قضاء
الجمعية العلمية القضائية السعودية

التقنينات والتشريعات غير الرسمية

دراسة لبعض التجارب المعاصرة

إعداد

د. سليمان بن تركي التركي

أستاذ مساعد بقسم السياسة الشرعية

المعهد العالي للقضاء

شبكة الألوكة
www.alukah.net

المقدمة

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، وبعد:

فقد كان - ولا يزال - من السائد أن تتولى الدولة من خلال أذرعها التشريعية معالجة احتياجات المجتمع الحقوقية، وتنظيم علاقة مختلف أطرافه وفق ما تقتضيه المصلحة والعدالة، وذلك من خلال آلية إصدار تقنينات وتنظيمات ولوائح لمعالجة تلك الاحتياجات.

إلا أن التطورات والمتغيرات المتسارعة التي تفرضها الحياة المعاصرة، وتشابك العلاقات وتعقدها، بصورة غير مسبوقة في سرعتها وتنوع أطرافها، جعل من الصعوبة بمكان أن تتم معالجتها الحقوقية من قبل السلطة التشريعية بنفس الأدوات والآليات التقليدية، لأسباب كثيرة بعضها يعود إلى آلية عمل تلك السلطات، وبعضها يعود إلى التنازع والاختلاف الناتج عن اختلاف الأحزاب المشكلة للمجالس النيابية، وغير ذلك من الأسباب.

ومن هنا جاءت الحاجة إلى التفكير في أدوات جديدة وغير تقليدية، يمكن لها أن تقدم بديلًا مساعدًا ومكملًا للتشريعات الرسمية، وتفتح آفاقًا أرحب للاستجابة لتلك المتغيرات.

وفي هذا الإطار يمكن التفكير في تفعيل نموذج التقنينات والتشريعات غير الرسمية، وتشجيع أصحاب المبادرات من مجموعات العمل، وهيئات المحامين، والقضاة، وأساتذة الحقوق، وأصحاب المصالح وغيرهم، للقيام باقتراح ما يحقق

المصلحة العامة، من خلال مبادرات ومقترحات لتقنينات ومدونات حقوقية غير رسمية.

وفي هذا البحث سنحاول إلقاء الضوء على بعض التقنينات والتشريعات غير الرسمية، التي نالت درجة كبيرة من المصداقية والتقدير في البيئة العدلية، وصلت في بعض الأحيان إلى تبنيها من قبل السلطات التشريعية أو القضائية، دون أن تكون صادرة عن المشرعين في البرلمان، ومن غير أن تضفي عليها الدولة ما تضفيه على قوانينها الوطنية.

حدود الدراسة:

سيكون البحث مركزًا على التقنينات والتشريعات غير الرسمية، في التطبيقات الغربية المعاصرة، من خلال استعراض واحدة من التجارب الدولية، وأخرى على المستوى الأوروبي، وثالثة على المستوى الأمريكي، في المدة الزمنية الممتدة خلال المائة سنة الأخيرة، في حدود إطار ما يعرف بـ"القانون الخاص".

وأما ما يتعلق بالتطبيق التاريخي للشريعة لدى المسلمين، وما يمكن اعتباره امتدادًا لهذا التطبيق في المملكة العربية السعودية اليوم، فمن المعلوم والمجزوم به أن المقابل لما يعرف اليوم بـ"القانون الخاص" كان خارج حدود تحكم الدولة وسيطرتها، إذ كانت قواعد الشريعة هي المطبقة، وهي بهذا الاعتبار تشريعات غير رسمية، لعدم وجود تدخل من الدولة أو أحد أذرعها في تحديد ماهيتها أو تغيير قواعدها، مما يجعلها بمنزلة أعلى من منزلة التشريعات الرسمية.

وفي هذا الإطار فسيستفيد من هذه الدراسة - بالإضافة إلى المعنيين بالدراسات القانونية المقارنة وفلسفة التشريع - فئتان من المهتمين:

شبكة الألوكة
www.alukah.net

الفئة الأولى: أولئك الساعون إلى تقريب قوانين بلادهم من الشريعة الإسلامية، وتضمينها قواعد الشريعة الإسلامية في أحد جوانب القانون الخاص، وتقديم حلول تطبيق الشريعة بصورة عملية من خلال التشريعات غير الرسمية، والتي يرجى أن تجد طريقها للاعتماد مع الوقت، نظرًا لجودة قواعدها، وتماسك منطقها وتحقيقها للعدل.

الفئة الثانية: أولئك المهتمون بتطوير البيئة الحقوقية، واقتراح بعض المكملات التنظيمية، من خلال فتح الآفاق وتوجيه الأنظار إلى آلية التشريعات غير الرسمية، في إطار السياسة الشرعية، وقواعد المصالح المرسلة، في البلدان التي تطبق الشريعة.

وقد انتظم هذا البحث بعد هذه المقدمة على تمهيد ومبحثين وخاتمة. أسأل الله أن ينفع به كاتبه وقارئه.

التمهيد

يحفل حقل الدراسات القانونية في الغرب بافتراضات كانت إلى عهد قريب في حكم المسلمات، فمن هذه الافتراضات المنتشرة والسائدة افتراض أن التشريع وإصدار القوانين لا بد أن يكون من خلال السلطة التشريعية، التي هي أحد سلطات الدولة وأحد أوجه هيمنتها على المجال العام، انطلاقًا من أن "الإلزام" من أهم خصائص القاعدة القانونية، ولا يتصور أن تكون القاعدة القانونية ملزمة إلا إذا كانت صادرة من السلطة المخولة، بغض النظر عن مدى منطقيتها أو عدالتها. وذلك بخلاف ما يصدر من كتابات الشرَّاح أو أقضية القضاة، فإن نصيبها من المشروعية والمصداقية يعتمد بدرجة أساسية على ما تحتويه تلك الكتابات أو الأقضية من تعليلات مقبولة وتسبيبات متماسكة وأقيسة صحيحة، وكونها تعالج غموضًا أو تسد نقصًا في التشريعات الرسمية(١).

وحتى تتضح الصورة فإن ثمَّ افتراضًا آخر غالبًا ما يقترن بالأول، ألا وهو افتراض أن صلاحية جميع القوانين وشرعيتها إنما تستمد من الدولة فقط(٢)، بل إن فيلسوفًا شهيرًا مثل هانز كيلسن Hans Kelsen يكاد يحصر مشروعية القانون

(1) Alexy, The Argument from Injustice Reply to Legal Positivism. p95; Jansen, The Making of Legal Authority. p1.

(2) Michaels, "The Re – State – Ment of Non – State Law: The State, Choice of Law, and the Challenge From Global Legal Pluralism." P1245.

شبكة الألوكة
www.alukah.net

الوضعي في مبدأ وحيد ألا وهو كونه صادرًا من سلطة ذات سيادة (الدولة)[١].

الافتراض الثالث وثيق الصلة بما قبله، وهو افتراض أن قيادات الدولة السياسية، والحكومات، والبرلمانات عادة ما تعلن إرادتها السياسية عبر تشريعات ملزمة، وتكون وظيفة القضاء الرئيسة هي تنفيذ تلك القوانين، كما يتوقع من أساتذة القانون التعبير عن آرائهم وتفسيراتهم لتلك القوانين من خلال الكتب الجامعية والشروح والتعليقات. وقد كانت فكرة التقنين منذ القرن التاسع عشر الميلادي على اتصال وثيق مع اثنتين من القيم السياسية العليا: القيمة الأولى: أن القانون ينبغي أن يكون متاحًا للجميع في صورة تشريعات مكتوبة. والقيمة الثانية: أن يكون القانون معبرًا عن إرادة الناس السياسية[٢].

غير أن كثيرًا من هذه الفرضيات أصبحت اليوم محل نقاش وموضع جدل لدى كثير من علماء القانون المقارن وفلسفة القانون، فمنظِّرو مدرسة القانون العام the Common Law Tradition يجادلون بأن آراء المدرسة الوضعية Legal Positivism في الفصل بين التشريع وصناعة القانون من جهة، وبين تطبيقاتها من خلال القضاء من جهة أخرى، لا تعبر بشكل كافٍ عن طبيعة "القانون العام"، خصوصًا إذا نُظِر إلى القانون العام ليس باعتباره نظامًا مستمدًا من السوابق القضائية، وإنما نظام مبني على الأعراف والتعليلات المنطقية التي يتم اكتشافها بواسطة القضاة[٣].

وفي الوقت نفسه فإنه بات من الواضح أن القيم السياسية المتصلة بالتقنين

---

(1) Kelsen, Pure Theory of Law. P195-199.

(2) Jansen, The Making of Legal Authority. P3.

(3) Postema, "Philosophy of the Common Law." P590.

(تشريعات واضحة مكتوبة متاحة للجميع، ومعبرة عن إرادتهم السياسية) لم تتحقق على أرض الواقع كما كان مأمولًا، فلا القانون أصبح متاحًا للعامي بصورة يستغني بها عن المختصين، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فالقانون لم يكن معبرًا عن إرادة الناس من خلال ممثليهم في البرلمان، فالمدونات القانونية لم يكتبها ممثلو الشعب في البرلمان، وإنما كتبتها لجان من المختصين وعلماء القانون، مما يجعل فكرة أن المدونات الصادرة من البرلمان تعبر عن تشريعات ديمقراطية ادعاء غير دقيق(١).

