جامعة زيان عاشور بالجلفة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

محاضرات مقياس مقارنة الأنظمة القانونية

مقدمة لطلبة السنة الثالثة ليسانس قانون عام

السداسي الخامس ،المجموعة الثانية

من اعداد :

د . بن مسعود حمد

السنة الجامعية 2022 – 2023

الفصل الأول: الفائدة من دراسة القانون المقارن

هناك العديد من الأسباب لدراسة القانون المقارن حيث تعد مادة ناقلة إن لم تكن غريبة،و على أي حال دراسة البلدان الأجنبية القريبة أو البعيدة حيث أن القانون المقارن يدعو إلى الدراسة من هناك يأتي الكثير من التأثر بالقوانين الأجنبية ، ويمكن يمكن أن يكون أيضا الأساس لمهنة مهنية.

ويشمل اهتمامات أخرى بعضها فوري القانون المقارن له أولاً فائدة عملية **(المبحث الأول)**، كما أنه يلعب دورًا تعليميًا **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول: الفائدة العملية للقانون المقارن

لفترة طويلة كان القانون المقارن يعمل على تحسين القانون النافذ منذ نصف قرن تم استخدامه أيضًا لمواءمة وتوحيد القانون خاصة في أوروبا التي تم بناؤها منذ عام 1945 منذ نهاية الحرب العالمية الثانية.

أخيرا لعب القانون المقارن دورًا أكثر طموحًا وأحيانًا يمارس في ظروف معينة وظيفة خلاقة وظيفة بناءة حقًا للقانون.

المطلب الأول: القانون المقارن وتحسين القانون

إن الاسم الأول الممنوح لعلم القانون المقارن في الأزمنة المعاصرة هو التشريع المقارن.

يتم تفسير هذا المصطلح من خلال هيمنة التشريع في القرن التاسع عشر من بين مصادر القانون الأخرى.

كان القانون في ذروته منذ القرن الثامن عشر، وكانت الأعراف هي الأساس بسبب الظلامية وتنوعها وعقلانيتها رأى فلاسفة التنوير في القانون طريقة لجعل القانون أكثر عقلانية.

لقد كان المفهوم السائد بأن القانون يجب أن يكون هو المصدر الرئيسي والمصدر الوحيد.

وكان اعتماد التقنيات الخمسة من عام 1804 إلى عام 1811 الذي تم تأسيسه في ظل حكم نابليون بونابرت القنصل الأول ثم الإمبراطور أجمل تجسيد لهذه المكانة التي يحتلها القانون. [1]

في ذلك الوقت، كان يسمى القانون المقارن بشكل طبيعي "**التشريع المقارن**".

ولقد تم تشكيل القانون المقارن بغرض تحسين القانون الوطني، ولتوضيح هذه المسألة نذكر أمثلة لتحديد مجال الاستعانة بالقوانين الأجنبية.

الفرع الأول:تحسين القانون

كتب البعض في القرن الثاني الميلادي لا يمكن أن يبقى القانون على قيد الحياة، إذا لم يكن هناك فقيه لا يعمل على تحسينه من خلال عمله اليومي.

وفي جميع الأوقات كما يتضح من الفصل المخصص لتاريخ القانون المقارن اختار هذا النظام أولاً كهدف من أعماله تحسين القانون الحالي.[2]

إن الاتجاه الطبيعي لروح الاجتهاد هو البحث عن الحلول الصيغ القريبة، أو البعيدة التي أثبتت قيمتها والتي تم تطبيقها بنجاح مثال الجار وأحياناً الغيرة التي يلهمها هي محركات قوية في سن القانون والتقليد هو السلوك الشائع لدى المشرعين.

يدعم هذا الموقف في بعض الأحيان التأثير السياسي والاقتصادي والثقافي الذي تمارسه دولة قوية، وهي دولة رائدة يجب تقليد أسلوبها وأعرافها وقوانينها.

1

DAVID (René) et JAUFFRET-SPINOSI (Camille): Les *grands systèmes de droit contemporains*, Paris, Dalloz, 11ème édition, 2002.p 55

2

LEGEAIS (Raymond): Grands systèmes de droit contemporains, Paris, Litec, 2ème édition, 2008. P 154

الفرع الثاني: بعض مجالات الاستعانة التشريع الأجنبي

من المرجح أن تستفيد جميع مجالات القانون من نهج القانون المقارن لتحسين القانون المعمول به.

سنقتصر على بعض الأمثلة المستمدة من القانون العام، أو القانون الخاص.

أولا: القانون العام

في القانون العام القانون الدستوري وقانون الإجراءات المدنية والجنائية على السواء تخصصان شائعان في مجال الدراسات المقارنة القانون.[3]

– القانون الدستوري

ترتبط المؤسسات السياسية للبلدان على جانبي المحيط الأطلسي بثقافة مشتركة.

لعب كل من Boétie و Montesquieu و Tocqueville دورًا بارزًا في تشكيل ثقافة دستورية غربية.[4]

لقد تم وضع الية الرقابة على دستورية القوانين بعد الحرب العالمية الثانية حيث عملت المحكمة العليا للولايات المتحدة كمرجع للعديد من البلدان التي أرادت إنشاء مؤسسة الرقابة على دستورية القوانين.

المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية، المحكمة الدستورية الإيطالية، المجلس الدستوري الفرنسي...

3

LEGRAND (Pierre): *Le droit comparé*, Paris, PUF (*Que-sais-je?*), 2002 p 23

4

TUNC (André): Cours polycopié de *Grands systèmes de droit contemporains*, Paris, 1974. P57

تتأثر السلطة التنفيذية أيضًا بهذه الظاهرة انتخاب رئيس الجمهورية بالاقتراع العام، الذي أُقيم في فرنسا بموجب إصلاح دستوري لعام 1962 هو استعارة آخرى لقانون الولايات المتحدة هذه الاستعانة كان يمكن أن يكون في وقت سابق من ذلك بكثير.

القانون الإجرائي:

في مجال الإجراءات المدنية قامت بريطانيا مؤخراً بإصلاح كبير أين تم انتقاد بعض عيوب العدالة المدنية البطء والتكلفة والتعقيد.[5]

وفي تقريره المرحلي في عام 1995 أشار رئيس اللجنة، اللورد وولف، بشكل واضح إلى الوظيفة الأكثر نشاطًا للقاضي، في الحقوق المدنية، مقارنة بوظيفة القاضي الإنجليزي.

لقد استعارت فرنسا من إنجلترا منذ قرنين من الزمن مؤسسة هيئة المحلفين الثورة الفرنسية خلال المرحلة الليبرالية الأولى من عام 1789 إلى 1792 أصلحت العدالة على النموذجين الهولندي والإنجليزي من هولندا احتفظت الجمعية الوطنية التأسيسية بالوساطة والتحكيم بناءً على نصيحة فولتير في المسائل المدنية ومن إنجلترا تبنت هيئة المحلفين الشعبية بناءً على نصيحة مونتسكيو.

وفي القرنين التاسع عشر والعشرين من جانبها استعارت إنجلترا من فرنسا الشرطة القضائية والشرطة المهنية والتقنية والعلمية،و في الآونة الأخيرة استعارت بريطانيا من فرنسا مكتب المدعي العام والحضانة مع تعديلات وبطبيعة الحال وتحت أسماء أخرى بالطبع (قانون جرائم الادعاء لعام 1985).

ثانيا : القانون الخاص

في القانون الخاص قانون الأعمال هو موضوع مستوحى من القانون الأجنبي.

[5] DAVID René , op.cit , p. 64

وأراد الإمبراطور نابليون الثالث في الستينيات من القرن التاسع عشر أن يعطي إطاره القانوني للرأسمالية الفرنسية ، بينما كان الاقتصاد الفرنسي في طريقه إلى تحقيق انطلاقة اقتصادية. التفت إلى إنجلترا التي كانت الدولة الصناعية الأكثر تقدماً في ذلك الوقت.

لقد أقر القوانين المتعلقة بوسائل الدفع (الشيك على وجه الخصوص) ، والشركات (القانون الكبير على الشركات التجارية لعام 1866) ، والضمانات ...

وخلال القرن العشرين اعتمد القانون الفرنسي نظام الشركة ذات مسؤولية محدودة (1920) المستوحى من النماذج الألمانية.

وفي مجال بورصة الأوراق المالية كان القانون الفرنسي قد استوحى من النماذج الأمريكية قانون مكافحة الاحتكار وقانون مراقبة معاملات البورصة.

الفرع الثالث: استقبال القانون

يمكن تعريف ظاهرة تلقي القانون على أنها استقبال عن طريق القانون للأفكار والقواعد والمؤسسات التي لم تكن معروفة حتى الآن والقادمة من قانون أجنبي.

ويتطلب الاستقبال ظاهرة معقدة تثقيفا بالقانون ويمكن اعتبار التثقف بمثابة استيعاب لثقافات أخرى.

يمكن أيضًا اعتباره تكيفًا للقانون الأجنبي بدرجة أكبر أو أقل عمقًا.

غالبًا ما يكون الاستقبال نتيجة تصرف من السلطة يأتي من مؤسسة ترغب في تحقيق تحديث سريع لقانونها، في هذه الحالة يكون النقل كثيرًا في الغالب وهو يغطي فرعًا من القانون تقنينا كاملًا على سبيل المثال.

وهو فوري يتم إلغاء مجموعة من القوانين الوطنية واستبدالها بمجموعة من القوانين الأجنبية رأى العميد Carbonnier في هذه الصفات الثلاث تصرف السلطة.

وفي هذا الاطار يرى بول كوشاكر (1879–1951) أستاذ القانون النمساوي إن "**الاستقبال ليس مسألة جودة بل مسألة قوة**".[6]

المطلب الثاني: القانون المقارن وتنسيق القانون

يمكن أن يساعد القانون المقارن أيضًا على تلبية الحاجة إلى تنسيق القانون وحتى توحيده من خلال الحلول المناسبة.

الفرع الأول: الحاجة إلى تنسيق وتوحيد القانون

كان تشكيل القوانين الوطنية في أوروبا ظاهرة متعددة ، ففي إنجلترا تم تشكيل الكومون لو مبكرًا جدًا في ظل الزخم الذي حققه الملوك نورمان ثم أنجفين في القرن الثاني عشر.

أما في فرنسا يرجع تاريخ التعبير عن القانون الفرنسي فقط إلى القرن السادس عشر، وتم تشكيل القانون القشتالي والقوانين الملكية الأخرى لشبه الجزيرة الأيبيرية (البرتغال، نافار ، أراغون) بين هاتين الفترتين.

في القرن التاسع عشر نشأ القانون الإيطالي والقانون الألماني في وقت واحد لتشكيل الدولتين.

ويرجع تطور القانون المقارن إلى حد كبير إلى تأميم القانون، واستيعابه من قبل مصادر القانون الوطنية، مما يضر بالمصادر غير الوطنية (الدولية وعبر الوطنية).

وفي هذا السياق كتب مونتسكيو في L'esprit des lois: "**يجب أن تكون القوانين خاصة بالناس الذين صنعت من أجلهم بحيث يكون من قبيل الصدفة العظيمة أن تكون قوانين دولة ما مناسبة لأخرى**".

[6] DAVID René, op.cit , p. 64.

