جامعة محمد بوضياف – المسيلة-
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

الميدان: الحقوق والعلوم السياسية

الشعبة: الحقوق

المستوى: السنة الثالثة

ليسانس

المجموعة الأولى

محاضرات في مقياس
مقارنة الأنظمة

الأستاذة: بوضياف اسمهان

السنة الجامعية 2023-2024

المحاضرة الأولى: النظام الروماني الجرماني (النظام اللاتيني).

ويسمى هذا النظام أو الشريعة بالعائلة الرومانية الجرمانية، لأنها تضم مجموعتين من القوانين: المجموعة اللاتينية (الرومانية) وتتمثل في القانون المدني الفرنسي وغيره من القوانين والأنظمة المستمدة منه كما هو الشأن في إسبانيا والبرتغال وإيطاليا ومستعمراتها، وغيرها من الدول كالصين واليابان وبعض دول أمريكا اللاتينية.

والمجموعة الجرمانية وتتمثل في القانون الألماني والأنظمة المستمدة منه كما هو الشأن في النمسا والمجر، وسنتطرق في هذا الفصل إلى البناء القانوني له ثم إلى مصادر القانون ثم إلى الأيديولوجية التي يقوم عليها النظام الروماني الجرماني وذلك في مباحث متتالية.

المبحث الأول: البناء القانوني للنظام الروماني الجرماني

بعد هذا النظام القانوني الكبير الأكثر انتشارا من بين الأنظمة القانونية الكبرى لميزاته من حيث تكوينه التاريخي وبنائه القانوني وهو ما سنتناوله تباعا.

المطلب الأول: التكوين التاريخي للنظام الروماني الجرماني.

إن التأسيس العلمي للقانون الروماني الجرماني كان بظهور حركة نهضة الجامعات التي حاولت إحياءه معتمدة على طريقة الشرح على المتون والتي طورت فيما بعد من قبل المدرسة التي تعتمد طريقة الحواشي (وتهتم هذه الطريقة بتفسير المعنى الأساسي للنص عن طريق وضع هوامش (حواشي))

ثم أضيفت دراسات جديدة كالقانون التجاري والقانون الدولي الخاص، حيث تأثر القانون الروماني بالقانون الكنيسي ومن بين الأحكام التي استمدها هذا النظام من قانون الكنيسة

حكم الأخذ بالظروف المستجدة التي تجيز تعديل العقد، ثم ظهرت مدرسة القانون الطبيعي في القرن السابع عشر والتي نادت إلى قانون عالمي مشترك، مما مهد إلى ظهور التشريع من خلال الدعوى إلى تقنين القانون النموذجي العقلي للجامعات، وبه بدأت مرحلة التشريع.

المطلب الثاني: الهيكل القانوني للنظام الروماني الجرماني

على الرغم من تطور القانون الروماني الجرماني بصورة مستقلة في كل دولة، إلا أنه ظلت ولازالت المبادئ العامة لهذا النظام الكبير مشتركة ومتشابهة بين قوانين دول هذه المجموعة ويمكن إجمالها فيما يلي:

الفرع الأول: التقسيمات والمفاهيم.

تشترك وتتفق كل قوانين الدول المستمدة من هذه الشريعة أو النظام، في تقسيم القانون إلى قانون عام يضم مجموعة من الفروع من بينها القانون الدستوري دستوري الجنائي الإداري، وقانون خاص يضم كذلك مجموعة من الفروع من بينها القانون المدني التجاري، قانون العمل وغيرها.

ويترتب على هذا التقسيم الثنائي للقوانين، وجود نوعين من المحاكم محاكم عادية وأخرى إدارية، كما تشترك قوانين هذه العائلة في الأصول القانونية والتاريخية للمبادئ الكبرى كالنظرية العامة للالتزامات حقوق التقاضي.

وفي الوقت نفسه توجد اختلافات بين قوانين هذه الدول نظرا لخصوصية وطبيعة عادات وتقاليد كل مجتمع، كما تتفق قوانين الدول المستمدة من هذا النظام في المفاهيم، خاصة مفهوم القانون ووظيفته، بأنه مجموعة قواعد قانونية تنظم المجتمع، ووظيفته هو ردع كل مخالف للقانون، كما أن القانون يكرس مبدأ مساواة الجميع أمام القانون.

