

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

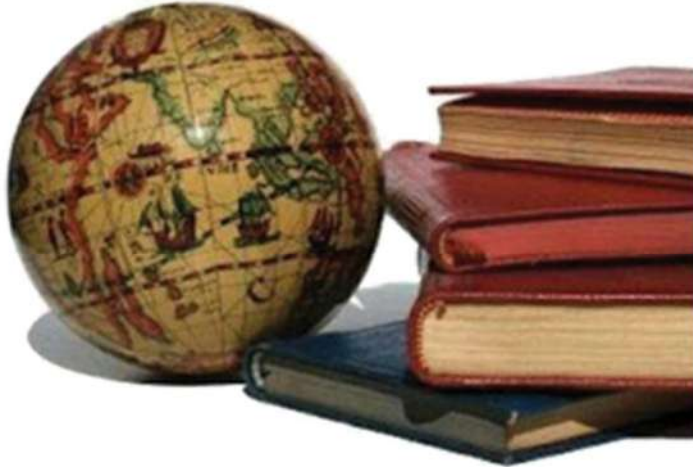
حوليات



# 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

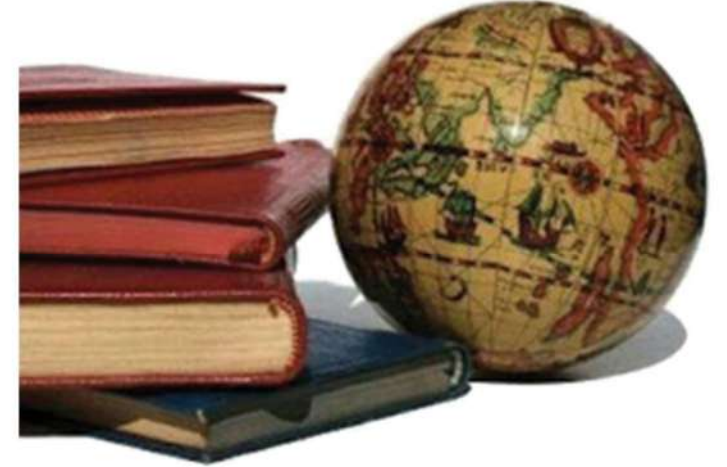
04/2015

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

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

# L'INFLUX DE LA CONSTITUTION FRANÇAISE DU 04 OCTOBRE 1958 SUR LES SUCCESSIVES CONSTITUTIONS ALGERIENNES

Souad GHAOUTI  
Professeur, Université d'Alger1

---

## Résumé :

Dans une perspective non plus de cohabitation de deux systèmes juridiques mais plutôt de degré d'influence, la recherche proposée tentera de mesurer l'impact de l'esprit de la constitution française de 1958 sur les successives constitutions algériennes.

Partant de l'équation commune adoptée : pour un Etat fort, il est nécessaire d'asseoir un président fort, les constituants algériens ont délibérément opté pour un régime présidentiel axé sur un Président de la République, Chef de l'Etat, clé de voûte de toute l'architecture constitutionnelle et institutionnelle. L'histoire politique mouvementée de la France et de l'Algérie a induit de la même façon l'option pour un présidentielisme originellement salvateur, l'élection au suffrage universel direct, en étant la source juridique fondatrice et légitimatrice.

**Mots clés :** Constitutions algériennes – présidentielisme, influx, Constitution française de 1958.

## ملخص

إذا تركنا جانبا فرضية التعايش بين نظامين قانونيين، فإن هذا البحث يحاول معرفة درجة تأثير الدستور الفرنسي لسنة 1958 على الدساتير الجزائرية المتعاقبة. وانطلاقا من المعادلة المشتركة الشائعة والمقبولة التي تعتبر أن الدولة القوية تستوجب رئيسا قويا، اختار المؤسس الدستوري الجزائري صراحة، وفي مختلف الدساتير الجزائرية المتعاقبة، نظاما رئاسيا يستند إلى رئيس الجمهورية، رئيس الدولة باعتباره حجر الزاوية في البنيان الدستوري والمؤسساتي. وأن التاريخ المضطرب لكل من فرنسا والجزائر هو الذي أدى وبنفس الكيفية إلى اختيار النظام الرئاسي كعامل إنقاذ في الأصل، ليصبح فيه الاقتراع العام المباشر المصدر القانوني المؤسس والمضفي للشرعية.

Je voudrai avant toute chose remercier l'Université d'Alger I et en son sein notre Faculté de Droit Said Hamdine pour avoir organisé le présent colloque et ainsi de permettre une halte de réflexion autour du thème passionnant qu'est la cohabitation des systèmes juridiques dans le droit Algérien.

Je voudrai par la même occasion souhaiter la bienvenue à nos collègues des universités françaises, marocaines et de nos propres universités d'El- Bayadh, de Tizi-Ouzou, de Boumerdes et de Constantine.

Il est vrai que l'argumentaire du présent colloque s'articule autour de la cohabitation des systèmes juridiques dans le droit algérien, cohabitation dans le sens de l'existence d'un véritable dualisme juridique, dans le sens d'une coexistence de deux systèmes juridiques ; or la présente analyse proposée se fonde, non plus sur une logique de dualité, mais plutôt sur celle d'une interaction entre système juridique hérité de l'époque coloniale et système juridique d'un Etat désormais indépendant et donc en construction .

C'est par conséquent dans une perspective de degré d'influence, d'interpénétration que j'ai axé ma réflexion et tenté de mesurer l'impact de la constitution française du 4 octobre 1958<sup>1</sup> dans le texte des successives constitutions algériennes à savoir celle du 10 septembre 1963 (J.O.RA n°64 du 10 septembre 1963, P887) , celle du 22 novembre 1976(J.O.R.A n° 94 du 24 novembre 1976) , celle du 23 février 1989 ( J.O.R.A n°9 du 01 mars 1989), enfin celle du 28 novembre 1996 (J.O.R.A n°76 du 08 décembre 1996) révisée par la loi n02-03 du 10 avril 2002 (J.O.R.A n°25 du 14 avril 2002) , puis par la loi n°08-19 du 15 novembre 2008 (J.O.R.A n°63 du 16 décembre 2008).

---

<sup>1</sup>- La Constitution française comprise au sens large de bloc de constitutionnalité intègre la constitution stricto sensu, le Préambule de 1946 ainsi que la Déclaration de 1789.

Le terme d'influx embrasse plusieurs variantes allant du simple attrait, à l'emprunt parcellaire ou total jusqu'au mimétisme proprement dit.

Je voudrai avouer que j'ai eu beaucoup de mal à trouver le terme exact qui pourrait le mieux exprimer et refléter la relation entre constitution française et constitutions algériennes ; j'ai laborieusement navigué entre pas moins de douze termes : Influence, attrait, emprunt, emprunt parcellaire, emprunt modulé, emprunt altéré, emprunt total, transfert, transplantation, greffe, calque jusqu'au mimétisme liste à laquelle je dois ajouter aujourd'hui la formule de Monsieur le Professeur Cabanis : « les relais d'influence ».

A ce stade de l'introduction, il paraît opportun de préciser que le terme de mimétisme juridique, souvent utilisé dans les recherches relatives au droit des Etats nouveaux anciennement colonisés<sup>2</sup> peut être difficilement appliqué aux constitutions algériennes ayant eu de 1963 à 1989 notamment, à combiner techniques occidentales, parti unique et idéologie socialiste dans un même texte ; de ce fait la mise à distance du modèle de la constitution française ne pouvait que logiquement s'imposer. Ce phénomène de mimétisme est parfois positivé, glorifié et même encouragé par certains analystes tels Achille Mestre.

Si Monsieur Achille Mestre pousse à l'extrême le phénomène de mimétisme en parlant de calque<sup>3</sup>, messieurs J.M.Dubois et R.Etien plus prudents, concluent à un effet d'imitation parfois totale, parfois

---

<sup>2</sup>- A titre simplement indicatif et non pas exhaustif, car la liste serait trop longue cf : G. Langrod : « genèse et conséquences du mimétisme administratif en Afrique. » in R.I.S.A, 1973, n°2, p 119 ; G. Bugnicourt : « le mimétisme administratif en Afrique, obstacle au développement » in R.F.S.P, 1973, p 1239.

<sup>3</sup>- CF son article : « Conseil d'Etat français et tribunal administratif tunisien » in Mélanges M. Waline, Tome I, L.G.D.J. p 59.

partielle, en se fondant notamment sur la reprise de certaines formules dans la constitution algérienne de 1976<sup>4</sup>.

Le terme de transposition<sup>5</sup> serait plus approprié du fait qu'il suggère une liberté d'adaptation et d'acclimatation allant de la simple modification jusqu'à l'altération profonde du modèle initial et, parfois même jusqu'au renversement et à la permutation des données premières<sup>6</sup>.

Dans la dernière édition de leur ouvrage, messieurs J. et J.E Gicquel optent pour le terme de "particularisme" pour générer le syncrétisme<sup>7</sup>.

Cependant, on constate très vite que ce phénomène d'influx, que cette opération de transfert de principes, du droit d'institutions, de procédures et de techniques du droit constitutionnel français ne se réduit pas à une simple transposition neutre dans un pur but angélique de modernisation, d'efficacité et d'homogénéisation du droit<sup>8</sup> ; l'interaction entre le modèle initial et le terrain de réception produit par une curieuse alchimie des mutations, des altérations qui impriment et fixent une spécificité toute algérienne .

Cette interaction a été relevée par de nombreux analystes qui, tantôt constatent l'étrangeté du produit du transfert<sup>9</sup>, tantôt l'adaptation de la greffe<sup>10</sup> du donneur vers le receveur, tantôt la compénétration de deux modèles culturels différents<sup>11</sup>.

---

<sup>4</sup>- «L'influence de la Constitution française de 1958 sur la constitution algérienne de novembre 1976. » in R.A.S.J.E.P, 1978, n°3 p 488.

<sup>5</sup>-Mr Durupty : « transposition et mutations du modèle administratif français (les cas libanais et tunisien) in Bulletin de l'I.I.A.P, 1975, n°33.

<sup>6</sup>-Selon la définition du Larousse de la langue française Lexis, p 1831.

<sup>7</sup>-Droit constitutionnel et institutions politiques, 2014, L.G.D.J, p 399.

<sup>8</sup>-Homogénéisation du moins à l'échelle régionale maghrébine, du fait que les constitutions tunisienne, marocaine, mauritanienne ont également subi un influx certain.

<sup>9</sup>-S.Mescheriakoff : « l'ordre patrimonial, essai d'interprétation du fonctionnement de l'administration d'Afrique francophone subsaharienne. » in R.F.A.P, 1987, N°42, p 123.

<sup>10</sup>-A.Mestre : « tribunal administratif tunisien et Conseil d'Etat français » in Mélanges Waline, L G D J, Paris, 1974, Tome I, p 61.

<sup>11</sup>-B.Cubertafond : « l'algérianisation du droit : mythe ou réalité ? »in R.J.P.I.C 1976-P.848

Monsieur Ramdane Babadji, quant à lui, inaugure sa thèse de doctorat consacrée au droit administratif algérien en posant justement le problème axial du transfert du modèle juridique occidental ; « une étude sur les mutations du droit administratif en Algérie se trouve placée d'emblée au cœur d'un important problème : le transfert du modèle juridique occidental, sa variante française en l'occurrence, dans une société marquée du double sceau du sous-développement et de l'altérité culturelle». <sup>12</sup>

Sachant que la constitution française de 1958 est la résultante réactive de l'évolution historique propre et exclusive à la France, de quelle façon se manifestera l'influx, selon quelle logique et en vue de quelle finalité ?

La lecture des quatre constitutions algériennes assorties de leurs diverses révisions révèle un choix fort parcimonieux et bien ciblé <sup>13</sup> des différents attraits offerts par le texte de la constitution française ; choix guidé par un souci commun, par une préoccupation centrale et primordiale : instaurer un Etat fort et stable <sup>14</sup>.

Pour assoir un Etat fort, s'impose d'emblée l'équation quasi naturelle : Etat fort =Président fort ; et c'est pour cette équation que le constituant français a délibérément opté en 1958 en mettant en place et en le protégeant de façon maximale, un Président de la République clé de voûte de toute l'architecture constitutionnelle et institutionnelle selon la formule consacrée, doté d'une forte concentration du pouvoir .

---

<sup>12</sup>-R.Babadji : « le droit administratif en Algérie, mutations et évolutions, Thèse de Doctorat, Paris I, 1989, p 6.

<sup>13</sup>-Messieurs J.M Dubois et R.Etien fondent ce volontarisme sur certains extraits des discours du Président Boumediene : « c'est volontairement que les constituants algériens n'ont puisé dans la constitution française que les éléments allant dans le sens de leur préoccupations .In article précité, p 487.

<sup>14</sup>-Voir à ce propos, pour les trois premières constitutions algériennes 1963, 1976 et 1989, M. Brahimi : « Le pouvoir en Algérie et ses formes d'expression institutionnelle. » O.P.U, 1995 notamment p 72.



C'est cette équation miraculeuse qui a de même inspiré les rédacteurs des constitutions algériennes mais selon une construction reprise, réappropriée et réinvestie avec de notables nuances, variantes et parfois même mutations.

Il est apparu intéressant d'axer la présente analyse, non pas sur l'organisation proprement dite du présidentielisme algérien celle-ci ayant fait l'objet de forts nombreux travaux universitaires mais plutôt sur ses fondements.

De quelle façon s'est exprimée dans les textes fondamentaux algériens l'identification entre sauvegarde de la Nation et Président de la République ? Ce sera l'objet d'une première étape de la réflexion.

Puis après avoir cerné ce fondement politique du régime présidentieliste, on se penchera dans une seconde étape sur le fondement juridique à savoir l'élection au suffrage universel direct ainsi que sur les formes et degrés de représentation qui en découlent.

### **I -L'option pour un présidentielisme originellement salvateur**

Si, en réaction à l'hégémonie des parlementaires concrétisée par le régime d'assemblée sous la IIIème et IVème Républiques<sup>15</sup>, la loi du 03 juin 1958, semblait maintenir encore le régime parlementaire mais « rénové » selon l'expression de M. Debré, l'instauration du présidentielisme est déjà sous-jacente dès le discours de ce dernier devant le Conseil de l'Etat le 27 aout 1958<sup>16</sup>. Le lien entre la sauvegarde de l'Etat français et un Président de la République conforté par une extension de pouvoirs et rappelée maintes fois dans les passages suivants: « avec une rapidité inouïe, au cours des dernières années, l'unité et la force de la France se sont dégradées, nos intérêts essentiels ont été gravement menacés, notre existence en tant que

---

<sup>15</sup>-Constitution de la III ème République composée de 3 lois : loi du 24 février 1875, loi du 25 février 1875 et loi du 16 juillet 1875.Constitution de la IV ème République du 27 octobre 1946.

<sup>16</sup>-In Documents d'études : Constitution française du 4 octobre 1958 après la révision de juillet 2008-La documentation française, N°1, 04, p 25 et s.

nation indépendante et libre mise en cause...L'objet de la réforme constitutionnelle est donc clair... Il est d'abord, et avant tout, d'essayer de reconstruire un pouvoir sans lequel il n'est ni État, ni démocratie...Si vous me permettez une image empruntée à l'architecture, je dirai qu'à ce régime parlementaire neuf, et à cette Communauté qui commence à s'ébaucher, il faut une clef de voûte. **Cette clef de voûte, c'est le Président de la République...** Il est, dans notre France, où les divisions intestines ont un tel pouvoir sur la scène politique, **le juge supérieur de l'intérêt national...**On n'a pas le droit, ni pour ce cas ni pour d'autres, d'éliminer l'hypothèse de troubles profonds dans notre vie constitutionnelle. C'est pour l'hypothèse de ces troubles profonds qu'il faut solennellement marquer où sont les responsabilités, **c'est-à-dire les possibilités d'action** ...Cette réforme constitutionnelle **est la dernière chance** selon le général De Gaulle, lui sans que notre Etat et notre liberté **courraient les plus graves périls.** »

Cette équation directrice à savoir, un Président fort pour un Etat stable, est proclamée de façon péremptoire par le Général De Gaulle lui-même lors de la Conférence de presse du 31 janvier 1964 : « pour ce qui est de notre constitution, son esprit procède de la nécessité d'assurer aux pouvoirs publics, l'efficacité, la stabilité et la responsabilité. Le Président, garant du destin de la France et de celui de la République est chargé par conséquent de graves devoirs en disposant de droits étendus... »<sup>17</sup>. Cette déclaration synthétise de façon parfaite l'esprit de la Constitution de 1958.

Amorcé en 1958, renforcé en 1962, le présidentielisme instauré par la constitution du 4 octobre 1958 empruntera diverses variantes selon le Président élu. Messieurs Jean et Jean-Eric Giquel<sup>18</sup> donnent les qualificatifs suivants :

---

<sup>17</sup>-In Documents d'études tout justes précitées, p 41.

<sup>18</sup>-In ouvrage précité, p 498 et s.

- Le présidentialisme personnel sous le Général De Gaulle (1959-1969)
- Le présidentialisme confirmé sous Georges Pompidou (1969-1974)
- Le présidentialisme préservé sous Valery Giscard d'Estaing (1974-1981)
- Le présidentialisme alterné de François Mitterand (1981-1995)
- Le présidentialisme tourmenté de Jacques Chirac (1995-2007)
- Le présidentialisme flamboyant de Nicolas Sarkozy (2007-2012)
- Le présidentialisme heurté de François Hollande (2012) ; les attentats à Paris du vendredi 13 novembre ne vont- ils pas donner une nouvelle qualification à ce présidentialisme ?

Les discours des présidents algériens soulignent de la même façon la nécessité d'un Etat capable d'assurer l'ordre et la discipline<sup>19</sup>. C'est cette idée qui est martelée par le Président Boumediene dans son discours du 01<sup>er</sup> novembre 1965.

Pour sa part, la Charte nationale de 1976 appelle à l'institution d'un Etat sérieux et « à la volonté de faire passer le pays de l'anarchie qui a caractérisé les premières années de l'indépendance au stade de l'organisation rationnelle d'une société nouvelle exigeant l'édification d'un Etat sérieux, stable et fort »<sup>20</sup>.

Selon un curieux paradoxe, ni dans le texte des constitutions algériennes, ni dans leur préambule, n'est mentionnée, ni évoquée à titre indicatif l'institution qui serait chargée à titre principal d'édifier cet Etat fort. Seule la Constitution de 1963 apporte un petit élément d'éclaircissement en écartant d'emblée tout aussi bien le régime présidentiel que parlementaire<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup>-Discours du Président Boumediene du premier novembre 1965.

<sup>20</sup>-Charte Nationale de 1976, J.O.R.A du 07/07/1976.

<sup>21</sup>-« Les régimes présidentiel et parlementaire classiques ne peuvent garantir la stabilité des institutions politiques du pays... » dans l'avant-dernier paragraphe du préambule.

Ce sera la grave et tragique crise politique amorcée en 1991<sup>22</sup> qui rétablira le lien entre Etat en danger et Homme de providence salvateur. Mohamed Boudiaf en l'occurrence, père fondateur du FLN et incarnant la légitimité historique sera justement choisi pour sauver l'Etat algérien, malheureusement son assassinat le 28 juin 1992 mettra fin à cette fusion.

La plateforme portant consensus national sur la période transitoire<sup>23</sup> dresse en effet un état des lieux alarmant mettant en danger l'existence même de l'Etat algérien<sup>24</sup> et prévoit en vue du rétablissement de la paix et en l'absence d'instances élues, une présidence de l'Etat<sup>25</sup>.

Monsieur A. Boussoumah conclut là à un présidentialisme de nature absolue, selon l'agencement et l'articulation des instances de la transition contenus dans ladite plate-forme: « fortement ébranlée dans la conception initiale de la plate forme, le présidentialisme retrouve vite ses quartiers de noblesse. Le Président de l'Etat, à l'image du président de la République est la clé de voûte du système institutionnel algérien ... »<sup>26</sup>

Annoncé dans la Déclaration du Haut Conseil de Sécurité en date du 11 janvier 1992<sup>27</sup> par la mise en place du Haut Comité d'Etat<sup>28</sup>, organe de crise palliant l'impasse constitutionnelle du double vide institutionnel créé par la démission concomitante du Président Chadli et la dissolution de l'Assemblée populaire

---

<sup>22</sup>-Etat de siège décrété le 04/06/1991, in J.O.R.A n°29 du 12/06/1991.

<sup>23</sup>-Décret présidentiel n°94-40 du 29/01/1994, J.O.R.A n°06 du 31/01/1994.

<sup>24</sup>-Notamment dans les paragraphes 2, 3, 4, 13 et 14 de l'introduction de la plate forme.

<sup>25</sup>-Pour plus de détails CF l'ouvrage de Monsieur A.Boussoumah: « la parenthèse des pouvoirs publics constitutionnels de 1992 à 1998, O.P.U, 2005.

<sup>26</sup>- In ouvrage tout juste précité, p 156.

<sup>27</sup>-Publiée dans le J.O.R.A, n°3 du 15/01/1992.

<sup>28</sup>-CF Brahimi, in ouvrage précité, p 91 et s.

nationale, le présidentielisme est ainsi rétabli par cette paraconstitution<sup>29</sup> que fut la plate-forme portant consensus national.

Réintégré, il brillera à nouveau de tous ses feux dans la révision de la Constitution de 1989, révision approuvée par référendum du 28 novembre 1996 et promulguée au J.O.R.A du 08 décembre 1996, n°76.

De la même façon élu en 1999, le Président Abdelaziz Bouteflika axera ses successives campagnes électorales sur la justification d'un présidentielisme conforté car inéluctable pour la consolidation de l'Etat et surtout de la Paix.

C'est ainsi que l'idée de menace persistante non encore levée planant sur l'Etat algérien inaugure le texte de sa campagne électorale en vue de l'élection présidentielle d'avril 2009 : « ...l'achèvement de la restauration de la paix civile à travers la promotion de la réconciliation nationale , ... ce sont là, les constantes de la stratégie du président Bouteflika depuis son accession à la magistrature suprême et qu'il compte approfondir et affiner , s'il est réélu , pour mettre **durablement** l'Algérie à **l'abri des tourments toujours possibles.** »<sup>30</sup>.

Précédemment à 2009<sup>31</sup> , le texte de la Charte pour la paix et la réconciliation nationale soumise à référendum et adoptée en septembre 2005 abondait en semblables passages, assimilant l'agression terroriste contre l'Etat algérien à l'épreuve douloureuse de la colonisation : « Ce combat historique a été suivi par d'autres

---

<sup>29</sup>-Monsieur A.Boussoumah utilise l'expression fort imagée de prothèse constitutionnelle CF-ouvrage précité, p 101.

<sup>30</sup>-Premier et second paragraphe du bilan du président Abdelaziz Bouteflika-1999-2009-[www.bouteflika2009.com](http://www.bouteflika2009.com)

<sup>31</sup>-La Charte pour la paix a été précédée des juillet 1999, tout juste après la première élection présidentielle d'A. Bouteflika de la politique de la concorde civile (loi n°99-08 du 13/07/1999) et de celle de la Rahma.

batailles, non moins importantes, pour la reconstruction de l'Etat et le développement de la Nation...Depuis plus d'une décennie, l'évolution de l'Algérie a été déviée de son cours naturel par une agression criminelle sans précédent visant dans ses sinistres desseins à remettre en cause l'Etat national lui-même...Le peuple algérien a vécu dans sa chair et dans son âme, les affres de cette grande fitna qui s'est abattue sur l'Algérie <sup>32</sup>».

Le dernier paragraphe de ladite Charte synthétise de façon extrêmement claire l'induction entre Etat en danger à sauver et la nécessité subséquente d'une extension des moyens accordés au Président sauveur : « le peuple algérien souverain approuve la présente Charte pour la Paix et la Réconciliation Nationale et **mandate** le Président de la République pour prendre toutes les mesures visant à en concrétiser les dispositions. ».

Ce mandant, entendu comme total et général limité ni dans le temps, ni sur le plan normatif, accordé par un référendum – plébiscite serait en fait la confirmation et le renouvellement du contrat de confiance, cette dernière manifestée lors de l'élection présidentielle, véritable point d'émergence du présidentielisme.

Il faut rappeler que l'élection du Président Liamine Zeroual en novembre 1995, à la majorité absolue de 60,01% dans 46 wilayas sur 48 avec un taux de participation record de 75,69% même dans les villes connues habituellement pour un opiniâtre taux d'abstention (notamment la capitale Alger)<sup>33</sup> signifiait avec force le choix salutaire, dans une conjoncture d'insécurité, pour un Président capable et apte d'assurer à nouveau la sauvegarde des citoyens en leur personne et en leurs biens et partant, de rétablir l'autorité de l'Etat.

---

<sup>32</sup>-5<sup>ème</sup> et 6<sup>ème</sup> paragraphes du préambule de la Charte pour la paix et la Réconciliation nationale du 29 septembre 2005.

<sup>33</sup>-Cf à ce propos, l'article de Monsieur A.Mahiou : « le statut de la ville d'Alger » in Etudes de droit public algérien, O.P.U, 1984 p 37 et s.

A ce stade de l'analyse, on peut déjà poser un premier constat : ce serait le même esprit, la même logique qui auraient guidé les rédacteurs de la constitution de 1958 et ceux des constitutions algériennes, logique induite de l'histoire politique mouvementée que les deux Etats ont connue ; le dénominateur commun étant le lien de causalité constamment entretenu entre le salut de l'Etat et un président légitimé et fortement armé pour assumer cette mission de sauvegarde.

La légitimité historique dont vont jouir tous les présidents algériens en tant que résistants au colonialisme français et acteurs-clés durant la guerre de libération nationale, soit en tant que membres de l'Armée Nationale Populaire, soit en tant que civils, pèsera lourdement dans la confortation du présidentielisme.

Messieurs Benbella, Boumediene, Chadli, Boudiaf, Zeroual et Bouteflika sont bien inscrits dans l'histoire de la résistance algérienne.

Le Haut Conseil d'Etat ayant assumé la présidence collégiale de 1992 à 1995, date d'élection du Président Zeroual sera également composé de militants connus, tels Messieurs Hedam Tidjani, Ali Haroun, Ali Kafi et Khaled Nezzar.

Après avoir constaté comme puissant dénominateur commun le fondement politique du choix et de la confortation du présidentielisme, examinons à présent la source juridique qu'est l'élection au suffrage universel direct et ses répercussions sur la représentation et partant sur le degré d'expression de la souveraineté.

## **II -L'élection au suffrage universel direct, source fondatrice et légitimatrice**

C'est avec la réforme constitutionnelle du 06 novembre 1962 que la constitution française de 1958 revêt sa pleine

singularité parmi l'ensemble des constitutions occidentales européennes, singularité relevée par l'ensemble des auteurs, dans leur tentative de qualifier le système constitutionnel<sup>34</sup> français soit comme un régime hybride mi- parlementaire, mi-présidentiel, soit comme monarchie républicaine ou monarchie élective, soit comme un autoritarisme institutionnalisé, soit comme une déviation du régime parlementaire.

En effet dans la même logique de rationalisation du Parlement, l'élection du Président de la République au suffrage universel direct va ôter aux députés l'exclusivité de ce suffrage, à l'origine de leur omnipotence et des dérives connues sous la III<sup>ème</sup> et IV<sup>ème</sup> républiques.

Le suffrage universel direct, non seulement situe le Président de la République comme autre représentant à priori concurrent, mais cette représentation condensée autour d'un seul homme, charismatique de surcroît, va être davantage densifiée et tout à fait distinctive de celle accordée aux parlementaires par le peuple dans un espace et dans un domaine bien déterminés.

La représentation offerte au Président de la République est une représentation pleine, non plus limitée, non plus localisée dans l'enceinte parlementaire, mais applicable à l'espace total du territoire national, offerte pour **guider**<sup>35</sup> la nation, pour la sauver en cas de quelconque crise politique, économique ou sociale. Il est dès lors clair que la relation sélective établie entre citoyen-électeur et président élu est bien d'une nature différente, elle n'est ni parallèle, ni concurrente à celle liant l'électeur à l'élu

---

<sup>34</sup>-A titre simplement indicatif Cf G. Burdeau : « La conception du pouvoir dans la constitution française du 4 octobre 1958 » in R.F.S.P-mars 1959. Cf J. Giquel : « La République du président » in Mélanges Yves Yégouzo 2009, p137 ; M. Duverger « La monarchie républicaine 1974 ».

<sup>35</sup>-Cf A. Demichel et M. Piquemal : « Institutions et pouvoir en France », Editions sociales, 1975 p 180 et s.



parlementaire, du fait qu'elle est une modalité d'exercice de la souveraineté, selon la formule de l'article 3 alinéa 1<sup>er</sup><sup>36</sup> de la constitution française.

Cette même formulation est présente dans les constitutions algériennes mais selon une transposition qui d'emblée érige le Président de la République élu en délégataire et dépositaire de souveraineté nationale. Mise à part la constitution de 1963, qui de façon paradoxale prend certaines distances avec la constitution française, du fait qu'elle consacre en titre<sup>37</sup> l'exercice de la souveraineté mais attribuée à la seule Assemblée Nationale. L'article 27 confirme cette exclusivité parlementaire : « La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants à une Assemblée nationale, proposés par le Front de Libération Nationale et élus pour cinq ans au suffrage universel direct et secret. ».

L'article 28 précise les trois missions de cette assemblée détentrice de la souveraineté : exprimer la volonté populaire, voter la loi et contrôler l'action gouvernementale. Nulle part ailleurs n'est faite mention d'un partage de la représentation entre députés et Président de la République. Ce dernier est certes élu au suffrage universel direct, selon l'article 39 mais le constituant ne lui associe en aucun cas la souveraineté<sup>38</sup>. Serait-ce une simple omission?

---

<sup>36</sup>-« La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum ».

<sup>37</sup>-Les rédacteurs de la constitution de 1963 n'ont pas repris le titre classique de « pouvoir législatif », ils ont volontairement magnifié l'Assemblée nationale par l'équation Exercice de la souveraineté : l'Assemblée nationale. Cette expression ne sera jamais reproduite par la suite.

<sup>38</sup>-Article 39 : « le pouvoir exécutif est confié au Chef de l'Etat qui porte le titre de Président de la République. Il est élu pour cinq ans au suffrage universel, direct et secret, après désignation par le parti. ».

Pour répondre à cette question, il est nécessaire de faire également une investigation du côté du référendum, autre moyen d'expression de la souveraineté.

Le seul article traitant du référendum est l'article 73<sup>39</sup> qui ne l'appréhende qu'à titre strictement procédural, comme ultime étape obligatoire de la révision constitutionnelle ; l'initiative de cette dernière appartenant **conjointement** au Président de la République et à la majorité absolue des membres de l'Assemblée Nationale.

Il est clair que l'assemblée constituante algérienne dans sa rédaction a bien manifesté la volonté de situer l'Assemblée nationale comme représentante première de la souveraineté. Le référendum habituellement instrument exclusif et privilégié du Président de la République<sup>40</sup> n'est pas conçu ni agencé en vue d'une application libre et opportune.

Ce qui conforte l'idée d'une représentation confiée à titre principal aux députés élus et la non délimitation, le non cantonnement du domaine législatif en des matières précisément énumérées, dans cette première constitution algérienne.

C'est bien une assemblée souveraine dans l'expression de la volonté populaire, dans l'élaboration et le vote de la loi et dans le contrôle de l'action gouvernementale, que les constituants de 1963 ont voulu instaurer. Cette valorisation de l'Assemblée Nationale, fruit d'un curieux amalgame entre régime parlementaire occidental et système socialiste du parti unique<sup>41</sup> sera progressivement abandonnée dans les constitutions suivantes.

---

<sup>39</sup> Article 72 : « La procédure de révision constitutionnelle comprend deux lectures et deux votes à la majorité absolue des membres de l'Assemblée Nationale, séparées par un délai de deux mois. », Article 73 : « Le projet de loi est soumis à l'approbation du peuple par voie de référendum ».

<sup>40</sup> « Le président de la Nation peut aussi provoquer l'arbitrage populaire à l'occasion d'un référendum sur la base de l'article 11. » J. Giquel in ouvrage précité, p 588.

<sup>41</sup>-Cf J. Dubois et R. Etien in article précité p 489.

En effet, on observe non seulement un glissement dans le traitement des moyens d'expression de la souveraineté mais un véritable renversement dans l'ordre de priorité des différents détenteurs. Attribuée à titre principal à l'Assemblée Nationale en 1963, la représentation de la souveraineté est désormais partagée entre référendum et représentants élus en 1976, puis accordée à titre préférentiel au Président de la République dans les constitutions de 1989 et 1996, selon une sorte de représentation graduée correspondant à un clair renforcement du présidentielisme.

C'est ainsi que l'article 5 de la constitution de 1976 situe en priorité le référendum, ensuite instaure les représentants élus comme second canal d'expression. Il est vrai que cet ordre de priorité semble amorti par l'option qui serait offerte au peuple entre les deux formules : « La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par la voie du référendum **ou** par l'intermédiaire de ses représentants élus », selon une logique d'alternativité neutre.

Cependant le retour au traitement spatial dans le texte de la constitution du référendum proprement dit nous mène non pas à une hypothèse de libre choix et partant, de pseudo-équivalence entre les deux modes d'expression, mais plutôt vers un astucieux agencement au profit du Président de la République.

Le référendum est certes la manifestation directe<sup>42</sup> de la volonté des citoyens, mais traité dans le chapitre intitulé : « De la fonction exécutive », il ne pourra qu'être approprié et phagocyté par le Président de la République pour sa mise en œuvre.

---

<sup>42</sup>-« votation par laquelle les citoyens se prononcent par oui ou par non à propos d'un texte. A la différence d'une élection, par laquelle les électeurs choisissent des personnes qui agiront en leur nom, le référendum s'analyse en une technique décisionnelle. » Définition de P. Avril et J. Giquel dans le lexique de droit constitutionnel, P.U.F, 1998.

Inséré parmi la liste des pouvoirs et prérogatives dont jouit ce dernier selon l'article 111 alinéa 14, le referendum devient expressément un pur pouvoir présidentiel.

De simple étape procédurale obligatoire en 1963, le référendum est reconverti en une exclusivité présidentielle librement applicable en toute opportunité dans un champ illimité et indéterminé ouvert à la compétence discrétionnaire. Le libellé du paragraphe 14 ne le conditionne en aucune façon : « Le Président de la République, peut sur **toute question d'importance nationale** saisir le peuple par voie de référendum<sup>43</sup>. L'initiative du référendum étant gelée en la personne du Président de la République, elle ne pourrait être partagée ou même suggérée.

En outre, en incluant le référendum dans la liste des pouvoirs présidentiels indélégalables selon l'article 111, le constituant marque bien sa volonté de l'attacher à la simple personne du Président de la République.

La révision constitutionnelle du 03 novembre 1988, va aller encore plus loin dans le traitement préférentiel des modes d'expression de la souveraineté en faveur du Président de la République.

L'article 5 initial de la Constitution de 1976 est reformulé et même enrichi selon le libellé suivant : « La souveraineté nationale appartient au peuple...Le peuple l'exerce par voie de referendum.... Le peuple l'exerce aussi par l'intermédiaire de ses représentants élus...Le Président de la République peut directement recourir à la volonté du peuple. ».

C'est ce dernier ajout qui manifeste le mieux l'insistance du rédacteur constitutionnel à marquer fortement la spécificité de la représentation dont est dépositaire le Président de la République.

---

<sup>43</sup>-Cf à ce propos la thèse de doctorat d'A. Hartani : « Le pouvoir présidentiel dans la constitution du 28 novembre 1996, p 394 et s.

Il est clair que cette nouvelle reformulation officialise dans la forme et dans le fond le classement, la gradation implicite des formes d'expression de la souveraineté contenue dans la première mouture introduisant les effets suivants :

-c'est bien le référendum qui est reconnu comme première forme d'expression de la souveraineté.

-et c'est à double titre que le Président de la République exprimera la souveraineté, en tant que détenteur du referendum et en tant que représentant élu, les deux formes d'expression fusionnant en sa personne.

L'insistance toute particulière sur la relation quasi sacrée entre le peuple algérien et son Président de la République est également pesante dans l'article 67, premier article inaugurant le chapitre consacré au pouvoir exécutif.

Cet article 67 est un article tout à fait nouveau, non prévu dans la constitution précédente de 1976. Quel en est le contenu ? « Le Président de la République, Chef de l'Etat, incarne l'unité de la Nation.... Il est garant de la Constitution,... Il incarne l'Etat dans le pays et à l'étranger... Il s'adresse directement à la Nation. ».

La lecture de cet article 67 révèle deux intentions manifestes, celle de valoriser certaines prérogatives présidentielles et surtout de rappeler de façon obstinée l'étroitesse du lien annoncé auparavant dans l'article 7. En effet, dans sa révision de 1989, le rédacteur constitutionnel a procédé à un tri qualificatif parmi toute la liste énumérative des multiples prérogatives dévolues au Président de la République dans l'article 111 en extrayant les trois premiers alinéas, à savoir l'incarnation de l'unité de la Nation, la garantie de la norme suprême et la représentation de l'Etat aux niveaux national et international. En leur réservant désormais un article autonome, le rédacteur marque bien sa

volonté de fixer ces trois prérogatives dans un traitement spécifique de faveur, dans une valorisation distinctive.

Cependant l'apport principal de cet article 67 est bien l'ajout formulé dans le quatrième et dernier alinéa, ajout qui exprime clairement l'exclusivité de la relation Président de la République/peuple, relation directe, immédiate sans intermédiaire aucun, sans institution écran ou concurrente aucune.

De la sorte, cet ajout en 1989, ni fortuit ni répétitif, constitue bien le fondement constitutionnel légitimateur de la prééminence du Président de la République.

En sus des articles 7 et 67, dans un troisième rappel lancinant, l'alinéa 9 de l'article 74 de la constitution de 1989, reprend le principe de l'exclusivité du pouvoir référendaire offert au Président de la République.

La combinaison de ces trois articles sera perpétuée dans les dernières révisions de la constitution en 2002 et en 2008. C'est ainsi que les articles 7, 70 et 77 de l'actuelle constitution algérienne fondent bien l'expression première et préférentielle de la souveraineté située en la personne du Président de la République.

Le meilleur exemple concret de cette gradation entre les formes de représentation est l'adoption de la Charte pour la paix et la réconciliation nationale<sup>44</sup> en 2005 par referendum.

Faisant suite à la loi relative au rétablissement de la concorde civile promulguée<sup>45</sup> tout juste après son élection en avril, le Président Abdelaziz Bouteflika soumet dans un second temps à approbation la Charte pour la paix et la réconciliation nationale.

---

<sup>44</sup>-Charte susmentionnée dans la Première Partie.

<sup>45</sup>-Loi n°99-08 du 13/07/1999 relative au rétablissement de la Concorde Civile.

Le cheminement procédural suivi pour l'adoption de ladite charte est tout à fait symptomatique. En effet le projet de charte est soumis à l'Assemblée Nationale populaire qui l'adopte à la majorité absolue. Le Président de la République décide alors de la soumettre à référendum ; et c'est le 29 septembre 2005<sup>46</sup> que le peuple algérien a en fait **plébiscité** le projet de Charte ; le texte soumis à référendum est approuvé à 97% de suffrages exprimés.

L'idée d'écoute de communication et de fusion a été exprimée tout dernièrement<sup>47</sup> dans le message délivré par le Président Bouteflika : « J'ai eu l'immense chance et le grand honneur d'initier la concorde civile et la réconciliation **nationale parce que j'ai saisi votre attente et décelé votre disponibilité** dans cette direction. Désormais la Concorde civile et la réconciliation nationale sont nos propres réalisations et **sont les acquis de notre patrie.** ».

Dans ce message, le Président de la République confirme sa relation directe désormais établie entre peuple mandant et principal unique mandataire, auquel doivent être assurées immunité et inviolabilité.

Le présidentielisme français, tout comme celui issu de la constitution algérienne protège le Chef de l'Etat par la garantie d'un statut juridique fortement immunisateur.

L'article 67 de la constitution française consacre l'inviolabilité du Président de la République durant son mandat ; il ne peut faire l'objet d'une action, d'un acte d'information ou de poursuite ; il ne peut être requis de témoigner, pour tous les actes accomplis en cette qualité ;

---

<sup>46</sup>-Le 29 septembre 2015 a eu lieu la commémoration de ce referendum et un bilan d'une décennie de mise en œuvre de la Charte a été dressée par Monsieur Merouane Azzi en tant que Président de la Cellule d'Assistance judiciaire pour l'application des dispositions de la dite Charte.

<sup>47</sup>-Message publié intégralement dans El -Moudjahid du 29/09/2015 p 3.

aucun de ses actes ne saurait engager sa responsabilité politique, pénale ou civile. L'article 68 prévoit cependant à titre exceptionnel la destitution prononcée par le Parlement constitué en Haute Cour.

En 2007, un comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République est mis en place, présidé par Edouard Balladur conclut au déséquilibre flagrant des institutions « dans la mesure où les attributions du Président de la République s'exercent sans contre-pouvoirs suffisants et sans que la responsabilité politique de celui-ci soit engagée ».

La révision de 2008 intervenue après la remise du rapport Balladur, n'atténue guère la présidentialisation du régime exacerbée sous le président Sarkozy qui exerce une hyper-présidence, selon « une conception personnelle et narcissique de la magistrature suprême »<sup>48</sup>.

Dès son investiture en 2012, le Président François Hollande met en place la Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique en désignant Lionel Jospin à sa tête. Le rapport remis en novembre 2012 propose un statut juridictionnel du Chef de l'Etat plus respectueux du principe d'égalité avec la fin de l'inviolabilité du Président de la République, ainsi que la suppression de la Cour de Justice de la République et l'application du droit commun.

Concernant l'étendue de la responsabilité du Président de la République algérien, mise à part la première constitution de 1963 qui prévoyait en ses articles 47,55 et 56 la mise en cause de sa responsabilité, ainsi que sa démission en cas du vote d'une motion de censure à la majorité absolue, toutes les constitutions suivantes offrent une immunité quasi absolue.

---

<sup>48</sup>-« Je serai un Président qui gouverne .Les français élisent le Président de la République pour qu'il agisse et qu'il décide. », Discours le 29 mai au Havres.



Il faut souligner que la constitution algérienne de 1996, avait bien prévu pour la première fois en son article 158, l'institution d'une Haute Cour de l'Etat pour connaître des actes pouvant être qualifiés de haute trahison du Président de la République, commis dans l'exercice de sa fonction. Toutefois, la loi organique devant fixer la composition, l'organisation et le fonctionnement de cette Haute Cour, ainsi que les procédures applicables n'a jusqu'à ce jour pas été promulguée. A ce propos M. Hartani écrit à la page 458 de sa thèse déjà précitée : « Ainsi la responsabilité pénale du Chef de l'Etat demeure-t-elle une fiction juridique. En effet, si la Constitution pose le principe de la responsabilité du Président de la République, elle le fait cependant, de façon équivoque et lacunaire, laissant ainsi pendantes les questions relatives aux moyens et aux mécanismes pour rendre cette responsabilité effective. ».

A l'issue de cette analyse uniquement ciblée sur la similitude entre les constitutions française et algérienne quant aux fondements du régime présidentiel tel qu'il est qualifié par l'ensemble des auteurs constitutionnalistes, il est clair que le même esprit imprègne les deux lois fondamentales en raison des remous qui ont secoué la vie politique des deux Etats et par une malheureuse ironie du sort, les tous derniers attentats du 13 novembre 2015 au cœur de la capitale française ont remis à l'ordre du jour le vote de la loi sur l'état d'urgence.

Aujourd'hui l'équation Etat fort = Président fort est plus que jamais légitimée par le climat d'insécurité et de violences rampantes et envahissantes à l'échelle planétaire ainsi que de la logique de légitime défense. La situation d'extrême insécurité qu'a subit l'Etat Algérien, le peuple Algérien durant dix longues, très longues années isolées et parfois pernicieusement décriées est aujourd'hui présente dans les cinq continents de la planète. Se pose désormais un dilemme commun à tous entre sécurité de l'Etat, des personnes et des biens et démocratie, que choisir ?

# **LE MODELE CONSTITUTIONNEL ALGERIEN : INNOVATIONS ET RELAIS D'INFLUENCES ?**

**André CABANIS**

**Professeur, Université de Toulouse 1 Capitole (CTHDIP)**

## **Résumé :**

En droit constitutionnel, la cohabitation des systèmes juridiques s'est traduite, un peu partout dans le monde, par l'adoption de lois fondamentales reflétant des influences très diverses, même si le patriotisme des constituants les incite à prétendre avoir fait œuvre complètement originale. Chaque texte est à la fois le résultat d'emprunts extérieurs et une source d'inspiration vis-à-vis de ses homologues. Pour ce qui est des quatre Constitutions dont s'est dotée l'Algérie -1963, 1976, 1989 et 1996- elles se situent dans une évidente continuité, liée au combat pour l'indépendance, revendiquant hautement leur appartenance au monde né de la décolonisation. Les deux premières ont joué un rôle de modèle parmi les pays se réclamant du non alignement. Les deux suivantes ont constitué des relais d'influences, tantôt annonçant, tantôt accompagnant le mouvement actuel en faveur de la transition démocratique et de la bonne gouvernance.

## **Mots-clés :**

Algérie, Constitutions, Non-alignés, Transition démocratique, Bonne gouvernance

Partout dans le monde, la Constitution fait figure de document fondamental, en charge d'exprimer les grands principes sur lesquels repose le pouvoir politique<sup>1</sup>. Les citoyens en attendent non seulement les règles qui président à l'organisation et au fonctionnement des institutions en charge d'assurer le gouvernement de la nation mais également la liste des droits et des devoirs reconnus au citoyen ainsi que les valeurs sur lesquelles reposent la légitimité des autorités constituées et les contraintes qu'elles imposent à la population. Pour ce qui est de l'Algérie, le rôle moteur que ce pays a entendu jouer, avant même son accession à l'indépendance et plus encore après, parmi les Etats dits *non-alignés*, l'a incitée à faire fonction de modèle dans de nombreux domaines, tels celui de la lutte contre le colonialisme, celui de la mise en œuvre de politiques publiques très volontaristes et collectivistes, ou encore celui du droit constitutionnel considéré comme une des matières où s'expriment les caractéristiques d'une nation.

Depuis la première loi fondamentale, en 1963, au destin éphémère, plusieurs textes se sont succédé. Ils ont marqué un certain nombre d'évolutions sans renier les ambitions des origines. Ils apparaissent comme d'une facture assez classique, de même d'ailleurs qu'à peu près tous leurs homologues dans le monde, notamment avec un plan qui privilégie les déclarations des droits, suivies par une présentation des trois pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire<sup>2</sup>. Des influences diverses ne sont pas niées qui font figure d'éléments que la plupart des pays de la planète se sont appropriés.

C'est sous ce double point de vue –celui de chartes marquées par la cohabitation de systèmes juridiques variés et celui de documents

---

<sup>1</sup>-A l'exception des pays se réclamant de la *charia* comme seule source pertinente du droit. Ainsi lorsqu'en 1992, le roi Fahd a décidé de doter l'Arabie saoudite d'une loi fondamentale a-t-il bien pris soin de préciser, dans l'art. 1, à propos de son royaume : « le Saint Coran et la Sunna du prophète (que la paix soit sur lui) forment sa Constitution ».

<sup>2</sup>- Dans celle de 1963, le législatif est situé en premier comme, à peu près à la même époque, dans la première Constitution tunisienne, sans doute pour rendre hommage à l'institution issue du suffrage universel et qui exprimait la volonté populaire dans sa diversité.

jouant le rôle de modèles et de relais d'influence- que nous nous proposons d'étudier l'évolution constitutionnelle de l'Algérie depuis un peu plus d'un demi siècle. Le premier aspect est plus simple que le second quoique rien ne soit indiscutable lorsqu'il s'agit de déterminer, dans un système juridique, ce qui relève d'une logique plutôt que d'une autre. Il s'agit, par exemple, de chercher à démêler, dans une Constitution, ce qui a été tiré des traditions nationales, donc de modes de gouvernement mis en œuvre sur place depuis des dizaines, sinon des centaines d'années, et ce qui relève des logiques propres aux systèmes parlementaire d'origine britannique, et présidentiel tel qu'expérimenté en Amérique, également ce qui demeure des souvenirs de la domination de l'ancienne puissance coloniale, enfin ce qui a été puisé dans les valeurs en honneur dans les régimes progressistes c'est-à-dire, dans les années 1960, celles de la Chine, de la Corée du nord, de Cuba et surtout de l'Union soviétique.

Ces divers emprunts, plus ou moins repérables, peuvent être débusqués au prix de quelque effort, malgré leur caractère parfois un peu hypothétique : qu'est-ce qui relève de l'influence et qu'est-ce qui constitue une simple réminiscence ?<sup>3</sup> Surtout, il faut surmonter la tendance normale de chaque constituant à affirmer qu'il ne doit rien à personne, que son texte constitue, tant dans sa formulation que dans les équilibres instaurés, une œuvre parfaitement originale, reflet du génie de la nation<sup>4</sup>. C'est ce que l'on trouve dans l'orgueilleux préambule de la Constitution algérienne de 1963, destiné à marquer la spécificité du pays, fondé sur le refus des « régimes présidentiels et parlementaires classiques » et sur la mise en place d'un « régime basé sur la prééminence du peuple souverain et du parti unique »<sup>5</sup>. La

---

<sup>3</sup>-André CARBONEILL, « Préface », *Le rayonnement du droit français dans le monde*, Toulouse 2005, p. 3-4.

<sup>4</sup>-C'est la formule même de la Constitution algérienne de 1989 dont le préambule indique qu'elle est l'œuvre du génie propre du peuple auquel elle s'applique.

<sup>5</sup>-Préambule, § 26 de 1963.

formule vaut autant par l'intention affichée que par les équilibres réalisés.

Il est encore plus hasardeux de chercher en quoi une Constitution peut jouer un rôle de modèle et de relais d'influence. Les susceptibilités nationales sont encore plus fortes lorsqu'un texte est susceptible de jouer un rôle leader, quelle que soit l'admiration que l'on porte au combat conduit par ses auteurs dans leur guerre de libération nationale et si fort que soit l'attachement à des valeurs communes. C'est pourtant ce que nous entendons tenter à propos des Constitutions algériennes. Les obstacles ne sont pas seulement psychologiques, liées aux patriotismes nationaux. Il est aussi des difficultés d'ordre chronologique. Présenter le régime politique algérien comme un modèle peut paraître plus facile au lendemain de l'indépendance qu'en ce début du XXI<sup>e</sup> siècle. En 1962, le pays profite tout naturellement du prestige que lui vaut une indépendance acquise au terme d'une lutte héroïque et d'un projet politique et économique qui correspond aux attentes d'une grande partie d'un monde à la recherche de son développement et mobilisé contre l'impérialisme capitaliste.

L'Algérie s'affirme comme un des leaders de cette partie des peuples de la planète qui ne veulent se ranger ni sous le pavillon américain, ni sous la tutelle de l'Union soviétique, malgré l'aide qu'elle avait apportée dans la lutte pour la libération du colonialisme. Il ne fait pas de doute que, dans les décennies 1960 et 1970, les successifs chefs de l'exécutif algérien, Hamed Ben Bella puis Houari Boumédiène font figure de personnalités incontestables parmi les leaders du tiers monde<sup>6</sup>,

---

<sup>6</sup>-Une série de conférences internationales ont marqué l'existence d'un groupe de pays présentés comme relevant du tiers monde ou –autre formulation- ayant fait le choix du non alignement : Bandung (1955), Le Caire (1957), Belgrade (1961), La Havane (dite *Tricontinentale*, 1966) et Alger (1973). Très dynamique dans ces conférences à partir du moment où elle a obtenu son indépendance, l'Algérie y est déjà associée sous des formes diverses avant 1962.

aux côtés de Nasser et de Nkrumah en Afrique mais aussi de Guevara en Amérique, de Mao en Asie et de Titov en Europe. Les contacts sont constants entre ceux qui, dans un cadre politique, journalistique, universitaire, administratif, économique ... se réclament de ce courant dit des *non-alignés*. Ils favorisent les échanges d'idées, de projets et, parfois, d'institutions. De ce point de vue, l'Algérie fournit son contingent de propositions et de suggestions, notamment du point de vue constitutionnel et joue bien un rôle de *modèle*.

Par la suite, et surtout avec l'effondrement du bloc communiste à la fin de 1989, les principes sur lesquels s'appuient les non-alignés semblent perdre de leur pertinence. De nouvelles valeurs s'affirment, qui mêlent volonté de transition vers la démocratie, recherche de la bonne gouvernance et respect de l'Etat de droit. L'Algérie est affectée par ce mouvement, sans en prendre cependant la tête ce que ses anciens enthousiasmes rendraient difficiles. En même temps, il vaut de noter que, si l'on s'en tient à la dimension constitutionnelle, sa troisième loi fondamentale, celle de février 1989, ouvre la voie aux tendances nouvelles plus qu'elle ne s'y conforme, comme en témoigne la chronologie. Désormais les lois fondamentales dont se dote l'Algérie peuvent être présentées comme jouant un rôle de *relais d'influence*, récupérant un certain nombre de tendances nouvelles qui n'ont pas encore d'expression officielle, leur trouvant une formulation adaptée et les popularisant<sup>7</sup>. En somme, aux Constitutions de 1963 et 1976, modèles pour le combat des non-alignés (I), succèdent les lois fondamentales de 1989 et 1996, relais d'influence pour le mouvement de transition démocratique (II).

---

<sup>7</sup>- Sur les niveaux auxquels peuvent se situer les influences en matière juridique : « Parce que le pluralisme juridique devient ici une norme par laquelle on prétend porter un jugement de valeur sur les dispositifs de gouvernance et les politiques publiques, il entre dans le marché des idées politiques et peut se retrouver au cœur de débats où l'idéologie n'est pas absente » (Ghislain Otis, « Les figures de la théorie pluraliste dans la recherche juridique », *Méthodologie du pluralisme juridique*, Paris 2012, p. 19).

## **I – Les Constitutions de 1963 et 1976, modèles pour le combat des non-alignés**

La première loi fondamentale dont s'est dotée la République algérienne, celle de 1963, aurait peut-être pu avoir un destin assez différent de celui qui fût le sien. Ses auteurs, au moins officiels, n'étaient pas sans mérite ni sans popularité. Elle résulte d'un processus de rédaction qui est censée associer d'une part celui qui fait figure de principal leader de la guerre de libération nationale –Ben Bella- qui s'installe au pouvoir début septembre 1962 avec le double appui du FLN et de l'Armée de libération nationale, et d'autre part une Assemblée constituante élue fin septembre 1962 et contrôlée par le FLN. Elle exprime assez fidèlement les enthousiasmes et les espoirs des nouvelles classes dirigeantes et mérite sans doute plus que ce que fut sa brève existence. Ben Bella bénéficie alors d'une incontestable légitimité historique fondée sur son rôle comme un des pionniers du combat pour l'indépendance, et aussi d'une popularité qu'a renforcée plutôt qu'affaiblie sa longue détention en France, à la suite d'une arrestation perpétrée au mépris des règles du droit international. L'Assemblée nationale constituante est élue à partir d'un système de candidatures uniques et au terme de choix qui viennent couronner de longues discussions entre les divers courants arrivés au pouvoir à la faveur de l'indépendance, donc privilégiant les combattants et concédant une place à ceux d'entre eux qui se présentent comme des opposants aux tendances majoritaires.

Du point de vue de l'équilibre des institutions, le texte va assez loin dans les modalités de contrôle de l'exécutif puisqu'en l'absence de gouvernement et de premier ministre, organes non prévus par la loi fondamentale, l'Assemblée nationale peut, par une motion de censure, contraindre au départ le président de la République élu au suffrage universel. C'est dans ces conditions que la Constitution, votée par l'Assemblée le 28 août 1963, approuvée par référendum le 8 septembre, promulguée le 10

septembre, appliquée dans le cadre de l'élection de Ben Bella le 15 septembre, est finalement suspendue par ce dernier dès le 3 octobre. Quoiqu'ayant fonctionné moins d'un mois, elle n'est pas sans intérêt. Elle reflète les tendances de l'époque, les rancunes et les objectifs des années soixante, avec des éléments que le texte de 1976 va préciser et développer. Il en va ainsi de l'affirmation d'une solidarité avec les peuples en lutte pour leur indépendance (A) et d'un attachement aux valeurs socialistes (B).

### **A - Solidarité avec les peuples en lutte pour leur indépendance**

La Constitution de 1963 dénonce explicitement les forfaits de la colonisation française. Elle vise d'abord la longue occupation dont le pays a été victime en affirmant que la population indigène n'a jamais cessé de résister : « Le peuple algérien a livré en permanence, pendant plus d'un siècle, une lutte armée, morale et politique contre l'envahisseur et toutes ses formes d'oppression, après l'agression de 1830 contre l'Etat algérien et l'occupation du pays par les forces colonialistes françaises »<sup>8</sup>. Elle rappelle le combat soutenu depuis 1954 : « La guerre d'extermination menée par l'impérialisme français s'intensifia et plus d'un million de martyrs payèrent de leur vie leur amour de la patrie et de la liberté »<sup>9</sup>. La Constitution suivante, celle de 1976, conserve la référence à la lutte *séculaire* mais renonce à incriminer explicitement la France. La nouvelle phrase d'entame se termine donc sur une touche différente, en replaçant le combat des Algériens dans le cadre plus vaste de la lutte des peuples de la terre pour leur indépendance et en affirmant y tenir une place exceptionnelle<sup>10</sup>, dans la ligne d'une guerre « qui restera dans l'histoire comme l'une des plus grandes épopées

---

<sup>8</sup>-Préambule de 1963, § 1.

<sup>9</sup>-Préambule de 1963, § 3.

<sup>10</sup>-Ce rôle de leader atteint une forme d'apogée lors de conférence tenue à Alger du 2 au 9 septembre 1972, réunissant les représentants de 65 Etats participants, de trois Etats européens invités et de seize mouvements de libération accueillis en tant qu'observateurs. Les autorités algériennes plaident notamment pour la réorganisation du commerce international et la révision des règles monétaires. Jean Lacouture, dans le *Monde* (11 sept. 1973) présente alors l'Algérie comme la « figure de proue du Tiers-Monde ».



ayant marqué la résurrection des peuples du tiers monde »<sup>11</sup>. C'est l'affirmation solennelle de ce rôle de modèle révolutionnaire sur lequel les versions successives de la charte fondamentale algérienne vont désormais insister en même temps que s'élargit la période historique prise en compte.

La Constitution de 1989, selon une formule reprise ensuite dans celle de 1996, persiste à ne plus dénoncer explicitement la France<sup>12</sup>. Elle se contente de faire l'éloge des fils de l'Algérie qui ont combattu pour la liberté, l'unité, le progrès, la démocratie et la prospérité dans la grandeur et dans la paix, toutes ces valeurs étant citées un peu pèle mèle. Quant à l'énumération des ennemis historiques du pays, elle est très générale : « depuis le royaume numide et l'épopée de l'islam jusqu'aux guerres coloniales »<sup>13</sup> ce qui, après tout, pourrait aussi concerner les Turcs. Est également évoquée, dans une formule un peu ambiguë « l'indépendance payée du sacrifice des meilleurs de ses enfants »<sup>14</sup>. Cette affirmation pourrait être interprétée de façon assez négative puisqu'une analyse malveillante conduirait à soutenir que ceux qui n'ont pas fait le sacrifice de leur vie n'étaient pas parmi les meilleurs, ce qui revient à faire peu de cas de l'aléa des combats. Le souvenir du passé évolue dans ses formes et dans sa dimension, sinon dans son existence.

Il y a d'abord la volonté de conserver la mémoire des martyrs et des combattants de la Révolution, les *chouhada* et les *moudjahidine*. Leurs descendants entendent maintenir la flamme, au-delà de leur mort, qu'elle soit intervenue dans le cadre des

---

<sup>11</sup>-Préambule de 1976, § 1.

<sup>12</sup>-La responsabilité de la France ne figure plus explicitement dans la Constitution mais ne disparaît pas des mémoires : cf. « La France et l'Algérie : mémoire de la guerre et guerres des mémoires », *Maghreb-Machrek*, n° 197, automne 2008, 144 p.

<sup>13</sup>-Préambule de 1996, § 3.

<sup>14</sup>-Préambule de 1996, § 6.

combats ou après ceux-ci. Une Coordination nationale des enfants de *chouhada* s'efforce de jouer un rôle d'efficace groupe de pression<sup>15</sup>. Nombre de monuments, un peu partout dans le pays rappellent ce passé. La Constitution, espace où s'expriment de plus en plus clairement, les attentes des populations, va intégrer cette préoccupation dans un chapitre sur « les devoirs » qui apparaît dans la loi fondamentale de 1976 : « Les *moudjahidine* et leurs ayants droit sont l'objet d'une protection particulière de l'Etat »<sup>16</sup>. Le texte de 1989 étend la protection aux *chouhada* : « L'Etat garantit le respect des symboles de la Révolution, la mémoire des *chouhada* et la dignité de leurs ayants droit et des *moudjahidine* »<sup>17</sup>.

Avec le temps, le champ de la mémoire protégée par les pouvoirs publics s'élargit d'autant plus que chacun, un peu partout dans le monde, a conscience que les nouvelles générations manifestent peu de curiosité pour leur passé. Il en résulte une adjonction assez originale introduite dans la Constitution à la faveur d'une révision de 2008, mettant à la charge de l'Etat le soin d'assurer « la promotion de l'écriture de l'histoire et de son enseignement aux jeunes générations »<sup>18</sup>. Avec cet agrandissement de l'horizon historique à analyser et à mémoriser, l'Algérie manifeste la volonté de prendre en compte l'ensemble de son passé.

Pour ce qui est du rôle de l'Algérie comme modèle révolutionnaire, c'est dans les années 1970 qu'il est le plus fortement affirmé. La formule de 1963 se limite à l'annonce d'« une politique internationale, basée sur [...] la lutte anti-impérialiste et le soutien effectif aux mouvements de lutte pour

---

<sup>15</sup>-Par exemple, elle a entendu jouer un rôle lors de la récente élection présidentielle, suscitant d'ailleurs des tensions internes.

<sup>16</sup>-Art. 85 de 1976.

<sup>17</sup>-Art. 59 de 1989, art. 62 de 1996.

<sup>18</sup>-Art. 62 modifié par la loi n° 08-19 du 15 novembre 2008.

l'indépendance ou la libération du pays »<sup>19</sup>. Le préambule de 1976, dans la logique de sa phrase d'entame évoquée plus haut sur *l'épopée* que fut la guerre d'indépendance, adopte un ton beaucoup plus ambitieux en proclamant que « l'Algérie tient aujourd'hui une place de premier plan grâce au rayonnement mondial de la Révolution du 1<sup>er</sup> novembre 1954 et au respect que le pays a su acquérir en raison de son engagement pour toutes les causes justes dans le monde ».

La formule sera à peu près conservée par la suite, en 1989 et 1996, quoiqu'en gommant certains aspects jugés excessifs sur la *place de premier plan* et sur le caractère *mondial* du rayonnement<sup>20</sup>, compliments qui n'étaient sans doute pas immérités mais dont les constituants ont sans doute considéré qu'il valait mieux laisser les autres les prodiguer que de prendre l'initiative de se les attribuer d'autorité. Dans ces lois fondamentales de 1989 et 1996 apparaissent deux articles proclamant la solidarité de l'Algérie avec les peuples qui luttent pour leur libération et pour l'autodétermination et assurant de la volonté de régler les différends internationaux par des moyens pacifiques<sup>21</sup>. Il est vrai qu'Alger accueille alors plusieurs mouvements militant pour l'indépendance de leur pays et persécutés chez eux, et que la diplomatie algérienne joue un rôle important dans nombre d'accords au Maghreb, au Liban, actuellement au Mali... Par ailleurs, toutes les Constitutions reprennent, et de façon de plus en plus précise d'une version à l'autre, l'affirmation que le pays garantit le droit d'asile à ceux qui font l'objet de persécutions politiques dans leur pays<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup>-Préambule de 1963, § 10.

<sup>20</sup> -Préambule de 1989, § 12 ; préambule de 1996, § 12).

<sup>21</sup>-Art. 26 et 27 de 1989 et de 1996.

<sup>22</sup>-Art. 21 de la Constitution de 1963 (droit d'asile pour ceux qui luttent pour la liberté) ; art. 70 de 1976 (pas d'extradition pour ceux bénéficiant du droit d'asile) ; art. 66 de 1989 (*id.*) et 69 de 1996

## B – Attachement aux valeurs socialistes

En même temps qu'ils affirment la vocation internationale de l'Algérie, et symétriquement, les gouvernants entendent mettre en avant les spécificités de leur programme politique, économique et social. Plusieurs adjectifs permettent de le caractériser : révolutionnaire, populaire, social... mais c'est finalement le terme *socialiste* et la référence au *socialisme* qui semblent avoir la préférence des constituants, très présents dans les textes de 1963 et 1976<sup>23</sup>. Le préambule affirme la fidélité de la République au programme adopté par le Conseil national de la révolution algérienne à Tripoli, « conformément aux principes du socialisme [...] ». Un peu plus loin, c'est le rôle du Front de libération nationale qui est précisé tant dans le préambule (il « encadre [...] les masses populaires pour la réalisation du socialisme ») que dans le corps du texte (« Le FLN réalise les objectifs de la révolution démocratique et populaire et édifie le socialisme en Algérie »<sup>24</sup>). Plus loin, il n'est jusqu'aux juges qui y sont soumis par une disposition leur enjoignant d'obéir non seulement à la loi, ce qui est tout à fait classique dans une Constitution, mais aussi « aux intérêts de la Révolution socialiste »<sup>25</sup>, ce qui peut être entendu de diverses façons, y compris de façon menaçante pour leur indépendance.

En fait, et dans plusieurs domaines, la Constitution de 1963 est trop rapidement rédigée et de façon trop urgente après l'accession à la souveraineté pour être à même de présenter, dans toute leur ampleur, les principes sur lesquels est fondée la jeune

---

(*id.*, passé de la liste des droits à celle des devoirs). Comparant la place reconnue aux étrangers dans les Constitutions des pays méditerranéens, nous avons constaté qu'après avoir été le pays qui utilisait les « formules les plus chaleureuses » à l'égard des étrangers, l'Algérie se situe actuellement dans une position moyenne parmi les nations qui bordent la Méditerranée pour ce qui est des droits qui sont constitutionnellement reconnus aux immigrés : André CABANIS, « Les droits des étrangers dans les Constitutions des pays de la Méditerranée », *Revue méditerranéenne de droit public*, vol. 3, 2015, p. 82.

<sup>23</sup>-Les termes socialisme ou socialiste figurent à 7 reprises dans les 78 articles de la Constitution de 1963.

<sup>24</sup>-Art. 26 de 1963.

<sup>25</sup>-Art. 62 de 1963.

République algérienne. Il faut attendre la loi fondamentale de 1976 qui consacre rien moins que quinze articles à présenter la conception algérienne du *socialisme*, terme qui sert de titre au second chapitre du titre 1<sup>er</sup> de la charte fondamentale que se donne le pays<sup>26</sup>. Ici, l'adjectif qui revient le plus souvent, après le mot *socialiste* évidemment, est *irréversible*<sup>27</sup> et s'applique tant au respect de la Constitution, qu'à la protection de la propriété d'Etat. Cette dernière s'étend aux ressources naturelles et à la quasi-totalité des secteurs économiques sauf peut-être l'artisanat et le petit commerce, en tous cas également au commerce extérieur<sup>28</sup>.

C'est donc à une large collectivisation que le pays entend se livrer pour promouvoir une triple révolution : industrielle bien sûr, mais aussi rurale ce qui provoque des transformations profondes des modes de production agricole mais pas toujours la réussite économique attendue, et enfin culturelle, ce qui rappelle une terminologie d'origine chinoise fréquemment utilisée à l'époque mais qui, pour ce qui est de l'Algérie, insiste surtout sur les aspects d'éducation et de formation, notamment dans une perspective islamique. Il est vrai que l'héritage et une forme de propriété privée sont acceptés avec un article rassurant sur l'expropriation moyennant une *juste et préalable indemnité*<sup>29</sup>. Enfin, les auteurs de ce texte, plus idéologique que prescriptif, s'efforcent visiblement de se prémunir contre les dérives reprochées notamment au communisme orthodoxe, avec la dénonciation de la bureaucratie et la promotion de la participation des travailleurs à la gestion des entreprises, ce qui

---

<sup>26</sup>-Les termes socialisme ou socialiste figurent à 51 reprises dans les 199 articles de la Constitution de 1976.

<sup>27</sup>-Le préambule parle d'*option irréversible* puis d'*engagement définitif* en faveur du socialisme, avant de rappeler l'objectif assigné aux institutions du FLN de « survivre aux événements et aux hommes ». Ambitieuse promesse d'éternité.

<sup>28</sup>-Art. 10 et 14 de 1976. Cette disposition demeure dans les Constitutions suivantes, malgré l'accroissement de la place accordée à l'initiative privée.

<sup>29</sup>-Art. 18 à 21 de 1976.

se rapproche sur certains points des interprétations chinoises et yougoslaves du marxisme. On revient cependant aux formes les plus traditionnelles de ce dernier avec le rejet de l'exploitation de l'homme par l'homme : le constituant de 1976 y tient assez pour le répéter à trois reprises<sup>30</sup>.

Cette dernière formule demeure dans les lois fondamentales suivantes comme la manifestation de la volonté de conserver une certaine référence aux analyses marxistes<sup>31</sup>. En revanche, le titre du chapitre 2 du titre premier sur le *socialisme* laisse désormais la place à l'invocation du *peuple*. Il ne reste pas grand-chose des développements sur la collectivisation<sup>32</sup> sinon l'affirmation de la propriété publique sur les ressources naturelles (y compris bien sûr les sources d'énergie), les transports ferroviaires, maritimes et aériens ainsi que la poste et les télécommunications<sup>33</sup>. Protéger cette propriété publique demeure, depuis 1976 un devoir du citoyen<sup>34</sup>, obligation à laquelle s'est ajouté, depuis 1996 et dans la même phrase, l'obligation de « respecter la propriété d'autrui »<sup>35</sup>. Quant aux termes *socialisme* ou *socialiste*, ils disparaissent des Constitutions de 1989 et 1996. Les temps sont arrivés d'une évolution qui se veut maîtrisée.

## **II – Les Constitutions de 1989 et de 1996, relais d'influence pour le mouvement de transition démocratique**

Il va sans dire qu'il serait tout à fait artificiel de prétendre établir une différence absolue entre les deux premières lois

---

<sup>30</sup>-Préambule et art. 10 et 2 de 1976.

<sup>31</sup>-Art. 8 de 1989 et de 1996.

<sup>32</sup>-Sur la volonté de passage de l'économie administrée à une forme d'économie de marché : Abdelatif BENACHENHOU, *Les entrepreneurs algériens*, Alger 2007 ; Ahmed BENBITOUR, *L'Algérie au troisième millénaire. Défis et potentialités*, Alger 2000 ; Ahmed DAHMANI, *L'Algérie à l'épreuve. Economie politique des réformes : 1980-1997*, Alger 1999.

<sup>33</sup>-Art. 17 de 1989 et 1996.

<sup>34</sup>-Art. 75 de 1976.

<sup>35</sup>-Art. 63 de 1989 et 66 de 1996.

fondamentales algériennes –celles de 1963 et 1976- et les deux suivantes –celles de 1989 et de 1996- alors que les éléments de continuité sont évidemment, avec des intervalles aussi brefs, très majoritaires. Il n'en reste pas moins que certains éléments importants dans les deux décennies qui suivent l'indépendance perdent de leur importance par la suite, même s'ils ne disparaissent pas. Parmi les termes finalement moins utilisés, figure par exemple la référence à la Révolution, citée 11 fois en 1963, s'élevant à 39 citations en 1976, retombant à 3 en 1989 et 5 en 1996. A l'inverse, le nombre de cas où il est parlé du peuple est en croissance à peu près régulière : 25 en 1963, 37 en 1976, 40 en 1989 et 39 en 1996. Témoin des influences croisées qui ont pu jouer et de ces évolutions discordantes, une disposition de la Constitution de 1963 fait curieusement allusion à la formule de Lincoln lors de son discours marquant le premier anniversaire de la bataille de Gettysburg <sup>36</sup> : la devise de l'Algérie est « Révolution par le peuple et pour le peuple »<sup>37</sup>. La formule va devenir en 1976, 1989 et 1996 : « Par le peuple et pour le peuple »<sup>38</sup>, donc simplifiée par rapport à 1963 puisqu'il n'est plus question de *Révolution*. En tous cas et pour ce qui est des principales innovations introduites par les Constitutions de 1989 et 1996, elles peuvent être regroupées autour de deux thématiques : d'une part l'affirmation du pluralisme politique (**A**), d'autre part la réponse à certaines attentes des citoyens (**B**).

---

<sup>36</sup>-La formule exacte de Lincoln est : c'est « à nous de décider que le gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple ne disparaîtra jamais de la surface de la terre ». Cette phrase clôture un discours prononcé le 19 novembre 1863 pour commémorer l'une des batailles les plus sanglantes de la guerre de sécession. Il s'agit d'un des discours les plus brefs qu'ait prononcé un chef d'Etat dans une telle occasion et d'un de ceux qui a eu le plus d'influence puisque la formule se retrouve dans des dizaines de Constitutions du monde, sans toujours paraître en connaître l'origine.

<sup>37</sup>-Art. 3 de 1963.

<sup>38</sup>-Art. 10 de 1976 et 11 de 1989 et 1996.

## A – L’affirmation du pluralisme politique

La route est relativement longue du parti unique au pluralisme politique. Lors de l’indépendance, la place accordée au Front de libération nationale constitue un enjeu majeur en Algérie et la Constitution de 1963, malgré sa brièveté, joue un rôle dans l’instauration du parti unique, y compris dans les autres pays africains. Alors que, parmi ces derniers, la plupart avaient placé leurs Constitutions des premières années d’une souveraineté recouvrée sous le signe d’un certain pluralisme politique, l’Algérie accorde d’emblée une place privilégiée au FLN et à l’Armée populaire nationale. C’était d’ailleurs une des questions qui avaient motivé l’éviction de Ben Khedda et de son *gouvernement provisoire de la République algérienne*.

Le rapport de forces ainsi affirmé se traduit, dans le préambule de 1963, par un éloge vibrant de l’armée « fer de lance de la lutte de libération » et qui « participe, dans le cadre du parti, aux activités politiques et à l’édification des nouvelles structures économiques et sociales du pays »<sup>39</sup>. On remarque la référence : « dans le cadre du parti ». Ce dernier est également mentionné dans le préambule, de façon moins flamboyante mais plus précise, avec la présentation au titre des principes fondamentaux qui s’imposent à l’Etat de « la nécessité d’un parti d’avant-garde et son rôle prédominant dans l’élaboration et le contrôle de la politique de la Nation ». Il s’ensuit sept paragraphes sur le rôle du parti, à la fois encadreur du peuple et reflet de ses aspirations<sup>40</sup>. Dans le corps même du dispositif, le FLN se voit consacrer une partie spécifique, composée de cinq articles prévoyant qu’il « définit la politique de la Nation et

---

<sup>39</sup>-Préambule, § 14 de 1963.

<sup>40</sup>-Préambule, § 17 à 25 de 1963.



inspire l'action de l'Etat ». « Il contrôle l'action de l'Assemblée nationale et du Gouvernement », ce qui n'est pas rien<sup>41</sup>.

Parmi les prérogatives qui lui sont accordées figure le fait que les membres de l'Assemblée nationale sont élus sur sa *proposition*, qu'il peut également proposer leur déchéance et que le chef de l'Etat, également élu, l'est « après désignation par le parti »<sup>42</sup>. Certaines formules révèlent, à travers l'influence des divers pays communistes dans le monde, une inspiration puisée dans la doctrine marxiste telle que ces gouvernements l'ont popularisée : référence aux fellahs, aux masses laborieuses et aux intellectuels révolutionnaires, présentés comme l'avant-garde du peuple<sup>43</sup>, terme qui est, comme on l'a vu, repris à propos du FLN. Cette tendance marxisante va constituer à la fois un élément de séduction et d'influence sur les pays du tiers monde, notamment africain. Sans que l'on puisse en imputer la responsabilité exclusive à l'Algérie, son modèle va encourager les pays ayant accédé à l'indépendance quelques années plus tôt à se rallier au système commode du parti unique.

Comme dans maints domaines, le texte de 1976 développe et explicite son prédécesseur de 1963. Le préambule reprend l'éloge du FLN et de l'ALN pour son action pendant la guerre de libération et affirme sa confiance dans la durée de ces institutions, ce qui trahit peut-être un doute. Un chapitre demeure consacré au parti unique mais sans en prendre le nom puisqu'il s'intitule, de façon plus neutre : « De la fonction publique ». En revanche, le nombre d'articles double par rapport à 1963 et ils s'ouvrent par une disposition péremptoire : « Le système institutionnel algérien repose sur le principe du parti unique »<sup>44</sup>. La suite affirme et s'efforce de promouvoir les liens entre le FLN et le peuple. Une partie des dispositions relève de la prophétie

---

<sup>41</sup>-Art. 24 de 1963.

<sup>42</sup>-Art. 27, 30 et 39 de 1963.

<sup>43</sup>-Préambule et art. 10 de 1963.

<sup>44</sup>-Art. 94 de 1976.

créatrice : les « citoyens les plus conscients [...] s'unissent librement au sein de FLN »<sup>45</sup>. Les formules se succèdent : « avant-garde de direction et d'organisation du peuple », « guide de la Révolution socialiste », institution « qui oriente la politique générale du pays », exerçant « les fonctions déterminantes de responsabilité au niveau de l'Etat »<sup>46</sup>. Le président de la République et les députés continuent d'être élus sur propositions du parti<sup>47</sup>.

C'est la loi fondamentale de février 1989, donc avec une certaine avance sur la plupart des Constitutions de la transition démocratique, qui va ouvrir la porte au pluralisme, de façon encore timide puisqu'est seulement prévu « le droit de créer des associations à caractère politique ». Un second alinéa prévoit en outre quelques précautions contre ce qui apparaît à l'époque comme le principal péril : que le multipartisme n'aboutisse à remettre en cause les acquis de la lutte pour l'indépendance. « Ce droit ne peut toutefois être invoqué pour attenter aux libertés fondamentales, à l'unité nationale, à l'indépendance du pays et à la souveraineté du peuple »<sup>48</sup>. Le danger va se révéler ailleurs et la victoire du FIS au premier tour des élections de 1991 conduit nombre d'électeurs à douter des mérites du multipartisme.

Il faut attendre 1996 pour une affirmation plus explicite du pluralisme : « Le droit de créer des partis politiques est reconnu et garanti »<sup>49</sup>. De très nombreuses précautions, réparties entre six alinéas, sont prévues en 1996 pour répondre aux événements récents. La première série de prescriptions reprend celles de 1989 en les précisant avec des références aux « composantes

---

<sup>45</sup>-Art. 95 de 1976.

<sup>46</sup>-Art. 97, 98 et 102 de 1976.

<sup>47</sup>-Art. 105 et 128 de 1976.

<sup>48</sup>-Art. 40 de 1789.

<sup>49</sup>- Art. 42 de 1996.

fondamentales de l'identité nationale » et au « caractère démocratique et républicain de l'Etat ». Surtout, est interdit tout parti « fondé sur une base religieuse, linguistique, raciale, de sexe, corporatiste ou régionale ». Cette disposition, surtout par son hostilité à l'intégrisme religieux et au séparatisme régional se retrouve dans de très nombreuses Constitutions africaines<sup>50</sup>. Nul doute que l'expérience algérienne de la décennie 1990 ait contribué à imposer de telles prohibitions. En même temps, l'on sait bien qu'il est très difficile d'interdire un parti qui, apparu avec un programme apparemment anodin, y introduirait progressivement des éléments interdits... En tous cas, le constituant de 1996 ajoute encore des mesures contre toute tentative d'« obédience [...] à des intérêts [...] étrangers » ainsi que tout recours « à la violence ou à la contrainte »<sup>51</sup>, prohibitions qui paraissent aller de soi mais qui trahissent la méfiance de l'opinion publique : « Il n'est pas aisé d'opérer une transition politique libérale dans une société empreinte d'un fort relationnel familial et de particularisme culturel ; en fait, il s'agit d'introduire un autre modèle d'organisation politique qui nécessite un temps d'adaptation »<sup>52</sup>.

Une autre innovation introduite en 1996 témoigne à la fois de la volonté de se prémunir contre le péril islamiste et, plus

---

<sup>50</sup>-A. CABANIS et Michel L. MARTIN, « Le nouvel enjeu religieux dans les Constitutions de l'Afrique francophone », *Droit, politique et religion*, Toulouse 2009, p. 19-31.

<sup>51</sup>-Art. 42 de 1996 qui ajoute comme si cette énumération ne suffisait pas que la loi pourra imposer d'autres obligations et devoirs.

<sup>52</sup>-Mohamed BOUSOLTANE, « Le triptyque égalité, liberté d'opinion et multipartisme dans l'évolution constitutionnelle en Algérie », *Revue du Conseil constitutionnel*, n° 4 2014, p. 81. Explication de son analyse : « « L'analyse des éléments exclus des domaines partisans montre qu'ils sont justifiés, dans leur grande majorité, par la première expérience d'élections législatives pluralistes de 1991, et qui a causé des soucis d'insécurité au pays, parce qu'elles étaient précipitées et mal préparées. // En plus, ces limitations sont nécessaires pour assurer une transition progressive tout en sauvegardant l'ordre constitutionnel ».

généralement, du souci d'encourager le pluralisme politique. Du point de vue des institutions de la République, l'innovation la plus spectaculaire de la Constitution de 1996 consiste en la création du Conseil de la nation, seconde assemblée dont un tiers des membres est nommé par le chef de l'Etat. Ce Conseil qui ne paraît donc pas très démocratique est l'héritier d'une très vieille tradition parlementaire : celle de la Chambre des lords en Grande-Bretagne. Le fait que la tradition autorise le roi à nommer autant de nouveaux membres qu'il le souhaite, constitue une menace qui a longtemps suffi, en cas d'enjeu majeur, à garantir la relative docilité de cette assemblée. Cela permet à la Chambre des lords de jouer un utile rôle de contrôle et de modération par rapport aux renversements de majorité à la Chambre des communes, renversement accentué par le système électoral majoritaire à un tour, mais sans possibilité de blocage absolu. Au XIX<sup>e</sup> siècle, nombre de Constitutions parlementaires se sont inspirées de ce modèle finalement équilibré.

Sans que cette référence historique ait joué un grand rôle, ce fut un peu l'intention du constituant algérien lorsqu'il introduit le Conseil de la nation aux côtés de l'Assemblée nationale populaire. Il s'agit de limiter les éventuelles dérives que l'on pourrait constater dans la politique de la chambre basse dans la mesure où les élections de 1991 ont montré qu'elle est susceptible de tomber entre les mains du FIS. Sans doute ce pouvoir de nomination est-il paru séduisant par la faculté qu'il donne au président de récompenser certains services rendus. Ce dernier aspect contribue à expliquer que nombre d'autres pays ont emboîté le pas à l'Algérie créant à leur tour une seconde assemblée dont le chef de l'Etat pouvait désigner une certaine proportion de membres<sup>53</sup>. Cette motivation un peu impure

---

<sup>53</sup>-Tahar KHOUIDER, *Le bicamérisme et le processus de démocratisation en Algérie*, thèse droit Perpignan 2005 ; Bader BEN YOUSSEF, *Le bicamérisme dans les pays du Maghreb arabe*, thèse droit Toulouse 2010.

explique les protestations de l'opposition et le fait que, dans nombre de pays, cette innovation ait été remise en cause<sup>54</sup>.

## **B – La réponse à certaines attentes des citoyens**

Au-delà du fait que la succession des Constitutions en Algérie permet à ce pays comme à la plupart de ses homologues africains de concéder des droits plus nombreux et détaillés à ses citoyens<sup>55</sup>, il est un domaine où cette succession anticipe certaines caractéristiques des textes de la transition démocratique à partir des années 1990. Il s'agit de la protection contre les abus de la répression de la part de la police et de la justice<sup>56</sup>. Il se peut que

---

<sup>54</sup>-André CABANIS et Michel L. MARTIN, « La deuxième chambres dans les Constitutions des Etats francophones du sud », dans *Mélanges offerts à Jean-Pierre Marichy*, Toulouse 2003, p. 19 à 43 ; André CABANIS et Sana RABAH, « Les secondes chambres dans les Constitutions du Maghreb », colloque Annaba 2013. Parmi les pays qui se sont doté d'un Sénat avec une partie des membres nommés par le chef de l'Etat, on peut citer : le Burkina Faso (2012), le Togo (2002), la Tunisie (2002 mais la Constitution de 2014 est revenue au monocomarisme) et le Sénégal (1998 mais la Constitution de 2000 est revenue au monocomarisme).

<sup>55</sup>-Les Constitutions algériennes de novembre 1976 et février 1989 anticipent certaines évolutions caractéristiques un peu partout de la transition démocratique des années 1990, marquées notamment par des déclarations des droits plus développées : 11 articles en 1963 ; 35 articles pour les droits et 7 pour les devoirs en 1976 ; 29 articles pour les droits et 10 pour les devoirs en 1989 ; 31 articles pour les droits et 10 pour les devoirs en 1996.

<sup>56</sup>-D'une façon générale, la Constitution algérienne a montré la voie, parmi ses homologues du Maghreb, pour ce qui est de la place consacré au pouvoir judiciaire : « Ainsi en Algérie, les articles consacrés au thème modestement dénommé « la justice » ne sont que trois dans la Constitution de 1963 ; ce chiffre bondit à 19 dans le chapitre consacré à « la fonction judiciaire » dans le texte de 1976 ; dès 1989, l'on passe à 20 dans le chapitre désormais voué au « pouvoir judiciaire » ; cet intitulé est conservé en 1996 et l'on atteint cette fois 21 articles. Au Maroc, on part de plus haut avec six articles dès 1962 dans un titre sur « De la justice ». Par la suite, rien ne change jusqu'à ce qu'en 2011 un titre VII « Du pouvoir judiciaire » abrite rien moins que 22 articles. En Mauritanie, en 1959, le titre VI « De la justice » compte trois articles ; en 1961, l'on passe à six ; en 1991, on retombe à cinq en y ajoutant les éléments d'un titre spécifique jusqu'alors intégré et portant sur la Haute Cour de justice, mais du moins avec l'apparition du terme de « pouvoir judiciaire » dans l'intitulé du titre. Enfin en Tunisie, la vieille Constitution de 1959, en vigueur jusqu'au printemps arabe, objet de douze révisions au cours de son plus d'un demi siècle d'existence, ne connaît guère de modification de son chapitre IV, il est vrai dénommé dès l'origine « Le pouvoir judiciaire » : quatre articles très laconiques. Tout change en 2014 avec un opulent chapitre V de vingt-trois articles voués au pouvoir judiciaire mais qui intègre, il est vrai, les sept articles destinés à décrire la Cour constitutionnelle. (A. CABANIS, « L'évolution de la

la cruauté des mesures prises contre les combattants de l'indépendance par l'armée française, notamment lors de la bataille d'Alger, ait poussé le constituant à tenter de faire obstacle au retour de telles pratiques. Il n'est pas sûr que le pays y soit toujours parvenu, compte tenu des périls auxquels il a été exposé notamment à partir de 1991 avec la lutte contre le terrorisme islamiste. Du moins, dès le texte de 1963 dont on connaît cependant la relative brièveté, sont proclamés l'inviolabilité du domicile, le secret des correspondances et le principe de légalité des délits et des crimes qui s'impose tant pour ce qui est des arrestations que des poursuites<sup>57</sup>. En 1976, ces droits sont repris et complétés : au secret des correspondances on ajoute « et de la communication privée »<sup>58</sup> ; pour ce qui est de l'inviolabilité du domicile, il est précisé qu'aucune perquisition ne peut avoir lieu qu'en vertu de la loi et sur un ordre écrit de l'autorité judiciaire<sup>59</sup> ; la garde à vue ne peut excéder 48 h sauf prolongation exceptionnelle, avec possibilité de demander un examen médical à la fin ou, en tous cas, information sur ce droit<sup>60</sup>. Enfin, « L'erreur judiciaire entraîne réparation par l'Etat »<sup>61</sup>.

Cette énumération va donc assez loin. Nous avons eu l'occasion, en 1999 et 2010, à propos des Constitutions africaines des années 1990, de souligner la place qu'y ont prises toutes sortes de précautions accumulées contre les arrestations et les détentions arbitraires et de constater que les constituants étaient

---

place de la justice à l'occasion des réformes constitutionnelles au Maghreb », colloque sur « Les révisions constitutionnelles dans les pays du Maghreb » laboratoire « études juridiques maghrébines » de la Faculté de droit d'Annaba, 11-12 mai 2015.

<sup>57</sup>-Art. 14 et 15. Ce dernier : « Nul ne peut être arrêté ou poursuivi que dans les cas prévus par la loi, devant les juges qu'elle désigne et dans les formes qu'elle prescrit ».

<sup>58</sup>-Art. 49 de 1976.

<sup>59</sup>-Art. 50 de 1976.

<sup>60</sup>-Art. 52 de 1976.

<sup>61</sup>-Art. 47 de 1976.

entrés dans un luxe de détail qui n'a pas forcément sa place dans une loi fondamentale, document *a priori* caractérisé par un certain niveau de généralité<sup>62</sup>. Par la suite, la tendance s'est affirmée : les dispositions constitutionnelles sont de plus en plus détaillées. Sur ce point précis, celui des droits de la personne détenue puis du justiciable, l'Algérie fait donc partie des nations qui ont ouvert la voie. La Constitution de 1989 a prolongé l'effort en soumettant la garde à vue à un contrôle judiciaire et en prévoyant le droit d'entrer immédiatement en contact avec la famille<sup>63</sup>. Ces garanties sont confirmées par la loi fondamentale de 1996 qui affirme que « le peuple entend ainsi consacrer plus solennellement que jamais la primauté du droit »<sup>64</sup>.

Une autre réponse aux revendications d'une partie de la population bénéficie aux Kabyles. Là aussi la route est longue depuis la colonisation. Lors de l'accession à l'indépendance, le retour à la langue arabe fait figure de priorité absolue. La Constitution de 1963 l'affirme hautement. C'est d'abord le cas dans le préambule en associant cette politique à la défense de la religion musulmane. Ces deux éléments de l'identité algérienne sont associés à la guerre de libération nationale ce qui est une façon d'assurer leur légitimité : « L'islam et la langue arabe ont été des forces de résistance efficaces contre la dépersonnalisation des Algériens menée par le régime colonial »<sup>65</sup> ; il leur également promis une protection de l'Etat : « L'Algérie se doit d'affirmer que la langue arabe est la langue nationale et officielle et qu'elle tient sa force spirituelle essentielle de l'Islam »<sup>66</sup>. L'article 5

---

<sup>62</sup>-A. CABANIS et Michel L. MARTIN, *Les Constitutions d'Afrique francophone. Evolutions récentes*, Paris 1999 ; *id.*, *Le constitutionnalisme de la troisième vague en Afrique francophone*, Louvain 2010, p. 27 : « Parmi les autres libertés traditionnelles les plus largement développées, la sûreté figure au premier plan, avec un luxe de détails qui peut étonner dans un texte normalement aussi global qu'une Constitution ».

<sup>63</sup>Art. 45 de 1989.

<sup>64</sup>-Préambule, § 9 de 1996.

<sup>65</sup>-Préambule, § 12 de 1963.

<sup>66</sup>-Préambule, § 13 de 1963.

donne force juridique à ces déclarations de principe en reconnaissant que « La langue arabe est la langue nationale et officielle de l'Etat ».

La formule est reprise dans toutes les lois fondamentales ultérieures<sup>67</sup>, en enlevant cependant la mention « de l'Etat » qui aurait pu être interprétée comme signifiant qu'elle n'est pas la langue de la population ce qui ne correspond évidemment pas à l'intention des constituants. Il est vrai qu'en 1963, soucieux de réalisme et conscient de la difficulté de mettre fin à près d'un siècle et demi d'effort d'acculturation par la France, le rédacteur ajoute, au titre des « dispositions transitoires » que « La réalisation effective de l'arabisation doit avoir lieu dans les meilleurs délais sur le territoire de la République. Toutefois, par dérogation aux dispositions de la présente loi, la langue française pourra être utilisée provisoirement avec la langue arabe »<sup>68</sup>. Cette disposition va disparaître par la suite. A l'inverse, en 1976, il est précisé que « L'Etat œuvre à généraliser l'utilisation de la langue nationale au plan officiel »<sup>69</sup>. Cela aussi n'est pas repris sans que, pour autant, l'effort se relâche. Cette volonté de retour à l'identité du pays dès l'indépendance, à travers l'arabité, inspire, dans ces années 1960 et 1970, des politiques comparables dans nombre de pays décolonisés, notamment dans le cadre de l'enseignement et à travers les médias publics au premier rang desquels la radio et la télévision.

Au début du XXI<sup>e</sup> siècle, l'Algérie ajoute à sa détermination de généraliser l'arabe, le souci de tenir compte d'une autre langue, parlée par une partie importante de la population. On sait que la revendication kabyle a toujours été vive, depuis le début de la colonisation française. La réponse à

---

<sup>67</sup>-Art. 3 de 1976, de 1989 et de 1996.

<sup>68</sup>-Art. 76 de 1963.

<sup>69</sup>-Art. 3 de 1976.



cette demande va prendre des formes diverses : décentralisation bien sûr<sup>70</sup> mais aussi promotion de la culture locale. Le préambule de la Constitution de 1996, rappelant les épreuves traversées par l'Algérie, se réfère aux « composantes fondamentales de son identité que sont l'islam, l'arabité et l'amazighité »<sup>71</sup>. Finalement la réforme constitutionnelle de 2002 ajoute un article 3bis qui proclame que « Tamazight est également langue nationale. // L'Etat œuvre à sa promotion et à son développement dans toutes ses variétés linguistiques en usage sur le territoire national »<sup>72</sup>. Cette reconnaissance des langues locales constitue une tendance qui se constate dans de très nombreuses Constitutions, un peu partout dans le monde<sup>73</sup>. Ce serait surestimer l'influence de la loi fondamentale algérienne que de soutenir qu'elle est à l'origine de ce mouvement. En revanche, elle l'accompagne.

Lors des indépendances, ni les opinions publiques, ni même les gouvernants n'attachent une grande importance à la Constitution. Sans forcer le trait, l'on peut dire qu'à l'époque, elle fait seulement figure d'attribut inséparable d'une souveraineté difficilement récupérée et dont il ne convient donc de se doter pour ne pas paraître en retard sur ses homologues. L'essentiel des dispositions concerne l'organisation de l'exécutif

---

<sup>70</sup> -Le mouvement est général en Afrique : Francis M. DENG *et al.*, *Identity and Constitutionalism in Africa*, Washington, 2008.

<sup>71</sup> -Préambule, § 4 de 1996.

<sup>72</sup> -Loi n° 02-03 du 10 avril 2002 (JO, n° 25 du 14 avril 2002).

<sup>73</sup>-La reconnaissance des langues locales est d'autant plus remarquable qu'au lendemain des indépendances et dans le cadre d'une volonté d'affirmation de l'unité nationale, la tendance est plutôt de les combattre comme des sources de division. L'énumération tend moins à montrer la prise en compte de cette protection des langues nationales dans les Constitutions de l'Afrique francophone –puisque tous ces pays se conforment à cette tendance- que la place de cette disposition, généralement en tête de la loi fondamentale : art. 11 béninois, 35 burkinabè, 1<sup>er</sup>-3 camerounais, 6 congolais (Brazza), 1<sup>er</sup> congolais (Kinshasa), 2 gabonais, 1<sup>er</sup> guinéen, 29 ivoirien, 4 malgache, 25 malien, 5 marocain, préambule mauritanien, 5 nigérien, 9 togolais et 1<sup>er</sup> sénégalais.

et du législatif. Pour les pays de succession coloniale française, la référence à la loi fondamentale qui s'applique dans l'ancienne métropole depuis 1958 n'incite guère à développer ni les déclarations de droits, ni la description des institutions de contrôle qui pourraient protéger les citoyens. Un laconisme de bon aloi paraît la norme et la plupart des constituants s'y conforment d'autant que certains d'entre eux sont étrangers et originaires de France<sup>74</sup> ou en tous cas y ont fait leurs études de droit. De ces points de vue, l'Algérie fait un peu figure d'exception, d'autant plus soucieuse d'affirmer sa spécificité que la guerre d'indépendance a été longue et cruelle, et que ses libérateurs ont conscience d'avoir un message à délivrer et un programme à mettre en œuvre. Malgré tout, le premier texte est bref, ne fût-ce que parce que d'autres priorités s'imposent. La relative indifférence à l'égard des dispositions constitutionnelles est confirmée par le fait que, dans nombre de pays, le document fondateur est rapidement écarté, en général à l'occasion d'un coup d'Etat militaire qui, dans une relative indifférence de l'opinion publique, éloigne les dirigeants civils au nom du rétablissement de l'ordre et de la mise en place d'une administration plus efficace et responsable.

Depuis un quart de siècle, le regard sur les Constitutions a beaucoup évolué. Leur rôle au titre de la protection des libertés publiques est ancien mais il a pris de plus en plus d'importance au fur et à mesure que se développe l'intervention des instances de vérification de la constitutionnalité des lois et des règlements. Dans certains pays, ce pouvoir de contrôle s'est étendu à l'ensemble des juridictions qui se considèrent fondées à s'appuyer sur la loi fondamentale pour ne pas appliquer les

---

<sup>74</sup>-S'agissant de la rédaction des Constitutions des pays africains récemment indépendants, « Il leur a donc fallu faire appel à des spécialistes français » (D.-G. LAVROFF et G. PEISER, *Les Constitutions africaines*, Paris 1961, p. 10)

textes considérés comme liberticides. Ce qui, pendant longtemps et depuis les déclarations de droits héritées du XVIII<sup>e</sup> siècle, constituait surtout une énumération de bonnes intentions, de suggestions adressées aux gouvernants, de principes généraux destinés à influencer le législateur, est désormais considéré comme fournissant aux citoyens des droits exigibles dont chacun peut réclamer le bénéfice, y compris par des prestations positives de la part des pouvoirs publics<sup>75</sup>.

Les Constitutions ainsi dotées d'une force obligatoires sur laquelle tous peuvent s'appuyer font désormais figure d'espace juridique privilégié que chaque groupe entend investir pour donner plus de force aux valeurs dont il se réclame. Qu'il s'agisse de défendre l'environnement, d'encourager une politique *genrée*, de promouvoir la défense des consommateurs, d'assurer la pérennité des autorités administratives indépendantes, voire pour garantir le respect de l'équilibre budgétaire... la loi suprême devient le réceptacle des attentes et des revendications d'une opinion publique aux multiples visages. Il y a peut-être quelque illusion à croire qu'il suffit de négocier une insertion de ce type pour être sûr d'obtenir satisfaction dans tel ou tel domaine. En même temps, le fait d'inclure à l'intérieur du texte le plus élevé dans la hiérarchie juridique interne, une valeur ou un principe, les consolide, en rend difficile la remise en cause, et pourra servir un jour de fondement ou de justification pour obtenir des mesures concrètes. Royer-Collard a dit que « les Constitutions ne sont pas des tentes dressées pour le sommeil »<sup>76</sup>. On pourrait soutenir qu'elles apparaissent désormais comme les sanctuaires pour assurer la

---

<sup>75</sup>-Olivier DEVAUX et Latifa BABAÏSSA, « Les droits fondamentaux dans les Constitutions de l'Afrique subsaharienne francophone : dilatation ou approfondissement ? », *Les droits fondamentaux dans les Constitutions : regards croisés*, Tunis 2009, p. 59 à 70.

<sup>76</sup>-Cette phrase, souvent citée à l'appui des procédures de révisions, tend en fait à condamner l'immobilisme ministériel : « Les Constitutions ne sont pas des tentes dressées pour le sommeil ; les gouvernements sont placés sous la loi universelle de la création et sont condamnés au travail. Comme le laboureur ils vivent à la sueur de leur front ». Cité par François GUIZOT, *Du gouvernement représentatif et de l'état actuel de la France*, Paris 1816 [1820], p. 77.

protection des valeurs les plus précieuses aux yeux de tous ou de quelques-uns.

Les évolutions de l'opinion publique se reflètent dans les révisions constitutionnelles. On n'imagine plus ces lois fondamentales comme gravées dans le marbre. Sans rien abandonner des avancées déjà obtenues, elles doivent suivre les transformations de l'opinion publique. La Constitution algérienne a été de celles qui ont donné l'exemple dès le milieu du XX<sup>e</sup> siècle, avec ses proclamations solennelles contre le colonialisme, pour la solidarité entre les peuples, pour le collectivisme et pour le dirigisme économique. Ces valeurs n'ont pas entièrement disparu mais d'autres principes se sont surajoutés, garantissant le pluralisme politique, combattant la corruption, s'efforçant d'imposer la bonne gouvernance. D'un texte constitutionnel à l'autre, nombre de dispositions sont reprises, parfois allégées ou atténuées pour tenir compte de ce qu'elles apparaissent désormais comme des acquis ou parce qu'elles semblent moins urgentes à imposer. D'autres prescriptions font leur apparition, parfois timides au début puis de plus en plus fortement protégées. C'est un miroir que l'opinion publique se tend à elle-même. La rançon de ces évolutions tient à ce que les Constitutions prennent de l'embonpoint. On est loin de l'injonction de Napoléon qui réclamait un texte « court et obscur » pour garder une marge de manœuvre. Maintenant, ils se doivent d'être longs et péremptoires.

# LA LAÏCITE ET LA COHABITATION DES SYSTEMES JURIDIQUES DANS LES CONSTITUTIONS DES ETATS MAGHREBINS

Rabah SANA

Maître de conférences, Centre universitaire,  
Nour Bachir d'El-Bayadh

---

## Résumé :

La cohabitation juridique entre le système juridique français et le droit maghrébin peut être recherchée et détectée dans de nombreux éléments juridiques, la laïcité comme notion juridique peut être un modèle de démonstration et de réflexion.

Nous allons traiter dans ce modeste travail, dans un premier temps, la notion de laïcité comme concept juridique en France, ses origines, son processus d'émergence dans le paysage juridique français et démontrer d'autre part la réalité internationale de la laïcité tout en désapprouvant« l'idée reçue » qui considère la laïcité comme une spécificité française et son lien à la France et à son histoire.

Dans un second temps, nous allons montrer l'influence du système juridique français, à travers la laïcité, sur le droit constitutionnel maghrébin. Tout cela va nous amener à constater qu'il existe une cohabitation en la matière, tout en adoptant une certaine souplesse et des adaptations ainsi qu'en faisant des compromis avec les réalités et les exigences socio-culturelles des pays maghrébins.

## العلمانية وتعايش النظم القانونية في دساتير الدول المغربية

إن فكرة التعايش القانوني بين النظام القانوني الفرنسي والنظم القانونية للدول المغربية يمكن بحثها والتماسها من خلال مجموعة من العناصر والمفاهيم القانونية، فالعلمانية كمفهوم قانوني يمكن أن تكون نموذجا لإظهار وتوضيح هذه الفكرة.

سنتطرق من خلال هذا العمل وبكل تواضع في بادئ الأمر إلى مسألة العلمانية كمفهوم قانوني في فرنسا، من حيث أصولها وكيفية تبلورها وتجليها على المستوى القانوني هناك.

وإظهار من جهة أخرى حقيقة الواقع العالمي للعلمانية وتفنيد الاعتقاد السائد بأن العلمانية خصوصية فرنسية مرتبطة بها وبتاريخها فقط.

بينما في الخطوة الثانية من هذا العمل سنوضح مدى تأثير النظام القانوني الفرنسي على القوانين الدستورية المغربية من خلال العلمانية، كل هذا سيؤدي في نهاية المطاف إلى التأكيد على وجود نوع من التعايش من خلال عناصر فكرة العلمانية، مع الإشارة إلى أن هذه البلدان قامت بتكييف فكرة العلمانية بنوع من المرونة يجعلها تتوافق وتتلاءم مع خصوصيات ومتطلبات الواقع الاجتماعي والثقافي لهذه الدول.

### **Mots-clés :**

Algérie, Tunisie, Maroc, Mauritanie, États maghrébins, Laïcité, Cohabitation, Religion de l'Etat, Constitutions.

### **Introduction**

Traiter le concept de la laïcité sur le plan juridique ne va pas manquer de susciter des réactions et des questions. En effet, c'est une notion née dans la libre discussion et dans des débats sociaux parfois houleux, en tout cas dans l'histoire de France en particulier. Au point qu'un auteur débute son article par l'expression suivante « La laïcité, ce mot qui sent la poudre »<sup>1</sup>. Ces débats tournaient, au départ, surtout autour de l'école publique laïque, berceau de ce concept, et ensuite autour de la loi de la séparation de 1905 puis de l'interdiction des signes religieux et de la burka ainsi que de l'affaire des affiches des trois prêtres dans l'époque contemporaine.

Par ailleurs, souvent les auteurs ont tendance à donner l'impression que la laïcité est une notion liée à la France et que ce pays en est à l'origine. En réaction « contre cette idée reçue, trois sociologues, professeurs d'université, le Mexicain Roberto Blancarte, la Canadienne Micheline Milot et moi-même [Jean BAUBÉROT], chacun auteur d'ouvrages sur la laïcité, ont émis

---

<sup>1</sup>- Rivero (J.), « La notion juridique de laïcité », Rec. Dalloz, 1949, chronique. XXXIII, p. 30.

l'idée d'une Déclaration universelle sur la laïcité au XXI<sup>e</sup> siècle « ...] »<sup>2</sup>.

Ainsi, la laïcité n'est pas une exception française, Jean Baubérot déclare que « La laïcité est une réalité internationale »<sup>3</sup> et il ajoute « Il existe des laïcités dans le monde qui résultent de processus historiques divers, de fondements philosophiques pluriels et qui correspondent à des réalités sociales, culturelles et politiques elles-mêmes variées.».

La laïcité est née dans la libre discussion au sein d'un Etat libéral prenant forme contre la religion de l'Etat et est liée à la démocratie et aux droits de l'homme. (DDHC 1789, constitution de 1946...). Ainsi, elle est le résultat d'un long processus de modernisation et suppose la sécularisation des esprits et des attitudes des individus dans la société. L'Etat et ses institutions politiques et administratives, adoptent le principe de la neutralité religieuse.

Deux périodes ont montré au monde musulman et aux sociétés maghrébines une fausse image de cette notion:

- Période coloniale : la laïcité est pervertie par les systèmes coloniaux,

-Période postcoloniale : la laïcité est mal appliquée et interprétée par des régimes politiques postcoloniaux allant à l'encontre de ses objectifs originels.

De plus la laïcité est liée à l'athéisme dans l'esprit des populations locales, majoritairement croyantes et pratiquantes.

Se pose dès lors la question de savoir, quelle est la place de la laïcité comme notion juridique dans les constitutions des Etats maghrébins ?

---

<sup>2</sup> - [http://utcp.c.u-tokyo.ac.jp/publications/pdf/UTCPBooklet7\\_049-058\\_.pdf](http://utcp.c.u-tokyo.ac.jp/publications/pdf/UTCPBooklet7_049-058_.pdf) , p. 51.

<sup>3</sup> -Baubérot (J.), *Les laïcités dans le monde*, Paris : PUF, 2014, p. 3.

Est-ce qu'il existe une laïcité au sein des constitutions des pays du Maghreb et si tel est le cas, quel est le degré d'influence du modèle français ?

## **I- La laïcité dite à la française**

Si la laïcité est une réalité internationale<sup>4</sup>, l'exception française demeure existante, cette exception tire ses racines de son Histoire (A). Si la loi de 1905 est claire pour la définition de la laïcité<sup>5</sup>, les textes constitutionnels, hiérarchiquement supérieurs aux textes législatifs dont la loi 1905, ne fournissent aucune définition expresse(B).

### **A-Historique : une conception qui a pris forme dans une longue histoire en France**

Les prémisses de la laïcité apparaissent en France au siècle des lumières on pourrait les résumer ainsi :

1- Lors de la Révolution de 1789 apparaît la laïcité -(1790 la constitution civile du clergé, sépare l'Eglise catholique officielle des insermentés ; par la suite une soumission du religieux au civil est instituée ; en 1795 le Directoire<sup>6</sup> par décret prononce la séparation de l'Eglise et de l'Etat : « La République ne salarie aucun culte ne fournit aucun local au culte ne connaît aucun ministre du culte »

2- En 1801 intervient le Concordat entre Napoléon et le Saint Siège, le culte catholique est rétabli comme religion d'Etat ; ce n'est qu'en 1814 que la liberté de culte sera admise.

3- Le concept de laïcité, cependant, sera mis en œuvre pour la première fois en France en 1804 avec la promulgation du

---

<sup>4</sup>-Baubérot (J.), *Les laïcités dans le monde, op. cit.*, p.3.

<sup>5</sup>-Barbier (M.), « Pour une définition de la laïcité française », *Le Débat*, 2005/2 n° 134, p. 130.

<sup>6</sup>-V. le décret du 21 février 1795 en ligne : <http://www.eglise-etat.org/1795.html>



Code Civil. Ce dernier a effacé la diversité des conditions juridiques des personnes qui tenait aux disparités religieuses : le droit civil est ainsi devenu un droit laïcisé, un droit marqué par l'uniformité dans les rapports interpersonnels<sup>7</sup>.

4- La séparation de l'Eglise et de l'Etat prendra forme juridique progressivement avec les textes sur l'école et atteindra en suite tous les espaces de l'Etat.

5- La constitutionnalisation de la laïcité intervient en 1946 et ensuite en 1958 par une disposition qui figure dans l'article 1 de la constitution.

## **B- Définition de la laïcité**

«Le bloc de constitutionalité »<sup>8</sup>en France ne fournit aucune définition explicite de la laïcité. En effet, ni la DDHC de 1789, ni le préambule de la Constitution de 1946 ne contiennent de définition ; quant à la Constitution de 1958 dans son article 1<sup>er</sup> elle fournit seulement son adjectif et non pas son substantif<sup>9</sup>, en disposant que « La France est une République indivisible, laïque [qui] assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion ».

La Constitution de 1946 est à l'origine de cet article. Lors des débats parlementaires pour l'introduction du principe de laïcité dans la Constitution de 1946, en réaction au régime de Vichy, les débats ont opposé deux groupes, les tenants d'« une laïcité de séparation », en référence à la loi de séparation de 1905 entre l'Eglise et l'Etat, et les tenants d'une « laïcité constitutionnelle » qui est une « laïcité de neutralité » vis-à-vis des religions<sup>10</sup>.

---

7- François-Paul BLANC, Françoise MONÉGER, *Islam et/en Laïcité*, Perpignan, PUP, 1992, p. 5.

8- RENOUX (T.-S.), *Protection des libertés et droits fondamentaux*, Paris, éd., Les notices de la Documentation française, 2007, p. 20-21.

9- Barbier(M.), « Pour une définition de la laïcité française », *op. cit.*, p. 135.

10-*Ibid.*, p. 139.

Maurice Barbier souligne que «[...] d'après les textes juridiques en vigueur, les seuls à prendre en considération, il existe en France deux sortes de laïcité ; d'une part la laïcité législative, établie par la loi de 1905 et qu'on peut appeler laïcité-séparation qui est bien définie; d'autre part, la laïcité constitutionnelle, instaurée par les constitutions de 1946 et de 1958, mais dont on ignore la nature exacte.» et il ajoute : «C'est d'autant plus regrettable que la Constitution a une valeur juridique supérieure à celle des lois et donc que la laïcité constitutionnelle l'emporte en principe sur la laïcité législative»

Quant à la jurisprudence du Conseil constitutionnel, une décision datant de 19 novembre 2004 sur le Traité établissant une Constitution pour l'Europe (n°004- 505), affirme que les dispositions de l'article 1 de la constitution de 1958 «interdisent à quiconque de se prévaloir de ses croyances religieuses pour s'affranchir des règles communes régissant les relations entre collectivités publiques et particuliers»

Philippe Ségur a commenté cette décision et il souligne qu'elle ne donne pas de définition complète et satisfaisante du principe de laïcité ; ainsi ce principe reste, selon lui, à dimension variable<sup>11</sup>.

Même si la laïcité, depuis longtemps, a fait l'objet d'un débat passionnel, et de désaccords et controverses, le législateur français l'a intégrée dans les textes. En effet, cette notion qui est née à l'origine et qui vit depuis toujours dans la libre discussion a pris forme, grâce au législateur français, dans le monde juridique et elle est devenue une règle du droit positif<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup>-Ségur (Ph.), « Observations sur la notion de laïcité en droit constitutionnel », Communication au colloque sur le centenaire de la loi de 1905, Nice, nov. 2004, en ligne : [http://www.philippe-segur.fr/philippe-segur/En\\_ligne/Entrees/2008/1/10.Observations\\_sur\\_la\\_notion\\_de\\_laicite\\_en\\_droit\\_constitutionnel.html](http://www.philippe-segur.fr/philippe-segur/En_ligne/Entrees/2008/1/10.Observations_sur_la_notion_de_laicite_en_droit_constitutionnel.html).

<sup>12</sup>-Rivero (J.), « La notion juridique de laïcité », Rec. Dalloz, 1949, chronique. XXXIII, p. 30.

Certains juristes ne cherchent pas de définitions mais le sens qu'il convient de donner à ce principe, Jean Rivero estime ainsi qu' « une seule définition a trouvé place dans les documents officiels ; textes législatifs, rapports parlementaires qui les commentent, les circulaires qui ont accompagné leur mise en application ont toujours entendu la laïcité en un seul et même sens, celui de neutralité religieuse de l'Etat.»<sup>13</sup>, ce qui va à l'encontre du principe de religion de l'Etat.

Pour Vedel: «la laïcité correspond à l'affirmation que l'Etat considère la croyance et l'incroyance comme affaire privée»<sup>14</sup>

Selon Dharré ville, «la laïcité est le principe selon lequel le pouvoir politique réside, essentiellement exclusivement, dans la souveraineté du peuple, composée d'hommes et de femmes libres, égaux et associés. Ce principe s'applique à l'Etat dans son fondement et l'exercice de ses missions au service de l'intérêt général et de la gestion des biens communs»

Les quatre piliers de la laïcité sont « la souveraineté populaire, la liberté d'opinion, l'égalité des droits, la fraternité universelle »<sup>15</sup> ; Jeans Jaurès estime quant à lui que «la laïcité et la démocratie sont identiques»<sup>16</sup>

Pour Jacqueline Costa-Lascoux, «la laïcité à la française repose sur deux principes : la liberté de conscience qui impose à l'Etat de ne pas intervenir dans les convictions de chacun ; l'égalité de tous devant la loi, quelle que soit la religion de chacun. Le premier principe s'est traduit historiquement par la

---

<sup>13</sup>-Rivero (J.), *La notion juridique de laïcité*, Rec. Dalloz, 1949, chronique. XXXIII, p. 137.

<sup>14</sup>-Vedel (G.), *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, réédition présentée par Carcassonne (G.), et Duhamel (O.), Dalloz, 2005, p. 318.

<sup>15</sup>-Dharré ville (P.), *La laïcité n'est pas ce que vous croyez*, Les Éd. de l'Atelier-les Éd. ouvrières, Ivry-sur-Seine, 2013, p. 20.

<sup>16</sup>-Jeans Jaurès, *Rallumer tous le soleil, Discours sur l'enseignement laïque*, Paris, Omnibus, 2006.

séparation des églises et de l'Etat ; le second suppose l'égalité de traitement entre les différents cultes.»<sup>17</sup>.

L'évolution des textes juridiques et en particulier les réformes constitutionnelles, hiérarchiquement supérieures sur le plan de l'ordre interne, ont abouti en France à ce que la laïcité «supervise le texte constitutionnel. En conséquence, toutes les institutions de la République doivent répondre aux caractères d'un État laïque, à commencer par le Président de la République puisqu'il assure par son arbitrage le fonctionnement régulier des pouvoirs publics" (article5). De même, en ce qui concerne les dispositions de l'article 4 de la Constitution relatives aux partis politiques, dans la logique de la laïcité, il pourrait en être déduit que les partis politiques d'ordre religieux ou prônant essentiellement des valeurs religieuses ne sauraient être reconnus».<sup>18</sup>

On s'étonne que la laïcité devenue un principe fondamental pour le système juridique français, ne fasse l'objet d'aucune définition expresse de la part des textes juridiques. En effet, même la loi de 1905, considérée comme le pilier des institutions laïques, ne contient aucune définition de la laïcité. Ainsi, la laïcité reste l'objet de débats sur les grands sujets de la société telle que la lutte pour l'école libre, l'interdiction des signes religieux à l'école ou encore plus récemment les affiches des trois prêtres dans les locaux dépendant de la RATP<sup>19</sup>.

La DUL dans son article 4, par ses auteurs, propose la définition suivante<sup>20</sup> : « Nous définissons la laïcité comme

---

<sup>17</sup>- Costa-Lascoux (J.), *Les trois âges de la laïcité*, Hachette, 1996, p.7.

<sup>18</sup>- Koubi (G.), « La laïcité dans le texte de la Constitution », *Revue de droit public*, 1997-n°5, p. 1309.

<sup>19</sup>-Consulté en ligne : <http://www.la-croix.com/Urbi-et-Orbi/Actualite/France/La-RATP-refuse-les-affiches-d-un-concert-portant-la-mention-Pour-les-chretiens-d-Orient-2015-03-31-1297429>.

<sup>20</sup>En ligne :

[http://www.lemonde.fr/idees/article\\_interactif/2005/12/09/declaration-universelle-sur-la-laicite-au-xxie-siecle\\_718769\\_3232.html](http://www.lemonde.fr/idees/article_interactif/2005/12/09/declaration-universelle-sur-la-laicite-au-xxie-siecle_718769_3232.html).

l'harmonisation, dans diverses conjonctures socio-historiques et géopolitiques, des trois principes [...] : respect de la liberté de conscience et de sa pratique individuelle et collective ; autonomie du politique et de la société civile à l'égard des normes religieuses et philosophiques particulières ; non-discrimination directe ou indirecte envers des êtres humains.».

De ce qui précède on pose la question de savoir quelle est la place de la laïcité dans les quatre Constitutions des Etats maghrébins et quelle est l'influence de la laïcité à la française dans ces quatre constitutions.

## **II-Les quatre constitutions des Etats maghrébins : différents degrés et différentes voies de sécularisation**

Si les quatre constitutions des Etat maghrébins adoptent une religion de l'Etat ou comme c'est le cas, particulier, de la Mauritanie se définissent en tant que République islamique, des éléments de laïcité apparaissent dans les dispositions constitutionnelles. En revanche, ces éléments s'affirment d'une manière plus visible en Algérie et en Tunisie (A) qu'au Maroc et en Mauritanie (B).

### **A-L'Algérie et la Tunisie : de l'impossible neutralité à un degré de laïcisation plus visible**

Les institutions politiques et administratives au sein de la constitution de la République algérienne sont plus au moins détachées de la référence religieuse. En se référant à la définition de Roberto Blancarte<sup>21</sup>, ces institutions sont légitimées par la souveraineté populaire. Deux articles font référence, le premier est l'article 6 qui dispose :

---

<sup>21</sup>-Le sociologue mexicain Roberto Blancarte propose de définir un seuil minimal de laïcité comme « un régime social de coexistence, dont les institutions politiques sont essentiellement légitimées par la souveraineté populaire et non plus par des éléments religieux », Blancarte R., *Laicidad y valores en un Estado democrático*, El Colegio de Mexico, 2000, p.117 et s., cité par Baubérot (J.), *Les laïcités dans le monde*, op. cit., p.6.

« Le peuple est la source de tout pouvoir. / La souveraineté nationale appartient exclusivement au peuple. ». Cela démontre que l'article de la constitution ne fait référence à aucune norme ou aucun élément de la religion, que ce soit en ce qui concerne la source du pouvoir ou en ce qui concerne son appartenance, les deux demeurent exclusivement liées au peuple et à sa volonté souveraine.

En outre, l'article 7 de la Constitution de la République dispose, « Le pouvoir constituant appartient au peuple. / Le peuple exerce sa souveraineté par l'intermédiaire des institutions qu'il se donne. / Le peuple l'exerce par voie de référendum et par l'intermédiaire de ses représentants élus. / Le président de la République peut directement recourir à l'expression de la volonté du peuple. »

De cet article, on peut déduire que le peuple reste toujours le maître du pouvoir politique qui lui appartient tout en exerçant sa souveraineté par les institutions qu'il a choisies, soit par la voie d'un référendum soit par ses représentants élus. Cela démontre qu'aucune norme ou élément de nature religieuse n'est évoqué en la matière.

En l'occurrence, le principe de l'Islam religion de l'Etat reste quant à lui, représenté au sein de la constitution en deux volets, qui regroupent de nombreux points, le premier volet touche aux institutions :

- Il s'agit de l'une des conditions d'éligibilité à la Présidence de la République : il est exigé que le candidat soit de confession musulmane, conformément à l'article 73/3 qui dispose « Pour être éligible à la Présidence de la République, le candidat doit: [...] être de confession musulmane; [...] »

-Le Haut Conseil Islamique représente une institution constitutionnelle qui joue uniquement un rôle consultatif auprès

du Président de la République, lequel non seulement désigne le président de ce Conseil mais aussi ses membres. Cette institution doit rendre des rapports périodiques sur certaines activités précisées d'une manière expresse par l'art. 171 de la Constitution<sup>22</sup>. Ainsi et dans le Chapitre II de la Constitution de la République intitulé « Des institutions consultatives » deux articles (171 et 172) sont consacrés à cette institution qui n'est seulement pas composée de théologiens. En effet, les membres sont désignés « [...] parmi les hautes compétences nationales dans les différentes sciences. ». Cet article démontre la volonté du constituant de faire participer toutes les compétences scientifiques et religieuses, sociétés civile et théologiens dans les activités confiées à cette institution<sup>23</sup>.

Cela démontre que cette institution du Haut Conseil islamique n'a pas une forte influence en matière décisionnaire. En effet, son rôle consultatif se manifeste seulement auprès du Président et non pas des autres institutions constitutionnelles de la République et, par ailleurs, le Président de la République domine cette institution par la nomination et son choix ouvert à la mixité autour de deux sphères : spirituelle et temporelle, moderniste et traditionnaliste, théologique et scientifique. Cela nous permet de constater un certain degré de laïcisation des institutions constitutionnelles où la religion est institutionnalisée et dominée par le profane.

---

<sup>22</sup>-L'art.171 dispose« Il est institué auprès du Président de la République, un Haut Conseil Islamique chargé notamment:

- d'encourager et de promouvoir l'ijtihad;
- d'émettre son avis au regard des prescriptions religieuses sur ce qui lui est soumis.
- de présenter un rapport périodique d'activité au Président de la République. ».

<sup>23</sup>-L'art. 172 dispose « Le Haut Conseil Islamique est composé de quinze (15) membres, dont un Président, désignés par le Président de la République, parmi les hautes compétences nationales dans les différentes sciences. ».

Quant à l'article 9 alinéa 4 de la Constitution, il pose une règle générale qui s'applique à toutes les institutions en disposant « Les institutions s'interdisent: [...] - les pratiques contraires à la morale islamique [...] » ; cela montre l'importance de la religion musulmane et sa morale au sein des institutions mais la question, qui reste posée, est de savoir quel est l'organe compétent qui veille à l'application de ce paragraphe et quelles sont les procédures applicables.

En revanche, dans le « Chapitre IV : Des droits et des libertés » de la Constitution algérienne, on trouve de nombreux articles rappelant la laïcité. En effet, l'article 42 de la Constitution interdit expressément aux partis politiques de se fonder sur une base religieuse. Ainsi, il dispose que « [...] Dans le respect des dispositions de la présente Constitution, les partis politiques ne peuvent être fondés sur une base religieuse [...]. / Les partis politiques ne peuvent recourir à la propagande partisane portant sur les éléments mentionnés à l'alinéa précédent [...] »

Cet article sépare le domaine religieux du domaine politique tout en évitant d'utiliser la religion à des fins politiques. Il s'agit d'une évolution significative dans l'histoire de la République après la décennie noire qu'a connue l'Algérie contemporaine et qui a coûté des pertes humaines considérables. Intégrer une telle disposition au sein de la Constitution est un pas important vers la sécularisation de la société civile et la laïcisation de la vie politique.

Si certaines dispositions privilégient ou font référence, en quelque sorte, à la religion majoritaire, les dispositions des articles 29 et 36 garantissent au citoyen l'égalité et la non-discrimination dans le premier article. Il dispose que « Les citoyens sont égaux devant la loi, sans que puisse prévaloir aucune



discrimination pour cause de naissance, de race, de sexe, d'opinion ou de toute autre condition ou circonstance personnelle ou sociale.». Pourtant cette disposition ne mentionne pas expressément la discrimination de nature religieuse, l'expression « [...] ou de toute autre condition ou circonstance personnelle ou sociale.» nous laisse comprendre que la religion pourrait être visée par cette expression. Quant à l'article 36, il traite la liberté de conscience en disposant que « La liberté de conscience et la liberté d'opinion sont inviolables ». Cela démontre une volonté du constituant de respecter le libre choix en matière de conscience. En revanche, il paraît évident qu'il est nécessaire de relativiser cette hypothèse qui peut poser un certain nombre de problématiques avec le principe de «L'islam est la religion de l'État » figurant dans l'article 2 de la Constitution.

Enfin l'article 178 vient pour inscrire dans la durée sept principes essentiels pour la République, trois d'entre eux nous laissent comprendre que la laïcisation des institutions sera accompagnée du principe religieux, «l'islam religion de l'Etat» en disposant que «Toute révision constitutionnelle ne peut porter atteinte:

- 1 - au caractère républicain de l'Etat;
- 2 - à l'ordre démocratique, basé sur le multipartisme;
- 3 - à l'Islam, en tant que religion de l'Etat; ».

Si le troisième paragraphe avance la thèse d'un Etat confessionnel, il est indissociable des deux paragraphes précédents visant le caractère républicain et l'ordre démocratique, afin de proclamer le caractère sécularisé et civil de l'Etat.

Enfin, on peut conclure sur la laïcité à l'algérienne qu'il n'existe pas de séparation stricte entre la religion majoritaire et les institutions constitutionnelles de l'Etat, en revanche quelques éléments forts rappelant la laïcité où l'Etat gère et domine la sphère religieuse peuvent accélérer le processus de sécularisation.

Quant à la Tunisie son histoire particulière dans le monde arabo-musulman et dans le Maghreb, fait d'elle une exception. En effet, ses « atouts historiques »<sup>24</sup> lui ont permis de parvenir à une avancée visible sur un certain nombre de points par rapport aux autres pays du Maghreb, notamment en matière constitutionnelle et cela depuis le pacte fondamental de 1857 et la constitution de 1861.

Nous n'insisterons pas sur le rôle joué ensuite par le Président Bourguiba ni sur la proclamation de la constitution du 1<sup>er</sup> juin 1959 à propos desquels un certain nombre de spécialistes affirment qu'une laïcité autoritaire<sup>25</sup> a été instaurée, à l'instar de la Turquie, afin d'accélérer le processus de modernisation des institutions étatiques et de la société où les acteurs de ce processus de sécularisation se référaient à un islam réformiste pour légitimer leurs actions face aux contestations des religieux conservateurs.

Il convient de reconnaître que les œuvres bourguibiennes, pourtant interrompues, ont abouti à un certain degré de sécularisation de la vie juridico-politique et sociale en Tunisie et cela tout en conservant le principe constitutionnel de l'islam religion de l'Etat tunisien<sup>26</sup>.

Pourtant la Constitution de 2014 de la République tunisienne affirme que « [...], l'islam est sa religion, [...] »<sup>27</sup> et qu'« Il n'est pas permis d'amender cet article. », cette Constitution avance la théorie perpétuelle de l'Etat civil dans l'article suivant<sup>28</sup> et

---

<sup>24</sup>-Ben Achour (Y.), « Politique et religion en Tunisie », *Politique et religion en pays d'islam : diversités méditerranéennes*, Revue Confluences Méditerranée Dir. par Bistolfi (R.), L'Harmattan, Paris, 2000-n°33, p. 96.

<sup>25</sup>-Luizard (P.-J.), *Laïcités autoritaires en terres d'islam*, Fayard, 2008, p. 8.

<sup>26</sup>-Ben Achour (Y.), « Politique et religion en Tunisie », *op.cit.*, p.98.

<sup>27</sup>-Article 1 de la constitution tunisienne de 2014.

<sup>28</sup>-Art. 2 « La Tunisie est un État à caractère civil, fondé sur la citoyenneté, la volonté du peuple et la primauté du droit. / Il n'est pas permis d'amender cet article » .

dispose que « La Tunisie est un État à caractère civil, fondé sur la citoyenneté, la volonté du peuple et la primauté du droit. Il n'est pas permis d'amender cet article. ».

Ces deux articles rejoignent les dispositions de l'article 178 de la constitution algérienne. En effet, il existe une certaine similitude entre les deux constitutions sur ce point.

En revanche, un article retient notre attention, il s'agit de l'article 6 qui dispose que « L'État est le gardien de la religion. Il garantit la liberté de croyance et de conscience et le libre exercice des cultes ; il est le garant de la neutralité des mosquées et lieux de culte par rapport à toute instrumentalisation partisane.

L'État s'engage à diffuser les valeurs de modération et de tolérance, à **protéger le sacré et à interdire d'y porter atteinte**. Il s'engage à interdire les campagnes d'accusation d'apostasie [Takfir] et l'incitation à la haine et à la violence. Il s'engage également à s'y opposer. ».

Sur cet article, on peut formuler un certain nombre de remarques:

- Il s'agit d'une nouvelle disposition constitutionnelle au Maghreb et en Tunisie, il est habituel d'affirmer simplement le principe selon lequel l'Islam est la religion de l'Etat, s'agit-il d'un article qui interprète le principe islam religion de l'Etat ?
- Cette disposition essaie de définir le rôle qui va être joué par l'Etat concernant la religion. Ainsi, l'Etat « [...] garantit [...], [...] s'engage à diffuser, s'engage à interdire [...] s'engage à s'y opposer.».
- Le terme « religion » dans cet article nous semble comporter deux sens ; cette disposition vise-t-elle seulement la religion musulmane ou toutes les religions car aussitôt il est fait

référence à la double composante de la liberté de religion. En effet, cette disposition aurait pu évoquer l'islam d'une façon expresse.

– Cette disposition contient une autre ambiguïté, et cela sur deux plans, concernant l'engagement de l'Etat «[...] à protéger le sacré et à interdire d'y porter atteinte [...]». Le premier plan concerne la définition du sacré. Le second pose la question de savoir s'il s'agit du sacré de la religion musulmane ou de celui de toutes les religions. Ce paragraphe peut poser des problèmes considérables d'interprétation dans l'avenir.

– Enfin, cet article n'est pas suivi d'un paragraphe qui a été introduit dans les articles un et deux de la constitution de 2014, ainsi il n'est pas perpétuel.

– Cet article est introduit dans un contexte politique très particulier dans la Tunisie moderne. En effet, une polémique a été observée autour de cet article<sup>29</sup>.

Par ailleurs, il convient d'observer l'abrogation d'une disposition, qui existait dans la Constitution de 1959 (alinéa 5 de l'article 8)<sup>30</sup>, relative à l'interdiction pour les partis politiques d'utiliser la religion d'une façon fondamentale à des fins politiques. Dès lors, cette disposition est-elle incluse dans l'article 6 qui prévoit « [...] il est [l'Etat] le garant de la neutralité des mosquées et lieux de culte par rapport à toute instrumentalisation partisane. ». Ainsi, cette disposition définit-elle la religion en politique comme l'instrumentalisation partisane des «mosquées et lieux de culte» et pour interdire à un parti politique de « [...] s'appuyer fondamentalement dans ses

---

<sup>29</sup>- Mandraud (I.), « La liberté de conscience, principe inédit dans le monde arabe », Le monde, 30 janvier 2014, En ligne :

[http://www.lemonde.fr/culture/article/2014/01/30/la-liberte-de-conscience-principe-inedit-dans-le-monde-arabe\\_4357300\\_3246.html](http://www.lemonde.fr/culture/article/2014/01/30/la-liberte-de-conscience-principe-inedit-dans-le-monde-arabe_4357300_3246.html).

<sup>30</sup>- «Un parti politique ne peut s'appuyer fondamentalement dans ses principes, objectifs, activité ou programmes, sur une religion, une langue, une race, un sexe ou une région ».

principes, objectifs, activité ou programmes, sur une religion, [...] », l'Etat se présente comme garant de la neutralité de ces lieux de culte. Cela, nous renvoie à la neutralité de l'Etat par rapport aux religions en France.

Pour ce qui concerne d'autres dispositions constitutionnelles en rapport avec la religion, on notera que le candidat à la présidence de la République doit être «[...] de confession musulmane [...]»<sup>31</sup> comme dans la Constitution algérienne de 1996 dans son article 73.

Si la Constitution tunisienne prévoit que «Le président de la République, par voie de décret présidentiel, a pour attributions :

– la nomination de *Mufti* de la République tunisienne et mettre fin à ses fonctions ; [...] »<sup>32</sup>, elle ne définit pas le rôle de cette institution religieuse par rapport au président de la République, consultatif ou obligatoire, et prévoit une personne unique qui est le *Mufti* pour représenter la religion musulmane. En revanche, en Algérie la Constitution de 1996 attribue expressément un rôle consultatif au Haut Conseil Islamique (article 171) et fait le choix de la pluralité de sa composition, qui est de quinze membres, et de sa diversité car il n'est pas prévu qu'il soit uniquement composé de spécialistes de la religion musulmane (article 172), un choix plus ouvert et démocratique à notre sens.

Les deux Constitutions se rejoignent dans la mainmise sur cette institution par le président de la République ; pour ce qui est de la Tunisie c'est lui qui nomme et met fin aux fonctions du *Mufti* et pour ce qui de l'Algérie c'est au Président algérien de désigner les quinze membres du Haut Conseil Islamique. Cela

---

<sup>31</sup>-Art. 74 de la Constitution de 2014.

<sup>32</sup>-Art. 78de la Constitution de 2014.

confirme la thèse selon laquelle l'islam règne mais ne gouverne pas<sup>33</sup>.

Enfin, nous estimons qu'un processus de sécularisation institutionnelle se confirme dans les deux républiques sans affirmation d'une laïcité à la française.

### **B- Le Maroc et la Mauritanie : du Royaume Chérifien à la République islamique**

Pour ce qui est du Royaume du Maroc, dès son préambule la Constitution de 2011 définit le Royaume comme «un Etat musulman souverain». Le monarque demeure chef d'Etat et guide religieux, une confusion significative entre les deux sphères temporelle et spirituelle sur le plan de l'institution de la fonction du chef de l'Etat. Alors que dans les deux constitutions algérienne et tunisienne cette fonction est accessible par la voie du suffrage universel direct où le peuple est la seule source de légitimité de la fonction présidentielle.

En outre, le commandeur des croyants et descendant du Prophète est assisté par le Conseil Supérieur des Oulémas qu'il préside lui-même<sup>34</sup>. Ainsi, la sphère religieuse demeure gérée et dominée par une seule personne: le Roi, qui occupe largement le terrain religieux.

En effet, l'article 41 de la Constitution de 2011 prévoit l'institutionnalisation de ce Conseil et lui attribue exclusivement la fonction de « la fatwa ». Ainsi, la Fatwa, qui est un terme religieux, se trouve évoquée au sein de la Constitution ce qui n'est le cas ni en Algérie ni en Tunisie. Cela peut démontrer la valeur de la religion musulmane en matière juridique d'une part et d'autre part la volonté d'unifier les consultations en matière

---

<sup>33</sup>-Sanson (H.), La laïcité dans l'Algérie d'aujourd'hui, Revue de l'Occident musulman et de la Méditerranée, N°29, 1980. pp. 55-68.

<sup>34</sup>-Article 41 de la Constitution du Maroc de 2011.

religieuse dans l'ensemble du Royaume et de faire d'une institution aussi importante dans la vie des croyants, un rempart contre deux rivaux du monarque : les Fatwas des extrémistes religieux et les opposants politiques qui ont la tentation de se légitimer par l'Islam.

Par ailleurs, il ne faut pas omettre de souligner une autre spécificité institutionnelle concernant la Cour constitutionnelle dont un des douze membres est proposé par le Secrétaire général du Conseil Supérieur des Oulémas, il peut s'agir d'un théologien.

En revanche, la thèse de confusion des deux sphères devrait être nuancée car certains éléments de sécularisation de la vie politique apparaissent dans la Constitution de 2011 du Royaume. En effet, les partis politiques ont constitutionnellement l'interdiction de se fonder sur une base religieuse<sup>35</sup>. Cette règle trouve son équivalent dans la Constitution de la République algérienne, à cette différence près qu'au Maroc le monarque lui-même trouve sa légitimité dans la Religion et que la Constitution l'interdit à ses opposants politiques.

De plus, l'article 2 de la Constitution dispose « La souveraineté appartient à la nation qui l'exerce directement par voie de référendum et indirectement par l'intermédiaire de ses représentants. La nation choisit ses représentants au sein des institutions élues par voie de suffrages libres, sincères et réguliers. », une disposition qui va dans le sens de la sécularisation des institutions.

---

<sup>35</sup>-Art. 7/2 de la Constitution marocaine « [...] Les partis politiques ne peuvent être fondés sur une base religieuse, linguistique, ethnique ou régionale, ou, d'une manière générale, sur toute base discriminatoire ou contraire aux Droits de l'Homme. Ils ne peuvent avoir pour but de porter atteinte à la religion musulmane, au régime monarchique, [...] ».

Quant à la Constitution mauritanienne, elle se démarque des autres Constitutions des trois pays Maghrébins non seulement sur le plan des formules utilisées en se proclamant dans l'article premier «[...] une république islamique, [...]» rejoignant ainsi le Pakistan, l'Afghanistan, l'Iran, au lieu de s'en tenir au principe Islam religion de l'Etat. Elle se démarque également des autres pays maghrébins dans la portée juridique de son préambule qui prévoit que l'islam est la « [...] seule source de droit [...]» [...], et que la Mauritanie demeure «[...] respectueuse des préceptes de l'islam, [...]», rejoignant ainsi Oman et le Yémen.

Le préambule annonce également que «le peuple mauritanien proclame, en particulier, la garantie intangible des droits et principes suivants : [...] - les droits attachés à la famille, cellule de base de la société islamique.».

Par ailleurs, si la condition de la confession musulmane est imposée par une disposition expresse au candidat à la présidence, comme c'est le cas en Tunisie et en Algérie, le principe «Islam religion de l'Etat» quant à lui est annoncé d'une manière plus élargie en englobant le peuple et l'Etat. En effet, l'article 5 dispose que « l'islam est la religion du peuple et de l'Etat».

Ainsi la Mauritanie multiplie les dispositions constitutionnelles faisant référence à la religion ce qui la distingue non seulement des deux Républiques Maghrébines, mais aussi du Royaume du Maroc en considérant le droit musulman comme source principale de droit.

Cet ensemble de dispositions rappelant l'attachement de la Mauritanie à la religion musulmane ne l'a pas amenée à mettre en place une institution constitutionnelle, spécialisée, destinée à veiller à la conformité du droit positif au droit religieux. En



effet, la seule instance religieuse inscrite dans la Constitution demeure simplement consultative et cette instance de cinq membres reste sous contrôle et domination absolue du chef de l'Etat, que ce soit dans sa composition ou que ce soit dans son mode de saisine. Il s'agit du Haut Conseil islamique<sup>36</sup>, une institution qui existe également dans les autres Etats maghrébins. ; en Tunisie cependant il ne s'agit que du *Mufti* dont un simple paragraphe prévoit la nomination et la révocation<sup>37</sup> sans allusion ni à ses fonctions ni à son rôle.

## Conclusion

Par cette étude comparative concernant le concept de laïcité ; qui représente au premier plan une réalité internationale beaucoup plus qu'une spécificité française, on constate que les constitutions des quatre pays maghrébins s'inspirent du modèle français en la matière sur un certain nombre d'éléments laïcisant des institutions publiques plus visiblement sur la question de la référence à la religion pour les partis politiques. En revanche, cette inspiration est de portée très limitée, quant à sa densité car les constitutions des Etats souverains maghrébins n'affirment ni séparation ni neutralité vis-à-vis de la religion et quant à sa portée juridique car le droit positif maghrébin peut s'inspirer du droit musulman sans rencontrer d'obstacle constitutionnel comme il peut être déconfessionnalisé sans rencontrer de difficultés similaires. Une institution constitutionnelle adéquate

---

<sup>36</sup>-Article 94 de la Constitution actuelle de la Mauritanie dispose « Il est institué auprès du président de la République un Haut Conseil islamique composée de cinq membres.

Le président et les autres membres du Haut Conseil islamique sont désignés par le président de la République.

Le Haut Conseil islamique se réunit à la demande du président de la République.

Il formule un avis sur les questions à propos desquelles il est consulté par le président de la République. »

<sup>37</sup>-Article 78 «Le président de la République, par voie de décret présidentiel, a pour attributions:

- la nomination de *Mufti* de la République tunisienne et mettre fin à ses fonctions ; [ ... ] ».

demeure, actuellement, inexistante dans l'ensemble des constitutions maghrébines.

La réalité socio-culturelle ne peut être écartée du système juridique d'un Etat ; de ce fait les constitutions ont placé le religieux sous l'emprise du pouvoir temporel afin d'accélérer le processus de modernisation et de sécularisation au nom d'une religion réformatrice en adoptant «une religion de l'Etat» d'une part et d'autre part, pour faire face à la contestation fulgurante de l'idéologie conservatrice.

# **LA CODIFICATION DU DROIT DE LA FAMILLE : UNE HARMONISATION ALEATOIRE DU DROIT ALGERIEN**

**Ali FILALI**

**Professeur, Université d'Alger1**

---

## **Résumé**

Le recouvrement de l'Indépendance nationale devait être accompagné par un retour à la culture et aux valeurs authentiques de la société algérienne. Ainsi est apparue la nécessité d'élaborer un droit algérien devant se substituer à la législation coloniale. Néanmoins, le contexte dans lequel devait être entreprise cette œuvre était très complexe, compte tenu de l'influence de plusieurs systèmes juridiques. Le problème s'est posé spécialement pour le droit de la famille, dont les règles de fond inspirées exclusivement par la chari'a devaient faire l'objet d'une codification de sorte à faire partie intégrante du corpus juridique algérien. Cette démarche a soulevé, toutefois, beaucoup de difficulté, car le procédé de codification emprunté au droit occidental est incompatible avec la nature même des règles de la chari'a.

## **Mots clés**

Acculturation juridique, cohabitation, codification, code de la famille, système juridique, chari'a, harmonisation, concepts juridiques, fiqh.

Au lendemain de l'Indépendance de l'Algérie, l'abandon du droit colonial et le retour au droit authentiquement algérien était une simple évidence, tant le droit était considéré comme un aspect de la souveraineté et en même temps un élément de l'identité nationale. Néanmoins, après 132 ans de colonisation, beaucoup de choses ont évolué et le retour au statu quo ante n'est guère facile, du fait de certains obstacles inéluctables.

