

بناء المنظومة القانونية للدول الفتية بين تقليد المستعمر السابق والأصالة القانونية

د. نوح عبد الله

أستاذ محاضر "ب"

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو

مقدمة

يعكس النظام القانوني¹ لأي شعب ثقافته وقيمه وفلسفته الخاصة به،² غير أن القوانين مثلها مثل العناصر الثقافية الأخرى عرفت منذ القدم انتقالا واسعا بين الشعوب وتأثيرا وتأثرا بينها بفعل الاحتكاك الحضاري بمختلف أوجهه، لعل أقواها هو الغزو والاستعمار عندما يصل تبني قوانين الدولة المتغلبة من طرف الدولة المغلوبة إلى حد المبالغة طبقا لقاعدة تقليد الغالب للمغلوب. وبالفعل فقد اعترضت عملية البناء القانوني للدول حديثة العهد بالاستقلال في إفريقيا وآسيا وأمريكا اللاتينية ولا زالت، إشكالية الخيار بين

¹ يتمثل النظام القانوني طبقا لتعريف سانتى رومانو الذي نتبناه في: « مجموعة العناصر المهيكلية في نظام و المشكلة لقانون ينظم وجود و عمل مجموعة إنسانية ما » (ترجمتنا)، انظر:

Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, Ed. DALLOZ, 2002, p25.

² ليس القانون مجرد أداة في يد السلطة السياسية وإنما هو انعكاس للمجتمع وثقافته، انظر في هذا المعنى:

Pr. Philippe JESTAZ, *Le droit*, DALLOZ, 9^{ème} édition, 2007, p 2.

المحافظة قدر الإمكان على الموروث القانوني التقليدي من نظم وقوانين، أو الاقتباس شبه الكامل للنظام القانوني الغربي لبناء دولة حديثة على شاكلة الدولة المستعمرة السابقة بهدف مسايرة التطور القانوني والمؤسسي الذي وصلته. فأمام الرغبة الجامحة للمشرع لبناء دولة عصرية قوية تضاهي وتشبه الدولة المستعمرة السابقة من جهة، وضرورة المحافظة على الإرث القانوني للشعب الذي يمثل "الهوية القانونية" وينسجم مع فلسفته وثقافته وتقاليده ونظرتة للعالم من جهة أخرى؛ طرحت أمام المشرع في هذه الدول عدة خيارات يمكن تصنيفها إلى ثلاث وهي:

. اتجاه الأصالة القانونية: ويقوم على محاولة بناء القوانين انطلاقاً من الموروث القانوني التقليدي المتجذر في المجتمع مثل ما حصل في الزاير وفي جمهورية الطوغو.

. اتجاه القطيعة القانونية مع النظام القانوني التقليدي الموروث، واقتباس القوانين الغربية اقتباساً كاملاً باعتبارها قوانين "متفوقة" تمكن من تحقيق التنمية الاقتصادية والتطور الاجتماعي. كما حصل في تركيا وتونس أو الكوت ديفوار.

. اتجاه التوفيق القانوني، وهو محاولة التوفيق والتركيب بين النظامين حسب المجالات، ويتمثل ذلك في استيراد المؤسسات والتقنيات القانونية الغربية لتحكم أغلب المجالات، على أن تترك مجالات محددة على سبيل الحصر - وهي غالباً مجال قانون الأحوال الشخصية والعقار - للقانون التقليدي العرفي الموروث¹، وهو الاتجاه الغالب في هذه الدول.

¹ حول هذا الموضوع انظر:

وإذ نحاول استعراض مختلف هذه الخيارات وتقييمها قبل بحث وتحليل موقف المشرع الجزائري، فإننا نتجنب الخوض في تحليل العوامل التاريخية الثقافية والاجتماعية - الاقتصادية لظاهرة استيراد القوانين الغربية، رغم أهميتها في تحديد وفهم مختلف الخيارات الإستراتيجية للمشرع في دول العالم الثالث، مادامت مقاربتنا لهذه الظاهرة تنحصر في جانبها القانوني البحت.

المطلب الأول : اتجاهها القطيعة القانونية والأصالة القانونية

حاولت بعض الدول مثل تركيا، الكوت ديفوار والصومال، منذ استقلالها الاقتباس الكامل للتقنيات والمؤسسات الأوروبية على حساب نظمها التقليدية، بينما ذهبت دول أخرى إلى نقيض ذلك باعتماد سياسة تهمين التشريعات و المؤسسات التقليدية الوطنية.

الفرع الأول : اتجاه القطيعة القانونية

أدت موجة الاستعمار الأوروبي لقارتي إفريقيا وآسيا ما بين القرن الثامن عشر والعشرين إلى غرس نموذج الدولة الاستعمارية وتطبيق القوانين الأوروبية على حساب القوانين التقليدية المنبثقة من تاريخ وثقافة وحضارة

T.OLAWALE Elias, *La nature du droit coutumier africain*, Ed. Présence africaine, DAKAR, 1961, p.15, 16.

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.246.

Bertrande BADIE, *L'Etat importé, l'occidentalisation de l'ordre politique*, Fayad - L'espace du politique, paris, 1992, pp.199, 198,202.

شعوبها، ولم يقتصر ذلك على التنظيم الدستوري والإداري ومجال القانون العام كما هو في اغلب الدول، بل شمل حتى تشريع الأحوال الشخصية والتقنين المدني والتجاري.

فقد حاولت النخب الحاكمة في بعض الدول الأفرو-آسيوية المستقلة بناء دول حديثة ومنظومات قانونية مقلدة كليا أو في اغلبها من الدول الاستعمارية، مع إحداث قطيعة واضحة مع النظام القانوني التقليدي الذي يتميز غالبا بطابعه العرفي الشفوي أو الديني .

ويعتبر ما يعرف بظاهرة "استيراد القانون الغربي" نتيجة حتمية لعملية التثاقف القانوني¹ *acculturation juridique* التي تعرضت لها الدول الأفرو-آسيوية طيلة الفترة الاستعمارية التي امتدت لعدة قرون. وكان هذا الاستيراد اعتباريا إذ شمل في كثير من الأحيان حتى الأحكام التفصيلية سواء في القانون العام مثل التنظيم الدستوري والإداري، أو القانون الخاص مثل القانون المدني والتجاري، كل ذلك على حساب النظم التقليدية الأصيلة.

¹ نقصد بمصطلح "التثاقف القانوني" التحولات القانونية العميقة الناتجة عن الاحتكاك بين الثقافات المختلفة، والتي تترك مواقف متباينة بين الرفض والقبول والتبني الجزئي أو الكامل، كما يقصد به في الانتروبولوجيا ظاهرة التداخل والتأثر والتأثير بين الحضارات المختلفة. حول مفهوم "التثاقف *acculturation*" انظر :

Pierre BONTE, Michel IZARD (S.Dir.), Art. "Acculturation", in *Dictionnaire d'ethnologie et de l'anthropologie*, QUADRIGE, PUF, paris, 2007, p.1.

Claude RIVIERE, "Acculturation", in *Dictionnaire de sociologie*, LE ROBERT-SEUIL, 1999, p.2.

وبما أن النخب المثقفة التي تولت السلطة السياسية في هذه الدول الفتية كانت تعتقد أن استيراد المؤسسات والتقنيات الغربية يؤدي بالضرورة إلى نفس النتائج التي تحققت في المجتمع الغربي والمتمثلة في التنمية الاقتصادية والتقدم التكنولوجي والخروج من التخلف، فقد تم الاقتباس الحرفي للتقنيات والمؤسسات الغربية دون الأخذ بعين الاعتبار لقابلية المجتمع لها. وعلى سبيل المثال تم اقتباس مئات من القوانين في البلدان الفرنكفونية من المشرع الفرنسي والبلجيكي¹.

وتعد تركيا و تونس من الدول التي تمثل هذا الاتجاه في العالم العربي والإسلامي بحيث سعى المشرع فيهما عند وضع المنظومة القانونية إلى تحقيق قطيعة مع المرجعيات القانونية التقليدية ليس في قطاع القانون العام والقانون المدني فحسب بل وحتى في مجال الأحوال الشخصية. فقد قام المشرع التونسي بثلاثة خيارات حاسمة²:

.الوحدوية القانونية.