الفرع الثاني: وسائل تنسيق القانون

يتطلب تطوير العلاقات الدولية الخاصة كحد أدنى تنسيق الأنظمة القانونية حيث تضع كل دولة القواعد المتعلقة باختصاص محاكمها والمحاكم الأجنبية عندما يتعلق النزاع بعلاقة قانونية تحتوي على عنصر الجنسية الأجنبية (أي عنصر أجنبي).

وتشكل هذه القواعد قانون تنازع الاختصاص، وبالمثل تضع كل دولة القواعد التي تحكم اختيار القانون، سواء كانت وطنية، أو أجنبية، والتي سيتم تطبيقها لتسوية النزاع. تشكل هذه القواعد قانون تنازع القوانين، والمشار إليه بشكل أكثر دقة باللغة الإنجليزية اختيار القانون.

وعليه من المستحسن للغاية مواءمة القوانين الوطنية الخاصة بتداخل السلطات وتنازع القوانين لتفادي محاكمتين (واحدة وطنية وواحدة أجنبية) تنظر في نفس القضية مع المخاطرة بعدم اتخاذ قرارات متناقضة ،وحتى بعد المواءمة.

المطلب الثالث: القانون المقارن وبناء القانون

يلعب القانون المقارن دورًا أكثر أهمية ويؤدي وظيفة أكثر جذرية وظيفة إبداعية وظيفة بناءة حيث مقارنة العديد من القوانين يمكن أن تنتج عن طريق التوليف بينها قانونا جديدًا أصليًا.

ويقدم تشكيل القانون الفرنسي في القرن السادس عشر والقانون الألماني في القرن التاسع عشر أمثلة على القوة الإبداعية للقانون المقارن.

لقد كان القانون الفرنسي جوهره في القرن السادس عشر خلال هذا القرن تم تشكيل جوهر القانون الفرنسي من خلال تجميع أهم الأعراف، كما سنرى لاحقًا.

تم توحيد القانون الألماني الخاص ، Deutsches Privatrecht ،في القرن التاسع عشر من خلال مقارنة وتوليف قوانين الممالك (بروسيا و بافاريا) ، والإمارات (ساكسونيا) ،الدوقية

الكبرى (بادن) التي اندمجت في عام 1870 ، في الرايخ الثاني الذي حقق "توحيد ألمانيا تحت هيمنة بروسيا".[7]

المبحث الثاني: الفوائد التعليمية للقانون المقارن

ان عولمة الاقتصاد وهي ظاهرة قديمة تعود إن لم تكن في العصور القديمة في العصور الوسطى التي شهدت تسارعًا مذهلاً في القرنين التاسع عشر والعشرين، وبالتالي يعد القانون المقارن موضوعا ضروريا لأي ثقافة قانونية وهو عنصر أساسي لتكوين رجال القانون.

وبالتالي فإن القانون المقارن له مصلحة تعليمية، وفائدة تربوية. هذا صحيح أولاً وقبل كل شيء لأنه يسمح بدراسة القوانين الأجنبية، ولكن أيضًا لأنه يوفر تعميقًا مثيرًا للقانون.

المطلب الأول: القانون المقارن ومقدمة لقوانين الأجنبية

إن القانون المقارن يهدف الى: مقارنة القوانين ودراسة القوانين الأجنبية،ويمكن القول أن موضوع القانون المقارن يقتصر على المقارنة وأن دراسة القوانين الأجنبية غريبة على المقارنة في النظم التعليمية.

تلعب دراسة القوانين الأجنبية دورًا مهمًا في تحسين التفاهم الدولي في الصداقة بين الشعوب توضح لنا هذه الدراسة أيضًا ظواهر تنافسية أحيانًا بين القوانين.

الفرع الأول: معرفة القوانين الأجنبية

معرفة القوانين الأجنبية مفيدة للغاية، بل ضرورية لفئات مختلفة من الناس يجب أن يعرف رجل الأعمال والمحامي الخصائص الرئيسية لقانون البلد الأجنبي الذي يقيم فيه علاقات تجارية.

يجب أن يكونوا على دراية بحدودهم لتجنب التعرض للكثير من المخاطر، ومعرفة متى وأين يتشاورون مع أخصائي في مجال القانون في القانون المحلي.

[7] DAVID René, op.cit , p. 58.

في بعض الأحيان يتعين على المحامي أن يطلب من القاضي أو المحكّم تطبيق قانون أجنبي عندما ينطوي النزاع على عنصر الجنسية الأجنبية، وهو عنصر دولي.

يتم الحصول على المعرفة من هذه القوانين الأجنبية في دروس القانون المقارن. وظل القانون المقارن منذ فترة طويلة ولا يزال إلى حد كبير الإطار المرجعي لدراسة القوانين الأجنبية.

من المسلم به أن ظاهرة العولمة زادت من الاهتمام بالقوانين الأجنبية. كما يتم تقديم برامج لدراسة بعض القوانين الأجنبية من بين النظم القانونية الكبرى على وجه الخصوص للطلاب.

الفرع الثاني: التفاهم الدولي

يمكن أن يلعب القانون المقارن أيضًا دورًا إيجابيًا في الحد من التوترات الدولية فكرة أن القانون المقارن هو عامل للسلام كانت شعبية خاصة بعد نهاية الحرب العالمية الثانية.

ولقد تأسست اليونسكو، منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلم والثقافة (اليونسكو) بموجب قانون تأسيسي صدر في 4 نوفمبر 1946.

وتدعو المادة 31 من القانون التأسيسي إلى المعرفة والتفاهم المتبادل بين الأمم من خلال تطوير على المستوى العالمي لدراسة القوانين الأجنبية ومن خلال استخدام الطريقة المقارنة وهكذا يتم اختيار القانون المقارن كوسيلة للتفاهم بين الشعوب.

المطلب الثاني : المنافسة بين القوانين

إن المنافسة بين النظم القانونية ومواجهة القوانين هي ظاهرة قديمة تعرف التجديد الأخير تتعايش فكرة تكامل القوانين واستقبال القوانين الأجنبية مع ظواهر المنافسة، والمنافسة أحيانًا العنيفة بين القوانين.

الفرع الأول: المنافسة بين القوانين الرومانية والقانون الشامل

يتعارض تقليد القانون العام والقوانين المدنية مع مفهوم القانون وأساليب التفكير في القانون. يمنح القانون العام القاضي مكانة بارزة في تشكيل القانون وصياغته. الاجراءات لها الأسبقية على القواعد الموضوعية القانون هو مصدر الحق العام وغير شخصي ،وضمان العدالة.

القانون هو عمل سيادي التي غالباً ما تكون عبارة عن تجمع للممثلين في العديد من البلدان ،ولكن في بعض الأحيان مواطنين في سويسرا وهذا وفق تصور العائلة القانونية الرومانية.

وكان التنافس داخل عائلة القوانين الغربية، بين أنظمة القانون العام والقانون الروماني.

يتعلق الجدل التقليدي باستقلال القضاء عن السلطة التنفيذية.

ففي بريطانيا على سبيل المثال يبدو أن العدالة الفرنسية أكثر من واحدة مسيّسة للغاية أو خاضعة لشبكات النفوذ.

في بريطانيا كما يقول البريطانيون يتخذ المدعي العام قراراته في مسائل الملاحقات العامة بشكل مستقل للصالح العام ودون أي حزب، أو أي اعتبار آخر.

الفرع الثاني: المنافسة بين القوانين الرومانية

داخل أوروبا القارية التي تنتمي جميعها إلى الأسرة الرومانية يمكن ملاحظة ظاهرة المنافسة بين القوانين الوطنية على سبيل المثال في قانون الالتزامات. على جانبي نهر الراين القانون الفرنسي والقانون الألماني للالتزامات سواء المستمدة من القانون الروماني تجربة كل من المنافسة والتكامل.

كان للقانون المدني لعام 1804 مصير استثنائي فقد تم تصديره كليًا أو جزئيًا إلى العديد من البلدان.

وكان للقانون المدني الألماني (مختصر BGB) لعام 1900 تأثير قوي للغاية في العالم الجرماني (سويسرا والنمسا) وكذلك في اليونان وإيطاليا واليابان.

الفصل الثاني: العائلة القانونية الانجلوسكسونية

اذا كان تكوين أسرة القوانين الرومانية مرتبطًا ارتباطًا وثيقًا بتاريخ الفقه،فإن نشأة عائلة القانون العام مرتبطة ارتباطًا وثيقًا بتاريخ العدالة. سواء في إنجلترا،أو في مستعمراتها المستقلة من الولايات المتحدة،أستراليا،نيوزيلندا والتي لا تزال موحدة من قبل العلاقات الثقافية.

ظل القانون الشامل قانونًا من صنع القضاة اليوم يدرس قانون الولايات المتحدة الأمريكية أكثر في العالم من قانون إنكلترا.

المبحث الأول: القانون الإنجليزي

يقوم القانون الإنجليزي على أساس مبدأ الاجتهاد القضائي وهو مبدأ استقرار القرارات القضائية وضمان اليقين القانوني. لا يمكننا فهم القانون الإنجليزي دون الإشارة إلى تاريخه الخارجي (أي من مصادره) ولا داخليًا (أي محتوبه) المترابط بشكل صارم سنقوم أولاً بفحص نشأة القانون الشامل الإنجليزي وسنقوم بعد ذلك بفحص الهيكل الحديث للقانون الإنجليزي .

المطلب الأول: تاريخ تشكيل القانون الإنجليزي

لقد عرف القانون الإنجليزي قبل العصر الحديث تطورًا يمكن تقسيمه إلى ثلاث مراحل الفترة الأنغلوسكسونية قبل غزو إنجلترا على يد وليام نورماند ووقت السلالات الحاكمة للنورمانديين آنذاك Angevins الذين رأوا تشكيل القانون الشامل والتي تبدأ مع سلالة Tudor حيث ينافس القانون العام مع قواعد العدالة، وأخيراً الفترة الحديثة مع القرن التاسع عشر.

الفرع الأول: الفترة الأنجلوسكسونية وأصول القانون الإنجليزي (500-1066)

قبل الفتح من قبل النورمان من فرنسا في عام 1066 كانت إنجلترا قد مارست بالفعل نظام الحكومة الملكية، وظل القانون محليًا ولم يكن هناك قانون شامل.

تم تحقيق العدالة العادية من قبل تجمعات الرجال الأحرار ضمن الإطار الإقليمي ("**المقاطعات**") ومنذ من القرن العاشر أصبح العمداء في وقت لاحق محافظين للنظام الملكي ومعينين من قبل الملك ومكلفين بإدارة ومراقبة المناطق الخاصة بهم ،بالإضافة إلى ذلك تُحكم محاكم الصلح بالعدالة للأتباع وغيرهم من الموالين للأمراء.

وأخيرا أقر مجلس الملك (witena gemot أو "تجمع الحكماء"، المختار witan) الذي رافقه في رحلاته عدالة صالحًة، إما عن طريق التحكم في سير العدالة المحلية، أو عن طريق الفصل المباشر على الشؤون المتعلقة بالملك.

الفرع الثاني: فترة تشكيل القانون الشامل (1066-1485)

لقد قام كل من ويليام دوق النورماندي وملك إنجلترا (1066-1087) بتنظيم المملكة بشكل منهجي، حيث أسس وليام الأول نظامًا ملكيًا إقطاعيًا قويًا يتمتع بإدارة فعالة على غرار دوق نورمان ويدعمه الأرستقراطية النورماندية والكنيسة كان قد أسس في 1086 "كتاب الحكم الأخير" الذي سرد مناطق إنجلترا لأغراض متعددة لأغراض سياسية لأنه أقام بارونات نورمان مخلصًين لشخصه ولكن أيضًا لأغراض قضائيًة وإداريًة (لمراقبة التنظيمات القضائية) ،وكذلك المالية.