Ceux-ci tenaient principalement à l'acculturation juridique conséquence de l'application du droit colonial pendant plus d'un siècle. La génération de juristes algériens, au jour de l'indépendance, ne connaissait que le droit français<sup>1</sup>. Il y avait également la stagnation du Droit Algérien en vigueur antérieurement à la colonisation française, devenu, en quelque sorte obsolète pour régir une société qui a considérablement évoluée. De plus, le phénomène du bi-juridisme qui s'est développé au cours de la période coloniale, se traduisait, en ce qui concerne les Indigènes, par l'application du droit musulman ou du droit coutumier, avec certains aménagements : en matière de statut personnel<sup>2</sup>, les justiciables étaient soumis à des juridictions musulmanes (*les mahakmas*), mais, pour le reste de leurs relations, ils étaient soumis à la législation coloniale et aux tribunaux français<sup>3</sup>.

A ces facteurs liés au phénomène de la colonisation, est venu s'ajouter un problème de faisabilité, dès lors qu'il n'était ni possible ni opportun pour les autorités algériennes d'abandonner du jour au lendemain la législation coloniale et c'est ainsi que fût reconduite la législation en vigueur jusqu'au 5 juillet 1975.

---

<sup>1</sup>- N. Bessadi, Le droit en Algérie entre héritage colonial et tentative (s) d'algérienisation, article in Le Maghreb et l'indépendance de l'Algérie, CRASC, IRMC et KHARTHALA, 2012 p 28.

<sup>2</sup>- Voir, l'ordonnance du 26 septembre 1842 sur l'organisation de la justice en Algérie et l'ordonnance du 9 novembre 1945 portant organisation du culte israélite en Algérie, in Robert Estoublon et Adolphe Lefébure, Code de l'Algérie 1830- 1895.

<sup>3</sup>- L'ordonnance du 28 février 1841 étend l'application du Code pénal français au territoire algérien.

Faut-il signaler enfin, un dernier facteur et non des moindres, à savoir, l'option de l'Algérie pour le socialisme comme moyen de développement et de modernisation de la société, sachant qu'il s'agit là d'une doctrine autonome qui n'a rien à voir ni avec le capitalisme ni avec l'Islam malgré les rapprochements tentés par quelques auteurs<sup>4</sup>. C'est dans ce contexte très complexe que va être élaboré le droit algérien post indépendance.

Les premiers textes ont commencé à voir le jour dès 1962, dont notamment la loi n° 63-218 du 18 juin 1963 portant création de la Cour Suprême et l'ordonnance n°65-275 portant organisation judiciaire, néanmoins c'est seulement au cours de l'année 1973, que fût installée la Commission Nationale de la Législation chargée de l'algérianisation de la législation<sup>5</sup>. Les travaux de cette commission devaient être achevés au plus tard le 5 juillet 1975, soit la date fixée pour l'abrogation de la loi du 31 décembre 1962 reconduisant la législation antérieure<sup>6</sup>. Cette commission composée essentiellement de professionnels du droit (magistrats et avocats) avait pour directive selon le discours du feu Président Houari Boumediene de : « *procéder à une refonte de notre législation, à la fois par un retour aux sources du droit musulman et par une adaptation aux besoins et aux objectifs de la révolution socialiste.* »<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup>-T. Saoud, La place de l'islam dans l'Algérie indépendante. La période des présidents Ben Bella et de Boumediene comme modèle de référence, article in Le Maghreb et l'indépendance de l'Algérie, CRASC, IRMC et KHARTHALA, 2012 p 115.

<sup>5</sup>- Cette commission créée selon Z. Sekfali par le décret du 5 juillet 1973 devait « *parachever en étroite collaboration avec les diverses commissions sectorielles mises en place dans les départements ministériels les travaux de codification.*», Introduction générale au système judiciaire algérien, éditions Casbah, p 21.

<sup>6</sup>- L'article 4 de l'ordonnance n° 73-29 portant abrogation de la loi n°62-157 du 31 décembre 1962 tendant à la reconduction jusqu'à nouvel ordre de la législation en vigueur au 31 décembre 1962, JORA (Journal officiel de la République Algérienne) 1973, n° 62, p 523.

<sup>7</sup> - Discours du 13 mars 1971, P. Balta & C. Rulleau, La stratégie de Boumediene, La bibliothèque arabe, Sindbad, p 134.

A la lumière de ces circonstances, la tâche du législateur est loin d'être aisée, car il fallait tenir compte pratiquement de trois systèmes juridiques : le système dit de droit musulman (le peuple algérien étant de confession musulmane), le système de droit socialiste, (l'Algérie ayant opté pour le socialisme comme moyen de développement) et le système des droits dits civilistes, notamment le droit français pour des raisons historiques. Le compromis recherché, soit une cohabitation pacifique entre ces systèmes n'a pu être trouvé pour toutes les matières, dans les délais impartis, spécialement pour ce qui est de la matière du statut personnel, d'où le retard dans la promulgation du Code de la famille qui n'a eu lieu que près de 10 ans après l'échéance fixée<sup>8</sup>. S'il est vrai, que pour les autres matières (droit civil, droit commercial, droit administratif, droit pénal etc.), l'algérianisation du droit français, n'a pas soulevé de difficultés particulières, du fait de leur aspect plus technique que culturel<sup>9</sup>, le phénomène de l'acculturation juridique favorisant cette démarche, il en a été autrement pour le droit familial, qui est plutôt un droit ancestral.

Faut-il rappeler à cet égard, que la matière du statut personnel, appelée généralement droit de la famille (statut personnel, successions, libéralités) n'a jamais relevé de la législation coloniale, ni d'ailleurs des tribunaux français ; elle a été de tout temps, régie par le droit musulman, voire les coutumes locales et les litiges y afférents relevaient de la compétence de la justice dite musulmane. Cette situation justifiée par l'attachement de la société algérienne à sa religion, ainsi qu'à ses coutumes et traditions n'est pas sans soulever de difficultés quant à une éventuelle harmonisation de l'ordre juridique

---

<sup>8</sup> - L. Hamdan, Les difficultés de codification du droit de la famille algérien, R I D C, 1985 ; Vol 37 n° 4, pp 1001-1015.

<sup>9</sup> - Outre le peu de dispositions de la chari'a en la matière.

algérien, dans la mesure où il s'agit d'assurer la cohabitation de deux systèmes juridiques au moins<sup>10</sup>. En vérité, il ne s'agissait pas, d'élaborer un ordre juridique à partir de deux systèmes, mais il était beaucoup plus question d'adapter un système juridique à un autre. Autrement dit, il fallait que les règles régissant le droit familial –à savoir la chari'a- puissent se concilier avec le reste des règles juridiques qui relèvent plutôt de la tradition civiliste, favorisant ainsi l'harmonisation de l'ordre juridique algérien.

Cette démarche a été clairement affichée à partir du moment où le législateur a renoncé à ce qui était appelée la justice musulmane<sup>11</sup>, en lui préférant les juridictions relevant du modèle français<sup>12</sup> comme étant peut être plus modernes. Mais, s'il est vrai ainsi que l'écrivait Z. Sekfali : «*La suppression de ces juridictions a mis fin à la distinction devenue aussi anachronique qu'incompréhensible entre les deux concepts de – justice musulmane- et justice civile-*»<sup>13</sup>, il n'en reste pas moins également vrai que les pouvoirs publics ont fait un choix, en préférant notamment les tribunaux issus du modèle français et appliquant le droit positif, aux mahakmas qui représentaient le modèle musulman et appliquaient la chari'a<sup>14</sup>.

---

<sup>10</sup> - Le droit socialiste ne concernant pas cette matière.

<sup>11</sup>- Voir le décret n° 63-261 du 22 juillet 1963, portant transfert de la compétence des Mahakmas de cadî en matière contentieuse et gracieuse, aux tribunaux d'instance, JORA 1963, n° 51, p 751.

<sup>12</sup>- La chambre de révision musulmane a été supprimée à la suite de la création de la Cour suprême par la loi n° 63-218 du 18 juin 1963 et dont l'exposé des motifs indique clairement : « *C'est devant elle (C.S) que seront portés désormais les pourvois en annulation de la chambre des révisions musulmane de la cour d'appel d'Alger.* » JORA, 1963, n° 43, p 662.

<sup>13</sup>- op. cit., p 23.

<sup>14</sup>- Il est vrai par ailleurs, que la chari'a présente beaucoup de contraintes pour les gouvernants des pays nouvellement indépendants, dans la mesure où ils ne peuvent pas remettre en cause l'ordre juridique établi et ils ne sont pas donc maître de l'avenir juridique du pays (notamment après la fermeture des portes de l'idjtihâd, voir Lixant De Bellefonds, Immutabilité du droit

C'est la nécessité d'harmoniser l'ordre juridique algérien qui explique ce choix, sachant par ailleurs que l'efficacité de tout ordre juridique est tributaire de son harmonisation. Celle-ci traduit, en effet, l'unification de la société et sa bonne organisation autour de valeurs communes partagées par l'ensemble de ses membres. D'ailleurs, le propre des règles juridiques est qu'elles sont à l'intérieur d'un même espace social et qu'elles sont non seulement liées les unes aux autres, mais aussi interdépendantes les unes des autres. L'harmonisation des règles juridiques relevant d'un système juridique d'un pays donné embrasse aussi bien les aspects liés à la forme du droit (Section I), que ceux concernant le fond (Section II)

## **Section I – la codification du droit de la famille une exigence pour l'harmonisation formelle du droit algérien**

Outre les commentaires, les critiques, ainsi que les remarques auxquels a donné lieu le Code de la famille depuis sa promulgation, voire même, la polémique qui s'est instaurée depuis entre partisans et adversaires de ce code, les juristes algériens sont partagés quant à la portée de la codification du droit de la famille. Pour certains, la chari'a reste la source officielle et originelle du Code de la famille<sup>15</sup> et la codification ne serait, en fait, rien d'autre qu'une transcription fidèle de la chari'a<sup>16</sup>.

---

musulman et réformes législatives en Egypte, 1955, 7 R I D C, 1955, Vol 7 n°1, pp 5-34), alors que la loi œuvre du législateur leur offre plus de possibilités à l'effet d'affirmer leur autorité et de décider en toute liberté de l'avenir juridique du pays, de le doter de nouvelles institutions, de procéder à des réformes profondes dans le domaine juridique etc.

<sup>15</sup>- M. Djaghah, La polygamie en Algérie divergences autour d'un droit en mutation, article in revue des sciences humaines, Université Mohamed Khider, Biskra, n° 34/35 ; Mars 2014, pp 61-73. Voir également :

العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري د م ج 1994، ص 21، عبد الفتاح تقية، الإشكالات القانونية بين النظرية والتطبيق في قانون رقم 84-11 (تشریح الأسرة الجزائري)، مقال من المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، 2003، العدد 2، ص 83.

<sup>16</sup>- Le droit musulman révélé par le prophète Mohamed (ﷺ - cette expression en arabe est une prière sur le prophète, que le musulman est tenu de dire lorsqu'il prononce ou entend le nom du prophète ﷺ et



Cette opinion s'appuie, entre autre, sur les dispositions de l'article 222 du Code de la famille, qui ne souffrent pourtant d'aucune ambiguïté. Une lecture attentive de cet article -rédigé comme suit : « *En l'absence de dispositions dans la présente loi, il est fait référence aux dispositions de la chari'a.*» - suffit pour réfuter cet argument. Il n'y a nul doute la chari'a est considérée comme étant simplement une source subsidiaire en matière de droit familial, d'autant plus que l'article 1<sup>er</sup> du code de la famille dispose : «*Toutes les relations entre les membres de la famille sont régies par la présente loi*». Il reste toutefois nécessaire, en considération de ces divergences doctrinales, d'examiner la portée réelle de cette codification du droit de la famille (I), qui a permis, en tout cas, l'insertion de ses règles dans l'ordre juridique algérien(II).

## **I- La portée de la codification du droit de la famille**

La codification du droit de la famille procède de plusieurs soucis : elle ne tend pas uniquement à rassembler, systématiser et clarifier les règles de la chari'a<sup>17</sup>, elle se veut également être,

---

*cela en vertu des prescriptions du Saint Coran, notamment la Sourate 33 Al Ahzab (les coalisés), le verset 56 « Certes Allah et Ses Anges prient sur le prophète ; ô vous qui croyez priez sur lui et adressez (lui) vos salutations », Traduction du Saint Coran par le Centre islamique et culturel de Belgique. WWW.centreislamique.be.coran.)- était essentiellement un droit oral transmis par les compagnons du prophète. Il a fait l'objet d'une première codification sous le calife Othman (644 – 656 J.C), pour en garantir sa conservation et sa préservation de toute dénaturation. Cette première codification dite classique consistait en la transcription du Coran et de la Sunna (faits, dires et attitudes du prophète ﷺ ). La chari'a est devenue ainsi un droit écrit. La seconde étape de la codification de la chari'a dite moderne, consiste à faire évoluer la forme des textes présentés sous forme de discours, de récits exhortant les fidèles à suivre la voie de Dieu et à s'abstenir des voies du mal, vers une forme plus juridique se limitant à énoncer les prescriptions de la chari'a. En vérité, il s'agit de mettre en forme le contenu de la chari'a suivant le modèle occidental, sans toucher le fond d'origine divine et donc sacré.*

<sup>17-</sup> Telle, la tentative de codification du droit musulman en Algérie durant la colonisation française, connue sous le nom de projet Code Morand. La codification tend également à séparer le sujet de l'objet de manière à désacraliser la norme et de la ramener à un travail purement humain. La codification est un moyen de dissocier les règles de leurs sources, ce qui facilitera la modification des règles. Voir dans ce sens Harithi Al-Dabagh, Le droit comparé comme instrument de modernisation : l'exemple des codifications civiles des Etats arabes du moyen orient, R D U S 2013, 43. L Gannage, écrit quant à lui : « *en se coulant dans la norme étatique, cette*

non seulement, un moyen de leur adaptation aux exigences de la vie moderne<sup>18</sup>, mais aussi et surtout représenter un procédé d'unification du droit algérien, en mettant fin au dualisme juridique légué par les autorités coloniales<sup>19</sup>.

Cette démarche n'est pas propre au législateur algérien, qui n'a fait que suivre les législateurs des pays arabo-musulmans qui ont été déjà confrontés au problème de modernisation de leur législation à l'instar de l'Égypte, la Syrie, l'Irak, la Tunisie, le Maroc etc. Or, le procédé de la codification étant étranger à la chari'a, s'est posé le problème de leur compatibilité (A), qui n'a pu être résolu que par la substitution de la loi à la chari'a, puisque toute idée de cohabitation était utopique(B).

#### **A- La codification un procédé inconciliable avec la chari'a**

Le procédé de la codification est inconciliable avec la chari'a en raison non seulement de son origine occidentale (1), mais du fait également de la nature même de la chari'a (2).

#### **1- La codification de la chari'a : un procédé emprunté au droit occidental**

La codification est une technique propre aux droits de tradition civiliste. D'ailleurs, selon un éminent chercheur, l'idée de codifier la chari'a «...est le résultat d'une invention qui plonge ses racines dans l'irruption européenne sur la scène musulmane. Ce sont les savants orientalistes et les administrateurs coloniaux d'une part, et les gouvernants musulmans et les nouvelles élites modernistes,

---

*tradition est infiniment plus vulnérable parce qu'elle perd progressivement l'immunité qui lui conférerait son origine religieuse.*», Synthèse dans Lucette Khaiat et Cécile Maréchal, *L'enfant en droit musulman*, Paris, Société de législation comparée, 2008, p 420.

<sup>18</sup>- Harith Al-Dabbag, La réception du modèle juridique français par le droit civil Irakien, article in R I D C, 2005, Vol 57, n°02, pp263-290.

<sup>19</sup>-La codification écrit Ch. Chehatta, à propos de la codification du droit Égyptien, « *permet d'en finir avec ce dualisme, d'introduire des innovations imposées par les exigences de la vie moderne*», Les survivances musulmanes dans la codification du droit civil Égyptien, R I D C, 1965 Vol. 17 n° 4, p 839.

*de l'autre, qui ont cherché dans le fiqh ce qui était susceptible d'être coulé dans le moule d'un droit positif de facture napoléonienne.»<sup>20</sup>.*

C'est en effet, sous l'influence et la pression des puissances occidentales qu'est apparue la première codification de la chari'a, en l'occurrence la Medjella el Ahkam al Adlya en 1877<sup>21</sup>, qui est une gigantesque compilation des coutumes et règles du fiqh hanéfite. Les puissances européennes qui entretenaient des relations commerciales avec l'empire Ottoman et profitant de la décroissance de celui-ci n'ont pas hésité à s'ingérer dans les affaires intérieures de cet empire, en subordonnant le maintien de ces relations commerciales, à des réformes dans tous les domaines y compris le domaine juridique (textes et institutions) en suivant le modèle occidental. Ainsi, ont été empruntés au droit occidental les concepts de code et de codification, d'où la promulgation de plusieurs codes. Cette nouvelle politique législative inspirée du droit européen est à l'origine d'un nouveau problème, celui de la conformité de ces codes avec la chari'a<sup>22</sup>.

La disparition de l'empire Ottoman et l'avènement des Etats-nations, ont été aussi une occasion pour certains pays musulmans de moderniser leur système juridique dans son ensemble en reproduisant le modèle occidental<sup>23</sup>. Cette modernisation s'est

---

<sup>20</sup>- Duprêt Baudoin directeur de recherche au CNRS, Centre Jacques Berque (Rabat), intervention au séminaire « la charia qu'est ce à dire ? » du 15 avril 2013. Voir également Sana Benachour, La construction d'une normativité islamique sur le statut des femmes et de la famille, Texte de la 655<sup>e</sup> conférence de l'Université de tous les savoirs, donnée le 10 octobre 2007.

<sup>21</sup>- Harith Al-Dabbagh, op. cit.

<sup>22</sup>- Cette Medjella écrit Fadhel Moussa : « qui codifie les parties du droit religieux sous forme d'articles est la première initiative prise par un pays islamique qui ait essayé de codifier et de promulguer comme loi d'Etat des parties du droit religieux. », La codification du droit musulman, in RED&S.

<sup>23</sup> - C'est au 19<sup>ème</sup> siècle avec l'avènement de l'Etat nation, le contact du monde musulman avec l'Europe, la décroissance de l'empire ottoman qu'on a cherché à importer des concepts européens et c'est ainsi qu'est apparu le mot droit. C'est dans ces conditions qu'on est passé de la normativité du fiqh à un droit codifié, d'où la promulgation de codes

concrétisée pour l'essentiel à travers la création de tribunaux étatiques, la nomination du personnel judiciaire et la promulgation de codes nationaux répartis par matière (pénal, commercial, statut personnel). Il s'agit en fait de réformes profondes du système juridique (au sens large du terme) qui ont concerné aussi bien la forme que le fond<sup>24</sup>. Ainsi l'Egypte en tant qu'Etat moderne préoccupé par la modernisation de son droit, a pris exemple sur le modèle français pour rédiger dans un premier temps un recueil de la loi hanéfite en 1875, puis un code du statut personnel en 1920<sup>25</sup>.

La première tentative de codification du droit musulman en Algérie remonte à la période de la colonisation française. Elle fût l'œuvre des autorités coloniales qui ont procédé le 6 septembre 1905 à l'installation d'une commission dite de codification du droit musulman. Marcel Morand, membre influent de cette commission et dont le projet de codification porte d'ailleurs son nom, déclarait après 10 ans de travaux : « *Tout en maintenant en certaines matières l'application du droit musulman, nous nous sommes appliqués à amender celle-ci et l'adapter aux exigences des temps nouveaux* »<sup>26</sup>. Ce projet de code n'a pas abouti en raison non seulement de l'opposition des

---

et la création de juridictions à l'occidentale. Voir Duprêt Baudoin, Déjeuner débat, vendredi 24 avril 2015, organisé avec le soutien du Mouvement européen Belgique « Qu'est ce le droit musulman aujourd'hui ? ; voir également Harith. Al-Dabbagh, Le droit comparé comme instrument de modernisation : l'exemple des codifications civiles des états arabes du moyen orient, article in R.D.U.S. 2013, 43, pp 389-441.

<sup>24</sup>- Amira El- AZhari Sonbol, La genèse du droit de la famille : Influence de la *Charia*, du droit coutumier et du droit colonial sur la codification du statut personnel, in Avis de recherche : Egalité et justice dans les familles musulmanes, pp 173-200, www.musawh.org.

<sup>25</sup>-Voir à propos de cette codification, Nathalie Bernard-Maugiron, Le processus de réforme du droit de la famille et ses limites, Confluences Méditerranée, n° 75, Automne 2010 pp 77-89.

<sup>26</sup>-Religion et colonisation XVI-XX siècle, Afrique Asie Océanie Amérique, sous la direction de Dominique Borne et Benoit Falaize, p 150. Pour René Monier, un des principaux théoriciens du projet : « *La codification, en soi, par soi, réalise déjà la codification : disons le sans jeu de mots aucun, que codifier, c'est modifier. Car le droit musulman est par nature, un droit oral, et non un droit écrit ; il est un droit traditionnel et jurisprudentiel ; le transformer en droit écrit, par rédaction par fixation, c'est l'altérer.* », Religion et colonisation, op. cit., p 149.

représentants de la partie musulmane- qui considéraient ce projet comme une trahison de la religion musulmane et une violation des coutumes locales-, mais du fait également des colons qui redoutaient une limitation des pouvoirs des juges français par ce code et qui ne pourraient plus imposer les règles du Code civil français à travers la jurisprudence musulmane. Ce projet de code aurait été également abandonné par les autorités coloniales qui craignaient le soulèvement des indigènes<sup>27</sup>.

La codification de la chari'a est un procédé impropre non seulement du fait de son appartenance à un autre système juridique, mais en raison de la nature même des règles de la chari'a ; elles sont incodifiables.

## **2- Le fiqh incodifiable par nature**

C'est parce qu'il est une doctrine et une méthode que : « *le droit musulman est essentiellement incodifiable* », écrit Joseph Schacht, car dit-il « *il ne possède de valeur religieuse qu'autant qu'il est enseigné de la manière traditionnelle par l'une des écoles du fiqh.* »<sup>28</sup>. Le fiqh traduit généralement par le vocable droit musulman<sup>29</sup> est défini comme « *la connaissance (ilm ou science) des ahkâm (statuts des actes humains) au moyen des indices (adilla, preuves scripturaires). C'est une science pratique, par opposition à la théologie qui est une science théorique.* »<sup>30</sup>. Le fiqh est une source dérivée qui recense l'ensemble des règles dégagées par les fouquafâs (jurisconsultes)

---

<sup>27</sup> - Etudes Franco-musulmanes, Le « Code Morand » devant la magistrature musulmane- L'impossible réforme du droit familial dans l'Algérie coloniale (1904-1926). Jc-moreau.com/p?= 456.

<sup>28</sup> - Esquisse d'une histoire du droit musulman, Paris librairie orientale et américaine, Max Besson, 1953, p 80.

<sup>29</sup> -Dupret Baudoin estime pour sa part que le terme fiqh ne peut pas être traduit par droit musulman et il préfère plutôt le terme doctrine et il serait de l'avis de cet auteur : «...*faux de penser la charia et le fiqh en termes de droit, c'est-à-dire en terme de droit tel que nous entendons ce mot aujourd'hui.* », op. cit., loc.cit.

<sup>30</sup> -H. Bleuchot, Droit musulman, PUAM, T2, chapitre V. Les fondements du droit musulman, n° 260.

à partir des prescriptions du Coran et de la Sunna, la tradition du prophète ﷺ et ayant trait généralement au culte et aux relations sociales. Le fiqh ne se prête pas au procédé de la codification du fait de sa formulation doctrinale (2.1), de sa casuistique (2.2), nonobstant le caractère immuable de la chari'a étant d'origine divine (2.3).

## 2.1-Le fiqh : une formulation doctrinale

En se posant la question de savoir où se trouve le droit musulman Hervé Bleuchot répond comme suit : « *La réponse, celle des ulamâ, est simple et unique : dans la doctrine, et qui est plus, non dans les ouvrages des maitres fondateurs (Abû Hanifâ, Mâlik, Ach-châfi î, Ibn hanbel), mais dans les traités résumés et commentaires de moyenne et basse époque qui sont pratiquement les seuls consultés.* »<sup>31</sup>. Ainsi, Contrairement au positivisme juridique qui considère le droit comme l'expression de la volonté de l'Etat, matérialisée par des formes officielles (les sources formelles), le fiqh n'est pas l'œuvre de l'Etat et ne requiert aucune forme particulière pour être reconnu comme tel. La chari'a n'est pas le droit d'un Etat musulman quelconque, mais plutôt, celui de la communauté musulmane où qu'elle se trouve. La codification étant par essence une prise en charge officielle du droit par l'Etat ne peut être appliquée au fiqh sans risque de dénaturation<sup>32</sup>.

Le fiqh - qui repose sur l'exégèse et les commentaires des fouquahâs- s'est développé à travers quatre écoles principalement, en raison des divergences relevées à l'occasion de solutions apportées à des cas d'espèce. Or, étant ainsi, la codification du fiqh, n'exclut pas l'existence de solutions parfois contradictoires,

---

<sup>31</sup>-H. Bleuchot, Droit musulman, Presse universitaire d'Aix Marseille, Collection Droit et religions, éd. 2000, ISBN électronique : 9782821853324, n° 299-5.

<sup>32</sup>-Pour R Maunier : « *Codifier c'est modifier* », Loi française et coutume indigène en Algérie, Domat- Montchrestien, 1932, p 68.

dans un même texte censé être harmonieux et homogène, ce qui est inacceptable.

Par ailleurs, compte tenu de sa formulation doctrinale<sup>33</sup>, la codification du fiqh requiert une nouvelle présentation des différentes règles, notamment leur mise sous forme d'articles d'une part et leur classement par Livre, Titre, Chapitre, Section etc. au même titre que les dispositions du Code civil, du Code de commerce, ou le Code de la nationalité etc. Or, une telle opération même dépourvue de toute volonté de réforme ne peut pas aboutir sans dénaturation de la chari'a. Au surplus, le fait de mettre seulement sous forme d'articles un corpus doctrinal de caractère casuistique ne va pas sans altérer le contenu et transformer en règles de droit des règles habituellement frappées du sceau du sacré<sup>34</sup>.

## 2.2- Le fiqh : une casuistique

Le fiqh est un ensemble de jugements de comportements définis au cas par cas à la lumière des prescriptions du Coran et de la tradition du prophète ﷺ. Les solutions prescrites relèvent de la casuistique, il s'agit de solutions retenues à propos de cas d'espèce et exposées par les fouquahâs dans des recueils, considérés comme « *des collections de cas* »<sup>35</sup>. Le droit musulman : « *se présente sous formes de décisions particulières concrètes* »<sup>36</sup>. Quant au légiste musulman, Millot relève qu'il : « *se refusera*

---

<sup>33</sup> -A. Bessedik, op. cit., p 17.

<sup>34</sup> -Il semblerait que le comité des grands savants en Arabie saoudite aurait édicté une fatwa en 1973, qui déclare illicite la codification de la charia, Revue des recherches islamiques saoudienne (en arabe), Riyad, 1411 Hégire (1990), n° 31 p 58 et suiv. cité par Harit Al Dabbag, op. cit. Voir également à propos de la codification de la chari'a :

عبد الرحمان بن سعد بن علي الشترى ، حكم تقنين الشريعة الإسلامية ، دار الصميعة للنشر والتوزيع 1428 هجري.

<sup>35</sup> - Chafik Chehata, op. cit., p 839 et s.

<sup>36</sup> - Jean Marc Mousseron, La réception au proche orient du droit français des obligations, RIDC, janvier – mars 1968, Vol 20, n°1, pp 37-78.

à l'abstraction, et à la systématisation, à la codification. Il évitera la généralisation et même la codification »<sup>37</sup>.

S.Lagnmani<sup>38</sup> qualifie le fiqh de casuistique théorique. C'est une casuistique précise – t- il , car le fiqh ne procède pas par des règles générales et elle est théorique parce que les recueils du fiqh ne sont pas comparables aux recueils des précédents connus dans les pays de la Common law. Les cas envisagés par les fouquahâs sont aussi bien des cas réels que des cas supposés, des hypothèses d'école. Il ne s'agit pas de précédents judiciaires c'est-à-dire des décisions de justice rendues à l'occasion de véritables procès qui y sont exposés et qui selon le système de la Common law s'imposent aux juridictions inférieures.

Il en est ainsi parce que la chari'a s'intéresse à la vie quotidienne du croyant ce qui a donné lieu, parfois à une casuistique extrêmement complexe<sup>39</sup>. Les prescriptions du Coran sont dans certains cas, très détaillées, telles les successions, la quote-part de chaque héritier est déterminée avec précision dans tous les cas de figure susceptibles de se présenter<sup>40</sup>. La tradition du prophète ﷺ qui est

---

<sup>37</sup> - La pensée juridique de l'Islam, R I D C1954, p 441.

<sup>38</sup> - Droit musulman et droit positif : le cas tunisien, article in Politiques législatives : Egypte, Tunisie, Algérie, Maroc, CEDEJ 1994 pp p 157-163.

<sup>39</sup> - A. Bessedik, Les opérations de financement et d'investissement dans le droit musulman, HAL, 2013, p 18.

<sup>40</sup> - Voir Sourate 4 An-nisa (Les femmes), il est indiqué notamment aux versets 11 & 12 ce qui suit : « 11. *Voici ce qu'Allah vous enjoint au sujet de vos enfants : au fils, une part équivalente à celles de deux filles. S'il n'y a que des filles, même plus de deux, à elles alors deux tiers de ce que le défunt laisse. Et s'il n'y a qu'une, à elle seule alors la moitié. Quant aux père et mère du défunt, à chacun d'eux le sixième de ce qu'il laisse, s'il a un enfant. S'il n'a pas d'enfant et que ses père et mère héritent de lui, à sa mère alors le tiers. Mais s'il a des frères, à la mère alors le sixième après exécution du testament qu'il aurait fait ou paiement d'une dette. De vos ascendants ou descendants, vous ne savez pas qui est plus près de vous en utilité. Ceci est un ordre obligatoire de la part d'Allah, car Allah est certes, Omniscient et Sage.* 12. *Et à vous la moitié de ce que laissent vos épouses, si elles n'ont pas d'enfant. Si elles ont un enfant, alors à vous le quart de ce qu'elles laissent, après exécution du testament qu'elles auraient fait ou paiement d'une dette. Et à elle un quart de ce que vous laissez, si vous n'avez pas d'enfant. Mais si vous avez un enfant, à elle alors le huitième de ce que vous laissez après exécution du testament que vous auriez fait ou paiement*



la seconde source (à savoir, l'ensemble de ses actes, ses paroles et ses approbations etc.), constitue en fait des réponses apportées aux questions des fidèles à l'occasion généralement de cas concrets ou de cas pratiques supposés.

Etant ainsi, le fiqh ne se prête pas à une codification, car celle-ci suppose des règles à portée générale et non pas des solutions particulières. L'effort de systématisation qui pourrait avoir lieu<sup>41</sup> dans le but bien évidemment d'une codification des règles du fiqh aboutira sans aucun doute à une rationalisation du contenu des règles de la chari'a<sup>42</sup>.

### 2.3- Le caractère immuable de la chari'a

Contrairement au droit œuvre de l'Etat, passible de mutation au fur et à mesure de l'évolution de la société sur tous les plans économique, social, culturel etc., la chari'a d'origine divine est immuable ; les solutions prescrites s'imposent pratiquement en tout lieu et en tout temps. Le droit musulman serait selon les dires d'un auteur : « ... un bloc que personne ne peut tailler »<sup>43</sup>. La porte de l'idjtihad (effort intellectuel) autrefois ouverte a été fermée<sup>44</sup> et en vertu du

---

*d'une dette. Et si un homme, ou une femme meurt, sans héritier direct, cependant qu'il laisse un frère ou une sœur, à chacun de ceux-ci alors, un sixième. S'ils sont plus de deux tous participeront au tiers, après exécution du testament ou paiement d'une dette, sans préjudice à quiconque (Telle est l') Injonction d'Allah ! et Allah est Omniscient et Indulgent.»*

<sup>41</sup>-C'est à partir du Vème siècle Hégire, XI ème Siècle, que les principes généraux ont commencés à être dégagés sous le nom de kawaed kuliyyat (القواعد الكلية) par un auteur hanéfite, au nombre 4 au début : - l'usage à valeur de règle, - le doute ne doit pas détruite la conviction déjà faite, - l'extrême difficulté appelle la facilitation, - le dommage doit être intégralement réparé. Le nombre de principes dégagés par le fiqh s'est multiplié jusqu'à atteindre le nombre de deux cents, voire plus. D'ailleurs, les 99 articles du titre préliminaire de la Madjellé ont été consacrés à ces kawaed. Ce sont des directives pour le fiqh et non pas des textes de loi qui s'imposent au juge, voir, S. Jahel, op. cit.,

<sup>42</sup> -voir à propos de la rationalisation du droit par la codification, Max Weber Sociologie du droit Paris PUF 2007, p 195 et s.

<sup>43</sup>- Bessedik, op. cit., p 7 ; voir également, L. Gannagé, Droit immobile ou droit en mouvement?, Mélanges Oppetit, p 203 2é éd. Litec 2009.

<sup>44</sup>- La formation du droit musulman aurait été achevée à la fin X è siècle, d'où un consensus entre les savants de la communauté musulmane considérant que tout a été dit et que la

principe du taklid (le conformisme) en vigueur depuis, les fouquahâs ne peuvent commenter, analyser et exposer que les œuvres des maîtres du passé ainsi que les règles définitivement établies, toute innovation leur est interdite<sup>45</sup>.

Certains penseurs musulmans se sont de tout temps opposés à la codification de la chari'a, de crainte de favoriser par ce biais sa dénaturation. Faut-il rappeler aussi que c'est par rapport à certaines contraintes de la chari'a que beaucoup de pays appartenant au monde arabo-musulman ont préféré s'inspirer du modèle occidental pour la modernisation de leur droit, plutôt que de s'en tenir à la chari'a.

Certains auteurs refusent même de qualifier la chari'a comme étant du droit à raison notamment de son contenu qui englobe les rituelles propres à la dévotion du musulman et qui n'a pas de lien avec le Droit<sup>46</sup>, c'est un droit métajuridique.

Comment appréhender dès lors la codification de la chari'a ? Ne pourrait-on l'analyser comme une sorte de cohabitation entre les règles de fond d'un système juridique en l'occurrence la chari'a et le procédé de la codification comme instrument propre à un autre système juridique, soit le système dit des droits civilistes ? Une telle approche s'avère cependant impossible, car l'harmonisation recherchée par le législateur algérien ne peut, se faire qu'en préférant un système juridique au détriment de l'autre.

---

porte de l'idjtihad doit être fermée, voir J. Schacht, Introduction au droit musulman, Maisonneuve & Larose, p 63.

<sup>45</sup> - S. Jahel, Les principes généraux du droit dans les systèmes arabo- musulmans au regard de la technique juridique contemporaine R I D C, 2003 1 pp 105- 122.

<sup>46</sup>-Dupret Baudoin, précisait en conclusion de son intervention : « S'il y a une idée que je voudrais laisser en conclusion de mon intervention, c'est que l'erreur principale est de penser la charia et le fiqh comme un droit, dans le sens où nous entendons le mot -droit – aujourd'hui dans une assemblée comme la nôtre, et non pas comme une normativité, pouvant avoir bien sûr, une dimension juridique mais ayant surtout une dimension déontologique, éthique, morale et celle-là est fondamentalement plus importante », Intervention au séminaire « la charia qu'est ce à dire? du 15 avril 2013.

## **B- La codification des affaires familiales : une substitution de la loi à la chari'a comme source du droit familial.**

Cette question de substitution de la chari'a par la loi du seul fait de la codification ne fait pas l'unanimité au niveau de la doctrine algérienne comme souligné précédemment. Il n'en n'est pas ainsi vous diront certains auteurs, dès lors que les règles relatives à l'héritage telles que prescrites par le Coran ont été reprises à la lettre et dans le moindre détail, que le droit de répudiation de l'époux a été reconduit, de même que le droit de l'épouse au khol'â, que la présence du wali au mariage de la fille mineure est toujours obligatoire et que l'adoption reste interdite etc.

Cela est certainement vrai, néanmoins, faut-il rappeler la distinction : sources matérielles et sources formelles du droit<sup>47</sup> ; les premières s'intéressent à l'origine de la règle de droit, alors que les secondes concernent les formes de sa concrétisation, tout en lui conférant par la même son autorité. Il ne fait pas de doute que la chari'a est une source matérielle et qu'elle en est d'ailleurs la principale source, d'où la reprise de la plupart de ses solutions (de la chari'a) dans les dispositions du Code de la famille. En revanche, il nous paraît difficile de la considérer, après la promulgation du Code de la famille, comme étant la source formelle en la matière, tout au moins à titre principale. D'ailleurs, l'article 1<sup>er</sup> du Code de la famille énonce clairement que : « *Toutes les relations entre les membres de la famille sont régies par la présente loi.* ».

Cet avis est également celui de la jurisprudence de la Cour Suprême. Les juges du droit se contentent, en effet, dans le cadre de leur pouvoir de contrôle des décisions rendues par les juridictions de fond, d'examiner uniquement les aspects liés à la bonne ou mauvaise application de la loi, c'est-à-dire les dispositions

---

<sup>47</sup> - C'est là une distinction du droit positif, le chari'a distingue plutôt les sources originelles des sources dérivées.

du Code de la famille, sans se préoccuper du respect ou non de la chari'a.

Ainsi, dans une espèce soumise à son contrôle, la Cour suprême a cassé et annulé l'arrêt d'une cour statuant en appel qui a rejeté la demande de reconnaissance de paternité d'un enfant au motif que celui-ci serait né d'une relation illégitime et que la chari'a n'admet pas dans ce cas la reconnaissance de paternité. Elle relève dans une autre espèce que dès lors que les tests ADN pratiqués conformément à l'article 40 du Code de la famille<sup>48</sup> ont établi que le défendeur au pourvoir est bel et bien le père biologique de l'enfant, les juges du fond doivent accéder à la demande en reconnaissance de paternité, sans confondre la filiation de l'enfant né du mariage légal, objet de l'article 41 et la reconnaissance de paternité de l'enfant né d'une relation illégitime<sup>49</sup>. Elle a accédé également à la demande en reconnaissance de paternité de l'enfant né d'un viol en application de l'alinéa 2 de l'article 40<sup>50</sup>. Cette décision de la Cour Suprême non conforme à la chari'a a donné lieu, d'ailleurs, à beaucoup de commentaires. La Haute Juridiction, s'est tenue également à une stricte application des dispositions des articles 169 à 172 du Code de la famille relatifs à l'héritage par substitution, sans tenir compte des prescriptions de la chari'a<sup>51</sup>, qu'elle continuait pourtant

---

<sup>48</sup>- L'article 40 rédigé comme suit : « *La filiation est établie par le mariage valide, la reconnaissance de paternité, la preuve, le mariage apparent ou vicié ou tout mariage annulé après consommation, conformément aux articles 32, 33 et 34 de la présente loi.... Le juge peut recourir aux moyens de preuve scientifique en matière de filiation* »

<sup>49</sup>- Ch. Stat Pers & suc (Chambre du statut personnel et des successions), Arrêt du 05/03/2006, n° 355180, Re. C. Sup (Revue de la Cour Suprême), 2006, 1, p 469.

<sup>50</sup>- Ch. Stat. Pers & suc., Arrêt du 15 mars 2012, n° 734072, note F.Z. Tebboub, Rev. C. Sup. 2013,1, 113.

<sup>51</sup>- Ch. Stat. Pers & suc. Arrêt du 12/09/2013, n°0759763, Rev. C. Sup. 2014, 1, 327. Dans une autre espèce objet de l'arrêt du 04/01/2006, n° 309029, cette même chambre a cassé l'arrêt dont pourvoi, dès lors que les juges du fond ont estimé que le demandeur au pourvoi n'a pas rapporté la preuve de l'héritage par substitution qui était selon les règles de la chari'a facultatif, or depuis la promulgation du Code de la famille, l'héritage par substitution est de droit, et qu'ainsi les juges d'appel ont violé les dispositions de l'article 169 du code de la famille, Rev. C. Sup. 2006, 1, 443.

à appliquer au titre des situations intervenues antérieurement à la promulgation du Code de la famille<sup>52</sup>.

Etant une œuvre législative, le Code de la famille à l'instar des autres lois de la République (Code pénal, Code civil et autres textes de la loi) a été élaboré dans le respect des procédures prévues à cet effet. Il a été l'objet d'un projet de texte de loi initié par le chef du gouvernement en vertu de l'article 119 de la Constitution, puis discuté et adopté par le parlement conformément aux dispositions des articles 98 et 152<sup>53</sup>, ensuite promulgué par le Président de la République dans le cadre de ses attributions conformément à l'article 126 et enfin publié au journal officiel, en application de l'article 4 du Code civil. Aussi, en tant qu'œuvre législative, le Code de la famille n'est pas seulement passible de modification, comme il l'a été d'ailleurs en vertu de l'ordonnance n° 05-02 du 27/02/2005, modifiant et complétant la loi n° 84-11 du 9 juin 1984 portant Code de la famille, mais il peut être également l'objet d'une réforme compte tenu de mutations profondes que pourrait connaître la société, alors que le chari'a est immuable dans ses principes. Par ailleurs, la codification du droit familial a permis son intégration dans l'édifice juridique algérien.

## **II- L'insertion des règles du droit des affaires familiales dans l'ordre juridique algérien**

L'ordre juridique est défini généralement comme un ensemble structuré de normes juridiques en vigueur dans un

---

<sup>52</sup> - C. Sup, Ch. Stat. Pers & suc., arrêt du 10/12/2009, n° 526179, Rev. C. Sup. 2010, 1, 231, Les juges ont fait application des règles de la chari'a pour se prononcer sur la validité de l'acte de substitution d'héritier établi le 28/09/1942.

<sup>53</sup> - Art 98 : « Le pouvoir législatif est exercé par un Parlement composé de deux chambres, l'Assemblée Nationale Populaire et le Conseil de la Nation...Le parlement élabore et vote la loi souverainement. », Art 122 Constitution : « le parlement légifère dans les domaines que lui attribue la constitution, ainsi que dans les domaines suivants : ...2- les règles générales relatives au statut personnel et au droit de la famille ; et notamment au mariage, au divorce, à la filiation, à la capacité et aux successions ; ».

Etat. C'est un ensemble structuré dans la mesure où les normes qui le composent sont dépendantes les unes des autres<sup>54</sup>. La codification du droit de la famille a permis d'insérer ses règles dans l'ordre juridique algérien<sup>55</sup> et qu'ainsi la loi portant Code de la famille doit obéir au principe de la hiérarchie des normes (A) et son application se fera concurremment avec les autres des textes de loi (B).

### **A- Le Code de la famille et le respect de la hiérarchie des normes**

Le principe de la hiérarchie des normes est en fait un classement hiérarchisé de l'ensemble des règles en vigueur dans un pays donné, relevant d'un même ordre juridique pour en assurer la cohérence et la rigueur. Le principe de la hiérarchie des normes signifie que la norme supérieure s'impose à la norme inférieure. Autrement dit, le Code de la famille doit respecter, non seulement la Constitution, considérée comme la loi fondamentale source de toutes les lois, mais également les traités, car ce sont des textes supérieurs à la loi portant Code de la famille. Il n'est pas dans notre intention, dans le cadre de cette communication, d'examiner les différents aspects de ces questions, mais on se limitera à ceux spécifiques au Code de la famille.

#### **1-Le respect de la Constitution**

En vertu de l'article 165 de la Constitution, le contrôle de la constitutionnalité des lois relève des prérogatives du Conseil constitutionnel, qui pourra le cas échéant, par avis ou par décision, déclarer inconstitutionnelles une ou plusieurs dispositions de la loi (article 169). La question de la constitutionnalité des dispositions du Code de la famille concerne principalement le respect des dispositions de l'article 29 de la Constitution, consacrant l'égalité des sexes.

---

<sup>54</sup>- C'est l'ordre juridique qui valide la norme.

<sup>55</sup>- «... il n'existe pas, 'dans la nature' de norme juridique isolée » M. Virally, La phénomène juridique, RDP, 1966, p 5.

En effet, les opposants au Code de la famille dénoncent son aspect discriminatoire, en matière de droits des époux à propos du mariage, du divorce, de la succession, de la garde etc. Ce reproche n'est pas le fait de simples citoyens, mais il est également celui des politiciens et des juristes<sup>56</sup>. Cette question de l'égalité des sexes est aussi une des préoccupations du Président de la République, l'évoquant continuellement dans ses discours à l'occasion de la commémoration de la journée de la femme<sup>57</sup>. Les adeptes du Code de la famille sont plutôt d'un avis contraire et soutiennent que la chari'a a libéré et honoré la femme.

Il s'agit, en vérité, d'un problème de cohabitation entre deux systèmes juridiques, cohabitation qui s'est révélée malaisée, voire impossible à réaliser. En effet, il est difficile de parler de l'égalité des époux telle qu'elle résulte des dispositions du Code de la famille (*inspirées principalement par la chari'a*), si on prend comme point de départ l'égalité des sexes telle que conçue par les droits occidentaux (*qui ont inspiré la Constitution algérienne*), lesquels sont fondés sur une toute autre philosophie.

La recherche d'un compromis entre les deux conceptions de l'égalité des époux comme semble le faire le Président de la République, à travers son discours du 8 mars 2006 est difficile à réaliser. Il est dit notamment dans ce discours : « *Dans le domaine législatif, les dernières révisions du Code de la famille et du Code de la nationalité placent l'Algérie au rang des nations les plus*

---

<sup>56</sup> - Mme Hanifi, dans sa thèse de doctorat sous le titre : « La dissolution du lien conjugal du vivant des époux », a choisi comme intitulé de la première partie de cette thèse « La discrimination au niveau des causes de la dissolution du lien conjugal », alors que le chapitre 1<sup>er</sup> porte le titre : « Un semblant d'équilibre entre les époux ».

<sup>57</sup> - Lors de son discours du 8 mars 2014, le Président de la République qui est revenu sur les modifications apportées au Code de la famille en 2005 précisait : « *Le Code de la famille amendé en 2005, a permis d'introduire davantage d'égalité entre les conjoints, une meilleure protection des enfants mineurs et plus de cohésion familiale. Néanmoins il reste perfectible sur certains aspects matériels...* », Voir également, Nadia Ait Zai, Les discriminations : Obstacles à la réalisation d'une égalité effective entre hommes et femme, in publication du Centre d'information et de documentation sur les droits de l'enfant et de la femme, CiDDEF, 2012, pp 05-19.

*avancées tout en sachant que notre peuple est et demeurera farouchement attaché à ses valeurs civilisationnelles immuables et non négociables.*». Il est également précisé dans son discours du 8 mars 2007: *« Cette transformation des rôles féminins a eu nécessairement des répercussions sur le statut juridique des femmes, consacrant leur plus grande autonomie et un rééquilibrage des responsabilités de l'homme et de la femme au sein de la famille dans le respect fondamental des valeurs de l'Islam. C'est ce que le législateur a accompli il y a deux ans avec audace et mesure en introduisant d'importantes réformes dans les codes de la famille et de la nationalité. »*. C'est en raison de ces difficultés objectives nous semble – t –il que le problème de la constitutionnalité des dispositions du Code de la famille n'a jamais fait l'objet de recours devant le Conseil constitutionnel, qui ne peut être saisi au demeurant que par le Président de la République, le Président de l'Assemblée populaire nationale et/ou le Président du conseil de la Nation.

## **2- Le respect des conventions internationales**

Aux termes de l'article 132 de la Constitution, les traités ratifiés par le Président de la République, dans les conditions prévues par la Constitution, sont supérieurs à la loi. Il s'ensuit que les dispositions du Code de la famille ne doivent pas être contraires aux Conventions Internationales auxquelles l'Algérie a adhéré dont notamment celles qui protègent les droits des femmes. D'ailleurs, le Président de la République n'a pas manqué de le rappeler dans son discours prononcé à l'occasion de la célébration de la journée de la femme le 8 mars 2009 : *« Notre pays veut aussi se hisser au rang de ceux qui respectent leurs engagements aussi bien nationaux qu'internationaux puisque l'Algérie est signataire des conventions internationales qui protègent les droits des femmes.*».

L'adhésion de l'Algérie aux Conventions Internationales suppose également la mise en harmonie de la législation interne



dont le Code de la famille avec Ces conventions Internationales. Lors de son discours du 8 mars 2008, le Président de la République, indiquait que : « ...nous allons retirer les réserves qui avait été formulées par l'Algérie à l'égard de l'article 9.2 de cette convention concernant l'égalité des droits de la mère et du père en matière de transmission de la nationalité algérienne aux enfants, cette égalité étant maintenant reconnue en Algérie. ».

## **B- Le droit de la famille une branche du droit privé**

En adoptant la *summa divisio*: droit public/droit privé, ainsi que la classification française des branches du droit, le droit familial constitue une branche du droit privé. Il entretient des relations avec les autres branches du droit et plus spécialement le droit civil, considéré comme étant le droit commun. La reprise de cette méthodologie propre au droit français n'est pas sans conséquence sur le contenu, voire l'interprétation des dispositions du Code de la famille. La relation entre le droit civil - en tant que droit commun- et le droit de la famille - en tant que branche du droit privé-, ne peut se concevoir théoriquement qu'autant qu'ils partagent la même conception générale, garantissant ainsi l'harmonie générale du système juridique.

Il est vrai qu'une partie de la doctrine algérienne revendique, comme indiqué précédemment, l'autonomie du Code de la famille, en ce que ses dispositions sont des règles de la chari'a. Ce point de vue est confirmé par l'article 222 du Code de la famille, lequel renvoie, à l'application de la chari'a en l'absence de dispositions légales. Outre les arguments que nous avons déjà évoqués contre ce point de vue, une lecture rapide de certaines dispositions du Code civil, notamment celles contenues dans le Livre I intitulé « *Dispositions générales* »<sup>58</sup>, montre clairement que le Code civil

---

<sup>58</sup>-Ce livre traite des règles relatives à l'application de la loi, des conflits de lois dans le temps et dans l'espace, et des personnes.

est le droit commun et que ses dispositions s'appliquent au droit de la famille, en tant que de besoin. Par ailleurs, les dispositions du Code de la famille relatives à la capacité, au contrat de mariage, au consentement vicié, à la filiation et autres, sont des applications particulières de règles déjà énoncées par le Code civil. Mieux encore, les articles 82 et 83 du Code de la famille font référence aux articles 42 et 43 du Code civil.

L'harmonisation recherchée par le législateur et pratiquement réussie au plan formel semble cependant soulever beaucoup plus de difficultés quant au fond.

## **Section II –la codification du droit de la famille : une opportunité pour l'harmonisation et la modernisation des concepts**

A priori, la question de l'harmonisation des concepts ne devrait pas se poser, puisque nous avons exclu l'hypothèse de la cohabitation à propos de la codification du droit familial.

Autrement dit, à partir du moment où la chari'a est considérée comme uniquement une source matérielle, le législateur n'est pas tenu de reprendre les solutions empruntées à celle-ci dans les termes de leur formulation originelle. L'intégration du droit familial dans le corpus juridique en place commande d'utiliser plutôt la terminologie juridique en usage, notamment celle du droit privé et spécialement le droit civil considéré comme droit commun. Le législateur doit - dans un souci d'harmonisation - adopter également la même méthodologie, les mêmes classifications etc. En vérité, il n'en n'a pas été ainsi, car les solutions de la chari'a sont énoncées au moyen d'une terminologie propre à la langue arabe et qu'ainsi, il n'est pas certain de trouver dans tous les cas de figure, les termes équivalents dans une autre terminologie et/ou à une autre langue. Il y a un risque de dénaturation des solutions empruntées à la chari'a.

Faut –il rappeler à cet égard, que la distinction des systèmes juridiques ne tient pas uniquement à la différence de leurs sources, mais se manifeste aussi à propos des concepts utilisés par chaque

système, des approches et des méthodologies différentes, etc.<sup>59</sup> Le droit en tant que science et au même titre d'ailleurs que les autres disciplines scientifiques a besoin pour la formulation de ses règles d'un langage technique et d'un vocabulaire normalisé. Cette normalisation des termes juridiques n'exclut pas, cependant, l'existence de différences entre les vocabulaires utilisés par les différents systèmes juridiques. Certains termes juridiques consacrés par un système juridique ne le sont nécessairement pas par un autre et/ ou n'ont pas la même signification etc.

A ces disparités d'ordre conceptuel s'ajoutent des difficultés d'ordre linguistique. A titre d'exemple, si notre pays a certes consacré, le monolinguisme - la langue arabe étant constitutionnellement la seule langue nationale et officielle-, or il existe bel et bien un bilinguisme de fait, étant officieux. Les textes juridiques sont élaborés, promulgués et publiés dans deux langues (l'arabe et le français), appartenant à des cultures et des civilisations différentes. Ce bilinguisme est un élément de complication supplémentaire qui rend l'effort d'harmonisation plus que nécessaire.

Ainsi, l'harmonisation du droit algérien, quant au fond, à la faveur de la codification du droit familial est indispensable. Nous avons choisi à titre illustratif, trois aspects que nous estimons importants et sur lesquels doit porter l'effort d'harmonisation. Il y a l'aspect relatif à l'approche de la chari'a qui est totalement différente de celle retenue par le législateur (I). Il y a ensuite, la classification des actes juridiques préconisée par la chari'a, et adoptée certes par le législateur, mais qui a engendré des difficultés (II). Il y a enfin, la question de l'harmonisation des concepts qui, nous semble-t-il, n'a pas donné les résultats escomptés (III).

---

<sup>59</sup>-A. Filali, Bilinguisme & bi juridisme, l'exemple du droit Algérien, communication, Colloque international sous le titre, Le bilinguisme juridique dans les pays du Maghreb, Annales de l'Université d'Alger, numéro spécial 2/2012 pp 70-115.

## I- Le rejet de l'approche de la chari'a

La chari'a s'intéresse non seulement au temporel en sanctionnant les actes portant atteinte à autrui, mais se préoccupe également du spirituel. Tous les comportements de l'individu aussi bien envers autrui, qu'envers Dieu ou envers soi-même sont pris en considération. Ils sont sanctionnés positivement ou négativement d'une double sanction : une sanction immédiate et une sanction dans l'au-delà. En partant de cette approche tout acte accompli par l'individu est passible, selon le cas, de cinq qualifications comme suit :

- les actes dits «Fard», ou obligatoires, sont sanctionnés positivement ou négativement selon qu'ils ont été ou non accomplis. Ils sont sanctionnés immédiatement et dans l'au-delà, telle l'obligation de s'acquitter de la pension alimentaire due à l'épouse et ou aux enfants, ou l'acquittement d'une dette de loyer ou autre contractée envers un tiers etc.<sup>60</sup>.

-Les actes dits «mandub» ou «moustahab», c'est-à-dire les actes recommandés, qui sont sans aucune conséquence juridique dans l'immédiat, alors qu'ils donnent lieu à une récompense dans l'au-delà, tel l'exemple du choix de l'épouse de même condition sociale, éviter les gaspillages et les consommations abusives de l'eau, de l'électricité, etc., même dans les cas d'abondance, aider les nécessiteux, ainsi que l'exploitation de biens ou à défaut en concéder l'exploitation à autrui.

-Les actes dits «mubah», ou permis dont l'accomplissement n'entraîne aucune conséquence aussi bien dans l'immédiat que dans l'au-delà. Le principe est que tout est permis.

-Les actes «makrûh» ou désapprouvés, détestables, dont l'accomplissement n'entraîne aucune sanction négative, alors que l'abstention de tels actes est récompensée dans l'au delà, tel

---

<sup>60</sup>- Ces actes sont repartis à leur tour en fard «ayni», soit une obligation personnelle qui doit être acquittée par tout un chacun, et «fard kifaya» ou une obligation à la charge de la collective dont l'exécution par certains libère les auteurs.

l'exemple du divorce, la vente durant l'accomplissement de la prière de vendredi.

- Les actes «harâm», ou interdits qui donnent lieu à une double sanction dans l'immédiat et dans l'au-delà, telle la conclusion du mariage durant le pèlerinage, la chasse pendant la période ihram.

Contrairement à la chari'a, le droit dont le but principal est d'organiser la vie en société ne se préoccupe que des comportements qui peuvent nuire à la paix sociale et ne s'intéresse à l'individu qu'en tant qu'être social. Ainsi, seules les relations avec autrui, de quelque nature qu'elles soient intéressent le droit dans la mesure où elles peuvent menacer la paix sociale. Les sanctions sont un moyen de faire respecter l'ordre social et rétablir les victimes dans leurs droits. Le for intérieur des individus, leur conviction, leur comportement vis-à-vis d'eux-mêmes ou de Dieu n'intéresse pas la loi. Les sanctions quant à elles sont matérielles et immédiates.

L'aspect religieux, moral n'étant pas pris en compte, le législateur ne pouvait donc prendre en considération l'approche de la chari'a.

## **II- La classification des actes juridiques**

C'est en définissant les attributs de la personnalité dans le cadre du Titre II du Code civil, intitulé « Des personnes physiques et morales », que le législateur a énoncé les règles relatives à la capacité. Après avoir édicté à l'article 40 le principe selon lequel toute personne majeure jouissant de ses facultés mentales non interdite à la pleine capacité pour l'exercice de ses droits, le législateur a prévu le cas où la personne est dépourvue de discernement à cause de son âge ou pour cause de sa faiblesse d'esprit ou de démence (article 42), ainsi que le cas de la personne qui a atteint l'âge de discernement sans être majeure

(article 43) etc. Aux termes de l'article 101-1, le contrat conclu par un incapable est passible de nullité relative, alors qu'il est prescrit à l'article 103-2 : « Lorsque, le contrat d'un incapable est annulé en raison de son incapacité, ce dernier n'est obligé de restituer que la valeur du profit qu'il a retiré de l'exécution du contrat. ».

L'article 83 du Code de la famille figurant dans le Livre deuxième « De la représentation légale » dispose quant à lui : « Les actes de toute personne ayant atteint l'âge de discernement sans être majeure au sens de l'article 43 du code civil, sont valides dans les cas où ils lui sont profitables, et nuls s'ils lui sont préjudiciables.... Ces actes sont soumis à l'autorisation du tuteur légal ou du tuteur testamentaire, lorsqu'il y a incertitude entre le profit et le préjudice... En cas de litige la justice est saisi. ». Cette solution préconisée par le droit musulman n'est pas sans soulever de difficultés quant à son application, en raison, disons le tout de suite de l'impossibilité de faire cohabiter deux solutions relevant de conceptions différentes. Aux termes des dispositions du Code civil, le contrat passé par un incapable est annulable, qu'il ait ou non atteint l'âge de discernement et quelque soit la nature du contrat (vente, donation ou autre). Le Code de la famille considère par contre l'acte profitable « valide » et l'acte préjudiciable nul. Les dissemblances n'existent pas seulement au niveau des sanctions, ce qui aurait pu être justifié à la limite par l'adage « le spécial déroge au général », mais elles sont fondées sur des différences dans la classification des actes juridiques. Alors que le Code civil distingue les actes de disposition, des actes d'administration et des actes de conservation, le Code de la famille retient quant à lui une autre classification tripartite, également, à savoir : les actes profitables, les actes préjudiciables et les actes intermédiaires.

L'article 88 du Code de la famille semble, par contre, reprendre, la classification du Code civil, dans la mesure où les actes cités sont considérés comme des actes de disposition :

« Le tuteur est tenu de gérer les biens de son pupille au mieux des intérêts de celui-ci. Il est responsable au regard du droit commun et doit solliciter l'autorisation du juge pour les actes suivants :..1°( Vente partage hypothèque; 2° Vente de biens meubles d'importance particulière; ... ». Ainsi, les dispositions de cet article sont en contradiction avec celles de l'article 83 du même code. Est-il par ailleurs concevable d'exiger du tuteur l'obtention au préalable de l'autorisation du juge pour procéder à une vente du bien de l'incapable, alors que la vente consentie par celui-ci serait, valide dans le cas où elle lui serait profitable ?

Faut-il citer une autre classification résultant de ce même article 83 faisant état de l'acte qui a besoin d'une ratification (version en langue arabe). La chari'a distingue à propos de la validité des actes : L'acte valable, l'acte nul, l'acte vicié (fasid), l'acte suspendu (maoukouf) et l'acte non obligatoire<sup>61</sup>. C'est là aussi un autre cas de confusion, les actes juridiques ne pouvant être en droit civil, que valables, nuls et/ou annulables. Ainsi un problème d'harmonisation est bien posé et il l'est davantage à propos de l'harmonisation des concepts.

### **III- L'harmonisation des concepts**

Cette question de l'harmonisation des concepts sera examinée en deux étapes : la première concerne les concepts en langue nationale et à ce stade les difficultés linguistiques ne devraient pas se poser, puisque la chari'a et la version officielle du Code de la famille partagent la même langue : l'arabe. Les difficultés appréhendées sont plutôt d'ordre conceptuel (A). La seconde étape intéresse l'harmonisation des concepts au titre de la version en langue française du Code de la famille. Cette version est certes, une traduction de la version officielle, néanmoins elle présente un intérêt non négligeable comme on

---

<sup>61</sup>-العقد الصحيح والعقد الباطل والعقد الفاسد والعقد الموقوف والعقد غير اللازم.

le verra plus loin. Elle soulèvera d'ailleurs, plus de difficultés, car aux dissensions conceptuelles s'ajoutent les tracas linguistiques. La terminologie du droit français a eu, en effet, une grande influence sur la terminologie utilisée par le Code de la famille (B).

### **A- L'harmonisation des concepts en langue nationale : le recours aux concepts de droit civil**

C'est là une démarche logique dans la mesure où la codification du droit de la famille devait permettre son intégration dans le corpus juridique algérien ; or celle-ci ne sera parfaite que par l'utilisation d'une même terminologie juridique. Faut-il rappeler à cet égard que le Code civil algérien est en fait une sorte d'algérianisation et en même temps d'arabisation du Code civil français. Le texte du Code civil en langue nationale est, certes, une reprise fidèle du texte du Code civil Egyptien, mais celui-ci s'est grandement inspiré du Code Napoléonien.

En vertu du décret n° 64-147<sup>62</sup>, notamment son article 2 : *«Le journal officiel est rédigé en langue arabe... A titre provisoire il comporte une édition en langue française »*. Cette situation qui s'est perpétuée jusqu' au 27 janvier 1970, a fait que la version en langue française des textes algériens inspirés du droit français n'est pas seulement l'équivalent de la version en langue nationale, mais elle en est aussi et surtout, la version originale. Autrement dit, la version en langue nationale n'est, en fait, qu'une traduction de la version en langue française. Cette pratique est toujours en vigueur, bien que depuis le 27 janvier 1970, le journal officiel en langue française porte expressément la mention «TRADUCTION FRANCAISE ». Le Code civil algérien, promulgué en 1975, n'a pas échappé à cette pratique.

Il faut souligner toute fois, - et c'est là un élément important - qu'il s'agit d'une traduction juridique, voire même littérale et

---

<sup>62</sup> - Relatif à l'exécution des lois et règlements, JORA, 1964, n° 44, p 610.



non pas d'une transposition juridique, dans la mesure où il est question seulement de formuler en langue arabe les dispositions reprises du Code civil français, sans tenir compte des aspects culturels. La transposition juridique exige quant à elle, non seulement le transfert d'un message juridique d'une langue à une autre, mais le passage également d'une culture à une autre. Il faudra transposer un discours juridique pris d'un système juridique donné dans un autre système juridique<sup>63</sup>.

Il y a lieu de préciser, par ailleurs, que la terminologie juridique formulée originellement en langue arabe c'est celle de la chari'a. Mais comme, il ne s'agit pas de transposer les dispositions du Code civil français dans la culture algérienne, la traduction de la terminologie du droit français en langue arabe peut se faire par un linguiste. Il ne s'agit pas de rechercher des concepts équivalents, mais seulement des termes en langue arabe à même de traduire le contenu des règles du droit français. C'est une traduction moins contraignante, qui n'exige pas de compétences juridiques et d'où d'ailleurs, certaines divergences de traduction de termes juridiques dans les différents codes civil des pays arabes<sup>64</sup>.

Cela étant, la préférence des concepts de droit civil a l'avantage de favoriser l'harmonisation et la modernisation du droit algérien, néanmoins elle n'est pas sans inconvénient majeur. L'insuffisance des concepts du droit civil va obliger le législateur à revenir parfois aux concepts de la chari'a (1) et à utiliser dans les cas complexes, les concepts de la chari'a et ceux du droit civil, simultanément et conjointement (2).

---

<sup>63</sup> - N. Bessadi, Le traducteur juridique algérien face à la difficulté de traduire certains termes juridiques arabes, in *Alternative francophone*, Vol 1, 3 (2010), pp 40-48.

<sup>64</sup>- Tels les concepts de résolution, résiliation, effets du contrat, nullité etc. traduits différemment en arabe.

## 1- L'insuffisance des concepts du droit civil

Cette insuffisance est en fait prévisible dans la mesure où les concepts du droit civil, comme précisé précédemment, relèvent d'une autre culture. Nous avons choisi à titre d'illustration trois concepts essentiels du Code de la famille : Ahliya (capacité), Z'awadj (le mariage) et Talak (le divorce) que nous allons exposer ci-après.

### 1.1- Le concept Ahliyat Z'awadj (capacité de mariage)

Le législateur a emprunté au droit civil le concept de Ahliya (la capacité) pour ce qui est de la conclusion du contrat de mariage, délaissant par la même la distinction de la chari'a entre la femme vierge et celle déjà mariée. Bien qu'ayant un objet spécifique, le mariage demeure un contrat, soit un acte juridique<sup>65</sup> et qu'à ce titre il doit être soumis aux règles du droit civil régissant le contrat, notamment, celles relatives à la capacité juridique, quitte à prévoir, éventuellement une dérogation dans le cadre du principe « le spécial déroge au général ».

Ainsi, la femme majeure au même titre que l'homme majeur conclut elle-même son mariage. Par contre lorsque le conjoint est mineur qu'il s'agisse de l'époux ou l'épouse, il ne peut conclure de mariage que par l'intermédiaire de son représentant légal. D'ailleurs, les règles relatives à la représentation légale, objet du livre II du Code de la famille ont été élaborées sur la base de cette même conception du Code civil.

L'application, toutefois, de cette solution au contrat de mariage ne traduit pas fidèlement les préoccupations de la chari'a. L'intervention du wali dans la conclusion du contrat de mariage de la fille vierge est toujours nécessaire, combien même elle serait majeure. Mieux encore, l'intervention du wali n'exclut pas le consentement au mariage de la fille vierge, bien

---

<sup>65</sup> - Voir art 4 « *Le mariage est un contrat consensuel...* », art 9 : « *Le contrat de mariage est conclu par l'échange de consentement des deux époux* ».

au contraire, il est toujours requis. Ainsi, la notion de capacité empruntée en droit civil ne permet d'expliquer l'intervention du wali dans le contrat de mariage.

## 1.2- Le concept Z'awadj (mariage)

Le législateur a préféré utiliser, le concept de Z'awadj (mariage) déjà usité par le Code civil dans ses articles 11 à 13 à propos des règles de conflits de loi, par l'ordonnance n° 70-20 relative à l'état civil et par le Code de la nationalité (article 12). Rappelons aussi que le terme Z'awadj est également un concept de la chari'a, néanmoins le législateur a pris la précaution de définir aqd Z'awadj (le contrat de mariage) à l'article 4 du Code de la famille<sup>66</sup> et d'en préciser les éléments constitutifs aux articles 9 à 17. Cette définition est conforme à la définition de la chari'a du Niqah, un terme synonyme de Z'awadj. En procédant de la sorte, le législateur entendait, peut-être éviter, tout risque de confusion ou de dénaturation, sachant que le terme Z'awadj en usage dans le Code civil est une traduction du concept français « mariage » élaboré dans un contexte culturel bien défini. Le mariage en tant que concept du droit français ne peut pas avoir d'équivalent parfait en droit Algérien, notamment en droit familial<sup>67</sup>.

Le législateur s'est trouvé, ainsi, contraint dans certains cas, d'abandonner le concept de Z'awadj (mariage) lui préférant un terme juridique propre à la chari'a « le Niqah », tel l'exemple de l'article 10 du Code de la famille ou encore l'intitulé du chapitre III<sup>68</sup> « Niqah Fasid » et traduit en français « mariage

---

<sup>66</sup> - «Le mariage est un contrat consensuel passé entre un homme et une femme dans les formes légales. Il a , entre autres buts, de fonder une famille basée sur l'affection , la mansuétude et l'entraide, de protéger moralement les deux conjoints et de préserver les liens de famille».

<sup>67</sup> - aux termes de l'article 143 du Code civil français: «Le mariage est contracté par deux personne de sexe différent ou de même sexe».

<sup>68</sup> - Titre I « Du mariage », du Livre premier du mariage et de la dissolution du Code de la famille.

vicié ». Ce revirement s'explique sans aucun doute par l'insuffisance du concept emprunté au droit civil et par le souci du législateur de reprendre fidèlement les règles de la chari'a. Le qualificatif «fasid » semble s'accorder beaucoup plus avec le terme « Niqah » que celui de« Z'zaoudj » (mariage).

### **1.3- le concept de Talek (divorce)**

L'article 48 du Code de la famille reprend le concept « talak » soit le divorce utilisé aussi par l'ordonnance relative à l'état civil. Le Talak comme moyen de dissolution du mariage pourrait intervenir aux termes de cet article par la volonté de l'époux, par consentement mutuel des deux époux ou à la demande de l'épouse. Cette formulation assez générale du Talak ne traduit pas fidèlement la conception de la chari'a. Pour celle-ci, le talak s'entend comme étant seulement la répudiation (et non pas le divorce) de l'épouse par l'époux. La dissolution du mariage à la demande de l'épouse pourra se faire, selon le cas, dans le cadre de ce qui est appelé par les fouqahâs Tatlik ou khol'â qui sont deux cas de figure distincts du Talak. Le législateur a d'ailleurs été dans l'obligation de reprendre les concepts de tatliq et de khol'â aux articles 53 et 54 du Code de la famille. Ces tergiversations du législateur expriment tous les difficultés qu'il rencontre dans le cadre de l'effort d'harmonisation du droit Algérien.

### **2- L'utilisation conjointe de concepts de la chari'a et ceux de droit civil**

C'est à propos des sanctions de l'inobservation des conditions et des empêchements du mariage que le législateur a eu recours, en même temps, aux concepts empruntés au droit civil et à la chari'a. Le chapitre III du Livre du Code la famille a pour titre « Niqah Batel ou fasid » (Mariage vicié et mariage nul). El- boutlane (nullité) est la sanction qui frappe tout acte juridique conclu en violation des conditions de sa formation. C'est la sanction de principe retenue par le droit civil.

Les sanctions prévues par la chari'a sont plus diversifiées, il y a outre la nullité, la résolution, etc. Ainsi, en voulant reprendre les solutions de la chari'a, le législateur a adopté, en la matière, la casuistique de la chari'a, en prévoyant des sanctions spécifiques pour chaque cas de figure, d'où l'échec de l'harmonisation des concepts.

## **B- L'influence de la terminologie du droit français sur le Code de la famille**

Officiellement, la version en langue française du Code de la famille est une simple traduction de la version officielle en langue nationale. Elle ne présente, à priori, aucun intérêt particulier pour qu'on s'y attarde. On pourrait même s'interroger sur son utilité, dès lors que la langue arabe est la langue originelle de la chari'a, considérée comme source matérielle et principale du Code de la famille. Cette approche théorique est cependant réfutée par la pratique pour plusieurs raisons, dont certaines ont déjà été évoquées au cours de cette communication. La version française des textes constitue généralement la version originale<sup>69</sup> et à ce titre elle revêt une importance considérable pour la compréhension et l'interprétation du texte. C'est en effet dans le droit français et «... dans la langue française que le législateur puise les concepts et les modes de raisonnement... »<sup>70</sup>. La terminologie

---

<sup>69</sup> - Et cela de l'aveu des magistrats de la Cour Suprême qui déclarent dans un arrêt du 20/10/2008 « Attendu qu'en application de l'article 335 du Code pénal libellé en langue française, la violence constitue un élément constitutif de l'infraction d'attentat à la pudeur violente ; contrairement au texte original rédigé en langue arabe qui, par erreur, a fait référence à l'attentat à la pudeur sans violence », Rev C Sup 2008, 1. 305. Arrêt cité et traduit par Mme Lahlou Khiar, Le bilinguisme juridique en Algérie et l'effectivité de la règle de droit, communication, Colloque international, Le bilinguisme juridique dans les pays du Maghreb, in Annales de l'Université d'Alger, n° spécial 2/2012 p 284. Voir également Chérif Benadji, La terminologie juridique : science auxiliaire du droit ? (Une expérience algérienne), communication, Colloque international Le bilinguisme juridique dans les pays du Maghreb, in Annales de l'Université d'Alger, n° spécial 2/2012 p 233.

<sup>70</sup> - Mme Lahlou-Khlar, Ibid.

juridique en langue française a de tout temps constituée pour le législateur algérien la terminologie de référence pour l'élaboration des textes de loi.

Ce penchant pour la culture juridique française explique non seulement la nécessité d'une version en langue française du Code de la famille, mais également la francisation des concepts empruntés à la chari'a. Les concepts qui n'ont pas d'équivalents en droit français ont été dénaturés (1) et le législateur s'est senti, par ailleurs, obligé d'inventer des concepts en français pour traduire les concepts de la chari'a transcrits phonétiquement en langue française (2).

### **1- La dénaturation des concepts de la chari'a**

Nous avons choisi comme exemple de dénaturation la notion de « wali », dans la mesure où cette institution constitue un des principaux points de discordance entre les partisans de la modernité et ceux revendiquant une application stricte de la chari'a. Le wali dans le mariage est un concept propre à la chari'a qui n'a pas d'équivalent en droit français. La chari'a distingue le wali dans le mariage, du wali dans le cadre de la représentation légale de l'incapable, plus spécialement le mineur. Le rôle du wali dans le mariage est différent de celui qu'il assume dans le cadre de la représentation légale.

L'institution du wali en matière de mariage n'est pas justifiée par l'état de minorité de l'épouse, mais s'explique par le fait que celle-ci est « vierge », en ce qu'elle n'a pas été déjà mariée. Par ailleurs, le consentement du wali n'exclut pas celui de l'épouse qui doit donner son consentement. Autrement dit, il y a le consentement de l'épouse vierge auquel vient s'ajouter celui du Wali. Formellement, le Code de la famille distingue ces deux situations dans la mesure, où il question de wali en matière de mariage ( articles 9 et 11), alors qu'il est fait état du tuteur dans le cadre de la représentation légale (articles 81, 87, 88).

Le droit français par contre ne connaît que l'institution de la tutelle dans le cadre de la représentation de l'incapable et à ce titre, le tuteur n'intervient qu'en sa qualité de représentant légal du conjoint mineur dans la conclusion de l'acte de mariage, qu'il s'agisse de l'époux ou de l'épouse. Et telle semble être l'interprétation donnée à l'institution du wali en matière de mariage en vertu des dispositions de l'article 11 du Code de la famille, conçu comme suit: « *La femme majeure conclut son contrat de mariage en présence de son « wali » qui est son père ou un proche parent ou toute autre personne de son choix....Sans préjudice de l'article 7 de la présente loi, le mariage du mineur est contracté par le biais de son « wali » qui est le père, puis l'un des proches parents. Le juge est le tuteur de la personne qui en est dépourvue.* »<sup>71</sup>.

## **2- La traduction en langue française des concepts de la chari'a**

La traduction des concepts juridiques n'est pas chose aisée, car il ne s'agit pas de traduire le concept pris dans la langue source par un quelconque vocable dans la langue cible dès lors qu'il a la même signification ou un sens approximatif. Il faudrait rechercher dans la terminologie juridique de la langue cible le concept équivalent. Lorsque il n'y a pas de concept équivalent, - ce qui n'est pas rarissime - il faudra se contenter de la transcription phonétique en français du terme juridique arabe et il appartiendra au lecteur d'en rechercher, le cas échéant, la signification exacte. C'est ce que le législateur a fait à propos des notions de « wali » dans les articles 9, 11 et 13, de « khol'â » dans les articles 54 et 57 du Code de la famille.

Le législateur ne s'est pas tenu, toutefois, à cette démarche dans tous les cas de figure, la transcription phonétique du terme

---

<sup>71</sup> - Avant sa modification par l'ordonnance n° 05-02 du 2 février 2005, cet article était rédigé comme suit : « *La conclusion du mariage pour les femmes incombe à son tuteur matrimonial qui est soit son père, soit l'un de ses proches parents....Le juge est le tuteur matrimonial de la personne qui n'en a pas.* ».

arabe a été précédée parfois d'une traduction. C'est ainsi que le chapitre 1 (version française) a été intitulé « Des fiançailles - El khitba - et du mariage », alors que l'énoncé en langue arabe est « El Khitba wa Z'zawedj ». Autrement dit le législateur tout en traduisant « El Khitba » par fiançailles a repris entre guillemets la transcription phonétique du terme arabe<sup>72</sup>. Ce procédé a été utilisé plusieurs fois, à propos de différentes notions juridiques, dont la dot de parité « sadaq el mithl »<sup>73</sup>, l'adoption « tabanni »<sup>74</sup>, la retraite légale ('idda)<sup>75</sup>, le droit de garde (hadana)<sup>76</sup>.

Lorsque les termes juridiques de la chari'a sont totalement ignorés par le vocabulaire juridique français, puisqu'il s'agit de situations inexistantes dans la société française, le législateur a inventé des expressions en langue française pour les traduire. C'est ainsi que la « kafala » est appelée le recueil légal, que « aceb » est considéré comme héritier universel, que le « hadjib » a été traduit par l'éviction en matière successorale, que « aoul » est traduit par la réduction proportionnelle des réserves successorales etc<sup>77</sup>. Ces expressions ne peuvent en aucun cas être considérées comme des concepts dans le vocabulaire juridique français.

En conclusion, nous pouvons dire que la revendication d'un droit authentiquement algérien dont il a été question dans les discours politiques et rappelée à plusieurs reprises dans l'exposé des motifs du Code civil<sup>78</sup> n'a pas abouti. Cet échec

---

<sup>72</sup> - voir également les arts 5 & 6. du Code de la famille.

<sup>73</sup> - Art 15 du Code de la famille.

<sup>74</sup> - Art 46 du Code de la famille.

<sup>75</sup> - Voir titre Chapitre 2, du titre II du livre 1.

<sup>76</sup> - Art 62, parfois le terme garde est employé seul (art 68 à 72).

<sup>77</sup> - Voir respectivement les articles 116, 139, 150, 159 et 166 du Code de la famille.

<sup>78</sup> - Il est dit notamment : « ...l'une des principales préoccupations de l'Etat fut de restituer au droit algérien son caractère authentiquement national, .... L'adoption d'un Code civil dont l'inspiration devait être recherchée dans nos valeurs arabo-islamiques...il s'agit tout en puisant dans le droit musulman... ».



n'est pas le fait de ne pas avoir essayé, mais s'explique plutôt par l'acculturation juridique qui n'a pas pu être vaincue.

La culture juridique française, considérée au lendemain de l'indépendance, non seulement comme étrangère au peuple algérien, mais comme la culture de l'ennemi qu'il fallait donc, évincer au plus vite, a fini par s'imposer comme culture nationale.

La consécration constitutionnelle de la langue arabe comme la seule langue nationale et officielle et de l'Islam comme religion de l'Etat, la politique d'arabisation menée dans les prétoires et dans les universités, l'intensification de la coopération dans le domaine de l'enseignement avec les pays arabes (envoi d'enseignants et l'acquisition d'ouvrages de droit en langue arabe) n'ont pas eu raison de la culture juridique française. Mieux encore, l'arabisation du droit français et son « appropriation » par les pays arabes à l'instar de l'Egypte (pays abritant la ligue arabe et leader du monde arabe), ont permis aux juristes arabes de se familiariser, voire d'adopter la culture juridique française comme culture nationale.

Cette démarche dictée par la nécessité pour les Etats arabes de moderniser leur système juridique en s'ouvrant par la même sur le monde occidental en plein essor, a été favorisée également par le déclin du monde arabo-musulman. Plusieurs facteurs sont à l'origine de cette décadence, dont : le retard technologique, le détournement du commerce international du monde arabo-musulman vers d'autres continents, le refus de l'innovation en matière de pensée, l'archaïsme qui caractérise les institutions, la dégradation de l'enseignement et son inadéquation aux besoins de l'économie, l'étouffement de la liberté de penser etc.

Aujourd'hui, le retour à un droit algérien authentique semble illusoire, compte tenu des phénomènes de régionalisation et de mondialisation du droit. La tendance générale est aujourd'hui beaucoup plus à l'intégration juridique au niveau régional, voire

au niveau mondial. La multiplication des conventions internationales autour de questions qui intéressent l'humanité toute entière telles les questions relatives aux droits de l'homme, au commerce international, à l'environnement, à la propriété intellectuelle etc. sont en fait une remise en cause des droits nationaux.

Ceci dit, rien n'empêche théoriquement d'élaborer un droit qui traduit véritablement la culture et les valeurs de la société algérienne, il faut seulement avoir les moyens de sa politique.

# Historicité de la norme islamique

Fatiha BENABBOU-KIRANE  
Professeur, Université d'Alger 1

---

## Résumé

Dans la présente communication, on s'efforce de démontrer que traiter de l'évolution du fait politique et juridique en terre d'Islam, relève de la contingence historique. A ce propos, il s'agira de passer au crible de la critique historique, non seulement, la construction du pouvoir politique en terre d'Islam mais également, la confusion sémantique qui a amalgamé les trois termes, chari'a, fiqh et droit musulman.

Indéniablement, la théorie du gouvernement de la cité des hommes joignant le sacré et le politique, a été construite à partir de données coraniques elliptiques à ce sujet. Elle relève, en réalité, d'une lecture politique moderne de l'islam.

Le même phénomène a été à l'œuvre au plan juridique. Il s'agira, alors de rendre compte des différentes acceptions des termes, chari'a, fiqh et droit musulman à travers l'histoire, afin de mettre en exergue les transmutations sémantiques successives intervenues et surtout, la confusion entre le fiqh devenu chari'a. Cette construction d'un savoir humain, traduit, abusivement, par loi sacrée, est la principale pierre d'achoppement sur laquelle butent lectures modernistes et lectures islamistes. Dès lors, de plus en plus de croyants modernistes prônant l'historicité de l'interprétation qui se produit sous l'effet du relativisme culturel, vont s'atteler à déconstruire les divers anachronismes qui se sont infiltrés dans le lexique arabe.

**Mots-clé** : Islam, déconstruction du discours normatif, pouvoir politique, chari'a.

## Introduction

L'intitulé "Historicité de la norme islamique" peut, au premier abord, sembler afficher un caractère pédant...En réalité, parler d'historicité, c'est caractériser la nature contextuelle de la norme islamique, qui relève tant du politique que du juridique.

A ce propos, il faut reconnaître que le problème clef de la plupart des Etats arabes et musulmans, c'est qu'ils vivent dans une sorte de schizophrénie historique, où coexistent deux temps contradictoires, celui de la modernité et celui de la tradition, tant dans leurs visions du politique que du juridique et qui se poursuit par un vif débat qui est toujours d'actualité entre croyants modernistes et musulmans traditionalistes. Par conséquent, il faut savoir que traiter du double aspect politique et juridique, doit nécessairement relever de la contingence historique car l'historicité permet d'éviter un écueil : tomber dans l'anachronisme.

- D'abord, sur le plan politique

Aussi incroyable que vrai, celui qui entreprend une recherche sur l'histoire du pouvoir politique en Terre d'Islam, découvre qu'elle s'est construite sur une sorte d'idéal politique, le mythe du temps de la fondation, "*le khalifat rashidun*". Puis, au fil des siècles, elle se recouvrira d'anachronismes sémantiques qui se sont infiltrés dans le vocabulaire arabe au contact de la modernité politique.

- Par ailleurs, sur le plan juridique

Le même phénomène a été à l'œuvre au niveau juridique. Il s'agira, alors de rendre compte des différentes acceptions des termes, charî'a, fiqh et droit musulman à travers l'histoire, afin de mettre en exergue les glissements sémantique successifs intervenus et surtout, la confusion du fiqh en chari'a, devenu "absolu normatif"<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup>Muhammad Saïd al-Ashmawy, *L'islamisme contre l'islam*, (le chapitre 1 consacré à la souveraineté de Dieu), Paris, La Découverte, 1989, cité par Daniel Rivet, *Le couple Religion et politique en Islam*

Cette construction d'un savoir humain (fiqh), traduit, abusivement, par loi sacrée, est la principale pierre d'achoppement sur laquelle butent lectures modernistes et lectures islamistes. Si les premiers prônent l'historicité<sup>2</sup> de l'interprétation qui se produit sous l'effet du relativisme culturel. Ce qui signifie, la contextualisation de l'exégèse du Coran, afin de replacer la normativité islamique dans son contexte. En revanche, la lecture islamiste arbore un prisme de portée atemporelle et anhistorique. Dès lors, les polémiques actuelles autour d'une réactivation de la chari'a signifie que ce seront les manuels scolastiques du fiqh qui auront force de loi. C'est donc la science juridique et non l'Etat qui jouera le rôle de législateur.

Or, à l'orée du vingtième siècle, il est absolument nécessaire de prendre en considération l'impact de la sécularisation et du processus de codification du droit sur la norme islamique. Ce qui signifie clairement que les dynamiques actuelles de réislamisation du droit, ne peuvent pas être un retour aux sources.

Faut-il rappeler que les mots s'insèrent dans l'évolution historique, et ont leurs propres histoires.<sup>3</sup> Autrement dit, un terme n'est pas un donné intemporel, sa signification va varier avec le temps. A son époque déjà, Ibn Khaldoun dénonçait, dans son Discours sur l'Histoire universelle, le manque de fiabilité de l'histoire traditionnelle : "On ne fait guère d'effort pour atteindre la vérité. La critique est myope, le plus souvent. La recherche historique allie étroitement l'erreur à la légèreté. La foi aveugle en la tradition (*taqlîd*) est congénitale".<sup>4</sup>

---

*méditerranéen au regard de l'islamologie*, Publié dans Vingtième Siècle, Revue d'histoire, 2004/2 (no 82), Pages 31 – 42.

<http://www.cairn.info/revue-vingtieme-siecle-revue-d-histoire-2004-2-page-31.htm>

<sup>2</sup>-Le terme « historicité » évoque l'âge de l'histoire critique.

<sup>3</sup>-Daniel Rivet, *Le couple Religion et politique en Islam méditerranéen...*, Art. Préc.,

<sup>4</sup>-*Al-Muqaddima*, 1377, p. 6.

Dès lors, de plus en plus de croyants modernistes<sup>5</sup> vont s'atteler à déconstruire les divers anachronismes qui se sont infiltrés dans le lexique arabe.

L'approche choisie consiste à revenir aux textes et aux principes fondateurs de l'islam, c'est-à-dire défendre une théologie critique, appuyée sur les sciences modernes (linguistique, histoire, sociologie).

## I- La démythification d'un idéal politique

Indéniablement, la théorie du gouvernement de la cité des hommes joignant le sacré et le politique, a été construite à partir de données coraniques elliptiques à ce sujet.<sup>6</sup> A ce propos, le mythe du temps de la fondation "*le khalifat rashidun*" reste le plus vivace et continue à susciter une nostalgie des origines. Pourtant, certains s'interrogent sur le fait qu'ai pu coexister, en même temps, la "bonne guidance"<sup>7</sup> et le déferlement de violence à l'endroit des califes, puisque tous, à l'exception d'Abu Bakr, furent assassinés.

Quant à l'anachronisme, il relève, sans conteste, d'une lecture politique moderne de l'islam par certains penseurs issus de la confrérie des Frères musulmans en Egypte. Il découle de divers glissements sémantiques qui ont abouti à la transmutation des sens de certains termes qui se sont effectués par la suite mais dont l'objectif est l'aspiration à une fusion du politique et du religieux.<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup>-Parmi ses représentants les plus marquants, on peut citer Ali Abderraziq, Fazlur Rahman, Mohamed Talbi, Mohamed Mahmoud Taha, Abdolkarim Sorouch, Mohamed Arkoun, Ali Merad, Nasr Hamid Abou Zid, Jamal Al-Banna, Mohamed Hassan Al Amini, Chabastari, Abdelmajid Charfi, Yadh Ben Achour qui poursuivent l'effort des réformistes du XIXe et du XXe siècle et même de philosophes, comme Ibn Rochd

<sup>6</sup>-Daniel Rivet, *Le couple Religion et politique...*, art. Préc.

<sup>7</sup>-Hichem Djait, *La Grande Discorde, Religion et politique dans l'Islam des origines*, P. 444, Paris, Folio, 2008.

<sup>8</sup>-Nadine Picadou, *Autoritarisme politique et monde musulman*, [https://www.canal-u.tv/video/universite\\_de\\_tous\\_les\\_savoirs/autoritarisme\\_politique\\_et\\_monde\\_musulman\\_nadine\\_picadou.3072](https://www.canal-u.tv/video/universite_de_tous_les_savoirs/autoritarisme_politique_et_monde_musulman_nadine_picadou.3072)

## A- Le mythe des origines

L'utopie islamiste rêve de revenir au temps de la fondation, âge d'or de la cité musulmane parfaite, idéale. Pourtant concernant cette époque et avec le recul historique, non seulement, une incertitude quant à la nature du pouvoir politique a suivi la mort du Prophète ﷺ; mais, également, il y a eu, assez rapidement, une déviation des premières dynasties qui se sont inspirées du modèle sassanide.

Il est primordial, donc, de replacer dans son contexte historique la construction du pouvoir politique en terre d'Islam. Deux temps historiques peuvent, éventuellement, être mis en lumière :

- L'époque fondatrice
- L'Islam politique qui s'est greffé par la suite.

### 1°- L'époque fondatrice

Existe-t-il dans le Coran des prescriptions divines concernant l'organisation du politique?

Les musulmans sont-ils obligés de faire allégeance à une autorité après la mort du Prophète ﷺ? Si on répond par l'affirmative, sur quel texte se fonderait une telle obligation?

La plupart des auteurs sont d'accord pour relever le nombre restreint de versets coraniques relatifs à l'ordre politique. Citant le professeur Henri Laoust, Louis Gardet fait remarquer qu'"il n'y a guère plus de trois ou quatre normes impérées par le Coran<sup>9</sup> :

— Coran IV, 59 : «O vous qui croyez ! Obéissez à Dieu, obéissez à l'Envoyé et à ceux d'entre vous qui détiennent l'autorité (*amr*)».

— Coran IV, 58 : «Certes, Dieu vous commande (...), quand vous jugez (*hakamtum*) entre des gens, de juger avec équité» —,

— Coran III, 159 : «Pardonne-leur, demande pardon pour eux, et consulte-les (*shâwir-hum*) en l'affaire (*amr*)».

---

<sup>9</sup>- Chikh Bouamrane et Louis Gardet, *Panorama de la pensée islamique*, Sindbad, Paris, 1984, p. 185-186.

— Coran III, 104 : «Puisse-t-il y avoir, de par vous, une communauté (dont les membres) invitent au bien, ordonnent (*ya'murûna*) le convenable et prohibent (*yanhawna*) le répréhensible !». <sup>10</sup>

— Coran VI, 67 : «C'est à Lui qu'appartient le jugement (*hukm*)». Mais les textes référentiels ne s'arrêtent pas aux versets coraniques, ils s'étendent aux précédents prophétiques appelés Sunnah ou Hadith (pratiques ou propos du Prophète ﷺ).

Ainsi, le Coran n'a pas édicté de prescriptions précises pour l'organisation du pouvoir politique, mais a, simplement, énoncé quelques préceptes.

Alors, y a-t-il eu des consignes laissées par le Prophète ﷺ au sujet de sa succession ?

Pressentant sa mort prochaine, le Prophète ﷺ prononcera, pourtant, une célèbre « *khutba* » dite de l'adieu sur le mont Arafa, où, il laisse un ensemble de conseils aux musulmans, sans, toutefois, faire allusion à une quelconque consigne quant à sa succession.

Alors, pourquoi a-t-il laissé certaines consignes aux musulmans et pas d'autres ?

Sa mort laissera la communauté musulmane perplexe, et dans un grand désarroi, et pour cause :

- Sur le plan spirituel, le sceau des Prophètes ne laissera pas d'enfant mâle afin que nul ne puisse prétendre à sa succession sur ce plan.

- De même, sur le plan temporel, non seulement, il ne désigne pas de successeur, mais ne laisse aucune indication fiable pour en désigner. L'hypothèse d'une omission semble inadmissible de par sa qualité de Prophète ﷺ.

Après un moment de doute et de flottement chez les fidèles, la crise politique est évitée de justesse par l'esprit de décision de Omar et de Abu Bakr.

---

<sup>10</sup>- Baudouin Dupret, *Historicité de la norme*, [https://halshs.archives-ouvertes.fr/file/.../Annales\\_Historicite\\_Norme2.rtf](https://halshs.archives-ouvertes.fr/file/.../Annales_Historicite_Norme2.rtf)



Le modèle de gouvernement dirigé par le Prophète ﷺ à Médine et ses quatre successeurs immédiats, Abu Bakr, Omar, Uthman et Ali, caractérisera la fondation du temps originel pour les sunnites.

Deux actes fondateurs caractériseront cette période :

-le pacte- charte qui établit une sorte de confédération tribale unifiée à Médine sous l'autorité du Prophète ﷺ qui porte le nom de *Sahifa*.

-Le second est celui de la "missive judiciaire" (*rissalah qadha'iah*) qu'aurait envoyée le Calife Omar à Abu Moussa al Ash'ari, investi de la judicature de Koufa.<sup>11</sup>

Ce qui est important à souligner pour cette période, c'est qu'il y a eu, non seulement, une incertitude historique quant à la nature du pouvoir à mettre en place, mais surtout, une création spontanée du *khalifat* dit *rashidun*. En d'autres termes, il s'agit d'une création factuelle qui vient régler un problème laissé en suspend par la mort du Prophète ﷺ. Fondée par les sahabas, l'institution du khalifat reste, dès lors, une œuvre humaine. Cette thèse qui remet en question le caractère révélé et obligatoire du Khalifat sera magistralement défendue par le cheikh Ali Abderrazik, imam de son état<sup>12</sup>. Ce dernier procédera, dans les années 20, à une démarche à la fois hardie et d'une portée immense<sup>13</sup>. Sa thèse, subira, néanmoins, les foudres d'*El azhar*. Et, même, si parfois, son argumentation "s'offrait, réellement, en proie facile"<sup>14</sup>, il n'en demeure pas moins, qu'elle ouvre la voie à l'interrogation et

---

<sup>11</sup>-Yadh Ben Achour, *La théorie constitutionnelle dans la tradition sunnite*,

<http://nawaat.org/portail/2005/02/07/la-theorie-constitutionnelle-dans-la-tradition-sunnite/>

<sup>12</sup>-La principale qualité de l'auteur, celle qui donne à son ouvrage toute l'autorité et l'audace qu'on lui a reconnues est, d'être un 'âlim et un Câdi' formé à l'Université Al-Azhar. Il portait le titre de Cheikh Al Azhar qui faisait de lui un membre du corps des théologiens -juristes en charge de défendre l'orthodoxie et l'ordre social islamique.

<sup>13</sup>-Ali Abderraziq, *L'Islam et les fondements du pouvoir*, La Découverte, Paris, 1994 et Le Fennec, Casablanca, 1995.

<sup>14</sup>-Selon Y. Ben Achour, *L'Etat nouveau et la philosophie politique et juridique occidentale*, Imprimeries officielles de la République Tunisienne, 1980, p. 85.

permet le doute sur une vérité historique que beaucoup ont élevé au rang de dogme. "Mettant de côté les commentaires accumulés par plusieurs générations de théologiens, refusant l'approche qui consiste à ajouter des commentaires à d'autres, il a interrogé les textes fondateurs de la manière la plus directe et la plus rigoureuse qui soit", note Abdou Filali-Ansary.<sup>15</sup>

Ainsi, en passant en revue l'ensemble des textes référentiels, Ali Abderraziq <sup>16</sup>repère quelques préceptes à portée générale qui peuvent être regroupés en deux :

- le principe d'obéissance *tâ'a*, qui a fait l'objet d'une divergence d'interprétation : Pour les exégètes, l'obéissance est due par tous ceux qui se trouvent sous la tutelle de quelque autorité que ce soit : parentale, sociale, politique. Cependant, l'interprétation qui a dominé, est l'obéissance au pouvoir. Les khalifats héréditaires ont utilisé ce verset à leur profit, pour imposer leur pouvoir et une obéissance inconditionnelle.

- Le principe de consultation.

"Ces principes n'impliquent nullement l'idée qu'il soit nécessaire de mettre en oeuvre un système politique au nom de la religion. Même l'expérience du Prophète ﷺ à Médine, le fait qu'il ait constitué et dirigé une communauté, qu'il ait agi comme chef de guerre, mis en place un système financier et envoyé des émissaires aux monarques voisins, ne constitue pas le précédent ou l'exemple allégué par certains théologiens. Le Prophète ﷺ avait créé une communauté à caractère uniquement religieux et avait bien montré, de diverses manières, les limites de son expérience..... Bien entendu, une telle expérience ne pouvait être répliquée, ni prolongée après la disparition du Prophète ﷺ. La communauté qu'il avait mise en place et dirigée présentait donc

---

<sup>15</sup>-*Islam et pouvoir séculier*, Abdou Filali-Ansary CONFLUENCES Méditerranée - N° 32 HIVER 1999-2000. [http://www.revues-plurielles.org/uploads/pdf/9\\_32\\_4.pdf](http://www.revues-plurielles.org/uploads/pdf/9_32_4.pdf)

<sup>16</sup>-*Islam et pouvoir séculier*, Abdou Filali-Ansary, Art. Préc.

un caractère fortement exceptionnel, et constituait de ce fait une «parenthèse» historique plutôt qu'un modèle destiné à être reproduit. Ali Abderraziq montre ensuite, preuves historiques à l'appui, que les compagnons du Prophète ﷺ savaient bien qu'ils s'engageaient dans une expérience politique nouvelle lorsqu'ils créaient ce qui allait devenir l'empire islamique."<sup>17</sup>

Qu'est-ce qu'on peut en déduire ?

- D'abord, peu de choses en matière de pouvoir, sauf des devoirs généraux d'arbitrage en cas de conflits entre croyants, d'équité et de consultation à la charge des titulaires de responsabilités, d'obéissance au profit des pasteurs :

- Par ailleurs, que "le système politique lié à l'islam relève de l'expérience historique des musulmans plutôt que des prescriptions découlant de leurs sources sacrées".<sup>18</sup> Ali Abderraziq conclut, donc, à l'absence de sacralité dans le politique et neutralise, par là, l'utilisation politique de l'islam. Abdou Filali-Ansary, dans le même sens, note que "Le prolongement politique est donc, à l'origine, un «accident de l'histoire». Il n'a été érigé au rang de norme que bien plus tard, dans des conditions très significatives : c'est lors des premières guerres intestines que le premier émir des musulmans décide de s'attribuer le titre de «commandeur des croyants» et de calife (lieutenant) du Prophète ﷺ se prévalant ainsi d'une qualité religieuse qu'il a estimée utile dans les conditions de confrontation avec des opposants et des rebelles."<sup>19</sup>

## 2° -Le temps de l'Islam politique

En fait tout commence avec la grande discorde "*el fitna el kubra*" qui entraîne de grands schismes : Ceux qui se détermineront plus tard sunnites, chiites et kharidjites, s'affrontent dès le départ sur la question politique de la légitimité de la succession du

---

<sup>17</sup>-Ibid.

<sup>18</sup>-Ibid.

<sup>19</sup>-Abdou Filali-Ansary, Art. Préc.

Prophète ﷺ à la tête de la communauté des croyants : la maladie de l'islam est donc clairement le pouvoir politique.

Plus tard, avec Mu'awiya, le premier "Calife" omeyyade, le califat allait perdre son principe républicain et sa substance et se transformer en monarchie héréditaire<sup>20</sup>.

De plus, dès l'époque de la dynastie Omeyyade, puis avec la dynastie Abbaside, une complicité est instaurée entre les pouvoirs politiques et religieux de l'islam.

Dans un "intérêt de domination, [ils établissent] le mythe d'un islam englobant constitué d'une multitude de lois d'origine divine, qui légitimait leur autorité et inspirait aux peuples musulmans la crainte qu'en désobéissant aux pouvoirs temporels (garants et interprètes de ces lois), ils désobéissent à Dieu même"<sup>21</sup>. Il s'ensuit, note Yadh Ben Achour, que "...dans le monde arabo-musulman l'esprit théologien finit par gagner la partie définitivement grâce à l'appui du pouvoir politique qui avait tout intérêt à s'auroler du prestige sacré."<sup>22</sup>

Ainsi dès le début de l'histoire de l'islam, les Omeyyades et les Abbassides se sont emparés du Coran pour asseoir leur pouvoir sur une base solide, voire indiscutable.

Les deux dynasties<sup>23</sup> ont ainsi détourné la vocation purement spirituelle de l'islam pour légitimer leur pouvoir et asseoir leur autorité sur les populations dominées. Il s'ensuit qu'ils vont effectuer un rapt de la religion au profit du pouvoir politique et profiter de la confusion des deux glaives.

---

<sup>20</sup>-Mu'awiya imposera par la force la succession au trône de son fils Yazid.

<sup>21</sup>-Abdennour BIDAR, *L'Islam englobant, réalité et mort d'un mythe*, Les cahiers de l'Orient, n°109, Printemps 2013, pp. 137-152.

<sup>22</sup>-Yadh Ben Achour, *L'Etat nouveau et la philosophie politique et juridique occidentale*, Imprimeries officielles de la République Tunisienne, 1980, p. 74.

<sup>23</sup> Les Abbassides appartenaient au clan tribal du prophète, les Hachémites, et ils en tiraient leur gloire dynastique.

Pourtant, dans les faits, il a toujours existé un hiatus entre le modèle (la norme, en tant qu'idéal lointain) et le fait (la réalité historique qui tenait plus de traditions locales). En d'autres termes, au califat- modèle s'opposaient les émirats et les sultanats qui se sont imposés en pratique.

Néanmoins, "ce nouvel Islam politique qui commence, sera, pour les sunnites, perpétuellement nié au niveau des représentations idéales. Les musulmans ont toujours vécu et vivent encore sur le mode de l'utopie. Ce cas de dissociation historique fait que le califat sera considéré, dans la conscience collective musulmane, non pas comme une période tourmentée de conflits, de révoltes et de meurtres politiques, mais comme la période de la sagesse et de la vertu politique ; non point comme une phase négative de l'histoire, mais comme une phase inaugurale d'expansion, de justice et de bon gouvernement."<sup>24</sup> "Dans les sociétés pré modernes, ce processus prenait la forme d'une transmission linéaire, spontanée. L'acceptation par les nouvelles générations des vérités héritées ne posait pas de problème majeur. Non seulement elle se déroulait en douce, mais elle paraissait aller de soi (la vérité religieuse étant absolue), et être indispensable à la survie du groupe en tant que tel."<sup>25</sup>

Mais comment expliquer alors la doctrine sunnite sur le caractère révélé du Califat ?

Deux auteurs joueront un rôle majeur à ce propos dans son enracinement malgré le caractère très tardif de leurs œuvres :

- Abû al-Hasan 'Alî al-Mâwardî<sup>26</sup> qui commence son traité "... par une louange à Dieu qui nous a offert la législation coranique et qui a séparé le *halal* (permis=bien) du *haram* (prohibé=mal) et affirme que Dieu a voulu que son peuple ait un

---

<sup>24</sup>-C.F. Yadh Ben Achour, *La théorie constitutionnelle dans la tradition sunnite*, Art Préc.

<sup>25</sup>-*Islam et pouvoir séculier*, Abdou Filali-Ansary, art. Préc.

<sup>26</sup>-Abû al-Hasan 'Alî al-Mâwardî est né en 974 et mort en 1058.

chef (Calife) qui succède au prophète ﷺ. Il laisse croire que les vingt chapitres de son essai sont des commandements religieux."<sup>27</sup> Or, lorsqu'il écrit son célèbre traité, l'Islam est déjà entré dans son cinquième siècle. Ainsi, ce qu'il convient d'observer c'est que certains auteurs<sup>28</sup> font le même constat : les "début tardifs de la "Siyâsa shar'iyya"<sup>29</sup>. Alors pourquoi un traité à ce moment précis ?

El Mâwardî, "fut un légiste au service de la politique de restauration du califat et du sunnisme"<sup>30</sup>, en quelque sorte, un "légiste organique". Contrairement à ce qui a pu être dit, son œuvre n'est pas à caractère théorique seulement, elle a des soubassements politiques et s'insère dans les contingences politiques de son époque : "L'intention maîtresse d'al-Mâwardî, dans le "*Kitâb al-ahkâm al-sultâniyya*", est d'insérer la légitimation du califat abbasside dans une légitimation globale du califat sunnite. La théorie du califat qu'il élabore soumet à un même ensemble de règles et de dispositions légales le califat des Râshidûn, celui des Omeyyades et celui des Abbassides ; elle a aussi pour but (...) de lui donner le moyen de restaurer ce califat menacé dans la plénitude de son indépendance et de ses prérogatives"<sup>31</sup>.

- Le deuxième est Taqî al-Dîn Ahmad b. Taymiyya<sup>32</sup>, qui écrit un ouvrage sur *Es-Siyâsa shar'iyya* «Traité de politique Légale pour la réforme du berger et du troupeau». Il faut quand même constater que sa doctrine étatique est, également, très tardive (Sept siècles après)

---

<sup>27</sup>-Cité par Yadh Ben Achour, *L'Etat nouveau et la philosophie...*, Art. Préc, p. 73 et 74

<sup>28</sup>-Olivier Carré, *L'islam laïque ou le retour à la Grande tradition*, Armand Colin, Paris, 1993, 166 pages.

<sup>29</sup>-Eric Chaumont, *Aux origines du droit constitutionnel musulman : les débuts tardifs de la Siyâsa shar'iyya*, Actes du colloque international intitulé "Droit, Pouvoir et Religion », p. 35, Tunis, 2010.

<sup>30</sup>-H. Laoust, cité par Baudouin Dupret, <https://halshs.archives-ouvertes.fr/file/.../AnnalesHistoriciteNorme2.rtf>

<sup>31</sup>-H. Laoust, cité par Baudouin Dupret, (Laoust 1968: 23).

<sup>32</sup>-Taqî al-Dîn Ahmad b. Taymiyya né en 1262 et mort en 1328.

et s'inscrit dans un contexte historique très troublé.<sup>33</sup> Elle est, donc, le résultat de contingences historiques déterminées.

Par conséquent, ces deux textes médiévaux sont largement postérieurs au début de l'islam. La construction du politique qu'ils proposent tient pour une grande partie aux conditions politiques de leur époque. Le pouvoir califal<sup>34</sup> est fortement affaibli et représente alors plus un symbole religieux que temporel<sup>35</sup>. Donc, si on effectue une "lecture contextualisée" de l'élaboration de ces corpus théoriques, on remarque qu'il s'agit de réponses qu'ils apportent aux enjeux sociopolitiques auquel est confronté le pouvoir politique de l'époque<sup>36</sup>. Donc le but de la théorie sunnite de l'islam politique est de consolider un khalifat devenu symbolique, et où le magistrat suprême, source de tout pouvoir [doit] gouverner et instaurer l'ordre à partir de la Loi révélée<sup>37</sup>.

---

<sup>33</sup>-C'est une époque caractérisée par la conquête de la Perse par les Mongols. La conversion de Ghazan-khan (un descendant de Houlagou) à l'islam avait fait grand bruit dans l'Orient musulman, et la population de Damas, victime des exactions de la classe dirigeante mamelouke, était prête à pactiser avec les Mongols. C'est dans ces circonstances qu'Ibn Taymiyya (1263-1328), sentant le danger que pouvait courir l'islam si les Ilkhans s'emparaient de la Syrie, prit la tête de la résistance. Il tenta de convaincre les musulmans de mener le djihad contre ces Tatars qui, bien que musulmans, souscrivaient aux règles des associationnistes (tel le *yāsā*).

<sup>34</sup>-A partir du IX<sup>e</sup> siècle, le calife abbasside ne dirige plus l'ensemble de l'umma.

<sup>35</sup>-Le Maghreb notamment, se scinde en une multitude de dynasties qui ne dépendent plus de l'autorité du calife. Le califat omeyyade de Cordoue (928-1038) refuse également de prêter allégeance à Bagdad.

<sup>36</sup>-Baudouin Dupret, *Historicité de la norme*,

<https://halshs.archives-ouvertes.fr/file/.../AnnalesHistoriciteNorme2.rtf>

<sup>37</sup>-Voilà ce que nous en dit Hamdam Nadafi "Ce n'est que sous l'Empire abbasside que les exégètes de l'islam élaborent la théorie d'un islam politique afin de venir au secours de l'Empire dont l'autorité est en difficulté. A partir de la moitié du IX<sup>e</sup> siècle l'Empire abbasside est affaibli par les invasions barbares. Pourtant ces derniers se prétendent musulmans et envahissent l'Empire pour rétablir l'orthodoxie de l'islam. Les barbares rejettent l'autorité des Abbassides qui veulent exercer « un pouvoir œcuménique, exercé par le calife sur tous les Musulmans », une sorte de souveraineté universelle sur l'ensemble des musulmans. Les Abbassides bénéficient alors de l'aide des fuqâha qui échafaudent une théorie du califat idéal, basée sur des qualités et des attributions spécifiques." Hamdam Nadafi, *La liberté de religion dans les Etats de droit musulman*, thèse de doctorat en droit public soutenue le 10 décembre 2013, Université Jean Monnet, Saint Étienne, <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01113597/document>

## B- Les glissements sémantiques : La transmutation des sens

Pour une partie des penseurs musulmans modernes, au fil des siècles, les concepts politiques islamiques se sont, peu à peu, adaptés à leur environnement sociopolitique. Et la question qui revient comme un leitmotiv est : l'islam opère-t-il une distinction entre le spirituel et le temporel ? Dans le Coran deux termes distinguent, ce qui appartient à la sphère du religieux "*dîn*" et ce qui relève « de la vie inférieure en ce bas monde » "*dunya*".<sup>38</sup> Ainsi, tant pour la pensée islamique classique, que pour les réformistes musulmans du 19<sup>e</sup> siècle, l'islam est religion et monde. Mais aussitôt, dès le début du vingtième siècle, l'*Islam dîn wa dunya*" va dériver en un slogan politique qui postule que l'islam est religion et État "*dîn wa dawla*"<sup>39</sup>. Cette thèse, revendiquée par la confrérie des frères musulmans<sup>40</sup> est devenue majoritaire dans le discours musulman actuel sur les rapports entre religion et pouvoir.

Or, ce glissement sémantique qui consiste à transmuter le sens des vocables est devenu constant et a touché d'autres

---

<sup>38</sup>-Daniel Rivet, *Le couple Religion et politique en Islam méditerranéen au regard de l'islamologie*, Art. Préc.

<sup>39</sup>-« On ne saurait pour autant ignorer qu'il existe, dans un certain islam contemporain, des aspirations à une fusion du politique et du religieux. Elles sont le fait de courants de pensée qui font une lecture politique moderne de l'islam. Ce sont les Frères musulmans qui ont, les premiers proposé, dans l'Égypte des années trente, une telle lecture. Ils l'ont fait en glissant de l'adage traditionnel selon lequel l'islam était religion et monde, au-delà et ici-bas (*din wa dunya*) à l'idée révolutionnaire selon laquelle l'islam (leur islam) était indissociablement religion, monde et État (*din wa dunya wa dawla*) . La deuxième génération radicalisée des Frères, qui sera la matrice de toute la mouvance islamiste contemporaine, est allée plus loin en popularisant l'idée selon laquelle il y aurait en islam un modèle spécifique du politique, si bien que la notion d'État islamique ou de République islamique s'est imposée, alors même qu'il s'agissait d'une innovation radicale sans enracinement dans la tradition. Cette lecture politique de l'islam est devenue l'instrument d'un combat contre les autocraties arabes et contre la servilité des oulémas serviteurs des princes ». C.F. Nadine Picadou, *Autoritarisme politique et monde musulmans*, Texte de la 658e conférence de l'Université de tous les savoirs, donnée le 13 octobre 2007.

<http://download2.cerimes.fr/canalu/documents/utls/131007.1283351037.pdf>.

<sup>40</sup>-C'est le syrien Muhammad Rashîd Ridâ qui rappelle, en février 1925, que l'islam est « *dîn wa dawla* » selon Nadia Elissa-Mondeguer, *Al-Manâr de 1925 à 1935 : la dernière décennie d'un engagement intellectuel*, Revue des mondes musulmans et de la Méditerranée 95-98 | avril 2002, p. 205-226, <https://remmm.revues.org/233>.



termes. D'après Zyed Krichen, cette position ne fait que projeter, postérieurement, des concepts et catégories politiques modernes sur un corpus coranique révélé dans des conditions historiques déterminées.

Lorsque Mohamed Chérif Ferjani<sup>41</sup> aborde, le "vocabulaire politique de l'islam", il s'interroge : Quel est le rapport et le sens que les grands « concepts » se trouvant au cœur de l'islam politique entretiennent avec le Coran (dawla, khalifat, hukm,...) ? Et il se rend compte qu'il n'y a pas de rapport entre l'occurrence de ces mots dans le Coran et l'usage contemporain qui en est fait. Dawla n'a jamais le sens d'Etat dans le Coran. Ce terme pour désigner l'État en arabe moderne est utilisé une seule fois dans le Coran<sup>42</sup>. Il signifie originellement l'alternance des jours fastes et néfastes, la roue de la fortune qui élève certaines tribus et en abaisse d'autres, en d'autres termes, le cycle dynastique. C'est d'ailleurs dans ce sens que l'emploie Ibn Khaldûn dans sa *Muqaddima*.

Par ailleurs, Ferjani s'interroge, également, sur cette soudaine insistance du slogan "Etat islamique"<sup>43</sup>. Là, il met en exergue que les écrits de l'Egyptien Hassan Al Banna, sont, en réalité, en réaction à un moment donné contre l'influence de l'hégémonie occidentale. Par la suite, Les islamistes qui se radicalisent sous l'influence d'idéologues comme Abu al-A'la al Mawdudi et Sayid Qutb vont populariser l'idée d'un modèle spécifique du politique en Islam. Il s'ensuit que l'idée d'Etat islamique "s'est imposée, alors même qu'il s'agissait d'une innovation radicale sans enracinement dans la tradition ».<sup>44</sup>

---

<sup>41</sup>-Mohamed Chérif Ferjani, *Le Politique et le religieux dans le champ islamique*, Fayard, Paris, 2005, 354 pages.

<sup>42</sup>-Sourate III, verset 140.

<sup>43</sup>-A contre -courant, dans le serment de la deuxième 'aquaba, Hichem Djait y voit l'acte de naissance de l'État islamique, *La Grande Discorde : religion et politique dans l'Islam des origines*, p. 44-45. coll. « Bibliothèque des histoires », 1989, 421 p., Paris, Gallimard.

<sup>44</sup>-Nadine Picaudou, *Autoritarisme politique et monde musulman*, Art. Préc.

Comment s'est effectuée la transmutation ? En réalité, ils ont joué sur deux tableaux : ils vont reproduire l'imaginaire de la *ummah* tout en utilisant, en même temps, les concepts issus de l'Etat moderne. Ainsi, "Étant à la recherche du pouvoir, les islamistes jouent symboliquement sur l'idée d'un gouvernement de la nation islamique, celle qui fait miroir au califat disparu, mais travaillent réellement dans le système instauré par l'État-nation, dont ils sont eux-mêmes les produits".<sup>45</sup> Ce qui fait dire, tout de go à Abdou-Fillali-Ansary "...que la formulation d'une norme islamique en politique (la théorie islamique de l'Etat), dans sa forme systématique, est un produit dérivé de la modernité"<sup>46</sup>.

Quelle était, donc, l'organisation politique à cette époque ? A quoi pouvait donc ressembler en l'an 610 l'Arabie désertique, tribale, païenne, à l'heure de la révélation ? La démarche consiste à retrouver les pratiques religieuses, sociales et politiques d'un monde de bédouins pragmatiques à tradition orale, telles qu'elles se profilaient et non telles qu'elles ont été voilées par la suite.

Cette période des origines de l'Islam a été, en fait, très peu soumise à la critique historique. Il s'agira, alors de la remettre dans son contexte social réel. La structure de pouvoir qui était alors en place est celle d'une confédération tribale classique. Il est évident que l'Islam est apparu dans une cité marchande, la Mecque, même si sa caractéristique principale reste le lien tribal. Le cadre de vie des tribus bédouines du Hijaz, reposait sur "le consensus (choura) et le respect de la loi des anciens".<sup>47</sup> Ce qui infère une perception politique "profondément tribale"<sup>48</sup>. Ce qui signifie plus clairement que les catégories politiques de l'époque

---

<sup>45</sup>-Malika Zeghal, Le gouvernement de la cité : Un Islam sous tension, Pouvoirs n°104 - Islam et démocratie - janvier 2003 - p. 61. <http://www.revue-pouvoirs.fr/Le-gouvernement-de-la-cite-un.html>

<sup>46</sup>-Fillali-Ansary, art. Préc.

<sup>47</sup>-*Le fondement du pouvoir dans les discours de l'Islam : approche historique*, In Actes du colloque international, Tunis, 5, 6 et 7 mars 2009 intitulé "Droit, Pouvoir et Religion », 2010. p. 44.

<sup>48</sup>-Zyed Krichen, Ibid. p. 44.

étaient encore celles du monde tribal<sup>49</sup>. Aussi, la figure politique la plus usitée est le "*Malaa* (conseil) de Quraych..... sorte de consensus des sages selon la loi des anciens"<sup>50</sup>. Ce qui fait dire à Zyed Krichen que "l'islam prophétique ne pouvait concevoir le pouvoir en dehors de sa forme arabe pré étatique : la tribu".<sup>51</sup> Il ajoute que "Dans le monde tribal, le pouvoir exercé par le Conseil est un pouvoir consensuel (le consensus tribal est rendu en arabe par le concept de *choura* et non celui d'*Ijmaa* développé beaucoup plus tard par les juristes consultes."<sup>52</sup>

Quel était donc, le sens originel du mot "*hukm*" que l'on retrouve dans le Coran ?

Ce pouvoir tribal est un pouvoir d'arbitrage conformément aux catégories du monde tribal de l'époque. En d'autres termes, il est rendu sous forme de jugement d'arbitrage et selon les coutumes en vigueur. A ce propos, fait historique notoire, lorsque le Prophète ﷺ émigre à Médine, il y est attendu pour arbitrer les différends entre les clans. Il était considéré, d'abord, comme le *hakam* (arbitre des conflits), puis comme chef de guerre. Son pouvoir s'exerçait sur une communauté de tribus et non pas sur un État constitué.<sup>53</sup>

---

<sup>49</sup>-Vers 620, Yatrib (Médine) se proposait d'accueillir, le Prophète ﷺ afin qu'il devienne l'arbitre entre les différentes tribus de la ville. Yatrib était une oasis très importante, mais composés d'une multitude de tribus. La difficulté de coexister entre tribus entraînait d'incessants conflits.

<sup>50</sup>-Zyed Krichen, Art. Préc. p. 47.

<sup>51</sup>-Zyed Krichen, Ibid. p. 47.

<sup>52</sup>-Zyed Krichen, Ibid. p. 47.

<sup>53</sup>-Or, il faut rappeler que pour Maxime Rodinson : « La communauté est formée non d'individus, mais d'un certain nombre de groupes : les Qurayshites émigrés en forment un, chacun des clans médinois un autre auquel se rattachent les clans juifs qui lui sont alliés. Les trois grandes tribus juives devaient aussi former chacune un groupe, mais la mention de leur nom devait disparaître du texte du Pacte quand elles furent éliminées de la scène. » [...] « On voit la structure de la société médinoise. Il n'est pas encore question d'un État dans lequel une autorité suprême peut imposer un certain ordre au moyen d'une force publique détachée de la société. Chaque groupe ethnique a son chef qui, lui-même, ne peut agir que par son prestige et tant que celui-ci est reconnu par ceux qui le suivent. L'ordre n'est assuré que par la crainte de la vengeance ». Il conclut : « Mais, dans cette structure typiquement arabe est venu s'insérer un élément nouveau d'une nature toute différente. C'est Mohammad, personnage sans pouvoir propre, qui n'a comme particularité que de

Ainsi, "Le jugement tribal est un jugement d'arbitrage selon la loi coutumière. Ce jugement est rendu dans la langue arabe du temps du Prophète par le terme "*hukm*" qui dérive du verbe "*hakama*", or ce verbe n'est plus compris aujourd'hui que comme synonyme de gouverner. Ainsi on est passé sémantiquement des catégories d'arbitrage tribal aux catégories du pouvoir étatique."<sup>54</sup> Zyed Krichen qui en fait, une lecture contextualisée, insiste sur le sens originel inféré par le contexte coranique : "La racine « h.k.m. » d'où dérivent en même temps le jugement arbitrage, la maîtrise et la sagesse éclaire l'éthique de l'arbitrage tribal : un jugement juste et sage."<sup>55</sup>

Rapidement, ce mot *Hukm*, qui renvoie à la justice, va désigner, quelques années peu plus tard, l'autorité en charge de la judicature.

Mais encore, ce vocable va permuter de sens au cours de l'histoire. Ce n'est que très récemment (19<sup>e</sup> siècle) qu'il prendra le sens de fonction gouvernementale. Pourtant à l'heure actuelle, dans le vocabulaire arabe, il désigne le gouvernement de la Cité idéale. Il y a eu donc une contorsion pour trouver un arrangement conciliant.

Comment s'est opéré, alors, le glissement sémantique ? Pour Zyed Krichen, l'argument d'autorité mis en avant, par les fondateurs de l'islamisme politique, découle de trois versets de la Sourate "*El maïda*", "*La table pourvue*", en l'occurrence, le verset 45 : "(...) Qui ne juge pas selon ce que Dieu a fait descendre...Voilà les

---

capter la voix d'Allah ». Il ajoute : « Mohammad, inspiré par Allah, a donc obtenu l'adoption de mesures pour la paix interne dans l'intérêt de tous. Mais seuls les serments solennels prononcés et la force de l'opinion publique garantissent que ces règles seront observées. Il n'y a pas plus de police que de trésor. », *Mahomet*, p. 183-188, éditions du Seuil (février 1968), 284. Extraits tirés de : [https://fr.wikipedia.org/wiki/Tribus\\_musulmanes\\_et\\_juives\\_de\\_Yathrib](https://fr.wikipedia.org/wiki/Tribus_musulmanes_et_juives_de_Yathrib)

<sup>54</sup>-Zyed Krichen, Art. Préc. p. 48.

<sup>55</sup>-Zyed Krichen, Ibid. p.49.

dénégateurs (*kafirun*)". Or, toujours selon lui, les versets 42, 43<sup>56</sup>, 44, 45 et 46 devront être réintégrés dans le contexte historique de leur révélation qui démontre clairement le sens donné, à ce moment là au mot *hukm*. A ce propos, nous dit-il, Tabari rapporte dans son exégèse, que les faits sont relatifs à deux juifs qui ont forniqué. Faut-il rappeler que dans le Coran, le châtement est la flagellation et non la lapidation qui relève des commandements de la Torah. Les juifs présents à Médine recoururent au jugement du Prophète ﷺ de l'Islam dont le but inavoué de le confondre et de démontrer son ignorance des Textes révélés. Habilement, le Prophète ﷺ a su déjouer leur manœuvre en les renvoyant à la sentence qu'exige la Torah. Il s'agit, donc bien ici d'un cas d'arbitrage au sens judiciaire.

Pour Z. Krichen, les versets 44, 45 et 46 s'inscrivent dans le même sillage et enjoignent "aux adeptes de la Torah et de l'Evangile de juger " selon ce que Dieu y a fait descendre" et ceux qui ne font pas cela sont les dénégateurs (*kafirun*), les iniques (*dhalimun*) et les scélérats (*faciqun*).

Toutefois, du mot *hukm*, va encore dériver un autre vocable *hâkimiyya*... Saïd al-Ashmawy va s'insurger : "... par un détournement sémantique inadmissible (*que*) deux penseurs majeurs de l'islamisme vont capter ce mot d'essence coranique à très forte teneur éthique et le rabattre sur un espace de sens qu'il n'a pas en islam classique : Mawdudi, puis Saïd Qutb qui forge à partir de *hukm* le néologisme de *hâkimiyya* pour traduire la revendication d'un État fondé sur la souveraineté exclusive de Dieu par rupture avec les sociétés arabes occidentalises et redevenues antéislamiques (*jâhiliyya*)."<sup>57</sup> Pour se justifier, ils avancent que la démocratie signifie que le pouvoir est au peuple, alors qu'en Islam, le pouvoir appartient à

---

<sup>56</sup>-"(...) S'ils recourent à toi, juge entre eux ou bien te détourne (...) si tu juges, alors juges entre eux selon l'équité (...). Comment se fait-il, d'ailleurs, qu'ils recourent à toi comme juge quand ils ont la Torah, qui renferme la norme de Dieu (...). Ceux-la ne sont pas des croyants".

<sup>57</sup>-Muhammad Saïd al-Ashmawy, *L'islamisme contre l'islam*, cité par Daniel Rivet, *Le couple Religion et politique en Islam méditerranéen au regard de l'islamologie*, Art. Préc.

Dieu. De même, la sourate 6, verset 57 qui dit que "*le jugement n'appartient qu'à Dieu*", peut se lire dans le sens d'un jugement et châtement suprêmes dans l'au-delà.

Or, à cette époque, même en Occident, la notion de souveraineté, qui est concomitante à la naissance de l'Etat moderne n'existait pas encore, du moins, la suzeraineté médiévale n'avait pas encore acquis le sens de souveraineté au sens moderne. On pouvait trouver les deux mots, souveraineté et suzeraineté, utilisés l'un pour l'autre parce qu'il ont la même étymologie "*superanus*" (c'est-à-dire, au-dessus de tout). Pourtant, leur sens est différent. Si la suzeraineté renvoie à un contexte féodal, en revanche, la souveraineté<sup>58</sup> marque le passage à l'Etat moderne. Il faut relater que dans un contexte médiéval, caractérisé par une pluralité de pouvoir se disputant un même territoire, la suzeraineté médiévale était émiettée, partagée entre les différents pouvoirs féodaux et ecclésiastiques. Donc, elle n'était pas unitaire mais plurielle.

De plus, ce qui est important à souligner, c'est que ces termes (hukm, souveraineté) ont évolué dans deux mondes totalement différents :

- D'un côté, une communauté humaine archaïque, vivant de cela il y a 14 siècles environ, organiquement soudée, "holistique", sur un mode tribal, dont la normativité est basée sur la coutume, connue pour être rigide (coutume qu'il faut mettre en lumière, d'où le rôle primordial du juge) et qui est de ce fait statique. Et, même si nous revenons à l'ordre médiéval occidental d'antan, il était aussi holiste, c'est-à-dire une communauté soudée par des liens organiques. "Le suzerain, suprême seigneur, qui était interprète et gardien<sup>59</sup> du droit, avait, non seulement, pour

---

<sup>58</sup>-La souveraineté est inhérente à la notion d'État et caractérise celui qui a en charge la chose publique. C.F. plus de développements à ce sujet, Fatiha Benabbou- Kirane, *Introduction au droit constitutionnel*, Chapitre I "L'encadrement du pouvoir", Office des Publications Universitaires, (sous presses), Alger. 2015.

<sup>59</sup>-Il était "*Légibus alligatus*".

"fonction de découvrir le droit", mais il était aussi, la figure du roi "fontaine de justice" qui tranche en dernier ressort. Il s'ensuit que, la notion de suzeraineté avait un **contenu judiciaire** et est restée liée à la "fonction de dire le droit". Ainsi, la suzeraineté royale avait au début, une signification judiciaire : le Prince- Justicier rend la justice et tranche en dernier ressort les litiges. Ce n'est que progressivement, que va s'opérer un glissement durant plusieurs siècles : "...l'image du roi justicier s'efface lentement derrière celle du roi législateur".<sup>60</sup> Alors, graduellement durant les siècles que dure la sociogenèse de l'Etat, prendra place le pouvoir normatif du souverain que Bodin appelle "Loy".<sup>61</sup>

- D'un autre côté, la souveraineté au sens moderne, la "fonction de faire la loi"<sup>62</sup>, s'inscrit dans l'Etat moderne ou existe une société dynamique qui donne un rôle moteur à la loi, rôle de l'Etat législateur.

Ainsi, progressivement des glissements successifs du mot *hukm* se sont effectués. Celui-ci, qui, au départ, avait une signification arbitrale, va devenir *hâkimiyya*, synonyme de souveraineté, signification législative. Une démarche qui fait faire au mot une énorme contorsion et qui est pour le moins anachronique car appartenant à deux mondes totalement différents, l'un statique basé sur la coutume et l'autre dynamique basé sur la loi.

Ce qui est certain, c'est que l'emploi de ces vocables ne correspond plus au contexte dans lequel ils ont été générés.

## II- La déconstruction d'un savoir dogmatique

Beaucoup d'amalgames sont faits, de nos jours, chez le commun des musulmans et même chez beaucoup de praticiens du droit, entre Coran et *chari'a*, entre *chari'a* et *fiqh*, entre *chari'a* et droit musulman.

---

<sup>60</sup>-Fatiha Benabbou- Kirane, Introduction au droit constitutionnel, op. Préc.

<sup>61</sup>-C.F. Développements à ce sujet In Fatiha Benabbou- Kirane, Introduction au droit constitutionnel, Op. Préc.

<sup>62</sup>-Ici le souverain devient "*Légibus solutus*".

La normativité islamique est elle un donné, auquel cas, il serait facile de lui retrouver un fondement scripturaire, ou, en grande partie, un construit par l'effort intellectuel humain ?<sup>63</sup> Autre expression que l'on retrouve de nos jours, celui qu'on appelle actuellement "droit musulman", est il un donné de Dieu? Autrement dit, aurait-il un caractère transpositif, c'est-à-dire, vait-il tirer son origine d'une source extérieure, Dieu, qui lui fournirait sa valeur ?

A l'heure actuelle, *Chari'a*, *fiqh* et droit musulman vont, tout simplement, s'équivaloir.

Il s'agira, alors, de rendre compte des différentes acceptions du terme *chari'a* à travers l'histoire<sup>64</sup>. Pour cela, la démarche doit être non dogmatique, mais plutôt s'aider de la critique historique pour rendre compte des différentes acceptions du terme *chari'a* à travers l'histoire : il faut en parler en fonction des contextes. C'est la raison pour laquelle des auteurs contemporains plaident pour l'historicité de la norme islamique. Indéniablement, des glissements sémantiques successifs se sont produits subrepticement sans être perçu par la conscience collective. Le tout va devenir au fil des siècles un savoir dogmatique et sacralisé : un construit qui fait la part belle à l'homme, qu'il soit *faqih* ou *qadhi*. C'est ce construit humain que la plupart des auteurs musulmans modernes appellent à déconstruire en le passant au crible de la critique historique. De surcroît, fruit d'une époque déterminée, il s'avère inadapté aux exigences de la modernité.

Deux temps historiques seront mis en avant : le temps de la construction des *usuls el fiqh*, le temps de la modernité.

### **A- Un construit humain devenu dogme sacré**

Quelles sont les sources de la normativité islamique ?

---

<sup>63</sup>-Voir à ce propos M. Miaille, *Introduction critique au droit*, 1976, F. Maspero. p. 232.

<sup>64</sup>-Voir à ce sujet Bernard Botiveau, *Loi islamique et droit dans les sociétés arabes*, Institut de recherches et d'études sur le monde arabe et musulman, Karthala, 1993, p 384.



Il est bien établi que le nombre de textes coraniques ayant un caractère purement juridique, est véritablement restreint et ne peut constituer à lui, tout seul, le corpus juridique formant la normativité islamique. Au départ, les compagnons du prophète vont avoir recours à la tradition du prophète ﷺ pour trouver des solutions aux problèmes posés. De son temps, le hadith sera conservé par la tradition orale, car le Prophète a défendu à ses compagnons de recueillir le hadith par écrit.<sup>65</sup> Sa mise en place fut relativement tardive. La première biographie "la *Sîra* du Prophète ﷺ"<sup>66</sup> fût, vraisemblablement rédigée plus d'un siècle après sa mort. Il y a, ensuite, le "*mu'atta*" de l'imam Malek à partir du deuxième siècle, mais sa systématisation se fera plus sûrement vers le troisième siècle hégire. Sa traçabilité se fera par le biais d'une chaîne de transmetteurs. C'est assurément au troisième siècle que des corpus furent élaborés et toute une science fut mise en place pour fonder leur authenticité. Mais il n'existait pas encore la critique historique qui permettait de passer au crible l'ensemble des propos et dires du Prophète ﷺ. Ce qu'il faut souligner, surtout, c'est l'inflation tardive de hadiths, qui sont souvent des coutumes locales et qui seront justifiées au regard de l'islam.

Traditionnellement, le Coran et la Tradition du Prophète ﷺ sont les deux sources majeures de la Loi islamique.

En troisième position, suivrait l'*ijma'*, le consensus de la communauté<sup>67</sup>, pouvoir humain dérivé. Trois versions du consensus existent au sein de la doctrine sunnite:

- le consensus des musulmans ;
- le consensus des compagnons du Prophète ﷺ;

---

<sup>65</sup>-Chikh Bouamrane et Louis Gardet, Op. Préc., p. 28.

<sup>66</sup>-Officiellement, c'est 'Umar Ibn 'Abd al-'Aziz qui ordonne la transcription et c'est Al-Zuhri, qui compose le recueil de hadith. C.F. Chikh Bouamrane et Louis Gardet, Op. Préc., p. 29.

<sup>67</sup>-Ibid, p. 121. note n° 4.

- le consensus des savants ; Autrement dit, le consensus des ulémas d'une époque donnée, lie les musulmans de cette époque et des suivantes, jusqu'à la formation d'un nouveau consensus abrogatif. Selon L. Gardet<sup>68</sup>, il aurait fallu trois jours de labeur à Muhammad al-Shafi'i pour découvrir le texte coranique qui servirait de base à l'ijma' (Coran, 4, 115.) Pour faire admettre cette nouvelle source formelle du droit, les théoriciens du droit "usulyines" exploiteront le hadith du Prophète ﷺ : "Ma communauté ne peut convenir de l'erreur". De là, on déduira une sorte d'infaillibilité de la communauté et, par-delà, du consensus des ulémas et mujtahidines qui deviennent ainsi l'élite de l'élite "Ahl al Hal wal Aqd". Notion peu opératoire, car elle n'a jamais été institutionnalisée, techniquement parlant. Comment recueillir le consensus de toute une communauté dispersée sur de très vastes territoires ?

À ces sources s'ajoutent plusieurs autres secondaires : Ainsi, selon, la tradition, lorsque le Prophète ﷺ envoya Mo'ad B. Jabal au Yémen, il lui aurait recommandé, en cas d'absence de textes scripturaires et révélés, de raisonner par analogie « *qiyas* », sinon d'exercer son propre coup d'œil « *ra'y* », tout en tenant compte de l'utilité publique « *maslaha* ». Tout ceci constitue la recherche et l'effort de réflexion personnelle basée sur les principes généraux de l'islam ou « *ijtihad* », qui prendra une place considérable dans « *usuls el fiqh* ». Il est pratiqué par les muftis (juristes) ou les mujtahids (savants).

Ainsi, le fiqh va permettre d'accéder à la connaissance de ces diverses sources. Mais, tout dépendra, alors, de l'interprétation qui en sera faite et qui sera construite à partir d'une lecture humaine : Cela a permis, par exemple, à Omar Ibn Khattab de suspendre pour raison de disette le "had" pour vol. Il a également introduit

---

<sup>68</sup>-Louis Gardet, La cité musulmane, p. 121 note 4.

la prison, bien que cela fut contesté par la suite par beaucoup de savants musulmans<sup>69</sup>.

Au fil des siècles, on va assister à un processus lent de constructions par étapes<sup>70</sup>d'un savoir, "usuls el fiqh"<sup>71</sup>.

Construction qui prétend mettre en œuvre des modalités permettant d'acquérir une connaissance de la loi divine. C'est donc par un travail interprétatif que des fuqahas vont devoir chercher les solutions juridiques, parfois, ailleurs que dans le Coran et la Sunna, quand ces derniers ne suffissent plus à résoudre tous les problèmes de la communauté musulmane. Il faut, donc, utiliser l'ijtihad pour trouver des solutions. Et en l'absence de textes clairs et sans équivoque, il était inévitable d'avoir des interprétations individuelles divergentes et des opinions personnelles contradictoires. Dès lors, on comprend comment par référence à un corpus commun, composé du Coran et de la Sunna, le fiqh se soit d'emblée déployé sur un mode pluraliste à travers différentes écoles juridiques. A l'intérieur d'une même confession, des conflits d'opinion<sup>72</sup> apparaîtront aussi bien sur le sens des versets coraniques, que sur les hadiths du Prophète ﷺ. On remarquera, entre temps, qu'ici, l'on passé de la chari'a au fiqh.

L'apport précis des générations successives de jurisconsultes durant cette période, qui va jusqu'à la fin du II<sup>e</sup> siècle de l'hégire, loin d'être certifié avec exactitude, pousse Chafik Chehata a

---

<sup>69</sup>-Pourtant un verset exprime une punition d'ordre corporel appelée "huddud".

<sup>70</sup>-L'évolution du système juridique musulman s'est effectuée en cinq phases :

-fondation (100-250 h.)

-ramification (250-350 h.)

-application (350-450 h.)

-amendements (550-800 h.)

-codification finale. C.F. Yadh Ben Achour, *L'Etat nouveau et la philosophie ...*, Op. Préc., p. 140-141.

<sup>71</sup>-Il y a eu, au sein du sunnisme, quatre grandes écoles : hanafite (Basra), malikite (Kufa), chaféite, hanbalite.

<sup>72</sup>-La crainte que les divergences ne créent la fitna entre les musulmans est la raison pour laquelle *bab el ijtihad* fut fermé.

s'interroger, alors, sur le mystère de la naissance du fiqh. Si, en effet, l'opinion traditionnelle des savants musulmans fait remonter les origines de la jurisprudence islamique à la génération des Compagnons du Prophète ﷺ, les recherches historiques tendent à prouver que les premières codifications du fiqh remonte à la fin du deuxième siècle de l'hégire. Plus tardivement, vers le troisième siècle de l'hégire, "*ilm usul al-fiqh*", une science des fondements de la connaissance de cette Loi islamique sera créée. Elle fut essentiellement l'œuvre de Muhammad al-Shafi'i.

Dès lors, la question qui taraude l'esprit du Professeur Chafik Chehata : que s'est-il passé entre le moment où la révélation divine fut faite au Prophète ﷺ, et les premières compilations qui parviennent grâce à Chaybâni<sup>73</sup>, en d'autres termes, près de deux siècles après ? Des précurseurs l'ont précédés, générations de jurisconsultes, qui ont élaboré le système juridique que nous appelons aujourd'hui le rite hanéfite. Les mêmes incertitudes historiques semblent devoir être relevées pour l'imam Malek : si l'école porte formellement le nom de son fondateur, celui-ci reconnaît s'inspirer d'auteurs qui l'ont précédés<sup>74</sup>.

Comment cela s'est-il passé ? Ce qu'il faut souligner, c'est qu'assez rapidement l'Islam, s'est étendu sur de très amples surfaces territoriales. La Loi divine pouvait-elle, alors, statuer de manière uniforme, au regard de ces vastes étendues géographiques ?

En réalité, l'absence de limites géographiques du territoire en Terres d'Islam, imposera de moduler la norme islamique en

---

<sup>73</sup>-Chaybany est l'un des piliers du rite que nous appelons aujourd'hui « hanéfite », du nom de l'imam Abu Hanifa, dont il est le disciple, en même que le continuateur d'une génération de jurisconsultes qui l'ont précédés et qui faisaient partie de l'école de « Kufa » (où l'école d'Irak). Il compose un grand nombre d'ouvrages appelés « Zahir ar riwaya » (ou version authentique). C.F. à ce propos, C. Chehata, *Etudes de droit musulman*, P.U.F. 1971.PARIS. Page 20 & suiv.

<sup>74</sup>-Il s'agirait de « sept jurisconsultes de Médine », dont Sa'id Ibn Al-Misayyab et Zuhri. C.F. IBID. p.17.

fonction des coutumes locales. Et, c'est en fait l'ijtihad (l'interprétation) qui va permettre aux savants de contextualiser et d'adapter les coutumes en accord avec les sources révélées, c'est-à-dire, en prenant en considération les coutumes locales qui ne contredisaient pas les principes directeurs du Coran. Ce qui explique que le droit coutumier survécût largement, autant qu'il était compatible avec les exigences des nouvelles idées religieuses. Ainsi, le "système dit hanéfite n'est que la cristallisation d'un droit de souche iraquienne qui a été accommodé aux besoins de la société musulmane."<sup>75</sup>

Le même processus semble avoir régi le rite malékite. "Ces divers auteurs ont en fait modulé la coutume de Médine de manière à la concilier avec la foi musulmane. Cette coutume médinoise a d'ailleurs toujours été formellement reconnue comme une source du droit malékite".<sup>76</sup> Or, il est important de souligner le rôle de la coutume dans les communautés médiévales.

Il semblerait, donc, que *ilm usûl al-fiqh* a joué un grand rôle dans la systématisation du droit en vigueur (coutumes, *'adath*, qui se sont constituées en fonction des contingences locales de l'époque).

Dès lors, les fuqahas ont joué un rôle très important dans la création de la normativité islamique. Mais ils ne sont pas les seuls... Il y a eu, aussi, le rôle créateur du droit par le qadha. Il faut, néanmoins, préciser qu'il y avait une séparation entre l'exercice de la justice "qadha" et l'activité doctrinale "fiqh". ". Le qadhi disposait, sur la base de sa connaissance du fiqh, d'un grand pouvoir discrétionnaire. Souvent, il appuyait sa décision sur la consultation d'un expert, le mufti."<sup>77</sup> . A ce propos, Ibn

---

<sup>75</sup>-Ibid. p. 17.

<sup>76</sup>-C. Chehata, Op. Préc. p. 17.

<sup>77</sup>-Baudouin Dupret, *La Charia en dix points... et quelques raccourcis*, intervention au séminaire "La Charia : qu'est-ce à dire ?" du 15 avril 2013, [http://www.fondation-res-publica.org/La-Charia-en-dix-points-et-quelques-raccourcis\\_a724.html](http://www.fondation-res-publica.org/La-Charia-en-dix-points-et-quelques-raccourcis_a724.html)

Khaldoun notait "...autre cause de dissentiment, les indications non tirées des textes sont aussi divergentes... (et) il se pose donc des problèmes qu'aucun texte n'a prévu", il s'ensuit que le juge est contraint d'utiliser la comparaison et l'analogie. D'où « les dissentiments sont inévitables... et c'est ce qui explique leur apparition parmi les premiers Musulmans et les docteurs qui leur succédèrent »<sup>78</sup>.