. اعتبار الدولة المصدر الوحيد للقانون .

. اعتماد مبدأ اللائكية، وعدم الاعتراف الصريح بالقواعد العرفية.

¹ Pr. Michel ALLIOT, « Les transferts de droit ou la double illusion », in *Bulletin de Liaison*, Laboratoire d'Anthropologie Juridique de Paris, n°5, mars, 1983, Université Paris1, p121.

² Adel BEN NACER, « Les législations arabes entre dynamisme social et rigueur formelle », in *Bulletin de Liaison*, Laboratoire d'Anthropologie Juridique de Paris, n°17, juin 1992, Université Paris1, pp 87 .88.

أما المشرع التركي الذي أقام النظام الدستوري على مبدأ اللائكية في مفهومه الفرنسي، فقد اعتمد الاقتباس الحرفي للتقنيات الأوروبية، بدءاً من التقنين المدني السويسري الذي ترجمه مع تعديلات طفيفة جداً وبدء تطبيقه منذ 1926/10/04، واقتبس القانون الجنائي التركي الصادر في 1926 من القانون الإيطالي لسنة 1889، وقانون الإجراءات المدنية التركي لسنة 1927 من قانون مقاطعة نوشاتال Neuchâtel السويسرية، كما استوحى القانون التجاري التركي لسنة 1926 من القانون الألماني والسويسري...¹

أما في إفريقيا فيمكن ذكر الكوت ديفوار والصومال كنماذج لهذا الاتجاه، حيث اعتمد المشرع في الكوت ديفوار سياسة قانونية تقصي الموروث القانوني العرفي للمجتمع بدعوى تسريع وتيرة التنمية². وفي الصومال عهد المشرع غداة استقلالها إلى استعارة القوانين والمؤسسات من الدول الماركسية خاصة الاتحاد السوفياتي على اعتبار أن المؤسسات التقليدية - طبقاً للمفهوم الماركسي - تركز اللامساواة وأنماط الإنتاج الاستغلالية، ويكرس ذلك سياسة السلطة السياسية التي سعت - بدون جدوى - إلى القضاء على المؤسسات والقوانين التقليدية.³

¹ Gulsen YILDIRM, «La notion de réception juridique en Droit Turc», in *Anthropologie juridique*, mélanges pierre BRAUN, Université de Limoges, PULIM, 1998, p831 - 836.

² Gérard CONAC, «Dynamiques et finalités des Droits africains, introduction», Actes du colloque de la Sorbonne «*la vie du Droit en Afrique*», Université de Paris I, Economica, p.XXIX.

³ Ibid, p. XXI

من جهة أخرى ذهبت العديد من الدول المستقلة بإفريقيا السوداء إلى خيار أكثر جزماً بالإبقاء الصريح والواضح للنصوص القانونية للدول الاستعمارية واعتبارها جزءاً من التشريع الوطني، وذلك على حساب القانون التقليدي العرفي الذي كان سائداً فيها قبل تعرضها للاستعمار، ومن أمثلة ذلك جمهورية إفريقيا الوسطى، حيث قضى قرار محكمة النقض لبانقوى الصادر في 5 جوان 1963 باستمرار تطبيق قواعد التقنين المدني الفرنسي في هذه الجمهورية باعتباره أصبح يشكل أحد عناصر النظام القانوني لهذه الدولة المستقلة¹. بل ظهر مبدأ عام تم تكريسه في أغلب الدساتير الإفريقية يقضي أنه باستثناء النصوص المتعلقة بالنظام السياسي والدستوري، فإن القوانين الموروثة من المستعمر السابق تبقى سارية المفعول ما لم يتم إلغائها، وقد فرض هذا المبدأ نفسه حتى في حالة عدم وجود نص لحكم قضية معينة².

ونتيجة لهذا الوضع اختلفت التقاليد القانونية في هذه الدول تبعاً لاختلاف المستعمر السابق فانقسمت إلى دول ذات التقليد الروماني tradition romaniste وهي المستعمرات الأوروبية السابقة؛ ودول ذات تقليد القانون العمومي commun law وهي غالباً المستعمرات الإنكليزية السابقة³.

نقد هذا الاتجاه:

¹ Pierre LAMPUE, « Droit écrit et droit coutumier en Afrique francophone », op cit, p.248.

² Ibid. p.248.

³ Pierre LEGRAND, *Le droit comparé*, PUF, 1999, p.3.

لم يكن نموذج الدولة الأوروبية الحديثة القائم على الفكرة القومية منسجما مع مجتمعات العالم الثالث الذي غرس فيها،¹ حيث تخضع هذه المجتمعات في جانب كبير من حياتها إلى السلطة التقليدية والقانون العرفي الشفوي. وبناء على ذلك لم تؤد سياسة الاقتباس التشريعي وإقصاء القانون والنظام العرفي ذات الطابع الشفوي إلى زوالهما ومحوهما كلياً ومن ثمة تعويضهما بقوانين وأنظمة غربية، وإنما بقيت تحكم علاقات الأفراد واستمرت في التأثير على مؤسسات الدولة حتى يومنا هذا.

وبالفعل فقد فشلت أغلب تجارب غرس المؤسسات والقوانين الغربية في دول العالم الثالث، بسبب الاعتقاد الواهي أن نقل القانون يؤدي بالضرورة إلى تغيير المجتمع. ذلك أن تطبيق القاعدة القانونية إنما يرتبط بمستوى تطور المجتمع وبتقافة ووعي الأفراد المخاطبين بها ولاسيما بمدى قبولهم لها²، وعليه فإن محاولة غرس أنظمة وقوانين وضعت أساساً لمجتمعات صناعية معقدة، على مجتمعات تقليدية بسيطة في مستوى مختلف من التطور لا يكون مآله إلا الفشل، كما ترتب عن هذا الوضع في إفريقيا نظام قانوني متعدد يتنازع فيه القانون الغربي المكتوب والقانون العرفي مما يمس بالاستقرار القانوني للمجتمع. ففي تركيا مثلاً رغم أن القانون المدني لا يعترف إلا بالزواج المدني المسجل طبقاً للإجراءات الرسمية أمام موظف رسمي، وبالرغم من العقوبات التي قررها

¹ Etienne LE ROY, « La formation de l'Etat en Afrique entre indigénisation et inculturation », in *Les avatars de l'Etat en Afrique*, éd. KARTHALA, Paris, 1997, p9.

² Pr. Michel ALLIOT, « Les transferts de droit ou la double illusion », p122.

قانون العقوبات التركي لسنة 1926 على تنظيم الزواج الديني قبل إبرام الزواج المدني، فإن الزواج العرفي كان هو السائد لدى أغلبية السكان في المناطق الريفية بالأناضول¹. وفي إفريقيا لم يكن نجاح القانون الرسمي إلا شكليا، إذ بقي القانون التقليدي ومؤسساته يقاوم في الخفاء وينافس في أحيان كثيرة القانون الرسمي.

الفرع الثاني : اتجاه الأصالة القانونية

ذهب المشرع في بعض الدول الإفريقية مثل الكونغو الديمقراطية (الزاير) والطوغو ومالي إلى إحياء القانون التقليدي بواسطة سياسات الأصالة القانونية *Les politiques juridiques d'authenticité*، لاسيما في مجال الأحوال الشخصية والإدارة البلدية، كما ذهبت اغلب الدول العربية في الخليج إلى استichاء قوانينها من الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الأساسي للتشريع.

ففي الكونغو الديمقراطية انتهج المشرع هذا المذهب منذ 1973، وقد ارتبط باسم القاضي بايونا كيمفيمبا Bayona Muna Kimvimba الذي كان رئيسا للمحكمة العليا². ويهدف هذا الاتجاه إلى تحقيق الهوية القانونية الإفريقية بنزع القوانين الموروثة عن الاستعمار، غير أن ذلك لا يعني ترك العادات والقوانين التقليدية كما هي وإنما وضع قوانين جديدة مستوحاة من التشريع التقليدي والفلسفة والقيم والتمثيلات السائدة في المجتمع التقليدي باستغلال ما

¹ YILDRIM, « La notion de réception juridique », pp. 146.147.