حلت محكمة الملك (curia regis) محل تجمع الحكماء وثبتت نفسها باعتبارها السلطة العليا للمحاكم الإقطاعية.

بالإضافة إلى ذلك فرض نظام محاكم الملك على محاكم المقاطعات التي كان لها اختصاص على جميع القضايا المدنية والجنائية وتم استبدال العدالة المتنقلة من witan ببعثات مراقبة أعضاء من محكمة الملك التي فرضت نفسها أيضا على محاكم الكنيسة والشؤون الرسمية.

كان الملوك ونورمان ثم أنجفينز (هنري الثاني بلانتاجنيت) من خلال سياستهم المتبعة بالمركزية الإدارية،وإنشاء مؤسسات ملكية نشطة، ولا سيما المحاكم القضائية التي تشكلت من قضاة ملكيين متجولين في أصل تشكيل العرف العام الإنجليزي.

لقد قرر كينج إرسال "قضاة " قضاة متجولون يعقدون جلسات مفتوحة تم تزويد هؤلاء القضاة الملكيين بسلطة قضائية واسعة لمعاقبة الجرائم المرتكبة ضد النظام العام والممتلكات العامة.

وفي عام 1285 ،يصرح قانون وستمنستر الثاني للمستشار بإصدار أوامر ،هذه الأوامر المكتوبة للحكم في النزاعات المماثلة (في كونسيل كونسو).

وتعد محاكم وستمنستر أصل تكوين القانون الشامل في المملكة حيث تم القضاءعلى الأعراف المحلية لصالح قانون ملكي مشترك بين جميع رعايا الملك وتم تدوينه في أوائل القرن الحادي عشر ("العرف القديم لنورماندي").

إن القانون الشامل الذي تم تعلمه من الأساطير الرومانية ،الذي تم اكتشافه في القرنين الحادي عشر والثاني عشر في القارة ،وقانون الشريعة ،قد تم تسريعه بفعل ملوك إنجلترا.

ومن خلال الوثائق والمصادر التاريخية يتضح أن القانون الشامل أو الكومن لو كان عبارة عن مجموعة من القواعد الاجرائية،ثم تطور شيئا فشيئا حتى أصبح يهتم بإيجاد حلول لمشاكل موضوعية،وهذا ما يفسر أن الاجراءات مازالت مهيمنة الى اليوم على النظام القانوني الانجليزي[8].

[8] عصام نجاح،القانون المقازن والأنظمة القانونية الكبرى،دار العلوم للنشر والتوزيع،عنابة،2011،ص63.

الفرع الثالث: المنافسة بين القانون الشامل وقواعد العدالة (1485-1833)

لم تتخلى انجلترا عن الملكية المطلقة ففي هذا الاطار سعت سلالات يورك (1455-1485) وتيودور (1485-1603) وستيوارت (1603-1717) إلى توسيع سلطتها ،الامتياز الملكي تلبية لمعارضة البرلمان ومحاكم وستمنستر ،المدافعين عن القانون الشامل لمواجهتها أنشأ الملوك سلطات قضائية جديدة محكمة Chancery و Star Chamber ومحكمة الأميرالية.

وجدت هذه المحاكم الجديدة أنصارًا بسبب عيوب القانون الشامل ،حيث حدت تماسكها وطابعها الفني الشديد من عدد الأوامر ،وأثار إنكار العدالة الكثير من الانتقادات.

يلجأ أصحاب الشكوى الذين لا يحصلون على العدالة إلى الملك ، الذي كان عليه كملك مسيحي واجب الضمير في تحقيق العدالة لرعاياه.

ولما عجز الكومن لو على ايجاد حلول مرضية ومقتعة لبعض النزاعات تحول المتقاضون إلى إخطار الملك حتى يقضي في النزاعات بحلول أكثر عدالة.

ويرجع سبب عجز الكومن لو إلى ظروف وشروط تكون قواعده وتطورها حيث كانت شكلية إلى أبعد حد وتجمع العديد من الثغرات والمأخذ فمثلا : لم تكن تقبل إلا حلا واحدا وهو الإدانة بالمال لما يتعلق الأمر بمخالفة قاعدة قانونية .

ولكن لما تشعبت وكثرت القضايا أصبح من غير المتاح للملك أن ينظر في الكم الهائل القضايا التي أصبحت تعرض عليه فوكل الامر الى مستشاره .

والمستشار الملكي هو شخصية سامية أو وظيفة سامية وهو المعاون الأول للملك حيث كان يدعى ضمير الملك وهو حامل أختام المملكة[9].

[9] نفس المرجع،ص64.

وكانت قواعد العدالة بسيطة في إجراءاتها وأكثر عدالة أضف إلى ذلك أنها كانت تعني بالموضوع فصححت بذلك اختلالات قواعد الكومن لو.

إلا أنه مع مرور الوقت أصبحت قواعد العدالة تهدد وجود قواعد الكومن لو بعد ما كانت مكملة لها ، مما سبب حرب الهيئات القضائية فتبادل أنصار النظامين القضائين التهم والانتقادات والسب والشتم .

إلا أن تدخل الملك قد حسم الأمر حيث توقفت المحاكم المستشارية عن توسيع اختصاصاتها على حساب محاكم الكومن لو، وبالمقابل قبلت هذه الأخيرة بأن تبقى قواعد العدالة قائمة ومستمرة ،فحدث نوع من التعايش السلمي والتفاهم بين النظامين القضائين وبهذا أصبح القانون الشامل الانجليزي الكومن لو القسم الرئيسي من القانون الانجليزي مع اقتسام الاختصاص مع قواعد العدالة[10].

المطلب الثاني :تحديث القانون الانجليزي

أصدر رئيس الوزراء الليبرالي تشارلزغري سلسلة من قوانين إصلاح العدالة في 1832 و 1833 ،التي غيرت النهج القانوني ففي عام 1831 ، كان هناك 76 صيغة نموذجية للأوامر.

و في عام 1852 ألغى البرلمان جميع أشكال العمل القديمة من الآن فصاعدا. ألغت هذه الإصلاحات ،أو على أية حال أدت إلى إضعاف الشكل الرسمي السابق للقانون الإنجليزي وفصلوا القانون نفسه عن الإجراءات.

الفرع الأول :عملية الدمج وتحديث القانون

في عام 1873 و 1875 ، قامت القوانين القضائية بإصلاح النظام القضائي وتبسيطه.حيث أن المحاكم الملكية ليست سوى هيئات قضائية استثنائية ، يتم التخلي عنها وتم

[10] [10] نفس المرجع،65.

إلغاء ازدواجية الإجراءات وتطبيق هيئتي القانون من قبل الهيئات القضائية لكلا النظامين. وشجعت المنظومة القضائية الجديدة على تقريب القانون الشامل وقواعد العدالة.

إن عملية توحيد القانون الشامل وقواعد العدالة قد أعطت التشريع مكاناً مساوياً اليوم لمكان الاجتهاد القانوني.

يكتسي الاجتهاد القضائي أهمية كبيرة في القانون الانجليزي، ولكن يبقى القانون الشامل والسوابق القضائية الأساس الرئيسي وحجر الزاوية في قوانين إنجلترا.

وأصبح اليوم القانوني يحتل مركز الصدارة في نظام مصادر القانون الإنجليزي. ودفعت الحاجة إلى تحديث القانون في القرن التاسع عشر البرلمان إلى سن تشريعات أكثر نشاطًا، وفي القرن العشرين أثار تدخل الإدارة في الحياة الاقتصادية، وفي الحياة الاجتماعية بشكل عام)، نشاطًا تشريعيًا وتنظيميًا جديدًا، بينما تحقق تحديث القانون.

ويلعب التشريع المكتوب اليوم نفس الدور في إنجلترا ويتمتع بنفس الأهمية، كما هو الحال في القارة الأوروبية.

الثابت أن التشريعات المكتوبة قد تضاعفت في العشر سنوات الأخيرة الماضية،ثم إن القانونين الإنجليز أصبحوا متقبلين لها ولم يعد لديهم ذلك الانزعاج من عملية التقنين.[11]

الفرع الثاني: التسلسل الهرمي الجديد لمصادر القانون الإنجليزي

أعطت عملية توحيد القانون الشامل وقواعد العدالة وتوحيد القانون التشريع مكاناً اليوم مساوياً للفقه القانوني وتتمتع السوابق القضائية بأهمية كبيرة في القانون الإنجليزي، ويظل القانون الشامل، وهو العرف العام الأساس والحجر الأساسي لقوانين إنجلترا.

[11] عصام نجاح، المرجع السابق ،ص 63

والذي يستمر في التأثير على المفهوم الإنجليزي الشائع للقانون العام ،حيث لا يزال لدى الفرنسيين فكرة عن فصل السلطات عن مونتسكيو ،وبالتالي يعرف القانون الشامل القانون العام هو العرف العام الغامض ،الذي تعلنه المحاكم أحيانًا في قراراتها ،رأي القاضي لا يصنع القانون، ولكنه يجعله أكيد... إن قراراتهم تدعي دائمًا أنها معلنة عن ماهية القانون، وليس ما يجب أن يكون... القضاة هم أمناء القوانين يجب عليهم أن يقرروا في جميع الحالات التي ينشأ فيها شك .

إن السلطة التي يمنحها للقاضي متواضعة لا يتمتع القاضي بوظيفة خلق القانون وخاصة عدم تشكيله وفقًا لما يعتقد أنه يجب أن يكون عليه فقط أن يعلن ذلك رسميًا، عندما يكون غير متأكد، ومن ثم يقوم بتثبيته للمستقبل.

هنا يشير إلى وظيفة الاختصاصات القضائية في هذا النظام، لا يتم إنشاء القانون، ولكن يتم اكتشافه فقط من خلال نشاط هذه السلطات في البحث عن الصالح العام أو الوضوح العام.

وعليه يمكن ترتيب قاعدة احترام السوابق مع ما لديها من جمود من خلال تقنية التمييز ،حيث يلاحظ القاضي الاختلافات في الظروف، والتي تجعل من الممكن استبعاد تطبيق هذه السابقة.

ولقد أدت الحاجة إلى الامن القانوني في القرن التاسع عشر إلى تأكيد هذه القاعدة بحزم خاص قبل ذلك كان هذا المبدأ معروفًا ،وكان يضمن اتساق الفقه القانوني، الذي يربط أي قرار بسلسلة من القضايا التي يتم الحكم عليها على حد سواء.

وأدت الحاجة إلى تحديث القانون في القرن التاسع عشر البرلمان إلى تشريع أكثر نشاطا وفي القرن العشرين تدخل الإدارة في الحياة الاقتصادية في الحياة الاجتماعية بشكل عام أثار نشاطًا تشريعيًا وتنظيميًا جديدًا، بينما تحقق تحديث القانون.[12]

تعتبر العديد من الدول القانون الإنجليزي نموذجًا يحظى بالاحترام والإلهام ويؤخذ بعين الاعتبار وكان له نقل في الولايات المتحدة الأمريكية.