بالإضافة إلى أنه لا صعود الدولة القومية ولا التقنينات الصادرة عنها غيرت بصورة حقيقية هيكل الاستدلال والاجتهاد القانوني وطريقته، فالمدونات الصادرة عن البرلمان لم تكن بمنأى عن التعديلات والتغييرات اللاحقة بناء على ملحوظات الأكاديميين وانتقادات القضاة. الأمر الذي يجعل مبدأ الفصل بين السلطة التشريعية (سلطة سن القوانين وتفسيرها) وسلطة تطبيقها أمرًا واضحًا نظريًّا، ولكن من الصعوبة تصوره في التطبيقات العملية(٢).

في هذا البحث سنحاول إلقاء الضوء على بعض التقنينات والتشريعات غير الرسمية، التي نالت درجة كبيرة من المصداقية والموثوقية في التطبيق الحقوقي دون أن تكون صادرة عن المشرعين في البرلمان، ومن غير أن تصبغ عليها الدولة ما تصبغها على قوانينها الوطنية.

---

(1) Jansen and Michaels, “Private Law and the State: Comparative Perceptions and Historical Observations.” P 380; Smits, “European Private Law and Democracy: A Misunderstood Relationship.”

(2) Alexander and Sherwin, “Judges as Rule Makers.” P28); Jansen, The Making of Legal Authority. P 5.

شبكة الألوكة
www.alukah.net

المبحث الأول
التشريعات غير الرسمية في إطار تاريخي

ربما يصف بعض أساتذة القانون هذا النوع من المدونات بـ "التقنينات الخاصة" باعتبارها كتبت من أشخاص أو جهات غير رسمية، وليس المقصود كون هؤلاء مستقلين بصورة كاملة عن دولهم، بل الغالب أن هؤلاء يشغلون وظائف رسمية، أو يعملون ضمن مؤسسات المجتمع وينتمون إليه، وهم على كل حال - وهذا هو الأهم - لا يعملون لحماية مصالحهم الخاصة، أو مصالح مجموعات ضغط معينة كما قد يتبادر من وسم "تقنينات خاصة" بل يعملون لما يرونه مصلحة عامة وواجبًا مجتمعيًّا. ولأغراض هذا البحث سيتم استخدام مصطلح " التقنينات غير الرسمية/ التقنينات غير التشريعية/ المدونات غير التشريعية/ التشريعات غير الرسمية" بصورة ترادفية(١).

وتحفل الدراسات القانونية الغربية بذكر جملة من النماذج التاريخية والمعاصرة لهذا النوع من التشريعات، التي لم تصدر من المشرعين في البرلمان، ولم تكن من إنتاج الدولة أو سلطتها التشريعية، ومع ذلك نالت مرتبة الإلزام بدرجة مؤثرة في الخطاب القانوني.

(1) Jansen, The Making of Legal Authority.p7.

فمن الأمثلة التاريخية:

١. المبادئ القانونية السائدة في أوروبا المستمدة من القانون الروماني بداية القرن الثاني عشر (*ius communen*).

٢. مدونة الأعراف الألمانية المشهورة بـ *Saxon Mirror*" أو "*Survey of Saxon Law*" الصادرة عام (١٢٢٠م) واستمر العمل بها كقانون للولايات الألمانية حتى (١٩٩٠م).

٣. قانون الكنيسة الكاثوليك الرومانية (*the Decretum Gratini*) الصادر بداية القرن الثاني عشر الميلادي، واستمر العمل بها حتى عام (١٩١٨م).

ومن أبرز الأمثلة المعاصرة للتشريعات غير الرسمية:

١) على المستوى الدولي: مبادئ العقود التجارية الدولية Principles of International Commercial Contracts الصادرة عن الجمعية الدولية لتوحيد القانون الخاص UNIDROITThe International Institute for the Law Unification of Private)

٢) ومن الأمثلة على المستوى الأوروبي: قواعد قانون العقود الأوروبي (Principles of European Contract Law) (PECL) الصادرة عن جمعية قانون العقود الأوروبي (Commission on European Contract Law)، وقد كان لهذه الجمعية ولا يزال كبير الأثر في توحيد قواعد القانون الخاص على المستوى الأوروبي خلال العقد الماضي.

٣) ومن الأمثلة على المستوى الأمريكي: إصدارات جمعية القانون الأمريكي (the American Law Institutes) المعروفة بـ (Restatement of

شبكة الألوكة
www.alukah.net

the Law) والتي أصبحت عنصرًا راسخًا وعلامة فارقة في النظام العدلي الأمريكي[١].

كل النصوص والمدونات القانونية السابقة سواء على المستوى الأمريكي أو الأوروبي أو الدولي تشبه تلك المدونات الرسمية الصادرة من البرلمان، ولكنها تفتقد فقط سلطة الدولة السياسية. ووجود تلك التشريعات وظهورها يدفعنا لإلقاء الضوء على علاقة السلطة السياسية والعملية القانونية، وبصورة خاصة العلاقة بين القانون الخاص وبين الدولة.

لم يعرف التاريخ محاولات للسيطرة على القانون الخاص والتدخل فيه كما عرفها في عصر الدولة الحديثة، هذه الدولة التي نعيشها اليوم، ونفهمها على "أنها كيان قانوني مجرد"، أو "شخص اعتباري يهيمن على شعب معين في مكان جغرافي محدد من العالم"[٢]، الدولة الحديثة أنتجت إدارة واسعة، معقدة، تحتكر القوة والسلطة، وتمتلك تحكمًا مباشرًا على رعاياها، وبهذا الاعتبار فليست الجمهورية الرومانية، ولا الدولة الأموية والعباسية، ولا الإمبراطوريات في العصر الأوروبي الوسيط، ولا الملكيات في إنجلترا وصقلية وفرنسا وإسبانيا، دولًا بهذا المعنى والاعتبار. الدولة بهذا المعنى هي في الحقيقة إنتاج أفكار وكتابات أمثال توماس هوبز Thomas Hobbes وجين بودن Jean Bodin في الفترة التي أعقبت الحروب الدينية في القرن السادس عشر والسابع عشر الميلادي، حيث تحولت

(١) سيأتي مزيد تفصيل لهذه النماذج المعاصرة وتأثيرها في البيئة التشريعية.

(2) Van Creveld, The Rise and Decline of the State. P 1.

الملكيات التقليدية إلى الدول القومية الأوروبية[١].

صحيح أن ثمة محاولات قديمة للتحكم وإدارة القانون الخاص قبل ظهور الدولة الحديثة، سواء من قبل أباطرة الرومان، أو من قبل باباوات الكنيسة الكاثوليكية، أو من قبل إدارات الحكم المحلي في المدن الأوروبية الناشئة على البحر الأبيض إبان القرن الحادي عشر. لكن أيًّا من تلك المحاولات لا تصل بل ولا تقترب مما حصل بعد ظهور الدولة الحديثة من التحكم التام للسلطة في القانون الخاص بشكل لم يسبق له مثيل[٢].

منذ البداية كانت فكرة تحكم الدولة ذات السيادة في القانون مرتبطة بشكل وثيق مع فكرة التقنين، وهذا الارتباط الفكري لا يزال حيًّا حتى اليوم، فمع أواخر القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين فُسِّرت حركة التقنين بأنها تعبير عن إرادة الدولة ورغبتها في توحيد القانون الخاص والهيمنة عليه. كما فُسِّرت - من جهة أخرى - بأنها تعبر عن فلسفة السلطة السياسية تجاه القانون المطبق في الدولة. ولذلك كانت كل تجارب التقنين تمت ونجحت في ظل تحول سياسي ودولة قوية، من الأمثلة: التقنين السويدي (١٧٣٤م)، بافاريا (١٧٥٧م)، بروسيا (١٧٩٤م)، التقنين الفرنسي (١٨٠٤م)، الألماني (١٨٩٦-١٩٠٠م)[٣].

هذه التقنينات وما تلاها من مدونات قانونية كانت - في غالبها - نتاج ما تسنّه السلطة التشريعية، تلك السلطة التي اعتبرت واحدة من أذرع الدولة، وثالث

(1) Harding, Medieval Law and the Foundations of the State. P295

(2) Jansen, The Making of Legal Authority. P13.

(3) Jansen. P14.

شبكة الألوكة
www.alukah.net

سلطاتها، الأمر الذي يؤكد مقولة أن "تاريخ التقنين هو تاريخ السلطة التشريعية". فمن خلال تلك السلطة تم تطوير مجاميع القوانين السابقة وصياغتها في صورة "قوانين وضعية" تنسبها تلك السلطة لنفسها.

هذا التطور وصل إلى مرحلة صار من المقبول فيها وبصورة واسعة أن يكون القانون ليس هو ما يكتشف فقط (القانون الطبيعي Natural Law)، بل كذلك ما يصنع (القانون الوضعي Positive Law)، هذا العنصر الجديد ظهر مع ظهور أوائل التقنينات الحديثة واستمر إلى اليوم. وكنتيجة لذلك فإن المدونة القانونية الصادرة من الدولة لا تستمد سلطتها ومشروعيتها من السوابق القضائية (الكاشفة عن الأعراف المتبعة) فقط، ولا من النقاشات الفقهية والأكاديمية، ولا من الإحالة على مصادر أخرى للقانون، فمع نشوء هذا الشكل من "الوضعية" Positivism فإن المدونة (التقنين) نفسها أصبحت مصدرًا للقانون؛ لأن المشرع المختص سنَّ ذلك، واعتبره قانونًا(١).