² Gérard CONAC, *Dynamique et finalité des Droits africains*, introduction, p.XXVII.

يوجد في التراث القانوني للمجتمع مما يتماشى مع العصر، ومن أمثله ذلك تقنين الأسرة الجديد الذي طبق منذ سنة 1988 بحيث تضمن عدة أحكام وقواعد أخذت من القانون التقليدي من ضمنها وجوب الاحتفال بالزواج وفق المراسيم العرفية قبل تسجيله الرسمي والاعتراف بنظام المهر... الخ¹. وفي جمهورية الطوقو يقضي قانون الأسرة لسنة 1980 أن المواريث تخضع للقانون العرفي التقليدي، إلا إذا رغب الأفراد المعنيون أن يحكمهم القانون العصري². وفي مالي حافظ المشرع في تشريع الأسرة منذ قانون 03 فيفري 1962 إلى حد كبير على القواعد العرفية والدينية السائدة³.

وفي مجال الإدارة المحلية الإقليمية أبتت الكثير من الدول الإفريقية بالمؤسسات العرفية والمناصب القبلية لتسيير الشؤون المحلية لاسيما المستعمرات الانقليزية السابقة مثل غانا⁴، كما عمدت بعض الدول إلى إدراج النظم التقليدية العرفية في الإدارة الإقليمية المحلية على المستوى الأدنى كالقرى والتجمعات القبلية، بينما عمدت دول أخرى كغينيا بيساو إلى محاولة تعويض المجالس القروية التقليدية المشكلة من العقلاء والشيوخ بلجان قروية أو مؤسسات إدارية، غير أن ذلك لم يقلص من سلطة هذه المجالس في إدارة الشؤون العامة

¹ Norbert ROULAND, *Aux confins du droit*, éditions ODILE JACOB, Sciences humaines, Paris, 1991, p196.

² Ibid, p.196.

³ Pierre LAMPUE, « Droit écrit et droit coutumier en Afrique francophone » ,op cit, p.282.

⁴ E.Adriaan, B. van Rouveroy van Nieuwaal, *L'Etat en Afrique face à la chefferie, Le cas du Togo*, Editions KARTHALA, paris, 2000, p 37 et s.

لارتباطها بالتنظيم الاجتماعي السائد، حتى أنها باتت دعماً أساسياً للمؤسسات الرسمية للقيام بوظائفها.¹

وفي إطار مسعى الأصالة حافظت عدة دول عربية على المؤسسات القبلية الدينية العرفية لحكم المجتمع جنباً إلى جنب مع المؤسسات الحديثة المستوحاة من المستعمر السابق.² إذ لجأت بعض هذه الدول إلى إدراج هذه النظم في هيكلية الإدارة الإقليمية المحلية لتكون جزءاً لا يتجزأ من النظام الإداري الوطني. ففي دول الخليج العربي حافظت القبيلة على وضعها كوحدة سياسية تلعب دوراً حاسماً في النظام الدستوري والإداري الوطني، بل إن الدول الملكية الخليجية مازالت تستمد شرعيتها أساساً من القبيلة السياسية التي استطاعت بحق أن: «تتكيف بنجاح مع البيئات الثلاث للمدن و القرى والمناطق الداخلية».³

ففي الكويت مثلاً تشكل القبائل كتلاً سياسياً انتخابياً ثالثاً إلى جانب التكتلين السياسيين للسنة والشيعية⁴. أما في اليمن فقد تم الاعتراف القانوني بمركز شيخ القبيلة في الجهاز الإداري للدولة⁵. وفي المشرق العربي اعترفت الأردن بعد

¹ Hans SCHOENMAKERS, « Old men and new state structures in Guinea Bissau», in *Journal of Legal Pluralism*, 1987nrs 25 and 26, pp.131.132.

² انظر بالنسبة للشرق الأوسط :

Maghreb-Machrek, Tribus, tribalisme et Etats au Moyen-Orient, Numéro spécial, S.Dir. Riccardo Bacco et Christian Velud, N° 147, Janvier-Mars 1995.

³ خلدون النقيب، صراع القبيلة و الديمقراطية: حالة الكويت، دار الساقى، بيروت، الطبعة الأولى، 1996، ص20.

⁴ نفس المرجع، ص125.

⁵ خلدون النقيب، صراع القبيلة و الديمقراطية، ص20.

انفصالها عن الدولة العثمانية بالمجالس القضائية العرفية عند البدو التي تطبق القانون العرفي البدوي وتم تنظيمها بعدة قوانين لمدة أربعين سنة قبل أن تلغىها بموجب قانون 01-06-1976، بينما قام كل من المشرعين السوري والعراقي بإلغاء المحاكم العشائرية إبان الاستقلال سنة 1958¹.

وفي آسيا أيضا اعترفت بعض الدول بالتنظيمات التقليدية كجزء من نظامها الإداري الإقليمي ومنها على سبيل المثال لا الحصر دولة أندونيسيا. إذ تنص المادة 1 من قانون 1974 المتعلق بتنظيم الإدارة الجهوية على أن القرية « هي الوحدة الأدنى في الهرم الإداري »². وينتخب رئيس القرية لمدة 8 سنوات بالاقتراع السري والعام (المادة 7)، وتشكل مجموعة قرى قسما فرعيا، وتتجمع الأقسام الفرعية في أقسام والتي تشكل بدورها مقاطعات.³

نقد هذا الاتجاه :

¹ د. محمد أبو حسان، تراث البدو القضائي، منشورات دائرة الثقافة و الفنون، عمان، الأردن، الطبعة الثانية، 1984، ص 35.38. اعترفت الأردن بالإدارة والقضاء البدوي بموجب قانون محاكم العشائر لسنة 1924 مع إدخال بعض التعديلات على التشريع البدوي. و في سنة 1936 قام المشرع الأردني بتنظيم الإدارة و القضاء البدوي التقليدي بموجب قوانين مكتوبة عصرية، و هي قانون محاكم العشائر و قانون تأسيس محكمة الاستئناف العشائرية و قانون الإشراف على البدو.

² HERMAN Slaats, Karen PORTIER, « The implantation of state law through folk law : KARO BATAK village elections », in *Journal of Legal Pluralism*, N°23, 1985, p.163.

³ Ibid, p.163.

في الواقع لم يسلم هذا الاتجاه هو أيضا من النقد فإذا تمعنا في النظم السالفة الذكر نجدها خليطا من القانون العصري المستوحى من الدول الغربية والقواعد العرفية والدينية الموروثة، وبالتالي لم تتحقق في الواقع "أصالة قانونية" فعلية حتى ولو وجدت نية وسياسة في هذا الاتجاه. فقد تولد عن إحياء القوانين القديمة بكتابتها في شكل تقنيات حديثة نشأة قانون تقليدي جديد *néo traditionnel* ، ذلك أن القانون العرفي ذات طابع شفوي وقد ظهر في ظروف تاريخية سابقة عن الاحتكاك مع الدولة الغربية، وهو يحتوي على نقائص عديدة و فراغات لا بد من ملئها بقواعد وأحكام التقنيات الغربية المتميزة بالدقة والتي تعكس تطور الحضارة الإنسانية وتعالج مشاكل الحياة المعاصرة. فمثلا حسب دراسة حول نظام المواريث بمدينة لومي (الطوقو) تبين أن أغلب الأفراد يطبقون النظام التقليدي، لكنهم يستعملون التقنيات العصرية لتغطية نقائص القانون التقليدي، ومن هذه التقنيات كتابة الوصية والانتقال المباشر لأموال التركة (خلفا للقانون التقليدي الذي تؤول بموجبه الأموال إلى القبيلة قبل أن تنتقل إليهم)...الخ¹

كما يبدو القانون التقليدي عاجزا عن تنظيم العديد من المشاكل والقضايا العصرية المتولدة عن التطور الاقتصادي والتكنولوجي. ولاشك أن اقتباس نمط الحياة الغربية وفلسفتها وحلولها التي أصبحت ذات طابع إنساني بفعل العولمة، يستلزم معه اقتباس التشريعات العصرية التي تلائمها وتتماشى

¹ ROULAND, *Aux confins du droit*, p.196.