المبحث الثاني: النظام القانوني الأمريكي

لا شك أن قانون الولايات المتحدة ينتمي إلى عائلة القانون بالشامل، ومع ذلك فقد انفصل عن القانون الشامل لإنجلترا وانضم إلى عائلة القوانين الرومانية. يتمتع هيكله الحالي بأصالة واضحة في إطار أسرة القانون العام، سواء في موضوعه الذي يلبي احتياجات مجتمع متقدم اقتصادياً، وفي أشكاله أكثر انفتاحاً للتدوين.

المطلب الأول: تاريخ قانون الولايات المتحدة الأمريكية

خلقت الثورة الأمريكية في أواخر القرن الثامن عشر قطيعة مع الوطن الأم بريطانيا وأدت إلى الاستقلال السياسي،ومع ذلك لم يتم رفض الإرث القانوني للقانون الشامل وقواعد العدالة بل تبنيه مع إعادة تقييمه.

لقد استعمرت أمريكا من قبل الأوروبيين من اكتشاف في عام 1492 من قبل كريستوفر كولومبس.

ولقد شرعت القوى العظمى في أوروبا في مغامرات الاستكشاف والغزو والاستعمار.

أمريكا الوسطى والجنوبية المستعمرة من قبل البرتغاليين والأسبان تصبح ضمن العائلة اللاتينية.

[12] صوفي أبو طالب تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،2008، ص 189

وبالمقابل تجذب أمريكا الشمالية الإسبانية والفرنسية والهولندية والسويدية والدنمرك والبريطانيين، ووفقاً للتقاليد الوطنية لهذه الدول يتخذ الاستعمار أشكالاً مختلفة.

ولقد تأسست أول مستعمرة إنجليزية في جيمس تاون "مدينة جيمس" الملك جيمس الأول ستيوارت الذي منح ميثاق امتياز لشركة تجارة ومزارع ولاية فرجينيا. واستقرت المستعمرة الإنجليزية الثانية في ماساشوسات وأسست بليموث (1620).

وفقًا للفقيه الأمريكي لجيمس كنت تم نقل القانون الشامل الإنجليزي إلى الولايات المتحدة وكان التاريخ الذي تم فيه هذا النقل هو تأسيس أول مستعمرة (جيمستاون).

ومع ذلك فإن هذا الاستقبال ليس مبدأ مطلقا حيث حافظ الأميركيون دائمًا أولاً وقبل كل شيء على أنهم أغنوا التراث الإنجليزي بإضافة حقوقا إضافية أمريكية بحتة بعد ذلك أنهم تلقوا هذا الميراث وأنهم سيتخلصون منه القواعد غير الملائمة لظروفهم المعيشية ،وأخيرا فإن هذا الميراث لم يثر الكثير من الاهتمام للحريات الإنجليزية بسبب القهر والاضطهاد.[13]

كان على القانون الشامل لإنجلترا أن يتكيف مع البيئة الجديدة التي شكلت مجتمع المستوطنين البريطانيين الذين تم نقلهم إلى أمريكا.

كما يجب الاتفاق على أن شرط التوافق مع ظروف الحياة الأمريكية لم يتحقق فيما يتعلق بوجود بيئة من المختصين القانونيين والقضاة والمحامين وأساتذة الجامعات لم يكن القانون الشامل معروفًا على الإطلاق، وكان هذا النقص في المعرفة يمنح الأمريكيين الكثير من الحرية. على حد تعبير روسكو باوند "**سيكون الجهل عامل التكوين الرئيسي في القانون الأمريكي.**

في القرن السابع عشر يتأثر القانون المطبق في مستعمرات الولايات المتحدة الأمريكية بشدة بالتأثير الديني والمسيحي والبروتستانتي وفي القرن الثامن عشر بدأ القانون الشامل الانجليزي في التطور بسبب التطور الاقتصادي في المجتمع الأمريكي.

[13] عبد السلام الترمايني القانون المقارن والمناهج القانونية الكبرى،جامعة الكويت ،1982 ، ص55

تملي السياسة انعكاسًا للموقف من القانون الشامل الذي كان يُنظر إليه سابقًا مع عدم اهتمام معين إن لم يكن عدائية ويجد المستعمرون في القانون العام الحدود القانونية للإكراهية الملكية أعادوا قراءة الميثاق العظيم لعام 1215 ،ووثيقة حقوق 1628 ،وإعلان حقوق 1688 ،وهناك اكتشفوا حقوق البرلمان وتلك الخاصة بالموضوعات نفسها.

يصبح القانون الشامل حجة ضد البريطانيين كما أصبح واحداً من أقوى العناصر في تحديد المستوطنين الإنجليز والتعبير عن تضامنهم مع المستوطنين الفرنسيين في أكاديا وكندا ولويزيانا.

وأخيرًا لعبت العوامل الثقافية دورًا كبير فقد بدأ مجتمع المحاكاة الأمريكي الذي وعد بمثل هذا المستقبل المشرق في التأسيس في أواخر القرن الثامن عشر مع إنشاء أول كلية للقانون.

وفي نهاية القرن الثامن عشر سرعان ما قوبل هذا الانعكاس لصالح القانون العام بالتوازن في العلاقات الدولية التي حدثت مع الثورة الأمريكية وحرب الاستقلال كانا انعكاسًا حقيقيًا للتحالفات.[14]

كان المستوطنون الإنجليز هم حلفاء لندن في النضال ضد المستوطنين الفرنسيين في كندا ،أكاديا ،لويزيانا ويشكلون أرضا متواصلة من الشمال إلى الجنوب أكبر من تلك المستعمرات الثلاثة عشرالإنجليزي قاد "المتمردين" الأمريكيين لطلب المساعدة من فرنسا وبشكل ثانوي من أسبانيا.

الانتصار الفرنسي–الأمريكي من يوركتاون والاستسلام البريطاني (1781) ، ثم معاهدة فرساي التي اعترفت المملكة المتحدة بها بالاستقلال الأمريكي (1783) فتحت مرحلة جديدة من العلاقات الفرنسية الأمريكية.

[14] نفس المرجع

لقد كانت فرنسا تاريخياً أول صديقة وأول حليف للولايات المتحدة، ولقد تحولت الرياح فجرت من باريس، ولم تعد من لندن وحملت مفاهيم قانونية جديدة.

في أمريكا لم تقابل فكرة تدوين القانون المعارضة التي عرفتها في إنجلترا على العكس من ذلك فإن السرعة التي تشكلت بها الولايات المتحدة، والتي يريد كل منها دستورا وقانونا خاصا بها تتعارض مع بطء تشكيل نظام مثل القانون الشامل الذي يتطلب ،علاوة على ذلك عددا من المتخصصين في القانون القضاة والمحامين. وغيرهم وجدت فلسفة القانون الطبيعي التي ألهمت صياغة قوانين القوانين في أوروبا القارية منذ القرن السابع عشر صدىً مواتياً في أمريكا، وبالمثل الوضعية القانونية لبنتام جمع هذان التياران تأثيرهما للمطالبة بصياغة تقنينات القانون.

تحتل الولايات المتحدة في عائلة القانون الشامل مكانًا مركزيًا اليوم ، كان لدى الولايات المتحدة عدة نماذج تحت تصرفها. في الأيام الأولى للاستقلال ، ترددت البلاد في النموذج الذي يجب اتباعه.

في عام 1811 اقترح جيريمي بينثام على الرئيس ماديسون لمساعدة الولايات المتحدة على إنشاء مدونة. وقد نظرت بعض الدول في صياغة مدونة للقانون بطريقة مكتوبة ومنهجية: ماساشوسات في 1836 ولاية نيويورك في عام 1846.

كان دافيد فيلد (1805–1894) رئيس لجنة تدوين ولاية نيويورك وراء فكرة إعداد تقنين من خمسة قوانين ،هو إعداد خمسة مسودات مدونة. مدونة سياسية ،ومدونة مدنية ،وقانون عقوبات ،وقانون الإجراءات المدنية ،وقانون للإجراءات الجنائية، وكذلك اقترح حتى صياغة مدونة للقانون الدولي وينبغي ألا يحجب تأييد التدوين حقيقة لا تقل أهمية وهي حقوق القوى الاستعمارية الأخرى القانون الفرنسي والقانون الاسباني كانا ضعيفي التأثير في البلاد.

كان القانون الشامل المصدر الغالب لقانون المستعمرات المختلفة. تتكون المحكمة العليا للولايات المتحدة من قضاة القانون العام.

وفي ولاية لويزيانا التي أصبحت دولة في عام 1812 ظل القانون متأثرا بالقانون الفرنسي ولا يزال ينتمي إلى العائلة الرومانية. في ولاية تكساس وكاليفورنيا ، لطالما لوحظ ر تأثير الإسبان لا سيما في قانون الملكية الزوجية وقانون الأراضي.

توجد أسباب تبني القانون الشامل في المجتمع الثقافي الموجود بين البلديين الهوية البدائية للغة والأصل الإنجليزي للتسوية الأولية للولايات المتحدة وتقاسم نفس الفلسفة السياسية للحريات نفس الفلسفة الاقتصادية للرأسمالية من نفس الفلسفة القانونية لتثمين القانون.

كما ساهم إنشاء المحكمة الاتحادية للقانون الفدرالي بدعوة من قضاة مثل جوزيف ستوري القاضي في هذه المحكمة من 1811 إلى 1845 بشكل كبير في هذا التبني. القانون التجاري الإنجليزي الذي كان صحيحاً ذو جودة عالية استلهمته المحكمة العليا وفُرض كقانون للتجارة بين الولايات والقانون الاقتصادي المشترك.

كما لعب الفقه ولا سيما ذلك الذي لعبه جيمس كنت دورا في تبني القانون الإنجليزي. كِنت (1763–1847) أستاذ القانون الأول في كلية كولومبيا في نيويورك (1793–1798) وهو قاضي محكمة نيويورك العليا (1798–1804) مؤلف كتاب Commentaries on American Law (1826–1838) التعليقات هي أول معاهدة للقانون الأمريكي. كنت يدرس قانون الولاية القانون الاتحادي والقانون الدولي.

وطالما تم تبني القانون الشامل لإنجلترا من قبل الولايات المتحدة فقد اتخذ خصائص غريبة ومميزة لتشكيل قانون شامل أمريكي سليم.

المطلب الثاني:هيكل قانون الولايات المتحدة

يختلف الهيكل الحالي لقانون الولايات المتحدة بشكل أساسي عن القانون الإنجليزي في مجالين يعطي الهيكل الفيدرالي للولايات المتحدة القانون الأمريكي طابعًا موحدًا ومعقدًا.

وبالتالي فإن مصادر القانون الفيدرالي والدولة لها أشكال مختلفة وهي ظاهرة تزداد من خلال السماح من حيث المبدأ لفكرة تدوين القانون.

دستور الولايات المتحدة هو دستور الاتحاد من 13 مستعمرة من أصل 244 والدولة الاتحادية التي يشكلونها دخل هذا الدستور الذي تم تبنيه في عام1787 حيز التنفيذ في عام 1789 وتم تعديله بسرعة من خلال العديد من التعديلات.[15]

السؤال الذي يطرح نفسه حول اختصاص المؤسسات الفيدرالية ومؤسسات الولايات المتحدة في المسائل التشريعية مؤتمر الولايات المتحدة في المجال التشريعي الإدارة الفيدرالية في التنظيم.

في عام 1791 حدد التعديل العاشر للدستور ذلك إن السلطات التي لا يفوضها الدستور للولايات المتحدة والتي لا تمنع الدول من ممارستها تكون محفوظة لكل من الولايات على التوالي أو للشعب.