الفرع الثاني: فكرة القاعدة القانونية

تتمير القاعدة القانونية في هذا النظام بأنها تقوم على صـــفة التجريد والعموم وأنها قاعدة سلوك اجتماعي قبل كل شيء، وأنها ملزمة وتقترن بجزاء وهي توضع مقدما لتطبيق على وقائع لاحقة.

إن القاعدة القانونية في هذه الشـــريعة (النظام الروماني الجرماني) تربط بين الفكر النظري والتطبيق العملي لما يلجأ إليها القاضي ويستخلص التطبيق السليم للقانون، وتقسم القاعدة القانونية إلى أنواع كثيرة من بينها القاعدة العامة والخاصـــة القاعدة الشكلية والموضـــوعية القاعدة المكتوبة وغير المكتوبة.

غير أن التقســـيم الأكثر شـــيوعا هو الذي يرتبط بدرجة إلزام وقوة القاعدة القانونية وهو تقسيمها إلى قاعدة أمرة وقاعدة مكملة، وتكمن خصوصية القاعدة القانونية في تميزها عن باقي القواعد الأخرى، في اقتران الإلزام فيها بالجزاء لأنها تتضـــمن نهيا عن فعل يمنعه القانون أو تأمر بالقيام بفعل يوجبه القانون.

ومن خصـــائص القاعدة القانونية أيضـــا أنها مرنة لأنها قابلة للتعديل والتغيير، وأحيانا للإلغاء إذا كانت غير قادرة على مواكبة التطور القانوني للمجتمع، ويحكمها في ذلك مبدأ قانوني هو مبدأ تدرج القوانين حيث أن القاعدة القانونية الأعلى تعدل وتلغى بقاعدة تماثلها، والقاعدة الأقل منها درجة كذلك تعدل وتلغى بقاعد تماثلها أو قاعدة أعلى منها درجة (قاعدة توازي الاشكال)

كما أن تطبيق القاعدة القانونية يرتبط بنطاق القانون من حيث الأشخاص والزمان والمكان.

المبحث الثاني: مصادر القانون في النظام الروماني الجرماني.

تتعدد وتتنوع مصادر القانون في هذا النظام وهي التشريع العرف والقضاء والفقه.

المطلب الأول: التشريع.

يقصد بالتشريع القاعدة القانونية المكتوبة الصادرة عن السلطة المختصة ويشمل بمعناه الواسع الدساتير القوانين المراسيم والأنظمة التي تصدرها السلطة الإدارية بتفويض من القانون يحتل التشريع الصدارة في هرم المصادر القانونية ويخضع لمبدأ سمو القوانين وسبب هذه المكانة هو حركة التقنين وضرورة تنظيم العلاقات في الدولة الحديثة وضمان حقوق وحريات الأفراد.

أما بالنسبة للصياغة القانونية للتشريع فيوجد اتجاهات في هذا النظام، الأول يدعو لصياغة النصوص القانونية بأسلوب سهل بسيط وهذا ما تبناه المشرع الفرنسي والسويسري أما الاتجاه الثاني يدعو لصياغة تشريعية فنية دقيقة، وهو ما تبناه المشرع الألماني.

المطلب الثاني: العرف.

إن أهمية العرف كقانون غير مكتوب تختلف داخل هذه المجموعة من دولة إلى أخرى، فالفقه الألماني يعطي له أهمية كبيرة تقترب من مكانة التشريع، غير أنه لا يحظى بنفس الأهمية في الفقه الفرنسي الذي يعتبر دوره قد تراجع أو نقص بسبب إلغاء التشريعات الصادرة عن الثورة لكل الأعراف العامة والخاصة.

وعلى الرغم من هذا الخلاف الفقهي ما زال العرف يتمتع بمكانة هامة ضمن مصادر القانون إذ يفرق بين العرف المساعد للتشريع والعرف المكمل له والعرف المخالف للتشريع، وقد اعترفت القوانين العربية الحديثة بدور العرف ضمن مصادر القانون مع اختلاف في المكانة أي تقديم العرف على الشريعة الإسلامية في بعض الدول. يختلف مركز العرف باختلاف القوانين بحيث يمثل دورا مهما في القانون التجاري والقانون الدولي العام ويتقلص دوره في قوانين أخرى كالقانون المدني وقانون الأحوال الشخصية وينعدم دوره في القانون الجنائي.