معها والتي أثبتت فعاليتها في مختلف الدول مع اختلاف ثقافتها ودرجة تطور مجتمعاتها.

المطلب الثاني : اتجاه التوفيق القانوني

اتجه المشرع الوطني في الأغلبية الساحقة من الدول المستقلة إلى الأسلوب التوفيقي بين النظامين، بحيث ترك كاستثناء القانون التقليدي يحكم بعض المجالات لاسيما مجال الأحوال الشخصية لارتباطه بالعرف والاعتقادات الدينية بالإضافة إلى المجال العقاري أحيانا، بينما اعتمدت كقاعدة القوانين الغربية لتحكم المجالات الأخرى خاصة تلك المتعلقة بالقانون العام والمؤسسات الإدارية والدستورية. ففي إفريقيا عمدت اغلب الدول بعد استقلالها إلى تمديد العمل بالتشريع الاستعماري باستثناء ما يتعلق منه بالجانب السياسي والايديولوجي، والملاحظ أن هذا المبدأ - كما يؤكد بحق بيار لامبي - إنما فرض نفسه كضرورة في الواقع العملي حتى في حالة عدم النص عليه صراحة.¹

وفي الحقيقة يعتبر هذا الوضع كنتيجة لظاهرة التثاقف القانوني التي تولدت عن احتكاك الحضارات، وهو يكرس استمرار النظام القانوني الذي كان مسيطرا في هذه الدول إبان الاستعمار، حيث عمدت الدول الاستعمارية كفرنسا وانكلترا إلى الاعتراف بالقانون العرفي والديني للسريان على كل المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج والميراث، وأحيانا بنظام ملكية الأرض بالإضافة إلى

¹ Pierre LAMPUE, « Droit écrit et droit coutumier en Afrique francophone », p.248.

بعض النظم الإدارية و السياسة التقليدية المحلية¹. وبالمقابل فرضت قوانينها في مجالات القانون العام، لا سيما تلك المتعلقة بالأمن العام والمجال الجنائي والنظام الدستوري والإداري المركزي وتنظيم السلطة السياسة والأموال العامة. وأول مظهر من مظاهر تأثير القانون الغربي في الدول ذات النظام التقليدي هو اعتمادها للتقنيات الشكلية لإصدار القوانين. فقد عمدت الدولة العثمانية بقرار من جودة باشا بإصدار أول تقنين على الطريقة الحديثة للتشريع التقليدي في العالم الإسلامي فيما يسمى بـ " مجلى " Madjelle الذي نشر في 16 كتاب ما بين 1870 و 1877، كما أن الإمبراطورية العثمانية اضطرت قبل ذلك بهدف تنظم علاقات التبادل الاقتصادي والتجاري بينها وبين الدول الغربية، إلى اعتماد ثلاثة تقنيات فرنسية وهي القانون التجاري سنة 1850 وقانون الإجراءات التجارية سنة 1860 والقانون البحري سنة 1864². وتبنت الهند نفس المسعى حيث أصدرت منذ 1859 بمبادرة من اللورد ماكانلاي Lord Macanlay جملة كبيرة من التقنيات تتضمن خليط من التشريعات التقليدية والقانون الانكليزي. كما وضعت الصين عدة تقنيات تم استيحائها من القانون الروماني، كالتقنين المدني والتجاري بين 1929 و 1931 وتقنين الإجراءات المدنية في 1932 والتقنين العقاري سنة 1930³.

¹ T.OLAWALE Elias, *La nature du droit coutumier africain*, p.15.16.

² Bertrande BADIE, *L'Etat importé, l'occidentalisation de l'ordre politique*, p.197.

³ Ibid. pp.198, 202.

أما في القارة الإفريقية ذات القانون التقليدي الشفوي فقد أدى الاحتكاك بالدول الاستعمارية ذات التقنيات المكتوبة إلى إدخال القانون المكتوب، وإلى تقنين القانون العرفي في شكل قواعد مكتوبة مما أدى إلى تحريف مضمونها وإعطائها صفة الجمود و الدقة.¹ وفي العالم العربي فقد اقتبس المشرع في أغلب الدول التقنيات الغربية مع تعديلات طفيفة، لتنظيم شتى مجالات الحياة باستثناء المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية التي استوحيت قوانينها في الغالب من الشريعة الإسلامية.

تقييم هذا الاتجاه :

إن الاقتباس القانوني ظاهرة صحية وطبيعية عرفتها مختلف النظم القانونية منذ ظهور الجماعة البشرية المنظمة، غير أن القوانين هي وليدة بيئة ثقافية وبالتالي فإنه لا يمكن فهم القانون إلا من خلال بعده الثقافي، ويترتب عن ذلك وجوب مراعاة التدرج والمرونة والتأقلم عند تحويل النظم القانونية الغربية إلى البلدان الأفرو-آسيوية ذات الثقافات المختلفة عن الثقافة الغربية، وهو ما لم يتم للأسف في الكثير من الأحيان، ويقول إتيان لوروي فيما يخص حالة إفريقيا السوداء « لقد نقلنا نموذج شكلي (للدولة) " قشرة فارغة" تم ملئها بتفسيرات تقريبية »²

¹ Pierre LAMPUE, « droit écrit et droit coutumier en Afrique francophone », p.246.

BADIE, Ibid. p.199.

² Etienne LE ROY, « L'introduction du model européen de l'Etat », in *BULLETIN DE LIAISON*, n°5,1983, p.75.

وإذا كان موقف المشرع في الدول الفتية تراوح بين القطيعة مع النظم القانونية التقليدية الموروثة والاقْتباس الكامل للدولة والقانون الغربي، أو تبني جزء من هذه النظم مع اقتباس الآليات و النظم الغربية، أو التوفيق بين الاقتباس والأصالة القانونية¹، فإنه يجدر بنا أن نتساءل عن موقف المشرع الجزائري في عملية البناء القانوني للدولة الجزائرية ؟

المطلب الثالث : مذهب المشرع الجزائري في بناء المنظومة القانونية

لم يجد المشرع الجزائري غداة الاستقلال الوطني خيارا أفضل من تمديد التشريع الفرنسي الساري المفعول إلى حين إصدار القوانين الوطنية، وذلك بموجب قانون 31-12-1962 الذي أصدره المجلس التأسيسي الجزائري، ويستثني التمديد الأحكام التي تمس بالسيادة الوطنية أو المتضمنة تمييزا عنصريا. وقد تم إلغاء هذا الأمر بموجب أمر 5 جويليت 1975 الذي يمثل من الناحية النظرية بداية " لجزارة" القانون².

وان كان هذا الخيار - كما يشير العميد احمد محيو- يتعارض مع منطق الثورة باعتبار أن الدول التي تنشأ اثر الثورات تلجا حتما إلى خيار

¹ تعتبر هذه المواقف من نتائج التناقص القانوني والذي تترتب عنه عدة حالات تتراوح بين حالة التأثير البسيط influence والتراكب syncretisme والاندماج integration أو السيطرة domination انظر :

Pierre BONTE, Michel IZARD (S.Dir.), Art. "Acculturation", in *Dictionnaire d'ethnologie et de l'anthropologie*, p.1.