Ainsi, même, le pouvoir judiciaire jouera le rôle dévolu à l'ijma' par le biais de deux techniques juridiques : en certifiant l'existence de la coutume et grâce à son pouvoir d'interprétation. Contrairement à l'idée répandue, les coutumes, ne naissent pas spontanément du consensus<sup>79</sup>. Elles ne deviennent contraignantes que s'il existe une autorité qui se prononce sur leur existence et leurs contenus. Dans ce type de communauté traditionnelle, il n'y a pas de règle générale, abstraite et impersonnelle ; le système juridique reste dominé par la coutume. L'incertitude d'une coutume d'un endroit à l'autre est susceptible de solutions variées. La coutume n'existe qu'à travers l'interprétation qu'en donne le juge ou le juris -prudent. Ce dernier dit le droit, ponctuellement, au cas par cas. Or, "dire le droit, c'est bien dans un cas précis déclarer quel est le droit applicable ou créer au besoin ce droit. En ce sens, le juge remplit même une fonction plus ancienne que celle du législateur, car, sur les points délicats, il fait office d'oracle, de devin, d'intermédiaire entre les hommes et Dieu dont il entend interpréter la volonté sur une hypothèse précise. Ainsi, Le juge ne fait pas seulement que « dire » le droit : il le « fait »".<sup>80</sup>

Comment déterminer le pouvoir réel du qadhi ou du juris -prudent, en d'autres termes, sa fonction créatrice effective ? Allons –nous en référer à Montesquieu qui énonçait que "le juge

---

<sup>78</sup>-Muqaddima, cité par Jean-Philippe Bras, *La shari'a : passé et devenir d'un corpus juridique*, [http://www.iesr.ephe.sorbonne.fr/docannexe/file/4349/Bras\\_droit.pdf](http://www.iesr.ephe.sorbonne.fr/docannexe/file/4349/Bras_droit.pdf)

<sup>79</sup>-C.F. M. Miaille, OP. Préc. p. 232.

<sup>80</sup>-Ibid, p. 246-247.

est la bouche de la loi" ? Suffirait-il, tout simplement, au qadhi de connaître le texte, puis de l'appliquer mécaniquement ? Serions-nous, donc, dans l'hypothèse où le texte dit la norme que le juge va appliquer automatiquement ?

Or, depuis les travaux de Michel Troper<sup>81</sup>, pour la doctrine majoritaire<sup>82</sup>, "le texte ne délivre pas la norme, c'est alors l'interprète qui la crée. On définit habituellement la norme comme la signification d'un énoncé prescriptif. Dans cette conception, le juge en disant la norme, la crée. En réalité, c'est lui qui dégage la norme du texte et en délivre le sens "par l'usage des techniques de l'interprétation"<sup>83</sup> et ceci est valable pour n'importe quel juge à l'heure actuelle. Ce qui signifie plus prosaïquement, que l'interprétation a une fonction créatrice du droit. A juste titre, d'ailleurs, Jean Philippe Bras<sup>84</sup> nous rappelle les quatre techniques utilisées dans l'interprétation : "La première technique, dite littérale, s'appuie sur le mode de rédaction du texte pour établir sa signification. La seconde, généalogique, consiste à aller rechercher l'intention de l'auteur du texte pour dégager la norme valide. La troisième est analogique, mettant le texte en relation avec d'autres textes pour en éclairer le sens, se déclinant en raisonnements a fortiori ou a contrario. Enfin, un dernier mode d'interprétation « réaliste » prendra en considération le contexte d'application du texte, pour choisir l'interprétation la plus conforme à l'intérêt général, aux nécessités du temps.

---

<sup>81</sup>-M. TROPER, *Une théorie réaliste de l'interprétation*, in *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, PUF, coll. « Léviathan », 2001, pp. 71-72.

<sup>82</sup>-À ce titre, la théorie réaliste de Michel Troper amène ainsi à considérer que l'interprète d'un texte est le véritable auteur de la norme. Dans cette perspective « le sens d'un énoncé (juridique) n'est pas contenu dans l'énoncé. Ce dernier est seulement un ensemble de mots, de marques graphiques sur du papier, des signes qui ne sont pas signifiants ou qui, au mieux, ouvrent sur une pluralité de signifiés. Dès lors, c'est pour le juge, choisir, inventer, créer le sens du texte et ainsi, par une allocation de sens, lui donner... sa qualité de norme » Voir Dominique Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, 9ème édition, Montchrestien, coll. « Domat droit public », 2010, pp. 144-145.

<sup>83</sup>-Jean-Philippe Bras, art. Préc. p. 3.

<sup>84</sup>-Ibid. p. 3.

Les juges utilisent ces techniques de manière cumulative ou alternative, pour fonder leur interprétation du texte et en dégager une norme. Cela signifie qu'un même texte peut être interprété de manière différente par différents juges, sur la base de raisonnements juridiques aussi rigoureux les uns que les autres."<sup>85</sup>

On voit ainsi le rôle qu'ont pu jouer, aussi bien le *qadha* que le *fiqh* dans la création de la normativité islamique. C. Chehata dit clairement que la normativité islamique, a été, en grande partie, élaborée par la science des grands docteurs de l'Islam, et par la jurisprudence, le « *qadha* ». Ce qui lui fait dire que : « ....le Coran n'a jamais été considéré en fait comme une source formelle du droit musulman. »<sup>86</sup>.

Et ce qui est essentiel à retenir, c'est que, le Coran, la *sunnah*, l'*ijma'* et l'*ijtihad* vont former un ensemble à la fois juridique, éthique et religieux. Le tout va devenir au fil des siècles un savoir dogmatique et sacralisé<sup>87</sup>. Ce qui rend difficile, pour les musulmans actuels, de renégocier le rapport à l'héritage religieux. En d'autres termes, on en fait un argument en faveur du caractère sacré du modèle islamique.

## **B- Un construit inadapté aux exigences modernes**

En réalité, ce construit humain, devenu absolu dogmatique, va être très contesté. La plupart des auteurs musulmans modernes appellent à le déconstruire en le passant au crible de la critique historique. Car, au fil des siècles, non seulement, des glissements sémantiques entre *chari'a* – *fiqh* – *droit musulman*, se sont produits, mais surtout, la revendication salafiste du retour aux sources de la normativité islamique, révèle que le *fiqh* est totalement inadapté aux exigences de l'Etat-nation.

---

<sup>85</sup>-Ibid. p. 4.

<sup>86</sup>-C.F. C. Chehata, Op. Préc. p. 36.

<sup>87</sup>-De surcroît, à un *fiqh* des premiers temps, ouvert à l'*Ijtihâd*, voire à la philosophie grecque et à la raison spéculative va se substituer progressivement un autre qui se cantonnera dans la clôture dogmatique.



## 1°-Une contestation des lectures traditionnelles du patrimoine religieux

Dès la fin du 19<sup>e</sup> siècle, des intellectuels, porteurs d'une pensée arabo- musulmane critique, avaient en commun le projet d'établir de nouveaux fondements, modernes et rationnels, pour l'étude de l'islam, pour tenter de faire sortir le monde arabe de sa léthargie et de combattre le dogmatisme. Pour cela, il fallait remettre en cause les évidences et se livrer à une critique, sans concession, des lectures traditionnelles du patrimoine religieux. La plupart ne répugnent pas à s'adosser au savoir légué par le fiqh sous réserve de le soumettre à la raison critique des sciences sociales. Il va de soi que la science n'est pas un système achevé qu'une génération transmet à une autre.

A l'heure actuelle, d'immenses polémiques ont lieu, quant à l'historicité de l'interprétation. Le débat est de situer historiquement l'interprétation des textes sacrés, qui s'est produite sous l'effet du relativisme culturel<sup>88</sup> de l'époque.

Quel rôle a dû jouer l'herméneutique, ou l'interprétation par les « fuqahas » ?

Certains intellectuels musulmans contestent le monopole revendiqué par les oulémas des textes religieux et réagissent énergiquement contre la prétention de ces derniers à être les seuls habilités à délivrer l'interprétation juste ou définitive. Il s'agit pour eux d'éviter l'"herméneutique sacrée" qui fige le Coran dans une signification déterminée historiquement.

On sait, de manière générale, que l'herméneutique, en tant que science de l'interprétation, pose les principes, définit les méthodes d'exégèse et d'explication du texte sacré en fonction de

---

<sup>88</sup>-*De la nature de la Sharia: Loi de Dieu ou loi des Hommes ?* Intervention de Naïla Silini, islamologue et professeur de civilisation islamique, Université de Sousse (Tunisie), au séminaire "La Charia : qu'est-ce à dire ?" du 15 avril 2013. [http://www.fondation-res-publica.org/De-la-nature-de-la-Sharia-Loi-de-Dieu-ou-loi-des-Hommes\\_a726.html](http://www.fondation-res-publica.org/De-la-nature-de-la-Sharia-Loi-de-Dieu-ou-loi-des-Hommes_a726.html)

l'état d'avancement de la société, c'est-à-dire, en fonction de son évolution historique. L'herméneutique historique se propose justement, entre autres choses, de déterminer les intérêts culturels, politiques, économiques, etc., qui ont poussé les musulmans à privilégier telle ou telle interprétation. Et si elle comporte inévitablement une transformation du texte, de repérer les transformations. Elle est, par conséquent, essentiellement, une œuvre humaine, déterminée historiquement.

Indéniablement, le discours du Coran n'est pas explicite en soi, les premiers récepteurs ont dû le décoder, l'interpréter pour y adhérer. Or, une prise en considération, des mentalités et des concepts éthiques de l'époque, s'impose pour déchiffrer le sens d'une interprétation. Celle-ci, telle qu'elle surgit, est située dans un milieu donné, qui lui est totalement adaptée.

De plus, plusieurs savants musulmans reviennent avec les techniques de l'herméneutique contemporaine sur le texte révélé et découvrent que certaines ambiguïtés ont été tranchées dans un sens mais auraient pu l'être dans un autre sens.

D'où, à l'heure actuelle, la principale revendication des savants musulmans dits « progressistes » de ne pas être liée par les méthodes de l'ijtihad des anciens au nom de la rationalité scientifique.

Naïla Silini n'y va pas par le dos de la cuillère et s'interroge "qu'est-ce que la "Sharia "? Est-ce vraiment l'expression de la loi divine ? Peut-on parler d'une « Sharia » telle qu'elle est écrite dans le Coran? N'est-elle pas, en fait, qu'un produit de ce que les anciens exégètes et jurisconsultes ont perçu du Coran? A travers les époques, les savants ont fini par croire qu'ils sont les messagers de Dieu, rapporteurs de sa parole divine et les seuls gardiens du livre Saint".<sup>89</sup>

---

<sup>89</sup>-Ibid.

Dans sa lancée, Naïla Selini décrit des "lignes rouges" que traçaient les anciens pour instaurer un « hijab » entre ces versets et le lecteur. Ce hijab est tissé d'outils qui permettent d'appréhender le Coran : les anciens exégètes les ont appelés sciences du Coran. Ce « hijab » remplit une mission primordiale : il dresse un mur entre le Coran et le lecteur "dévoué". Ainsi, toute interprétation "juste" ne doit, en aucun cas, produire un sens différent de celui des sciences de l'abrogation, des variantes de la lecture du Coran « Qira'at » approuvées par les anciens coranistes.<sup>90</sup> Or, pour elle, le Coran est un texte vivant, ouvert aux interprétations nouvelles. Donc, pour une nouvelle lecture du Coran, une relecture, elle demande instamment de se libérer de ce "hidjab" construit par les hommes et considéré comme sacré. Dans "...un monde présicientifique, les méthodes herméneutiques ne sont pas celles dont nous disposons aujourd'hui mais ce travail est fait."<sup>91</sup>

"Et la chari'a devint alors l'obligation d'appliquer les sanctions édictées dans le Coran, par la tradition du Prophète ﷺ (Sunna) et par le consensus des oulémas. À partir de là, le Coran fut recouvert de tissus textuels, qui ne sont en réalité que production humaine, influencée par des facteurs multiples d'ordres politique, économique, coutumier... Pour ces savants, personne ne peut prétendre que la Shari'a est un ensemble de phénomènes complexes, produit de la conscience collective pour sauvegarder l'équilibre social."<sup>92</sup>

Abdelmajid Charfi va dans le même sens et tente de déconstruire deux idées :

- La première est la "fiction d'une Loi divine dont les hommes qualifiés, les ulémas, ne sont que les interprètes fidèles. La connaissance historique moderne, chaque jour plus affinée, s'est chargée de détruire cette fiction, en montrant le caractère

---

<sup>90</sup>-De la nature de la Sharia: Loi de Dieu ou loi des Hommes ? Naïla Silini, Art.Préc.

<sup>91</sup>-Baudouin, La Charia en dix points... et quelques raccourcis Réponses, p. 24.

<sup>92</sup>-De la nature de la Sharia: Loi de Dieu ou loi des Hommes ? Naïla Silini, Art. Préc.

humain, trop humain, du Fiqh dont les prescriptions sont déterminées par les contextes culturels, sociaux et économiques d'une époque bel et bien révolue".<sup>93</sup>

"- Le second principe majeur est la contextualisation des versets auxquels on a appliqué abusivement un caractère législatif, alors qu'ils ne contiennent en réalité que des exhortations morales et des réponses à des problèmes circonstanciels vécus par la première communauté musulmane. Rappelons d'ailleurs que la signification du char', de la chir'a ou de la chari'a est la voie, la direction à suivre, mais nullement un code juridique divin strict et figé, révélé définitivement et pour l'éternité. Ce sont bien les fuqahâs qui ont considéré et fait croire que leurs interprétations et les prescriptions qu'ils édictaient sont l'expression de la volonté divine".<sup>94</sup>

Pour d'autres comme R. Garaudy<sup>95</sup>, Le "*minha'j*" impose aux musulmans une lourde responsabilité, de donner constamment des solutions nouvelles aux problèmes concrets qui se posent, tout en prenant soin de ne pas tomber dans deux travers :

-l'application littérale des versets en les séparant de leur contexte historique et de l'ensemble de la Révélation, par exemple, les valeurs, telles que la justice sociale.

- le souci de ne pas résoudre les problèmes actuels en répétant les solutions du passé, qui étaient valables pour une époque donnée, mais ne le sont plus à l'heure actuelle. Il ne s'agit pas d'entrer « dans l'avenir à reculons, les yeux fixés sur le passé, rabâchant des commentaires, et des commentaires de commentaires, sur des problèmes juridiques qui se posaient au

---

<sup>93</sup>-Abdelmajid Charfi, *Penser l'Islam aujourd'hui* ; [https://www.canal-u.tv/video/universite\\_de\\_tous\\_les\\_savoirs/penser\\_l\\_islam\\_aujourd\\_hui\\_abdelmajid\\_charfi.3005](https://www.canal-u.tv/video/universite_de_tous_les_savoirs/penser_l_islam_aujourd_hui_abdelmajid_charfi.3005)

<sup>94</sup>-Ibid.

<sup>95</sup>-R. Garaudy, *Pour un Islam du 20<sup>e</sup> siècle*, El Moudjahid du 7 avril 1991, p. 12.

temps des Omeyyades et des Abbassides », mais bien, de résoudre des problèmes tout à fait nouveaux, en utilisant la rigueur scientifique, sans la séparer de la sagesse, car la loi est création incessante si le droit doit rester vivant »<sup>96</sup>.

L'imitation du passé reste, ainsi, une forme de schizophrénie, car elle plonge la société dans des conditions sociologiques, politiques et économiques qui ne sont pas les siennes. Le droit, flottant sur la société, ne pourra avoir prise sur elle.

## 2 °-Des amalgames entre *chari'a* – *fiqh* – droit musulman

Et encore, au fil des siècles, une autre problématique s'est glissée au cœur de la normativité islamique, qui va entraîner, subrepticement, des glissements sémantiques successifs et des confusions inextricables : *chari'a- fiqh – droit musulman-*, trois termes qui vont s'amalgamer et revêtir un caractère juridique et sacré sous l'appellation de *chari'a*. Par conséquent, au fil des temps, un amalgame a eu lieu entre ces trois termes *chari'a, fiqh, et droit musulman*.

On entendra souvent dire que "Dieu est seul Législateur "Châ'rî" par excellence et ce nom conviendra également au prophète ﷺ, son envoyé, en tant qu'instrument récepteur et transmetteur du décret (*am'r*) divin"<sup>97</sup>. Egalement, que la Loi "châ'r" est un commandement de Dieu. Ubiquité de ce terme dont on retrouve 3 ou 4 occurrences dans le Coran<sup>98</sup>. La *chari'a* désigne la source, la voie à suivre<sup>99</sup>. Elle se réfère à la voie tracée par Dieu, à la Loi et aux règles de conduite. Elle est définie

---

<sup>96</sup>-Ibid. p. 13.

<sup>97</sup>-L. Gardet, *La cité musulmane*, Librairie philosophique j. Vrin, Paris, 1969, p. 110

<sup>98</sup>-Verset 45/18, Sourate 42, verset 13, sourate 5, verset 49.

<sup>99</sup>-Pour R. Garaudy le mot « Shir'a », signifie le « chemin vers la source », donc, aller vers la source, c'est se ressourcer en allant puiser, sans cesse, dans le Livre éternel, bien sûr, en ayant une foi indéfectible, et surtout, en respectant les principes éternels contenus dans l'ensemble de la révélation coranique. C.F.

comme loi islamique régissant la piété, la croyance, la dévotion "ibadates" et les relations entre hommes " *mu'amallat*".

Certainement, il y a une dimension normative dans la Loi islamique, composée d'une série de prescrits et d'interdits. Mais, la Révélation est, avant tout, religieuse. C'est un discours liturgique et non juridique. En d'autres termes, ce n'est pas un code de lois.

De même, selon Baudouin Dupret, utiliser l'expression système juridique pour le fiqh, c'est commettre rétrospectivement un anachronisme. Il ne fonctionne pas comme le droit contemporain.<sup>100</sup> C'est une casuistique qui ne procède pas par règles générales. En quelque sorte, une "Casuistique théorique parce que les recueils de fiqh ne sont pas l'équivalent des recueils de précédents tels que les connaissent les pays de Common law. Les cas envisagés par les fuqahâs sont souvent des cas imaginés et parfois extrêmement improbables. La validité des recueils de fiqh ne tient donc absolument pas au fait qu'ils exposent des précédents judiciaires mais, uniquement, au fait que les qualifications des comportements qu'ils exposent sont le produit de la volonté divine et qu'ils peuvent y être rapportés par des procédés contrôlés."<sup>101</sup>

Le fiqh comporte une partie réservée aux obligations rituelles<sup>102</sup>, telles que l'accomplissement de la prière. Aussi, serait il inexact pour un juriste de considérer le respect d'une obligation rituelle comme une obligation juridique. Le non-respect ne constitue aucunement une infraction. Les actions humaines sont

---

<sup>100</sup>-Bien que, nous dit Slim Laghmani, le fiqh " est parfaitement intelligible puisqu'il vise à apprécier l'action humaine, de quelque nature qu'elle soit, au regard des commandements divins et dans la perspective finale du salut." *Droit musulman et droit positif: le cas tunisien*, p. 157-163, <http://books.openedition.org/cedej/404?lang=fr>

<sup>101</sup>-Ibid.

<sup>102</sup>-Ces obligations rituelles sont les **cinq piliers** de l'islam : la profession de foi (shahada), la prière rituelle (salat), l'aumône (zakat), le jeûne (sawm), le pèlerinage (hajj).

classées en cinq catégories qui correspondent à cinq valeurs morales appelées *al-ahkām al-khamsa* :

- ce qui est prescrit, désigné sous le terme de "*fard*", obligatoire,
- ce qui est recommandé, désigné sous le terme de "*mandub*", préférable ou désirable,
- ce qui est "*mubâh*", indifférent,
- ce qui est blâmable désigné par le terme "*makrûh*",
- ce qui est interdit désigné par le terme "*haram*" ou (*mahdûr*).

Sur les cinq *ahkām*, seuls deux peuvent, éventuellement, s'intégrer dans le répertoire juridique moderne.

Selon Burhan Ghalioun, "l'erreur principale est de penser la charia et le fiqh comme un droit, au sens où nous entendons le mot « droit » aujourd'hui dans une assemblée comme la nôtre, et non pas comme une normativité, pouvant avoir, bien sûr, une dimension juridique mais ayant surtout une dimension déontologique, éthique, morale, et celle-là est fondamentalement plus importante."<sup>103</sup>

Il en va de même pour le fiqh : « La jurisprudence religieuse telle qu'elle a été pratiquée dans l'histoire de l'islam est plus proche de l'idée de recommandation juridique conseillée par un faqih (...) que de l'idée de règlement unifié et contraignant imposé par la force du politique. »<sup>104</sup>

Muhammad Saïd al-Ashmawy<sup>105</sup>s'insurge, lui aussi contre l'érection du mot *chari'a* en absolu normatif par les islamistes. Pour lui, il ne faut pas être victime des mots à double sens ou bien dont l'emploi ne correspond plus au contexte dans lequel ils ont été générés.

---

<sup>103</sup>-*La Charia en dix points... et quelques raccourcis*, Intervention de Baudouin Dupret, Art. Préc.

<sup>104</sup>-*Islam et politique: la modernité trahie*, Paris: La Découverte, 1997, p. 197 et suivantes.

<sup>105</sup>-Al-Ashmawy, *L'islamisme contre l'islam*, cité par Daniel Rivet, *Le couple Religion et politique en Islam méditerranéen au regard de l'islamologie*, Art. Préc

"Ce n'est que lorsque la modernité a fait irruption dans les sociétés des musulmans, qu'elle a inculqué à son tour les idéaux et habitudes de systématisation et de rationalisation, qu'on en est venu à vouloir traiter la norme islamique en système total, cohérent et intégralement applicable".<sup>106</sup> Donc, il ne faut pas réduire la chari'a ou le fiqh au droit.

Effectivement, il n'y avait pas de système de droit islamique au sens moderne avant le XIX<sup>ème</sup> siècle. Il y avait, en revanche, une doctrine, des juges. Pour comprendre, il faut retracer la naissance du droit musulman<sup>107</sup>. C'est au tournant du XIX<sup>ème</sup> siècle, qu'il y a eu invention du droit musulman en tant que système cohérent. Il naît dans un contexte de colonisation ou de résistance à la colonisation (C'est le cas ottoman avec les tanzimat et les réformateurs) : ... "Ce qu'on appelle le « droit musulman » ne correspond pas à une réalité aussi ancienne que l'islam lui-même. L'idée de transformer la normativité islamique en droit et, particulièrement, en droit codifié est le résultat d'une invention qui plonge ses racines dans l'irruption européenne sur la scène musulmane. Ce sont les savants orientalistes et les administrateurs coloniaux, d'une part, et les gouvernants musulmans et les nouvelles élites modernisantes, de l'autre, qui ont cherché dans le fiqh ce qui était susceptible d'être coulé dans le moule d'un droit positif de facture napoléonienne."<sup>108</sup>

Ainsi, les administrateurs coloniaux qui sont arrivés pour gouverner et gérer débarquent avec leurs codes. Leur première mission a consisté à réunir les normes qui existent. Bien évidemment, ils ont trouvé les traités de fiqh, mais également, ils ont eu à collecter les coutumes locales, les reformuler sous forme de droit : par exemple, les coutumes kabyles, la doctrine islamique seront retravaillées et codifiées pour donner naissance au fameux code

---

<sup>106</sup>-*Islam et pouvoir séculier*, Abdou Filali-Ansary, Art. Préc.

<sup>107</sup>-C.F. Bernard Botiveau, *Loi islamique et droit dans les sociétés arabes*, Op. Préc.

<sup>108</sup>-*La Charia en dix points... et quelques raccourcis*, Intervention de Baudouin Dupret, Art. Préc.



Morand. Or, selon Baudouin Dupret, ce fruit du moment colonial sera récupéré par les élites locales. "Enfin, sous l'effet de la colonisation ou sous la pression des puissances européennes, de nombreux pays s'engagèrent dans une politique de réformes qui aboutit le plus souvent à transformer la Loi islamique en droit musulman. J'insiste sur ce phénomène : il est faux de penser la charia et le fiqh en termes de droit, c'est-à-dire en termes de droit positif tel que nous entendons ce mot aujourd'hui. Cette pensée est le fruit du XIXème siècle, le fruit des réformes concomitantes de l'émergence d'États nationaux centralisés, le modèle jacobin ayant largement servi dans différents pays du monde musulman."<sup>109</sup>

Ainsi, un autre amalgame s'est produit dans la foulée. Le droit musulman, droit positif, produit par l'Etat, a commencé à être appelé "*chari'a*"<sup>110</sup>. Et les termes chari'a et droit musulman ont fini par s'équivaloir. Certes là, l'islam peut être une source d'inspiration mais le législateur n'est pas tenu de s'y conformer. Ce droit s'intègre, par ailleurs, parfaitement dans l'ordre juridique positif et étatique.

### **3°-Un fiqh inadapté aux nouvelles exigences de l'Etat-nation**

En revanche, l'actualité brûlante qui revendique par le biais des salafistes, le retour de la normativité islamique posée par le fiqh, fait surgir un hiatus, la coexistence de deux normativités fondées sur deux sources différentes, le fiqh et le droit positif, peut se révéler dangereuse pour l'unité d'un pays.

D'abord, une divergence peut se manifester au niveau de l'application confessionnelle de la normativité islamique (en

---

<sup>109</sup>-*La Charia en dix points... et quelques raccourcis*, Art. Préc.

<sup>110</sup>-Le mot *char'ia* dans son sens contemporain, fut utilisé, en Egypte, pour la première fois lorsque " el madrasat al-qadâ' al-shar'î" fut ouverte en 1907. Elle sera remplacée par la nouvelle Faculté de char'ia par la loi de 1930.

Son inspirateur fut Muhammad 'Abduh et son fondateur, Sa'd Zaghlûl, selon Bernard Botiveau, *L'école de la magistrature shar'i (1907-1930) et la production d'un droit islamique réformé*, p. 549-564, <http://books.openedition.org/cedej/1443?lang=fr>

particulier, celle qui cible les relations familiales et le droit des successions). Chaque communauté pourrait se retrouver avec ses propres règles juridiques, car il ne faut pas oublier que le fiqh n'est pas un droit produit par l'Etat. Il est déduit par les théologiens, à partir de diverses sources, dont le principal est la volonté divine. Cette conception est, donc, tout à fait opposée à la conception moderne de la souveraineté qui implique le monopole étatique de la législation.

Il s'ensuit que le droit positif n'apparaîtrait plus comme le principal mécanisme de régulation sociale. Or, il ne faut pas négliger le fait que la loi positive, fruit de la souveraineté, qui se manifeste par une action synchronique concrète de l'Etat, c'est-à-dire, une activité juridique, normative (création du droit et garantie de son effectivité), joue un rôle primordial dans la production et le maintien de l'unité politique d'un pays par l'encadrement et la domination systématique d'un territoire.

Ainsi, la coexistence de sources d'origines différentes entraîne un pluralisme juridique qui relativise l'ordre juridique positif et invite à voir une multiplicité d'effets concurrents.

De surcroît, nous dit Charfi, cela peut être valable au sein d'un empire, mais sûrement pas dans un Etat moderne: "Or, cette aspiration, aussi légitime soit-elle, ne tient pas compte de deux facteurs essentiels, sans lesquels elle s'écroule et n'a aucune chance de réussir.

Le premier est que l'Etat-nation moderne est une organisation qui s'impose partout dans le monde et que même si on essaie de s'en échapper c'est par l'intermédiaire d'un dépassement dans le cadre d'entités politiques plus larges, à l'instar de l'Union Européenne, ou par le moyen des conventions internationales super étatiques, mais jamais par le retour au système d'Empire dont les frontières s'étendent et se rétrécissent en fonction des rapports de force et

qui admet la coexistence en son sein de législations différentes, notamment sur une base confessionnelle".<sup>111</sup>

Par ailleurs, si la normativité islamique se caractérise par l'autonomie de juridiction, le risque est, alors, la remise en cause de l'ordre juridique unifié et hiérarchisé. A un modèle strictement pyramidal, peut se substituer un dédoublement de la hiérarchie de normes. Et surtout, le rôle du qadhi va s'accroître avec le risque d'avoir un espace normatif mobile, dessiné et redessiné en permanence par les juges. Il peut y avoir, donc, remise en cause du modèle traditionnel de Kelsen au profit d'un espace normatif hétérogène centré autour des juges ; autrement dit, ordre juridique pluraliste. Ce qui forcément va, non seulement, pulvériser l'unité de l'ordre juridique, mais également, le principe de légalité en tant qu'expression de l'unité profonde de l'ensemble des relations entre normes supérieures et normes inférieures. Par conséquent il y aurait pulvérisation de la hiérarchie des normes en la doublant d'une autre. Aussi, cette pluralité normative, risque -t-elle de déstabiliser, sans la rendre tout à fait caduque, une conception « classique » de la hiérarchie des normes et des rapports entre ordres juridiques.

Ce qui ne va pas sans risques inédits d'insécurité juridique. Il va de soi que la multiplication des juridictions ajoute une insécurité juridique certaine et préjudiciable à l'état de droit, la réponse à un litige pouvant être différente suivant la juridiction devant laquelle elle sera portée.

Pour conclure, si le fiqh a-t-il été délaissé au profit du droit musulman dans la plupart des Etats musulmans, c'est parce qu'il ne s'adapte pas aux nouvelles exigences étatiques, mais "...masque une redoutable contradiction : le seul fait que ce système normatif ait besoin d'être réhabilité suffit en effet à attester qu'il a depuis des

---

<sup>111</sup>-Abdelmajid Charfi, *Penser l'Islam aujourd'hui*, Art. Préc.

lustres perdu le contact vital que toute norme se doit d'entretenir avec la société qu'elle prétend réguler." <sup>112</sup> Par conséquent, "la tentation d'imposer une culture importée dans le temps" risque d'inoculer les germes d'une nouvelle schizophrénie. <sup>113</sup>

---

<sup>112</sup>-François Burgat avec la collaboration de Jean Leca, *La mobilisation islamiste et les élections algériennes du 12 juin 1990*, In *Monde Arabe Maghreb –Machrek*, n°129, Juil-Aou-Sept. 1990, p. 17.

<sup>113</sup>-Ibidem. p. 17.

# **UNE APPROCHE REGIONALE DE L'HARMONISATION DU DROIT DES AFFAIRES : L'EXEMPLE DE L'OHADA**

**Kamel HADDOUM**  
**Professeur, Faculté de droit de Boudouaou**  
**Université de Boumerdes**

---

## **Résumé**

Pour faire face au phénomène de la mondialisation du marché international des affaires et des défis qu'il met en jeu, le développement économique semble s'orienter de plus en plus vers une approche régionale afin de mieux défendre les intérêts nationaux pourtant souvent contradictoires.

En effet, la mondialisation de l'économie exige la mondialisation du droit, l'un des exemples le plus illustratif, nous viens de l'Afrique, qui a privilégié l'intégration régionale par le droit des affaires, à travers la création de l'Organisation de l'OHADA qui devait permettre à une partie de l'Afrique de mieux s'intégrer à l'économie mondiale, de faciliter les échanges entre les Etats parties, d'attirer les investisseurs étrangers, et de mettre fin à l'insécurité juridique.

Selon les initiateurs du traité OHADA, l'intégration économique qui est une condition sine qua non du développement de la région, ne peut réussir, qu'à travers la mise en place d'une harmonisation du droit des affaires. Le fonctionnement de L'OHADA s'appuie sur un certain nombre d'organes et sur l'élaboration de plusieurs Actes Uniformes touchant au domaine du Droit des Affaires constituant ainsi le droit dérivé.

Néanmoins face à un environnement économique et juridique en constante évolution, l'OHADA était dans l'obligation de mener des réformes d'ordre institutionnel et normatif.

### Mots clés :

Afrique- Economie Africaine – Régionalisation- Droit des Affaires Africains- Harmonisation juridique- Ohada- Actes Uniformes- Arbitrage Africain.

### Résumé en Langue Arabe

لمواجهة ظاهرة عولمة السوق العالمي للأعمال والتحديات التي يطرحها، يتوجه التطور العالمي نحو معالجة جوهية من أجل الدفاع على المصالح الوطنية رغم تعارضها. حيث أن عولمة الاقتصاد تقتضي عولمة القانون.

وفي هذا الصدد أبرز الأمثلة الواردة تأتينا من القارة الإفريقية التي اختارت الاندماج الجهوي. OHADA بواسطة قانون الأعمال والمتمثل في إنشاء منظمة توحيد قانون الأعمال في إفريقيا وتهدف هذه المنظمة إلى تمكين قارة إفريقيا الاندماج في الاقتصاد العالمي وتطوير المبادلات التجارية ما بين الدول الأعضاء وجلب الاستثمار الأجنبي والقضاء على الأمن القانوني.

حسب مرسسو المنظمة لا يمكن وضع سياسة اقتصادية موحدة فعالة للدول الإفريقية بدون توحيد قانون الأعمال.

تعتمد المنظمة في تسييرها على هياكل إدارية كما تسعى إلى إعداد نصوص قانونية موحدة تتعلق بمجال قانون الأعمال تشكل ما يعرف بالقانون الإفريقي المشتق. غير أنه من أجل مواكبة التطور المستمر للمحيط العالمي الاقتصادي والقانوني قامت المنظمة بإصلاحات مست الجانب التأسيسي والتشريعي.

## Introduction

La société internationale vit actuellement un vaste mouvement de mondialisation, qui touche les domaines de l'économie et du droit ; car la mondialisation de l'économie exige la mondialisation du droit<sup>1</sup>. Pour faire face à ce phénomène et les défis qu'il met en jeu<sup>2</sup>, le développement économique semble s'orienter de plus en plus vers une approche régionale des normes juridiques, afin de mieux défendre les intérêts nationaux pourtant souvent contradictoires.

L'un des exemples le plus illustratif, nous viens de l'Afrique, qui a privilégié l'intégration régionale par le droit des affaires, à travers la création de l'Organisation de l'OHADA<sup>3</sup> qui devait permettre à une partie de l'Afrique de mieux s'intégrer à l'économie mondiale, de faciliter les échanges entre les Etats parties, d'attirer les investisseurs étrangers, et de mettre fin à l'insécurité juridique.

En outre, cette intégration économique doit mener impérativement les pays Africains à consacrer la libre circulation des personnes, des biens, des services et des capitaux et de ce fait à l'élargissement de l'espace économique et commercial<sup>4</sup>.

Ainsi, l'OHADA est devenue à la fois un facteur de développement économique et un instrument d'intégration régionale pour l'ensemble des pays membres. Selon les initiateurs

---

<sup>1</sup>-Aregba Polo, Secrétaire permanent de l'OHADA, exposé au séminaire sensibilisation au droit harmonisé, Niamey, 9 et 10 juin 1999.

<sup>2</sup>-Pour certains auteurs, la mondialisation signifie également l'américanisation du droit, pour une étude détaillée sur ce sujet, voir l'ouvrage, « Américanisation du droit », Archives de philosophie du droit, édition Dalloz, Tome 45, Paris, 399 pages.

<sup>3</sup>-Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du droit des affaires, instrument juridique institué par le traité de Port Louis signé le 17 octobre 1993.

<sup>4</sup>-Adesegun A. Akin-Olugbade L'importance du droit dans le processus de développement économique des pays africains et l'appui du groupe de la Banque Africaine de développement à l'effort d'harmonisation juridique en Afrique., RDA/IBLJ N°6, 2008. , p 753.

du Traité OHADA, l'intégration économique qui est une condition sine qua non du développement de la région, ne peut réussir, qu'à travers la mise en place d'une harmonisation du droit des affaires, ainsi, l'intégration juridique doit précéder ou accompagner l'intégration économique<sup>5</sup>.

La particularité du Traité OHADA, est mise en exergue par son objectif fondamental, qui est de réaliser une unification générale et continue des législations, dans le but de favoriser un développement harmonieux de tous les Etats parties.

La seconde particularité du Traité OHADA réside dans le degré de l'intégration communautaire qu'il propose, puisqu'il s'agit d'un des rares traités qui met en œuvre l'harmonisation des règles juridiques dans tous les secteurs de la vie des affaires et à l'échelle du continent<sup>6</sup>.

Ainsi, l'OHADA a choisi la forme la plus radicale d'intégration juridique, le traite fait état d'harmonisation, mais en réalité, il s'agit plus d'uniformisation que d'harmonisation<sup>7</sup>. Car dans l'harmonisation, il s'agit surtout de coordonner des systèmes juridiques différents, à réunir des règles de droit d'origines diverses et à réduire les divergences et les différences entre elles ; ces règles constituaient un obstacle aux échanges inter-africains et au développement économique<sup>8</sup>. Il s'agit donc, de réduire les différences pour atteindre des objectifs communautaires. Alors, que l'uniformisation vise à supprimer les différences entre les législations en leur substituant un texte identique destiné à tous les Etats concernés.

---

<sup>5</sup>-Joseph Issa- Sayegh, Jacqueline Iohues-Oble, Ohada harmonisation du droit des affaires, édition Bruylant, Bruxelles, Année 2002, p 91.

<sup>6</sup>-Ibid. p93.

<sup>7</sup>-François A Noukaha, Abdoullah Cisse, Ndiaw Diouf, Josette Nguebou Toukam, Paul Gérard Pougoué et Moussa Samb, Ohada, sociétés commerciales et GIE, Op., cit. p 25.

<sup>8</sup>-Rémy Cabrillac, l'OHADA: Présentation générale, RJOL, année 2010, N°11, p9.



L'unification a pour objectif l'adoption d'un texte directement applicable dans les Etats concernés. Elle aboutit, dans une matière juridique donnée, à une réglementation unique, identique en tout point pour les Etats concernés<sup>9</sup>.

La troisième particularité du Traité OHADA, est la consécration du principe de la primauté du droit communautaire sur le droit national ; c'est la condition essentielle pour que les règles du Traité s'imposent aux Etats membres qui sont tenus d'appliquer le droit communautaire<sup>10</sup>.

Le fonctionnement de L'OHADA s'appuie sur un certain nombre d'organes et sur l'élaboration de plusieurs Actes Uniformes touchant au domaine du Droit des Affaires, constituant ainsi le droit dérivé (**Chapitre I**). Néanmoins pour face à un environnement économique et juridique en constante évolution, l'OHADA était dans l'obligation de mener des réformes d'ordre institutionnel et normatif (**Chapitre II**).

## **Chapitre 1 : L'OHADA : Une Organisation marquée par un fonctionnement original :**

Le fonctionnement de l'OHADA se réfère à des textes constitutifs et au droit dérivé que constituent les actes uniformes.

Le Traité de l'OHADA fut signé après plusieurs réunions à Port Louis, le 17 octobre 1993 par 14 Etats de la zone franc<sup>11</sup> ; la signature de ce traité préparé par un Directoire et approuvé par le Conseil des Ministres des Finances et de la Justice de la zone

---

<sup>9</sup>-François A noukaha, Abdoullah Cisse, Ndiaw Diouf, Josette Nguebou Toukam, Paul – Gérard Pougoué et Moussa Samb, Ohada, Sociétés commerciales et GIE, Bruylant, Bruxelles, 2002, p 25.

<sup>10</sup>-Rémy Cabrillac, l'OHADA: Présentation générale, Op.cit., p 93.

<sup>11</sup>-Benin, Burkina Faso, Cameroun, Centrafrique, Comores, Congo, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée Equatoriale, Mali, Niger, Sénégal, Tchad et Togo, depuis, trois (3) autres pays ont intégré l'organisation, il s'agit du Congo démocratique (RDC), Guinée et Guinée Bissau.

franc, constitue la base du projet d'harmonisation du droit des affaires.

Le traité fut soumis à la ratification, tous les Etats signataires l'ont ratifié, malgré la question récurrente de l'abandon de la souveraineté par les Etats membres que peut soulever cette procédure<sup>12</sup>. Il est entré en vigueur le 18 septembre 1995. Le traité permet également à tout Etat de l'UA<sup>13</sup> qui n'est pas signataire d'y adhérer<sup>14</sup>.

L'OHADA fonctionne également sur la base de règlements, « Des règlements pour l'application du présent traité seront pris à chaque fois que de besoin par le Conseil des Ministres à la majorité absolue »<sup>15</sup>. Ces règlements ont la même force juridique que le Traité ; ils sont d'application directe et obligatoire et contiennent des prescriptions générales et impersonnelles ; néanmoins, leur objet diffère d'un domaine à un autre. Jusqu'à l'heure actuelle, 5 règlements ont été pris en application du Traité OHADA<sup>16</sup>.

Il n'en demeure pas moins, que l'action de l'OHADA est mise en œuvre par les Actes Uniformes.

## **A- Les Actes Uniformes : L'Emergence d'un Droit Africain Dérivé :**

La technique de l'harmonisation du droit des affaires prônée par L'OHADA est celle de l'unification des règles

---

<sup>12</sup>-Il y a lieu de mentionner, que certaines constitutions des pays membres, prévoient des procédures spéciales qui leur permet d'abandonner leur souveraineté en cas de ratification, alors que d'autres constitutions des pays membres n'y font pas référence.

<sup>13</sup>-Anciennement Organisation de l'Unité Africaine (OUA), devenue Union Africaine en 2002.

<sup>14</sup>-Article 53 du Traité.

<sup>15</sup>-Article 4 du Traité.

<sup>16</sup>-Règlement de procédure de CCJA, règlement d'arbitrage de la CCJA, règlement financier de l'OHADA, règlement portant le statut des fonctionnaires et le régime applicable au personnel de l'OHADA.

matérielles. Selon l'article 5 du Traité, « Les Actes pris pour l'application des règles communes prévues par l'article 1<sup>er</sup> du traité sont qualifiées « Actes uniformes ». Il s'agit d'un véritable code de surcroît moderne.

Les Actes Uniformes permettent à chacun des Etats membres de disposer d'une législation claire, moderne, adaptée, d'application uniforme et de contribuer à la consolidation d'une sécurité juridique. Il s'agit d'harmoniser le droit des affaires dans les Etats parties<sup>17</sup>.

Les Actes Uniformes sont d'application directe dans tous les Etats membres ; ils disposent d'une valeur supérieure aux normes internes<sup>18</sup>. Le traité de l'OHADA affirme la force obligatoire des actes uniformes et leur supériorité sur les normes juridiques existantes et futures. Dès lors, les Actes Uniformes se substituent obligatoirement et sans autre formalité aux règles de droit interne applicables dans chaque Etat partie<sup>19</sup>.

Si un pourvoi est formé contre une décision rendue sur la base du droit national, la question se posera sur la juridiction compétente, le droit national ayant un caractère résiduel ou supplétif, le régime de droit commun reste le droit uniforme, il était donc judicieux de donner la compétence à la CCJA<sup>20</sup>.

Une autre interrogation s'impose, dans le cas, où un Etat maintient sa législation alors qu'elle se révèle contraire à une disposition du Traité. Il n'existe pas de possibilité de recours en manquement dans cette hypothèse<sup>21</sup>. Mais le Traité n'ayant pas été dénoncé, a la primauté en tout état de cause. C'est ce qu'a

---

<sup>17</sup>-Article 1<sup>er</sup> du Traité.

<sup>18</sup>-Rémy Cabrillac, l'OHADA: Présentation générale, Op. cit., p 11.

<sup>19</sup>-François A noukaha, Abdoullah Cisse, Ndiaw Diouf, Josette Nguebou Toukam, Paul – Gérard Pougoué et Moussa Samb, Ohada, Sociétés commerciales et GIE, Op.cit P.32.

<sup>20</sup>-Ibid p32

<sup>21</sup> Comme c'est le cas en droit communautaire européen.

affirmé la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage dans un avis conforme<sup>22</sup>.

L'objet des Actes Uniformes est intimement lié à celui fixé par le Traité ; ce dernier, à opté pour une liste large des domaines du droit à uniformiser, « Entrent dans le domaine du droit des affaires, l'ensemble des règles relatives au droit des sociétés et au statut juridique des commerçants au recouvrement des créances, aux sûretés et aux voies d'exécution, au régime de redressement des entreprises et de la liquidation judiciaire, au droit d'arbitrage et au droit du travail, au droit comptable, au droit de la vente et des transports et toute autre matière que le Conseil des Ministres déciderait à l'unanimité, d'y inclure conformément à l'objet du traité et aux dispositions de l'article 8 du traité »<sup>23</sup>.

Cependant, la question qui se pose est de savoir, s'il s'agit d'une liste exhaustive ou d'une liste indicative, sachant que d'autres domaines aussi importants, n'ont pas fait l'objet de normes, comme c'est le cas, du droit de la concurrence, le droit de la distribution, le droit de la consommation, le droit des transports et le droit des contrats spéciaux. Il n'en demeure pas moins, que c'est au Conseil des Ministres de définir exclusivement le droit des affaires à uniformiser.

Les Actes Uniformes sont préparés par le Secrétariat Permanent en concertation avec les Etats parties ; ils font l'objet de délibérations, puis adoptés par le Conseil des Ministres après avis de la Cour de Justice et d'Arbitrage (CCJA)<sup>24</sup>. Ils entrent en vigueur 90 jours après leur adoption sauf modalités particulières d'entrée en vigueur prévues par l'acte lui même<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup>-Avis N° 001/2001/EP du 30 avril, 2001, Points, 1, 2, 3, 4a, 4b et 4c.

<sup>23</sup>-Article 2 du traité.

<sup>24</sup>-Article 6 du Traité.

<sup>25</sup>-Sauf modalités particulières d'entrée en vigueur prévu par l'acte uniforme, ils sont opposables 30 jours après leur publication au Journal Officiel de l'OHADA. Ils sont également publiés selon l'article 9, dans les journaux officiels des Etas parties ou par tout autre moyen approprié.

Il existe 9 Actes Uniformes adoptés entre 1997 et 2013 et peuvent être regroupés en trois grandes catégories<sup>26</sup>: la première englobe les activités commerciales, la seconde, l'immatriculation et comptabilité des entreprises, alors que la troisième concerne le règlement des litiges et le recouvrement des créances.

## **1- Les Actes Uniformes relatifs aux Activités Commerciales**

### **1- 1- L'Acte portant sur le Droit Commercial Général**

Il est l'une des trois premières innovations de l'OHADA et comporte 289 articles. Il traite du statut du commerçant, où il innove avec la prescription quinquennale<sup>27</sup>; il régit également, le crédit immobilier ainsi que le registre du commerce et innove également avec l'inscription obligatoire des sûretés mobilières; et régit aussi la vente commerciale en introduisant les principales dispositions de la Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale des marchandises. Il est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1998.

### **1-2- L'Acte Uniforme portant Organisation des Sûretés :**

Il comprend 151 articles qui traitent aussi bien de sûretés personnelles que réelles; s'agissant des sûretés personnelles, l'acte a innové en considérant le cautionnement comme solidaire. Il est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1998.

### **1-3- L'Acte Uniforme relatif au Contrat de Transport de Marchandises par Route**

Il contient 31 articles et ne traite que du transport de marchandises par route, qu'il soit national ou international, pourvu que le lieu de prise en charge ou de livraison se situe sur le territoire d'un Etat membre de l'OHADA ou dans deux Etats

---

<sup>26</sup>-OHADA, Organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, UNIDA / ohada.com, p16.

<sup>27</sup>-Article 18 du Traité.

dont au moins un (01) est membre de l'OHADA. Il est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2004.

## **2- Les Actes Uniformes relatifs à l'Immatriculation et Comptabilité des Entreprises**

### **2-1- L'Acte Uniforme relatif au Droit des Sociétés Commerciales et au Groupement d'Intérêt Economique<sup>28</sup> :**

Il constitue l'Acte Uniforme le plus long ; il aboutit tout simplement à l'unification du droit et de la jurisprudence des Etats parties. C'est certainement par rapport aux autres actes uniformes, celui qui accorde peu de place aux législations nationales en raison de la réglementation minutieuse et détaillée de ses dispositions, mais aussi du caractère d'ordre public de la plupart de celles –ci. Il contribue à l'intégration économique de l'espace OHADA<sup>29</sup>. Il s'agit d'une législation moderne des sociétés qui se manifeste par le recours obligatoire à l'immatriculation, la protection des associés minoritaires et des tiers et le rôle accru du commissaire au compte.

Il est entré également en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1998 ; il comprend 4 parties : Les dispositions générales sur la société commerciale, les dispositions particulières aux sociétés commerciales, les dispositions pénales et les dispositions finales et transitoires<sup>30</sup>.

Il y a lieu de souligner, que le caractère commercial de la société est déterminé par sa forme ou son objet ; il conserve également la forme classique des sociétés, en innovant en matière d'institutionnalisation de la société à travers la consécration de la société unipersonnelle.

---

<sup>28</sup>-Sur cet acte uniforme, voir l'ouvrage de François A Noukaha, Abdoullah Cisse, Ndiaw Diouf, Josette Nguebou Toukam, Paul –Gérard Pougoué et Moussa Samb, Ohada, Sociétés Commerciales et GIE.

<sup>29</sup>-Ibid.p 25.

<sup>30</sup>-Joseph Isssa- Sayegh, Jacqueline Iohues-Oble, OHADA harmonisation du droit des affaires, Op.cit., p 129.

## **2-2- L'Acte Uniforme relatif aux Sociétés Coopératives :**

Il s'agit du neuvième Acte Uniforme, soit le plus récent, adopté lors de la réunion du Conseil des Ministres qui s'est tenu à Lomé les 13 et 14 décembre 2010.

## **2-3- L'Acte Uniforme portant Harmonisation des Comptabilités des Entreprises :**

Il s'agit d'un véritable droit comptable, comprenant 113 articles, traitant des grands principes applicables aux opérations d'enregistrement comptable, dans le respect des grands principes de comptabilité, tel celui de la prudence. Il est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2009 pour les comptes personnels des entreprises et le 1<sup>er</sup> janvier 2002 pour les comptes combinés et comptes consolidés.

## **3- Les Actes Uniformes relatifs au règlement des Litiges et le Recouvrement des Créances**

### **3-1- L'Acte Uniforme relatif au Droit de l'Arbitrage**

Comme souligné précédemment, il contient un ensemble de règles qui tient compte de l'évolution de l'arbitrage sur le plan international, de son champ d'application, de la convention d'arbitrage, de la composition du tribunal d'arbitrage, de la sentence arbitrale, de l'exercice des voies de recours, de sa reconnaissance, de son exécution forcée dans le cadre d'une procédure d'exéquatur. Il est entré en vigueur le 11 juin 1998<sup>31</sup>.

### **3-2- L'Acte Uniforme portant Organisation des Procédures Simplifiées de Recouvrement et des Voies d'Exécution**

Il comprend 338 articles et traite des procédures simplifiées de recouvrement que sont l'injonction de payer et l'injonction de délivrer ou de restituer. Il traite également des voies d'exécution<sup>32</sup>. Il est entré en vigueur le 10 juillet 1998.

---

<sup>31</sup>-Joseph Issa- Sayegh, Jacqueline Iohues-Oble, Ohada Harmonisation du droit des affaires, Op.cit., p133.

<sup>32</sup>-Joseph Issa- Sayegh, Jacqueline Iohues-Oble, Ohada Harmonisation du droit des affaires, Op.cit., p 132.

### **3-3- L'Acte Uniforme portant Organisation des Procédures Collectives et d'Apurement du passif**

Il traite des entreprises en difficulté et met en place trois procédures qui s'appliquent aux personnes physiques et aux personnes morales de droit privé. Il s'agit du règlement préventif, du redressement judiciaire et de la liquidation des biens après la cessation des paiements. Il est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1999.

#### **B- L'Organisation de l'OHADA : Des Organes adaptés à l'objectif d'harmonisation du Droit des Affaires en Afrique**

L'OHADA est une organisation internationale, dotée de la personnalité morale et s'appuyant sur des structures et de mécanismes de décisions. Elle comprend à l'origine les organes principaux suivants : La conférence des Chefs d'Etats et de Gouvernement, Le Conseil des Ministres organe de délibérations et de décision, Un Secrétariat Permanent considéré comme organe d'exécution et administratif auquel sont rattachées une Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature, une Cour Commune de Justice et d'Arbitrage qui exerce un pouvoir de contrôle et de sanctions des normes<sup>33</sup>. Après la révision du Traité de Port Louis intervenue à Québec<sup>34</sup>, les différents organes de l'OHADA sont :

- La Conférence des Chefs d'Etats et de Gouvernement ;
- Le Conseil des Ministres ;
- Le Secrétaire Permanent;
- La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) ;
- L'Ecole Supérieure de la Magistrature (ERSUMA).

Les règles générales de l'organisation et de fonctionnement de l'OHADA sont fixées par le Traité et les règlements.

---

<sup>33</sup>-Article 3 du Traité.

<sup>34</sup>-La révision du traité instituant l'OHADA est intervenue lors de la conférence qui s'est tenue au Québec le 17 octobre 2008.



## **-1- La Conférence des Chefs d'Etats et de Gouvernement :**

Cet organe a été créé par le sommet de Québec ; la Conférence est composée des Chefs d'Etats et de Gouvernements parties ; elle est présidée par le Chef d'Etat ou de Gouvernement dont le pays assure la présidence du Conseil<sup>35</sup>. Elle est compétente pour connaître de toutes les questions relatives au Traité. Elle est convoquée à l'initiative de son président ou à celle 2 /3 des deux tiers des Etats membres, et ne se réunit valablement qu'en présence des deux tiers des Etats membres, les décisions de la Conférence, étant prises par consensus ou à défaut par la majorité absolue<sup>36</sup>.

## **2- Le Conseil des Ministres : Une Composition et un fonctionnement atypiques**

Avant la création de la Conférence des Chefs d'Etats et de Gouvernements, il était considéré comme l'organe principal, car il s'est vu confié les compétences reconnues traditionnellement aux Chefs d'Etats. Cependant, cet organe se caractérise par son originalité de par sa composition et de ses attributions.

### **2-1- Composition du Conseil :**

Il est composé des Ministres de la Justice et des Ministres des Finances des Etats membres, cette composition mixte s'avère originale par rapport à ce qui se pratique dans les organisations sous régionales, trois raisons peuvent expliquer cette spécificité<sup>37</sup> : une raison historique, puisque le projet d'harmonisation était l'initiative des Ministres de la Justice, la seconde raison a trait aux domaines relevant du droit des affaires et qui sont d'ordre économique et financier, la troisième raison est liée à la nécessité de responsabiliser les Ministres des Finances quant à la réussite de l'OHADA.

---

<sup>35</sup>-Art 27/1 du traité révisé

<sup>36</sup>-Art 27/1 du traité révisé

<sup>37</sup>-El Housseini Mouloul, Comprendre l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA), Décembre 2008, p31.

Il en résulte de cette composition, la volonté des Chefs d'Etats des pays membres de faire de l'OHADA un instrument homogène, puisque la présence du Ministre de la justice permet le respect des normes juridiques, alors que la présence du Ministre des Finances constitue une garantie de respect des engagements économiques et financiers par les Etats membres en vue de leur intégration.

## **2-2- Fonctionnement du Conseil des Ministres :**

La présidence du Conseil est assurée à tour de rôle et par ordre alphabétique par chaque Etat membre pour une durée d'une année<sup>38</sup> ; toutefois, le Traité ne précise pas qui du Ministre de la Justice ou des Finances présidera le Conseil.

## **2-3- Attributions du Conseil des Ministres :**

Le Conseil des Ministres dispose d'un pouvoir normatif et d'un pouvoir de décision qu'il exerce selon des règles procédurales bien définies<sup>39</sup>, à ce titre, il est compétent pour :

- Adopter et modifier les Actes Uniformes,
- Déterminer le domaine du Droit des Affaires,
- Arrêter les cotisations annuelles des Etats parties,
- Adopter le Budget du Secrétariat Permanent et de la CCJA,
- Approuver les comptes annuels de l'OHADA,
- Nommer le Secrétaire Permanent et le Directeur Général de l'ERSUMA,
- Elire les membres de la CCJA,
- Prendre les mesures nécessaires pour l'application du Traité,
- Approuver le programme annuel d'harmonisation du Droit des Affaires<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup>-Toutefois et selon l'article 27/2 alinéa 4 du traité révisé, les Etats adhérents assurent pour la première fois la présidence du Conseil des Ministres dans l'ordre de leur adhésion, après le tour des Etats signataires du Traité.

<sup>39</sup>-Joseph Issa- Sayegh, Jacqueline Iohues-Oble, OHADA harmonisation du droit des affaires, Op.cit, p 156.

## **C- Le Secrétariat Permanent :**

Il s'agit de l'organe exécutif de l'OHADA<sup>41</sup>.

### **1- Organisation du Secrétaire Permanent :**

Le secrétariat est dirigé par un Secrétaire Permanent désigné par le Conseil des Ministres pour un mandat de quatre ans (4) renouvelable une fois ; il représente l'OHADA et assiste le Conseil des Ministres.

### **2- Attributions du Secrétaire Permanent :**

Il exerce principalement des fonctions administratives, notamment :

-L'évaluation des domaines dans lesquelles l'harmonisation est nécessaire et propose au conseil des Ministres, pour approbation, le programme annuel d'harmonisation,

- la préparation des projets d'Actes Uniformes ; à cet effet, il coordonne le travail des experts et des autorités participant à l'élaboration des Actes Uniformes dans chaque Etat partie, il sollicite ensuite l'avis de la CCJA, après adoption par le Conseil des Ministres, et assure leur publication au Journal Officiel de l'OHADA<sup>42</sup>,

- coordonne les activités des différents organes de l'OHADA et suit les travaux de l'Organisation,

-propose au conseil l'ordre du jour du conseil, organise l'élection des membres de la CCJA, assure la tutelle de l'ERSUMA dont il est président du Conseil d'Administration.

---

<sup>40</sup>-El Housseini Mouloul, comprendre l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA), Op.cit., p.33.

<sup>41</sup>-Son siège est fixé à Yaoundé, à la suite d'un accord signé entre l'OHADA et le Cameroun le 31 juillet 1997.

<sup>42</sup>-El Housseini Mouloul, Comprendre l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA), Op.cit., p.33.

## **D- La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage :**

La CCJA est l'institution la plus originale de l'intégration juridique et judiciaire au sein de l'OHADA<sup>43</sup>. Elle a pour objectif de se substituer aux Cours Nationales de Cassation, en vue d'unifier l'interprétation du droit uniforme par les juridictions nationales du fond et éviter un renvoi devant une juridiction du dernier ressort en cas de cassation.

La Juridiction communautaire apparait ainsi, comme étant le juge de cassation de droit commun en matière d'Actes Uniformes, hormis toutefois celles impliquant l'application de sanctions pénales. Son rôle sera comme toute Cour de Cassation de vérifier la fidélité des juges nationaux aux textes de l'OHADA. Elle est gardienne de la bonne application du droit uniforme et de la bonne conduite des procès.

Lors des travaux du séminaire d'Abidjan du 19 et 20 décembre 1993, il a été question de la création de deux juridictions, une pour la fonction juridictionnelle, l'autre pour l'arbitrage ; les participants ont également soulevé le problème financier relatif au coût et frais de l'instance (déplacements des justiciables), et ont proposé la possibilité de faire déplacer la CCJA dans les Cours suprêmes Nationales<sup>44</sup>.

En réponse à ces interrogations pertinentes, il a été suggéré, la création d'une seule Cour afin d'éviter l'obstacle financier et le manque du personnel. Il a été également proposé, que la Cour n'intervienne qu'au lieu et place des Cours Suprêmes Nationales.

Il a été également préconisé, d'unifier la jurisprudence en soumettant tout différend relatif à l'application des Actes Uniformes

---

<sup>43</sup>-Joseph Issa- Sayegh, Jacqueline Iohues-Oble, Ohada Harmonisation du droit des affaires, op.cit., p163.

<sup>44</sup>-El Housseini Mouloul, Op.cit., p 36.

aux Juridictions Nationales de premier (1<sup>er</sup>) et du deuxième (2<sup>er</sup>) degré puis à la censure d'une Juridiction Supérieure Commune à tous les Etats membres, la Cour s'est vu confiée, la fonction d'interprétation des Actes Uniformes, comme il a été décidé de faire intervenir la Juridiction Commune dans le processus de la décision arbitrale<sup>45</sup>.

A la lumière de ce qui précède, le Conseil des Ministres réuni à Ndjamena le 18 avril 1996 a adopté les textes suivants :

- Le règlement de procédure d'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage ;
- Les Statuts de la CCJA<sup>46</sup>,
- Le règlement de procédure d'arbitrage.

### **1- La Composition de la CCJA :**

La Cour est composée de 9 juges<sup>47</sup>, cependant, le conseil peut augmenter le nombre des juges en cas de nécessité<sup>48</sup>, ces derniers sont élus pour un mandat de 7 ans non renouvelable par bulletin secret.

Les candidats doivent être parmi :

- Les Magistrats ayant au moins 15 ans d'expérience professionnelle et réunissant les conditions requises pour l'exercice dans leurs pays respectifs de hautes fonctions supérieures,
- Les Avocats inscrits au barreau de l'un des Etats parties et ayant au moins 15 ans d'expérience professionnelle ;
- Les professeurs de droit ayant au moins 15 ans d'expérience professionnelle<sup>49</sup>.

---

<sup>45</sup>- Ibid. Op.cit. p 37.

<sup>46</sup>-Le siège de la Cour a été fixé à Abidjan.

<sup>47</sup>-Ce nombre devait passer à 15, OHADA, Organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, UNIDA/ohada.com, p 12.

<sup>48</sup>-Article 31 alinéa 1 du traité révisé.

<sup>49</sup>-Article 31 alinéa 2 du traité révisé.

Les membres de la Cour élisent un président et deux vices présidents pour un mandat de trois ans et six mois non renouvelables.

## **2- Les Compétences de la CCJA :**

La cour est compétente pour l'interprétation et l'application commune du Traité ainsi que des règlements pris pour son application des Actes Uniformes et des décisions<sup>50</sup>.

### **2-1- Les Fonctions Judiciaires de la CCJA :**

Les fonctions judiciaires sont contentieuses et consultatives.

#### **2-1-1- Les Fonctions Contentieuses :**

-La CCJA est juge de cassation pour tout différend relatif à l'Acte Uniforme. Elle est saisie par voie de recours en cassation des arrêts des juridictions nationales à l'exception des décisions appliquant des sanctions pénales<sup>51</sup>. Elle est saisie directement par une des parties à l'instance ou sur renvoi d'une juridiction nationale<sup>52</sup>. La procédure devant la CCJA est contradictoire, elle est soit écrite ou orale<sup>53</sup>.

Cette saisine suspend toute procédure de cassation devant une juridiction nationale à l'exception des procédures d'exécution.

La CCJA peut être consultée également par le Gouvernement d'un Etat partie ou par le Conseil des Ministres de l'OHADA.

L'obligation faite aux Etats de se soumettre en cassation obligatoirement devant la Cour Commune et non devant leurs Juridictions Nationales, a pour conséquence, l'abandon d'une partie de leur souveraineté ; cette obligation entraîne une

---

<sup>50</sup>-Article 14 alinéa 1 du Traité.

<sup>51</sup>-Articles 14 alinéa 3 du Traité.

<sup>52</sup>-Article 15 du Traité.

<sup>53</sup>-Voir les articles 27 et suivants sur le règlement de procédures.

uniformisation de la jurisprudence, un droit uniforme appelle une jurisprudence uniforme<sup>54</sup>.

Cependant, la question qu'il y a lieu de poser, est de savoir, si la CCJA est une juridiction de troisième (3<sup>ème</sup> degré), si on prend en considération, que la CCJA prononce la cassation, elle statue sur le fond sans renvoi à une juridiction nationale, la réponse ne peut être qu'affirmative.

Cette procédure constitue un précieux avantage pour les justiciables, elle leur permet un gain de temps, puisqu'ils n'auront plus besoin de se présenter devant une Cour d'Appel Nationale pour rejurer l'affaire.

Les arrêts de la CCJA jouissent de l'autorité de la chose jugée et de la force obligatoire à dater de leur prononcé. Les arrêts de la CCJA sont assimilés aux décisions des juridictions nationales avec toutes les conséquences qui en résultent.

Dans chaque Etat partie, la formule exécutoire est apposée sur les arrêts de la CCJA après contrôle de l'authenticité du titre par une autorité désignée par le Gouvernement de l'Etat concerné.

En outre, des voies de recours extraordinaires peuvent être exercées contre les arrêts de la CCJA, il s'agit de la tierce-opposition, de la demande d'interprétation du dispositif de l'arrêt ou encore de la demande en exercice d'un arrêt<sup>55</sup>.

### **-2-1-2- Les Fonctions Consultatives de la CCJA :**

La Cour Commune est compétente pour :

- Donner un avis sur les projets d'Actes Uniformes avant leur présentation au Conseil des Ministres ;

---

<sup>54</sup>-Tristan Gervais De la Fond le traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique GP des 20 et 21, p.2.

<sup>55</sup>-Sur ces articles, voir articles 47 et suivants du règlement de procédure.

- Interpréter et veiller à l'application des Actes Uniformes dans les Etats-Parties ;
- Interpréter le traité, le règlement pris pour son application et les Actes Uniformes ;
- Rendre des avis consultatifs à la demande des Etats, du Conseil des Ministres ou des Juridictions Nationales.

Durant la période allant de 1993 jusqu'à 2003 et dans le cadre de l'exercice de ses activités contentieuses et consultatives, la Cour a rendu 40 décisions judiciaires et 14 Avis consultatifs.

De 1998 au 19 Aout 2003, elle a reçu 162 Pourvois sur l'ensemble des Requêtes et a rendu 44 arrêts et 7 ordonnances ; elle a également rendu 16 Avis suite à des consultations par les Gouvernements des Etats-Parties<sup>56</sup>.

Néanmoins, sur le plan pratique, beaucoup de difficultés sont apparues, liées principalement à l'application ou non de la règle de droit par des juges nationaux. Ces faiblesses peuvent être sources d'insécurité judiciaire.

### **3- Le Rôle de la CCJA dans la Procédure d'Arbitrage :**

L'une des raisons ayant motivé la création de la CCJA, est de mettre fin au monopole géographique existant en la matière et qui voit la plupart des audiences arbitrales se dérouler en Europe ou en Amérique, même lorsque elle oppose un Etat Africain à une entreprise étrangère au continent et qu'elles sont relatives à l'inexécution d'un contrat soumis au droit dudit Etat.<sup>57</sup>

C'est à l'occasion de la réunion du Conseil des Ministres à Ouagadougou le 11 Mars 1999 que fut adopté, l'Acte Uniforme

---

<sup>56</sup>-El Housseini Mouloul, Comprendre l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA), Op.cit., p 42.

<sup>57</sup>-Joseph Issa- Sayegh, Jacqueline Iohues-Oble, OHADA, harmonisation du droit des affaires, Op.cit., p 197.



relatif au droit de l'arbitrage (AU/DA) et le règlement d'arbitrage (RA) de la CCJA.

Les parties peuvent choisir lors de la rédaction de la clause compromissoire entre l'arbitrage Institutionnel et l'arbitrage Ad Hoc.

### **3-1-L'Arbitrage Institutionnel :**

Dans ce cadre, la CCJA joue le rôle d'un centre d'arbitrage ; elle accompagne et contrôle la procédure qui se déroule devant l'instance arbitrale ; elle administre la procédure d'arbitrage conformément au Traité et au règlement d'arbitrage. Elle intervient, lorsqu'une partie physique ou morale de droit public ou privé est domiciliée dans un Etat membre où y réside habituellement, ou lorsque le contrat en cause doit être exécuté en totalité ou en partie sur le territoire d'un Etat-Partie.

Les contractants peuvent décider par une clause compromissoire ou un compromis d'arbitrage, de soumettre tout litige qui naitrait de l'exécution dudit décret, à la procédure d'arbitrage, cela même si une instance est engagée devant une autre juridiction.

La CCJA n'a pas pour mission de régler le différend, mais elle suit le déroulement de l'instance, elle nomme ou confirme le ou les arbitres.

Les sentences arbitrales bénéficient d'une reconnaissance de plein droit dans les Etats parties. En vertu d'une décision d'exequatur, et ayant l'autorité de la chose jugée, elles ne peuvent faire l'objet ni d'opposition ni d'appel, l'Acte Uniforme exclut le pourvoi en cassation.

Toutefois les sentences arbitrales sont susceptibles :  
-D'un recours en annulation dans les cas prévus par les 26 de l'AU/DA porté devant le juge compétent dans lequel la sentence

a été rendu, l'arrêt rendu par cette dernière juridiction, qui est souvent une Cour d'Appel, est passible d'un pourvoi en cassation devant la CCJA :

- D'un recours en révision devant le tribunal arbitral,
- D'une tierce opposition devant le tribunal arbitral<sup>58</sup>.

Dans le cadre de l'exercice de cette fonction, la CCJA a enregistré au 19 août 2003, 6 affaires et rendu 2 décisions de rejet, alors que 4 affaires sont toujours en cours à cette date<sup>59</sup>.

### **3-2- L'arbitrage Ad Hoc :**

Il est régi par l'Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage (AU/DA), cependant, les parties peuvent déroger aux dispositions dudit acte, en optant librement pour toute autre procédure<sup>60</sup>.

### **E- L'Ecole Supérieure de la Magistrature (ERSUMA) :**

Afin de remédier à l'insécurité judiciaire dénoncée par les opérateurs économiques, en raison de la faiblesse du niveau de la formation juridique des Magistrats, ainsi que de l'absence d'un système de formation continue, les parties contractantes ont décidé de créer une Ecole pour la formation et le perfectionnement des Magistrats et Auxiliaires de justice<sup>61</sup>. L'article 41 al 1<sup>er</sup> du Traite révisé dispose : « Il est institué un établissement de formation, de perfectionnement et de recherche en droit des affaires dénommée Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature (ERSUMA). Elle constitue également un centre de documentation et de recherche juridique et judiciaire<sup>62</sup>.

---

<sup>58</sup>-El Housseini Mouloul, Comprendre l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA), Op.cit., p 46.

<sup>59</sup>-Ibid., p 46.

<sup>60</sup>-Ibidem., p 46.

<sup>61</sup>-L'ERSUMA a été créée le 17 octobre 1993, son siège a été fixé à Porto Novo.

<sup>62</sup>-Article 19 du traité.

## **1-Les Organes de l'ERSUMA :**

L'ERSUMA dont le statut a été adopté par le Conseil de Ministres réuni à Bamako le 2 et 3 octobre 1995 est rattachée au Secrétariat Permanent ; ce statut détermine, son organisation, son fonctionnement, ses ressources et les prestations qu'elle offre.

Les organes de l'ERSUMA sont : le Conseil des Ministres, le Conseil D'administration, le Conseil d'établissement et la direction. Le Directeur Général est nommé par le Conseil des Ministres sur proposition du Conseil d'administration pour une période renouvelable de trois ans (03), et est responsables du fonctionnement de l'ensemble des services de l'ERSUMA<sup>63</sup>.

## **Chapitre II- Evaluation et perspectives du droit de l'OHADA : Un droit en perpétuelle adaptation :**

Après 20 ans de mise en œuvre du Traité de l'OHADA, une évaluation s'imposait, bien qu'il constitue un modèle en matière d'harmonisation du droit des affaires<sup>64</sup>.

### **A- La Révision Institutionnelle : Des Réformes Attendues :**

Le 17 octobre 2008 un traité portant révision du traité de Port Louis du 17 octobre 1993 a été adopté à Québec, lors d'une réunion des chefs d'Etats et de Gouvernement en marge d'un sommet de la Francophonie<sup>65</sup>.

Cette révision institutionnelle s'imposait pour plusieurs raisons :

-Il a été constaté que le fonctionnement hérité du traité de Port Louis de 1993 est devenu un frein à son évolution.

---

<sup>63</sup>-Joseph Issa- Sayegh, Jacqueline Iohues-Oble, OHADA, harmonisation du droit des affaires, Op.cit., p 161.

<sup>64</sup>-Andre Marie Cartron et Boria Martor, éclairages sur la révision du traité de l'OHADA, Cahiers de droit de l'entreprise, N° 1, Janvier-Février 2010, p 31.

<sup>65</sup>-Ce traité entrera en vigueur 6 mois après la date du dépôt du huitième instrument de ratification.

On pourra citer, parmi ces entraves, la langue de travail de l'OHADA ainsi que les mécanismes de répartition des compétences entre les différentes institutions. La révision a pour but l'achèvement de l'intégration qui est le premier objectif de l'OHADA.

### **1- L'Evolution de la Langue de Travail :**

Selon, l'article 42 du Traité de 1993, « Le Français est la langue de travail de l'OHADA ».

Si cette disposition était compréhensible à cette époque, en raison du nombre important de pays francophones composant l'OHADA, néanmoins, un certain nombre de pays non francophones ont souhaité l'intégration à l'OHADA, dès lors, il était devenu primordial de modifier cette disposition et de prévoir l'utilisation d'autres langues de travail.

Ainsi, le nouvel article 42 est ainsi rédigé « Les langues de travail de l'OHADA sont le français, l'Anglais, l'Espagnol et le Portugais ». Toutefois, le Français restera privilégié en cas de désaccord entre plusieurs versions, le texte français fera foi<sup>66</sup>. Cette modification salubre, certes, risque d'alourdir les charges financières de l'OHADA.

### **2- Une Nouvelle Répartition des Compétences entre les différentes Institutions :**

La répartition des compétences et des sièges entre les Etats membres a été consacrée par les accords appelés « Arrangements de Ndjamena ». Cependant, elle a été contestée en raison de son caractère non-démocratique, puisqu'une grande majorité des Etats membres semblent être écartés des différents postes des Institutions de l'OHADA ; aussi, pour mettre fin à ce schéma, il

---

<sup>66</sup>-Andre Marie Cartron et Boria Martor, Eclairages sur la révision du traité de l'OHADA, Op.cit, p 32.

était devenu impératif, de revoir les arrangements de Ndjamena, ce que fut décidé lors du sommet de Québec.

### **2-1- La création de la Conférence des Chefs d'Etats : Une nécessité ?**

Comme, il a été mentionné précédemment, le Conseil des Ministres était l'Organe Suprême dans le cadre du Traité de Port Louis ; dont l'article 27 révisé, prévoit la création de la Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement, composée des Chefs d'Etats et de Gouvernement des Etats membres, devenant ainsi l'Organe Suprême. Il a pour mission principale de définir les grandes orientations de la politique d'harmonisation initiée par l'OHADA<sup>67</sup>. Ce changement a fait l'objet d'appréhension de la part de certains auteurs, en raison de la transformation de l'OHADA en Organe politique<sup>68</sup>.

### **2-2- La réforme de la CCJA : Pour une Sécurité Judiciaire renforcée**

Les réformes ayant touché la CCJA<sup>69</sup>, particulièrement sa composition, comme, il a été précédemment mentionné, la CCJA est composée de 9 juges, ce nombre était initialement fixé à 7 par le Traité de Port Louis<sup>70</sup>. Le nouvel article 31 du traité révisé prévoit, que le Conseil des Ministres pourra augmenter ce nombre en cas de nécessité de service. La durée a été ramenée à 7 ans non renouvelables.

Des réserves ont été exprimées quant aux conséquences qui seront induites par cette révision, notamment, la crainte de transformer la CCJA, en un organe de représentation des Etats

---

<sup>67</sup>-Andre Marie Cartron et Boria Martor, Eclairages sur la révision du traité de l'OHADA, Op.cit., p 32.

<sup>68</sup>-Ibid. p 33.

<sup>69</sup>-Christophe Nègre, L'insécurité judiciaire : Un obstacle à l'efficacité du droit OHADA, RDA/IBLJ, p 757.

<sup>70</sup>-Cette modification a été formulée par le Cameroun.

membres, l'autre crainte est de voir les juges subir des pressions politiques de la part de leurs Etats. Il n'en demeure pas moins, que seul le critère de détermination du nombre de juges en fonction du volume du contentieux semble le plus approprié.

### **2-3- La mise en place d'un nouveau système de financement :**

Le Traité de Port Louis prévoyait un mécanisme de financement reposant sur les cotisations annuelles, les concours prévus par les Conventions conclus par l'OHADA avec d'autres Etats ou d'autres Organisations Internationales et les dons et legs. Ce système ayant montré ses limites, d'où l'urgence de sa révision ; c'est lors de la réunion du Conseil des Ministres à Libreville en octobre 2003 qu'a été suggéré un nouveau mécanisme, dit d'autofinancement, s'articulant principalement autour d'un prélèvement automatique de 0,05% sur la valeur en Douane des marchandises. Ce nouveau mécanisme a été consacré par la déclaration de Québec sur le « Mécanisme de financement autonome » du 17 octobre 2003.

### **B- La Révision des Actes Uniformes: Vers l'Elargissement du Champ d'Application du Droit de l'OHADA :**

La mise en œuvre effective de la politique d'harmonisation du droit des affaires par l'OHADA dépendait des règles consacrées par les Actes Uniformes. Dès lors, une évaluation des Actes Uniformes et de leur application est devenue une nécessité absolue afin d'améliorer leur efficacité<sup>71</sup>.

Sur le plan pratique , un certain nombre de lacunes et de difficultés ont caractérisé les Actes Uniformes<sup>72</sup>.

---

<sup>71</sup>-Kolaka Boutora-Takpa, Evolution et évaluation du droit OHADA, RDA/IBLJ, N°6 ? 2008, p 735.

<sup>72</sup>-Sébastien Thouvenot, L'importance d'une évaluation de l'OHADA, RDA/IBLJ, N°6, 2008, p 739.

Certaines études ont été entreprises concernant la révision du Traité de l'OHADA, on pourra citer, le projet dit de « Malabo », le projet de l'Organisation Internationale de la Francophonie, la mission d'experts indépendants auprès du Secrétariat Permanent.

En outre, un processus de réflexion a été engagé par le Secrétariat Permanent en coordination avec les Commissions Nationales et certaines Institutions, comme la Banque Mondiale<sup>73</sup> ; ce dernier a proposé une assistance technique en vue de réformer chacun des Actes Uniformes, la Banque Africaine<sup>74</sup> et d'autres Bailleurs de Fonds.

Ainsi, l'OHADA a opté pour une démarche partenariale multilatérale qui a mobilisé des partenaires techniques et financiers, comme le Groupe de la Banque Mondiale, l'Union Européenne.

La première démarche consistait à mettre en place de façon effective les Commissions Nationales OHADA et à les rendre opérationnelles au profit de l'Organisation et en particulier le Secrétariat permanent<sup>75</sup>.

Cette évaluation des Actes Uniformes a pour objet de corriger certaines insuffisances et de proposer des améliorations, l'une des grandes difficultés est liée à la question récurrente de la délimitation du droit des affaires, en l'absence de critères de détermination de ce champ d'application. Les rédacteurs du Traité de Québec n'ont pas jugé utile de revoir le contenu de l'article 2 du Traité de 1998.

---

<sup>73</sup>-Kolaka Boutora-Takpa, Evolution et évaluation du droit OHADA, Op.cit., p736.

<sup>74</sup>-Sur l'appui de la Banque Africaine à l'effort d'harmonisation du droit en Afrique, voir, Adesegun A. Akin-Olugbade L'importance du droit dans le processus de développement économique des pays africains et l'appui du groupe de la Banque Africaine de développement à l'effort d'harmonisation juridique en Afrique., RDA/IBLJ N°6, 2008, p752.

<sup>75</sup>-Kolaka Boutora-Takpa, Evolution et évaluation du droit OHADA, Op.cit., p 736.

Concernant les règles de fond de certains Actes Uniformes, elles ont fait l'objet de critiques, s'agissant par exemple de l'Acte Uniforme sur le Droit Commercial Général, son application soulève de nombreuses difficultés relatives à la mise en place et la tenue du Registre du Commerce et du Crédit Mobilier. Il en est de même pour le Bail Commercial, particulièrement sa définition et sa réglementation<sup>76</sup>.

L'autre difficulté qui mérite d'être citée, concerne la mise en conformité du droit national des Etats membres avec les Actes Uniformes. Il a été constaté également un décalage entre l'OHADA et les Etats membres, en matière de répartition des tâches, tel que mentionné par exemple par l'article 5 alinéa 2 du Traité de l'OHADA, qui prévoit que les Actes Uniformes ne définissent que les infractions pénales laissant aux Etats membres le choix de déterminer les sanctions pénales afin de garantir leur souveraineté.

Cependant, cette répartition rend l'action d'uniformisation de l'OHADA inefficace, et mérite d'être revue, afin de rendre le droit des affaires pénales de l'OHADA plus efficace et par conséquent, le droit de l'OHADA plus effectif.

Il n'en demeure pas moins, que l'OHADA s'est engagée dans un vaste mouvement d'amélioration et d'actualisation, qui a abouti à l'adoption lors de la réunion du Conseil des Ministres à Lomé les 13 et 14 décembre 2010 de son neuvième Acte Uniforme relatif aux Sociétés coopératives et l'amendement des Actes Uniformes sur le Droit Commercial Général et de l'Acte Uniforme portant Organisation des Sûretés.

---

<sup>76</sup>-Andre Marie Cartron et Boria Martor, éclairages sur la révision du traité de l'OHADA, Op.cit., p 35.



Ainsi, l'ensemble de l'Acte Uniforme sur les Sûretés a fait l'objet d'une modification adaptée aux besoins des agents économiques des Etats parties, le nouvel Acte a utilisé une terminologie claire à travers le recours à des concepts modernes. Les nouvelles dispositions ont été introduites pour encourager et faciliter l'utilisation des moyens électroniques, en vue de faire du Registre de Commerce un instrument des intervenants du secteur économique et une vulgarisation de l'information<sup>77</sup>.

La réforme a touché également, le régime du Bail Commercial, en élargissant son champ d'application et en améliorant ses conditions de son renouvellement et de sa réalisation<sup>78</sup>.

Concernant, la vente commerciale, la nouvelle version de l'Acte Uniforme du Droit Commercial Général a permis d'intégrer ou de développer des notions aussi voisines que possibles tirées des textes internationaux, tels que les principes Unidroit relatifs aux contrats de commerce international, 2004, la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale (CNUDCI 1980), la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises modifiée par le protocole modifiant la convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises et les règles uniformes relatives aux clauses contractuelles stipulant qu'une somme convenue est due en cas de défaut d'exécution.

Il s'agit d'affirmer la primauté des principes de bonne foi, de la sécurité juridique, de la prévisibilité, soit en leur donnant,

---

<sup>77</sup>-OHADA, Organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, UNIDA/Ohada ww.com, p 19.

<sup>78</sup>-Abdoullah Cisse, Le nouvel élan du droit de l'OHADA, Droit et Patrimoine, N°201, Mars 2011, p 47.

la valeur de règles d'interprétation, soit en simplifiant les solutions pratiques des litiges susceptibles de naître entre les parties<sup>79</sup>.

Ces amendements renforcent les acquis de l'OHADA, sur le plan substantiel, procédural, institutionnel et formel<sup>80</sup>, ils permettent de disposer de règles plus adaptées à l'environnement juridique et institutionnel des Etats membres.

Ces amendements vont toucher sans aucun doute, les autres Actes Uniformes, comme celui relatif aux Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique et celui relatif à l'Organisation des Procédures Collectives d'Apurement du Passif, ainsi que ceux concernant l'Arbitrage, le Recouvrement des Créances, les Voies d'Exécution<sup>81</sup>.

### **Conclusion :**

L'œuvre de l'OHADA en matière d'unification du droit des affaires est remarquable et sans précédent en Afrique, en raison de l'étendue de son champ d'application. Il s'agit d'une véritable *Lex Mercatoria Africana*. Car, durant une période de quelques années, dix sept pays (17) ont adhéré au Droit des Affaires OHADA qui couvre actuellement une grande partie du continent et une large part du droit des affaires pour créer un espace juridique d'un genre unique source de développement économique.

L'OHADA s'est inscrite dans une démarche d'harmonisation pour faire de son droit, un droit dynamique, évolutif et innovateur, à travers les 9 Actes Uniformes, elle a mis fin à l'insécurité juridique et judiciaire qui a caractérisé les pays membres.

---

<sup>79</sup>-Abdoullah Cisse, Le nouvel élan du droit de l'OHADA, Droit et Patrimoine, N°201, Mars 2011, Op.cit., p 45.

<sup>80</sup>-Ibid.49.

<sup>81</sup>-OHADA, Organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, UNIDA/Ohada.com, p 19.

Dressé un bilan de cette jeune organisation semble inopportun, il n'en demeure pas moins, que force est de constater, que de nombreuses réalisations ont été faites, au niveau de la pratique judiciaire, à cet effet, la mise en œuvre du Droit de l'OHADA est à l'origine d'une abondante jurisprudence.

Cependant, la jeunesse de cette organisation n'était pas sans conséquence sur l'existence d'un certain nombre de manquements et d'insuffisances. En outre, la mise en œuvre du droit l'OHADA a été l'objet de beaucoup de résistance de la part des ordres juridiques nationaux.

En s'inscrivant dans une dynamique de réformes et de revitalisation de son droit, l'OHADA œuvre pour l'édification d'un Droit des Affaires harmonisé pour l'Afrique.

L'expérience des autres Institutions Régionales a permis de mieux maîtriser l'apport fondamental des réformes juridiques et judiciaires, dans le cadre de la mise en place d'un environnement favorable au développement économique et social des pays Africains.

Cette démarche de modernisation du Droit des Affaires Africain, ne peut être que bénéfique pour les Pays Arabes et Maghrébins en général et pour l'Algérie en particulier, à notre avis, deux hypothèses peuvent être envisagées, la première consiste, pour les pays Arabes dans le cadre des efforts d'uniformisation d'un certain nombre de domaines de droit menés par la Ligue Arabe et pour les pays Maghrébins, dans le cadre de l'Union du Maghreb Arabe, de s'inspirer de l'expérience OHADA, pour construire un véritable Droit des Affaires Arabe ou Maghrébin. L'autre hypothèse, consisterait pour l'Algérie, d'adhérer à l'OHADA, conformément à l'article 53 du traité, cette perspective constituera sans aucun doute, une opportunité pour l'Algérie de se repositionner au niveau du Commerce Africain des affaires.

## **Bibliographie :**

- 1-Abdoullah CISSE "Le nouvel élan de l'OHADA" Droit et Patrimoine n° 201 - mars 2001 pp. 47/50
- 2-Abdoullah CISSE « L'harmonisation du droit des affaires en Afrique : L'expérience de l'OHADA à l'épreuve de sa première décennie, *Revue Internationale de droit économique*, 2004/2 (t XVIII, 2) pp.197-225.
- 3- Adesegun A. AKIN-OLUGBADE "L'importance du droit dans le processus de développement économique des pays africains et l'appui du groupe de la Banque Africaine de Développement à l'effort d'harmonisation juridique en Afrique" *Revue de Droit des Affaires Internationales* 2008 pp. 751/7756.
- 4-Aude-Marie CARTON et Boris MARTOR "Eclairages sur la révision du traité de l'OHADA" *Cahiers de Droit de l'Entreprise* janvier/février 2010 pp. 31/36
- 5- Boris MARTOR "L'harmonisation du droit en Afrique : une expérience unique, une consécration pour l'OHADA et les autres organisations régionales" *Cahiers de Droit de l'Entreprise* janvier/février 2010 pp. 19/20
- 6- Christophe NEGRE "L'insécurité judiciaire : un obstacle à l'efficacité du droit OHADA" *Revue de Droit des Affaires Internationales* 2008 pp. 757/759
- 7- François A noukaha, Abdoullah Cisse, Ndiaw Diouf, Josette Nguebou Toukam, Paul –Gérard Pougoué et Moussa Samb, *Ohada, sociétés commerciales et GIE*, Bruylant, Bruxelles, 2002.
- 8- Koleka BOUTORA-TAKPA "Evolution et évaluation du droit OHADA" *Revue de Droit des Affaires Internationales* 2008 pp. 735/737
- 9-OHADA, Organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, UNIDA/ohada.com.
- 10- Rémy CABRILLAC, l'OHADA: Présentation générale, RJOI, année 2010, N°11.
- 11- Sébastien THOUVENOT "L'importance d'une évaluation de l'OHADA" *Revue de Droit des Affaires Internationales* 2008 pp. 739/742.

# **LE DROIT EUROPEEN DES INVESTISSEMENTS ET LE DEVENIR DU TRAITEMENT JUSTE ET EQUITABLE**

**Ali BENCHENEB**

**Professeur émérite, Université de Bourgogne  
Ancien Recteur d'académie**

---

1. La construction de l'Europe repose sur une caractéristique fondamentale : la création d'un ordre juridique européen<sup>1</sup>, c'est-à-dire d'un ensemble de règles dont l'application est placée sous le contrôle du juge, qu'il s'agisse de juridictions spécifiquement européennes comme le sont le tribunal de l'Union européenne, la Cour de justice ou les juridictions des différents Etats membres.

Encore faut-il rappeler que la singularité de cet ordre juridique se déduit de deux principes : d'une part, celui de la primauté du droit européen sur le droit de chacun des Etats membres<sup>2</sup> ; d'autre part, celui de l'effet direct des normes de droit européen qui permet à un justiciable d'invoquer l'ensemble des droits et obligations devant toutes les juridictions des différents Etats membres<sup>3</sup>.

2. Commencée en 1957 à la faveur de l'un des traités de Rome<sup>4</sup>, la construction s'est poursuivie et donc approfondie avec la mise au point de nombreux traités, en dernière date avec la

---

<sup>1</sup>-Ce qui peut constituer une différence essentielle avec d'autres entités régionales, comme par exemple, l'Union pour le Maghreb arabe.

<sup>2</sup>-Ce principe a été mis en avant très tôt par la CJCE dans un arrêt fondateur du 15/07/1964 (Affaire Costa c/Enel), Rec. CJCE, p.1141. Mais il laisse intacte la question de savoir quelle est la place de ce droit régional par rapport au droit international.

<sup>3</sup>-Ce principe a été posé par un arrêt de la CJCE du 5/02/1963 (Affaire Van Gend en Loos), Rec. CJCE, p.1.

<sup>4</sup>-A côté du traité portant constitution de la Communauté économique européenne (CEE) avait en effet été signé le Traité de la Communauté européenne de l'énergie atomique (CEEA).

traité de Lisbonne<sup>5</sup>. Elle a également été accompagnée d'un processus d'élargissement conduisant désormais à l'implication de vingt-huit pays au lieu des six pays fondateurs de ce qui au départ se présentait seulement comme une « communauté économique européenne ». Et bien entendu la déclinaison des normes inscrites dans les Traités a donné lieu, pour faire simple, à d'innombrables règlements, directives mais aussi des décisions.

3. Cette construction s'est faite et elle continue à se faire non seulement autour de l'idée qu'elle constituait pour les intéressés un facteur de paix mais aussi de celle selon laquelle l'entité européenne - qui se superpose aux différents Etats membres - se singularise par un ensemble de libertés fondamentales en son sein : libertés de circulation des personnes, des marchandises, des services et des capitaux ainsi que libre établissement, l'ensemble permettant de donner sens au concept de marché intérieur européen.

Au demeurant, le principe du libre établissement (Article 49 TFUE) et celui de la libre circulation des capitaux (article 63 TFUE) ne sont pas pour rien dans le traitement des investissements à l'intérieur de l'espace européen, qu'il s'agisse de l'admission d'un investissement d'un ressortissant de l'Union européenne<sup>6</sup> sur le territoire d'un Etat membre ou des conditions d'exploitation de l'investissement.

---

<sup>5</sup>-D'un point de vue conventionnel, les grandes étapes de cette construction évolutive sont à situer, à la suite du Traité de Rome du 25 mars 1957, dans le Traité de Maastricht du 7 février 1992 créant une Communauté européenne (CE), le Traité d'Amsterdam entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 1999 puis le Traité de Lisbonne du 13 décembre 2007 qui n'est entré en vigueur que le 1<sup>er</sup> décembre 2009 après bien des difficultés d'approbation.

Dans la suite de cet écrit, il ne sera fait référence qu'au texte issu de ce dernier traité : le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

<sup>6</sup>-Au sein de l'Union européenne, le principe est donc bien celui de la simple déclaration de l'investissement pour ne pas constituer une entrave à la libre circulation des capitaux. En ce sens, CJUE 4/06/2002, Com. C/ Portugal (affaire C-367/98). Et pour plus de détails sur ce point, notamment, C. NOURISSAT et B. de CLAVIERE-BONNAMOUR, Droit de la concurrence, Libertés de circulation : Droit de l'Union-Droit interne, Dalloz, 2013, (4eme édition), n°193 et suivants.

Le principe du libre établissement donne à lui seul à tout ressortissant de l'Union européenne le droit de s'établir sur le territoire de tout Etat membre, autrement dit d'y installer son entreprise et par conséquent de l'exploiter, sans entraves, à peine de manquement de l'Etat membre d'accueil à ses obligations<sup>7</sup>. Il s'agit d'un droit d'autant plus conséquent qu'il est relayé par la libre circulation des capitaux au sein de l'espace européen. Mais il ne concerne que les relations économiques entre opérateurs au sein de cet espace.

4. Bien que l'édification européenne n'ait pas ignoré le domaine des relations extérieures, notamment en matière commerciale pour protéger son marché intérieur mais aussi pour favoriser les exportations des produits agricoles et industriels, elle n'a pas eu pour préoccupation première le terrain des investissements à destination des pays tiers et de ceux émanant de ces mêmes Etats dans son espace.

Longtemps, cette question est restée un sujet relevant de la compétence exclusive des Etats membres de l'Union européenne, à telle enseigne que cette situation a favorisé la conclusion de traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements. C'est ainsi que l'Algérie a eu à conclure des traités notamment avec l'Union belgo luxembourgeoise<sup>8</sup>, avec l'Italie<sup>9</sup>, avec l'Espagne<sup>10</sup> et avec la France<sup>11</sup>.

5. Mais la construction européenne est aussi une suite caractérisée par un élargissement des compétences de l'Union ou, si l'on

---

<sup>7</sup>-L'article 49 qui prévoit, sauf exceptions tirées de l'intérêt général, le libre établissement a été reconnu dès 1974 par la Cour de justice des communautés européennes comme étant une disposition d'effet direct, malgré à cette époque l'absence de directives (arrêt Reyners du 21 juin 1974, Rec., p.631).

<sup>8</sup>-DP 91-345 du 9/10/1991, JORA n°46.

<sup>9</sup>-DP 91-346 du 9/10/1991, JORA n°46.

<sup>10</sup>-DP 95-88 du 25/03/1995, JORA n°23

<sup>11</sup>-DP 94-01 du 1<sup>er</sup>/01/19994, JORA n°1.

préfère, une « européenisation des compétences étatiques »<sup>12</sup>. Par exemple, le Traité de Maastricht a donné à l'Union de nouvelles compétences en matière de santé et de protection des consommateurs en même temps qu'il a stimulé la création d'une union monétaire.

Autre exemple, le Traité d'Amsterdam a consacré de nouvelles compétences en faveur de l'Union européenne en matière de libertés, de sécurité et de justice.

Le Traité de Lisbonne n'a pas été en reste. Il a, lui aussi, donné de nouvelles compétences à l'Union, singulièrement en matière d'investissements internationaux. En effet, les investissements directs étrangers envisagés sous l'angle, non pas des relations intérieures au sein de l'Union mais des relations Union européenne/Etats tiers sont intégrés, comme dans le droit de l'OMC et dans nombre d'édifices régionaux, par l'article 207 du TFUE dans le domaine relevant de la politique commerciale commune de l'Union, politique qui est un domaine de compétence exclusive de l'Union.

6. Or ce dessaisissement des Etats membres en matière d'investissements directs étrangers au profit de l'Union européenne résultant de l'accord de Lisbonne n'est pas sans conséquences.

D'une part en effet, cette nouvelle compétence peut produire à terme des effets sur les accords bilatéraux conclus par les Etats membres avec les Etats tiers comme l'Algérie dans la mesure où les futurs traités devraient être conclus non pas par les Etats membres mais par l'Union en tant que telle<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup>-Selon l'expression d'A. LEVADE, La construction européenne et son incidence sur les compétences étatiques et la hiérarchie des normes, Revue française Droit constitutionnel, 2015, n°102, p.293.

<sup>13</sup>-Cf. s/d C. KESSEDJIAN et Ch. LEBEN, Le droit européen et l'investissement, Panthéon-Assas, 2009, spécialement : J. DUTHEIL de la ROCHERE, Le pouvoir des Etats membres de l'Union



D'autre part, ce transfert de compétence intervient à un moment où le droit international des investissements fait l'objet de réajustements significatifs d'une crise de maturité de cette partie du droit international<sup>14</sup> au point qu'une organisation comme la CNUCED n'hésite pas à réunir des experts en vue de la transformation du régime des accords internationaux d'investissement<sup>15</sup>.

Cette situation rend donc pertinente une attention à cet aspect d'un droit en devenir, d'autant qu'en matière d'investissements, l'heure ne semble plus être à celui des cloisonnements entre droit international et droits internes.

7. Avec les risques propres à toute étude à caractère exploratoire, on se propose, dans les développements qui suivent, d'envisager l'élaboration de ce droit européen de l'investissement en mettant en évidence deux caractéristiques : l'acquisition de la compétence européenne en matière d'investissement et sa contribution à l'élaboration d'un nouveau droit de l'investissement, du moins dans l'un de ses aspects fondamentaux.

## **I. La compétence européenne en matière d'investissements**

8. Chacun sait que l'admission d'un investissement international et sa réalisation ne sont pas régies exclusivement par des normes de droit interne, même si l'on est toujours en présence d'une opération impliquant qu'un investisseur intervienne dans un Etat dont il n'est pas le ressortissant.

---

européenne de conclure des traités bilatéraux relatifs aux investissements, cet auteur préconisant la solution d'accords mixtes, c'est-à-dire conclus à la fois par les Etats membres et l'Union européenne pour « aborder dans un instrument unique les aspects divers de la protection et de la promotion de l'investissement » (p.33).

<sup>14</sup>-Ce qui fait dire à un auteur qu'il est nécessaire de « ramener le pendule vers le centre ». Cf. J.E. VINUALES, « L'Etat face à la protection internationale de l'entreprise », in (s/d A. SUPIOT), *L'entreprise dans un monde sans frontières : perspectives économiques et juridiques*, Dalloz, 2015, p.112.

<sup>15</sup> -En dernière date, à Genève du 25 au 27 février 2015.

Le droit international a en effet pris une place de plus en plus importante, singulièrement à compter de la seconde moitié du vingtième siècle, grâce, le plus souvent, à la multiplication d'accords bilatéraux conclus par des Etats pour assurer la protection des investissements.

La prolifération de ce type d'accords est intervenue dans un contexte de compétition si ce n'est de concurrence entre Etats<sup>16</sup>, nombre d'entre eux étant purement et simplement conclus sur la base de modèles de traités, le cas échéant actualisés de temps à autre. C'est ainsi que la CNUCED a dénombré pas moins de 3240 accords existant fin 2013<sup>17</sup> et qu'elle édite les différents modèles de traités dans un « Compendium ».

9. En réalité, ce phénomène n'est pas le seul qui soit observable dans le paysage contemporain du droit de l'investissement international.

En effet, et abstraction faite d'un accord portant sur la protection des investissements<sup>18</sup> qui concerne le seul secteur de l'énergie, le Traité sur la Charte de l'Energie, des dispositions spécifiques relatives à la protection des investissements sont adoptés dans le cadre d'accords de libre-échange conclus à un niveau régional, ce qui met en évidence le lien étroit existant entre commerce et investissement et suggère également que la libéralisation des échanges va de pair avec la promotion des investissements.

---

<sup>16</sup>-Pour une démonstration du fondement néo libéral de ces accords (mais aussi sur les changements en cours), cf. M. SORNARAJAH, « Resistance and change in the international law of investment, Cambridge University Presse, 2015.

<sup>17</sup>-Cf. Rapport sur l'investissement dans le monde de la CNUCED de 2014 (Vue d'ensemble), p.22.

<sup>18</sup>-Ce traité sur la charte de l'énergie, signé en décembre 1994, est entré en vigueur en avril 1998, ne concerne pas seulement, dans le domaine du pétrole et du gaz, les pays européens et ceux issus de l'ancien bloc soviétique, le Japon et l'Australie y ayant adhéré.

Il en a été ainsi et en premier lieu de l'accord de libre-échange nord-américain (ALENA) conclu entre le Canada, le Mexique et les USA, entré en vigueur en janvier 1994, dont tout un chapitre (XI) est entièrement dédié à l'investissement entre ces pays, ce type d'accords en ayant inspiré d'autres en Amérique mais aussi en Asie<sup>19</sup>.

Cette régionalisation du droit de l'investissement produit cependant un effet à l'intérieur du seul espace régional considéré, comme cela aurait pu être le cas au sein de l'Union pour le Maghreb Arabe (UMA) si les suites pertinentes avaient été données à la convention conclue en son sein<sup>20</sup>.

Les normes ainsi élaborées ne concernent pas les investisseurs des pays tiers non plus que les investissements réalisés par des ressortissants européens dans les pays tiers, les cas échéant protégés par des accords bilatéraux. Chaque Etat impliqué dans l'espace régional reste en effet compétent pour négocier et conclure des accords avec des Etats tiers.

**10.** Or à la suite de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne de 2007, on se trouve en présence d'un nouveau schéma.

Dès lors en effet que les investissements directs étrangers<sup>21</sup> ont été intégrés à la politique commerciale commune qui a pour

---

<sup>19</sup>-C'est le cas de l'ASEAN qui concerne six pays asiatiques et dont l'accord de libre-échange comporte depuis 1996 un protocole sur la protection des investissements reproduit dans le Compendium de la CNUCED, volume IV, p. 61 mais aussi du MERCOSUR, à l'origine un accord de marché commun entre pays de l'Amérique du Sud, désormais complété d'un protocole de protection des investissements étrangers du 19 janvier 1994 (Compendium, volume II, p.515). En revanche, la convention de facilitation et de développement des échanges commerciaux entre Etats arabes ratifiée par 19 des Etats arabes dont l'Algérie (cf. DP 04-223 du 3 aout 2004, jora n° 49) s'abstient de toute indication sur les investissements, ce qui dans l'esprit de ses promoteurs revient à continuer à dissocier commerce et investissement.

<sup>20</sup>-Il s'agit de la convention du 23 juillet 1990 relative à la promotion et à la garantie des investissements au sein de l'UMA dont le texte peut être consulté au JORADP de 1991, n°6.

<sup>21</sup>-La compétence exclusive ne porte donc pas sur les investissements de portefeuille, en d'autres termes sur l'acquisition de titres sur les marchés de capitaux et constitutive

objet avant toutes choses la suppression progressive des restrictions aux échanges internationaux (articles 206 et 207-1 TFUE), l'Union européenne dispose en la matière d'une compétence exclusive pour conclure des accords de protection des investissements avec les Etats tiers<sup>22</sup>. Or cette compétence est de nature à conduire à trois conséquences.

**11.** Elle signifie en premier lieu que les Etats membres de l'Union européenne ne sont plus en principe habilités à conclure ou à modifier des accords bilatéraux de protection des investissements directs avec des Etats tiers.

Mais des dispositions transitoires – pourtant non prévues par le Traité de Lisbonne - ont été adoptées qui permettent à la Commission d'autoriser un Etat membre à modifier ou à conclure un tel traité<sup>23</sup>. Encore faut-il noter que lorsqu'un Etat bénéficie d'une telle autorisation, il ne peut signer un tel accord et par la suite le conclure qu'après autorisation expresse de la Commission<sup>24</sup>.

**12.** En second lieu, cette compétence exclusive ne produit pas d'effets juridiques sur les accords signés par les Etats membres avant le 1<sup>er</sup> décembre 2009. Même si le Traité sur le fonctionnement

---

seulement d'un placement financier mais qui sont assez souvent protégés par les accords bilatéraux. Ceci ne devrait pas être sans conséquences sur les futurs accords car si l'investissement de portefeuille devrait faire l'objet de protection, les Etats membres devraient alors être parties contractantes aux côtés de l'Union européenne.

<sup>22</sup>-s/d Ch. LEBEN et C. KESSEDJIAN, « Le droit européen et l'investissement », éditions Panthéon-Assas, 2009.

<sup>23</sup>-En ce sens articles 7 et suivants du Règlement n°1219/2012 du 12 décembre 2012 établissant des dispositions transitoires pour les accords bilatéraux d'investissement conclus entre des Etats membres et des Etats tiers, JOUE L.351 du 20 décembre 2012. L'autorisation n'est accordée que dans la mesure où une négociation parallèle n'est pas menée par l'Union européenne et où le traité à conclure est compatible avec le droit de l'Union européenne, spécialement en matière de libre circulation des capitaux pour ne pas remettre en cause le droit des institutions européennes de suspendre les mouvements de capitaux.

<sup>24</sup>-Règlement précité, article 11 §.4.

de l'Union européenne n'a prévu aucune disposition transitoire, il est évident que l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne ne pouvait produire les effets d'une dénonciation, à fortiori d'une dénonciation globale de l'ensemble des Traités jusque-là conclus avec des Etats tiers par les différents Etats membres.

**13.** Enfin, cette compétence exclusive devrait permettre à long terme une certaine unification du droit de l'investissement pour les Etats membres et leurs investisseurs dans leurs relations avec les Etats tiers et réciproquement.

**14.** Ces constats suggèrent cependant que la compétence exclusive de l'Union européenne ne peut s'exercer de manière linéaire.

Si par le biais de la Commission<sup>25</sup> l'Union européenne a, pour l'heure, mené de négociations avec le Canada et Singapour puis en a initié avec les USA, sa doctrine en la matière semble s'élaborer progressivement, voire procéder par tâtonnements en matière de règlement des litiges entre investisseurs et Etats<sup>26</sup>, du fait des multiples jeux de pouvoirs qui existent en son sein.

A cet égard, il est possible de faire état de deux moments dans l'élaboration de cette doctrine présentée ici comme européenne mais qui, selon toute vraisemblance, ne lui est pas spécifique.

**15.** Dans un premier temps, en 2010, la Commission de Bruxelles a émis une Communication intitulée « Vers une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux »<sup>27</sup>. Ce document confirme mais « à long terme » le remplacement des

---

<sup>25</sup>-Plus précisément, la Direction générale pour le commerce.

<sup>26</sup>-Sur ce point et notamment sur les questions de transparence et de cohérence des solutions arbitrales, cf. E. LOQUIN et S. MANCIAUX, Les propositions de l'Union européenne en matière d'arbitrage d'investissement, in Arbitrage et droit de l'Union européenne, Lexis Nexis, 2012, p.153 et s.

<sup>27</sup>-Communication de la commission du 7 juillet 2010, Com (2010) 343final.

TBI par les accords conclus par l'Union européenne et il se limite aux aspects de protection, la politique de promotion de l'investissement semblant devoir rester à la charge des Etats membres.

Dans cette Communication, la Commission opte clairement pour une démarche en deux étapes : la première a pour objet, dans le cadre de négociations commerciales visant à établir le libre-échange, d'envisager l'élargissement de la négociation à la protection des investissements, le texte citant expressément le Canada, l'Inde, Singapour et le MERCOSUR ; la seconde, qui en fait traduit une absence de priorité sans doute fondée sur une analyse des flux d'investissement existants, concernerait des accords de protection pure et simple des investissements à négocier avec des Etats tiers, en quelque sorte des Etats marginaux dans l'ordre des préoccupations européennes.

**16.** Quel que soit le cas de figure, le contenu des accords ne semble pas remis en cause. Les aspects fondamentaux de la protection des investissements que l'on trouve classiquement dans les accords bilatéraux se retrouvent, comme par exemple ceux relatifs au traitement national, au traitement juste et équitable et à l'expropriation.

Pour autant, la communication évoque surtout, dans le cadre de la politique européenne, un objectif général de clarification de « l'équilibre entre les différents intérêts en jeu, tels que la protection des investisseurs contre l'expropriation illégale ou le droit de chaque partie de réglementer dans l'intérêt général »<sup>28</sup>. Elle se distingue par une appréciation plutôt critique du système arbitral existant en matière de litiges entre investisseurs et Etat, en particulier s'agissant de la « fragmentation des différends et des

---

<sup>28</sup>-Communication précitée, §.3 c).

interprétations », le tout étant considéré comme attentatoire à la « cohérence et à la prévisibilité »<sup>29</sup>.

17. Dans un second temps, en novembre 2013, c'est-à-dire à une date où la Commission a entrepris les premières négociations résultant de sa compétence exclusive, elle a publié un document de synthèse sur la « protection des investissements et (le) règlement des différends entre investisseurs et Etats dans les accords de l'UE »<sup>30</sup>.

Ce document confirme en creux la critique du droit actuel des investissements puisque, sans hésitation aucune, il y est écrit que « le système a besoin d'améliorations », compte tenu des « imperfections du système actuel », ce qui doit conduire à « rééquilibrer le système ».

C'est pourquoi le document s'engage dans des propositions plus concrètes visant d'abord à envisager de clarifier les notions d'expropriation indirecte et de traitement juste et équitable ainsi que le droit de régler des parties, c'est-à-dire des Etats ou de l'Union européenne. De même, il préconise pour les litiges pouvant survenir entre investisseurs et Etats, de trouver une solution pour éviter les recours dilatoires mais aussi un code de conduite pour les arbitres de façon à tenir compte des conflits d'intérêt et, vraisemblablement sous l'influence des travaux de la CNUDCI, une plus grande transparence dans le procès arbitral.

---

<sup>29</sup>-Communication précitée, §.3 d). Pour cette raison, la Commission préconise le recours à des listes d'arbitres ou à des mécanismes d'appel.

<sup>30</sup>-Ce texte n'émane pas de la Commission en tant que telle mais de la direction générale du commerce qui lui est rattachée. Sur ce texte les remarques de C. NOURISSAT, Le remplacement des traités bilatéraux relatifs aux investissements conclus par les Etats membres et les pays tiers par des accords européens ; un facteur de « méditerranisation » du droit des investissements in s/d F. OSMAN « Vers une lex mediterranea des investissements », Bruylant, 2016 (à paraître), p.177 et s.

18. Il se confirme ainsi que l'acquisition par l'Union européenne d'une compétence exclusive en matière d'investissements directs étrangers coïncide avec une crise de croissance du droit de l'investissement international, caractérisée par une critique devenue plutôt systématique de ce droit et non plus seulement limitée à quelques appréciations doctrinales plus ou moins prudentes.

Or dans la mesure où cette crise doit être surmontée, il peut paraître opportun d'examiner la contribution concrète de l'Union européenne au nouveau droit de l'investissement, du moins sur l'un de ses aspects essentiels, celui du traitement « juste et équitable ».

## **II. La position européenne sur l'élaboration d'un nouveau droit de l'investissement en matière de traitement juste et équitable.**

19. Les développements qui suivent ont plutôt un caractère prospectif à la date où ils interviennent puisque les documents qui leur servent de base ne sont pas encore de droit positif.

Ils reposent pour l'essentiel sur un accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada et l'Union européenne dont la négociation s'est achevée en septembre 2014 mais qui n'est pas encore ratifié<sup>31</sup>. Ce texte est un accord de libre échange qui comporte un chapitre 10 entièrement dédié aux investissements.

---

<sup>31</sup>-Le texte est consultable sur le site du gouvernement canadien :

[www.international.gc.ca/trade-ageements-accords\\_commerciaux/ agr- acc/](http://www.international.gc.ca/trade-ageements-accords_commerciaux/ agr- acc/)

On tiendra compte également de la proposition sur la protection des investissements, le règlement des différends en matière d'investissement et le système juridictionnel des investissements dans le cadre du TTIP rendu public par la Commission le 16 septembre 2015 ainsi que du « draft » de la Commission mis en ligne le 12 novembre 2015(tradoc\_153807.pdf).



**20.** Ajoutons que ce que l'on présente dans ces développements comme étant la position européenne ne lui est pas spécifique.

Il y a bien en effet désormais émergence d'un consensus au sein d'un certain nombre d'Etats, pas seulement de l'espace européen, sur la nécessité de faire évoluer le droit international de l'investissement.

Ce consensus prend forme essentiellement à travers un certain nombre de critiques émises à l'encontre de sentences arbitrales rendues sous les auspices du CIRDI alors qu'en vérité il devrait s'agir de critiques sur le caractère flou ou approximatif du droit sur la base duquel les sentences ont été rendues, autrement dit de critiques à l'endroit des Etats eux mêmes qui par voie de traités ont pu prendre des engagements, souvent au demeurant par pur mimétisme, sans leur donner un contenu précis.

**21.** Autre remarque, si l'on se préoccupe ici du seul traitement juste et équitable<sup>32</sup>, il ne faut certainement pas en déduire que le droit de l'investissement en devenir ne concerne que cet élément de cette matière. Simplement, la notion de traitement juste et équitable y occupe une place centrale dans le droit conventionnel de l'investissement, comme on peut le constater en consultant par exemple quelques accords bilatéraux conclus par l'Algérie avec des Etats européens<sup>33</sup>. De surcroit, il vaut de

---

<sup>32</sup>-Sur le traitement juste et équitable, l'OCDE avait déjà commis une étude exhaustive il a plus de dix ans : cf. La norme de traitement juste et équitable dans le droit international des investissements, Doc 2004/3 de la direction financière. Pour une récente étude d'ensemble, cf. C. SANTULLI, Le traitement juste et équitable : stipulation particulière ou principe général de bonne conduite ? RGDIP 2015, p.69 et s.

<sup>33</sup>-Pour s'en tenir aux accords cités aux notes 8 à 11 ci-dessus, l'obligation pour l'Etat de consentir un traitement juste et équitable se retrouve dans l'accord conclu avec l'Union belgo-luxembourgeoise (article 3.1), l'accord conclu avec la France (article 3) et l'accord conclu avec l'Italie (article 4), ceci sans préjudice de la possibilité pour des investisseurs non ressortissants de ces Etats de se prévaloir de la clause de la nation la plus favorisée.

signaler que la notion fait une entrée remarquable dans le projet de loi relatif à la promotion des investissements adopté en conseil des ministres le 7 octobre 2015, si l'on veut bien être attentif à l'article 20 de ce projet.

22. Cela dit, si la compréhension du standard du traitement juste et équitable est appelée à évoluer, il faut, avant de prendre la mesure de cette évolution, s'expliquer sur ses raisons.

### **= les raisons d'une évolution**

23. Le standard du traitement juste et équitable est ancien<sup>34</sup>. Mais, en première approximation, il faut bien constater qu'il n'a pas grande signification, si ce n'est celle d'alerter les mauvais esprits sur le fait que tout Etat peut avoir des comportements injustes et inéquitables, ce qui atteste à tout le moins des limites des règles juridiques de droit interne qui encadrent l'activité des Etats.

Le constat de ces limites a conduit à une tentative de dépassement des différents droits internes par le droit international, en particulier par celui applicable aux investissements, ceci pour pouvoir tirer les conséquences des comportements étatiques en termes de responsabilité, que ces comportements soient le résultat de faits ou d'actes juridiques, spécialement des lois ou des règlements.

24. Pour généreuse qu'elle soit, cette ambition du droit international renferme elle-même les limites de l'intention, dès lors que l'on constate que le juste résulte de l'application du droit et que l'équitable renvoie à un comportement conforme à l'équité, concept, on ne peut plus, insaisissable<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup>-On en trouve trace en effet dans les vieux accords de commerce et d'amitié.

<sup>35</sup>-Dans le même sens pour le droit international : D. CARREAU et P. JUILLARD, *Droit international économique*, LGDJ (3eme édition), p.446. Il y a donc une différence importante

Autant dire que l'obligation pour un Etat de traiter justement et équitablement un investisseur est un sujet de controverses entre l'Etat et l'investisseur et qu'elle conduit à interprétation par les arbitres saisis d'un litige.

25. Dès lors, il devient évident que la perception de ce standard est susceptible de variations selon la propre culture des arbitres pour ne rien dire de leurs présupposés idéologiques. Ces variations forcément subjectives posent problème en termes de lisibilité du droit issu de la « jurisprudence » autant pour les investisseurs que pour les Etats en sorte qu'elles contrarient l'idée même de sécurité juridique.

Concrètement, en présence d'un comportement, il est plus que délicat pour un investisseur de savoir si le standard du traitement juste et équitable est ou n'est pas respecté et, pour ses conseils, l'analyse ne peut qu'aboutir à un résultat aléatoire.

Quant aux Etats, le traitement juste et équitable devient un élément perturbateur de leur pouvoir de réglementer voire du pouvoir de prendre des mesures incitatives puis de les modifier ou de les supprimer, par suite d'un retournement de conjonctures comme cela peut advenir d'une aide d'état ou d'un dispositif fiscal et, plus généralement, de subventions.

On peut aller plus loin et se demander si l'Etat devient essentiellement un protecteur de la sécurité et de la propriété ou s'il est plutôt le garant de l'intérêt général, la réponse à cette question pouvant être de nature à limiter sa souveraineté et par

---

entre le traitement national et le traitement juste et équitable : le premier invite à observer le système juridique de l'Etat considéré alors que le second conduit à prendre en considération le droit international. Mais la remarque ne vaut pas seulement pour le droit international : cf. de moi-même, Introduction générale à la règle de droit en Algérie, EUD et Ajed éditions, 2012, n°75-76.

conséquent à paralyser son pouvoir d'administrer une crise majeure<sup>36</sup>.

26. On est en effet convaincu du désordre créé par la notion de traitement juste et équitable au constat que l'interprétation du standard a été conduite dans certaines sentences par référence au droit international coutumier pour aboutir à la reconnaissance d'un « traitement minimum » à reconnaître en faveur des investisseurs<sup>37</sup>, le traitement minimum donnant lieu lui-même à une interprétation et donc générant des incertitudes, en d'autres termes une insécurité juridique.

En revanche, dans d'autres sentences, l'approche du standard du traitement « juste et équitable » s'est éloignée de la référence au droit coutumier pour lui donner une consistance autonome susceptible de dépasser le traitement arbitraire ou abusif<sup>38</sup>.

Cette approche adonné plus de latitude aux arbitres tant il est vrai que l'autonomie d'un concept favorise leur liberté en matière d'appréciation et donc de jugement. Elle a eu pour conséquence d'augmenter les obligations des Etats d'accueil, en clair de limiter leurs marges de manœuvre. Ce faisant, elle a

---

<sup>36</sup>-Comparer, à la suite de la crise financière argentine, R. BACHAND, « Préconceptions de la souveraineté de l'Etat chez les internationalistes : l'exemple des affaires argentines », in SFDI, *l'Etat dans la mondialisation*, Pédone, 2013, p.245.

<sup>37</sup>-En ce sens CIRDI 21/02/1997, *AMT c/ RD Congo*, §.6.06. Comme le suggère A. de NANTEUIL, in *Droit international de l'investissement*, Pédone, 2014 ; §.674 et suivants, il existe une relation entre la protection des étrangers et celle des investisseurs, qui explique la sollicitation du droit international coutumier.

<sup>38</sup>-Ce mouvement semble amorcé dans une sentence CIRDI du 29/05/2003, *Tecmed c/ Mexique*, §.155 dans laquelle le tribunal arbitral indique que l'approche autonome du traitement juste et équitable doit prendre en considération le texte du traité, dans le respect de la convention de Vienne sur le droit des traités. Il est vrai qu'on en trouve trace dans une sentence CNUDCI du 10/04/2001 rendue dans l'affaire *Pope Talbot c/ CANADA* par application du traité ALENA (§.110). Adde, CIRDI, sentence du 14/01/2010, *Lemire c/UKRAINE*, §.284.

augmenté considérablement le nombre de contestations<sup>39</sup>, pour ne rien dire de la sphère de l'imprévisibilité en partant du postulat que le seul objet du droit de l'investissement était la protection des investisseurs<sup>40</sup>.

27. A la vérité, cette interprétation autonomiste du traitement juste et équitable n'a pas concerné et ne concerne pas que les Etats membres de l'ALENA.

Ainsi des Etats européens se sont vus reprocher une violation de l'obligation de réserver aux investisseurs un traitement juste et équitable<sup>41</sup> et des initiatives contentieuses ont été prises contre l'Allemagne à la suite de sa décision d'arrêter la mise en œuvre de son programme nucléaire<sup>42</sup>, contre la France<sup>43</sup> par un designer de coques de bateaux et, plus récemment, contre l'Espagne<sup>44</sup>, pour s'en tenir à ces exemples.

Cette multiplication des contentieux fait craindre que le pouvoir de réglementation des Etats<sup>45</sup>, si ce n'est leur souveraineté exprimé dans le discours législatif ou les compétences en tant que telles de l'Union européenne ne soit contrarié voire purement et simplement menacé. Elle génère un

---

<sup>39</sup>-Cette approche autonomiste a favorisé également la mise au point de nouveaux modèles d'accords bilatéraux en 2004, notamment de la part du Canada (article 5) et des USA. Ces modèles invitent à une lecture du traitement juste et équitable par référence au droit coutumier. Le modèle américain est plus explicite quant à la réduction du pouvoir des arbitres dès lors qu'il prévoit explicitement que le TJE ne peut créer des droits substantiels nouveaux (« ...do not create additional substantive rights »).

<sup>40</sup>- Ce que C. SANTULLI nomme « la logique générale de protection des investissements », op.cit. p.75.

<sup>41</sup>-Ainsi la République tchèque, si l'on se réfère à la sentence CIRDI du 18 avril 2008, Phoenix c/REPUBLIQUE TCHEQUE.

<sup>42</sup>-Voir CIRDI, ARB 12/12 Vattenfal AB et autres c/Allemagne.

<sup>43</sup>-Voir CIRDI, ARB 13/22 Erbil Serter c/ France.

<sup>44</sup> -Voir CIRDI, ARB 15/16, BAYWA et autres c/ Espagne.

<sup>45</sup>-Il n'y est fait allusion que dans le préambule par l'accord euro canadien alors qu'il fait l'objet d'une stipulation spécifique dans la proposition européenne de septembre 2015 relative au projet de TTIP.

besoin d'encadrement plus strict de la notion de traitement juste et équitable, jusque-là restée d'un maniement délicat.

**= l'esquisse d'un encadrement**

28. Lorsqu'on consulte les stipulations pertinentes en matière d'investissement de l'accord paraphé par le Canada et l'Union européenne<sup>46</sup>, on ne peut qu'être frappé par les développements désormais consacrés au traitement juste et équitable.

29. Il n'est plus question en effet de se limiter à faire état d'une obligation générale et finalement indéterminée pesant sur les Etats de traiter justement et équitablement les investisseurs alors que les Etats d'accueil peuvent voir leur responsabilité internationale engagée.

30. Il n'est pas davantage question de permettre une interprétation du standard par référence au droit coutumier dont on a vu qu'elle était peu signifiante et qui pose toujours des problèmes de preuve redoutables, tant il est vrai qu'il faudrait consulter l'ensemble des accords internationaux conclus en matière d'investissements, soit plus de trois mille traités, pour déceler ou non l'existence d'une coutume<sup>47</sup>.

Pour prendre un exemple, la question peut se poser de savoir si le droit international coutumier renferme l'idée qu'en procédant à un investissement un investisseur a des attentes légitimes contraignantes pour l'Etat qui a admis son investissement. Dans l'affirmative, l'attente légitime est comprise comme le fait

---

<sup>46</sup>-L'approche est la même si l'on se réfère à l'article 3 (traitement des investisseurs et des investissements protégés) du « draft » de la Commission cité en note 31.

<sup>47</sup>-En ce sens S. SCHWEBEL, *The influence of bilateral investment treaties on customary international law*, *The american society of international law*, 2004, p.29. Mais l'existence de conventions ne réduit-elle pas l'intérêt du recours au droit coutumier ? Et la multiplication des accords conclus avec les pays du tiers monde n'a-t-elle pas eu pour objet sinon pour finalité de contourner les critiques à l'adresse d'un droit construit sans la participation de ces Etats et donc sans leur adhésion à ces normes ?

pour l'investisseur de disposer d'un « environnement prévisible » notamment sur le plan réglementaire<sup>48</sup>.

Le risque est alors que « l'attente légitime » neutralise toute application d'une nouvelle réglementation à l'investisseur étranger, y compris si elle est d'ordre public, comme cela peut être le cas pour des réglementations ayant pour objet de protéger la santé des personnes, l'environnement ou les droits des travailleurs.

**31.** Par suite du rejet de la méthode de renvoi au droit international coutumier, le nouveau droit -manifestement inspiré de la pratique arbitrale contemporaine- semble se construire en adoptant la méthode de la liste<sup>49</sup> semi fermée d'hypothèses pour lesquelles les Etats admettent l'existence d'une violation de l'obligation de traiter justement et équitablement un investisseur.

Elle est semi fermée simplement parce que les signataires des accords prévoient, à la supposer utile, la possibilité de réviser la liste<sup>50</sup>, comme pour signifier que l'interprétation du standard du juste et de l'équitable est du pouvoir des Etats et non plus des arbitres.

**32.** Quant à la liste contenue dans l'article X.9, §.2 du projet d'accord, elle est, tout bien considéré, le reflet de la pratique arbitrale.

---

<sup>48</sup>-En faveur d'une inclusion de l'attente légitime comme élément du traitement juste et équitable, sentence CNUDCI du 12/01/2011, Grand river enterprises, c/ USA, §. 140. En sens contraire, la sentence CIRDI du 18 /09/2009, Cargill c/Mexique., §.290.

<sup>49</sup>-Cette méthode est celle que préconisent les experts réunis à la CNUCED

<sup>50</sup>-Cf. article X.9 §.3 de l'accord qui prévoit un examen régulier de la question du contenu du TJE en vue de recommandations émanant du comité des services et de l'investissement pouvant conduire à décision du Comité de commerce. Dans le même sens, la proposition de la Commission au titre du TTIP, article 3 §.3.

La violation du standard est en effet limitée aux hypothèses suivantes : déni de justice résultant d'une procédure juridictionnelle<sup>51</sup>, manquement essentiel à l'application de la loi, « y compris un manquement essentiel sur le plan de la transparence<sup>52</sup> dans le cadre d'une procédure criminelle ou administrative », acte manifestement arbitraire<sup>53</sup>, discrimination injustifiée comme le serait celle fondée sur le sexe, la race ou les croyances religieuses, traitement abusif de l'investisseur (tel que la coercition, la contrainte ou le harcèlement)<sup>54</sup> et, enfin, manquement aux obligations qualifiées de violation du traitement juste et équitable par suite d'un accord ultérieur des Parties, sauf à être concrétisé par une décision du Comité du commerce.

On se trouve ainsi en présence seulement de six hypothèses de violation caractérisée de l'obligation de traiter justement et équitablement un investisseur, en sorte que le standard ne peut plus servir de prétexte à la remise en cause des politiques publiques. C'est à peine si le nouveau discours des États n'affirme pas que les flux d'investissements ne constituent pas

---

<sup>51</sup>-Pour une illustration récente tirée de la pratique arbitrale et concernant l'Égypte ; sentence CIRDI du 1<sup>er</sup> /06/2009 ; Siag c/EGYPTE, §.455.L'interdiction du déni de justice vaut droit au jugement d'une prétention mais aussi à son exécution comme le confirme la sentence précitée (§.453) et ne concerne pas en tant que tel le bien-fondé de la prétention qui ressortit de l'acte illicite.

<sup>52</sup>-La transparence est un succédané de la bonne foi. Ramenée aux mesures ou décisions étatiques, elle suggère une obligation de révéler leurs motifs et par conséquent un contrôle de leur réalité si l'on se réfère à la sentence rendue dans l'affaire Tecmed c/Mexique, précitée (§154).

<sup>53</sup>-Dans l'affaire Sicula qui avait opposé l'ITALIE et les USA, la CIJ avait eu l'occasion de juger que l'arbitraire est « une méconnaissance délibérée des procédures régulières, d'un acte qui heurte, ou du moins surprend, le sens de la correction juridique » (Arrêt du 20/07/1989, §.128), façon habile de dire que l'acte arbitraire est frappé de subjectivité et exempt de rationalité ou injustifiable au point d'être dépourvu de l'apparence de la légitimité, comme suggéré par la sentence CIRDI du 8/10/2009, EDF c/ ROUMANIE (§.303).

<sup>54</sup>-Illustrations d'un harcèlement résultant d'un accord signé sous la pression dans la sentence CIRDI du 6 /02/2008, Desert Line Project c/ YEMEN (§.193 ou résultant de contrôles injustifiés dans la sentence Siag c/Egypte, précitée (§.450).



une fin en soi et que les valeurs de progrès ne se déterminent pas par la politique des firmes mais par celle des Etats.

**33.** Une remarque essentielle concerne la violation des attentes légitimes de l'investisseur car cette situation ne se retrouve pas dans la liste.

La notion d'attente légitime revendiquée par les investisseurs suppose non pas seulement que toutes décisions et tous actes d'un Etat ait un fondement rationnel mais que cette rationalité soit fondée sur les seuls intérêts de l'investisseur, d'où le risque de sanctionner les Etats de manière inconsidérée<sup>55</sup>. Ce n'est pas dire qu'elle ait vocation à disparaître dans le nouveau droit de l'investissement.

**34.** La notion d'attentes légitimes fait en effet l'objet d'une attention particulière de la part des négociateurs dans la mesure où par une stipulation particulière<sup>56</sup>, il reste possible de qualifier de manquement de l'Etat au traitement juste et équitable le non-respect de l'attente légitime de l'investisseur.

Mais, sans doute pour rendre plus objective l'analyse du comportement de l'Etat et, ce faisant, éviter que les prérogatives étatiques, comme celle tirée du pouvoir de modifier le cadre légal d'une activité dans la perspective d'une meilleure protection de l'environnement, ne soient systématiquement remises en cause, la prise en compte de l'attente légitime de l'investisseur est soumise à une double vérification.

**35.** D'une part, il ne peut y avoir attente légitime que si l'Etat d'accueil a pris un engagement particulier au regard d'un investisseur<sup>57</sup>.

---

<sup>55</sup>-Cf. A de NANTEUIL, *op.cit.* §.707

<sup>56</sup>-Cf. article X.9 §.4 de l'AECG et l'article 3 §.4 de la proposition pour le TTIP.

<sup>57</sup>-Cette position a été celle du tribunal arbitral dans l'affaire Total c/ARGENTINE : sentence CIRDI du 27/12/2010 (§.120). Si elle peut être discutable, elle a l'avantage d'éviter

Ceci devrait impliquer que l'attente légitime ne peut plus résulter d'une lecture des intentions supposées des Etats ou d'une lecture de leurs intentions générales lorsqu'ils légifèrent en matière d'investissement, à fortiori d'une analyse globale sinon subjective de la politique de l'Etat considéré.

L'engagement particulier devrait se déduire d'un acte qui a pour destinataire précis l'investisseur, que cet acte ait un caractère unilatéral ou qu'il résulte d'un contrat d'Etat, cet instrument pouvant alors retrouver une nouvelle jeunesse.

L'attente légitime est donc purement et simplement circonscrite à la violation d'un engagement particulier, façon à peine voilée de mettre un frein à une interprétation libérale de la notion.

**36.** D'autre part, cet engagement particulier devra être celui qui aura conduit à la décision d'investir ou de maintenir son investissement plutôt que de le liquider.

Cette seconde condition est tout aussi sévère que la première. Bien entendu, elle ne présuppose pas que la décision d'investir dépend d'une seule considération, ce qui serait irréal.

Mais elle signifie clairement que l'attente légitime ne peut se déduire des seuls documents émanant de l'investisseur, comme le sont les études préalables à une décision d'investir voire d'une collection de propos politiques rapportés par les médias. L'attente légitime est la conséquence d'un acte spécifique de l'Etat et elle présuppose qu'à la suite de l'engagement étatique, l'investisseur ait pris la précaution de garder trace du lien de causalité existant entre l'engagement étatique et la décision d'investir.

---

toutes spéculations autour de déclarations de politique générale (au surplus hors la présence de son auteur) ou de propos rapportés par les médias et dont l'origine ou la fidélité dans la restitution est douteuse.

37. Finalement, en observant le devenir du traitement juste et équitable dans le droit des investissements dans la politique législative européenne, on peut constater que la construction européenne ne se fait pas, contrairement aux apparences, contre les Etats et que cette dernière reste dans une large mesure l'expression de la volonté des entités étatiques qui en sont partie prenante.

# DROIT COMMUNAUTAIRE ET DROITS NATIONAUX: EXEMPLE DE LA METHODOLOGIE D'UNE INTEGRATION JURIDIQUE

Frédéric LECLERC

Professeur, Université de Perpignan *Via Domitia*

---

Pour un juriste français, parler d'intégration juridique peut sembler naturel, tant il est vrai que l'intégration juridique fait partie de son paysage quotidien à travers l'intégration européenne qui imprègne de plus en plus son organisation juridique. Certains s'en félicitent et en demandent encore plus. D'autres, au contraire, pestent contre les eurocrates de Bruxelles, qui prétendent tout réglementer, y compris la composition de notre bon vieux Camembert, qui de fromage pasteurisé, est devenu un fromage intégré. Il ne saurait être ici question de prendre parti. Simplement, à une époque où l'effort d'intégration juridique touche chaque continent, et fait coexister dans nombre de pays des normes juridiques venues d'horizons différents, sans doute est-il utile et même intéressant de faire le point. Le point sur ce que signifie l'intégration juridique dans le contexte d'un ensemble de dimension régionale, comme l'Europe, afin d'y apercevoir en quoi consiste le phénomène d'intégration juridique, en vue d'y découvrir les problématiques qu'il rencontre et les solutions qu'il y apporte. Mais aussi le point sur la question de savoir s'il est possible d'aboutir à trop d'intégration juridique, au détriment des identités et souverainetés nationales.

Cependant, avant d'en venir à l'intégration juridique européenne, il paraît de bonne méthode d'approcher l'intégration juridique, dont on parle beaucoup, mais que l'on explore peu. Répondre à quelques questions simples devrait aider à mieux cerner ce phénomène d'intégration juridique.

Qu'est-ce l'intégration juridique ? L'intégration juridique est intégration, du latin « *integratio* », qui signifie rétablissement, réparation, d'où, par extension, l'idée d'intégrité, d'entièreté. Apparue dans le langage des mathématiques, où elle s'oppose à la différenciation, elle a gagné le vocabulaire sociologique pour désigner, à travers la notion d'intégration sociale, le passage d'un état diffus, imperceptible, à un état concentré, perceptible. Le terme d'intégration concerne ainsi la création, à partir d'un ensemble hétérogène, d'une forme d'ensemble unifié, possédant une identité propre. En matière juridique, et dans une logique similaire tournée vers la création d'une unité et d'une identité commune, l'intégration juridique de plusieurs Etats se définit comme un transfert de compétences juridiques étatiques d'un Etat à une entité dotée de pouvoirs de décision et de compétences supranationales<sup>1</sup>.

Dans quels contextes peut survenir l'intégration juridique ? L'intégration juridique peut être subie, ainsi que l'ont montré plusieurs communications précédentes, à travers notamment le phénomène de la colonisation, où l'Etat colonisateur, au titre précisément de cette colonisation, va entendre intégrer juridiquement le territoire colonisé. Mais l'intégration sera souvent voulue. Elle peut alors être le fruit d'une collaboration entre Etats désireux de rapprocher voire d'uniformiser leurs législations, mais aussi d'une organisation interétatique ou d'une communauté économique entre Etats.

-Dans le cadre d'une collaboration ou d'une organisation interétatique, l'intégration juridique est mise au premier plan et se présente comme un outil, placé au service des objectifs recherchés à travers la collaboration ou l'organisation. Un exemple en est fourni par le Droit de l'OHADA.

---

<sup>1</sup>-G. Cornu : Vocabulaire juridique association Henri Capitant, V° Intégration.

-En présence d'une communauté à dimension régionale, et à vocation économique, l'intégration juridique se présente comme le corollaire d'une autre intégration, l'intégration économique recherchée par la communauté, et dont elle est chargée d'assurer la pleine réalisation : libre circulation des personnes, des biens, des services et des capitaux permettant une intégration économique achevée et ainsi un élargissement de l'espace économique pour chaque personne et chaque entreprise.

Y a-t-il plusieurs sortes d'intégrations juridiques ? La réponse à cette question est affirmative, la diversité dans l'intégration se manifestant à plusieurs égards.

-L'intégration juridique peut être sectorielle ou au contraire générale quant aux matières traitées : l'OHADA, par exemple, ne vise comme chacun sait l'intégration qu'en matière de droit des affaires, ce qui a d'ailleurs posé la question de savoir, lorsqu'a été élaboré par le Professeur Marcel Fontaine l'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats, si cet acte uniforme pourrait également englober les contrats civils, qui *a priori*, échappent à son champ d'application matériel<sup>2</sup>.

-L'intégration juridique peut également être partielle ou totale, superficielle où très approfondie, en ce sens que dans les matières couvertes par l'intégration juridique, les règles issues de l'intégration laisseront subsister des règles nationales ou, au contraire, s'y substitueront intégralement. De même que l'intégration pourra se cantonner aux grandes lignes de l'intégration recherchée, aux principes adoptés, aux objectifs recherchés, ou au contraire aménager de la manière la plus précise les modalités d'application de la règle. Si l'intégration juridique laisse subsister des règles nationales, se posera alors naturellement la question des rapports

---

<sup>2</sup> -Voir sur ces points les explications de Marcel Fontaine, in Acte Uniforme OHADA sur le droit des contrats. Note explicative à l'avant-projet, [www.unidroit.org](http://www.unidroit.org), mai 2006, p.11 et s.

entre le Droit intégré et les droits nationaux des Etats membres des Etats de l'espace intégré. Ces rapports vont alors suggérer les termes de cohabitation, de coexistence, c'est-à-dire des rapports en quelque sorte inorganisés ou peu organisés, les deux catégories de règles se contentant d'exister l'une face à l'autre. Si en revanche les rapports font l'objet d'une véritable organisation, l'intégration juridique se préoccupera d'assurer de manière plus ou moins organisée et contraignante l'articulation entre d'une part les normes intégrées et d'autre part les normes nationales.

Comment va se manifester l'intégration juridique ? L'intégration juridique va tout d'abord se manifester par la production de normes juridiques nouvelles, communes aux Etats participant à l'œuvre d'unification, et ayant un contenu conforme aux objectifs recherchés à travers l'intégration juridique. La production de ces normes donnera la plupart du temps naissance à un appareil institutionnel, où se mêleront dans des proportions variables supranationalité et relations interétatiques. Les normes juridiques nouvelles ainsi produites vont permettre d'atteindre différents objectifs : assurer l'unité du droit applicable et donc la sécurité juridique, accroître la simplicité de la vie juridique, mais aussi assurer l'élimination ou l'atténuation des distorsions juridiques, elles-mêmes sources de distorsion de concurrence. En outre, l'intégration représentera le moyen d'élaborer de règles intégrées de qualité, c'est-à-dire des règles qui se caractériseront par leur simplicité, leur modernité, par exemple l'adaptation de la règle produite aux objectifs économiques poursuivis au sein de l'espace intégré. Mais l'intégration sera aussi architecture, organisation d'ensemble, tournée vers la réalisation d'une œuvre cohérente, notamment quant aux matières traitées. Mais produire ne peut suffire.

Encore faut-il en effet que l'uniformité ou la similarité recherchée à travers la production de normes ne soit pas

compromise par une interprétation ou une application de ces normes qui se ferait de façon diversifiée selon les Etats. D'où des mécanismes visant à garantir une interprétation en même temps qu'une application uniforme des normes intégrées. Ainsi fera-t-on en sorte que les règles uniformisées puissent pénétrer au sein des différents ordres juridiques nationaux et y déployer leurs effets, sans être menacées par des règles nationales contraires. L'intégration se verra effective, et se fera alors sanction, soit par l'intervention d'un organe sanctionnateur supranational, comme une Cour de justice commune aux Etats, soit par la tâche quotidienne des juridictions nationales, qui deviendront juges de droit commun des normes intégrées.

Enfin, l'intégration juridique est-elle statique ou dynamique ? Même s'il est sans doute hasardeux de généraliser le propos, alors qu'il semblerait préférable de distinguer suivant les différentes manifestations d'intégration, il semble néanmoins possible d'affirmer que l'œuvre d'intégration juridique, plutôt que souhaitant déterminer un état de l'ordonnement juridique à un moment donné, sans évolution dans le temps, se présentera le plus souvent comme un processus, en quête perpétuelle d'approfondissement. L'intégration est en effet un mouvement, qui nécessite l'écoulement d'une certaine durée, et qui se réalisera la plupart du temps de façon graduelle. Ce mouvement d'intégration se voit ainsi doté d'une dynamique, d'un caractère évolutif, dans le sens d'un approfondissement de l'œuvre, d'une meilleure réalisation des objectifs assignés à l'intégration ou à la communauté qui en est l'inspiratrice. Surgit alors naturellement la question des limites assignées à l'intégration, avec en contrepoint l'intéressant débat autour de l'équilibre à trouver entre intégration et respect de l'identité des parties à l'intégration.



Ainsi qu'il va être vu à présent, l'intégration européenne se présente comme un laboratoire de l'intégration juridique, où se trouvent concentrées nombre d'interrogations relatives à l'œuvre d'intégration, à sa méthodologie, en même temps que peuvent y être trouvées d'intéressantes réponses. Comment représenter l'intégration européenne au regard de ces différents éléments constitutifs et caractères de l'intégration juridique ?

*A priori*, l'intégration européenne offre l'image d'un bel édifice, en voie constante d'extension, l'image d'une construction à l'architecture harmonieuse, en même temps qu'aboutie pour ne pas dire sophistiquée, où tout a été pensé de façon organisée, et même minutieuse, de manière à réaliser au mieux les objectifs assignés aux Communautés européennes, puis à l'Union européenne.

Cependant, à y regarder de plus près, la beauté de l'édifice ainsi que la façon dont il est construit et agencé révèle sous certains de ses aspects des fissures, des imperfections, pour ne pas parler de malfaçon, donnant l'impression d'un édifice fragile, souvent menacé de péril. Au contraire, par d'autres de ses aspects, la construction présente l'image d'un excès de perfectionnement, donnant l'image d'une architecture rendue complexe au fil d'ajouts successifs, mais d'un abord difficile et sans âme. Sans parler de la grogne de certains de ceux qui sont en charge de sa construction, et de leur inquiétude sur le devenir de cet édifice, livré aux mains de sa propre dynamique de construction.

C'est de cet édifice dont il va être question dans la présente communication, ainsi que dans la communication que présentera ma Chère Collègue et Amie Madame le Professeur Trescases.

C'est cet édifice qu'il convient de visiter ici, avec pour fil conducteur l'intégration juridique et la méthodologie ou, peut-

être même, la théorie juridique, qui doit être sienne. Cette visite guidée ne peut naturellement aujourd'hui qu'être survolée. Il sera cependant possible au gré de cette rapide visite d'y discerner, au gré des étapes, l'ensemble des éléments indispensables à une mécanique d'intégration juridique. A n'en pas douter, l'intégration européenne comporte tous les éléments constitutifs nécessaires à l'intégration juridique (I). Et sans doute n'y a-t-il guère au monde beaucoup d'autres exemples d'une intégration juridique aussi poussée. Mais, et là réside peut-être un paradoxe, l'ampleur, la force et la profondeur de l'intégration juridique réalisée en Europe, qui n'ont cessé de se développer en un peu plus d'un demi-siècle, invitent à s'interroger sur le thème de la dynamique de l'intégration juridique. En particulier, n'y a-t-il pas un risque que cette dynamique n'aille trop loin, et que la volonté d'intégration juridique déborde par trop le domaine qui lui avait été initialement assigné, et ce au détriment des identités nationales des différents Etats membres ?

### **I.- La mécanique de l'intégration juridique à travers l'intégration européenne.**

L'intégration juridique européenne s'est traduite par la mise en place d'un très important appareil normatif, ayant soigneusement organisé aussi bien la production des règles que leur intégration au sein des Etats membres (A). Une telle production n'a pas manqué de poser la question des rapports devant exister entre règles communautaires et règles nationales. Sur ce point également, les outils mis en place en vue d'assurer l'intégration ainsi que son effectivité représentent un ensemble dont on ne trouve à l'échelle régionale guère de précédents ni d'équivalents, tant la domination des normes produites à l'échelon communautaire que leur sanction reflètent une intégration parfaitement maîtrisée (B).