لذا فإن الاختصاص التشريعي ينتمي من حيث المبدأ إلى الدول الفدرالية.

يبقى اختصاص الدولة الفدرالية استثناء.

وقد تم تبني هذا المبدأ من قبل أستراليا وهي أيضًا دولة اتحادية ولكن ليس من قبل كندا التي قررت تعزيز السلطة الفيدرالية بعد الحرب الأهلية الأمريكية (1861-1863).

[15] DAVID René, op.cit , p. 64.

في عام 1791 تمتعت الولايات الأمريكية بقدر كبير من الاستقلال عن بعضها البعض، وكانت مختلفة في أصولهاسكانها (الإنجليزية ولكن أيضا الفرنسية والألمانية والسويدية والهولندية والاسبانية) ومصالحهم عقلياتهم ،وبالتالي فإن السلطة التشريعية للولايات المتحدة هي الاستثناء الذي يجب تبريره بنص دستوري.

بالإضافة إلى ذلك تحتفظ الدول الفيدرالية في الأمور التي يكون للدولة الاتحادية فيها الاختصاص التشريعي باختصاص ثانوي، فإذا لم يشرع كونغرس الولايات المتحدة في مسألة تدخل في نطاق اختصاصه يجوز للولايات الفدرالية إصدار تشريعات لملء هذا الفراغ.

قد تقوم الولايات المتحدة أيضًا بالتشريع بالإضافة إلى التشريعات الفيدرالية إذا كان هذا التشريع لا يتعارض مع القانون الفيدرالي.

في المسائل الضريبية يتم إضافة تشريعات الولاية (والضرائب) إلى التشريعات الفيدرالية (والضرائب)، ومع ذلك هناك حالات يتم فيها رفض هذا الاختصاص الملحق افتراض أن تشريعات الدولة الفيدرالية لا تستدعي أي قانون إضافي حالة التجارة بين الولايات نحن نتحدث عن الاسبقية الفيدرالية القانون الفيدرالي استبق كل القانون.

لكن توزيع الاختصاص بين المحاكم الفيدرالية ومحاكم الولايات لا يعتمد على تقسيم السلطة التشريعية.

وأخيرا بخصوص مكانة التشريع لا يختلف مكان القانون كثيراً عن مكانه في النظام الإنجليزي.

لكن القانون الأمريكي هو القانون الذي تم تدوينه في معظم الحالات، وكما هو الحال في إنجلترا فإن القانون الذي يعتبر عامًا جدًا ليس هو القاعدة العادية يجب دمج القانون في النظام القانوني من خلال الممارسة والاجتهاد القضائي. خلال هذه المناسبة يصبح هذا الاندماج واضحًا.

ويتم تطبيق القانون الشامل وتفسيره من قبل المحاكم، ويتحول القانون الشامل إلى قرارات قضائية دقيقة ، ويمكن للقاضي الاعتماد عليها وبطريقة ما يصبح القانون مشروعًا وملزمًا فقط عندما يتم تطبيقه من قبل المحاكم وبالمعنى الذي تعطيه له المحاكم ،وبالتالي يُنظر إلى القانون بشكل عام كما هو الحال في إنكلترا باعتباره مكملاً ومصححا للقانون الشامل.

ولكن هناك فرق مزدوج فهو أكثر تكرارا وهو مقنن. لقد رأينا منذ البداية أن بعض الدول قد نظرت في صياغة مدونة للقانون بطريقة مكتوبة ومنهجية: ماساتشوستس في عام 1836 معظم دول الساحل الشرقي وخاصة نيويورك.

و كان المروج لفكرة قانون نيويورك ديفيد دادلي فيلد من أصل إعداد خمس مسودات مدونة (سياسية، مدنية، جنائية، إجراءات مدنية، إجراءات جنائية، وحتى القانون الدولي.

في عام 1881 اعتمد مشروع قانون العقوبات من قبل ولاية نيويورك ومن المسلم به أن مشروع القانون المدني قد تم رده ،لكن قانون الإجراءات المدنية الذي اعتمدته العديد من الولايات ،وبالمثل قانون الإجراءات الجنائية اعتمدت ولاية كاليفورنيا مسوداتها الخمس لقوانين الجنائية سارية المفعول في جميع الولايات. والمدونات المدنية في ست ولايات.

لا تتمتع هذه التقنينات بنفس سلطة القوانين المعمول بها في أوروبا القارية لكنها تعبير عن الاهتمام بتوحيد القانون الأمريكي القانون التجاري للولايات المتحدة هو اليوم قانون مقنن إلى حد كبير القانون التجاري الموحد (UCC) هو نتاج لأكثر من نصف قرن من الجهد.

وفي نهاية القرن التاسع عشر أصبحت التجارة في الغالب بين الدول وتم الانتهاء من مشروع قانون التجارة من 400 مادة في عام 1952. من 1958 إلى 1968 اعتمد هذا القانون من قبل جميع الدول باستثناء ولاية لويزيانا.

ولقد قامت الدول بإدخال تعديلات قليلة عليه باستثناء المسائل الأمنية دفعت القوانين التجارية للدول الوحدة الاقتصادية باتجاه التوحيد القانوني.

أُنشئ القانون التجاري الموحد بتعاون المؤتمر الوطني لمفوضي القوانين الموحدة للدولة المؤلفة من ممثلي الدول ومعهد القانون الأمريكي.[16]

ولكن بين تشريعات القانون الشامل والقوانين الرومانية فإن العناصر المشتركة ليست مفقودة فلسفة هاتين العائلتين من القانون مستمدة من نفس المصادر الأخلاق الدين، والإلهام الجديد، والمذاهب الفلسفية الإنسانية، والفردية والليبرالية.

إن مفهوم الحريات العامة والخاصة التي تغذي القانون الشامل و العدالة التي تلهم القانون الخاص قريبة جدا التسلسل الهرمي لمصادر القانون يقترب جنبا إلى جنب مع تزايد أهمية التشريع في دول القانون الشامل هناك دور أكبر للفقه في البلدان الرومانية.

حيث تشكل عائلتا القانون هذه العائلة الكبيرة للقوانين الغربية.

الفصل الثالث:العائلة القانونية اللاتينية الجرمانية

تضم العائلة الرومانية اليوم العديد من الأعضاء من جميع أنحاء العالم ، في خمس قارات: في ألمانيا،النمسا، اسكتلند،إسبانيا،فرنسا ،إيطاليا البرتغال ،رومانيا ،سويسرا ،الدول الاسكندينافية.

وانتشرت العائلة الرومانية إلى أمريكا الشمالية والوسطى والجنوبية مع المستوطنين الإسبان (من المكسيك إلى تشيلي) والبرتغالية (البرازيل) والهولندية.

[16] ibid

في الولايات المتحدة وجزر الهند الغربية أيضا وصل هذا الانتشار إلى إفريقيا بسبب الاستعمار الذي قادته البلدان الأربعة نفسها تاركًا آثارًا أكثر أو أقل قوة من شمال إفريقيا إلى جنوب إفريقيا (القانون الهولندي الروماني لجمهورية جنوب إفريقيا) وانضم لاحقاً إلى ألمانيا (الكاميرون وتوغو وتنزانيا) وإيطاليا (ليبيا) وبلجيكا (الكونغو). لديها ممثلين في آسيا تركيا تحت تأثير سويسرا وفي اليابان (بناء على مبادرة من فرنسا وألمانيا).

في هذه المقدمة إلى القانون المقارن لا يمكن دراسة قوانين هذه الدول المختلفة. لذلك سنقتصر على القانون الفرنسي (المبحث الأول) والقانون الألماني (المبحث الثاني).

والذيذ يمارسان تأثيرا قويا على العالم اللاتيني والعالم الجرماني مع الإشارة في بعض الأحيان إلى قوانين وطنية أخرى، لا سيما القانون الإسباني القانون الإيطالي وقوانين بلجيكا وهولندا والقانون السويسري والقانون النمساوي.

المبحث الأول: القانون الفرنسي

القانون الفرنسي مثل المشاعر القومية مثل اللغة الفرنسية بني ببطء ، من العصور الوسطى كواحد من مظاهر تكوين الأمة الفرنسية حيث حرر ملوك فرنسا شعوبهم من التأثير السياسي للأباطرة الجرمانيين والباباوات الرومان وفتحوا فضاء حيث يمكن أن يولد القانون الوطني.

ومثل ملوك إنجلترا وملوك إسبانيا اعتبر ملوك فرنسا أنفسهم مستقلين بشكل كامل سياسياً وكانوا يعترفون بسيادتهم بالأسلحة والقانون. واعتمد ملوك فرنسا على مبدأ "الملك هو إمبراطور في مملكته.

هذا القانون الوطني ولد من إرادة الملوك وعمل الفقهاء وقد تلقى اسم القانون القديم

وهذا يعني قانون النظام السياسي والاجتماعي القديم حق الملكية (رجال الدين والنبلاء والدولة الثالثة).

وأدت الثورة الفرنسية (1789–1799) وهي حدث كبير في التاريخ السياسي والاجتماعي للبلاد إلى ثورة في القانون وازدهار القانون الوطني.

كانت الفترة الأخيرة هي بناء أوروبا وعولمة الاقتصاد. للتكيف وبغية التأقلم مع المنافسة قام القانون الفرنسي بإصلاحات كبيرة ودخل عصر أو مرحلة النضج.

المطلب الأول: القانون القديم ميلاد القانون الفرنسي

مثل أي ظاهرة لتوحيد القانون في مواد متعددة، تم تشكيل القانون الفرنسي من خلال الحاجة المادية للقانون من اجل تنظيم الموضوعات في المجال القانوني،اذ جعلت الاتصالات البشرية والتجارة استخدام قواعد قانونية مسألة ضرورية، كما أن الإرادة السياسية للملوك الذين أرادوا تطوير الشعور بالانتماء إلى الأمة الفرنسية ساهمت في توحيد القانون وتجلت في وقت مبكر جدا وطبقت مع مرحلة الاستمرارية.

من القرن الثاني عشر وفي القرن الثالث عشر تم استخدام أعراف المملكة للفصل في النزاعات المختلفة.

في القرن الرابع عشر استدعى المدعي العام للملك في برلمان باريس أول محكمة عدل في المملكة "العرف العام للمملكة"،في القرن الخامس عشر أمر الملك بكتابة جميع أعراف المملكة.

في القرن السادس عشر تم التشجيع على توحيد الاعراف وهذا بمساهمة كل من الفقه والقضاة ،وفي القرنين السابع عشر والثامن عشر قام الملوك بتدوين بأوامر ملكية أجزاء كبيرة من القانون العام والقانون الخاص.

وهكذا كتب كولبير وزير الملك لويس الرابع عشر أمر مدني (1667) وهو قانون موحد للإجراءات المدنية لجميع التنظيمات القضائية الملكية قانون الغابات والمياه (1669) ؛أمر جنائي (1670) ، وهو قانون الإجراءات الجنائية وقانون بحري (1681) وقد كتب داجويسو مستشار الملك لويس الخامس عشر، أوامر توحيد قانون التبرعات (1731) ، الوصية (1735).

هذه الأوامر الملكية للتقنين استندت في موادها الى مجموعة متنوعة من المصادر. وقد اقتبس الأمرين الإجرائيتان لكولبيرت من تعاقب الأوامر الملكية السابقة ،التي فسرت في بعض الأحيان بشكل مختلف من البرلمان إلى البرلمان ووفقا للمواضيع نفسها ،متأثرة بالإجراء القانوني الروماني.