² حاول العميد احمد محيو في مقال هام له سنة 1982 بمناسبة مرور عشرين سنة من الاستقلال، تحليل إشكالية القطيعة و/أو الاستمرارية القانونية في الجزائر، من وجهة نظره. انظر:

القطيعة التامة مع النظام القديم كما حصل اثر الثورة البولشفية في روسيا، فانه تم تبريره آنذاك بالظروف التي نشأت فيها الدولة الجزائرية المستقلة التي تشبه ما كانت عليه في الدول الفتية الأخرى¹، لاسيما نقص الكفاءات واستحالة خلق قوانين وأنظمة جديدة بصفة آنية تخالف النموذج الاستعماري، بالإضافة إلى الطابع الإستعجالي لبناء الدولة لمواجهة تحديات كبيرة². وقد عبر عرض الأسباب لهذا الأمر بوضوح عن هذا الوضع بنصه انه « لا يمكن ترك البلاد بدون قانون » ومن جهة أخرى فانه من البديهي أن تتطرق عملية التقنين من مكتسبات القانون الفرنسي التي أثبتت نضجها وصلاحيتها بعد تطبيقها لمدة طويلة في الجزائر عوض المغامرة بالقطيعة معها³، ولاشك أن هذه كلها أسباب موضوعية معقولة كانت ولا زالت وراء مذهب المشرع الجزائري.

Pr.Ahmed MAHIOU, «Rupture ou continuité du droit en Algérie » in *RASJE*, spécial 20^{ème} anniversaire, 1982, pp.107-135.

¹ جاء قانون 30-11-1818 الصادر اثر الثورة البلشفية بخيار راسيالي بنصه على إلغاء القوانين القيصرية وتطبيق القوانين الاشتراكية الجديدة، وعلى أن القاضي إذا لم يجد القاعدة لحل نزاع ما فعليه الاعتماد على "الوعي الاشتراكي". انظر:

MAHIOU, Ibid, p.111.

² HAMROUCHI Nouredine, *Le droit algérien entre mimétisme et créativité*, Thèse pour le Doctorat en Droit, S.Dir. Robert CHARVIN, Alain CHIREZ, Université NICE-SOPHIA ANTIPOLIS, Faculté de Droit, Novembre 1990, pp.14, 51.

³ Ahmed MAHYIOU, op cit, p. 130,131.

وفي الواقع لعبت ولا زالت نخبة رجال القانون الجزائريين المتكونة في المدارس الفرنسية دورا حاسما في خيار نقل ونسخ النموذج الفرنسي للدولة والقانون منذ بداية القرن العشرين نتيجة لانبهارها به ثم تبنيه كإطار ووسيلة لمحاربة الاستعمار، مع الإشارة إلى أن هذه النخبة هي نفسها التي قادت الحركة الوطنية إلى الاستقلال¹. مع أنه لا يمكن إهمال المساهمة الكبيرة التي قدمتها مجموعة كبيرة من رجال القانون الفرنسيين الذين كان لهم تأثيرا قويا على القانون الجزائري لما بعد الاستقلال من خلال العمل الأكاديمي² عندما تركوا إرثا أكاديميا وعلميا هاما أصبح يشكل إلى يومنا هذا الكتلة المرجعية للمشرع الجزائري في اغلب القطاعات القانونية³.

¹ Mohammed Brahim SALHI, *Algérie, citoyenneté et identité*, Préface de Ahmed MAHIOU, Editions Achab, 2010.p. 28 et s.

² انظر الدراسة المستفيضة حول تطور المدرسة الاستعمارية والقانون الجزائري إبان الاحتلال : Jean Robert HENRY, François BALIQUE, *La doctrine coloniale du droit musulman algérien, bibliographie systématique et introduction critique*, Editions CNRS, Paris, 1979, p.16 et s.

³ بلغت المجلات والدوريات التي صدرت حول القانون الجزائري إبان الاحتلال الفرنسي حوالي 15 مجلة بالإضافة إلى عشرات الرسائل والأطروحات والدراسات التي أنجزها رجال القانون الفرنسيين في مدرسة الحقوق في الجزائر منذ إنشائها سنة 1888 ولاسيما بعد تحويلها إلى كلية الحقوق سنة 1910 انظر :

Jean Robert HENRY, op cit, pp.7, 12.

غير أن الإشكالية الجوهرية التي تبقى مطروحة تتمثل في الموازنة بين كل من مجال التبعية القانونية ومجال الأصالة القانونية لدى المشرع الجزائري¹. فإذا القينا نظرة شاملة على النظام القانوني الجزائري نلاحظ أن منهج المشرع الجزائري في بناء المنظومة القانونية الوطنية، كمنظيره في أغلب الدول الفتية، هو التوفيق والمزج بين الموروث القانوني الفرنسي الذي فرض نفسه لظروف عملية وموضوعية كما سلف ذكرها، والمحافظة على الكتلة القانونية المستوحاة من الدين الإسلامي والعرف والمتعلقة بالأحوال الشخصية، وأخيرا استحداث قوانين جديدة للاستجابة للخيارات الأيديولوجية لاسيما في المجال الاقتصادي.

وبناء على هذا الواقع يتبين بوضوح الطابع المركب (la nature composite) للقانون الجزائري كما أشار إلى ذلك أغلب رواد المدرسة القانونية الكولونيالية² مثله مثل القانون المغربي وغيره في الدول الإسلامية³. وبصفة عامة يتمثل مذهب المشرع الجزائري في أربع اتجاهات على النحو التالي:

¹ Ahmed MAHYIOU, «Rupture ou continuité du droit en Algérie », p.107 et s.

² Jean-Robert HENRY, op cit, p. 40.

Michel MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, Editions MASPERO, paris, 1976, pp.234-236.

³ يحلل عالم الاجتماع بول باسكون الطبيعة المركبة للنظام القانوني المغربي، ويرى أنه يتشكل من ثلاثة عناصر تتفاعل بينها وهي: القانون العرفي الأمازيغي الذي يعود إلى ما قبل الإسلام، والقانون الإسلامي، والقانون الفرنسي والحديث. انظر :

Paul PASCON, « Le droit et le fait dans la société composite, essai d'introduction au système juridique marocain », in *ETUDES RURALES*, 1980, Editions SMER, Rabat, p.113 et s.

- استمد التقنيات الكبرى من القانون الفرنسي مباشرة أو بوساطة القانون المصري مع بعض التعديلات الجزئية، وقد اتبع في ذلك الاتجاه العام الذي ساد في الدول الفتية المتحررة من الاستعمار وهو تبني المنظومة القانونية للمستعمر السابق¹.

- في مجال التنظيم الإداري الإقليمي استمد نظام البلدية والولاية في جانبه الإداري من نموذج البلدية الفرنسية وفي جانبه الاقتصادي والسياسي من النموذج اليوغوسلافي². قبل أن يعدل هذا النظام للاستجابة لمبادئ التعددية الليبرالية بموجب قانون البلدية 08-90 والولاية 09-90.

- اقتبس التشريعات المتعلقة بالميدان الاقتصادي من الدول الاشتراكية والشيوعية وذلك نتيجة لتبني الإيديولوجية الاشتراكية منذ الاستقلال طبقا للمواثيق الأساسية للثورة، والذي تم تكريسه بواسطة دستور 10 سبتمبر 1963، ثم دستور 22 نوفمبر 1976. وباعتماد الاقتصاد الليبرالي منذ دستور 23 فيفري 1989 تم الاتجاه إلى اقتباس القانون الاقتصادي من الدول الليبرالية لاسيما فرنسا.

¹ مع أن فرنسا نفسها، قبل أن تعرف حركة التقنين في القرن التاسع عشر مرت بمرحلة تمت فيها حركة واسعة لتدوين الأعراف المحلية أجراها الملوك في القرون الوسطى بهدف توحيد القانون الفرنسي، انظر:

ASSIER - ANDRIEN Louis, *Essai sur la perspective juridique. Contribution à une anthropologie du droit*, Thèse pour le Doctorat d'état ES lettres et sciences humaines. Sous la direction de Mr. AUGÉ MARC, Ecole des hautes études en sciences sociales, Paris, 1996, p.167.

² Ahmed MAHYOU, *Cours d'institutions administratives*, 3^{ème} édition, OPU, 1981, pp.120,122.

- حافظ على التشريع الإسلامي والقانون العرفي ليحكم مجال الأحوال الشخصية إلى حين صدور قانون الأسرة سنة 1984، مع أن العديد من أحكام القانون العرفي بقيت سارية المفعول سواء في مجال الأحوال الشخصية أو القانون التجاري والمدني.