## **A.- L'intégration juridique, mode organisé de production normative**

Comme on a pu le dire, lorsqu'un Etat accepte d'entrer dans un processus d'intégration, ce sont toutes ses compétences, externes comme internes, relevant ou non de sa souveraineté, qui vont être affectées par sa participation au processus, la seule limite étant qu'il demeure un Etat souverain, même si certaines de ses compétences disparaissent, ou voient leurs conditions d'exercice être encadrées ou limitées<sup>3</sup> Dans le contexte européen, une charte des compétences européennes a été ainsi progressivement définie, qui a son siège depuis le Traité de Lisbonne de 2007 dans l'article 5 TUE, qui présente synthétiquement les principes régissant respectivement la délimitation et l'exercice des compétences de l'Union. Plus encore, le titre 1 de la première partie du traité FUE dresse une typologie des catégories de compétences de l'Union associée à une détermination de leur domaine.

### **1°) L'intégration européenne source de production de normes.**

La production de normes communautaires a tout d'abord été organisée en termes d'auteurs de la norme intégrée : c'est l'aspect institutionnel de l'intégration ( Conseil, Commission, Parlement ), qui ne nous retiendra pas ici, sauf à observer deux points. D'une part la répartition des rôles dans la production de normes communautaires a évolué, à travers notamment le renforcement du rôle du Parlement européen. D'autre part, à la production de droit intégré par les organes de décision s'est ajouté l'apport très important de la jurisprudence communautaire qui, au fil des ans, est devenue une source incontestable de l'ordre juridique communautaire.

---

<sup>3</sup>-M. Blanquet, JurisClasseur Europe : Compétences de l'Union.-Architecture générale.- Délimitation, Fasc.170, 2012, n°1 ).

Au-delà de la question de la détermination de l'auteur de la norme intégrée, l'organisation de la production des normes communautaires s'est principalement centrée sur l'identification des compétences. La question des compétences en droit de l'Union européenne est à l'évidence à la fois essentielle et particulièrement sensible s'agissant d'une structure ordonnant dans un système intégré plusieurs niveaux de pouvoirs publics. Un système de compétences a été ainsi mise en place. De façon globale, le système des compétences de l'Union s'est exprimé à travers ce que l'on a pu appeler la Charte des compétences de l'Union européenne. Cette charte traduit elle-même un certain ordre, un ordonnancement, dans un système général de compétences comprenant une composante communautaire largement déterminée au-delà des indications expresses du traité, et une composante nationale relative aux compétences des Etats membres. Cet ordonnancement est influencé par la dynamique de l'intégration, en ce sens qu'il est appréhendé dans une logique de soumission aux objectifs communautaires, aux domaines de compétence communautaire et au droit communautaire, ces deux dernières dimensions apparaissant clairement distinguées dans l'arrêt Simenthal <sup>4</sup> Depuis le traité de Lisbonne, le Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE) s'intéresse à la répartition des compétences entre l'Union et les Etats membres, ce qui se traduit par une typologie, distinguant notamment des compétences partagées ou exclusives, et comportant des listes de domaines.

Comme l'indique l'article 5 du Traité sur l'Union européenne (TUE) « *les principes de subsidiarité et de proportionnalité régissent l'exercice des compétences de l'Union* ». En amont de ce système

---

<sup>4</sup>-CJCE, 9 mars 1978, aff. 106/77, point 18 : Rec. CJCE 1978, p.629.

d'exercice des compétences est organisé un système d'attribution des compétences. L'article 5 §1 TUE prévoit que « *Le principe d'attribution régit la délimitation des compétences de l'Union. Les principes de subsidiarité et de proportionnalité régissent l'exercice de ces compétences* ». Existe ainsi un système de détermination des compétences, qui trouve son origine dans la notion même d'intégration européenne, se traduisant à travers les traités par l'instauration d'un nouvel ordre juridique au profit duquel les Etats ont limité, dans des domaines de plus en plus étendus, leurs droits souverains, ce qui s'est traduit par une délimitation des compétences.

Cette délimitation a été pour la première véritablement institutionnalisée par le traité de Lisbonne qui, à travers le titre 1 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, intitulé « *Catégories et domaines de compétences de l'Union* » a établi une typologie des compétences de l'Union en fonction du degré de dessaisissement des Etats membres. Un système de répartition des compétences distingue ainsi entre plusieurs catégories de compétences. D'une part des compétences exclusives énoncées à l'article 3 TFUE au profit de l'Union européenne dans 5 domaines (politique commerciale commune, conservation des ressources biologiques de la mer, concurrence, politique monétaire et Union douanière). En ces domaines, et comme le prévoit l'article 2, §1 TFUE, seule l'Union peut légiférer et adopter des actes juridiquement contraignants, les Etats membres ne pouvant le faire par eux-mêmes que s'ils sont habilités par l'Union, ou pour mettre en œuvre les actes de l'Union. D'autre part des compétences partagées entre Union européenne et Etats membres que l'article 3 TFUE reconnaît dans 11 domaines ( marché intérieur, politique sociale, cohésion économique, sociale et territoriale, agriculture et pêche, transport, énergie, environnement, protection des consommateurs, enjeux communs de sécurité en matière de santé publique,

réseaux transeuropéens, espace de liberté, de sécurité et de justice). Dans le cadre d'une compétence partagée, l'Union et les Etats membres peuvent légiférer et adopter des actes juridiques contraignants (art. 2,§2, TFUE). Cependant, ajoute cet article, « *les Etats membres n'exercent leur compétence que dans la mesure où l'Union n'a pas exercé la sienne* ». Enfin, l'article 6 TFUE énumère 7 domaines, pour les compétences d'appui, de coordination et de complément : protection et amélioration de la santé humaine, industrie, culture, tourisme, protection sociale, coopération administrative, et l'ensemble des sous-domaines : éducation, formation professionnelle, jeunesse et sport. Avec ces compétences, l'intégration emprunte la logique d'un concours, la compétence communautaire, plutôt que de substituer à la compétence nationale des Etats membres, venant lui apporter son concours dans la perspective d'une plus-value, d'une valeur ajoutée, d'où l'appellation de compétences d'appui, de coordination ou de complément.

Mais délimiter les compétences ne saurait suffire. Encore convenait-il d'assurer une régulation précise de l'exercice des compétences. Dans cette perspectives ont vu le jour un certain nombre de principes : principe de subsidiarité pour les compétences partagées, principe de proportionnalité pour l'ensemble des compétences. Enfin, un troisième principe a été mis en place : le principe régulateur de fidélité ou de coopération loyale, s'appliquant à la fois à l'exercice des compétences des Etats membres et de l'Union. Selon l'article 4 §3 TUE, en vertu du principe de coopération loyale, « *l'Union et les Etats membres, se respectent et s'assistent mutuellement dans l'accomplissement des missions découlant des traités* ».

La subsidiarité a été consacrée en tant que principe par le traité de Maastricht en 1992. « *En vertu du principe de subsidiarité, déclare l'article 5 §3, dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la*

*mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les Etats membres, tant au niveau central qu'au niveau régional ou local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union* ». Le principe de subsidiarité participe de la volonté de limiter l'action intégrée, au stade de l'exercice des compétences partagées. Comme on a pu le remarquer<sup>5</sup>, il est le prix à payer pour l'attribution de nouvelles compétences non exclusives et non strictement économiques à la Communauté. Ce principe poursuit également la volonté de redéfinir, de manière plus précise, les équilibres subtils qui sont et ont toujours été ceux de l'intégration européenne<sup>6</sup>: veiller à un souci de proximité, en faisant en sorte que les décisions soient prises le plus près possible des citoyens. Volonté aussi d'un souci d'identité, prévalant sur le besoin d'intégration, et dont la subsidiarité serait à la fois une manifestation et un instrument.

Corollaire du principe de subsidiarité, est née obligation pour la Commission, qui dispose d'un large pouvoir d'initiative en matière de production normative, de procéder, en amont, à de larges consultations, avant de proposer un acte législatif (art. 2) du « Protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité », annexé au traité de Lisbonne. Dans le même esprit, l'article 5 de ce protocole fait obligation aux autorités disposant d'une initiative législative d'assortir leurs propositions d'une motivation expresse au regard de la subsidiarité. Enfin, a été organisé un contrôle juridictionnel du principe de subsidiarité : la justiciabilité du principe de proportionnalité a ainsi été affirmée par la Cour de

---

<sup>5</sup>-Marc Blanquet : *Juris-Classeur Europe*, Fasc. 175, *Compétences de l'Union.-Exercice des compétences.-Régulation*, 2014, n°20.

<sup>6</sup>-Fasc. 175, *op. cit.* n°22.

justice dans son arrêt du 12 novembre 1996<sup>7</sup> Si le principe de subsidiarité et la méthode de coopération renforcée permettent la régulation du partage des compétences et ne s'appliquent donc que pour les compétences partagées, les principes de proportionnalité et de coopération loyale développent une finalité différente. Une finalité de régulation de l'ensemble du système de compétences les anime, quelle qu'en soit la nature des pouvoirs et quels qu'en soient les titulaires, ceci dans le but d'assurer le respect d'un équilibre général du système intégré, et d'un intérêt général commun.

La *ratio* du principe de proportionnalité se découvre facilement : la détention des compétences, dans le contexte de l'intégration européenne, a pour légitimité la capacité à adopter des actes dans un but considéré comme adéquat par le traité. La détermination des compétences communautaires a ainsi un caractère fonctionnel, ce qui oblige à une certaine forme de rapport entre l'objectif jugé légitime et les moyens utilisés pour l'atteindre. Les moyens doivent être nécessaires pour atteindre l'objectif, et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire. Le contrôle de proportionnalité apparaît comme la vérification de ce que les actes de l'Union, comme des Etats membres, restent couverts par un constat de légitimité de leur compétence. Légitimité qui s'appréciera, pour les organes de l'Union,, en contemplation des possibilités qui leur sont offertes par le traité, et qui, pour les Etats, s'intéressera à la possibilité qui leur est offerte de poursuivre des objectifs nationaux ( par exemple défense de l'ordre public, de la santé publique, de l'identité nationale) entravant ou restreignant des objectifs ou des dispositions de droit de l'Union.

Le principe de coopération loyale est consacré depuis le

---

<sup>7</sup>-aff. C-84/94, Royaume-Uni c/ Cons. ; Rec. CJCE 1996, I, p.755.



Traité de Lisbonne à l'article 4 §3TUE qui prévoit que « *en vertu du principe de coopération loyale, l'Union et les Etats membres se respectent et s'assistent mutuellement dans l'accomplissement des missions découlant des traités (al.1). Les Etats membres prennent toute mesure générale ou particulière propres à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union (al.2). Les Etats membres facilitent l'accomplissement par l'Union de sa mission, et s'abstiennent de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs de l'Union* » (al.3).A travers ce principe, véritable instrument général de régulation du système de compétences, est ainsi mis en exergue la promotion de l'intérêt commun, en vue de la réalisation duquel a été conférée la compétence. Ainsi, l'intégration juridique a pour composante la définition d'un intérêt commun, autour duquel s'articule le système de compétences.

L'organisation de la production de normes intégrées se manifeste également à travers l'établissement d'une nomenclature des normes intégrées : une *summa divisio* oppose le droit primaire, composé des différents traités institutifs et de ceux qui les ont suivis et le droit dérivé, composé de règlements, de directives, de décisions, de recommandations, de principes généraux, de conventions et accords passés par l'Union européenne avec des Etats tiers. Chacune des normes, à la place qui est sienne, accomplit la fonction qui est sienne, au service de l'intégration, sur fond d'uniformisation et d'harmonisation. Comme on le sait, l'uniformisation se présente comme la méthode la plus radicale de l'intégration juridique, en ce qu'elle gomme toutes différences entre les législations nationales, en leur substituant un texte unique, rédigé en des termes identiques pour tous les Etats concernés par l'intégration. A l'échelle communautaire, les règlements, obligatoires en tous leurs éléments, d'applicabilité directe en même temps que d'effet direct vertical mais aussi

horizontal, obéissent sans conteste à une logique d'uniformisation. En revanche, les directives communautaires forgent l'intégration par la voie de l'harmonisation. Ici, plutôt que d'imposer une norme obligatoire en chacun de ses éléments, la technique d'intégration consiste à réduire les divergences entre législations nationales, en définissant les seuls objectifs définis par l'intégration, tout en laissant aux Etats membres le soin de définir les moyens permettant de satisfaire à ces objectifs. L'intégration se veut plus douce, en ce qu'elle est technique d'intégration juridique respectant la souveraineté législative et réglementaire nationale.

Enfin, pour en terminer avec la production de normes juridiques, observons que cette production dans le creuset d'une matrice bien particulière et très féconde en termes d'intégration : l'ordre juridique communautaire, autonome mais aussi intégré aux ordres juridiques nationaux, et qui représente sans nul doute la clé de voûte de l'édifice d'intégration juridique européenne. Par l'existence d'un tel ordre juridique, l'intégration se construit sans besoin du relais d'un ordre juridique international ou des différents ordres juridiques nationaux. L'ordre juridique communautaire, autonome, engendre et développe sa propre dynamique, animé par les objectifs à la base de l'ensemble de la construction européenne. Mais, pour que cette intégration se réalise, la seule production de normes ne saurait suffire. Encore faut-il en effet que soient forgés les instruments permettant à ces normes de pénétrer efficacement au sein des ordonnancements juridiques nationaux.

## **2°) L'intégration européenne, outil de pénétration normative au sein des ordres juridiques nationaux.**

La réalisation de l'intégration européenne se vérifie à travers l'organisation minutieuse de la pénétration des normes intégrées au sein des ordres juridiques nationaux. Il convient à

cet égard de souligner ici une fois encore l'importance du rôle joué par la notion d'ordre public communautaire, ordre juridique propre à la construction européenne, autonome par rapport à l'ordre juridique international et aux ordres juridiques nationaux, tout en étant en même temps intégré à ceux-ci. Grâce à la reconnaissance d'un tel ordre public, le droit communautaire définit lui-même son propre statut. Il livre et organise lui-même les clés, le sésame pourrait-on dire, de la pénétration de la norme juridique intégrée au sein des ordres juridiques nationaux. Ces clés résident dans les concepts et mécanismes suivants :

-Tout d'abord l'applicabilité immédiate de la norme communautaire intégrée. Cet attribut de la norme communautaire signifie qu'elle ne nécessite aucune transposition, aucune réception pour s'intégrer à l'ordre juridique interne. L'applicabilité immédiate de la norme communautaire, certes commandée déjà par l'approche moniste, a trouvé un renfort appréciable dans l'existence d'un ordre juridique communautaire, autonome et intégré aux ordres juridiques nationaux, qui condamne toute tentation des Etats membres de ne donner effet aux normes de droit communautaire qu'après qu'elles aient été réceptionnées au sein de l'ordre juridique national. Cette applicabilité immédiate caractérise au sein de l'intégration juridique européenne non seulement le droit primaire, issu des traités institutifs, mais aussi les règlements communautaires, qui jouissent au sein des Etats membres de l'Union européenne d'une application immédiate, ainsi que le prévoit l'article 288 TFUE, ce qui signifie qu'ils n'ont pas à être transformés en norme juridique nationale pour y produire leurs effets. En revanche, les directives ne jouissent pas *a priori* d'une telle applicabilité immédiate, dès lors que, pour déployer leurs effets, elles doivent faire l'objet de mesures de transposition au sein des ordres juridiques nationaux. Certes, d'aucuns diront qu'il n'y a à travers l'exigence d'une transposition nulle nécessité

de réception à l'endroit des directives, intégrées de plein droit dans l'ordre juridique national<sup>8</sup>, ce qui exclurait que l'on soit en présence ici d'une question d'applicabilité immédiate. En somme, l'exigence de transposition des directives concernerait plutôt le caractère incomplet ou insuffisamment précis de la norme, et se rapporterait ainsi à la nécessité qu'une mesure d'application concrétise la directive pour la rendre applicable, ce qui rapprocherait davantage de la question d'applicabilité directe. Cependant, il est permis de douter que soient en cause ici les attributs de la directive, si l'on se souvient qu'une fois expiré le délai de transposition de la directive, sans que celle-ci ait été transposée, la Cour de justice a admis qu'une directive puisse néanmoins produire effet si son élément normatif est inconditionnel et suffisamment précis<sup>9</sup>. Simplement cet effet normatif ne se déploiera t-il qu'une fois expiré le délai de transposition, ou bien encore s'il est démontré que la démonstration a été incorrectement opérée. Dans cette attente, la directive, pourtant claire, inconditionnelle et précise, c'est-à-dire dotée de tous les attributs nécessaires à l'applicabilité directe, comme il sera dit plus loin, ne déploiera cependant point ses effets, faute d'avoir été transposée. La logique semble ainsi en l'occurrence fort proche d'une logique de réception, et se rapprocher la question de l'applicabilité immédiate de la norme.

-Applicabilité directe de la norme intégrée. Un auteur<sup>10</sup> observe que la règle dotée de l'applicabilité directe est celle qui peut être utilisée comme norme de référence, sans qu'il soit nécessaire de la compléter par une autre règle. En bref, une règle auto-exécutoire, non pas dans le sens plus haut rencontré d'une norme

---

<sup>8</sup>-R. Mehdi,, *JurisClasseur. Europe, Effet direct*, Fasc. 195, 2013, n°11.

<sup>9</sup>- CJCE,4 déc.1974, Van Duyn, R. Mehdi, n°44.

<sup>10</sup>-A. Rouyère, *Jurisl. Libertés, Le juge administratif et les règles garantissant les libertés*, 2009, n° 28.

internationale ne nécessitant aucune mesure de réception en droit interne ; mais, comme l'a indiqué la Cour de justice des Communautés européennes dans un arrêt Demirel du 30 septembre 1987<sup>11</sup>, une règle qui « eu égard à ses termes ainsi qu'à son objet et à la nature de l'accord (...) comporte une obligation claire et précise qui n'est subordonnée, dans son exécution ou dans ses effets, à l'intervention d'aucun acte ultérieur ». La norme d'applicabilité directe, qu'elle soit d'ailleurs interne ou de source internationale ou communautaire<sup>12</sup>, se caractérise ainsi par sa complétude, c'est-à-dire par le fait qu'elle se présente comme suffisamment précise et inconditionnelle<sup>13</sup>. Pour être directement applicable, la norme internationale, tout d'abord, ne devra pas être conditionnelle, et simplement recommander, conseiller ou, pour reprendre une autre terminologie, se contenter d'une « fonction directive souple »<sup>14</sup>. Ensuite, l'applicabilité directe supposera que la norme internationale ne soit pas vague ou même imprécise, nécessitant pour pouvoir être appliquée l'intervention d'un texte national ou international complémentaire<sup>15</sup>. La jurisprudence de la Cour de justice, depuis l'arrêt fondateur Van Gend en Loos, du 5 février 1963<sup>16</sup>, reprend ces exigences lorsqu'elle considère que « *si le droit communautaire (...) produit*

---

<sup>11</sup>-Demirel c/ Ville Schwäbisch Gmünd : Rec. CJCE 1987, p.3719, cité par H. Tigroudja, Le Juge administratif français et l'effet direct des engagements internationaux : RFD adm. 2003, p.154 ).

<sup>12</sup>-H. Tigroudja, Le Juge administratif français et l'effet direct des engagements internationaux : RFD adm. 2003, p.154, qui montre fort bien que la condition d'applicabilité directe, à travers les exigences de précision et d'inconditionnalité, se retrouve aussi bien à l'égard des normes de droit interne, dont le juge administratif contrôlera le caractère précis et inconditionnel, c'est-à-dire complet, la norme ne devant pas nécessiter l'intervention d'une norme complémentaire, telle une loi dont la mise en œuvre sera impossible, tant que ne sera pas intervenu son décret d'application.

<sup>13</sup>-M. Gautier et F. Melleray, Juriscl.Administratif, Fasc. 20, 2013, n°61.

<sup>14</sup>-P. Amseleck : Norme et loi : APD 1980, t.25, 1980, p.101.

<sup>15</sup>-M. Gautier et F. Melleray, *ibid*.

<sup>16</sup>-CJCE, 5 févr.1963, *aff.26/62*, Rec. CJCE, 1963, p.3.

*des effets immédiats et engendre des droits individuels que les juridictions internes doivent sauvegarder, c'est à la condition que les dispositions du droit originaire ou dérivé soient claires, précises et inconditionnelles ».*

-Effet direct de la norme intégrée. Qu'est-ce que l'effet direct de la norme communautaire ? Selon la jurisprudence du Conseil d'Etat, ne peuvent être invoquées devant le juge administratif les normes conventionnelles internationales dénuées d'effet direct<sup>17</sup>. Or ne possèdent un effet direct que les normes conventionnelles qui ont les particuliers pour destinataires, et qui ont pour objet de créer des droits subjectifs, c'est-à-dire des droits ou des obligations, à leur profit ou à leur charge. Telle est la position qu'a définie le Conseil d'Etat dans son arrêt d'assemblée GISTI et FAPIL du 11 avril 2012<sup>18</sup> lorsqu'il a précisé qu' « est dépourvue d'effet direct la stipulation qui a pour objet exclusif de régir les relations entre Etats », la Haute Juridiction ajoutant que l'absence d'effets à l'égard des particuliers ne saurait être déduite de la seule circonstance que la stipulation désigne les Etats parties comme sujets de l'obligation. La notion d'effet direct a connu avec le droit communautaire un essor que n'aurait sans doute pas permis le droit international classique. Le droit de l'Union européenne a en effet érigé l'effet direct du droit communautaire en principe cardinal de la construction européenne, et fait naître une présomption favorable à l'effet direct des normes le composant. Les célèbres arrêts Van Gend en Loos du 5 février 1963 et Costa c/ Enel du 15 juillet 1964<sup>19</sup> ont ainsi posé en règle que le droit communautaire engendre des droits individuels que les juridictions nationales doivent sauvegarder, ces droits naissant non seulement lorsqu'une attribution explicite en est faite par le

---

<sup>17</sup>-CE, ord., 9 mai 2006, Féd. transpyrénéenne éleveurs de montagne et autres, Rec. CE 2006, p.236.

<sup>18</sup>-RFD Adm. 2012, p.547, concl. G. Dumortier ; RFD Adm. 2012, p.560, note M. Gautier ; AJDA 2012, p.936, chron. X. Domino et A. Bretonneau.

<sup>19</sup>- CJCE, 15 juill. 1964, aff. 6/64 : Rec. CJCE 1964, p.1141

traité, mais aussi en raison d'obligations que le traité impose d'une manière bien définie, tant aux particuliers qu'aux Etats membres et aux institutions communautaires.

Parmi les normes de droit communautaire qui sont douées d'un effet direct peuvent être citées les dispositions du droit primaire applicables aux entreprises, comme les règles de concurrence ( art. 101 et 102 TFUE ), ou bien encore les règles relatives à la libre circulation des personnes, opposables tant aux pouvoirs publics qu'aux personnes physiques et morales. Mais il n'y a pas que le droit primaire, issu des traités, qui soit d'applicabilité directe. Les dispositions de droit dérivé sont également susceptibles d'être dotées de cet attribut.

Spécialement ne suscitent guère de problèmes en termes d'applicabilité directe et d'effet direct les règlements communautaires, que l'article 288 TFUE considère expressément comme directement applicables dans tout Etat membre, mais aussi comme d'effet direct du fait de leur aptitude à faire entrer dans le patrimoine des particuliers des droits et des obligations susceptibles d'une exécution judiciaire. Cet effet direct se présente d'ailleurs comme plénier, en ce que le règlement est doté à la fois d'un effet direct vertical, se manifestant dans les rapports entre l'Etat et les personnes privées, et d'un effet direct horizontal, concernant les relations juridiques entre particuliers. Cependant, ainsi que l'a relevé le Professeur Mehdi<sup>20</sup>, par exception, un règlement peut habiliter expressément une institution où un Etat membre à prendre des actes d'application, ce qui paraît bien exclure, faute de complétude de la norme, que les particuliers puissent tirer le moindre droit du règlement, du moins tant que les mesures nationales d'exécution n'auront pas été prises. Mais il ne s'agit là que d'exceptions, une véritable présomption d'applicabilité directe et d'effet direct

---

<sup>20</sup>-Juriscl. Europe, préc., n°38.

bénéficiant normalement aux règlements communautaires. En outre, ainsi que l'a indiqué la Cour de justice dans son arrêt Van Duyn du 4 décembre 1974 ( aff. 41/74 : Rec. CJCE 1974, p.1337 ) « *si, en vertu de l'article 189 ( devenu article 249 CE puis article 288 TFUE ) les règlements sont directement applicables (...), il n'en résulte pas que d'autres catégories d'actes ne peuvent jamais produire d'effets analogues* ». Ainsi, les décisions des institutions communautaires, pour autant du moins qu'elles sont adressées à des entreprises ou à des particuliers, développent indiscutablement un effet direct. Et un constat similaire vaut pour les règles posées par un accord externe conclu par la Communauté avec des pays tiers, à condition là encore, selon l'exigence rappelée par la Cour de justice dans son arrêt Demirel précité du 30 septembre 1987, « *que la règle, eu égard à ses termes ainsi qu'à l'objet et à la nature de l'accord, comporte une obligation claire et précise, qui n'est subordonnée, dans son exécution et ses effets, à l'intervention d'aucun acte ultérieur*».

## **B.- L'intégration juridique, mode organisé d'articulation normative**

### **1°) L'intégration européenne, outil de domination normative**

Au-delà d'une simple coexistence ou d'une simple cohabitation, l'intégration européenne est également outil d'articulation entre normes intégrées et normes nationales. Cette articulation traduit plusieurs réalités, avec là encore à la source de cette articulation la présence d'un ordre juridique propre :

-L'articulation traduit une domination de la norme intégrée sur les différents droits nationaux : dans le contexte européen, cette domination a pris corps à travers le principe de primauté du droit communautaire, énoncé dans l'arrêt Costa du 15 juillet



1964<sup>21</sup>: « *l'intégration exige l'unité et l'uniformité du droit communautaire, de sorte que les Etats ne sauraient prétendre opposer leur droit à celui de la Communauté sans lui faire perdre son caractère communautaire, et sans mettre en cause la base juridique de la Communauté elle-même* ».

Le principe de primauté est induit par l'ordonnancement communautaire, lui-même influencé par la dynamique de l'intégration, en ce sens qu'il est appréhendé dans une logique de soumission aux objectifs communautaires, aux domaines de compétence communautaire et au droit communautaire, ces deux dernières dimensions apparaissant clairement distinguées dans l'arrêt Simenthal<sup>22</sup>. Ainsi qu'il a pu être dit<sup>23</sup>, plutôt que de coordonner l'ordre juridique communautaire et les ordres juridiques nationaux, les règles de répartition « ordonnent » deux ordres juridiques intégrés. Le système général de compétences communautaire est ainsi un système « ordonné », dont l'ordre est défini par les traités, et contrôlé sur cette base par le juge européen. C'est la détermination de la sphère de compétence communautaire qui commande celle de la sphère de compétences des Etats membres, et non l'inverse. L'expression de « système ordonné » rend bien cette double dimension de système, d'ensemble mais aussi de verticalité, de soumission à la logique communautaire, c'est-à-dire à une logique d'intégration, qui implique la subordination juridique des Etats membres, d'une manière compatible avec le maintien de leur souveraineté, puisque cette subordination ne leur est pas imposée, mais est le fruit de leur volonté.

Une autre justification du principe de primauté, mise en exergue par l'arrêt Costa à l'aide de motifs particulièrement forts, réside dans le fait « *qu'à la différence des traités internationaux*

---

<sup>21</sup> -CJCE, 15 juill.1964, *aff.*6/64, Costa c/ Enel : Rec. CJCE 1964, p.1141.

<sup>22</sup> -CJCE, 9 mars 1978, *aff.* 106/77, point 18 : Rec. CJCE 1978, p.629.

<sup>23</sup>- M. Blanquet, *JurisClasseur*, Fasc. n° 170, préc. n°3.

*ordinaires, le traité de la CEE a institué un ordre juridique propre, intégré à l'ordre juridique des Etats membres lors de l'entrée en vigueur du traité et qui s'impose à leurs juridictions ; qu'en effet, en instituant une Communauté de durée illimitée dotée d'institutions propres, de la personnalité, de la capacité juridique, d'une capacité de représentation nationale et plus particulièrement de pouvoirs réels issus d'une limitation de compétence ou d'un transfert d'attribution des Etats à la Communauté, ceux-ci ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains et créé ainsi un corps de droit applicable à leurs ressortissants et à eux-mêmes ».* Comme l'exprime la Cour de justice, la primauté du droit communautaire ressortit à la nature même de la Communauté, dont les normes doivent régler elles-mêmes la question de leur articulation avec les différents droits nationaux.

Cette primauté vaut pour l'ensemble des normes de droit communautaire, pour autant du moins qu'elles soient d'applicabilité directe. Ainsi, tant les dispositions contenues dans le droit communautaire originaire ( dispositions des traités institutifs) que les règles de droit communautaire dérivé (règlements, directives, décisions, accords internationaux passés par l'Union européenne ).

Ainsi établi, le principe de primauté est susceptible d'applications diverses. Tout d'abord dans le cadre de différends entre Etats membres et institutions communautaires, qui trouveront à s'exprimer au gré de procédures diligentées devant la Cour de justice des Communautés européennes. Mais aussi dans la sphère interne, à la faveur de litiges portés devant les juridictions nationales à propos de contentieux opposant des particuliers entre eux, ou des particuliers à l'Etat ou à certaines de ses émanations. Quel que soit le contexte, la Cour de justice s'est employée à fixer les diverses modalités de sanction de la

prévalence de la norme communautaire, à savoir d'une part, l'inapplicabilité par la juridiction interne du droit national contraire, d'autre part l'obligation pour l'Etat de mettre en conformité son droit national contraire avec le droit de l'Union européenne. Ces modes de sanction, garants de l'effectivité de l'intégration juridique, et européenne pour ce qui nous concerne, doivent être à présent brièvement abordés.

Pendant, avant d'en arriver là, et pour en terminer avec la domination normative induite par l'intégration européenne, constatons la volonté de sauvegarder l'homogénéité de l'édifice intégré en imposant une interprétation uniforme et supranationale confiée à la Cour de justice.

## **2°) L'intégration européenne, mode d'organisation de la sanction normative**

-Ainsi que l'a souligné à plusieurs reprises la Cour de justice<sup>24</sup>, *« la Communauté (...) est une communauté de droit en ce que ni ses Etats membres ni ses institutions n'échappent au contrôle de leurs actes à la charte constitutionnelle de base qu'est le traité, et que ce dernier a établi un système complet de voies de recours et de procédures destinées à confier à la Cour le contrôle de la légalité des actes des institutions »*. C'est ainsi qu'ont été organisés des voies de recours (recours en annulation, recours en manquement, renvoi préjudiciel) de nature à garantir tant du côté des institutions communautaires que du côté des Etats membres l'effectivité de l'intégration juridique communautaire. En outre, on a voulu que les particuliers puissent être partie intégrante à la défense de l'ordre juridique communautaire. Comme on a pu le dire, la consécration d'un droit au recours constitue un élément incontestable de progrès dans la pénétration de la

---

<sup>24</sup>- Voir notamment CJCE, 23 avr. 1986, *aff.294/83*, Les Verts c/PE : Rec. CJCE 1986, p.1339.

Communauté au sein des Etats de droit<sup>25</sup> Cette consécration revêt d'autant plus d'importance que, ainsi que l'a souligné un auteur<sup>26</sup>, les personnes privées sont dépourvues de recours contre les Etats devant le juge communautaire, et ne peuvent donc agir que devant les juges nationaux, devenus juges communautaires de droit commun. Pour cette raison, la Cour de justice a entendu affirmer un droit à une protection juridictionnelle, ce que l'on a pu nommer « le droit au juge ». Afin que l'intégration juridique européenne soit une réalité, et que ne soient pas vains les droits que recueillent les particuliers du fait de l'action normative de l'Union européenne, a été consacré le droit à un recours effectif devant le juge national. Selon une expression maintes fois reprise par la Cour de justice, les particuliers ont le droit d'obtenir du juge national une protection directe, immédiate, effective, mais aussi efficace des droits individuels conférés par le droit communautaire, à défaut de quoi les Etats failliraient aux impératifs de l'intégration européenne<sup>27</sup>. En vue de l'accomplissement de l'intégration, l'ordre juridique se double ainsi d'un ordre judiciaire. Le juge national sera tenu de suspendre<sup>28</sup> ou d'écartier, au besoin d'office<sup>29</sup>, l'application de la règle nationale contraire, tout en demeurant libre de choisir parmi les diverses possibilités que lui offre l'ordre juridique interne, et ce au nom du principe d'autonomie procédurale et institutionnelle, celles qui lui paraîtront les plus appropriées pour sauvegarder les droits

---

<sup>25</sup>-J. Rideau, Communauté de droit et Etats de droit, in Mél. J. Dupuy, Humanité et droit international : Paris, Pedone, 1991, spéc. p.266 et s.

<sup>26</sup>-J. Rideau, Le rôle de l'Union européenne en matière de protection des droits de l'homme : RCADI 1997, t.265, p.143.

<sup>27</sup>-Voir ainsi CJCE, 19 déc. 1968, aff. 13/68, Salgoil : Rec. CJCE 1968, p.661 ; CJCE, 9 juill. 1985, aff. 179/84, Bozetti : Rec. CJCE 1985, p.2301.

<sup>28</sup>-CJCE, 19 juin 1990, aff. C-213/89, Factortame : Rec. CJCE 1990, I, p.2433.

<sup>29</sup>-CJCE, 14 déc.1995, aff. C-313/93, Peterbroeck : Rec. CJCE 1995, I, p. 4599.

individuels attribués par le droit communautaire<sup>30</sup>.

-L'articulation entre droit communautaire et droits nationaux organise un système complet de sanctions, là encore afin de préserver l'application effective en même temps que le respect de l'intégration européenne. Ces sanctions sont mises en œuvre ici également aussi bien par la juridiction supranationale que par les juridictions nationales : annulation et mise à l'écart des actes et dispositions contraires, engagement de la responsabilité civile, administrative et pénale.

Soucieuse d'obliger les Etats membres à réparer les conséquences dommageables des violations du droit communautaire qui leur sont imputables, la Cour de justice a élaboré un régime de la « réparation adéquate »<sup>31</sup>. Sur cette base, elle a développé un droit à la répétition de l'indu, permettant au justiciable d'obtenir le remboursement des sommes perçues par les pouvoirs publics en violation des règles du droit communautaire<sup>32</sup>. En outre, dans un très important arrêt *Francovitch*<sup>33</sup>, la Cour a consacré l'existence à la charge des Etats membres d'une obligation générale de réparation des dommages résultant d'une violation du droit communautaire. D'une manière plus générale existe un principe de responsabilité des pouvoirs publics pour violation du droit de l'Union européenne. Aux termes d'une jurisprudence bien établie, la Cour de justice estime qu'engage sa responsabilité l'Etat membre qui s'est rendu coupable d'une violation suffisamment caractérisée de la

---

<sup>30</sup>-CJCE, 15 déc.1971, *aff. Jointes 51/71 à 54/71, International Fruit Company* : Rec. CJCE, p.1107.

<sup>31</sup>-R. Mehdi : *JurisClasseur Europe*, Fasc. 196, 2013, n°110.

<sup>32</sup>-CJCE, 14 janvier 1997, *aff. Jointes C-192/95 à C-218/95, Comateb* : Rec. CJCE 1997,I,p.165 ; *Europe 1997*, comm.68.

<sup>33</sup>-CJCE, 19 nov.1991, *aff. Jointes C-6/90 et C-9/90, Francovitch, Bonifaci e.a. c/ Italie*, concl. J. Mischo : Rec. CJCE 1991,I, p.5357. Sur cette question, voir L. Dubouis, *La responsabilité de l'Etat pour les dommages causés aux particuliers pour la violation du droit communautaire* : RFDA 1992, p.1.

norme de droit communautaire, dès lors que cette norme comporte l'attribution de droits aux particuliers, et qu'existe un lien de causalité entre le dommage allégué et la violation de l'obligation incombant à l'Etat ( CJCE, 5 mars 1996, aff. Jointes C-46/93 et 48/93, Brasserie Le Pêcheur et Factortame III : Rec. CJCE 1996, I, p.102 : Rec. CJCE 1996, I, p.1029 )<sup>34</sup>.

## **II.- La dynamique de l'intégration juridique à travers l'intégration européenne.**

Ainsi qu'un auteur<sup>35</sup> le rappelait fort à propos la création des Communautés européennes s'est depuis l'origine inscrire dans une perspective d'évolution vers un ensemble plus global. La création de l'Union européenne par le Traité de Maastricht du 7 février 1992 a donné une nouvelle dimension à la construction européenne, qui au gré des traités ultérieurs ( Traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997, Traité de Nice du 26 février 2001 ) a transformé la situation antérieure, en faisant apparaître à côté du pilier communautaire, pilier initial de l'intégration, les deux piliers intergouvernementaux constitués par la PESC ( politique étrangère et de sécurité commune ) et la Coopération policière et judiciaire en matière pénale ). Quelques années plus tard, en dépit de l'échec en 2005 du Traité établissant une constitution pour l'Europe, le Traité de Lisbonne du 13 décembre 2007 a donné naissance à une construction nouvelle de l'Union européenne, et plus précisément à la substitution à la Communauté de droit existant jusque là d'une véritable Union de droit, marquée notamment par l'entrée en vigueur de la Charte des droits fondamentaux, et les dispositions sur l'adhésion à la Convention

---

<sup>34</sup>-CJCE, 19 nov.1991, aff. Jointes C-6/90 et C-9/90, Francovitch, Bonifaci e.a. c/ Italie, concl. J. Mischo : Rec. CJCE 1991,I, p.5357. Sur cette question, voir L. Dubouis, La responsabilité de l'Etat pour les dommages causés aux particuliers pour la violation du droit communautaire : RFDA 1992, p.1.

<sup>35</sup>-J. Rideau, Jurisclasseur Europe, fasc. 189, Ordre juridique de l'Union européenne, n°41.

européenne des droits de l'homme. L'ensemble de ce mouvement s'est assurément traduit par un renforcement de l'intégration juridique européenne (A), mais a dans le même temps posé la question des limites susceptibles d'être assignées à une telle intégration juridique, synonyme pour certains de l'évanouissement des identités nationales (B).

### **A.- Vers toujours plus d'intégration juridique européenne**

Incontestablement, l'évolution de la construction européenne laisse apparaître un accroissement constant de l'intégration européenne (1°), qui ne semble guère devoir s'arrêter dès lors que cette intégration, à certains égards, se révèle à ce jour encore inachevée (2°).

#### **1°) Un accroissement constant de l'intégration européenne**

A priori, l'intégration européenne ne devrait pas être frappée du sceau de l'expansion. Le principe de compétence d'attribution, reconnu dès l'origine, et que consacrait l'article 7, §1, 2<sup>ème</sup> alinéa du traité CE, prévoyait que « *chaque institution agit dans la limite des attributions qui lui sont conférées par le présent traité* ». Depuis le traité de Lisbonne, l'article 5, §2 TUE reprend le principe d'une limitation des compétences de l'Union, définies d'une manière négative : « *l'Union n'agit que dans la limite des compétences que les Etats membres lui ont attribuées dans les traités pour atteindre les objectifs que ces traités établissent. Toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux Etats membres* ». Ainsi, en vertu de cette compétence d'attribution, l'intégration juridique semble trouver un frein naturel, les Etats membres conservant en quelque sorte « la main » sur les compétences dévolues à l'Union européenne, dont la base juridique réside dans l'existence obligatoire d'une telle attribution. En effet, la compétence nationale devrait en raison de ce principe demeurer

la règle, la compétence communautaire relevant de l'exception, ce qui devrait se traduire juridiquement en termes de non-présomption (toute compétence est présumée nationale), de titre juridique (la compétence communautaire nécessite l'existence d'une disposition particulière), mais aussi d'interprétation restrictive (dans le doute, la compétence ne peut être communautaire, mais doit demeurer nationale). Pourtant, l'évolution de l'intégration européenne s'est inscrite dans le sens d'une extension constante. Y a-t-il lieu de s'en étonner et d'y voir une entorse au principe d'attribution ? La réponse à cette question est négative car, à regarder de plus près ce principe d'attribution, il convient de le comprendre non comme limitant l'identification des compétences à celles listées dans le traité, mais à celles dont la reconstitution peut être faite sur la base des dispositions du traité, et spécialement en fonction des objectifs prévus par ceux-ci<sup>36</sup>. Or, à cet égard, les objectifs poursuivis se sont révélés de plus en plus ambitieux, à mesure que s'approfondissait la construction européenne.

L'évolution de l'intégration juridique a alors accompagné l'évolution de la construction européenne : en 1992, lors de la transformation de la Communauté économique européenne en Union européenne, de nouvelles compétences ont été attribuées par les Etats membres à celle-ci, dont les dimensions extra-économiques étaient patentes, par exemple dans le domaine de la santé publique, de l'environnement ou de la culture. Tout ceci sur fond d'intégration croissante en matière économique, autour de l'objectif d'achèvement du marché intérieur. Cette extension des compétences doit être décrite. Cependant, auparavant, il convient d'observer combien l'intégration, avant de s'étendre, s'est approfondie sous l'impulsion de la Cour de justice.

---

<sup>36</sup>-M. Blanquet : *JurisClasseur préc.*, Fasc. 170, n°33.



L'intégration juridique européenne s'est approfondie, et a été reconnue là où, pourtant, il n'y aurait pas dû y avoir d'intégration. Ce phénomène s'est manifesté notamment à propos de l'applicabilité immédiate des directives non transposées. Ainsi qu'il a été vu plus haut, les directives ne sont pas par elles-mêmes dotées d'un effet direct, en ce sens que, normalement, pour que les particuliers puissent prétendre tirer des droits des dispositions des directives, celles-ci doivent avoir fait l'objet d'une mesure de transposition nationale. Tant que ce délai de transposition n'est pas expiré, les dispositions d'une directive n'ont pas vocation à être directement appliquées. Et lorsque les mesures de transposition n'ont pas été prises, les effets de la directive n'atteignent les particuliers qu'au travers des mesures d'application prises par l'Etat membre. Cependant, tout ceci n'a pas empêché la Cour de justice, à l'aide d'une lecture « téléosystémique » des traités, de reconnaître aux directives un effet direct, montrant ainsi sa volonté de porter l'intégration juridique au-delà de ce que semblait permettre la lettre des traités institutifs. Cette reconnaissance n'allait pourtant pas de soi. En effet, même si le traité confère expressément aux règlements communautaires une applicabilité directe, et en principe un effet direct, il est muet au sujet des directives qui, selon l'article 189 du traité (aujourd'hui art.288 TFUE ) ne lient les Etats membres que quant au résultat à atteindre, et leur laissent le choix de fixer les moyens propres à faire produire effet aux directives en droit interne. Aussi bien, en ce contexte, était-il tentant de partir de l'idée que les particuliers tirent en principe leurs droits non de la directive elle-même, mais des mesures nationales de transposition. Pourtant, cela n'a pas empêché la Cour de justice d'affirmer que les directives, à l'instar des règlements et des dispositions des traités, sont susceptibles de produire un effet direct<sup>37</sup>.

---

<sup>37</sup>-Par les arrêts SACE ( CJCE, 17 déc. 1970, aff. 33/70 : Rec. CJCE 1970, p.1213 ), et Van

Simplement, pour qu'il en aille ainsi, a estimé la Cour de justice, les directives doivent être précises et inconditionnelles, la production d'un effet direct ne pouvant en tout état de cause survenir qu'après la fin du délai de transposition, lorsque l'Etat n'a pas ou a mal transposé la directive en cause. En outre, a précisé la Cour par la suite, les directives ne sauraient produire qu'un effet vertical, et qui plus est ascendant, seuls les particuliers ayant la possibilité de s'en prévaloir à l'encontre de l'Etat, mais non l'inverse<sup>38</sup>. En clair, à travers cette jurisprudence, la Cour de justice a admis que, même non transposées en droit interne, les directives puissent se voir reconnaître un certain effet direct, pour autant du moins qu'elles satisferaient à la condition d'applicabilité directe.

Cependant, par un célèbre arrêt Cohn-Bendit<sup>39</sup>, le Conseil d'Etat français a refusé de suivre cette voie, et, se fondant sur une lecture littérale du traité, a dénié toute applicabilité directe aux directives non transposées. Il a ainsi exclu que les directives puissent être invoquées par les ressortissants des Etats membres à l'appui d'un recours dirigé contre un acte administratif individuel. Mais, en dépit ce refus d'applicabilité directe, le Conseil d'Etat a néanmoins laissé la porte ouverte à une invocabilité limitée, ou partielle, des directives communautaires, avant, en 2009, d'admettre leur effet direct.

Dans un premier temps, le Conseil d'Etat a ainsi admis

---

Duyn ( CJCE, 4 déc.1974, aff. 41/74 : Rec. CJCE 1974, p.1337 ).

<sup>38</sup>-CJCE, 5 avril 1979, aff. 148/78, Ratti : Rec. CJCE 1979, p.1629.

<sup>39</sup>-CE, ass.22 déc.1978, min.Int. c/ Cohn-Bendit : Rec. CE 1978, p.524 ; AJDA 1979, p.27, chron. O. Dutheillet de lamothe et Y. Robineau ; D.1979, jurisp., p.155, concl. B. Genevois et note B. Pacteau ; D. 1979, inf. rap., p.89, obs. P. Delvolvé ; RTDE 1979, p.169, Concl. Genevois et note L. Dubouis ; Cah. Dr. Eur. 1979, p.625, note G. Isaac ; JCP, éd.G ,II, 19158, nore R. Kovar ; Rev. Crit.DIP 1979, p ;647, note A. Lyon-Caen ; Gaz.pal., 1979, 1, p.212, note D. Ruzié ; RGDI publ. 1979, p.832, note C. Vallee ; Rev.Belge de Droit International 1980, p.126, note A. barav ; RMC 1979, p.104, note J. Boulouis.

une invocabilité limitée des directives, projetant ainsi la lumière sur les différentes formes d'invocabilité dont peut-être l'objet une norme juridique communautaire. Comme l'ont rappelé des auteurs<sup>40</sup>, les normes dotées d'une applicabilité directe, en même temps que d'un effet direct, bénéficient d'une invocabilité maximale, leur permettant d'être invoquées dans toutes les formes de litiges. Elles bénéficient ainsi d'une invocabilité de substitution, ce qui signifie que les particuliers ont la faculté de solliciter du juge le bénéfice des droits conférés par la norme internationale d'effet direct, au besoin en la substituant à la norme nationale contraire. Mais leur invocabilité peut, au gré des litiges, se manifester également sous la forme d'une invocabilité d'interprétation, où la norme internationale va être invoquée aux fins d'interprétation, à la lumière de ses dispositions, de la norme nationale, ou bien encore sous la forme d'une invocabilité de réparation, la norme internationale se voyant alors invoquée pour obtenir réparation du préjudice consécutif à sa violation. Enfin, l'invocabilité d'exclusion de la norme internationale octroie la possibilité de réclamer au juge l'exclusion de la norme nationale qui lui est contraire. En bref, la norme jouissant d'une pleine applicabilité directe ainsi que d'un effet direct bénéficie de ces quatre formes d'invocabilité. Mais la Cour de justice a par la suite admis que des normes communautaires, non applicables directement car insuffisamment précises ou inconditionnelles et, partant, insusceptibles de bénéficier de l'invocabilité de substitution, puissent néanmoins se voir reconnaître les trois autres formes d'invocabilité<sup>41</sup>. Le Conseil d'Etat, tout en maintenant son refus d'admettre l'invocabilité de

---

<sup>40</sup>-Y. Galmot et J.-C. Bonichot : La Cour de justice des Communautés européennes et l'invocabilité des directives en droit national : RFD Adm. 1988, p.1, auteurs cités par M. Gautier et F. Melleray, Juriscl. Adm., préc., n°75.

<sup>41</sup>-Voir la jurisprudence de la CJCE citée par M. Gautier et F. Melleray, Juriscl. Adm., préc., n°76.

substitution des directives non transposées, a lui aussi accepté que ces directives bénéficient de l'invocabilité d'interprétation<sup>42</sup> et de l'invocabilité de réparation<sup>43</sup>. Surtout, le Conseil a développé une jurisprudence particulièrement dynamique visant à une expansion de l'invocabilité d'exclusion, non seulement à l'encontre des actes réglementaires, mais encore, en combinaison avec la technique de l'exception d'illégalité contre les décisions individuelles fondées sur un acte réglementaire ou une loi contraires à une directive non transposée. Le rapprochement de la position du Conseil d'Etat avec celle de la Cour de justice allait connaître son aboutissement avec l'arrêt Perreux, rendu par l'Assemblée du Conseil d'Etat le 30 octobre 2009<sup>44</sup>. Par cette très importante décision, le Conseil d'Etat pose deux principes : selon le premier, une disposition d'une directive est désormais d'applicabilité directe et produit un effet direct après l'expiration du délai de transposition, pourvu qu'elle satisfasse aux conditions de précision et d'inconditionnalité. Dans la négative, cette disposition ne produit pas d'effet direct, faute d'applicabilité directe, mais prête néanmoins aux autres formes d'invocabilité limitée reconnue par la jurisprudence du Conseil d'Etat postérieurement à l'arrêt Cohn-Bendit. Ainsi, on le voit, aux termes de cette jurisprudence particulièrement dynamique, l'intégration juridique franchit indiscutablement un pas supplémentaire, dès lors qu'elle se réalise là où, normalement,

---

<sup>42</sup>-Voir par exemple CE, sect., 22 déc.1989, min. Budget c/ Cercle militaire mixte caserne Mortier : Rec. CE 1989, p.260 ; AJDA 1990, p.328, concl. M.-D. Hagelsteen.

<sup>43</sup>-Voir ainsi CE, ass., 28 févr. 1992, SA Rothmans International France et SA Philip Morris France : Rec ; CE 1992, p.81.

<sup>44</sup>-CE, ass.,30 oct. 2009, Perreux : Rec. CE 2009, p.407, concl. M. Guyomar ; RFD Adm. 2009, p.1125, concl. M. Guyomar et note P. Cassia ; RFD Adm. 2009, p.1276, chron. T. Rambaud et A. Roblot-Troizier ; RFD Adm. 2010, p.201, chron. C. Santulli ; AJDA 2009, p.2385, chron. S.6f. Liéber et D. Botteghi ; Dr. Adm. 2009, étude 21, M. Gautier ; RTDE 2010, p.223, note D. Ritleng ; JCP, éd.A, 2036, note O. Dubos et D. Katz ; D. 2010, p.553, note G. Calvès ; GAJA, 1\_ème éd., 2011, n°117.

cela n'aurait pas dû être le cas.

Outre cet approfondissement, l'intégration juridique européenne a connu un phénomène d'extension en même temps que d'irréversibilité des compétences communautaires. La construction européenne s'est traduite par un « ajustement des compétences », notamment jurisprudentiel, qui a été sans conteste une des sources du dynamisme et du développement de l'intégration européenne, qui n'aurait pu prospérer dans une lecture stricte du principe d'attribution. Comme on a pu le souligner<sup>45</sup>, cet ajustement s'est toujours fait à la hausse, c'est-à-dire qu'il n'a pas consisté à revenir sur des attributions de compétence, mais à en élargir ou renforcer les effets. Les manifestations de cette extension des compétences communautaires, et par voie de conséquence de l'intégration juridique européenne, sont multiples. Elles témoignent en même temps de l'utilisation d'outils et de techniques extrêmement sophistiqués illustrant les différents moyens d'approfondir sans cesse davantage une intégration juridique. L'ensemble de ces manifestations caractérisant l'intégration européenne ne sauraient naturellement être repris ici. Plus simplement convient-il d'en exposer les manifestations les plus frappantes, qui permettent de comprendre l'irréversibilité du mouvement d'approfondissement continu de l'intégration européenne. Il existerait ainsi un principe d'« intangibilité des compétences », en même temps qu'un principe d'extensibilité des compétences de l'Union.

L'intangibilité des compétences de l'Union connaît deux expressions, en termes d'irréversibilité et d'invulnérabilité des attributions de compétence à la Communauté. L'irréversibilité correspond au caractère définitif des attributions de compétence, du fait de la durée illimitée des traités de base, porteurs d'un

---

<sup>45</sup>-M. Blanquet ; JurisClasseur Europe, Fasc. 170, préc., n°36.

abandon définitif par les Etats membres de leurs droits souverains, pour reprendre les termes de l'arrêt Costa. L'invulnérabilité signifie quant à elle que les attributions de compétence à la Communauté, puis à l'Union européenne, ne sauraient être remises en cause par des problèmes pouvant affecter leur mise en œuvre, que ce soit pour des raisons d'efficacité, par exemple la situation de non-exercice de la compétence communautaire, ou des raisons de légalité, par exemple le fait qu'un autre Etat membre n'exécute pas ses obligations découlant des traités.

L'extensibilité des compétences de l'Union se rattache quant à elle à la philosophie même d'un processus créant une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe, pour reprendre les termes de l'article 1 du TUE. En d'autres termes, l'intégration s'inscrit dans une logique de progressivité. En particulier, en dépit du principe des compétences d'attribution, la Cour de justice, dès les années soixante, a utilisé la méthode dite des « compétences implicites » pour admettre que des compétences normatives pouvaient résulter implicitement du texte du traité, voire de son économie générale<sup>46</sup> Mais d'autres techniques ont également permis un accroissement de l'intégration juridique européenne. Soit par un ajustement des domaines de compétence, dans le sens de leur élargissement grâce par exemple aux clauses dites « d'intégration transversales », où certains objectifs propres à la sphère communautaire, comme par exemple l'environnement, ou la protection de la santé des consommateurs, ont été extraits de leur base juridique initiale pour être transposés au sein d'autres politiques communautaires, par exemple celle des transports<sup>47</sup>. Soit par un ajustement des pouvoirs, la Cour de justice n'hésitant pas à se livrer à une interprétation extensive

---

<sup>46</sup>-CJCE, 15 juill.1960, *aff.*20/59, Italie c/ Haute-Autorité : Rec. CJCE 1960, p.663.

<sup>47</sup>-CJCE, 23 oct. 2007, *aff.* C-440/05, Comm. c/cons. : Rec. CJCE 2007,I,p.9097.

des titres de compétence, aboutissant ainsi à la création de pouvoirs renforcés, ou à la reconnaissance de « pouvoirs impliqués ». Ainsi, en matière environnementale, la Cour de justice a-t-elle accordé au Parlement européen un pouvoir renforcé de décision environnementale permettant, alors que cela n'était pas prévu, la prise de mesures en relation avec le droit pénal des Etats membres, ceci afin de permettre la pleine effectivité des normes environnementales communautaires<sup>48</sup>. La reconnaissance de pouvoirs impliqués vise à conférer à l'Union une possibilité d'action juridique qui ne lui a pas été conférée explicitement par les traités. Ces pouvoirs impliqués peuvent concerner aussi bien la sphère des pouvoirs externes, en confiant en un domaine à la Communauté le pouvoir d'agir sur la sphère internationale, là où seuls des pouvoirs de réglementation interne lui étaient reconnus<sup>49</sup>. De la même façon, mais cette fois en matière interne, la CJCE, au nom de la satisfaction d'un objectif donné, a permis la mise en œuvre de tel ou tel instrument juridique, pourtant non expressément attribué<sup>50</sup>. Allant encore plus loin, la Cour a entendu marquer son refus de domaines qui seraient interdits à l'emprise communautaire. Ainsi, dans un arrêt du 23 février 1961<sup>51</sup>, la Cour a admis « des incursions » de la compétence communautaire dans les souverainetés nationales, ce qui, comme il a été observé<sup>52</sup>, est une façon d'affirmer l'absence de domaine interdit face à l'extensibilité des limites de la compétence communautaire. Toujours dans le même sens, la Cour a entendu renforcer l'intégration juridique à travers l'interprétation qu'elle donne des clauses dérogatoires, c'est-à-dire des clauses permettant

---

<sup>48</sup>-CJCE, 13 sept.2005, aff. C-176/03, Comm. c/ Cons. : Rec. CJCE, 2005,I, p.7879.

<sup>49</sup>-CJCE, 31 mars 1971, aff.22/70, Comm. c/ Cons. : Rec. CJCE, 1971, p.263.

<sup>50</sup>-CJCE, 13 nov. 1991, aff. C-303/90, Comm. c/ France : Rec. CJCE 1991, 1, p.5315.

<sup>51</sup>-aff.30/59, De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg c/ Haute Autorité : Rec. CJCE 1961,p.3.

<sup>52</sup>-M. Blanquet : JurisClasseur Europe, Fasc.170, préc., n°47.

aux Etats membres de passer outre à certains principes fondamentaux du droit communautaire, comme la liberté de circulation. Aussi bien considère t-elle que ces clauses, loin de consacrer une sorte de sanctuaire abritant les compétences réservées aux Etats, représentent des exceptions au principe fondamental de liberté de circulation, qu'il convient, en tant que telles, d'interpréter strictement.

Ce mouvement d'extension et d'approfondissement de l'intégration juridique européenne ne devrait pas s'arrêter là. Beaucoup en effet considèrent aujourd'hui que cette intégration demeure inachevée, et n'a pas encore atteint son objectif ultime.

## **2°) Une intégration juridique inachevée**

L'arrêt Costa portait en lui la perspective d'une intégration juridique totale, en ce sens que nulle norme issue des ordres juridiques nationaux, fût t-elle constitutionnelle, ne saurait lui être supérieure. Cet arrêt indiquait *in fine* « *qu'il résulte de l'ensemble de ces éléments, et spécialement de l'instauration d'un ordre juridique, intégré à l'ordre juridique des Etats membres lors de l'entrée en vigueur du traité, qu'issu d'une source autonome, le droit né du traité ne pourrait donc, en raison de sa nature spécifique originale, se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même* ». En clair, sur la base de telles prémices, le droit de l'Union européenne doit l'emporter dans sa totalité sur l'ensemble des règles nationales. L'intégration juridique apparaît alors totale, du moins dans les domaines couverts par les compétences communautaires. Cependant, au-delà des termes de l'arrêt Costa, rendu dans une affaire où s'opposaient le traité de la CEE et une loi nationale postérieure, pouvait-il être envisageable que des dispositions de droit communautaire aussi bien primaire que dérivé puissent l'emporter sur des normes nationales à valeur constitutionnelle ?



La Cour de justice l'admit dans son arrêt « Internationale Handelsgesellschaft », rendu le 17 décembre 1970<sup>53</sup>, dans des termes dont la force a souvent été soulignée : « *l'invocation d'atteintes portées soit aux droits fondamentaux tels qu'ils sont formulés par la Constitution d'un Etat membre, soit aux principes d'une structure constitutionnelle nationale ne saurait affecter la validité d'un acte de la communauté ou son effet sur le territoire de cet Etat membre* ». Cette position a été réitérée par la Cour maintes fois, notamment dans l'arrêt Melloni du 26 février 2013<sup>54</sup>. Cependant, en dépit de cette jurisprudence constante, la plupart des cours nationales des Etats membres ont clairement marqué leur refus de ce qui pourrait s'apparenter à une subordination des normes constitutionnelles aux normes communautaires. Notamment la Cour constitutionnelle allemande<sup>55</sup> qui, depuis longtemps, refuse d'appliquer le droit communautaire s'il contrevient à la structure fondamentale de la Constitution et aux droits fondamentaux qu'elle garantit. Une position similaire prévaut en Italie, au Danemark, en Espagne, en Belgique, en Grèce, en Pologne, en République Tchèque, mais également en France, comme l'exprime l'arrêt Sarran rendu le 30 octobre 1998 par l'Assemblée du Conseil d'Etat<sup>56</sup>. Selon la Haute juridiction Administrative, « *si l'article 55 de la Constitution dispose que les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés, ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois (...) la suprématie ainsi conférée aux engagements internationaux ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle (...)* ». De la sorte se trouve niée la spécificité liée à l'existence d'un ordre

---

<sup>53</sup>-Aff. 11/70 : Rec. CJCE 1970, p.1125.

<sup>54</sup>-CJUE, 26 février 2013, aff. C-399/11. Sur cet arrêt, voir R. Mehdi, Retour sur l'arrêt Melloni : quelques réflexions sur des usages contradictoires du principe de primauté : [www.gdr-elsj.eu](http://www.gdr-elsj.eu), mars 2013.

<sup>55</sup>-Cour const. Féd., 29 mai 1974, Cah. dr. europ. 1975, n°149, note G. Cohen-Jonathan.

<sup>56</sup>-Rec.CE 1998, p.368.

juridique communautaire. A l'appui de cette position a souvent été mise en avant la notion d' « identité constitutionnelle », notion conçue par référence aux composantes matérielles de la souveraineté, c'est-à-dire l'ensemble des moyens sans lesquels un Etat cesserait de pouvoir prétendre à sa qualité même<sup>57</sup>. On touche ici aux limites de l'intégration juridique. Cependant, d'aucuns prophétisent aujourd'hui un dépassement de cette position, et la suprématie totale des normes européennes, y compris sur les normes à valeur constitutionnelle. Mais, jusqu'à présent, et pour s'en tenir à la France, les décisions les plus récentes du Conseil constitutionnel marquent sa volonté de maintenir la prévalence de la norme constitutionnelle sur toutes les autres<sup>58</sup>. L'intégration juridique européenne demeure ainsi inachevée, du moins aux yeux de ceux qui entendent mener jusqu'au bout la logique de l'autonomie et de la suprématie de l'ordre juridique communautaire, si tant est que ce terme demeure d'actualité suite à l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne. Toutefois, cette limite persistante à l'approfondissement de l'intégration juridique européenne ne saurait occulter son expansion, qui lui fait gagner un nombre croissant de domaines, parfois même là où on ne l'attendait pas. A tel point que sont nombreux aujourd'hui qui se demandent si l'intégration juridique européenne n'a pas atteint une ampleur illégitime, avec pour objectif ultime une remise en cause des identités nationales. La crainte trouve d'autant plus à s'exprimer que, parallèlement à cette expansion, est souvent pointé du doigt le déficit démocratique caractérisant bien souvent le processus de décision, spécialement à Bruxelles.

---

<sup>57</sup>-R. Mehdi : Jurisclasseur Europe, Fasc. 196, préc., n° 79 et s.

<sup>58</sup>-Voir par exemple Cons. Const. 10 juin 2004, décision relative à la loi sur l'économie numérique, n°2004-496 DC : JO 22 juin 2004.

## **B.- Vers trop d'intégration juridique européenne ?**

L'intégration juridique européenne, au-delà de tous les mérites qui lui sont attribués, en dépit de l'organisation minutieuse dont elle a fait l'objet, et de l'architecture sophistiquée à laquelle elle a donné naissance, suscite depuis longtemps déjà des inquiétudes, qui ne se sont jamais éteintes. Deux craintes animent beaucoup d'observateurs de l'intégration juridique européenne. En tout premier lieu, la façon dont s'opère l'intégration juridique, issue d'un processus décisionnel placé entre les mains des eurocrates, et ainsi marqué par un « déficit démocratique » (1°). Ensuite, est stigmatisé un excès normatif, qui lui-même revêt deux facettes : d'une part une inflation de normes technocratiques dans les matières relevant du champ de l'intégration juridique, d'autre part une trop grande extension précisément de ce champ, qui placerait dans l'orbite de ce champ des domaines qui, normalement, ne devraient pas y figurer (2°).

1°) L'intégration juridique, a-t-il été dit plus haut, a pour effet un transfert de compétences juridiques étatiques d'un Etat à une organisation dotée de pouvoirs de décision et de compétences supranationales. Inévitable, ce transfert ne doit pas pour autant signifier un abandon de tout rôle des Etats dans le processus de création des normes juridiques intégrées. En particulier, s'il est légitime que soient pris en compte et défendus des intérêts propres à l'organisation intégrée, il n'en reste pas moins que, quel que soit le degré de l'intégration, les intérêts des Etats participants ne sauraient être occultés, ces derniers devant garder à tout le moins un droit de regard sur la production des règles issues de la mécanique d'intégration. Dans le contexte qui est le nôtre, l'organisation retenue semble *a priori* avoir respecté ces impératifs. A mesure en effet qu'a progressé l'intégration européenne, le système institutionnel a évolué dans une

dialectique entre intergouvernemental et communautaire, s'appuyant sur une gouvernance multinationale et, parallèlement à l'approfondissement du processus d'intégration, sur un renforcement progressif de son cadre démocratique. Sans là encore vouloir entrer dans une description trop détaillée du cadre institutionnel de l'intégration communautaire, observons que le système institutionnel se caractérise par une organisation originale oscillant entre intergouvernemental et supranationalité, mettant en scène des acteurs et un processus de décision reflétant l'un et l'autre pôles. Or, beaucoup s'accordent pour constater au fil de l'évolution la mise en évidence du pôle intergouvernemental et, partant, le renforcement du cadre démocratique, notamment par l'évolution des institutions communautaires vers plus de démocratie représentative (avec par exemple l'élection du Parlement européen au suffrage universel à partir de 1979, l'affirmation continue des pouvoirs de ce Parlement de l'Acte unique au Traité de Nice, ou encore une meilleure transparence des procédures du Conseil des ministres de l'Union avec un accès facilité aux documents), et participative (Evolution affirmée dans le Livre Blanc sur la Gouvernance Européenne de 2001). Ce mouvement s'est d'ailleurs encore amplifié avec la signature du Traité de Lisbonne en octobre 2007. Pour répondre au défi de la gouvernance né de l'élargissement du cercle des Etats membres, mais aussi pour répondre aux critiques tirées de l'insuffisance démocratique de l'ensemble, le Traité de Lisbonne a réformé le rôle des institutions communautaires, notamment dans le sens d'une plus grande place conférée à la démocratie représentative à travers un renforcement des pouvoirs du parlement européen en matière législative et budgétaire. Une des tendances du traité de Lisbonne a aussi été de valoriser le rôle des parlements nationaux, en leur permettant de veiller au contrôle du principe de subsidiarité conformément à la procédure

prévue dans le protocole n°2 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité<sup>59</sup>. Enfin, signalons l'obligation que ce protocole fait peser sur la Commission d'avoir à procéder, en amont, à de larges consultations, avant de proposer un acte législatif, et d'adresser un rapport annuel, notamment aux parlements nationaux, sur la mise en œuvre du principe de subsidiarité.

Néanmoins, en dépit de ces réformes institutionnelles, en dépit de ces garde-fous dressés à l'encontre d'une confiscation du pouvoir par les rouages communautaires, il reste que le grief d'« Eurocratie » qu'exprimait en 1990 l'éminent juriste, Bruno Oppetit<sup>60</sup>, semble bien demeurer d'actualité. Aujourd'hui encore, demeure vivace l'image d'une inflation d'euro-normes d'origine et de contenu purement technocratiques, s'infiltrant sous couvert de volonté de normalisation technique dans les domaines d'intervention les plus divers, et ce sur fond d'effet direct et de primauté des normes élaborées à Bruxelles. Même si, comme il vient d'être dit, des efforts ont été accomplis en vue de combler le déficit démocratique et de redonner voix aux différents parlements nationaux, il ne saurait être nié qu'actuellement, comme hier, la Commission de Bruxelles et son imposante administration, qui incarnent la défense des intérêts de l'entité intégratrice, dispose d'un pouvoir considérable, puisqu'à l'initiative dans bien des cas du processus décisionnel. Pour reprendre les mots très forts de Monsieur le Professeur Oppetit, *« comment ne pas identifier ce législateur suprême avec la Commission de la CEE, organisme purement technocratique, qui administre le bien commun pour, mais non par le peuple ? (...) Comment ne pas craindre la captation de la volonté générale au profit d'une poignée*

---

<sup>59</sup>-Sur ce protocole, voir M. Blanquet, Jurisclasseur Europe, Fasc. 175, Compétences de l'Union.-Exercice des compétences.-Régulation, n°34 et s.

<sup>60</sup>-L'eurocratie ou le mythe du législateur suprême : D.1990, Chron., p.73 et s.

*d'hommes inspirés ? Comment ne pas redouter la dérive institutionnelle d'une construction dont son architecte ( Jean Monnet ) a pu dire : « ce sont les institutions qui commandent les relations entre les hommes, ce sont elles qui sont le véritable support de la civilisation ? ».* Ainsi que l'expliquera brillamment Madame le Professeur Trescases dans sa communication, consacrée fort judicieusement au processus consultatif dont on a vu qu'il est désormais imposé à la Commission, il n'y a bien souvent là qu'illusion et trompe-l'œil, pour ne pas dire alibi au profit de la Commission qui, forte d'une prétendue consultation aux allures démocratiques, peut d'autant mieux légitimer la norme en réalité élaborée de façon purement unilatérale en son enceinte. Le constat d'un excès d'intégration sur lequel les Etats membres ont perdu toute maîtrise, et qui n'a assurément rien d'erroné, peut certainement donner à matière à réflexion, surtout si l'on se souvient d'une part du très fort degré d'intégration juridique auquel a abouti la construction communautaire, mais aussi de l'extension considérable des domaines juridiques nationaux offerts à cette intégration.

Il n'y a pas en effet uniquement dans la façon dont se créent nombre de normes communautaires que se constate l'excès d'intégration juridique. Cet excès réside également selon certains dans le champ des matières offertes désormais à cette intégration. A l'origine placée au service d'une communauté économique européenne, l'intégration juridique, fruit de l'intégration économique, a, comme il a été vu largement, débordé depuis cette sphère pour épouser les nouveaux contours de l'Union européenne, et, au nom désormais d'une Union de droit, gagner nombre de domaines à l'origine étrangers à la construction européenne. Chacun des droits nationaux n'a cessé de subir de manière croissante l'influence du Droit communautaire. Ainsi, en France, tant le Droit public que le Droit privé ont été largement touchés par les normes de droit communautaire qui, du fait de

leur autorité, se sont imposés en tant que sources à part entière de différentes branches du Droit français. Il serait vain de brosser, et même d'esquisser ici un panorama de cette influence. Notons simplement que tant le Droit administratif français<sup>61</sup>, que le Droit du contentieux administratif français<sup>62</sup> ont vu, en dépit de leur autonomie, certains de leurs concepts fondamentaux et de leurs mécanismes remodelés sous l'impact européen. Le Droit privé n'a pas lui non plus échappé à cette force d'attraction et de modification : qu'il s'agisse du droit des sociétés, du droit international privé et même du droit pénal, matière pourtant où pointe traditionnellement de façon aigüe la notion de souveraineté nationale. Ainsi est-il aujourd'hui admis que le Droit communautaire puisse avoir pour effet de faire disparaître certaines infractions, d'en modifier l'élément matériel ou intentionnel<sup>63</sup>, mais aussi de peser sur les règles de procédure pénale et de preuve.

Cette expansion du Droit communautaire apparaît telle qu'il est aujourd'hui loisible de se demander si, à terme, subsisteront les droits nationaux, ou si l'on n'assistera pas à leur disparition sous l'effet du tourbillon de l'intégration juridique européenne. Une telle perspective fait naturellement naître bien des interrogations. A commencer par celle de la légitimité de l'ambition communautaire, ou aujourd'hui unioniste, à vouloir harmoniser, voire uniformiser, des pans entiers des différents droits matériels nationaux, comme le droit civil. Récemment, la consultation lancée par la Commission sur le principe d'un code européen des contrats, voire d'un code civil européen, a relancé un intense et âpre débat doctrinal, non seulement sur la méthode

---

<sup>61</sup>-P. Cassia, *Jurisclasseur Europe*, Fasc. 497 : Droit administratif et droit communautaire, 2008.

<sup>62</sup>-P.Cassia, *Jurisclasseur Europe*, Fasc. 498, 2011 : Contentieux administratif et droit communautaire.

<sup>63</sup>-R. Grass, *Jurisclasseur Europe*, Fasc. 496 : Droit de l'Union européenne et matière pénale, 2009, n°13 et s.

utilisée par la Commission européenne aux fins de « consulter », mais surtout sur le caractère opportun d'une uniformisation du droit civil sous l'égide de l'Union européenne, et ce au détriment de la diversité du droit et de l'identité juridique des Etats membres<sup>64</sup>. Si l'on généralise la discussion, en élevant le regard au-delà de l'Union européenne, la question se pose en effet de savoir si l'intégration juridique doit être animée d'un mouvement continu d'expansion, ne trouvant son aboutissement qu'à la réalisation d'une uniformisation totale des droits nationaux. La réponse à cette question n'est pas simple, et dépasse largement le cadre de cette communication. Sans doute, au moins dans le contexte européen, le débat comporte-t-il des considérations politiques qui déforment la discussion proprement juridique, avec en arrière-plan l'avènement d'une union fédérale entre les Etats. Sans doute conviendrait-il aussi de distinguer les domaines du Droit marqués par leur caractère éminemment technique, comme par exemple le Droit des affaires, et qui se prêtent plus aisément à l'œuvre d'uniformisation, de ceux qui sont davantage le reflet d'une culture, d'une tradition, d'un passé, comme par exemple le droit des personnes et de la famille, et qui, comme tels, nécessitent la préservation d'une certaine identité nationale.

Dans cet équilibre à trouver entre préservation de l'identité nationale et effort constant d'intégration juridique, il est notable de constater que, alors que s'intensifie l'intégration européenne, le souci de sauvegarder l'identité nationale des Etats membres a fait l'objet d'une reconnaissance officielle, non seulement textuelle, mais encore jurisprudentielle. Est ainsi apparue une nouvelle

---

<sup>64</sup>-Sur ce débat, voir B. Fauvarque-Cosson : Faut-il un Code civil européen ?, *RTDciv* 2002, p.463 et s. ; Y. Lequette : Codification civile et intégration européenne, in *L'avenir de la codification en France et en Amérique latine*, Association Andrés Bello, Les colloques du sénat, p.203 et s., sp. p.210 ; *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit*, textes rassemblés par B. Fauvarque-Cosson et D. Mazeaud, 2003.



ligne jurisprudentielle s'inscrivant dans la volonté d'une reconnaissance consolidée et précisée de la prise en compte de l'identité nationale des Etats membres, désormais consacrée au niveau constitutionnel par l'article 4§2 du traité sur l'Union européenne, relevant de la compétence de la Cour, et selon lequel « *l'Union respecte l'égalité des Etats membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale. Elle respecte les fonctions essentielles de l'Etat, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale. En particulier, la sécurité nationale reste de la seule responsabilité de chaque Etat membre* »<sup>65</sup>. Désormais, à en croire cette disposition, la Cour de justice devrait avoir à déterminer le contenu de la notion d'identité nationale, et à trouver le nécessaire équilibre entre les exigences de l'intégration juridique européenne et le respect légitime des identités nationales. La volonté d'assurer le respect des identités nationales mérite certainement approbation. Néanmoins, il est loisible de se demander s'il est de bonne méthode de confier à l'un des organes de l'intégration européenne, en l'occurrence la Cour de justice, le soin de déterminer ce qu'il faut entendre par identité nationale. Ceci surtout si l'on se souvient des positions parfois très audacieuses qu'a tenues la Haute juridiction dans le sens d'un approfondissement constant de l'intégration. De façon plus générale, est-il bon que les Etats membres confient à d'autres mains que les leurs le soin de définir ce qui fait leur spécificité, et, en conséquence, ce qui doit échapper à l'intégration ? Il est permis d'en douter.

---

<sup>65</sup>-Voir sur ce point J.-Chr. Barbato et J.D.-Mouton (dir.), *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux Etats membres de l'Union européenne ?* : Bruylant 2005.

# LA PLACE DU PROCESSUS CONSULTATIF DANS LE CHOIX FINAL D'UN INSTRUMENT D'INTEGRATION JURIDIQUE : L'EXEMPLE TOPIQUE DU DROIT EUROPEEN DES CONTRATS

Anne TRESCASES

Maître de conférences, Université Nice Sophia-Antipolis,  
GREDEG-CREDECO, UMR 7321

---

## Résumé

Si le principe d'une harmonisation juridique européenne n'est plus sujet à discussion, les réticences, voire les résistances parfois exprimées ou constatées pour parvenir à un droit unifié ont encouragé les institutions européennes à généraliser le processus consultatif, sous des formes aujourd'hui très variées. L'élaboration d'actes consultatifs et plus généralement, la mise en place de consultations et d'échanges avec les experts universitaires et les différentes parties prenantes sur les nombreux projets des institutions européennes répondent favorablement aux critiques attachées au caractère technocratique du droit européen. Si ce processus consultatif se révèle incontestablement d'une grande richesse pour la réflexion juridique grâce à la démocratie participative et au dialogue civil, il n'est cependant pas certain qu'il permette d'infléchir le cours du processus législatif initialement engagé par les autorités compétentes.

## Mots clés

harmonisation juridique, légitimité démocratique, intégration juridique, formes de la démocratie participative, communications, consultations publiques, Livres verts, représentativité des parties consultées, parties prenantes, groupes d'intérêts, citoyenneté européenne, indépendance, compétence, intérêt général, nature juridique et portée des actes consultatifs.

« Ce n'est pas parce qu'un mouton a quatre pattes qu'il peut emprunter deux chemins différents ».

Proverbe arabe

1.-Après le tableau quasi idyllique que vient de brosser le professeur Frédéric Leclerc en terme d'intégration juridique achevée, l'idée est désormais de démontrer que l'ordre juridique intégré de l'Union Européenne n'échappe pas au désordre normatif<sup>1</sup>, en introduisant une donnée jusqu'alors volontairement absente de la démonstration, le processus consultatif.

### **Le constat réalisé : un déficit démocratique grandissant**

2.-La compréhension du rôle du processus consultatif dans le choix final d'un instrument d'intégration juridique nécessite que l'on revienne un court instant sur la construction de l'Union européenne. L'Union européenne s'est en effet construite selon la méthode « des petits pas ». Ce procédé, également appelé méthode « Monnet-Schuman », du nom du Commissaire général au Plan (Jean Monnet) et du ministre français des affaires étrangères (Robert Schuman)<sup>2</sup>, appelait à une

---

<sup>1</sup>-V. sur cette question, R. Libchaber, L'impossible rationalité de l'ordre juridique, Etudes à la mémoire du Professeur B. Oppetit, Litec, 2009, p. 505 et s.

<sup>2</sup>- Son principe est posé par la déclaration inspirée par Jean Monnet et prononcée par Robert Schuman le 9 mai 1950, laquelle est considérée comme le point de départ de l'intégration européenne. Robert Schuman appelle de ses vœux la mise en commun des productions de charbon et d'acier de la France et de l'Allemagne, au sein d'une organisation ouverte aux autres pays d'Europe. Cette organisation a constitué la première étape de la construction européenne et elle s'est matérialisée par la création de la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier (CECA) en 1951. En 1957, la création de la Communauté Economique Européenne a ensuite permis la réalisation d'un marché commun.

construction économique de l'Europe par « le bas »<sup>3</sup> en organisant une gestion commune entre plusieurs pays européens, afin de créer une solidarité entre ces pays dans des secteurs au départ limités et stratégiques, qui n'ont ensuite eu de cesse de s'étendre. La méthode « des petits pas » s'oppose clairement à une construction juridique européenne « par le haut » depuis longtemps « pointée du doigt » en la matière<sup>4</sup>.

### **Le remède proposé : le développement du processus consultatif**

3.- Afin de pallier cette « omnipotence technocratique et eurocratique »<sup>5</sup> et de remédier à un déficit démocratique difficilement contestable<sup>6</sup>, les institutions européennes et notamment la Commission européenne, ont entendu encourager la voie du processus consultatif<sup>7</sup>. La réalisation d'une meilleure

---

<sup>3</sup>- Cette méthode s'oppose à une construction par le haut qui aurait abouti à la création d'une fédération européenne.

<sup>4</sup>- Si la construction européenne a privilégié au départ la voie de l'intégration économique, l'intégration juridique est aujourd'hui presque aboutie même si les Etats membres ont parfois une attitude ambivalente à son égard qui peut être justifié par le souci de conservation des prérogatives nationales et la perte de leur souveraineté.

<sup>5</sup>- B. Oppetit, L'eurocratie ou le mythe du législateur suprême, D. 1990, chron. p. 72 reproduit in Droit et modernité, PUF 1998, p. 31 et s. sous le titre « L'omnipotence technocratique et eurocratique ».

<sup>6</sup>- V. cependant une opinion divergente concernant ce déficit démocratique européen, A. Moravcsik, Le mythe du déficit démocratique européen, Raisons politiques, 2/2003, p. 87 et s..

<sup>7</sup>- Très tôt, la Commission européenne a pris la mesure de cette difficulté comme en témoigne l'adoption en 2001 d'un Livre blanc sur la gouvernance européenne. Ce Livre consacre la participation citoyenne comme un des principes essentiels de la politique européenne. Il a été accompagné de diverses communications visant « à promouvoir une culture de dialogue et de concertation ». En 2002, une communication a ainsi fixé spécifiquement les « principes généraux » et les « normes minimales applicables aux consultations engagées par la Commission avec les parties intéressées », afin de mettre en place « un cadre de consultation cohérent », pour que « toutes les personnes concernées soient consultées d'une manière convenable ». Grâce à la mise en place d'un tel cadre, en toute transparence, toute personne intéressée serait donc susceptible de faire entendre sa voix et de participer directement et efficacement à la prise de décision politique relative aux nombreuses actions envisageables par l'Union européenne.

intégration juridique passerait ainsi par l'adoption d'une panoplie plus vaste d'instruments de consultation, à l'image des principes de subsidiarité et de proportionnalité censés rapprocher la prise de décision des citoyens<sup>8</sup>.

4.- À l'instar de la méthode « des petits pas », le droit européen se construirait ainsi en intégrant les « petites sources » du droit<sup>9</sup>. Les instruments de droit souple occuperaient une place privilégiée et spécialement le processus consultatif qui n'a eu de cesse de se développer ces dernières années. Ce qui caractérise ce procédé, c'est l'appel par une autorité publique à la consultation, à la réflexion, à l'expression des points de vue et des opinions sur des éléments de réforme *a priori* non encore arrêtés. Sur le plan normatif, ce processus a vocation à appliquer à l'élaboration du droit des principes politiques issus de la théorie de la démocratie participative. Si, depuis la création de l'Union européenne, le processus consultatif occupe, à différents niveaux, une place non négligeable dans le choix d'un instrument d'intégration juridique, la « participation citoyenne », constituerait aujourd'hui une véritable source du droit européen. Ledit processus s'inscrit incontestablement dans un mouvement plus vaste, celui de l'évolution contemporaine des sources du droit qui privilégie un droit souple.

5.- Si le processus consultatif dans la construction d'un droit européen n'est pas une figure nouvelle<sup>10</sup>, ce mode de production du droit atypique prend aujourd'hui des formes très différentes.

---

<sup>8</sup>-V. en ce sens l'intervention du Professeur F. Leclerc, *supra*.

<sup>9</sup>-V. plus largement sur cette question, S.Gerry-Vernières, Les « petites » sources du droit : à propos des sources étatiques non contraignantes, *Economica*, coll. Recherches juridiques, 2012.

<sup>10</sup>-Dès le début de la construction européenne, la question du processus consultatif était en germe, la démocratie participative n'a cependant été consacrée que tardivement dans l'Union européenne avec le traité de Lisbonne et sous une forme qui sera certainement améliorée dans l'avenir.

Les actes consultatifs peuvent revêtir des formes variées mais ils relèvent cependant tous de la même idée, celle de développer la démocratie participative. Si l'on comprend la démocratie participative comme l'existence de méthodes et de processus grâce auxquels le « citoyen » est associé à la décision politique de façon personnelle, il est possible d'admettre que « l'initiative citoyenne » consacrée par le Traité de Lisbonne, comme les autres procédures coexistantes dans l'Union européenne, relèvent bien de la démocratie participative.

6.- En matière de choix d'un instrument d'intégration juridique, la consultation formelle structurée occuperait une place prépondérante<sup>11</sup>. Le processus consultatif, qu'il soit formel ou informel, s'est ainsi progressivement immiscé au cœur du fonctionnement de toutes les institutions européennes. La place de la consultation est cependant très différente selon l'institution en question. Si le Parlement européen n'a pas de droit d'initiative<sup>12</sup>, il dispose de différents outils pour encourager la Commission à régler dans un domaine donné. Il rédige en ce sens de nombreux rapports non législatifs d'initiative<sup>13</sup>, qui sont régulièrement précédés par des consultations auprès des parties prenantes<sup>14</sup>. Le Parlement européen conserve également un rôle consultatif important dans le cadre de procédures

---

<sup>11</sup>- En amont du processus d'élaboration des normes, parmi les consultations formelles *ad hoc* les plus développées figurent les Livres verts et les Livres blancs, dont la diffusion s'est considérablement accélérée depuis une vingtaine d'années. Les nombreuses directions générales qui composent la Commission sont également consultées sur chaque projet de loi. Cette consultation interservices précède systématiquement la proposition législative qui sera faite à l'ensemble du collège des commissaires pour adoption.

<sup>12</sup>-Initialement, le Parlement est essentiellement confiné dans des compétences consultatives et ses attributions en matière de contrôle sont en pratique largement symboliques.

<sup>13</sup>-Ces rapports sont souvent établis parallèlement à la rédaction d'un Livre vert ou blanc.

<sup>14</sup>-L'harmonisation du droit civil en Europe a ainsi d'abord été la préoccupation récurrente du Parlement européen qui a lancé plusieurs appels en ce sens avant que la Commission ne s'empare du problème.

législatives spéciales, comme en matière de fiscalité par exemple<sup>15</sup>. Il adopte encore des rapports sur des points d'actualité, ainsi que de nombreux avis<sup>16</sup> et résolutions. Sans minimiser le rôle du Parlement en la matière, la Commission reste toutefois à l'origine des principaux documents qui contribuent à l'élaboration de la norme. S'il est vrai que dans certains domaines, la plupart des textes de loi proposés par la Commission consistent en la « simple » transposition d'accords internationaux<sup>17</sup>, les autres textes législatifs sont généralement précédés de différentes analyses et discussions des politiques possibles avec les parties prenantes. Afin de maîtriser au mieux le secteur à réglementer, la Commission associe désormais quasi systématiquement<sup>18</sup> les gouvernements, les parlements nationaux<sup>19</sup>, les députés européens, les organismes professionnels, les associations, les groupes d'intérêts, mais encore les professionnels du droit par le biais de réseaux universitaires, voire même les simples citoyens à l'élaboration de la norme.<sup>20</sup>

---

<sup>15</sup>-Selon la nature de la proposition en question, son rôle initialement cantonné à une participation consultative a cependant progressivement évolué vers une codécision sur un pied d'égalité avec le Conseil.

<sup>16</sup>-Des avis consultatifs sont également donnés par le Comité économique et social et le Comité des régions.

<sup>17</sup>-Il en est ainsi dans le domaine de la finance notamment pour les mesures du comité de Bâle sur les exigences de fonds propres pour les banques par exemple ou pour la déclaration du sommet du G20 de Pittsburgh qui a donné lieu au règlement relatif à l'infrastructure des marchés financiers (EMIR).

<sup>18</sup>-Le nombre considérable de consultations est consultable sur le site [http://ec.europa.eu/yourvoice/consultations/index\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/yourvoice/consultations/index_fr.htm).

<sup>19</sup>-Le traité de Lisbonne a considérablement renforcé le principe de subsidiarité en associant les parlements nationaux au processus décisionnel et en développant des mécanismes nouveaux de contrôle politique et juridictionnel impliquant les parlements nationaux. Depuis lors, ces derniers doivent être consultés préalablement à tout projet d'acte législatif européen. Le contrôle de subsidiarité est ainsi renforcé par la consultation et notamment par l'introduction d'un mécanisme d'alerte précoce qui oblige au réexamen d'une proposition d'acte législatif en cas d'opposition d'un tiers des voix attribuées aux parlements nationaux.

<sup>20</sup>-Le site internet *Europea* recense ainsi plus de 140 Livres verts à ce jour.

7.- La Commission met ainsi régulièrement en place des groupes ponctuels d'experts afin de participer à la rédaction des Livres verts<sup>21</sup> ou blancs<sup>22</sup>, destinés à stimuler une réflexion au niveau européen sur un sujet particulier, ou à proposer des pistes législatives susceptibles d'être ensuite traduites en projets de lois<sup>23</sup>.

Les nombreuses consultations publiques<sup>24</sup>, les communications, les propositions législatives, les programmes de travail ou encore les plans d'action relèvent de la même démarche. L'ensemble de ces actes préparatoires participerait à des degrés différents à la construction de la norme. Dans cette même idée, le Traité de Lisbonne qui est entré en application le 1<sup>er</sup> avril 2012 a créé le mécanisme de « l'initiative citoyenne »<sup>25</sup>, qui permet à un groupe de citoyens originaires de différents Etats membres de demander à la Commission de présenter de nouvelles propositions, étant précisé que l'adoption de celles-ci relèvera entièrement du bon vouloir de la Commission. La participation

---

<sup>21</sup>-Le premier Livre vert a vu le jour en 1967. Son nom – *green paper* - trouve son origine en Angleterre. Il se rapporte à la couleur de la couverture du document par lequel le gouvernement anglais exposait de simples propositions destinées à être discutées devant le Parlement. Son usage s'est ensuite répandu dans les autres pays occidentaux pour désigner des propositions de réformes soumises à la réflexion du plus grand nombre.

<sup>22</sup>-Lorsque les réflexions fondées sur ces Livres verts emportent l'adhésion, elles peuvent donner lieu à des propositions législatives exposées dans des Livres blancs. Les Livres blancs formalisent en quelque sorte les positions officiellement adoptées. Lorsqu'un Livre vert donne lieu à un Livre blanc, ce qui est loin d'être systématique, l'idée semble toujours la même, celle que les propositions qu'il contient soient accueillies plus favorablement par le Conseil de l'Union Européenne. V. en ce sens D. Dero Bugny, Le « livre vert » de la Commission européenne, RTDE 2005, p. 81 ; V. Lasserre-Kiesow, Les Livres verts et les Livres blancs de la Commission européenne, in Le droit souple, Association H.Capitant, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 75 et s. ; C. Peres, Livre Vert de la Commission européenne: les sources contractuelles à l'heure de la démocratie participative, Revue des contrats 2011-13.

<sup>23</sup>-Les propositions de directives ou de règlements sont généralement matérialisées dans un Livre blanc.

<sup>24</sup>-Ces consultations interviennent généralement postérieurement à la publication d'un Livre vert pour recueillir l'avis du plus grand nombre sur les propositions développées.

<sup>25</sup>-Article 11 §4 TFUE.



de la société civile européenne dans la prise de décision a également été reconnue de manière officielle<sup>26</sup>.

8.- Le processus consultatif prend ainsi aujourd'hui des formes très variées, pour des finalités qui le sont tout autant. L'engouement inégalé pour le mode consultatif ces dernières années, nous amène légitimement à nous interroger sur l'efficacité de ce processus en termes d'intégration juridique et à relever les différentes incertitudes qui y sont naturellement attachées.

9.- S'il apparaît primordial de rendre l'Europe plus compréhensible et plus légitime auprès des Etats membres et de ses citoyens, il n'est cependant pas certain que le processus consultatif soit réellement efficace concernant le choix final d'un instrument d'intégration juridique<sup>27</sup>. L'initiative européenne topique du droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises nous montre au contraire que de nombreuses incertitudes entourent ce processus. Ces incertitudes tiennent d'abord à la représentativité des personnes consultées (I), elles concernent ensuite la nature juridique des actes consultatifs (II), elles portent enfin sur les résultats de la consultation concernant le choix final d'un instrument juridique par les autorités compétentes (III).

### **I. Les incertitudes tenant à la représentativité des personnes consultées**

10.- L'efficacité du processus consultatif dépend d'abord de la bonne représentation des parties consultées. Il semble donc important de s'interroger sur la qualité des parties prenantes au processus consultatif même si, *a priori*, il devrait être tout à fait

---

<sup>26</sup>-Article 15 TFUE.

<sup>27</sup>-J.-M. Jacquet, L'émergence du droit souple (ou le droit « réel » dépassé par son double, Etudes à la mémoire du Professeur B. Oppetit, Litec, 2009, p.331 et s..

indifférent de connaître le nombre de ces auteurs, leur qualité ou encore le contenu de leurs réponses, dès lors que les actes résultant d'un processus consultatif n'ont d'effet contraignant que dans des conditions extrêmement difficiles à réunir.

11.- Immédiatement, une précision s'impose. L'idée n'est pas ici de remettre en cause le principe, au demeurant louable, du processus consultatif qui est destiné à donner davantage de substance à la citoyenneté européenne mais simplement quelques réserves quant à la participation effective « des personnes intéressées » au processus décisionnel. Si en théorie, la catégorie des personnes consultées est extrêmement large (1), il convient de relever en pratique un déséquilibre manifeste tant en nombre qu'en termes de maîtrise des sujets à analyser, déséquilibre qui conduit les seuls « professionnels » à participer effectivement à ce processus consultatif (2).

### **1. L'ouverture théorique du processus consultatif au plus grand nombre**

12.- En la matière, la Commission européenne a un objectif affiché plutôt ambitieux et louable. Elle entend en effet que la discussion s'adresse à tous et qu'elle mobilise donc tous les publics<sup>28</sup>. Cette « mobilisation générale » est d'ailleurs *sa priori* largement favorisée par la mise en place de la démocratie électronique. En effet, Internet a largement contribué à renouveler les pratiques démocratiques. Depuis 2001, dans le cadre du programme « d'élaboration interactive des politiques »<sup>29</sup>, la Commission propose ainsi à toute personne de déposer sa contribution sur le site « *Your voice* – Votre point de vue sur l'Union européenne », afin de participer à l'élaboration du droit

---

<sup>28</sup>-Ce qui n'est pas le cas des méthodes pratiquées par les autorités nationales où les projets de réforme restent principalement une affaire de spécialistes.

<sup>29</sup>-*Interactive Policy Making* – IPM.

des contrats par exemple. La démocratie électronique atteindrait ainsi « les sources les plus traditionnelles du droit civil en renouvelant leur mode de création »<sup>30</sup>.

13.- De fait, toute personne intéressée - spécialiste ou profane – serait en conséquence indistinctement susceptible de donner son point de vue sur les actions envisagées par l’Union européenne. Les gouvernements, les groupes d’intérêts, les experts universitaires et autres professionnels du droit mais aussi les simples particuliers seraient donc sur un pied d’égalité en termes d’avis exprimés, en raison du caractère exclusivement consultatif du procédé et seule leur force de persuasion serait susceptible de compter<sup>31</sup>.

14.- En pratique, la technicité des questions soumises à la consultation rend extrêmement difficile la bonne compréhension des enjeux par toutes les parties intéressées. Le processus consultatif trouve ainsi souvent peu d’écho auprès des personnes profanes pourtant éligibles à la consultation, en dépit des efforts renouvelés d’informations réalisées. Le délaissement de ce procédé par le « citoyen ordinaire » peut être analysé diversement. Il est possible d’y voir une méconnaissance du procédé mais aussi une volonté de ne pas s’impliquer dans l’action menée. Il est certain que la technicité de la plupart des enjeux écarte naturellement le profane, au profit « des professionnels ». Par exemple, la technicité du contenu du Livre vert relatif au droit européen des contrats et, particulièrement, les sept options proposées, ne pouvait raisonnablement mobiliser que les spécialistes de la matière.

---

<sup>30</sup>-C. Peres, Livre Vert de la Commission européenne : les sources contractuelles à l’heure de la démocratie participative, *Revue des contrats* 2011-13.

<sup>31</sup>-La source du droit ne se reconnaît pas à son caractère contraignant mais à sa vocation à influencer le comportement des acteurs juridiques, v. en ce sens S.Gerry-Vernières, Les « petites » sources du droit : à propos des sources étatiques non contraignantes, *Economica*, coll. Recherches juridiques, 2012.

## 2. Les difficultés attachées à la promotion de l'intérêt général par les « professionnels de la consultation »

15.- Si l'on met à part les groupes d'universitaires dont la réelle indépendance et la compétence n'a pas, *a priori*, à être remise en question, la participation des « professionnels » aux consultations lancées par la Commission, dont le rôle est d'assurer la promotion de l'intérêt général, peut soulever d'importants problèmes en matière de fonctionnement démocratique. La bonne représentation des parties consultées est pourtant un gage d'efficacité de la consultation. Or, il est aujourd'hui difficile d'occulter l'influence exercée par les professionnels de la participation, les groupes de pression<sup>32</sup> ou encore les représentants d'intérêts<sup>33</sup> sur les différents procédés consultatifs. Le travail de ces corps intermédiaires est justement d'influencer la Commission pour défendre leur position et de s'assurer d'abord et avant tout que les propositions faites répondent à leurs intérêts propres<sup>34</sup>. Les lobbyistes interviennent en ce sens à tous les niveaux pour influencer les décisions. Ces différents « groupes de professionnels » sont très bien organisés et tout aussi remarquablement financés, dans le but de privilégier leurs seuls intérêts catégoriels publics ou privés<sup>35</sup>. Ils ont incontestablement un poids important dans le processus

---

<sup>32</sup>-V. sur cette question, J. Lapoursterle, *L'influence des groupes de pression sur l'élaboration des normes*, Illustrations à partir du droit de la propriété littéraire et artistique, préf. J.-Y. Gautier, Dalloz, Bibl. de thèses, 2009.

<sup>33</sup>-M.Mekki, *L'influence normative des groupes d'intérêt : force vive ou subversive ?*, JCP G 2009, 370 et 392.

<sup>34</sup>-Jacques Delors, lorsqu'il était président de la Commission et alors qu'il était un fervent défenseur de l'intégration institutionnelle, y voyait « un monument d'hermétisme, connu seulement des spécialistes ou des groupes d'intérêts », *in* J. Delors, *La France par l'Europe*, Grasset 1988, p. 272.

<sup>35</sup>-V. en ce sens L. Guilloud, *La loi dans l'Union européenne*, Contribution à la définition des actes législatifs dans un ordre juridique d'intégration, préf. H. Oberdoff, LGDJ, Bib.constit et de sc.Pol. t. 134, 2010, n° 703 et s., cité par C. Peres, *Livre Vert de la Commission européenne : les sources contractuelles à l'heure de la démocratie participative*, *Revue des contrats* 2011-13.

décisionnel en siégeant dans la majorité des comités consultatifs. Leur opinion peut aller jusqu'à dicter le contenu des Livres verts qui proposent les fameuses pistes pour des actions communautaires. Les textes « clés en mains » proposés à la Commission par un groupe d'intérêt privé, qui n'a plus qu'à l'adopter, n'est pas chose exceptionnelle. La Commission n'ignore pas ce phénomène puisqu'elle a fait établir très tôt<sup>36</sup> une communication<sup>37</sup> pour encadrer et rationaliser le dialogue avec ces groupes d'intérêt<sup>38</sup>.

16.- Sans remettre en cause la compétence ou l'indépendance<sup>39</sup> des personnes désignées<sup>40</sup>, il n'est pas certain que la nomination de groupes d'experts par la Commission suffise à pallier les difficultés qui viennent d'être évoquées, concernant la représentativité des personnes consultées<sup>41</sup>. La consultation est pourtant d'autant plus nécessaire que la complexité et les enjeux sont importants.

## **II. Les incertitudes relatives à la nature juridique des actes consultatifs**

17.- De nombreux spécialistes de droit européen n'ont pas manqué de s'interroger sur la nature juridique des Livres verts

---

<sup>36</sup>-Cette communication a été établie le 2 décembre 1992.

<sup>37</sup>-J. Roux, Droit général de l'Union européenne, Pais, Lexisnexis 2012, Les fonctions de la Commission §239, Le principe de l'initiative.

<sup>38</sup>-Cette communication n'a pas permis de réduire les déséquilibres de dialogue entre des forces économiquement très contrastées.

<sup>39</sup>-Le rôle de tiers intermédiaires de ce groupe entre les participants et l'autorité commanditaire peut soulever en lui-même des difficultés dès lors qu'il est créé par la Commission elle-même.

<sup>40</sup>-Le 26 avril 2010, la Commission a par exemple nommé un groupe d'experts dont les membres « ont été choisis parmi les spécialistes reconnus du droit civil, notamment du droit des contrats » et « agissent en toute indépendance et dans l'intérêt général », Livre vert, n° 2, p. 4.

<sup>41</sup>-Il est régulièrement rappelé, y compris dans les différents documents établis par la Commission que les groupes d'experts « agissent en toute indépendance et dans l'intérêt général », v. en ce sens par exemple, le Livre vert du 1<sup>er</sup> juillet 2010 sur l'harmonisation européenne du droit des contrats, p.4.

et des autres appels à consultation publique de la Commission européenne notamment. Ces différents actes ont ainsi successivement été rangés dans la catégorie des actes communautaires « innomés », « atypiques »<sup>42</sup> ou encore « *sui generis* ». La difficulté attachée à la qualification de ces actes très diversifiés est compréhensible dans la mesure où leur finalité peut être aussi très différente d'un acte à l'autre. Les Livres verts ne font par exemple pas partie des actes formellement énumérés par l'article 288 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, raison pour laquelle ils sont considérés comme étant « hors nomenclature ».

18.- En théorie, les actes issus d'un processus consultatif ne seraient donc pas créateurs de droit et n'auraient pas d'effets juridiques obligatoires. Il serait par exemple impossible de les invoquer à l'appui d'un recours juridictionnel<sup>43</sup>. Les Livres verts seraient *a priori* privés de tout effet juridique obligatoire. Ils constitueraient tout au plus des documents préparatoires qui ne lient pas la Commission, raison pour laquelle ils ne pourraient donc pas faire l'objet d'un recours en manquement ou en annulation par exemple<sup>44</sup>. Les réponses apportées aux Livres

---

<sup>42</sup>-V. par ex. L. Dubouis, préf. De la thèse de S. Lefevre, Les actes communautaires atypiques, Bruylant, 2006.

<sup>43</sup>-En pratique cependant, il est possible de constater que lorsque la Cour de justice recherche l'intention véritable de l'auteur de l'acte, elle permet à certains d'entre eux de revêtir un effet juridique obligatoire. V. notamment sur cette question, L. Guilloud, La loi dans l'Union européenne, Contribution à la définition des actes législatifs dans un ordre juridique d'intégration, préf. H. Oberdorff, LGDJ, Bib.constit et de sc. pol. t. 134, 2010, n° 81 et s., cité par C. Peres, Livre Vert de la Commission européenne : les sources contractuelles à l'heure de la démocratie participative, Revue des contrats 2011-13.

<sup>44</sup>-Un Etat membre ne peut donc pas se prévaloir des propositions de réforme contenues dans un Livre vert pour se soustraire à l'application du droit communautaire en vigueur. V. en ce sens la solution rendue par la Cour de justice en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, CJCE 25 avril 2002, Commission c/Grèce, aff. 154/00, Rec.p.1-3879, cité par C. Peres, Livre Vert de la Commission européenne : les sources contractuelles à l'heure de la démocratie participative, Revue des contrats 2011-13.

verts seraient également dépourvues de tout effet obligatoire et ce, quelles que soient les parties qui en seraient à l'origine.

19.- Ces affirmations relatives à l'absence de tout caractère normatif des Livres verts doivent cependant être quelque peu nuancées. En théorie, certains Livres verts pourraient posséder un effet juridique propre et dans cette hypothèse, la Commission ne pourrait plus se départir des règles qu'elle se serait imposées dans le cadre de leur rédaction. Une telle solution supposerait cependant que lesdits Livres contiennent des dispositions engageantes, ce qui est rarement le cas en pratique, pour ne pas dire jamais<sup>45</sup>. Si l'on prend comme illustration le Livre vert concernant l'harmonisation européenne du droit des contrats, il semble extrêmement difficile de dégager une quelconque obligation à la charge de la Commission, de la gamme des sept options évoquées relativement à la forme que l'instrument européen pourrait emprunter.

20.- La seule valeur juridique qu'il serait alors possible d'accorder aux Livres verts serait donc d'ordre interprétatif. Il n'est en effet pas exclu qu'une fois l'acte définitif adopté, le juge puisse utiliser les actes issus du processus de consultation pour l'interpréter<sup>46</sup>. Rien ne s'oppose non plus à ce que ces actes, qui ont participé à l'élaboration de l'acte définitif, puissent encore être invoqués à l'appui d'un recours contre ce dernier, à condition toutefois de rapporter la preuve qu'ils sont entachés d'illégalité<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup>-Il semble en effet difficile d'admettre que la seule publication des réponses et des travaux de groupes d'experts puisse obliger la Commission.

<sup>46</sup>-V. sur cette question D. Dero Bugny, Le « livre vert » de la Commission européenne, RTDE 2005.

<sup>47</sup>-Pour mémoire, la Cour de justice a en effet déjà admis que les actes de nature préparatoire ne peuvent pas faire l'objet d'un recours en annulation, mais que les éventuelles illégalités qui les entachent peuvent être invoquées à l'appui d'un recours dirigé contre l'acte définitif. V. en ce sens, CJCE, 11 novembre 1981, IBM C/Commission, aff 60/81, Rec., p. 629 et s. pt. 12.

21.- Une autre difficulté réside peut-être aussi dans le moment où la consultation est sollicitée par les institutions européennes. Ainsi, le fait que la consultation ne soit pas utilisée pour s'interroger sur les difficultés réelles ou supposées de cohabitation entre plusieurs systèmes juridiques, mais qu'elle ne soit sollicitée que sur un choix d'instrument d'intégration juridique susceptible d'être mis en place, pourrait également expliquer en partie son manque d'efficacité réelle. Il apparaît en effet regrettable que la consultation ne soit pas diligentée en amont du processus pour discuter de l'opportunité de supprimer la cohabitation entre les systèmes juridiques d'ores et déjà existants dans les différents Etats membres. Or, le processus consultatif est totalement absent de l'opportunité de mettre en place un nouvel instrument d'intégration juridique alors qu'il semblerait pourtant intéressant de faire intervenir ce procédé à ce moment-là pour éviter de lourdes, nombreuses et coûteuses procédures de consultations en aval qui se révèlent, en outre, souvent peu suivies.

22.- La consultation n'est donc pas toujours représentative, bien structurée et transparente. En dehors des difficultés tenant au respect de l'intérêt général déjà évoquées et qui sont directement liées à la représentativité des personnes consultées, la valeur juridique des documents issus d'un processus consultatif a été également posée, ainsi que le moment où elle était sollicitée. La nature juridique ambivalente des actes préparatoires soulève plus largement des incertitudes sur l'efficacité du processus consultatif concernant le choix final d'un instrument d'intégration juridique.

### **III. Les incertitudes tenant aux résultats de la consultation**

23.- Le débat sur l'évaluation de l'efficacité de ce processus consultatif, en termes de choix d'un instrument d'intégration juridique, ne peut être occulté. La crédibilité et le succès de ces



procédures sont susceptibles d'être discutés dans la mesure où la Commission n'est pas tenue par les résultats des différentes consultations. En effet, dans un souci de transparence, le seul engagement que la Commission doit respecter est de publier l'ensemble des réponses reçues<sup>48</sup>, étant précisé que ces réponses peuvent être nombreuses et qu'il est alors impossible de tenir compte de l'ensemble des opinions émises, sans oublier que le nombre important d'acteurs consultés (Etats membres et organisations diverses) rend en outre chaque consultation longue et difficile alors que la réponse attendue peut être soumise à des exigences de rapidité et de réactivité.

24.- En outre, il est très difficile de mesurer l'aptitude de l'autorité publique à modifier une position préétablie, sous l'effet des résultats de la participation. Cette mesure est d'autant plus difficile à établir qu'il n'existe pas de positionnements clairement énoncés entre la participation et la décision définitive.

25.- L'harmonisation européenne du droit des contrats souhaitée par la Commission considérant que les différences entre les droits nationaux des contrats des Etats membres constitueraient un obstacle dirimant au bon fonctionnement du marché intérieur de l'Union européenne<sup>49</sup>, est même susceptible de laisser penser que les opinions issues du processus consultatif initial sont finalement sans importance puisque les institutions restent toujours libres d'emprunter une autre voie. En dépit des vives discussions que ce souhait d'harmonisation soulève depuis plus d'une vingtaine d'années<sup>50</sup>, les institutions

---

<sup>48</sup>-Il ne lui est à aucun moment imposé d'en suivre obligatoirement une et/ou encore de justifier le rejet des autres.

<sup>49</sup>-Beaucoup de spécialistes de la matière contestent l'idée que la diversité des législations constitue un obstacle à la libre circulation des biens et des services transfrontaliers.

<sup>50</sup>-La question de l'harmonisation du droit civil en Europe est même plus ancienne puisqu'elle a été évoquée dès le début des années 1990 par le Parlement, lequel a formulé plusieurs appels pour faire cesser le cadre juridique fragmenté du droit des contrats.

européennes semblent décidées à maintenir le cap qu'elles s'étaient initialement fixé. Pour mémoire, une communication de la Commission européenne sur le droit contractuel européen du 11 juillet 2001<sup>51</sup> remettait « au goût du jour » la question de savoir si la coexistence des droits nationaux des contrats dans les Etats membres entravait directement ou indirectement le développement du marché intérieur et, dans l'affirmative, dans quelle mesure. L'annonce d'une unification possible du droit européen des contrats a immédiatement mobilisé de nombreux acteurs, professionnels du droit et de la consultation qui, pour la plupart ont renouvelé leur réticence à un droit des contrats unifié. La Commission n'a cependant pas été découragée par ces avis majoritairement défavorables<sup>52</sup>. Elle a entendu élaborer un cadre commun de référence, complété par un instrument optionnel vite relégué et mis en place pour favoriser son élaboration un processus d'une ampleur sans précédent, en créant un « réseau commun pour le droit des contrats européen »<sup>53</sup>. Ce Réseau financé par la Commission européenne est composé de chercheurs et de praticiens, répartis en huit groupes aux tâches bien distinctes, sans compter les groupes chargés de réaliser des travaux parallèles concurrents du Projet de Cadre commun de référence<sup>54</sup>. Il est d'ailleurs intéressant de relever que la démarche empruntée par ces deux groupes nommés en parallèle, a été très différente et a donc abouti à des

---

<sup>51</sup>-COM (2001) 398 reproduite in *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit*, coll. « Droit privé comparé et européen », vol. 1, Paris, Société de législation comparée.

<sup>52</sup>-Dans une communication du 12 février 2003, intitulée un droit européen des contrats plus cohérent, un plan d'action se borne à préciser qu' « une majorité s'est exprimée, du moins à ce stade, contre l'option IV, qui propose l'adoption d'un nouvel instrument de droit européen des contrats », p. 6, n° 7 COM (2003) 68 final reproduit in *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit*, coll. « Droit privé comparé et européen », textes assemblés par B. Fauvarque-Cosson et D. Mazeaud, 2003, p. 292.

<sup>53</sup>-Contrat n° CIT3-513351.

<sup>54</sup>-L'Association Henri Capitant et la Société de législation comparée d'un côté et le groupe de travail sur un code civil européen dirigé par M. Von Bar, de l'autre.

résultats également divergents. Le 1<sup>er</sup> juillet 2010<sup>55</sup>, la Commission a lancé une consultation en la forme d'un Livre vert « relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises »<sup>56</sup>, qui rappelle les objectifs poursuivis avant de proposer à la consultation publique<sup>57</sup> les diverses formes que l'instrument européen serait susceptible d'emprunter pour parvenir au résultat escompté<sup>58</sup>. De manière très surprenante, ce Livre vert qui évoque naturellement le Cadre commun de référence a presque ignoré les travaux de l'Association Henri Capitant et la société de législation comparée qui semblait pourtant avoir répondu de manière la plus stricte au cahier des charges qui lui avait été soumis au début de la mission. En outre, comme d'éminents auteurs l'ont fait valoir, il n'est pas non plus inintéressant de relever que ce Livre vert a totalement gommé l'interrogation portant sur la coexistence des droits nationaux des contrats des Etats membres et la possibilité qu'elle puisse constituer un frein au marché intérieur. Le document établi en 2010 se contente désormais d'affirmer purement et simplement que ces disparités entre les droits nationaux des contrats constituent une entrave au marché intérieur, sans pouvoir étayer cette information par une solide étude d'impact<sup>59</sup>.

---

<sup>55</sup>-En 2010, un groupe de praticiens et d'universitaires a également été chargé de réaliser une étude de faisabilité publiée le 3 mai 2011 pour préparer le Cadre commun de référence en droit des contrats. Deux conseillers spéciaux ont été nommés pour soutenir deux visions différentes du futur Cadre commun de référence.

<sup>56</sup>-COM (2010) 348/3.

<sup>57</sup>-Consultation publique qui a connu un engouement manifeste à la lumière des 300 réponses à ce Livre vert, lesquelles sont disponibles sur le site de la Commission dont plus de 20 réponses françaises.

<sup>58</sup>-Sept options distinctes ont été ainsi proposées dans le Livre, allant de la simple publication des résultats du groupe d'experts créé en avril 2010, jusqu'à l'adoption d'un règlement instituant un Code civil européen en droit des obligations.

<sup>59</sup>-Seules deux enquêtes de faible envergure et un sondage d'opinion réalisé auprès de 175 entreprises semblent avoir décidé la Commission à poursuivre dans cette voie. La volonté de poursuivre de la Commission est d'autant plus surprenante que des organes, dont l'autorité n'est pas discutée, ont rendu dans ce même laps de temps des avis en

Rien ne semble donc pouvoir entraver la mise en place d'un règlement instituant un droit européen des contrats optionnel<sup>60</sup> alors que l'unification du droit européen des contrats n'est pas nécessairement opportune pour le consommateur ou l'entreprise en termes de protection pour les premiers et de concurrence extracommunautaire pour les seconds.

26.- L'exemple de l'harmonisation du droit européen des contrats permet de montrer que dans la meilleure des hypothèses, les différentes vagues de consultation auront eu seulement pour effet de ralentir la Commission dans son élan mais en aucun cas de la dissuader de poursuivre son choix idéologique d'harmoniser le droit européen des contrats. La consultation n'a qu'un faible impact sur le choix final de la Commission qui semble demeurer intimement convaincue, peut-être à tort à la lumière des nombreux avis divergents en la matière, que les différences entre les droits nationaux des contrats des Etats membres constitueraient un obstacle dirimant au bon fonctionnement du marché intérieur de l'Union européenne. Son intuition selon laquelle l'harmonisation du droit civil au niveau européen serait indispensable à l'amélioration de l'établissement et au fonctionnement d'un marché intérieur uniforme, primerait donc sur les nombreuses opinions divergentes des parties intéressées spécialisées pour qui la disparité des règles juridiques actuelles ne constitue pas nécessairement un obstacle pour la création d'espaces économiques intégrés, imposés par l'environnement économique international. Les efforts d'intégration juridique ne semblent pas nécessaires dans tous les domaines et notamment en matière de droit des contrats.

---

contradiction totale avec cette affirmation (FBF ou encore le MEDEF) mais que leurs avis ont été écartés.

<sup>60</sup>-Le travail de la Commission s'est ensuite recentré sur le contrat de vente et a donné lieu à une autre consultation qui a finalement permis d'adopter le 11 octobre 2011 une proposition de règlement du Parlement européen et du conseil relatif à un droit commun européen de la vente qui propose un instrument optionnel.

27.- Les résultats de la participation n'auraient ainsi qu'une influence très marginale sur la décision finale susceptible d'être prise par la Commission qui considère que la démarche sectorielle doit en toute hypothèse être abandonnée, sans parvenir pour autant à dégager un instrument juridique d'intégration qui emporte la conviction de la majorité des parties intéressées au processus. La résistance massive des différentes parties prenantes ont seulement obligé la Commission à abandonner l'idée d'un Code civil européen qui harmoniserait les droits des contrats des Etats membres.

28.- L'exemple du droit européen des contrats permet légitimement de s'interroger sur la crédibilité de ces procédures puisque les institutions européennes conservent ensuite toute liberté sur les textes à adopter, en faisant parfois totalement abstraction des avis qui ne vont pas dans leur sens. Dans le meilleur des cas, le processus consultatif retarde donc parfois le choix contesté mais il ne semble pas en mesure de l'arrêter ou même de le dévier. Si par le biais de ce processus, l'illusion de la démocratie participative est certes sauvée, son efficacité en terme d'intégration juridique reste très incertaine.

29.- L'engouement européen pour le mode consultatif est avant tout d'ordre politique. Il est en partie né du constat de la crise de la représentation et de la volonté correspondante de légitimer l'action politique par le renforcement de la participation des parties intéressées à la prise de décision<sup>61</sup>. Il part ainsi du postulat selon lequel les modes traditionnels d'élaboration du droit seraient épuisés, tout comme les formes classiques de la représentation politique seraient dépassées. La solution à ce

---

<sup>61</sup>-V. en ce sens L. Blondiaux, *Le nouvel esprit de la démocratie, Actualité de la démocratie participative*, Ed. du Seuil et de la Rép. Des Idées, 2008, p. 24 et s..

déficit démocratique européen<sup>62</sup> résiderait alors dans le développement de la démocratie participative, sous ses formes les plus diverses, afin d'asseoir la politique des institutions européennes et de la Commission particulièrement dans le choix des formes empruntées pour parvenir à une unification du droit<sup>63</sup>.

30.- En théorie l'objectif affiché, qui consiste à présenter la consultation comme un instrument privilégié pour garantir une meilleure intégration juridique, est parfaitement louable. Il devrait donc être salué et même encouragé sans réserve. En pratique, il convient cependant de nuancer cet enthousiasme pour des raisons plurielles. Ce mode spécifique de production du droit qu'est la consultation offre normalement la possibilité à l'ensemble des parties intéressées de participer à un processus de consultation et de débats sur la base des propositions que les institutions européennes émettent. Or, des difficultés d'information et de formation montrent tout d'abord que la réalité est bien différente. Si les efforts déployés par les institutions européennes en matière d'information sont certains<sup>64</sup>, subsistent en effet toujours des réticences à se prononcer sur des matières non maîtrisées et il apparaît difficile de surmonter des résistances de cette nature. Ensuite, l'absence de valeur juridique claire des actes consultatifs, autre que d'ordre interprétatif lorsqu'ils donnent lieu ensuite à l'adoption d'un texte, ne plaide pas en faveur de leur efficacité. Enfin, l'absence de suite généralement

---

<sup>62</sup>J.-M. Guieu, Ch. Le Dréau, J. Raflik, L. Warloutzet, *Penser et construire l'Europe au XXème siècle*, Paris, Belin, 2007, *L'espace politique européen : entre projet technocratique et déficit démocratique*, p. 320 et s.

<sup>63</sup>C. Peres, *Livre Vert de la Commission européenne : les sources contractuelles à l'heure de la démocratie participative*, *Revue des contrats* 2011-13 ; Y. Lequette, *Le code européen est de retour*, *Revue des contrats*, 2011.1028.

<sup>64</sup>L'information a été travaillée par les institutions européennes avec la mise en place de la démocratie électronique depuis 2001 : voir le système « *you're voice*, votre point de vue sur l'UE ».

donnée par la Commission à ces différents actes nous conforte dans l'idée que ce processus consultatif n'est peut-être qu'un leurre.

31.- La diffusion de nombreux Livres verts et blancs, ainsi que la mise en place d'un nombre important de consultations et d'échanges avec des experts universitaires et, de manière plus générale, l'ensemble des parties prenantes sur les nombreux projets des institutions européennes répondent favorablement aux critiques attachées au caractère technocratique du droit européen. Si ce processus se révèle incontestablement d'une grande richesse pour la réflexion juridique, grâce à la démocratie participative et au dialogue civil, il est cependant possible, en pratique, d'émettre d'importantes réserves sur son efficacité concernant le choix d'un instrument final d'intégration juridique.

# **LA COHABITATION DES SYSTEMES JURIDIQUES DES PAYS ARABO-MUSULMANS DANS L'AIRE MEDITERRANEENNE ET LE DEPASSEMENT DES MYTHES<sup>1</sup>**

**Filali OSMAN**

**Professeur, Université Bourgogne-Franche-Comté– CRJFC**

**Chercheur associé au CDACI (Univ. De Montréal)-**

**et au CREDIMI (Univ. Bourgogne)-.**

**ANCIEN CONSEILLER DE GOUVERNEMENT**

---

## **Résumé**

Nous observons l'existence d'une communauté entre droit musulman et droit romain, à la suite d'autres auteurs et de codificateurs... A contre-courant de la vague 'civilisatrice' qui domine encore la géopolitique, nous relevons l'existence d'un fonds commun de civilisation méditerranéenne, justifiant l'émergence de principes généraux de droit communs aux deux rives de la méditerranée. Il est même possible de réaliser une synthèse entre le droit musulman et les travaux législatifs importants en droit civil en Europe comme par le passé. Il existe bel et bien une identité de la Méditerranée et une convergence des systèmes juridiques à l'origine d'une *lex mediterranea* perméable aux phénomènes de circulation des modèles juridiques, au cosmopolitisme, bref à la cohabitation.

1.L'histoire du droit permet d'observer que tous les espaces géographiques (Amérique du Nord, Afrique, Pays Arabes, Asie, Europe, etc.) mettent en cause des systèmes juridiques culturellement différents mais toujours en quête d'une équivalence des résultats

---

<sup>1</sup>-Mes plus vifs remerciements vont à mon ami le Pr. Ali Bencheneb qui a accepté de relire ce manuscrit et de prodiguer de précieux conseils.



selon Roberto Sacco<sup>2</sup>. On constate, en effet, en dehors du droit de la famille, un tronc commun des lois en présence présidant à des principes généraux communs visant aussi bien les droits processuels nationaux que les autres branches du droit (contrats, obligations, suretés, sociétés, arbitrage, médiation). Nous avons ainsi, dans une série de travaux collectifs, mis à jour l'émergence et la consolidation d'une véritable *lex mercatoria mediterranea* dans l'espace méditerranéen et ce, en dépit de quelques îlots de résistance constitués par les droits de la famille, le droit fiscal ou encore le droit social<sup>3</sup>. Sans doute la première *lex mediterranea* fut-elle une *lex maritima*.

2.Or, les droits des 9 pays arabo-musulmans membres de l'UpM<sup>4</sup> où l'Islam est la religion dominante et qui sont perméables à la circulation des modèles juridiques, n'échappent pas à ce constat. En effet, l'histoire du droit témoigne de l'expansion pacifique du droit romain et de son influence dans la zone méditerranéenne, illustrant ainsi cette compénétration inter-systémique. Enfin, il est important de noter l'impact fondamental des écoles orientales, notamment de Beyrouth et de Constantinople dans le perfectionnement du droit romain. Ce droit a été redécouvert et largement incorporé dans les droits occidentaux grâce à l'action des juristes, principalement italiens, du XIIème et XIIIème siècle. Ne dit-on pas qu'Ulpian, un Syrien, était le plus grand jurisconsulte romain ?<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup>-R. Sacco, « Définitions savantes et droit appliqué dans les pays romanistes », *RIDC*. 1965, p. 612 ; *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Economica, 1991, pp. 54-59.

<sup>3</sup>-*Vers Une Lex mercatoria mediterranea : harmonisation, unification, codification du droit dans l'Union pour la Méditerranée* (s. direc. Filali OSMAN), Bruxelles, Bruylant, Série droit méditerranéen, 2012, 389 p.

<sup>4</sup>- Ces pays sont la Mauritanie, le Maroc, l'Algérie, la Tunisie, l'Égypte, la Syrie, Le Liban, la Palestine, la Syrie et la Jordanie. La Libye et l'Iraq ont le statut d'observateur.

<sup>5</sup>-Encyclopédie Universalis – article : « *Ulpian, Domitius Ulpianus dit* ».

3. La naissance à Paris, le 13 juillet 2008, dans le prestigieux Grand Palais, de l'Union pour la Méditerranée –UpM-, regroupant 43 pays -dont les 27 de l'Union européenne- (désormais 28) est-elle la première pierre du futur édifice d'un droit méditerranéen uniforme ? Le rayonnement régional auquel aspire la toute jeune UpM contribuera-t-il à surmonter tous les pièges qui jalonnent la route qui mène aux rivages de l'Île d'Ithaque dans laquelle 43 Etats adopteront un droit méditerranéen uniforme ? Sans doute, une partie de la doctrine y sera-telle hostile, à l'image de M. Pierre Legrand dont on ne peut manquer de relever le terrible réquisitoire contre un code civil européen. « Ce qui est vrai, écrit-il, c'est que l'Europe n'a jamais connu un jus qui fut véritablement commune dans la mesure où le droit savant et latinisé auquel il est fait référence n'a jamais séduit la common law anglaise autrement que de manière parfaitement marginale »<sup>6</sup>. Un autre juriste, canadien, n'a pas hésité à qualifier l'entreprise d'uniformisation de mythe qui serait le produit d'un autre mythe : celui du droit comparé<sup>7</sup>.

4. Ce scepticisme se retrouve avec la même intensité dans des travaux doctrinaux du début du siècle et, notamment ceux de Karl Wieland pour qui la réalisation d'un droit mondial ne peut viser que le seul droit international privé comme par exemple les règles de conflit de lois. En revanche « remplacer les diverses législations par un code mondial serait un magnifique idéal (...)

---

<sup>6</sup>-« Sens et non-sens d'un code civil européen », *RIDC* 1996, pp. 779-812, spéc. 806-807.

<sup>7</sup>-M. Boodman, «The Myth Of Harmonisation Of Laws», *Am. Jour. of Comp. Law*, Vol. 39, 1991, pp. 699-724, spéc. 724. Contra R. Sacco qui insiste tout particulièrement sur la circulation des modèles juridiques : *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, *Economica*, 1991, pp. 122-126 ; add. « La circulation du modèle juridique français, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées Franco-italiennes, Tome XLIV, Paris: Litec 1993; G. Ajani, « La circulation de modèles juridiques dans le droit post-socialiste », *RIDC*. 1994, pp. 1087-1105 qui observe que le nouveau code civil (1992) ainsi que le code de commerce de la République tchèque attribue une très grande importance aux modèles uniformes comme par exemple la convention de Vienne du 11 avril 1980 sur le contrat de vente internationale de marchandises, *ibid.*, p. 1099.

une utopie ». Mais l'auteur reconnaît néanmoins que, de cette condamnation de l'unification du droit, il faut « excepter (...) la matière du change dépouillé très nettement de tous les facteurs de différenciation nationale »<sup>8</sup>.

5. Pourtant ces rêves d'unification n'ont jamais cessé et ont déjà été fait, ailleurs et jadis, pour d'autres regroupements régionaux. C'est ainsi que les pays scandinaves, ceux d'Amérique latine, et enfin ceux de l'Europe dite occidentale ont pris rapidement conscience de ce que leurs codifications, par essence politiques, constituaient un obstacle à leur unité économique et politique et ont essayé d'unifier leurs droits des affaires. L'exemple latino-américain est tout à fait topique de ce constat puisque, dès 1875, le Gouvernement péruvien convoquait un groupe de juristes afin d'adopter un code de droit privé commun à sept États.

Malheureusement les obstacles politiques à surmonter ont été tels que l'adoption de règles de conflit de lois uniformes, bien que moins ambitieuse, apparut comme une entreprise beaucoup plus réaliste que celle portant sur l'unification du droit civil et commercial de l'ensemble des sept États.

6. L'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA), créée par le Traité de Port Louis (Ile Maurice) du 17 octobre 1993, relatif à l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique, est à l'origine d'un droit africain des affaires uniforme qui constitue un bel ouvrage législatif interétatique même si son application se heurte aux obstacles du sous-développement des pays membres.

---

<sup>8</sup>« Sources du droit et droit mondial », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, L.G.D.J., 1938, pp. 473-474, rééd° par Librairie Duchemin, 1977. Contra E. Lambert pour qui le « scepticisme » de Wieland ne vise « pas tant les aspirations à l'uniformisation de branches ou de chapitres du droit eux-mêmes que le procédé par lequel on cherche les plus généralement à réaliser ces aspirations : la législation uniforme » : « Sources du droit ou supranational. Législation uniforme et jurisprudence comparative », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, *op. cit.*, p. 480.

7. Si l'on excepte ces exemples, la réalisation d'un droit uniforme a historiquement été envisagée, voire rêvée, d'abord pour le droit du commerce international. On doit, en effet, à Édouard Lambert d'avoir été l'un des pionniers à faire le rêve d'un droit mondial, dans les années qui suivirent le Congrès international de droit comparé, organisé dans la capitale française à l'occasion de l'exposition universelle de 1900, par la société de législation comparée. Dès 1903, Edouard Lambert rédige un ouvrage au volume impressionnant de 927 pages intitulé « Études de droit commun législatif. La fonction du droit civil comparé » (Paris : V. Giard & E. Brière, 1903) qu'il présentait comme étant seulement la première partie de son introduction. Malheureusement, l'ouvrage ne connut pas de suite bien que les formes de ce jus commune, dont le champ spatial était la planète, laissait une place considérable, tant à la doctrine, qu'aux opérateurs du commerce international eux-mêmes par le biais, notamment, des usages corporatifs.

8. Depuis, les arguments souvent invoqués en faveur de l'unification des droits matériels ne manquent pas ; ils sont d'autant plus convaincants qu'ils se cristallisent autour de l'insécurité juridique suscitée par la disparité des systèmes juridiques, réelle ou supposée, disparité à laquelle la méthode conflictuelle ne permet de pallier que de manière résiduelle. L'application de tel droit national à la place d'un autre droit reste, en effet, déterminante de la solution juridique qui peut être donnée en cas de différend.

9. En outre, même unifiées, les règles de conflit de lois débouchent indéfectiblement sur l'application d'un droit national. C'est ce qui explique que l'unification ait eu très rapidement pour moteur les nécessités unificatrices du commerce international mais, en même temps ait été freiné par des obstacles politiques et culturels.

**10.**Le projet d'un droit méditerranéen uniforme ne risque-t-il pas de se heurter aux mêmes écueils, qu'il s'agisse de codification, d'unification ou d'harmonisation ou même de cohabitation du droit de 43 Etats dont l'unité politique reste un chemin jalonné d'embûches ?

**11.**Les savants du droit, qu'ils soient universitaires ou praticiens du droit, appartenant aux 43 Etats Parties à l'Union pour la Méditerranée, sont-ils à même de les surmonter ? La doctrine est coutumière de ce type de défi et des difficultés à affronter. En effet, à peine les États modernes eurent-ils achevé l'œuvre éminemment politique de codification de leur droit au cours du XIX<sup>ème</sup> siècle, et au début du XX<sup>ème</sup> siècle, qu'ils s'assignèrent pour mission de contribuer à l'harmonisation et/ou l'unification du droit en Europe et dans le monde.

**12.**Les échecs sont nombreux comme en témoigne le projet franco-italien de code des obligations et des contrats de 1927 dont les travaux furent entrepris officiellement au lendemain de la première guerre mondiale, en 1920, sous la direction de Ferdinand Larnaude et Vittorio Scialoja qui en avait lancé l'idée dans un article paru en 1916 dans la Nueva Antologia. Mais, ne sont-ce pas là les difficultés auxquelles la toute jeune UpM pourrait se heurter ?

**13.** A la différence des pays latino-américain, sous influence du seul système romano-germanique, l'UpM englobe trois systèmes juridiques que sont le droit musulman, le droit romano-germanique et la common law. L'entreprise de cohabitation des systèmes juridiques est indubitablement plus ardue. Quelle place et quelle cohabitation sont de l'ordre du concevable avec le droit musulman ?

**14.**Il convient, au préalable, de s'accorder sur la définition de la notion de "système juridique". Celle-ci se distingue de la notion

“d’ordre juridique” en ce que l’objet couvert diffère<sup>9</sup>. En effet, le système dépasse l’ordre, qui n’en est, finalement, qu’une composante<sup>10</sup>. L’ordre juridique se définit comme l’ensemble des normes juridiques, des acteurs veillant à l’application de ces normes et au respect des institutions dont elles émanent<sup>11</sup>. Pour le juriste italien Santi Romano dans son œuvre magistrale, ‘L’ordre juridique<sup>12</sup>, l’ordre juridique est une institution. Or, « l’institution est tout être ou corps social »<sup>13</sup> et il y a « autant d’ordres juridiques que d’institutions »<sup>14</sup>. Il apparaît que « Ordre juridique et institution sont considérés par Santi Romano comme synonymes et qu’organisation, structure, unité du groupe social représentent les mots clés pour définir l’institution »<sup>15</sup>.

**15.** Les ordres juridiques peuvent être de nature étatique ou non. Il existe, par exemple, des ordres juridiques religieux, voire économiques comme celui de la Lex Mercatoria. Citons, à cet égard, les ordres ecclésiastiques produisant une norme religieuse tirée d’un texte religieux et appliqué par son clergé.

**16.** De manière différente, le système juridique transcende les ordres en les réunissant au sein d’un complexe juridique plus vaste permettant leur coexistence simultanée. C’est pourquoi il

---

<sup>9</sup>-CATALANO Pierangelo « Identité de la Méditerranée et convergence des systèmes juridiques », *Revue ASPECTS*, n°1-2008, pp. 27-41.

<sup>10</sup> -*Ibid.* p. 30.

<sup>11</sup>-Voir en sens Guy Rocher, « Pour une sociologie des ordres juridiques », les Cahiers de droit, vol. 29, n°1, 1988, p.91-120.

<sup>12</sup>-Santi Romano, *L’ordre juridique.*, Paris, Dalloz, 1975, pp. 77-159, spéc. 79-82 ; Ost (François) et Van de Michel Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit.*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires St Louis, 1987, pp. 244-245 ; Rigaux (François), *Introduction à la science du droit.*, Bruxelles, Editions Vie Ouvrière, 1974, p. 364. ; Le droit au singulier et au pluriel., *Rev. int. étud. jur.* 1982, n° 9, p. 51 ; M.F RIGAUX, *La théorie des limites matérielles à l’exercice de la fonction constituante.*, Bruxelles, Maisons F. Larcier S.A Editeurs, 1985, p. 270 (335 p.).

<sup>13</sup>-*Ibid.*, p. 25.

<sup>14</sup>-*Ibid.*, p. 77.

<sup>15</sup>-Paolo Alvazzi del Frate, « L’institutionnalisme juridique dans la doctrine italienne du XXe siècle : Considérations sur l’institutionnalisme de Santi Romano, *Revue d’histoire des facultés de droit*, 2012, N°32, p.389-396, spéc.p393.

convient de prendre appui sur la typologie mise en évidence par René David, qui conduit à tenir compte des systèmes de droit romano-germanique, de droit de Common Law et de droit musulman<sup>16</sup>.

17. Afin de mieux comprendre cette classification, il faut s'intéresser à la spécificité culturelle du système juridique musulman, à savoir le droit généré par l'avènement de l'Islam. Le système juridique musulman, contrairement aux autres systèmes juridiques de l'UpM, prend ses sources dans la religion. En effet, ce droit a pour principales sources le Coran c'est à dire la parole de Dieu et la Sunna c'est à dire les dires et pratiques du Prophète<sup>17</sup>. Le fait que le système juridique prend sa source directement dans la religion va avoir plusieurs conséquences. La première est que le droit va se construire autour de la religion.

18. Selon certains auteurs, l'assise religieuse du droit musulman constituerait un obstacle majeur à la cohabitation. Or, l'observation du droit positif, et notamment du droit des 43 Etats de l'UpM, met indubitablement en exergue la nécessaire coexistence de considérations morales et juridiques dans la formulation et l'interprétation de la règle de droit. Le « véritable positivisme ne consiste pas dans le fétichisme de la loi, mais au contraire dans la destruction de la croyance à la toute puissance et bonté de la loi », écrivait Ripert<sup>18</sup>. Or, poursuit ce dernier, « il reste que la loi est la force et contre cette force peuvent seules lutter d'autres forces. Il faut alors faire appel à la morale pour suppléer le droit ou, le combattre au besoin (...). La notion de morale rôde autour

---

<sup>16</sup>-René David, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Précis Dalloz, 2002, 11e édition, page 16.

<sup>17</sup>-V. en ce sens : H. Bleuchot, « Les fondements du droit musulman », *Droit musulman : Tome 1 : Histoire. Tome 2 : Fondements, culte, droit public et mixte*, Aix en Provence : Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2000, p.437-475, 2015, spéc.p.449.

<sup>18</sup>-Georges Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, L.G.D.J., 1949, n° 208, pp. 409-410., n° 20, pp. 409-410.

de la demeure du droit (...). Si on veut que le droit reste imprégné d'idéal, il faut entretenir une communion à des idées morales que nous jugeons supérieures à toutes autres, soit par une croyance invincible, soit par une constatation scientifique du progrès qu'elles ont apporté dans la société des hommes »<sup>19</sup>.

**19.** Une autre difficulté réside dans le fait que le système juridique musulman ne connaît pas de frontière, puisque se basant sur la religion, il implique aussi qu'il s'adresse à tous les croyants<sup>20</sup>. Par conséquent, on se trouve en présence d'un système juridique qui intervient non seulement dans les pays arabes mais qui a vocation à s'appliquer dans tous autres pays.

Selon Hervé Bleuchot, il faut étudier le droit musulman dans un ensemble vaste politique, contemporain, historique et social<sup>21</sup>. On peut donc relever que certes cette spécificité culturelle est très marquée mais les occidentaux, actuellement, font cohabiter leur système juridique avec le système juridique musulman. Ainsi, on voit bien qu'en dépit de cette spécificité, il est possible de faire cohabiter les systèmes juridiques au sein de l'UpM.

**20.** Enfin, dernière difficulté, le droit musulman est casuistique. Il donne des solutions à des problèmes concrets. Ainsi on n'a pas, sauf rare exception, de théorie générale en droit musulman. La règle de droit doit descendre des textes pour donner une solution à un cas d'espèce<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup>-*Ibid.*

<sup>20</sup>-V. en ce sens : le petit juriste, « Droit comparé : vers une nouvelle classification des systèmes juridiques. » spéc., p.21.

<sup>21</sup>-V. en ce sens : H. Bleuchot, « L'étude du droit musulman : jalons pour une convergence (entre l'islamologie juridique et l'anthropologie juridique) », spéc.p203.

<sup>22</sup>-V. en ce sens : H.A Dabbagh « Le droit comparé comme instrument de modernisation : l'exemple des codifications civiles des Etats arabes du Moyen Orient » spéc.p.390-391, H.A Dabbagh « « La réception du modèle juridique français par le code civil irakien » spéc.p273 et H. Bleuchot, « Les fondements du droit musulman. » spéc., p42.



**21.**Ce sont toutes ces conséquences qui rendent le droit musulman si spécifique. Nous avons donc une culture en relation étroite avec la religion et donc avec le droit. En cela le système juridique musulman présente une singularité forte par rapport aux deux autres systèmes en vigueur dans l'UpM. Il ne suffit pas d'affirmer que la diversité est une richesse et que, selon Pierangelo Catalano, les différences doivent être renforcées pour aboutir à une fin universelle supérieure<sup>23</sup>. Encore faut-il montrer en quoi elles ne s'opposent pas à une cohabitation au sein de l'UpM.

**22.**Or, l'UpM est basée sur un système de coopération interétatique complétée par la mise en place d'accords bilatéraux entre l'Union Européenne et chacun des Etats de la rive Sud de la Méditerranée. Cette Union est à la fois en continuité et en rupture avec le processus de Barcelone initié le 28 novembre 1995. Ce sont de tels accords qui constituent la base juridique de la cohabitation, du moins dans le domaine du droit des affaires, entendu lato sensu et, incluant donc le droit des contrats, principal instrument de ce commerce.

**23.**Il s'agit là d'une forme de cohabitation, produite par l'utilisation de règles identiques dans plusieurs conventions internationales en vigueur dans l'espace méditerranéen. En effet, les sept accords d'association en vigueur, sur les huit conclus entre l'Union européenne et l'Égypte, Israël, la Jordanie, le Liban, le Maroc, la Tunisie et l'Algérie paraissent contribuer à cette cohabitation en même temps qu'ils constituent une base légale d'une *lex mediterranea*.

**24.**Les obligations contractées en vertu de ces accords d'association, impliquent un travail de rapprochement des législations afin de lever tous les obstacles à la libéralisation des échanges. Or, partager un objectif de libéralisation des échanges commande

---

<sup>23</sup>-V. en ce sens : P. Catalano, « Identité de la Méditerranée et convergence des systèmes juridiques » spéc.p.37.

une cohabitation des droits. Il existe donc bel et bien une faisabilité juridique qui peut inspirer les actions normatives du législateur méditerranéen.

**25.** Aucun domaine n'est épargné, pourvu qu'il ait des incidences sur le commerce méditerranéen ; la méditerranisation des économies requiert la méditerranisation du droit. En effet, les disparités juridiques seraient vécues comme autant d'obstacles techniques non tarifaires à la libre circulation des marchandises et des services, etc.

**26.** Il n'est donc pas surprenant que les tentatives d'unification s'étendent à la zone méditerranéenne, vers des pays de la rive sud de la Méditerranée et concernent aussi bien des systèmes juridiques relevant de la common law que ceux relevant de la tradition romano-germanique ou islamique.

Dans ce schéma, l'accord d'association contraint l'Etat associé à adapter sa législation afin d'entrer en conformité avec l'objectif fixé par l'accord d'association, à savoir l'instauration d'une zone de libre-échange.

**27.** Finalement, on peut dire que les accords d'association contribuent à une cohabitation puisqu'ils œuvrent pour le rapprochement des législations.

A titre d'exemple, on peut citer l'article 52 des accords euro-tunisien et euro-marocain, l'article 41 de l'accord conclu entre l'Union Européenne et l'Autorité Palestinienne ou l'article 56 de l'accord euro-algérien qui stipule que « La coopération aura pour objectif le rapprochement de la législation de l'Algérie à la législation de la Communauté dans les domaines couverts par le présent accord »<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup>-F. Osman « Une lex mediterranea des investissements ? Faisabilité et pertinence », spéc.p.346 paragraphe 28 et V. l'accord euro-algérien signé le 22 avril 2002 et en vigueur depuis le 1er septembre 2005.

28. Au-delà de ce constat, observation doit être faite que la cohabitation est fondée sur un héritage historique commun (Première partie1) mais dont la réalisation implique le respect de la diversité juridique (partie2).

### **Première partie :Une cohabitation fondée sur un héritage historique commun**

29. La « cohabitation » se définit comme « la coexistence, ou l'existence simultanée, au sein d'un même espace »<sup>25</sup>. Par conséquent, la « cohabitation juridique » se définit comme l'existence simultanée de plusieurs systèmes juridiques au sein d'un même espace géographique, en l'espèce l'espace intercontinental constitué autour du Bassin Méditerranéen. Appelle-t-elle la convergence qui, rappelons-le, est définie comme la recherche d'un point médian entre les différentes législations et non pas la consécration de la suprématie d'un système sur un autre ?

L'UpM est une Union de plusieurs pays ayant des systèmes juridiques différents. Ces différents systèmes juridiques originaux qui interagissent, au sein d'un espace géographique, doivent nécessairement cohabiter. La cohabitation n'est pas plus que le fait de vivre avec un autre groupe présent dans le même espace géographique, sans remettre en cause le système existant. Cette approche prend tout son sens lorsque l'on envisage la cohabitation des systèmes juridiques dans l'UpM. Les systèmes juridiques, aussi différents soient-ils dans cet espace géographique qu'est la Méditerranée, doivent vivre ensemble sans pour autant perdre leur spécificité. Autrement dit, la cohabitation, tout en entraînant une harmonisation, implique-t-elle nécessairement une uniformisation des systèmes juridiques. La cohabitation fait alors appel à deux notions opposées : la convergence et la

---

<sup>25</sup>-Dictionnaire le Larousse, définition de cohabitation : « <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/cohabitation/17010> »

divergence, étant entendu que « la convergence s'entend de l'action de tendre vers un but commun »<sup>26</sup> alors que la divergence s'entend d'une opposition, d'une différence ou d'un désaccord entre les opinions, les intérêts des personnes, des groupes<sup>27</sup>.