المطلب الثالث: القضاء الاجتهاد القضائي).

أولا: اجتهاد القاضي في تفسير القاعدة القانونية

الاجتهاد القضـائي هو مجموعة الأحكام التي تصـدرها السـلطة القضـائية بمختلف محاكمها، وحيث أن السلطة القضائية مستقلة عن السلطة التشريعية فإن القاضـي يقتصر دوره على تطبيق القانون وعليه يعد القضاء مصدرا ثانويا ومصدرا تفسيريا للقانون.

غير أنـه أحيانـا ونظرا لغموض القاعدة القانونيـة وعجزها عن تقديم الحل القانوني العادل يلجأ القاضـي على توسـيع تفسـيره النطاق القاعدة القانونية فهل يعتبر هذا إنشـاء لقاعدة قانونية جديدة لها نفس مرتبة وحجية لقاعدة المشرع؟

ولقد انقسم الفقهاء في النظام الروماني الجرماني إلى رأيين:

الأول، يعتبر أن ما يصـدره القاضـي من مبادئ وحلول قانونية، وهو بصـدد تفسـير قاعدة قانونية غامضـة يعتبر من قبيل القواعد القانونية التي تجعل من القضـاء مصـدرا للقانون، لأن دور القاضـي حسـب اعتقادهم ليس تطبيق القانون وتفسـيره فقط بل يصـل إلى درجة وضـع القاعدة القانونية، طالما أنه يقوم على التفسـير الواسـع الذي يسـتوعب حالات جديدة لم ينص عليها المشـرع، وهذا الرأي لم يلق اسـتحسـانا كبيرا لأنه يمس بجوهر وظيفة القاصي وهو تطبيق القانون وليس انشاؤه.

أما الرأي الثاني، يرفض فكرة خلق القاضـي للقانون وهو الرأي الراجح ويبرر ذلك أن الوظيفة الأساسية للقاضي هي تطبيق القانون وأنه لما يفسر القانون ويوسع من تطبيقه فهو لا ينشـأ بذلك قاعدة قانونية جديدة، وإنما يكشـف على القانون معتمدا على المبادئ العامة التي يعتمد عليها النظام القانوني السائد. وما يمكن قوله أنه مهما توسع القاضي في تفسير التشـريع فإن دوره لا يرقى إلى دور المشـرع في هذا النظام وبالتالي فالقاعدة التي يقرها القاضي تختلف عن القاعدة التي يضعها المشرع من ناحيتين:

1- أن قاعدة المشرع ذات طابع عام ومجرد أما قاعدة القاضي فتقتصر على واقعة معينة (حل خاص) لذلك فالقواعد التشريعية لها حجية قانونية عامة على القواعد القضائية.

2 - أن قاعدة المشـرع إلزامية للكافة أما قاعدة القاضـي فلا تلزم إلا الطرفين اللذين صـدر الحكم بشأنهما.

ثانيا: السابقة القضائية في النظام الروماني وموقف القاضي منها.

إن القاضي في هذا النظام لا يتقيد بالسابقة القضائية التي صدرت عنه أو عن غيره من القضـــاة، فإن طبقها فيكون ذلك من باب التكرار لا من باب الإلزام إلا في حالة واحدة عندما تنقض المحكمة العليا الحكم المطعون فيه وتعيده إلى المحكمة التي أصـــدرته للحكم فيه من جديد، ولهذه المحكمة إما أن تتبع النقض أو تخالفه، فإن خالفته عادت القضـية مرة ثانية إلى المحكمة العليا وعندئذ تنعقد المحكمة بكل هيئاتها وما تخلص إليه من رأي فهو ملزم للمحكمة التي اصدرت الحكم، وتعيد القضية إليها لتحكم بموجبه.