وبالرغم من كون التقنين يمكن أن يقدم أداة مثالية لتحكم الدولة في التشريع، إلا أن حركة التقنين في القارة الأوروبية أظهرت بوضوح أن تغيير قواعد القانون الخاص أو مبادئه لم يكن هدفًا مباشرًا للدولة، كما لم يكن ذلك التغيير أمرًا مركزيًّا على أجندة السلطة السياسية التي قامت بالتقنين، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن المبادئ والقواعد التي استمد منها التقنين وبني عليها سبق أن كتبت في غالبها خارج البرلمان نتيجة نقاشات الأكاديميين وأقضية القضاة. وبالرغم من نقاش القانون في البرلمان فإن تلك النقاشات لم تضف شيئًا جوهريًّا على ما كتب في

(1) Weiss, 'The Enchantment of Codification', p 456.

المسودات المعدة من قبل الأكاديميين خارجه، وإنما كانت في غالبها مركزة على الصياغات وتفضيل جملة على أخرى[1].

(1) Jansen, The Making of Legal Authority. P17-18.

شبكة الألوكة
www.alukah.net

المبحث الثاني
التشريعات غير الرسمية في السياق المعاصر

كما سبق القول أنه مع قيام الدولة الحديثة، وتوسعها في السيطرة على المجال العام، ومنه السيطرة على التشريع من خلال أذرعها التشريعية، حتى وصل لدى البعض إلى تعريف الدولة "بأنها من تحتكر القوة والتشريع"[(١)]، وبالتالي فليس غريبًا أن يكون المتبادر لدى الكثير من المختصين فضلًا عن غيرهم أن التشريع وإصدار القوانين هو من خصائص الدولة من خلال سلطتها التشريعية، وأن صلاحية أي تقنين يتوقف على اعتبار الدولة له، وهؤلاء لا يتصورون إمكانية وجود تقنينات غير رسمية، قد تجد طريقها في المجال الحقوقي العام، وتحصل على الاعتبار الذي يجعلها في مرتبة موازية لتلك الصادرة من الجهات التشريعية في الدولة.

وفيما يلي استعراض لبعض من أشهر النماذج المعاصرة للتقنينات غير الرسمية، روعي فيها تنوعها الجغرافي ومجال اختصاصها القضائي، بدءًا من الولايات المتحدة، ثم الاتحاد الأوروبي، وانتهاء بالمستوى الدولي.

(1) Hallaq, The Impossible State. P 30.

المطلب الأول: التشريعات غير الرسمية في الولايات المتحدة الأمريكية.

بالرغم من الاستقلال عن التاج البريطاني منذ عام (١٧٧٦م)، فإن الولايات المتحدة الأمريكية ظلت وفيَّة لتلك التقاليد القانونية التي جلبها أوائل المهاجرين من إنجلترا. فلا يزال النظام القانوني السائد في جميع الولايات (ما عدا ولاية واحدة) هو "القانون العام" the Common Law، ولم تنجح أي من محاولات تقنين "القانون العام" في مدونات كتلك التي نجدها في القارة الأوروبية.

في مثل هذه البيئة كان من الطبيعي أن يتضخم حجم الأقضية والسوابق التي تمثل أحد أهم مصادر القانون إلى درجة تجعل من الاستفادة منها تحديًّا حقيقيًّا للمحامين والقضاة على حد سواء. فقد وصل المدون من الأقضية لدى المركز الوطني للوثائق في العام (١٩١٩م) على سبيل المثال الى (١٠,٠٠٠) عشرة آلاف مجلد، وإلى (١٨,٠٠٠) ثمانية عشر ألف مجلد في العام (١٩٢٣م)[1].

في هذه البيئة وفي ظل فشل مشروعات "تقنين" القانون العام، شعر الجميع بالحاجة لعمل شيء ما، ربما بطريقة مختلفة نهائيًّا، وكانت الطريقة هي التفكير خارج صندوق الدولة وأذرعها التشريعية، ففي عام (١٩٢٣م) اجتمع أكثر من ثلاثمائة قاضٍ ومحامٍ وأكاديمي في العاصمة واشنطن، لتدارس وضع القانون الأمريكي وما آل إليه.

وبناء على تقرير تقدَّمت به اللجنة التأسيسية (لهذا التجمع) المكونة من خمسة وثلاثين من أبرز القضاة والمحامين والأكاديميين الأمريكيين، توصلت هذه اللجنة في تقريرها إلى أن ثمة عيبين رئيسين في النظام العدلي الأمريكي، هما: عدم

(1) Lang, Codification in the British Empire and America.

شبكة الألوكة
www.alukah.net

الوضوح، والتعقيد. مما أدى إلى" شعور عام بعدم الرضا عن البيئة العدلية"(١).

ووفقًا للتقرير نفسه فإن المحامين يشعرون بالضياع أكثر فأكثر في غابة كثيفة من الأقضية المنشورة، كما أن القانون العامthe Common Law أصبح معقدًا وغير واضح، مما يجعل مصداقيته مهددة بصورة جدية، وإن تزايد التشريعات المتضاربة وغير المنظمة أدت بصورة رئيسية إلى هذا الوضع(٢).

كما أشار التقرير إلى الجهود السابقة من قبل الأكاديميين والمحامين لعلاج هذه المشكلات، وسبب إخفاقها في تحقيق نتائج ملموسة، وأن الأفكار المقترحة لإعادة صياغة القانون الأمريكي إنما جاءت نتيجة لفشل محاولات التقنين في الولايات المتحدة الأمريكية.

ووفقًا للجنة فإن عدم وضوح القانون راجع - في جزء كبير منه - إلى عدم وجود مبادئ أساسية عامة في القانون العام the Common Law، بينما تسبب اختلاف التطبيقات القضائية في الولايات المختلفة إلى إيجاد حالة من التعقيد(٣).

وكانت توصية هذه اللجنة هو إنشاء هيئة أو منظمة أو جمعية، مستقلة وغير حكومية، لغرض تطوير القانون وبيئة العدالة وتحسينهما. هذه التوصية أدت إلى إنشاء جمعية القانون الأمريكي the American Law Institute ALI، وكانت مهمة ورسالة (ALI) كما في ميثاق التأسيس "العمل على توضيح وتبسيط القانون، وجعله مواكبًا للاحتياجات الاجتماعية بشكل أفضل، وتوفير بيئة عدلية

(1) ALI, "Creation – The American Law Institute."

(2) Jansen, The Making of Legal Authority. P 51.

(3) ALI, "Creation – The American Law Institute."

أفضل، وتشجيع الدراسات والبحوث القانونية"[1].

وبالفعل فقد بدأت هذه الجمعية (ALI) بتنفيذ تطلعات مؤسسيها، وقدَّمت من ذلك التاريخ جملة من المنتجات والمشاريع، تعتبر بحق علامة فارقة في النظام العدلي الأمريكي، يمكن إجمالها بحسب تصنيف الجمعية إلى ثلاثة أصناف رئيسية: ١. المبادئ القانونية، ٢. إعادة الصياغة (Restatement)، ٣. القوانين النموذجية[2].

وفيما يلي عرض موجز لتلك الأعمال:

- **المبادئ القانونية:**

فيما يتعلق بالمبادئ القانونية فإن الجمعية (ALI) مهتمة ومشغولة بفحص وتحليل المجالات التي ترى أنها بحاجة إلى أكثر من مجرد تحرير (وإعادة صياغة)، بل بحاجة إلى إصلاح وتجديد، هذا النوع من الدراسة عادة ما يتوج بتوصيات شاملة بتعديل القانون الحالي، أو اقتراح قانون جديد كليًّا. وهذه المشروعات تُصدر وتنشر تحت تصنيف مبادئ قانونية (Principles of the Law). هذا

---

(1) ALI.

(2) ALI, "Institute Projects – The American Law Institute."

وقد فرقّت الجمعية بين التحرير والمبادئ، بأن (التحرير) موجهة في المقام الأول للقضاة والمحاكم. فالتحرير يهدف إلى توضيح تشكلات القانون العام common law وعناصرها القانونية واختلافاتها، ويحاول أن يصور ويعكس القانون كما هو عليه في الواقع، أو ما ينبغي أن تأخذ به المحكمة.

بينما (المبادئ) موجهة في المقام الأول إلى المجالس التشريعية، والهيئات الإدارية، كما يمكن أن تستفيد منها المحاكم في المواضع والمجالات الجديدة التي لا تجد ما يكفي من المواد القانونية لتغطيتها. انظر:

ALI, "Publication Frequently Asked Questions."

شبكة الألوكة
www.alukah.net

المشروع تناول موضوعات متعددة منها على سبيل المثال: الدعوى الجماعية، حوكمة الشركات، الطلاق وإنهاء الأسرة، عقود البرمجيات، الإفلاس على المستوى الوطني، الملكية الفكرية. وهذا النوع من أعمال الجمعية هو الأقل شهرة وتأثيرًا(١).

- **إعادة الصياغة (Restatement)**

يمكن اعتبار ما أنتجته جمعية القانون الأمريكي (ALI) في مجال إعادة الصياغة القانون العام الأمريكي the American Restatements of the Law من أعظم إنجازات الجمعية على الإطلاق، كما يمكن اعتبارها مع القوانين النموذجية التي أصدرتها الجمعية من أهم النصوص والتشريعات غير الرسمية، ليس على مستوى الولايات المتحدة وحسب، بل وعلى مستوى العالم.