**30.** Les accords, qui œuvrent pour un objectif louable, prônent, cependant, un rapprochement en direction du modèle juridique des 28 Etats de l'Union européenne, composé lui-même de deux systèmes juridiques que sont la common law et le droit romano-germanique. Ce qui fait défaut est donc le rapprochement avec le 3<sup>ème</sup> système juridique qu'est le droit musulman, à supposer même que le pluriel 'droits musulmans' ne soit pas plus idoine. En outre, ce rapprochement est de type européocentriste et peut encourir les griefs inhérents au mouvement qu'il imprime, unilatéral et centrifuge, dans lequel l'Union européenne est le centre de cette intégration juridique.

**31.** Qu'exige-t-on de l'UpM ? Une uniformisation absolue, l'uniformisation juridique étant entendue comme « la modification de la législation de deux ou plusieurs pays tendant à instaurer dans une matière juridique donnée une réglementation identique »<sup>28</sup> de tous les systèmes ? Une coexistence c'est-à-dire « un système international consistant dans une tolérance réciproque entre Etats à systèmes économiques et politiques opposés, qui renoncent à imposer l'un des systèmes par la force pour recourir à des formes pacifiques de compétition »<sup>29</sup>, harmonisée et sectorielle ?

**32.** N'existe-t-elle pas d'ores et déjà ? Le Professeur Catalano soutient, en effet, « l'existence d'une identité de la Méditerranée et convergence des systèmes juridiques », y compris entre droit musulman et droit romain<sup>30</sup>, rappelant que « le système juridique romaniste, que certains qualifient (sans raisons historiques)

---

<sup>26</sup>-Dictionnaire Le Petit Robert, V. convergence ; Guy Canivet, « La convergence des systèmes juridiques du point de vue du droit privé français. » *RIDC*. Vol. 55 N°1, Janvier-mars 2003. p. 7-22, spéc.p1.

<sup>27</sup>-Dictionnaire Larousse, V. divergence.

d'occidental, a pris sa forme en Orient grâce aux écoles de Beyrouth et de Constantinople (...) »<sup>31</sup>.

**33.**D'autres juristes ont pu déceler l'existence d'une communauté entre droit musulman et droit romain, parmi lesquels David Santillana, juriste arabisant, rapporteur du code tunisien des contrats et des obligations du 15 décembre 1906 - COC-<sup>32</sup>. Cette première codification moderne est marquée de l'empreinte de son rédacteur Santillana<sup>33</sup> et participe de la synthèse et de la cohabitation entre droit musulman et droit romain, si l'on fait abstraction du Medjellé, première « codification » officielle dans l'histoire de l'Islam faite des principes tirés de la charia, suivant le rite Hanafite, mais dont une partie de la doctrine soutient qu'il s'inspira très largement du digeste<sup>34</sup>.

---

<sup>28</sup>-Gérard Cornu, Association Henri Capitant, « *Vocabulaire Juridique* », Paris, PUF, 2011, V° « *uniformisation* »

<sup>29</sup>-Lexique des termes juridiques, Edition Dalloz 2015-2016, article « *coexistence pacifique* ».

<sup>30</sup>-Pierangelo Catalano, « Identité de la Méditerranée et convergence des systèmes juridiques », *Revue Aspects*, 2008, pp. 27-41.

<sup>31</sup>- *Ibid.*, p.40.

<sup>32</sup>-La rédaction de ce code, dont la technique s'est très largement inspirée de celles adoptées pour les codes français et allemand, a conduit à sa mise en vigueur à partir de 1906. Nul doute, qu'en Tunisie, la personnalité marquante de David Santillana (1855-1931), juif « portugais » de la province ottomane de Tunis, naturalisé italien, a sans doute permis cette nouvelle rencontre entre le droit romain et le droit musulman. En effet lorsqu'en 1896 le Bey de Tunis Ali III entreprend la codification du droit civil en Tunisie il fit appel à David Santillana auquel il confia la charge de diriger la commission devant élaborer un code des obligations et des contrats – COC- pour l'État beylical.

<sup>33</sup>-Sur l'œuvre de Santillana voir le très bel article de Florence Renucci, « David Santillana, acteur et penseur des droits musulman et européen », *monde(s)*, no 7, mai 2015, pp. 23-44.

<sup>34</sup>-Jahel Selim, « Les principes généraux du droit dans les systèmes arabo-musulmans au regard de la technique juridique contemporaine ». *RIDC*. Vol. 55 N°1, Janvier-mars 2003. pp. 105-122, Ahmet Cemil Yildirim, International, « Ottoman Mecelle as a Secular Uniform Law Instrument », *Journal of Turcologia*, pp. 27-45. Cet auteur relève que le Medjellé à sécularisé le droit des contrats: « Mecelle's overall content is probably the most significant evidence to prove that Mecelle was indeed a uniform law text of secular nature, and that it was aiming at unifying the laws of Muslim and non-Muslim subjects : Mecelle covered only the matters on which secular legal rules could be drafted, and excluded those matters the law relating to which could not be unified at all », *ibid.*, p. 40.

**34.** Le Medjellé est composé de seize livres publiés de 1870 à 1877 sous l'appellation de « Medjellé al-Ahquam el Adlié » et est appliqué à l'ensemble de l'empire ottoman, excepté l'Égypte. Or, il est considéré comme le premier « code » original d'un Etat musulman de forme moderne mais de contenu exclusivement religieux (35). Même si le Medjellé est souvent analysé comme un simple recueil de solutions particulières, s'opposant aux codifications modernes<sup>36</sup>, réalisées dans le sillage du code civil français de 1804, du Code civil italien de 1865) et du Code civil portugais de 1867. Or, il contient nombre de principes généraux du droit dont l'universalité, dans le domaine du droit des contrats du moins, a permis sa circulation dans l'empire ottoman<sup>37</sup>.

**35.** Le succès du Medjellé dans l'empire ottoman, réside dans le fait que le codificateur ottoman a puisé dans les travaux d'Ibn Noujaim, jurisconsulte hanafite du XVe siècle. Ce dernier avait, en effet, recensé dix-sept principes attribués « à un disciple d'Abou-Hanifa ayant vécu entre le X<sup>e</sup> et le XI<sup>e</sup> siècle », et proposé, à son tour « vingt-cinq qu'on retrouve presque en

---

<sup>35</sup> H. V. Velidedeoglu, « Rapport général sur le mouvement de codification dans les pays musulmans, ses rapports avec les systèmes juridiques occidentaux », in *Rapports généraux au V<sup>e</sup> congrès international de droit comparé*, Bruxelles 1960 t. I p. 164 note 10.

<sup>36</sup> Il s'agit d'un mot d'origine arabe : majalla qui signifie littéralement revue, recension et la traduction de « medjellé al ahkam i adlié » : ' revue des jugements des juges'. S. Onar indique justement que le titre même de ce document « Medjellé al-ahquam i Adlié » ne signifie point droit, code ni loi : « Ce mot veut dire livre de dimensions restreintes dans lequel sont recueillis certains sujets, certaines questions et certaines idées. Autrement dit, le *Medjellé* n'est qu'une compilation. Son appellation signifie : livre contenant les règles relatives à la justice » : « Le passage des anciennes sources aux nouvelles sources en droit privé turc », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Paris 1934, t. I, note 89 p. 92.

<sup>37</sup> Le Medjellé fut abrogé en 1926 par la Turquie, et remplacé par le code civil et des obligations de 1926, inspiré du code civil suisse. Mais le Medjellé survécut à la disparition de l'empire ottoman puisqu'il demeura en vigueur en Albanie et Bosnie Herzégovine jusqu'en 1928, au Liban jusqu'en 1932, en Syrie jusqu'en 1949, en Iraq jusqu'en 1953, à Chypre jusqu'en 1960, en Palestine, Israël et Koweït jusqu'en 1984.

totalité dans le Medjellé ». Ces principes généraux, désignés par les expressions génériques «'kawaed kuliyyat, littéralement normes globales », ou 'usul', ' racines, origines ', ont trouvé place dans le titre préliminaire composé de quatre-vingt-dix-neuf articles<sup>38</sup> du Medjellé. Or, c'est ce titre préliminaire qui présenterait une grande proximité avec le Digeste.

**36.** Il est donc erroné et infirmé par les travaux les plus éminents, de soutenir que l'absence de codification – au sens occidental du terme - de la Charia, est liée à l'imperceptibilité de celle-ci. Il est encore moins exact d'affirmer que les juristes musulmans ne savent pas à quoi ce procédé légistique correspondrait vraiment de sorte qu'une évolution du Medjellé était inconcevable en raison même de son appartenance au droit musulman<sup>39</sup>. De telles affirmations relèvent de l'obstacle épistémologique<sup>40</sup> si ce n'est du présupposé idéologique ? Rien ne permet de soutenir, en effet, que si le Medjellé n'avait pas été abrogé, il n'aurait pas pu faire l'objet d'amendements pour tenir compte de l'évolution sociétale parce ce que « le fait de reposer sur des principes religieux immuables et l'obligation dans laquelle on s'est trouvé, lors de son élaboration, d'asseoir ses règles plutôt sur des fondements rigides et des traditions orales que sur les bases variables de la société ont eu pour effet de placer le Medjellé, dès sa naissance, en certains points, en dehors des exigences d'une société vivante »<sup>41</sup>.

**37.** Cette vision statique des phénomènes juridiques est infirmée par le grand comparatiste et codificateur que fut El Sanhoury

---

<sup>38</sup>-Jahel Selim, « Les principes généraux du droit dans les systèmes arabo-musulmans au regard de la technique juridique contemporaine ». *op. cit.*, p. 109.

<sup>39</sup>-S. Onar, « La codification d'une partie du droit musulman dans l'Empire ottoman », *Annales de la Faculté de droit d'Istanbul*, 1955, IV, p. 127.

<sup>40</sup>-Un tel obstacle peut être défini comme «une catégorie qui, placée au fondement d'une théorie, tente de la garantir contre les remises en question et interrogations dont elle pourrait faire l'objet». : Français Ost et Michel Van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit.*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires St Louis, 1987,, pp. 121-122.

<sup>41</sup>-S. Onar, « La codification d'une partie du droit musulman dans l'Empire ottoman », *op.cit.*, p. 127.

qui met, tout au contraire, l'accent sur le caractère savant du droit musulman et la fonction créatrice de son interprétation, en dépit de l'arrêt officiel de l'ijtihâd à la fin du IV<sup>e</sup> siècle de l'Hégire<sup>42</sup>. Selon Zarka, l'interprétation a ainsi ouvert des perspectives liées à la découverte des principes généraux du droit musulman que sont les «*kawaed kuliyyat* ». Ces normes globales ou principes reflètent de «*manière admirable les règles courantes, en en éclairent lumineusement le sens et ouvrent de larges perspectives à leur développement* ». Sans les *kawaed kuliyyat* le droit musulman se présenterait comme un ensemble de «*solutions éparses et parcellaires, faute de critères pour les amarrer aux idées auxquelles elles se rattachent et permettre par-là même de dégager pour chaque groupe de règles les fondements et les finalités qui les unissent* »<sup>43</sup>.

**38.** En effet, selon M. Sufi Abu Taleb, «*L'arrêt de l'ijtihâd à la fin du IV<sup>e</sup> siècle de l'Hégire n'a pas empêché l'interprétation de se poursuivre à l'intérieur de chaque école et les gouvernants ont continué d'exercer leur droit de suivre les avis de certains interprètes et de les rendre obligatoires, ainsi que de produire de nouvelles normes pour faire face à l'évolution sociale et économique. Le caractère divin de la shari'a ne change rien au problème puisqu'elle se borne dans la plupart des cas à poser les principes généraux, laissant aux hommes le soin de les appliquer* »<sup>44</sup>. Bref, les principes généraux du droit musulman '*kawaed kuliyyat*' ont été et demeurent un vecteur pour une adaptation continue et, ainsi que le relève un auteur, «*vont*

---

<sup>42</sup>-in *Introduction à l'étude du droit comparé, Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert t. III*, 1938, p. 621 et s.

<sup>43</sup>-Mustapha AL-ZARKA, *Al-Fiqh Al-Islami fi thawbihi Al-Jadid*, T éd., Beyrouth, n° 560 et s., p. 635 et s, cité par Jahel Selim, «*Les principes généraux du droit dans les systèmes arabo-musulmans au regard de la technique juridique contemporaine* », *RIDC*. Vol. 55 N°1, Janvier-mars 2003. pp. 105-122.

<sup>44</sup>-Sufi Abu Taleb, «*La shari'a islamique et le droit positif dans les pays arabes : histoire et prospective* », in *Politiques législatives : Égypte, Tunisie, Algérie, Maroc (collectif)*, Le Caire, Cedej, 1994, pp. -149, spéc.145.



servir à l'élaboration de solutions nouvelles et assurer (...) l'évolution du droit musulman, censé pourtant s'être arrêté depuis la fermeture de la porte de l'ijtihad »<sup>45</sup>.

**39.** En réalité, afin de faire face aux impératifs plus modernes des sociétés musulmanes, ce droit a puisé dans ses propres fondements pour s'adapter. Plutôt que de rester figé dans une hiérarchie juridique qui semble ne pas laisser de place à une quelconque évolution, le droit musulman a développé des moyens, un droit savant par l'interprétation des textes : l'ijtihad sert à désigner l'effort des juristes musulmans pour interpréter les textes fondateurs de l'Islam. Ainsi, cette interprétation permettrait la réalisation des objectifs de l'Islam y compris sa pérennité et par conséquent et surtout l'actualisation des règles juridiques<sup>46</sup>. L'ijtihad est donc considéré comme une des sources complémentaires du droit musulman, « fondées sur la raison humaine »<sup>47</sup>. C'est pour répondre à de tels besoins que l'Académie islamique du fiqh a ainsi été créée lors de la troisième conférence du sommet musulman (28 juin 1981). Elle est constituée de spécialistes du monde musulman représentant 57 États (Afghanistan, Arabie Saoudite, Turquie et Tunisie notamment) et a pour objectif « d'étudier les problèmes de la vie contemporaine et faire des recherches – Ijtihad – afin d'apporter des solutions issues de l'héritage musulman et adaptées à l'évolution de la pensée islamique »<sup>48</sup>. L'interprétation, et par là-même l'adaptation, du droit musulman paraît donc être une question d'actualité.

**40.** Les principaux obstacles résident plutôt dans la volonté tenue des acteurs de cette interprétation dont l'inertie peut être

---

<sup>45</sup>-Jahel Selim, « Les principes généraux du droit dans les systèmes arabo-musulmans au regard de la technique juridique contemporaine ». *op. cit.*, p. 110.

<sup>46</sup> -Dr Muhammad Tahir-ul-Qadri, *Ijtihad (Meanings, Application & Scope)*, Minhaj-ul-Quran Publications, 2007, p. 21-23.

<sup>47</sup>-F. Nammour, « Charia Islamiya et arbitrage », in L. Chedly et F. Osman (dir.), *L'arbitrage dans les pays de l'Union pour la Méditerranée*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 421-442, spéc. 422-424.

<sup>48</sup>- [www.fiqhacademy.org.sa](http://www.fiqhacademy.org.sa)

dictée par des facteurs externes, plus politiques que véritablement spirituels. Lorsque l'intelligence se met au service de l'interprétation, le droit musulman devient fécond. C'est ainsi que le projet de code civil égyptien de 1949 rappelle qu'il « a introduit un changement important concernant la shari'a islamique ; il en a fait l'une des sources officielles du droit égyptien dont le juge doit tenir compte lorsqu'il ne trouve pas le droit applicable. Les cas où le juge ne trouve pas de texte sont fréquents et il est alors amené à s'inspirer de la shari'a, surtout lorsqu'on constate que l'on peut trouver peu ou prou l'équivalent des textes du projet dans les normes du droit islamique (...) »<sup>49</sup>.

**41.** L'on sait que le rédacteur de ce code, le grand El Sanhoury avait ainsi soutenu que « le droit musulman n'est pas moins, dans le développement et la noblesse de la logique juridique, que n'importe quel système juridique, il serait donc inconcevable de l'écarter en faveur d'un droit étranger tant qu'on peut atteindre le même résultat en préservant notre tradition juridique »<sup>50</sup>.

**42.** Ainsi que le relève la célèbre sentence arbitrale Aramco, rendue le 23 août 1958 dans le différend entre le Gouvernement de l'Arabie Saoudite et l'Arabian American Oil Company (51) « la plupart des codes modernes contiennent des règles très succinctes sur l'interprétation des contrats ». Dès lors « les

---

<sup>49</sup>-Cité par Sufi Abu Taleb, « La shari'a islamique et le droit positif ans les pays arabes : histoire et prospective », in *Politiques législatives : Égypte, Tunisie, Algérie, Maroc (collectif)*, op.cit., p.145.

<sup>50</sup>-Ces propos ont été tenus lors de la 1<sup>ère</sup> session de rédaction du code civil égyptien et repris par H.A Dabbagh, « La réception du modèle juridique français par le code civil irakien », *RIDC*, Volume 57, N° 2, 263-290, 2005, p. 270 ; note 24.

<sup>51</sup>-*Rev. crit. dr. int. pr.* 1963, pp. 272-363 (d'où seront puisés les extraits cités supra) ; commentaire Henri Batiffol, « La sentence ARAMCO et le droit international privé », *Rev. crit. dr. int. pr.* 1963, pp. 647-662 ; S. Bastid, *A.F.D.I.* 1961, pp. 3 00-311 ; *I.L.R.* 1963, Vol. 27, pp. 117-233, 473-474, 609-610 (extraits) ; *Riv. dir. int.* 1963, Vol. 46, pp. 230-249 ; J.G. Wetter, *The International Arbitral Process Public and Private.*, New-York, Oceana Publication, 1979, Vol. 1, pp. 411-431.

problèmes de l'interprétation sont principalement résolus selon des méthodes dégagées par la doctrine et qui sont les mêmes dans tous les systèmes juridiques du monde (...). Les avis des deux parties concordent à ce sujet (...). Le Gouvernement admet (...) que les principes de l'interprétation du droit islamique sont les mêmes que ceux reconnus dans d'autres droits et le droit international...Tout au plus le Mémoire du Gouvernement (...) relève-t-il que, selon le rite hanbalite du droit musulman, les méthodes d'interprétation sont plus simples »<sup>52</sup>.

**43.** Aussi, en droit du commerce international comme d'ailleurs en droit interne, la convergence des méthodes d'interprétation ne fait pas obstacle à ce que les règles interprétatives et les solutions retenues par les arbitres ou les juges soient préalablement dépouillées des particularités dont les a revêtues tel ou tel système juridique, et ce, afin de répondre aux besoins du système juridique dans lesquelles elles doivent être appliquées. Il existe un passage obligé par une sorte d'acclimatation pour prévenir tout rejet d'une greffe juridique trop artificielle.

**44.** C'est sans nul doute la méthode qui présida à la rédaction du code tunisien des obligations et des contrats qui s'inspira également du Medjellé et d'autres sources du droit musulman et fut une source immédiate d'inspiration pour les codificateurs marocains en 1913, puis mauritanien en 1980<sup>53</sup>.

---

<sup>52</sup>-Sentence précitée, pp. 318-319.

<sup>53</sup>-Notons que la Mauritanie avait, en effet, décidé, dans la décennie 1980 d'abroger son Code civil dont la paternité française remontait à la période coloniale où le code civil français était été exporté dans l'ensemble des pays de l'Afrique occidentale française, sans prise en compte des tropismes locaux, parmi lesquels le désir des Mauritaniens de renouer avec les principes de la Charia islamique. Voir M.M. Mohamed Salah, Quelques aspects de la réception du droit français en Mauritanie, *Revue Mauritanienne de droit et d'économie*, 1989, p. 3 et s. Add. J. Moneger, « Biographie du Code des obligations et des Contrats, de la réception à l'assimilation d'un Code étranger dans l'ordre juridique marocain », *Revue Marocaine de droit et d'économie du développement*, 1984, n°7, n°19 et la bibliographie rapportée.

45. A contre-courant de la vague 'civilisatrice' qui dominait la géopolitique d'alors, Santillana, considéré comme celui qui « écrivit le meilleur traité de droit malékite »<sup>54</sup> n'a pas hésité à relever l'existence d'un fonds commun de civilisation, justifiant l'émergence de principes généraux de droit, communs aux deux rives de la méditerranée. Aussi, la Commission de codification du code des obligations et des contrats a réalisé une synthèse entre le droit musulman et les travaux législatifs importants en droit civil en Europe du début du 19<sup>ème</sup> siècle jusqu'au début du 20<sup>ème</sup> siècle : le code civil français de 1804, le Code civil et commercial allemand, les différentes lois anglaises, etc.

46. Ainsi Santillana rappelle, dans son rapport introductif, que la Commission qu'il dirigea avait adopté la comparaison comme clef de voûte de sa légistique, suivant « en général les doctrines de l'école malékite, qui est celle de la majorité des tunisiens, mais elle n'a pas hésité à se faire hanéfite partout où les règles de cette école convenaient mieux au système général du code, et aux principes du droit européen... »

47. Prouvant la sincérité et l'authenticité de sa démarche, Santillana cite de manière très exhaustive l'ensemble des sources dans lesquelles il a puisé. Aussi, n'est-il pas surprenant que le principe *pacta sunt servanda*, codifié dans l'article 242 du COC, trouve racines tout à la fois dans le Digeste (L17, 75), l'article 1134 du Code civil français de 1804, et dans le Coran (XXIII, 8 ; XXVI, 183 ; LXX, 32). S'agissant du droit musulman, Santillana n'écarte aucun courant, aucune école ou doctrine musulmane, incluant rite malékite (Khallil, Taoudi, Tasouli, Tohfat Ibn Acem) et hanéfite (la Medjella, Morched –el-hairan, Radd, el –

---

<sup>54</sup>-Cl. Bontems « Le Droit musulman algérien à l'époque coloniale, une hypothèse », in , *La rencontre des droits en Méditerranée. L'acculturation en question* (s. direc. X. Perrot, J. Pericard), Limoges, PULIM, 2014, pp. 21-49, spéc. 47.

Mehtar, Fetaoua Hendia, Ibn Noujaim, Hamaoui)<sup>55</sup>. Ce faisant, selon Santillana, le pragmatisme commandait de rechercher les solutions les plus appropriées et, en cela, le texte qu'il a mis au point préfigure les codifications modernes, usant du syncrétisme pour des solutions adaptées à l'évolution des pratiques et des mœurs, quelle que soit la religion et/ou la culture.

**48.** Un demi-siècle plus tard, en pleine période de décolonisation, en 1954, Vesey-Fitzgerald S.G, spécialiste anglais du droit musulman, ancien professeur de législations orientales à l'Université de Londres et Chargé des cours de droits musulman et hindou aux Inns of Court, Londres, a forgé le concept de droit anglo-musulman pour souligner ce phénomène de perméabilité<sup>56</sup>.

**49.** L'auteur justifiait cette association pour désigner le droit musulman, tel qu'appliqué par des tribunaux de l'empire britannique dans les colonies et qui, « quoique bien connu, n'a jamais été accepté officiellement. Les textes législatifs se sont, pour la plupart, bornés à constater quelles parties du droit musulman seront appliquées et à quelles personnes ». Certes observe-t-il, « Les juges, aussi, ont jamais tenté, sciemment, de mélanger le droit musulman avec le droit anglais ou même de modifier les points particuliers de la Shari'a », le but poursuivi étant « de trouver et d'appliquer les dispositions de la charia telles qu'elles furent élaborées par les grands juristes musulmans »<sup>57</sup>.

**50.** Mais, en cherchant appliquer ce droit musulman, « on ne pouvait éviter d'y apporter parfois de grandes modifications ». Et l'auteur, s'adressant aux juristes français, conclut : « Je pense

---

<sup>55</sup>-Lotfi Chedly, « Le code des obligations et des contrats tunisien, précurseur d'une lex mediterranea ? », in *Vers Une Lex mercatoria mediterranea : harmonisation, unification, codification du droit dans l'Union pour la Méditerranée* (s. direc. Filali OSMAN), Bruxelles, Bruylant, Seue droit méditerranéen, 2012, pp. 225-247.

<sup>56</sup>-Vesey-Fitzgerald S.G., « Le droit anglo-musulman ». *RIDC*. Vol. 6 N°2, Avril-juin 1954, pp. 250-263.

<sup>57</sup>-*Ibid.*, p. 250.

que vous avez, vous-même, observé un phénomène semblable dans l'application du droit musulman par les tribunaux d'Algérie »<sup>58</sup>. Nous abordons là le risque de cohabitation subie, sacrifiant la culture et donc sa faisabilité dans le respect de la culture.

## **Deuxième partie : Une cohabitation fondée sur le respect de la diversité des droits**

51. L'écueil que doit éviter l'UpM, est celui de considérer qu'il existe un modèle européenne transposable à l'ensemble de la Méditerranée. Cette option colonisatrice des rapports d'influence des systèmes juridiques provoquerait des allergies et de rejets de greffes artificielles. Ainsi, Vesey-Fitzgerald S.G avait eu raison de prendre pour exemple l'Algérie coloniale comme exemple possible de transformation et dénaturation du droit 'indigènes'. Il se trouve, en effet, que le professeur Bontems a mis en évidence les différentes mutations subies par le droit algérien au cours des derniers siècles, plus précisément depuis la colonisation de l'Algérie par la France jusqu' à la promulgation laborieuse du code de la famille en 1984 (amendé en 2005).

52. Cet auteur nous explique que plutôt que d'essayer de comprendre le droit en vigueur, le colonisateur, en quête d'une codification du droit musulman, a exhumé un traité juridique datant du XIVe siècle, le mukhtasar de Sidi Khalil. L'ouvrage a été traduit au début de l'ère coloniale aboutissant à une « invention du droit musulman » au surplus imposé aux acteurs judiciaires lesquels vont alors qualifier ce droit « d'immuable et arriéré », de système juridique ancien dénaturé.

53. Cet exemple est d'autant plus intéressant que le droit musulman en vigueur en Algérie est de façon dominante celui du rite malikite alors que Sidi Khalil est un juriste Egyptien de

---

<sup>58</sup>-*Ibid.*

rite hanafite<sup>59</sup>. Ce fut-là la source de deux erreurs. D'une part, le fait qu'il y ait un *cadi malékite* à Alger ne signifiait, ni que « ce *cadi* soit versé dans le rite malékite, ni qu'il l'applique ». D'autre part, penser « possible accéder en une seule opération à la connaissance complète du droit musulman » accréditait la thèse erronée que le « droit musulman ne pouvait être qu'immuable »<sup>60</sup>. Les juristes coloniaux, se sont donc comportés comme de « fervents Portalis se livrant au polissage de chacun des articles du code civil. Nous assistons là à l'une des plus grands opérations d'acculturation auxquelles la colonisation ait donné lieu »<sup>61</sup>.

**54.** Plus précisément, et c'est sans doute l'écueil que doit éviter l'UpM, le codificateur colonial a étudié un système juridique étranger au sien avec une vision exclusivement française et avec le présupposé que le système idéal était celui issu de la codification napoléonienne... Car en projetant sa vision et ses méthodes sur un droit, en l'occurrence le droit musulman supposé être applicable en Algérie, il a occulté tout l'aspect culturel, social, historique de ce droit. Inconsciemment ou sciemment, le colonisateur a fait en sorte, sans succès, que le système juridique algérien ressemble au français. Et pour cela, toute l'Enterprise coloniale a œuvré à gommer les différences prenant la voie d'une acculturation par déculturation. Ceci a échoué et a produit un résultat non attendu qui est celui de la naissance d'un droit hybride.

**55.** C'est dans ce contexte que l'enseignement du droit musulman dispensé à l'École de droit Alger a contribué, par la suite, à faire prospérer un droit hybride constitué de vestiges du passé sans remises en cause de la part de la jurisprudence contemporaine mais aussi des universitaires. Les tentatives de codification

---

<sup>59</sup>-Cl. Bontems *Le Droit musulman algérien à l'époque coloniale, De l'invention à la codification*, Slatkine, 2014.

<sup>60</sup>-Cl. Bontems « Le Droit musulman algérien à l'époque coloniale, une hypothèse », *op.cit.*, p. 32.

<sup>61</sup>-*Ibid*, p. 46.

avortées ont donné naissance au Code Morand<sup>62</sup> et à quelques grands principes dans les codes modernes algériens. Dès la fin du XIXe siècle, l'objectif d'«assimilation», entendu comme l'adoption des institutions juridiques françaises par les indigènes – idéal posé au moment de la Révolution et qui restera dominant jusqu'à la fin du XIXe siècle dans une doctrine coloniale majoritairement libérale – est définitivement abandonné dans la réalité des pratiques de l'administration coloniale<sup>63</sup>. Ce n'est assurément pas la cohabitation qu'il faut envisager pour l'UpM, laquelle ne peut résulter que « de l'empathie c'est-à-dire faire vivre l'autre en soi »<sup>64</sup>.

56. Ainsi, Harith Al Dabbagh, a fait grief au codificateur turc d'avoir également contribué à ce phénomène d'« acculturation par Trans cultureuration », c'est-à-dire par une substitution totale, à l'opposé des réformes et codifications entreprises dans les pays arabes. Alors que ces derniers se sont efforcés « d'allier la fidélité à la tradition et aspiration à la modernité », les codifications turques, réalisées entre 1926 et 1929, constituent une rupture totale et brutale avec le passé « par l'importation pure, simple et « en bloc » des codes occidentaux. De 1926 à 1929, la Turquie a promulgué huit grands codes modernes calqués sur les codes occidentaux », mal perçus par la population. La mutation entreprise par les codes arabes « ne veut pas dire rupture ! L'objectif poursuivi par la technique législative est en effet

---

<sup>62</sup>-Marcel Morand, le directeur de l'Ecole de Droit d'Alger, s'imposa comme le maître d'œuvre de l'avant-projet de codification éponyme.

<sup>63</sup>-E. Saada, « Les usagers du droit en situation coloniale », *Génèses*, 2003/4 N°53 p.14. Les premières tentatives concernent l'Indochine où une codification existait déjà avec le Code Gia Long promulgué par l'Empereur en 1812, à la fois code civil, code pénal et traité de droit administratif. Toutefois, ces textes ne furent jamais considérés comme ayant de valeur officielle et ne pouvaient être consultés par les administrateurs en charge de la justice indigène qu'«à titre de renseignement».

<sup>64</sup>-V. en ce sens : H. Bleuchot, « L'étude du droit musulman : jalons pour une convergence (entre l'islamologie juridique et l'anthropologie juridique) », *Droit et Société 15-1990*, pages 193-205, spéc.p198.



double : d'une part, celui d'implanter, dans les meilleures conditions possibles, les institutions importées et, d'autre part, celui de garantir au droit une certaine identité nationale : allier fidélité à la tradition et aspiration à la modernité »<sup>65</sup>. Ces expériences complètement opposées montrent sans aucun doute qu'il y a des greffes inopportunes, pouvant produire des réactions d'allergies, de rejet, conduisant à des pratiques parallèles, un droit officieux, jouissant d'une plus grande effectivité.

57. On sait, grâce aux historiens du droit, que le droit romain aurait été altéré en Orient et en Occident. D'une part, en Occident, l'influence du christianisme et les invasions barbares auraient produit un droit romain vulgaire. D'autre part, l'Orient aurait subi l'influence de l'islam, ce qui aurait engendré une législation musulmane qui serait du droit romain altéré<sup>66</sup>.

58. On a donc au sein de l'UpM des systèmes juridiques, qui sont certes différents, mais qui ont été construits sur un socle commun. Il faut alors se demander si ce tronc romain commun permet aujourd'hui une cohabitation des différents systèmes juridiques de l'UpM ou si les altérations subies, en Orient et en Occident, ne permettent plus aujourd'hui cette cohabitation, celle-ci étant de façade et réalisée sur l'autel d'une Transculturation intégrale c'est-à-dire d'une « modification des modèles culturels de base de deux ou plusieurs groupes d'individus résultant du contact direct et continu de leurs cultures différentes. »<sup>67</sup>.

---

<sup>65</sup>-AL DABBAGH Harith, « Le droit comparé comme instrument de modernisation : L'exemple des codifications civiles des Etats arabes du Moyen-Orient », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 2013, Volume 43, N°1-2, 387-441, spéc.437-438.

<sup>66</sup>-V. en ce sens : S. Salaville « Bulletin de droit : Droit oriental, droit romain, droit byzantin. », spéc.p203.

<sup>67</sup>-Cette définition résulte d'un dictionnaire de la langue française en raison de l'absence d'entrée pour ce terme dans un vocabulaire juridique : Dictionnaire Larousse, V. acculturation.

On en déduit que le terme acculturation n'est utilisé que par les sociologues. On peut aussi définir l'acculturation comme étant « l'ensemble des phénomènes qui résultent d'un contact continu et direct entre des groupes d'individus de cultures différentes et qui entraînent des changements dans les modèles cultures initiaux de l'un ou des deux groupes »<sup>68</sup>.

**59.** Il n'est pas aisé de s'inspirer d'un modèle législatif et de l'importer dans son propre pays, de le faire évoluer avec son propre passé, ses propres coutumes encrées depuis des siècles. Comment y parvenir ? Certaines civilisations ont réussi le pari de l'importation juridique qui n'a pu être réalisée que par l'abandon d'une petite part de leur identité.

**60.** Vesey-Fitzgerald S.G a osé parler de droit anglo-musulman et cette acculturation caractérisait également « les pays musulmans complètement autonomes, tels que l'Egypte et l'Iran ». Pour ces derniers, et nous adhérons totalement à ce constat, l'osmose est d'origine doctrinale, dès lors que « Parmi les jurisconsultes actuels, plusieurs ont étudié à Paris et quelques-uns l'ont étudié à Londres ou en Amérique »<sup>69</sup>. Or, ces jurisconsultes « ne sauraient pas, et pour la plupart, ne veulent pas éviter l'application des idées qu'ils ont reçues dans leur discipline occidentale à l'interprétation de leur propre système législatif »<sup>70</sup>.

**61.** C'est précisément, ce qui s'est produit en Egypte où la codification du droit des obligations a été dominée par la personnalité d'El Sanhoury. Ce dernier avait soutenu son doctorat en droit à l'Université de Lyon en 1925 sous la direction du grand comparatiste Edouard Lambert sur « Les restrictions

---

<sup>68</sup>-Redfield, Linton, R. et Herskovits, M.J. (1936). p. 149 (traduction de l'anglais). « Memorandum pour l'étude de l'acculturation », *American Anthropologist*, vol.38, pp.149-152.

<sup>69</sup>-Vesey-Fitzgerald S.G., « Le droit anglo-musulman ». *op.cit.*, p.251.

<sup>70</sup>-*Ibid.*

contractuelles à la liberté individuelle du travail et la jurisprudence anglaise ». Il l'a rédigée presque en même temps que celle de Ishizaki, disciple japonais d'Edouard Lambert et pionnier de la doctrine de la Lex Mercatoria<sup>71</sup>.

**62.**Edouard Lambert a été étroitement associé par son disciple à l'abrogation du code civil égyptien de 1883 et à l'adoption d'un nouveau code promulgué, en langue arabe et en langue française, le 16 juillet 1948 et entré en vigueur le 15 octobre 1949. Comment nier l'influence des débats doctrinaux de l'époque sur El Sanhuri qui, pour être musulman, n'en était pas moins comparatiste et l'un des plus grands juristes de son époque, acteur des grands débats doctrinaux opposant les tenants du nouveau Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), le Code civil allemand et ceux du Code civil français de 1804 ? Promulgué en 1896 et entré en vigueur en 1900, le BGB allemand est le premier code moderne à concurrencer la suprématie séculaire du Code civil français, notamment au Japon où il s'imposa grâce à l'influence qu'avait pu exercer le juriste Allemand Karl Friedrich Hermann Roesler, conseiller juridique auprès du Japon, l'un des rédacteurs du code de commerce japonais.

**63.**Ce premier échec de l'influence du code civil français au Japon, après que le projet de Gustave Boissonnade avait été

---

<sup>71</sup>-C'est en 1927 que Masaichiro Ishizaki, soutient sa thèse de doctorat à Lyon, sous la direction d'Edouard LAMBERT, sur le thème « Le droit corporatif international de la vente des soies, avec pour sous-titre Les contrats-types américains et la codification lyonnaise dans leurs rapports avec les usages des autres places ». Constituée de 3 volumes des tomes 18, 19 et 20 de la collection Études et Documents de la Bibliothèque de l'Institut de droit comparé cette somme scientifique va préfigurer la doctrine de la Lex Mercatoria dite moderne ou New Law Merchant. La thèse de Masaichiro Ishizaki a mis en lumière, pour la première fois, l'existence d'un droit corporatif qui, formé d'un ensemble d'usages issus directement de l'activité normative de la pratique, auraient vocation à gouverner les ventes internationales de soie. Elle a, sans nul doute, constitué une clef de voûte dans la construction du futur édifice doctrinal de la Lex Mercatoria moderne. Sur son œuvre V. F. Osman, « La contribution de Masaichiro ISHIZAKI à la doctrine de la Lex Mercatoria », in *Droit japonais, droit français : quel dialogue ?*, Colloque des 10 et 11 mai 2012, Lyon, Zürich, Schulthess Verlag, 2014, pp.79-94.

rejeté après dix ans de labeur, a ouvert une ère nouvelle pour le droit comparé.

64. Ainsi que le rappelle Yasuo OKUBO, le rejet du projet Boissonnade était fondé sur des raisons culturelles alors même qu'« un double objectif était assigné à Boissonnade, celui « d'établir une codification du droit suivant les principes occidentaux, tout en conservant les valeurs traditionnelles de la société nipponne »<sup>72</sup>. Or, il était reproché au premier projet de code civil du Japon, d'inspiration française, d'avoir nié la culture japonaise parce que porteur d'une Trans cultureuration, intégrant « beaucoup trop des législations étrangères et méconnaissait ainsi les anciennes coutumes nationales »<sup>73</sup>.

65. En se référant tacitement à Savigny, chef de file de l'école historique allemande », le groupe d'opposants au premier projet « mettait en parallèle le langage et le droit, insistait sur l'idée que chaque pays a sa langue comme son propre droit, l'un et l'autre issus d'un développement spontané et historique spécifique à préserver.

66. Or, d'après ces juristes, l'on aurait négligé cette vérité fondamentale et l'on aurait voulu faire un code fondé sur des principes juridiques occidentaux, étrangers, pour la plupart, au Japon ancien et moderne. Ce projet risquait ainsi de détruire de fond en comble la société japonaise traditionnelle »<sup>74</sup>.

67. Ce sont précisément, des critiques de même nature qui ont été adressées au code civil turc ou libanais, le premier étant quasiment une duplique du code civil suisse et le second celui du code civil français.

---

<sup>72</sup>-V. Y. OKUBO, « La querelle sur le premier Code civil japonais et l'ajournement de sa mise en vigueur : refus du législateur étranger ? », *RIDC* 1991, p. 389-405.spéc. 390.

<sup>73</sup>-*Ibid.*, p. 397.

<sup>74</sup>-*Ibid.*, p. 397.

68. En revanche, le succès du code civil égyptien tient sans doute, comme celui du COC tunisien, à une réception respectueuse de la culture hôte. Cela explique pourquoi il fut intégralement repris par le code civil de Libye de 1953, après avoir inspiré les codes civils syrien en 1949 et iraquien en 1951, dont le rédacteur était également El Sanhoury. Ainsi, El Sanhoury avait été doyen de la faculté de droit de Bagdad (1935-1937). L'influence du code civil égyptien demeure intacte au point qu'il a inspiré de manière forte son homologue algérien en 1975 puis a été sollicité dans d'autres États, le Koweït en 1980, Bahreïn en 2001, le Yémen en 2002, le Qatar en 2004.

69. Ce succès tient de la même manière dans l'affirmation que le droit musulman est un élément de refonte du code civil égyptien. Il traduit une perméabilité des systèmes juridiques grâce à un processus d'acclimations maîtrisé par chaque ordre juridique récepteur. El Sanhoury observait, à juste titre, qu'il « n'est pas vrai qu'un droit occidental étranger puisse être arraché de son milieu et donné à un pays qui ne s'est pas accommodé ni familiarisé à son application, car le droit est avant tout le fruit de son milieu et l'enfant d'une longue tradition »<sup>75</sup>. Peut-être est-ce la raison pour laquelle la doctrine n'hésite pas à considérer le droit égyptien comme source « d'une véritable famille de droit égyptien, à l'intérieur de la famille romano-germanique »<sup>76</sup>.

70. Plus intéressant, El Sanhoury met l'accent sur le rôle créateur de l'Idjtihad<sup>77</sup>. Celui-ci est une composante du fiqh lui-même

---

<sup>75</sup>-« Le droit musulman comme élément de refonte du code civil égyptien », in *Introduction à l'étude du droit comparé, Recueil d'études en l'honneur d'Edouard LAMBERT*, t. III, 1938, p. 621.

<sup>76</sup>-AL DABBAGH Harith, « Quelques aspects de l'imprégnation du droit des obligations des pays arabes par la culture juridique civiliste », communication au XXXIII<sup>ème</sup> Congrès de l'IDEF le face-à-face droit civil/common law en droit des affaires, Montréal, 16-17 mai 2013, pp. 1-22, spéc. 8, note de bas de page n°29, citant Hilmar KRÜGER, « Überblick über das Privatrecht der Staaten des Ägyptischen Rechtskreises » (1987) *Recht van de Islam* 5.

<sup>77</sup>-*Ibid.*

droit savant, d'essence doctrinal, produit par les professeurs et les juges et même les administrateurs, ces deux dernières catégories tirant leur pouvoir, non pas de leur fonction, mais, au même titre que les professeurs, de leur aptitude à l'Idjtihad.

71.Or, l'Idjtihad se définit comme « l'effort intellectuel créateur du droit » et « correspondrait à l'élaboration jurisprudentielle et doctrinale du droit »<sup>78</sup>. Force est de constater que cette activité prétorienne est le monopole de certains fouquaha, c'est-à-dire « des savants légistes, auxquels la communauté a reconnu cette aptitude à raison de leur science, de leur vertu et du fait, surtout, qu'ils ont vécu aux deuxième et troisième siècles de l'Hégire, âge d'or du droit musulman qui vit fleurir les écoles juridiques au sein desquelles des « disciples immédiats donnent à l'œuvre des quatre grands fondateurs sa structure définitive »<sup>79</sup>.

72.Toutefois, même si l'affirmation des sources originelles est unanime, les interprétations et applications peuvent diverger, sciemment ou non, précisément en raison du rôle prétorien, créateur, joué par l'interprète. Certains auteurs, rappellent ainsi que si « aujourd'hui, la source d'inspiration est fondamentalement la même, les Codes tunisien, algérien et égyptien de la famille sont loin de se ressembler »<sup>80</sup>. Ces divergences sont fondées aussi bien sur « des facteurs politiques » que juridiques car

---

<sup>78</sup>-Y. Linant de Bellefonds « Immutabilité du droit musulman et réformes législatives en Egypte », *RIDC*. Vol. 7 N°1, Janvier-mars 1955. pp. 5-34, spéc. 6. Sans doute cette période est l'équivalent d'une Ecole de l'Exégèse que la France connut grâce à Charles Demolombe (1804-1887). Dans son traité, il qualifie le Code Napoléon de « constitution civile des français », il conçoit son rôle comme limité à celui « d'interpréter, d'expliquer le Code napoléon lui-même considéré comme loi applicable et obligatoire ».

<sup>79</sup>-*Ibid*. Sans doute cette période est l'équivalent d'une Ecole de l'Exégèse que la France connut grâce à Charles Demolombe (1804-1887). Dans son traité, il qualifie le Code Napoléon de « constitution civile des français », il conçoit son rôle comme limité à celui « d'interpréter, d'expliquer le Code napoléon lui-même considéré comme loi applicable et obligatoire ».

<sup>80</sup>-Babadj Ramdane, Mahieddin Nahas M. « Le Fiqh islamique, source non exclusive du droit de la famille en Algérie », *RIDC*. Vol. 39 N°1, Janvier-mars 1987. pp. 163-173.

« l'Ijtihad » du législateur est encore timide comparé à celui des juristes musulmans des époques précédentes. Il se limite, pour l'instant, à diversifier les sources du droit positif dans le cadre d'un processus d'islamisation qui a d'ailleurs fait la force du fiqh dans la période classique »<sup>81</sup>. Nul doute que cette observation ne vaut pas pour la Tunisie et ne peut veuler viser que les codes de la famille, ce dernier n'étant pas régi par le seul code de la famille mais aussi soumis à d'autres codes comme le code de la santé, de la sécurité sociale, codes fiscaux etc...

73. Ceci n'a rien d'original car l'interprète n'est jamais neutre, tout comme les méthodes. Ainsi, dans les années 1950, les tentatives faites en Egypte, en Syrie et ailleurs de « de réformer la Sharî'a du dedans » ont pris appui sur l'interprétation, en choisissant parmi les ouvrages classiques sur les sources, les Ecoles, les doctrines les plus propres aux besoins d'aujourd'hui et, selon l'expression même des réformateurs, on devait « rouvrir le Bâb al ijtihâd » (littéralement ouvrir les portes de l'Ijtihad) en promouvant la fonction créatrice du droit<sup>82</sup>.

74. Dans cette quête de réformisme, il est arrivé que le codificateur ne se contente pas d'user des ressources qu'offre l'Ijtihad et se soit situé au-delà, comme cela a pu être relevé pour le code civil mauritanien dont les travaux préparatoires, bien que se référant au fiqh islamique et l'association des « fuqhahas », « a surtout permis de reprendre la quasi-totalité des règles du droit français sans encourir le reproche de non-conformité au droit musulman qui était fait au Code civil d'origine française »<sup>83</sup>. Il est donc

---

<sup>81</sup>-*Ibid.*

<sup>82</sup>-Vesey-Fitzgerald S.G., « Le droit anglo-musulman ». *RIDC*. Vol. 6 N°2, Avril-juin 1954. P.261.

<sup>83</sup>-Mohamed Salah, « Les sources matérielles d'un droit économique unifié dans l'espace euro-méditerranéen », in *Vers Une Lex mercatoria mediterranea : harmonisation, unification, codification du droit dans l'Union pour la Méditerranée* (s. direc. Filali OSMAN), *op. cit.*, pp. 73-101, spéc.83.

curieux que la doctrine la plus autorisée conclut à « une acclimatation réussie »<sup>84</sup>.

75. Les mouvements de codification dans les pays arabes, à la suite de leur indépendance, montrent que l'accueil du code civil français n'a pas été passif et s'est accompagné d'un enrichissement. On pourrait même dire que les codes arabes proche-orientaux vont plus loin dans la voie de l'abstraction et de la définition que le Code civil français de 1804. Ainsi les cent dix-huit premiers articles du Code libanais, le Livre I du Code égyptien, largement repris en Syrie, Irak, Lybie et au Koweït sont particulièrement révélateurs de cette préoccupation », avait relevé Mousseron<sup>85</sup>.

### **Conclusion :**

76. Les principales familles juridiques de l'UpM que sont le droit romano-germanique, le droit musulman -Chari'a Islamiya- ou la Common Law sont perméables. Ils ne sont pas réfractaires aux phénomènes de circulation, pénétration et aux influences mutuelles. Ce n'est donc pas à ce niveau qu'il faudra rechercher les obstacles à la cohabitation des droits.

77. Si presque un quart des Pays de l'UpM sont des ordres juridiques dans lesquels la prégnance de l'Islam est forte, cela n'implique pas qu'il y ait une approche distincte dans la délimitation de notions fondamentales du droit des contrats et des obligations, et plus généralement du droit de l'économie.

78. En outre, l'ouverture est inhérente à tout système juridique. Cela a déjà été souligné pour « La circulation des modèles juridiques dans la région euro-méditerranéenne et le droit uniforme du commerce international »<sup>86</sup>. Ceci vaut mise en

---

<sup>84</sup>-*Ibid.*, p. 83-84.

<sup>85</sup>-V. en ce sens : J.M Mousseron, « La réception au Proche-Orient du droit français des obligations », *RIDC*, Vol. 20 N°1, Janvier-mars 1968, p.37-78, spéc.41.



garde pour le législateur méditerranéen sur les dangers d'une croyance erronée dans l'existence de « barrières insurmontables entre les droits des différents pays », fussent-ils musulmans<sup>87</sup>.

79. Nous pensons que l'existence de ce fonds juridique romain commun permet à l'heure actuelle de faire ressortir des principes généraux du droit qui seraient communs tant aux pays de l'Orient qu'aux pays d'Occident, à l'image de ce qu'avait mis en lumière Santillana, sans nul doute, un génie de la rencontre heureuse entre le droit romain et le droit musulman. Comme le relève Florence Renucci « Le travail de Santillana est le résultat de sa formation intellectuelle, de sa culture et du contexte dans lequel il évolue. Les codifications égyptienne ou ottomane ainsi que le Code foncier tunisien de 1885 avaient déjà opéré un rapprochement des droits du point de vue méthodologique »<sup>88</sup>.

80. Ceci s'expliquerait par la nature même du droit romain et musulman car selon Sévérien Salaville le droit romain est une œuvre créatrice à partir de laquelle le droit musulman, œuvre imitatrice, s'est inspiré afin d'en dégager sa propre essence. Ce constat, rejoint la pensée de Hugues cité par Salaville qui affirmait que « la législation musulmane au fond, c'est du droit romain à peine altéré »<sup>89</sup>. Même si de tels propos méritent d'être nuancés car le droit musulman, à l'image de la philosophie arabe qui a redécouvert la philosophie grecque et l'a enrichie, n'est pas qu'une œuvre d'imitation. Le mimétisme a été mutuel et l'enrichissement également.

---

<sup>86</sup>-V. Donini « La circulation des modèles juridiques dans la région euro-méditerranéenne et le droit uniforme du commerce international », *RDU*, 2009, pp. 97-117, not. p. 106.

<sup>87</sup>-R. Sacco, « Définitions savantes et droit appliqué dans les pays romanistes », *RIDC*. 1965, p. 612 ; *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Economica, 1991, pp. 54-59.

<sup>88</sup>-Florence Renucci, « David Santillana, acteur et penseur des droits musulman et européen », *op.cit.*, p. 38.

<sup>89</sup>-S. Salaville, « Bulletin de droit : Droit oriental, droit romain, droit byzantin », *Echos d'Orient*, tome 18, n° 112-113, 1916. pp. 202-209.

**81.** En définitive, nous pouvons affirmer que le droit musulman et romain, même s'ils divergent de par leurs sources ou leurs fonds, ont, dans le domaine du droit des contrats et des obligations, des racines communes qui permettent de les rapprocher et de parler sérieusement d'une convergence de ces droits permettant l'émergence d'une cohabitation juridique au sein de la communauté méditerranéenne. En effet, à terme, la communauté méditerranéenne est vouée à recueillir en son sein plusieurs « groupes » sans qu'aucun d'eux ne remettent en causes leurs différents systèmes juridiques.

**82.**L'émergence d'une communauté méditerranéenne est une réalité possible car la création juridique nous dévoile un phénomène de circulation des droits. Cela est significatif d'une volonté qui se veut ouverte à la culture « étrangère » et qui permet de donner aux différentes familles juridiques qui composent l'espace méditerranéen leur caractère perméable, c'est à dire des familles ouvertes à leurs influences mutuelles. Une volonté est donc nécessaire à la réalisation de l'objectif visée par l'UpM car elle permet à ces différentes familles de s'accepter mais surtout de se rapprocher.

**83.**D'un côté, l'essor commercial dans les pays arabes a pu influencer le droit commercial occidental. En effet, selon C. Chéhata, « L'histoire en témoigne, les rapports commerciaux ont pris leur plein essor dans les pays arabes. Il semble même que les usages commerciaux qui régnaient dans ces pays aient pu influencer le droit commercial de l'Europe qui s'était constitué au moment où les pays du bassin méditerranéen étaient en rapport étroit avec l'Orient arabe. »<sup>90</sup>. D'un autre côté, les Ottomans ont prévu une codification pour faciliter les relations

---

<sup>90</sup>-C. Chéhata, « Les survivances musulmanes dans la codification du droit civil égyptien », *RIDC*, Volume 17 N°4, 839-853, octobre-décembre 1965, spéc.p841.

commerciales avec l'Occident et pour cela ils ont adapté leur système juridique en réformant ses institutions<sup>91</sup>. On s'aperçoit que le droit commercial au sein des différents systèmes juridiques de l'UpM s'est basé sur un tronc commun, les bribes du droit marchand du *ius gentium*, puisqu'il a pénétré les systèmes juridiques.

**84.** Cette histoire du droit commercial montre à quel point les systèmes juridiques du bassin méditerranéen ont su, tout au long de l'histoire, cohabiter et même s'harmoniser afin de permettre les relations commerciales. Cela laisse supposer qu'à l'heure actuelle on pourrait, grâce aux principes historiques communs du droit commercial comme civil, envisager une coopération des systèmes juridiques de l'UpM.

**85.** En effet, l'histoire a démontré que cela est déjà arrivé et, comme le soutient Pierangelo Catalano, la rencontre entre ces différents systèmes juridiques renouvellent « des relations plus anciennes qui vont des apports donnés par le droit romain de l'Empire romain d'Orient au droit musulman naissant jusqu'à l'influence du droit musulman sur certaines institutions de l'Europe médiévale »<sup>92</sup>.

**86.** Par conséquent « La confrontation entre les juristes des systèmes romanistes et musulmans doit entraîner la reconstruction d'une identité juridique méditerranéenne universaliste [...] avec une finalité certaine : la convergence des systèmes, pour la défense de la vie et de la paix, des personnes et des peuples », conclut Catalano<sup>93</sup>.

---

<sup>91</sup>-V. en ce sens : H.A Dabbagh, « La réception du modèle juridique français par le code civil irakien », *RIDC*, Volume 57, N° 2, 263-290, 2005, spéc.p266-267.

<sup>92</sup>-P. Catalano, « Identité de la Méditerranée et convergence des systèmes juridiques », *Revue ASPECTS*, n° 1 - 2008, p. 2-41, spéc.p34.

<sup>93</sup>-*Ibid.* .p 40.

**87.** Pour conclure, les différentes sphères de résistance ne sont pas des obstacles insurmontables à l'harmonisation au sein de l'UpM. Ce sont plutôt des éléments à garder en mémoire pour ne pas commettre d'erreurs grossières. L'harmonisation doit être réalisée en respectant les particularités de chacun. « Les différences doivent être renforcées pour aboutir à une fin universelle supérieure »<sup>94</sup> car les compromis ne se font jamais au prix de renonciation à la spécificité structurelle des systèmes ni à leurs idéologies de base. En effet, la « fin universelle supérieure », évoquée par Catalano signifie qu'il ne faut pas simplement compiler les systèmes mais plutôt créer un nouveau système encore plus performant qui sera la synthèse de toutes les « bonnes solutions ».

**88.** La cohabitation des droits implique des rapports d'interaction, ainsi que le relevait Jean Carbonnier à propos de la réception du droit français au Japon. Refusant la dimension à sens unique donnée à ce phénomène, Jean Carbonnier, écrivait alors « Mais je me demande surtout si l'avenir s'arrêtera à cette notion unilatérale, quasi coloniale, de réception. L'échange serait plus équitable, et pour faire un échange, il suffit de deux réceptions qui s'entrecroisent. Il n'est pas téméraire d'imaginer une époque où les dons de Boissonnade au Japon seront rééquilibrés par des emprunts que la France fera au droit japonais »<sup>95</sup>.

**89.** Tous ces débats et notre propos aussi mettent en lumière le rôle créateur de la doctrine, véritable clef de voûte de la jurisprudence, à l'origine sans doute d'une nouvelle réception du droit musulman par les 10 pays arabes de l'UpM. Et comme le relève Chehata Chafi, c'est la voie suivie en vue « d'édifier un droit puisant ses racines profondes dans l'ambiance sociale où il aura à être appliqué. Le droit musulman sera redevenu le droit

---

<sup>94</sup>-P. Catalano, *op.cit.*, p 37.

<sup>95</sup>-J. Carbonnier, « Conclusion ». In: *RIDC*. Vol. 43 N°2, Avril-juin 1991. pp. 423-424.

vivant des pays qui l'ont vu naître et grandir »<sup>96</sup>. C'est sans doute là que réside le secret et la force de la cohabitation des droits des 9 pays arabo-musulmans de l'UpM.

90.Finalement, quels que soient les instruments utilisés pour assurer la cohabitation des droits nationaux<sup>97</sup>, la cohabitation n'est pas une entreprise facile. René David, qui a voué toute sa vie au droit comparé s'était souvent vu faire le reproche d'être idéaliste. Mais, loin de s'en défendre, et pour expliquer les raisons de sa croyance inébranlable en l'unification des droits, il observait que « Le grand problème qui s'est posé de tout temps à l'homme est celui de savoir pourquoi le monde existe et quel est le sens de notre vie. Entre les deux conceptions du monde qui s'opposent, idéalisme et matérialisme, j'ai délibérément opté pour l'idéalisme, concluait René David »<sup>98</sup>.

91.J'avoue ne pas savoir si l'unification du droit en Europe ou dans l'UpM est un bien ou un mal en soi, mais je suis intimement persuadé que la cohabitation des droits est bel et bien le miroir d'un vouloir vivre-ensemble, celui qui redonne au droit sa fonction originelle de pacification des relations humaines, que ce soit dans un clan ou dans cette si belle aire géographique qu'est la mare nostrum. Le fondement culturel serait celui d'une identité méditerranéenne celle d'Ulysse dont l'Odyssée et la fin heureuse dans les bras de Pénélope sont pleines de promesses et dont les descendants que nous sommes sont les heureux légataires.

---

<sup>96</sup>-C. Chehata, « Les survivances musulmanes dans la codification du droit civil égyptien », *RIDC*, Volume 17 N°4, 839-853, octobre-décembre 1965, pp. 839-853, spéc.p853.

<sup>97</sup>- traités, - directives européennes,- traités portant loi-uniforme, -codifications professionnelles comme les incoterms ou les règles et usances uniformes de la chambre de commerce internationale,- restatements de type américain, c'est-à-dire de documents rédigés par la doctrine, à l'initiative de l'American Law Institute, ayant pour objet de redéfinir, -to restate-, l'état du droit en vigueur dans un domaine donné. Formellement ils sont illustrés par des précédents judiciaires énoncés sous forme de règles générales, et toujours complétés par des commentaires, d'où leur apparence formelle de code civil. Ils sont donc destinés à faciliter l'accès au juriste à un domaine juridique donné.

<sup>98</sup>-*Les avatars d'un comparatistes*, Paris, Economica, 1982, p. 292.

# LES CONTRATS DU COMMERCE INTERNATIONAL. LE MODELE D'UNIDROIT : UN MODELE UNIVERSEL ?

Philippe DELEBECQUE

Professeur, Université de Paris-I (Panthéon-Sorbonne)

---

## Résumé

Les contrats internationaux ne cessent de prendre de l'importance et de se diversifier. Ils relèvent avant tout de la loi choisie par les parties. Mais ils relèvent de plus en plus de règles matérielles directement applicables, à l'exemple de celle qui découlent de certaines conventions internationales, telles la convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises ou encore les conventions en matière de transport maritime ou aérien. La communauté internationale souhaite aujourd'hui valoriser ces règles matérielles. C'est dans cette perspective qu'ont été élaborés les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international. Ces Principes constituent un modèle pour les rédacteurs de contrats internationaux. Ils sont aussi une source d'inspiration pour les arbitres internationaux appelés à se fonder sur les usages du commerce international qui se trouvent à travers les Principes d'Unidroit codifiés pour ce qui est du régime des contrats. Mais au-delà de ces aspects de technique contractuelle, les Principes d'Unidroit ont le grand mérite de fixer le cadre juridique des contrats internationaux tels qu'ils sont aujourd'hui pratiqués dans toutes les parties du monde, en se référant à des valeurs communément partagées, telle la liberté contractuelle, la force obligatoire des conventions et la bonne foi contractuelle.

## Mots clés

contrats. contrats internationaux. sources. règles matérielles. principes d'unidroit. valeur. modèle de technique contractuelle (oui). modèle universel. principes fondamentaux. liberté contractuelle. force obligatoire des conventions. bonne foi contractuelle.

## Introduction

1. *Les contrats du commerce international.* Les échanges internationaux se multiplient et avec eux les contrats du commerce international<sup>1</sup> au premier rang desquels la vente, le transport, le mandat, l'assurance, les prêts d'argent et les opérations de distribution à l'exemple de la concession et de la franchise. Certains d'entre eux sont aujourd'hui régis par des conventions internationales de droit matériel. C'est le cas de la vente (cf. Convention de Vienne de 1980) et du transport (Règles de La Haye et de La Haye Visby). Cette technique connaît un réel succès, mais ne peut sans doute pas être étendue à d'autres contrats, faute de consensus dans la communauté internationale. Au demeurant, si la Convention de Vienne ne cesse d'être ratifiée et d'étendre ainsi son champ d'application, il n'en va pas de même pour les transports : on sait les difficultés auxquelles s'expose la ratification des Règles de Rotterdam censées pourtant devenir la grande loi du 21<sup>ème</sup> siècle sur le contrat international de transport de marchandises entièrement ou partiellement par mer. Cela ne veut pas dire qu'il ne faille pas promouvoir le droit matériel. Le droit des conflits de lois a ses limites et les opérateurs ont aujourd'hui bien compris les avantages et les inconvénients qu'il y a à s'en tenir à la technique de la règle de conflit qui peut aiguiller sur une loi inappropriée.

2. *Les sources du droit des contrats internationaux.* Les règles de conflit de lois ne sont évidemment pas superfétatoires. Elles restent encore essentielles. Mais les opérateurs du commerce international savent parfaitement aujourd'hui qu'il ne faut pas oublier de choisir la loi appelée à régir la relation contractuelle

---

<sup>1</sup>Un contrat est international en considération de plusieurs critères. Le critère classiquement reconnu est d'ordre juridique. Il a trait à l'extranéité du contrat ; il est par exemple conclu dans un pays et exécuté dans un autre. Aujourd'hui, on s'en tient volontiers à un critère économique : le contrat est international dès lors qu'il met en cause les intérêts du commerce international.

et qu'à défaut ils s'exposent à des difficultés. Cet aspect des choses est aujourd'hui bien connu et les opérateurs préfèrent aller au-delà pour aller plus vite, éviter les incertitudes et compter sur des règles matérielles et non plus sur de simples règles de conflit. Au demeurant, la jurisprudence est favorable à ce que les contrats internationaux soient gouvernés immédiatement par un certain nombre de règles matérielles. N'a-t-elle pas admis la validité systématique des clauses d'indexation et plus récemment des clauses arbitrage ? Elle est en passe, nous semble-t-il, de raisonner de la même façon à propos des clauses de garantie dans les contrats de vente et, on peut l'espérer, à propos des clauses portant sur l'indemnisation des agents commerciaux.

Si la jurisprudence a su découvrir certaines règles matérielles propres au commerce international, il faut se réjouir de voir le législateur se saisir de la question et proposer à son tour un certain nombre de règles dans des secteurs essentiels. C'est ce que fait la Commission des Nations Unies pour le Droit du Commerce International (CNUDCI) qui est à l'origine de la Convention sur la vente internationale de marchandises et qui diversifie depuis quelque temps ses interventions en définissant des lois-modèles. C'est ce que fait aussi l'Institut international pour l'Unification du droit privé (Unidroit) créé à Rome en 1926 à l'initiative du gouvernement italien et du Conseil de la SDN. Cette organisation est vouée à l'étude de l'harmonisation et de l'unification du droit privé. Elle est à l'origine de deux conventions adoptées à la conférence diplomatique d'Ottawa du 29 mai 1988 : une convention sur l'affacturage international entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 1995 et actuellement ratifiée par six Etats et une convention sur le crédit-bail international entre en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 1995 et ratifiée par neuf Etats. Une convention relative aux garanties internationales sur des matériels d'équipements mobiles a été adoptée le 16 janvier 2001 au Cap :



elle est en vigueur depuis 2004 et a reçu neuf ratifications. C'est dans le cadre d'Unidroit qu'ont été adoptés les Principes relatifs aux contrats du commerce international.

3. *Les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international.* Ces Principes qui en sont à leur troisième édition, la première remontant à 1994, la deuxième à 2004 et la troisième à 2010, se proposent de codifier le régime des contrats internationaux en tenant compte de la pratique internationale et en s'inspirant des principales familles juridiques. Ces Principes ont bien entendu un caractère supplétif, mais ont le grand mérite de regrouper des solutions généralement bien admises et constituent un bon guide pour les rédacteurs des contrats internationaux. En ce sens, les Principes d'Unidroit sont un modèle très utile de technique contractuelle (I). Il faut ajouter que leur succès est certain, car il n'est pas rare que des arbitres s'y réfèrent expressément. Autrement dit, ils sont une expression de la *lex mercatoria* dont on sait l'importance en tant que source du droit du commerce international. Dans cette perspective, les Principes d'Unidroit tendent à représenter un modèle universel (II), étant entendu que sous les règles techniques, se dissimulent des valeurs.

### **I. Les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international : un modèle de technique contractuelle.**

4. Les principes d'Unidroit portent sur les trois phases du contrat et déterminent un certain nombre de règles relatives à la formation du contrat, à son contenu et à son exécution. Leur présentation est nécessaire.

#### ***A. Règles relatives à la formation du contrat international.***

5. Sur ce terrain de la formation du contrat, les principes d'Unidroit reprennent des choses connues, mais pas uniquement : ils précisent certaines questions controversées et

proposent de nouvelles solutions. S'agissant des choses connues, on notera la définition que l'article 2.1.2 donne de l'offre de contracter : « Une proposition de conclure un contrat constitue une offre si elle est suffisamment précise et si elle indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation ». Cette définition n'a rien de surprenant et correspond à l'analyse traditionnelle que l'on fait de l'offre. Il en va de même de l'acceptation : « Constitue une acceptation toute déclaration ou autre comportement du destinataire indiquant qu'il acquiesce à l'offre » (art. 2.1.6). Les Principes s'intéressent très justement aux pourparlers contractuels, mais n'innovent guère : « Les parties sont libres de négocier et ne peuvent être tenues pour responsables si elles ne parviennent pas à un accord... » (art. 2.1.15). Il faut au demeurant s'en réjouir car la toile de fond est ici la liberté de conclure ou de ne pas conclure. Un autre texte intéressant est celui de l'article 2.1.22 qui s'en tient à la solution du *knock out*, plutôt qu'à celle du *last shot* lorsqu'il s'agit de déterminer, dans des échanges contractuels, quelles sont les conditions générales qui s'imposent : « lorsque les parties utilisent des clauses-types sans parvenir à un accord sur celles-ci, le contrat est néanmoins conclu sur la base des clauses convenues et des clauses types qui, pour l'essentiel, sont communes aux parties, à moins que l'une d'elles ne signifie à l'autre, soit à l'avance, soit ultérieurement et sans retard indu, qu'elle n'entend pas être liée par un tel contrat ».

6. Les Principes d'Unidroit fixent en outre des solutions qui méritent d'être précisées, compte tenu de l'incertitude du droit positif sur les points en cause. Ainsi en est-il de l'article 2.2.7 qui s'efforce de régler une question difficile, celle du conflit d'intérêt. Le texte prévoit que si le contrat conclu par le représentant implique celui-ci dans un conflit d'intérêts avec le représenté, que le tiers connaissait ou aurait dû connaître, le

représenté peut demander la nullité du contrat. De même, on doit à l'article 5.1.6 d'utiles précisions sur la qualité de la prestation : « Lorsque la qualité de la prestation n'est pas fixée par le contrat ou déterminable en vertu de celui-ci, une partie est tenue de fournir une prestation de qualité raisonnable et, eu égard aux circonstances, au moins égale à la moyenne ». On relèvera aussi, dans la même ligne, l'article 5.1.7 relatif à la fixation du prix, ce prix, à défaut de détermination par les parties, devant être établi par référence au prix habituellement pratiqué, lors de la conclusion du contrat, dans la branche commerciale considérée pour les mêmes prestations effectuées dans des circonstances comparables ou, à défaut d'un tel prix, à un prix raisonnable

7. Si les Principes d'Unidroit restent dans l'ensemble assez classiques sur les mécanismes de formation du contrat, ils contiennent néanmoins deux innovations majeures. La première est d'ordre négatif en ce sens que rien n'est dit de l'exigence de cause-contrepartie qui est pourtant une condition essentielle du Code civil français (cf. art. 1131). Autrement dit, les Principes d'Unidroit considèrent que la volonté est la seule condition essentielle de validité d'un contrat et qu'il n'est pas nécessaire de s'interroger sur la raison d'être des obligations contractées par les parties. On peut le regretter dans la mesure où la théorie de la cause-contrepartie conduit à des analyses très fines et permet de s'assurer que l'obligation contractée a bien une justification. Il est vrai que la théorie de la cause est très rationnelle, parfois trop, mais il n'en demeure pas moins qu'elle est, au-delà de sa séduction intellectuelle, des conséquences pratiques très utiles et qu'elle est un frein à l'ultralibéralisme qui souffle aujourd'hui dans les relations commerciales internationales.

Plus positivement, on observera que la nullité du contrat peut être admise en raison du vice de contrainte (art. 3.2.6). Plus précisément la nullité du contrat pour cause de contrainte peut être invoquée par une partie lorsque son engagement a été déterminé par les menaces injustifiées de l'autre partie, dont l'éminence et la gravité, eu égard aux circonstances, ne laissent à la première aucune autre issue raisonnable. De même, la nullité d'une clause peut être invoquée par une partie lorsqu'il est démontré que cette clause confère injustement un avantage excessif à l'autre partie (art. 3.2.7). Cette dernière disposition ne va pas de soi, la notion d'avantage excessif étant difficile à cerner, juridiquement parlant. Elle concerne déjà, en tout cas, le contenu du contrat.

### ***B. Règles relatives au contenu et à l'exécution du contrat international***

8. Les Principes d'Unidroit s'attachent dans un premier temps à déterminer les obligations qui découlent du contrat. Les unes sont expresses, les autres implicites. A ce dernier égard, l'article 5.1.1 précise que les obligations implicites découlent : de la nature et du but du contrat ; des pratiques établies entre les parties et des usages ; de la bonne foi ; et de ce qui est raisonnable. Cette disposition rejoint celle de l'article 1135 du Code civil français, texte qui fonde la théorie des suites du contrat et qui a permis à la jurisprudence d'intégrer dans le contenu de nombre de contrats des obligations, de renseignement, de mise en garde et même de conseil. Il est intéressant de noter que ce forçage du contrat est bien accepté et repris ainsi par les Principes d'Unidroit en matière de contrats du commerce international. On retiendra aussi la disposition de l'article 5.1.4 qui consacre la distinction, si utile, des obligations de moyens et des obligations de résultat : « 1) Ledébiteur d'une obligation de résultat est tenu de fournir le résultat promis. 2) Le débiteur d'une obligation de moyens est tenu d'apporter à

l'exécution de sa prestation la prudence et la diligence d'une personne raisonnable de même qualité placée dans la même situation ».

9. Les Principes d'Unidroit ne se contentent pas d'énumérer les obligations qui découlent d'un accord contractuel. Ils se prononcent aussi sur leur force. Ces obligations sont strictement obligatoires pour les parties et ne peuvent être unilatéralement dénoncées. La règle est donc celle de la force obligatoire des conventions : l'article 6.1.1 le dit à sa façon en disposant que Le débiteur est tenu d'exécuter ses obligations à la date prévue ou à la date qui paraît dictée par les circonstances ou la nature des choses. L'article 6.2.1 porte aussi cette règle essentielle du droit des contrats en soulignant que « Les parties sont tenues de remplir leurs obligations quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse, sous réserve des dispositions suivantes relatives au hardship »<sup>2</sup>. Les parties choisissent donc leurs chaînes. Toutefois, lorsque leur contrat est obscur ou ambigu, il doit être interprété. Cette interprétation doit se faire en tenant compte de la commune intention des parties ; mais faute de pouvoir déceler cette commune intention, le contrat doit être interprété selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable de même qualité placée dans la même situation (art. 4.1). Cette règle de base dans l'interprétation des contrats est on ne peut plus classique, ce qui ne veut pas dire, bien au contraire, injustifiée. Elle est complétée par d'autres dispositions comme

---

<sup>2</sup>-En cas de « hardship » (bouversement du contrat en raison de la survenance d'un changement des circonstances ayant présidé à la conclusion du contrat, les parties doivent se réunir pour renégocier les termes de leur accord. Si elles n'y parviennent pas, le Tribunal qui reconnaît l'existence d'un cas de « hardship », peut mettre fin au contrat ou adapter le contrat en vue de rétablir l'équilibre des prestations. Ce pouvoir donné au juge est trop important et l'on ne saurait trop conseiller aux parties de prévoir ce type de difficulté et de stipuler des clauses de « hardship » s'expliquant clairement sur l'issue des négociations.

celle de l'article 4.5 retenant le principe d'interprétation utile du contrat et celle de l'article 4.6 consacrant la règle d'interprétation « contra proferentem » (en cas d'ambiguïté, les clauses d'un contrat s'interprètent de préférence contre celui qui les a proposées).

10. Si le contrat est une loi pour les parties, il reste une loi privée qui ne s'impose qu'aux parties. Les Principes d'Unidroit ne s'étendent guère sur cette règle pourtant fondamentale, tout en développant l'une de ses dérogations les plus importantes et les plus opérationnelles : la stipulation pour autrui (art. 5.2.1). On notera cette disposition de l'article 5.2.3 qui intègre parmi les droits conférés au bénéficiaire d'une stipulation pour autrui celui d'invoquer une clause du contrat qui exclut ou limite la responsabilité dudit bénéficiaire.<sup>3</sup>

11. Les Principes d'Unidroit s'arrêtent enfin très longuement sur les sanctions susceptibles d'être mises en œuvre en cas de mauvaise exécution ou d'inexécution du contrat<sup>4</sup>. Ils comportent des innovations bienvenues. On retiendra les suivantes :

. en cas d'inexécution, le créancier peut notifier au débiteur qu'il lui impartit un délai supplémentaire pour l'exécution de ses obligations (art. 7.1.5) ;

. à défaut par le débiteur de s'acquitter d'une obligation autre que de somme d'argent, le créancier peut en exiger l'exécution (art. 7.2.2)<sup>5</sup> ;

---

<sup>3</sup>-Ce qui renvoie à la clause « Himalaya » fréquente dans les connaissements et accordant aux préposés et sous-traitants du transporteur les mêmes limitations de responsabilité que celles dont le transporteur bénéficie.

<sup>4</sup>-Par inexécution, on entend tout manquement par une partie à l'une quelconque de ses obligations résultant du contrat, y compris l'exécution défectueuse du contrat (art. 7.1.1).

<sup>5</sup>-Si le principe de l'exécution forcée est dûment reconnu, il comporte des exceptions tenant à l'impossibilité ou encore au son coût déraisonnable.

. la résolution du contrat s'opère par notification au débiteur (ce qui signifie qu'elle n'est plus nécessairement judiciaire, art. 7.3.2) ;

. une partie est fondée à résoudre le contrat si, avant l'échéance, il est manifeste qu'il y aura inexécution essentielle de la part de l'autre partie (art. 7.3.3 qui consacre la théorie de l'« anticipatory breach ») ;

. la partie qui croit raisonnablement qu'il y aura inexécution essentielle de la part de l'autre partie peut exiger d'elle des assurances suffisantes de bonne exécution et peut, dans l'intervalle, suspendre l'exécution de ses propres obligations (art. 7.3.4) ;

12. Les autres sanctions, notamment la responsabilité contractuelle, ne soulèvent guère de remarques, si ce n'est pour dire que cette responsabilité est clairement affirmée<sup>6</sup>, alors que certains n'avaient pas hésité à dire que cette responsabilité n'existait pas et qu'elle n'était rien d'autre qu'une sorte d'exécution par équivalent du contrat. Or, il s'agit bien d'indemniser le ou les préjudices consécutifs à un manquement contractuel. On peut donc parler de responsabilité et au demeurant c'est bien en termes de responsabilité que la jurisprudence raisonne et que les parties elles-mêmes réagissent. Pour le reste, la règle de la « mitigation » est très heureusement consacrée : « Le débiteur ne répond pas du préjudice dans la mesure où le créancier aurait pu l'atténuer par des moyens raisonnables... » (art. 7.4.8). De plus les clauses de responsabilité sont considérées comme valables, avec cependant des limites qui peuvent paraître trop importantes (art. 7.1.6, prévoyant

---

<sup>6</sup>-Cf. art. 7.4.1 : « L'inexécution d'une obligation donne au créancier le droit à des dommages-intérêts, soit à titre exclusif, soit en complément d'autres moyens, sous réserve des exonérations prévues dans les Principes.

qu'une partie ne peut se prévaloir d'une telle clause s'il « ...serait manifestement inéquitable de le faire », ce qui ne veut pas dire grand chose). Les clauses pénales sont également considérées comme valables, dans les limites généralement admises, en ce sens que le juge compétent peut réduire l'indemnité stipulée si celle-ci est manifestement excessive au regard du préjudice subi (art. 7.4.13).

13. Au total, les diverses dispositions dont on a rendu compte permettent de se convaincre de l'intérêt des Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international. Ces dispositions édictent des règles qui sont autant de modèles de technique contractuelle. On peut les discuter, ici ou là, mais on doit convenir que ces solutions sont, pour la plupart, acceptables, consensuelles et modernes. Du reste, l'actuel projet français de réforme du droit des contrats s'en inspire très largement.

Mais au-delà de cet aspect technique, déterminant dans la pratique des contrats du commerce international, les Principes d'Unidroit ont le grand mérite, si l'on veut bien ne pas rester à la surface des choses, de fixer quelques valeurs essentielles. La philosophie de ces Principes est empreinte de libéralisme et du libéralisme qu'attendent les opérateurs du commerce international. Ce libéralisme est de bon aloi, car il ne confine pas à l'ultralibéralisme pourtant défendu dans certaines parties du monde. Essayons de nous en convaincre.

## **II. Les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international : un modèle universel ?**

14. Au-delà des aspects de technique contractuelle, les Principes d'Unidroit proposent un modèle pour le droit des contrats que l'on peut qualifier de consensuel dans la mesure où les valeurs qu'ils véhiculent sont aujourd'hui bien admises dans la communauté internationale. Les opérateurs du commerce



international tiennent à la liberté contractuelle qui favorise les échanges, sont, généralement, respectueux de la force obligatoire des conventions qui est essentielle pour la sécurité des affaires et reconnaissent que la loyauté contractuelle est une exigence à laquelle on ne saurait déroger si l'on veut maintenir de bonnes relations commerciales. On reviendra rapidement sur ces trois données fondamentales du droit du commerce international.

15. *Le principe de liberté contractuelle.* Les Principes d'Unidroit s'ouvrent par l'affirmation du principe de liberté contractuelle (art. 1.1, aux termes duquel « Les parties sont libres de conclure un contrat et d'en fixer le contenu »). Il y a là une donnée de base du droit du commerce international. Du reste, le commentaire des Principes fait très justement observer que « le droit des opérateurs commerciaux de décider en toute liberté à qui offrir leurs marchandises ou services et de qui les recevoir, ainsi que la possibilité pour eux de s'entendre librement sur les dispositions de chaque contrat, sont les pierres angulaires d'un ordre économique international ouvert, orienté vers le marché et concurrentiel ». Il n'est guère que dans les économies collectivistes où l'on croit encore en la vertu du plan que l'on se méfie toujours de la liberté contractuelle et que l'on en dénie les ressorts. Dans une économie ouverte comme la nôtre, les parties doivent pouvoir conclure librement leurs contrats, choisir librement la personne avec qui elles entendent contracter et aménager librement leurs relations.

16. Le principe de la liberté contractuelle n'est cependant pas sans limites. Les unes tiennent aux règles impératives qui peuvent s'appliquer au contrat en cause et, plus généralement, à l'ordre public, qu'il s'agisse de l'ordre public de protection – de telle ou telle catégorie de contractants – ou de l'ordre public de direction qui trouve aujourd'hui son expression, notamment dans le droit de la concurrence prohibant tous les accords qui ont pour objet ou pour effet de restreindre le jeu d'une libre

concurrency. Les autres limites à la liberté contractuelle tiennent aux éléments essentiels du contrat qui s'imposent par la nature des choses aux contractants. On ne saurait, dans un contrat de dépôt, stipuler que le dépositaire n'assume aucune obligation de surveillance, sauf à dire que le contrat est alors un simple contrat de location. On ne saurait pas davantage dans un contrat de location stipuler que le bailleur n'a pas à procurer la jouissance de la chose à son cocontractant. On ne saurait, non plus, dans un contrat d'affrètement, prévoir que le fréteur ne garantit pas à l'affrèteur la navigabilité du navire qu'il met à sa disposition. Plus généralement, ne saurait-on stipuler une clause qui vide l'obligation essentielle du contrat de toute substance<sup>7</sup>.

17. *Le principe de la force obligatoire des conventions.* Un autre principe martelé par les Principes d'Unidroit est celui de la force obligatoire du contrat. L'article 1.3 prévoit à cet égard que « Le contrat valablement formé lie ceux qui l'on conclu » et ajoute que « Les parties ne peuvent le modifier ou y mettre fin que selon ses dispositions, d'un commun accord ou encore pour les causes énoncées dans ces Principes ». Le principe « pacta sunt servanda » est consubstantiel au commerce international. On ne saurait concevoir des échanges commerciaux sans sécurité juridique et la première clé de cette sécurité est certainement le respect de la parole donnée. L'article 1134, al. 1<sup>er</sup> du Code civil français ne dit pas autre chose et cette disposition reçoit un écho dans pratiquement toutes les législations du monde.

18. Le principe « pacta sunt servanda » a notamment pour conséquence qu'un contrat peut être modifié ou résolu lorsque les parties le décident. C'est ce qu'elles font lorsqu'elles conviennent d'avenants, si fréquents dans la pratique des

---

<sup>7</sup>-Cass. com. 29 juin 2010, D. 2010, 1832.

contrats de longue durée. Il faut aussi tenir compte des clauses contractuelles elles-mêmes et notamment des clauses de rupture. Ces clauses qui se distinguent des clauses résolutoires (sanctionnant le manquement à une obligation contractuelle dûment identifiée) et des clauses de dédit (jouant sur le terrain de la formation du contrat) permettent à une partie de « sortir » du contrat en cas de survenance de tel ou tel événement affectant la situation de son partenaire. Elles vont parfois plus loin en subordonnant cette sortie à la seule volonté des parties<sup>8</sup>. Cette faculté de rupture unilatérale du contrat ne devrait toutefois être admise qu'à la condition d'être reconnue en faveur de l'une et l'autre des parties.

19. *Le principe de bonne foi contractuelle.* Une troisième disposition des Principes d'Unidroit est essentielle : c'est celle de l'article 1.7 qui prévoit que « Les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi dans le commerce international » et qu' « Elles ne peuvent exclure cette obligation ni en limiter la portée ». La jurisprudence française est dans le même sens, quoique plus précise, en décidant aujourd'hui que « la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle ».<sup>9</sup> Cette directive doit être saluée. Il ne faut sans doute pas valoriser la bonne foi contractuelle au point d'en faire la clé de voute de tout le droit contractuel et d'en faire la justification d'idées fausses comme celle du solidarisme

---

<sup>8</sup>-Cf. Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 3 avr. 2001, Bull. civ. I, n° 98.

<sup>9</sup>-Cass. com. 10 juill. 2007, Bull. civ. IV, n° 188 ; l'arrêt ajoute que si le juge peut sanctionner cet usage déloyal au nom de l'exigence de la bonne foi contractuelle, il ne saurait, sur le fondement de cette même exigence, porter atteinte à la substance même des droits et des obligations légalement convenus entre les parties. Il est sans doute difficile de respecter à la lettre cette jurisprudence, car la notion de prérogative contractuelle n'est pas facile à cerner comme celle de substance du contrat, mais elle a le mérite, tout en reconnaissant l'importance de la bonne contractuelle, d'en cantonner l'application au jeu des clauses contractuelles.

contractuel. Pour autant, la loyauté doit rester au centre des échanges contractuels et cette exigence doit fonder encore et toujours les réactions que l'on doit avoir à l'encontre de comportements malhonnêtes ou empreints de mauvaise foi.

20. *Conclusion.* Pour conclure, on observera que les Principes d'Unidroit n'ont pas qu'une simple portée théorique. Ils ne sauraient servir de référence en tant que loi applicable à tel contrat international, car le choix de la loi applicable ne peut porter que sur un corpus juridique et législatif<sup>10</sup>. Néanmoins, les Principes d'Unidroit sont une source d'inspiration pour les arbitres internationaux, pour les rédacteurs de contrats et pour les législateurs eux-mêmes. Comme nous l'avons déjà dit, la réforme du droit français des contrats s'y réfère étroitement et parfois même directement. Il faut ajouter que les Principes d'Unidroit se présentent dans toutes les Facultés de droit du monde comme un matériel didactique très utile et favorisant la promotion de l'enseignement du droit des contrats. L'éducation étant la clé du développement et du progrès, c'est sur ce dernier apport que nous voudrions insister en remerciant, une fois encore, les organisateurs du colloque d'Alger des 24 et 25 novembre 2015 pour leur invitation.

---

<sup>10</sup>-Dans l'UE, le règlement Rome I sur la loi applicable aux contrats le prévoit du reste expressément.

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 وأن 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 فيلالي، 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 تعبيراً 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 عموماً، 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 إطاراً قانونياً خاصاً بها تبلورت عناصره على مر السنين، لتفرز منظومة تنظيمية متكاملة، تعززت - عملياً - 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 شمالاً ومنطقة ميزاب جنوباً. 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 تحديداً، 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 أفرادها.

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 وتؤكد 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، ويكفيها 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، والمتعلقتين 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 تكتسب 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 تحقيق 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 التسيق بين قواعد القانون الدولي وقواعد القانون الداخلي. وقد ظهرت في وقتنا الحالي طرق جديدة لتفادي مساوئ هذا التنوع القانوني والتي تتمثل في تسيق 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 تسيق 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.

# تعايش القانون الدولاني الجزائري والقانون العرفي الامازيغي : أمثلة عن القانون البلدي وقانون الأسرة

د. عبد الله نوح، أستاذ محاضر "أ"

كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري - تيزي وزو

## ملخص

يأخذ التعايش بين الأنظمة القانونية عدة أشكال تتراوح بين التوازي والصراع والتداخل والتكامل. هذا الشكل الأخير هو ما نلاحظه في النظام القانوني الجزائري من حيث تكامل أحكام القانون الدولاني مع أحكام القوانين العرفية المحلية، طالما أن القاعدة القانونية التي يضعها المشرع تكون عامة ومجردة في مضمونها، فإن القانون العرفي يبين كيفية تطبيقها بل وتكاملها للاستجابة لخصوصيات الوضع المحلي.

نحاول في هذه المداخلة بحث مثالين لهذا التكامل: الأول يتعلق بتكامل القانون البلدي الجزائري المتعلقة بالمرافق العامة البلدية مع أحكام القوانين العرفية القروية السائدة بمختلف القرى القبائلية التي تبين تفاصيل وكيفية التكفل بهذه المرافق بمساهمة المجتمع المدني؛ والثاني يتعلق بتكامل أحكام قانون الأسرة الجزائري مع القانون العرفي الاباضي المنظم للزواج بوادي مزاب في تنظيم وتقنين الزواج من حيث الشروط والصداق وطريقة الاحتفال بالزواج عند المواطنين المزابيين.

## Résumé

La cohabitation des systèmes juridiques peut avoir plusieurs formes qui varient entre la coexistence, le conflit et la complémentarité. C'est cette dernière forme qu'on peut constater entre le droit étatique algérien et les droits coutumiers locaux en vigueur dans certaines régions. En effet, la règle juridique conçue par le législateur étant générale, est souvent explicitée et même complétée par les droits coutumiers locaux, à travers son interprétation et parfois son ajustement de manière à répondre aux besoins du terrain.

Il s'agit, dans notre communication d'un essai d'appréhender deux exemples de complémentarité entre ces deux droits : le premier est relatif à la complémentarité entre les dispositions du droit communal et des codes villageois en Kabylie (règlements intérieurs des villages), régissant les services publics communaux ; Alors que le deuxième exemple concerne la complémentarité entre les dispositions du Code de la famille sur l'acte du mariage et celles du Code coutumier ibadite fixant et régissant les procédures et les cérémoniales du mariage entre les mozabites.

## Mots clefs :

Pluralisme juridique, droit coutumier, Kabylie, Mzab, services communaux publics, code de la famille, ibadisme.

التعددية القانونية، القانون العرفي، المرافق العامة البلدية، منطقة القبائل، وادي مزاب، الإباضية.

## مقدمة

إن الطبيعة المركبة للنظام القانوني الجزائري تبلورت نتيجة التراكمات التاريخية الثقافية الدينية التي عرفتها الجزائر عبر مسارها التاريخي الطويل. بحيث يتعايش النظام القانوني الدولاني ويتكامل في انسجام في اغلب الأحيان مع القانون العرفي المحلي ليشكل ثراء للحياة القانونية للأفراد.

ويطرح هذا الوضع تساؤلات ليس فقط حول تواجد نظامين قانونيين يخضعان لمفاهيم فلسفية مختلفة هما النظام اللاتينو-جرماني الذي يشكل أغلبية الكتلة التشريعية الوطنية، ونظام الشريعة الإسلامية المتمثل في قانون الأسرة والأوقاف؛ وإنما أيضا حول تواجد القانون الوضعي الجزائري الدولاني المستوحى من هذين النظامين من جهة، والقانون العرفي المحلي للجماعات الامازيغية المنبثق



من الإرادة الشعبية للأفراد والمطبق جنباً إلى جنب مع القانون الدولاني، سواء أكان من مصدر وضعي (القانون العرقيّ الامازيغي) أو من مصدر ديني (القانون العرقيّ الاباضي).

ذلك أن العرف في النظام القانوني الجزائري عرف تطوراً تاريخياً مغايراً لما هو عليه في النظام القانوني الفرنسي الذي استوحى منه أغلب قوانينه، وهو مازال يحظى بأهمية بالغة في الواقع القانوني الجزائري، إن في مجال القانون الخاص أو في مجال القانون العام،<sup>1</sup> بغض النظر عن اعتباره من طرف المشرع الجزائري مصدراً شكلياً احتياطياً ثانياً؛ بينما تم دمج الأعراف المحلية في فرنسا وإلغاء أخرى لصالح توحيد التشريع مع حركة التقنينات الكبرى التي قام بها نابليون بونابرت إثر الثورة الفرنسية في بداية القرن التاسع عشر.<sup>2</sup>

نحاول في بداية مداخلتنا بحث مصطلح التعايش بين الأنظمة القانونية واستعراض الطبيعة المركبة للنظام القانوني الجزائري (المبحث الأول) ثم نحاول في مبحثين تسليط الضوء على نموذجين حيين لتعايش وتكامل القانون العرقيّ الامازيغي والشعري المحلي النافذ إلى اليوم في المجتمعات الريفية والصحراوية، مع قواعد القانون الوطني الدولاني: ففي منطقة القبائل يتعايش القانون العرقيّ الامازيغي المنظم للقريبة ويتداخل مع أحكام القانون البلدي الجزائري (المبحث الثاني)، بينما يتجلى أحد مظاهر هذا التعايش في وادي مزاب، بين قانون الأسرة والقانون العرقيّ الشعريّ الاباضي، الذي هو إحدى متغيرات الشريعة الإسلامية، فيما يتعلق بشروط وأحكام تنفيذ عقد الزواج (المبحث الثاني).

<sup>1</sup> - يقول الفقيه عبد الرزاق احمد السنهوري حول أهمية العرف: «ومن المفيد أيضاً أن نرجع إلى التوثيقات القانونية، وما جرت عليه الناس في معاملاتهم، وما اعتادوه من الوسائل لتنفيذ أحكام القانون، بل وللهرب من هذه الأحكام في بعض الأحيان (...). ولا شك أن هناك كثيراً من الدروس النافعة يمكن استخلاصها من الوقفيات وعقود التأمين وعقود الشركات المختلفة وعقود الإيجار وغير ذلك مما جرى به العمل واستقر عليه العرف». أنظر: د. فايز محمد حسين محمد، **أثر مشروع السنهوري في القوانين المدنية العربية**، ص.7؛ (نقلاً عن السنهوري: وجوب تنقيح القانون المدني وعلى أي أساس يكون هذا التنقيح، الكتاب الذهبي للمحاكم الأهلية، ص 47، [www.mara.gov.om/nadwa\\_new/wp.../16\\_3.docx](http://www.mara.gov.om/nadwa_new/wp.../16_3.docx)).

<sup>2</sup> - كانت فرنسا تنقسم إلى منطقتين: منطقة القانون المكتوب في الجنوب والوسط أين كان يسود القانون الروماني بسبب الاحتلال الروماني، ومنطقة العرف في الشمال التي تأثرت بالأعراف الجرمانية أين كانت كل قبيلة تخضع لقانونها العرفية، ومنذ القرن 18 أصبح العرف في هذه المنطقة مصدراً للتشريع المتمثل في القرارات البرلمانية والأوامر الملكية. وقيام الثورة الفرنسية سنة 1789 لاسيما بعد قيام الإمبراطورية وحركة التقنينات الكبرى التي قام بها نابليون بونابرت ما بين 1804 و1810 أصبح التشريع هو السائد وتم توحيد النظام القانوني الفرنسي. انظر في ذلك: د. عصام نجاح، القانون المقارن والأنظمة القانونية الكبرى، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2011، ص 89 إلى 91.

## المبحث الأول: التعايش بين عناصر النظام القانوني الجزائري

لا يمكن أن نفهم مصطلح التعايش بين الأنظمة والقواعد القانونية المختلفة وغير المتناقضة في آن واحد، إلا في إطار التعددية القانونية التي تعرفها العديد من الدول (المطلب الأول) ويتضح ذلك في حالة النظام القانوني الجزائري المتكون من ثلاث كتل تشريعية متكاملة في أغلب الأحيان وهي التشريع العصري والشريعة الإسلامية والقانون العرفي (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: التعايش القانوني والتعددية القانونية

يمثل "التعايش القانوني" *la cohabitation juridique* في الواقع شكلا من أشكال التعددية القانونية *pluralisme juridique* التي تعني وجود عدة أنظمة قانونية في نفس الجماعة البشرية لحكم نفس المسألة أو المسائل. لأن التعدد القانوني لا يؤدي دائما إلى التعايش بل قد يترتب عنه صراع الأنظمة أو محاولة إلغاء أحدها للآخر كما سوف يأتي بيانه. ونشأت هذه الظاهرة في عدة دول نتيجة احتكاك وتزواج أنظمة قانونية مختلفة بفعل التحولات السياسية الاجتماعية التاريخية كالأستعمار والهجرة وغيرها.

وقد اختلفت التعريفات حول التعددية القانونية لعل أهمها تلك التي قال بها جون قريفيثز John GRIFFITHS<sup>3</sup> أنها الوضعية التي توجد فيها قواعد نظامين قانونيين فأكثر لحكم مسألة معينة أو أشخاص معينين في نفس المجتمع والمكان.<sup>4</sup>

ويترتب عن التواجد والاحتكاك بين نظامين قانونيين مختلفين فأكثر عدة أوضاع تتراوح بين التعايش والمقاومة والصراع والامتزاج. وقد تلجأ الدولة إلى خيارات مختلفة تتراوح بين الاعتراف بالقانون غير الدولاني ودمجه كما قد تلجأ إلى إعلاء قانون الدولة وفرض تطبيقه في حالة وجود أي فراغ أو سكوت في القانون غير الدولاني، وإقرار عدة وسائل لتفضيل اللجوء إلى قانون الدولة عوض

<sup>3</sup> - يعتبر جون قريفيثز مرجعا أساسيا لكل الدراسات حول التعددية القانونية، وذلك بفضل عمله الذي أنجزه في 1986 أين قام بنقد النظريات التي تربط بين الدولة والقانون أو ما يسميه "بالمركزية القانونية" *Légal centralism*.

<sup>4</sup> - John GRIFFITHS, "what is Legal pluralism?", *Journal of Legal Pluralism and unofficial law*, n°24, 1986, p 1.

القانون غير الدولاني.<sup>5</sup> وتتمثل أهم الأوضاع الناتجة عن عملية التفاعل بين الأنظمة القانونية حسب بودوين دوبارت، فيما يلي:<sup>6</sup>

**أولاً: وضعية التجمع agglomération:** وهي حالة يختص فيها كل نظام قانوني بمجال معين، بحيث يمكن للأفراد الخضوع مثلاً للقانون العرفي في مجال معين، أو لقانون الدولة في مجال آخر مختلف.

**ثانياً: وضعية الصراع the relation of conflict:** حين تدخل القوانين المختلفة في حالة تعارض وتناقض بحيث تتضمن قواعد تفرض على الأفراد واجبات متناقضة. وقد تستمر هذه الحالة طويلاً إذا كانت حالات التناقض بين القوانين قليلة الحدوث.

**ثالثاً: وضعية الاندماج the relation of intégration:** عندما تفرض قواعد كل نظام واجبات مختلفة على الفرد، لكنها واجبات متكاملة، كأن ينص كل قانون على إجراءات خاصة للزواج وحقوق الملكية دون أن يمنع الإجراءات التي ينص عليها القانون الآخر؛ فيكون الفرد مخيراً بينهما، كما يستطيع تطبيق كلا النظامين. وتسمح وضعية الاندماج القانوني بجعل التعددية عنصر ثراء يضيف على الحياة القانونية الكثير من المرونة في تنظيم حياة الأفراد في المجتمع. كما تسمح بحماية الخصوصيات المحلية والفردية الثقافية والدينية والاجتماعية إن على المستوى الفردي أو الجماعي.

وهذه الوضعية هو ما عايناه في النظام القانوني الجزائري، إذ يتعايش ويتكامل في الكثير من المناطق الجبلية بمنطقة القبائل حتى اليوم القانون العرفي الأمازيغي للتسيير البلدي للقروي الذي يضرب عمقه في التاريخ، مع القانون البلدي للدولة المستوحى من النموذج الفرنسي الذي تكتفه نقائص وفراغات جمة لتطبيقه في الوسط الريفي القبلي؛ بينما يشكل وادي مزاب أفضل مثال لتكامل القانون الشرعي الأباضي المزابي مع القانون الدولاني للأسرة فيما يتعلق بعقد الزواج وشروطه وكيفيات تنفيذه في الواقع العملي.

<sup>5</sup> - Otis GHISLAIN (dir.), *Méthodologie du pluralisme juridique*, Editions KHARTHALA, paris, 2012, pp 13, 14,15.

<sup>6</sup> - Boudouin DUPERT, Maurits BERGER, Laila AL-ZAWAINI, *Legal pluralism in the Arab World*, Kluwer Law International, London, 1999, pp 16, 17, 18.

## المطلب الثاني: عناصر النظام القانوني الجزائري

يعتبر النظام القانوني الجزائري نتاج التفاعل بين مختلف الأنظمة القانونية وهو نظام مركب من ثلاث عناصر نُرتَّبُها حسب الأهمية: كتلة القانون العصري الذي هو وليد عمليتي الاقتباس الكامل أو الاستلهام من النظام القانوني الفرنسي، نتيجة عملية الاحتكاك الثقافى الحضاري والثقاف القانوني في الفترة الاستعمارية وما بعدها، ويشمل أغلب قطاعات القانون العام والخاص؛ وكتلة القانون الشرعي الإسلامي المنبثق من الدين الإسلامي ويشمل على وجه الخصوص مجال الأسرة والموارث وتنظيم الوقف؛ وكتلة القانون العرفي الأمازيغي الذي يعود إلى أعماق التاريخ الأمازيغي الألفي لشمال إفريقيا، بحيث يشكل هذين الأخيرين مصدرين احتياطيين للقانون الجزائري. ونلاحظ أن قواعد القانون العرفي الأمازيغي تتمزج أحيانا مع القواعد الشرعية الدينية في عدة مسائل إلى حد يصعب فيه التمييز بينها، بحيث تشكّل من ذلك نظاما عرفيا متأصلا في تقاليد واعتقادات المجتمع يتكامل في غالب الأحيان مع القانون الدولاني المستوحى من المشرع الغربي.

### أولا: الكتلة التشريعية العصرية

واجه المشرع الجزائري غداة الاستقلال إشكالية البناء القانوني للدولة الجزائرية الحديثة في خضم خطاب سياسي يسعى إلى إحداث القطيعة مع الاستعمار الفرنسي. ولمواجهة الفراغ الذي خلفته الحقبة الاستعمارية التي امتدت إلى أكثر من قرن، قرر المشرع الجزائري بموجب قانون 31 ديسمبر 1962 المادة 1 منه<sup>7</sup> الصادر من المجلس الوطني التأسيسي، تمديد العمل بالتشريعات الفرنسية بصفة مؤقتة إلى حين استكمال استرجاع السيادة الوطنية، باستثناء الأحكام التي قد تمس بالسيادة الوطنية<sup>8</sup>. كما استثنى من هذا الحكم بموجب المادة 2 بالإضافة إلى النصوص التي تمس بالسيادة الداخلية والخارجية للدولة:

- النصوص المستوحاة من الفكر الاستعماري التمييزي،
- النصوص التي تمس بالممارسة العادية للحريات الديمقراطية.

<sup>7</sup> - Loi n° 62-157 du 31 Décembre 1962 tendant à la reconduction, jusqu'à nouvel ordre, de la législation en vigueur au 31 décembre 1962. JORADP, 2<sup>ème</sup> année, N° 2, du 11 janvier 1962, p. 18.

<sup>8</sup> - «La législation en vigueur au 31 décembre 1962 est reconduite jusqu'à nouvel ordre, sauf dans ses dispositions contraires à la souveraineté nationale»

وكان على المشرع الجزائري تبرير هذا الخيار المتمثل في استمرارية التشريع الفرنسي لاسيما في تلك الظروف المتميزة بمحاولات القطيعة اللغوية الثقافية والاقتصادية مع النموذج الاستعماري. فكان له أن وضع "بيان الأسباب" برر فيه هذا الخيار بعاملين:<sup>9</sup>

- إنتهاء مهلة نيابة المجلس الوطني التأسيسي، من دون أن تسمح الظروف بوضع تشريع يتلاءم مع احتياجات الجزائر وآمالها،
- «عدم إمكانية ترك البلاد من دون قانون».

ويستشف من هذا النص أن استمرارية التشريع الفرنسي كانت مؤقتة إلى حين استكمال المنظومة القانونية الوطنية وجزأتها في إطار مشروع الاستقلال الوطني؛ غير أن المشرع الجزائري في سعيه لبناء دولة جزائرية عصرية، إتجه إلى تبني النموذج الفرنسي للدولة والقانون-باستثناء قانون الأسرة- واقتباس أغلب التقنيات الفرنسية، إن في مجال القانون العام أو في مجال القانون الخاص بدعوى ضمان الاستقرار القانوني. ويعود ذلك -في رأينا- إلى عاملين: أولهما نزعة النخبة الثورية الحاكمة إلى بناء دولة عصرية مضاهية للدولة الفرنسية من جهة، وثانيهما هو طبيعة نخبة رجال القانون الجزائريين الذين تكونوا على المدرسة الفرنسية من جهة أخرى.<sup>10</sup> وساعد على هذا الوضع الاتجاه السائد آنذاك لدى أغلب الدول الأفرو-آسيوية المتحررة من الاستعمار إلى اقتباس وتبني النظام القانوني للمستعمر السابق كخيار استراتيجي لمواكبة تحديات العصرية، وذلك على حساب أنظمتها القانونية الأصلية التي حافظت عليها فقط لحكم مجال الأحوال الشخصية.<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> -Exposé des motifs : « la 1<sup>ère</sup> session de l'assemblée constituante prend fin. Les circonstances n'ont pas encore permis de doter le pays de d'une législation conformes à ses besoins et à ses aspirations. Mais il n'est pas possible de laisser le pays sans loi...»

<sup>10</sup> - انظر مقالنا في الموضوع: د.عبد الله نوح، "بناء المنظومة القانونية للدول الفتية بين تقليد المستعمر السابق والأصالة القانونية"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، عدد2، سنة 2013 ص.7-39.

<sup>11</sup> - ذهبت عدة دول مستقلة بإفريقيا السوداء إلى الإبقاء الصريح والواضح للتشريع الاستعماري واعتباره جزءا من التشريع الوطني، وذلك على حساب قانونها التقليدي العربي، ومن أمثلة ذلك جمهورية إفريقيا الوسطى بينما كرسّت أغلب هذه الدول في دساتيرها مبدأ استمرارية التشريع الاستعماري ما لم يتم إلغاؤه. انظر:

Pierre LAMPUE, *Doctrine, droit écrit et droit coutumier en Afrique francophone*, in *PENANT Revue de droit des pays d'Afrique*, N°765 année 1979, EDIENA, Paris, p 248.

## ثانياً: الكتلة التشريعية المستمدة من الشريعة الإسلامية

يمثل قانون الأسرة القسم الأساسي من المنظومة القانونية الجزائرية المستمد بصفة كلية من الشريعة الإسلامية. ويرجع نشأة هذا القانون إلى تقنين الأحكام الشرعية الإسلامية للأحوال الشخصية للمسلمين في الفترة الاستعمارية عندما حاول القانونيون الفرنسيون إنشاء "القانون الإسلامي الجزائري" لحكم مجال الأحوال الشخصية المتعلقة بالمسلمين انطلاقاً من الفقه الإسلامي السائد في الجزائر بمذاهبه المعروفة: المالكي، الإباضي، الحنفي.<sup>12</sup>

كما تشمل هذه الكتلة مجموعة من التشريعات التي تنظم الشؤون الدينية لاسيما قانون الوقف وقانون تنظيم المساجد؛<sup>13</sup> إضافة إلى جملة من الأحكام المستلهمة من الشريعة الإسلامية الواردة بمختلف القوانين والتشريعات، بدءاً من الدستور الذي ينص في المادة 2 منه على أن الإسلام هو دين الدولة، وفي المادة 73 فقرة 2 على وجوب كون رئيس الجمهورية مسلماً<sup>14</sup>، والقانون المدني في الأحكام الخاصة بحقوق الامتياز<sup>15</sup> وبالحوالة، إلخ، وانتهاء بقانون العقوبات الذي يجرم الطعن في ثوابت الدين الإسلامي طبقاً للمادة 144 مكرر 2.<sup>16</sup>

## ثالثاً: كتلة القانون العرفي الأمازيغي

يمثل القانون العرفي الأمازيغي الساري حتى اليوم بين القلة والكثرة - في عدد من المناطق ما بقي من النظام القانوني العرفي الذي كان سائداً في الجزائر قبل الاحتلال الفرنسي، بعد أن قامت الإدارة الاستعمارية الفرنسية، لضمان

<sup>12</sup> - Jean Robert HENRY, François BALIQUE, *La doctrine coloniale du droit musulman algérien, bibliographie systématique et introduction critique*, Editions CNRS, Paris, 1979, pp 16 et S.

<sup>13</sup> - انظر: القانون رقم 91-10 المؤرخ في 27/04/1991 المتعلق بالأوقاف، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 01-07 المؤرخ في 22/07/2001. والمرسوم التنفيذي رقم 91-81 المؤرخ في 23 مارس 1991 المتعلق ببناء المسجد وتنظيمه وتسييره وتحديد وظيفته، والمرسوم التنفيذي رقم 91-82 المؤرخ في 23 مارس 1991 المتضمن إحداث مؤسسة المسجد... الخ.

<sup>14</sup> - دستور 28 نوفمبر 1996 المعدل والمتمم، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438، المؤرخ في 7 ديسمبر 1996، ج.ر. عدد 78، الصادرة في 8 ديسمبر 1996. وهي نفس المبدأ الوارد في المادة 4 من دستور 10 سبتمبر 1963 والمادة 2 في كل من دستور 22 نوفمبر 1976 ودستور 23 فيفري 1989.

<sup>15</sup> - بهيئة شودار، أحكام حقوق الامتياز في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة ميدانية مقارنة، أطروحة مقدمة لتليل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص أصول الفقه، إشراف أ.د. علي عزوز، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة والقانون، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2010-2011، ص. 280-281.

<sup>16</sup> - أمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 جوان 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم بالقانون رقم 01-09 المؤرخ في 26 جويلية 2001.

سيطرتها على السكان المحليين، بحصر مجال تطبيق هذه القوانين على الأحوال الشخصية، مع الإبقاء على المجالس التمثيلية العرفية لتسيير الشؤون المحلية للسكان، كمجالس ثاجماعت بمنطقة القبائل، ومجالس الضمان بوادي مزاب، وتعديل القوانين المسيرة لها بشكل يقلص من صلاحياتها، لدمجها بشكل غير مباشر في الإدارة الاستعمارية<sup>17</sup>. كما اتبعت فرنسا نفس السياسة تجاه النظم القضائية التي كانت سائدة لدى الجماعات الامازيغية لمدة قرون من الزمن مثلما هو الحال بمنطقتي القبائل ووادي مزاب؛ بحيث تم تبني نوعا من الازدواجية القضائية بالاعتراف بالنظام القضائي لهذه الجماعات لحكم المسائل المدنية والأحوال الشخصية، مع تقليص اختصاصها في مجال القانون العام إلى حد كبير لصالح قضاء الدولة الاستعمارية<sup>18</sup>.

وبتوحيد النظام القانوني والإداري والقضائي بعد الاستقلال استمرت العديد من الأنظمة والقواعد القانونية العرفية حية وسارية إلى جانب القانون الدولاني إن في مجال القانون الخاص أو العام. هذه الأنظمة والقوانين العرفية المتوائمة مع الوضع السوسيوولوجي الثقافي المحلي شكّلت كتلة تشريعية مكتملة للقانون الدولاني الذي جاء في الغالب لتنظيم الأطر العامة دون وضع القواعد التفصيلية لتجسيد أحكامه في الواقع العملي الذي يتغير من بيئة سوسيو-ثقافية إلى أخرى، مع الإشارة إلى وجود بعض القواعد العرفية التي تناقض القانون الدولاني، وهي ليست مجال بحثنا في هذا المقال.

فإن كانت هذه أهم عناصر النظام القانوني الجزائري فماهي مظاهر التكامل بين النظام القانوني العصري والقانون العرفي الذي يشكل الموروث القانوني الأصيل للشعب الجزائري الذي مازال يحظى بقوة تنفيذية وفعالية في الواقع الاجتماعي الثقافي للمجتمع الجزائري لاسيما بمنطقتي القبائل ووادي مزاب؟

---

<sup>17</sup> - Claude BONTEMS, *Manuel des institutions algériennes*, Tome1, édition CUIJAS, Paris, 1976, p286. CHAMP, *Les communes en Algérie*, p 27.

<sup>18</sup> - انظر تفاصيل ذلك في:

Auguste FONTAN, *L'organisation judiciaire française de l'Algérie*, Thèse pour le Doctorat, Imprimerie Toulousaine, 1924, pp 5 et 16.

## المبحث الثاني: تكامل القانون البلدي مع القانون العرفي القروي القبائلي

يشكل نظام ثاجمعت باعتباره قانونا عرفيا محليا منبثقا من الواقع البيئي الثقافي القانوني السياسي المحلي لهذه المنطقة، إطارا طبيعيا للمشاركة الشعبية في اتخاذ القرارات واللوائح البلدية والقيام بالمرافق العامة المحلية. وهو بذلك يعد تكريسا لمبدأ المشاركة الذي ينص عليه القانون البلدي الجديد 11-10 في المادة 2 والمادة 11 فقرة 1، كالتالي:<sup>19</sup>

المادة 2: «البلدية هي القاعدة الإقليمية اللامركزية، ومكان لممارسة المواطنة، وتشكل إطار مشاركة المواطن في تسيير الشؤون العمومية».

المادة 11 فقرة 1: «تشكل البلدية الإطار المؤسساتي لممارسة الديمقراطية على المستوى المحلي، والتسيير الجوارى».

إذ تتكامل القوانين العرفية القروية المنظمة للشؤون العامة للقرى بمنطقة القبائل مع أحكام القانون البلدي المنظمة للمرافق العامة البلدية، من حيث أن أحكام القانون البلدي جاءت عامة وهي تحتاج إلى أحكام تفصيلية تبين كيفية تطبيقها على أرض الواقع، والقوانين القروية المنبثقة عن القاعدة الشعبية التي تسهر على تنفيذها مؤسسة ثاجمعت، بصفقتها هيئة تمثيلية للتركيبة القبلية، تعتبر بمثابة لوائح تنفيذية تنظم كيفية مشاركة المجتمع المدني في القيام بمختلف المرافق العامة البلدية. ونحاول أن نبين ذلك من خلال أمثلة حية من الواقع المعاصر<sup>20</sup> فيما يتعلق بالقيام بالمرفق الأمني (المطلب الأول) ومرفق النظافة والمياه وحماية البيئة (المطلب الثاني) ومرفق الطرقات البلدية والقروية (المطلب الثالث). وترتبط هذه اللوائح التنفيذية التي تصدرها المجالس القروية وتعدلها كلما اقتضى الأمر، بجزءات مادية تتمثل في غرامات مالية يدفعها المخالفون لصندوق القرية.

### المطلب الأول: تكامل القانونين في تحقيق الأمن والسكينة العامة

من المهام الأساسية لرئيس المجلس الشعبي البلدي هو السهر على الأمن والسكينة العامة في تراب بلديته، غير انه في الواقع العملي تضمن أغلب القوانين القروية السائدة حتى اليوم هذه المهمة بما تتضمنه من أحكام تفصيلية لإرساء الأمن والطمأنينة على مستوى القرية.

<sup>19</sup> - القانون رقم 11-10 المؤرخ في 22 جويليت 2011 المتعلق بالبلدية، ج.ر. عدد 37، المؤرخة في 3 جويليت 2011 ص 4 وما بعدها.

<sup>20</sup> - نعتمد في أمثلتنا على مجموعة من البحوث المونوقرافية الميدانية التي أنجزها الطلبة كمنكرات للتخرج في الليسانس والماستر، تخصص الحضارة الامازيغية، بقسم اللغة والثقافة الامازيغية، كلية الآداب، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.



## أولاً: القانون البلدي

تنص المادة 88 فقرة 2: «يقوم رئيس البلدية تحت إشراف الوالي بما يلي:

- السهر على النظام والسكينة والنظافة العمومية، ...»

كما تنص المادة 94: «في إطار احترام حقوق وحريات المواطن يكلف رئيس

المجلس الشعبي البلدي على الخصوص بما يأتي:

- السهر على المحافظة على النظام العام وأمن الأشخاص والممتلكات،

- التأكد من الحفاظ على النظام العام في كل الأماكن العمومية التي يجري

فيها تجمع الأشخاص ومعاينة كل مساس بالسكينة العمومية وكل الأعمال التي

من شأنها الإخلال بها، ...»

## ثانياً: القانون العرفي القروي

تتضمن أغلب القوانين القروية بمنطقة القبائل أحكاماً ردعية لاستتباب

الأمن العام ومعاينة كل من يخل بالسكينة العامة بالضجيج أو الاعتداء اللفظي

أو الجسدي، بغرامة مالية وعقوبات اجتماعية صارمة. فعلى سبيل المثال ينص قانون

قرية إقرسافن بعرش آث يجبر في المادة 6 فقرة 3 على أن «كل سرقة مع إنتهاك

حرمة المنزل يترتب عنها غرامة من 10.000 إلى 30.000 دج بالإضافة إلى حرية

الضحية في متابعة المعتدي أمام القضاء»<sup>21</sup>.

كما تنص المادة 6 الفقرة 4 منه على معاينة كل من يتسبب في الضجيج

الليلي ب 1.000 دج بالنسبة للراشدين و ب 500 دج بالنسبة للقصر، أما بيع الخمر

والمواد المحظورة فيعاقب صاحبها بغرامة مالية 5.000 إلى 10.000 دج وفق المادة 6

فقرة 5 من قانون نفس القرية. وفي قرية آيت فراح بعرش لربعا ناشيراثن تنص المادة

9 من القانون القروي على معاينة كل من يتسبب في الضجيج الليلي بغرامة 200 إلى

500 دج، و تعاقب المادة 10 على السكر العلني بغرامة 300 إلى 500 دينار، بينما

تعاقب المادة 11 على الشجار بغرامة 200 إلى 400 دينار، إلخ.<sup>22</sup>

21 - Village IGUERSAFENE, *Principes lois du Village*, Septembre 2011, p 10.

22 - Association THAJMTY NATH FRAH, *Règlement intérieur*, (Sans date : années 2000).

ولعل أفضل مثال على مساهمة القوانين القروية في الضبط الإداري هو قانون قرية آث حمو<sup>23</sup> الذي كرس القسم الأخير منه الموسوم : "غرامات عامة"، للضبط الإداري في القرية، بحيث تتضمن المواد من 08 إلى 27 جملة من السلوكيات والمخالفات التي تهدد السكنية والأمن العام يقابلها غرامات مالية متفاوتة من 200 إلى 2.000 دج حسب درجة خطورة الفعل، وصفة الفاعل (رجل، امرأة، راشد، قاصر) وتتمثل أهم هذه المخالفات فيما يلي:

- الخصام والملاسنات في الطريق العام .
- الإستفزاز.
- تخريب أملاك الغير.
- قلة الاحترام تجاه اللجنة القروية أو تجاه النساء.

وبذلك تساهم هذه القوانين العرفية في مرفق الضبط الإداري بالمحافظة على النظام العام والأمن والسكنية العامة مما يعد عملا مكملا لصلاحيات رئيس البلدية .

### **المطلب الثاني: تكامل القانونين في القيام بمرفق النظافة والمياه وحماية البيئة**

يعد مرفق النظافة والمياه وحماية البيئة من المهام الأساسية للبلدية، لكن بفضل القوانين العرفية القروية يتم تجسيد هذه المهام في الواقع العملي وفقا للعادات والتقاليد والمفاهيم الراسخة في الثقافة المحلية للمواطنين والمقننة في القانون القروي.

### **أولا: القانون البلدي**

تنص المادة 123: «تسهر البلدية بمساهمة المصالح التقنية للدولة على احترام التشريع والتنظيم المعمول بهما المتعلقين بحفظ الصحة والنظافة العمومية ولاسيما في مجالات:

- توزيع المياه الصالحة للشرب،
- صرف المياه المستعملة ومعالجتها،
- جمع النفايات الصلبة ونقلها ومعالجتها،.....»

---

<sup>23</sup> - Nacera AIT ALI, Ouarda ALLACHE, Fatma MELLAL, *Monographie du village AT HAMMOU*, S.D. azeddine KINZI, Mémoire de licence en civilisation amazighe, année universitaire 2007-2008, Département de Langue et Culture Amazighes, Université Mouloud Mammeri, Tizi Ouzou, Annexes, p 6. [ En langue amazighe].

كما تنص المادة 107: «تساهم البلدية في حماية التربة والموارد المائية، وتسهر على الاستغلال الأفضل لهما»، بينما تنص المادة 149 الفقرة 2 منه على وجوب استحداث البلدية لمصالح تقنية للتكفل بالتزود بالمياه الصالحة للشرب وصرف المياه المستعملة. غير انه باستقراء الواقع العملي بمنطقة القبائل، فإن أغلب البلديات عاجزة عن القيام بهذا المرفق من دون مساعدة النظام العريفي، وذلك لقلة إمكانياتها وكثرة القرى الموجودة على أقاليمها ووعورة المسالك الجبلية.

### ثانياً: القانون العرفي القروي

تتكفل غالبية القرى من خلال قوانينها العرفية بتحديد أماكن إلقاء الفضلات، ومعاينة كل من يلوث البيئة والمحيط، بينما بادرت العديد من القرى إلى امتلاك جرارات لجمع الفضلات ونقلها. فعلى سبيل المثال لا الحصر ينص قانون قرية زوبقة بعرض إليلتين في القسم الثاني "النظافة والبيئة" المواد 3، 2، 1 على منع إلقاء النفايات في غير الأماكن المخصصة لها من طرف المجلس القروي تحت طائلة غرامة تتراوح ما بين 200 دينار إلى 500 دينار جزائري، مع فرض المجلس القروي رسم شهري ثابت قدره 100 دينار جزائري على كل سكان القرية لتغطية مصاريف نقل النفايات وصيانة المقابر.<sup>24</sup>

كما تنص المادة 6 من قانون قرية مزاقن على تحديد مكانين لدفن الحيوانات الميتة تحت طائلة غرامة 200 دج،<sup>25</sup> بينما ينص قانون قرية ثاخليجت بعرض إلول أو مالو في مادته 24 على معاينة كل من يلقي نفايات في غير الأماكن المخصصة لها، بغرامة 1000 دج، وفي حالة عدم رفعها بعد 8 أيام من إنذاره يعاقب بغرامة 2000 دج.<sup>26</sup>

وفيما يتعلق بمرفق المياه تتوفر أغلب القرى بمنطقة القبائل على مشاريع مياه قديمة تسير حسب القانون العرفي المتوارث عبر الأجيال، سواء في طريقة استغلالها أو في المحافظة عليها وصيانتها. وتتضمن أغلب القوانين العرفية قواعد لتنظيم

<sup>24</sup> - Association sociale ZOUBGA, *Règlements et lois du village*, 15/10/2004, p 4.

<sup>25</sup>-Meriem ADJOUJ, Malika ALIMARINA, *Monographie du village MZEGGEN*, S.D. Houria ABDENNEBI, Mémoire de licence en civilisation amazighe, année universitaire 2010-2011, Département de Langue et Culture Amazighes, Université Mouloud Mammeri, Tizi Ouzou, Annexes, p.2. [ En langue amazighe].

<sup>26</sup> - Comité du village ILOULA OUMALOU, *Règlement intérieur du village*, 2004, p 2.

الاستغلال العقلاني للمنابع حسب نظام المحاصصة، وحمايتها وصيانتها من أي تلوث.ومن ذلك قانون قرية إقرسافن الذي خصص القسم الرابع منه بعنوان "الأحواض والمنابع" لتحديد قواعد استغلال المنابع الخمسة التي تتوفر عليها القرية، بحيث تحدد المادة 4 فقرة 2 أوقات ملئ المياه للاستعمال المنزلي صباحا، بينما تخصص الفترة الليلية(من 23 ساعة إلى 4 صباحا) لملئ الخزانات، وهذا تحت طائلة غرامة 100 إلى 200 دج.<sup>27</sup>

ومن جهة أخرى تفرض أغلب القوانين القروية غرامات متفاوتة على أي إسراف في الثروة المائية، لاسيما بغسل السيارات بمياه المنابع. إذ يعاقب قانون قرية زوبقة مثلا على ذلك بغرامة 500 دج، وقانون قرية مزقن بغرامة 200 دج، أما قانون قرية تيزيث بعرض إليلتن فيعاقب بموجب المادتين 12 و 13 على غسل السيارة بمياه شركة الجزائرية للمياه أو أي إسراف للمياه بغرامة 500 دج.<sup>28</sup>

كما تتكفل اللجان القروية في بعض القرى تكفلا كاملا بمرفق المياه، حيث ينص برنامج اللجنة القروية لقرية أقوني فورو بعرض آث ثودرت لسنة 2006 مثلا على تكفل المجلس القروي بكل الأشغال المتعلقة بصيانة وحماية المنابع وخزانات المياه، وضمان التوزيع العقلاني للمياه، وبناء وصيانة شبكات توزيع مياه منابع القرية، إلخ.<sup>29</sup>

### **المطلب الثالث: تكامل القانونين في صيانة مرفق الطرقات أولا: القانون البلدي**

تنص المادة 149 فقرة 2-3 من القانون البلدي أن من صلاحيات البلدية الأساسية صيانة الطرقات وإشارات المرور، غير أن البلدية في الواقع العملي لمنطقة القبائل عاجزة عن القيام بهذا المرافق لإمكاناتها المحدودة، ولكثرة الطرقات الجبلية وصعوبة التضاريس.

<sup>27</sup>- Village IGUERSAFENE, *Principes lois du Village*, op.cit, p 8.

<sup>28</sup> - Sadia BEN MERABET, FahemNAIT CHALAL, *Monographie du village TIZIT NAT ILILLTEN*, S.D. Houria ABDENNEBI, Mémoire de licence en civilisation amazighe, année universitaire 2010-2011, Département de Langue et Culture Amazighes, Université Mouloud Mammeri, Tizi Ouzou, Annexes, p.1. [ En langue amazighe].

<sup>29</sup> -Djemaa du village Agni Fourrou, *Eléments pour un programme d'activités de la Djemaa*, le 28/04/2006, p 14.

## ثانيا: القانون العرفي القروي

تتكفل أغلب القرى بصيانة الطرقات وتعبيدها وتسقيفها وتهيئتها بفضل آلية التطوع الجماعي (تويزي / ئاشمليت) المعروفة منذ القديم، وهي آلية منظمة ومقننة بقواعد صارمة تلزم كل أفراد القرية المشاركة في المشاريع سواء بالعمل العضلي أو بالاشتراك المالي في تكاليفها بواسطة آلية "تبرزت"، وتعاقب اغلب القوانين القروية على عدم المشاركة في مشاريع تهيئه الطرقات بغرامة تتراوح ما بين 200 إلى 500 دج، وهي تقاس حسب الأجرة اليومية للعامل البسيط. كما كرسّت بعض القوانين أحكاما مفصلة تضمنتها أقساما خاصة، لتنظيم هذه العملية كما هو الشأن بالنسبة لقانون قرية آيت حمو لعرش إفرحونن السالف الذكر الذي خصص سبعة عشر مادة لتنظيم عملية "ئاشمليت" أي المشاركة الإجبارية في المشاريع العامة لكل رجال القرية البالغين.<sup>30</sup>

ويلاحظ من خلال هذه الأمثلة دور القانون العرفي الامازيغي المحلي في تكملة وتنفيذ التشريع الوطني للدولة المتعلق بتجسيد مختلف المرافق العامة البلدية الأساسية لحياة المواطن، بمساهمة المجتمع المدني بشكل يجعل من هذا العرف ضرورة قصوى لتجسيد القانون الدولاني على الواقع المحلي من خلال ضبط القواعد القانونية للتشريع الوطني للدولة مع مستلزمات الواقع المحلي بما يضمن لها الفعالية *l'effectivité* والفاعلية *l'efficacité* في الميدان العملي. هذا الواقع هو ما نعاينه أيضا بشكل واضح في التكامل بين قانون الأسرة الذي جاء بقواعد عامة لتنظيم عقد الزواج ونظام الميراث تنظيمًا قانونيًا على شاکلة القانون الوضعي، والقانون العرفي الاباضي المحلي السائد بمنطقة وادي مزاب الذي ينظم طريقة تنفيذ عقد الزواج وحيثياته بشكل يضمن تحقيق الأهداف المتوخاة من الرابطة الزوجية.

### المبحث الثالث: تكامل أحكام قانون الأسرة مع القانون العرفي الاباضي المنظم للزواج

يخضع عقد الزواج وحيثيات تنفيذه بوادي مزاب إلى نظامين قانونيين ملزمين يتكاملان فيما بينهما هما: نظام عرفي يتمثل في "تافتارت نتمجديدا" (لائحة المسجد)، ونظام قانون الأسرة السائدة في التعاملات الرسمية مع الإدارة، وهو ما

<sup>30</sup> - Nacera AIT ALI..., *Monographie du village AT HAMMOU*, op.cit.,p 3.

وجدناه أيضا في عدد من المناطق<sup>31</sup>، هذه الازدواجية القانونية التكاملية تسعى إلى تحقيق الهدف الأسمى من الزواج وهو بناء أسرة صالحة في ظل المساواة والقيم الإسلامية السمحة. فمن جهة يعطي قانون الأسرة الإطار القانوني الشكلي لعقد الزواج الذي يضمن حقوق المتعاقدين في إطار المبادئ الشرعية الإسلامية، ومن جهة أخرى تضمن أحكام القانون العرفي المزاجي التنفيذ الجيد والصحيح لهذا العقد، سواء من حيث تحقيق الأهداف المتوخاة منه، أو من حيث الأحكام المتعلقة بشروط الزواج، أو من حيث الأحكام المتعلقة بالصداق والهدايا.

فإن كانت المادة 4 من قانون الأسرة المعدلة تنص على أن « الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه، تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب» ، فإن تحقيق هذه الأهداف التي تشير إليها المادة، يقتضي لا محالة أن يتم الزواج على أسس صحيحة بعيدا عن التفاخر والمغالاة في المهور والمساومة المالية، الخ. هذه المبادئ الأخلاقية التي يجب أن ترافق إبرام عقد الزواج وتنفيذه هو ما ينظمه بتفصيل القانون العرفي المزاجي السائد في كل مدينة مزاجية، بالسعي إلى تحقيق هدفين ساميين هما :

- **مبدأ المساواة:** بتكريس حق جميع أفراد المجتمع في الزواج وتكوين أسرة بتكاليف متساوية سواء في الصداق والهدايا، أو في المصاريف المتعلقة بالاحتفال بالزواج، بغض النظر عن الوضع المالي والمركز الاجتماعي للعائلتين المتصاهرتين، وكذا جمال المرأة ووضعها الاجتماعي.
- **تسهيل الزواج :** وذلك بالاقتماد في المصاريف وتنظيمها وعقلنتها ومنع التبذير في الاحتفالات بهدف حصن فروج المسلمين والمسلمات، وحتى لا يشكل الاحتفال بالزواج عبئا ماليا ثقيلا على الشباب وعائقا ومنفرا منه.

<sup>31</sup>- انظر: اللائحة المنظمة للزواج والميراث الصادرة عن عقلاء قبيلة أمشدالة (عقلاء افراو عرش أمشدالة) بتاريخ 19 جويليت 2001، بلدية أمشدالة، ولاية البويرة؛ بالإضافة إلى الأحكام الواردة بمختلف القوانين القروية بمنطقة القبائل لتوحيد طريقة الاحتفال بالزواج وتحديد الهدايا بين الزوجين والعائلتين المتصاهرتين.

هذا القانون العرفي القديم قدم المدن المزابية، هو نتيجة لعملية استشارة واسعة بين مختلف أطراف المجتمع المزابي ومكوناته،<sup>32</sup> وتسهر على تطبيقه وتعديله إن اقتضت الظروف أو للاستجابة لطلب المواطنين، ومعاقبة المخالفين له، المؤسسة الدينية المتكونة من هيئتي اعزابن (رجال الدين الاباضية) وتمسردين (الفقيهاة الاباضيات)<sup>33</sup>. ويرتبط هذا القانون بجزء، يتمثل في عقاب ديني يتمثل في دعوة السوء على المخالفين<sup>34</sup>؛ وعقاب اجتماعي وهو العزل والهجران "تبريت" أي القطيعة التي يمارسها المجتمع عليهم حتى يعلنوا توبتهم والرجوع إلى الجماعة.

### **المطلب الأول: قانون الأسرة كإطار قانوني عام للزواج ولأئحة "تافتارت تتمجديدا" كتنظيم خاص عرفي مكمل**

#### **أولا: قانون الأسرة كإطار عام للتنظيم القانوني للزواج**

باعتبار الرابطة الزوجية رابطة عقدية فقد كرس قانون الأسرة منذ صدوره سنة 1984 أغلب أحكامه للتنظيم القانوني لعقد الزواج وشروطه وأركانه وبطلانه إضافة إلى تنظيم المواريث؛ حيث ينص على «تخضع العلاقات بين أفراد الأسرة لأحكام هذا القانون». غير أن طريقة وأحكام تنفيذ عقد الزواج تخضع في الواقع العملي إلى جملة من الأنظمة والقواعد القانونية العرفية والدينية الخاصة بكل منطقة، حسب الأعراف والعادات والمعتقدات الاجتماعية السائدة فيها، مما جعل هذه الظروف في الكثير من الأحيان تعرقل تحقيق الأهداف السامية للزواج وغاياته الاجتماعية الدينية في إنشاء مؤسسة الأسرة كخلية أساسية لبناء الفرد في المجتمع الجزائري.

وفي الحقيقة فإن الأسرة هي مؤسسة إجتماعية تخضع، بالإضافة إلى الإطار القانوني، إلى عدد كبير من القواعد العرفية الملزمة التي تختلف وتتمايز من

<sup>32</sup> - Slimane CHIKH, " Ibadisme et société, la délibération des 'AZZÄBA de Béni isguen (27 ramadhan 1399-20 aout 1979)", in *Annuaire de l'Afrique du nord*, 1979, CNRS, Paris, version PDF, pp 9 et S.

<sup>33</sup> - يتولى اعزابن التوجيه الديني والتربية والإرشاد في المجتمع، بينما تقوم تمسردين الممثلات للمجتمع النسوي في كل مدينة بالوظيفة الدينية كالوعظ والصلاة بالنساء ودفن الموتى من النساء، إضافة إلى نقل انشغالات المجتمع النسوي لزملائهن اعزابن. كما يقمن بالسهر على تطبيق قانون تنظيم الزواج في المجتمع النسوي.

<sup>34</sup> - يتم تلاوة هذا القانون أو التعديلات التي تجرى عليه في أوقات الذروة حين يكون أكبر عدد من المصلين بالمسجد بعد صلاة العيد، ويكون متبوعا بدعوة السوء التي يطلقها اعزابن على كل مخالف لها، فيعقب جميع المصلين بكلمة "أمين".

منطقة إلى أخرى بل وأحيانا من عائلة إلى أخرى. وإذا كان القانون الذي تسنه الدولة لتنظيم الأسرة يحاول التآطير القانوني لبناء الأسرة حماية لحقوق الزوجين والأبناء لتحقيق الأهداف المتوخاة منها باعتبارها الخلية الأساسية لبناء المجتمع والدولة؛ فإنه كغيره من القوانين، لا يستطيع البتة أن يشمل كل الحالات والبيئات الاجتماعية الثقافية الدينية التي توجد فيها الأسرة. وبناء عليه فقد بلورت كل جماعة قواعد عقدية اتفاقية نابعة من ثقافتها ومعتقداتها وتاريخها لتنظيم الزواج والميراث تتكامل وتتعايش مع قانون الدولة في هذا المجال.

وتعد اللوائح العرفية الاباضية للأحوال الشخصية السائدة في كل مدينة من المدن المزابية السبعة بوادي مزاب أفضل مثال على ذلك، إذ تتكامل وتتعايش هذه اللوائح الصادرة من المؤسسات العرفية الممثلة للإرادة الجماعية للأفراد بوادي مزاب<sup>35</sup>، مع أحكام قانون الأسرة سواء تعلق الأمر بتنظيم عقد الزواج وشروطه، أو بتسهيل تنفيذه ومراقبته، باعتبار الأسرة مؤسسة اجتماعية تتجسد فيه كل المنظومة القيمية للمجتمع، لاسيما مبدأ التكافل والتضامن الاجتماعي وفقا لروح المساواة التي يقوم عليها المجتمع المزابي في كل مظاهره وإفرازاته الحضارية. فما هي هذه اللوائح العرفية؟ وكيف تتكامل مع قانون الأسرة في تنظيمها لحديثيات عقد الزواج وطريقة تنفيذه؟

### **ثانيا: لائحة "تافتارت نتمجديدا" كتنظيم عرفي خاص بالمجتمع المزابي**

يخضع المجتمع المزابي الإبااضي في كل مدينة مزابية إلى قانون عرفي خاص ينظم الزواج في كل مراحلها منذ الخطبة إلى مراسيم الزواج، إضافة إلى بعض العادات الأخرى كالختان والمآتم، الخ. ويُعرف هذا القانون الساري إلى يومنا هذا باللغة الامازيغية بـ "تافتارت نتمجديدا" (لائحة المسجد)، لأنه يصاغ أساسا من طرف رجال الدين بعد تشاور اجتماعي واسع، كما يُعلن عنه في مسجد المدينة من طرف الإمام. وتتشابه هذه القوانين إلى حد بعيد بين المدن المزابية السبعة لكونها مستمدة من توجيهات مجلس الشيخ آمي سعيد الفقهي الاباضي لوادي مزاب. وكانت تسمى في القديم بـ "الاتفاقات" لأنها تعبر عن الاتفاق بين المكوّن العشائري والمكوّن الديني (التمثل في رجال الدين الاباضية : اعزّابن)، وهما

<sup>35</sup> - يشكل بنو مزاب جماعة قبلية ودينية منظمة وفق نظام قانوني عرفي منذ حوالي عشرة قرون مع نشأة أولى المدن المزابية تادجنيبت في بداية القرن الحادي عشر.



المؤسستان اللتان تتقاسمان السلطة في المدينة: ومن هذه الصفة تستمد مشروعيتها لكونها تمثل الإرادة العامة للأفراد داخل المدينة.<sup>36</sup> وتمتزج في هذا النظام العريفي الذي يحكم العادات الاجتماعية قواعد القانون العريفي الأمازيغي بالقانون الشرعي الاباضي.

### المطلب الثاني: أمثلة لتكامل القانونين في مدينة بني يزقن

يتبين التكامل بين قانون الأسرة والقانون العريفي الاباضي للزواج من خلال استعراض أحكام قانون مدينة بني يزقن المتعلق بتنظيم الزواج. ففيما يخص شروط الزواج جرى العرف المحلي على فرض جملة من الشروط لحماية المرأة ضد أي تعسف من الرجل وتلاوتها في مجلس العقد الرسمي (أولا) وفيما يخص الصداق ينص القانون العريفي المزابي على تسقيفه بمبلغ محدد وموحد يفرض على الجميع تحقيقا للمساواة، بالإضافة إلى التحديد الدقيق للهدايا الواجبة على الطرفين، كما يوحد مراسيم الاحتفال بالزواج بهدف الاقتصاد وعدم التبذير والتفاخر (ثانيا)

### أولا: تكامل القانونين من حيث الأحكام المتعلقة بشروط الزواج

(أ) **قانون الأسرة:** بالإضافة إلى الشروط الشرعية والقانونية المرتبطة بعقد الزواج وأركانها، فإن للزوجين أن يشترطا شروطا إضافية، ليست من مضمون العقد وإنما من مستلزماته بهدف حماية مصالحهما، كاشتراط الطلاق إذا حدث مانع يجعل من الاستحالة استمرار الحياة الزوجية. وهذا ما أجازته المادة 19 من قانون الأسرة المعدلة<sup>37</sup>، التي تنص على أن « للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، لاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتناف هذه الشروط مع أحكام هذا القانون»

أما في الفقه الإسلامي فقد وقع فيه خلاف بين الفقهاء حول الشروط التي لا تدخل في مقتضيات العقد ولا تناقضه، مثل اشتراط الزوجة من الزوج أن لا ينقلها من بلدها أو أن لا يتزوج عليها. وذلك على رأيين:<sup>38</sup>

<sup>36</sup> - Fatma OUSEDI, *Relire les ITIFFAQAT*, ENAG Editions, Alger, 2007, pp 23 et S.

<sup>37</sup> - عدلت بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005. حيث كانت المادة السابقة تنص: « للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي يريانها ما لم تتناف مع هذا القانون».

<sup>38</sup> - على محمد علي قاسم، *التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشروط، دراسة مقارنة*، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2005، ص18 وما بعدها.

– **الرأي الأول:** يمثله الحنفية والإمامية وآخرون، ويرى عدم إلزامية هذه الشروط مع صحة العقد. لأن في ذلك تحريم لما أحل الله وهو حق الرجل أن ينكح أربعاً، وحقه أن يخرجها من بلدها. وبذلك فهي شروط فاسدة طالما أنها ليست مما يقتضيه العقد.<sup>39</sup>

– **الرأي الثاني:** يمثله الحنابلة والإباضية، ويرى أن هذه الشروط صحيحة وملزمة، يترتب عنها حق أحد الطرفين في فسخ عقد الزواج في حالة عدم الوفاء به. وحقته في ذلك أن هذه الشروط صحيحة طالما أنها لا تحرم حلالاً وإنما تضمن للمرأة حق فسخ العقد في حالة عدم الوفاء بها، كما أنها «من مصلحة المرأة المشروط لها هذه الشروط. وما كان من مصلحة أحد العاقدين كان من مصلحة العقد الذي يعقده، كاشتراط الرهن والكفيل في البيع»<sup>40</sup>. وفي الواقع تساهم هذه الشروط في حماية المرأة من إمكانية تعسف الزوج وإجحافه في حق الزوجة،

(ب) **القانون العرفي المزابي:** يخضع نظام الزواج بوادي مزاب لأحكام الفقه الإباضي المتضمنة في المراجع الفقهية الأساسية لاسيما موسوعة كتاب النيل وشفاء العليل للشيخ عبد العزيز الثميني، وشرحه "شرح كتاب النيل وشفاء العليل" لقطب الأئمة الشيخ أمحمد بن يوسف آطفيش.

وبناء على موقف الإباضية في جواز الشرط الإضافي في عقد الزواج وإلزاميته للطرفين، فقد جرى العرف السائد بوادي مزاب طبقاً لإحدى "الاتفاقات" الصادرة باتفاق الاعراش ورجال الدين الإباضية، نموذجاً للشروط التي تلحق بعقد الزواج، مع ورود بعض التغيرات في محتواه من مدينة إلى أخرى،<sup>41</sup> حيث ينص في مدينة بني يزقن على سبيل المثال :

«اشتراطت الزوجة على الزوج بواسطة الأب أن لا يتزوج عنها، ولا يتسرى ولا يغيب عنها أكثر من ثلاث سنوات في أغلب الحالات، ولا ينقلها من بلدها، ولا يفعل

<sup>39</sup> - نفس المرجع، ص 30، 29.

<sup>40</sup> - نفس المرجع، ص 31.

<sup>41</sup> - الشيخ القراي الحاج ايوب ابراهيم بن يحيى، (1923-1989م)، رسالة في بعض أعراف وعادات وادي مزاب، تح. يحيى بن بهون حاج امحمد، نشر جمعية النهضة، العطف، غرداية، الجزائر، 2009، ص 82.

محرمًا شرعًا، ولا يمشي في مواضع التهم، وأن يقوم بحقوقها كما أمر الله تعالى. فإن أخل بشيء من ذلك يرجع أمر طلاقها بيدها متى شاءت طلقت نفسها ولا ضررها الانتظار. وقبل الزواج بذلك وتم العقد بينهما»

وجرى العرف السائد بوادي مزاب منذ قرون على تلاوة هذه الشروط في مجلس العقد مع وجوب أن يعبر الزوج عن قبوله لهذه الشروط، بالرغم من عدم تسجيلها في مضمون العقد المبرم بين الطرفين في الوقت الحاضر بالبلدية أو بمكتب التوثيق، وبالتالي انتفاء الشكلية منها. وقد كان هدف واضعي هذه الشروط التي أصبحت مكملة للعقد وشروطًا إجبارية بحكم العرف السائد بالمنطقة، هو حماية المرأة المزابية من أي تعسف من طرف الرجل. ولاشك أن هذا العرف يستجيب مع أحدث ما تم التوصل إليه في مجال حماية حقوق الزوجة ضد أي تعسف في التشريعات المقارنة لاسيما الغربية منها.

### ثانياً: تكامل القانونين من حيث الأحكام المتعلقة بالصدّاق والهدايا (أ) تسقيف الصداق

1. **قانون الأسرة:** يعتبر الصداق من حقوق الزوجة الواجبة على الزوج، وسواء كان الصداق حكماً من أحكام عقد الزواج كما يذهب إلى ذلك الحنفية والشافعية والحنابلة، أو ركناً من أركان العقد كما يذهب إليه المالكية، فإن الحكمة من تشريعه هو «إكرام المرأة وتمكينها من أن تنتهيًا للزواج بما يلزم لها من لباس ونفقة»<sup>42</sup>. وعليه فإنه يجدر أن يتم تحديده في العقد أو عند العقد لتفادي أي خلاف قد يشوب تنفيذه. وقد نص قانون الأسرة بموجب المادة 15 فقرة 1 المعدلة والمتممة على وجوب تحديد المهر عند العقد بنصها: «يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلاً أو مؤجلاً»

غير أن علماء السنة اتفقوا على عدم تسقيف الصداق من طرف الحاكم<sup>43</sup> على الرغم ما في ذلك من فوائد تضمن تحقيق الهدف الأسمى من الزواج، مثل عدم

<sup>42</sup> - بلحاج العربي، **الرجيز في شرح قانون الأسرة الجزائرية**، الجزء الأول، الزوج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعة، الطبعة الرابعة 2005، ص 100.