وإذا حاولنا التمييز بين نطاق التبعية ونطاق الأصالة القانونية من خلال هذه الخيارات يمكن أن نميز في رأينا بين ثلاثة مجالات تمثل مذهب المشرع الجزائري في بناء المنظومة القانونية الوطنية:

الفرع الأول : مجال التبعية القانونية

وهو المجال الغالب في القانون الجزائري، ويشمل نظام الدولة الدستوري (شكل الدولة الموحدة وتنظيم المؤسسات، النظام شبه الرئاسي، الرقابة السياسية على دستورية القوانين، الخ)، والتنظيم الإداري والقضائي (البلدية، الازدواجية القضائية، الخ)، بالإضافة إلى التقنيات الكبرى مثل التقنين المدني والتجاري والجنائي والضريبي وغيره.

ويتضح هذا التوجه بوضوح من خلال المواثيق الأساسية للثورة التحريرية التي وضعت أسس الدولة الجزائرية¹، وكرس المشرع الجزائري ذلك

¹ تعتبر المواثيق التي صدرت من الأجهزة الثورية قبل وإبان الاستقلال مصدرا ماديا للنظام القانوني الجزائري، وهي مثل ميثاق الصومام و ميثاق الجزائر والميثاق البلدي "مواثيق- برنامج"، ولهذا فهي تكتسي أهمية قانونية خاصة. حول أهمية المواثيق كمصدر للشرعية. انظر:

Cherif BENNADJI, *Les chartes comme sources de légalité*, Mémoire de D.E.S. en Droit Public, Institut des Sciences Juridiques et Administratives, Alger, 1977.p 103 et s.

حين أعطى للقوانين الجديدة المقتبسة غالبا من المنظومة الفرنسية المكانة الأولى باعتبارها مصدرا أصليا، بينما اعتبرت كلا من الشريعة الإسلامية والعرف بالتالي مصدرين احتياطين¹.

فباستثناء إلغاء تقنين الانديجينا،² واستحداث كتلة القوانين الاقتصادية المستوحاة من الدول الاشتراكية - كما سوف نرى - لا يبدو أن المشرع الجزائري احدث تغييرا جذريا في الخيارات القانونية، ويكرس هذا الخيار الذي ساد في اغلب الدول الفتية اتجاه استمرارية تبني الموروث القانوني الاستعماري لأسباب موضوعية وعملية. ولاشك أن تشكل الكتلة التشريعية المقتبسة القسم الأكبر في النظام القانوني الجزائري ليثير النقاش حول مدى استمرار تطبيق أمر-1962-31-12. ويلاحظ الأستاذ رمضان بياجي بحق، انطلاقا من دراسة كل من دستور 1963 وقانون الجنسية كمظاهر للجزارة القانونية، أن القانون الجزائري لم

¹ المادة الأولى من القانون المنني الجزائري الصادر بموجب الأمر 58-75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975

² وهو تقنين صدر سنة 1881 يقرر مخالفات وجرائم خاصة بالأهالي دون الفرنسيين ويعطي لضباط الإدارة الاستعمارية سلطات واسعة في قمع الأهالي الجزائريين بواسطة الحبس والحراسة وفرض غرامات جماعية ومنع التنقل إلا بتسريح الخ ورغم الطابع المؤقت لهذا التقنين الذي وضع ليسري سبع سنوات إلا انه لم يبلغ إلا سنة 1927 انظر:

Charles-Robert AGERON, *Histoire de l'Algérie contemporaine*, PUF-Éditions DAHLAB, 1994, p.61.

يحدث حتى اليوم قطيعة فعلية مع أمر 31-12-1962¹؛ مع أن هذا الوضع- في رأينا- يخضع لمبررات موضوعية تاريخية وثقافية وسياسية كما أسلفنا الذكر.

الفرع الثاني : مجال الأصالة القانونية

ونقصد به المجال التشريعي الوطني الموروث، وينحصر في مجال الأحوال الشخصية مع الاعتراف بالعرف كمصدر احتياطي للقانون. إذ تتمثل الكتلة التشريعية المخالفة للكتلة التشريعية المقتبسة من القانون الفرنسي في ثلاث مجالات نستعرضهما في الآتي

أولا : القانون الاقتصادي والاجتماعي الاشتراكي

اصدر المشرع الجزائري خلال أكثر من عقدين بعد الاستقلال كتلة معتبرة من التشريعات لتكريس الخيار الإيديولوجي الاشتراكي وتتعلق أساسا بتنظيم المجالات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية بهدف تحقيق الثورات الزراعية الصناعية والثقافية التي اقرها الدستور- البرنامج لسنة 1976. ففي هذا المجال احدث المشرع الجزائري قطيعة حقيقية مع النظام القانوني الاستعماري² بهدف إقامة نظام سياسي اقتصادي مبني على مبدأ العدالة الاجتماعية وحماية الطبقات المحرومة. ومنذ دستور 1989 الذي كرس التحول إلى النظام

¹ Ramdane BABADJI, « le synchronisme dans la formation du système juridique algérien », in

POLITIQUES LEGISLATIVES, Egypte, Tunisie, Algérie, Maroc, Dossiers du CEDEJ, Le Caire,

1994, pp.20, 24.

² Ahmed MAHYIOU, «Rupture ou continuité du droit en Algérie », p 116-118.

الديمقراطي الليبرالي وتبني اقتصاد السوق، اتجه المشرع الجزائري إلى التخلي عن كثير من هذه التشريعات وإلى اقتباس القوانين الاقتصادية الفرنسية.

وان كان هذا المجال يمثل قطيعة مع النظام القانوني الفرنسي وليد النظام الليبرالي الرأسمالي فانه لا يختلف عن كونه من القوانين الدخيلة والمقتبسة من الأنظمة الأجنبية المختلفة عن الثقافة القانونية الوطنية.

ثانيا :قانون الأحوال الشخصية

يمثل مجال الأحوال الشخصية في القانون الجزائري الكتلة التشريعية التي تركز خيار الأصالة القانونية لتنظيمه للحياة الشخصية للأفراد الأكثر ارتباطا بالدين الإسلامي باعتباره إحدى مقومات الهوية الوطنية، وهو نفس الخيار الذي أقرته اغلب الدول الإسلامية. غير انه يجب الإشارة إلى إن الإبقاء على قانون الأحوال الشخصية للجزائريين عادة الاستقلال لم يكن في الواقع إلا استمرارا لما كان عليه إبان الاحتلال، حيث تمثلت السياسة التشريعية الفرنسية أساسا في فرض القانون العام الفرنسي (تنظيم الدولة والمؤسسات والقانون الجنائي) وإبعاد القانون العرفي والديني الجزائري بشكل تدريجي من مجال القانون العام المرتبط بالسلطة العامة والنظام العام، مع ترك الشريعة الإسلامية والعرف الأمازيغي استثناء ليحكم مجال الأحوال الشخصية للمسلمين الجزائريين¹

¹ تركز ذلك بمرسوم 1858/12/31 ثم مرسوم 1887/4/17 بينما تم انتزاع المجال الجنائي من القضاة المسلمين منذ 1832 وانتزاع المواد المدنية والتجارية منهم منذ 1841/42 . انظر : Jean Robert HENRY, *La doctrine coloniale du droit musulman algérien*, p 19-24.

وفي الحقيقة فإن قانون الأحوال الشخصية le droit musulman algérien الموروث من الفترة الاستعمارية والذي صيغ في ما بعد كقانون للأسرة - مع بعض التغييرات- إنما هو نتيجة عمل لجنة من رجال القانون الفرنسيين برئاسة موارد MORAND عميد كلية الحقوق بجامعة الجزائر، تم تنصيبها سنة 1905 بهدف وضع مشروع قانون الأحوال الشخصية للمسلمين في الجزائر. وإن كان هذا المشروع لم يصدر كقانون فإنه شكل وثيقة مرجعية تم العمل بها بعد الاستقلال في المحاكم الشرعية حتى صدور التقنين المدني في 5 جويلية 1975 بعد أن نصبت لجنة لإعداد التشريع الوطني بموجب أمر 5 جويلية 1973¹. ويرى الأستاذ جون روبير هنري² في هذا الصدد أن تقنين التشريع الإسلامي للأحوال الشخصية المبني على الوحي والعقل أدى إلى صياغته حسب القانون الفرنسي رغم الاختلاف العميق بينهما³.

