

جامعة الجزائر 1 - بن يوسف بن خدة
نيابة مديرية الجامعة للتكوين العالي في ما بعد التدرج
والتأهيل الجامعي والبحث العلمي

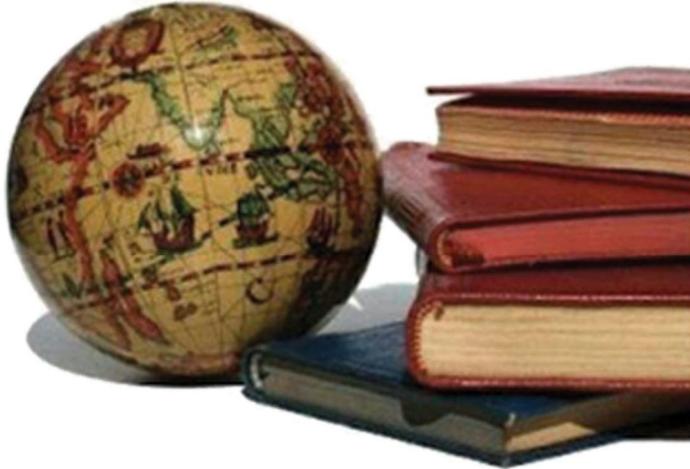
حوليات



تعايش الأنظمة القانونية في القانون الجزائري والمقاربات الجهوية للقانون

ملتقى دولي

الجزائر 24 & 25 نوفمبر 2015



سلسلة خاصة بالملتقيات والندوات

تعايش الأنظمة القانونية
في القانون الجزائري
والمقاربات الجهوية للقانون

La cohabitation
des systèmes juridiques
dans le droit algérien
et les approches régionales du droit

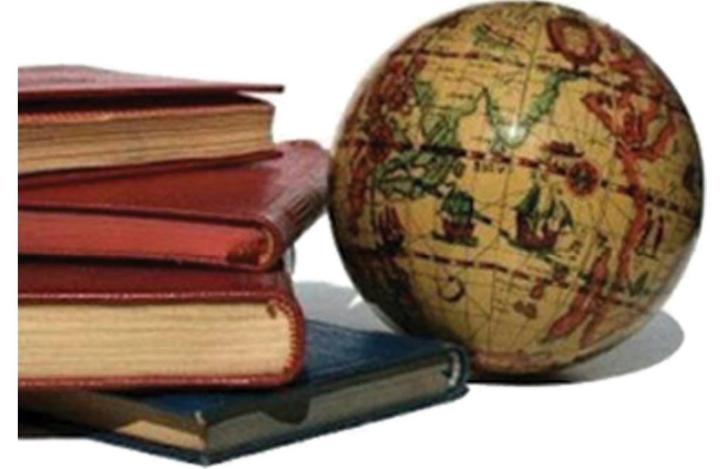
04/2015

Université d'Alger1- Benyoucef BENKHEDDA
Vice rectorat de la formation supérieure de post-graduation
de l'habilitation universitaire et de la recherche scientifique
LES ANNALES



LA COHABITATION DES SYSTEMES JURIDIQUES DANS LE DROIT ALGERIEN ET LES APPROCHES REGIONALES DU DROIT

Colloque international
Alger, 24 & 25 Novembre 2015



Série spéciale colloques & séminaires

N°: 4/2

حوليات جامعة الجزائر 1 - بن يوسف بن خدة

تعايش الأنظمة القانونية في القانون الجزائري والمقاربات الجهوية للقانون

تحت إشراف

الأستاذ الدكتور: حميد بن شنييتي

والأستاذ الدكتور: علي فيلالتي، جامعة الجزائر 1

إخراج: شهيناز بلوحشي

ملتقى دولي

الجزائر 24 & 25 نوفمبر 2015

الفهرس

04	الكلمة الافتتاحية
07	مقدمة عامة
	عبد الله نوح
19	تعایش القانون الدولاني الجزائري والقانون العربي الامازيغي : أمثلة عن القانون البلدي وقانون الأسرة
	عزيزة حُسيني
44	الخلع مظهر من مظاهر مساواة الزوجين
	فاطمة الزهراء تبوب
63	الخلف العام والوارث مفهومان مختلفان لا يتعايشان المادة 108 قانون مدني جزائري كمثل
	ذهبية حامق
76	المقاربات بين القانون الجزائري والشريعة الإسلامية أحكام نظرية الظروف الطارئة مثالا
	عبد السلام ذيب
106	توحيد التشريعات العربية من طرف جامعة الدول العربية: مسعى وإي؟
	رياض فخري
127	تجربة جامعة الدول العربية في توحيد القوانين العربية ، قراءة في الأثر الديني لمقاربة التوحيد
	الطيب زروتي
160	قراءة لمشروع القانون المدني العربي الموحد
	سامي بن حملة
179	دور اتفاقات الشراكة الأوروبيةمتوسطية في تحقيق الاندماج القانوني بين التشريعات الاقتصادية لدول المنطقة: تشريعات المناقسة أنموذجا

الكلمة الافتتاحية

الأستاذ الدكتور حميد بن شنييتي

رئيس جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة

بسم الله الرحمن الرحيم، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين. أما بعد،

- السادة والسيدات الأساتذة المحاضرون القادمون من الخارج، ومن مختلف الجامعات الجزائرية، السيد رئيس الغرفة التجارية والبحرية للمحكمة العليا،
- السادة الضيوف الكرام،
- السادة والسيدات الأفاضل من إدارات وباحثين،
- الطلبة والطلبات الأعزاء.

يسرني أن أرحب بكم اليوم في جامعة الجزائر1، بن يوسف بن خدة، وأن أتوجه إليكم بالشكر الجزيل على الحضور معنا والإسهام في أشغال هذا الملتقى الدولي الموسوم بـ : " تعايش الأنظمة القانونية في القانون الجزائري والمقاربات الجهوية للقانون ".

إن انعقاد هذا الملتقى في هذا الطرف بالذات الذي تعرفه الجزائر والمتميز بفتح ورشات عديدة لمراجعة بعض النصوص القانونية يكتسي أهمية بالغة، فالتصور القانوني في مختلف الأنظمة القانونية وفي مختلف دول العالم بما في ذلك الجزائر وبلدان المغرب العربي الكبير وفرنسا وغيرها لم يعد يتحدد بالمقتضيات الشكلية والصياغة الفنية لقواعده فحسب، بل أصبح معناه أكثر ارتباطا بما تفرضه المضامين السوسيولوجية التي تنطوي عليها قواعده، التي تعد تعبيرا حقيقيا عن ثقافة المجتمع وقيمه وهويته، وبالتالي فإن الأنظمة القانونية ما هي إلا انعكاس لفلسفة هي في حد ذاتها نتاج للمجتمع الذي تطبق فيه، وأن المجتمع هو الذي يطور بعض المبادئ والضوابط التي تضع الإطار التنظيمي المناسب لتطور العملية القانونية باستمرار.

ويبدو أن الجزائر على غرار بقية البلدان العربية والإفريقية وبلدان البحر الأبيض المتوسط كانت قد حظيت هي الأخرى في فتراتنا التاريخية التي تمتد إلى ما قبل الاحتلال الفرنسي (سنة 1830) بمجموعة من الأنظمة القانونية (من مصدر ديني وعري) أدت في نهاية المطاف إلى بروز، بالنسبة للجزائر، نظامين قانونيين متميزين:

نظام خاص من طبيعة إسلامية يعتبر مصدرا أساسيا لكافة القواعد القانونية المتعلقة بموضوعات قانون الأسرة ولبعض النصوص القانونية الأخرى، كتلك التي تتناول بالتنظيم الأموال الوقفية وهي النصوص التي استلهم القانون المدني منها بعضا من أحكامه بمناسبة مجلس العقد وفكرة مرض الموت والشفعة... إلخ. ونظام آخر من طبيعة لاتينية جرمانية، ومن نماذجه القانون الفرنسي الذي يعد مصدرا لمختلف فروع القانون الأخرى كالقانون الجنائي والتجاري والمالي... إلخ.