<sup>43</sup> - رابع عبد المالك، **الصداق في قانون الأسرة الجزائري (دراسة مقارنة)**، رسالة ماجستير في العلوم القانونية، إشراف د. محفوظ لعشيب، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، 1993، ص.91. حيث يقول: «اتفق الفقهاء المسلمون قديماً وحديثاً على أنه ليس للصداق حداً أعلى لأنه لم يرد عن الشارع الحكيم نص في ذلك، حيث لا تحديد إلا بنص. أما الحد الأدنى للصداق فقد كان ذلك محل خلاف بين الفقهاء». بلحاج العربي، نفس المرجع، ص 104، 105.

الإسراف والمغالاة في المهور وتحقيق المساواة؛ خلافاً للاباحية الذين درجوا على تحديد الصداق وتوحيده من طرف الحاكم تحقيقاً للمصالح المرسله.

2. **القانون العرفي المزابي:** تنص مختلف قوانين الزواج السائدة بالمدن المزابية على توحيد مبلغ الصداق لكل الزوجات التي تسري في المدينة حفاظاً على المساواة وحماية للأسرة من طغيان التناقص المادي في الزواج، حتى لا يكون في الصداق مزايدة بين الغني والفقير تصبح فيه المرأة وكأنها سلعة تباع، أو يخضع لمعايير الجمال والنسب والحسب.

ففي مدينة بني يزقن على سبيل المثال تنص "تافتارت نتمجديدا" على أحكام مفصلة تخص مبلغ الصداق وطبيعته، وتحديد طبيعة ونوع الهدايا التي ينبغي أن تقدم بين المخطوبين والعائلتين المتصاهرتين، إضافة إلى طريقة الاحتفال بالعرس، الخ. إذ حدد الصداق طبقاً للمادة 1 الفقرة (ب) من لائحة الزواج- تافتارت نتمجديدا- لسنة 2011 السائد حالياً، بالنسبة للمرأة البكر بـ35غ ذهباً مع 100دج وشاة لحم، و25 كلغ من السميد.<sup>44</sup> وهو تعديل لنص المادة (أ) الفقرة 1 من لائحة 14 نوفمبر 2004 التي تحدد مبلغ صداق البكر بـ50غ ذهباً مع 100دج وشاة لحم، و20 كلغ من السميد.<sup>45</sup> وقد جاء تخفيض مبلغ الصداق مراعاة للأوضاع المعيشية للناس واستجابة إلى طلبات المواطنين واقتراحاتهم تسهيلاً للزواج على الشباب.

بينما تحدد المادة 3 من هذه اللائحة مبلغ صداق المرأة الثيب بـ20,000دج مع بذلتين يقدمهما العريس للعرّوس دفعة واحدة، بعد أن كان يقدر هذا المبلغ بـ5,000دج في لائحة 2004 بموجب المادة (ج) منه. وقد يكون الرفع من قيمة صداق البكر في التعديل الجديد إنصافاً لها بعد انتقادات الناس لهذا المبلغ الزهيد والفرق الكبير جداً بينه وبين صداق المرأة البكر. ويعد هذا التسقيف إجبارياً على كل أفراد المجتمع المزابي، بغض النظر عن الوضع المادي والاجتماعي للزوجين والعائلتين، وكل مخالفة له يعرض صاحبه للعزل والهجران الاجتماعي، بالإضافة إلى دعوة السوء (تيوري) التي يطلقها رجال الدين على هذا الزواج وعدم حضورهم ومباركتهم له.

44- هيئته عزابه مسجد بني يزقن ، قرارات في شؤون الزواج وغيره تافتارت، بتاريخ الأحد 10 ذو الحجة 1432هـ/ 6 نوفمبر 2011، ص 1.

45- هيئته عزابه مسجد بني يزقن ، قرارات في شؤون الزواج وغيره، تتضمن ما اتفق عليه سابقاً وما أضيف إليها مؤخراً، الأحد 01 شوال 1425هـ/ 14 نوفمبر 2004، ص 1.

ولضمان احترام تحديد مبلغ الصداق توجب الفقرة ب من المادة 1 على أهل العريس عرض الصداق من الذهب على هيئة تمسردين (الفقيهاة الاباضيات) للتأكد من صحة وزنه قبل تقديمه لأهل العروس.

### (ب) تحديد الهدايا وتوحيد طريقة الاحتفال بالزواج

في حين لم ينظم قانون الأسرة هذه المسائل التي تعد في الحقيقة من الحثيات والمكملات التي تساعد على حسن تنفيذ عقد الزواج مما يضمن تحقيق الأهداف السامية التي يتوخاها، تنص لائحة المسجد على قواعد آمرة مفصلة تنظم كافة مراسيم تنفيذ عقد الزواج ابتداء من الخطبة وحتى اليوم الأخير من حفلة إحياء العرس. ويهدف ذلك إلى محاربة التفاخر والتنافس والتباهي، وتحقيق مبدأ المساواة بين الفقراء والأغنياء. وتشمل هذه القواعد:

- توحيد طبيعة ومقدار الهدايا التي يقدمها الطرفان لبعضهما البعض،
- توحيد مبلغ الصداق وطبيعته،
- تحديد المناسبات والعادات المحتفل بها وطريقة إحيائها، والمراسيم الاحتفالية الخاصة بالرجال وتلك الخاصة بالنساء،
- توحيد عدد أيام العرس والعادات التي يجب احترامها،
- "التحجيرات" أي السلوكيات الممنوعة أثناء الاحتفال بالعرس.

وبالنسبة للهدايا، تحدد لائحة الزواج بشكل مفصل كل ما يجب أن يعطى من هدايا وملابس بين العائلتين المتصاهرتين، وهو ما تتضمنه المواد من 1 إلى 3، بحيث تم إنقاص الكثير من الهدايا التي كانت تُتبادل بين العائلات المتصاهرة طبقا للعادات القديمة، منعا للتبذير وتقليصا لتكاليف الزواج التي ارتفعت نتيجة غلاء المعيشة. وفيما يخص تجهيز غرفة النوم، فقد كان ذلك في القديم على عاتق الزوجة، غير أنه ومنذ لائحة الزواج لسنة 1997 فقد تقرر أن يكون ذلك بالاشتراك بين الزوجين، بحيث يتولى الزوج التكفل بتوفير الأثاث الخشبي بينما تتولى الزوجة تجهيزه بالأفرشة والزرابي، وهو ما تنص عليه المادة 4 من لائحة سنة 2011. ولا شك أن في هذا التعديل تخفيفا للمصاريف التي كانت على عاتق الزوجة ومراعاة للظروف الاقتصادية والتطورات الاجتماعية الجديدة.

ومجمل القول أن نظام الزواج السائد في المجتمع المزابي يمثل نموذجا آخر لتكامل قانون الدولة والقانون العرفي في تأطير وتنظيم العلاقات بين الأفراد بما يحقق مصالحهم وأمنهم وسعادتهم.

## الخاتمة

إن تعايش النظام القانوني الدولاني الذي صاغه المشرع الجزائري وفقا للمفاهيم الغربية العصرية أو المبادئ الشرعية الدينية في بعضه، مع قواعد القانون العرفي المتأصلة في سلوك الأفراد وثقافتهم القانونية المرتبطة بهويتهم التاريخية اللغوية والدينية بمنطقتي القبائل ووادي مزاب، أوجد نوعا من التكامل الذي يرجع إلى الحقبة الاستعمارية، بين القانون العصري نتاج الدولة الحديثة، والقانون العرفي المحلي المعبر عن الخصوصيات المحلية للمجتمع.

وتظهر الأمثلة التي استعرضناها مدى حاجة القانون الدولاني الجزائري الذي صيغ -أو اقتبس أحيانا بصفة حرفية- من المشرع الفرنسي لتجسيده الفعلي في الواقع الميداني، إلى القانون العرفي المنبثق من عادات الأفراد واعتقاداتهم ونظمهم الاجتماعية لاسيما في بعض فروع القانون المرتبطة ارتباطا وثيقا باعتقادات الأفراد وعاداتهم ونظمهم الاجتماعية. ويتبين ذلك بصورة واضحة في قانون البلدية عندما يتعلق الأمر بتسيير الشؤون المحلية للجماعات القبلية التقليدية في المناطق الريفية والصحراوية، وكذا قانون الأسرة في تفاعله مع الواقع الثقافي الاجتماعي الديني المتعدد للمجتمع الجزائري.<sup>46</sup>

ومهما كانت المقاربة التي نتبناها تجاه القانون العرفي المحلي السائد بهذه المناطق، فقد بات من الضروري الاعتراف بهذا الإرث القانوني كجزء لا يتجزأ من المنظومة القانونية الجزائرية:

فإذا انطلقنا من المقاربة التعددية للقانون فإن هذا الوضع يكشف الطبيعة المركبة للنظام القانوني الجزائري في مفهومه الواقعي طبقا للمنظور الأنثروبولوجي

<sup>46</sup> - انظر بعض الأمثلة حول تأثير العرف قديما وحديثا في نظام الأحوال الشخصية في الجزائر:

زرزقين عواطف، **مدى سلطان العرف في قانون الأسرة الجزائري (أمثلة وتطبيقات)**، مشروع مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأحوال الشخصية، إشراف د. ميلود خرف الله، السنة الجامعية 2014-2015، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ص 67 و74 وما بعدها.

للقانون باعتباره مجموعة القواعد السائدة فعلا في تنظيم سلوك الأفراد بغض النظر عن مصدرها. وهو ما يحيل إلى إشكالية مفهوم "القانون" ومدى فاعليته في الحياة العملية للأفراد والجماعات كما تناولته مختلف الدراسات الانتربولوجية. وعليه فإن إدراج الأنظمة القانونية غير الدولية أصبح ضرورة تلجأ إليها العديد من الدول فيما يعرف بقانون الجماعات *droit des groupes/group rights* والذي تمخض عن حركة الدفاع عن الحريات المدنية لاسيما في الولايات المتحدة الأمريكية وكندا<sup>47</sup> خلافا للدول ذات التقليد الواحد للقانون مثل فرنسا والجزائر. وفي الواقع فإن أغلب الدول الغربية تلجأ حاليا إلى إثراء نظامها القانوني بالأنظمة القانونية الخاصة ببعض الجماعات مع تغليب معاييرها في حالة التعارض معها<sup>48</sup>. وهذا في سياق تقلص دور الدولة بصفقتها المحتكرة لصنع القانون بمفهومه الخاص لصالح القانون التعاقدى والقضاء<sup>49</sup>.

وإذا انطلقنا من المقاربة الواحدة للقانون فإن هذه الأنظمة العرفية تدخل في نطاق العرف المكمل الذي لا يناقض التشريع ولا يلغيه وإنما يدعمه ويسهل تطبيقه بشكل يتلاءم مع المحيط الثقافى والدينى لكل منطقة، ويعطي للقانون الدولاني قوة تنفيذية وفعالية أكثر طالما أن « العرف هو المصدر الشعبى الأصيل الذي يتصل اتصالا مباشرا بالجماعة، ويعتبر وسيلتها الفطرية لتنظيم تفاصيل المعاملات ومقومات المعايير التي يعجز التشريع عن تناولها بسبب تشعبها أو استعصائها على النص. ولذلك ظل هذا المصدر وسيظل إلى جانب التشريع مصدرا تكميليا خصباً لا يقف إنتاجه عند حدود المعاملات التجارية؛ بل يتناول المعاملات التي تسري في شأنها قواعد القانون المدني وسائر فروع القانون الخاص والعام على السواء»<sup>50</sup>.

47 - Hugues MOUTOUH, *Contribution à l'étude juridique du droit des groupes*, Revue de Droit Public, mars-avril 2007, N°2, p 482.

48 - ميشال بونشير، ترجمة محمد ارزقي نسيب، **مدخل للقانون**، دار القصبية للنشر، الجزائر، 2004، ص 39.

49 - Denys de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de Droit ?*, Editions Odile Jacob, paris, 1997, p 22.

50 - المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدني المصري، مجموعة الأعمال التحضيرية، الجزء الأول، ص. 187-188. نقلا عن د.محمد سعيد جعفر، **مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون**، دار هومة، الجزائر، الطبعة الرابعة عشر، 2007، ص 196-195.

# الخلع مظهر من مظاهر مساواة الزوجين

حُسيني عزيزة، أستاذة محاضرة "ب"  
كلية الحقوق - جامعة الجزائر 1

## ملخص

إنّ قانون الأسرة باعتباره تشريعاً وجب خضوعه للقواعد التي يخضع لها التشريع خاصة ما تعلق بمبدأ دستورية القوانين، ومبدأ سمو الاتفاقية على القانون، ومن أهم المبادئ التي جاء بها هذان المصدران مبدأ المساواة بين الجنسين، في المادة 29 من الدستور وغيرها، وجسدته أيضا اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة التي صادقت عليها الجزائر في 10 جانفي 1996.

وجب أن يبرز هذا المبدأ في قانون الأسرة، ومن مظاهر ذلك الخلع في المادة 54، الذي استمد حكمه من الشريعة الإسلامية كغيره من أحكام هذا القانون، والخلع طريقة من طرق فك الرابطة الزوجية بإرادة الزوجة كما يتم الطلاق بإرادة الزوج، وإذا أرادت الشريعة الإسلامية حماية المرأة من علاقة لم تعد ترغب فيها فإنّ قانون الأسرة خاصة بعد تعديل 2005 أراد تسوية مركز المرأة بمركز الرجل في حق كل منهما في حل عقد الزواج، مما يجعل إفراغ أحكام الأولى في آلية الثانية وما يحكمها من ضوابط تحريفا وتزييفا للأولى.

## كلمات مفتاحية

الدستور - الاتفاقيات - قانون الأسرة - المساواة - التمييز - قانون تمييزي - قانون غير دستوري - الخلع - الطلاق - رخصة - حق - المرأة - الزوج - الزوجة.



## مقدمة

تعرف الجزائر تعايش نظامين قانونيين أحدهما روماني جرمانى<sup>1</sup> مصدره القانون الفرنسى بحكم العلاقة التاريخية التى تربطها بالدولة المستعمرة - فرنسا-، ونظام ثان سابق فى التاريخ على الأول شرعى إسلامى<sup>2</sup> بحكم أن الإسلام كان ولا يزال دين الشعب والدولة.

وعلى ضوء ما تقدم فإنّ المشرع الجزائرى عند صياغته للتشريع يستحيل أن يتصل أو يتجرد من تأثيره بهذين النظامين القانونيين (إذا اقتضى الأمر اتخاذ الشريعة الإسلامية مصدرا له)، بالرغم من الاختلاف الواضح بينهما شكلا ومضمونا<sup>3</sup>.

إنّ دمج أحكام الشريعة الإسلامية فى نصوص تشريعية سوف يشكل لا محالة صعوبة فى إدماج مفاهيم الأولى فى آلية الثانية، ولنا فى قانون الأسرة النموذج الأمثل من خلال إقحامه لمبدأ المساواة كمبدأ دستورى وأساس لعديد الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان عامة وحقوق المرأة خاصة.

أرى أن أنطلق فى هذا الموضوع بالبحث عن سبب اعتبار الشريعة الإسلامية مصدرا ماديا للقانون المنظم للعلاقات الأسرية، لأثير فى نفس الوقت مسألة أن هذا المجال لا تحكمه فقط الشريعة الإسلامية وإنما تؤثر فيه معطيات أخرى تتعلق بتدرج التشريع واحتكام التشريع الأدنى للتشريع الأعلى وسمو الاتفاقية على التشريع الداخلى (أولا)، ثم أعرض كنقطة ثانية إلى الخلع باعتباره تطبيقاً من تطبيقات عدم انسجام أحكام الشريعة مع المبادئ التى تحكم التشريع (ثانيا).

### أولا: قانون الأسرة تشريع مصدره أحكام الشريعة

اعتمدت الجزائر فى تنظيمها للأحوال الشخصية على الشريعة الإسلامية، وذلك حتى قبل صدور قانون الأسرة، وقبل الاستقلال أيضا، حيث لم يكن عندنا تشريع ينظم هذه العلاقات إلى غاية جوان 1984.

<sup>1</sup>-FILALI(Ali), Bilinguisme et bi juridique, l'exemple du droit algérien, colloque international, Perpignan, 2 et 3 avril 2012. Annales université d'Alger, n° spécial, p 70.

<sup>2</sup> - Op.cit.

<sup>3</sup> - Ibid.

وبسبب هذا، اجتهد القاضي في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية باحثاً عن الحلول في المصادر الفقهية خاصة ما تعلق منها بمذهب أهل المدينة، مذهب الإمام مالك<sup>4</sup> على اعتبار أنه المذهب السائد في بلاد المغرب العربي<sup>5</sup>، مع ملاحظة أنه وبموجب المرسوم رقم 261/63 الصادر في 22 جويلية 1963 تم نقل اختصاص المحاكم الشرعية إلى المحاكم العادية<sup>6</sup>.

عشية الاستقلال كان لا بد من إرساء منظومة تشريعية جزائرية نابعة من مقومات الأمة، و حضارتها، دون إهمال قيم الثورة<sup>7</sup> ومكتسباتها، وهكذا بدأت تتوالى التشريعات<sup>8</sup>، ليتخلف قانون الأسرة إلى غاية جوان 1984 (1).

كما تجب الإشارة أن قانون الأسرة هو القانون الذي صدر بعد أخذ ورد طويلين، وجدل مستفيض بين أهل الاختصاص من حقوقيين، و برلمانيين، ونشطاء في مجال حقوق الإنسان عامة، وحقوق المرأة خاصة، وحتى عامة الناس<sup>9</sup>، ولا يزال الجدل قائماً حوله بالرغم مما دخل عليه من تعديل<sup>10</sup>، وقد سبق ظهور هذا القانون عدة مشاريع<sup>11</sup>.

علما أن الأسرة الجزائرية اليوم دخلت عليها عدة مؤثرات اجتماعية، ثقافية، واقتصادية أيضا، الأمر الذي يؤثر حتما على علاقة الأطراف فيها (2)، مما اقتضى اصباغه بصبغة المساواة الذي كرسه دستور البلاد (3) والاتفاقيات التي صادقت عليها الدولة في هذا المجال (4).

<sup>4</sup> - حُسيني عزيزة، الحضانة في قانون الأسرة، قضاء الأحوال الشخصية و الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2000، ص 14.

<sup>5</sup> - عبد الرحمان الجيلالي، كيف رسخ المذهب المالكي بالمغرب العربي، مجلة الموافقات، 1994، عدد 3، من الصفحة 226 إلى 228.

<sup>6</sup> - وقبلها كانت قد ألغيت ولاية محكمة النقض الفرنسية على القرارات الصادرة عن محكمة الاستئناف الجزائرية، حُسيني عزيزة، المرجع السابق، ص 15.

<sup>7</sup> - exposé des motifs du projet d'ordonnance n° 75/58 portant code civil .

<sup>8</sup> - قانون العقوبات 1966 - قانون الإجراءات 1966، القانون المدني 1975.

<sup>9</sup> - محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، بحث لنيل شهادة دكتوراه علوم في العلوم الإسلامية، تخصص فقه و أصوله، جامعة الحاج لخضر، باتنة، كلية العلوم الاجتماعية و العلوم الإسلامية، قسم الشريعة، 2008-2009، ص 611.

<sup>10</sup> - من بين ما يؤخذ على قانون الأسرة أنه قانون تمييزي ويكسر الهيمنة الذكورية حيث لا تتساوى فيه مركز المرأة بمركز الرجل، الأمر الذي يجعله غير دستوري

<sup>11</sup> - لقد عرفت الجزائر ثلاثة مشاريع قانون أسرة لم تر النور هي: مشروع 1966، مشروع 1973، و مشروع 1981 الذي عرض على المجلس الشعبي الوطني في جانفي 1982.

## 1- قانون الأسرة تأكيد لانتماء الأمة للدين الإسلامي :

ما كان مؤكدا عند صياغة قانون الأسرة هو أن يتسم هذا القانون بما تتسم به الأسرة الجزائرية، ويصب في مصب دعوى الحفاظ على الهوية الوطنية الإسلامية العربية، وقد أكد الرئيس هواري بومدين ذلك في خطاب ألقاه بمناسبة المهرجان الشعبي احتفالا باليوم العالمي للمرأة في 13/03/1971<sup>12</sup> : " إذا كنا نعمل من أجل حرية المرأة وحصولها على حقوقها المشروعة فإننا في نفس الوقت نؤكد ضرورة أن يتم ذلك في إطار المحافظة على العناصر الرئيسية لشخصيتنا العربية الإسلامية التي حاول الاستعمار القضاء عليها وكان احتفاظنا بها هو السلاح الرئيسي الذي تمكنا بواسطته من تحقيق الانتصار"<sup>13</sup>.

مواصلنا في نفس الطرح يقول الرئيس الأسبق: " إنَّ قانون كل أمة قطعة من ماضيها وحاضرها المائل، يمثل نشأتها وتطورها وأخلاقها وتقاليدها ودينها ومعتقداتها "، مؤكدا أن ضرورة استقاء هذا القانون من الشرع الإسلامي لما فيه: " من سعة ودقة في بناء الأحكام ومكانة العرف فيه وحرصه على التوازن في الحقوق بين الفرد والجماعة"<sup>14</sup>.

تتوالى التأكيدات الرسمية في نفس السياق، ومما جاء في مداولات المجلس الشعبي الوطني بخصوص مشروع قانون الأسرة لسنة 1984: " إنَّ هذا القانون بعدما تصادقون عليه سوف يرسى للأسرة قواعدها بما يقوي بنيانها ويحفظ للأمة وحدتها وكيانها، فهو قانون يستمد من الشريعة الإسلامية أحكامه وأصوله... هذا القانون ليس غريبا ولا دخيلا على المجتمع، هذا المجتمع الذي تمسك باحتكامه للشريعة الإسلامية منذ أن حل الإسلام بدياره... كما يستمد من الشعب قوته وأصالته، فيعالج قضايا الأسرة الجزائرية بما هو أصلح وما هو للمجتمع أقوم ... إنَّ مشروع قانون الأسرة المعروض عليكم ليس إلاَّ تقنين لحالة المجتمع الجزائري التي لم يزل عليها في ماضيه المجيد وحالته التي يريد أن يكون عليها ويبقى عليها غدا، وما هو إلاَّ إقرار لما ورثه شعبنا من التقاليد الإسلامية

<sup>12</sup>- بوعلام بن حمودة، ضمان حياة عائلية هادئة مستقرة، مجلة الأصالة، وزارة الشؤون الدينية، سنة 1973، عدد 03، ص14.

<sup>13</sup>- بوعلام بن حمودة، المرجع السابق.

<sup>14</sup>- المرجع نفسه.

النقية الطاهرة خالصة من العادات الفاسدة"<sup>15</sup>، فالنية كانت صادقة في وضع قانون ينظم الأحوال الشخصية بعيدا عن القانون المدني.

كما جاء في ديباجة المشروع التمهيدي لقانون الأسرة لسنة 1984: "اعتمدت اللجنة في وضع هذه النصوص على المصادر الأساسية التالية: القرآن الكريم، السنة النبوية الثابتة ثبوتا مقبولا عند علماء الحديث، والإجماع والقياس والاجتهاد، وكذا الفقه على المذاهب الأربعة وعلى غيرها في بعض المسائل".

صدر قانون الأسرة أخيرا في جوان 1984، وبقي ذلك القانون الذي تتجاذبه الآراء بين من يعتقد بقداسته للمصدر الذي استمد منه، وبين من يعتقد بعدم دستوريته لمخالفته مبدأ دستوري تبنى عليه إعلانات واتفاقيات دولية (مبدأ المساواة)، فهو القانون الذي يميز بين الرجل والمرأة، ومن هذا المنطلق فهو قانون تمييزي.

## 2- تنظيم الأسرة تتجاذبه الشريعة والتحديات المعاصرة

إنّ الأسرة الجزائرية اليوم ليست تلك الأسرة بالأمس، فقد دخلت عليها معطيات اقتصادية واجتماعية وثقافية وسياسية داخلية وخارجية أيضا، أثّرت على تركيبتها وعلى التزامات الأطراف فيها أيضا، وعليه بدأت الاتجاهات كلها نحو ضرورة تعديل قانون الأسرة خدمة للمعطيات السابق ذكرها.

وقد أكد الرئيس عبد العزيز بوتفليقة ذلك في أكثر من محفل، حيث جاء في كلمة ألقاها بمناسبة اختتام أشغال ورشات حول ترقية المرأة في مارس 1997: "هناك تحديات مفروضة، إما أن نتعامل معها كما ينبغي مع التشبث بقيمتنا وأصالتنا ومبادئنا، وإما أن تزيحنا دون مبالاة". مبديا اهتماما خاصا داعيا إلى "ضرورة الاجتهاد والتفكير الفقهي والتشريعي مما يتطلب تجنيد الطاقات من فقهاء واجتماعيين وقانونيين ليحدث الانسجام بين القوانين الوضعية والفكر المتجدد، أملا في الوصول إلى تنسيق عملي ومنهجي بين القوانين الوضعية والنصوص الفقهية شريطة أن يكون فقها حيا مبدعا وغير متحجر"، الأمر الذي يستحيل تحقيقه في رأينا للتباين الحاصل بين المصدرين واختلافهما منهجا ومصدرا ومضمونا.

<sup>15</sup> - مداوات المجلس الشعبي الوطني.

الملاحظ أنّ الكلام موجه بالدرجة الأولى إلى المنشغلين بالشريعة الإسلامية (الفقهاء) للابتعاد عن الفقه المتحجر والاتجاه بفكرهم إلى إحياء الفقه الإسلامي والابتداع فيه بما يواكب التحديات وإلاّ ما هو متوفر من فكر تطوري سوف يصطدم مع فكرهم المتحجر ويزيحه لا محالة.

### 3- المساواة مبدأ دستوري يجب تكريسه في قانون الأسرة

باعتبار أنّ قانون الأسرة تشريع لا بد أن يكون منسجما ومتكاملا مع النسق القانوني للدولة، هذا النسق الذي يتحدد انطلاقا من القانون الأساسي الذي هو دستور الدولة، ومن المبادئ الأساسية التي جاء بها دستور البلاد المساواة بين كل المواطنين، حيث جاء في المادة 29 منه : " كل المواطنين سواسية أمام القانون، ولا يمكن أن يتدرع بأيّ تمييز يعود إلى المولد أو العرق، أو الجنس أو الرأي، أو شرط أو ظرف آخر، شخصي أو اجتماعي " .

والمساواة تتمثل في الاعتقاد بأنّ الناس كلهم متساوون من حيث طبيعتهم البشرية، وليس هناك أي تفضيل بين إنسان وآخر بحسب جنسه أو عنصره أو أصله أو سلالته، والمساواة بمفهومها القانوني هي أن يخضع الجميع لحماية القانون وأن تكون التكاليف التي يفرضها القانون على الناس متساوية.

وتقابل هذه المساواة مساواة أخرى هي المساواة الفعلية كتساوي الناس في الثروة أو تساويهم في الطاقة الجسدية، ونسبة الذكاء، أو تساويهم في الشكل واللون... وهي مساواة مستحيلة وغير ممكنة، ولا يمكن للقانون أن يضمنها.

إنّ المساواة كمبدأ قانوني يلحق به مبدأ آخر هو عدم التمييز الذي يعني عدم حرمان الفرد من التمتع الكامل بحقوقه السياسية، المدنية، الاقتصادية، الاجتماعية والثقافية<sup>16</sup>، فالمدآن متلازمان، ومساواة المرأة بالرجل يقتضي حتما تجنب كل تمييز بينهما، مهما كانت أسبابه، وقد عرّف التعليق العام رقم 16 (2005)<sup>17</sup> التمييز ضد المرأة على أنه : " أي تفرقة أو استبعاد أو تقييد يتم على

16 - « la discrimination consiste a priver un individu de la pleine jouissance de ses droits et libertés politiques, civiques, économiques, sociaux et culturels », CIDDEF, op.cit., p5.

17- هيئة الأمم المتحدة، الصكوك الدولية لحقوق الإنسان (HRi/Gen/1/Rev.9(voll) التعليق العام رقم 16 (2005)، المساواة بين الرجل والمرأة في حق التمتع بجميع الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية (المادة 3 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية)، ص 117.

أساس الجنس ويكون من آثاره أو أعراضه توهين أو إحياط الاعتراف للمرأة بحقوق الإنسان والحريات الأساسية في الميادين السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والمدنية، أو في أي ميدان آخر، أو تمتعها بهذه الحقوق أو ممارستها لها".

أخذاً بتدرج التشريع وجب أن يلقى المبدأ الدستوري المذكور (المساواة) صدها في قانون الأسرة باعتباره تشريع يحتكم إلى مبدأ دستورية القوانين، وهو المبدأ الذي بمقتضاه يجب أن تخضع كل التشريعات الأدنى إلى أحكام الدستور ومبادئه، فهي تدور في فلكه باعتباره القانون الأسمى والأعلى في الدولة، وإلاّ عدت القوانين المخالفة للدستور غير دستورية، ويعني ذلك عدم انسجامها مع المبادئ التي يقوم عليها كيان المجتمع، فالمساواة مقوم أساسي من مقومات المجتمع، ومخالفتها يعني مخالفة النظام العام للدولة.

على ما تقدم وجب أن يكتسب قانون الأسرة مظهراً من المساواة الحسائية بين الرجل والمرأة، فلا ترجح كفة طرف على طرف آخر في هذه العلاقة ذات الطابع المتميز اجتماعياً، هذا الذي جسده التعديل الأخير لقانون الأسرة، والذي ترجم أساساً في خلق توازن بين مركزي المرأة والرجل في علاقتهما بعضهما البعض، وفي علاقتهما بأبنائهما.

#### 4- المساواة بين الرجل والمرأة تعهد دولي للجزائر

إنّ المساواة بين الرجل والمرأة كرسته الاتفاقيات الدولية على رأسها اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة<sup>18</sup> التي صادقت عليها الجزائر بتحفظ في 10 جانفي 1996، وتوصف هذه الاتفاقية بأنها وثيقة حقوقية دولية للمرأة، و بمقتضاها وجوب المساواة بين الجنسين في مختلف مناحي الحياة العامة والخاصة<sup>19</sup>، وهي مساواة حسائية قائمة على ما هو مقرر للرجل من حقوق تقابله بالضرورة نفس الحقوق للمرأة داخل الأسرة وخارجها.

أخذت الجزائر على عاتقها تنفيذ أحكام الاتفاقية وإدماجها في التشريعات الداخلية، مصرحة بذلك: "إنّ المساواة بين الجنسين وحماية المرأة من أي شكل من

18- صادقت الجزائر على الاتفاقية مع التحفظ بموجب الأمر رقم 03/96 المؤرخ في 10 يناير 1996، جريدة رسمية عدد 3، السنة 33، بتاريخ 14 يناير 1996.

19- حسيني عزيزة، مصلحة الطفل، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق، فرع قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، بن يوسف بن خدة، 2014، ص 26.

أشكال التمييز مبادئ مكرسة دستوريا... كما يتم حاليا إعادة النظر في مدى وجاهة التحفظات التي عبرت عنها الجزائر عند المصادقة على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة تمهيدا لرفعها... أما على مستوى القوانين الداخلية فقد أنشأت لجنة وطنية لمراجعة قانون الأسرة لإدراج التكييفات اللازمة التي أصبحت تحتمها التحولات الاقتصادية والاجتماعية وحتى الثقافية، ومن أهم الأحكام المقرر تعديلها تلك الخاصة بالزواج والنفقة، وعمل المرأة، جلسة الصلح، فك الرابطة الزوجية والآثار المترتبة عن ذلك...<sup>20</sup>

من المعلوم أنّ المعاهدات في القانون الجزائري تلي الدستور في الترتيب، وتتقدم على القانون، وبالتالي يجب أن تتسجم نصوص قانون الأسرة معها (أي المعاهدات)، حيث جاء في نص المادة 132 من الدستور: "المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، تسمو على القانون"، وعليه فإنّ أية اتفاقية بعد المصادقة عليها ونشرها تدرج في القانون الوطني، وتكتسب بمقتضى النص المذكور سلطة السمو على القوانين، هذا الذي يؤكد المجلس الدستوري في قرار له: "وعليه فإنّ أية اتفاقية بعد المصادقة عليها ونشرها تدرج في القانون الوطني، وتكتسب بمقتضى المادة 132 من الدستور سلطة السمو على القوانين، وتخول كل مواطن جزائري أن يتذرع بها أمام الجهات القضائية"<sup>21</sup>.

إنّ ما تقدم معنا في هذا الشطر من المداخلة، وانطلاقا من معطيات نظرية محضة للقواعد والمبادئ التي يحتكم إليها التشريع من تدرج ورقابة وترابط، يجعل من قانون الأسرة تشريعا يعامل معاملة التشريع بغض النظر عن المجال الخاص الذي يقوم على تنظيمه، والذي هي الأسرة مركز استمرار الحياة، وأنّ العلاقة بين طرفيها علاقة تكامل وليست علاقة تضاد وتنافر.

كان لزاما إذن أن يعاد تنظيم الأسرة وعلاقة الأفراد فيها (أقصد الزوجين) على وجه تتحقق به مساواتهما، وعليه تأثرت عديد أحكامه واكتست مظهرا من

<sup>20</sup>- رد على الاستبيان الموجه للحكومات بشأن منهاج بكين 1995، و نتائج الدورة الاستثنائية الثالثة والعشرون للجمعية العامة

2000، الجزء الأول، استعراض عام للإنجازات المحققة والتحديات المصادفة في تعزيز المساواة بين الجنسين وتمكين المرأة.

<sup>21</sup>- المجلس الدستوري، قرار رقم 1-ق-مد، مؤرخ في 18 محرم عام 1410 الموافق 1989/08/20، يتعلق بقانون الانتخابات، جريدة رسمية رقم 36 بتاريخ 30 أوت 1989، ص 1050.

المساواة بين الرجل والمرأة سواء في علاقتهما ببعضهما أو في علاقتهما بأبنائهما خاصة بعد انحلال الرابطة الزوجية.-

### ثانياً: تجسيد مبدأ المساواة في فك الرابطة الزوجية خلعا

من المسائل التي نظمها قانون الأسرة معتمدا على أحكام الشريعة الإسلامية مسألة خلع المرأة نفسها من زوجها، وهي طريقة من طرق فك الرابطة الزوجية منحت للمرأة، بديلا للطلاق الذي ينفرد به الزوج فيوقعه بإرادته المنفردة(1).

أورد قانون الأسرة حكم الخلع في نص المادة 54، لسنة 1984 والتي جاء فيها: "يجوز للزوجة أن تخلع نفسها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم".  
علما أن هذا النص عرف في تطبيقه جدلا قضائيا وتعارضاً في الأحكام، ليُفسر مرة على أن الخلع يقتضي تراضي الزوجين، وأخرى انفراد الزوجة به (2)، ليعدل النص في 2005 وتصبح صياغته: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخلع نفسها بمقابل مالي.

إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم"، وبمقتضى التعديل أصبح الخلع حق خالص للمرأة، تتعدم فيه إرادة الزوج وحتى سلطة القاضي التقديرية (3).

### 1- الخلع فك الرابطة الزوجية بإرادة الزوجة

الخلع بالمعنى اللغوي هو الإزالة والنزع<sup>22</sup>، وهو استعارة من خلع اللباس، لأن كل واحد من الزوجين لباس للزوج الآخر " هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ " <sup>23</sup>، فإذا تم الخلع بينهما فكأنما كل واحد منهما نزع لباسه عنه <sup>24</sup>، فالخلع هو طريقة من طرق انفصال الزوجين عن بعضهما البعض منحها القانون والشرع للمرأة .

<sup>22</sup> - عامر سعيد الزبياري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1997، ص 75.

<sup>23</sup> - سورة البقرة، الآية 187.

<sup>24</sup> - عبد الله بن محمد سعد آل خنين، الخلع يطلب الزوجة لعدم الوثام مع زوجها، رابطة العالم الإسلامي، المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة الثامنة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي المنعقدة في مكة المكرمة في الفترة من 10-14/ 1427/03 هـ الموافق 8-12/2006م، ص 13.



إنّ فك الرابطة الزوجية وضعت له الشريعة الإسلامية طرقاً وضوابط محددة، ففي الوقت الذي يمكن للزوج أن يفارق زوجته بالطلاق الذي هو حكر عليه وخاضع لإرادته، فإنّ للزوجة الحق في فك هذه الرابطة بالخلع الذي هو حكر عليها وخاضع لإرادتها أيضاً.

ففي حالة ما إذا رأت الزوجة في زوجها ما لو رآه هو لطلقها، فإنّ الإسلام مكنها من طلب الخلع إذا رأت فيه خلقاً أو خلقاً يعكّر صفو حياتها معه<sup>25</sup>، وقد استمد قانون الأسرة حكم الخلع من الشريعة الإسلامية، غير أنّ أساسه في قانون الأسرة مختلف عن أساسه فيها.

وما يجب أن نقف عليه بداية هو أنّ العلاقة الأسرية في الإسلام مبنية على التكامل لا التناظر فلا مجال للبحث فيها عن تسوية المراكز، فالزوجة تكمل زوجها وزوجها يكمله في علاقة أساسها إحصان الطرفين وضمن النسل، وقوامها المودة والتراحم.

فإذا انفصمت عراها بعد ذلك فمعنى انفصامها أنها غير صالحة للبقاء، وأنه خير للزوجين حينئذ وأكرم لهما أن يتركا بعضهما باتفاقهما أو بإرادة أحدهما، وأن يركن كل منهما إلى حياة أخرى جديدة.

وإنّ المرأة في الإسلام مثلها مثل الرجل تملك مثلما يملك من مشاعر وعواطف، فهي تحس مثلما يحس، وعليه فإذا شعرت أنها لم تعد تستطيع أن تكون سترًا لزوجها بغضا وكرها له فإنّ الشارع الحكيم مثلما جعل بيد الرجل الطلاق ليتخلص من زوجته إذا أحس بالنفرة منها وظن استحالة العيش معها، جعل للمرأة الخلع لتفتدي نفسها وتتخلص من زوج لم تعد ترغب فيه ببذل ما قدمه لها من صداق<sup>26</sup> خشية عدم إقامة حدود الله.

إنّ الخلع يجد مصدره في الآية الكريمة "فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ"<sup>27</sup>، وبمقتضاها إذا رأت المرأة في بقائها مع زوجها تعدياً على حقوقه، وتجاوزاً لحدود الله كان لها أن تفتدي نفسها ببذل ما قدمه لها من مهر، رفعا للحرَج عنها وإنقاذاً لها من حياة زوجية لا تطيقها، وليس لديها سبب

<sup>25</sup>- عامر سعيد الزبياري، المرجع السابق، ص 75.

<sup>26</sup>- سعدي سليم، الخلع بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، ماجستير، الجزائر، 2011، ص 41.

<sup>27</sup>- سورة البقرة، الآية 229.

يقنع القاضي لتطبيقها ، لأنه من مقاصد الشريعة الحفاظ على النفس ومن قواعدها رفع الحرج والضيق على الناس.

نزلت الآية المذكورة أعلاه في جميلة بنت عبد الله بن أبي وفي زوجها ثابت بن قيس بن شماس ، وكانت تبغضه فأنت رسول الله ﷺ وقالت: فرق بيني وبينه فإني أبغضه ، ولقد رفعت جانب الخياء فرأيته يجيء في أقوام فكان أقصرهم قامة وأقبحهم وجها وأشدهم سوادا و إني أكره الكفر في الإسلام ، فقال ثابت: مرها فلترد عليّ الحديقة التي أعطيتها ، فقال لها: ما تقولين؟ قالت نعم وأزيدة ، فقال ﷺ لا حديقته فحسب ، ثم قال رسول الله ﷺ لثابت : خذ منها ما أعطيتها وخل سبيلها" <sup>28</sup>.

يظهر من خلال استقرار الأحاديث أنّ خشية المرأة من تقصيرها في حقوق زوجها هو السبب في طلب فراقها له ، ففي رواية أخرى للبخاري عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أنّ امرأة ثابت بن شماس وهي حبيبة بنت سهل الأنصاري جاءت إلى رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله ما أعتب عليه في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام ولا أطيقه بغضا ، فقال رسول الله ﷺ أتردين عليه حديقته ، فقالت نعم ، فقال رسول الله ﷺ أقبل الحديقة وطلقها تطليقة" <sup>29</sup>.

ومعنى أكره الكفر في الإسلام أي أكره الإقامة عنده أن أقع فيما يقتضي الكفر والمراد ما يصاد الإسلام من النشوز و بغض الزوج و نحوه <sup>30</sup>.

إنّ الآية الكريمة والحديثين حكمهم واضح ، حيث يباح للزوجة التي تخشى ألاّ تقيم حدود الله أن تفتدي نفسها بمال تقدمه لزوجها لقاء تسريحها وتمليكها عصمتها بطلاقها خلعا ، وفي المقابل للزوج قبول المال كعوض عن طلاق لا يريد كما في حالة ثابت بن قيس مع زوجته.

<sup>28</sup>- أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التميمي الرازي ( فخر الدين الرازي ) ، مفاتيح الغيب ، 3/331 ، www.altafasir.com

<sup>29</sup>- أبي عبد الله بن اسماعيل بن ابراهيم البخاري ، صحيح البخاري ، ألفا للنشر والتوزيع ، القاهرة 2011 ، الحديث رقم 5274 ، ص 654.

<sup>30</sup>- طاهري حسين ، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري ، مدعما باجتهاد المحكمة العليا و المذاهب الفقهية مع التعديلات المدخلة عليه بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 02/27/2005 ، مرفقا بنماذج قضائية لعرائض الأحوال الشخصية ، دار الخلدونية ، الطبعة الأولى ، 2009 ، ص 131.

ويقصد بحدود الله ما فرضه الله على الزوجين من حقوق وواجبات، ومنها إخلاص المودة لبعضهما البعض، وحسن الصحبة وجميل العشرة، وفي ذلك يقول محمد سيد طنطاوي: "إن حدود الله في هذه الحالة هي ما أوجبه الله للرجل على زوجته، وما أوجبه لها عليه، وما أوجبه الله للزوج هو حق الزوج على زوجته، وما أوجبه الله للزوجة هو حقها على زوجها، ولا يقدر القيام بأداء الحقوق إلا أصحاب هذه الحقوق"<sup>31</sup>، الأمر الذي يفقد عند الزوجة إذا كرهت زوجها.

وقد علق ابن حزم على مسألة الفدية بقوله: في قوله تعالى: "فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ" ما يؤكد أن الافتداء والفدية إنما يكون لأمر خطير ألم بها ومشكلة عويصة تريد التخلص منها تماما كما هو الحال"<sup>32</sup>.

إن الإسلام دين الواقعية ومن مقاصد الشريعة الإسلامية الحفاظ على النفس والعرض، ومن قواعدها رفع الحرج والضيق على الناس، وعليه فإن سن حق الرجل في الطلاق بإرادته المنفردة وسن حق المرأة في الخلع بإرادتها أيضا ما هو إلا تعبير عن فهم الشرع لطبيعة الإنسان عموما وطبيعة العلاقة الزوجية خصوصا، فمن غير المعقول أن يجبر الزوجان على البقاء معا والاستمرار في علاقة زوجية وهما كرهان لبعضهما أو أن أحدهما يكره الآخر مع حب الأول له، والمعيار هو عدم القدرة على إقامة حدود الله.

في الخلع أيضا رفع للظلم على المرأة، فلا تظلم نفسها بالاستمرار في علاقة لا ترغب فيها، ورفع للظلم على الرجل حتى لا يبقى مرتبط بزوجة لا ترغب فيه ولا تعطيه حقه المقرر شرعا، وبالتالي يحيى حياة كلها شقاق ونزاع.

إن أسباب الخلع على النحو المتقدم معنا ذاتية وليست موضوعية، فالمرأة إذا أحست أنها غير قادرة على الاستمرار في العيش مع الرجل الذي هو زوجها كرها وبغضا، كان لها أن تعيد له ما قدم لها من مهر لتخلص نفسها من عقد زواج لم تعد ترغب فيه، وقد أكد القضاء ذلك في أكثر من قرار هذا المنحى: "الخلع الذي أجازته الشريعة الإسلامية وكرسه قانون الأسرة في المادة 54 منه يتبين وأن اللجوء

<sup>31</sup>- نقلا عن أحمد نصر الجندي، من فرق الزوجية، الخلع- الإيلاء- الظهار- اللعان، دار الكتب القانونية، مصر، 2005 ص47.

<sup>32</sup>- نقلا عن آيت شاوش سعيد دليلة، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية، دكتوراه علوم، كلية الحقوق، تيزي وزو، 2014، ص 332.

إلى الخلع، لا يكون إلا بعد استحالة مواصلة العشرة الزوجية بين الزوجين لأسباب خاصة"<sup>33</sup>.

إن استحالة استمرار العشرة من طرف المرأة بسبب أن الأمر نفسي، وصعوبة إثبات الضرر الواقع عليها هما سببا الخلع مؤكدا قاضي شؤون الأسرة في قراره: "فطالما أن الخلع شرع للجوء إليه من طرف الزوجة التي تكون في وضعية يصعب عليها الاستمرار في الحياة الزوجية مع زوجها ويستعصي عليها إثبات الضرر للمطالبة بالتطليق أو تخطي طلب التطليق والالتجاء مباشرة إلى الخلع الذي هو حق مقرر لها وفقا لنص المادة 54 من قانون الأسرة، وسواء استتدت في ذلك إلى أسباب مبررة أو لا، وهي في التجاءها لهذا الطريق إنما تمارس حقا مقرر لها يعفيها من ذكر الأسباب"<sup>34</sup>.

إن الغالب في سبب خلع المرأة نفسها هو كراهيتها لزوجها، فشرع لها افتداء نفسها بصداقها رفعا للحرج عنها وإنقاذها من حياة زوجية لم تعد تطيقها وليس لديها سبب يسمح لها بالتطليق"<sup>35</sup>، وما ذلك من قضائنا إلا تأكيد لما وصل إليه الفقه الإسلامي في هذا المجال، وفي ذلك يقول الفقيه المالكي ابن رشد الحفيد: "الفداء إنما جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من الطلاق، فإنه كما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك المرأة جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل"<sup>36</sup>، وفي اللغة الفرك يعني الكره.

أكد هذا الموقف أيضا الفقيه المالكي أبو بكر ابن العربي بقوله: "تكون الفرقة كما قال علماءنا لوقوع الخلل في مقصود النكاح من الألفة وحسن العشرة، فإن قيل: إذا ظهر الظلم من الزوج أو الزوجة فظهور الظلم لا يناهز النكاح، بل يؤخذ من الظالم حق المظلوم ويبقى العقد، قلنا: هذا نظر قاصر يتصور في عقود الأموال، أما عقود الأبدان فلا تتم إلا بالاتفاق والتآلف وحسن التعاشر، فإذا فقد ذلك لم يكن لبقاء العقد وجه، وكانت المصلحة في الفرقة،

<sup>33</sup>- المحكمة العليا، ملف رقم 115118، قرار بتاريخ 19/04/1994، نشرة القضاة 1997، عدد 52، ص 106.

<sup>34</sup>- المحكمة العليا، ملف رقم 0933758، قرار بتاريخ 12/06/2014، غير منشور.

<sup>35</sup>- المجلس الأعلى، ملف رقم 26709، قرار بتاريخ 08/02/1982، نشرة القضاة 1982، عدد خاص، ص 258.

<sup>36</sup>- ابن رشد الحفيد، شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق عبد الله العبادي، المجلد 3، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، 1995، ص 1403، نقلا عن آيت شاوش سعيد دليلة.

وبأي وجه رأيها (أي الحكمان) من المتاركة أو أخذ شيء من الزوج أو الزوجة" <sup>37</sup>.

رغم ذلك يجمع الفقه على وجوب أن تكون الكراهية قائمة على دليل، حيث لا بد من أمر ظاهر يؤيدها، فالكراهية ليست مجرد دعوى تدعيها الزوجة <sup>38</sup>، وكما تقول تشوار حميدو زكية: " مهمة القاضي هنا أن يستوثق من كراهية المرأة ورغبتها في المفارقة ليست وليدة نزوة عاطفية وإنما هي رغبة عميقة الجذور" <sup>39</sup>، وذلك من خلال جلسات الصلح التي يجريها <sup>40</sup>.

يتضح مما سبق أنّ الخلع تبادر بطلبه الزوجة، غير أنها ليست صاحبة الدور الوحيد فيه بل تتدخل أطراف أخرى، وهم الزوج والحكمين والقاضي، فإن قدر أنّ للخلع ضرورة فرق بينهما، وإن قدر أنه ليست إليه ضرورة بقيت الزوجة في عصمة زوجها، لأنّ بقاء العلاقة الزوجية أولى من قطعها.

ما يجب أن نقف عليه أيضاً أنّ للخلع ضابط في الشريعة، ذلك لأنّ الخلع من غير ضرورة هدم لبناء الأسرة وعليه توعد الرسول الكريم ﷺ المرأة التي تطلب الطلاق من غير سبب بقوله: " أيما امرأة سألت زوجها الطلاق في غير ما بأس فحرم عليها رائحة الجنة" <sup>41</sup>.

## 2- الحكم بالخلع بين تراضي الزوجين والحق الغالض للمرأة

وقف قضاء الأحوال الشخصية بخصوص مسألة الخلع بين دفتي القداسة وعدم الدستورية، بحثاً عن المساواة، فتضاربت قرارات المحكمة العليا بين ضرورة قبول الزوج به (أ) والحق الخاص للزوجة (ب)، لتفصل المحكمة العليا أخيراً سنة 1999 لصالح مساواة الطرفين في فك الرابطة الزوجية.

<sup>37</sup> - محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الأشبيلي، أحكام القرآن، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 1424 هـ، 2003 م الجزء الأول، ص 541.

<sup>38</sup> - عبد الله بن محمد بن سعيد آل خنين، المرجع السابق، ص 56.

<sup>39</sup> - الدور الايجابي للقضاء في تفسير المادة 54 من قانون الأسرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء 41، عدد 04، 2003.

<sup>40</sup> - لحسن بن شيخ أنث ملويا، رسالة في طلاق الخلع، دراسة قانونية فقهية وقضائية مقارنة، سلسلة دراسات قانونية، دار هومة، 2013، ص 147.

<sup>41</sup> - أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني ابن ماجة، سنن ابن ماجة، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، الحديث رقم 2055.

## أ- الخلع يقتضي التراضي:

إنّ تطبيق المادة 54 كما جاء في صياغة 1984 ولد لدى قضاء الأحوال الشخصية تضاربا راجع إلى تفسير لفظ " اتفاق " الوارد فيها:

في البداية كان يعتبر القضاة أنّ الخلع قائم على اتفاق الطرفين، بل يكفي على أنه عقد وليس تصرف بإرادة منفردة: " وحيث أنّ الخلع يعتبر عقدا رضائيا ولا يسوغ حينئذ للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه " <sup>42</sup> ، بل اعتبر قبول الزوج لطلب الزوجة خلع نفسها أمر وجوبي: " حيث أنّ القاضي لا تصل سلطته إلى مخالفة الزوجين دون رضا الزوج، فقبول هذا الأخير للخلع أمر وجوبي بحيث لا يكون هناك خلع دون رضاه " <sup>43</sup> ، بل اعتبر قضاء القانون قضاة الموضوع مخالفين للقانون حينما فرضوا على الزوج الخلع: " حيث أنه بالإطلاع على قضية الطعن يتبين وأنّ قاضي الموضوع قد خالف المادة 54 من قانون الأسرة عندما فرض على الزوج مبدأ قبول الخلع و قضى به على إرادته في حين أنّ القاضي لا يتدخل إلا في الاتفاق على مبلغ الخلع " <sup>44</sup> ، وإن كان القضاء يقر بأنّ الخلع خاصية من خصائص الزوجة "الخلع هو من خصائص الزوجة والذي شرع لمعالجة حالات ترى فيها أنها غير قادرة على البقاء مع زوجها و لا يتوفر لديها أي سبب يخول لها التطليق شرعا " <sup>45</sup> .

ومع ذلك فإنّ طلب الزوجة يبقى موقوفا على قبول الزوج وليس للقاضي أية سلطة في تقدير المسألة إلاّ من خلال الفصل في المقابل حتى لا يتعسف الزوج في الطلب ويستغل رغبته الملحة في فراقه لطلب مقابل الخلع مبلغا كبيرا : " فالمادة تسمح للزوجة أن تخلع نفسها من زوجها على مال دون تحديد لنوعه أي مطلق المال وهذا هو المبدأ العام للخلع أما نوع المال وقدره فهذا يرجع إلى اتفاق الطرفين أو إلى تدخل القضاء على أن لا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل وقت الحكم دون الالتفات إلى قبول الزوج لما تعرضه الزوجة لأنّ ذلك يفتح الباب للابتزاز والتعسف وذلك منهي عنه شرعا " <sup>46</sup> .

<sup>42</sup> - المجلس الأعلى، ملف رقم 33652، قرار بتاريخ 1984/06/11، المجلة القضائية 1989، عدد 3، ص 38.

<sup>43</sup> - المجلس الأعلى، ملف رقم 51728، قرار بتاريخ 1988/11/21، المجلة القضائية 1990، عدد 3، ص 72.

<sup>44</sup> - المحكمة العليا، ملف رقم 73885، قرار بتاريخ 1991/04/23، عدد 2، ص 55.

<sup>45</sup> - المجلس الأعلى، ملف رقم 26709، قرار بتاريخ 1982/02/08، نشرة القضاة 1982، عدد خاص، ص 258.

<sup>46</sup> - المحكمة العليا، ملف رقم 83609، قرار بتاريخ 1992/07/21، اجتهاد قضائي 2001، عدد خاص، ص 134.

إنّ موقف القضاة هذا لم يكن بعيدا عما أقره غالبية الفقه الإسلامي من كون الخلع يوقع الفرقة بين الزوجين بتراضيهما<sup>47</sup> ، بينما: "جمهور الفقهاء على أنه لا يجب على الزوج أن يجيب زوجته إلى ما تطلبه من مخالعة، غير أنه يندب له ذلك وبناء على ذلك فإنّ الخلع لا يتم إلاّ برضا الطرفين واتفقهما على مقدار العوض الذي تدفعه المرأة إلى زوجها مقابل طلاقها منه وهذا يتوقف على الإيجاب والقبول من كليهما"<sup>48</sup> ، وإن كان قائما على طلب الزوجة كأصل عام " فالخلع اتفاق تكون الزوجة هي البادئة بالعرض"<sup>49</sup> .

وعليه ومن هذا المنطلق فالخلع ليس إلاّ رخصة بيد الزوجة موقوفة على إرادة الزوج لا ترقى إلى كونها حقاً: " أنّ الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفساد نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي"<sup>50</sup> .

### ب- الخلع حق خالص للزوجة بالتوازي مع ما للزوج من حق في التطليق:

أما الرأي الثاني فيرى أنّ الخلع حق خالص للمرأة ، منحها إياه الشريعة الإسلامية عن طريقه تفك الرابطة الزوجية برضا الزوج أو من دون رضاه: " ... من أجل فك الرابطة الزوجية بينهما عن طريق الخلع سواء رضي الزوج به أم لم يرض مادامت قد استعملت حقا خولتها إياه الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة"<sup>51</sup> .

وهكذا يتجرد الخلع من طابع الرضائية الذي فرضه القضاء تفسيراً لنص المادة 54، ويصبح حق للزوجة " لكن وحيث أنّ الخلع حق خولته الشريعة الإسلامية السمحاء للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء، وليس عقدا رضائياً كما يزعم الطاعن في طعنه"<sup>52</sup> ، فموافقة الزوج غير ضرورية للحكم بالخلع: " حيث أنّ

<sup>47</sup> - عمران عائشة ، مدى حرية الزوجة في فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع في التشريع الجزائري مقارنة مع أبرز التشريعات العربية، ماجستير ، الجزائر 2008 ، ص 11 وما يليها.

- بناسي شوقي، الخلع دون موافقة الزوج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري والقانون المقارن، مقال منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، 2008 ، عدد 4.

- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزء الأول، 1999، ص 263.

- محمد نصر الجندي، المرجع السابق 2005، ص 43.

<sup>48</sup> - المجلس الأعلى، ملف رقم 21305، قرار بتاريخ 1980/02/25، نشرة القضاة 1980، عدد 1، ص 79.

<sup>49</sup> - المجلس الأعلى، ملف رقم 26709، قرار بتاريخ 1982/02/08، نشرة القضاة 1982، عدد خاص، ص 258.

<sup>50</sup> - المحكمة العليا، ملف رقم 216239، قرار بتاريخ 1999/03/16، اجتهاد قضائي 2001، عدد خاص، ص 138.

<sup>51</sup> - المحكمة العليا، ملف رقم 115118، قرار بتاريخ 1994/04/19، المرجع السابق.

<sup>52</sup> - المحكمة العليا، ملف رقم 141262، قرار بتاريخ 1996/07/30، المجلة القضائية 1998، عدد 1، ص 120.

الخلع ليس عقد رضائي لأنّ الزوجة لها الحق في مخالعة نفسها من زوجها مقابل مبلغ مالي تعرضه على الزوج وأنّ موافقة الزوج غير ضرورية"<sup>53</sup>

بل إنّ الخلع يجسد مبدأ المساواة بين الزوجين في الطرق المخولة لهما في فك الرابطة الزوجية، فكما للزوج الحق في الطلاق فإنّ للزوجة الحق في الخلع، والخلع بالنسبة للزوجة يقابل ما للزوج من حق في العصمة الذي يتمتع به الزوج: " لكن حيث أنه يتبين بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه أنّ المحكمة سببت حكمها بأنّ الخلع حق للزوجة يقابل حق العصمة للطاعن"<sup>54</sup>، وهكذا يتأكد أنّ قضاء الأحوال الشخصية كان السباق في إقرار مبدأ المساواة بين الزوجين في مسألة الفرقة الزوجية، وكان سببا في تعديل المادة 54 سنة 2005.

## 2- الارتقاء بالخلع من الرخصة إلى الحق في تعديل 2005 تكريسا لمبدأ المساواة

إنّ التمييز بين الرجل والمرأة على أساس جنسي ( ذكر - أنثى)، أو على أساس فطري (قوي- ضعيف)، أمر غير مستساغ ويشكل خرقا لأحكام الدستور، وقواعد الاتفاقيات الدولية التي عنيت بحقوق الإنسان، فالأصل أنّ كلا الجنسين إنسان وعليه يحظى كلاهما بنفس الحقوق ونفس الواجبات لا لكونهما رجل وامرأة بل للصفة التي تلتصق بهما بمجرد الميلاد ( إنسان- مواطن)<sup>55</sup>.

كما بيّنا فإن نزعة المساواة بين الرجل والمرأة في علاقتهما الزوجية كان السياق إليها قضاء الأسرة قبل قانون الأسرة، عملا بالمبدأ الدستوري المذكور وتنفيذا للتعهدات الدولية وعلى رأسها اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، حيث أخذت الجزائر على عاتقها تنفيذ أحكام الاتفاقية وإدماجها في تشريعها الداخلي على النحو المتقدم معنا، لأنه وبموجب المصادقة على هذه الاتفاقية سنة 1996 تكون الجزائر قد تعهدت بمراجعة قوانينها التمييزية وعلى رأسها قانون الأسرة<sup>56</sup>، فالتعديلات التي أدخلت على قانون الأسرة تصب كلها في مصب واحد وهو المساواة بين الطرفين، صرح بذلك رئيس الجمهورية بمناسبة

<sup>53</sup>- المحكمة العليا، ملف رقم 336380، قرار بتاريخ 13/07/2005، نشرة القضاة 2006، عدد 61، ص 328.

<sup>54</sup>- المحكمة العليا، ملف رقم 656259، قرار بتاريخ 15/09/2011، مجلة المحكمة العليا 2012، عدد 1، ص 318.

<sup>55</sup>- إنّ المساواة بين الرجل والمرأة من المبادئ الأساسية التي تقوم عليها القوانين الحديثة، وهو المبدأ الذي نادى به الثورة الفرنسية، وتجسد ذلك في وثيقة حقوق الإنسان والمواطن لعام 1789، ليتبنى نفس المبدأ الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في مادته الأولى، ويتأكد في المادة السابعة منه أيضا، وقد أبرز الدستور هذا المبدأ في عدد من نصوصه ( 29-31-51).

<sup>56</sup> - GIDDEF, op.cit., p 08.



8 مارس 2014 في رسالة موجهة للمرأة يوم عيدها: " ... لقد مكن قانون الأسرة المعدل في 2005 من إدخال المزيد من المساواة بين الزوجين..."

بذلك ارتقى المشرع بالمرأة في طلب الخلع من الرخصة إلى الحق الأصيل الذي يقابل حق الرجل في الطلاق<sup>57</sup>، فلم يعد الخلع يتوقف على رضا الزوج بنص المادة 54 المعدلة<sup>58</sup>، بل هو حق خالص للزوجة تمارسه بكل حرية، كما أصبح على القاضي بموجب المادة 54 المعدلة أن يحكم للزوجة بالتطليق مقابل مال تحت تسمية الخلع بموجب طلبها، وبمجرد عرض المقابل دون أي اعتبار لإرادة الزوج، ولم يهمل النص إرادة الزوج في مسألة الخلع فقط وإنما أهملها أيضا في مسألة مقابل الخلع، فما تعرضه الزوجة ليس محل تفاوض إن قبل به الزوج تم له ذلك وإن لم يقبل تدخل القاضي للفصل فيه في حدود مهر المثل.

إنّ تعديل قانون الأسرة فرضته تحديات داخلية ودولية أدت بالمشرع إلى تحوير الشريعة الإسلامية والانحراف عنها، بل نقول أنّ الشريعة الإسلامية لم تعد مصدرا ماديا وحيدا لتنظيم شؤون الأسرة لأن أغلب التعديلات التي أدخلت على هذا القانون سنة 2005 كان سببها التزامات دولية وضغوطات داخلية هدفها جميعا تحقيق المساواة بين الجنسين على اعتبار أنّ قانون الأسرة قانون تمييزي مما يجعله غير دستوري ومخالف تماما لمقتضيات مبادئ حقوق الإنسان وحماية المرأة وصيانة كرامتها وتحقيق حريتها وتمكينها أيضا.

---

57 - « khôl qui le corollaire de la répudiation soit le divorce par volonté du mari »,op.cit., p11 .

58 - محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 728.

## خاتمة

إنّ نزعة المساواة التي دخلت على قانون الأسرة كانت سببا في تعديل نص المادة 54 وتأكيدها لتفسير المحكمة العليا في اعتبار الخلع حق خالص للمرأة كما للرجل حق خالص في الطلاق لا يقيد به إلاّ التعسف - في حين أنّ حق المرأة لا يقيد به هذا الأخير - ليصبح بذلك الخلع ضامنا كاملا لحرية الزوجة في إنهاء العلاقة الزوجية ، وما ذلك إلاّ تجسيدا لمبدأ المساواة بين المواطنين الذي يجسده الدستور بعيدا عن الحكم الشرعي للمسألة.

غير أننا نلاحظ على حكم الخلع في قانوننا أنّ المشرع لخص الموضوع كله في نص واحد مما يشكل قصورا في معالجته ، كما أنّهم المشرع انحصروا في بيان أنه حق تتفرد به الزوجة فضلا للتعارض القضائي وإسكاتها للنداءات المنددة بعدم دستورية قانون الأسرة في هذا الجانب وجوانب أخرى كثيرة.

إنّ موقف المشرع في المادة 54 موقفا غريبا عما ذهب إليه الفقه الإسلامي في الموضوع وإن كان أصل الحكم مستمد منه ، حيث أنه يتم في الأصل باتفاق الزوجين فإذا تعنت الزوج ورفض كان للزوجة أن ترفع أمرها للقاضي ليفرق بينها وبينه بعد ثبوت الكراهية وفشل الحكمين في الإصلاح بينهما ، في حين أنّ القاضي وبنص المادة لم يعد أمامه أي خيار سوى الاستجابة للزوجة وتحصير سلطته التقديرية في بدل الخلع إذا لم يتوصل الطرفان إلى اتفاق.

وأخيرا ما يجب أن نقف عليه أنّ العلاقة الأسرية في الشريعة الإسلامية ليست قائمة على تبادل الحقوق والالتزامات ذلك لأنها ليست مبنية على قاعدة خذ بقدر ما تعطي ، وإنما تبنى على أساس أن لكل من الطرفين التزامات وحقوق تكمل بعضها بعضا ، فإذا قابلنا ما للزوج وما عليه وما للزوجة وما عليها ، لوجدنا أننا في حلقة مركبة تركيبية منطقية يكمل جزئها الأول جزئها الثاني ، فالعلاقة تتكامل ولا تتناظر وعليه لا يمكن أن تكون حقوق الزوج هي نفسها حقوق الزوجة ، ولا العكس أيضا ، بل لكل منهما حقوق وواجبات حسب ما هو مفطور عليه.

# الخلف العام والوارث مفهومان مختلفان لا يتعايشان

## المادة 108 قانون مدني جزائري كمثال

الأستاذة تبوب فاطمة الزهراء

كلية الحقوق، بودواو، جامعة أمحمد بوقرة - بومرداس

### ملخص

أثار مفهوم الخلف العام جدلا واسعا بين الفقهاء خاصة في الدول الإسلامية التي تطبق أحكام الشريعة الإسلامية على مواطنيها فيما يتعلق بالأحوال الشخصية كما هو الحال بالنسبة للجزائر، حيث نجد المشرع جمع بين مفهومين مختلفين للخلف العام من نظامين مختلفين: الأول مفهوم استلهمه المشرع من القانون المدني الفرنسي نص عليه في القانون المدني عند تنظيمه الأحوال المالية والذي يتعلق أساسا بانتقال ذمة المورث كاملة من حقوق والتزامات إلى الخلف العام (المادة 108)، وبالتالي يحل الخلف محل السلف.

أما الثاني فاستلهمه المشرع من أحكام الشريعة الإسلامية ونص عليه في قانون الأسرة (المادة 180) يقوم أساسا على فكرة أن الإرث حق شخصي للمورث ولا تركة إلا بعد سداد الدين، هذا ما يجعل انصراف آثار العقد غير وارد، ومن ثم لا يمكن اعتبار الوارث خلفا عاما لمورثه كما هو الأمر في القانون المدني بل هو من الغير.

هذه الازدواجية في مفهوم الخلف العام ترتب عنها عدم الانسجام بين حكم القانون المدني وحكم قانون الأسرة وخلق صعوبة في تطبيق المادة 108 مدني مما يستدعي إعادة النظر في مفهوم الخلف العام.

### كلمات مفتاحية

الخلف العام، الوارث، السلف، ذمة المورث، التركة، ذوي الحقوق.

## مقدمة

إن اصطلاح المتعاقدين في لغة القانون لا تعني بالضرورة أطرافه الذين ساهموا في إبرامه دون سواهم خاصة عند الكلام عن الآثار التي تنتج عن العقد، فالعقد يسري على أطرافه، وهذا هو الأصل، كما يمتد أثره إلى أشخاص آخرين يتأثرون به وإن لم يساهموا في إبرامه. فهؤلاء الأشخاص هم على العموم من يخلف المتعاقد في ذمته المالية كلها أو بعضها كما هو الحال مع الخلف العام، أو من يخلف المتعاقد في جزء معين من ذمته كما هو الحال مع الخلف الخاص، أو من يخلف المتعاقد في حق شخصي كما هو الحال مع الدائنين.

وقد أثار مفهوم الخلف العام جدلا واسعا بين الفقهاء خاصة في الدول الإسلامية التي تطبق أحكام الشريعة على مواطنيها فيما يتعلق بالأحوال الشخصية كما هو الحال بالنسبة للجزائر، حيث نجد المشرع جمع بين مفهومين مختلفان للخلف العام من نظامين مختلفين:

الأول مفهوم استلهمه المشرع الجزائري من القانون المدني الفرنسي نص عليه في القانون المدني الذي ينظم الأحوال المالية، والذي يتعلق أساسا بانتقال ذمة المورث كاملة من حقوق والتزامات إلى الخلف العام (المادة 108) وبالتالي الخلف يحل محل السلف في الحقوق والواجبات.

وأما الثاني فمفهوم آخر للخلف لا ينسجم ولا يتعايش مع مفهوم الوارث الوارد في ظل الشريعة الإسلامية التي استقى منها المشرع الكثير من الأحكام التي تتعلق بالأحوال الشخصية، هذا المفهوم يقوم أساسا على فكرة أن الإرث حقا شخصيا للوارث، وبالتالي فإن هذا الأخير لا يحل محل سلفه المورث، ولا يمكن مطالبته بديونه (المادة 180 قانون الأسرة)، هذا ما يجعل انصراف آثار العقد أمرا غير واردا، و من ثم لا يمكن اعتبار الوارث خلفا عاما كما نصت على ذلك المادة 108 من القانون المدني. هذا ما يجعلنا نتساءل عن مدى انسجام مفهوم الخلف العام في التشريع الجزائري؟ وهل الوارث هو خلفا عاما لسلفه أم لا يمكن اعتباره كذلك؟

وللإجابة على ذلك نتعرض إلى:

**أولا:** الخلف العام يعد في مركز المتعاقد في القانون المدني.

**ثانيا:** الوارث ليس خلفا عاما وفقا لقواعد الميراث المتضمنة في قانون الأسرة.

## أولاً: الخلف العام يعد في مركز المتعاقد في القانون المدني.

نص المشرع الجزائري في المادة 108 مدني: "ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، ما لم يتبين من طبيعة التعامل، أو من نص القانون، أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث."

والخلف العام، هو "من يخلف السلف في ذمته المالية أو في جزء منها، فيحل الخلف محل السلف بالنسبة للحقوق والواجبات المكونة للذمة المالية"<sup>1</sup>، بمعنى أن الحقوق التي يكتسبها الخلف والواجبات التي يتحملها ليست له ولا عليه من حيث الأصل، وإنما تلقاها لكونه حل محل السلف ويلزم الخلف بالعقد لأن السلف كان ملزماً به<sup>2</sup>؛ فهو إذن في حكم الطرف المتعاقد، وهذا يعني أنه بوفاة المورث تنتقل العقود إلى الخلف العام دون أن يتمكن هذا الأخير من دفعها أو ردها على أساس عدم ثبوت التاريخ أو الطعن فيها بالصورية، ويستند الفقه في تبرير ذلك إلى أن الوارث ليس له حق خاص فهو في مركز السلف<sup>3</sup> ويسري عليه ما يسري على السلف ويحتج عليه بالتاريخ غير الثابت تماماً مثلما يحتج على سلفه باعتباره طرفاً في العقد. وفي حالة الصورية لا يكون للخلف العام التمسك بالعقد الصوري حيث يسري عليه العقد الحقيقي، ويبرر الفقهاء نفاذ العقد الحقيقي على أساس أن الخلف هو في مركز السلف<sup>4</sup>، بينما يكون للغير حسن النية الخيار بين التمسك بالعقد الظاهر أو العقد المستتر، وهذا ما نصت عليه المادة 199 مدني بقولها: "إذا أخفى المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين، والخلف العام هو العقد الحقيقي."

واستلهم المشرع الجزائري قاعدة انصراف آثار العقد إلى الخلف العام من التشريع الفرنسي، كما سبق القول، الذي يرى أن الخلف يخلف السلف في ذمته

<sup>1</sup> - زواوي فريدة، مبدأ نسبية العقد، دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1992، ص 18.

<sup>2</sup> - علي فيلالتي، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر 2008، ص 401.

<sup>3</sup> - عصام أنور سليم، اعتبار الوارث من الغير استثناءً، منشأة المعارف الإسكندرية مصر 1997، ص 18 و19.

<sup>4</sup> - وفي هذا تأثراً بالفقه الفرنسي، الذي يعتبر الخلف امتداداً للسلف فيجري عليه ما يجري على السلف من أحكام ومن ضمنها أنه لا يمكن أن ينصرف إليه إلا العقد الحقيقي.

محمدي سليمان، ضرورة إعادة النظر في مركز الخلف، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، والاقتصادية، والسياسية، العدد 01 لسنة 2009، ص 483.

المالية، فيكمل شخصيته فيما يتعلق بالمعاملات المالية مع الغير، حيث جاء في المادة 1122 مدني فرنسي أنه: "يفترض في الشخص أنه تعاقد لمصلحة الورثة وخلفه..."<sup>5</sup>.

ويرجع أساس هذه الخلافة العامة في القانون الروماني والقانون المدني الفرنسي إلى المبدأ القائل بأن: "الوارث يعتبر استمرارا لسلفه في شخصه وفي أمواله"<sup>6</sup> ويترتب على ذلك أن شخصية الوارث امتداد لشخصية المورث فيحل محله في حقوقه و التزامات ولو زادت هذه الواجبات أو الديون على مقدار ما كسبه من حقوق في التركة.

وتنتقل بالميراث<sup>7</sup> جميع الحقوق المالية سواء كانت عينية<sup>8</sup> أو معنوية أو شخصية، فالحقوق التي للمتوفى في ذمة الغير تلحق بأموال التركة، فهي أموال، وهي حق للدائن ولورثته من بعده، كما ينتقل إلى الخلف العام الحق بأوصافه وتوابعه، فالبطلان أو القابلية للبطلان أوصافا تلحق العقد، وما دام حق السلف كان موصوفا قبل انتقاله إلى الخلف بالقابلية للإبطال، فإن السلف لا يستطيع أن ينقل إلى خلفه أكثر مما كان له، وبهذا لا يقتصر الحق في طلب إبطال العقد فقط على من كانت إرادته معيبة أو لنقص في الأهلية، وإنما يثبت حق الإبطال للخلف العام أيضا، باعتباره طرفا في العقد وحل محل السلف<sup>9</sup>، كما قد يصير الخلف من الغير فلا تتصرف إليه آثار العقود التي أبرمها سلفه والتي يفترض فيها الإضرار بحقوقه من أجل ذلك يكون للوارث الحق في عدم تنفيذ التصرف وإبطاله.

<sup>5</sup> - 1122 On est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants cause, à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention.

<sup>6</sup> - خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 1994، ص 116.

<sup>7</sup> - الإرث هو ما يخلفه المورث من أموال جمعها وتملكها أثناء حياته، فإن التعويض لا يدخل ضمن عناصر التركة لشموليته واستحقاقه لكل متضرر وارثا كان أو غير وارث، ولخضوع التقدير فيه لجسامة الضرر.

قرار المحكمة العليا رقم: 24770 المؤرخ في 14/04/1982، نشرة القضاة عدد خاص 1982، ص 153.

ولا تطبيق المادة 128 من قانون الأسرة المتعلقة بالإرث عند منح التعويض عن الضرر المادي والمعنوي نتيجة حادث مرور.

قرار المحكمة العليا رقم: 580795 المؤرخ في 22/07/2010، مجلة المحكمة العليا عدد 2 سنة 2011، ص 103.

<sup>8</sup> - تورث الحقوق العينية الأصلية، أما بعض الحقوق المنقولة عن الملكية فلا تورث لأنها تنقضي بموت صاحبها كحق الانتفاع والاستعمال والسكن، ولا تورث كذلك الحقوق العينية التبعية كحق الرهن والتخصيص والامتياز لأنها تنتهي بانقضاء الدين المضمون، وما دام الدين يسدد قبل توزيع التركة على الورثة فمن البديهي أن لا تنتقل الحقوق التبعية إلى الورثة.

بالنسبة للحقوق العينية التبعية والجزئية فإنه لا ينتقل منها إلا حق الارتفاق وحده، فهو الذي ينتقل بالميراث وذلك لأنه تابع للمال وقد جرت حقوق الارتفاق مجرى الأموال لالتصاقها بالعقار فتورث معه (المادة 868 قانون مدني).

- محمدي سليمان، ضرورة إعادة النظر في مركز الخلف العام، ص 480 و481.

<sup>9</sup> - ولعرفة آراء أخرى في الموضوع الرجوع إلى: خليل أحمد حسن قداد، الشرح الوجيز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية 1994، ص 84 و85.

وأيدت المحكمة العليا بموجب قرارها المؤرخ في 20 أبريل 1987 قرار قضاة الاستئناف الذي قضى بطلب من الورثة بطلان عقد الهبة وعدم تنفيذ التصرف باعتباره وصية لوarith.

كما أنه في حالة عدم اشتراط القانون شهر بعض الحقوق بالنسبة للمتعاقدين فهذا ينطبق على الخلف العام أيضا كالرهن مثلا إذ هو نافذ فيما بين المتعاقدين ولو لم يقيد، فلو كان مثلا السلف دائنا وأبرم رهنا مع مدينه فهذا الحق ينتقل إلى خلفه العام حتى قبل أن يقيد<sup>10</sup>.

ولما كان محل الحق في التعويض عن الضرر<sup>11</sup> مبلغا من النقود (حقوق مالية)، فهو بذلك يدخل في ذمة السلف المضرور، ومن ثم يكون للخلف الحق في المطالبة به عملا بمبدأ انتقال الحقوق المالية التي كانت للسلف إلى الخلف.

وباعتبار أن آثار العقد تنعكس على أفراد أسرة المتعاقد قد يحدث أن يجمع أقارب الضحية منهم بين حقين: الأول يثبت لهم باعتبارهم خلف، حيث يكون لهم الحق في المطالبة بالتعويض الذي نشأ في ذمة سلفهم قبل وفاته وانتقل إليهم في التركة، والثاني يثبت بصفة شخصية باعتبارهم ذوي الحقوق<sup>12</sup> وبهذه الصفة الأخيرة لا يطالبون بالتعويض عن الضرر الذي لحق بسلفهم وإنما يكون لهم الحق

<sup>10</sup> - زواوي فريدة، المرجع السابق، ص 22

<sup>11</sup> - في الوقت الذي لم يلاق فيه انتقال التعويض عن الضرر المادي إلى الخلف أي اعتراض، لاقى انتقال التعويض عن الضرر المعنوي الكثير من الاعتراضات بين الرافض والتأييد. وارتكزت حجة الرافضين على الطابع الشخصي لمبلغ التعويض على نحو يجعل منه متصلا بشخص المضرور اتصالا وثيقا لا ينفصل عنه، ومن ثم لا يجوز لأي شخص آخر أن يحل محله في المطالبة به مهما كانت الصلة التي تربط بينهما. أما المقيدون فاشتروا لانتقال حق تعويض الضرر المعنوي للخلف العام أحد الأمرين: الأول أن يكون المضرور قد اتفق مع المسؤول على التعويض، أما الثاني أن يكون المضرور قد طالب المسؤول بالتعويض أمام القضاء. وكلما تحقق أحد هذين الشرطين يكون قد عبر فعلا عن إرادته في اقتضاء التعويض. ويترتب على رفع المضرور للدعوى أو بالاتفاق مع المسؤول على التعويض انفصال هذا الحق عن شخصه، وهذا ما يسمح للخلف بالاستمرار في تلك الدعوى، أما إذا لم يتحقق أحد الشرطين لا ينتقل التعويض عن الضرر المعنوي إلى الخلف بل يبقى متصلا بشخص سلفهم ينقضي بوفاته. ورغم العقبات التي واجهها انتقال حق التعويض عن الضرر المعنوي من طرف الفقه والقضاء ظهر اتجاه يؤيد انتقال هذا الحق بحجة أن اتصال الحق في التعويض بشخص المضرور لا يحتج به في مواجهة الورثة لأنهم ليسوا من الغير فهم يخلفون مورثهم في حدود تركته ويقومون مقامه في حقوقه وتبعاً لذلك يبقى شخص مورثهم مستمرا عبر شخصهم فلا تنفصل الدعوى عن شخصه عندما يباشرها ورثته. وبالتالي لا يحتج باتصال دعوى التعويض بشخص المضرور إلا في مواجهة الدائنين عملا بالمادة 189 قانون مدني التي استثنت من الحقوق التي يحق للدائنين المطالبة بها تلك المتصلة بشخص مدينهم والتي لا يجوز لغيره أن يقوم مقامه في المطالبة بها.

خرشف عبد الحفيظ، حق ذوي الحقوق في التعويض، ماجستير كلية الحقوق جامعة الجزائر، ص 23-28.

<sup>12</sup> - ويقصد بذوي الحقوق بحسب المادة 67 من القانون رقم 83-11 المؤرخ في 2 يوليو سنة 1983، المعدل والمتمم، يتعلق بالتأمينات الاجتماعية: 1- الزوج، 2- الأولاد المكفولين، 3- أصول المؤمن له أو أصول زوجته.

في المطالبة بالتعويض عن ما يكون قد لحقهم من ضرر نتيجة انقطاع الإعالة التي كان يقدمها لهم معيولهم حال حياته، لذا يتعين عليهم إثبات تلك الصفة. وهذا الحق الأخير يشاركونهم فيه الأشخاص الذين كانوا في كفالة الضحية سواء كانوا من أقربائه أم من غيرهم.

كما أن التعويض الذي يثبت لذوي الحقوق بصفة شخصية يعتبر حقا خالصا لهم لا يشاركونهم فيه بقية الخلف لأن لكل ذي حق شخصية مستقلة يتبعها حق مستقل، ولا يمكن للدائنين مطالبة ذوي الحقوق بسداد ديون الضحية لأن التعويض ليس إرثا وليس عنصرا من عناصر التركة<sup>13</sup>. وهناك من الحقوق التي لا تورث مطلقا ولا تنتقل للورثة:

1- الحقوق الشخصية المحضة، لأنها عبارة عن حقوق غير مالية، مثل حق الحضانة، وحق الولاية على النفس، فهي ليست بمال فلا تنتقل إلى الورثة، لأن هذه الحقوق لم يكسبها المورث بالعقد لنبعث هل تتصرف إلى الخلف أم لا بل اكتسبها بموجب الشرع والقانون.

2- الحقوق المتصلة بشخص المورث لا تورث ولا تنتقل، كحق النفقة مثلا والأجل في الدين<sup>14</sup>.

3- الحقوق المالية المتصلة بإرادة المورث لا بماله من ذلك الخيارات، كخيار الشرط، وخيار الرؤية، وخيار العيب يختلف حكمها<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> - قرارات المحكمة العليا رقم 24770 ورقم 580795، المذكورة سابقا. أيضا فالمحكمة العليا مستقرة على عدم اعتبار التعويض إرثا، وذلك ما يستشف من القرار الحديث نسبيًا تحت رقم 724804 مؤرخ في 19 جانفي 2012، الذي جاء فيه: "لا يشكل التعويض عن الأضرار الناتجة عن حادث مرور ميراثا". أنظر مجلة المحكمة العليا العدد 1 لسنة 2012، ص 150.

<sup>14</sup> - يرى الأستاذ أحمد عبد الرزاق السنهوري أن حق الأجل في الدين متصل بشخص المدين في الفقه الإسلامي، فقد نظر الدائن فيه إلى شخص المدين لأمانته أو ملاءته أو للشفقة عليه أو للرغبة في إسداء جميل له وهذه كلها اعتبارات شخصية لا تورث، فإذا مات المدين قبل أن يحل أجل دينه لا ينتفع الوارث بالأجل، بل يحل الدين بموت المدين. أما إذا مات الدائن قبل حلول الأجل، بقي الأجل على حاله ولا يحل أجل الدين، ووجب على ورثة الدائن أن يتريصوا حتى ينتهي الأجل ليطلبوا بحق مورثهم.

عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الأجزاء من 4-6، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان 1998، ص 64.

<sup>15</sup> - اختلفت اجتهادات فقهاء الشريعة بخصوص وراثته خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب:

ذهب الحنفية والحنابلة إلى القول بسقوط خيار الشرط بوفاته صاحبه، فلا يخلفه وارثه في استعمال خياره. وبناء على ذلك، فإذا اشترط البائع أو المشتري في عقد البيع الخيار لنفسه أو لغيره ثم توفي قبل أن يختار إمضاء العقد أو فسخه، أو توفي من اشترط له ذلك من الأجنبي عن العقد قبل ذلك، فإن الخيار يبطل ويلزم العقد ولا يكون لو ارث من اشترط له الخيار أن يفسخ العقد بعد ذلك. ويعمل الفقهاء الفائلون بعدم انتقال حق الخيار إلى الورثة، أنه لا يورث إلا ما كان مالا أو في حكم المال، أما الخيار فهو من الحقوق الشخصية التي لا تورث.



فالخيارات الشخصية التي لا تشكل حق مالي لا تنتقل إلى الورثة، فإذا كان العقد لم ينقذ نتيجة اقتترانه بخيار الشرط أو خيار الرؤية أو خيار التعيين، فلا يمكن القول بانتقال الحق إلى الخلف العام لأنه محل محل السلف، ذلك لأن قبول الخلف العام يؤدي إلى إلزامه ابتداءً فلا يمكن القول أن السلف قد التزم واعتبار ما ألتزم به دين على التركة إذا كان قبول السلف لم يصدر في حياته، فلكي يطالب المتعاقد مع السلف بحقه ليخصم من التركة لا بد أن يكون حقه قد نشأ قبل الوفاة<sup>16</sup>.

أما إذا كان العقد قد انعقد ولكن فقط لم تذكر جميع الأوصاف الأساسية، وقد رتب المشرع على عدم تحققها القابلية للإبطال لعدم العلم الكافي (المادة 352 قانون مدني) ففي هذه الحالة ينتقل الحق إلى الورثة، لأنه حق مالي قد ثبت للسلف وينتقل مع العين إلى الخلف العام. وكذلك في الحالة التي يكون السلف استعمل خيار التعيين وحدد المحل بذاته.

ويمكن أيضا إدراج شرط التقييد أو المنع من التصرف ضمن الشروط وهو أمر عرضي لا يدخل في غاية المتعاقد، فيورث الحق المتولد عن التصرف الشرطي وينتقل إلى الخلف العام بوصفه إذ لا تنتقل للورثة إلا حقوق مورثهم بحالتها<sup>17</sup>.

غير أن انصراف آثار العقد إلى الخلف العام ليس مطلق كما هو واضح من المادة 108 مدني بل مقيد بحدود تتمثل في بعض الاستثناءات تضمنتها المادة نفسها بموجب عبارة "ما لم يتبين من طبيعة التعامل أو من نص القانون، أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام".

---

في حين يرى المالكية والشافعية أن حق الخيار لا يبطل ب وفاة المورث، بل ينتقل بموته إلى ورثته، فالوارث يقوم مقام مورثه في الإجازة والفسخ حسب ما يريد، لأن الوارث يخلف مورثه في كل ما ترك من مال وحقوق ومنها حق الخيار. وعلى عكس إرث خيار الشرط، فلا خلاف بين الفقهاء في أنه إذا مات من ثبت له خيار العيب قبل أن يختار إمضاء العقد أو فسخه، لم يسقط الخيار بموته بل ينتقل إلى ورثته، ذلك أن الخيار أثر من آثار العقد فينتقل معه تبعاً له، فيكون للوارث، بعد موت مورثه، من الخيار ما كان لمورثه. أما بخصوص وراثه خيار الرؤية فقد اختلف الفقهاء في ذلك، منهم من يرى أن هذا الخيار لا ينتقل إلى الورثة ومنهم من يرى عكس ذلك.

السعيد جعفرور، الخيارات العقدية في الفقه الإسلامي كمصدر للقانون المدني الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر، ص 42 ومايليها.

<sup>16</sup> - محمدي سليمان، نفاذ العقد، الجزء الأول، دكتوراه كلية الحقوق جامعة الجزائر 2003-2004، ص 150.

<sup>17</sup> - محمدي سليمان، نفاذ العقد، ص 149.

في هذه الاستثناءات لا يخلف فيها الخلف العام سلفه لكن يبقى خلفا، ويمكن أيضا إضافة اتفاق المتعاقدين إلى هذه الاستثناءات على أساس أن ذلك لا يتعارض مع القواعد العامة للقانون.

**طبيعة التعامل:** قد لا تتفق طبيعة التعامل مع انتقال آثار العقد إلى الخلف العام، كأن يكون الأثر إيرادا مرتبا مدى الحياة(المادة 613 قانون مدني)، فمن طبيعة العقد، كما يدل عليه اسمه، أن ينقضي الحق الناشئ عنه بموت الدائن بالإيراد، كذلك تمنع طبيعة التعامل انتقال آثار العقد إلى الخلف العام في الحقوق والالتزامات التي تقوم على أساس الاعتبار الشخصي، كما في التعاقد مع مهندس، أو محامي، أو الوكيل، ففي هذه الحالات كلها يؤدي موت المتعاقد إلى انقضاء العقد.

**القانون:** قد ينص القانون على وجه الاستثناء على عدم انتقال آثار بعض العقود إلى الخلف العام، نظرا لاتصال الالتزامات الناشئة عنها بشخص المتعاقد، من ذلك حق الانتفاع، فهو من الحقوق التي تنقضي بموت المنتفع دون أن ينتقل إلى الورثة(المادة 852 قانون مدني)<sup>18</sup>،

كذلك الأمر بخصوص حق الاستعمال والسكن فقد نصت المادة 857 مدني على أنه تطبق عليهما نفس الأحكام المقررة لحق الانتفاع و بالتالي ينتهيان بوفاة صاحبهما. أيضا، عقد الوكالة ينتهي بموت الموكل أو الوكيل (المادة 586 قانون مدني)، وعقد الشركة ينتهي بموت أحد الشركاء (المادة 439 قانون مدني).

<sup>18</sup> - باستثناء حق الانتفاع الدائم الممنوح بموجب القانون رقم 87-19 المتضمن ضبط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الوطنية و تحديد حقوق المنتجين و واجباتهم، الذي كان يسمح بانتقال حق الانتفاع إلى الورثة بعد وفاة المنتفع، كما تنص على ذلك المادة 23 منه التي جاء بها أنه: "يكون حق الامتياز قابلا للتنازل والتوريث والحجز، طبقا لأحكام هذا القانون"، ونفس الاستثناء بالنسبة لحق الاستغلال نص عليه القانون رقم 2010-03 المؤرخ في 2010/08/15 يحدد شروط وكيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الخاصة للدولة وذلك بموجب المادة 13: "يكون حق الامتياز قابلا للتنازل والتوريث والحجز، طبقا لأحكام هذا القانون" والمادة 25: "في حالة الوفاة يمنح الورثة أجل سنة ابتداء من تاريخ وفاة مورثهم من أجل: - اختيار واحد منهم ليمثلهم ويتكفل بحقوق وأعباء مورثهم في المستمرة، مع مراعاة أحكام قانون الأسرة في حالة وجود قصر، - التنازل بمقابل أو مجانا لأحدهم، - التنازل عن حقوقهم حسب الشروط المحددة في هذا القانون. بعد انقضاء هذا الأجل، وعند عدم اختيار الورثة لإحدى الحالات المبينة في هذه المادة، يخطر الديوان الوطني للأراضي الفلاحية الجهة القضائية المختصة بذلك.

**اتفاق المتعاقدين:** يضيف الفقهاء قيدها ثالثاً للقيدين السابقين، يؤدي إلى عدم انصراف أثر العقد إلى الخلف العام، ألا وهو الاتفاق، على أساس أن العقد شريعة المتعاقدين، فإذا اتفق السلف قبل موته مع المتعاقدين على عدم انتقال الحقوق والالتزامات المترتبة عن العقد، فإن ذلك مؤداها، أن هذه الحقوق والالتزامات لا يجوز انتقالها إلى الخلف العام<sup>19</sup>، كالتزام الواعد ببيع منزل بشرط أن يتم ذلك وهو على قيد الحياة، رغم أن المادة 108 قانون مدني لم تنص على هذا القيد صراحة، إلا أنه لا يتعارض والقواعد العامة للقانون، وبالتالي يجب إضافته للقيود المنصوص عليها في هذه المادة.

### **ثانياً: الوارث ليس خلفاً عاماً وفقاً لقواعد الميراث المتضمنة في قانون الأسرة.**

بالإضافة إلى الاستثناءات السابقة التي لا يخلف فيها الخلف السلف لكن مع بقاءه خلفاً ثمة حالة يصبح فيها الخلف العام من الغير لا يلتزم بالالتزامات المورث تطبيقاً للشق الأخير من المادة 108 من القانون مدني، الذي ينص على أن: "... كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث"، وتطبيقاً للقاعدة الشرعية المنصوص عليها في قانون الأسرة الذي يتضمن هذه القواعد الأخيرة، وخاصة المادة 180 منه، التي تنص على أنه: "لا تركة إلا بعد سداد الديون الثابتة في ذمة المتوفى"<sup>20</sup>، التي استمدها المشرع من أحكام الشريعة الإسلامية، فمن الواضح أن هذه القاعدة لا تتعايش مع ما يقضي به القانون الفرنسي الذي يجعل الخلف العام في مركز السلف ويحل محله في العقود ويلزم بالتزاماته.

<sup>19</sup> - "إن القضاء بإخراج محطلة البنزين من التركة قبل إجراء مشروع قسمة، لكون حق تسيير المحطلة ينتهي بموت المورث طبقاً لما اشترط في العقد فلا ينتقل إلى الورثة تلقائياً بعد تطبيقاً سليماً للقانون المحكمه العليا غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم: 251091 مؤرخ في 2001/02/21، المجلة القضائية عدد 2 لسنة 2002، ص413.

<sup>20</sup> - لا تقسم التركة بين الورثة حتى تقضى الديون عن الميت لقوله عليه الصلاة والسلام: "نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه"، رواه أحمد ابن حنبل، وتقسّم الديون إلى ثلاثة أنواع:

1- الديون المتعلقة بالأعيان، ومن أمثلتها الأعيان المرهونة، وحق البائع في البيع إذا لم يكن قد استوفى الثمن. فمن رهن شيء وسلمه ثم مات، فمن حق الدائن المرتهن أن يستوفى دينه من التركة قبل إخراج أي حق آخر.

2- الديون الثابتة للعباد، وهي الديون الشخصية أو المطلقة، وهي مقدمة في الأداء على ديون الله تعالى، وذلك لحاجة العباد وغنى الله عز وجل.

3- الديون المتعلقة بذمة الميت، ولكنها ديون الله سبحانه وتعالى وتثبت للفقراء كالزكاة والكفارات والنذور التي لم يقم بأدائها في حياته.

بلحاج العربي، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ص 41.

فالدين في القانون الفرنسي ينتقل إلى ذمة الوارث كما ينتقل الحق إليه كذلك، ولدائني التركة كقاعدة عامة أن ينفذوا على أموال الوارث الشخصية، ويرجع ذلك لفكرة اندماج الذمة المالية للوارث بالذمة المالية للمورث، هذا طبعاً إذا قبل الوارث التركة على حالتها<sup>21</sup>.

وتطبيقاً لقواعد الشريعة الإسلامية في الميراث، والتي أخذ بها القانون المدني الجزائري وقانون الأسرة، فالخلف العام لا يخلف سلفه إلا في حقوق التركة دون ديونها، فإذا أبرم المورث عقداً رتب في ذمته ديناً، ومات قبل الوفاء بالدين، فإن الدين لا ينتقل إلى ذمة وارثه بل يبقى في التركة، وتصبح التركة هي المسؤولة عنه إلى أن يسدد، ثم تسدد بعد ذلك وصايا المورث في حدود ثلث التركة بعد وفاء الديون. وبعد سداد الديون والوصايا يكون الباقي من التركة نصيب الورثة ينتقل إليهم ميراثاً، ويوزع بينهم كل بقدر النصاب الذي يستحقه من التركة.

ومن ثم فالوارث لا يحل محل المورث ولا يمكن اعتباره خلفاً عاماً كما نصت على ذلك المادة 108 قانون مدني، وهو ما أكده قرار المحكمة العليا الذي جاء فيه: "الديون الثابتة في ذمة المتوفى، متعلقة بالتركة وحدها، ولا تنتقل إلى أشخاص الورثة".

ولما تبين أن قضاة الاستئناف قد برروا قضائهم بكون ديون مورث الطاعنين تنتقل إلى الورثة هم خلفهم العام وبالتالي فهم ملزمون بتسديد ديونه التي خلفها مما يفهم معه أنهم جعلوا ديون المتوفى متعلقة بأشخاص ورثته خلافاً لمقتضى المادة 180 من قانون الأسرة التي تجعل الديون الثابتة في ذمة المتوفى متعلقة بالتركة وحدها، فقضاة المجلس كما فعلوا يكونون قد أخطئوا في تطبيق القانون مما يعرض قرارهم للنقض<sup>22</sup>.

وإذا كان انصراف أثر العقد إلى الخلف العام مقيد بقواعد الميراث المنصوص عليها شرعاً، فهذا مرتبط بوقت انتقال التركة إلى الورثة، حيث تنص المادة 774 قانون مدني، بأن: "تسري أحكام قانون الأحوال الشخصية على تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الميراث وعلى انتقال أموال التركة".

<sup>21</sup>- 785 L'héritier universel ou à titre universel qui accepte purement et simplement la succession répond indéfiniment des dettes et charges qui en dépendent. Il n'est tenu des legs de sommes d'argent qu'à concurrence de l'actif successoral net des dettes.

<sup>22</sup>- المحكمة العليا، قرار رقم 295913 بتاريخ 22/06/2005، مجلة المحكمة العليا العدد 1 لسنة 2005، ص 69.

يلاحظ أن هذا النص يجعل الميراث طريقة من طرق كسب الملكية دون أن يحدد وقت انتقال التركة إلى الورثة، كما ينص قانون الأسرة في المادة 127 منه: "يستحق الإرث بموت المورث حقيقة أو باعتباره ميتا بحكم القاضي". وهذا النص أيضا لا يحدد وقت انتقال التركة إلى الورثة، وكل ما جاء فيه هو أن موت المورث يؤدي إلى تعيين الورثة الذين يستحقون الإرث. كما أن نص المادة 180 قانون الأسرة أيضا لا يحدد وقت انتقال التركة وإنما يدل فقط على أن التركة لا تخلص للورثة إلا بعد سداد مصاريف تجهيز الميت وأداء الديون وتنفيذ الوصايا، وهذا ما اتفقت عليه جميع المذاهب الفقهية لأن القول بانتقال التركة قبل سداد الديون لا يعني تخلصها من الديون بل تبقى عالقة بها إلى حين سدادها<sup>23</sup>.

ويلاحظ اختلاف في آراء المذاهب الفقهية حول وقت انتقال ملكية التركة المدينة إلى الورثة وتفسير قاعدة: "لا تركة إلا بعد سداد الدين":

**الرأي الأول:** إن ملكية المورث المتوفى تبقى فيما يحتاج إليه من تجهيز وتكفين وسداد ديون وتنفيذ وصاياه، فلا تركة إلا بعد سداد الديون والحاجات الضرورية للمورث، وحجة أصحاب هذا الرأي قوله تعالى في آية الموارث: {... مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ...}<sup>24</sup>، فقد ذكر الله ذلك بعد أن بين نصيب كل وارث<sup>25</sup>.

والنص في الآية الكريمة المذكورة عام مطلق يشمل كل التركة المدينة سواء أكان الدين مستغرقا لها أم كان بجزء منها.

وعلى هذا الرأي لا يجوز للوارث أن يتصرف في التركة قبل سداد الدين، لأنه يتصرف فيما لا يملك ما دامت ملكيته لا تبدأ إلا بعد وفاء جميع الديون.

**الرأي الثاني:** تنتقل ملكية التركة المدينة إلى الورثة بمجرد وفاة المورث سواء كان الدين مستغرقا لها أم كان بجزء منها، على أن يتحمل الورثة الديون، أي تنتقل التركة محملة بديونها إلى ورثة المتوفى في حدود ما ترك من أموال أو حقوق لا فيما

<sup>23</sup>- زواوي فريدة، مدى تعارض انتقال التركة المدينة إلى الورثة مع قاعدة لا تركة إلا بعد سداد الديون، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، والاقتصادية، والسياسية الجزء 33 رقم 2 جامعة الجزائر سنة 1995، ص 333.

<sup>24</sup>- سورة النساء، الآية 11.

<sup>25</sup>- هذا ما قال به جمهور المالكية وفريق من الحنابلة وقول للحنفية.

• المدونة الكبرى، الجزء 13، ص 57.

• المغني، الجزء 3، ص 497.

• البدائع، الجزء 7، ص 30 وتبيين الحقائق، الجزء 15، ص 213.

يزيد على ذلك، وفي هذا الحال يلتزم كل وارث بوفاء جزء من الدين بمقدار ما يصيبه من نسبة الميراث، أي إن كان يرث نصف التركة فيرث أيضا نصف الدين بحيث يقوم بوفائه للدائن<sup>26</sup>.

واستدل أصحاب هذا الرأي بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: "من ترك مالا أو حقا فلورثته"، ولا تعارض بين هذا الحديث وبين الآية التي احتج بها الرأي الأول لأنه يمكن تفسيرها بأن التركة لا تنتقل إلى الورثة انتقالا تاما مستقرا إلا بعد وفاء الديون وتنفيذ الوصية.

يلاحظ أن الآية الكريمة سوت في الحكم بين سداد الدين وتنفيذ الوصية ولم يقل أحد بأن الوصية تمنع انتقال التركة قبل تنفيذها فلماذا تمنع انتقال التركة قبل سداد الديون وكلا الحكمين وردا في آية واحدة<sup>27</sup>.

**الرأي الثالث:** يفرق أصحاب هذا الرأي بين التركة المستغرقة بالدين، فلا تنتقل للورثة بل تبقى على حكم ملك المورث المتوفى إلى أن يسدد الدين. أما إذا كانت التركة مدينة بجزء منها، فينتقل الجزء غير المحمل بالدين إلى الورثة ويبقى الجزء الذي يقابل الدين على ذمة المتوفى حتى يقوم الورثة بوفائه، أي يخصص جزء من التركة لسداد الدين ثم يوزع بقية المال على الورثة.

وهذا الرأي كما يبدو حل وسط بين الرأي الأول الذي يقول لا تركة إلا بعد سداد الدين بحيث لا ينتقل جزء منها إلى الورثة إلا بعد وفاء جميع الديون وبين الرأي الذي يقول تنتقل التركة محملة بديونها إلى الورثة في حدود قيمتها<sup>28</sup>.

وواضح أن المشرع الجزائري لا يجيز انتقال التركة المدينة إلى الورثة، ولا يجوز بالتبعية تصرف الوارث في التركة وهذا لعدم وجود حماية لدائني المورث من تصرف الوارث في التركة المدينة، وإذا كان في ذلك إنصاف للدائنين، فإن تصفية التركة تقتضي إجراءات تستغرق وقتا طويلا إلى جانب مصاريف قد ترهق الشركات الصغيرة، مما يضر بالورثة. فيمكن إذن حماية الدائنين و الورثة معا

<sup>26</sup>- وهذا ما ذهب إليه جمهور الشافعية والحنابلة، وبعض الشيعة الإمامية.

• المهذب، الجزء 1، ص 372.

• كشاف القناع، الجز 3، ص 540.

<sup>27</sup>- عبد الرحمان الصابوني، المدخل لدراسة التشريع الإسلامي، منشورات جامعة حلب، كلية الحقوق 2007، ص 250.

<sup>28</sup>- عبد الرحمان الصابوني، نفس المرجع، ص 251.

بانتقال التركة المدينة إلى الورثة وحفاظا على المبادئ الشرعية لا تخلص التركة إلا بعد سداد الديون ولا تعارض بين هذا القول وقوله تعالى في أية الموارث: { ... مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دِينَ... }<sup>29</sup>.

وسواء انتقلت التركة إلى الوارث بمجرد موت المورث، أو تأخر انتقالها إلى حين سداد ديون المتوفى ففي كل الأحوال فإن الوارث لا يلزم بديون المورث، وهذا يعني حتما أن الوارث يظل من الغير خارج عن إطار إلزامية العقد فلا يلتزم بالالتزامات المترتبة عن العقود التي أبرمها سلفه تطبيقا للمادة 180 من قانون الأسرة التي فرضت واقعا مغايرا تماما على ما هو معروف كقاعدة عامة في التقنين المدني التي تقضي بانتقال ذمة المورث إلى ورثته، حيث أشارت المادة في فقرتها الثانية: "إن ديون المتوفى لا تنتقل إلى الورثة" بل تؤخذ من التركة أي لا يتحملها الوارث، وهذا عكس ما هو عليه الأمر في القانون المدني حيث أن ذمة المورث من حقوق والتزامات تنتقل إلى الوارث، وهو بهذا المفهوم يمثل الخلف العام، أما في قانون الأسرة لا تنتقل إلى الوارث إلا الحقوق دون الالتزامات تطبيقا لقاعدة لا تركة إلا بعد سداد الديون، التي تعتبر المصدر أو المرجع في تنظيم مسألة انتقال ذمة المورث إلى الورثة، وبهذا المفهوم فإن الوارث لا يعد خلفا عاما لمورثه كما هو الأمر في القانون المدني بل هو أجنبي عن السلف.

هذه الازدواجية في مفهوم الخلف ترتب عنها عدم انسجام بين أحكام القانون المدني وأحكام قانون الأسرة وخلق صعوبة في تطبيق المادة 108 من القانون المدني.

في النهاية إن مفهوم الخلف العام غير منسجم في التشريع الجزائري وذلك راجع لتأثر المشرع بالقانون الفرنسي الذي يتعارض مع ما هو مقرر في قانون الأسرة المستمد من الشريعة الإسلامية، ولذلك نرى أنه لا بد من إعادة النظر في مفهوم الخلف العام.

<sup>29</sup>- زواوي فريدة، مدى تعارض انتقال التركة المدينة إلى الورثة مع قاعدة لا تركة إلا بعد سداد الديون، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، والاقتصادية، والسياسية الجزء 33 رقم 2 جامعة الجزائر سنة 1995، ص 334.

# المقاربات بين القانون الجزائري والشريعة الإسلامية

## أحكام نظرية الظروف الطارئة مثالا

حامق ذهبية، أستاذة محاضرة  
كلية الحقوق - جامعة الجزائر 1

---

### ملخص

إن القانون، باعتباره قواعد قانونية تلزم أفراد مجتمع معين، حسب ما يتماشى مع ما يتميز به هذا المجتمع. غير أنه قد يتبنى بعض القواعد من نظام آخر. إن إشكالية هذه الدراسة تسعى إلى معرفة مدى تأثير القانون المدني الجزائري، في إطار تكريس نظرية الظروف الطارئة، بتطبيقاتها في الفقه الإسلامي. وبالرغم من تجاهل القانون المدني الفرنسي لهذه النظرية، وبالرغم من اتحاد القيم العربية الإسلامية بين النظامين، فإن تأثيره اقتصر بفحوى مبادئ الشريعة الإسلامية وبقي متمسكا بالمفهوم الغربي لهذه النظرية.

### الكلمات المفتاحية:

الظرف الطارئ، الفقه الإسلامي، تعديل العقد، العذر الشرعي، الالتزام المرهق، الضرر الفاحش.



## مقدمة

يعد العقد من أهم مصادر الالتزام تداولاً بين الناس في أي مجتمع كان، لاسيما أنه يدير شؤونهم القانونية والاقتصادية وهذا منذ قرون، فلم يتغير هذا الهدف، وبقي العقد شريعة المتعاقدين، بمعنى أن القاعدة تكرس احترام إرادة المتعاقدين، بحيث تجد تبريرها في إلزامية توافق حسن النية لدى أطراف العقد، والتي تعتبر من الضرورات لإقامة الأمن القانوني في العلاقات العقدية وتنفيذ ما تضمنه العقد وحتى مستلزماته. لكن قد نستند أيضاً إلى نفس المبدأ، بمعنى حسن النية، لتبرير عدم تنفيذ العقد من طرف أحد المتعاقدين وذلك لظروف طارئة لا يد للمتعاقد الآخر فيها، والتي قد تطرأ على العقد وقت تنفيذه<sup>1</sup>.

إذا كانت نظرية الظروف الطارئة، تعرف في القوانين الحديثة ومنها في قانوننا، فلقد مرت بتطور عبر العصور ولم تأخذ بها التشريعات بنفس الشروط. واستبعدت منذ بدأ ظهور التقنيات الكبرى للقرن التاسع عشر، مما أدى إلى مناقشات حادة، وأحسن دليل على ذلك القرار المشهور المتعلق ب"كنال دي كرابون"<sup>2</sup> الذي رفض رفضاً باتاً مراجعة العقود في حالة ما إذا طرأت ظروف استثنائية. غير أن وفي منتصف القرن العشرين، تولت بعض القوانين الغربية التخفيف من حدة مبدأ سلطان الإرادة، بالاعتراف بنظرية الظروف الطارئة سواء عن طريق القضاء أو القانون، كالقانون المدني الإيطالي وقانون الالتزامات البولوني مثلاً. وهذا ما فعله المشرع عندما استحدث مبدأ مراجعة العقد إذا طرأت ظروف استثنائية أثناء تنفيذه.

وما يلفت الانتباه أن تطبيقات هذه النظرية وجدت في الشريعة الإسلامية التي سبق وجودها التشريعات الحديثة، ونعني بهذه الأخيرة النظام القانوني الذي كان مأخوذاً من طرف المذاهب الإسلامية المتمثل في التطبيقات التي كانت في مرتبة القانون، وهذا قبل عهد التقنيات والتشريعات<sup>3</sup>، وهذا ما يجعلنا نتساءل عما إذا كان مشرعنا قد تأثر بأحكام هذه الشريعة، عند تكريسه لهذه

<sup>1</sup> - تبين لنا أن المشرع نقل النص من أحكام المادة 147 من القانون المدني المصري، لكن اختلف معه من ناحية القواعد الشكلية. فبينما أشار إليها القانون عندنا في المادة 107/3 وربطها بحسن النية، فقد ربطها المشرع المصري بالقوة الملزمة للعقد.

<sup>2</sup> - Arrêt canal de Craponne du 6 mars 1876, Sirey 1876-1979, p 74 et s.

<sup>3</sup> - CH.Chehata, La théorie de la responsabilité dans les systèmes juridiques des pays du proche orient, 1967, P 884, (www.persée.fr).

النظرية، علما أن عرض الأسباب مشروع الأمر المتعلق بالقانون المدني<sup>4</sup> قد أشار بوضوح إلى تبني تقنين يكون مستلهما من قيمنا العربية الإسلامية، أي إعداد قانون جزائري أصيل وذلك بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية، ربما هذا ما جعل المشرع لم يتردد باعتناقه هذه النظرية بالرغم من غيابها من القانون المدني الفرنسي متأثرا بما كان يسود فيها من تطبيقات. لاسيما أن الهدف الذي يسعى إليه كل من القانون الجزائري والشريعة الإسلامية يتمثل في ممارسة نظرية الظروف الطارئة في إطار ومفهوم اجتماعي لتعديل العقد، وفي معرفة كيفية توزيع الأموال، والامتيازات والمخاطر التي قد تنتج عنه.

غير أن القوانين العربية، ومن بينها القانون الجزائري، خضعوا لتطور المبادئ القانونية التي كانت سائدة في الدول الغربية، وأدى ذلك إلى حلول هذه الأخيرة محل القوانين التي استقرت منذ قرون في الدول الإسلامية، وتركت مكانها للمفاهيم الحديثة الأكثر تطورا، ومنها المفهوم المتمثل في نظرية الظروف الطارئة، لكن هل يمكن أن نتصور تجاهل المشرع لكل ما أنجز خلال هذه القرون في ظل هذه النظرية؟ فبالرغم من أن فروع و تطبيقات هذه النظرية موجودة فعلا في أحكام الفقه الإسلامي، إلا أن تأثر القانون المدني بها بقي نسبيا، فهل حاول المشرع عندنا أن يوفق بين حلول الشريعة الإسلامية وتلك الموجودة في الدول الغربية أم أنه لم يتأثر بهذه الأخيرة إلا من حيث المبدأ فقط؟ ونتساءل عن بقايا هذا النظام، من حيث المفهوم الإسلامي لهذه النظرية، في القانون المدني؟ وللمعرفة ذلك، يستوجب علينا الرجوع إلى الخطوط العريضة لنظام نظرية الظروف الطارئة في الشريعة الإسلامية (I) لكي نتمكن من دراسة مدى تأثر القانون الجزائري به (II).

## I- نظام نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي

لقد كان مفهوم الظروف الطارئة من المفاهيم التي عرفت في أحكام الفقه الإسلامي ولها أسس في القرآن والسنة، لكن دون أن تضع لها نظرية عامة كالتي هي معروفة في القانون الوضعي، غير أن ذلك لم يمنع الفقهاء استنادا إلى ما صدر عنهم من اجتهادات وإلى المصادر العامة وعلى تطبيقات متنوعة في مسائل مختلفة أن يتوصلوا إلى صياغة نظرية عامة، فيقتضي منا الأمر أن نتساءل قبل

4- Exposé des motifs du projet d'ordonnance portant code civil.

كل شيء عن مفهوم لهذه النظرية المقررة في الفقه الإسلامي (1) ونبحث عن أحكامها، بمعنى أركانها وشروطها، والآثار المترتبة على توافرها (2).

## 1- المفهوم الإسلامي لنظرية الظروف الطارئة

سننتولى من خلال المفهوم تبيان تعريف النظرية (أ) وتأصيلها (ب).

### أ- تعريف النظرية

بما أن فقهاء المسلمين لم يضعوا نظرية عامة للظروف الطارئة التي قد تطرأ على تنفيذ العقد، وكانوا يبحثون كل واقعة على حده ويضعون لها أحكاما بما يتماشى مع ما يطلق عليه في القوانين الوضعية بصفة عامة وفي القانون الجزائري بصفة خاصة "بنظرية الظروف الطارئة". فلم يكن لها وجود في كتب الفقه الاسلامي القديمة، وإنما كان الفقهاء يعالجون تلك الحالات والمشاكل من خلال اجتهاداتهم وذلك حسب فهمهم للقرآن والسنة والإجماع<sup>5</sup>.

كما يجب لفت النظر إلى نقطة مهمة، وهي أنه إذا كان نطاق نظرية الظروف الطارئة في القانون الوضعي يتكون من مفهوم واحد تحكمه ضوابط عامة لا تختلف باختلاف الظروف الطارئ، فإن الأمر غير ذلك في أحكام الفقه الإسلامي، إذ يتكون من مفاهيم مختلفة، تحكمه ضوابط مختلفة يختلف باختلاف الظروف الطارئ. فحكم العذر في عقد الإيجار مثلا يختلف عن الحكم المعمول به في نظرية الجوائح<sup>6</sup>.

صحيح أن عبارة "نظرية الظروف الطارئة" لم نجد لها أثر في كتب الفقه الإسلامي، غير أن الفقه متفق على أن هذه العبارة التي تستعمل في معظم القوانين العربية الوضعية التي تأخذ بهذه النظرية، قد وجدت فروعا وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي<sup>7</sup>، ويطلق عليها بنظرية الضرورة أو العذر<sup>8</sup> وقد عرفت تطبيقات عديدة في مسائل مختلفة ومنها الصور التالية:

<sup>5</sup> - السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة بالفقه الغربي -، دار الفكر، 1968، جزء 6، ص 30.  
<sup>6</sup> - محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، جامعة الزقازيق مجموعة رسائل دكتوراه دون تاريخ النشر - فتحي الدريني، النظريات الفقهية، مطبعة خالد بن الوليد 1981-1982، ص 144 وما يليها.  
<sup>7</sup> - فتحي الدريني، سابق الذكر نفس الصفحة.  
<sup>8</sup> - وحيد الدين سوار، أبحاث إضافية في القانون المدني الجزائري، محاضرات أقيمت على طلبية ماجستير، سنة 78-79، ص 105.

تتمثل الأولى في فسخ عقد الإيجار للعدر. ويعرف العذر بأنه "عجز العاقد عن المضي في موجب العقد إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بهذا العقد".<sup>9</sup> فإذا طرأ ظرف أثناء تنفيذ العقد وجعل تنفيذ التزام أحد المتعاقدين يؤدي إلى إلحاق ضرر به، يحق لهذا الأخير فسخ عقد الإيجار لأنه لو استمر في تنفيذه لتحمل صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد.

ويمكن أن يتعلق العذر بالمؤجر كأن يلحقه دين فادح لا يمكن دفعه إلا من ثمن العين المؤجرة، فيجوز له الفسخ لتفادي الضرر الذي قد يلحق به. وقد يقع العذر في جانب المستأجر، كما في حالة إفلاسه فيقوم من السوق ويترك تجارته، فذلك يعد عذرا لطلب فسخ استئجار الحانوت. كما قد يتعلق بالعين المؤجرة، كأن تهلك العين المؤجرة كانهدام المنزل المستأجر مثلاً. و لم تتفق المذاهب على حكم واحد في فسخ الإيجار للعدر، وتوسع فيه كثيرا المذهب الحنفي، بينما ضيق منه باقي المذاهب.<sup>10</sup>

تتمثل الصورة الأخرى للظرف الطارئ في الجوائح<sup>11</sup> في بيع الثمار والزروع، ومجاله واسع في المذهب المالكي والحنبلي. وعرفت الجائحة بأنها "ما لا يستطاع دفعه من أمر سماوي كبرد وثلج وغبار و سموم أي ريح حار وجراد وفأر و نار ونحو ذلك أو جيش". وعرفت أيضا "الآفة أو المرض الذي يصيب الثمار والبقول فيؤدي إلى التقليل من قيمتها ومن كميتها أو إلى القضاء عليها"<sup>12</sup>. أو ما يصيب "الثمر من السماء كالبرد والتحط والعطش"<sup>13</sup>. يظهر مما سبق أن الجائحة هو كل ما يصيب الثمار والزروع أو البقول فينقص من قيمتها بدرجة غير عادية أو يقضي عليها، لا يمكن دفعه و الاحتراز منه عادة.

<sup>9</sup> - مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر لشيخ زادة ج 2، ص399، مشار إليه في محمد محي الدين إبراهيم سليم، سابق الذكر، ص 457.

<sup>10</sup> - السنهوري، مصادر الحق، سابق الذكر، ص103.

<sup>11</sup> - راجع الاختلاف القائم بين المذاهب في اعتبار هذا الظرف كظرف طارئ، بولحية جميلة، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، ماجستير 1983، كلية الحقوق، الجزائر، ص 23 وما يليها. راجع أيضا المدونة الكبرى للإمام مالك ج 1، ص37 وما يليها.

<sup>12</sup> - بولحية جميلة، سابق الذكر، ص 22.

<sup>13</sup> - راجع أكثر تفاصيل في: السنهوري، سابق الذكر، ص 104. و تجدر الإشارة إلى أن هناك اختلاف داخل نفس المذهب، في اعتبار هذه الآفات كلها جوائح.

يتمثل أيضا الظرف الطارئ في تقلب قيمة النقود، وعالجها خاصة المذهب الحنفي.<sup>14</sup> إن اليوم ونظرا لتشابك العلاقات الاقتصادية بين الدول ولكثرتها ولاختلاف قيم السلع والخدمات، فقد أصبحت النقود هي الضابط المستند إليه لتقييم هذه الأخيرة. حتى أصبحت تؤثر على كل فروع الاقتصاد، وهذا خلافا لما كان موجودا في المجتمعات القديمة، لكن لما بدأت تظهر مسألة تقلب قيمة النقود وشاعت الظاهرة في ذلك الوقت، نتيجة لصدور أوامر سلطانية تقرر تغيير قيمة النقود، أدى إلى اعتبار هذه الأوامر ظروف طارئة لها أثر في قيمة النقود. ويتمثل ذلك مثلا في اتفاق بين البائع والمشتري على ترك الخيار للمشتري أن يدفع الثمن بالنقود السائدة في السوق ثم تخفض قيمة هذه النقود، لكي لا تكون سببا في ظلم أحد المتعاقدين، يتولى الرد على ضوء الموازنة بين مصلحة المشتري والبائع ويوزع عبء الخسارة عليهما، أو ما يسمى ب"الصلح على الأوسط".<sup>15</sup>

## ب- تأصيل النظرية

إن الأسس التي تقوم عليها هذه النظرية ترجع إلى أصول تشريعية عامة بمعنى القرآن الكريم والسنة النبوية (أولا) والقواعد الفقهية (ثانيا).

### أولا- المصادر التشريعية لنظرية العذر أو الضرورة

إن دين الإسلام دين رحمة و يقيم أحكامه على العدالة ورفع الحرج عن الناس، فجعل لأساس النظرية مظاهر تتمثل في امتناع الضرر وفي امتناع أكل أموال الناس بالباطل وأخيرا امتناع الحرمة.

يرى الفقه إن للمظهر الأول تطبيقان، يتمثل الأول في" المشقة تجلب التيسير"<sup>16</sup>. بمعنى أن ما أصاب المتعاقد الذي قام العذر في جانبه هو المشقة المتمثلة في الضرر الذي سيلحق به في حالة ما إذا استمر في العقد. وهذا ما يستوجب التيسير عليه حتى تزول الظروف الصعبة. وقد استند الفقه في ذلك على أصول الكتاب. مثل قوله تعالى: يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر،<sup>17</sup> وما

<sup>14</sup> - وقد عالج الموضوع ابن عابدين : راجع رسائل ابن عابدين ج 2 ، رسالة تبييه الرقود على مسائل النقود ، طبعة 1352 ، ص 58 ، مشار إليه في محمد محي الدين إبراهيم سليم ، سابق الذكر ، ص455.

<sup>15</sup> - فتحي الدريني ، سابق الذكر ، ص 146.

<sup>16</sup> - الأشباه والنظائر للسيوطي ، ص 84 و ما بعدها ، ولابن نجيم ص37: مشار إليه في محمد محي الدين إبراهيم سليم ، سابق الذكر ، ص 190 .

<sup>17</sup> -سورة البقرة ، آية 185 .

جعل عليكم في الدين من حرج".<sup>18</sup> ومثل ما جاء في السنة النبوية، منها قول صلى الله عليه وسلم: "إن الله إنما أراد بهذه الأمة اليسر ولم يرد بكم العسر"،<sup>19</sup> وما خير الرسول ﷺ بين أمرين إلا أختار أيسرهما ما لم يكن آثماً".<sup>20</sup> مما يفهم أن الشريعة الإسلامية تهدف أساساً إلى التخفيف ورفع الغبن على كل من يكون في مرتبة ضعف، لاسيما أن مثل هذه المبادئ تحمل العمومية بحيث تكاد تشمل كل نشاط المسلم من عبادات ومعاملات.

يتمثل التطبيق الثاني في "الضرر يزال"، بمعنى أن الإنسان لما يتعامل مع الناس يجب أن لا يضر بمن يتعامل معهم، كما أن الغير يجب أن يكون حريصاً أيضاً لكي لا يضر به. بمعنى أن يسعى كل متعاقد على تحقيق مصلحته من خلال العقد لكن دون أن يضر بمن يتعامل معه. وذلك استناداً على بعض المبادئ. مثاله درء المفسد أولى من جلب المصالح، والدليل في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم "إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم وإذا أنهيتمكم عن شيء فاجتنبوه". وكذا قاعدة "الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف"، تؤدي هذه القاعدة إلى تخفيض التزام المدين المرهق، الذي يتمثل في الضرر الأشد، وإلى تحميل الدائن جزء من الضرر.<sup>21</sup>

أما المظهر الثاني فيمتثل في امتناع أكل أموال الناس بالباطل. وهو خاص بوضع الجوائح، بحيث يعالج أثر هذه الأخيرة على الثمار وما تؤدي إلى الإنقاص من قيمتها. لقد أصل الفقه نظرية العذر ورجع أساسها إلى بعض الآيات القرآنية ومن هذه الآيات: "ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل"<sup>22</sup> فيستخلص أنه كلما أثرت الجائحة على الثمار وأدى إلى هلاكها، ينبغي للبايع أن ينقص من الثمن ليتماشى مع قدر التلف، وإلا أدى ذلك إلى عدم التوازن بين ما يعطيه المشتري وما يأخذه. فيعد فعلاً كأكل أموال الناس بالباطل.<sup>23</sup>

18- سورة الحج آية 78.

19- أنظر شرح الشيخ عبد الله دراز لأبي إسحاق الشاطبي ج 1 ص 343: مشار إليه في محمد محي الدين إبراهيم سليم، سابق الذكر ص 191.

20- الأشباه، سابق الذكر ص 85.

21- راجع تفصيل أكثر: في محمد محي الدين إبراهيم سليم، سابق الذكر ص 193 وما يليها، بولحية جميلة، سابق الذكر، ص 19.

22- سورة البقرة آية 188.

23- فتحي الدريني، سابق الذكر، ص 157.

إن ما استفاد منه البائع بسبب الظرف الطارئ المتمثل في الجائحة، في هذا المثال، ليس له سند شرعي، ويعتبر باطل وغير شرعي فينقص من حق أحد المتعاقدين، دون وجه حق، لاسيما إذا لم يكن له يد في ذلك، بحيث لا يمكن دفعه ولا الاحتياط منه.

كما يمكن الاستناد إلى أصل شرعي آخر يتمثل في قوله تعالى: "إن الله يأمر بالعدل والإحسان". وقوله سبحانه: "ولا تتسوا الفضل بينكم". وتفسيرا لذلك يرى الفقه "أن العدل هو الواجب والواجب أمر الشرع، وقد يقضي بتكليف ما لا يطاق، وفي ذلك ظلم وجور فلا يتصور صدورهما من الله، فكان الأمر بالإحسان، ليخفف من تفريط العدل أي المبالغة في تطبيقه"<sup>24</sup>. كما يؤكد الحديث النبوي على ذلك بقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "أي شيء يأخذ أحدكم مال أخيه إذا تلف الثمر، لأنه إذا تلف الثمر لا يبقى للمشتري في مقابل ما دفع شيء، فيكون أخذ البائع بالباطل".

مما سبق، يتجلى لنا ولعموم النص، فإنه يشمل كل صور المعاملات وكل التصرفات التي تؤدي إلى أكل الأموال بالباطل حتى ولو كان تنفيذا لالتزامات تعاقدية. كما يظهر أن هذه الآية الكريمة أصلا تكليفا عام، بمعنى تنهي عن القيام بأكل الأموال بين الناس بالباطل، ويصبح محرم.

ونضيف إلى ما سبق، المظهر الخاص بامتناع الحرمة، وإذا كان العذر سبب من أسباب ثبوت الخيار، لمن قام العذر في جانبه بمقتضاه، يمكن له طلب فسخ العقد أو الإبقاء عليه، فهناك من الأعدار التي تؤدي إلى انفساخ العقد، بمعنى دون حاجة إلى موافقة المتعاقد الذي قام العذر في جانبه. وهذا ما يسمى بالعذر الشرعي. فالعفو عن القصاص مثلا، عذر شرعي يؤدي إلى انفساخ عقد الإيجار. فإذا استأجر ولي الدم شخصا لينفذ له القصاص من القاتل وتراجع وعفى عن هذا الأخير، يعد هذا عذرا شرعيا لأن الله تعالى يقول في آية القصاص، "فمن عفى له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان"<sup>25</sup>.

ونكون أيضا بصدد العذر الشرعي، الذي يؤدي إلى انفساخ العقد، في الحالة التي يتعاقد فيها شخص مع الطبيب لبتريده، وهو يظن أن فيها مرض خطير

<sup>24</sup>- الزمشغري، تفسير الكشاف، ج2، ص 241، مشار إليه في: فتحي الدريني، سابق الذكر، ص 164.

<sup>25</sup>- سورة البقرة، آية 178.

لا يمكن أن يشفى منه ثم برئت. فلا يمكن تنفيذ العقد لأنه سيؤدي إلى بتر عضو صالح من جسده. وقد أمرنا الله بعدم القيام بمثل هذا العمل حتى يتمكن الجسم من القيام بمهامه الدينية والدينية في قوله تعالى: "ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة".<sup>26</sup> فالعذر الشرعي في هذا المثال يتمثل في امتناع التهلكة الذي يبيح انفساخ العقد، ويعتبر امتثال لأوامر الله تعالى.<sup>27</sup>

وهكذا يتجلى لنا أن لنظرية الظرف الطارئ أسس سليمة، فكلما نشأ عن ظرف طارئ ضرر فاحش يلحق أحد المتعاقدين، غير مستحق على أساس العقد وقت تنفيذه، يحقق بالضرورة فائدة للمتعاقد الآخر نتيجة لوجود هذا الظرف دون أساس قانوني، مما يؤدي إلى تعديل التزامات العقد<sup>28</sup>. فيفهم أن الله تعالى يأمر بالوفاء بالعقود، غير أنه إذا طرأ ظرف غير متوقع وقت تنفيذ العقد، يجب الأمر بالإحسان فيوقف حكمه ويبحث له عن حكم آخر يستبعد الضرر عن الطرف الضعيف.

### ثانياً: القواعد الفقهية

ومن بين القواعد الفقهية التي تسمح بالخروج عن قاعدة احترام القوة الملزمة للعقد بسبب حدوث ظرف طارئ وقت تنفيذ العقد، القاعدة التي تشير إلى أن: "الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أم خاصة"<sup>29</sup> فالحاجة تيسر على الناس، فترفع العسر غير المألوف عنهم. فالمدين الذي يكون ملزماً بتنفيذ التزام مرهق، بسبب الظرف الطارئ أو العذر، يكون كالشخص الواقع في حاجة قريبة من الضرورة، فيجب رفع الأرهاق عليه استثناء على القاعدة العامة.

كما أن القاعدة القائلة أن المشقة تجلب التيسير تسمح بالتيسير على المدين كلما كان هناك مشقة بمثابة ظرف طارئ يجعل تنفيذ الالتزام عليه عسيراً.

يستند الفقه أيضاً إلى أدلة للنظرية من السنة، فمما قاله رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لو بعث من أخيك ثمراً، فأصابته جائحة، فلا يحل لك أن

<sup>26</sup>- سورة البقرة آية 195.

<sup>27</sup>- راجع في كل هذه الأمثلة إلى: محمد محي الدين إبراهيم سليم، سابق الذكر، ص 204 وما يليها.

<sup>28</sup>- فتحي الدريني، سابق الذكر، ص 157 وما يليها.

<sup>29</sup>- علي حيدر، ج 1، ص 33 في شرح مجلة الاحكام العدلية اشار إليه في فتحي الدريني، سابق الذكر، ص 168.



تأخذ منه شيئاً بم تأخذ مال أخيك بغير حق" <sup>30</sup>. وما رواه مسلم أيضا أن النبي صلى الله عليه وسلم: "أمر بوضع الجوائح" <sup>31</sup> وعدم وضعها لا يحل وهو أكل لأموال الناس بالباطل وبدون حق <sup>32</sup>. هذا وغيرها من الأقوال التي تأمر كلها بأن يخفض التزام المرهق أو إنقاص الثمن بقدر التالف من الثمر، وإذا تلف هذا الأخير كله سقط الثمن كله، وذلك في حالة ما إذا طرأ على تنفيذ العقد عذر أو ظرف طارئ وإلا يعد ما يأخذه المدين من الدائن مالا باطلا وغير مستحق.

مما سبق، يظهر بوضوح أن أئمة الفقه الاسلامي قد عالجوا نظرية الظروف الطارئة أحسن علاج. فبالاستناد على أسس فقهية وشرعية، وعلى تطبيقاتهم، وضعوا القواعد الواجب تطبيقها على تنفيذ العقود في حالة وجود ظروف غير متوقعة. كما يظهر جليا أن القاعدة المتمثلة في تعديل العقد في حالة وجود عذر أو ظرف طارئ هي القاعدة العامة في الشريعة الإسلامية، كون أنها تقوم على مبادئ العدل ورفع الحرج عن الناس، مما يدل على اعتناقها لهذه النظرية وحرص الفقهاء على وضع أحكام لها، يمكن استخلاصها كما يلي: <sup>33</sup>

## 2- أحكام نظرية الظروف الطارئة في الفقه الاسلامي

صحيح أن الفقهاء يصرحون أنه يصعب القول أن الفقه الإسلامي وضع نظرية متماسكة للظروف الطارئة، غير أن نفس الفقه قد وصل إلى تحديد مضمونها (أ) والحلول المقترحة في حالة توافر أركانها (ب).

### أ- أركان نظرية العذر

لقيام نظرية العذر يستوجب أن يكون العقد متراخي التنفيذ وقت إبرامه (أولا)، وأن يكون هناك حادث غير متوقع طرأ بعد إبرام العقد (ثانيا)، وأن يحدث ضرر زائد غير معتاد (ثالثا)، وأخيرا أن يكون الضرر اللاحق بالمتعاقد ماديا واقتصاديا يؤدي إلى إخلال بتوازن العقد الاقتصادي (رابعا).

<sup>30</sup>- رواه جابر بن عبد الله، صحيح مسلم وشرح النووي: ج 10، ص 216، الطبعة الأولى، تصوير دار احياء التراث العربي، الدريني، ص 169.

<sup>31</sup>- صحيح مسلم، نفس المرجع السابق.

<sup>32</sup>- العيني علي البخاري، ج 11، ص 8. ذكر في فتحي الدريني، سابق الذكر، ص 170.

<sup>33</sup>- سنحاول دراسة هذه الأحكام بإتباع نفس المنهج المتبع في القانون الوضعي.

## أولاً- أن يتراخى تنفيذ العقد وقت إبرامه

تطبيق النظرية على العقود التي يعتبر الزمن عنصراً فيها بحيث يكون من عناصرها الأساسية، فيعتبر معياره كما هو الحال في عقد الأيجار بالنسبة للمستأجر وبعد عنصراً في الأداء بالنسبة للمؤجر<sup>34</sup>. فتكون هناك فترة زمنية تفصل بين إبرام العقد وتنفيذه. كما تطبق أيضاً على بيع الثمر القائم على الشجر بحيث لا تقطف في وقت واحد، وإنما وقت نضوجها، فيطول تنفيذ العقد لمدة معينة والذي يختلف مع وقت إبرامه.

وقد تطبق أيضاً على عقد بيع في حالة ما إذا كان دفع الثمن مؤجلاً إلى أجل مسمى بالاتفاق أو بشرط في العقد على أن يكون الدفع على أقساط<sup>35</sup>.

يلاحظ أن نظرية العذر تطبق على كل العقود التي يتراخى وقت تنفيذها عن وقت إبرامها. فيكون فاصل زمني بينهما. ففي هذه العقود يمكن أن يطرأ حادث غير متوقع قبل تنفيذه أو أثناء تنفيذه، والذي يجعل تنفيذ الالتزام يلحق ضرراً فاحشاً للمتعاقد المدين، فنطاق نظرية العذر غير مقيد بعقود معينة، وإنما قد تكون زمنية كما قد تكون فورية.

## ثانياً- أن يكون الظرف الطارئ غير متوقع غالباً

نكون بصدد حادث غير متوقع إذا لم يكن في وسع المتعاقد المدين توقعه لما تولى إبرام العقد. وأن يكون نادر الوقوع، أي الذي لا يقع في الظروف العادية<sup>36</sup>، كالحوادث السماوية أو الطبيعية من فيضان مهم غير منتظر يؤدي إلى إغراق مساحة كبيرة من الأراضي أو زلازل، كما قد يكون الحادث من فعل الإنسان كالحرب، مثلاً.

لا يشترط الفقهاء المسلمون<sup>37</sup> لتطبيق نظرية العذر أن يكون الحادث الذي قد يطرأ بعد إبرام العقد وقبل تنفيذه أو أثناءه، أن يكون استثنائياً وغير متوقع من طرف المتعاقد ولا بالوسع توقعه ولا دفعه، في كل الحالات<sup>38</sup>. فأى عذر يطرأ

<sup>34</sup>- فتحي الدريني، سابق الذكر، ص 149.

<sup>35</sup>- فتحي الدريني، سابق الذكر، ص 150.

<sup>36</sup>- علي علي سليمان، نظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات، 1990، ص 99، السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني 1952، ص 643.

<sup>37</sup>- عبد الرزاق السنهوري، العقد ص 873، فتحي الدريني، سابق الذكر ص 150.

<sup>38</sup>- فإن بعض الظروف في تطبيقات هذه النظرية في الفقه الإسلامي يمكن توقعها وممكن دفعها. فتحي الدريني، سابق الذكر، ص 147.

أثناء تنفيذ العقد يمكن اعتباره ظرفاً طارئاً، يمنح المتعاقد حق تعديل العقد أو فسخه. فمثلاً، يمكن للمؤجر أن يفسخ عقد الإيجار إذا عجز عن تدبير نفقته أو نفقة أقاربه. كما أن إفلاس المستأجر عذر يمنح له حق فسخ إيجار الحانوت، كما سبق الإشارة إليه. كذلك الأمر بالنسبة للجوائح، فلا يشترط شرط عدم التوقع في البعض منها، كالعضن والدود والعطش، لكن في بعض الأحيان، تفرض هذه الصفة نفسها، كما هو الحال في جراد أو في فيضان مفاجئ.

ترى أغلبية المذاهب أن الجوائح لا تعتبر عذراً تؤدي إلى تطبيق نظرية الطرف الطارئ، إلا إذا بلغت ثلث الكمية. ويرى جانب من الفقه أن الجائحة في ذاتها، لا تعتبر عذراً غير متوقع واستثنائي لأن الدود مثلاً أو البرد من الأمور التي تقع عادة. غير أن هذه الصفة تشترط في القدر الذي تلف. ويقدره هؤلاء بالثلث لأن من طبيعة الجائحة ألا تهلك الثلث، فإذا بلغت الثلث تصبح أمراً نادراً استثنائياً.<sup>39</sup>

اشترط الفقهاء أيضاً أن يكون الطرف لا يمكن دفعه من طرف المتعاقد، بحيث لا يستطيع التوقي منه والإنقاص من آثاره. فإذا سرقت العين المؤجرة مثلاً، فيحق للمستأجر أن يستفيد من التخفيف من التزامه ويستفيد من نظرية الطرف الطارئ، إذا كان أمراً غالباً لا يستطيع دفعه. أما إذا كان بإمكانه ذلك و لم يفعل، فسوف لن يثبت له حق فسخ العقد.

إلى جانب ذلك، يشترط أيضاً أن لا يكون حدوث الطرف نتيجة خطأ أو إهمال من أحد المتعاقدين، وإلا كان مسؤولاً عن الآثار التي قد تترتب عنه، فيتحمل تبعته، مما يجعله لا يستفيد من التخفيف من التزامه.<sup>40</sup>

مما سبق يستنتج أن الحادث الطارئ الذي يؤدي إلى تطبيق نظرية العذر هو الحادث الذي لا يقع في الظروف العادية، كما أنه من الحوادث التي هي نادرة الوقوع والتي لا تقع إلا استثناء في أغلبية التطبيقات، غير أنه يمكن توقعها ويمكن دفعها في الحالات الأخرى.

### ثالثاً: أن يكون الطرف الطارئ عاماً أو خاصاً

نعني بعمومية الحادث كونه يمس كل الناس أو فئة منهم على الأقل، ومثال ذلك الوباء الذي يمس جزءاً كبيراً من الحيوانات دون أن يمتد إليها كلها. بينما

<sup>39</sup> - محمد محي الدين إبراهيم سليم، سابق الذكر، ص 463 و 464. فتحي الدريني، سابق الذكر، ص 147 وما يليها.

<sup>40</sup> - راجع: فتحي الدريني، سابق الذكر، ص 150. - محمد محي الدين إبراهيم سليم، سابق الذكر، ص 471 وما يليها.

يكون الحادث خاصا، إذا كان يمس المتعاقد المدين دون سواه، كالحريق الذي يشب في محله أو إفلاسه أو كساد تجارته.

يظهر من أقوال الفقهاء في الشريعة الإسلامية، أنها لا تشترط أن يكون الطرف عاما يمس كل الناس أو فئة منهم على الأقل، وإنما يكفي لتطبيق نظرية العذر أن يمس أحد المتعاقدين.<sup>41</sup> وفعلا، يلاحظ الفقه أن في مجال العذر والجوائح، أن أغلبية الحالات تكون فردية، كفسخ المؤجر الإيجار بسبب سداد دين لا يمكن سداه إلا من ثمن العين المؤجرة. أو كما هو الحال في الجوائح التي تطبق في غالب الأحيان على الثمار والبقول التي قد تفسد المتعاقد المدين. غير أن هناك حالات قد تتصف فعلا بالعمومية، تتمثل في تقلب قيمة النقود، كما تم شرحه، وهذا يبين حرص الفقه الإسلامي على ضمان العدالة العقدية حتى ولو كان الحادث الطارئ لا يخص إلا المتعاقد وحده. وأكثر من هذا فإنه يستوي أن يكون الحادث الطارئ قد ألحق ضررا بالعقد أو بالمتعاقد، كما سندرسه فيما يلي.

#### رابعا- أن يحدث ضرر زائد غير معتاد نتيجة لهذا الظرف الطارئ

يظهر أن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يحددوا مقدار الضرر نتيجة لهذا الظرف الطارئ، الذي قد يصيب المتعاقد وقت تنفيذ العقد لكي يستفيد من أحكام هذه النظرية، وإنما اكتفوا بوصف الضرر بالزائد؛ بمعنى الضرر الفاحش<sup>42</sup> أو غير المعتاد. ولا يجب أن يكون الضرر نتيجة للالتزام نفسه. فيفهم من ذلك أن الضرر المعتاد الذي قد يلحق أحد المتعاقدين لا يؤدي إلى تطبيق أحكام النظرية، بل يشترط أن يكون فادحا أو فاحشا.

رغم ذلك، هناك مذاهب تحدد الخسارة التي يجب أن تلحق المدين لتطبيق أحكام النظرية، ففي المذهب المالكي يحدد المقدار الذي يجب فيه الجائحة هو الثلث في الثمار<sup>43</sup> والثلث في البقول<sup>44</sup>. بينما يرى المذهب الحنبلي أن كل خسارة بسبب الآفة تعتبر جائحة إلا ما جرت العادة بتلف مثله، ويستند في ذلك إلى عموم أحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم<sup>45</sup>.

<sup>41</sup>- فتحي الدريني، سابق الذكر، ص150.

<sup>42</sup>- فتحي الدريني، سابق الذكر، ص147.

<sup>43</sup>- السلام الترماني، نظرية الظروف الطارئة، دار الفكر، 1971، مذكور في: بولحية جميلة، سابق الذكر، ص69.

<sup>44</sup>- القرطبي، بداسة المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ط1960، ص188.

<sup>45</sup>- نفس المرجع السابق. نكتفي بذكر بعض الأمثلة لاختلاف الرأي بين المذاهب.

يفهم مما سبق، أن الضرر لذي قد يلحق بالمدين لم يحدد مقداره من طرف أغلبية المذاهب، مما يؤدي إلى القول أن القاضي الذي يعرض أمامه النزاع هو الذي يتولى تقدير الضرر أو الإرهاق غير المعتاد الذي يلحق أحد المتعاقدين. لكن ما هو نوع الضرر الذي يؤخذ بعين الاعتبار و ما هو المعيار المستند إليه؟

فروع الضرر الذي يقضي العذر بإزالته هو أي ضرر سواء كان ماديا اقتصاديا كأن يصيب مال<sup>46</sup> أو تجارة المتعاقد المدين بالكساد، أو كان معنويا يمس الاعتبار الإنساني،<sup>47</sup> أو كان شرعيا يمنع الشارع نفسه من تنفيذ العقد بسبب هذا الحادث<sup>48</sup>. ويتمثل مثل هذا الضرر حسب الفقه "في الحرمة الناتجة عن المضي في موجب العقد برغم العذر الشرعي"<sup>49</sup>.