فقد كانت مشاريع (إعادة الصياغة) جوابًا للمشكلات الخاصة التي يعانيها النظام العدلي الأمريكي في بداية القرن العشرين، حيث أصبحت عنصرًا راسخًا وعلامة فارقة في النظام العدلي الأمريكي، حتى ذهبت بعض الولايات إلى اعتبار "ما صدر عن هذه الجمعية قانونًا مُعتمَدًا عند عدم وجود قانون صادر من البرلمان أو سابقة قضائية"(٢).

وقد تم تصميم آلية العمل في إعادة صياغة القانون الأمريكي بطريقة تمكن من تجاوز هذه المشكلات والعيوب في النظام العدلي الأمريكي، وفي الوقت نفسه تحافظ على المرونة التي يتميز بها القانون العام the Common Law، فقد رأى

(1) ALI, "Creation – The American Law Institute."

(2) Frank, "The American Law Institute, (1923) - (1998)." P 638).

القائمون على فكرة تأسيس الجمعية (ALI) أن مشاريع (إعادة الصياغة) ينبغي أن تكون تحليلية، نقدية، استدلالية في الوقت نفسه. وللوصول إلى ذلك فيجب أن ترتب (إعادة الصياغة) بطريقة ذكية تجعل الوصول إليها سهلًا، ولكن في الوقت نفسه يجب ألا تكون جامدة كما في التقنينات الأوروبية، وفي هذا الصدد فإن (إعادة الصياغة) ينبغي أن تمثل نموذجًا مضادًا لنموذج التقنينات الأوروبية(١).

كان برنامج الجمعية مبنيًّا على الشعور بأن "القانون يجب أن يكون مستقرًا، وفي الوقت نفسه لا يمكن أن يكون جامدًا"(٢).

كما كان المؤسسون للجمعية الأمريكية للقانون (ALI) مصرين على وجهة النظر القائلة بأن (إعادة الصياغة) ينبغي ألا يتم تبنيه أو إصداره في صورة تشريعات صادرة من الجهات التشريعية (الكونجرس)، فإعادة الصياغة تهدف إلى توضيح وترتيب القانون، وليس إلى تحجره وتصلبه(٣).

وبالتالي فلا يتوقع رسميًّا إلزام القضاة بما ينتج من (إعادة الصياغة)، بل إنهم

---

(1) ALI, "Report of the Committee Proposing the Establishment of ALI." P14, 28; Jansen, The Making of Legal Authority. 53.

(2) Cardozo, The Growth of the Law.

(3) ALI, "Report of the Committee Proposing the Establishment of ALI." P19.

قارن هذا التوجه مع ما ينسب إلى الإمام مالك - رحمه الله - من رفضه أن يتم تبني موطأه من قبل الخليفة، وتعميمه على الناس بقوة السلطان.

انظر: صلة تاريخ الطبري (١١/ ٦٦٠).

كشف المغطى في فضل الموطأ، لابن عساكر ص ٢٥ .

اختصار علوم الحديث لابن كثير ص٣٠.

شبكة الألوكة
www.alukah.net

بالخيار بين الأخذ بها في (إعادة الصياغة) في القضايا المعروضة أمامهم، كما لهم كامل الحق في تركه إلى ما يرونه أقرب للقانون العام the Common Law . هذه الطريقة ستجعل (إعادة الصياغة) أكثر تفصيلًا، وأشد إحكامًا من المدونات الأوروبية.(١).

بالإضافة إلى ذلك فإن (إعادة الصياغة) صممت من البداية لتكون نصوصًا معتمدة تحظى بالمشروعية بحد ذاتها، من غير حاجة إلى تأييد رسمي، صحيح إنها ستكون أقل من التشريعات الرسمية لفقدها خاصية الإلزام، ولكنها حتمًا ستحظى بمشروعية نابعة من جودتها الذاتية، الأمر الذي سيمنحها قدرًا من النفوذ والموثوقية التي تجعلها مقبولة أمام أعلى محاكم الولاية(٢).

وبالفعل فإن برنامج (إعادة الصياغة) قد حقق نجاحًا لافتًا، في كونه مصدرًا موثوقًا للقانون، فمع عام (١٩٣٤م) أظهرت إحصاءات جمعية القانون الأمريكية (ALI) أنه قد تم استخدام إصدارات (إعادة الصياغة) كمصادر أساسية للقانون من قبل المحاكم الأمريكية في مئات القضايا المعروضة عليهم(٣).

وبالإضافة إلى تلك المنزلة التي نالتها مشاريع (إعادة الصياغة) لدى القضاء، فقد نالت كذلك قدرًا كبيرًا من الاحترام في الأوساط الأكاديمية، فبالإضافة إلى مشاركة عدد من أبرز الأكاديميين في عملية إعداد (إعادة الصياغة)، فإن نصوصها أصبحت مما يدرس في الجامعات الأمريكية، بجانب أقضية المحاكم

(1) Jansen, The Making of Legal Authority. P 53.

(2) ALI, "Report of the Committee Proposing the Establishment of ALI." P10), 16; Cardozo, The Growth of the Law. P9).

(3) Jansen, The Making of Legal Authority. P54.

والتشريعات الرسمية، بحسبانها تعبيرًا دقيقًا عن القانون الأمريكي. بل إنه قد أصبح من الشائع اليوم إلى حد كبير في النقاشات الحقوقية الأمريكية أنه إذا نصَّت (إعادة الصياغة) على قاعدة فإن هذا يحسم الجدل القانوني، من غير حاجة إلى مزيد استدلال عليها(١). وحتى في المواضع التي لم تتمكن (إعادة الصياغة) من توحيد القانون بشكل جوهري، فإنها قطعت شوطًا كبيرًا في تقريب شقة الاختلاف(٢).

وفي الحقيقة فإن نصوص (إعادة الصياغة) أصبحت إلى حد كبير كالعمود الفقري لما يمكن تخيله على أنه (القانون الوطني للولايات المتحدة الأمريكية)، نظريًّا، وعمليًّا فإن (إعادة الصياغة) تقوم بشكل مستمر بتوحيد الاختلافات في القوانين الأمريكية ودمجها.

ومنذ البداية واجهت جمعية القانون الأمريكي (ALI) سؤالًا مركزيًّا: هل (إعادة الصياغة) مجرد استكشاف للقانون الموجود وإعادة وصفه بلغة أكثر وضوحًا؟ أو أن الهدف هو البحث عن أفضل الحلول أو ما ينبغي أن يكون عليه القانون؟

الذي كان واضحًا منذ البداية أن الجمعية قد حسمت أمرها لتقوم بالدور الوصفي لاكتشاف ما هو القانون الموجود فعلًا في القانون العام the Common Law ثم إعادة صياغته فحسب. أما في الأمور المستجدة فإن الجمعية لم تتوانَ عن

(1) Rheinstein, "Leader Groups in American Law." P 692; Beale, A Treatise on the Conflict of Laws or, Private International Law. P 43; Snyder, "Private Lawmaking." P 381).

(2) Frank, "The American Law Institute, (1923) - (1998)"; Rheinstein, "Leader Groups in American Law."

شبكة الألوكة
www.alukah.net

اقتراح ما تراه أقرب لما ينبغي أن يكون عليه القانون[1].

- **القوانين النموذجية:**

من أبرز أعمال جمعية القانون الأمريكي (ALI)العمل على إصدار قوانين نموذجية تناولت عدة مجالات، كان من أبرزها: القانون التجاري الموحد (UCC)، وقانون الإثبات الفيدرالي، وقانون العقوبات[2]. وفيما يلي استعراض لأحد أهم وأشهر ما صدر عن الجمعية ضمن أعمال القوانين النموذجية، ألا وهو:

القانون الأمريكي التجاري الموحد:

يعد القانون التجاري الموحد The Uniform Commercial Code UCC أحد أبرز الأمثلة على التقنينات غير الرسمية، وواحدة من أكثرها نجاحًا وتأثيرًا في النظام العدلي الأمريكي. وهو باختصار عبارة عن قانون نموذجي يضم مجموعة من القواعد المقترحة تغطي أكثر جوانب المعاملات التجارية.

وقد كان القانون التجاري الموحد عبارة عن مشروع مشترك بين جمعية القانون الأمريكية (ALI) والمؤتمر الوطني للجان توحيد قوانين الولايات National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (NCCUSL) يهدف إلى جمع القوانين المقترحة التي تغطي الجوانب المتعددة التي تحتاجها عمليات التبادل التجاري. وقد كان الأمل أن تتبناه كل ولاية كتشريع لها، وبالتالي يتحقق توحيد القانون التجاري في جميع ولايات الدولة.

---

(1) Jansen, The Making of Legal Authority.p57.

(2) ALI, "Institute Projects – The American Law Institute."

صدرت المسودة الأولى من القانون التجاري الموحد عام (١٩٥١م)، وفي عام (١٩٥٦م) صدرت النسخة المنقحة والمعدلة، وكانت ولايتا ماساتشوسِتْس وكنتاكي أول ولايتين يتبنيان القانون التجاري الموحد كتشريع للولاية، ثم تتابع الاعتراف به حتى صار اليوم معترفًا به كليًّا أو جزئيًّا من قبل جميع الولايات تقريبًا.