إن نظام القوانين المدنية هو نظام مغاير في جوهره للنظام الإسلامي سواء من حيث المبادئ أو الأساس أو أساليب التنظيم أو بالنسبة للمناهج المعتمدة في إعداد النصوص أو تفسيرها أو تطبيقها أو إلغائها أو حتى بالنسبة لطرق إصدار الأحكام والقرارات القضائية أو كيفية تنفيذها، الأمر الذي يجعل هذه النزعة الفرنسية تنفرد بمنهج خاص بها مغاير في الجوهر لمنهج الشريعة الإسلامية، سواء من حيث آليات التصور أو طرق الفهم و مبادئ التفسير و التطبيق، بل وكذلك في بعض المفاهيم والمصطلحات والميكانيزمات التي تحفل بها والتي تتطلب كلها منطقا متميزا في أساليب التفسير التي تمكن من التدقيق في المعاني الحقيقية لهذه المفاهيم القانونية داخل فئات معينة من التصنيف والتقسيم، وهذا المنهج هو المسيطر على التوجهات العامة للنظام القانوني الجزائري إذا ما استثنينا بعض الموضوعات الداخلة في نطاق الشريعة الإسلامية، وهو ما يبرز بكل وضوح خصوصية النظام المركب للقانون الوضعي الجزائري، وي طرح بالتالي إشكالية إمكان تحقق تعايش بين هذين النظامين على نحو لا يخلّ بتماسك النظام وانسجام عناصره حتى تتوافق قواعده وتتفاعل في تمام ووثام، ومدى إمكانية تجاوز عقبة الاختلاف بينهما في الطبيعة بمحاولة إدماجهما أو الجمع بينهما أو بين عناصرهما لتحقيق هذا التعايش المنشود و دونما أي إخلال بوحدة النظام القانوني و شموليته.

إن رفض محاولة الإدماج باعتبارها تؤدي إلى إرباك في النظام القانوني وإخلال في تماسك ما يقوم بين عناصره من انسجام أصبحت اليوم ضعيفة، في حين أن خيار وسيلة الاندماج القانوني يحدد بالنظر إلى أهمية التنوع القانوني كما تؤكد تجارب الاتحاد الأوروبي وجامعة الدول العربية، ومنظمة تنسيق قانون الأعمال الإفريقية باعتبارها تجارب هامة في هذا المجال لا سيما باعتبار التعقيدات بسبب تعدد اللغات (27 لغة في الاتحاد الأوروبي وعدة لغات للدول المتوسطة)، تعدد الأنظمة القانونية (نظام القوانين المدنية، القانون الأنجلو سكسوني، النظام الإسلامي و حتى النظام الاشتراكي)، والسعي إلى عصرنة القوانين (إفريقيا).
علما و أن هذه التجارب لجأت إلى طرق مختلفة، بعضها سعى إلى توحيد القوانين على غرار جامعة الدول العربية، وبعضها الآخر استعمل أسلوب تنسيق القوانين (الاتحاد الأوروبي) وبعضها الآخر لجأ إلى طريق تطابق القوانين (إفريقيا).

تلكم هي الإشكالية التي ستثيرها أعمالكم خلال اليومين المخصصين لهذا الملتقى الذي أعلن بصفة رسمية عن افتتاحه، متمنيا لكم كل التوفيق والنجاح.

الأستاذ علي فيلاي، الأستاذة خيار لحلو غنيمية والأستاذة واعراب سليمة ترجمة الأستاذ بن رقية بن يوسف بن أحمد

مقدمة عامة

إن تصور القانون، لم يعد يتحدد بالمقتضيات الشكلية والصياغة الفنية لقواعده، على اعتبار أنه فقط، مجموعة متماسكة من الضوابط والأدوات التقنية، تنظم وفقها -عادة- علاقات الناس لتسيير شؤونهم الاجتماعية، بضبطها سلميا قدر الإمكان، بل أصبح معناه، أكثر ارتباطا بما تفرضه مضامين علم الاجتماع التي تنطوي عليها قواعده والتي تعد تعبيرا عن ثقافة المجتمع وهويته.

هذا، وإذا كان من الثابت أن لكل مجتمع إنساني متماسك نمطه الثقافي الذي يحدد المعالم الأساسية لتوجهاته في التنظيم، فإنه في ذات الوقت يجب التسليم بحقيقة، أن الأنظمة القانونية عموما، وعلى تنوعها إنما هي انعكاس لفلسفة هي في حد ذاتها نتاج للمجتمع الذي تطبق فيه. وهكذا يمكن أن نبادر بالقول، بأن القانون، وإن كان عميق التجذر بالتركيبة الاجتماعية، فإن ذات المجتمع من زاوية أخرى هو الذي يطور مع مرور الزمن بعض المبادئ والأسس والضوابط التي تضع الإطار التنظيمي المناسب الذي تتطور العملية القانونية من خلاله وباستمرار.

كانت الجزائر، على غرار بقية البلدان الإفريقية، قد حظيت هي الأخرى في فترات التاريخ، التي سبقت الهيمنة الاستعمارية، مجموعة من الآليات التنظيمية شكلت إطارا قانونيا خاصا بها تبلورت عناصره على مر السنين، لتفرز منظومة تنظيمية متكاملة، تعززت - عمليا - بقضاء كان يستلهم حلوله التطبيقية من مجموع المبادئ والأحكام التي كان يستوحىها في الغالب، من الشريعة الإسلامية، وتارة أخرى، من مجموع الأعراف المحلية المتنوعة التي رسخت في عمق الوجدان الجماعي للجزائريين، والتي اتسع نطاقها في بعض الجهات من الوطن، كمنطقة القبائل شمالا ومنطقة ميزاب جنوبا. وما يلاحظ هو أن التطبيقات التي استمدت من الشريعة وتواتر العمل بها في هذه الفترة السابقة للاحتلال الفرنسي، لم تكن مقصورة على مسائل الأحوال الشخصية للمسلمين الجزائريين تحديدا، بل امتد سلطانها واتسع ليعطي جميع الأحوال المالية مدنية

كانت أو تجارية. وبهذه الكيفية المعممة في التنظيم، تحددت تدريجيا المعالم الأساسية لتركيبة المنظومة التنظيمية السائدة في ذلك الوقت.

أن هذا الوضع العام الذي أُلّفه الجزائريون في معاملاتهم ومنازعاتهم في فترة معينة من تاريخهم، لم يستمر مع البدايات الأولى للاحتلال، حيث تبددت ملامحه وتشوهت معالمه، خصوصا بعد ظهور محاولات كثيرة من المستعمر استهدفت في جوهرها فرض سياسة تشريعية جديدة، مع مطلع القرن 19، عن طريق ممارسة أسلوب الضغط المستمر على السكان الجزائريين الأصليين، وذلك بإرغامهم عنوة لتقبل منطق هذه السياسة والاستجابة لها، رغم ميلهم الشديد في التمسك بأهداف شريعتهم، عقيدة وديانة، ورغم تعارض ذلك مع ما تفرضه نزعتهم الوجدانية الثابتة تجاه كل ما توارثوه من عادات أو تقاليد أو أعراف اجتماعية جيل بعد جيل.

رغم كل ذلك، فقد ازداد إصرار المحتل في المضي وفق هذا المنهج، ولم يتردد في استبعاد قواعد وأحكام الشريعة الإسلامية من حيث الأصل في كل المسائل التي تتعلق بالمواد المدنية والتجارية والجنائية، ولم يعترف لها إلا بولاية محدودة في التطبيق، ولم يسمح بانعقاد اختصاصها سوى في مجال الأحوال الشخصية والميراث والأموال الوقفية استثناء، وذلك على تقدير أن هذا التقييد في هذه المسائل المسموح بها، والتي يجب أن ينسحب إليها التنظيم الإسلامي بصفة عامة، إنها ترتبط من وجهة نظر المحتل، بجوهر العلاقات العائلية الحيوية، ومن ثم يجب أن تشملها العناية الكاملة وتحاط بالاحترام الواجب، وتضان حرمتها الدينية المقدسة. وقد مهدت هذه النظرة في تعزيز هذا التوجه وهذه النزعة الجديدة في التعامل بالحرص مع ما تقتضيه الديانة الإسلامية، والاستمرار في الإبقاء عليها في كل ما يمت لهذه المسائل بصلة.

وبالفعل، فقد تعهدت الإدارة الفرنسية، بوجود التزام هذا المنهج، بالإبقاء على ضرورة تطبيق أحكام الشريعة على المسلمين الجزائريين في كل ما يتصل بأحوالهم الشخصية، وهذا ما تقرر رسميا وتؤكد بموجب الأمر الملكي الصادر بتاريخ 1834/07/14 وكذلك بمقتضى قانون Senatus consult الذي تلاه فيما بعد والصادر بتاريخ 1865/07/14.