كما يمكن للمحكمة العليا أن تنعقد بكامل هيئاتها إذا أرادت إحدى الغرف أن تتراجع عن اجتهاد ســابق لها. وإذا كانت غاية المحكمة العليا هي توحيد الاجتهاد القضــائي على الأقل في المســـائل المختلف فيها فإن جميع الســـوابق تتمتع بحجية عامة عندما تعمل المحاكم الدنيا على إتباعها من أجل أن تتوفى نقض بعض أحكامها، في حين نجد بعض قوانين الدول التي تنتمي إلى هذا النظام، جعلت للسـوابق القضـائية الصـادرة عن المحكمة العليا قوي الزامية بحكم القانون كما في ألمانيا والأرجنتين.

ثالثا: طبيعة النظام القضائي في النظام الروماني جرماني

ويخضــع النظام القضــائي في هذه العائلة لفكرة التدرج القضــائي (درجة التقاضــي) حيث هناك محاكم ومجالس ومحاكم عليا على مســـتوى القضـــاء العادي وعلى مســـتوى القضـــاء الإداري محاكم إدارية ومجالس الدولة والقاســـم المشـــترك بينهما محكمة التنازع،

وهمما مستقلين عن بعضهما البعض مثلما هو الحال في فرنسا، بولندا، النمسا، الجزائر، وتعرف دول أخرى نظام الغرف الإدارية كسويسرا إسبانيا، بلجيكا، ودول أخرى تبنت أسلوبا خاصا جعلت القضاء الإداري استثنائي تابعا للقضاء العادي ومدرجا في القانون الخاص، مثل البرازيل والدنمارك.

ومن حيث الاختصاص القضائي يوجد العديد من التجارب مثل النمط الفرنسي الذي يأخذ بالفصل بين الاختصاص العادي والإداري أما النمط البلجيكي يأخذ بالتوحيد من الناحية الشكلية وبالازدواجية في التطبيق.

وبالنسبة لأسلوب صياغة الأحكام القضائية يوجد أسلوبان، أما الأسلوب الفرنسي يكون الحكم متكون من حيثيات عديدة ومنطوق موجز جدا كما هو الحال في فرنسا الجزائر، بلجيكا وغيرها.

وأما الأسلوب الألماني فهو يمتاز بالتجريد المطول والإنشائي، حيث يتضمن الحكم مراجع وأحكام سابقة وشرح بإسهاب لتأسيس القرار وأسباب إصداره وهو سائد في إيطاليا، سويسرا واليابان.

المطلب الرابع: الفقه

اعتبر الفقه لمدة طويلة في قوانين دول هذا النظام مصدرا مهما للقانون، ولم يتقدم التشريع عنه إلا مؤخرا لما سادت الأفكار الديمقراطية وقامت حركة التقنين والتدوين لاسيما أن كل المبادئ القانونية مبنية في أساسها على النظريات الفقهية، ويمثل الفقه دورا كبيرا في تطوير القانون عن طريق شرح القواعد القانونية وتقييد النتائج المترتبة عنها من خلال مذهب التفسير النقدي، مما يمهد الطريق للمشرع إلى انشاء قواعد قانونية جديدة أو تعديل القوانين مستعينا بالدراسات القانونية المقارنة وبعد الفقه كالقضاء مصدرا تفسيريا للقانون.

المبحث الثالث: الأيديولوجية التي يقوم عليها النظام الروماني الجرماني.

إن أيديولوجية دول هذه العائلة تقوم على المذهب الفردي، الذي يعتبر الفرد أســـاس المجتمع من خلال تكريس مبـادئ معينـة "المبـدأ القـانوني حريـة التعـاقـد الملكيـة الخاصــة مبدأ قانوني واقتصــادي" "حرية الصــناعة والتجارة مبدأ اقتصــادي كل هذه الدعائم الأســاســية، يرجع الفضــل إلى القانون الروماني والقانون الطبيعي والنظام الرأسمالي وأفكار الثورة الفرنسية وما أرست من حقوق الإنسان والمواطن في تكريسها من خلال تشـجيع المبادرة الفردية في كل المجالات، لاسـيما المجال السـياسـي حيث يعد الفرد محور النظام الســياســي وأن الســلطة في خدمة الفرد على الرغم من أن أغلب دول هذا النظام تقوم على الديمقراطية النيابية.