أما فيما يتعلق بمعيار الإرهاق أو الضرر في نظرية العذر، يكون موضوعيا إذا وقع العذر الطارئ على محل الالتزام يمنع الانتفاع به، كالأرض المزروعة التي أغرقها مياه الفيضان، أو المحل التجاري المستأجر إذا أنهدم جزئيا أو كلياً. وهذا هو المطبق في نظرية الجوائح و تغيير قيم النقود. وقد يكون شخصيا، ينظر فيه إلى الطرف المتعاقد نفسه و إلى ظروفه الشخصية، ولمعرفة مدى إصابته شخصيا من الضرر. بما أن الحادث قد يمس المتعاقد وحده دون سواه. كأن يتراجع المستأجر عن العقد لسبب يقدره تقديرا شخصيا، مثال ذلك أن يفسخ العقد المبرم مع طبّاح لسبب مرض العروس أو وفاته.

إن الفقه الإسلامي لا يكتفي بأن يؤدي العذر أو الظرف الطارئ إلى أن يصبح الالتزام المتعاقد مرهقا و أن يلحقه ضررا فاحشا، و إنما يذهب إلى أبعد من هذا، فقد يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا سواء كان ذلك لمانع مادي أو شرعي<sup>50</sup>. وفي الحقيقة نكون في هذه الحالة بصدد نظرية القوة القاهرة التي تعد سببا أجنبيا يؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام، مما يؤدي إلى إعفاء المدين منه<sup>51</sup>. فحسب أحكام الفقه الإسلامي، من استأجر أرضا فغرقت بحيث أصبحت غير صالحة

46- فاضل شاكر التقيمي، نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون، بغداد، دار الجاحظ 1969، ص 284. مذكور في:

بولحية جميلة، سابق الذكر، ص 33- محمد محي الدين إبراهيم سليم، سابق الذكر، ص 476.

47- فتحي الدريني، سابق الذكر، 150.

48- نفس المرجع السابق.

49- محمد محي الدين إبراهيم سليم، سابق الذكر، ص 475.

50- عبد السلام الترماني، سابق الذكر، ص 83.

51- فيلال علي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، 2008، ص 376.

للزراعة، فله حق طلب فسخ العقد لاستحالة تنفيذ التزاماته في إطار هذه النظرية<sup>52</sup>. نلاحظ مما سبق، أن نظرية العذر تشمل كل من الظرف الطارئ والقوة القاهرة.

### ب- الآثار المترتبة على نظرية العذر

بناء على ما أشار إليه الفقه سابقا، فإن فقهاء المسلمين كانوا يتناولون كل واقعة على حده، ويصغون لها حلا يقتضيه العدل، فنفس القاعدة تطبق على الآثار التي تترتب في حالة توافر شروط نظرية العذر. وهكذا يختلف الحكم باختلاف طبيعة الواقعة وظروفها، وهذا ما يقتضي منا الرجوع إلى هذه الحلول حسب الحالات التي أشار إليها الفقه، فقد يفسخ العقد (أولا) وقد يفسخ (ثانيا) وقد تعدل قيمة الالتزام (ثالثا) وقد يكون الحل بتحميل البائع وحده عبء الخسارة (رابعا).

#### أولا- فسخ العقد

إن بين الحلول المقترحة من طرف فقهاء المسلمين فسخ العقد بسبب العذر الطارئ بعد التعاقد. وواضح أن فسخ العقد في هذه الحالة ليس بسبب عيب في أركان العقد، فلا يعد صورة من صور البطلان لأن العقد صحيحا، وتوافرت فيه كل الأركان والشروط وطراً ظرف الضرر بعد إبرامه. ولا على أساس خيار الشرط، وإنما على أساس الضرر الزائد أو الفاحش الذي نتج عن الظرف الطارئ<sup>53</sup>. كما أنه ليس صورة من صور انقضاء العقد الذي تم تنفيذه، لأن الالتزام المرهق لم ينفذ بعد، لأنه سبب ضررا فاحشا للمدين، وهو غير مستحق بالعقد. وبالتالي يحق للمتعاقد المضرور طلب فسخ العقد ليدفع الضرر عن نفسه ويرفض تحمل غير المستحق<sup>54</sup>.

ومن تطبيقات فسخ العقد التي يشير إليها الفقهاء المسلمون في عقد الإيجار أن يطلب المؤجر فسخ عقد الإيجار بسبب دين فادح إلى جانب المؤجر، لا يجد قضاءه إلا من ثمن العين المؤجرة<sup>55</sup>. حالة تعذر الزرع بسبب غرق الأرض أو انقطاع مائها<sup>56</sup>.

<sup>52</sup>- بولحية جميلة، سابق الذكر، ص 33.

<sup>53</sup>- فتحي الدريني، سابق الذكر، 153.

<sup>54</sup>- فتحي الدريني، سابق الذكر، 154.

<sup>55</sup>- شاكور فاضل النعيمي، سابق الذكر، ص 158.

<sup>56</sup>- السنهوري، سابق الذكر ص 101.

## ثانياً-إنفساخ العقد

إلى جانب الفسخ، يمكن في حالات معينة أن يفسخ العقد تلقائياً، دون تدخل إرادة المتعاقدين المضرور أو إلى صدور حكم قضائي إذا وجد هناك ظرف متعلق بالمانع الشرعي. مثال لذلك أن يفسخ عقد الإيجار بحمل الظئر المستأجرة لإرضاع الطفل لأنه يخاف على الولد من لبنها، فحسب المذهب المالكي، لا يفسخ عقد الإيجار إلا بعذر يمنع استيفاء المنفعة شرعاً<sup>57</sup>.

وانتقد الفقه هذا الحكم لأنه يناقض مبدأ سلطان الإرادة، ففي رأيه "أن مقتضيات العدل يجب أن تسود جزئياً في الفقه الإسلامي إذ يجب موافقة المتعاقدين وأن يكون مطابقاً للقانون"<sup>58</sup>.

## ثالثاً- تعديل قيمة الالتزام

صحيح أن الفقه الإسلامي لا يعرف المبدأ القائل أن "العقد شريعة المتعاقدين" الذي ينتج عنه أن كل متعاقد يلتزم بتنفيذ العقد ويتحمل آثاره كما هو منصوص عليه في القانون المدني، بحيث لا يمكن تعديله أو نقضه إلا استثناء. غير أنه وضع مبدأ إعادة النظر في العقد في حالة طرء ظروف عليه<sup>59</sup>، وذلك إما من جانب الطرف المضرور في العقد وإما من طرف القاضي الذي ترفع أمامه الدعوى. فأصبح تعديل العقد هو القاعدة العامة، فلا يمكن تعديله إلا إذا طرأ عذر أو ظرف طارئ أثناء تنفيذه. ومن تطبيقات في عقد القرض، في حالة تغير قيمة النقود، لا يتحمل أحد المتعاقدين الضرر. يرى ابن عابدين، استناداً إلى حديث الرسول صلى الله عليه وسلم، "لا ضرر ولا ضرار" أن تعديل العقد يكون على أساس الصلح على الأوساط فلا يتحمل أحد المتعاقدين الضرر الناتج عن تقلب قيمة النقود<sup>60</sup>. فيوزع عبء الظرف الطارئ بينهما.

## رابعاً- تحميل البائع وحده الخسارة

من بين الحلول المقترحة من طرف فقهاء المسلمين تحمل البائع الخسارة لوحده كلاً أو بعضاً، وذلك في الجائحة في الثمار والزروع بقدر التالف، وتعديل

<sup>57</sup>- معنى الظئر هي المرأة المرضعة لغير ولدها. بينما توسع المذهب الحنفي في فسخ عقد الإيجار للعذر، راجع السنهوري، سابق الذكر، ص 97.

<sup>58</sup>- فتحي الدريني، سابق الذكر، ص 156.

<sup>59</sup>- نفس المرجع، ص 155.

<sup>60</sup>- عبد السلام الترماني، سابق الذكر، ص 77.

الثلث على عاتق البائع دون المشتري<sup>61</sup>. فقد تباع الثمار والزرع قبل نبتها فيشتريها المشتري وهي لا تزال على الشجر، ففي وقت جنيها بالتدريج بعد نضجها قد تصاب بجائحة، ففي هذه الحالة من يتحمل الخسارة التي تلحق الثمار والخضر؟ فقد اقترح المذهب المالكي على أن الجوائح التي تصيب الثمرة من ضمان البائع، فيتحمل البائع عبء الخسارة وحده، وهذا يعد استثناء. وتبريرا لذلك اعتمدوا على حديث الرسول صلى الله عليه وسلم: "لو بعث من أخيك ثمرا فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا لم تأخذ مال أخيك بغير حق"<sup>62</sup>.

فيستنتج مما سلف، أن نظرية العذر في أحكام الفقه الإسلامي تنطلق من تطبيقات عديدة، مشتقة من الظروف الاجتماعية التي كانت تسود في المجتمع في ذلك الوقت، مما أدى إلى تعدد الظروف الطارئة واختلاف الشروط الواجب توافرها في كل منها، فاكتفى بأن يكون العذر غير متوقع و غير ممكن الدفع غالبا فقط، كما اكتفى أن يكون خاصا بأحد المتعاقدين، و يستوي أن يكون الضرر اقتصادي يلحق بالعقد، أو معنوي أو جسدي يمس أحد المتعاقدين. وتعددت الحلول التي تسمح التخفيف من عبء الخسارة على المتعاقد، الذي أصبح التزامه مرهقا أو حتى مستحيلا، وتوزيعها على كليهما إذا كان إنقاذ العقد ممكنا، غير أن حماية لهذا الطرف المتضرر قد يمنح له أيضا حق إنهاء العقد. فيظهر أن أحكام الشريعة الإسلامية وسعت من مجال تطبيق نظرية العذر لتشمل كل الحالات التي يطرأ فيها ظرف طارئ، يهدد أحد المتعاقدين بتحمل خسارة فادحة. فهل تأثر المشرع عندنا بهذا المفهوم الواسع للظرف الطارئ؟

## II - تأثر القانون المدني بأحكام الشريعة الإسلامية أمر نسبي

صحيح أن الهدف الذي تسعى إليه نظرية الظرف الطارئ هو واحد، يتمثل في إعادة التوازن التعاقدي إذا طرأت حوادث غير متوقعة أثناء تنفيذ العقد، لكن ليس من الصواب أن نصرح، كما يرى بعض الفقهاء<sup>63</sup> أن نظرية الظروف الطارئة مستوحاة مباشرة من أحكام الفقه الإسلامي، فلا يمكن أن نجد تطابقا تاما بين ما يسمى بنظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري وما استقر

<sup>61</sup>- فتحي الدريني، سابق الذكر، ص 152.

<sup>62</sup>- القرطبي، سابق الذكر، ص 186.

<sup>63</sup>- A. VIALARD, Droit civil, La formation du contrat, O.P.U, 1981, P 18 et s.



عليه من تطبيقات لهذه النظرية في أحكام الفقه الإسلامي.<sup>64</sup> فما هي النقاط التي تقرب القانون المدني بنظام الشريعة الإسلامية سواء فيما يتعلق بشروط قيامها (1) أو فيما يتعلق بالحلول المقترحة لمراجعة العقد؟(2).

### 1- شروط قيام نظرية الظروف الطارئة: الاتجاه نحو التضييق منها

بما أن نظرية الظروف الطارئة استثناء على مبدأ القوة الإلزامية للعقد في القانون المدني الجزائري،<sup>65</sup> فهذا يستوجب طبعا توافر شروط معينة لإمكانية تعديل العقد. وبالرغم من أن الفقه الإسلامي لا يعرف هذا المبدأ وإنما المبدأ العام عنده هو مبدأ إعادة النظر في العقد في ضوء الظروف الجديدة الطارئة، فإن ذلك أيضا يستوجب توافر شروط معينة، كما رأينا. فهل هي نفس الشروط التي يجب توافرها لتعديل العقد في المبدأين وذلك سواء بالنسبة للحادث (أ) أو بالنسبة للالتزام (ب).

#### أ- الحادث الطارئ

لعدم وجود خلاف بين أحكام الفقه الإسلامي و القانون المدني عندنا، نكتفي بفكرة خاطفة عن نطاق تطبيق النظرية من حيث العقود. لقد اختلف الفقه حول طبيعة العقود التي تطبق عليها أحكام نظرية الظروف الطارئة في غياب تحديد المشرع نطاق هذه النظرية. فمن يرى أنها تطبق فقط على العقود الملزمة للجانبين دون تلك الملزمة لجانب واحد<sup>66</sup>. كما يرى البعض الآخر أنها تطبق على العقود المحددة دون الاحتمالية<sup>67</sup>. بينما يؤكد البعض منهم أن الأمر يتعلق بطبيعة العقد المرتبطة بالأساس الذي تقوم عليه النظرية المتمثل في عدم توقع المتعاقدين الإرهاق<sup>68</sup>. مع أن أحكام المادة 3/107 ق.مدني، يمكن تفسيرها بعموميتها<sup>69</sup>، كون أن الفقرة الثالثة من المادة السالفة الذكر لم تحدد العقود وإنما أشطرطت

<sup>64</sup>- فتحي الدبريني، المرجع السابق، ص 147.

<sup>65</sup>- راجع المادة 106 ق.مدني.

<sup>66</sup>- اسعد الكوراني، نظرية الحوادث الطارئة في التشريع للبلاد العربية، مجلة المحاماة، عدد 1، سنة الأربعمون، ص217. -عبد الحي الحجازي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، 2، 1953، ص 164.

<sup>67</sup>- خليل أحمد حسن قدامة، مصادر الالتزام، ص 111. - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 4، 2005.

<sup>68</sup>- اسعد الكوراني، سابق الذكر، ص 229.

<sup>69</sup>- N. TERKI, L'imprévision et le contrat international dans le code civil Algérien, R.I.D.C, 1982, T8, P 9,n°1.

أن يكون فاصل زمني بين تكوين العقد وتنفيذه، وأن يقع حادث طارئ في الفترة الزمنية الموجودة بين وقت تكوين العقد ووقت تنفيذه. مما يسمح لنا بالتصريح أن نطاق النظرية تشمل كل العقود دون استثناء بشرط أن يتوافر فيها هذا الشرط.

وفعلا هذا ما يؤكد فقهاء المسلمون بقولهم أن الزمن في هذه العقود يجب أن يكون عنصرا ملازما للاستيفاء من قبل المتعاقدين لا ينفصل عنه لأنه معياره<sup>70</sup>. مثاله عقد الإيجار وعقد البيع الفوري الذي يكون دفع الثمن مؤجلا إلى أجل معين أو يكون مدفوعا في صورة أقساط.

يستتبع مما سبق أن هناك تطابق بين أحكام الشريعة والقانون عندنا، كون أن العقود التي تدخل في نطاق هذه النظرية قد تكون زمنية كما قد تكون فورية. وإذا اتفقا أيضا على أن يكون هناك حادث يطرأ بعد إبرام العقد، فقد اختلفا نسبيا في صفة الاستثنائية<sup>(أولا)</sup> وفي توقعه<sup>(ثانيا)</sup> كما اختلف في عموميته<sup>(ثالثا)</sup>.

### أولا - أن يكون الحادث استثنائيا

ويقصد بذلك الحادث الذي يندر حصوله بحيث يبدو شاذا بحسب المؤلف من شؤون الحياة<sup>71</sup>. كما يرى البعض الآخر أنه من الحوادث التي لا تقع في الظروف العادية ونادرة الوقوع،<sup>72</sup> كالحرب والوباء و هلاك المحصول هلاكاً كلياً، كما أشار إليه القانون البولوني.<sup>73</sup> فقد تكون حوادث طبيعة قد تنتج عن واقعة مادية من فعل الإنسان. وكذا من فعل الطبيعة كالزلازل والحروب والفيضانات... الخ.

وشرط الاستثنائية واضح من خلال أحكام المادة 3/107 ق.مدني "...غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية..." مما يؤدي إلى القول أن الحادث الذي قد يطرأ أثناء تنفيذ العقد يجب أن يكون استثنائياً، بمعنى نادر الوقوع والذي لا يقع في الظروف العادية، فلا يمكن توقعه أما إذا كان يقع عادة أو من حين إلى آخر، فلا يمكن أن يصف بأنه استثنائي.

<sup>70</sup>- فتحي الدريني، سابق الذكر، ص 149.

<sup>71</sup>- عبد الفتاح عبد الباقي، سابق الذكر، ص 546.

<sup>72</sup>- علي علي سليمان، نظرية العقد، سابق الذكر، ص 99.

- سليمان مرقس، شرح القانون المدني، الجزء الثاني في الالتزامات، ط 1964، ص 224.

- عبد الرزاق السنهوري، سابق لذكر، ص 643.

<sup>73</sup>- راجع المادة 269 من قانون التزامات البولوني.

إن شرط استثنائية الحادث واضح، غير أن الفقه يرى أنه زائد وما هو إلا تكرار لشرط عدم توقع الحادث<sup>74</sup>. بينما يرى البعض الآخر أن المشرع أشار إليه للتأكد ولإضفاء عليه نوع من الصرامة<sup>75</sup> بمعنى أن يكون هذا الحادث استثنائياً وان تعديل العقد يجب أن يبقى كذلك. غير أن بالرجوع إلى تطبيقات هذه النظرية في الفقه الإسلامي، فإنها اكتفت بأن يكون الحادث نادر الوقوع ولا يقع في الظروف العادية في أغلبية الحالات فقط.

فيمكن أن نستنتج أن القانون المدني عندنا لم يتأثر بهذه التطبيقات من هذه الناحية وإنما أخذها مباشرة من بعض النصوص الغربية التي كرسها صراحة كما يظهر جلياً من أحكام المادة 1467 من التقنين المدني الإيطالي<sup>76</sup>، وكذا نص المادة 269 من القانون للالتزامات البولوني<sup>77</sup> فهي تشير صراحة إلى صفة الاستثنائية للحادث، ما يؤكد لنا ميل المشرع عندنا إلى هذه القوانين الغربية بدلا من ميله إلى أحكام الفقه الإسلامي.

### ثانيا - أن يكون الحادث الطارئ غير متوقع

رأينا فيما مضى أنه يشترط لتطبيق نظرية العذر أيضا أن يكون الحادث الذي يطرأ بعد إبرام العقد لا يمكن توقعه ولا يمكن دفعه غالبا، فيمكن تطبيق نظرية الطرف الطارئ، في بعض الحالات بالرغم أن هذا الطرف يمكن توقعه. فحسب أحكام الشريعة الإسلامية، إذا كان لأحد المتعاقدين مصلحة طارئة وقت تنفيذ العقد كأن يريد السفر لتحقيق منفعة أو ربح، يفسخ الإيجار لعذر<sup>78</sup>.

وبدوره نص القانون المدني الجزائري على هذا الشرط في الفقرة الثالثة من المادة 107 كما يلي: "...غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية... لم يكن في الوسع توقعها..." مما يؤدي إلى القول أن الحادث الذي يطرأ أثناء تنفيذ العقد يجب أن يكون غير متوقع، بمعنى نادر الوقوع والذي لا يقع في الظروف العادية، كالحوادث السماوية أو طبيعية من فيضانات أو زلازل، كما قد تكون من فعل

<sup>74</sup>- N. TERKI, préc. P 12, n° 16.

<sup>75</sup>- A. BENCHENEB, préc. , P 249, n° 309.

<sup>76</sup>- التي تشير إلى ما يلي: "في العقود ذات التنفيذ المستمر... إذا أصبح التزام أحد المتعاقدين مرهقا على اثر ظروف استثنائية..."

<sup>77</sup>- التي تشير إلى ما يلي: "إذا جدت حوادث استثنائية..."

<sup>78</sup>- فاضل شكر النعمي، ص 284. مشار إليه في بولحية جميلة، سابق الذكر، ص 33.

الإنسان كالحرب<sup>79</sup>. فيستوي أن تكون سياسية اقتصادية أو طبيعية.<sup>80</sup> وإذا كانت غير متوقعة فيجب أن تكون غير ممكنة الدفع. أما إذا كانت ممكنة التوقع و الدفع بسهولة فلا مجال لتطبيق أحكام النظرية.

يظهر أن أوصاف الحادث الطارئ التي يشترطها القانون المدني ابتعدت عن تلك التي تشترط في أحكام الفقه الإسلامي، فقد أهمل المشرع الأوصاف التي يجب أن تتوافر في الحادث الطارئ في الفقه الإسلامي واتباع ما هو مكرس في التشريعات الغربية لاسيما في أحكام المادة 1467 من القانون المدني الإيطالي<sup>81</sup>: " في العقود ذات التنفيذ المستمر...، إذا أصبح التزام أحد المتعاقدين مرهقا على اثر ظروف استثنائية...".

فإذا كان مفهوم الحادث الطارئ عند المشرع الجزائري، أن يكون غير متوقع من طرف المتعاقد، بمعنى عدم إمكانية توقعه وقت إبرام العقد و عدم إمكانية دفعه، فإن تطبيقات الفقه الإسلامي تشترط أيضا هذه الشروط في الحادث الطارئ، لكن في غالب الحالات فقط. و هكذا فضل المشرع عندنا استمرار التأثير بالتشريعات الغربية. كما كان شرط عمومية الحادث الطارئ نقطة خلاف بينهما.

### ثالثا- أن يكون الحادث عاما

كما هو مستقر عليه، يكون الحادث الطارئ أو العذر في تطبيقات هذه النظرية في الفقه الإسلامي خاصا، لاحق بأحد المتعاقدين، كإفلاسه مثلا، أو عاما يشمل جميع الناس أو فئة منهم كفيضان أو زلزال... الخ. في حين أن الفقرة الثالثة من المادة 107 ق. مدني تشير بوضوح إلى ما يلي " إذا طرأت حوادث استثنائية عامة... " بمعنى أن يمس الحادث كل الناس أو فئة منهم على الأقل. فبينما يهدف القانون المدني إلى تضييق مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة، باشتراط عمومية الحادث الطارئ، فبالعكس، تجعل تطبيقات أحكام الشريعة الإسلامية شرط خاصية الحادث، كوسيلة لتوسيع مجال تطبيقها.

<sup>79</sup> - فإن بعض الظروف في تطبيقات هذه النظرية في الفقه الإسلامي يمكن توقعها وممكن دفعها. فتحي الدريني، سابق الذكر، ص 147.

<sup>80</sup> -N.TERKI, les clauses de force majeure et de hardship dans le contrat international de longue durée, R.A.S.J.E.P.2010 ,n°2, p13, 16.

<sup>81</sup> - A. BENCHENEB, Le droit Algérien des contrats, éd. AJED, 2011, p 247.

تعود المشرع عندنا بالتأثر بالفقه الغربي في كثير من شروط هذه النظرية، ومع ذلك فإنه أهملها في هذا الشرط كون أن أغلبية القوانين الغربية و منها القانون المدني الإيطالي المشار إليه سالفا<sup>82</sup> لم يشترط بدوره عمومية الحادث الطارئ. فيظهر أنه متمسكا بما كرسته المادة 2/147 القانون المدني المصري الذي تأثر به واتفق معه، ربما كما يرى السنهوري،<sup>83</sup> "على التضييق من نطاق نظرية حوادث الطارئة حتى لا تزعزع كثيرا من القوة الملزمة للعقد".

يظهر أن موقف المشرع عندنا منتقد من طرف كثير من الفقه لأن اشتراط العمومية في الحادث الطارئ يتعارض مع الغاية التي وجدت من أجلها نظرية الظروف الطارئة<sup>84</sup>.

يري البعض الآخر أن هذا شرط ليس عادلا لاسيما بالنسبة للمدين، لأنه يمنعه من الاستفادة من هذه النظرية ليطلب الإنقاص من إرهاب التزامه، لأنه خاص به فقط<sup>85</sup>. ويضيف آخرون إلى ذلك أن الهدف من نظرية الظروف الطارئة هو ضمان العدالة، فلا يرى مبررا لاشتراط عمومية الحادث الطارئ، لاسيما أنه يجعل تنفيذ الالتزام مرهقا فقط<sup>86</sup>.

مما سبق يتجلى لنا أن المشرع عندنا، بالرغم من أنه تأثر بالتقنيات الغربية في مجال شروط الطرف الطارئ، فقد تبنى فعلا المبدأ المستقر في تطبيقات هذه النظرية في الفقه الإسلامي. في حين اختلف معه في مجال الصفات التي يجب أن تتوافر في هذا الحادث. فبينما ضيق منها المشرع عندنا، فقد وسعت منها الشريعة الإسلامية ليشمل كل حادث يطرأ أثناء تنفيذ العقد. فضلا عن أنها لم تكتف أن يصبح الالتزام مرهقا، وإنما تقبل تطبيق النظرية حتى ولو كان مستحيلا.

<sup>82</sup> - راجع ص 4.

<sup>83</sup> - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1952، ص 643.

<sup>84</sup> - عبد الحميد الشواربي، أشار إليه بن شنييتي حميد، سلطة القاضي في تعديل العقد، رسالة دكتوراه، الجزائر، 1996، ص 118.

<sup>85</sup> - عبد السلام الترماني، سابق الذكر، ص 137، 138.

<sup>86</sup> - A. AIT- OUALL, La théorie de l'imprévision en droit Algérien, Alger, 1982, P 54.

- بن شنييتي حميد، سابق الذكر، ص 118.

## ب- أن يكون الالتزام مرهقا للمدين دون أن يكون مستحيلا

لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، يشترط المشرع أن يكون الالتزام مرهقا، بينما يستوي عند فقهاء الشريعة الإسلامية أن يكون مرهقا أو حتى مستحيلا، فما هو معياره؟ (أولا) وما هو مقداره؟ (ثانيا)

### أولا- معيار إرهاب الالتزام

تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن التشريعات الحديثة تطبق نظرية الظروف الطارئة إذا أصبح التزام المدين مرهقا، بمعنى أن يهدد المدين بخسارة فادحة. غير أن هذا التعبير جاء مطلقا، وبالتالي يجب تحديد مقداره وذلك بتحديد معيار الإرهاب لمعرفة ما إذا كان يجب النظر إلى المتعاقد المدين أو إلى موضوع العقد.

أما فيما يتعلق بمعيار الإرهاب المعتمد عليه من طرف الفقه، فإن أغلبهم يستبعد المعيار الذاتي. وهو المعيار الذي يأخذ بعين الاعتبار الظروف الشخصية للمدين عند تقدير الإرهاب، ويفضل المعيار الموضوعي الذي يحدد درجة الإرهاب بالنظر إلى الالتزامات التي يرتبها العقد، دون النظر إلى الظروف الشخصية للمتعاقد، أي دون النظر إلى الثروة التي يملكها المدين المرهق، فيكون النظر إلى قيمة الالتزام العقدي وقت إبرام العقد وقيمه وقت تنفيذه<sup>87</sup>.

أما فيما يتعلق بأحكام الفقه الإسلامي، فالمعيار قد يكون أيضا موضوعيا في نظرية العذر، إذا تعلق العذر بمحل الالتزام لكن قد يكون شخصا، ينظر فيه إلى طرف المتعاقد لمعرفة ما لحقه شخصا من ضرر بما أن الحادث قد يمس المتعاقد وحده دون سواه، كما رأينا سابقا، بينما درجة معيار الإرهاب أو الضرر في نظريتي الجوائح و تقلب الأسعار، فهو معيار موضوعي.

تجدر الإشارة إلى أن أحكام الفقه الإسلامي تطبق هذه النظرية، إذا أصبح الالتزام مستحيلا في بعض الحالات. فلا يتصور وجود مثل هذا المعيار في القانون المدني عندنا، للخلاف القائم بين القوة القاهرة والحادث الطارئ. وإن اشتركا في أن كلا منهما لا يمكن توقعه ولا يمكن دفعه، إلا أنهما يفترقان كون أن الأول يجعل الالتزام مستحيلا بمعنى أن المدين يعفى تماما منه، بينما يجعل الثاني الالتزام

<sup>87</sup>- عبد الرزاق السنهوري، سابق الذكر، ص 645.

مرهقا، ويبقى المدين ملزما بتنفيذه ولكن يمكن التخفيف عنه، فيقوم القاضي برده إلى حد مقبول<sup>88</sup>.

نلاحظ أن المشرع الجزائري بقي متمسكا بما أشار إليه القانون المدني الايطالي فأخذ بنفس المعيار، كما يظهر من أحكام المادة 1467 منه: "...إذا أصبح التزام أحد المتعاقدين مرهقا..." ورفض تكريس معيار الإستحالة.

### ثانيا- مقدار الارهاق: غير محدد

كما أسلفنا، لم يحدد فقهاء المسلمون مقدار الضرر أو الخسارة التي يجب أن تلحق أحد المتعاقدين ليستفيد من نظرية العذر، وإنما يكتفون بالإشارة إلى إحداث الظرف أو العذر أو الجائحة ضرر زائد وفاحش غير معتاد.

صحيح أن الفقرة الثالثة من المادة 107 ق.مدني لا تحدد مقدار الارهاق ولا مقدار التفاوت بين التزامات المتعاقدين لكي يصبح تنفيذ العقد مرهقا<sup>89</sup>، وإنما اكتفت بدورها باشتراط وصول هذا الإرهاق إلى درجة "الخسارة الفادحة" بمعنى الخسارة الزائدة أو غير المعتادة.

غير أن الخسارة التي يجب أخذها بالاعتبار في القانون المدني هي الخسارة المادية الاقتصادية التي تمس محل الالتزام، بينما يستوي أن تمس محل العقد أو أن تكون لاحقة بشخص أحد المتعاقدين في تطبيقات لهذه النظرية في الفقه الإسلامي، فقد يكون هذا الضرر ماديا اقتصاديا أو معنويا أو أن يكون شرعيا.

وهذا يؤكد لنا مرة أخرى أن الخسارة الفادحة المنصوص عليها في القانون المدني (المادة 3/107) كان تأثرا بالقوانين الغربية التي وصفته بأنه يزيد على الحد المألوف، والذي يقتصر على الضرر الاقتصادي الذي يمس التزام المدين (المادة 1467 مدني إيطالي).

فهل الحلول المقترحة في حالة توافر شروط النظرية، منبثقة هي الأخرى من هذه الأخيرة؟

## 2- السلطة التقديرية للقاضي لمراجعة العقد: تباين مهم

إذا كانت أغلبية القوانين الوضعية ومذاهب الفقه الإسلامي، التي كرسست نظرية الظروف الطارئة تقبل إعادة التوازن بين التزامات المتعاقدين على أساس

<sup>88</sup>- السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، سابق الذكر، ص 646.

<sup>89</sup>- علي فيلال، سابق الذكر ص 377.

العدالة العقدية والأمن القانوني، فإن مراجعة العقد تتم بطرق متباينة تباينا مهما، سواء من حيث سلطة القاضي لمراجعة العقد (أ) أو من حيث تعديله (ب).

### أ- السلطة التقديرية للقاضي في مراجعة العقد

الواقع أن الفقه الإسلامي، وفي مجال تطبيقات نظرية الظروف الطارئة لا يعتبر العقد شريعة المتعاقدين، كما رأينا سابقا، وإنما وضع قاعدة تتمثل في "مبدأ إعادة النظر في العقد" كلما طرأت ظروف جديدة.

بينما نلاحظ أن ما كرسه المشرع عندنا هو العكس بحيث أن المبدأ هو القوة الملزمة للعقد والذي لا يسمح لأحد المتعاقدين تعديله بإرادته المنفردة، ولا للقاضي تعديله إلا استثناء، إذا طرأت ظروف استثنائية: "...جاز للقاضي تبعا للظروف..."<sup>90</sup>. ويرى الفقه أن القاضي ملزم بتعديل العقد في هذه الحالة، لأن النص من النظام العام، بحيث يقضي ببطلان كل اتفاق يخالف أحكامه.<sup>91</sup> فللقاضي وحده هذه السلطة التقديرية في تقدير الخسارة الفادحة التي لحقت المدين في مضمونها وفي المدة التي استغرقتها من جهة، مراعاة مصلحة الدائن، وكيفية ردها إلى حد المعقول من جهة أخرى<sup>92</sup>. أما بالنسبة للمتعاقدين، فلا يمكن لأحدهما أن يكون قاضي نفسه، أو يرفض تنفيذ العقد بإرادته المنفردة، وإنما يجب أن يستمر تنفيذ العقد بطلب من القاضي لاتخاذ تدابير مؤقتة.

إن تطبيقات هذه النظرية في الفقه الإسلامي تمنح حقا للمتعاقد أن ينهي العقد، وذلك بطلب فسخه، فضلا عن إمكانية إنفساخه تلقائيا، إذا كان الطرف المانع شرعيا وذلك دون رضا أو قضاء، كما أشرنا إليه سالفًا. فإذا كان القاضي وحده هو الذي يتولى تعديل العقد في القانون المدني، فأحكام الفقه الإسلامي تجيز فسخه وإنفساخه مما يجعل الخلاف واضح بينهما. فما هي الحلول التي يمكن أن يلجأ إليها؟

### ب- الحلول المقترحة

إذا توافرت شروط نظرية الظروف الطارئة أو العذر أو جوائح في الثمار، ترتبت آثار قانونية. وبالرجوع إلى هذه الآثار التي يشير إليها فقهاء المسلمين، التي

<sup>90</sup> - الفقرة 3 من المادة 107 ق. مدني.

<sup>91</sup> - راجع أكثر تفصيل: علي فيلالي، المرجع السابق، ص 378. A. BENCHENEB, préc., p251.

<sup>92</sup> - علي فيلالي، سابق الذكر، ص 378. A. BENCHENEB, préc., P 250.



سبق شرحها ، نلاحظ أنها تعددت. فهي تتخذ صور عديدة، منها تعديل العقد أو فسخه بإرادة منفردة للمتعاقد المضرور، أو إنفساخه شرعا، بمعنى انفساخ العقد بحكم الشرع، وأكثر من هذا قد تتمثل الآثار أيضا في تحميل البائع وحده عبء الخسارة في الجائحة في الثمار أو الزروع.

نلاحظ من خلال هذه الحلول أن المشرع عندنا تجاهل تقريبا كل الحلول المقررة في تطبيقات هذه النظرية في الفقه الاسلامي، واحتفظ بحل واحد المتعلق بتعديل التزامات العقد بما تقتضيه العدالة.

وتجدر الإشارة بهذا الصدد إلى أن تعديل العقد في أحكام الشريعة الإسلامية قد يكون بإنقاص الالتزام المرهق أو بزيادته. غير أن الفقه عندنا اختلف في تفسير عبارة "...أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول...." المشار إليه في نص المادة 3/107 ق.مدني. فهناك من يرى أن القاضي يمكن أن ينقص من الالتزام المرهق فقط (أولا) وهناك من يرى أنه يمكن أن يزيد من التزام الدائن لإعادة التوازن العقدي (ثانيا)، كما يمكن إقتراح فسخ العقد.

### أولا- إنقاص الالتزام

نعني به إعفاء المدين من تنفيذ جزء من التزامه أو تخفيف التزام الدائن فقد يكون الإنقاص من حيث الكم، كما قد يكون من حيث قيم الأشياء، وأخيرا قد يكون الإنقاص من حيث الكيف. فنلاحظ مما سبق أن المشرع من وراء انقاص التزام المدين توزيع عبء الخسارة على طرفي العقد وإعادة التوازن بين التزامات الطرفين<sup>93</sup>. ولا يعني تحقيق طلب المدين و تهديد الدائن، بدوره، بخسارة.<sup>94</sup> كأن يتعهد المتعاقد بتوريد كمية معينة من المنتوجات، غير أن بسبب حادث طارئ تمثل في اندلاع حرب، لم يتمكن من استيراد الكمية المتفق عليها في العقد، فعندئذ يجوز للقاضي أن يتولى تعديل العقد وذلك بإنقاص الكمية التي التزم المدين بتوريدها، بمراعاة المقدار الذي يراه مناسبا لرد التزام المدين إلى حد المعقول. وهو من الحلول التي أخذ بها الفقه الإسلامي بحيث يرى أن الآثار التي تترتب على

<sup>93</sup>-علي فيلالي، سابق الذكر، ص 379.

<sup>94</sup>- A. BENCHENEB, préc., P 250\_ N. TERKI, préc. P.251

نظرية العذر أو الجوائح في الثمار هو تعديل قيمة الالتزام، بمعنى الحط من الثمن مقابل ما تلف.<sup>95</sup>

ومن هنا يتبين لنا أنه في حالة توافر شروط هذه النظرية يمكن إنقاص الالتزام المرهق، سواء في القانون المدني أو في بعض تطبيقات الفقه الإسلامي. غير أن هذا الأخير يقبل أيضا زيادة الالتزام المقابل، فهل يقبل المشرع عندنا أن يزيد من التزامات الدائن؟

### ثانيا- زيادة التزام الدائن: يعيد التوازن في العقد

لقد فسر بعض الفقه ما جاء في الفقرة الثالثة من أحكام المادة 107 ق.مدني" برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول" بإمكانية القاضي بزيادة التزام المقابل أي التزام الدائن، فيتحقق التوازن بين التزام الدائن والتزام المدين<sup>96</sup>، فكل الحلين لهما نفس النتيجة التي تترتب على كل منهما.

يعتقد بعض الفقهاء أن النص باللغة الفرنسية يشير إلى إنقاص التزام المدين لما استعمل مصطلح "Réduire". غير أن النص باللغة العربية، لا يؤدي هذا المعنى، فباستعماله مصطلح "يرد"، فإنه لم يرد من ورائه إنقاص الالتزام وإنما تعديله، حسب منطوق هذا الرأي. فكلمة "يرد" تتسجم مع معنى التعديل، وتعني إعادة الوضع المختل إلى حالة التوازن التي كان تسود وقت الاتفاق وهذا يمنع الغبن الفاحش و الثراء الفاحش، بما يؤدي إلى تحقيق التوازن بين التزامات الطرفين<sup>97</sup>.

نشك في صحة هذا التفسير، كما يشير إليه الرأي الآخر<sup>98</sup>، بحيث أن التساؤل يكمن فيما إذا كان هذا التفسير يتماشى مع ما أراده المشرع من وراء الفقرة الثالثة من المادة السالفة الذكر، كون أن مضمون النص واضح بحيث

<sup>95</sup>-فتحي الدريني، سابق الذكر، ص 152\_ بداية المجتهد لابن رشد ج2 ص185، مشار إليه في: محمد محي الدين إبراهيم سليم، سابق الذكر، ص449.

<sup>96</sup>- حميد بن شنييتي، سابق الذكر، ص 62 وما يليها -بولحية جميلة، سابق الذكر، ص136.

<sup>97</sup>- راجع حميد بن شنييتي، سابق الذكر، ص64.

- ويستند في ذلك إلى مشروع التقنين المدني المصري لمحاولة فهم ما أراده المشرع من وراء استعماله المصطلح "يرد". الذي أورد "كلمة "ينقص" قبل استقرار لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ المصري على كلمة "يرد" بدلا عنها، وهذا بعد ما لوحظ أن عبارة بنقص الالتزام المرهق إلى حد المعقول لا يؤدي المعنى المطلوب، لأن القاضي قد يؤدي الزيادة لا النقصان ولأن كلمة "ينقص" ليس المقصود منها الإنقاص المادي كما جاء رد الأستاذ بغداداي على ذلك، وإنما يقصد بها "التعديل" مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج2، ص284-286.

<sup>98</sup>-علي فيلالتي، سابق الذكر، ص 381.

يشير فقط إلى التزام المدين دون التزام الدائن، إضافة إلى أن النص باللغة الفرنسية يؤكد ذلك لما استعمل مصطلح "Réduire" بمعنى إنقاص التزام المدين دون زيادة التزام الدائن. و لو أراد المشرع ذلك لعبر عنه كما هو الحال في المادة 3/561 ق.مدني: "إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل و الما قول بسبب حوادث استثنائية عامة،...جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجرة أو بفسخ العقد." فهي تتضمن حلا استثنائيا لا أكثر.

صحيح أن تطبيقات هذه النظرية في الفقه الإسلامي، تقترح هذا الحل، كما جاء به ابن عابدين، في حالة تغير قيم النقود الذي يلزم التصالح بين طرفي العقد و توزيع عبء الخسارة عليهما لإعادة التوازن بين التزامات المتعاقدين.<sup>99</sup> في حين أن زيادة التزام المقابل ليس هو الحل المستقر عليه، وإنما يأخذ به في هذه الحالة فقط. مما يتجلى لنا أنه لا يمكن تعميمه لا إلى حالة العذر في عقد الإيجار ولا إلى حالة الجوائح في الثمار. وهذا قد يؤكد لنا أن المشرع، من خلال نص المادة 3/107 لم يرد زيادة التزام الدائن كحل يطبق في حالة توافر شروط هذا النص، وإنما قد يأخذ به كحل استثنائي فقط، كما هي الحال في عقد المقاوله المشار إليه أعلاه.

لكن، هل يمكن أن نقول أن فسخ العقد، الذي يعتبر من الحلول المستقرة عليها في الشريعة الإسلامية، يمكن أن يكون من الحلول المناسبة لرد الالتزام إلى حد المعقول؟

### ثالثا- فسخ العقد

يظهر من نص المادة، أن المشرع لم يكرس فسخ العقد كأثر يترتب في حالة ما إذا طرأت ظروف استثنائية أثناء تنفيذ العقد. فبينما هناك من يرى أنه ليس من الجائز للقاضي أن يحكم بفسخ العقد، في ضوء أحكام المادة السالفة الذكر، بحيث لا يملك سلطة فسخه،<sup>100</sup> يرى جانب آخر من الفقه أن أحكام المادة تمنح له هذه السلطة لأنه قد يعتبر وسيلة لرد الالتزام إلى حد المعقول، في حالة ما إذا نفذ المتعاقد المدين جزءا مهما من التزامه المرهق،<sup>101</sup> أو إذا كانت

<sup>99</sup>- فتحي الدريني، سابق الذكر، ص152.

<sup>100</sup>- محمد علي البدوي، سابق الذكر، ص172. - منذر الفضل، سابق الذكر، ص283. - سليمان مرقس، سابق الذكر،

ص532.

<sup>101</sup>- علي فيلال، سابق الذكر، ص381.

الوضعية المالية للمدين لا تسمح له بتنفيذ التزامه، نظرا للخسارة التي قد تلحق هذا الأخير، لاسيما كما يضيف نفس الفقه أن المشرع يمنح القاضي سلطة واسعة في ظل عقد المقاولة في حالة انهيار التوازن الاقتصادي بسبب حوادث استثنائية عامة، يجوز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجرة أو أن يفسخ العقد طبقا للمادة 102.3/561

فلاحظ أن فسخ العقد، ليس غريبا على المشرع، لاسيما أنه يؤدي فعلا إلى رد التزام المدين إلى حد المعقول، هذا الأخير، الذي قد تلحقه ضررا فاحشا وخسارة فادحة وإثراء الطرف الآخر على حسابه، إذا استمر في تنفيذ التزامه، فإن العدالة تقتضي حق إنهاء العقد في هذه الحالة.

وإذا كان المشرع لم يتأثر بالفقه الإسلامي لما رفض اعتناق الحل المتمثل في فسخ العقد في ظل المادة 3/107، فإن هذا لا يعني أنه لم يكرسه في عقد الإيجار. فبالرجوع إلى أحكام المادة 469 مكرر 2/2 ق. مدني، نلاحظ أنها تشير إلى ما يلي: "غير أنه في حالة وفاة المستأجر،...يجوز للورثة الذين كانوا يعيشون عادة معه منذ ستة أشهر، إنهاء العقد إذا أصبحت تكاليفه باهظة بالنسبة إلى مواردهم أو أصبح الإيجار يزيد عن حاجتهم." فإذا توفى المستأجر، يحق لورثته طلب فسخ الإيجار إذا أثبتوا موت المستأجر أو عدم تحمل مواردهم الأعباء الباهظة، وهذا هو الظرف الطارئ، غير أن النص لا يشترط أن يكون هذا الحادث استثنائي عام، وإنما اكتفى أن يكون خاصا بالورثة دون سواهم.

تنص المادة 469 مكرر 1/2 ق. مدني: "غير أنه يجوز للمستأجر إنهاء عقد الإيجار قبل ذلك لسبب عائلي أو مهني...مما يتضح أن المشرع اعتبر إنهاء عقد الإيجار لسبب عائلي أو مهني ظرفا طارئا، بالرغم أن مثل هذا الظرف خاص بالمتعاقد كما أنه متوقع.

نلاحظ أن فسخ العقد من الحلول التي لجأ إليها المشرع في ظل نظرية الظروف الطارئة، ولو باختلاف الشروط. كما يمكن أن نؤكد أن المشرع تأثر بالشريعة الإسلامية لما كرس مثل هذه الحالات، خاصة أن الشروط المتطلبة فيها هي نفسها تلك المشترطة في بعض تطبيقات الفقه الإسلامي، لاسيما في نظرية العذر في فسخ الإيجار كما رأينا سالفا.

102-N.TERKI ,art. préc.p 21 et s.

إن الحل الذي كرسه القانون المدني، يهدف إلى تسهيل تنفيذ العقد واستمراره لإبقائه صحيحا بدلا من زواله، غير أن هذه الوضعية قد تؤدي إلى إجحاف في حق أحد المتعاقدين وذلك لظروف لا يد له فيها، والتي قد تلحق به خسارة فادحة. فمن المفروض، يجب أن يهدف أيضا إلى إنقاذ هذا المدين من هذه الوضعية الصعبة و حمايته من خسارة لم يكن يتوقعها وقت إبرام العقد. فإذا كان فسخ العقد يمكن أن يحقق هذه الحماية، فيصبح من الحلول الضرورية.

نستنتج أن المشرع استحدث، فعلا، نظرية الظروف الطارئة، ولم يبق متمسكا بمبادئ قانون نابليون، التي ازدهرت إثر ظهور المذاهب الفردية، ومن بينها ذلك الذي يتمثل في أن العقد شريعة المتعاقدين بحيث "لا يمكن نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو لأسباب يقررها القانون". فقد رفض تطبيق هذا المبدأ بصرامة، مما قد يؤدي إلى نتائج غير عادلة و مخالفة لمبادئ العدالة التي يجب أن تسود في العقود. غير أن ذلك كان تأثرا بالمفهوم الموجود في الدول الغربية لهذه النظرية. في حين أن ما استلهمه من نظام الشريعة الإسلامية كان بنسبة ضعيفة. فباستثناء بعض الشروط وبعض الحلول، التي كرسها، يمكن أن نصح أنه ابتعد عما استقر عليه.

فيظهر مما سبق أن هذه الدراسة لنظرية الظروف الطارئة، قد سمحت لنا بوضع حد لبعض الدراسات التي كانت تشير إلى تأثير المشرع عندنا بما هو مستقر في تطبيقات لهذه النظرية في الفقه الإسلامي. لكن ظهر لنا جليا أن فروع وتطبيقات نظرية حوادث الطارئة وجدت فعلا في أحكام هذا الأخير. غير أن مضمونها في القانون المدني يختلف عنه اختلافا هاما. فكل ما في الأمر أن تطابق هذه النظرية مع فحوى أحكام الشريعة الإسلامية قد ساعدت المشرع على تكريسها. فيبقى ما أشار إليه عرض أسباب مشروع الأمر المتعلق بالقانون المدني، "أن هذا الأخير، يجب بحثه في قيمنا العربية الإسلامية"، غير مؤسس، لأن المشرع بقي محتفظا بالمفاهيم القوانين الغربية حتى في المفاهيم الغربية عن قانون نابليون الذي يعتبر من المصادر الأولى له.

فإذا كان المشرع عندنا يقبل إعادة النظر في العقد إذا طرأت ظروف استثنائية، فنتمنى أن يقبل في المستقبل أن يعتق المفهوم الواسع للنظرية كما تشير إليها أحكام الشريعة الإسلامية سواء من حيث شروط قيامها أو من حيث آثارها، الذي سيؤدي بدون شك إلى تكريس أكثر عدالة عقدية، مادام عرض الأسباب يؤكد على ذلك.

## توحيد التشريعات العربية من طرف جامعة الدول العربية: مسعى واه؟

ذيب عبد السلام، رئيس الغرفة التجارية والبحرية

المحكمة العليا

لا شك أن طبيعة جامعة الدول العربية ذاتها، وما كانت تتوخاه الأطراف العربية<sup>1</sup> والأجنبية<sup>2</sup> من مقاصد، من وراء إنشائها سنة 1945، جعلت الجانبين السياسي وبدرجة أقل الاقتصادي يطغيان على تنظيمهما، غير أن الأمور القانونية، وخاصة منها ما من شأنه أن يسهل العلاقات بين الأعضاء، لم تكن غائبة<sup>3</sup>.

وبقصد إنجاز ما تصبو إليه الجامعة من أهداف عامة، تمت هيكلتها بكيفية جدّ مختصرة في بداية نشأتها، ثم عرفت تحولات أملتتها ضرورة استجابتها للمستجدات التي طرأت في البلدان العربية من جهة، ومحيطها العالمي من جهة أخرى. وما يمكن قوله في عجالة هو أن الهيكل الأساسي جاء في بدايته مبسطاً.

وقد نصّت الفقرة الأولى من المادة الثالثة من الميثاق على أن يكون للجامعة مجلس يتألف من ممثلي الدول المشتركة في الجامعة، ويكون لكل منها صوت واحد مهما يكن عدد ممثليها. ويقوم المجلس بالمهام والاختصاصات التي ترمي في مجملها إلى وضع سياسات وخطط عمل، وتوطيد العلاقات بين أعضائها، والسهر على تنفيذ ما تتخذه من قرارات وما تقدمه المجالس والمنظمات المتخصصة التابعة لها من تقارير، والبحث في وسائل التعاون مع المنظمات الدولية، والدفاع عن الدول الأعضاء، وفضّ النزاعات بين أعضائها، وقبول عضوية الدول الجديدة وفصل الدول الأعضاء، وإنشاء لجان فنية واستشارية، وتعيين الأمين العام وتعديل الميثاق.

وينعقد المجلس في اجتماعات عادية مرتين في كل من شهري مارس وسبتمبر، وينعقد بصفة غير عادية كلما دعت الحاجة إلى ذلك، بناء على طلب دولتين من دول الجامعة<sup>4</sup>. ويجوز عقد المجلس بصفة غير عادية بناء على طلب إحدى الدول الأعضاء في حالة الاعتداء عليها، وذلك بطلب من ممثليها. وإذا تعذر

<sup>1</sup> - سورية، شرق الأردن، العراق، العربية السعودية، لبنان مصر واليمن.

<sup>2</sup> - بريطانيا العظمى على الخصوص.

<sup>3</sup> - المادة 2 (د).

<sup>4</sup> - المادة 11.

على الممثل الاتصال بمجلس الجامعة، حقّ لأي دولة من أعضائها أن تطلب انعقاده، ويجتمع المجلس في القاهرة بوصفها المقرّ الدائم لجامعة الدول العربية أو أي مكان آخر يتم تعيينه، ويكون انعقاد المجلس صحيحا إذا حضره ممثلون لأغلب الدول الأعضاء. ويتأوب ممثلو الدول الأعضاء على رئاسة المجلس في كل دورة عادية، وفقا للترتيب الأبجدي لأسماء الدول. وينصّ الميثاق على أن ما يقرره المجلس بالإجماع يكون ملزما لجميع الدول المشتركة في الجامعة، وما يقرره المجلس بالأكثرية لمن يقبله .

وجاء في الميثاق على أن تكون للجامعة أمانة عامة دائمة، تتألف من أمين عام وأمناء مساعدين وعدد كاف من الموظفين. ويعين مجلس الجامعة بأغلبية الثلثين الأمين العام بعد موافقة المجلس على الأمناء المساعدين والموظفين الرئيسيين في الجامعة. ويضع مجلس الجامعة نظاما داخليا لأعمال الأمانة العامة وشؤون الموظفين. وتقوم الأمانة العامة للجامعة بتحضير أعمال مجلس الجامعة ولجانها، وتنفيذ ما يصدر عنها من قرارات وتوصيات ويتولى الأمين العام دعوة المجلس للانعقاد ويحضر اجتماعات الفروع.

وقد جاء كذلك في الميثاق أنه تؤلّف لكلّ من الشؤون المبيّنة في المادة الثانية لجنة خاصّة تمثّل فيها الدّول المشتركة في الجامعة<sup>5</sup>. وتتولى هذه اللجان وضع قواعد التعاون ومداه، وصياغتها في شكل مشروعات اتفاقات تعرض على المجلس للنظر فيها، تمهيدا لعرضها على المجلس.

كما جاء في المادة الثانية "د" من ميثاقها أن من أغراضها تعاون الدّول المشتركة فيها تعاونا وثيقا بحسب نظم كل دولة منها وأحوالها في "شؤون الجنسيّة، والجوازات، والتأشيرات، وتنفيذ الأحكام وتسليم المجرمين". فالهمّ هنا ليست المواد التي عيّنت في هذا النصّ كمجالات تعاون، ولكن الفكرة في حدّ ذاتها، أي دخول الحقل القانوني في مجال اختصاصات هذه المنظّمة.

ومع مرور الزمن أصبحت الجامعة تولي اهتماما كبيرا للتعاون الإقليمي لتدعيم العدالة، وتقوية وتعميق التعاون العربي في المجالات القانونية والقضائية، وتأهيل الأطر، وكفالة التخصص بما يسمح معه أن تحقّق هذه الدّول قدرتها على

<sup>5</sup> - المادة 3.

مواكبة التطوّرات، وهكذا انكبّت على إنشاء آليات تعمل على تحقيق الأهداف المسطرة لتطوير ميداني القضاء والتشريع، ولتوحيد التشريعات العربية، وهو طموح مشروع بالنظر إلى توافر أسباب نجاحه، وتوصّلت إلى إنجازات متعدّدة (I)، غير أن ما أنجز من توحيد يبقى دون المقبول بالنظر إلى عوائق متعدّدة (II).

### **الفصل الأوّل: ظروف نجاح توحيد التشريع متوقّرة، وقد قطع خطوات معتبرة**

ما يلفت انتباه الدارس للموضوع، هو تعدّد عوامل نجاح المشروع وكذا الوسائل المسخّرة لهذا المرمى، وهو ما أدّى على الأقلّ نظريا إلى إنجازات معتبرة.

### **المبحث الأوّل: العوامل المواتية للتوحيد**

إن واقع الدّول العربية التاريخي والجغرافي والديني والثقافي والإرث القانوني، يؤسّس كلّ على مشروعية مبتغى توحيد التشريعات العربية.

### **المطلب الأوّل: عوامل التاريخ والجغرافية**

من المتعارف عليه أن الدّول العربية، بعد أن كانت شبه كتلة موحدة أثناء الفتح الإسلامي، من حيث العقيدة الدينية والنظم والتشريع والأخلاق، عاشت قرونا من الفرقة والشتات، لأسباب ذاتية بالنظر إلى ما عرفه إقليمها من تمزق نتج عن التقاتل على الحكم، وما ضاعف هذه الأوضاع ما عرفته هذه البلدان من استعمار طالها بخاصّة بداية من القرن التاسع عشر.

وكما هو معروف عنها فهذه البلدان كتلة جغرافية واحدة من المحيط إلى الخليج، ماعدا الصومال وجيبوتي وجزر القمر، تربطها حدود مشتركة تسهّل تنقّل الأشخاص وربط العلاقات خاصّة منها ما تعلق بالتجارة.

غير أنّ هذا العامل الجغرافي ليس داع للوحدة فحسب، بل قد يكون سبب في اختلاف العقليات وأنماط المعيشة والعادات، وكذا اختلاف الثروات الطبيعية لاتساع مساحة هذه الدّول إلى ما يضاهاها قارة بأكملها.

### **المطلب الثاني: عوامل اللغة والثقافة والدين والإرث القانوني**

إن بروز المنطقة العربية كوحدة واحدة متكاملة ومتجانسة وتبلور فكرة الأمة العربية، بدأ يظهر إلى الوجود منذ القرن السابع، ولم يكن ممكنا إلا بفضل اللغة العربية والدين والثقافة المحيطة بهما. فمن قبائل متناحرة في شبه الجزيرة العربية اتسعت رقعة كيائها من المحيط إلى الخليج.



فهذه العوامل التي يعرف عنها أنها أساسية في إرساء التشريع كلّها متوفرة في الدول العربية.

فاللغة العربية تجمع كلّ الدول العربية، وهي اللغة الرسمية لها، والمستعملة في التشريع وأمام المحاكم. وأكثر من اللغة، فالدين هو القاسم المشترك بين هذه الدول بحيث تدين أغلبيتها بالإسلام، وهو ما يسهّل اشتراكها في القواعد التشريعية الأساسية التي من شأنها أن تكون قاعدة الصرح القانوني.

### **المبحث الثاني: آليات التحقيق**

إضافة إلى اللجان الدائمة التي ظهرت بموجب ميثاق الجامعة، والأجهزة التي تمّ إنشاؤها بقرارات من مجلس الجامعة، والمنظمات المتخصصة التي تُعنى بالجوانب الاقتصادية والاجتماعية، فقد تقرّر خلق مجالس وزارية متخصصة تتكفّل بمجالات التعاون في القطاعات المنوطة بها. وهكذا ظهر إلى الوجود مجلس وزراء العدل العرب، كما وضعت آليات المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، والمجلة العربية للفقهاء والقضاء، فضلا على اللجان التي تعيّن لدراسة وإعطاء رأيها حول مواضع قانونية معيّنة.

### **المطلب الأول: مجلس وزراء العدل العرب**

عقد أول مؤتمر لمجلس وزراء العدل العرب في الرباط بتاريخ 16 ديسمبر 1977، وصدر عنه إعلان الرباط الذي أكدّ عزم الوزراء مواصلة وتنسيق الجهود المبذولة على المستوى العربي، بهدف تحقيق وحدة تشريعية عربية، تتخذ من الشريعة الإسلامية مرجعا أصليا لها، كما أجمع أعضاء على ضرورة دعم الأنظمة القضائية وتقريب العدالة من المواطنين وكفالة حقوق الإنسان وكرامته، وأجمعوا على ضرورة عقد لقاءات في الدول العربية بصفة دورية لاستمرار التشاور ودعوا الأمين العام لاتخاذ الإجراءات لهذا الغرض.

وفي 25 فيفري 1981 اجتمع المجلس بصنعاء، ورسم خطة صنعاء، أهدافها إبراز الأسس العامة لعملية توحيد مصادرها، خاصة باعتماد القرآن الكريم والسنة النبوية وما يؤول لها من إجماع أو قياس، ودون التقيّد بمذهب معيّن، وكذا مبادئ العدالة، واتباع قاعدة التدرّج. وتشمل هذه الخطة عملية توحيد التشريعات بدءا من التشريعات المدنية ثمّ الأحوال الشخصية ثمّ الجزائية ثمّ التشريعات الأخرى.

وقد صادق مجلس جامعة الدول العربية في دورته 78 في سبتمبر 1982 على النظام الأساسي لمجلس وزراء العدل العرب الذي تضمن نشأة هذا المجلس وأهدافه واختصاصاته ودوراته.

#### أ- نشأة المجلس<sup>6</sup>

يتشكل المجلس من وزراء العدل للدول العربية العضوة في الجامعة.

#### ب- أهدافه

- تقوية وتعميق التعاون العربي في المجالات القانونية والقضائية وتنمية تبادل الخبرات والكفاءات، وتأهيل الأطر القانونية والقضائية، وكفالة تخصصها بما يحقق قدرتها على مواكبة التطور، والنظر فيما يستجد من قضايا ومنازعات، وعلى تأكيد الضمانات لاستقلال القضاء وصون حرمة.

- دعم ومتابعة الجهد المشترك لتوحيد التشريعات العربية وفق أحكام الشريعة الإسلامية السحاء. مع الأخذ بالاعتبار ظروف المجتمع في كل قطر عربي. ووضع الخطط والمناهج لتحقيق هذا الهدف والعمل على تنفيذها.

- العمل على تطوير الأنظمة القضائية وتوحيدها، والمهن القانونية، وتحسين أسلوب العمل بالمحاكم.

وينعقد المجلس في دوراته العادية والاستثنائية في مقر الجامعة أو في أي دولة بناء على دعوة منها وموافقة المجلس. والدورات العادية سنوية خلال شهر نوفمبر. ويتخذ قراراته وتوصياته بموافقة ثلثي الأعضاء الحاضرين ما عدا الأحوال التي ينص فيها على خلاف ذلك.

ومن ضمن اختصاصات المجلس دعم وتشجيع المؤسسة العربية المشتركة العاملة في نطاق أهدافه وتمكينها مادياً ومعنوياً من الوفاء بالتزاماتها، ومساعدتها على وضع البرامج التنفيذية الرامية إلى تحقيق أهداف المجلس والقرارات الصادرة عنه. كما يمكن للمجلس القيام بتشكيل اللجان الفنية المتخصصة التي يتم اختيار أعضائها من بين كبار رجال الفقه والقضاء لإعداد الدراسات والبحوث العلمية في المجالات القانونية والقضائية والعدلية، حيثما كان ذلك ضرورياً والنظر بالتوصيات الصادرة عنها.

<sup>6</sup> - جرى تعديل هذا النظام من قبل مجلس وزراء العدل العرب في دورته الثامنة في 1992/4/22 ووافق مجلس الجامعة على التعديل في 1992/9/13.

ومن الناحية الإدارية يستعين المجلس بمكتب تنفيذي من بين أعضاءه يضطلع بتحضير دوراته ومتابعة تنفيذ قراراته واقتراح جدول أعماله.

### **المطلب الثاني: المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية**

يعتبر المركز وفقاً لمقتضيات المادة الأولى من أحكامه التنظيمية الجهاز العلمي لمجلس وزراء العدل العرب، يقوم بتنفيذ قرارات المجلس الهادفة إلى تحقيق أهدافه ومقاصده، كما أنه يتولّى حصرًا مهمة توحيد التشريعات العربية إنطلاقاً من خطة صنعاء الصادرة عن وزراء العدل العرب في مؤتمريهم الثاني والتي رسمت معالم المركز وتخصّصاته، ومن خلال برنامج عمل سنوي يقرّر في إجتماعهم الدوري كل عام.

#### **أ- نشأته**

نص إعلان الرباط الصادر عن المؤتمر العربي الأول لوزراء العدل العرب السالف الذكر على إنشاء معهد عربي عال لبحوث القضاء يكون مقره مدينة الرباط بالمملكة المغربية.<sup>7</sup> وفي مؤتمر صنعاء تقرّر ما يلي:

- تعديل الاسم المقترح للمركز ليصبح على النحو التالي: (المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية).

- المصادقة على الأحكام التنظيمية لهذا المركز.

---

<sup>7</sup> - نص إعلان الرباط الصادر عن المؤتمر العربي الأول لوزراء العدل العرب المنعقد في المملكة المغربية 14-16/12/1977 على إنشاء معهد عربي عال لبحوث القضاء يكون مقره مدينة الرباط بالمملكة المغربية

- أصدر المؤتمر الثاني لوزراء العدل العرب الذي انعقد بصنعاء في الفترة بين 23 - 25 / فبراير 1981م، القرار رقم 6 / د 2 - 81/2/25 القاضي بـ:

- تعديل الاسم المقترح للمركز ليصبح على النحو التالي: (المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية).

المصادقة على الأحكام التنظيمية لهذا المركز.

أصدر مجلس وزراء العدل العرب في دورته الثامنة قراراً برقم 156 - د 8 - 1992/4/22 يقضي بـ: ان قرار إلغاء الأمانة العامة للمجلس لا يشمل المركز إنما يتمتع بذاتية مستقلة عن الأمانة الفنية للمجلس.

أصدر مجلس جامعة الدول العربية قراراً برقم 5251 - د ع (98) ج 3 - 1992/9/13 يقضي بـ:

الموافقة على جعل لبنان مقراً للمركز العربي للبحوث القانونية والقضائية.

أن تقدم الحكومة اللبنانية المبنى والجهاز الإداري والخدمات.

أن تقوم الأمانة العامة بتزويد المركز بالعدد المناسب من الموظفين الفنيين من بين أعضائها.

أصدر مجلس وزراء العدل العرب قراره برقم 199 - د 10 - 1994/4/28 يقضى بتعديل بعض مواد الأحكام التنظيمية للمركز بما يطابق التعديل الوارد على نقل مقره وتشكيل مجلس إدارته.

تم التوقيع على اتفاق مقر بين جامعة الدول العربية والحكومة اللبنانية بتاريخ 11/4/1994.

- كما أصدر مجلس جامعة الدول العربية قراراً في 13/9/1992 يقضي بـ:
- الموافقة على جعل لبنان مقراً للمركز العربي للبحوث القانونية والقضائية.
  - أن تقدم الحكومة اللبنانية المبنى والجهاز الإداري والخدمات.
  - أن تقوم الأمانة العامة بتزويد المركز بالعدد المناسب من الموظفين الفنيين من بين أعضائها.

#### ب- أهدافه

نصت المادة الأولى من الأحكام التنظيمية للمركز على أنه يعتبر جهازاً متخصصاً يعمل تحت إشراف مجلس وزراء العدل العرب ويكون مقره مدينة بيروت عاصمة الجمهورية اللبنانية. كما نصت المادة السادسة على أن رئيس المركز وموظفيه الفنيون من موظفي الأمانة العامة لجامعة الدول العربية. حددت خطة صنعاء لتوحيد التشريعات العربية المقررة عام 1981 تخصصات المركز كما يلي:

- توفير القاعدة المتينة والثابتة لإقامة التشريع العربي الموحد .
- الأخذ بعين الاعتبار الصعوبات الموضوعية والمنهجية المتعلقة بعملية التوحيد.
- ربط التصور الفكري لعملية التوحيد بتخطيط منهجي مدروس.
- تحديد الأولويات إستناداً إلى الإمكانيات المرحلية وأن تستكمل المشاريع التي بدأ بها في الأمانة العامة على أن يعهد إلى المركز مهمة إعداد مشاريع للتشريعات العربية الأخرى.

وقد تبلورت هذه الأفكار من خلال ما جاء في المادة الثانية من الأحكام التنظيمية للمركز التي رسمت أهدافه على أنها:

- توثيق وتنمية التعاون بين الدول العربية الأعضاء في المجالات القانونية والقضائية والأجهزة والمؤسسات العاملة في هذا المجال.

- دعم وإجراء البحث العلمي المتخصص في مجال الشريعة والقانون للإسهام في الخطوات الخاصة بتوحيد التشريعات العربية وتوحيد المصطلحات القانونية والقضائية والبحث في المواضيع العلمية الطارئة والمستجدة ووضع التشريعات اللازمة لها وإعادة النظر في التشريعات الجاري العمل بها على ضوء المستجدات والمتغيرات.

- دراسة الأنظمة القضائية وإجراء الأبحاث المقارنة بشأنها بهدف تحديث النظم القضائية العربية وتطويرها وتوحيدها.
- ولتحقيق هذه الأهداف يتولّى المركز عدّة مهام أهمّها:
- جمع وتحليل ونشر التشريعات السارية في الدول العربية.
- العناية بالإحصائيات القضائية وتحليلها ونشرها.
- تقديم المعونة العلمية والمشورة المتخصصة لمن يطلبها من الدول الأعضاء وعناصر المهن القانونية.
- إجراء الدراسات الميدانية في المجالات القانونية والقضائية.
- تطوير الأجهزة العدلية وتكوين الاختصاصيين في صياغة التشريع.
- الإسهام في توحيد المصطلحات القانونية والقضائية.
- تشكيل لجان فنية لتوحيد التشريعات العربية.
- القيام بمهمة حلقة الإتصال بين المراكز والمعاهد القائمة في الدول العربية المعنية بشؤون التشريع والقضاء وتبادل المعلومات والزيارات فيما بينها. وعقد اللقاءات الدورية بين المسؤولين عن هذه الشؤون في الدول الأعضاء.
- تنمية علاقات التعاون مع مراكز البحوث القانونية والعربية والأجنبية.

### ج- أسلوب العمل

تأخذ نشاطات المركز عدّة أشكال:

#### 1- الاجتماعات الدورية:

- تعني هذه الاجتماعات عدّة فئات من العاملين في الحقل القانوني والقضائي وتهدف إلى توثيق وتنمية التعاون بين الدول العربية في المجالات القانونية والقضائية ودراسة الأنظمة القضائية وإجراء الأبحاث المقارنة وتطويرها وتوحيدها، ومن هذه الأنشطة المؤتمرات السنوية لبعض المسؤولين:
- مدراء المعاهد القضائية.
- رؤساء أجهزة التفتيش القضائي.
- مسؤولوا إدارات التشريع.
- النيابة العامة، النواب العموم، التحقيق والإدعاء العام، وكلاء الملك، المدعون العامون في الدول العربية.

- رؤساء إدارات أو هيئات قضايا الدولة.
- المسؤولون عن أمن وسلامة الفضاء السيبراني العربي (الإنترنت).
- رؤساء المحاكم العليا (التمييز، النقض، التعقيب).
- رؤساء المحاكم الإدارية (مجالس الدولة، مجالس شورى الدولة).
- المسؤولون عن التعاون الدولي والعلاقات الدولية.
- مراكز البحوث في وزارات العدل العربية.
- المسؤولون عن إدارات تقنيات المعلومات في النيابات العامة.

## 2- كما تهتم هذه الاجتماعات بجان توحيد التشريعات:

- لجنة توحيد المصطلحات القانونية والقضائية.
- لجنة دراسة مدى الحاجة إلى تحديث القوانين الإسترشادية العربية.
- لجنة دراسة إمكانية إنشاء دوائر قضائية بحرية متخصصة والنظر في إمكانية توحيد القوانين البحرية العربية على ضوء الإتفاقيات البحرية العربية والدولية ذات الصلة.
- لجنة إعداد مشروع قانون عربي إسترشادي للمعاقين وذوي الإحتياجات الخاصة.
- لجنة إعداد مشروع قانون عربي إسترشادي للتفتيش القضائي.
- لجنة إعداد مشروع قانون عربي إسترشادي حول حماية الملكية الفكرية ويضطلع كذلك المركز بتنظيم الندوات العلمية واللقاءات:
- تحدد سنوياً حسب التوصيات والإقتراحات الصادرة عن الاجتماعات السابقة أو بناءً على طلب وزراء العدل العرب أو حسب المستجدات العلمية.

## 3- الدراسات والأبحاث:

- تجري وتحدد حسب الإحتياجات والمستجدات أو بناءً على الإقتراحات أو بناءً على تكليف من وزراء العدل العرب.

## 4- التعاون العربي على الصعيد القضائي:

- تبادل الخبرات والمعلومات والزيارات الإستطلاعية والتدريبية.
- **الدورات التدريبية:**

وهي دورات منصوص عليها في برامج عمل المركز السنوية المعتمدة من قبل وزراء العدل العرب ومنصوص عليها في أحكامه التنظيمية وهي:

- دورة تدريبية لتنمية مهارات المكونين (المدرّبين) في المعاهد القضائية. تمّ إجراء ثلاث
- دورة تدريبية للطلاب في المعاهد القضائية العربية (أقيمت الدورة الأولى عام 2011 في الجزائر باستضافة منها).
- دورة تدريبية للعاملين في إدارات التشريع في الدول العربية.
- دورة تدريبية للعاملين في هيئات أو إدارات قضايا الدولة في الدول العربية.
- دورة تدريبية للعاملين في النيابة العامة.
- دورة تدريبية في القانون الدولي الإنساني، يقام دورتان سنوياً كل دورة أسبوعان بالتعاون مع الصليب الأحمر الدولي.

### 5-مجلس إدارة المركز:

-للمركز مجلس إدارة يختصّ بالعمل في إطار السياسة العامة الموضوعة من قبل مجلس وزراء العدل العرب على تحقيق أهداف المركز والنهوض بمهامه وتخطيط برامج عمله وأنشطته والإشراف على تنفيذها كما يختصّ بإصدار التوصيات اللازمة لتحقيق تلك الأهداف وتخطيط برامج العمل.

### د- الإنجازات المحقّقة:

توصّل المركز إلى إنجاز واعتماد عدد كبير من القوانين تقترح على الدول العربية كما أعدّ مجموعة من الاتفاقيات والأنظمة القضائية، وهي:

#### 1- القوانين

- القانون الجنائي العربي الموحد.
- القانون المدني العربي الموحد.
- وثيقة الكويت للقانون العربي الموحد للأحوال الشخصية.
- القانون العربي الموحد للتسجيل العقاري.
- القانون النموذجي للأحداث.
- قانون رعاية القاصرين.
- قانون الإجراءات المدنية العربي الموحد.
- قانون الإجراءات الجزائية العربي الموحد.
- قانون عمل عربي استرشادي موحد.
- مشروع نموذجي لقانون تجاري عربي موحد.

- قانون عربي استرشادي موحد للسلطة القضائية.
  - قانون عربي استرشادي للإجراءات أمام القضاء الإداري.
  - قانون عربي استرشادي للإثبات بالتقنيات الحديثة.
  - قانون عربي استرشادي للتوفيق والمصالحة.
  - قانون عربي استرشادي للتجارة الإلكترونية.
  - قانون عربي إسترشادي حول الخبرة أمام القضاء.
  - قانون عربي إسترشادي لتنظيم مهنة الكتاب بالعدل (الموثقين)
  - قانون عربي إسترشادي لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب.
- وفي مجال لا يقل أهمية لأنه يشكل قاعدة توحيد المصطلحات القانونية والقضائية ،  
كما أنجزت لجنة المصطلحات القانونية والقضائية المعتمدة والمستخرجة من:
- القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية.
  - نظام الدار البيضاء للتنظيم القضائي العربي الموحد.
  - قوانين الإجراءات المدنية العربية.
  - قوانين الإجراءات الجزائية العربية.
  - قوانين الإثبات العربية.
  - القانون المدني العربي الموحد.
  - القانون الجزائي العربي الموحد.
  - القانون العربي الموحد للتسجيل العقاري.
  - إتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري.
  - القانون النموذجي للأحداث.
  - قوانين العمل العربية.
  - قوانين التجارة العربية.
  - القوانين التجارية البحرية العربية.
  - قوانين الشركات التجارية.
  - قوانين المصارف.
  - قوانين النقل الجوي.
  - قوانين النقل البحري.
  - قوانين الأوراق المالية.



- قوانين الصحة والسلامة العامة.
- قوانين البيئة.
- قوانين وأنظمة التأمين.
- قانون الجزائر العربي الإسترشادي للإجراءات المدنية.
- قانون الجزائر العربي الإسترشادي للإجراءات الجزائية.
- القانون العربي الإسترشادي لمكافحة جرائم المعلوماتية.
- قوانين الدبلوماسية والقنصلية.
- قوانين الصناعة.
- قوانين المحاسبة والموازنة.
- قانون التحكم والتوفيق والمصالحة.
- قانون تنظيم مهنة المحاماة.
- قانون تنظيم مهنة الكتّاب بالعدل (الموثقين).
- قانون الهجرة والإقامة للأجانب.
- قانون غسل الأموال.
- قانون تنظيم المؤسسات العقابية.
- قوانين المخدرات والمؤثرات العقلية.
- قوانين الأسلحة النارية والذخائر والمتفجرات.
- قوانين تشجيع الإستثمار.
- قوانين السير والمرور.
- قوانين السياحة وإنشاء المؤسسات السياحية.
- قوانين حماية الطفولة.

## 2- الإتفاقيات:

- إتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي.
- إتفاقية عمان للتحكيم التجاري.
- إتفاقية محاربة الإرهاب.
- إتفاقية عمان للتعاون العلمي بين المعاهد القضائية العربية.

## 3- الأنظمة القضائية:

- نظام الدار البيضاء للتعظيم القضائي.

- المنهاج العربي الموحد للحد الأدنى لتأهيل الأطر القضائية.
- المنهاج النموذجي الموحد لدورة تدريبية للقضاة العاملين في التحقيق الجنائي.
- النظام الأساسي الموحد للمعاهد القضائية العربية.
- تقرير نموذجي للتفتيش القضائي.
- قواعد تنظيم التفتيش القضائي.
- دليل الجزائر العربي الإسترشادي للصياغة التشريعية.
- البرنامج العربي لتأهيل التشريعي المستمر والتخصصي.

#### 4- الندوات واللقاءات العلمية:

- ندوة الخبرة أمام القضاء.
- ندوة إدخال المكننة والتقنيات الحديثة أمام المحاكم.
- ندوة تطوير القضاء الإداري في الدول العربية.
- ندوة حول قضاء الأحداث في الدول العربية.
- ندوة حول التشريعات الكرائية (الإجارية) في الدول العربية وعلاقتها بالتممية الاقتصادية والاجتماعية.
- ندوة للخبراء والمتخصصين والطريقة في شؤون التخطيط والتطوير لإدارة العدالة والأجهزة القضائية المساعدة.
- ندوة حول المعلوماتية القضائية والقانونية في الدول العربية.
- لقاء علمي لتبادل الخبرة والتجارب في ميدان تطوير الكفاءة القانونية للقضاة وأعضاء النيابة العامة (الإدعاء العام).
- لقاء علمي للمختصين في مجال تنفيذ المحررات والأحكام المدنية.
- ندوة حول الجريمة الجمركية.
- ندوة حول زرع ونقل الأعضاء واستئجار الأرحام ومدى شرعيتها.
- ندوة حول البحث الاجتماعي ودوره في محاكم الأحداث.
- ندوة حول جريمة الرشوة.
- ندوة حول الجريمة الاقتصادية.
- ندوة حول الإستسناخ ومدى شرعيته.
- ندوة حول البحث الاجتماعي ودوره في محاكم الأحوال الشخصية.
- ندوة علمية حول أهمية إنشاء مراكز بحوث في وزارات العدل وتكوينها.

- ندوة علمية حول منع إساءة استعمال الحقّ قصد عرقلة سير المحاكمة.
- ندوة علمية حول ضمانات إستقلالية القضاء.
- ندوة حول وضع لائحة تشريعية للأعمال المنطوية تحت أعمال السيادة أو الحكومة والتي يمتنع على القضاء التعرّض لها عن طريق الدعوى.
- ندوة حول دور وسائل الإعلام في انحراف الأحداث.
- ندوة حول تبادل الخبرات وتنمية التعاون الدولي في اكتشاف الجرائم والإستعانة بالوسائل الحديثة.
- ندوة علمية حول الإثبات باستعمال وسائل المعلوماتية والتكنولوجيا الحديثة.
- ندوة علمية للمسؤولين عن تطبيق المعلوماتية والقانونية والقضائية في الدول العربية.
- ندوة علمية لمعالجة المشاكل العلمية والقانونية التي تواجه النيابة العامة.
- ندوة علمية حول تبادل المعلومات والخبراء والآراء حول صعوبات التنفيذ الجبري للمحرّرات والحلول الفضلى لها في الدول العربية.
- ندوة علمية حول الملكية الفكرية.
- ندوة علمية حول بدائل الدعاوى وسبل تبسيط إجراءات التقاضي.
- ندوة علمية حول استخدام الوسائل الحديثة في المراجعات القضائية وإدارة الدعاوى.
- ندوة علمية حول حماية أنظمة وبرامج الكمبيوتر.
- ندوة علمية حول الموقف العربي من امتداد الولاية القضائية خارج الحدود الوطنية.
- ندوة علمية لمعالجة المشاكل العلمية والقانونية التي تواجه النيابة العامة على الصعيد الدولي.
- ندوة علمية حول القوة الثبوتية والتنفيذية للسندات الإلكترونية.
- ندوة علمية حول التجارة الإلكترونية ومشاكلها القانونية.
- ندوة علمية حول الوضع القانوني لهيئات أو إدارات قضايا الدولة في الدول العربية.
- ندوة علمية حول المدى العلمي الذي يسمح به الدين في مجال الإستفادة من الإستسناخ.
- ندوة علمية حول دور القضاء والتشريع في التنمية وحماية البيئة.
- ندوة علمية حول التجارب التي وصلت إليها الدول العربية فيما يتعلّق بتأسيس جمعيات وطنية لوهب ونقل وزراعة الأعضاء ومكافحة الإتجار بها.
- ندوة علمية حول أهمية مساواة السند الإلكتروني بالسند الورقي وإصدار تشريع يكفل ذلك ويضع له ضوابط.

- ندوة علمية حول أثر المتغيرات الجديدة في استقلال القضاء و ضمانات العدالة.
- ندوة علمية حول علاقة الضابطة العدلية (القضائية) بالقضاء.
- ندوة علمية متخصصة في المعلوماتية القانونية والقضائية في جرائم المعلوماتية والتجارة الإلكترونية وحماية الملكية الفكرية.
- ندوة علمية حول إشكالية تنفيذ الأحكام القضائية وإيجاد أساليب فعّالة لمعالجتها.
- ندوة علمية حول الهجرة غير المشروعة.
- ندوة علمية حول تفشي ظاهرة الفساد الإداري ووسائل مكافحتها.
- ندوة علمية حول مكافحة التلوث البيئي وضرورة تخصص العاملين فيها في زمن الحرب والسلام.
- ندوة علمية حول جرائم رجال الأعمال.
- ندوة علمية حول الإتجاهات الحديثة في القانون الجزائي الإداري.

### ج - الأبحاث والدراسات المقارنة:

- كراسة تدريسية وتدريبية حول انتقال المحكمة للمعاينة وإجراءات الخبرة.
- كراسة تدريسية وتدريبية حول تقنية تحرير الأحكام والتعليق عليها.
- تشريعات الشركات التجارية بالدول العربية (دراسة مقارنة).
- تشريعات قضاء التحقيق بالدول العربية (دراسة مقارنة).
- الأسس العامة لتوحيد التشريعات العربية في مجال التنفيذ.
- دراسة مقارنة عن تشريعات التنفيذ القضائي بالدول العربية.
- دراسة مقارنة عن تشريعات/الجزء الأول.
- دراسة مقارنة عن تشريعات/الجزء الثاني.
- دراسة مقارنة عن تشريعات البيئات بالدول العربية.
- الرعاية الإجتماعية بالدول العربية (دراسة مقارنة).
- التشريعات المتعلقة بالتجارة البحرية في الدول العربية (دراسة مقارنة).
- تشريعات المؤسسة التجارية بالدول العربية (دراسة مقارنة).
- ندوة القضاء المستعجل.
- تشريعات عقد العمل بالدول العربية (دراسة مقارنة).

- الحدث المنحرف أو المهّدّد بخاطر الإنحراف في التشريعات العربية.
- كراسة تدريسية وتدريبية حول الشيك بدون رصيد.
- دراسة تمهيدية وورقة عمل لمشروع القانون العربي الموحد في مجال رعاية الأحداث.
- دراسة مقارنة عن الإدارة القضائية في الدول العربية.
- كراسة تدريسية وتدريبية حول النظام القضائي الإسلامي وآدابه.
- دراسة مقارنة عن القضاء الإداري إلغاءً وتعويضاً بالدول العربية.
- كراسة تدريسية وتدريبية حول استجواب المتهم الملاحق جزائياً.
- كراسة تدريسية حول تقنية تحرير الأحكام والتعليق عليها.
- دراسة مقارنة عن نظم الإدعاء في الدول العربية.
- دراسة مقارنة في موضوع الكفالة والتبني.

#### هـ - الأهداف المستقبلية المسطرة للمركز:

يبقى الهدف الأساسي الذي يصبو إليه المركز وهو الغدو قدما في طريق وحدة التشريع والعمل القانوني والقضائي على الصعيد العربي. إذ أن القوانين العربية الموحدة المنجزة تعتمد كقوانين نموذجية يعمل بها ويهتدى بها عند إعداد أي تشريع وطني في العالم العربي، هذا بالإضافة إلى ما يسعى إليه في سبيل وحدة التنظيم القضائي وتطويره وتحديثه عبر الاجتماعات الدورية السنوية التي تهدف إلى أن يكون العمل القضائي واحداً في العالم العربي باتجاه تأهيل القاضي بصفة مستمرة لكي يكون هناك ذهنية قضائية واحدة تعمل على إحلال العدالة في مجتمعاتنا العربية.

ويُضاف إلى ذلك الأهمية المنبثقة عن اللقاءات والندوات التي يعقدها المركز فهي عديدة مرتبطة بمشاكل مباشرة وتتناول موضوعات مستجدة، وعقبات يعمل المركز عبر الندوات العلمية على إيجاد حلول عربية لها، وتتوصل من خلالها إلى توصيات هامة غالباً ما يتفرّع عنها موضوعات جديدة تكون منطلقاً للقاءات وندوات أخرى مع ما تحقّقه هذه التوصيات من فائدة علمية على الصعيد العربي العام من خلال الإرتقاء بالعمل القضائي إلى أعلى المستويات. وقد قام المركز بإنشاء موقع خاص له على شبكة الإنترنت. وقد يتمّ التوصل إلى توصيات أخرى يسعى المشاركون إلى تحقيقها والعمل على تطبيقها كل في بلاده، وفي ذلك

فائدة كبرى نحو وحدة قضائية عربية متماسكة منسجمة في هيكليتها والسمو بها إلى أعلى مكانة.

### المبحث الثالث: المجلة العربية لفقهِ والقضاء

تصدر هذه المجلة الأمانة العامة الفنية لمجلس وزراء العدل العرب منذ سنة 1983<sup>8</sup>، وتهدف إلى التعريف بالمجهود الفقهي والقانوني والقضائي العربي، وإبراز التراث الفقهي الإسلامي والكشف عن خصائصه وإيجابياته في معالجة القضايا المعاصرة، وتشجيع الأبحاث والدراسات في المجالات القانونية بما يؤكد التطورات الفقهية والحديثة والإسهام في إيجاد المناخات الفكرية الملائمة لتكوين الذهنية القانونية والقضائية العربية الموحدة. ولتحقيق هذه الأهداف تنشر المجلة الأبحاث والدراسات المقارنة في مجالات الفقه الإسلامي والقانون والقضاء والأحكام الصادرة عن المحاكم العليا في الدول العربية والتعليقات عنها والقرارات التحكيمية الهامة وأعلام القضاء في التاريخ العربي الإسلامي وما صدر عنهم من آراء وأحكام والفكر القانوني الأجنبي والمشاريع القانونية والتنظيمية المعتمدة من قبل مجلس وزراء العدل العرب، إضافة إلى نشاطات المجلس الأخرى.

ولا يسعني بهذه المناسبة، بصفتي عضو في إدارة تحرير هذه المجلة إلا أن أدعو السادة الأساتذة إلى المشاركة فيها، لتمثيل الجزائر، وما عليهم إلا التواصل معها عن طريق موقعها الإلكتروني.

لاشك أن ما سبق عرضه يُنم عن إرادة قويّة تحرك جامعة الدول العربية والسادة وزراء العدل العرب على الخصوص، لبلوغ الهدف المرجو وهو توحيد التشريع العربي والأنظمة القضائية وأنماط العمل فيها، غير أن الواقع لا يترجم هذه الإرادة لأسباب متعددة.

### الفصل الثاني: توحيد التشريع بقيّ رغم ذلك ضريبا من الأوهام

لا نريد التشكيك في النوايا الحسنة لكل من ساهم في مسعى توحيد التشريع العربي، لكن العمليّة بقدر ما هي ضخمة بقدر ما تواجه عوائق تحول دون نجاحها. وبقدر ما كانت العوامل التاريخية والجغرافية واللغوية والثقافية والدينية توحى بتسهيل المهمة بقدر ما تشكل في بعض جوانبها عقبات يصعب إلى حدّ الآن تحطّيتها.

<sup>8</sup> صادق مجلس وزراء العدل العرب في دورته الثانية بالقرار 1984/2د/30 على نظامها الداخلي وتمّ تعديله سنتي 1988 و1992، شكّلت لجنة لإعادة النظر في المجلة تعمل منذ سنتين

## المبحث الأول: عوامل التاريخ والجغرافيا والثقافة

عرفت البلدان العربية منذ القرن التاسع عشر وانهيار العثمانيين استعماراً أوروبياً لم يستثن واحدة منها، إلا أنه أخذ أشكالا مختلفة ودام لمدد متفاوتة. وقد حاول هذا الاستعمار استبدال النظم الأساسية للمجتمعات العربية بعد تفكيكها بأنماط عيش تتماشى ومصالحه، بل في بعض الحالات ذهب إلى حدّ تعويض النظم الموجودة بنظمه الخاصة. وهكذا، ففي الميدان التشريعي كانت في بعض هذه البلدان تطبق النصوص السارية العمل في البلد المستعمر.

ومع مرور الزمن أدخلت ثقافة قانونية غربية بحتة على الثقافة القانونية الإسلامية، بل وصل الأمر إلى محو هذه الثقافة في كثير من المجالات ولم يستثن إلا نطاق الأسرة والمواثيق.

وهذا التأثير على الثقافة القانونية والفكر والتفكير القانوني لم يكن وحيداً موحداً بل يختلف باختلاف ثقافات البلدان الأوروبية المستعمرة. فشتان بين الثقافة القانونية الأنكلوساكسونية والثقافة اللاتينية. وانطلاقاً من هذا العامل تفسر صعوبة توافق آراء أعضاء اللجان التي تعمل في إطار اللجان المتواجدة لدى مركز البحوث القانونية والقضائية حول توحيد النصوص. فكثيراً ما تصطدم أفكار البلدان المغاربية ومصر ولبنان وسوريا ببعض بلدان المشرق الأخرى وبخاصة بلدان مجلس التعاون الخليجي، للأسباب السابقة الذكر. وهذا الاختلاف لا يظهر في الأفكار فحسب بل من حيث الفلسفة القانونية وحتى الصياغة المادية للنصوص. وهذا العامل التاريخي له ارتباط وثيق بالجغرافيا، واتساع مساحة البلدان العربية واختلاف مناخها وتضاريسها، وثقافة وميزاج السكان المختلف الذي يتطلب تبني نظم قانونية ملائمة، قد لا تليق بكلّ البلدان العربية. فالنظام العقاري مثلاً لا يمكن أن يكون موحداً في جميع البلدان العربية لاختلاف علاقة مجتمعاتها بالفلاحة وما يعقد الأمر الاختلافات السياسية بين هذه البلدان ومشاكل الحدود بينها والتعامل مع ظاهرة الإرهاب.

## المبحث الثاني: العوامل اللغوية والثقافية والدينية

إن أول عائق يواجه من يبادر في صياغة نصّ قانوني ذي بعد عربي، هو ذلك المتعلق بالمصطلحات القانونية. فباستثناء مجال الشريعة، تختلف المصطلحات

باختلاف البلدان، وثقافتها القانونية ولغة الدولة التي استعمرتها سابقا. ومردّ الاختلاف يكمن في كون أغلب التشريعات الحديثة مستوحاة من التشريعات الغربية، ونقل مفاهيمها يمرّ عبر الترجمة من اللغة الأجنبية إلى اللغة العربية. فعلى سبيل المثال إذا كانت بلدان المشرق تستعمل عبارة غسيل الأموال ترجمة من الإنكليزية فالجزائر تستعمل عبارة تبييض الأموال لترجمتها من الفرنسية، أو اختلاف مصطلحات قانون العمل في تسميات ربّ العمل وصاحب العمل والمستخدم والعامل والأجير، وكذا، من الناحية الثقافية ونمط المعيشة، إعطاء مسألة خدم المنازل مكانة خاصّة في قانون العمل بالنسبة لبلدان المشرق العربي بينما ثقافتنا في الجزائر غير ذلك.

من الناحية الدّينية، إذا كانت كل الدول العربية تدين بالإسلام، فلا ينبغي صرف النظر على الطائفية الموجودة في البعض منها، كلبنان، واختلاف المذاهب، وأخذها بعين الاعتبار، وهو ما يصطدم مع بعض الأهداف المتوخاة من توحيد التشريع العربي التي ترمي إلى أن يكون وفق أحكام الشريعة الإسلامية السّمحاء.

### المبحث الثالث: اختلاف التنظيمات القضائية

بغضّ النظر على اختلاف التسميات المعطاة للجهات القضائية، حتى في قمة الهرم القضائي لهذه البلدان (المجلس الأعلى، محكمة النقض، محكمة التعقيب، محكمة التمييز)، فإن البعض منها يأخذ بالفصل بين القضاء العادي والقضاء الإداري اقتداء بالنظام الفرنسي والبعض الآخر لا يأخذ به. وحتى تنظيم الجهات القضائية الدنيا يختلف باختلاف تأثر هذه البلدان بثقافات أوروبية.

من الثابت أن البلدان العربية ورثت من العثمانيين بعض النصوص التي اعتمدها في القرن التاسع عشر، مقتبسين إياها من قوانين نابوليون، منها القانون التجاري والعقوبات والإجراءات المدنية والجزائية، إلا أن الأحوال الشخصية والالتزامات والعقود بقيت خاضعة للشريعة. كما أن النظام القضائي تأثر بالنظام الفرنسي من حيث ازدواجية القضاء.<sup>9</sup> وهكذا فقد تبنى ازدواجية القضاء كلّ

<sup>9</sup>- Les cours judiciaires suprêmes dans les pays du monde arabe et le modèle français de cour de Cassation- Sélim Jahel



من مصر والأردن ولبنان وتونس ومؤخرا الجزائر بينما أبقى المغرب على غرفة إدارية على مستوى محكمة النقض، في حين أنه أنشأ سبعة محاكم إدارية ومحكمتي استئناف إداريتين. أما في العربية السعودية، فالنظام المعمول به منذ نشأة الدولة يركز على الفصل بين المحاكم العادية المطبقة للشريعة في جميع أنحاء الحياة والمحاكم الفاصلة في المسائل الإدارية أو ما يسمى بديوان المظالم، غير أنها عرفت منذ 1987 نظاما قضائيا أنشأ محاكم متخصصة في المواد المدنية بوجه عام والجزائية ومحاكم استئناف ومحكمة عليا تصهر على التطبيق الصحيح للشريعة. وبخصوص السودان يتعين القول في عجالة أنه تأثر إلى جانب الشريعة بالقانون الفرنسي عندما كان يخضع لمصر، وبنظام التقاليد المحلية المستوحاة من القانون الهندي في مرحلة استعمارهم من قبل بريطانيا العظمى.

أما البحرين، والإمارات العربية المتحدة والكويت وقطر وسلطنة عمان فبالرغم من الاستعمار البريطاني الطويل فإنها تأثرت بالقانون الفرنسي بفعل الحقوقيين المصريين الذين يعملون لدى هذه البلدان كخبراء، غير أن المحاكم الإدارية غير موجودة في هذه البلدان. وبخصوص سلطنة عمان فالقوانين المطبقة في المادة التجارية متأثرة بالنظام البريطاني وفي المادة الجنائية بالقانون الجنائي الإسلامي. أما في قطر فهناك نظامين قضائيين الأول يعمل بالمحاكمة الشرعية والثاني بالمحاكم العادية.

وبالنسبة للإمارات العربية المتحدة فالنظام الفدرالي أدى إلى إنشاء محاكم على مستوى كل إمارة ترأسهم المحكمة العليا. أما اليمن فلا يعرف نظام المحاكم الإدارية.

#### **المبحث الرابع: العوامل السياسية**

لعل لبّ الإشكال في عدم إعتداد البلدان العربية بالنصوص المعتمدة من قبل وزراء العدل يكمن في الفروقات الكبيرة التي تفصل بين هذه الدول من حيث تنظيمها السياسي، والتقاليد الإيدولوجية بخاصة تلك التي ورثتها من الستينيات والسبعينات. فعلى سبيل المثال، فالتوفيق بين أفكار جزائري وقطري أو كويتي لما يتعلّق الأمر بمناقشة قانون العمل يبقى صعبا جدا. كما أن بعض التكتلات المتواجدة داخل الجامعة واتخاذ مواقف مشتركة من قبل بعض المجموعات من البلدان تحول دون هذا التوحيد.

## المبحث الخامس: إرادة التوحيد نابعة من إرادة الحكومات

بينما بما فيه الكفاية أن مبادرة توحيد التشريعات العربية كانت نابعة أساسا من إرادة الحكومات، وهنا تكمن نقطة ضعفها، وهو ما جعلها تنحصر في إطار ضيق لا يتعدى تقنيي القانون ولا يعرف رواجاً حتى لدى الأكاديميين.

ويمكن القول أنه إذا شكّلت بعض القوانين الاسترشادية، في الجزائر، مصدر إلهام لبعض النصوص كقانون الإجراءات المدنية والإدارية ومسودة مشروع القانون التجاري ومرجعية لبعض اجتهادات غرفة شؤون الأسرة والموارث، فإن جلّ هذه القوانين تبقى دون التأثير المنتظر منها.

## المبحث السابع: القوانين نتاج تفكير وعمل لجان جلّ أعضائها من القضاة

يلجأ وزراء العدل العرب إلى تعيين ممثليهم في لجان القوانين الاسترشادية والنموذجية من بين القضاة الذين يعرفون فيهم الكفاءة اللازمة. غير أن هذه التعيينات إن كانت تضي كثيرا من الواقعية على النصوص المقترحة فإنها من جانب آخر تبقى حبيسة البراقمية، لابتعاد كثيرا من الأعضاء عن الأفكار الأكاديمية التي تحمل تطورات الفكر القانوني العالمي.

## الخاتمة

يتبين من مقارنة أوضاع الدول العربية مع التجمعات الجهوية الأخرى أنها تملك أكبر الحضور لإدراك مسعاها الرامي إلى توحيد تشريعاتها. غير أن النتائج المتوصل إليها تبقى بعيدة كل البعد عن الأهداف المسطرة، بالمقارنة مع ما أنجز من أعمال مادية، لطغيان الجوانب السياسية على هذا المسعى. ولعلّه كان من الأجدر توخي التدرج في المنهجية المتبناة والبدء بتنسيق القوانين في مرحلة أولى.

وعلى أي حال، فإنّه لا يمكن تصوّر توحيد قوانين في ظلّ نظام قانوني مبني على التوافق كما هو معمول به في الجامعة العربية، كما أن عدم وجود برلمان عربي منتخب من قبل الشعوب، يضطلع بالدور التشريعي، على غرار ما هو موجود في الاتحاد الأوروبي، يحول دون إضفاء الشرعية اللازمة لتقبّل التشريع الموحد من قبل جميع الدول العسوة.

# تجربة جامعة الدول العربية في توحيد القوانين العربية، قراءة في الأثر الديني لمقاربة التوحيد

د. رياض فخري، مدير مختبر البحث قانون الأعمال  
جامعة الحسن الأول - المغرب

---

## ملخص

تهدف هذه المداخلة إلى الوقوف على حالة جهود التوحيد التي قامت وتقوم عليها جامعة الدول العربية في مجال توحيد القوانين العربية سواء من خلال وضع نماذج استرشادية للقوانين في مواضيع مختلفة أو من خلال اتفاقيات بينية تضعها للتوقيع من قبل جميع الدول العربية وقراءتها قراءة تحليلية و نقدية من أجل دراسة المنهجية التي تتبعها في وضع النماذج التوحيدية أو اتفاقيات الموامة وفي الأخير دراسة أثر المقاربة والتأثير الديني في العمل الذي تقوم به جامعة الدول العربية في هذا الصدد.

## Résumé :

L'objectif de cette intervention est de s'arrêter sur les efforts déployés par la Ligue Arabe dans le domaine de l'unification des lois arabes. Ces efforts sont axés sur l'élaboration de lois modèles dans divers domaines de droit, ainsi que sur la conception des conventions d'harmonisation pour être adoptée par les pays arabes. Cette intervention sera l'occasion de faire une lecture analytique et critique de ces efforts afin d'étudier la méthodologie utilisée par la Ligue Arabe dans la conception des guides ou des conventions d'harmonisation sans oublier bien évidemment d'apprécier l'étendue de l'impact de la religion sur le travail effectué par la Ligue Arabe en la matière.

لا شك أن توحيد أو ملاءمة القوانين العربية، يظل حلما يراود مناصري فكرة الوحدة العربية في مختلف مستوياتها، السياسية منها والاقتصادية، باعتبار توحيد أو ملاءمة القوانين يعد أنسب المداخل وأقواها للتوحيد السياسي، غير أنه يظل مع ذلك أصعبها، لذلك وفي تجارب كثيرة يكون هو آخر ما يتم القيام به إن أمكن في مسلسل الوحدة السياسية، احتراما للخصوصية الاجتماعية التي لا شك تظل قائمة مهما كثرت العناصر والمقومات المشتركة للوحدة السياسية. فإذا كان الكثير من الباحثين يذهبون إلى أن البلدان المشكلة للجامعة العربية تملك المقومات اللازمة للوحدة السياسية والاقتصادية فما بالك القانونية التي في اعتبارهم تظل أداة يجب أن تكون في خدمة السياسة والاقتصاد، معتمدين في ذلك على وحدة اللغة ووحدة التاريخ الاجتماعي المشترك في حدوده الزمنية المتوسطة ووحدة العرق الذي لا يشوبه إلا أقلية هنا وهناك لا تأثير لها على الوضع الغالب، والأهم من هذا وذاك الوحدة الدينية التي يلعب الدين الإسلامي فيها الدور الأساس، باعتباره مصدرا مهما من المصادر التي قامت عليها العمليات التشريعية الأولى في العالم العربي بصفته مكونا رئيسا للهوية المتميزة عن باقي المصادر التاريخية للتشريع في هذه الدول، فإننا نطرح السؤال حول مدى صحة هذه التحليل وما إذا كان يؤخذ على إطلاقه أم يظل نسيبا لاعتبارات كثيرة؟

فالقول بوحدة العرق ليس بأمر ثابت علميا بل وتواجد أعراق أخرى (الآمازيغ مثلا) مهما كانت أقليتها اليوم لهو أكبر دليل على عدم وحدة الأصول العرقية للمجتمعات التي يطلق عليها اليوم المجتمعات العربية، كما أن تعدد التجارب الاستعمارية بين الفرنسية والانجليزية والإيطالية والتركية أو العثمانية لا شك سيؤثر على الثقافات التي راكمتها هذه البلدان والمجتمعات في مختلف المجالات ومنها التشريع الذي أصبحت له مدارس تصطبغ بلون هذه البلدان الاستعمارية إن على مستوى المصدر المادي للقاعدة القانونية أو على مستوى صياغتها و أعمالها مروراً بمستوى منهجية تقنين النصوص القانونية.

أما الوحدة الدينية التي يدفع بها للقول بأنها عامل مساعد على التوحيد القانوني، فنحن وإن كنا أمام مجتمعات متدينة عموماً (ولهذا الأمر أهميته في الموضوع) إلا أننا لا نستطيع إنكار تعدد الديانات التي تعرفها المجتمعات المكونة

لدول الجامعة العربية بين مسيحية وإسلامية بل ويهودية تتفاوت أهميته من بلد إلى آخر لا شك يؤثر بشكل كبير على نمط التشريع أحيانا داخل البلد الواحد فما بالك بين دول مختلفة وخصوصا على صعيد بعض مجالات التشريع الأكثر حساسية للدين من غيرها، ثم إن داخل الديانة الواحدة تتعدد المذاهب و تتعدد معها المدارس التي تنهل منها القاعدة السلوكية و من ثم القانونية لتتنوع بتنوع المدارس والمذاهب.

أمام هذا الوضع المعقد والمتشعب تكون مهمة التوحيد أو الملاءمة مهمة شاقة ليس من السهل إدراكها مهما كانت النوايا حسنة، لأنها تتطلب مجهودا تقنيا وسياسيا كبيرا للوصول إلى الصياغات التي من شأنها إن تحظى بالقبول من طرف الجميع، لذلك يطرح السؤال ما إذا كان من الممكن الحديث عن التوحيد القانوني في غياب الوحدة السياسية؟ وما إذا كان أصلا من الملائم توحيد القوانين في ظل التنوع الذي تعرفه البلدان المكونة للجامعة العربية؟ و بالتالي نطرح السؤال في دراستنا في مطلب أول حول ما إذا كان ما قامت به جامعة الدول العربية في هذا الصدد يندرج ضمن خانة التوحيد أم الملاءمة، لنقف على الميكانيزمات التقنية المستعملة في هذا الصدد والمجالات التي تم التجريب فيها و بالتالي ما إذا كنا أمام وحدة أم ملاءمة؟ و لأننا لا نستطيع إنكار ما للدين من أهمية ودور في تشكيل ووعي مجتمعات دول جامعة الدول العربية، وهو الدور والأهمية التي انتهت لها صناعة التشريع في هذه البلدان وأخذتها بعين الاعتبار وهي بصدد وضع التشريعات والقوانين وإن بدرجات وطرق متفاوتة، فسنحاول طرح السؤال في مطلب ثان في هذه الدراسة حول الكيفية التي أثر فيها الدين على جهود الملاءمة أو التوحيد الذي قامت به جامعة الدول العربية؟.

## **المطلب الأول:**

### **إطار ومقدمات الملاءمة أو الموازنة**

الصعوبة الحقيقية في الملاءمة أو التوحيد تكمن على مستوى التقنيات والوسائل العملية لوضعها موضع التنفيذ، فالأمر يتعلق بالتساؤل عن كيفية الملاءمة؟ من أين تبدأ هذه الملاءمة؟ ما هي العناصر التي يجب أخذها بعين الاعتبار؟ ما هي المراحل التي يجب إتباعها؟

وإذا كان من المؤكد بأن أي مسار للملاءمة ومهما كان مجاله (اقتصادي، قانوني...) لا يمكنه أن ينجح بدون إرادة سياسية حقيقية عامة من قبل الدول المعنية و المستهدفة بهذه الملاءمة.<sup>1</sup> إلا أن هذه الإرادة السياسية و مهما كانت عامة لا تكفي لوحدها للوصول إلى الهدف المنشود، لذلك لن نتوقف كثيرا عند البحث عن مدى توفر هذه الإرادة من عدمه في هذه الدراسة بقدر ما سنبحث في الوسائل والإمكانات السياسية التي وفرت للاشتغال على هذه الملاءمة إلى جانب الوسائل والإمكانات القانونية المتوفرة لبناء فقه قانوني متعدد التخصصات يستند على القانون المقارن كما يستند على القانون الدولي العام.

فالقانون المقارن يلعب دورا محددًا في مسار الملاءمة من حيث أنه يسمح بالاطلاع والوقوف على مختلف الأنظمة القانونية بما يتجاوز مجرد القراءة البسيطة للنصوص والاجتهادات موضوع المقارنة<sup>2</sup>، إلى التعمق في السياق الخاص بكل بلد وجذوره التاريخية والتطور الذي يعرفه، أما القانون الدولي العام فهو يتدخل كأداة للتقييم حتى تتمكن من الوقوف على مدى تطور القوانين الوطنية واحترامها للنظام الدولي، كما يسمح بقياس درجة انسجام القواعد المعيارية موضوع الملاءمة مع القواعد المعيارية الدولية و خصوصا في مجال كونية حقوق الإنسان.<sup>3</sup>

الملاءمة لا تعني التوحيد، فهذا الأخير غاية و طموح أكبر من أن يتحقق خلال الفترة الممتدة من نشأة جامعة الدول العربية إلى اليوم وفي ظل أوضاع سياسية واقتصادية واجتماعية كالتى تعيشها الدول المكونة لها اليوم، وبالتالي يبدو أن تقنية الملاءمة أو الموازنة هي الأكثر موافقة مع الأوضاع المذكورة.

ومع ذلك لا يجب أن نحلم كثيرا، لأن أمر الوصول إلى قواعد معيارية موحدة ليس بهذه السهولة، بل يتطلب المرور عبر مراحل، كما يتطلب تحضير مجموعة من العناصر التي قد يكمن بعضها في ما هو سياسي لأنه عمل معقد ومضن، معقد لأن الملاءمة أو الموازنة تتم في مجال جغرافي ذو مستويات مختلفة يعرف تعدد الأنظمة القانونية بقدر ما يعرف تعدد الفاعلين الذين تربط بينهم علاقات ذات معنى ومضمون بل وطبيعة مختلفة لا يمكن أن يضمن التوازن بينها

HALPERIN (J-L), *L'impossible Code Civil*, PUF, 1992

<sup>1</sup> - أنظر بالخصوص

IZORCHE (M.-L.), « Propositions méthodologiques pour la comparaison »

<sup>2</sup> - أنظر بالخصوص

STERN (Brigitte), « Vers la mondialisation juridique ? »

<sup>3</sup> - أنظر بالخصوص

إلا جامعة الدول العربية كمنظمة حكومية إقليمية، فهي وحدها يمكن أن تشكل الإطار الأنسب لبناء فضاء قانوني عربي موحد إذا أمكن له الوجود.

هكذا يبدو أن بعض العناصر هي ضرورية ضرورة حيوية، لأنها تشكل مرحلة أولية لكل بناء جهوي أو إقليمي، بل وحتى قبل تصور ضوابط أية مشاورة سياسية بين البلدان العربية.<sup>4</sup> وفي هذا الإطار يجب البحث في بعض المفاهيم القانونية الموحدة بالدول العربية مثل (مفهوم الدولة ودولة القانون والديمقراطية) كما في مختلف الفاعلين السياسيين والقانونيين والدينيين وما يمكن أن يوجد بينهم من حوار مع رجال القانون الأكاديميين.<sup>5</sup> وهكذا فمن أجل بناء مسار صحي للملاءمة والمواءمة بين مختلف الأنظمة القانونية العربية، يكون من الضروري بداية وضع أهم الخطوات والمراحل والعناصر التي يجب استحضارها في القيام بهذه العملية الفقهية حول الملاءمة والمواءمة القانونية من جهة (الفقرة الأولى) ومن جهة أخرى وضع تصور للإطار المؤسساتي العربي الذي سيسهر على تحقق مختلف مراحل الملاءمة والمواءمة المذكورة (القرة الثانية).

### الفقرة الأولى:

#### العناصر النظرية والعملية لبناء مسار الملاءمة والمواءمة القانونية في البلدان العربية

من البديهي أن الملاءمة والمواءمة القانونية لا يمكن أن تتم إلا إذا توفرت مجموعة من الشروط في المرحلة الأولية أو التحضيرية، بمعنى حتى قبل أي توافق سياسي. لأنه سيكون من العبث تكرار التجربة الفاشلة والأخطاء التي ارتكبت أثناء محاولة وضع تقنين عربي موحد للأحوال الشخصية سنة 1988، فقد غابت الدراسات القانونية العميقة لأنه كان مجرد رد فعل سياسي لظروف لحظية أو مؤقتة.<sup>6</sup> فمن الضروري توفر عنصرين حيويين للقيام بعملية الملاءمة والمواءمة القانونية، ويتعلق الأمر بالقانون المقارن كأداة لا غنى عنها (أولا) والتشاور بشكل أو بآخر مع المعنيين بهذه المواءمة والملاءمة القانونية والذين سيتأثرون بها

<sup>4</sup> - أنظر في ما يتعلق بالبناء الأوروبي

HERMANT (Daniel), dir., *Nationalismes et construction européenne*

<sup>5</sup> - يتعلق الأمر هنا بوجود البحث في دور و أصول الفكر القانوني في الأنظمة القانونية لمختلف الدول العربية.

<sup>6</sup> - وغياب نشره كما غياب الأعمال التحضيرية لهذا المشروع هي خير شاهد على هذا الفشل.

وهم سكان البلدان العربية أو ما يمكن أن نطلق عليه المشاورات الشعبية ( ثانيا ) لقياس ضرورة الملاءمة أو الموازنة القانونية من عدمها ودرجة قبولها من عدمه.

### أولاً: دور القانون المقارن في عملية الموازنة أو الملاءمة القانونية.

يلعب القانون المقارن دوراً مفصلياً في تحديد الملاءمة أو الموازنة القانونية، فقيمة الدراسات المقارنة تكمن في البحث عن نماذج فقهية قادرة على الانتقال من نظام قانوني إلى آخر بقدر ما تكون قادرة على تجاوز الاختلافات القانونية التي يمكنها أن تحول دون التقارب القانوني. فبحسب المختصين في القانون المقارن، عندما نريد الخوض في مجال الملاءمة أو الموازنة، هناك مقاربتان يمكن استحضارهما، إما مقارنة تصاعدية أو مقارنة تنازلية.<sup>7</sup>

ففي إطار المقارنة الأولى التنازلية، تتم بلورة المبادئ على المستوى الدولي، ويلعب القانون المقارن هنا دوراً ثانوياً للشرح والتعليق.

فعلى مستوى المبادئ الاقتصادية، نجد مثلاً نموذج ( المجموعة الاقتصادية الأوروبية ) ثم الاتحاد الأوروبي ثم السوق المشتركة للجنوب بأمريكا اللاتينية ثم منظمة ملاءمة أو موازنة قانون الأعمال بإفريقيا و منظمة التجارة العالمية على المستوى الدولي. أما على مستوى المبادئ العامة فلدينا أمثلة الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان أو أيضاً الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، هذه النماذج للاندماج تحققت انطلاقاً من القانون الدولي في إطار بناء قانون موحد دولي حول القيم المشتركة.<sup>8</sup>

أما في ما يتعلق بالمقارنة الثانية، الاندماج التصاعدي فتتمثل في بلورة المبادئ المشتركة من خلال المقارنة بين القوانين الوطنية، بين خصوصياتها وأسباب تبني هذا أو ذلك الحل القانوني. وهذه المقارنة الأخيرة هي التي يمكن تصورها في مجال الملاءمة أو الموازنة بين القوانين العربية.

فبالاعتماد على مقارنة القانون المقارن، سنتمكن من تقييم<sup>9</sup> ضرورة الملاءمة أو الموازنة والقول بإمكانيتها من عدمه وكذلك فرص نجاحها على المستوى

<sup>7</sup> - أنظر في هذا المجال:

DELMAS-MARTY (M.), dir, *Critique de l'intégration normative : l'apport du droit comparé à l'harmo* .

<sup>8</sup> - أنظر في هذا المجال :

MIALOT (C.), DIMA EHONGO (P.), « *Intégration normative à géométrie et géographie variables* » .

<sup>9</sup> - أنظر في هذا المجال:

*Ibid.*, p. 38 et s. La diversité des situations peut certes être invoquée en faveur de l'harmonisation .



الإقليمي. كما ستسمح بقياس درجة قبولها وحماس المجتمعات المخاطبة بالملاءمة أو المواءمة في كل دولة، والوعي بتقنية الملائمة والتغيرات التي يمكن أن تحدثها على المستوى التشريعي، بل إن هذه المقارنة ستتمكن من الوقوف على اختلاف وتعقيد الأوضاع القانونية لكل بلد. إن الفحص المفصل لكل قانون على حده ومقارنة نواقصها المختلفة، سيسمح بتحديد أسباب النواقص من أجل التمييز بين الحالات التي نحتاج فيها إلى حل مشكلة ما بواسطة مسار للتعديل الداخلي للقوانين أو من خلال الملاءمة أو المواءمة الإقليمية.

فالمقارنة بين اختلافات الدول يعني الوقوف على الفراغات والنواقص في كل دولة على حده بشكل يسمح بإيجاد حلول ملائمة لكل منها بحسب نظامها القانوني كما بحسب خصوصياتها المحلية ودرجة تقبلها لقواعد قانونية جديدة.

غير أن القانون المقارن لا يكفي لوحده للوصول إلى الملاءمة أو المواءمة، بل هناك اعتبارات أخرى يمكنها أن تكون محددة في إطلاق هذا المسار.

**ثانياً: قياس ضرورة الملاءمة أو المواءمة القانونية ودرجة قبولها من خلال المشاورات الشعبية.**

بداية يطرح السؤال حول: إلى أي مدى تشكل مشاركة المواطن في البلدان العربية عنصراً أساسياً في إطلاق مسار و مراحل الملاءمة والمواءمة القانونية، وذلك من أجل توضيح بأن هذا المسار لا يمكن أن يتحقق إلا إذا استندت المؤسسات السياسية على قدرة المجتمعات المدنية على تمثّل القواعد الإنسانية والثقافية والتاريخية لمجموع الدول العربية، فانخرط المواطن العربي في مسار الملاءمة يمر بداية عبر مشاركة المجتمع المدني في هذا المسار لتعديل القوانين العربية (1) كما يمر عبر وضع و تطوير مجموعة من الأدوات و خصوصاً منتديات النقاش العربية كوسيلة للإعلام والتواصل (2).

### 1- إنخراط المجتمع المدني في مسار الملاءمة.

من الملائم هنا الإشارة إلى أنه في كل التجارب السابقة لم تكن هناك أية مشاورات شعبية أو مشاركة ديمقراطية بل ولم يتم أي نشر إعلامي لمحاولات الملاءمة، لذلك ظلت هذه التجارب مصفوفة في خزائن جامعة الدول العربية بدون أي تفعيل.

هذه الملاحظات والتساؤلات تطرح مشكل مشاركة المواطن بمفهومه الواسع في مسار الملاءمة أو الموازنة، لأنه يجب فتح الفضاء العمومي للنقاش حول مسألة الملاءمة أو الموازنة وإشراك المجتمع المدني وخصوصا منه الجمعيات والمنظمات الحقوقية بمختلف مشاربها وكل الشبكات ذات الصلة بالمجتمع المدني المعنية بهذه الملاءمة أو الموازنة.

فالمجتمع المدني يعرف اليوم في البلدان العربية فورة كبيرة، يشهد عليها العدد الهائل من الجمعيات في كل دولة من الدول العربية والتي تتشط في كل المجالات تقريبا ( محاربة الفساد، الرشوة، البيئية، حماية المستهلك وحقوق الإنسان وغيرها مما لا يتسع المجال لسرده.... ) كما لم يعد يرضى بمجرد المشاهدة والملاحظة بل يسعى إلى تعبئة المواطن العربي حول المواضيع التي يعنى بها ويعبر عن إرادة المشاركة في تحديد مفهوم الشأن العام والتموقع كشريك للسلطات العمومية في اختيار وتدابير عملية التنمية.<sup>10</sup>

إن أهمية المجتمع المدني في إطلاق مسار الملاءمة أو الموازنة لا يمكن الاستهانة به، خصوصا وأن نسيج المجتمع المدني في الدول العربية بدأ في الانخراط والمشاركة بشكل ظاهر وفعال في المسائل المتعلقة بتدبير الشأن العام السياسي والاقتصادي والاجتماعي مستندا في ذلك على مسألة حقوق الإنسان التي أصبحت موضوعا رئيسا للنقاش السياسي العربي، لتضع الأصبغ من خلال ذلك على أمور لا زالت تشكل عنصرا من عناصر المنوعات ( الطابو) في المجتمعات العربية.<sup>11</sup>

فبالإضافة إلى أن إشراك المجتمع المدني في الدول العربية يمكن أن يساهم في المزيد من الديمقراطية، يسهم أيضا في النقاش حول أهمية الملاءمة أو الموازنة القانونية ويسمح بتقديم عناصر للتفكير حول هذه المسألة يمكن استخدامها في بناء ملاءمة أو موازنة الفضاء القانوني العربي.

<sup>10</sup> - أنظر مثلا:

BEN NEFISSA (S.), ABD AL-FATTAH, dirs., *ONG et gouvernance dans le monde arabe*, Paris/Le Caire .

<sup>11</sup> - أنظر أيضا

BEN NEFISSA (S.), ABD AL-FATTAH, dirs., *ONG et gouvernance dans le monde arabe*, op. cit., p. 25 .

## 2- منتديات النقاش كأداة فعّالة للإعلام و التواصل بشأن الملاءمة أو المواءمة.

إن التطور الهائل لوسائل وتقنيات التواصل، وخصوصا الالكترونية منها التي تمر عبر الانترنت، غالبا ما تصاحبه ظاهرة جد مهمة فتحت الفضاء الرقمي لجمهور واسع من المتواصلين، يتعلق الأمر بمنتديات النقاش المفتوحة في العديد من مواقع الانترنت، وخصوصا المواقع القانونية، تشكل منصة جديدة للنقاش تتبادل فيها المعلومات و تتضاعف فيها الاتصالات خارج حدود الدولة الواحدة. فبالإضافة إلى إسهامها في تسهيل صعود سوق عالمية جديدة لتبادل المعلومات، تشكل هذه المنتديات فضاء عاما جديدا للنقاش يسمح بتحرير التواصل الاجتماعي كما يسمح بممارسة نوع من الضغط السياسي على الحكومات.<sup>12</sup>

هذا الفضاء الإعلامي لم يتوانى عن التغلغل في المجتمعات العربية، خصوصا مع تطور المواقع الالكترونية القانونية المفتوحة ليس فقط في وجه المهنيين القانونيين لكن أيضا في وجه العموم. فالملحوظ أن هذه المجتمعات قد عرفت انتشارا واسعا وكبيرا وسريعا لهذه الوسائل غير المسبوقة للتواصل والمشاركة في النقاشات العامة (السياسية، الاقتصادية، القانونية والاجتماعية). فبعض المواقع تعبر عن مستوى عال من النشاط وتقدم لجمهور واسع، فضاء للتواصل تفاعلي حول موضوعات عملية ومهمة في مختلف المجالات القانونية الخاصة منها والعامة. كما تقدم الكثير من الروابط والمصادر المهمة والمفيدة في مقارنة مختلف المقترضات التشريعية على مستوى كل دولة عربية. وبالتالي تسمح هذه المواقع بفتح نقاش واسع حول مختلف المسائل و تبادل المعطيات والمعلومات حولها و مشاطرة التجارب وطرح الأسئلة و التعبير عن أفكار ومشاريع قد تكون مهمة. كما يمكن أن تصبح أيضا فضاء لزرع مشروع الملاءمة أو المواءمة القانونية و قياس جدوى أهمية مشروع كهذا في المنطقة العربية.

إن بناء الفضاء العام المفتوح من خلال منتديات النقاش هو معطى مهما يجب أخذه بعين الاعتبار في إطلاق مسار الملاءمة أو المواءمة، وإن كان غير كاف لوحده في غياب استشارة عمومية ديمقراطية و في غياب إطار مؤسسي فعال.

<sup>12</sup> - أنظر بهذا الخصوص

DUFOUR (A.), *Internet*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 1998 ; CHAMONEIX (J.-P.),

## الفقرة الثانية :

### الإطار المؤسسي العربي للملاءمة أو المواءمة، أية نجاعة قانونية ممكنة؟

كل ملاءمة أو مواءمة من الحجم الذي تشكله في المجال القانوني والجغرافي للوطن العربي بتنوعه الثقافي والديني والاجتماعي واختلافاته السياسية، يتطلب آلية تنظيمية مؤسسية تحظى بتزكية ومباركة ومصادقة جميع المعنيين وموافقتهم القبلية على الأهداف والوسائل والمنهجية التي سيتم وضعها لتنفيذ مشروع الملاءمة أو المواءمة، خصوصا في غياب أو في أحسن الأحوال ندرة الأعمال البيداغوجية والعلمية الجامعية وغير الجامعية في هذا المجال بالرغم من تكرار الحديث عن الموضوع من قبل رجال السياسة ممثلي الحكومات العربية في جامعة الدول العربية.

لذلك سنحاول قراءة المشهد العربي من زاوية الأعمال الجامعية ومراكز البحث العربية ( أولا ) قبل التطرق إلى تجربة المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية (ثانيا ) التابع لجامعة الدول العربية.

**أولا : تجربة المجال البيداغوجي والبحث العلمي في مجال ملاءمة و مواءمة القوانين العربية**  
من المؤكد أن مقارنة ودراسة القابلية لتبادل المبادئ والقواعد القانونية الأساسية وقدرتها على الانتقال والاستزراع من تشريع لآخر هي مهمة يجب أن توكل للباحثين والأساتذة بالجامعات وكليات الحقوق، خصوصا وأن هذه المسألة ستمكن من إخراج مسألة الملاءمة والمواءمة من إطارها السياسي الضيق ووضعها في إطار أكثر اتساعا هو إطار البحث العلمي والتدريس الجامعي، هذا الإطار الذي سيمكن من الانكباب بالتفكير في المسألة بشكل متحرر وموضوعي وعقلاني بعيدا عن الاختلافات الإيديولوجية التي غالبا ما تمنع من استمرار النقاش السياسي بين الدول. لهذا الغرض تشكل الجامعة الأكاديمية ومراكز البحث الفضاء الأكثر ملاءمة لإطلاق عملية التفكير والنقاش العلمي حول ملاءمة أو مواءمة القوانين العربية و بناء فضاء معياري عربي منسجم. ففرض نجاح الملاءمة أو الملاءمة تقاس بالمكانة التي تحتلها في مجال تدريس القانون في الجامعات العربية.<sup>13</sup>

إن دراسة مختلف الأنظمة القانونية يمكن أن يسهم في فهم القانون الوطني والقوانين الأجنبية في نفس الوقت كما يمكن أن يشجع البحث عن حلول قانونية

<sup>13</sup> - أنظر GRAZIANO (Thomas Kadner), « Droit comparé et harmonisation du droit privé européen

أكثر ملاءمة لكل بيئة قانونية. فكما يشير أحد الكتاب "الاختلاف لا يمكن إلا أن يسهم في توافق أفضل للقانون" ويضيف "إن التعددية القانونية لا يمكنها إلا أن تشجع على الفهم الأفضل للمجتمع"<sup>14</sup>. ذلك أن مقارنة تعددية القوانين يمكن أن تشجع على نوع من التفتح الذهني وقبول التعايش في إطار الاختلاف، لأن مقارنة مختلف الأنظمة القانونية يدعو إلى التقييم النقدي للنظام الوطني أساسا والوقوف على سلبياته وإيجابياته، وبالتالي يكون من المهم في الدول العربية في سبيل تفعيل مسار الملاءمة أو المواءمة، تبني مقارنة كهذه في وضع مناهج التدريس القانوني الجامعي وجعل المقارنة المقارنة بين تشريعات الدول العربية أحد المحاور الرئيسية في مراكز البحث التابعة للجامعات.

في الوضع الحالي يلاحظ أن مناهج التدريس القانوني في الجامعات العربية وخصوصا على مستوى سلك الإجازة تخلوا تماما من هذا النوع من المقاربات المقارنة على مستوى الموضوعات العملية، فكل ما هو متوفر لا يتجاوز الدراسات المتعلقة بالقانون الوطني أو القانون الدولي<sup>15</sup>، وبعض الإشارات والمواد في أسلاك الدراسات العليا في إطار القانون المقارن عموما وبين الأنظمة القانونية خصوصا أكثر منه بين التشريعات العربية في ما بينها، في حين بدأت هذه المقارنة المقارنة تلج إطار البحث العلمي في المراكز البحثية، هذه الأخيرة بدأت تهتم أكثر فأكثر بالبعد المقارن للقانون خصوصا بمناسبة تسجيل طلبة ينتمون لدول عربية لرسائل دكتوراه في جامعات تنتمي لدول عربية أخرى غير بلدانهم الأصلية وخلال النقاشات الفقهية كالمؤتمرات واللقاءات العلمية، دراسات تقارب أوجه الاختلاف وأوجه الاتفاق في مواضيع معينة على مستوى المفاهيم والمعالجة والحلول القانونية التي تمنح لبعض المسائل الخلافية كما يمكن استخراجها من التشريعات والممارسات القانونية والقضائية العربية بل وتوجد بعض المختبرات ووحدات التكوين والبحث التي توجد في مسمياتها لفظة المقارنة.

إن الإشارة الإيجابية لدور مراكز البحث في مجال القانون العربي في مسار الملاءمة والمواءمة، يقتضي الدفع بالنقاش إلى أبعد من ذلك واقتراح استخلاص

<sup>14</sup> - أنظر LEGRAND (Pierre), « Comparer », in *Revue internationale de droit comparé*, 1996, ps 783 et 779.

<sup>15</sup> - إطلعنا على العديد من مناهج التدريس القانوني على مستوى سلك الإجازة في المواقع الالكترونية للعديد من الجامعات العربية.

مشروع الملاءمة أو المواءمة من المجال السياسي الصرف والنقاش الإيديولوجي وإشراك فاعلين آخرين ينحدرون من المجتمع المدني خصوصاً قادرين على المساهمة بدورهم في إنتاج نقاش فعّال حول مسألة المواءمة أو الملاءمة، ودرجة فعاليتها أو عدم فعاليتها، أهميتها من عدمها. فاختيار مقارنة مقارنة في مناقشة القواعد القانونية من زوايا مختلفة سياسياً وقانونياً ودينياً، يسمح في نفس الوقت من التمكن من فهم تطوره وتحليله أفضل لنقاط ضعفه ونواقصه في كل نظام قانوني، لأنه فقط من خلال الانفتاح على أنظمة قانونية أخرى نتمكن من معرفة مناطق ضعفنا ليصبح النقد بناءً.

فإذا تمكنت الجامعات من لعب الدور المناط بها في هذا المجال سواء من خلال التدريس أو البحث العلمي، فإنها بذلك ستسهل المهمة على المستوى السياسي الذي بالرغم من كل شيء لا يمكن إغفال دوره من خلال مؤسسة بحثية ذات طبيعة سياسية تكمل العمل الذي يبدأه بالضرورة الباحثون في مدرجات الجامعة ومختبراتها.

### ثانياً: تجربة المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية<sup>16</sup>

تؤمن مكونات جامعة الدول العربية بل ويشير ميثاقها إلى أن العمل العربي المشترك هو رسالة قومية تعمل جميع مؤسساته من أجل النهوض بمستوى العمل على الصعيد العربي أداءً وهدفاً للوصول إلى الارتقاء ومواكبة التطور على جميع الأصعدة وبأن جامعة الدول العربية هي أم هذه المؤسسات التي تهدف إلى وحدة الكلمة والرأي والموقف والقرار لمواجهة التحديات التي تعترض مسيرة الأمة العربية سواء كانت سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية أو قانونية. و لهذا الغرض أنشأت هذه الأخيرة المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية<sup>17</sup> من قبل مجلسها لوزراء العدل العرب بهدف إرساء دعائم وحدة تشريعية عربية على صعيد القوانين والأنظمة القضائية المعمول بها في الدول العربية. والبحث عن السبل الميسرة لخلق ذهنية قضائية عربية موحدة تصبوا نحو خلق بيئة قانونية وقضائية مستقرة على

<sup>16</sup> - للمزيد حول هذا المركز يرجى زيارة <http://www.carjj.org>

<sup>17</sup> - نشأ المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية عام 1981 بموجب القرار رقم 2/6 بتاريخ 25/2/1981 الصادر عن المؤتمر الثاني لوزراء العدل العرب الذي انعقد في صنعاء عام 1981 والذي أقر خطة صنعاء لتوحيد التشريعات العربية والتي تعتبر المرتكز الأساسي لهذا المركز حيث حددت له اختصاصاته وأهدافه.

الصعيد الاجتماعي والاقتصادي والفكري وتجعل من المتيسر خلق بيئة مرنة لتنقية القضاء العربي العام من الشوائب. هذا المركز الذي تتحدد أهدافه واختصاصاته كما هو معلن عنها في:

- 1- توثيق وتنمية التعاون بين الدول العربية الأعضاء في المجالات القانونية والقضائية والأجهزة والمؤسسات العاملة في هذا المجال.
- 2- دعم وإجراء البحث العلمي المتخصص في مجال الشريعة والقانون للإسهام في الخطوات الخاصة بتوحيد التشريعات العربية وتوحيد المصطلحات القانونية والقضائية والبحث في المواضيع العلمية الطارئة والمستجدة ووضع التشريعات اللازمة لها وإعادة النظر في التشريعات الجاري العمل بها على ضوء المستجدات والمتغيرات.
- 3- دراسة الأنظمة القضائية وإجراء الأبحاث المقارنة بشأنها بهدف تحديث النظم القضائية العربية وتطويرها وتوحيدها.

### **و لتحقيق هذه الأهداف، أوكلت للمركز المهام التالية:**

- 1- جمع وتحليل ونشر التشريعات السارية في الدول العربية.
- 2- العناية بالإحصائيات القضائية وتحليلها ونشرها
- 3- تقديم المعونة العلمية والمشورة المتخصصة لمن يطلبها من الدول الأعضاء وعناصر المهن القانونية.
- 4- إجراء الدراسات الميدانية في المجالات القانونية والقضائية.
- 5- تطوير الأجهزة القضائية وتكوين المختصين في صياغة التشريع.
- 6- الإسهام في توحيد المصطلحات القانونية والقضائية.
- 7- تشكيل لجان فنية لتوحيد التشريعات العربية.
- 8- القيام بمهمة حلقة الاتصال بين المراكز والمعاهد القائمة في الدول العربية المعنية بشؤون التشريع والقضاء وتبادل المعلومات والزيارات فيما بينها. وعقد اللقاءات الدورية بين المسؤولين عن هذه الشؤون في الدول الأعضاء.
- 9- تنمية علاقات التعاون مع مراكز البحوث القانونية والعربية والأجنبية.

### **الإنجازات المحققة:**

اشتغل المركز حتى الآن على أربعة مسارات للملاءمة أو الموازنة من خلال وضع نماذج قوانين يفترض أن تكون متاحة للدول العربية التي لا تتوفر على

مدونات قانونية في مجالات معينة لتبناها كتشريع داخلي مع إمكانية أخذها بالكامل دون تعديل أو الأخذ ببعضها دون تعديل وترك الباقي أو الأخذ بها كلية مع تعديل بعض الأحكام بما يتوافق وخلفياتها التشريعية والاجتماعية والسياسية والاقتصادية والتاريخية لتأخذ منها ما يناسبها فقط، كما من خلال محاولة توحيد المصطلحات القانونية والقضائية لتجاوز اختلاف مستويات اللغة العربية المستعملة وكذا اختلاف الأصول التاريخية لمختلف التشريعات العربية، وفي بعض المجالات ذات الحيوية الخاصة والأهمية المعتبرة يقترح المركز مجموعة من الاتفاقيات للتصديق عليها من قبل الدول العربية المكونة لجامعة الدول العربية حتى تصبح نافذة في بلدانها. وفي الأخير وضع المركز مجموعة من الأنظمة والدلائل و الدراسات الاسترشادية في مجموعة من المواضيع العملية.

#### • القوانين النموذجية الاسترشادية المنجزة<sup>18</sup>

- القانون الجنائي العربي الموحد.
- القانون المدني العربي الموحد.
- وثيقة الكويت للقانون العربي الموحد للأحوال الشخصية.
- القانون العربي الموحد للتسجيل العقاري.
- القانون النموذجي للأحداث.
- قانون رعاية القاصرين.
- قانون الإجراءات المدنية العربي الموحد.
- قانون الإجراءات الجزائية العربي الموحد.
- قانون عمل عربي استرشادي موحد.
- مشروع نموذجي لقانون تجاري عربي موحد.
- قانون عربي استرشادي موحد للسلطة القضائية.
- قانون عربي استرشادي للإجراءات أمام القضاء الإداري.
- قانون عربي استرشادي للإثبات بالتقنيات الحديثة.
- قانون عربي استرشادي للتوفيق والمصالحة.
- قانون عربي استرشادي للتجارة الإلكترونية.

<sup>18</sup> - للاطلاع على هذه القوانين يرجى زيارة موقع <http://www.carjj.org/laws>



- قانون عربي استرشادي حول الخبرة أمام القضاء.
- قانون عربي استرشادي لتنظيم مهنة الكتاب بالعدل (الموثقين) .
- قانون عربي استرشادي لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب.

### • توحيد المصطلحات القانونية والقضائية:

- \* أنجزت اللجنة المصطلحات القانونية والقضائية المعتمدة<sup>19</sup> والمستخرجة من:
  - القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية.
  - نظام الدار البيضاء للتنظيم القضائي العربي الموحد.
  - قوانين الإجراءات المدنية العربية.
  - قوانين الإجراءات الجزائية العربية.
  - قوانين الإثبات العربية.
  - القانون المدني العربي الموحد.
  - القانون الجزائي العربي الموحد.
  - القانون العربي الموحد للتسجيل العقاري.
  - اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري.
  - القانون النموذجي للأحداث.
  - قوانين العمل العربية.
  - قوانين التجارة العربية.
  - القوانين التجارية البحرية العربية.
  - قوانين الشركات التجارية.
  - قوانين المصارف.
  - قوانين النقل الجوي.
  - قوانين النقل البحري.
  - قوانين الأوراق المالية.
  - قوانين الصحة والسلامة العامة.
  - قوانين البيئة.
  - قوانين وأنظمة التأمين.

<sup>19</sup> - للاطلاع على المحتوى يرجى زيارة موقع <http://www.carjj.org/legal-terms>

- قانون الجزائر العربي الاسترشادي للإجراءات المدنية.
- قانون الجزائر العربي الاسترشادي للإجراءات الجزائية.
- القانون العربي الاسترشادي لمكافحة جرائم المعلوماتية.
- قوانين الدبلوماسية والقنصلية.
- قوانين الصناعة.
- قوانين المحاسبة والموازنة.
- قانون التحكيم والتوفيق والمصالحة.
- قانون تنظيم مهنة المحاماة.
- قانون تنظيم مهنة الكتّاب بالعدل (الموثقين).
- قانون الهجرة والإقامة للأجانب.
- قانون غسل الأموال.
- قانون تنظيم المؤسسات العقابية.
- قوانين المخدرات والمؤثرات العقلية.
- قوانين الأسلحة النارية والذخائر والمتفجرات.
- قوانين تشجيع الاستثمار.
- اتفاقية الرياض للتعاون القضائي.
- قوانين السير والمرور.
- قوانين السياحة وإنشاء المؤسسات السياحية.
- قوانين حماية الطفولة.

#### ● الاتفاقيات:

- اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي.
- اتفاقية عمان للتحكيم التجاري.
- اتفاقية محاربة الإرهاب.
- اتفاقية عمان للتعاون العلمي بين المعاهد القضائية العربية.

#### ● الأنظمة القضائية:

- نظام الدار البيضاء للتنظيم القضائي.
- المنهاج العربي الموحد للحد الأدنى لتأهيل الأطر القضائية.
- المنهاج النموذجي الموحد لدورة تدريبية للقضاة العاملين في التحقيق الجنائي.

- النظام الأساسي الموحد للمعاهد القضائية العربية.
- تقرير نموذجي للتفتيش القضائي.
- قواعد تنظيم التفتيش القضائي.
- دليل الجزائر العربي الاسترشادي للصياغة التشريعية.
- البرنامج العربي للتأهيل التشريعي المستمر والتخصصي.

وتشير أدبيات المركز إلى انه يتطلع إلى تحقيق أهدافه واختصاصاته المحددة له وذلك لبناء لبنة أساسية على طريق وحدة التشريع والعمل القانوني والقضائي على الصعيد العربي. إذ أن القوانين العربية الموحدة المنجزة تعتمد كقوانين نموذجية يعمل بها و يهتدى بها عند إعداد أي تشريع وطني في العالم العربي، هذا بالإضافة إلى ما يسعى إليه في سبيل وحدة التنظيم القضائي وتطويره وتحديثه حتى يكون العمل القضائي واحداً في العالم العربي باتجاه إعداد و تأهيل القاضي وجعله متخصصا في أفق خلق ذهنية قضائية واحدة تعمل على إحلال العدالة في المجتمع العربي.

وبقراءة متأنية لمختلف الوثائق التي أنتجها المركز يمكن ملاحظة أن الهاجس الذي ظل يحكم الخبراء و من ورائهم المؤسسة التي تلجأ لخدماته كان هو الحفاظ على منهجية مقبولة علميا و عالميا تقوم على ما يلي:

- الاطلاع على كل القوانين ذات الصلة في الدول العربية،
- محاولة الاحتفاظ بالقواسم المشتركة،
- الاشتغال من أجل الأبقاء على كل ما هو إيجابي فيها،
- عدم استبعاد إمكانية الاستفادة من تجربة بعض التشريعات الأجنبية غير العربية،
- الأخذ دائماً و ما أمكن بأحكام الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للتشريع،

و في اجتماع عقد بصنعاء العاصمة اليمنية تم إعداد خطة سميت بخطة توحيد التشريعات العربية، صادقت عليها جامعة الدول العربية ويتكون مضمونها في ضوء الأسس المتقدمة من الخطوات التالية:

## 1. على مستوى التشريعات المدنية :

استمرار متابعة الأمانة العامة لجامعة الدول العربية ما بدأت من عمل في مجال إعداد قانون مدني عربي موحد ، على أن تقدم تقارير دورية إلى وزراء العدل العرب عن الأعمال المنجزة في هذا المجال.

## 2. تشريعات الأحوال الشخصية :

تشكيل لجنة فنية متخصصة من سبعة خبراء في نطاق الأمانة العامة لوزراء العدل العرب يعينهم مجلس وزراء العدل العرب لتتولى إعداد مشروع قانون عربي موحد للأحوال الشخصية.

## 3. التشريعات الجنائية :

تشكيل لجنة فنية متخصصة من سبعة خبراء في نطاق المنظمة العربية للدفاع الاجتماعي يعينهم مجلس وزراء العدل العرب لتتولى إعداد مشروع القانون الجنائي العربي الموحد.

## 4. توحيد التشريعات العربية الأخرى :

يعهد إلى المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية مهام إعداد مشاريع للتشريعات العربية الأخرى تراعي فيها نفس المبادئ السابقة، و تهدف إلى توفير القاعدة المتينة والثابتة لإقامة التشريع العربي الموحد وفق أحكام الشريعة الإسلامية مع الأخذ بعين الاعتبار ظروف المجتمع العربي في كل دولة و خصوصا.

1. - الصعوبات الموضوعية المنهجية المتعلقة بعملية الموازنة أو الملاءمة وما تستوجبه من التماثل بالظروف والبواعث والاحتياجات والتطلعات أولاً، والمرتبط، بعملية تقنين الشريعة الإسلامية وما تتطلبه من غزارة المعرفة الفقهية والقانونية والأخذ بالمنهجية العلمية ثانياً.

2. - ربط التصور الفكري لعملية التوحيد بتخطيط منهجي مدروس، وتحديد أولويات الأهداف التشريعية بالاستناد إلى الإمكانيات المرحلية.

3. - وضع القواعد المبدئية التي يتم بها التشريع وملاءمته أو مواعته،

وفي سياق آخر لا يبتعد كثيراً عن غاية الملاءمة والموازنة وضع المركز دليلاً نموذجياً موحداً لدراسة مشاريع القوانين من قبل الجهات المعنية في كل دولة عربية، يهدف إلى وضع منهجية موحدة لدراسة مشروعات التشريعات التي تتم إحالتها على إدارة التشريع وصياغتها لتحسين جودتها، وضمان اتساق المنظومة التشريعية في الدولة وانسجامها مع السياسة العامة للدولة في مختلف القطاعات، وذلك وفقاً لما يلي :

الإجراء	المرحلة/الخطوة
<p>في حالة عدم توافر أي من هذه الشروط على رئيس إدارة التشريع إعلام رئيسها خطياً بذلك وانتظار توجيهاته.</p>	<p><b>المرحلة الأولى:</b></p> <p>1. التأكّد من إحالة المشروع إلى إدارة التشريع حسب الأصول وتتطلب هذه الخطوة التحقّق من:  (أ) أن المشروع قد أُحيل إلى إدارة التشريع من الجهة المختصة.  (ب) أن مذكرة البيانات التشريعية والأسباب الموجبة للمشروع مرفقة به.</p>
<p>مثال: الحصول على ملاحظات وزارة المالية فيما يتعلّق بالتشريعات ذات الأثر المالي.</p>	<p>2. استيفاء أي إجراء مسبق يتوجب على إدارة التشريع عمله عند دراسة المشروع.</p>
<p>إذا تبيّن للهيئة القانونية التي أُحيل إليها المشروع عدم وجود سند دستوري أو قانوني لإصداره فيتوجب عليها تقديم مذكرة بذلك مبينة فيها مبررات قرارها، والتوقّف عن السير في خطوات دراسة المشروع وانتظار توجيهات إدارة التشريع.</p> <p>أما إذا تبيّن للهيئة وجود سند دستوري أو قانوني مختلف عن ذلك الذي استندت إليه الجهة المعنية فيمكن تصويبه، والسير في خطوات دراسة المشروع حسب الأصول، وتوثيق ذلك في التوصية المشار إليها في الخطوة الخامسة من المرحلة الرابعة أدناه.</p>	<p><b>المرحلة الثانية:</b></p> <p>1. التأكّد من وجود سند دستوري أو قانوني لإصدار المشروع</p>
<p>إذا تبيّن للهيئة المحال إليها المشروع عدم ضرورة إصداره كون موضوعه منظماً بموجب تشريع نافذ أو أن الأسباب الموجبة المقدمة لا تبرّر إصداره لأي سبب آخر ترفع توصياتها بهذا الشأن إلى الجهة المختصة.</p>	<p>2. التأكّد من الحاجة لإصدار التشريع المقترح من خلال دراسة الأسباب الموجبة والتشريعات ذات العلاقة.</p>

## المرحلة الثالثة :

1. طباعة مشروع التشريع على النموذج

التالي: مشروع .....