وهو نفس الاتجاه الذي سار عليه القضاء الفرنسي في ذلك الوقت، حيث كان يبدي حرصه في الكثير من المناسبات على التذكير به في عدة قرارات التي أصدرها، ملمحا فيها للحكومة الفرنسية بهذا الحرص، على الاستمرارية في ضمان احترام أحوال المسلمين الشخصية، وحثها على إخضاع هذه المسائل لأحكام شريعتهم.

ومع هذه البدايات الأولى لعهد الاحتلال، وباتجاه تكريس هذه الفلسفة الجديدة، بادر المشرع الفرنسي باتخاذ جملة من التدابير القانونية، حددت ملامح السياسة التشريعية الجديدة، لعل أهمها، هو ما تعلق بالإجراء الخاص بتنظيم القضاء وجهاته، والذي جاء به الأمر الصادر بتاريخ 1842/09/26. وبموجب ذلك فقد تم إقرار فكرة ازدواجية النظام القضائي السائد، وتكريس الفصل بين اختصاصات المحاكم الفرنسية من جهة، وبين اختصاصات محاكم المسلمين من جهة أخرى، وهي التفرقة التي نجم عنها تقييد محسوس ومقصود في سلطات قاضي المسلمين، بالموازاة مع اتساع في الاختصاصات والسلطات الممنوحة لقاضي الصلح الفرنسي، لأن العدالة، من منظور المستعمر، تعد من أنجع الأدوات التي تتحقق بها مظاهر السيادة، وأسلوب قوي في إحكام قبضته في السيطرة والهيمنة.

وفي ذات السياق، صدرت عدة مراسيم، وهي كلها تدرج في إطار سياسة تعميق الفرق بين اختصاصات كل من قاضي المسلمين والقاضي الفرنسي. ومن بينها، نذكر مرسوم 1886/06/10 ومرسوم 1889/04/17، وتم التأكيد فيهما على فكرة التضييق هذه في سلطات قاضي المسلمين والحد من صلاحياته خارج حدود الأحوال الشخصية والمواريث، للإبقاء على اختصاصاته في هذين المجالين فقط. وعلى ذات المنوال تقريبا، تم التعامل مع "الغرفة الإسلامية للمراجعة" بتقييد اختصاصاتها أيضا، وهي الغرفة التي نظمت بموجب الأمر الصادر في 1944/11/23، واستحدثت على مستوى مجلس قضاء الجزائر، بغرض محدود، يتمثل فقط في قصر مهمتها في الحرص على تطبيق مبادئ القانون، والأعراف التي يخضع لها المسلمون الجزائريون.

ومع هذا التتابع في سير الأحداث وتطورها، تبلورت معالم نظام قانوني مزدوج، بتواجد نظامين قانونيين متميزين: نظام تتأسس أرضيته على الشريعة

الإسلامية، بمقوماته التنظيمية وأجهزته القضائية، من جهة، وآخر فرنسي بأسسه التنظيمية والقضائية من جهة ثانية.

وهذا الوضع قد دفع بالسلطات الفرنسية، وفي إطار محاولاتها الرامية إلى تمرير سياستها الاندماجية، وبالتمهيد لذلك، سعت نحو التقريب بين النظامين المتجاورين، من خلال محاولة جر الأهالي، للانطواء تحت أحكام منظومتهم والقبول بالنموذج الفرنسي بدل نموذجهم الشرعي الأصلي، الذي سينصهر مع الوقت ويذوب في النمط التنظيمي الفرنسي، فيحل هذا الأخير محل النمط التقليدي الأول.

وقد اندرجت المحاولة أو المبادرة التي شرع فيها، لتقنين القانون الإسلامي أو بالأحرى " تقنين الأحوال الشخصية "، في الجزائر، ضمن هذا السياق، ولو أن المساعي المبذولة في هذا الاتجاه لم تكفل بالنجاح. ويكفي هنا، التذكير بالمصير الذي آل إليه مشروع القانون الذي حمل تسمية " مدونة القانون الإسلامي " والذي أشتهر آنذاك بتقنين موراند \ CODE MORAND الذي تم الانتهاء من صياغته ومن نشره سنة 1961 إلا أنه مع ذلك لم يتم إصداره. ونفس هذه المحاولة الفاشلة تكررت في تونس أيضا في سنة 1944.

ومن الأسباب التي يقر بها البعض، في فشل هذه المحاولات، هو تفرد القانون الإسلامي وتميزه بطبيعة خاصة، تستعصي فنيا على التقنين بالمنهج الغربي، ولعل ذلك - أي نظرا لخصوبة الشريعة وتنوع أحكامها وخصوصيتها- هو الذي دفع ببعض القوى الدينية في ذلك الوقت إلى رفض فكرة تقنين الشريعة ومقاومة أي محاولة في هذا الاتجاه. وهو الرأي الذي استساغه جمهور علماء المسلمين الجزائريين عندما رفضوا مبدئيا فكرة أي إصلاح جديد للقانون الإسلامي بمحاولة تقنيه على الطريقة الغربية. وهذه هي الوجهة التي سلكها القضاء الإسلامي بمناسبة تطبيقاته لأحكام الشريعة في النوازل التي كانت تعرض عليه، فالثابت أن الرجوع إلى أحكامها كان يتأسس على المبادئ والأصول العامة لها، بالطريقة التقليدية وليس على الطريقة الجديدة المقننة.

ومباشرة بعد الإعلان عن استقلال الجزائر، طرحت بإلحاح مسألة جزارة القوانين كمسلمة أولية بل وكقناعة بالنسبة للمجتمع مسؤولين كانوا أو

مفكرين، حيث اعتبروها، ونظرا لطابعها الاستعجالي أولى التحديات التي ينبغي على الجميع مواجهتها بتسخير كل الطاقات وتوظيف كل ما من شأنه، أن يعزز إثبات استقلالية الذات الجزائرية بتحقيق متطلباتها وتطلعاتها، ورد اعتبارها، والاهتمام الكامل بإحياء مكونات الشخصية الجزائرية، وتدعيم كل ما من شأنه أن يرتبط بأصالة المجتمع وهويته من قيم متجذرة على مر العصور. ومن هنا تجلت الأهمية الأساسية للمكانة التي ينبغي أن يحتلها القانون إلى جانب اللغة العربية، باعتبارهما دعامتين أساسيتين في صقل مكونات ثقافة المجتمع الجزائري وإثبات هوية عناصره أو أفراده.

وانطلاقا من محددات هذه السياسة المختارة، تم اعتماد اللغة العربية كلغة رسمية وطنية. وبنفس الاهتمام والحرص حظيت الشريعة الإسلامية هي الأخرى باعتراف مماثل وتفردت بنظام خاص بها، حيث اعتبرت كمصدر لقوانين الدولة، وهذا الموقف تكرر مرارا وتأكيد علنيا ورسميا في عديد الخطابات والتصريحات السياسية لمسؤولين كبار في السلطة، بل وتجسد فعليا فيما بعد في النصوص الأساسية للدولة الجزائرية، حيث تضمنت كل الدساتير المتعاقبة والتي عرفتها الجزائر، بدء بدستور 1963 وانتهاء بدستور 1996 والذي تمت مراجعته بتاريخ 2002/11/10، النص على أن "الإسلام هو دين الدولة"، وأن "العربية هي اللغة الوطنية والرسمية"، وهذان العنصران الأساسيان اللذان يتصلان بمكونات الهوية الجزائرية، قد أضيف لها فيما بعد، مكون الأمازيغية في ظل دستور 1996، باعتباره لغة وطنية تطبيقا للمادة 3 مكرر منه.

وهذه المقومات مجتمعة، شكلت بحسب ديباجة دستور 1963 قوى مقاومة ضد أي استهداف استعماري لطمس الشخصية الجزائرية. وهي ذات الوجة التي تعززت بوضوح في ظل الميثاق الوطني الصادر بتاريخ 1976/06/27.