وتستند الأوامر المتعلقة بالتجارة البرية والبحرية إلى استخدامات القانون التجاري والقانون البحري (الهولندية والإنجليزية).

كانت الأوامر الثلاثة الخاصة بأجواسو المتعلقة بالقانون الخاص العرفي مختلفة جداً على الرغم من الترويج لعرف باريس كانت دقيقة في الصياغة.

أحاط المستشار علما بالتباعد بين الشمال ووسط فرنسا من ناحية حيث سادت الأعراف والجنوب حيث كان السكان يمارسون الشريعة الرومانية.

نجح في توحيد الأعراف. لكنه احتفظ بشكلين من التطبيق القانوني أحدهما للشمال والوسط ، وهو مزيج من الأعراف والآخر للجنوب للإلهام الروماني كان توحيد القانون متقدمًا بشكل جيد. وتم اتباعه باسم توحيد الأمة من قبل الثورة الفرنسية.

المطلب الثاني: الثورة الفرنسية والإمبراطورية ازدهار القانون الفرنسي

مثل الثورات التي سبقتها في هولندا (1572–1579) في إنجلترا (1642–1649 و1688–1689) في الولايات المتحدة (1774–1783) الثورة الفرنسية (1789–1799) مستوحاة من الأفكار السياسية الجديدة .

الثورة أيضاً قانونية فهي تعتمد على مجموعة من القوانين المبتكرة و التي تتماشى مع القانون القديم للملوك ، في مختلف التقنينات التي وضعت من 1800 إلى 1810 من قبل النظام الاستبدادي لنابليون بونابرت.

الفرع الأول :الافكار السياسية الجديدة

طالب فلاسفة القرن الثامن عشر فولتير ،وديدرو ،وروسو باسم العقل البشري السيد ،بسيادة القانون بالنسبة لفولتير الكون عبارة عن ساعة يكون الحر فيها كائنًا. ،أما روسو فهو المدافع عن القانون المعبر الوحيد عن الإرادة العامة.

والى جانب ذلك تم إجراء نقد للقانون الخاص القديم باسم المساواة والعقلانية. تعتبر الامتيازات "القوانين الخاصة" اشتقاقية الآن المزايا والامتيازات من أجل تطور المجتمع.

لا يبرر تطور المجتمع الذي يقدّر البرجوازية على حساب رجال الدين والنبل مثل الإعفاءات الضريبية.حيث يتم التشكيك في القوانين الخاصة بالأنظمة الاجتماعية والمدن، والشركات (الجامعات، والحرف) باسم المساواة المدنية.

كما أن القانون الخاص القديم ،وخاصة تعدد الاعراف ،موضع تساؤل أيضًا باسم العقلانية القانونية في فرنسا.

إن الرغبة في الاصلاح لا تتماشى مع العرف حتى لو كان موحدا كمصدر للقانون العرف هو خاص جدا وبطيء جدا لتشكيل الإصلاح والتوحيد الاجتهاد هو العمل الشائع للقضاة وأساتذة الجامعات والمحامين.

لذلك فان القانون وحده هو القادر على التعبير عن إرادة المجتمع السياسي وهو نفسه السيادي الوحيد يتم نقل القانون إلى دائرة النظام السياسي والقانوني، بدقة حيث يحرم القاضي من أي سلطة للتفسير إنه تصور قاضي مستقل.[17]

الفرع الثاني: مرحلة العقد الثوري (1789-1799)

قبل القانون وعمل المجتمع السياسي، أو ممثلي المواطنين توجد حقوقا طبيعية قبل تكوين المجتمع من خلال العقد الاجتماعي المبرم بين المواطنين الرجال الذين يعيشون في حالة طبيعة يعرفون حقوقًا معينة.

وفقا لهذه النظرية السياسية سبقت حقوق الإنسان تاريخيا حقوق المواطن هذه حقوق الإنسان، الحقوق الطبيعية غير القابلة للتصرف لا يمكن أن تكون الضمنية ولكن المعلن عنها فقط.

يشير إعلان حقوق الإنسان والمواطن، الذي صدر في بداية الثورة الفرنسية (26 أغسطس 1789) إلي الحرية والملكية والأمن والمقاومة للقمع (المادة 2). هذه الفلسفة الليبرالية المستوحاة من لوك ومونتسكيو والتي خففت من تأثير روسو القانون كتعبير عن الحرية العامة يمكن أن يضع حدودا للحرية والملكية.

في أيدي الجمعية الوطنية التأسيسية يلغي القانون القانون المؤسسي والاقتصادي والاجتماعي القديم.

[17] ibid

و في ليلة الرابع من أغسطس عام 1789 قرر النواب إلغاء جميع الامتيازات الاجتماعية باسم المساواة المدنية (المساواة في الحقوق) وباسم الفردية.

تختفي المجموعات (الأوامر الاجتماعية والشركات ...) وامتيازاتها لصالح الأفراد الخاضعين للقانون يتم إعادة تعريف المنطقة : يتم إلغاء المقاطعات واستبدالها بالإدارات الخالية من التقاليد والحقوق الخاصة بعد أن اقترح Sieyès قسماً هندسياً على النمط الأمريكي.

و يتم استبدال الدستور العرفي للنظام الملكي بالدستور المكتوب لملكية دستورية محدودة مستوحاة من مبادئ الدساتير البريطانية ،والأمريكية (21 سبتمبر 1791).

وعرف الاقتصاد أيضا تحولات هامة تحول، في هذا الاطار يتم حل النقابات التجارية وحظرها، بحيث يتم تأسيس حرية العمل، ويتم إلغاء الأعراف الداخلية، بحيث يتم تأسيس حرية التجارة في سوق وطنية واحدة (1790).

ويعلن قانون إصلاح العدالة (أغسطس 1790) عن ثورة في القانون صياغة "مدونة عامة للقوانين البسيطة واضحة ومناسبة للدستور.

إنه النظام الاستبدادي لنابليون بونابرت الجنرال للثورة (1794–1799) ، قنصل الجمهورية الأولى (1799–1804) إمبراطور الفرنسيين (1804–1815) ، الذين أدركوا هذا التدوين.

الفرع الثالث : تقنين القانون من طرف نابليون بونابرت:

أراد بونابرت أن يضع في أرض فرنسا أسسا وقواعدا التي من شأنها أن تعطي البلاد أسسًا صلبة ، بعد اندلاع الثورة (1789–1799) كان لديه سلسلة من التقنينات وضعت في إرادة ونهج يشبه نهج لويس الرابع عشر وكولبرت.

أول هذه المدونات، القانون المدني الفرنسي، الذي بدأ في عام 1800 صدر في 1804.

من حيث مصادر القانون الرسمية القانون المدني يعلن انتصار القانون على مصادر أخرى للقانون.

بحيث يلغي آخر حكم في القانون جميع المصادر السابقة : القوانين الملكية الاعراف أحكام المحاكم القوانين الرومانية ، القواعد الكنسية.

من حيث المصادر المادية يشكل القانون المدني الفرنسي القانون العام للفرنسيين حلا وسطا بين القانون القديم في الملكية وقانون العقد الثوري.

قانون الأشخاص (الكتاب الأول) ، يتم استعادة المبدأ القديم لسلطة رئيس الأسرة أو عائلة العائلات – الزوج على زوجته والأب على أطفاله.

لكن المبادئ الثورية للحرية والمساواة المدنية ألهمت الطلاق والمساواة في الميراث. في قانون الملكية (الكتاب الثاني)، تؤدي المبادئ الثورية الفردية واحترام الملكية ، والقانون إلى تعريف الملكية على أنها "الحق في التمتع بالأشياء والتصرف فيها على أكمل وجه".

ملكية الحق القديم، الناتجة عن القانون العرفي والقانون الإقطاعي، مع الاعتراف بالاستعمال الجماعي للحقوق في قانون الالتزامات (الكتاب الثالث) ، يسود القانون القديم ، الناتج عن أعمال Domat و Pothier ، المستوحى للغاية من الحق المكتسب.

تم إصدار أربعة قوانين أخرى، تظهر مرة أخرى وجود القانون القديم في الملكية ووجود القانون الوسيط للثورة.

يظهر قانون الإجراءات المدنية (1806) ، المأخوذ إلى حد كبير من النظام المدني لعام 1667،عودة إلى تقاليد النظام الملكي.

إن القانون التجاري المستوحى أيضاً من المرسوم المتعلق بالتجارة في الأراضي لعام 1673 هو ملحق للقانون المدني "قوانين التجارة هي قوانين استثنائية فقط ، والتي تعد تكملة القانون المدني.[18]

تحتوي مدونة التجارة على قانون استثنائي من وجهة نظر أخرى رأى نابليون مثل لويس الرابع عشر ، **في التجارة نشاطًا يتم التحكم فيه وتوجيهه نحو أهداف السياسة الاقتصادية التي تحددها الدولة وليس بواسطة السوق.**

[18] LEGEAIS Raymond , op.cit , p. 64

في المسائل الجنائية قانون التحقيق الجنائي (1808)، وقانون العقوبات (1810) هما أيضا مندمجان.

حافظ قانون التعليمات الجنائية (قانون الإجراءات الجنائية) على هيئة المحلفين للحكم ، لكن منع هيئة المحلفين من الاتهام (التحقيق الأولي في القضية) ، التي وضعتها الثورة (1791) على نموذج العدالة البريطاني ، ومن المفترض أن يضمن حقوق الفرد.

كان قانون العقوبات (1810) أكثر قمعاً من قانون الثورة (عقوبة الإعدام والسجن مدى الحياة) ، بينما عرف نوعا في المرونة لمبدأ الشرعية والعقوبات الثابتة: أعاد للقضاة تقديرهم ، لتحديد الحد الأقصى والحد الأدنى للعقوبات على مخالفات معينة.

ولقد عرف هذا التدوين قليلاً من الإصلاح أو الإهمال بموجب القانون نفسه، من خلال الفقه القانوني والاجتهاد خلال القرن التاسع عشر والنصف الأول من القرن العشرين، ولذلك فقد أعطى خصائصه الحالية والشكل والمضمون القانون الفرنسي الإيجابي المعاصر، قانون معرّض لمنافسة جديدة و الذي دخل عصر النضج والتحديث.

المطلب الثالث : القانون المعاصر

عملية تدوين القانون قد أيدتها أيضا فلسفة الوضعية القانونية فهي تستحق الاهتمام فقط بالقانون المعمول به .

هذا المنهج إضافة إلى القومية القانونية التي هيمنت على القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين أضعفت مفاهيم العدالة والإنصاف.

أما فيما يتعلق بالقومية القانونية فقد بدا أنها مهدت لتراجع فكرة القانون العام،لصالح الأسرة الرومانية المشتركة.

غير أن وجهة النظر هذه في القانون الفرنسي تتجاهل أن قوانين نابليون لم تقضي على الاستعانة بالقوانين الأجنبية (بما في ذلك القانون الشامل) من قانون الثورة.

(هيئة المحلفين الإنجليزية، وفصل السلطات والفيتو الملكي على النمط الأمريكي)، مارسوا تأثيرًا على مدونات القرنين التاسع عشر والعشريين القوانين الألمانية والإيطالية والهولندية والسويسرية وحتى الأمريكية... إن عزلة القانون الوطني هي خطأ.