ومنذ صدور المدونة أول مرة تم إدخال جملة من التعديلات والإضافات، وقد كانت حتى عام (١٩٨٧م) تحوي تسعة فصول (كتب) كل فصل عالج بصورة منفصلة عن بقية الفصول موضوعًا محددًا من موضوعات القانون التجاري. وهي كالآتي:

الفصل الأول: "المبادئ العامة" وتناول التعريفات، وقواعد التفسير.

الفصل الثاني: "البيع" وخُصِّصَ للقواعد المتعلقة ببيع البضائع (المنقولات)، والالتزامات العامة، وبناء العقد، وخرق التزامات العقد، والإعفاء من العقد (الإقالة).

الفصل الثالث: "الأوراق التجارية" وخُصِّصَ للقواعد المتعلقة بالأوراق التجارية القابلة للتداول، مثل الشيكات، والكمبيالات، والسندات، والشيكات السياحية، وشهادات الإيداع.

الفصل الرابع: "الودائع والسحوبات البنكية" وينظم الخلافات بين البنك وعملائه، والقواعد المتعلقة بالسحوبات والإيداعات.

الفصل الخامس: "خطابات الاعتماد" وينظم العلاقة بين أطراف خطاب الاعتماد، والتزامات المصدر، والضمانات الناشئة عن خطاب الاعتماد، ومعالجات

شبكة الألوكة
www.alukah.net

المشاكل الناشئة أثناء أو بعد إصدار الخطاب.

الفصل السادس: "مبيعات الجملة" وتنظم التزامات البائع والمشتري، والمزادات، وتصفية الأصول.

الفصل السابع: يعالج ما يتعلق بإيصالات المستودعات، ووثائق (بوالص) الشحن، وغيرها من الوثائق المتعلقة بملكية البضائع ونقلها.

الفصل الثامن: "الاستثمار في الأوراق المالية" ويشمل قواعد إصدار الأوراق المالية، وتداولها، وتسجيلها، كما يشمل التزامات الوسطاء.

الفصل التاسع: "الضمانات والرهونات" وتغطي أنواع الرهونات، والمبادلات التي يمكن تغطيتها بالرهونات، وسريان الضمانات الممتازة، وموضوعات التقصير، وحق الأطراف الأخرى في الضمانات.

بالإضافة إلى هذه الفصول التسعة وما تم عليها من تعديلات، فقد تم إدخال فصلين جديدين:

الفصل الثاني (أ) وقد أجيز عام (١٩٨٩م) ويعنى بإيجار العقارات الشخصية (دون التجارية والمكاتب).

الفصل الرابع (أ) وأضيف عام (١٩٨٩م) ويعنى بتنظيم إصدار الحوالات المالية الإلكترونية وقبولها.

وفي عام (٢٠٠١م) أدخلت تعديلات على الفصل الأول حتى يتسق مع ما تم تعديله في بقية الفصول، كما خضع الفصل الثاني المتعلق ببيع البضائع لتعديلات وتحسينات استمرت عقدًا كاملًا، انتهت عام (٢٠٠٣م)، ومن أبرز ما أدخل عليه ما يتعلق بالتجارة الإلكترونية. وفي عام (٢٠١٠م) أدخلت تعديلات على الفصل

التاسع، وأخيرًا في (٢٠١٢م) أدخلت تعديلات على الفصل الرابع (أ).

وكأي قانون نموذجي، فإن القانون التجاري الموحد (UCC) لن يكون له أثر قانوني ملزم حتى يصدر تشريع من الولاية بإنفاذه، وحاليًا فقد تم اعتماده كليًّا أو جزئيًّا (في بعض الأبواب) في جميع الولايات تقريبًا(١).

وبالرغم من تسميته "قانون" أو "مدونة" codeوشهرته بذلك، فإن ثمة فروقًا عديدة بينه وبين ما هو متعارف عليه في عالمنا العربي الذي يغلب عليه التأثر بالنموذج القانوني اللاتيني القادم من أوروبا القاريّة. من أبرز هذه الفروق:

- أن القانون التجاري الموحد (UCC) لا يغطي جميع جوانب القانون التجاري، ولم يسعَ إلى ذلك بطريقة كتلك التي نجدها في القوانين التجارية الأوروبية.
- أن القانون التجاري الموحد (UCC) لا يدعي أنه هو القانون الوحيد الذي يحكم محل القاعدة، بل قد يحيل إلى مصادر أخرى أحيانًا.
- كما يختلف في الشكل وطريقة الكتابة عن التقنينات الأوروبية، فالقانون التجاري الموحد (UCC) قد بُني بطريقة حوارية، مرنة، وبنصوص مفتوحة، قابلة للتعديلات المستقبلية.
- أن القانون التجاري الموحد (UCC) لا يهدف إلى إلغاء جميع القوانين السابقة له(٢).

ومع اختلاف هذه الفروقات في أهميتها، وتفاوتها بين ما هو شكلي، وما هو

(1) Weiss, 'The Enchantment of Codification', P 521.

(2) Ibid , p522-523.

شبكة الألوكة
www.alukah.net

موضوعي، إلا أن أهم الفروق - وهو ما يعنينا في دراستنا - أن هذا القانون يفتقر لأهم عنصر يتمتع به شبيهه الأوروبي أو العربي ألا هو افتقاره إلى عنصر الإلزام الذي تتمتع به تلك القوانين الرسمية الصادرة عن الدولة من خلال سلطتها التشريعية. فالقانون التجاري الموحد (UCC) لا يملك المشروعية بذاته، فهو لم يصدر عن السلطة التشريعية، ولا هو من عمل المشرعين في البرلمان (الكونغرس)، وإنما هو إنتاج جمعية خاصة غير رسمية لا تملك سلطة التشريع ولا الإلزام. وبالرغم من افتقاده لهذا العنصر المهم فإنه قد حصل على مكانة رفيعة في البيئة العدلية الأمريكية، هذه المكانة اكتسبها لأسباب كثيرة منها:

أولًا: افتقاد النظام الأمريكي لمدونة تجمع شتات القواعد التي تحكم التجارة وعملياتها.

ثانيًا: جودة القانون نفسه ومنطقية قواعده، وسلامة استمداده من السوابق القضائية ومن النظام العام the Common Law.

وقد أظهرت بعض الدراسات الإحصائية أن المحاكم الأمريكية قد تعاملت مع القانون التجاري الموحد بصورة قريبة من التقنينات الرسمية الصادرة من الجهات التشريعية، حتى وإن لم يملك خاصية الإلزام.

ففي دراسة إحصائية قام بها الباحث مارك روزن Mark Rosen عن دور القانون التجاري الموحد (UCC)، والقواعد الفيدرالية للإثبات Federal Rules of Evidence في المحاكم الأمريكية، اشتملت على آراء عينة عشوائية مكونة من مائتي شخص من القضاة والمدعين العامين الذين لهم علاقة بتطبيق القانونين محل الدراسة وتفسيرهما. وقد قام الباحث بتقسيم العينة إلى قسمين: نصف ذلك العدد كان من نصيب القانون التجاري الموحد، والنصف الآخر من نصيب

القواعد الفيدرالية للإثبات. ومن حيث الزمان قسم العينة إلى قسمين: نصف الحالات كانت في السنوات الأولى لصدور القانون، والنصف الآخر كان أقرب لزمن كتابة البحث (عام ١٩٩٤م).

وخلص الباحث في تلك الدراسة إلى نتائج كثيرة يهمنا في دراستنا هذه نتيجتان رئيستان:

الأولى: أن اثنين وثمانين في المائة (٨٢٪) من الحالات - التي تغطيها مواد القانون - تمت معالجة القضية عند نظرها باستخدام نصوص القانون (UCC) كمصدر رئيس لاستمداد القاعدة المطبقة.

الثانية: ارتفاع نسبة استخدام المدونة والرجوع إليها مع الزمن، فكلما تقدم الزمن زادت نسبة استخدام المدونة (UCC) كمصدر رئيس لاستمداد القاعدة القانونية[١].

(1) Rosen, "WHAT HAS HAPPENED TO THE COMMON LAW?" pp1143-1161.

شبكة الألوكة
www.alukah.net

المطلب الثاني: التشريعات غير الرسمية في أوروبا.

عند الحديث عن التشريعات غير الرسمية في أوروبا، فنحن بصدد الدخول إلى مدرسة القانون اللاتيني the Civil Law Tradition الذي يعد قلعة التقنينات الرسمية، ومصدريها إلى العالم أجمع، تاريخيًّا، وواقعيًّا. وهذا مما يجعل الحديث عن تشريعات غير رسمية في المجال الأوروبي ذا أهمية خاصة.

كانت البداية من الاتحاد الأوروبي، الذي كان من ضمن أهداف تأسيسه " تحقيق التكامل بين أعضائه من خلال السوق المشتركة"، الذي عُرّف بأنه "مساحة بلا حدود داخلية، يتم فيها ضمان حركة الأشخاص، والسلع، والخدمات، ورأس المال"(١).