ومعلوم أن هذه الوثيقة الأساسية قبل إلغائها، كانت تعد بمثابة المصدر الأساسي والعلوي لقوانين الجمهورية. لذلك، ومن أهم ما جاء فيها على وجه الخصوص بمناسبة رسم أهداف الثورة الثقافية، هو وجوب توافق هذه الأهداف، مع "الأخلاق الإسلامية" وعدم تعارضها مع مبادئ الثورة الاشتراكية بالتحديد الذي جاء به الميثاق الوطني. على أنه، وبمثل ما ورد ذكره في الدساتير التي عرفتها

الجزائر إتباعا، فقد أكد الميثاق الوطني على أهمية مكانة الإسلام بتحديد دوره في الأنظمة القانونية للدولة، حيث نص صراحة على " أن الإسلام هو دين الدولة " كما أوجب أن يكون رئيس الجمهورية " مسلم الديانة " وفرض عليه تأدية اليمين الدستورية، واحترام وتمجيد الديانة الإسلامية، واشترط أخيرا، في أي مشروع مراجعة الدستور، ألا يكون فيه مساسا بديانة الدولة (أي الإسلام).

وعلى هذا الأساس، تم تكريس هذه الثوابت، باعتبارها أساليب مشروعة كفيلة باستعادة السيادة الوطنية. فصدرت عدة قرارات في هذا الاتجاه، وهي في مجموعها، تتعلق بهذا المطلب الشرعي السيد، الذي يجب أن تنعكس آثاره على حياة المواطن عمليا وفي شتى المجالات، وحتى لا يبقى شعارا فارغا من أي محتوى، ويكفي هنا الاستشهاد بما أكده المرحوم الرئيس هواري بومدين حول مسألة استعمال اللغة الوطنية في المجال القضائي، عندما صرح بأنه من غير المقبول عقلا ومنطقا، أن يحضر المواطن خصومته ويتابع أطوار جلساتها بلغة غريبة عنه، وعليه أوجب أن تستعيد هذه اللغة العربية وعلى الفور مكانتها في القضاء وعلى جميع مستوياته.

وعلى نفس الوتيرة، واصل النظام سياسته في هذا المجال، فشرع بالفعل في تعريب التعليم بمختلف أطواره، كما قرر العمل على أسلمة المجتمع إتباعا، بمقتضى سلسلة من التدابير المتخذة في هذا الشأن أهمها المرسوم الصادر في 16/08/1976 والذي تم فيه ترسيم يوم الجمعة كيوم عطلة أسبوعية بدلا من يوم الأحد، وفي مرسوم آخر صادر في 12/03/1976، منع وحرم بيع المشروبات الكحولية للمسلمين، وفي فيفري 1980 جاء مرسوم آخر يتضمن دعوة وزارة الشؤون الدينية إلى بذل عناية أكبر في تطوير الفهم الإسلامي على ضوء المبادئ الاشتراكية للنظام القائم آنذاك. ولكن ما يستدعي الانتباه هنا، هو أن الوضع القانوني المرتبط بتلك الفترة، أربكه موروث تاريخي ثقيل، امتد لعدة سنوات، كان يصعب من الناحية الواقعية التحرر النهائي من تبعاته في لحظة، خصوصا وأن المجتمع الجزائري لم يعرف استقلاله إلا بعد معاناة مأساوية دامت قرابة 132 سنة من الاحتلال. ولاشك أن هذا العبء التاريخي قد انعكست آثاره السلبية على واقع المجتمع الجزائري، بعد الاستقلال، فتحوّلت إلى معوقات حقيقية كان يصعب

تجاهلها في هذه الفترة الانتقالية. وفي مواجهة هذه التحديات وحرصا منها على سد الثغرات أو الفراغات القانونية المحتملة، وجدت السلطات العمومية الجزائرية نفسها مرغمة على تقبل فكرة تمديد التشريعات السارية المفعول في 1962/12/31 والعمل على استمرارية تطبيقها، إلا أن هذا الوضع الخاص الذي تراخى لعدة سنوات قد توقف بالفعل في 1975/07/05 وهي السنة التي تقرر فيها، كما هو معلوم، إلغاء التشريعات السابقة القديمة وإحلال أخرى جديدة أكثر ملائمة وتوافقا مع خصوصية الهوية العربية الإسلامية للمجتمع الجزائري ولنظامه الاقتصادي والسياسي، وما يلاحظ، هو أن هذه السياسة التشريعية المنتهجة من طرف المشرع لم تؤد إلى إحداث قطيعة حقيقية مع القانون الفرنسي الذي أعتبر بحق كأحد أهم وأقوى مصادر الإلهام والإيحاء للتشريع الجزائري الجديد في مختلف فروعها.

فعلى سبيل المثال نجد القانون المدني الصادر في 1975 قد تضمن كثيرا من الأحكام المستوحاة مباشرة من القانون المدني الفرنسي: فالمادة 54 والمادة 124 منه، والمتعلقين على التوالي بالعقد والمسؤولية عن الفعل الشخصي، تم نقلهما حرفيا، ومباشرة من المواد 1101 و1382 من القانون المدني الفرنسي.

وعلى صعيد آخر، أعتبر قضاء محكمة النقض الفرنسية في كل ما يتصل بالمبادئ والقواعد الأساسية للالتزامات، مصدرا إيجابيا مؤثرا على توجهات السياسة التشريعية لمشرعنا في تناول هذه المسائل. وما يصدق في مجال القانون الخاص، موضوعيا أو إجرائيا، ينسحب أيضا بالنسبة لمجالات الفروع الأخرى للقانون، كالقانون الجنائي مثلا.

ومن اللافت في هذا الصدد، أن النظام القانوني الجزائري قد آثر فكرة تقسيم القانون إلى عام وخاص، وتبنى فكرة تصنيف قواعده إلى أمرة ومكملة على منوال القانون الفرنسي. والظاهر أنه بتكريسه هذا التقسيم، الذي ترتد أصوله التاريخية إلى القانون الروماني، فإن المشرع يكون قد أقر في نفس الوقت بأساس هذه التفرقة أيضا في مختلف فروع القانون بوجه عام.

على أن عملية التصنيف هذه وما تقوم عليه من فوائد علمية وعملية، إنما تعد أيضا منطلقا حاسما للإحاطة بكل فروع القانون وبكافة المجالات التي

تشملها القواعد القانونية بالتنظيم، وأساسا يجب التعويل عليه أيضا للتعرف على مختلف التخصصات النوعية التي يتيحها المجال الواسع والمتشعب لعلم القانون بمختلف موضوعاته وتفريعاته.

ومهما يكن، فإن التشريع الوضعي الجزائري، وبقطع النظر عن الطابع الفرنسي الغالب عليه، وعن درجة تأثره كذلك بكل من القانون المصري أو الشريعة الإسلامية، فهو من الناحية المبدئية يغطي كل مجالات القانون، وذلك لافتراض سريانه على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها وفقا للمادة 1-1 مدني، إلا أن ذلك من الناحية الواقعية، ولافتراض أو احتمال وجود نقص فيه، فهو لا يشكل إلا أحد أهم مكونات القانون الوضعي الذي تتعدد مصادره إلى أصلية واحتياطية، وهو الوضع الذي يسمح فيه للشريعة الإسلامية بالوقوف خلف النص تارة لتكملة نقصه، باعتبارها مصدرا رسميا احتياطيا للقانون، حيث يستطيع القاضي الرجوع إلى أحكامها ومبادئها في كل مرة، وعندما لا تسعفه النصوص في إيجاد حل لتطبيقها ومن جهة أخرى تفرض الشريعة الإسلامية نفسها كمصدر أصلي أساسي بالنسبة لكافة موضوعات قانون الأسرة، سواء ما تعلق منها بحالة الأشخاص أو الزواج أو النسب أو الموارث وبصفة عامة، بالنسبة لكل قواعد والنصوص التي تضمنها قانون الأسرة الصادر في 1984 والمعدل في 2005 بالأمر رقم 02/05 الصادر بتاريخ 2005/02/27، كما أنها اعتبرت كذلك مصدرا ماديا للقوانين، ولم تكتس وصف الوضعية إلا بعد أن قننت أحكامها على الطريقة الفرنسية في قانون الأسرة السالف الذكر.

وقد ترتب على هذا الوضع الجديد بإتباع أسلوب تقنين أحكام الشريعة في قانون الأسرة على المنهج الغربي الأوروبي، مفارقات كبيرة بين أحكامها الأصلية الأولى وبين ما تضمنه قانون الأسرة من قواعد وفق هذه الطريقة الجديدة في تناول المسائل المتعلقة بقضايا الأسرة الجزائرية، وهو ما زاد في تعميق الهوة بين الخطاب السياسي والحقيقة الواقعية للمجتمع مع مرور الزمن ومع تغير الظروف.