ثالثاً: القانون العرفي الأمازيغي

كان القانون والقضاء العرفي الأمازيغي قبل الاحتلال الفرنسي يشكل نظاماً متميزاً بإجراءاته و قوانينه، غير إن الإدارة الاستعمارية الفرنسية سعت منذ البداية إلى كسر الكونفدراليات القبلية الأمازيغية الكبرى، لضمان سيطرتها على

¹ Souad BEN DJABALLAH, « Le droit positif à l'épreuve du sacré, cas du code algérien de la famille », in *Bulletin de Liaison*, N° 20, 20 juin 1991, LAP, université de Paris I, p.39, 40.

² أستاذ ومدير بحث في معهد الدراسات حول العالم العربي والإسلامي REMAM بجامعة اكس اونبرفونس مارسيليا بفرنسا ، مختص في القانون الإسلامي الجزائري في الفترة الاستعمارية .

³ Jean Robert HENRY, *La doctrine coloniale du droit musulman algérien*, p.16.

السكان المحليين.¹ ولكسر القبيلة عمدت أولا إلى انتزاع أراضيها التي تشكل رأسمالها الرمزي والمادي، ثم تقليص تطبيق قوانينها مع الإبقاء على النظم القبلية العرفية كمجالس تاجماعت بمنطقة القبائل، ومجالس الضمان بوادي مزاب، ومجالس امغارن بمنطقة الأماقار، وتعديل القوانين المسيرة لها بشكل يقلص من صلاحياتها، لدمجها بشكل غير مباشر في الإدارة الاستعمارية²، وهو ما حصل بمنطقتي القبائل ووادي مزاب. كما تم تقليص مجال القضاء العرفي الامازيغي إلى مجرد القيام ببعض مهام الضبط الإداري مع تقوية السلطة الضبطية لأعوان الإدارة الاستعمارية مثل "المكاتب العربية" و"القايد"³.

وباكتشاف الدراسات الإثنولوجية القانونية الاستعمارية للنظم القانونية لشمال إفريقيا بصفة عامة والجزائر بصفة خاصة منذ أوساط القرن 19،⁴ ظهر

¹ Alain SAINTE-MARIE, « De la tribu au Douar-Commune en Algérie centrale, aux XIXème siècle », in *Actes du III^e congres d'histoire et de la civilisation du Maghreb*, (26-27 Novembre 1983), OPU, 1987, tome II, p.380 et s.

² Claude BONTEMS, *Manuel des institutions algériennes*, Tome1, édition CUJAS, Paris, 1976, p.286.

CHAMP, *Les communes en Algérie*, p.27.

³ انظر التفاصيل:

Auguste FONTAN, *L'organisation judiciaire française de l'Algérie*, Thèse pour le Doctorat, Imprimerie Toulousaine, 1924, p. 16 et 5 .

Balhadj MERGHOUB, *Le développement politique en Algérie*, Fondation Nationale des Sciences Politiques, Etudes Maghrebines, ARMOND COLLIN, 1972, p 53

⁴ لاسيما على أيدي العديد من رجال القانون على رأسهم الأساتذة لويس ميو (Louis MILLOT) عميد كلية الحقوق بالجزائر من 1924 إلى 1935... كما كان سنة 1935 المدير العام لشؤون الأهالي

اتجاه في الفقه القانوني الاستعماري يقر بوجود ازدواجية قانونية في النظام القانوني الذي يحكم الأهالي في الجزائر وفي المغرب الأقصى، وانطلاقاً من ذلك تم الإبقاء على القانون العرفي الأمازيغي ببعض المناطق مثل منطقة القبائل لحكم المسائل المدنية على مستوى قضاء الصلح الفرنسي justice de paix ، كما تم ترسيم القضاء العرفي الأمازيغي بإنشاء ما سمي بالجمعيات القضائية djemâas judiciaires بموجب مرسوم 29 أوت 1874، لكن سرعان ما تم إلغائها سنة 1880 بعد بسط الإدارة المدنية. وبموجب مرسوم 7 جانفي 1883 أصبح قاضي الصلح مكلف وحده بالفصل في المنازعات طبقاً للقانون العرفي القبائلي والقانون الفرنسي.¹ وفي وادي مزاب تم الاعتراف بالقضاء المزابي مع تعديله حتى ينحصر في مجال الأحوال الشخصية والمدنية، و تعالج هذه المسائل من طرف العزابة بالاعتماد على الموسوعات الفقهية الإباضية.²

وأقاليم الجنوب في الحكومة العامة للجزائر)، وجون هنري بوسكي Jean Henri BOUSQUET (البروفيسور بكلية الحقوق بجامعة الجزائر سنة 1950 ويعود إليه الفضل في جمع وتوثيق الكثير من القوانين العرفية التي كانت سارية المفعول في منطقة القبائل ووادي مزاب)، وهانوتو وليوتورنو... ، وغيرهم من الأنثروبولوجيين الميدانيين .

¹ حول نشأة وتطور قضاء الصلح والقضاء الأهلي في الجزائر انظر:

Marcel GHOZI, *Le juge de paix en Algérie, Juge de droit commun en matière musulmane*, La maison des livres , Alger, première édition, 1940.

BONTEMS, *Manuel des institutions algériennes*, p.380 et 5.

² بموجب قرار 1 جانفي 1883 أنشئت مجالس قضائية على مستوى كل مدينة مزابية تتكون من العزابة (رجال الدين الإباضية) ، كما أنشئت محكمة استئناف مقرها بغرداية تتشكل من 7 أعضاء من العزابة كل منهم يمثل إحدى المدن المزابية السبع يعينون بقرار حكومي. ويتم الطعن بالنقص في

وباسترجاع الاستقلال الوطني تجاهل المشرع الوطني الإرث القانوني العرفي المتميز بتعددته طبقا لتبنيه مبدأ الوحدية القانونية ونموذج الدولة الوطنية الموحدة الفرنسي الذي ترتب عنه توحيد النظام القانوني والإداري والقضائي. ويتضح ذلك جليا في مختلف المواثيق والنصوص الأساسية للدولة، مع أنه اعتبر العرف المصدر الاحتياطي الثاني للقانون الجزائري بعد الشريعة الإسلامية. وبالطبع تم اعتبار الخصوصيات القانونية (النظم والقوانين العرفية المحلية المختلفة) عاملا مناقضا للوحدية التي بني عليها النظام القانوني الجزائري. والملاحظ أن الفقه القانوني الاستعماري في الجزائر نفسه تأثر بهذا الاتجاه بعد الحرب العالمية الثانية وعاد للمفهوم الواحد للقانون ولم يسجل إلا القليل جدا من الدراسات حول هذا الموضوع.¹

أحكام مجلس غرداية أمام المحكمة الإباضية بالجزائر أو البليدة تسمى غرفة الطعون الإسلامية وهي تابعة للقضاء الفرنسي لكن قضاتها إباضية يحكمون طبقا للشريعة الإسلامية وفقا للمذهب الإباضي. وبموجب مرسوم 1890/12/29 أنشئت ثلاث محاكم خاصة للفصل في المنازعات بين المزابيين المهاجرين بمدن الشمال، في كل من الجزائر، معسكر و قسنطينة. انظر :

CARRET, J, « Le particularisme ibadite au MZAB », in *l'Afrique et l'Asie*, No 49, 1960, p 43. AMAT Charles, *Le Mzab et les mozabites*, Challamel et cie Éditeurs, paris, 1888. p163.

¹ Jean Robert HENRY, « Droit et société au Maghreb, quelques nouveaux enjeux de la recherche juridique », in *POLITIQUES LEGISLATIVES, Egypte, Tunisie, Algérie, Maroc* ; Dossiers du CEDEJ, Le Caire, 1994.p 109.

