) د. صلاح الدين الناهي، النظرية العامة في القانون الموازن وعلم الخلاف، مطبعة اسعد، بغداد، ١٩٦٨.

٩) د. عبد السلام الترمانيني، القانون المقارن والمناهج القانونية الكبرى المعاصرة، جامعة الكويت، ط٢، ١٩٨٢.

١٠) د. عبدالحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، جامعة الكويت، ١٩٧٢،ج١.

١١) د. عبدالرحمن البزاز، مبادئ القانون المقارن، مطبعة العاني، بغداد، ط١، ١٩٦٧.

١٢) عبدالرحمن بدوي، مناهج البحث العلمي، وكالة المطبوعات، الكويت، ط٣، ١٩٧٧.

١٣) د. عبدالرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ١٩٩٨، ج١.

١٤) د. عبدالسلام الترمانيني، تاريخ القانون والنظم القانونية، جامعة الكويت، ط٢، ١٩٨٢.

١٥) د. عبدالمجيد الحكيم، الاعتبار كركن في العقد في القانون الأنكلوامريكي، دون مكان النشر ولا سنة النشر.

١٦) د. عبدالمنعم البدراوي، اصول القانون المدني المقارن، دون مكان النشر ولا سنة النشر.

١٧) د. عصمت عبدالمجيد بكر، اصول البحث القانوني، مطبعة الزمان، بغداد، ط٢، ١٩٩٩.

١٨) د. عكاشة محمد عبدالعال ود. سامي بديع منصور، المنهجية القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط١، ٢٠٠٥.

١٩) كتاب اكسفورد للقانون المقارن، تحرير، ماثياس ريمان ورينهارد زيمرمان، ترجمة، د. محمد السراج، مراجعة، د. سامي شبر الشبكة العربية للأبحاث والنشر، بيروت، ط١، ٢٠١٠.

٢٠) د. محمد عبدالمنعم بدر، القانون الروماني، مطبعة لجنة التاليف والترجمة والنشر، القاهرة، ١٩٣٨، الكتاب الثاني.

٢١) مونتسكيو، روح الشرائع، ترجمة، عادل زعيتر، دار المعارف، القاهرة، ١٩٥٣.

٢٢) مدونة جوستنيان، نقله الى العربية، عبدالعزيز فهمي، عالم الكتب، بيروت، دون سنة النشر.

٢٣) القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.

٢٤) القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

٢٥) قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩.

٢٦) القانون المدني العراقي مع مجموعة الأعمال التحضيرية، مطبعة الزمان، بغداد، ١٩٩٨.

٢٧) القانون المدني العربي الموحد ومذكرته الإيضاحية.

٢٨) Jan Smits, A European private Law as A mixed Legal System, Maastricht Journal of European and Copmparitive law, vol. 5, 1998, p. 328.

29) Taavi Annus, Comparative Constitutional Reasoning, The Law and Strategy of Selecting the Right Arguments, Duke Journal of Comparative and International law, vol. 14, 2004.

الملخص

المقارنة المنهجية ودورها في إصلاح القانون المدني

تعد المقارنة المنهجية طريقة من طرائق المقارنة تتخذ غالبا في الدراسات القانونية، سيما في مجال القانون الخاص، اذ يخضع هذا النوع من المقارنة لمنهج معين يساعد الباحث على استخلاص نتائج يتعرف بها الى الحكم او القانون الأفضل، وذلك بعد دراسة اسباب الائتلاف والاختلاف في ضوء الظروف المحيطة بكل قانون من القوانين التي تجري المقارنة بينها. تتطلب هذه الطريقة للمقارنة جهدا اضافيا من الباحث ووقتا كافيا، لأنها تستوجب دراسة بنيان القانون المقارن به واسسه، والبيئة التي يعيش فيها ذلك القانون، وربما تتطرق الى مصادره او الى المؤلفات الفقهية المكتوبة فيه ان استلزم الأمر. فالمقارنة المنهجية لا تستهدف غرضا سياسيا او عنصريا، وانما تصبو نحو اظهار الحقيقة وبناء الأحكام عليها.

پوختە

بەراوردکاریی میتۆدی وروژلی لەریفۆرمی یاسای شارستانیدا

بەراوردکاریی میتۆدی یەکێکە لەو ڕێگایانەی بەراوردکاریی کە زۆر جار لە لێکۆڵینەوە یاساییەکاندا پەیڕەوی لێدەکرێت، بەتایبەتی لەبواری یاسای تایبەتدا، چونکە ئەم جۆرەی بەراوردکاریی یارمەتی تۆێژەر دەدات لە پوختە کردنی دەرەنجام ودەست نیشان کردنی حوکم ویاسای باشتر، ئەوەش پاش لێکۆڵینەوەی هۆکاری لێك چوو ولێك جیاواز لەسایەی بارودۆخی هەر یەك لەو یاسایانەی بەراوردیان لە نێواندا دەکرێت. ئەم ڕێگەیەی بەراوردکاری کۆشش‌یکی زۆر وکاتێکی تەواوی دەوێت، چونکە وا دەخوازێت کە تۆێژینەوەی تەواوی بونیادی یاسا بەراوردکراوەکان بکرێت، هەروەها ئەو ژینگەیەش کە یاساکەی تێدا پەیرەودەکرێت، ڕەنگە کارەکە سەربکێشێ بۆ لێکولێنەوە لە سەرچاوەی یاساکەو ئەو باسە فقهیانەش کە لەسەری نوسراون. لە کۆتاییدا دەڵێین ئەمجۆرە بەراوردکارییە ئامانجێکی ڕامیاری یان ڕەگەز پەرستی نیە، بەڵکو تاکە مەبەست لێی دەرخستنی ڕاستی وبنیاتنانی حوکمە لەسەری.

Abstract

Methodology Comparison and its Role to reform Civil Law

Methodology comparison is one of the comparative ways which is considered in the legal studies, particularly in the field of private law, because this kind of comparison helps the researchers to find and determine the best rules and laws, after making a good and accurate differentiation between the laws and cases, and finally would be able to make a good and fair decision. This type of comparison needs a good time and effort. Because it requires doing a good analysis between the laws, and study of the environment and circumstance which enforced in. Additionally, it may goes back to the accuracy of the sources which the law is based on. Finally, this kind of comparison is not for political or racist's purpose, but to show the truth and adoption rules upon it.