وبناء على هذا التشخيص العام للحقائق السابقة، يمكن لنا إبداء بعض الملاحظات حول طبيعة النظام القانوني الجزائري، الذي يعرف فعلا نظامين قانونيين متميزين: نظام خاص من طبيعة إسلامية يعتبر مصدرا أساسيا لكافة

القواعد القانونية المتعلقة بموضوعات قانون الأسرة، ولبعض النصوص القانونية الأخرى كتلك التي تتناول بالتنظيم الأموال الوقفية، وهي النصوص التي استلهم القانون المدني منها بعضا من أحكامه بمناسبة مجلس العقد وفكرة مرض الموت والشفعة إلخ ونظام آخر من طبيعة "لاتينية جرمانية"، وهو الذي يمثله القانون الفرنسي بحيث يعد هذا الأخير مصدرا لمختلف فروع القانون الأخرى كالقانون الجنائي والتجاري والمالي إلخ.... وهذا النظام المغاير في جوهره للنظام الأول سواء من حيث المبادئ أو الأسس أو أساليب التنظيم، بل وتتسع هيمنته حتى بالنسبة للمناهج المعتمدة سواء في إعداد النصوص أو تفسيرها أو تطبيقها أو إلغائها، أو حتى بالنسبة لطرق إصدار الأحكام أو القرارات القضائية أو كليات تنفيذها، ومن هنا تتفرد هذه النزعة الفرنسية بمنهج خاص بها مغاير في جوهره لمنهج الشريعة الإسلامية من ناحية آليات التصور أو طرق الفهم ومبادئ التفسير والتطبيق، بل وكذلك في بعض المفاهيم والمصطلحات والآليات التي تحفل بها والتي تتطلب كلها منطقا متميزا في أساليب التفكير التي تمكن من التدقيق في المعاني الحقيقية لهذه المفاهيم القانونية داخل فئات معينة من التصنيف والتقسيم، وهذا المنهج بمختلف جوانبه هو المسيطر على التوجهات العامة للنظام القانوني الجزائري، خارج الدائرة التنظيمية للقانون الإسلامي في الموضوعات الداخلة في نطاق اختصاصاته.

ومن هنا تتجلى بوضوح معالم الخصوصية لهذا النظام المركب للقانون الوضعي الجزائري، وهي تثير بالنظر إلى تواجد نظامين مختلفين بداخله، إشكالية إمكان تحقق تعايشهما على نحو لا يخل بتماسك النظام وانسجام عناصره، حتى تتوافق قواعده وتتفاعل في تمام ووثام، وإذن فهل يمكن تجاوز عقبة الاختلاف بينهما في الطبيعة، بمحاولة إدماجهما أو الجمع بينهما أو بين عناصرهما لتحقيق هذا التعايش المنشود دونما أي إخلال بوحدة النظام القانوني وشموليته؟

هذا وباتجاه رفض أي محاولة من هذا القبيل رأى البعض، في فكرة الإدماج المثارة إرباكا للنظام وإخلالا في تماسك ما يقوم بين عناصره من انسجام، بل وفي تصورهم أنه من غير المستساغ عقلا ومنطقا إخضاع المسألة التنظيمية إلى أسلوبين متميزين في الأسس.

إلا أن البعض الآخر، لا يرى مانعا من حصول ذلك ومن قصور إمكانية هذا التعايش بين الأنظمة المختلفة. لكن وفي خضم تصادم هذين الرأيين بين مناصر ومناهض لتعايش الأنظمة القانونية ترتسم معالم المقاربة الجديدة في معالجة هذه المسألة وهي التي تستدعي ضرورة تجاوز ذلك بالتوقف مليا عند مجموع الآليات الفنية والعملية التي تسمح فعلا بتسيير هذا التواجد بين الأنظمة المختلفة هدفا في تحقيق تعايشها بعيدا عن التضارب أو التناقض أو التناظر المحتمل بين قواعدها.

بالإضافة إلى هذه الاعتبارات على المستوى الداخلي، ظهرت كذلك مشكلة تنوع الأنظمة القانونية على المستوى الدولي، لا سيما وأن اختلاف القواعد القانونية كان عائقا لاستحداث فضاءات اقتصادية مندمجة فرضتها البيئة الاقتصادية الدولية. كما كان هذا التنوع أيضا سببا في انعدام الأمن القانوني وتحفظات على القاضي الأجنبي.

تاريخيا، كان تجاوز هذه الصعوبات يتم من خلال الاتفاقيات الدولية، ولو أن فيها بعض التردد لكون هذه الوسيلة تعد خرقا للسيادة الوطنية للبلدان، فضلا عن المشاكل التي يثيرها التسييق بين قواعد القانون الدولي وقواعد القانون الداخلي. وقد ظهرت في وقتنا الحالي طرق جديدة لتفادي مساوئ هذا التنوع القانوني والتي تتمثل في تسييق قوانين البلدان التي تنتمي إلى نفس المنطقة أو توحيدها أو تطابقها، على غرار ما هو موجود في الاتحاد الأوروبي والعالم العربي والافريقي والمتوسطي عموما.

ومن الواضح أن مثل هذه الاندماجات الجهوية لا يمكن تصورها إلا بوجود عناصر تقارب واضحة وبارزة بين دول المنطقة، خصوصا في المجال الثقافي والتاريخي والأيدولوجي والتنمية واللغة. غير أنه للوهلة الأولى وبالنظر إلى الطابع النسبي للعلوم القانونية يظهر أن مجهودات الاندماج القانوني احتمالية، كلما كنا بصدد اختلاف في التقاليد القانونية أو في اللغات.

والملاحظ أنه في أغلب الأحيان لا تتسع المجهودات المبذولة في إطار الاندماج القانوني كل العلاقات القانونية، حيث يتبين من مختلف التجارب الدولية على اختلاف الأصعدة أن المجالات التي لا تثير صعوبات كثيرة بشأن توحيد أو تسييق القواعد القانونية هي تلك التي تكون مقصورة على التبادلات الاقتصادية، أو ما

تعلق بالفروع الجديدة للقانون، مثل قوانين البيئة، والملكية الفكرية والعمران. وبصفة عامة كل مالم يتعارض مضمونها مع المبادئ والتقاليد الراسخة في القوانين الوطنية. أو بعبارة أخرى المواد التي يغلب عليها الطابع التقني.

أما فيما يتعلق بالطرق المستعملة في تحقيق هذا الاندماج القانوني، فإنها تشمل تنسيق القوانين، وتوحيدها، وتطابقها. وطريقة تنسيق القوانين هذه لا تلزم الدول الأعضاء إلا بتحقيق النتيجة المقررة في إطار عملية تنسيق القوانين، بحيث تترك لهم الحرية بشأن تقرير الأحكام التي يرونها أكثر انسجاما و تطابقا مع قيمهم، كما هي الحال بالنسبة لتجسيد التوجيهات الأوروبية. وللتذكير أن البلدان الأعضاء في الاتحاد الأوروبي يتكلمون 24 لغة ولهم ثلاثة أنظمة قانونية.

وأما طريقة تطابق القوانين، فإنها تتطلب التزاما أكبر من الأعضاء، إذ تقتضي منهم تنظيم مادة معينة بصفة مدققة في وثيقة موحدة، لا يمكن مخالفتها، وهذا ما هو ساري العمل به بالنسبة لأعمال المطابقة التي تقوم بها منظمة تنسيق قانون الأعمال افريقيا (OHADA). وتجدر الملاحظة في هذا الشأن أن الانشغال الأول بالنسبة للبلدان الافريقية هو تحديث مجتمعاتهم من خلال التخلي عن التقاليد القانونية المحلية ووضع قوانين مكتوبة ومدونة، مستلهمة من القانون الغربي.

أما أسلوب توحيد القانون فهو عملية تتمثل في إعداد نص قانوني واحد ينظم مسألة معينة، يتم تطبيقه مباشرة من قبل الدول الأعضاء، علما وأن هذا النص لا يتعارض مع النظام الداخلي للبلدان الأعضاء، ويبدو أن هذه الطريقة هي المعتمدة من قبل الدول العربية والتي تجد مبرراتها في وحدة عوامل ومقومات عديدة في مقدمتها وحدة اللغة والانتماء إلى الحضارة العربية الإسلامية.