إلا أن هذه الحرية وجدت تحديًّا كبيرًا أمام صناع القوانين والسياسات في الاتحاد الأوروبي. وكمثال على ذلك فإن حرية الحركة هذه ربما أوجدت تنافسًا غير صحي، من خلال تنازل بعض الدول الأعضاء عن معايير السلامة أو الحفاظ على البيئة، رغبة في جذب الاستثمارات وتقليل التكاليف على شركاتها، لتصبح قادرة على المنافسة في الأسواق الأخرى.

ومن جهة أخرى فحجم التجارة الضخم بين الدول الأعضاء ذات القوانين والأنظمة العدلية المختلفة، سيوجد إشكالات كبيرة على مستوى القانون الدولي الخاص. ففي كل مرة يتم فيها التعاقد بين طرفين من دولتين مختلفتين من دول الاتحاد يجب تحديد القانون الحاكم، خصوصًا إذا كان الأطراف كلهم تجارًا، وأمامهم خيارات متعددة لاختيار القانون الحاكم، قانون بلد البائع، أو بلد

(1) Article (26) (2) of the TFEU, The Treaty on the Functioning of the European Union.

المشتري، أو بلد ثالث، أو حتى قوانين ومعاهدات دولية، فإذا لم يحدد الأطراف القانون الحاكم، أو كان اختيارهم باطلًا، فهنا سيجد الأطراف أنفسهم أمام قواعد القانون الدولي الخاص، الذي سيوجد لهم مشكلات غير متناهية(١).

انطلاقًا من هذه الخلفية فقد كان إيجاد الانسجام بين قوانين العقود في دول الاتحاد فكرة مثالية. ومن هنا شرع الاتحاد الأوروبي في برنامج ضخم يهدف للمواءمة بين قوانين الدول الأعضاء، وتقريب التفاوت بين القوانين الوطنية لدول الاتحاد.

وقد أُعطي الاتحاد صلاحيات واضحة لمتابعة التنسيق القانوني في مجالات مثل: حماية البيئة، الحركة الحرة للخدمات، إنشاء الكيانات الطبيعية والاعتبارية للأشخاص العاملين لحسابهم الخاص، حرية تنقل الموظفين(٢).

وبحلول عام (١٩٨٠م) تم تأسيس لجنة مستقلة عن أي التزامات وطنية، مكونة من خبراء تم اختيارهم من مختلف دول الاتحاد، أغلبهم من الأكاديميين، وعهد إليهم صياغة قانون أوروبي للعقود.

بدأت (لجنة قانون العقود الأوروبي) العمل في عام (١٩٨٢م) برئاسة اولي لاندو Ole Lando، وهو محام وأستاذ من الدنمارك. وعضوية (٢٢) عضوًا من جميع الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي، وقامت هذه اللجنة بدراسة مستفيضة

(1) Emmert, "The Draft Common Frame of Reference (DCFR) - The Most Interesting Development in Contract Law Since the Code Civil and the BGB", P 3-4.

(2) Articles 46, 50, 59, 192 of the TFEU, The Treaty on the Functioning of the European Union.

شبكة الألوكة
www.alukah.net

لقوانين الدول الأعضاء، والوثائق الدولية، مثل وثيقة الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع CISG (وثيقة جنيف)، والقانون التجاري الأمريكي الموحد UCC، حتى انتهت في عام (١٩٩٥م) من إصدار الجزء الأول من (مبادئ قانون العقود الأوروبي) The Principles of European Contract Law (PECL)، أتبع بالجزء الثاني عام (١٩٩٩م)، والثالث عام (٢٠٠٢م).

وقد عرَّفت اللجنة هذه المبادئ بأنها: "مجموعة من القواعد العامة التي تم تصميمها لتوفير أقصى قدر من المرونة، وبالتالي استيعاب التطور المستقبلي في الفكر القانوني في مجال قانون العقود"(١).

وكما يوحي اسمها، لم تكن هذه "المبادئ" لتقدم على أنها قانون ملزم، مثل المدونات الصادرة من الجهات التشريعية. بل إنها وضعت بطريقة يمكن النسج على منوالها عند إرادة تبنيها في صورة تشريعات وطنية. وبالرغم من عدم تبنيها رسميًّا من قبل أي دولة كقانون وطني، إلا أن هذه المبادئ قد لاقت قبولًا لافتًا وانتشارًا واسعًا لدى علماء القانون المقارن، ولدى المحامين الدوليين(٢). وربما يرجع هذا القبول لسببين:

السبب الأول: أن الفريق الذي أعد تلك المبادئ كان مؤلفًا ببراعة ليعكس الاتجاهات القانونية للدول الأعضاء، مما منح هذا المنتج دعمًا واسعًا في كل الدول.

---

(1) Lando, Beale, and Commission on European Contract Law, Principles of European Contract Law. Parts I and II.

(2) Zimmermann and Reimann, The Oxford Handbook of Comparative Law; Jansen, The Making of Legal Authority.

السبب الثاني - وربما هو الأهم - : تلك اللغة الأنيقة والبسيطة والمعبرة التي صيغت بها تلك المبادئ، مما جعلها أسهل فهمًا مقارنة بغيرها من قوانين العقود حول العالم(١).

وفيما يتعلق بتقييم هذه (المبادئ PECL) فإنه من الواضح أن تقدير نجاح أي تجربة يعتمد على حجم التوقعات، فإن كانت التوقعات عالية كأن تصبح بصورة معتادة هي القانون واجب التطبيق في المعاملات التجارية بين دول الاتحاد، فمن غير المتوقع حصول ذلك. أما إن كان المتوقع أن تصبح هذه المبادئ أداة ناعمة، غير مدعومة بتأييد السلطات السياسية، وتقدم ذاتها على أنها نصوص مرجعية وحسب، فإن هذا التوقع هو الحاصل اليوم.

ومن المهم التذكير هنا أن (مبادئ قانون العقود الأوروبي PECL) جاءت كإضافة داخل أنظمة عدلية مستقرة، في دول قومية لديها مدونات خاصة وتقاليد حقوقية راسخة، مدعومة بمهنيين وحقوقيين وطنيين، الأمر الذي ربما أدى إلى النظر إلى تلك (المبادئ) - من وجهة نظر داخلية قومية - على أنها تدخل خارجي، مما يجعل الطموح إلى توحيد القوانين الأوروبية بمثل (مبادئ قانون العقود الأوروبي PECL) أمرًا بعيد المنال. وعليه فإن أي تأثير لتلك (المبادئ) على قوانين أو تطبيقات أي دولة سيعتبر نجاحًا محسوبًا(٢).

وبالرغم من ذلك الاستبعاد على المستوى الرسمي، فإن الأمر بخلاف ذلك على المستوى الأكاديمي والتطبيقي، فإن هناك شعورًا يتنامى بين المختصين بأهمية

(1) Emmert, "The Draft Common Frame of Reference."

(2) Jansen, The Making of Legal Authority. P 61.

شبكة الألوكة
www.alukah.net

وجود نصوص مرجعية غير تشريعية (غير رسمية). بل يمكن القول بأن الأمر تجاوز مجرد الشعور بالأهمية إلى الاحتفاء بهذه المبادئ على المستويين الأكاديمي والقضائي، فقد تم اعتبارها من قبل الكثير من العلماء مصدرًا للقانون بمعناه الواسع، كما أن الأمر قد خطا خطوات متقدمة حين استخدمت بعض المحاكم الأولية والعليا في إسبانيا هذه (المبادئ) كنصوص معتمدة وموثوقة، ووسيلة لتحديث وتطوير قانون العقود(١).

واليوم لم يعد ينظر إلى هذه (المبادئ) على أنها نتيجة بحوث أكاديمية ودراسات مقارنة في القانون الأوروبي وحسب، بل إنها أصبحت هي بذاتها محلًّا للدراسة ومجالًا للبحث، وأصبحت نصوصها مرجعًا أوليًّا للدراسات الحقوقية باعتبارها مصدرًا رئيسًا للقانون(٢).

من أسباب هذا النجاح تنامي الشعور بعدم الرضا عن محاولات التشبث بـ "توطين" القانون الخاص في أوروبا. فالغالب أن قواعد القانون الخاص ومدوناته الحديثة أكثر تعبيرًا عن هوية المجتمع وأقل تأثرًا بالضغوط السياسية، ومن هنا فإنه لا يمكن تفسير الاختلاف بين قوانين العقود في أوروبا مثلًا بالضغوط السياسية، أو الهوية المجتمعية، بل الغالب أن هذه الاختلافات هي نتاج عوامل تاريخية بحتة لم تعد قائمة اليوم. بل إن هناك شعورًا متزايدًا من قبل بعض المحامين البارزين والقضاة المشهورين في أوروبا بأن قواعد مدوناتهم

(1) Jansen. P62.

(2) Busch, The Principles of European Contract Law and Dutch Law; MacQueen and Zimmermann, European Contract Law.

الوطنية لا زالت حبيسة "زنازين" القرن التاسع عشر والعشرين[١].

ومن هنا فإن التشريعات غير الرسمية هي المرشحة لتعمل بكفاءة على تجسير الفجوة الناشئة عن هذه الاختلافات، بخلاف محاولة الوصول لهذه النتيجة عن طريق التشريعات الرسمية. إذ إن الملاحظ أن المشرعين في كل دولة سيكونون أقل حساسية عند التعامل مع مدونات غير رسمية، اكتسبت المصداقية الذاتية من منطقية قواعدها، دون أن تنسب لدولة محددة أو قرار سياسي غير وطني، والاستفادة منها كمسودات عند إعداد المدونات الوطنية. وهذا ما يبدو أنه قد حصل فعلًا عند كتابة قانون الالتزامات الألماني عام (٢٠٠١م)، وكما يبدو أنه يحصل الآن في تجديد كتابة القانون المدني الفرنسي[٢].