النص الأصلي إن وجد	نص المشروع المقترح	مقترح إدارة التشريع	مببرات الاقتراح

تدوين التعديلات المقترحة أثناء المراجعة ومببراتها على النموذج أولاً بأول.

2. دراسة نصوص المشروع موضوعاً وشكلاً وإجراء التعديلات عليه في ضوء الضوابط والاعتبارات التالية:

- أ) عدم مخالفة أحكام المشروع لأحكام الدستور.
- ب) عدم مخالفة أحكام المشروع للاتفاقيات الدولية النافذة في المملكة.
- ج) عدم مخالفة أحكام الأنظمة التنفيذية لأحكام القوانين ذات العلاقة.
- د) أثر المشروع على التشريعات النافذة الأخرى.
- هـ) أثر المشروع على الأوضاع والمراكز القانونية القائمة.
- و) كفاية الأحكام الانتقالية والحافطة إذا كان لها موجب.
- ز) تحقيق المشروع للأهداف المبينة في الأسباب الموجبة.
- ح) مراعاة أحكام المشروع للمعتقدات والقيم السائدة في المجتمع.
- ط) مراعاة القوانين النموذجية والمدونات العرفية الدولية المتعلقة بموضوع المشروع، إن وجدت، وبما لا يتعارض مع أهداف المشروع وخصوصية المجتمع الأردني.
- ي) الاسترشاد بالاجتهادات القضائية والفقهية

	والقوانين المقارنة في الحدود التي يتطلبها إكمال النقص في المشروع إن وجد.
الإطلاع على التعديلات المقترحة ومبرراتها والمذاكرة مع رئيس الهيئة المعنية، إذا كان لذلك مقتضى، والاحتفاظ بالمشروع في قلم التشريع إلى أن يحدد رئيس إدارة التشريع موعداً للاجتماع بين المستشار/الهيئة المعنية والجهة مقدمة المشروع وبالتسيق مع أي جهة مختصة أخرى.	<b>المرحلة الرابعة:</b> 1. رفع المشروع والتعديلات المقترحة عليه إلى رئيس إدارة التشريع.
إدخال التعديلات المناسبة في ضوء نتائج الاجتماع	2. الاجتماع مع ممثلي الجهة المعنية بالمشروع (بحضور ممثل عن وزارة المالية إذا كان للمشروع أثر مالي) ومناقشة التعديلات المقترحة عليه وإعطائهم الفرصة لعرض وجهة نظرهم وتقديم أي اقتراحات جديدة.
	3. صياغة المشروع صياغة نهائية وفقاً لأسس الصياغة المتعارف عليها.
	4. عرض المشروع على مستشار اللغة العربية لمراجعته لغوياً.
	5. رفع المشروع إلى إدارة التشريع مصحوباً بتوصية الهيئة التي قامت بدراسته تمهيداً لعرضه على اللجنة القانونية.
توثيق التعديلات التي تقرّها اللجنة القانونية على المشروع.	<b>المرحلة الخامسة:</b> 1. مناقشة المشروع في اللجنة القانونية من الهيئة التشريعية التي قامت بدراسته.
	2. عرض المشروع مرة أخرى على المستشار اللغوي لمراجعة صياغة التعديلات وبإشراف رئيس الهيئة التشريعية.
	3. رفع المشروع إلى دولة رئيس الوزراء لاستكمال الإجراءات الدستورية لإصداره بموجب كتاب موقّع من معالي رئيس اللجنة القانونية ورئيس إدارة التشريع.

## المطلب الثاني :

### الدين و أثره على توحيد أو ملاءمة القوانين في بلدان جامعة الدول العربية

#### مقدمة

من المؤكد أن الديانة الإسلامية كانت وستظل من عوامل الوحدة السياسية للدول العربية بغض النظر عن استخدامها في هذا السياق من عدمه بحسب ما تتحيه ظروف الزمان المكان.

غير أنه على العكس من هذا الدور الثابت والكبير للدين في الوحدة السياسية، يطرح السؤال ما إذا كان الأمر كذلك على المستوى التشريعي القانوني، فهل استطاع الدين أن يشكل عامل توحيد أو مواءمة أو ملاءمة تشريعية بشكل كامل وحاسم بين الدول العربية، لأن الشك لا زال قائماً في ذلك لعدة أسباب يعود جلها للنظرة الإسلامية للقانون الوضعي وبعضها لتواجد مواطنين ينتمون للدول العربية لكنهم لا ينتمون بالضرورة للديانة الإسلامية، كما أن النقاش حول الدولة الدينية والدولة المدنية لم يحسم نهائياً في أي دولة من هذه الدول، غير أنه مع ذلك يظل للدين الإسلامي بالخصوص دور كبير وفعال باعتباره على الأقل مصدراً من المصادر التي تعتمد عليها كل الدول العربية في تشريعها بمستويات متفاوتة، كما أن ديانات أخرى تشكل أساساً للتشريع في مجالات معينة (قوانين الأسرة والميراث) بالنسبة لأقليات دينية معينة (اليهودية في المغرب والمسيحية في مصر ولبنان مثلاً). هذا الدور المتفاوت الذي يلعبه الدين باختلاف الدول وباختلاف مجالات التشريع باعتباره مصدراً، يثير التساؤل حول إمكانية أن يشكل عاملاً مشجعاً للمواءمة أو الملاءمة أو التوحيد. وبالنظر لأن الدين الإسلامي يشكل الديانة الرسمية بقوة الدساتير والأنظمة الأساسية في أغلب البلدان العربية التي لا يعترف بعضها بإمكانية تواجد ديانات أخرى على أراضيها، والدور المحدود لقواعد الديانات الأخرى في التشريع، فإن هذه الدراسة تقتصر على دور و أثر الديانة الإسلامية في توحيد ومواءمة أو ملاءمة القوانين في البلدان المنتمة لجامعة الدول العربية دون اختبار الديانات الأخرى و قيمتها في هذا النقاش، منطلقين من البحث عمّا إذا كان من الممكن أن تشكل قواعد الدين الإسلامي شكلاً من أشكال القواعد القانونية القادرة على منح مصدر واحد



وشامل للتشريع الوضعي (الفقرة الأولى) حتى يمكن أن تلعب دور الموحد و الموائم أو الملائم لقواعد التشريع الوضعي في البلدان العربية (الفقرة الثانية).

### الفقرة الأولى:

#### الإسلام والقانون: إله واحد ومذاهب متعددة و سؤال السيادة القانونية

تتعلق الشريعة الإسلامية من فكرة أن كل القواعد الشرعية هي من وضع الله. و أنه إذا كانت الإنسانية قد بدأت كأمة واحدة، إلا أنها في ما بعد بدأت - أي هذه الأمة - في الانقسام والتعدد، ومن أجل هداية هذه الإنسانية بعث الله رسلا يحملون رسائله المتضمنة لقوانينه. ولكل أمة بعث رسولا يتحدث لغتها، بلغ عددهم كما ورد في القرآن الكريم 24 رسولا ونبيا. غير أن محمدا جاء خاتما للأنبياء محاولا لم شتات كل الأديان بدون فائدة، وانتهى به الأمر بتقبل أن هذا التعدد أو الانقسام هو مشيئة وإرادة الله، فاكتفى بدعوة مختلف أتباع الديانات المتعددة إلى التسابق إلى فعل الخير، مرجئين إلى الآخرة تسوية اختلافاتهم، ذلك أن الله سيتولى الحكم على كل أمة بكتابها الذي أرسل لها. و فرض على المسلمين الإيمان بكل الأنبياء مع اعتبار أن الإسلام دين كوني أرسل للعالمين، فهذه النظرة الدينية للأمور كانت هي أصل فكرة شخصية القوانين. فالقرآن يقبل فكرة التعايش بشكل من الأشكال ووفق أوضاع معينة بين الجماعة الإسلامية والجماعات التي تدين بديانة أخرى، بل ويؤكد القرآن صراحة بأن الإسلام يقبل التعايش بين المسلمين وغيرهم من أتباع الديانات السماوية الأخرى (وجعلناكم شعوبا و قبائل لتعارفوا). غير أنه لم يكن من الممكن تقبل أن توجد ديانتين مختلفتين في المنطقة العربية حيث نزلت الرسالة السماوية بالإسلام<sup>20</sup>. وبذلك تمكنت الدولة الإسلامية من الاحتفاظ بالسلطة السياسية، دون أن تتمكن من الاحتفاظ بسلطة التشريع والقضاء لا بالنسبة للمسلمين ولا بالنسبة لغيرهم، ما دام الله هو من صنع القوانين و وضعها وليس الإنسان.

<sup>20</sup> - أنظر في ذلك كتاب الموطأ للإمام مالك

فبحسب هذا النظام، كل جماعة كانت لها محاكمها و كانت لها قوانينها المختلفة والمتنازعة. ولقد ورثت الإمبراطورية العثمانية هذا النظام لشخصية القوانين، وهو ما يؤكد مرسوم صدر سنة 1856 سمي (Hatti Humayoun) <sup>21</sup>

هذا التنوع التشريعي داخل الدولة الإسلامية لم يكن يتمثل فقط في الاختلاف بين الدين الإسلامي والديانات السماوية الأخرى، بل تمثل أيضا فيما كان يعرفه المسلمون أنفسهم من انقسامات واختلافات داخلية، فمن المؤكد أن المسلمين يتوفرون على كتاب واحد وهو القرآن الذي يشكل المصدر الأول للتشريع، غير أن لهم مصادر مختلفة من الأحاديث النبوية كمصدر ثان للتشريع. في ما بعد ستحدث الانقسامات السياسية والصراعات العسكرية في القرن الأول بين أنصار السنة وأنصار الشيعة، تعمقها الاختلافات الثقافية بين مختلف المجتمعات المكونة للأمة الإسلامية في مختلف مناطق تراب الدولة الإسلامية الذي تم فتحه على شجاعته، يضاف إلى ذلك ميلاد مختلف الفرق الفلسفية والدينية التي سمحت بوجود مدارس تشريعية متعددة. فهناك من جهة المذاهب السنية الأربعة: الحنفية والمالكية والشافعية والحنبلية، ثم هناك المدارس الشيعية: الجعفرية والزيدية والأباضية، وهي المدارس التي لا زالت موجودة حتى اليوم، ومدارس أخرى اختفت، أما التي بقيت فإنها تغطي مختلف المسائل التي تطرح من قبل المسلمين سواء على المستوى المعاملات (العقود والجزاءات ....) كما على مستوى العبادات (كيفية الصلاة والصوم و ....)

هذا الانقسام بين مختلف المدارس أدى أحيانا إلى مواقف عدائية تناحرية بين أتباعها، كما أدى إلى تعدد واختلاف الحلول التي قد تمنح للمسألة الواحدة.

فبالإضافة إلى وجود مذاهب مختلفة، بداخل كل مذهب كانت هناك مدارس وآراء مختلفة في المسألة الواحدة، ولحل هاتين المسألتين، بدأت الإمبراطورية العثمانية كآخر دولة إسلامية موحدة، بفرض المذهب الحنفي كمذهب واحد رسمي فوق ترابها على مستوى المعاملات القانونية تاركين للأفراد حرية اختيار مذاهبهم في ما يتعلق بالعبادات. وهكذا مثلا كانت غالبية المصريين

<sup>21</sup> -Traduction française: *Code civil ottoman*, édité par George YOUNG, in: *Corps de droit ottoman*, vol. VI, Oxford, Clarendon Press, 1906.

تتنمي للمذهب الشافعي على مستوى العبادات ولكن على مستوى المعاملات كانت تنتمي للمذهب الحنفي، وفي ما يتعلق بالاختلافات داخل المذهب الحنفي، لجأت الإمبراطورية العثمانية إلى حل آخر وهو التقنين لتصدر التقنينات الشهيرة باسم مجلة الأحكام العدلية متضمنة 1851 فصلا تمت بلورتها بين سنة 1869 و1876 بمثابة: قانون للالتزامات وقانون للحقوق العينية وقانون قضائي<sup>22</sup>، ولم تقن مسائل الأحوال الشخصية إلا في سنة 1917، وفي ما يتعلق بالمسائل الأخرى اختارت السير على نهج التقنينات على طريقة الدول الغربية.

هكذا يتبين من النظام المذكور أعلاه، أن الدور الذي لعبته الصفة الإسلامية للدولة كان ضعيفا على مستوى التشريع، بسبب الأصول المتعددة والمختلفة للقانون، بالرغم من كل المحاولات التي بذلت لإيجاد دور في هذا المجال. هذه الوضعية انعكست على علاقة الدولة الإسلامية بمواطنيها للتمييز بين المسلمين وغير المسلمين، كما انعكست على علاقتها بالأجانب.

فالقانون الإسلامي يقسم العالم إلى دارين: دار الإسلام و دار الحرب أو الكفر. وعندما كانت الدول الإسلامية في حالة ضعف عسكري و سياسي ظاهر، أبرمت العديد من اتفاقات السلام مع الدول المعادية لها، هذه الاتفاقات سمحت بأن توضع هذه الدول في خانة جديدة أطلق عليها دار العهد، وهي الاتفاقات التي لم يكن من المفروض أن تدوم أكثر من عشر سنوات، غير أنها أدت إلى نشأة نظام يتمتع فيه الأجنبي غير المسلم المنتمي لهذه الدول بامتيازات استثنائية في المجال التجاري والقانوني والقضائي في الدول الإسلامية، بل وفي بعض الاتفاقيات تمتد الحماية القانونية والقضائية إلى كل التابعين للأجنبي المعني بها و إن كان من أبناء الدولة الإسلامية الموقعة نفسها<sup>23</sup>. لتتجزأ بذلك السيادة القانونية للدولة الإسلامية في أعمق صورة لمبدأ شخصية أو شخصانية القوانين، قبل أن يتم استرجاعها لاحقا في عهد الدولة العثمانية و ما تلاه من عهود الدولة الإسلامية التي ستصبح دولا إسلامية.

---

<sup>22</sup> - Traduction française: *Code civil ottoman*, édité par George YOUNG, in: *Corps de droit ottoman*, vol. VI, Oxford, Clarendon Press, 1906.

<sup>23</sup> - Péliésié de RAUSAS, *Le régime des capitulations dans l'empire ottoman*, 2 vol., Paris, Rousseau, 1905-1910, vol. I, pp. 6-7.

في ما بعد ستمكن الإمبراطورية العثمانية، من استرجاع سيادتها التشريعية والقضائية في مواجهة الأجنبي. غير أنها أقيمت على تجزئة هذه السيادة داخل الدولة. وبالتالي تتمتع الأقلية من غير المسلمين بعدم الخضوع للقوانين التركية وخصوصا في ما يتعلق بنظام الأسرة والأحوال الشخصية. وابتداء من 8 أبريل 1924 ألغيت المحاكم الإسلامية في تركيا، وستين بعد ذلك تبنت التقنين المدني السويسري الذي يتضمن قانون الأسرة والموارث، مما دفع بالجماعات غير الإسلامية إلى التنازل عن امتيازاتها القضائية والتشريعية.

أما في مصر التي كانت تعيش في ظل الإمبراطورية العثمانية، فقد خضعت لقوانين واتفاقات الإمبراطورية بما فيها الامتيازات. ولهذه الأخيرة تضاف القوانين القنصلية والعادات التي تشكل مساسا واستثناء للسيادة المصرية في المجالات التشريعية والقضائية، غير أن النظام المصري تطور في اتجاه استرجاع هذه السيادة وكانت الخطوة الأولى هي الإصلاح القضائي لسنة 1875، هذه الإصلاحات كانت ثمرة مفاوضات طويلة ومضنية استمرت 9 سنوات انتهت باقتراح تقنينات مختلطة: في القانون المدني والتجاري والجنائي والإجراءات الجنائية. أما المرحلة الثانية فكانت إلغاء نظام الامتيازات، وهو الإلغاء الذي ظلت تعترض عليه انجلترا إلى حدود سنة 1936، وفي 15 أكتوبر سنة 1949 دخل القانون المدني المصري حيز التطبيق كتعبير عن استرجاع الدولة المصرية لسيادتها التشريعية تجاه الأجنبي<sup>24</sup>، هذا القانون سيُلبس دورا أساسيا في مواءمة أو ملاءمة القوانين المدنية العربية المختلفة باعتباره مرجعا انطلقت منه كل التشريعات العربية الأخرى قبل وضعها لما يوازي القانون المدني.

### الفقرة الثانية:

## تمثل جهود جامعة الدول العربية<sup>25</sup> لتشريعة الإسلامية كوسيلة للمواءمة والملاءمة وتوحيد القوانين في الدول العربية

من المؤكد أن اللجان التقنية التي اشتغلت على محاولة توحيد و ملاءمة أو مواءمة القوانين العربية بتكليف من جامعة الدول العربية<sup>26</sup>، قد حاولت أن

24 - محمد قدرى باشا " الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، القاهرة مطبعة الهندية الطبعة الرابعة 1900. و كتابه مدونة الأحوال الشخصية و الموارث على المذهب الحنفي، القاهرة الطبعة 51 طبعة 1939 .

25 - للمزيد من المعلومات حول مجهود جامعة الدول العربية يمكن مراجعة موقعها الإلكتروني

<http://www.lasportal.org/ar/Pages/default.aspx>

تستحضر الشريعة الإسلامية كديانة أغلبية سكان البلاد العربية بكل الصعوبات التي يمكن أن تطرحها المسألة، فقد صادفت هذه اللجان في عملها صعوبات موضوعية و منهجية تجلت في اختلاف ظروف كل دولة عربية، وفي عدم تقنين أحكام الشريعة الإسلامية ووجود عدة مذاهب في الفقه الإسلامي الشيء الذي يتطلب السير في منهجية علمية والاعتماد على مصادر الشريعة الإسلامية المختلفة والمتعددة بل والمتناقضة أحياناً، النقلية منها والعقلية، وكذا الأبحاث والدراسات ونتائج الندوات والحلقات التي عقدت بهذا الشأن ومختلف الجهود المبذولة على المستوى العربي لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية بالرغم من قلتها.

هكذا بدأ كل شيء بالاجتماع الذي عقده في الرباط وزراء العدل العرب ما بين 14 و16 دجنبر 1977 الذي أسفر عن بيان تضمن دعوة الأمين العام لجامعة الدول العربية، إلى اتخاذ التدابير اللازمة لضمان عقد اجتماعات دورية بهدف العمل على تشجيع الجهود في المجال التشريعي والقضائي وبالخصوص في مجال مجهود توحيد التشريعات العربية وتحديثها وإبرام اتفاقات قضائية بين الدول العربية .

وفي الاجتماع الموالي الذي عقد بصنعاء ما بين 23 و25 فبراير 1981، تم إنشاء مجلس وزراء العدل العرب و الذي يهدف من خلال ما جاء في المادة الثالثة من نظامه الأساسي: "إلى تقوية وتعميق التعاون العربي في المجال القانوني والقضائي، متابعة الجهود المشتركة الرامية إلى توحيد التشريعات العربية ، بلورة الخطط والبرامج لتحقيق هذا الهدف وحسن تنفيذه"

وخلال هذا الاجتماع تم تبني خطة صنعاء لتوحيد التشريعات العربية الني تشكل أساس المجهود التشريعي للمجلس ويحدد المعايير التي يجب أن توجه اللجان المكلفة بوضع مشاريع القوانين الموحدة.

ففي إعلان الرباط لسنة 1977 حدد الوزراء العرب المعايير المحددة لأسس توحيد القوانين العربية، انطلاقاً من الفقرة الأولى المعتبرة بمثابة إعلان نوايا التي جاء فيها : " إيماناً بأن وحدة ومجد وقوة الأمة العربية وأصالتها تجد أساسها في الشريعة الإسلامية..."

<sup>26</sup> - للمزيد من الإيضاح يرجى مراجعة.

Sami A. ALDEEB ABU-SAHLIEH, « Unification des droits arabes et ses contraintes », in: *Conflicts et harmonisation: Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck*, Fribourg, Éditions universitaires, 1990, pp. 177-204, pp. 177-204 (in: <http://www.sami-aldeeb.com/>).

لقد كان واضحا بالنسبة لوزراء العدل العرب بان وضع نظام قانوني موحد لا يمكن أن يتم دون الرجوع إلى الشريعة الإسلامية، طبعاً لا يتعلق الأمر بالأخذ بقواعد الشريعة الإسلامية كمصدر وحيد وإنما استلهم المبادئ الأساسية المشكلة لروح التشريع والقضاء في الإسلام. في ما بعد سيحدد الإعلان الأهداف ليجعل من أهمها:

- دعم ومتابعة الجهد المشترك لتوحيد التشريعات العربية وفق أحكام الشريعة الإسلامية السمحة، مع الأخذ بالاعتبار ظروف المجتمع في كل قطر عربي.

وبالرغم من ذلك لم تكفِ الاحتياطات المتخذة في هذه الصيغة لإرضاء الجميع، بحيث تحفظ ممثل المملكة العربية السعودية طالبا النص صراحة على أن تحقيق التشريع العربي الموحد يجب أن يكون قائماً على الشريعة الإسلامية كمصدر وحيد.

كما تحفظ ممثل لبنان مشيراً إلى ضرورة الأخذ بعين الاعتبار تعدد المذاهب والديانات في بلده.

خطة صنعاء جاءت لجعل الأفكار الواردة في إعلان الرباط واقعا ومنهجية لا محيد عنه وعنها، ذلك أن هدفها كان هو توفير القاعدة المتينة والثابتة لإقامة التشريع العربي الموحد وفق أحكام الشريعة الإسلامية مع الأخذ بعين الاعتبار ظروف المجتمع العربي في كل قطر.

أما مضمون الخطة فقد تحدد كما يلي:

يمكن أن تتم عملية توحيد التشريعات العربية بإتباع الخطوات التالية:

## 1. التشريعات المدنية:

استمرار متابعة الأمانة العامة لجامعة الدول العربية ما بدأت من عمل في مجال إعداد قانون مدني عربي موحد. على أن تقدّم تقارير دورية إلى وزراء العدل العرب عن الأعمال المنجزة في هذا المجال.

## 2. تشريعات الأحوال الشخصية:

تشكيل لجنة فنية متخصصة من سبعة خبراء في نطاق الأمانة العامة لوزراء العدل العرب يعينهم مجلس وزراء العدل العرب لتتولى إعداد مشروع قانون عربي موحد للأحوال الشخصية.

### 3. التشريعات الجنائية :

تشكيل لجنة فنية متخصصة من سبعة خبراء في نطاق المنظمة العربية للدفاع الاجتماعي يعينهم مجلس وزراء العدل العرب لتتولى إعداد مشروع القانون الجنائي العربي الموحد.

### 4. توحيد التشريعات العربية الأخرى :

يعهد إلى المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية<sup>27</sup> مهام إعداد مشاريع للتشريعات العربية الأخرى تراعي فيها نفس المبادئ السابقة.

ومراعاة للمبادئ المذكورة أعد المركز مشروعاً للقانون الجزائي العربي الموحد على أساس أحكام الشريعة الإسلامية منطلقاً من التوصيات العديدة التي بلورتها مختلف المؤتمرات والندوات التي عقدت في إطار المنظمة العربية للدفاع الاجتماعي والتي دعت بالإجماع إلى تقنين أحكام الشريعة الإسلامية بشكل عام وتوحيد القوانين الجنائية العربية على أساس أحكام الشريعة الإسلامية وذلك على الشكل التالي:

- الحلقة العربية الثالثة للدفاع الاجتماعي ( دمشق أكتوبر 1973 ) التي ذهبت إلى أن الشريعة الإسلامية هي الدستور الحقيقي ويجب أن تكون هي المصدر الأساسي للتشريع ، وأوصت بتعديل القوانين الجنائية بما يتفق و أحكام الشريعة الإسلامية.

- التقرير الصادر عن الندوة العلمية حول التشريع الجنائي الإسلامي ( الرياض أكتوبر 1976 ) أوصى بضرورة دعم المطالب بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في مجال التشريع الجنائي الإسلامي.

- أعلن وزراء الداخلية العرب في مؤتمرهم المنعقد بالقاهرة (1977) ضرورة اهتمام الدول العربية بتوحيد القوانين المتعلقة بالجريمة و العقاب على أساس الشريعة الإسلامية.

- كما أعلن نفس الوزراء بالرباط سنة 1977 ضرورة إتباع الشريعة الإسلامية في توحيد القوانين العربية.

<sup>27</sup> - للمزيد عن أنشطة هذا المركز يمكن زيارة موقعه الإلكتروني <http://www.carjj.org>

- اللجنة الوزارية السباعية المنبثقة عن المؤتمر الأول لوزراء الداخلية العرب انتهت إلى ضرورة جعل الشريعة الإسلامية أساس توحيد التشريعات العربية.

وفي ما اعتبرته أسساً عامة للتوحيد، ذهب المركز إلى ضرورة

- العمل بأحكام الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للتشريع،  
- الأخذ بعين الاعتبار الصعوبات الموضوعية المنهجية المتعلقة بعملية التوحيد وما تستتجبه من التماثل بالظروف والبواعث والاحتياجات والتطلّعات أولاً، والمرتبط، بعملية تقنين الشريعة الإسلامية وما تتطلبه من غزارة المعرفة الفقهية والقانونية والأخذ بالمنهجية العلمية ثانياً.

- الاستفادة من المساعي التي باشرتها بعض الدول العربية وتتبع المراحل التي قطعتها على طريقة تطبيق الشريعة الإسلامية وتحليل نتائجها وإجراء دراسة مقارنة لما يمكن أن يكون قد جرى الأخذ به في أكثر من قطر واحد.

- اعتماد القرآن الكريم والسنة النبوية وما يؤول إليهما من إجماع أو قياس أو مصالح مرسله دون التقيّد بمذهب معيّن من مذاهب الفقه، وكذا مبادئ العدالة التي لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، مصادر للتقنين الموحدة.

## خاتمة

بالرغم من كل الجهود التي بذلت و تلك المبذولة إلى اليوم من أجل توحيد القوانين العربية، إلا أن مجموعة من الصعوبات لازالت تحول دون الوصول إلى هذا الهدف وبالخصوص على مستوى التفعيل، و تتمثل هذه الصعوبات في ثلاث رئيسية قد تتفرع عنها صعوبات أخرى تفصيلية و تقنية:

- وحدة القوانين العربية تعني ( على الأقل كعنوان) أن كل المواطنين العرب سيخضعون لنفس المقتضيات، فإذا أخذنا على سبيل المثال تقنين الأحوال الشخصية سنجده لا يتضمن إلا معايير وقواعد إسلامية ( ولم يذكر في أي مكان منه بأن هذه المعايير لا تهم سوى المسلمين ) والحال أن الدول العربية تسكنها شعوب مختلطة منها من لا يدين بالديانة الإسلامية بل بديانات أخرى



يهودية ومسيحية ؟ فماذا بشأن هؤلاء ؟ هل سيجبرون على الخضوع لقواعد الشريعة الإسلامية باعتبار عمومية القاعدة القانونية. أم أن توحيد القانون وفق قواعد الشريعة الإسلامية لا يمكن أن يحجب المبدأ الإسلامي الذي لا يلزم غير المسلمين بالخضوع لقواعد الشريعة الإسلامية، بل يخضعون لقواعد دياناتهم التي يطبقها قضاؤهم الخاص. لأن أي موقف مخالف لذلك سيكون متناقضا مع الهدف المبحوث عنه وهو التوحيد، هذا الموقف ينبع من اختيار يقوم على الاستسهال، لأن التوحيد الكامل لقانون الأسرة سيثير الكثير من الشكوك لدى المجموعات المسيحية واليهودية التي يمكنها أن تتهم جامعة الدول العربية بإرادة إخضاعها للشريعة الإسلامية. بالإضافة إلى أن التوحيد الكامل لقانون الأسرة كان سيجبر جامعة الدول العربية على التفاوض مع هذه الأقليات و تقديم بعض التنازلات على حساب القواعد الإسلامية، كما يفترض مشاركة أفراد هذه الأقليات في وظيفة القضاء والإشهاد على قدم المساواة مع المسلمين مهما كانت ديانة أطراف النزاع، الأمر الذي كان من الممكن أن يثير حفيظة المحافظين من المسلمين.

وبما أن الاستتاج النهائي هنا يحتم القول بان جامعة الدول العربية اختارت الإبقاء على تعدد القوانين و القضاء، يكون من المناسب القول بأن التسمية المختارة هي مغلوطة، لأن شعوب الدول العربية لا تتشكل فقط من المسلمين، ما عدا إذا كنا نعتبر غير المسلمين أجنب.

**أما في ما يتعلق بمشروع المدونة الجنائية، فالأمر يتعلق بقانون سيطبق على الجميع. فقد جاء في مقدمة مذكرته التوضيحية:**

يشكل القانون الجزائي العربي الموحد على أساس أحكام الشريعة الإسلامية انطلاقة جديدة لتحقيق أهداف جامعة الدول العربية، ..... وللوصول إلى هذه الأهداف عقدت عدة مؤتمرات وحلقات في إطار المنظمة العربية للدفاع الاجتماعي أجمعت على وجوب تقنين أحكام الشريعة الإسلامية بشكل عام وتوحيد القوانين الجنائية العربية على أساس أحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها أسلم الطرق وأجداها للوصول إلى الهدف المنشود، والرباط المقدس الذي يجمع سائر الدول العربية والإسلامية والقانون الصالح لكل زمان ومكان بفضل ما اشتملت عليه هذه الشريعة من مبادئ سامية تنظم حياة الإنسان وتحفظ حقوقه وكرامته.

كما ورد في المادة الأولى من هذا القانون الاسترشادي بأنه يحدد الأفعال التي يعدها جرائم بسبب ما تحدثه من إخلال بمبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية و بأمن وسلامة المجتمع....

غير أن هذا التطبيق العام ليس على إطلاقه، ذلك أن المادة 248 تعاقب بالحبس لمدة لا تزيد على سنة من انتهاك حرمة شهر رمضان بإفطاره علنا في محل عام و يجوز للقاضي أن يستبدل هذه العقوبة بعقوبة 35 جلدة المنصوص عليها في المادة 29 من هذا القانون، والمادة 148 التي تعاقب على شرب المسلم للخمر كجريمة توجب الحد بالجلد 40 جلدة، دون أن تحدد الوضع بالنسبة لغير المسلم. يضاف إلى ذلك ما ورد في المادة 62 من أن المرتد هو المسلم الراجع عن دين الإسلام ذكرا كان أم أنثى بقول صريح أو فعل قاطع الدلالة أو سب الله أو رسوله أو الدين الإسلامي أو حرف القرآن عن قصده. وعقوبته الإعدام مهما كانت الديانة التي تحول إليها كتابية أم غير كتابية.

#### - توحيد القانون وليس الدين

بداية نشير إلى أن مصطلح الشريعة يتضمن القواعد ذات الصلة بالعبادات كما تلك المتعلقة بالمعاملات، ولطالما ميز فقهاء الشريعة بين هذين النوعين من القواعد.

ونعتقد أن المشرع العربي كان يبحث وهو بصدد محاولة التوحيد اعتمادا على قواعد الشريعة الإسلامية، عن القواعد المتعلقة بالمعاملات وليس العبادات. فلم يكن الهدف هو إجبار الجميع على أن يصبح مسلما، ولهذا السبب خصص المشرع العربي قواعد خاصة لبعض أنواع الجرائم مضمحا في ذلك بوحدة النظام الجنائي. غير أن الأخذ بهذه القواعد هو دليل على أن المشرع العربي لم يتمكن بعد من الفصل بين الدين والقانون.

هذا التناقض نجده حاضرا بقوة في المذكرة التوضيحية لمشروع للقانون العربي الموحد للأحوال الشخصية الذي نجد فيه: أنه لا يقبل من أي شخص ولد بعد محمد دين آخر غير الإسلام و يشير إلى الآية: "ومن يبتغ غير الإسلام دينا فلن يقبل منه" (85 آل عمران).

## - منهجية التوحيد: من القمة أم من القاعدة

من المؤكد أننا نثمن مبادرة مجلس وزراء العدل العرب في تحضير مشاريع قوانين موحدة، غير أنها تظل قوانين مفروضة من فوق ولم تبتثق من حاجة ملموسة لدى القواعد التي ستكون مطالبة باحترامها (المواطن العربي).

هذا الموضوع يطرح مسألة السيادة في أحد أهم مظاهرها ألا وهو خلق القانون. ذلك أن السيادة بحسب الشريعة الإسلامية تعود لله وحده. والأمة أو ممثليها ليس لهم سوى وضع قواعد تطبيقية مطابقة للشريعة الإسلامية. هذا الأمر لا يمنع، حتى في ظل هذه الحدود، من أن يترك للأمة سلطة تقريرية في كل ما لا يتناقض مع مقاصد الشريعة. وبالتالي كان على المجلس أن يضمن مشاركة مختلف المجموعات المكونة للمجتمع العربي تفاديا لإجراء استفتاءات شعبية. هذه المشاركة يمكن أن تتم سواء من داخل اللجان أو من خلال استشارات.

فالمرأة بالرغم من أنها تشكل نصف أو أكثر في المجتمع غير أنها غير ممثلة في هذه اللجان، كما هو الحال بالنسبة لغير المسلمين الذين لا يوجد أي احد منهم ضمن الأعضاء السبعة المشكلين للجنة مشروع التقنين العربي الموحد للأحوال الشخصية مثلا.

# قراءة لمشروع القانون المدني العربي الموحد

أ. د. الطيب زروتي، أستاذ

كلية الحقوق - جامعة الجزائر 1

## الكلمات الدالة:

القانون المدني - الشريعة الاسلامية - الدول العربية - الاشتراك القانوني - تعايش وانسجام القوانين - التقنين الموحد - العقود - مصادر القانون .

## ملخص

رغم ما يجمع الدول العربية من عوامل مشتركة، اللغة، الدين، التاريخ، الجغرافيا، التطلع المشترك للوحدة . فهل يوجد إشتراك قانوني بين أنظمتها القانونية الوطنية، مما يفترض التعايش والانسجام بين قوانينها، وتقارب المفاهيم القانونية بينها .

يندرج تحليل أحكام مشروع القانون المدني العربي الموحد في هذا السياق، لبحث مدى التعايش المحقق بين أحكامه باعتباره عينة لمقاربة تشريعية عربية .

وبالرغم من التحفظات المبدئية الواردة على المشروع ككل، من حيث مضمونه ومدى شموله لأحكام قانون مدني معد للعمل به خلال القرن الواحد والعشرين، وكذا الملاحظات الجزئية أو التفصيلية المتعلقة به، بل والانتقادات الموضوعية الموجهة اليه . إلا انه إنجاز علمي قانوني في مستوى تطلع الشعوب العربية لتحقيق وحدتها القانونية ، التي تشكل أساسا متينا للوحدة السياسية والاقتصادية بين دولها، بما يتوافر عليه من انسجام وتعايش لأحكام قانونية عامة تخص مجالات القانون المدني ، بالنظر لمصادره المختلفة، الشريعة الإسلامية، القوانين الوضعية العربية المستمدة من أنظمة قانونية أجنبية مختلفة . ذلك هو محتوى هذا البحث .

## مقدمة :

بالنظر لتعلق موضوع هذا القانون ببعض الانظمة القانونية العربية التي قننت أحكام الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية، وجعلت الشريعة الإسلامية المصدر الاحتياطي الوحيد للقانون فيها في غير ما هو منصوص عليه تشريعيا ، فلا بد من كلمة أولية تخص الشريعة الإسلامية، بوصفها نظاما قانونيا. وهي أن النظرة التقليدية الغربية لها سابقا تنكر عليها صفة النظام القانوني المتكامل بالمعنى الاصطلاحي في القانون المقارن، بحجة أنها شريعة دينية صادرة في بلاد أقل مدنية، وليست في مستوى التشريعات الغربية الحديثة، وقد تهيأت سابقا ظروف تاريخية وعوامل سياسية وثقافية واجتماعية ساعدت على شيوع هذه النظرة الضيقة الخاطئة، أهمها جهل فقهاء كل من النظامين بشريعة الآخر مما نتج عنه شعور متبادل بالاحتقار وعدم التكافؤ، فالفقهاء المسلمون لم يسلموا بتكافؤ القوانين الغربية الوضعية في تحقيق العدالة بالمفهوم الإسلامي، والفقهاء الغربيون ينظرون للشريعة الإسلامية على أنها شريعة دينية غير مؤهلة لحكم علاقات قانونية حديثة، إنطلاقا من مفهوم الدين عندهم كعلاقة تعبدية بين الشخص وخالقه، لاسيما أن تجربة حكم الكنيسة في العصور الوسطى لازالت عالقة في أذهانهم، مما عزز موقف المذهب اللائكي في فصل الدين عن الدولة واستحواذ القانون الوضعي وحده بتتظيم العلاقات الاجتماعية والاقتصادية الدنيوية<sup>1</sup>.

ولكن الدراسات المعمقة للشريعة الإسلامية والبحوث المتخصصة فيها التي أجراها الفقهاء المسلمون أو المستشرقون، وتعمق الفقهاء المسلمين في دراسة القانون الوضعي ومقارنة أحكامه بالشريعة الإسلامية، كشفت عن كنوز هذه الأخيرة وأحاطت بقواعدها ومناهجها في البحث وتأصيل المفاهيم القانونية، وردها لأصول التشريع الإسلامي ومصادره المتنوعة والغنية تلك الدراسات دحضت الأحكام المسبقة الخاطئة، فأعترفت الجامعات والهيئات العلمية الدولية بالشريعة الإسلامية كنظام قانوني متكامل ومستقل وتميز عن غيره من الأنظمة القانونية العالمية الأخرى. هذا من جهة. من جهة أخرى، إذا جاز القول أن الدول العربية يجمعها

1 - راجع في هذا الشأن، محمد أبو زهرة، العلاقات الدولية في الإسلام، دار الفكر العربي، ص 53. وما بعدها. عبد الكريم زيدان، أحكام الذميين والمستأمنين في دار الإسلام. مطبعة البرهان. بغداد 1962. أحمد مسلم، القانون الدولي الخاص. طبعة 1954. ج 1. ص 57. كتابنا القانون الدولي الخاص الجزائري ج 1. طبعة 2013. ص 16.

اشتراك قانوني، قوامه ما يوحد بينها من عوامل مشتركة وتقارب بين شعوبها، الدين، اللغة، الجغرافيا، الماضي المشترك، التطلع للمستقبل الموحد. مما يفترض أن تكون أنظمتها القانونية متشابهة ومتقاربة، بيد أن تشخيص وتحليل نظمها القانونية يكشف عن حقيقة أخرى، لاسيما في فروع القانون الخاص، ويهمننا في هذا البحث خاصة القانون المدني بوصفه هو الشريعة العامة للقوانين، فالملاحظ أن بعض القوانين العربية تأثرت مباشرة بالقانون الفرنسي (القانون اللبناني)، أو بصفة غير مباشرة كالقانون المصري والقوانين العربية التي أخذت عنه، والبعض الآخر قنن أحكام الشريعة الإسلامية طبقاً لمذهب معين، وجعلها مصدراً إحتياطياً وحيداً فيما لم يرد بشأنه نص (السعودية واليمن ودول الخليج العربي)، ولا تزال تطبق في دول أخرى (فلسطين) مجلة الأحكام العدلية العثمانية التي تعد أول تقنين وضعي لأحكام الشريعة الإسلامية، في حين نجد دولاً أخرى (تونس) تأثرت بالقانون الفرنسي والقانون السويسري معاً، مع أنهما نظامان قانونيان مختلفان، والبعض الآخر (الأردن) أخذ، في نفس الوقت من القانون المصري المتأثر بالقانون الفرنسي ومن الشريعة الإسلامية.

السؤال المطروح هل يمكن ضم هذه الخريطة المتركبة من القوانين ذات المصادر المتعددة، للتقريب بينها وتوحيدها في شكل تقنين موحد - كمشروع متكامل متعايش - ليشكل وثيقة مرجعية تساهم في بناء قانوني عربي مشترك. تلك هي المهمة والمبادرة التي تكفلت وانفردت بها الدول العربية، بسعي من جهات رسمية فيها (وزارات العدل ووزارات الداخلية في الدول العربية وجامعة الدول العربية). لإقرار مدونات في القانون المدني والتجاري والأحوال الشخصية وقانون العقوبات.

أتناول في هذا البحث نموذجاً لمشروع قانون عربي مشترك، هو مشروع القانون المدني العربي الموحد، أحل من خلاله مدى تعايش أحكامه المستمدة من مصادر مختلفة والتوفيق بين الأنظمة القانونية العربية المتباينة الاتجاهات. أتناول هذا الموضوع ضمن المحورين التاليين:

**المحور الأول: الهيكل العامة لمشروع القانون وطبيعته القانونية**

**المحور الثاني: مدى التعايش المحقق فيه**

## المبحث الاول الهيكلية العامة لمشروع القانون وطبيعته القانونية

إن التعرف على هذا القانون يقتضي التطرق إلى هيكلته العامة من حيث تقسيم محاوره الأساسية، وكذا معرفة طبيعته القانونية وهو ما سنتطرق إليه ضمن المطالبين المواليين

### المطلب الاول الهيكلية العامة لمشروع القانون

يتكون مشروع القانون المدني العربي الموحد من 1316 مادة، مقسم ضمن أربعة كتب يتصدرها باب تمهيدي.

تضمن الباب التمهيدي فصلين، الأول سماه القواعد الكلية (المواد من 1 إلى 85)، وسوف نوضح المقصود من هذه القواعد لاحقاً. والثاني يتعلق بالأحكام العامة (المواد من 86 إلى 144) تطرقت لتحديد مصادر القانون، التطبيق الزمني والمكاني له، تقسيم الاشياء والأموال، تعريف الحق وأقسامه ثم النص على مبدأ إستعمال الحق وعدم التعسف فيه.

والكتاب الأول (المواد من 145 إلى 437) خاص بالإلتزامات أو الحقوق الشخصية، ولا يختلف تبويبه عن التصنيف المقرر في القوانين المدنية العربية الوضعية المستمدة من القانون المدني الفرنسي، مصادر الإلتزام الخمس (العقد - الإرادة المنفردة - الفعل الضار الموجب للتعويض - أشباه العقود - القانون). ثم آثارها ثم أوصافها وأخيراً إنتضاؤها .

والكتاب الثاني خاص بالعقود المسماة (المواد 438 إلى 972 أي 534 مادة)، مقسم ضمن خمس أبواب، جمع تصنيف مختلف العقود المسماة. الصنف الأول خاص بعقود التمليك وهي البيع والهبة والشركة والقرض والصلح. والثاني يتعلق بعقود المنفعة وهي الإيجار والعارية. والثالث يخص عقود العمل وهي المقاولة والعمل والوكالة والإيداع والحراسة. والرابع يتضمن عقود الغرر وهي الرهان والمقامرة والمرتب مدى الحياة وعقد التأمين. أما الصنف الخامس فيتعلق بالعقود التوثيقية الشخصية وهي الكفالة وحوالة الدين وحوالة الحق.

أما الكتاب الثالث (المواد 973 إلى 1198)، فيخص الحقوق العينية، الباب الأول منه خاص بحق الملكية والثاني تضمن الحقوق المتفرعة عن الملكية.

ويتعلق الكتاب الرابع بالتأمينات العينية (المواد 1199 إلى 1316)، نص على أحكام ثلاثة تأمينات عينية، هي الرهن التأميني "الرسمي"، الرهن الحيازي، وحقوق الامتياز، وقد سماها المشروع "التوثيق العيني بنص القانون".

## المطلب الثاني الطبيعة القانونية لمشروع القانون

مما لاشك فيه أن الغاية من إعداد مشروع هذا القانون، وغيره من مشاريع قوانين فروع أخرى، هي إيجاد أرضية مشتركة بين الدول العربية للمبادئ القانونية التي يجب أن تحكم مجال تطبيق تلك القوانين. ومن خلال الأعمال التحضيرية لمشروع القانون المدني العربي الموحد، وما أدرجه أحد الفقهاء المشاركين ضمن اللجنة المكلفة بتنقيح المشروع النهائي من ملاحظات حول هذه المسألة<sup>2</sup>. يتضح وجود إتجاهين في تحديد طبيعة المشروع المقترح.

### الاتجاه الأول:

يرى أن المشروع المقترح مجرد وثيقة قانونية موحدة لأحكام نموذجية، تمثل اجماعاً عربياً مقترحة من الجهة المعدة لها، للاستئناس بها والاقتراس منها في الدول العربية، كقانون نموذجي يحتذى به ويستمد المشرع في الدول العربية من أحكامه ما يراه ملائماً لظروف كل بلد عربي.

على هذا الأساس إن المشروع هو ورقة عمل غير ملزمة ولكنها موحدة لأهداف السياسة التشريعية العربية، وجعل تلك الأحكام موافقة لما ينبغي تحقيقه من تنسيق لأحكام المعاملات المدنية وتوحيد مضامينها ومصطلحاتها.

وفقاً لهذا الاتجاه يتصف المشروع المقترح بما يلي:

1. المشروع له قيمة علمية كقانون نموذجي موحد. ولكن غير ملزم.
2. حقق إجماعاً وتنسيقاً بين مختلف الأنظمة القانونية العربية، رغم تعدد المصادر القانونية لتلك الأنظمة.

<sup>2</sup> - الفقيه المعني هو ممثل لبنان في اللجنة الأستاذ الدكتور مصطفى العوجي، رئيس الغرفة المدنية بمحكمة التمييز اللبنانية.



3. إعتقاد المشروع، يحقق توحيد المصطلح القانوني بين الدول العربية في مجال تخصصه.

4. المشروع بشكله الحالي شامل لجميع الأحكام الأساسية التي ينبغي أن يتوفر عليها قانون مدني، بالمحتوى الوضعي لقانون المدني يحكم كافة القواعد العامة للمعاملات المدنية، مصادر الحقوق، أنواعها، أحكامها، آثارها وإنقضاؤها.

5. من تصفح المشروع يتضح ان محتواه تقليدي، لم يجار التطور الحاصل في المعاملات القانونية حديثا، ولم يتأثر بما حققه التقدم العلمي ووسائل الاتصال الحديثة، لاسيما فيما يخص إبرام العقود وأثباتها وتنفيذها .

### الاتجاه الثاني:

يرى هذا الاتجاه، أن المشروع هو تقنين شامل لمحتوى قانون مدني عربي موحد، تم إعداده ليصبح بعد المصادقة عليه من الجهة المختصة في كل دولة عربية، قانونا موضوعيا موحدا ملزما، يحل في التطبيق محل القوانين المدنية العربية الحالية. وحينئذ يطبق على كل المعاملات الداخلية، أي الوطنية، والدولية، أي المعاملات المتصفة بالصفة الاجنبية .

وهناك احتمال ثالث، أو مجال تطبيق آخر، من المفروض أن يطرح حكمه أيضا، وهو جعل تطبيق هذا القانون خاص بحكم المعاملات المدنية بين أطراف عربية من حيث جنسيتها أو موطنها، بمعنى آخر تطبيقه على العلاقات المدنية البينية العربية. ولكن هذا الاحتمال أعتقد أنه مستبعد. لان القانون لم يضع آلية قانونية لتطبيقه بهذه الصفة، فلو كان في نية وضعيه يطبقوه بهذه الصفة لوضعوا معايير خاصة بمجال تطبيقه، تأخذ بالاعتبار الجنسية العربية المختلفة لأطراف العلاقة القانونية أو موطنهم القانوني أو الفعلي المختلف. وهو ما لم ينص عليه القانون، لذلك فهذا الاحتمال مستبعد في اعتقادي .

في كل الاحوال، ظاهر أن تحقيق هذه الغاية النبيلة والمشروعة تجسد طموح الشعوب العربية في الوحدة القانونية كأساس لبناء وحدة إقتصادية وسياسية مستقبلا. وإذا تم التوصل لهذا الطموح، تكون الجهة المشرفة عليه، جامعة الدول العربية، قد حققت أحد أهداف نشأتها. وبالفعل ان المشروع بشكله النهائي بعد وضع اللمسات الاخيرة على بعض أحكامه بتاريخ 1995/10/13 من اللجنة المعنية

بقرار مجلس وزراء العدل العرب في دورة إنعقاده العاشرة رقم 189/د.10 بتاريخ 1994/4/28<sup>3</sup> ينتظر تبنيه من وزراء العدل العرب ليرى النور في شكل قانون موحد، بعد المصادقة عليه من الجهات المختصة في الدول العربية طبقا للإجراءات القانونية فيها، ولكن يبدو أن تحقيق هذه الغاية مجرد أمل بعيد المنال في الظروف الحالية، فلم يجسد واقعا رغم مضي عقدين من الزمن على إعداده بشكل نهائي. مهما كان الأمر، أعتقد أن تجسيد المشروع حسب تصوره من أحد الاتجاهين، سواء بوصفه مجرد قانون نموذجي للاستئناس به والاقتراس من أحكامه، أو بصفته قانونا موضوعيا ملزما في الحالتين يجب تفعيله بقرار سياسي من الجهة المختصة، سواء بتبنيه بقرار من وزراء العدل العرب، كقانون نموذجي، حسب الاتجاه الأول. أو باعتماده كقانون موضوعي في شكل إتفاقية عربية موضوعية تتم المصادقة عليها حسب الاجراءات الدستورية المقررة في نظام كل دولة عربية، كما يرى الاتجاه الثاني. المهم ان يرى المشروع النور ولا يبقى حبيس أدراج أرشيف جامعة الدول العربية، التي أدت واجبها وقامت بالمهمة العلمية المطلوبة منها .

## المبحث الثاني

### مدى التعايش بين أحكام المشروع

إن المحلل لأحكام مشروع القانون المدني العربي الموحد، يكتشف ان هذا القانون جمع في تنظيمه لمسائل القانون المدني بين أحكام مستمدة من مصدرين مختلفين على الأقل، الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي ممثلا في عدة اتجاهات. سوف أدلي فيما يلي بأهم الملاحظات والاستنتاجات الشخصية، مقسما إياها الى ملاحظات عامة وإستنتاجات أساسية تفصيلية. مع التذكير ان المقام لا يتسع لتقديم دراسة وافية، حول هذا الموضوع بكل تفاصيله، لما يتطلبه ذلك من عمل جماعي ودراسة معمقة وتخصص دقيق في مجالات القانون المدني وإحاطة بأحكام المعاملات المدنية في الشريعة الإسلامية، وهي وحدها تتطلب جهودا مظنية للإلمام بموقف مختلف المذاهب وآراء الفقهاء. فأتناول ضمن المطلب الأول الملاحظات العامة، وفي المطلب الثاني الاستنتاجات الأساسية.

<sup>3</sup> - اللجنة مشكلة من ممثلي ستة دول عربية هي: السعودية، الأردن، البحرين، الجزائر، مصر، لبنان، وممثل الأمانة العامة لجامعة الدول العربية.

## المطلب الاول الملاحظات العامة

إن أهم الملاحظات العامة، الخاصة بتعايش أحكام مشروع القانون المدني العربي الموحد، تتمثل في إعتقادي فيما يلي:

**أولاً:** إن مشروع التقنين ورد جامعا للمفاهيم القانونية التي يحتويها، وهي مؤصلة حسب نظام الشريعة الإسلامية، أو طبقا لنظام القانون الوضعي، فقد إحتوى تصور النظامين للمضمون الذي يجب ان تشمله أحكام القانون المدني. وفي هذا الصدد يلاحظ ان الصياغة الفنية الوضعية كانت غالبية على المشروع شكلا وتبويبا، فمن المعروف ان تقسيم وتنظيم دراسة أحكام المعاملات المدنية في الشريعة الإسلامية لا تتقيد بالشكليات بقدر ما تهتم بالمعالجة الموضوعية للأحكام الشرعية للمسائل محل البحث.

**ثانياً:** من الوهلة الأولى يكتشف المحلل التوجه الاسلامي لمشروع القانون من خلال تحديد مصادره، فبعد أن أوضحت المادة 86 منه<sup>4</sup>، إن هذا القانون يشكل الشريعة العامة فيما لم يرد بشأنه نص خاص في قانون آخر، وبينت المادة 87 ف1 أن تطبيق نصوص القانون تشمل جميع المسائل التي تتناولها بكل طرق دلالتها، نصت الفقرة الثانية على الرجوع لتطبيق أحكام الفقه الاسلامي الاكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون، دون التقيد بمذهب فقهي معين، فإن لم يوجد نص تطبق مبادئ الشريعة الاسلامية ومقاصدها مع مراعاة العرف بالشروط الشرعية المقيدة له، هكذا أكد المشروع الرجوع الى الشريعة الاسلامية كمصدر إحتياطي فيما لم يرد بشأنه نص وتحاشى المصادر الاحتياطية الوضعية الأخرى، بل حتى القواعد العرفية لا يعتد بها إلا إذا كانت موافقة لأحكام ومبادئ الشريعة الاسلامية.

وفي نفس السياق أيضا، أورد المشروع تنظيما لبعض العقود مصدرها الشريعة الإسلامية وليس القانون الوضعي، وهي عقود المغارسة والمزارعة والمساقاة، وكذلك بعض أنواع الشركات، وهي شركة الأعمال وشركة الوجوه وشركة المضاربة<sup>5</sup>.

<sup>4</sup>- وهي المادة المرتبة أولا بعد المواد 85 الخاصة بالقواعد الكلية.

<sup>5</sup>- إن التنظيم القانوني لهذه المسائل مصدره الشريعة الإسلامية، والإلمام بها يتطلب دراسة وافية لأحكامها كما هي واردة في كتب الفقه الإسلامي، ولا يتسع المجال لشرح تلك الأحكام ونكتفي الإشارة العابرة لها بالتسمية.

كما تضمن المشروع أحكام الوقف، وهو نظام قانوني مصدره الشريعة الإسلامية، وغير معروف في القوانين الغربية أصلاً، أما القوانين العربية التي تبنته، فقد خصته بقانون خاص، وجاءت أحكام الوقف في المشروع ضمن الباب الخاص بالحقوق المتفرعة عن الملكية، بوصفه حق يرد على الانتفاع بالمال، وألحق به حق الحكر، وهو مستمد أيضاً من الشريعة الإسلامية، يعد عقداً يكتسب المحتكر بموجبه حقاً عينياً يخوله الانتفاع بالعقار الموقوف لقاء أجر، وكلا النظامين الوقف والحكر لم يسبق تنظيمهما في القوانين المدنية الوضعية التي أقرتهما. هذا يدل أيضاً على تأثر مشروع القانون المدني العربي الموحد بالشريعة الإسلامية في تنظيمها للمعاملات المدنية.

**ثالثاً:** خلو المشروع أحياناً من أحكام أساسية تخص بعض المسائل الأساسية المدرجة عادة ضمن القانون المدني، مثال ذلك عدم تطرقه لأحكام الإثبات، رغم أهميتها وضرورة وضع قواعد توجيهية لتوحيدها، أعتقد أن السبب في ذلك يعود لتبني المشروع نفس الموقف الذي سلكته بعض القوانين المدنية العربية كالقانون السوري والمصري والأردني التي استبعدت هذه المسألة من نطاق القانون المدني<sup>6</sup>.

كذلك لم يتطرق المشروع في باب التأمينات العينية إلى حق التخصيص أو الإختصاص، وهو تأمين عيني معروف في القانون الوضعي، وذلك أسوة بالتنظيم المقرر للتأمينات العينية في الشريعة الإسلامية. وفي نفس السياق أيضاً وردت أحكام التقادم في المشروع بوصفها مجرد موانع لسماع الدعوى، وليس باعتبارها أحكاماً موضوعية لسقوط الحقوق أو إكتسابها، وهذا تماشياً أيضاً مع توجه الفقه الإسلامي.

**رابعاً:** كما قلت سابقاً، خص مشروع القانون، المواد من 1 إلى 85 لذكر منطوق 85 قاعدة فقهية مصدرها الشريعة الإسلامية معروفة بإسم القواعد الكلية<sup>7</sup>، وهذا تنظيم غير معروف في القانون الوضعي، وأدرجت كل قاعدة في مادة مستقلة مصاغة في شكل مبدأ قانوني، ومن المعروف أن هذه القواعد تشكل

<sup>6</sup> - الغى القانون المصري أحكام الإثبات الواردة سابقاً في القانون المدني، بموجب القانون رقم 25 لسنة 1968، المتضمن قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية. كما نظم القانون السوري أحكام الإثبات بشكل مستقل وخصها بقانون صادر في 1947. ولم يذكرها أيضاً المشرع الأردني في التقنين المدني لسنة 1976.

<sup>7</sup> جل هذه القواعد مأخوذة من مجلة الأحكام العدلية التي ذكرت 99 قاعدة منها. ومن أمثلة القواعد الكلية: اليقين لا يزول بالشك. لا ضرر ولا ضرار. إذا تعارض المانع والمقتضى يقدم المانع. إذا تعذر إعمال الكلام بهمل. الضرورات تقدر بقدرها. الساقط لا يعود. الغرم بالغنم. الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان. الجواز الشرعي يناهز الضمان. العادة محكمة..... الخ.

مبادئ أساسية وقواعد جوهرية للمعاملات في الشريعة الاسلامية، العقود، المسؤولية، الضمان. وقد درج فقهاء الشريعة الاسلامية في أبحاثهم على الرجوع إليها لتقرير قواعد شرعية أو للاستئناس بها، وتورد عادة في شكل رؤوس أقلام للمواضيع، بمثابة الاصل للفروع أو المبدأ العام للاستثناءات الواردة عليه<sup>8</sup>.

إن إدراج هذه القواعد ضمن الباب التمهيدي لمشروع القانون، يؤكد حرص واضعيه على أهميتها في تقرير أحكامه، مما يقتضي أن تكون كل أحكام المشروع متسقة مع بعضها، ولكن ما الحكم في حالة تعارض أحد هذه القواعد والنصوص القانونية الأخرى الواردة في المشروع أيضا، وكيف يعمل بالاستثناءات والأحكام التفصيلية التي يتضمنها المشروع، أعتقد أن الجمع بين هذه القواعد كأحكام قانونية ملزمة ضمن مواد المشروع والأحكام الأخرى المتضمنة فيه أيضا لا يخلو من إشكالات قانونية مطروحة عند تطبيق أحكام هذا القانون.

**خامسا:** حقق القانون المدني العربي الموحد، توحيد المصطلح القانوني المستعمل، وهذا وحده إنجاز هام يحسب لهذا القانون، فمن المعروف وجود تباين واسع في المصطلح المستعمل في الأنظمة القانونية الوطنية العربية، لدرجة يتعذر على رجل القانون إستيعاب المصطلحات المستعملة بين القوانين العربية، فما بالك بالنسبة للأشخاص العاديين. أن توحيد المصطلحات القانونية ظل مطلباً أساسياً لكل المهتمين بدراسة القانون في الوطن العربي منذ وقت طويل، فباستثناء القوانين العربية المتأثرة بالقانون المصري<sup>9</sup> التي تشترك مبدئياً في توحيد المصطلح القانوني، فمن الصعب فهم كثير من المصطلحات الواردة في قوانين عربية أخرى، ولعل القانون التونسي<sup>10</sup>، والقانون المغربي<sup>11</sup>، والقانون اللبناني<sup>12</sup>. خير أمثلة للاختلاف بين المصطلح المستعمل. هذا فضلا عن إختلاف المصطلح القانوني الوضعي ونظيره المستعمل في الشريعة الاسلامية.

<sup>8</sup> - راجع في القواعد الكلية، أحمد الحجي الكردي، المدخل الفقهي، دارالمعارف للطباعة 1980، سوريا. عبد العظيم شرف الدين، تاريخ التشريع الإسلامي، منشورات جامعة قاريونس ليبيا 1993 ص 314 وما بعدها.

<sup>9</sup> - المقصود هو القانون السوري، القانون العراقي، القانون الليبي، القانون السوداني، القانون الجزائري، القانون الأردني مع بعض التحفظ لهذا الأخير.

<sup>10</sup> - نذكر على سبيل المثال المصطلحات التالية: التغيير، الحاكم، الفصل، المختل، دعوى الزور، العدول، الاتزال، الكردار، الاستنضاض، النازلة، العقل، التعقيب.

<sup>11</sup> - أكتفي بذكر المصطلحات الآتية: الظهير، مسطرة، مدونة، التحجير، السمسة.

<sup>12</sup> - على سبيل المثال مصطلحات، الموجبات، مفاعل، المشتع، حل العقد، محكمة التمييز.

إذن رغم التباين في المصطلح المستعمل وطنيا في قوانين وكتب الفقه في الدول العربية، فإن مشروع القانون العربي الموحد تجاوز هذا الخلاف مستعملا مصطلحا موحدًا مستمدا من القانون الوضعي أو من الشريعة الإسلامية. وقبول هذا المشروع من الجهات الرسمية العربية، يعد قبولا للمصطلحين الواردة فيه، على هذا الأساس فهذا القانون حقق تعايشا مهما في الصياغة القانونية تسهل فهم وتفسير القانون، وهي غاية طالما سعت جهات عدة للعمل على تحقيقها ولم توفق في مسعاها.

## المطلب الثاني

### استنتاجات أساسية لمسائل معينة

إن أهم الاستنتاجات الأساسية التي تسجل على مشروع القانون المدني العربي الموحد هي:  
**أولا : التأثير المباشر بأحكام الشريعة الإسلامية :**  
إن كثيرا من أحكام مشروع القانون تأثر واضعوه بشأنها بالشرعية الإسلامية، وأدرجت ضمن المشروع بصيغتها وتكليفاتها وتصنيفها الشرعي. وأهم المسائل المعنية :

1. **تعريف العقد:** جاء في المادة 145 من مشروع القانون أن العقد هو "إرتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره على المعقود عليه بينهما". هذا التعريف هو نفسه الذي أورده الفقيه عبد الرزاق السنهوري عن فقهاء الشريعة الإسلامية، في كتابه مصادر الحق في الفقه الإسلامي<sup>13</sup>، ويقترّب من التعريف الذي أخذت به مجلة الأحكام العدلية<sup>14</sup>.
2. من المعروف أن أركان العقد حسب الفقه الإسلامي هي التراضي والعاقدان والمعقود عليه، وهو الحكم الذي تبناه المشروع في المادة 147 منه التي نصت:  
(1. ينشأ العقد بين طرفيه متى تحققت مقوماته وتوافرت شرائطها العامة.  
2. مقومات العقد هي التراضي والعاقدان والمحل المعقود عليه وما يفرضه القانون في بعض العقود)

<sup>13</sup> - مصادر الحق في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي، 1998 ج1، ص73.

<sup>14</sup> - المادتان 103 و104 منها، وراجع صبحي محمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود، دار العلم للملايين، الطبعة الثانية 1972 ص 264. وأورد نفس التعريف أيضا وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، 1979 ص12.

3- إعتقاد مشروع القانون نفس طريقة تصنيف الشريعة الإسلامية لأنواع العقود من حيث صحتها ونفاذها وهي العقد الصحيح والعقد الباطل والعقد الفاسد والعقد الموقوف والعقد غير اللازم<sup>15</sup>.

4- أخذ المشروع في نظرية السبب ، بالسبب الدافع إلى التعاقد<sup>16</sup>.

5- إن المحلل لأحكام المسؤولية المدنية الواردة في المشروع<sup>17</sup> ، يكتشف ان واضعيه جمعوا في صور المسؤولية وأساسها وأسباب نفيها بين الأحكام المقررة في القانون الوضعي من مصادر مختلفة<sup>18</sup> ، وبين أحكام ضمان الغصب والتعدي والمباشر والمتسبب المعروفة في الشريعة الإسلامية ، ولو أن الأحكام المقررة للمسؤولية في الشريعة الإسلامية كانت أكثر وضوحاً<sup>19</sup>.

6- تبني المشروع نفس التصنيف المقرر للشركات المدنية في الفقه الإسلامي<sup>20</sup> أي تقسيمها إلى شركات الأعمال ، شركات الوجوه ، شركات المضاربة. وخص كل نوع بأحكامها الخاصة ، والإحالة للأحكام العامة للشركة فيما لا يخالف الأحكام الخاصة بكل واحدة.

7- نظم المشروع أنواعاً خاصة من الأيجار ، بأحكام مأخوذة من الشريعة الإسلامية<sup>21</sup> ، ويتعلق الأمر بالمزارعة والمغارسة والمساقاة وإيجار الوقف.

8- إدراج أحكام الوقف ضمن المشروع كنوع من الانتفاع بالحقوق (المواد 1130 إلى 1143) وخصه بتنظيم واضح وألحق به أحكام الحكر ، وهو يرد على العقار الموقوف كنوع من الاستغلال طويل الأجل للأموال ، وحددت أقصى مدة له بـ 36 سنة ، ثم ذكر بعده عقد الأجاريتين (المادة 1157). هذه كلها مفاهيم قانونية معروفة في الفقه الإسلامي وحده ولا نظير لها في القانون الوضعي.

<sup>15</sup>- راجع المواد من 202 إلى 213 من المشروع ، وراجع في تحليل أحكام هذه العقود ، المحمصاني ، م.س. ص 266. السنهوري ، م.س.

ج 4 ص 132 وما بعدها.

<sup>16</sup>- نصت المادة 201 منه على أنه: "لا ينعقد العقد إذا كان الباعث الدافع إليه غير مشروع ، سواء صرح به في العقد أو كان

واضحاً من القرائن".

<sup>17</sup>- المواد من 261 إلى 287

<sup>18</sup>- المقصود بذلك أحكام المسؤولية في القانون المصري وفي القانون اللبناني ، مع ما بينهما من اختلاف واضح.

<sup>19</sup>- إن التنظيم العام للمسؤولية المدنية بأنواعها يغلب عليها في المشروع التكييف المقرر لها في الشريعة الإسلامية ، التمييز في المسؤولية عن الفعل الشخصي بين المباشر والمتسبب ، تقسيمها حسب محل الضرر ، النفس أو إتلاف المال بالغصب أو التعدي.

<sup>20</sup>- المواد 577 إلى 602.

<sup>21</sup>- المواد 669 إلى 713.

9. منع الفوائد في عقد القرض، جاء في المادة 607 من المشروع "يقع باطلا كل شرط بزيادة في العوض يؤديها المقترح للقرض". ونصت الفقرة الاولى من المادة 611 على أنه يلزم المقترض برد مثل ما قبض مقداراً ونوعاً وصفة عند إنتهاء مدة القرض، ولا عبء لما يطرأ على قيمته من تغيير، وذلك في الزمان والمكان المتفق عليهما".

ظاهر من حكم هذين النصين عدم جواز تقاضي الفوائد سواء بين الاشخاص الطبيعية أو حتى المعنوية، وكذا لاعتبار بتغيير قيمة العملة بين وقت القرض ووقت الوفاء به.

10. يبرز تأثر المشروع بالشريعة الاسلامية واضحا فيما قررته الفقرة الثانية من المادة 274، منه الخاصة بالجنايات التي تقع على النفس، فبعد أن ذكرت الفقرة الأولى للمادة أن الجنايات على النفس وما دونها تطبق عليها الأحكام العامة للفعل الضار (أي المسؤولية عن الفعل الشخصي، كأحكام المباشرة والتسبب وتعدد المسؤولين)، أوردت الفقرة الثانية النص بأن "أما الضمان المالي فتطبق فيه أحكام الديات والأرش وحكومة العدل، كما هو مقرر في الفقه الإسلامي، مضافاً إليها نفقات العلاج الضروري، وما فاته من كسب ويعود إلى المحكمة تقدير ما يجب أن يتحمله المسئول بالتعويض المالي من ذلك". هذا النص تطبيق لما هو مقرر في الشريعة الإسلامية، بل فيه إحالة مباشرة إليها فيما لم يشمل حكم النص.

11. إستقي المشروع أحكام بيع السلم والتخارج على أموال التركة مما هو مقرر لتنظيم هاتين المسألتين في الفقه الإسلامي (المواد 497 إلى 507).

12. إن إدراج القواعد الكلية في الباب التمهيدي كمبادئ أساسية وقواعد عامة واجبة التطبيق، ويرجع بشأن تفسيرها وكيفية تطبيقها والاستثناءات الواردة عليها الى مبادئ الشريعة الاسلامية، هذا الاجراء هو تأثير مباشر للشريعة الاسلامية في مشروع القانون.

13. كل الاحكام الخاضعة للتقادم، المكسب أو المسقط للحقوق، جريا على موقف الشريعة الاسلامية في هذا الشأن، لم يورد نص في المشروع يقضي بالتقادم، وإنما عوض بحكم عدم سماع الدعوى بعد انقضاء المدة المحددة لاكتساب ذلك الحق أو سقوطه بالتقادم، وهذا تماشياً مع موقف الشريعة الاسلامية التي لا تعترف باكتساب الحقوق أو سقوطها بالتقادم أو مضي المدة.



14. اقرار المشروع اسبابا للحق في الشفعة مصدرها الشريعة الإسلامية، وهي الشفعة للخليط في عقد البيع كحق المسيل الخاص وحق المرور الخاص وحق الشرب الخاص، وكذلك الشفعة بالجوار، فضلا عن الحق في الشفعة المقرر للمالك في الشيوخ (المادة 1059 )، ومصدر الشفعة في الحالتين الأوليين هي الشريعة الإسلامية التي نظمتها<sup>22</sup>.

### ثانيا : بروز التنظيم الوضعي لكثير من أحكام المشروع:

يتجلى ذلك من الاحكام التالية:

1- إدراج الاحكام الوضعية الخاصة بالتطبيق الزمني والمكاني للقانون، حسبما هي مقررة في القانون الوضعي، وكما هي واردة في معظم القوانين الوضعية العربية، ولم تأت أحكام تنازع القوانين من حيث المكان بأي جديد يذكر عما هو منظم في القانون المدني المصري والقوانين العربية التي تأثرت به في هذا التنظيم.

2- إدراج أحكام الولاية على المال ضمن القانون المدني (المواد 163 إلى 180 من المشروع)، وهذا خلاف لما هو مقرر في بعض القوانين العربية، التي أوردتها مع الولاية على النفس في قانون الاسرة أو وزعت أحكامها بين القانونين.

3- تغليب الطابع المالي للهبة كتصرف قانوني بين الأحياء، وتنظيم أحكامها ضمن مشروع القانون (المواد 533 إلى 548)، وهذا خلاف للتكييف المقرر للهبة في بعض الانظمة القانونية العربية التي إعتبرتها من الاحوال الشخصية ونظمت أحكامها في قانون الاسرة.

4- عمد المشروع لتبني أغلب أحكام تنفيذ الالتزام حسب الاحكام والتنظيم الوارد في القانون الوضعي، التنفيذ العيني، التنفيذ المقابل، وسائل ضمان التنفيذ (الدعوى غير المباشرة، دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين (المواد 302 إلى 330) والحق ذلك بأحكام الاعسار المدني الذي سماه الحجر(المواد 336 إلى 344).

5- تبني المشروع نفس التصنيف المقرر في القانون الوضعي لأسباب إنقضاء الالتزامات(المواد من 387 إلى 442 )، وهي:

<sup>22</sup>- راجع، عبد العظيم شرف الدين، م.س.ص 540.

- (أ) - الوفاء ، مبينا أطرافه وحالات رفضه وأثرها ومحلّه وزمانه ومكانه ونفقاته وإثباته.
- (ب) - ما يعادل الوفاء ، وأهم صوره الوفاء البديل (أي الوفاء بمقابل) ، المقاصة ، إتحاد الذمة. ولم يتطرق المشروع لأحكام التجديد والاناة ، مع أنهما من أسباب انقضاء الالتزامات بما يعادل الوفاء.
- (ج) - الانقضاء دون الوفاء، وذكر المشروع الإبراء وإستحالة التنفيذ والتقدم بوصفه سبب مانع لسماع الدعوى.

6- تبنى مشروع القانون نفس التنظيم الوضعي لأهم الاحكام القانونية للعقود المسماة ، وهي:

- عقد المقاولة (المواد من 733 إلى 757).
  - عقد العمل ( المواد من 758 إلى 783).
  - عقد الوكالة (المواد من 784 إلى 818).
  - عقد الوديعة (المواد من 819 إلى 842).
  - عقد الحراسة (المواد من 843 إلى 857).
  - عقود الغرر وهي الرهان والمقامرة والمرتب مدى الحياة والتأمين (المواد من 858 إلى 896) ، مع تنظيم خاص للتأمين على الحريق والتأمين على الحياة.
- 7- تبنى المشروع نفس تنظيم أحكام ملكية الطبقات والشقق الواردة في بعض القوانين العربية ، مع وضع أحكام خاصة بتسييرها (المواد من 1020 إلى 1029).

### ثالثا: وجود نقص في بعض أحكام المشروع

مهما كانت صياغة المشروع جامعة لكثير من المسائل القانونية المعالجة فيه ، ومع الأخذ من القانون الوضعي ومن الشريعة الاسلامية في وقت واحد ، إلا أنه سجلت بعض أوجه النقص والقصور والتناقض في بعض أحكام المشروع ، والأمثلة على ذلك كثيرة:

- 1- الجمع بين الغبن والتدليس في حكم واحد(المواد من 186 إلى 192)، مع ما بينهما من خلاف في الطبيعة القانونية والشروط والآثار. فالغبن هو عدم تعادل مادي برقم مرصود في الأداء الذي يلتزم به المتعاقد بالمقارنة للمقابل الذي يعود عليه ، والعبرة فيه بالقيمة المادية للشيء، لا بالقيمة الشخصية له ، وهو عيب في العقد وليس في الرضا ، وحكمه رفع النصيب الذي يشكل غبنا.

أما التدليس، وسماه المشروع التغيير، فصورته أن يعتمد أحد المتعاقدان بوسائل إحتيالية للإيقاع بالمتعاقدين الآخر في أمر أساسي في العقد لو كان يعلمه المتعاقد الذي غرر به لما أقدم على إبرام العقد. إذن رضا المتعاقد معيب في التدليس، وحكمه أن يصبح العقد قابلاً للإبطال لمصلحة الطرف المدلس عليه. أما المشروع فقد رتب في الحالتين فسخ العقد، بل إنه جعل حكم الغبن الفاحش غير المصاحب بالتغيير جائز إلا في مال المحجور ومال الوقف وأموال الدولة (المادة 191 ف 1).

2- رتب المشروع على تحقق عيبي الرضا، الغلط والتدليس، فسخ العقد وليس إبطاله (المواد 183 و 189 ف 3 و 190 و 192 ف 1). بينما رتب على الإكراه إبطال العقد (المادة 196 ف 1)، السؤال المطروح، على أي أساس تم التمييز بين العيوب الثلاثة من حيث الأثر، الفسخ أو الإبطال؟ مع أنها كلها عيوب تشوب سلامة الرضا، وتجعل العقد لم ينشأ صحيحاً لما شاب إرادة أحد المتعاقدين من إكراه أو تدليس أو غلط. أكثر من ذلك، إن المشروع أورد بشأن الغلط الحكمان معاً، الفسخ والإبطال (المادتان 183 و 184). وهذا يشكل تناقضاً صريحاً.

3- عدم نص المشروع على عيب الاستغلال، مع انه عيب أساسي مقرر في جل الأنظمة القانونية الوضعية باعتباره وسيلة لإبطال العقد، ما لم يعرض المتعاقد الآخر في عقود المعاوضة ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن.

إن إقرار عيب الاستغلال في جل الأنظمة القانونية يمثل تغلغل الأفكار الاجتماعية والخلقية في المعاملات، وهو يتشكل من العنصرين، المادي المتمثل في عدم تعادل أداءات المتعاقدين، بين ما يعطيه أحدهما وما يحصل عليه بموجب العقد، مقارنة بما يعود على المتعاقد الآخر. والعنصر النفسي الذي هو استغلال أحد المتعاقدين في المتعاقد الآخر ما غلب عليه من ضعف نفسي (طيش بين، هوى جامع، عدم خبرة، ضعف إدراك)، أي أن رضا المتعاقد المستغل لم يصدر عن إختيار كافٍ. أعتقد أن عدم النص على هذا العيب الهام في تقنين حديث كهذا المشروع يشكل نقصاً فادحاً فيه.

4-عدم إهتمام مشروع القانون بمسائل حديثة في المعاملات المدنية والتجارية، كتنظيم مفاوضات العقود الدولية وما يترتب عليها من آثار، والنص على الالتزام بالإعلام والاستعلام الذي هو من الالتزامات الأساسية في التنظيم الحديث للعقود، لاسيما العقود المبرمة بين طرف محترف وآخر مستهلك قليل الخبرة والتجربة، وكذلك عدم النص على أحكام الوسائل الحديثة في إبرام العقود وإثباتها وتنفيذها.

إن تقنيننا معدا للعمل به في القرن الواحد والعشرين يتجاهل أو يغفل تنظيم هذه المسائل وغيرها مما هو ضروري للمعاملات المدنية والتجارية الحديثة، يعتبر قد تجاوزه الوقت وحكم على نفسه بالجمود وعدم القابلية للعمل به.

#### **رابعا: إدراج أحكام جديدة في المشروع أو اقرار تنظيم تفصيلي للبعض الآخر:**

وردت بعض الأحكام في المشروع تعد جديدة بالنظر للتنظيم المعهود للمعاملات المدنية، كما وردت أحكام أخرى أكثر تفصيلا مقارنة بتنظيمها في أغلب القوانين المدنية العربية، ومن ذلك:

1- إقرار أحكام خاصة بالطريق المشترك الخاص، تشابه أحكام الاجزاء المشتركة في الملكية المشتركة من حيث الاستعمال والانتفاع بها والقيود الواردة عليها(المواد من 1167 الى 1171).

2- إستثناء العقارات المسجلة (بمعنى المشهورة)والحقوق العينية الواردة عليها من إكتساب ملكيتها بالتقادم المكسب (المادة 1086).

3- اقرار حقوق على العقارات المملوكة للدولة أشبه بحق الانتفاع الدائم بالنسبة لمن استفاد منها بطريقة رسمية (المواد من 1102 الى 1104).

4- إقرار تنظيم تفصيلي لبعض المسائل، الالتصاق بالعقار(المواد من 1040 الى 1052)، بعض حقوق الارتفاق، كالحائط المشترك والحق في الطريق وحق المرور وحق الشرب وحق المجرى وحق المسيل (المواد 1161 الى 1190)، وكذا الحجر على المدين (المواد 336 إلى 344)، والهبه (المواد 533 إلى 548)، وأيضا إدراج أهم القواعد الكلية المعروفة في الفقه الاسلامي في الفصل الاول من الباب التمهيدي ضمن المواد من 1 الى 85، وأيضا ذكر أنواع الحقوق وطريقة إستعمالها والتعسف فيها ضمن الباب التمهيدي(المواد 136 الى 144).

## خامسا: صعوبات تفعيل أحكام المشروع:

تعرض تطبيق احكام القانون المدني العربي الموحد ، صعوبات قانونية وتقنية ومنهجية ، بالنظر لتنوع مصادر أحكامه وطريقة صياغته ومدى توافق التنسيق بين أحكامه.

1- أول هذه الصعوبات هي التوفيق بين القواعد الكلية الواردة في مقدمة المشروع (المواد من 1 إلى 85)، والأحكام الأخرى المدرجة فيه، فمن المعروف أن تلك القواعد هي مبادئ عامة ورؤوس أقلام للمواضيع الأساسية الواردة فيه، وقد اختلف فقهاء الشريعة الاسلامية في شرحها و تحديد مجال تطبيقها وشروط إعمالها وضبط الاستثناءات الواردة عليها. إذا كان الامر كذلك، فكيف يتم التوفيق بين تلك القواعد والقواعد الوضعية الكثيرة الواردة في المشروع المتعلقة بذات المسائل ايضا.

2- من ناحية أخرى جاءت صياغة المشروع عامة، بألفاظ تحتمل التأويل ومن المتعذر توحيد تفسيرها وطريقة تطبيقها، أمام عدم وجود هيئة قضائية نظامية عربية تتكفل بالتفسير الموحد للقانون، فسوف تكون نصوصه محل تأويل مختلف من الجهات القضائية العربية ، في فهمها وتفسيرها وتطبيقها.

وفي نفس السياق أيضا، من المتعذر تطبيق كثير من أحكام المشروع بشكلها الحالي، لما يتطلبه تفعيلها من أحكام تنظيمية وتقنية في شكل قوانين خاصة، مثلا نقل الملكية، شهر الحقوق، طرق الاثبات ووسائله، تسيير الحقوق المشتركة، سلطات وصلاحيات الولي والوصي والقيم وناظر الوقف.

3- مما يؤكد صعوبة تطبيق هذا القانون، أنه لا يمثل إجماعا عربيا وتوافقا تاما عليه بين الدول العربية، توجد وجهات نظر مختلفة بشأن بعض المسائل. يكفي دليلا على ذلك:

- تحفظ ممثل السعودية، الذي هو رئيس لجنة مراجعة الصيغة النهائية لمشروع القانون على أحكام التأمين الواردة فيه، من منطلق إختلاف فقهاء الشريعة الاسلامية بشأنه بين الجواز والمنع<sup>23</sup>.

<sup>23</sup>- تراجع المذكرة المقدمة منه الواردة في مقدمة المشروع، وفيه أوضح حجج المجيزين والممانعين وموقف هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية القاضي بمنع التأمين التجاري لمخالفته أحكام الشريعة، وبناء على ذلك أبدى تحفظه على ما ورد في المشروع بشأنه.

- تحفظ ممثل لبنان، ضمن نفس اللجنة أيضا على كثير من أحكام المشروع، التي رآها غير ملائمة أو ناقصة أو متعارضة أو أن المشروع يخلو من تنظيمها<sup>24</sup>.

4- وهناك سبب فني عام، يعترض التطبيق والفهم الصحيح لمشروع القانون، ناتج عن مزجه بين أحكام المعاملات في الشريعة الإسلامية وأحكامها في القانون الوضعي، ضمن تقنين واحد، أن فهم هذا التقنين المزدوج، يتطلب بالضرورة تكويننا عاليا في الاختصاصين معا، وهو ما يقتضي إدراج دراسة أحكام المعاملات المدنية في الشريعة الإسلامية ضمن برامج كليات الحقوق، وإدراج تدريس القانون الوضعي في برامج كليات الشريعة وأصول الدين في الدول ذات التوجه التعليمي الإسلامي.

ولكن مهما كانت الصعوبات والمآخذ، على مشروع هذا القانون، فهذا لا يقلل من قيمته العلمية والقانونية، كوثيقة مرجعية، توحد ولا تفرق، بل إن النقد البناء والتحليل الدقيق والمراجعة لمضمونه كفيل بإصلاح ما يحتاج منه الى التعديل والتميم.

يكفي مشروع هذا القانون، على غرار مشاريع قوانين أخرى، التجاري، الأسرة، الجزائي. أنها حققت مكسبا هاما وأملا مشروعا للتوحيد الموضوعي للقوانين الأساسية في الدول العربية، مما يشكل تقاربا بين أنظمتها القانونية، بالفعل إن هذه التجربة بالنظر لمصادر القوانين العربية المختلفة حققت تعايشا بين تلك الأنظمة، وهو مطلب راود كثير من الفقهاء والمفكرين، وهذا ناتج عن التكوين والثقافة المزدوجة لأعضاء اللجنة المكلفة بإعداد المشروع وصياغته. ولم يبق إلا الإرادة السياسية للمسؤولين في الدول العربية لمتابعة الانجاز وإخراج المشروع في شكل تقنين موحد جامع للقواعد الأساسية للمعاملات المدنية.

<sup>24</sup>- هو الفقيه اللبناني مصطفى العوجي، رئيس الغرفة المدنية بمحكمة التمييز اللبنانية، وملاحظاته على مشروع القانون واردة أيضا في مقدمة المشروع.

# دور اتفاقات الشراكة الأورومتوسطية في تحقيق الاندماج القانوني بين التشريعات الاقتصادية لدول المنطقة: تشريعات المنافسة أنموذجا

بن حملة سامي، أستاذ محاضر "أ"  
كلية الحقوق - جامعة الإخوة منتوري قسنطينة

---

## ملخص

لعبت اتفاقات الشراكة الأورومتوسطية دورا مهماً في تحقيق الاندماج القانوني بين التشريعات الاقتصادية لدول المنطقة، بالرغم من تباين واقعها الاقتصادي وأنظمتها القانونية. وهذا ما تجلّى بوضوح في تشريعات المنافسة التي تبنتها الدول العربية والجزائر بما يعكس توجهاتها الاقتصادية الحديثة وتكريسها للحريات الاقتصادية على غرار حرية المنافسة وحرية الأسعار وكذلك حرية التركيز الاقتصادي مُسيرة منها لحركة التشريعات الحديثة في هذا المجال، بما يساهم على تحقيق الاندماج الاقتصادي ضمن منطقة حوض المتوسط، وهذا في ظل عولمة الأسواق والظواهر الاقتصادية التي تتصدى لها تشريعات المنافسة، و التي أدت إلى تدويل قواعد تشريع المنافسة وتحقيق تجانسها. بالرغم من ذلك، تبقى هذه الأخيرة تشريعات استباقية لا تعكس واقعها الاقتصادي.

## الكلمات الدالة:

الشراكة الأورومتوسطية- الاندماج القانوني- الأنظمة القانونية- تشريعات المنافسة.

## مقدمة

لقد عرفت منطقة حوض المتوسط محاولات لإنشاء كتكتل اقتصادي منذ سنة 1995 في إطار مسار برشلونة بهدف خلق شراكة اقتصادية بين الاتحاد الأوروبي من جهة وبين الدول العربية المطلة على المتوسط من جهة أخرى. هذا المسار عرف إصلاحا سنة 2006 في إطار الاتحاد من أجل المتوسط. وهذا إلى جانب اتفاقات الشراكة الثنائية على غرار اتفاق الشراكة بين الجزائر والاتحاد الأوروبي سنة 2005. حيث شكلت هذه الأطر مقاربات جهوية تهدف إلى تحقيق الانسجام التشريعي في المجال الاقتصادي بين دول المنطقة بما يساهم على تحقيق أهداف الشراكة الاقتصادية. وهذا ما تجلّى بوضوح في تشريعات المنافسة التي تبنتها الدول العربية بداية تسعينات القرن الماضي على غرار: الأردن، سوريا، مصر، تونس، المغرب والجزائر.

غير أن تحقيق الانسجام والتجانس بين تشريعات المنافسة اصطدم بالواقع الاقتصادي المغاير لما هو سائد في الدول الغربية الأوروبية التي حققت هذا الانسجام التشريعي في إطار الاتفاقيات المؤسسة للاتحاد الأوروبي<sup>1</sup>. بالرغم من تباين أنظمتها القانونية ومقوماتها الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

حيث حققت دول الاتحاد الأوروبي هدفها المنشود، وهذا ما تجسد على المستوى الأوروبي عندما أقرت تشريعات أوروبية تخضع لها الدول الأعضاء والتي تميزت بالطابع التوجيهي، أو على المستوى الداخلي من خلال مطابقة وتوحيد الدول الأوروبية لتشريعاتها الوطنية للتشريع الأوروبي بغية تحقيق الأمن القانوني في مختلف مجالات الحياة الاقتصادية. وهذا ما أدى إلى اعتماد أنظمة قانونية متجانسة ومتوازية في نفس الوقت، تشريعات أوروبية موحدة يتم تطبيقها على المستوى الأوروبي وتشريعات وطنية متجانسة تطبق على إقليم كل دولة.

<sup>1</sup> - وهذا ما نصت عليه المادتين 85 و86 من اتفاقية روما لسنة 1957 المؤسسة للسوق الأوروبية المشتركة *traité de Rome sur la CEE* المادتين 81 و82 من اتفاقية المجموعة الأوروبية *traité sur la CE* ، ثم المادتين 101 و102 من اتفاقية ليزبون *traité de Lisbonne* التي دخلت حيز التنفيذ سنة 2009 المتعلقة باتفاقية عمل الاتحاد الأوروبي *traité sur le fonctionnement de l'union européenne (TFUE)*.

Voir ; Catherine grynfoegel et Jérémie Mathan, *l'essentiel du droit de la concurrence*, éd gualino, paris, 2010, p,16.



هذا النجاح الذي عرفته الدول الأوروبية سمح بنقل تجربة توحيد تشريعاتها الوطنية على مستوى حوض المتوسط بما يساعد على خلق مناخ للتعاون والتبادل في المجال الاقتصادي مع الدول العربية، بالرغم من عوامل التباين التي تظهر أساسا في تبنى المجتمعات العربية لمقومات النظام القانوني الإسلامي من جهة. و من جهة أخرى تباين مستويات تقدمها وازدهار مجتمعاتها باعتبار أنها دول أقل تقدما من الجانب الأوروبي تسعى إلى تحقيق التنمية الاقتصادية و تحقيق الاستقرار السياسي والاجتماعي.

في ضوء هذه المعطيات يطرح التساؤل عن مدى إمكانية تحقيق الاندماج القانوني بين التشريعات المؤطرة للحياة الاقتصادية لدول المنطقة لاسيما بالنسبة لتشريعات المنافسة التي تركز الحريات الاقتصادية على غرار حرية المنافسة وحرية الأسعار وكذلك حرية التركيز الاقتصادي فضلا عن تحرير المرافق العمومية، وهذا في ظل تباين بيئتها وأنظمتها القانونية؟ وكذلك الدور الذي تلعبه اتفاقات الشراكة الأورومتوسطية في تحقيق هذا التجانس بما يؤدي إلى تحقيق الاندماج الاقتصادي المنشود على مستوى حوض المتوسط؟

وهل سينعكس هذا الاندماج القانوني بالإيجاب على الحياة الاقتصادية للدول العربية ومنها الجزائر أم أنه غطاء يعكس تبعيتها للأنظمة القانونية الغربية؟ للوقوف على هذه التساؤلات، سوف نتطرق إلى بيان:

- دور اتفاقات الشراكة الاقتصادية في تحقيق الاندماج القانوني
- عوامل ومظاهر التعايش والتكامل التشريعي في مجال المنافسة
- نتائج تحقيق الاندماج القانوني في مجال المنافسة وانعكاساتها على الحياة الاقتصادية لدى الدول العربية و الجزائر.

#### **أولا- دور اتفاقات الشراكة الاقتصادية في تحقيق الاندماج القانوني:**

عرفت منطقة البحر المتوسط محاولات لتحقيق شراكة اقتصادية بين الاتحاد الأوروبي ودول جنوب ضفة المتوسط، منها ما تجسد في إطار مسار برشلونة التي كرسست الشراكة الأورومتوسطية، ومنها ما تم في إطار اتفاقيات ثنائية بين الاتحاد الأوروبي من جهة والدول العربية من جهة أخرى. بحيث شكلت هذه الاتفاقيات إطارا لتوحيد وتحقيق الانسجام التشريعي بين تشريعات الدول المتوسطية.

## 1- اتفاق الشراكة الأورومتوسطية:

جاء مؤتمر برشلونة في نوفمبر 1995 الذي وضع اللبنة الأولى لهذا التكتل بين 25 دولة أوروبية المشكلة للاتحاد الأوروبي و10 دول جنوب حوض المتوسط، إضافة إلى تركيا وإسرائيل وباستثناء ليبيا كعضو ملاحظ وموريتانيا كعضو مرشح للانضمام. وفي هذا الإطار اعتبر مسار برشلونة أول ملتقى متوسطي بين دول الاتحاد الأوروبي والدول العربية بما فيها تركيا وإسرائيل خارج إطار هيئة الأمم المتحدة بعد اتفاقية أسلو 1994<sup>2</sup>.

حيث حاولت الدول الأوروبية من خلاله نقل تجربتها إلى دول جنوب حوض المتوسط من أجل خلق دائرة من الدول الصديقة حول الاتحاد الأوروبي تؤمن مستقبلها الاقتصادي *cercle d'amis* لاسيما وأن هذه الدول تمثل أسواقا تجارية غير مستغلة لأجل تصريف المنتجات الأوروبية وتفاذي منافسة التكتلات العالمية كالولايات المتحدة الأمريكية والصين وغيرها من التكتلات الاقتصادية الجهوية.

حيث سعى اتفاق الشراكة الذي جاء به مسار برشلونة إلى خلق منطقة تبادل حر *zone de libre change* في حوض المتوسط في آفاق 2017 من أجل تشجيع التبادل الاقتصادي بين الدول المتوسطية وتسهيل المبادلات التجارية ورفع الحواجز الجمركية، وهذا لا يتأتى إلا بتحقيق التجانس التشريعي بين التشريعات الاقتصادية لدول المنطقة خصوصا العربية منها. وفي هذا الإطار تبنت الدول العربية سياسات الانفتاح الاقتصادي وتكريس للحريات الاقتصادية في إطار تشريعات المنافسة مسيطرة منها للتحويلات الاقتصادية التي عرفها الاقتصاد العالمي لاسيما في إطار الانضمام لمنظمة التجارة العالمية ومواجهة التكتلات الاقتصادية الجهوية.

وقد حذت الجزائر حذو الدول العربية من خلال تبني نفس النهج مع نهاية ثمانينات القرن الماضي متأثرة بالوضع الاقتصادي الذي عرفته اقتصاديات المنطقة، وهذا من أجل مواكبة هذه التحويلات على اعتبار أن الجزائر كانت من بين الدول المتوسطية التي عرفت تأخرا في إبرام اتفاقات الشراكة الاقتصادية.

<sup>2</sup> - تضم الشراكة الأورومتوسطية اليوم 43 عضواً: 27 من الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي و16 دولة في الشراكة هي (ألبانيا، الجزائر، البوسنة والهرسك، كرواتيا، مصر، إسرائيل، الأردن، لبنان، ليبيا، موريتانيا، موناكو، الجبل الأسود، المغرب، سوريا وتونس، فضلاً عن السلطة الوطنية الفلسطينية

هذا، و قد وضع اتفاق برشلونة عدة آليات تسهر على تجسيد الشراكة الأوروبية المتوسطية وتحقيق أهدافها، وهذا ما يظهر أساسا في: إبرام اتفاقات الشراكة الثنائية، إلى جانب دور البنك الأوروبي للاستثمار واللجنة الأوروبية التي تهتم أساسا بالشؤون المتوسطية. بالإضافة إلى وضع برامج للدعم المالي تركز عليها هذه الشراكة تمثلت في: البرنامج الأوروبي للشراكة والجوار PROGRAMME MEDA إضافة إلى إنشاء هيئتين من أجل تعميق الحوار والتعاون بين الدول المتوسطية وهما:

- الجمعية البرلمانية الأوروبية المتوسطية L'Assemblée parlementaire التي تأسست سنة 2004 تضم 240 برلمانيا، لها صلاحيات استشارية و تقدم توصيات في القضايا المتوسطية لاسيما في مجال توحيد تشريعاتها و تحقيق الانسجام بينها.

- أرضية أنا-لاند la fondation Anna lindh من أجل تعزيز التعاون الثقافي وتبادل الأفكار بين الشعوب المتوسطية و الجمعيات الثقافية و المجتمع المدني .

وقد سعى الاتحاد الأوروبي من خلال سياسته الخارجية التي أقرها سنتي 2003-2004 المتمثلة في السياسة الأوروبية للجوار la politique européenne de voisinage إلى تجسيد شراكة أوروبية المتوسطية بين الاتحاد الأوروبي والدول المتوسطية تشمل الجوانب السياسية والثقافية، فضلا عن التعاون الاقتصادي الذي يعد العمود الفقري لهذه الشراكة<sup>3</sup>.

وعليه، فقد شكل مسار برشلونة فرصة بين الدول المتوسطية لتحقيق التجانس التشريعي في مجال المنافسة وتحقيق الأمن القانوني في منطقة المتوسط، فضلا عن باقي المجالات الاقتصادية المتعلقة بحماية حقوق الملكية الفكرية وتشجيع الاستثمار إلى جانب تشجيع المبادلات التجارية بالرغم من أن هذه الأخيرة تخدم بالدرجة الأولى المصالح الاقتصادية للدول الأوروبية خلافا للدول العربية التي تسعى للاستفادة من مكاسب هذا التكتل الاقتصادي والاستفادة من تجربة الاتحاد الأوروبي من أجل تحقيق الانسجام لتشريعاتها في مجال المنافسة فضلا عن باقي المجالات الاقتصادية الأخرى، وهذا ما أكدت عليه اتفاقات الشراكة الثنائية التي أبرمتها الدول العربية مع الاتحاد الأوروبي.

<sup>3</sup> - بن حملة سامي: اتفاق الشراكة الأوروبية المتوسطية، عامل للتعاون الاقتصادي والجوار بين الدول المتوسطية - الملتقى الدولي: الجزائر و الأمن في المتوسط: واقع وآفاق: 29 - 30 أبريل 2008 قسم العلوم السياسية: كلية الحقوق، جامعة منتوري قسنطينة.

## 2- اتفاقيات الشراكة الثنائية مع الاتحاد الأوروبي :

إلى جانب اتفاق الشراكة الأورومتوسطية أبرمت أغلب الدول العربية اتفاقات شراكة ثنائية مع الاتحاد الأوروبي بالرغم من أن محتوياتها منبثقة عن اتفاق الشراكة الأورومتوسطية ومنها اتفاق الشراكة الجزائري الأوروبي.

### أ- اتفاقيات الشراكة الثنائية بين الدول العربية و الاتحاد الأوروبي

بعد محاولات التقارب التي عرفتها منطقة حوض المتوسط بين دول الاتحاد الأوروبي وبعض الدول المتوسطية كالمغرب وتونس والجزائر، تم إبرام اتفاقيات شراكة تجارية لمدة خمس سنوات مع المغرب وتونس والجزائر في جويلية سنة 1969، كما تم إبرام اتفاقات تعاون بين الاتحاد الأوروبي ودول المغرب العربي سنة 1976 والتي دخلت حيز التنفيذ سنة 1978، إلا أن هذه الاتفاقات افتقدت لبعدها الحركي وضعف تأثيرها على مسار التنمية لدى الدول المغربية. كما تم إبرام 09 اتفاقات شراكة في انتظار إبرام اتفاق الشراكة مع سوريا ودخول اتفاق لبنان حيز التنفيذ.

وقد توجت هذه الجهود بإنشاء منطقة تبادل حر مع كل من المغرب وتونس والأردن ومصر سنة 2006 في إطار اتفاق أغادير الذي أبرم في فيفري 2004 إضافة إلى مخططات العمل plan d'action التي وضعت منذ 2003. حيث تهدف هذه الاتفاقيات على الصعيد الاقتصادي إلى تطوير و تعزيز التبادل التجاري بين الدول المتوسطية و دول الاتحاد الأوروبي عن طريق الرفع من مستوى المبادلات التجارية لاسيما عند إلغاء الحواجز الجمركية .

أما على الصعيد التشريعي، فقد حاولت اتفاقات الشراكة الثنائية تكييف النصوص التشريعية وتوحيدها في مجال المنافسة وانتقال رؤوس الأموال حتى يتسنى لها تحقيق أهداف الشراكة الاقتصادية وتحقيق التنسيق بين أطراف الاتفاق لاسيما بين هيئاتها الإدارية التي تسهر على حماية المنافسة إلى جانب هيئاتها القضائية وتحديد القانون الواجب التطبيق في القضايا التي تتعلق بمجال المنافسة و التي تختص بها الهيئات الإدارية أو القضائية لأحد أطراف الاتفاق بالرغم من أن اتفاقات الشراكة الثنائية تُنشئ هيئات مشتركة للفصل في تنازع الاختصاص بين أطراف الاتفاق وبيان القانون الواجب التطبيق في ذلك.

## ب- اتفاق الشراكة الجزائري مع الاتحاد الأوروبي

عرفت الجزائر تأخرا في إبرام اتفاقية الشراكة مع المجموعة الأوروبية بالمقارنة مع نظيراتها المغرب وتونس من أجل تطوير علاقات التعاون مع بلدان المجموعة الأوروبية وإنشاء "منطقة ازدهار مشتركة" على المدى الطويل بالرغم من أن محتوى هذا الاتفاق مستمد من اتفاق الشراكة الأورومتوسطية .

هذه الاتفاقية تم الإمضاء عليها في فالنسيا بإسبانيا بتاريخ 22 أبريل 2002 وقد دخلت حيز التنفيذ في 01 سبتمبر 2005<sup>4</sup>، فهي لا تتحصر في إنشاء منطقة التبادل الحر فحسب بل تشمل كذلك الجوانب الاقتصادية (فرع تجاري، تعاون اقتصادي ومالي، تدفقات استثمارية) وجوانب سياسية واجتماعية وثقافية ضرورية لتنمية مستدامة بغية إنشاء منطقة تبادل حر بين الجزائر والاتحاد الأوروبي في آفاق 2017.

وقد ارتكزت هذه الاتفاقيات الثنائية على عدة مبادئ تتمثل في: احترام التشاور السياسي، احترام حقوق الإنسان والديمقراطية، حرية التبادل التجاري وفقا لقواعد منظمة التجارة العالمية، تحقيق التجانس التشريعي في مجال الملكية الفكرية، الخدمات، الخدمات العمومية، قواعد المنافسة، إعانات الدولة والاحتكارات، فضلا عن مسائل الشراكة الاقتصادية في مختلف القطاعات.

وقد شمل اتفاق الشراكة الأورومتوسطي بين الاتحاد الأوروبي والجزائر عدة جوانب، منها ما تضمنه الفصل التاسع المتعلق بالمنافسة والتشريعات الاقتصادية والتشريعات المتعلقة بالمنافسة، حيث نصت المادة 44 من الاتفاق على حماية حقوق الملكية الفكرية والصناعية والتجارية وفقا لما تقتضيه الاتفاقيات الدولية وحمايتها من المنافسة غير المشروعة، إلى جانب ما نص عليه الاتفاق حول حرية المنافسة.

وفي هذا الإطار نصت المادة 42 من اتفاق الشراكة على قيام الدول الأوروبية والجزائر على حد سواء بتحرير القطاعات المحتكرة ذات الطابع التجاري من دون

<sup>4</sup> - مرسوم رئاسي رقم 195-05 مؤرخ في 27 أبريل 2005 يضمن التصديق على الاتفاق الأوروبي المتوسطي لتأسيس شراكة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية من جهة، والمجموعة الأوروبية والدول الأعضاء فيها من جهة أخرى وملاحقه من 1-6 والبروتوكولات من 1-7 والوثيقة المرفقة به، جريدة رسمية عدد 30 الصادرة في 30-04-2005.

التميز في مجال التمويل وتسويق السلع بصفة تدريجية خلال الخمس السنوات التي تلي تنفيذ الاتفاق، في حين تطرقت المادة 43 من اتفاق الشراكة لموضوع المؤسسات العمومية والمؤسسات التي استفادت من حقوق خاصة أو حصرية، بحيث يضمن مجلس الشراكة ابتداء من السنة الخامسة من دخول الاتفاق حيز التنفيذ عدم اتخاذ الطرفين أي إجراء يعرقل التبادلات بين الجزائر و الاتحاد الأوروبي يتعارض ومصالح الطرفين. كما نصت المادة 46 من اتفاق الشراكة على أن تقوم الأطراف بتحرير الصفقات العمومية بصفة تدريجية و متبادلة و اعتباره هدفا مشتركا<sup>5</sup>.

وبهذا تجلّى تأثير اتفاق الشراكة مع الاتحاد الأوروبي على مضمون تشريع المنافسة الجزائري وصياغته الجديدة والتعديلات التي عرفها، على غرار تشريعات المنافسة العربية السابقة إلى إبرام اتفاقات شراكة ثنائية، بحيث تظهر ملامح هذا الاستساح من التشريع الأوروبي للمنافسة وكذلك التشريع الفرنسي في طريقة صياغة قانون المنافسة والمبادئ والأهداف التي تضمنها، فضلا عن المحاور التي تطرق إليها وتنظيمه لمجلس المنافسة مع بيان الأحكام المتعلقة بالتعاون مع الدول الأجنبية في مجال المنافسة.

وفي هذا الإطار تجب الإشارة إلى أن تشريعات المنافسة التي سنّها المشرع الجزائري - سواء تعلق الأمر بتشريع المنافسة الصادر سنة 1995 أو التشريع الصادر سنة 2003 الساري المفعول -، تمّ إصدارها عن طريق أوامر رئاسية، وهذا ما يعكس الطابع السياسي لقانون المنافسة من جهة، وكذلك إرادة السلطات العمومية آنذاك التي سعت لتكريس التوجه الليبرالي للجزائر وسياسة الانفتاح الاقتصادي التي انتهجتها من خلال دستور 1989، و هذا على غرار باقي الدول العربية كالمغرب وتونس التي كانت السبّاقة في تبني نفس التوجه من جهة ثانية.

كما أن إصدار تشريع للمنافسة في هذه الفترة - منتصف التسعينات- كان يمثل استجابة الجزائر لمطالب الاتحاد الأوروبي سواء التي تضمنها اتفاق الشراكة الأورومتوسطي أو اتفاق الشراكة الثنائي المتعلقة بتوحيد التشريعات الاقتصادية لدول جنوب ضفة المتوسط مع التشريعات الأوروبية، وبدرجة أخرى استجابتها للإملاءات التي كانت الجزائر تخضع لها بسبب مديونيتها للدول

<sup>5</sup> - Jean-Pierre VIENNOIS, l'accord euro-méditerranéen CE Algérie et la concurrence, Revue Lamy de la concurrence, Avril/juin, n 07, paris, 2006.p 66.

الأوروبية عن طريق صندوق النقد الدولي آنذاك والتي اعتبرت السبب الأساسي لتوجيه سياستها الاقتصادية نحو اقتصاد السوق والتخلي عن النمط الاشتراكي من أجل مسايرة التحولات الاقتصادية التي تشهدها منطقة المتوسط بالرغم من توافر عوامل اقتصادية وسياسية واجتماعية أخرى، وكذلك دولية دفعت الجزائر إلى تكريس هذا التوجه.

### **ثانيا-عوامل ومظاهر تحقيق التعايش والتكامل التشريعي في مجال المنافسة**

تجلت عدة عوامل ساهمت في تحقيق التكامل التشريعي بين دول المنطقة في مجال المنافسة بالرغم من الدور الأساسي الذي لعبه الاتحاد الأوروبي في هذا الإطار، بالرغم من أن الدول العربية تتوفر على جميع مقومات تحقيق هذا التجانس، إلا أنه لم تظهر أي محاولة في هذا الإطار بالرغم من إبرام اتفاقية التبادل الاقتصادي بين الدول العربية. وهذا ما تجلّى في التشريعات التي سنتها الدول العربية بصفة عامة والجزائر بصفة خاصة.

#### **1- عوامل تحقيق التعايش والتكامل التشريعي بين الاتحاد الأوروبي والدول العربية:**

ساهمت عدة عوامل في تحقيق الاندماج التشريعي في مجال المنافسة بين دول المنطقة، وهذا ما تجلّى بوضوح في إطار اتفاقات الشراكة المبرمة بين دول المنطقة، بالرغم من اختلاف الحياة الاقتصادية في كل دولة لاسيما بين ضفتي المتوسط، حيث تجلت هذه العوامل في: تدويل قواعد قانون المنافسة، التعاون في مجال المنافسة لتحقيق أهداف الشراكة، تأثر الدول العربية بالنظام القانوني الأوروبي (الجرماني- اللاتيني).

#### **أ- تدويل قواعد قانون المنافسة:**

بعد الحرب العالمية الثانية عرفت تشريعات المنافسة تطورا سريعا وانتشارا واسعا عبر العالم وهذا بفضل التشريع الأمريكي أين وضعت الولايات المتحدة الأمريكية سنة 1890 قانون شارمن Sherman acte لمنع الاتحادات غير المشروعة والاحتكارات، ثم قانون كلايتون Clayton acte سنة 1914 الذي وضع أول نصوص خاصة بالرقابة على التركيز الاقتصادي<sup>6</sup>. حيث اعتُبر قانون شارمن أول

<sup>6</sup>- Christian BOLZE," *Encyclopédie Juridique*", Société, Fasc , Concentration, éd, Dalloz, Paris,1996, p. 2.

قانون لمنع الاحتكار في الولايات المتحدة الأمريكية وأول نص وضع للبنات الأولى للرقابة على التركيز عن طريق حظره للاتفاقات المنافية للمنافسة وكذلك الاحتكار.

وقد تأثرت أوروبا بحركة التركيز الاقتصادي التي عرفتها أمريكا الشمالية بسبب تبنيها النهج الليبرالي، لاسيما بعد الحرب العالمية الثانية، حيث ظهر الاحتكار في أوروبا وخصوصا في ألمانيا التي سنت قانونا ضد التكتلات والاحتكار يهدف إلى كسر التكتلات الألمانية. حيث تختص سلطة المنافسة الألمانية Bundeskartellant بممارسة الرقابة على التركيز بصفة حصرية على اعتبار أن القانون الألماني يمنع الهيمنة الأفقية وكل تصرف يعرقل المنافسة، ويعمل على حماية المشروعات الصغيرة والمتوسطة، لذا يرتكز هذا النظام على منع التركيز الذي يؤدي إلى إنشاء أو تعزيز وضعيات الهيمنة في السوق<sup>7</sup>.

أما في بريطانيا، فقد تم وضع نظام للرقابة على التركيز والاحتكار بموجب قانون Monopoles and Mergers Acte 1965، وهذا من أجل الوقوف في وجه العدد المتنامي والكبير للتركيز الاقتصادي، والذي شكل بالنسبة للحكومة وضعيات معادية عند اتخاذ القرار الاقتصادي *pouvoir économique un contre* أما في فرنسا وبالرغم من سن نصوص تشريعية تتعلق بالمنافسة<sup>8</sup>، لم يضع المشرع الفرنسي نظاما للرقابة على التركيز مثل ألمانيا وبريطانيا، لأن السياسة الاقتصادية التي انتهجتها فرنسا بعد الحرب العالمية الثانية كانت تهدف إلى دفع عجلة الاقتصاد والسماح بخلق أقطاب اقتصادية تمكنها من مواجهة المنافسة الدولية، بالرغم من صدور قانون روي *loi Reyer* في 27 ديسمبر 1973 لتنظيم الأسعار ومنع الشروط التمييزية بسبب الآثار الضارة للتركيز.

<sup>7</sup> - Jacques POYER , "La Loi Allemande Sur Les Restrictions de Concurrences entre Changement et Continuités", Revue de la Concurrence et de la Consommation ,n° 113, Jan – Fév, 2000,éd , Documentation Françaises , Paris, pp.37 et suivant.

<sup>8</sup> - في الثلاثينات عرفت فرنسا نظاما صارما لتحديد الأسعار وضبط السوق وهذا لسيطرة حكومة vichy آنذاك، ولكن مع تغير الوضع الاقتصادي تطلب الأمر وضع إطار لتنظيم الأسعار ومعاينة الأسواق الموازية وهذا ما ظهر في:  
- الأمر 45-1483 الصادر في 30 جوان 1945 الذي ينظم النشاطات الاقتصادية.  
- الأمر 45-1484 الصادر في 30 جوان 1945 المتعلق بمتابعة المخالفات والردع.

بهدف عرقلة تطور التجمعات الكبرى وعدم عرقلتها، وظل الوضع طيلة 40 سنة ثم صدر المرسوم 53-704 في 09 أوت 1953 المتعلق بالأسعار لمنع اتفاقات الاتحاد الصريحة والخفية ومنع التحالفات التي تمس بالمنافسة والأسعار: أنظر

- Voir, Ch Bolze , JCP, Concentration ,op.cit, p. 02.



وقد ظل الوضع على ذلك حتى سنة 1977 ، تاريخ صدور قانون 17 جويلية 1977 الذي اعتبر أول قانون مؤسس للرقابة على التركيز في فرنسا<sup>9</sup> بالرغم من أنه جاء متأخرا<sup>10</sup> ، فقد قرّرت السلطات الفرنسية بعدها وضع نظام للرقابة على التركيز الاقتصادي بغرض الوقوف في وجه المبادرة الأوروبية ومحاولة عرقلتها والاعتراض عليها من خلال إصدار قانون 19 جويلية 1977 الذي جاء بنظام الرقابة على التركيز، حيث لم يأخذ المشرع الفرنسي بالنموذج الألماني والأمريكي حول نظام الرقابة ولا بالمبادرة الأوروبية بحجة أن الأسواق الفرنسية تختلف عن الأسواق الألمانية والأمريكية وكذلك الأوروبية. غير أن البعض اعتبر بأن الدافع الحقيقي من وراء ما ذهب إليه المشرع الفرنسي هو تشجيع المؤسسات الوطنية الفرنسية للدخول إلى الساحة الدولية.

هذه المبررات دفعت المشرع الفرنسي إلى اختيار النموذج الانجليزي في الرقابة على التركيز الذي لا يعتمد على الرقابة المسبقة ، مع إسناد مهمة الرقابة لهيئة تكون تابعة للسلطة السياسية حتى تتمكن من توجيهه وتطبيق سياساتها الاقتصادية. مع الإشارة إلى أن النصوص السابقة التي يركز عليها تشريع المنافسة في فرنسا منذ سنة 1945 لم تنص على إلزامية الإخطار اتجاه الإدارة المكلفة بالمنافسة<sup>11</sup>.

هذا التطور أدى إلى تدويل قواعد قانون المنافسة وتجانس قواعده لدى أغلب تشريعات دول العالم لاسيما بين دول شمال القارة الأمريكية وكذلك دول أوروبا فضلا عن باقي الدول التي انتهجت نمط اقتصاد السوق بالنظر لانتشار الظواهر الاقتصادية التي تصدى لها قانون المنافسة خصوصا بعد الانتشار السريع للممارسات المنافية والمقيدة للمنافسة فضلا عن ظاهرة التركيز الاقتصادي التي عرفتتها اقتصاديات معظم الدول الأوروبية. لذلك أدت هذه الحركة إلى عولمة الاقتصاد، بحيث أصبح التركيز حتمية على الشركات التي ترغب في التوسع وتطوير مشروعاتها الاقتصادية<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> - Yves SERRA , " Le Droit Français de la Concurrence ", Dalloz, Paris, 1993, p.99.

<sup>10</sup>- Jean- Philippe COLSON et Pascale IDOUX, "Droit Public Economique". 4<sup>e</sup> éd. Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, 2008, Paris, p537.

<sup>11</sup>- D Ferrier et D Ferre, " Droit Du Contrôle Nationale Des Concentrations", éd, Dalloz, Paris, 2005.,p. 12et 13.

<sup>12</sup>- Dominique LEGAIS, "Droit Commercial et Affaires", 16 éd, Dalloz, Paris, 2005, p.310.

وعليه، فقد أدت ظاهرة عولة الممارسات المنافسة للمنافسة وكذلك عمليات التركيز الاقتصادي إلى تدويل قانون المنافسة internationalisation du droit de la concurrence إلى جانب تحرك الدول في إطار مماثل و متجانس من أجل وضع إطار قانوني مناسب لتنظيم المنافسة في الأسواق العالمية دون الحاجة لتدخل الدول في إعادة صياغة العلاقات الاقتصادية الدولية من أجل ضبط نشاطات الخواص وإنشاء نظام منافستي عالمي un ordre concurrentiel mondial، فهذا البناء التشريعي هدفه الدفاع عن المصالح المشتركة و بعض القيم غير السوقية<sup>13</sup>.

ففي خضم هذه التحولات التي عرفتها الساحة الاقتصادية العالمية، سعت الدول العربية إلى تبني نمط اقتصاد السوق وقواعد المنافسة الحرة، وهذا لا يتأتى إلا بمسايرة الحركة التشريعية العالمية لقواعد قانون المنافسة، خاصة وأن غالبية الدول العربية انضمت إلى منظمة التجارة العالمية على غرار المغرب التي انضمت إليها في أول جانفي 1995 وتونس في 29 مارس 1995 ومصر التي انضمت إلى المنظمة في 30 جوان 1995 والأردن في 11 أفريل 2000 في انتظار انضمام الجزائر التي قدمت طلب الانضمام في 3 جوان 1987 وهي في مرحلة المفاوضات.

#### **ب- تحقيق أهداف الشراكة الاقتصادية :**

شكل توحيد تشريعات المنافسة بين الدول المتوسطة أحد أهم التحديات التي واجهت تحقيق أهداف الشراكة الاقتصادية خصوصا بالنسبة للاتحاد الأوروبي الذي جسّد فكرة الشراكة سواء في إطار مسار برشلونة أو في إطار الاتفاقيات الثنائية، على اعتبار أن تحقيق الانسجام التشريعي في هذا الإطار سيساهم في تحقيق الأمن القانوني في المنطقة خصوصا فيما يتعلق بأسواق الدول العربية بما يخدم المؤسسات والشركات الأوروبية التي تتمتع بوضعيات اقتصادية مفضلة وقدرات تنافسية وخبرات في اقتحام أسواق المنتجات والخدمات في دول جنوب ضفة المتوسط، خلافا للمؤسسات الاقتصادية العربية التي تفتقد لمثل هذه المؤهلات المتعلقة بولوج الأسواق الأوروبية.

---

<sup>13</sup>- MONDIALISATION ET DROIT DE LA CONCURRENCE ,ouvrage collectif, , actes d'un colloque tenu à l'Université de Bourgogne en juin 2007.<http://credimi.u-bourgogne.fr/>

وفضلا عن ذلك، فقد تسببت عوامة الأسواق لاسيما في أوروبا، إلى تخطّي التركيز حدود الدول concentrations transnationales، وهذا ما أدى إلى طرح إشكالية وضع رقابة عالمية في ظل وجود منظمة التجارة العالمية OMC<sup>14</sup>، أين أصبحت الشركات العالمية تطالب بضرورة إيجاد تعاون وتنسيق بين سلطات المنافسة، مع ضرورة ضبط العلاقة بين العوامة والرقابة على التركيز التي تستلزم توحيد المفاهيم القانونية ووضع تنسيق وتعاون فعال بين سلطات الرقابة لاسيما في مجال التحقيق وتنفيذ القرارات<sup>14</sup>.

لذلك تضمنت اتفاقات الشراكة عدة محاور تتعلق بالتنسيق وتبادل المعلومات لاسيما في مجال التحقيق بين سلطات المنافسة الأوروبية ونظيراتها العربية بما يضمن تطبيق التشريع الأوروبي للمنافسة ضمن حوض المتوسط لاسيما عندما يتعلق الأمر بالممارسات المنافية للمنافسة أو الممارسات المقيدة لها والتي قد تشكل ماسا بالمبادلات التجارية بين الجانبين، فضلا عن الضمانات المنتزعة في مجال الملكية الفكرية والاستثمارات الأجنبية، وبالتالي حماية المصالح الاقتصادية الأوروبية في المنطقة التي تعتبرها الاتحاد الأوروبي امتدادا طبيعيا لها بحكم التقارب بين القارتين واشتراكهما في حوض المتوسط في انتظار تجسيد منطقة التبادل الحر ضمن حوض المتوسط.

وعليه، فإن تحقيق التعاون والتنسيق بين دول المنطقة في المجال الاقتصادي لا يتأتى إلا بتوحيد تشريعات المنافسة في ظل حركة الانفتاح الاقتصادي التي عرفتها المنطقة لاسيما بالنسبة للدول العربية التي تسعى لتأهيل اقتصادياتها والرفع من القدرات التنافسية للتجمعات والشركات التجارية من أجل تمكينها من مواجهة منافسة الشركات الأوروبية.

### **ت-التأثر بالنظام القانوني الأوروبي في مجال تنظيم المنافسة**

لقد تأثرت معظم الدول العربية بالتشريع الأوروبي للمنافسة الذي اعتبر من التشريعات العالمية الحديثة والرائدة في تنظيم المنافسة إلى جانب باقي تشريعات الدول الأوروبية لاسيما التشريع الفرنسي المنبثق من النظام القانوني اللاتيني

---

<sup>14</sup> -Laurence BOY, "Mondialisation et Contrôle des Opérations de la Concentration", Colloque 2007, Mondialisation et Droit de la Concurrence, éd, Litec, Bourgogne, 2008, p.409 et suivant.

الجرماني، الذي اعتمده الدول العربية كمصدر لتشريعاتها الوطنية على غرار تشريع المنافسة الجزائري مما ساعد على تحقيق الاندماج القانوني بين تشريعات المنافسة ضمن حوض المتوسط.

هذا التأثير يرجع لعدة اعتبارات، أهمها: العوامل التاريخية التي ترجع للحملات الاستعمارية التي كرسست تبعية الدول العربية للدول الأوروبية و التي أبقت تبعية الدول العربية للدول الأوروبية في المجال التشريعي على اعتبار أنها ورثت النظام القانوني اللاتيني الجرمني الأوروبي الذي أصبح يمثل مصدرا تاريخيا للتشريعات العربية طالما أنه كان يطبق في الفترات الاستعمارية باستثناء مجال الأحوال الشخصية الذي خضع للنظام القانوني الإسلامي.

وإلى جانب ذلك، فإن اعتماد معظم الدول العربية النظام القانوني اللاتيني الجرمني قد تبرره المسائل المتعلقة بالطابع الفني الذي تتميز به التشريعات الأوروبية، والتي تركز على تقنين الأحكام القانونية خلافا للنظام القانوني الإسلامي الذي تخلت عن اعتماده كمصدر مادي معظم الدول العربية بسبب توجهاتها السياسية من جهة، ومن جهة أخرى بسبب عدم الاهتمام بالاجتهاد واستتباط الأحكام القانونية من مصادر الشريعة الإسلامية، بالرغم من أن هذه الأخيرة تمثل المصدر المادي للتشريع سواء في المجال الاقتصادي أو في مجال المعاملات المالية والأحوال الشخصية التي تبقى تشكل الاستثناء في هذا المجال، بالرغم من محاولات التغيير التي عرفتها مؤخرا تحت ضغط الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الدول العربية والتي دفعتها للأخذ بالأنظمة القانونية الغربية.

هذه الوضعية أفرزت ظاهرة استنساخ التشريعات الأوروبية لاسيما بالنسبة للتشريعات الاقتصادية من قبل الهيئات التشريعية في الدول العربية مما جعلها في بعض الأحيان تشريعات نظرية غير قابلة للتطبيق وعرضة للتعديلات المستمرة بسبب عدم استجابتها للواقع الاقتصادي الذي تعيشه الدول العربية من جهة. ومن جهة أخرى، اعتبرت تشريعات استباقية تخلو من بيان الأسباب والمبررات التي دفعت الهيئات التشريعية في الدول العربية لإصدارها وهذا ما أدى إلى إفراز إشكالات نظرية وأخرى عملية عند تطبيقها لاسيما عند تفسير أحكامها سواء من قبل سلطات المنافسة العربية أو القضاء أو حتى من قبل الفقه الذي يعتمد في تفسيرها

على القانون المقارن الأوروبي والفرنسي، فضلا عن اجتهاد الجهات القضائية الأوروبية وكذلك سلطات المنافسة الأوروبية .

## 2- مظاهر التعايش والتكامل التشريعي بين دول المنطقة :

لقد ساهمت اتفاقات الشراكة الاقتصادية بشكل كبير في تحقيق التكامل و التجانس التشريعي بالنسبة لتنظيم المنافسة في الدول العربية المطلة على البحر المتوسط على غرار الدول الأوروبية. حيث عرفت التجربة الأوروبية الرائدة في وضع تشريع أوروبي موحد للمنافسة على مستوى السوق الأوروبية جسد بصورة واضحة هذا التجانس والتكامل التشريعي بالرغم من اختلاف مقوماتها الاقتصادية.

وقد تأثرت غالبية الدول العربية المطلة على المتوسط بالتشريع الأوروبي للمنافسة الذي شكل المصدر الرئيسي لتشريعات المنافسة العربية. وهذا ما تجلّى بوضوح في سنّ المشرع التونسي لقانون للمنافسة بموجب القانون: 91-64 الصادر في 29 جويلية 1991 المتعلق بالمنافسة والأسعار المعدل والمتمم بالقانون رقم 42 الصادر في 24 أفريل 1995<sup>15</sup>. حيث انتهج المشرع التونسي سياسة الانفتاح الاقتصادي التي تركز أساسا على إعادة الاعتبار لآليات السوق و المنافسة الحرة منذ الإصلاحات التي قام بها سنة 1987 .

ومن أجل تهيئة المناخ لمجالات الشراكة الاقتصادية والانضمام إلى منظمة التجارة العالمية وتبني سياسة الانفتاح الاقتصادي سنّ المشرع المغربي القانون: 99-06 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة الصادر في 5 يونيو 2001 الموافق 2 ربيع الأول 1421 هـ<sup>16</sup>.

كذلك الحال بالنسبة للمشرع الأردني الذي سنّ قانونا للمنافسة سنة 2004، بموجب القانون رقم 33-2004 الذي دخل حيز التنفيذ في الفاتح من سبتمبر 2004، والذي تضمن أحكاما للرقابة على التركيز ابتداء من المادة العشرة منه<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> - www.infocommerce.gov.tn

<sup>16</sup>- www.mhu.gov.ma

<sup>17</sup> - موقع التشريعات الأردنية على شبكة الانترنت، باللغة العربية .

وفي نفس المسعى وضع المشرع المصري القانون : رقم 2005-03 المتعلق بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية سنة 2005<sup>18</sup> ، من أجل مواكبة التطورات الاقتصادية وإرساء قواعد اقتصاد السوق من جهة، ومنع الممارسات الاحتكارية والمحافظة على تعددية المنتجين والمستهلكين وحرية الدخول إلى الأسواق، حيث منع وضعيات السيطرة على السوق عندما تجاوز نسبة 25٪ من حصة السوق، كما تمّ إسناد مهمة الرقابة لجهاز إداري تحت وصاية مجلس الوزراء.

وفي سورية جاء القانون 7 لعام 2008 المتعلق بالمنافسة ومنع الاحتكار متوافقاً مع متطلبات حرية التجارة بهدف فتح أسواق جديدة أمام المنتجات والسلع ومواجهة التحديات التي يمكن أن تعترض الاقتصاد أثناء الانتقال المنظم والمدرّوس إلى اقتصاد السوق الاجتماعي وكذلك لتطبيق الشراكة الاقتصادية مع الاتحاد الأوروبي<sup>19</sup>.

وإلى جانب ذلك ، فقد سائر المشرع الجزائري هذه التحولات الاقتصادية من خلال إصداره لقانون المنافسة بموجب الأمر: 95-06 الصادر في 6 جانفي 1995 والذي ألغي بموجب الأمر: 03-03 الصادر في 19 جويلية 2003 والذي عرف تعديلين، الأول سنة 2008 بموجب القانون 08-12 والثاني سنة 2010 بموجب القانون 10-05 الصادر في 15 أوت 2010<sup>20</sup>. حيث وضع المشرع الجزائري أحكاماً لردع الممارسات المنافية والمقيدة للمنافسة ضمن المواد من 6 إلى 14 من قانون المنافسة وهذا إلى جانب الأحكام التي تحظر المنافسة غير المشروعة المنصوص عليها في المادتين 28 و29 من القانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية المعدل والمتمم<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> - www.eca.org.eg

<sup>19</sup> - www.competition-gov.sy.

<sup>20</sup> - الأمر 03-03 الصادر في 19 جويلية 2003 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم بالقانون: 08-12 الصادر في 25 جوان 2008 والقانون 10-05 الصادر في 15 أوت 2010.

<sup>21</sup> - القانون 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية الصادر في 27 جوان 2004 ج ر / 41 المعدل والمتمم بالقانون 10-06 الصادر في 15 أوت 2010.

وبهذا تكون تشريعات المنافسة التي سنتها الدول العربية قد اعتمدت نفس المصدر المادي وحتى الصياغة التشريعية المنبثقة عن التشريعات الغربية الأوروبية بما يضمن لها مسايرة الحركة التشريعية التي عرفتها أوروبا، وهذا من أجل حماية حرية المنافسة وتوفير بيئة محفزة للمؤسسات الاقتصادية، تعمل على تعزيز قدراتها التنافسية والمحافظة على سوق تنافسية تعتمد آليات السوق بما يتفق مع مبدأ الحرية الاقتصادية من خلال حظر الاتفاقات المقيدة، وحظر الأعمال والتصرفات التي تفضي إلى إساءة استغلال لوضع مهيمن، ومراقبة عمليات التركيز الاقتصادي، وتجنب كل ما من شأنه الإخلال بالمنافسة أو الحد منها أو منعها بما ينعكس بالإيجاب على مصلحة المستهلك.

وبهذا، يتضح مما سبق مدى وعي الدول العربية بضرورة مواكبة التطورات الحاصلة في الحياة الاقتصادية الحديثة والاهتمام أكثر بالمحافظة على المنافسة في ظل عولمة اقتصادياتها وانفتاحها على المنافسة.

### **ثالثا- نتائج تحقيق الاندماج القانوني في مجال المنافسة وانعكاساتها على الحياة الاقتصادية في الدول العربية والجزائر.**

في إطار محاولات توحيد تشريعات المنافسة على مستوى حوض المتوسط، تجسدت الكثير من الأهداف في هذا الإطار، منها ما تجلت في تشريعات المنافسة العربية ومنها ما انعكس على الواقع الاقتصادي في الدول العربية وفي الجزائر.

#### **1- نتائج تحقيق الاندماج القانوني في مجال المنافسة :**

بالرغم من المعوقات السياسية والاقتصادية التي عرفها مسار الشراكة الأوروبية المتوسطية بين دول المنطقة إلا أن هذه الأخيرة حققت بعض النتائج الإيجابية لا سيما على الصعيد التشريعي، من خلال توحيد ومطابقة التشريعات المنظمة للمنافسة بصفة خاصة إلى جانب التشريعات المؤطرة للحياة الاقتصادية بصفة عامة، بغية التحضير لإنشاء منطقة اقتصادية للتبادل الحر بين الدول المتوسطية في إطار الشراكة الاقتصادية، بالرغم من اختلاف أنظمتها القانونية ( التشريعات الاقتصادية) وسياساتها الاقتصادية وكذلك مقوماتها الاجتماعية والثقافية والدينية، والتي شكلت عقبات لتحقيق الانسجام التشريعي.

فبالرغم من وجود عوامل الاختلاف، أيقنت الدول العربية المنظمة لاتفاقات الشراكة بضرورة توحيد تشريعاتها الاقتصادية في ظل نجاح التجربة الأوروبية التي ساهمت بشكل كبير في تحقيق الاندماج القانوني في مجال المنافسة من خلال تكييف المنظومة التشريعية للدول المتوسطة وانسجامها مع التشريع الأوروبي الذي شكل المصدر التشريعي في هذا الإطار، سواء بالنسبة للدول الأوروبية نفسها أو بالنسبة للدول العربية التي عرفت تأخرا في تبني سياسات اقتصادية منفتحة على المنافسة الحرة بداية تسعينات القرن الماضي مما جعلها تواكب هذه الحركة التشريعية التي تبناها الاتحاد الأوروبي في إطار عوامة تشريعات للمنافسة و توحيد قواعدها.

ومن ثم، فقد مكّنت هذه الحركة التشريعية الدول العربية من مسايرة التطور التشريعي الذي عرفه قانون المنافسة الذي يعكس السياسة المنتهجة من قبل كل دولة في المجال الاقتصادي والتي شكلت العامل المشترك لتحقيق الاندماج التشريعي في مجال المنافسة في ظل عوامة أسواقها والتحديات الاقتصادية التي تواجهها، وهذا ما جعل من تشريعاتها الاقتصادية عموما وتشريعات المنافسة خصوصا ترقى إلى التشريعات العالمية المتجانسة بما يساعدها على تحقيق الاندماج الاقتصادي سواء في إطار الشراكة مع الاتحاد الأوروبي أو في إطار انضمامها إلى منظمة التجارة العالمية.

## 2- انعكاسات تحقيق الاندماج القانوني على الحياة الاقتصادية في الجزائر.

بالنسبة للجزائر، فقد تأثر قانون المنافسة الجزائري بالتشريعات الأوروبية لاسيما التشريع الفرنسي الذي كان دائما المصدر التاريخي للتشريع الجزائري سواء من حيث قواعده الموضوعية أو الأحكام الإجرائية التي تضمنتها<sup>22</sup>.

وعلى غير العادة، أفرد المشرع الجزائري ضمن تشريع المنافسة حيزا لموضوع التعاون والتنسيق مع الدول الأجنبية في مجال تطبيق الأحكام الإجرائية لقانون المنافسة، وهذا ما أشارت إليه المواد التي تطرقت لاتفاقات التعاون بين مجلس المنافسة الجزائري وباقي سلطات المنافسة الأجنبية - الأوروبية - لاسيما في مجال التحقيقات وجمع المعلومات<sup>23</sup>.

<sup>22</sup>- تضمن قانون المنافسة : - المفاهيم الأساسية - مبادئ المنافسة - مجال تطبيقه - الأحكام المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة - الأحكام المتعلقة بالرقابة على التركيز الاقتصادي - تنظيم مجلس المنافسة و صلاحياته و سلطاته - الجزاءات.

<sup>23</sup> - أنظر المواد : 40-41-42-43 من قانون المنافسة.



وفي هذا الإطار أصبح تشريع المنافسة من التشريعات النموذجية التي كرسست حقيقة الاندماج والانسجام القانوني، بالرغم أن ذلك قد يشكل مساسا بسيادة الدولة، لذلك خصصت اتفاقات الشراكة الأوروبية متوسطة وكذلك الثنائية حيزا لمعالجة هذه الإشكالية، أي مدى تأثير الاندماج القانوني على السيادة التشريعية للدول خصوصا العربية منها باعتبارها دولا مستهلكة للمنتوج التشريعي الأوروبي.<sup>9</sup>

وفي هذا الإطار تطرق اتفاق الشراكة الجزائري الأوروبي في مادته 41 إلى مسألة تطبيق و سريان قوانين المنافسة في حالة وجود مساس بالمبادلات التجارية بين الطرفين عن طريق الاتفاقات وحالات التعسف في وضعية الهيمنة والتي تطرق إليها الملحق رقم 5 من الاتفاق والتي ثار في شأنها غموض حول اختصاص سلطات المنافسة و القانون الواجب التطبيق.<sup>9</sup>

فحسب الفقرة 2 من المادة 1 من الملحق تمارس كل سلطة منافسة اختصاصها المنصوص عليه ضمن تشريعها ولها متابعة المخالفات التي تعرقل الاتفاق. أما في حالة تعرض الطرف الآخر لضرر جسيم جراء الممارسة المرتكبة، يمكن للجنة الشراكة اتخاذ التدابير المناسبة حسب الفقرة 3 من المادة 41.

بحيث يمتد الاختصاص لسلطة المنافسة للدول الأوروبية خارج إقليمها طالما أن تشريعاتها تسمح بذلك مثلما نصت عليه الفقرة 2 من المادة 1 من الملحق رقم 5، بحيث يسمح الاتفاق بتطبيق التشريعات المنافسة لطرف في الاتفاق حتى خارج إقليمها *la compétence extraterritoriale* على أن يختص مجلس الشراكة في الفصل في تنازع الاختصاص بالرغم من الإشكال الذي يطرح حول تطبيق التشريع الأوروبي للمنافسة أو التشريعات الوطنية للدول الأوروبية<sup>24</sup>. وهذا ما ينطبق على التشريع الأوروبي للمنافسة خلافا لقانون المنافسة الجزائري الذي أخذ بمبدأ المعاملة بالمثل ضمن نص المادة 40 منه، مما يشكل مساسا بالسيادة التشريعية للجزائر و تعديا على اختصاص مجلس المنافسة في مواجهة التشريعات الأوروبية للمنافسة وسلطات المنافسة التابعة لها على اعتبار أنها تملك تجربة وخبرات وكفاءات تقنية في مجال المنافسة تفوق نظيراتها من الدول العربية و الجزائر .

<sup>24</sup> - Jean-Pierre VIENNOIS, op. cit., pp 66-67-68.

## خاتمة :

إن الاندماج القانوني الذي عرفته دول المنطقة في مجال تشريعات المنافسة بقدر ما حقق الانسجام التشريعي فإنه كرس تبعية الدول العربية للاتحاد الأوروبي والدول الغربية في مجال وضع وصياغة التشريعات الاقتصادية بصفة عامة وتشريعات المنافسة بصفة خاصة، على اعتبار أنها تشريعات لا تعكس واقع الحياة الاقتصادية التي تعيشها الدول العربية ومنها الجزائر لاسيما وأن هذه الاتفاقيات كرسست بعض الاستثناءات المتعلقة بامتداد تطبيق التشريعات خارج إقليم الدولة في مواجهة الطرف الآخر وهذا ما يمس بسيادة الدولة واختصاصات الهيئات الوطنية المكلفة بالمنافسة (مجلس المنافسة- القضاء- تطبيق التشريعات الوطنية) في هذا الإطار.

وإلى جانب ذلك، فقد اعتبرت تشريعات المنافسة العربية كتشريعات استباقية *lois anticipatoire* وموجهة لاقتصادياتها خلافاً للتشريعات الأوروبية التي تستجيب للحياة الاقتصادية في أوروبا وكذلك التحديات التي تواجهها، لذلك ظهرت عدة صعوبات في فهم وتفسير قواعد قانون المنافسة وتطبيقه لدى معظم الدول العربية سواء من قبل سلطات المنافسة نفسها أو من قبل القضاء الذي لا يزال يعرف تأخرًا في استيعاب مفاهيم قانون المنافسة وقواعده وكذلك مجال تطبيقه، باعتباره قانوناً حديث النشأة من جهة. فضلاً عن عدم تخصص القضاء من جهة أخرى، سواء تعلق الأمر بالقضاء العادي (المدني، التجاري، الجنائي) فيما يتعلق بمنازعات الممارسات المنافية والمقيدة للمنافسة أو القضاء الإداري (مجلس الدولة) فيما يتعلق بمنازعات الرقابة على التركيز الاقتصادي.

إلى جانب غياب تبادل التجارب في هذا المجال بين الدول العربية إن وجدت لاسيما بالنسبة لقرارات هيئات المنافسة وعملها في ظل قلة مساهمة الفقه والدراسات القانونية حول تشريعات المنافسة العربية وتحليل قواعده وتأصيلها من منظور الشريعة الإسلامية التي أسست لقواعد قانون المنافسة في السوق وكانت السبابة في وضع قواعد لمنع الاحتكار وكل أشكال وصور الممارسات التي تخل بحرية المنافسة في السوق ومنع تمركز رؤوس الأموال حفاظاً على المنافسة الحرة وحركية رؤوس الأموال وحماية المستهلك.

ومهما يكن، يبقى قانون المنافسة من التشريعات النموذجية التي عرفت تحقيق انسجام تشريعي في إطار اتفاقات الشراكة بين دول منطقة المتوسط بالرغم من عوامل التباين التي تعرفها الحياة الاقتصادية بين ضفتي المتوسط.

## المراجع: الكتب والمقالات:

- Jean-Pierre VIENNOIS, *l'accord euro-méditerranéen CE Algérie et la concurrence, Revue Lamy de la concurrence, Avril/juin, n 07, paris, 2006.*
- Dominique LEGAIS, *"Droit Commercial et Affaires", 16 éd, Dalloz, Paris, 2005.*
- Laurence BOY, *"Mondialisation et Contrôle des Opérations de la Concentration" ,Colloque 2007, Mondialisation et Droit de la Concurrence, éd, Litec , Bourgogne, 2008.*
- Jean SARRUT et Lise Moricand SARRUT, *"Droit Européen des Affaires", éd, Législatives, Paris, 2006.*
- Catherine grynfoget et Jérémie Mathan, *l'essentiel du droit de la concurrence, éd gualino, paris, 2010.*
- Christian BOLZE, *" Encyclopédie Juridique", Société, Fasc, Concentration, éd, Dalloz, Paris,1996.*
- Jacques POYER , *"La Loi Allemande Sur Les Restrictions de Concurrences entre Changement et Continuités" , Revue de la Concurrence et de la Consommation ,n° 113, Jan – Fév, éd, Documentation Françaises , Paris.2000.*
- Yves SERRA , *"Le Droit Français de la Concurrence", Dalloz, Paris, 1993.*
- Jean- Philippe COLSON et Pascale IDOUX, *"Droit Public Economique". 4<sup>e</sup> éd. Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, , Paris. 2008.*
- D Ferrier et D Ferre, *" Droit Du Contrôle Nationale Des Concentrations" , éd, Dalloz, Paris, 2005.*
- Dominique LEGAIS, *"Droit Commercial et Affaires", 16 éd, Dalloz, Paris, 2005.*
- بن حملة سامي: اتفاق الشراكة الأورومتوسطية، عامل للتعاون الاقتصادي والجوار بين الدول المتوسطية - الملتقى الدولي: الجزائر والأمن في المتوسط: واقع و آفاق: 29-30 أفريل 2008 قسم العلوم السياسية: كلية الحقوق، جامعة منتوري قسنطينة.

## 2- النصوص القانونية و المراسيم :

- قانون المنافسة الجزائري: الأمر 03-03 الصادر في 19 جويلية 2003 المتعلق بالمنافسة المعدل و المتمم بالقانون: 08-12 الصادر في 25 جوان 2008 والقانون 10-05 الصادر في 15 أوت 2010.
- القانون 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية الصادر في 27 جوان 2004 ج ر / 41 المعدل والمتمم بالقانون 10-06 الصادر في 15 اوت 2010.
- مرسوم رئاسي رقم 05-195 مؤرخ في 27 أفريل 2005 يضمن التصديق على الاتفاق الأوروبي المتوسطي لتأسيس شراكة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية من جهة، والمجموعة الأوروبية والدول الأعضاء فيها من جهة أخرى.
- قانون المنافسة المصري المتعلق بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية سنة 2005: رقم 03-2005.
- قانون المنافسة التونسي الصادر بموجب القانون: 64-91 الصادر في 29 جويلية 1991 المتعلق بالمنافسة والأسعار المعدل والمتمم بالقانون رقم 42 الصادر في 24 أفريل 1995.
- قانون المنافسة المغربي الصادر بموجب القانون: 99-06 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة الصادر في 5 يونيو 2001 الموافق 2 ربيع الأول 1421 هـ
- قانون المنافسة الأردني الصادر سنة 2004 ، بموجب القانون رقم 33-2004 الذي دخل حيز التنفيذ في الفاتح من سبتمبر 2004..
- قانون المنافسة السوري الصادر بموجب القانون 7 لعام 2008 المتعلق بالمنافسة و منع الاحتكار.

## 3- مواقع الانترنت

- [www.infocommerce.gov.tn](http://www.infocommerce.gov.tn)
- [www.mhu.gov.ma](http://www.mhu.gov.ma)
- موقع التشريعات الأردنية على شبكة الانترنت، باللغة العربية .
- [www.eca.org.eg](http://www.eca.org.eg)
- [www.competition-gov.sy](http://www.competition-gov.sy).
- <http://credimi.u-bourgogne.fr/>