أما خيار وسيلة الاندماج القانوني يحدد بالنظر إلى أهمية التنوع القانوني، ونرى في هذا الشأن أن تجارب الاتحاد الأوروبي ومنظمة تنسيق قانون الاعمال الافريقية والجامعة العربية (لا سيما مجلس وزراء العدل العرب الذي من مهامه تحديث النظم العربية القضائية وتطويرها وتوحيدها)، وقد انشأ في هذا الاطار المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية. ونظرا لثراء هذه التجارب، فهي تمكنا من دون شك من تسليط الضوء أكثر على مسألة تعايش الأنظمة القانونية.

وبناء على ما تقدم، تتمحور أشغال هذا الملتقى الدولي حول المحاور الأربعة الآتية:

- ✓ تعايش الأنظمة القانونية في القانون الجزائري،
- ✓ دراسة مقارنة لبعض الحالات القانونية (قانون خاص وقانون عام)
- ✓ تجارب الاتحاد الأوروبي والمنظمة الافريقية والجامعة العربية في مجال توحيد وتنسيق القوانين
- ✓ تجارب بلدان البحر الأبيض المتوسط.

LES ANNALES DE L'UNIVERSITE D'ALGER1
BENYOUCEF BENKHEDDA

**LA COHABITATION DES SYSTEMES
JURIDIQUES DANS LE DROIT
ALGERIEN ET LES APPROCHES
REGIONALES DU DROIT**

*Sous la direction des professeurs
Hamid BENCHENITI & Ali FILALI
Université d'Alger1*

*Réalisation
Chahinez BELOUAHCHI*

*Colloque international
Alger 24&25 novembre2015*

Sommaire

<i>Allocution d'ouverture</i>	04
<i>Introduction générale</i>	07
S. GHAOUTI	
L'influx de la constitution française du 04 octobre 1958 sur les successives constitutions algériennes.....	18
A. CABANIS	
Le modèle constitutionnel algérien : innovations et relais d'influences ?	40
R. SANA	
La laïcité et la cohabitation des systemes juridiques dans les constitutions des états maghrébins.....	67
A. FILALI	
La codification du droit de la famille : une harmonisation aléatoire du droit algérien.....	89
F. BENABBOU-KIRANE	
Historicité de la norme islamique.....	129
K. HADDOUM	
Une approche régionale de l'harmonisation du droit des affaires : l'exemple de l'OHADA.....	171
A. BENCHENEB	
Le droit européen des investissements et le devenir du traitement juste et équitable.....	203
F. LECLERC	
Droit communautaire et droits nationaux: exemple de la méthodologie d'une intégration juridique.....	226

A.TRESCASES

La place du processus consultatif dans le choix final d'un instrument d'intégration juridique : l'exemple topique du droit européen des contrats..... 272

F.OSMAN

La cohabitation des systèmes juridiques des pays arabo-musulmans dans l'aire méditerranéenne et le dépassement des mythes..... 294

P. DELEBECQUE

Les contrats du commerce international. le modèle d'unidroit : un modèle universel ?..... 332

Traduction

Allocution d'ouverture du professeur Hamid BENCHENITI, Recteur de l'Université d'Alger1 Benyoucef BENKHEDDA

Au nom de Dieu, le clément, le Miséricordieux ;
Paix et bénédiction sur son messager

Mrs les professeurs conférenciers venus de l'étranger et des différentes universités algériennes, M. le président de la chambre commerciale et maritime de la Cour Suprême,

Honorables invités,

Mesdames, Messieurs les cadres et chercheurs,

Chers étudiants,

Permettez moi, tout d'abord de vous souhaiter la bienvenue à l'université d'Alger1 Benyoucef BENKHEDA et de vous adresser mes vifs remerciements pour votre présence parmi nous et votre participation aux travaux de ce colloque international ayant pour thème « **La cohabitation des systèmes juridiques dans le droit algérien et les approches régionales du droit** ».

La tenue de ce colloque en ce moment précis, où l'Algérie a ouvert plusieurs chantiers pour la révision de certains textes de loi, présente un intérêt considérable. La conception du droit, aussi bien dans les différents systèmes juridiques que par les différents pays, dont l'Algérie, les pays du Maghreb, la France et autres, n'est plus assujettie aux seules exigences d'ordre formel et rédactionnel des règles juridiques, mais elle relève davantage de leur contenu sociologique.

Celles-ci sont, en fait, l'expression fidèle de la culture de la société, de ses valeurs et son identité et qu'ainsi, le système juridique est le reflet d'une philosophie, qui est elle-même un produit de la société, dans laquelle le droit est appliqué. C'est également la société qui commande l'évolution des principes et des normes en définissant le cadre réglementaire dans lequel évolue continuellement le droit.

L'Algérie a l'instar des autres pays arabes, africains et méditerranéens a connu au cours de son histoire jusqu'à la veille de la colonisation française plusieurs systèmes juridiques (coutumier, religieux) et au final, deux systèmes juridiques ont émergé :

Le système islamique est la source principale en matière de droit familial, ainsi que certains textes, dont ceux relatifs aux biens wakfs. Ce système a inspiré, par ailleurs, certaines dispositions du Code civil, à propos de la séance contractuelle, de la dernière maladie et du droit de préemption etc. L'autre système dit romano germanique, a inspiré, sous l'influence du droit français, l'ensemble des règles des autres branches du droit, tel le droit pénal, le droit commercial et le droit fiscal...

Le système des droits dits civilistes est un système substantiellement différent du système islamique, que ce soit au plan des principes, des fondements, des procédés et des méthodes d'élaboration des textes, leur interprétation, leur application. Il en va de même pour les procédures judiciaires suivies pour le prononcé du jugement, son exécution etc. Ainsi l'approche du droit français se singularise par sa méthodologie de celle du système islamique, qu'il s'agisse de la manière de concevoir les choses, des méthodes de compréhension et d'interprétation afin de préciser le contenu des concepts juridiques, objet, d'ailleurs de classifications etc. Faut-il relever également des différences dans les concepts, leur signification etc.

Ce système du droit français semble être dominant, puisque le système islamique ne concerne que les questions relatives au droit de la famille. Ainsi, se manifeste l'originalité du droit algérien : un droit composite, qui soulève en même temps, le problème d'une possible cohabitation entre deux systèmes juridiques. Rappelons à cet égard, que la distinction entre les différents systèmes juridiques tient à des considérations substantielles et qu'à priori toute tentative d'intégration, de combinaison ou d'assimilation même partielle entre les systèmes serait vouée à l'échec. Or, cela ne serait être le point de vue de certains auteurs qui croient plutôt à une possible cohabitation entre systèmes juridiques.

Aujourd'hui, nous assistons au développement d'une nouvelle démarche pour venir à bout des inconvénients de la diversité juridique, celle de l'harmonisation, de l'unification et/ou de l'uniformisation des droits de pays appartenant à une même région, telle l'Europe, le monde arabe, l'Afrique, etc. Ces expériences sont d'une grande importance du fait des éléments de complications rencontrés à propos de la diversité des langues (27 langues en Europe, plusieurs langues pour les pays de l'Union de la méditerranée), de la multiplicité des systèmes juridiques (système des droits civilistes, Droit Anglo-saxon, système islamique, système de droit socialiste) et des objectifs recherchés notamment la modernisation du droit (Afrique). Ces expériences ont eu recours à des méthodes différentes que sont l'harmonisation, l'unification et l'uniformisation.

Tels sont les termes de l'introduction générale du colloque dont vous allez débattre durant ces deux jours. Aussi, Nous déclarons l'ouverture officielle des travaux du colloque et vous souhaitons plein succès pour vos travaux.

Introduction générale:

Le droit - conçu comme un ensemble de techniques permettant aux hommes de mener une vie organisée, aussi pacifique que possible - est aussi l'expression d'une culture. Ainsi, l'Algérie, à l'instar des autres pays africains disposait, avant d'être placée sous domination française, de son propre droit et de sa propre justice, issus de coutumes locales très variées, notamment dans les régions de Kabylie et du M'zab. Nous noterons en outre, que, d'une manière plus générale, la chari'a ou droit musulman régissait alors, tous les domaines de la vie sociale, autant le statut personnel que les relations civiles et commerciales. Ainsi était constitué l'essentiel du corpus juridique de l'époque.