ومع كل ذلك فإن المكانة التي تحصلت عليها تلك (المبادئ PECL) لا يمكن مقارنتها بما تحصلت عليه (إعادة الصياغة) في الولايات المتحدة الأمريكية، ولكن التطورات الحالية تشير إلى أن مشروعية المدونات غير الرسمية في أوروبا ربما تزداد في المستقبل[٣].

كان هذا النجاح لـ(مبادئ قانون العقود الأوروبي PECL) والقبول الذي لقيه، دافعًا للمفوضية الأوروبية لمحاولة توسيع هذا النجاح، وتعميمه على أفرع أخرى من القانون الخاص، فبعد مشاورات موسعة مع الحكومات، والمؤسسات الخاصة، والمهنيين القانونيين، ومنظمات المستهلكين، وغيرهم من أصحاب

(1) Jansen, The Making of Legal Authority.

(2) Jansen. P63.

(3) Jansen. P64.

شبكة الألوكة
www.alukah.net

المصلحة، أعلنت المفوضية الأوروبية، في خطة العمل لعام (٢٠٠٣م) عن فكرة (الإطار المرجعي الموحد) (Common Frame of Reference (CFR الذي يهدف إلى جمع "أفضل الحلول" فيما يتعلق بـ: التعريفات، والمصطلحات، والقواعد الموضوعية في القانون الأوروبي الخاص.

ولهذا الغرض فقد تم تشكيل مجموعات أكاديمية متنوعة، بالتعاون مع لجنة العمل السابقة، وتوصلوا معًا في عام (٢٠٠٩م) إلى إصدار (مسودة الإطار المرجعي الموحد) (Draft of a Common Frame of Reference (DCFR ليكون نصًّا يمكن استخدامه كأساس من قبل مؤسسات الاتحاد الأوروبي لإصدار قوانين مشتركة في المستقبل. احتوت (مسودة الإطار المرجعي الموحد DCFR) على عشرة كتب تغطي جوانب مختلفة من القانون الخاص، بما في ذلك العقود، والالتزامات، وعقود الخدمات، والوكالات التجارية، والإثراء غير المشروع، وغير لك[١].

(1) Bar et al., Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law.

المطلب الثالث: التشريعات غير الرسمية على المستوى الدولي.

لا يمكن اكتمال صورة التشريعات غير الرسمية من غير الإشارة إلى (مبادئ العقود التجارية الدولية) Principles of International Commercial Contracts (PICC) الصادرة عن الجمعية الدولية لتوحيد القانون الخاص The International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT)) والمنشورة أول مرة عام (١٩٩٤م)، والمنقحة والموسعة عام (٢٠٠٤م). وإذا كانت جهود جمعية القانون الأمريكي (ALI) في (إعادة الصياغة) وجهود المفوضية الأوروبية في (مبادئ قانون العقود الأوروبي (PECL)) تهدف إلى أن تكون نصوصًا مرجعية معتمدة، تمثل القانون في جزء محدد من العالم، فإن الجمعية الدولية لتوحيد القانون الخاص (UNIDROIT) تهدف إلى أن تكون (مبادئ العقود التجارية الدولية) (PICC) مرجعًا عالميًّا معتمدًا على المستوى الدولي، أو على الأقل معتمدًا لدى فئة محددة في العالم، وهم هنا المتعاملون في التجارة الدولية(١).

تأسست الجمعية الدولية لتوحيد القانون الخاص (UNIDROIT) عام (١٩٢٩م) كمنظمة حكومية تابعة لـ(عصبة الأمم)، ثم أعيد تأسيسها بعد ذلك على أساس اتفاقيات متعددة الأطراف. والآن تضم ثلاثًا وستين دولة من مختلف مناطق العالم، يمثلون في الجمعية العمومية. ومن أهم لجان الجمعية مجلس المديرين الذي يعد الأداة الفاعلة فيما يصدر عن الجمعية من وثائق ومسودات

(1) UNIDROIT, "STATUTE OF UNIDROIT."

شبكة الألوكة
www.alukah.net

قوانين. يتألف مجلس المديرين من رئيس، وممثل من محكمة العدل الدولية، وخمسة وعشرين عضوًا من القضاة والأكاديميين وغيرهم من ذوي الاهتمام(١).

ولما تتطلبه موافقة الجمعية العمومية من مناقشات ومفاوضات بين ممثلي الدول الأعضاء عند اعتماد أي وثيقة أو قانون نموذجي، ولما يتطلب ذلك من جهد ووقت قد يطول دون الوصول لاتفاق، فقد رأى مجلس المديرين أن يلجأ لطريقة أخرى لإنجاز (مبادئ العقود التجارية الدولية) (PICC)، كانت الطريقة المفضلة هي اللجوء لخيار النصوص المرجعية غير الرسمية، (المدونات غير الرسمية) تأثرًا بالطريقة التي سارت عليها جمعية القانون الأمريكية (ALI) في (إعادة الصياغة)، خصوصًا أنه من غير المتوقع أن تكون هذه المبادئ معتمدة بكاملها من أي دولة من الدول الأعضاء، كما أنها - نظرًا لطبيعة التجارة العالمية - ستكون عرضة للتحديثات المستمرة.

ومن هنا بدأت محاولة صياغة هذه (المبادئ) على ضوء قوانين العقود في الدول الكبرى، وعلى ضوء الاتفاقيات والمعاهدات الدولية في مجال العقود، مثل وثيقة الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع (وثيقة جنيف) (CISG). بدأ العمل بمشروع الوثيقة عام (١٩٦٨م)، وكان التقدم بطيئًا حتى تم تأسيس مجموعة عمل خاصة بالمشروع عام (١٩٨٠م) من علماء القانون المقارن يمثلون مختلف الأنظمة والمدارس القانونية، وعملت هذه المجموعة باستقلال عن المنظمة، ولم تسمح بمشاركة أي من ممثلي حكومات الدول الأعضاء(٢).

---

(1) Vogenauer and Kleinheisterkamp, Commentary on (PICC).

(2) Jansen, The Making of Legal Authority; Vogenauer and Kleinheisterkamp, Commentary =

وكنتيجة لهذا الاستقلال في إعداد (الوثيقة) شعر المجلس أنه من غير المناسب أن يتبنى هذا العمل كوثيقة خاصة به، بدلًا عن ذلك قرر المجلس في مايو من عام (١٩٩٤م) - وفي ضوء الاختلاف بين أعضائه - ألا يعتمد تلك (المبادئ) بشكل رسمي، ولكن سوف يسمح بنشرها، كما أوصى المجلس نفسه بتشجيع تطبيقها بأوسع نطاق(١).

وهذا ما تم بالفعل، فقد طبعت (مبادئ العقود التجارية الدولية) PICC ونشرت رسميًّا تحت اسم المنظمة (UNIDROIT)، وفي الوقت نفسه لا يمكن اعتبارها وثيقة رسمية من وثائقها، لكونها تفتقر للاعتماد والدعم السياسي من قبل الدول الأعضاء في المنظمة.

إن عدم الاعتماد الرسمي لتلك المبادئ يتوافق مع ادعاء مجلس المديرين بأن (PICC) "تملك سلطة الإقناع بدلًا من سلطة الإلزام"(٢). ولا شك أن هذا الادعاء سيكون خاضعًا لتحديات عسيرة، فهو وإن كان يتوافق مع ادعاء جمعية القانون الأمريكي (ALI)، وادعاءات (PECL)، فلا شك أنه يواجه بيئة أكثر صعوبة. فبينما تحاول (PECL) صياغة مبادئ للمجتمعات الأوروبية، التي بالرغم من اختلاف لغاتها واختلاف مصالحها الوطنية، إلا أنها تعتبر متقاربة ثقافيًّا وسياسيًّا واقتصاديًّا، فإن (PICC) كانت تهدف سابقًا إلى جمع الرأسمالية مع الاشتراكية، واليوم ينبغي عليها، وينتظر منها أن تقدم قواعد ومبادئ مقبولة للغرب ولآسيا، وللتجارة التقليدية وتلك الملتزمة بالضوابط الإسلامية، كما

---

on (PICC). =

(1) Jansen, The Making of Legal Authority.

(2) Jansen. p69.

شبكة الألوكة
www.alukah.net

يطلب منها أن تراعي الدول النامية والمتقدمة، ومطالبة بأن تستجيب لاحتياجات التجارة الدولية بشكل أكثر كفاءة من القوانين الوطنية المختلفة.

كل هذه التوقعات الكبيرة جعل تقويم أدائها، ومدى نجاحها محل جدل كبير بين الباحثين، فبينما يصف مجلس المديرين لـمنظمة (UNIDROIT) النجاح التطبيقي لقواعد ومبادئ (PICC) بأنه فاق أفضل التوقعات تفاؤلًا، فإن بعض المعلقين المحايدين يتحفظ على هذا التفاؤل، ويرى أن الشركات ورجال الأعمال والمحامين بطيئون في تبني (PICC)، كما أن أغلب المحامين الوطنيين لا يزالون غير متمرسين مع تلك المبادئ. بالإضافة إلى أنه لا تزال كثير من الأنظمة الوطنية لا تسمح باختيار مبادئ (PICC) كقانون حاكم؛ لأن بعض قواعده لا تستجيب لمتطلبات القانون الوطني للدولة(١).