يتأثر القانون الفرنسي الخاص ككل بالقوانين الأجنبية لقد رأينا في الفصل المخصص لتاريخ القانون أن القانون الفرنسي قد اقترض خلال القرن العشرين القانون الدستوري للولايات المتحدة (المجلس الدستوري الذي تم تقليده من المحكمة العليا) ، وقانون الشركات الألمانية (الشركة ذات المسؤولية المحدودة والشركة مع مجلس الإدارة والمجلس الإشرافي) وقانون المنافسة الأمريكي (الاتفاقيات) والتمويل (تشريعات البورصة).

يتأثر اليوم القانون الفرنسي بالتطور التشريعي لجيرانه ، كما نرى في الوقت الحاضر في مجال الحقوق الشخصية سهولة الطلاق وأحكام الزواج التأثيرات الأقوى تأتي من القانون الأوروبي ، الذي يفرض نفسه في بعض الأمور على المشرع الفرنسي (البرلمان والحكومة) الذي يجب أن يتخذ تدابير لدمج الأنظمة الأوروبية في القانون الوطني.

يتعرض القانون الفرنسي لمنافسات متعددة تجعله يتحسن للإصلاح للتأقلم مع الوقت الحالي منذ ستينيات القرن الماضي أصبح القانون المدني بما في ذلك قانون الأشخاص ، وكذلك قانون الأعمال والقانون الجنائي والقانون القضائي (المؤسسات والإجراءات) ... موضوع الإصلاحات المتعاقبة للتحديث.

ولقد أثار الوعي بالتهديد الذي تشكله القومية والأسلحة النووية لمستقبل البشرية، من نهاية الحرب العالمية الأولى (1914-1918) ، وحتى بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية. (1939-1945) الجهود المبذولة لتوحيد القوانين.

ويشكل تطوير العلاقات التجارية بين جميع أنحاء العالم عاملاً ثانيًا ، وربما أقوى من الأول من تقريب القوانين ،وأحيانًا توحيد القانون من خلال الاتفاقيات الدولية والقوانين النموذجية ، واجتهاد المحاكم التحكيمية الدولية ....

ويحتفظ القانون الفرنسي بالمواصفات والخصائص من حيث الجوهر والشكل من أصله البعيد والقريب.

يظل القانون المصدر الرئيسي للحق الذي ينظر إليه كقاعدة للحياة الاجتماعية، وليس فقط كمجموعة من القواعد المصممة لتسوية النزاعات، و يلعب القانون دورًا أساسيًا إنه أساس نظام المجتمع والقانون هو تعبير وانعكاس للإرادة المشتركة.

ويتم توفير الاجتهاد القضائي فقط مع السلطة الممنوحة للمحاكم، والتي لا تشكل سلطة قضائية، في فرنسا يلعب العرف والفقه دورًا داعمًا.

بالنسبة إلى بنية القانون الفرنسي ومحتواه ، تظل فئاته ملحوظة بتاريخها مفاهيمها وقواعدها وآلياتها المؤسساتية (مجموعة من القواعد) وما زالت أقسامها الرئيسية تميزها المساهمات المتتالية لعلوم القانون: القانون الروماني ، القانون المكتسب في العصور الوسطى ، القانون الطبيعي الحديث.

وعليه يشاطر القانون الفرنسي هذه الخصائص المتميزة مع الفروق الدقيقة بالطبع مع القانون الألماني.[19]

المبحث الثاني: النظام القانوني الالماني

على عكس دول أوروبا الغربية التي تشكلت في نهاية العصور الوسطى (إنجلترا ، إسبانيا ، فرنسا ، البرتغال) لم تجد ألمانيا في هذه الفترة لا مجالها ولا مؤسساتها.

[19] ibid

وهكذا ظلت الإمبراطورية الرومانية وهي محاولة لإعادة تأسيس الإمبراطورية الرومانية القديمة من قبل الأمراء الجرمانيين وبالتعاون مع كنيسة روما اتحادًا فضفاضًا للإمارات لمدة ستة قرون (من 1250 إلى 1850).

واستغرق الأمر قرنًا ونصفًا آخرين (1848–1990) ، نهاية القرن العشرين لكي تجد ألمانيا حدودًا بلا منازعًا ، ومؤسسات مستقرة ، وقانونًا وطنيًا.

وعليه فان هذه الفجوة مع الدول الأوروبية الأخرى تقدم تفسيرا لخصوصية مؤسسات الدولة والقانون الألماني .

المطلب الأول :نشأة القانون الألماني

تسبب التشظي السياسي لألمانيا في تأخير،هذا التأخير من الناحية المؤسسية والقانونية القانون الاقطاعي انه ينبع من الأمراء المدن، أو الأعراف الاقطاعية أو الريفية كان من التطبيق المحلي ،والقانون الإمبراطوري الصادر من مراسيم الأباطرة التي وفقًا لـ Golden Bull لعام 1456 تطلب إجماع الغرف الثلاثة للنظام الإمبراطوري تم ملء الفجوات من خلال استقبال هائل للقانون العام قبل أن يقوم التدوين بتوليف القانون .

الفرع الأول: القانون الإقطاعي والإمبراطوري

اتخذ القانون الإقليمي في ألمانيا شكلين رئيسين القانون الريفي والقانون المدني (القوانين الحضرية).

"مرآة الساكسونية" التي كُتبت عام 1230 على يد راهب Eike von Regkow. كانت المرآة عبارة عن أدبية من القرون الوسط أنتجت أعمالًا من طبائع مختلفة (أخلاقية ، قانونية ...) ، تهدف إلى رفع الروح المعنوية وخلاص النفوس، مكتوبة باللغة الألمانية من ولاية سكسونيا تقدم نفسها كمجموعة من جميع السكسونية الإيجابية العامة (العدالة والقانون الجنائي) والقانون الخاص (الناس والعائلة). وتمزج بين العرف والقانون الكنسي والدساتير الامبريالية.

على نموذجه أنشأ غيرها من الفقهاء للشعوب والإمارات الأخرى مرآة من ألمانيا ، مرآة من شوابيا ، مرآة للفرنك ، مرآة هولندا ... كل تجميع القانون الإقليمي.

قى قانون ولاية سكسونيا، أو القانون الإقليمي السكسوني توليفة عقائدية من (1595–1661) ، والتي أكدت أن هناك وجود قانون سكسوني مشترك يتكون من Saxon Mirror ، و glosses والتعليقات والدساتير السكسونية صدر من قبل الدوقات.

حصلت الإمارات الأخرى على تدوينات لقانونها الإقليمي ، مثل بافاريا في 1756 بروسيا 1794 ، بلد بادن.

قليلون هم المؤلفون الذين اعتبروا ، قبل الثورة الفرنسية (1789–1799) ، أن هناك قانونا ألمانيًا.

تقدر الغالبية العظمى للفقه أنه كان هناك قانون إمبريالي مشترك وقوانين إقليمية رؤية القانون الإمبراطوري في القانون الشامل.

كان G. Beyer أول حامل لأول كرسي قانوني ألماني خاص ، تم إنشاؤه في جامعة فيتنبرغ (سكسونيا). نشر في عام 1718 ، دراسته المنهجية للقانون الألماني المنفصل عن القانون الشامل.

كانت القوانين المدنية للمدن الحرة (هامبورغ ، كولونيا) ذات أهمية كبيرة بسبب قوة الحركة الجماعية في ألمانيا ، كما هو الحال في فلاندروز وإيطاليا ، حيث شجعها الأباطرة.

وكان للمدن الحرة قوانين وضعت من قبل الفقهاء وبعضها شكلت مجموعة من الأعراف التجارية ، حق التجار) وقد وضعت المدن أيضًا أشكالًا من التصرفات والعقود ، ومجموعات الاجتهادات مثل الاجتهاد في لوبيك من قبل مفيوس (1609–1670).

لم تكن المراسيم الإمبراطورية ذات أهمية كمية كبيرة من مصادر القانون في ألمانيا تشريح الإمبراطورية، والالتزام بالحصول على موافقة جميع الأمراء يشكل عقبات لا يمكن التغلب عليها.

نستشهد بأوامر السلام الموجهة لمحاربة الحروب الإقطاعية (القرن الحادي عشر) ودستوران من القرن السادس عشر دستور بامبرج (1507) ،الذي حدد الإجراء الجنائي أمام الهيئات القضائية الإمبراطورية خلال قرنين ،والدستور carolina الجنائية (1532) ، وعمل تشارلز كوينت أو "كارولين" ، والنظام الجزائي (الشرطة ، والجرائم

والغرامات) ترتبط هذه المراسيم بالقانون العام كما هو الحال في فرنسا والممالك الأخرى يبررها الفقهاء بمقتطفات Ulpie .

الفرع الثاني: تبني القانون الشامل

في وقت مبكر تبنى الإمبراطور الروماني الألماني أوتو الثالث تصنيفات جستنيان كقانون إمبراطوري ألماني في عينيه، يقصد بالقانون الروماني أن يكون قانون الإمبراطورية الرومانية الكبرى.

هذا المفهوم يثير رد فعل ملوك انجلترا وفرنسا واسبانيا والبرتغال الذين يخشون من أن دراسة وتطبيق القانون الروماني في مملكتهم قد يبرران ادعاءات الأباطرة بالتفوق السياسي عليهم.

حتى تأسيس جامعات براغ (1448) ، ثم فيينا ، هايد لبرغ وكولونيا ، في نهاية القرن الرابع عشر ذهب الألمان لدراسة القانون في بولونيا في أورليانز.

تلقت جامعة بولونيا قوانينها من الإمبراطور فريدريك ، وقد وضع العلماء مواهبهم وعلومهم في خدمة السلطة الإمبراطورية.

مارتينوس في 1158 يبررالسلطة الإمبراطورية بموجب القانون الروماني في Ulpian ويقدم قائمة من سلطات (امتيازات) الإمبراطور.

كتب بارتول في سنة 1456 كتابا يحدد القانون السياسي للإمبراطورية الجرمانية ، وهي منظمة جماعية بين ألمانيا.

وكانت مصلحة الأباطرة في القانون العام الروماني تتماشى مع مصلحة مختلف فئات الممارسين قضاة المحكمة العليا الإمبراطورية والمحاكم الأميرية ، وكتاب العدل ،والمحامين.

كما هو الحال في أي مكان آخر في أوروبا القانون الروماني تم توضيحه ووضع القانون الكنسي ما يسمى الإجراء الروماني القانوني، الذي ساد على نطاق واسع

في ألمانيا أخذ القانون المكتسب اسم القانون الشامل .

تم تشكيل القانون العام على أساس تدوين جستنيان ، الذي تم تخطيه في العصور الوسطى المدعم بالقانون الكنسي من خلال العديد من التيارات الفقهية الأكاديمية.

مدرسة القانون الطبيعي الحديث، التي تحدثنا عنها بالفعل حول أصول الحقوق الوطنية ، كانت حية للغاية في ألمانيا. نشر في سنة 1694 Pufendorf أفكار Grotius.حيث أن عمله الرئيسي قانون الطبيعة والناس (1672) يجعل من القانون الطبيعي حقًا عالميًا وغير قابل للتغيير مستمدًا من الطبيعة البشرية.

تستند فكرة العقد الاجتماعي الموجود بالفعل في غروتيوس وهوبز ، والتي تضمن السلامة المتبادلة لكل منهما إلى فكرة موافقة الرجال الأحرار والمتساوين هذه الموافقة ضرورية في منشأ المجتمعات ، حتى لو اعترف بووفندورف بأنه غير قادر على الإشارة إلى اللحظة التاريخية.[20]

[20] ibid

ولقد اقتضى الاستقبال من قبل المحاكم الألمانية من الإجراء الروماني الكنسي و القانون المادّي للمادة العلمية توليفة جديدة أو على الأقل، التوفيق بين القانون والممارسة العلمية.