Le phénomène de la colonisation, apparu au début du 19^{ème} siècle, allait bouleverser le cours de l'histoire puisque les puissances coloniales se sont attachées à imposer aux populations autochtones intrinsèquement et fortement imprégnées de la loi musulmane, de leurs coutumes et du droit colonial. Le gouvernement français ayant pris conscience rapidement que les rapports familiaux formaient la partie sacrée du droit coranique, il s'était engagé à respecter la religion musulmane et à maintenir aux algériens leurs lois et coutumes, d'où le sénatus-consulte du 14 juillet 1865, précédé par l'ordonnance royale du 14 juillet 1834, visant à maintenir l'application du droit musulman au statut personnel. C'est ainsi que le colonisateur français a délibérément réduit le champ d'application de la chari'a au statut personnel, aux successions et aux biens wakfs, l'écartant ainsi en matière civile, commerciale et pénale. La jurisprudence rappelait également,

comme l'attestent certaines décisions judiciaires cet « engagement solennel que le gouvernement français continue à assurer aux musulmans le respect du statut personnel ».

Toutefois, dès les premières années de la colonisation, des mesures importantes ont été engagées par le législateur, dont la plus importante fut sans doute, celle relative à l'organisation de la justice. C'est ainsi que l'ordonnance du 26 septembre 1842 a établi une distinction entre les tribunaux français et les tribunaux musulmans. Dans le même temps, on réduisait les prérogatives des cadis au profit du juge de paix qui jouissait de ce fait, de pouvoirs étendus, la justice étant un des attributs de la souveraineté. Plusieurs textes dont le décret du 10 septembre 1886 et celui du 17 avril 1889 relatifs à l'organisation de la justice musulmane en Algérie, confirmaient une fois de plus, la limitation des pouvoirs du cadi au statut personnel et aux successions. Même la chambre de révision musulmane près de la Cour d'Alger qui avait été instituée par une ordonnance du 23 novembre 1944, était chargée uniquement de veiller à la stricte application des principes de droit et des coutumes qui régissaient les musulmans.

L'on assista ainsi à l'émergence d'un dualisme juridique ou coexistence de deux systèmes juridiques, d'une part le système juridique basé sur la loi musulmane, avec ses structures et ses juridictions, et d'autre part le système colonial avec son droit -le droit français- avec également ses structures et ses juridictions. Les autorités coloniales, dans le cadre d'une politique d'intégration et d'assimilation de la population autochtone, avaient bien essayé de procéder à un rapprochement des deux systèmes juridiques par l'adhésion des « indigènes » au modèle colonial qui devait absorber le modèle traditionnel par l'unification et se

substituer à lui en le recréant. Pour cela une tentative de codification du droit musulman, particulièrement celui du statut personnel, a échoué en Algérie, comme ce fut également le cas en Tunisie en 1944. Le projet dit « code du droit musulman algérien » ou « code Morand » n'a d'ailleurs jamais été promulgué, bien qu'achevé et publié en 1916. La résistance du droit musulman était grande et certaines forces religieuses étaient réfractaires à cette œuvre codificatrice. Les Oulémas, dans leur ensemble, ont aussi rejeté la réforme du droit musulman. Les juridictions appliquaient de ce fait la chari'a telle transcrite originellement.

A l'indépendance, l'algérianisation du droit était une simple évidence. Pour les dirigeants politiques, comme pour les penseurs algériens, le défi des premières années postindépendance était bien la réappropriation de toutes les valeurs qui soutenaient son authenticité; le droit occupant à cet égard au même titre que la langue, la première place.

La consécration de la langue arabe en tant que langue nationale et officielle et la reconnaissance d'un statut particulier au droit musulman ont été affirmées et réaffirmées solennellement, aussi bien dans les discours politiques préconisant un retour aux sources du droit musulman que dans les textes fondamentaux. En effet, toutes les constitutions qu'a connues le pays, de 1963 à la dernière en date du 28 novembre 1996, révisée le 10 novembre 2002 ont proclamé : l'Islam religion de l'Etat et l'arabe langue nationale et officielle. Ces composantes fondamentales de l'identité algérienne auxquelles s'est ajoutée plus récemment –Tamazight – reconnue également comme une langue nationale par la constitution de 1996, en son article 3 bis, ont été, conformément au préambule de la constitution de 1963, « des forces de résistance efficaces contre la tentative de dépersonnalisation des algériens menée par le régime colonial. ».

La charte nationale du 27 juin 1976, considérée comme la source suprême, aujourd'hui abrogée, avait édicté le principe selon lequel : « La révolution culturelle a notamment pour objectif d'adopter un style de vie en harmonie avec la morale islamique et les principes de la révolution socialiste tels que définis par la charte nationale. ». Tout comme la charte, la constitution algérienne, a défini la place et le rôle de l'islam dans les institutions en disposant que : « L'islam est la religion de l'Etat », que « Le président de la république doit être de confession musulmane », qu'il prête serment de respecter et glorifier la religion musulmane, et qu'aucun projet de révision constitutionnelle ne doit porter atteinte à la religion d'Etat ».

Pour concrétiser ces constantes, des décisions capitales ont été prises au fil des années, plus précisément en 1970, pour marquer une revendication légitime mais surtout pour affirmer la souveraineté nationale, une souveraineté que chaque citoyen doit ressentir dans tous les domaines, principalement l'un des plus sensibles, à savoir la justice. En effet en dehors des lois qui doivent évoluer au fur et à mesure que la société progresse dans son expérience du modernisme confronté à l'authenticité que l'on ne saurait négocier, la langue dans laquelle s'exprime cette justice est essentielle. La référence au président feu Houari Boumédiène qui n'acceptait pas que le citoyen algérien assiste en étranger à son propre procès est édifiante à cet égard. La langue arabe doit retrouver sa place dans les prétoires.

Dans le même ordre d'idée, le régime algérien a décidé l'arabisation de l'enseignement et l'islamisation de la société qu'il a mises en œuvre par une série de mesures. Un décret a ainsi été promulgué le 16 août 1976 pour l'application du repos hebdomadaire le vendredi au lieu du dimanche et le 12 mars 1976, la vente des boissons alcoolisées a été interdite officiellement

aux musulmans. En février 1980 un décret a demandé au ministère des affaires religieuses de veiller à développer la compréhension de l'islam en expliquant les principes socialistes du régime ». Pourtant la réalité juridique du moment est toujours tributaire de l'histoire. En effet cent trente-deux ans de colonisation et d'acculturation ont contraint, à l'indépendance les pouvoirs publics qui devaient faire face à la nouvelle donne à reconduire jusqu'à nouvel ordre la législation en vigueur au 31 décembre 1962.

Cette situation a perduré jusqu'au 5 juillet 1975 où il a été décidé d'abroger la législation antérieure par une autre plus adaptée à la société algérienne arabo-musulmane et au régime économique et politique du pays. Il y a lieu de dire qu'il n'y a pas eu lieu en fait, rupture totale avec le droit français qui constitue de façon indéniable, la source d'inspiration la plus importante de la législation nationale. A titre d'exemple le Code civil promulgué en 1975 contient des dispositions inspirées directement du droit français ; les articles 54 et 124 du Code civil algérien relatifs, l'un au contrat et l'autre à la responsabilité du fait personnel sont une reprise intégrale des articles 1101 et 1382 du Code civil français. De même la jurisprudence de la Cour de cassation, qui a fixé les règles essentielles des obligations a été également une source d'inspiration du législateur algérien. Un constat identique peut être établi en ce qui concerne les autres branches du droit, que ce soit en matière pénale, procédure pénale ou civile etc.... Il convient de souligner à cet effet, que le système juridique algérien a repris la classification droit public-droit privé, *summa divisio* issue du droit romain. C'est à partir de cette division que s'ordonnent toutes les branches du droit, aussi bien les divers domaines couverts par les règles de droit que les diverses disciplines de la science juridique.

Le droit positif algérien, sous forte influence du droit français mais aussi, à des degrés moindres, du droit égyptien et du droit musulman, couvre tous les domaines du droit. Le droit musulman est, en effet, considéré de par la loi, comme une source subsidiaire du droit auquel, le juge peut recourir en l'absence d'une disposition légale. L'article premier alinéa 2 du Code civil s'est exprimé clairement dans ce sens « En l'absence de disposition légale, le juge se prononce selon les principes du droit musulman, et à défaut selon la coutume. ».