وبالرغم من هذه الممانعة من قبل الممارسين الحقوقيين، فإن (PICC) أصبحت اليوم وبشكل متزايد وثيقة معترفًا بها في التحكيم الدولي. فهي من وجهة نظر المحكمين الدوليين وثيقة قانونية شاملة ومحدثة أكثر من أي وثيقة قانونية أخرى، فهي بالتالي مناسبة جدًّا لبناء حكم التحكيم استنادًا إليها، متى ما كانت أطراف النزاع لا تمانع من ذلك. بالإضافة إلى ذلك فهناك تطبيقات قضائية كثيرة لجلسات التحكيم وللمحاكم الوطنية أخذت قواعد (PICC) على أنها تمثل قواعد القانون الدولي متى اختار المتعاقدون ذلك، أو أشاروا إلى "القواعد العامة" دون تحديد. كما أن بعض المحكمين وغرف التحكيم تطبق قواعد (PICC) كقانون افتراضي

(1) Vogenauer and Kleinheisterkamp, Commentary on (PICC; Jansen, The Making of Legal Authority.

عند عدم النص على القانون المختار لحل النزاع، أو لإتمام النقص وسد الفراغ في القانون المختار لحل النزاع[1].

(1) Jansen, The Making of Legal Authority.

شبكة الألوكة
www.alukah.net

الخاتمة

من خلال استعراض بعض تجارب التقنينات غير الرسمية يتضح أنه بالرغم من افتقاد تلك التشريعات لأحد أهم خصائص "القانون" ألا وهو خاصية "الإلزام"، إلا أن هذا لم يمنع من أن تتبوأ تلك التجارب مكانة خاصة في البيئة العدلية، حتى صار بعضها هو القانون المعتمد في بعض الولايات، كما في القانون التجاري الموحد (UCC). بل إنه كان من الواضح أن فقدان تلك الخاصية المهمة قد تم تعويضه في التشريعات غير الرسمية بجودة القواعد ومنطقيتها، ومواكبتها للمتغيرات بصورة أكثر كفاءة من التقنينات الرسمية.

هذه الدراسة أكدت أنه بإمكان مجموعات العمل غير الرسمية، من محامين وقضاة وأساتذة جامعات ومستشارين حقوقيين - عند الشعور بالحاجة وغلبة الظن أن حلها لن يكون من خلال التشريعات الرسمية - أن يساهموا من خلال قنوات العمل غير الرسمية في سدِّ بعض الفجوات التنظيمية، وتقديم بعض الحلول التشريعية، والتي ستجد طريقها للتطبيق، وستكون عونًا للجهات الرسمية والمجالس التشريعية للاستفادة منها، وربما البناء عليها، اعتمادًا على جودة بناء قواعدها وتماسك منطقها وتحقيقها للمصلحة والعدالة.

والله أعلم وأحكم، وصلى الله وسلم وبارك على نبينا محمد.

المراجع

١) اختصار علوم الحديث، للحافظ أبي الفداء إسماعيل بن كثير، تحقيق: أحمد محمد شاكر، نشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الثانية.

٢) صلة تاريخ الطبري، مطبوع مع تاريخ الطبري (تاريخ الأمم والملوك) لعريب بن سعد القرطبي، نشر: دار التراث - بيروت، الطبعة الثانية، ١٣٧٨هـ.

٣) كشف المغطى في فضل الموطأ، لأبي القاسم علي بن الحسن المعروف بابن عساكر، تحقيق محب الدين عمر العمروي، دار الفكر - بيروت، بدون تاريخ.

4) Alexander, L., and E. Sherwin. "Judges as Rule Makers." In Common Law Theory, edited by D. Edlin, 27-50. Cambridge Studies in Philosophy and Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

5) Alexy, Robert. The Argument from Injustice Reply to Legal Positivism. Translated by Stanley Paulson and Bonnie Paulson. 2nd ed. UK: Oxford University Press, 2002.

6) ALI, The American Law Institute. "Creation - The American Law Institute." American Law Institute. Accessed August 25, 2016. https://www.ali.org/about - ali/creation/.

7) ———. "Institute Projects - The American Law Institute." American Law Institute. Accessed September 2, 2016.

شبكة الألوكة
www.alukah.net

https://www.ali.org/about - ali/institute - projects/.

8) ———. "Publication Frequently Asked Questions." American Law Institute. Accessed September 2, 2016. https://www.ali.org/publications/frequently-asked-questions/.

9) ———. "Report of the Committee on the Establishment of a Permanent Organization for the Improvement of the Law, Proposing the Establishment of an American Law Institute." Proceeding of the American Law Institute, 1923.

10) Bar, Christian von, Eric M. Clive, Hans Schulte - Nölke, H. G. Beale, Study Group on a European Civil Code, and Research Group on the Existing EC Private Law, eds. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline ed. Munich: Sellier, European Law Publishers, 2009.

11) Beale, Joseph Henry. A Treatise on the Conflict of Laws or, Private International Law. Cambridge [Mass.] : Harvard University Press, 1916. http://archive.org/details/cu31924022034684.

12) Busch, Danny, ed. The Principles of European Contract Law and Dutch Law: A Commentary. Nijmegen: Ars Aequi Libri [u.a.], 2002.

13) Cardozo, Benjamin N. The Growth of the Law. S.n.: Gale, Making of Modern Law, 2010.

14) Emmert, Frank. "The Draft Common Frame of Reference (DCFR) - The Most Interesting Development in Contract Law Since the Code Civil and the BGB." SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY: Social Science Research Network, March 17, 2012. http://papers.ssrn.com/abstract=2025265.

15) Frank, JP. "The American Law Institute, 1923-1998." Hofstra Law Review, no. 26 Hofstra Law Review (1998): 615-39.

16) Hallaq, Wael B. The Impossible State: Islam, Politics, and Modernity's Moral Predicament. Paperback edition. New York, NY: Columbia University Press, 2014.

17) Harding, Alan. Medieval Law and the Foundations of the State. Oxford University Press, 2002.

18) Jansen, Nils. The Making of Legal Authority: Non - Legislative Codifications in Historical and Comparative Perspective. Oxford University Press, 2010.

19) Jansen, Nils, and Ralf Michaels. "Private Law and the State: Comparative Perceptions and Historical Observations." Rabels Zeitschrift Für Ausländisches Und Internationales Privatrecht/The Rabel Journal of Comparative and International Private Law 71, no. 2 (2007): 345-97.

شبكة الألوكة
www.alukah.net

20) Kelsen, Hans. Pure Theory of Law. Union, N.J: Lawbook Exchange, 2002.

21) Lando, Ole, H. G. Beale, and Commission on European Contract Law, eds. Principles of European Contract Law. Parts I and II. Combined and rev. The Hague ; Boston: Kluwer Law International, 2000.

22) Lang, Maurice Eugen. Codification in the British Empire and America. Clark, N.J: Lawbook Exchange, 2005.

23) MacQueen, Hector L., and Reinhard Zimmermann, eds. European Contract Law: Scots and South African Perspectives. Edinburgh Studies in Law 2. Edinburgh: Univ. Press, 2006.

24) Michaels, Ralf. "The Re - State - Ment of Non - State Law: The State, Choice of Law, and the Challenge From Global Legal Pluralism," Wayne Law Review, no. 51 (2005): 1209-59.

25) Postema, Gerald J. "Philosophy of the Common Law." In The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law, edited by Jules L. Coleman and Scott Shapiro. Oxford ; New York: Oxford University Press, 2002.

26) Rheinstein, Max. "Leader Groups in American Law." University of Chicago Law Review 38, no. 4 (June 1, 1971). http://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol38/iss4/2.

27) Rosen, Mark. "WHAT HAS HAPPENED TO THE COMMON LAW? RECENT AMERICAN CODIFICATIONS, AND THEIR IMPACT ON JUDICIAL PRACTICE AND THE LAW'S SUBSEQUENT DEVELOPMENT." Wisconsin Law Review, 1994, 1119-1253.

28) Smits, Jan M. "European Private Law and Democracy: A Misunderstood Relationship." In THE LAW AND ECONOMICS OF REGULATION IN HONOUR OF ANTHONY OGUS, edited by Michael Faure and Frank Stephen, 49-59. Antwerp - Oxford, 2008.

29) Snyder, David V. "Private Lawmaking." Ohio State Law Journal 64 (May 2003).

30) TFEU. The Treaty on the Functioning of the European Union (n.d.).

31) UNIDROIT, INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW. "STATUTE OF UNIDROIT," n.d. http://www.unidroit.org/about - unidroit/institutional - documents/statute.

32) Van Creveld, Martin. The Rise and Decline of the State. Cambridge [England] ; New York: Cambridge University Press, 1999.

33) Vogenauer, Stefan, and Jan Kleinheisterkamp, eds. Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC). Second edition. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2015.

شبكة الألوكة
www.alukah.net

34) Weiss, Gunther A. "The Enchantment of Codification in the Common Law World." Yale Journal of International Law 25 (2000): 435.

35) Zimmermann, Reinhard, and Mathias Reimann, eds. The Oxford Handbook of Comparative Law. Oxford: Oxford University Press, 2006.