من مناقشتنا لإشكالية الأصالة والاقْتباس القانوني في الدول الفتية والجزائر نلاحظ أن مذهب المشرع الجزائري في بناء المنظومة القانونية الجزائرية لم يختلف عن مثيله في إفريقيا والعالم الإسلامي، إذ هو يتراوح -حسب القطاعات القانونية- ما بين اقتباس القانون الفرنسي كقاعدة عامة، وكاستثناء القطيعة مع القانون الفرنسي بالاقْتباس من غيره، أو المحافظة على الموروث القانوني مما أدى إلى اكتسابه للطابع المركب. ويلاحظ الأستاذ رمضان بياجي بحق إن القانون الوضعي الجزائري « يتطور حسب منطق تركيبى *logique d'assemblage* وليس حسب منطق هرمي *logique pyramidale* »¹

وفي الواقع يعتبر مذهب المشرع الجزائري صائبا -على الأقل في مرحلة ما بعد الاستقلال- بجعل التشريع المصدر الأول والأصلي للقانون² لأن ذلك يسمح بحرية أوسع لاستيحاء القوانين العصرية للدول المتقدمة التي تتماشى مع التطور الإنساني في المجالات الاقتصادية والإدارية وغيرها. ذلك أن تحرر شعوب العالم الثالث من نير الاستعمار بعد قرون من التخلف والقهر جعلها أمام

¹ Ramdane BABADJI, « Le synchronisme dans la formation du système juridique algérien », p.21.

² انظر المادة الأولى من القانون المدني الجزائري، وقد نصت اغلب دساتير الدول العربية على ان الشريعة الإسلامية هي المصدر الأساسي للتشريع، بينما سكنت أخرى مثل لبنان عن النص على مصدر التشريع. انظر د. قائد محمد طربوش، أنظمة الحكم في الدول العربية، تحليل قانوني مقارنة، الجزء الأول: نشأة الأحكام الدستورية العربية وبنيتها الفنية وطرق تعديلها، المكتب الجامعي الحديث، 2007، ص 294 وما بعدها.

تحدي كبير - لم تكن محضرة له من قبل - يتمثل في بناء دول حديثة تسير التطور القانوني والمؤسسي الذي بلغته الدولة الغربية الحديثة، لذلك كان الاقتباس وسيلة ضرورية وحتمية فرضتها الظروف الموضوعية لهذه الدول، لاسيما أن النخب المثقفة في هذه الدول تبنت النموذج القانوني للدولة الغربية- التي انبهرت به- بعد أن تم غرسه في المجتمعات المستعمرة قبل فترة طويلة من استقلالها¹ بحيث بات من المستحيل تأصيله وتعويضه بنظام آخر. ولاشك أن الاستمرارية القانونية في هذه الظروف كانت الاختيار الأصوب لتحقيق الاستقرار القانوني، ومن جهة أخرى فإن الميدان القانوني هو الأكثر صعوبة للتغيير الكلي لأنه يرتبط بالنظام، وقد كانت الدول الفتية غداة استقلالها أحوج ما تكون إلى الاستقرار القانوني، وكما يؤكد الأستاذ جون روبير هنري « لا يمكن أن نلقي القانون في مزلة التاريخ دون المخاطرة بالهلاك»². لكن هذا الوضع أدى إلى المبالغة في الاقتباس القانوني في هذه الدول بسبب الاعتقاد الخاطئ الذي يسود لدى السلطة السياسية أن تغيير القوانين يؤدي حتما إلى تغيير المجتمع، مع أن التغيير لا يتم في الحقيقة- كما يؤكد العميد ميشال أليوت- بنفس الوتيرة والسرعة في كل من مجال القانون والمجتمع، إذ غالبا ما يكون التفاوت بين تطور القانون وتطور المجتمع.

¹ Emmanuel TERRY, *L'Etat contemporain en Afrique*, l'HARMATTAN, paris, 1987, p.13.

² Jean Robert HANRY, « La norme religieuse à l'épreuve du "nationalisme juridique" : l'héritage du droit musulman algérien », in *Débat juridique au Maghreb, de l'étatisme à l'Etat de droit*, PUBLISUD-IREMAM, 2009, p53.

كما انه من الخطأ تجاهل الإرث القانوني و المؤسساتاتي بناء على اعتباره يكرس التخلف و يعرقل التنمية. هذه المغالطة وقع فيها الكثير من رجال القانون في دول العالم الثالث والجزائر من خلال رؤية القانون انطلاقا من النموذج الغربي للدولة والقانون. فبالنسبة إلى الدول المغاربية يلاحظ بونتون بحق أن « القانونيون المغاربيون تعلموا أن يفكروا حسب تصنيفات الفكر القانوني الأوروبي ونقلوا بدورهم نفس المنطق إلى مرديهم»¹، مع أن روح القوانين الغربية تخضع إلى جملة من الأسس غير متوفرة في هذه المجتمعات أهمها اعتماد العقلنة والعلمانية وتقديس حرية الفرد (الفردانية)².

وخلاصة القول أن أي نظام قانوني لا بد إن يتفتح على واقع التطور الاجتماعي الاقتصادي طالما أن الهدف من القانون ليس هو تكريس الواقع وإنما هو تغيير المجتمع وترقيته لتحقيق الأهداف التي تقوم عليها السياسة التشريعية، وفي هذا المعنى يبرر الأستاذ محند يسعد اتجاه المشرع الجزائري غداة الاستقلال بقوله « في بلد ثورة، القانون هو الذي يتقدم الواقع و يؤثر فيه حتى يجعله يتطور إلى الأهداف المحددة مسبقا» ويضيف في مقال له صدر غداة الاستقلال: « هدفنا هو كسبنا لتشريع موحد موجه إلى ترقية واقع اجتماعي»³.

¹ Claude BONTEMS, « L'invention du droit musulman algérien », in *Débat juridique au Maghreb, de l'étatisme à l'Etat de droit*, PUBLISUD-IREMAM, 2009, p.51.

² Antoine LECA, *La genèse du droit, Essai d'introduction historique au droit*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, France, 2^{ème} édition, 2000, p.221 et s.

³ Mohand ISSAD, « De quelques problèmes soulevés par la nouvelle fonction du droit », in *R.J.P.*

N°1, 1966, pp.57.58.

غير انه إذا سلمنا إن القانون ليس فقط انعكاس للواقع الاجتماعي وإنما هو أداة السلطة لتحقيق التغيير السياسي الاجتماعي الاقتصادي، فإنه لا بد لنجاح القانون في تحقيق هذا التغيير أن يكون له قابلية /réceptivité/ adaptabilité للتطبيق في الواقع الثقافي الحضاري لكل مجتمع.¹ وبالتالي فإن القانون ينبغي أن يجمع ويوفق بين إرادة المشرع من جهة والواقع الاجتماعي من جهة أخرى، طالما أنه ينبثق من الحوار بين الطبيعة البشرية وظروف المجتمع التي يعيش فيها وتجاربه، والأحكام التي يضعها المشرع والحلول القضائية². وبالتالي حتى يكون للقانون فاعلية فلا بد من تقبل المجتمع له.

فبعد حوالي خمسة عقود من صدور أمر 31-12-1962 يبقى السؤال مطروحا عن مدى اكتمال مسار "جزارة" القانون الذي وعد به المشرع غداة الاستقلال كتكريس لمبدأ الاستقلال السياسي والسيادة الوطنية، كما يبقى النقاش متواصلا حول مدى رشاد مذهب المشرع الجزائري في التوفيق بين استيراد واقتباس القوانين الغربية الذي تفرضه الحاجة الموضوعية من جهة، والمحافظة وتثمين الموروث القانوني الوطني الذي تستلزمه ضرورة مسايرة القانون للوضع الاجتماعي وإثبات الهوية القانونية للأمة من جهة أخرى.

¹ N.HAMROUCHI, *Le droit algérien entre mimétisme et créativité*, p.11.

² Christian ATIAS, *Epistémologie du droit*, Que sais- je ?, PUF, 1994, p.31.