Le droit musulman s'impose comme source principale en matière de droit de la famille, l'état des personnes, mariage, filiation et succession et toutes ses règles sont consignées dans le Code de la famille de 1984 modifié en 2005 par l'ordonnance n°05-02 du 27 février 2005.

L'on peut à cet effet, remarquer que les « codes originels classiques (ou de droit musulman pur) ne sont devenus qu'une source matérielle et d'inspiration du droit produit exclusivement par les autorités législatives. Ce droit, désormais positif a été codifié à la manière européenne en 1984 et l'on peut même trouver des écarts par rapport aux règles de la codification originelle, ce qui traduit bien l'œuvre réformatrice. La tendance à l'occidentalisation du droit, en général, est bien évidente.

Le droit Algérien est aujourd'hui à cheval sur deux systèmes juridiques: le système de droit musulman qui est la source principale des règles de fond du Code de la famille, et de certains textes particuliers, telle la loi sur les biens wakfs, et a inspiré également certaines dispositions du Code civil, telles la séance contractuelle, la dernière maladie, la châfaa etc. alors que le système romano-germanique a inspiré à travers l'influence du droit français, la quasi-totalité des règles de fond gouvernant les autres disciplines du droit, tels le droit commercial, le droit

administratif, le droit pénal etc. Faut-il souligner, aussi que les instruments d'élaboration des textes (lois écrites, classifications juridiques, catégories juridiques, vocabulaire juridique etc.), ont été empruntés au droit français.

Ainsi, se manifeste l'originalité du droit algérien qui soulève en même temps, le problème d'une possible cohabitation entre deux systèmes juridiques. Rappelons tout d'abord, que la distinction entre les différents systèmes juridiques tient à des considérations substantielles et qu'à priori toute tentative d'intégration, de combinaison ou d'assimilation même partielle entre les systèmes serait vouée à l'échec. D'ailleurs, la création d'une nouvelle branche du droit : le droit comparé a pour objet la comparaison des différents systèmes juridiques, dès lors que toute tentative d'assimilation relève de l'utopie. C'est dire aussi que toute tentative d'assemblage d'éléments relevant de systèmes différents dans le droit d'un pays donné, à l'instar de l'exemple droit algérien, affecte considérablement son harmonie.

Or, cela ne saurait être le point de vue de certains auteurs qui croient plutôt à une possible cohabitation entre systèmes juridiques. Le droit ne serait pas en effet, uniquement un discours culturel, mais il est également un discours instrumental, le droit n'est pas exclusivement une culture mais c'est aussi une technique, un moyen d'action aux services des échanges sociaux. Etant ainsi, il ne faudrait pas regarder les systèmes composites comme mettant en présence deux systèmes autonomes se côtoyant de manière plus au moins conflictuelle, ou se dominant, mais s'attarder plutôt sur les pratiques concrètes qui ont permis de gérer cette cohabitation.

Outre ces considérations au plan interne, la diversité des systèmes juridiques s'est fait également ressentir au plan international, dans la mesure où la disparité des règles juridiques

constitue un obstacle pour la création notamment d'espaces économiques intégrés, imposés par l'environnement économique international. Cette diversité est aussi une source d'insécurité juridique, de faiblesse d'attractivité économique et de méfiance à l'égard du juge étranger et d'où les appréhensions des investisseurs étrangers etc. Traditionnellement, ces difficultés étaient levées au moyen de conventions internationales, non sans réticence d'ailleurs, puisque ce procédé était non seulement perçu comme une atteinte à la souveraineté nationale des pays, mais soulevait souvent des problèmes d'harmonisation, de concordance entre les règles de droit international et ceux de droit interne.

Aujourd'hui, nous assistons au développement d'une nouvelle démarche pour venir à bout des inconvénients de la diversité juridique, celle de l'harmonisation, de l'unification et/ou de l'uniformisation des droits de pays appartenant à une même région, telle l'Europe, le Monde Arabe, l'Afrique, et l'Union pour la Méditerranée etc. Il est clair que de telles intégrations régionales n'ont pu être envisagées que parce qu'il existe des éléments de rapprochement significatifs entre ces pays, en matière notamment de culture, d'histoire, d'idéologie, de développement, de langue, etc. Toutefois, le caractère relatif de la science juridique rend *a priori* cet effort d'intégration juridique aléatoire et cela dès que l'on se trouve en présence de traditions juridiques différentes et/ou dans des langues différentes.

Il en est ainsi dès lors que le plus souvent les efforts d'intégration juridique ne couvrent pas l'ensemble des relations juridiques. Les expériences menées à différents niveaux à l'échelle internationale ont montré que les matières qui ne soulèvent pas généralement de grandes difficultés quant au processus d'unification ou

d'harmonisation, sont celles réalisant des échanges économiques, ou celles qui font partie des nouvelles branches du droit, à l'instar des droits de l'environnement, de la propriété industrielle, de l'urbanisme etc. En règle générale, ce sont toutes les matières, qui de par leur contenu, ne contredisent pas les principes ou les traditions juridiques enracinés dans les législations nationales. Autrement dit, ce sont les matières marquées davantage par un aspect technique que par un aspect culturel qui se prêtent le plus aux procédés d'unification ou d'harmonisation.

Les procédés mis en œuvre pour la réalisation de cette intégration juridique vont de l'harmonisation à l'uniformisation en passant par l'unification des droits. Le procédé de l'harmonisation est beaucoup moins contraignant pour les pays partenaires à l'intégration juridique que celui de l'uniformisation. Dans le premier cas, les pays membres sont tenus uniquement par les résultats préconisés dans le cadre de l'harmonisation, libre à eux de prendre les dispositions qu'ils estiment conformes à leurs valeurs, telle la transposition des directives européennes.

Rappelons à cet égard que les 28 Etats membres de l'Union européenne, connaissent au moins trois traditions juridiques et s'expriment dans 24 langues.

On imagine aisément la difficulté d'étendre cette harmonisation à l'ensemble des Etats de l'Union pour la Méditerranée –UPM– puisque 8 Etats sont de tradition islamique. Cette intégration fait coexister common law, droit romano-germanique et droit musulman. La quête d'une *lex mercatoria mediterranea* implique donc une convergence entre l'ensemble de ces familles juridiques.

L'ensemble des 43 Etats de l'UPM sont totalement perméables à la circulation des modèles juridiques comme en témoigne de l'expansion pacifique du droit romain et son influence dans la zone méditerranéenne.

L'uniformisation requiert par contre, une plus grande restriction pour les adhérents dans la mesure où la matière considérée est minutieusement règlementée dans un document unique sans possibilité d'y déroger, tels les actes d'uniformisation élaborés dans le cadre de l'OHADA. Faut-il signaler à propos des membres de cette organisation africaine, que leur premier souci est la modernisation de leurs sociétés ce qui passe par la renonciation aux traditions locales et l'adoption d'un droit codifié inspiré par le droit occidental.

Le procédé de l'unification consiste quant à lui, en l'adoption d'un texte unique règlementant une matière donnée et qui sera directement applicable dans les Etats partenaires à l'intégration juridique, étant entendu que ce texte ne contredit aucunement l'ordre juridique interne. Ce procédé de l'unification du droit retenu par la Ligue Arabe est justifié par le partage en commun des pays arabes de beaucoup d'éléments et de valeurs, notamment la langue arabe et leur appartenance à la civilisation arabomusulmane.

Le choix du procédé est fonction de l'importance de la diversité juridique. A cet égard les expériences menées par l'Union Européenne, l'OHADA, et la Ligue Arabe, (notamment le conseil des ministres de la justice arabe dont l'un des objectifs est la poursuite de l'effort commun visant l'unification des législations arabes et qui a créé le Centre arabe des recherches juridiques et judiciaires) et l'Union pour la Méditerranée nous paraissent riches en enseignement et pourraient nous éclairer particulièrement sur la question de la cohabitation des systèmes juridiques.

A la lumière de ce qui précède, les travaux du colloque porteront sur les trois axes suivants :

- ✓ La cohabitation des systèmes juridiques dans le droit Algérien,
- ✓ Les expériences de l'Union Européenne, l'OHADA et la Ligue Arabe en matière d'unification et d'harmonisation des droits et de l'Union pour la Méditerranée.
- ✓ Autres expériences.