لم يكن التطبيق على المجتمع الألماني من قانون عدة آلاف السنين القديمة من دون صعوبات علم تجميعات جستنيان ،الذي كان أساسه ،توليف علم القانون الروماني في القرن التاسع عشر و سيطرت عليه العلوم القانونية التي تدرس في الجامعات الألمانية.

ويعتبر سافيني مؤسس المدرسة التاريخية الألمانية أن القانون مثل اللغة ينشأ في الوعي الجماعي للشعب ويعبر عن نفسه في العرف.

كتب جيرك أنه حدث استقبال ثانٍ للقانون الروماني في القرن التاسع عشر عن طريق الممارسة.

في الختام كان استقبال القانون الشامل في ألمانيا سياسياً ينبثق عن الأباطرة ويدعم مطالبهم بالسيطرة العالمية،كما أنها كانت عملية قادمة من رجال القانون والقضاة ،وكتاب العدل والمحامين وتغذي أحكامهم وأفعالهم وحججهم.

كان هذا الاستقبال نظريًا أيضًا،وعمل الأساتذة وأغروه بجودة إبداعات القانون العام ،والتي كانوا أيضًا في بعض الأحيان مؤلفيها.

كان هذا الاستقبال السياسي العملي والنظري، ثمرة للتدفق المستمر للتأثير واستغرق الأمر طابع استقبال واسع النطاق وعالمي.

لم يكن القانون المكتسب القانون الشامل قد ألغى التقسيم القانوني لألمانيا عندما حدثت الثورة الفرنسية ، والتي كان لها تأثير كبير في ألمانيا في المستقبل القريب أثارت الثورة الحروب بين فرنسا والنمسا، ثم بين فرنسا وبروسيا ثم (1815–1870).

فقد أشعلت إحياء القومية الألمانية وإقامة دولة ألمانية موحدة (1871) وأطلقت ألمانيا في المغامرة الكبرى لوضع قانون وطني مقنن ،والذي أدى إلى إصدار العديد من التقنينات الرئيسية ، بما في ذلك القانون المدني لعام 1900.

المطلب الثاني: تدوين القانون

كان تدوين القانون ظاهرة مبكرة في العالم الجرماني ، قبل الثورة الفرنسية وإصدار القانون المدني الفرنسي في عام 1804 طغى المستبدين المستنيرون ،ولا سيما ماريا تيريزا من النمسا (1740–1780 وفريدريك الثاني من بروسيا (1740–1786) متحركة بإرادة إصلاح قوية بتدوين القانون.

أصدرت ماري تيريز من النمسا تعليمات إلى لجنة الصياغة لوضع مشروع القانون على أساس القانون العام .

القانون الطبيعي سوف يحسن ويكمل الحق المكتسب واجهت هيئة الدستور سنة (1766) معارضة المحافظين باعتبارهم موحدين للغاية.

تم تعديل المشروع عدة مرات، وتم إصداره جزئيًا، وتم تطبيقه تجريبيًا في مقاطعة، ثم صدر بشكل عام (1811) ، تحت عنوان "القانون المدني العام"

الذي يعد موجز ،ونقلة بين القانون الروماني والقانون الطبيعي ، وكان القانون المدني النمساوي ذو جودة رائعة فهو لا يزال ساري المفعول. تم استكماله من قبل قانون العقوبات.

أمر فريدريك الثاني من بروسيا بتدوين قانون الدول البروسية على أساس "حق العقل"صدر "القانون العام لولاية بروسيا" من قبل خليفته في 1794. تضمنت القوانين التي تضم 19000 مقالة جميع القوانين العامة والخاصة والقانون الجنائي والقانون التجاري.[21]

الجمع بين المساواة أمام القانون ("تنطبق قوانين الدولة على جميع المواطنين دون تمييز من الدرجة أو الرتبة أو الجنس") ، وعدم المساواة في القانون ("حقوق الرجال تحدد من خلال ولادتهم ، وطبقتهم ، والأفعال والأحداث التي أرفق بها التشريع بعض الآثار ".

عدم المساواة في القانون ("يتم تحديد حقوق الرجال من خلال ولادتهم ، وطبقتهم ، والإجراءات والأحداث التي أرفق بها القانون بعض الآثار") ، ومبدأ أن حقوق الإنسان محدودة من قبل هؤلاء الرجال الآخرين ("الحقوق العامة للرجال تستند إلى حريتهم الطبيعية في السعي وراء مصالحهم الخاصة ، دون انتهاك حقوق الرجال الآخرين بأي شكل من الأشكال"

وبعبارة أخرى، كان غارقا في الروح الإقطاعية وعدم المساواة الطبقية مما جعله غير عملي لحل الصعوبات، تلقت لجنة تشريعية خاصة (Gesetz Omission) المهمة والقدرة على تقديم تفسيرات رسمية للتقنين.

[21] DAVID René , op.cit , p. 64

تمت ترجمة القانون المدني الفرنسي الذي أصدره نابليون بونابرت في عام 1804 ، من بين لغات أخرى إلى الإيطالية والهولندية والألمانية ليتم نشره وتطبيقه في أجزاء من هذه الدول.

لقد فرض الفرنسيون مثله العليا وخصائصه التقدمية التي جعلته يقدر في ألمانيا (راينلاند وبادن)، لكن شكل التدوين يمكن أن ينطبق فقط على القانون الألماني، و في النصف الثاني من القرن التاسع عشر وقبل ذلك كانت التدوينات عبارة عن أعمال جزئية من جانب السلطة القضائية الاقليمية وفروع القانون المعني.

من منتصف القرن التاسع عشر ، بعد عام 1848 ، والتي شهدت "ربيع الشعوب" والثورات انفجر في بلجيكا وفرنسا وإيطاليا وألمانيا والنمسا والمجر وبولندا القومية تزدهر في ألمانيا.

تم تحقيق التطلعات في اتحاد جمركي (1833–1888) ،في اتحاد نقدي (1849–1869) ،في اتحاد سياسي (1830–1870).

وقد استكمل الاتحاد القانوني الذي بدأ مع القانون العام للتجارة (1857–1869) والذي تم تنفيذه بموجب دستور اتحادي (1866 و 1871)، استمر بموجب قانون العقوبات (1869)، بموجب قانون قضائي (1877)، دخل القانون المدني الكبير حيز التنفيذ في 1 يناير 1900 ، أو Bürgerliches Gesetzbuch أو BGB.

شرع الباحثون في مغامرة خلق قانون وطني تم تسهيل توحيد القانون الخاص وإنشاء قانون مدني ألماني خاص (Deutsches bürgerlisches Privatrecht) من خلال ملخصات Eichhorn، Gerber، Beseler ، كتب روث بعض الكتاب مقالات في القانون المدني مقارنة بالتشريعات العديدة التي شاركت في أراضي ألمانيا: ممالك بروسيا وبافاريا وفورتمبرغ وإمارة ساكسونيا ودوقية بادن الكبرى.

وتطلب Bürgerliches Gesetzbuch خمسة وعشرين عاما من التحضير. كان تكوين اللجنتين وعملهما تصادمياً وصعباً تقسم الخطة إلى خمسة أجزاء. الجزء الأول ،عام يحدد القواعد المشتركة لمختلف فروع القانون المدني نظرية الاهلية ، نظرية إعلان الإرادة ، نظرية التصرف القانوني والتصرف التعاقدي ، نظرية تنفيذ الواجبات القانونية ،نظرية التقادم.

الجزء الأول، مثل الجزء الثاني مكرس للالتزامات، الجزء الثالث الذي يتعامل مع الأشياء والممتلكات والحيازة، والجزء الرابع مكرس للأسرة، أكثر تأثرًا بالقانون الجرماني.

أخيرا الجزء الخامس يدرس قانون الميراث كتب في نمط يترجم جهدا كبيرا من الصرامة الاصطلاحية ، والقانون المدني الألماني لعام 1900 هو العلم ، والمنهجية والمنطقية ، ذات قيمة كبيرة.

كان له تأثير كبير جدا. الجزء الأول العام النظري تم نسخه بوفرة استلهم BGB من وقت إعداده من خلال مشاريعه المنشورة والموزعة ، التقنين الياباني ، في سياق التفصيل.

في نفس الوقت أثر BGB أيضا على صياغة التقنينات السويسرية مع انتقال ألمانيا من كونفدرالية الإمارات إلى دولة فيدرالية ، تحولت سويسرا من كونفدرالية إلى اتحاد من الكانتونات في النصف الثاني من القرن التاسع عشر.

وبعد حرب سوندربوند (1845) أعطى دستور جديد السيادة للاتحاد إلى الدولة الفيدرالية التي لا يزال السويسريون يطلقون عليها اسم "الكونفدرالية" وحصلت الدولة الاتحادية على السيادة في مجالات العلاقات الخارجية والجمارك والعملة ...

وقد شجع تطور العلاقات الاقتصادية بين الكانتونات توحيد القانون وأدت حركة التجارة بين المدن والحركات السكانية إلى تنازع القوانين بين الكانتونات في عام 1874 ، وأعطى الإصلاح الدستوري الاختصاص الكونفيدرالي في مجال القانون الخاص وقانون الالتزامات والقانون التجاري. وأصدرت رابطة الحقوقيين السويسريين صورة كاملة وقابلة للمقارنة للقانون الخاص لجميع الكانتونات من أجل التدوين.

يوجين هوبر ،أستاذ في جامعة بازل ،ثم في جامعة برن نشر من 1886 إلى 1893 ،عملا يحتوي على مقدمة عامة عن التطور التاريخي لقانون مختلف الكانتونات السويسرية ،والذي يقدم توليفة من القانون الخاص ثم أمر وزير العدل هوبر بصياغة قانون مدني.

يشكل القانون المدني السويسري وقانون الالتزامات السويسري اللذان يشكلان الجزء الخامس والأخير من القانون المدني ، عملًا عالي الجودة ، مما أدى إلى نشوة حماسية حيث أن خطته بسيطة جدا.

بعد قسم تمهيدي موجز ، أربعة أجزاء تتعامل على التوالي مع قانون الأشخاص والجمعيات وقانون الأسرة والنظم المالية الزوجية والوصاية وقانون الميراث وقانون الملكية.

اسلوبه واضح ويمكن الوصول إليه ، وأخيراً فإن محتواه هو توليفة للفلسفة الألمانية ،والقانون المدني الفرنسي ،والحقوق المحلية لمختلف الكانتونات السويسرية.[22]

وقد تلقى ZGB حتى استقبالا مواتيا في ألمانيا، حيث اقترح البعض أن يحل محل BGB، وقد تم نسخها عن كثب من قبل القانون المدني التركي.

ان ظاهرة التدوين ليست حكرا على قوانين الأسرة الرومانية، أثرت حركة التدوين في جميع البلدان الرومانية هولندا في أوائل القرن

التاسع قانون الولايات المتحدة الأمريكية مقنن إلى حد كبير. ولم يتردد البريطانيون في اللجوء إلى تدوين القانون، في مستعمراتهم، عندما كان من الواجب تحقيق توليفة من القانون المحلي بسرعة لاحتياجات إدارة العدالة.

[22] ibid