جامعـــة الجـــزائر1 بن يوسف بن خدة
نيـــابة مديرية الجامعة للتكـــوين العـــالي في الطور الثالث
والتأهيـــل الجامعي والبحـــث العلمي وكذا التكوين العالي فيما بعد التدرج

ملتقـــى دولـــي
الجزائر 24 & 25 **أكتوبر** 2016

القانون المدني
بعد أربعين سنة

عدد خاص من حوليات جامعة الجزائر 1 **العدد:** 2016/05

حوليات جامعة الجزائر 1

عدد خاص

الملتقى الدولي الخامس

القانون المدني بعد أربعين سنة

الجزائر 24 & 25 أكتوبر 2016

تحت رعاية الأستاذ الدكتور: حميد بن شنيتي

مدير جامعة الجزائر 1

بإشراف الأستاذ الدكتور: علي فيلالي

إخراج: شهيناز بلوحشي

اللجنــة العلميــة

علــي فيــلالــي: أستــاذ التعليم العــالي، كلية الحقـوق- جامعة الجـزائر 1

غنيمة لحلو خيـار: أستــاذة التعليم العـالي، كلية الحقـوق - جامعة الجـزائر 1

سليمان محمــدي: أستــاذ التعليم العــالي، كلية الحقــوق- جامعة الجزائر 1

ذهبيــة حامــق: أستــــاذة محــاضرة ، كلية الحقـوق- جامعة الجـزائر 1

فريدة وعــــراب: أستــاذة محــاضرة ، كلية الحقــــوق- جامعة الجـزائر 1

راضية آمقــــران: أستــاذة محــاضرة ، كلية الحقــــوق- جامعة الجزائر 1

حيــــاة حامــي: أستــاذة محاضــرة، كلية الحقــــوق- جامعة الجــزائر 1

عرعارة عســالي: أستــاذة محاضــرة ، كلية الحقــــوق- جامعة الجـزائر 1

شوقي بنــــاسي: أستــاذ محاضــــرة، كلية الحقــــوق- جامعة الجزائر 1

ليلــى كــــراش: أستــاذة محاضــرة، كلية الحقــــوق- جامعة الجــزائر 1

الأمانة التقنية

عثمــان دشيشــة: أستــاذ محــاضــر، كــلية الحقــــوق – جامعة الجـزائر 1

أحمــد بوعليــلي: أستــــاذ مســاعد، كــلية الحقــــوق - جامعة الجزائر 1

فريدة مصطفى قـارة: أستــــاذة مســـاعدة، كــلية الحقــوق - جامعة الجزائر 1

اللجنــة التنظيمية

علــي حراتــي: رئيــــس مصلحــة الدراســات العليــا ، جامعة الجــزائر 1

شهيناز بلوحشي: مهنـــــدس دولــة في الاعــلام الآلـــي، جامعة الجـزائر 1

ميمــي عيــــواز: مكــــلفة بالتــــأهيــل الجــــامعــي، جامعة الجزائر 1

لاميــة ازقــــار: مكــلفــــة بمشــــاريع البحــــث، جامعة الجـزائر 1

محمــد حنيــفي: مكــلــــف بمخــــابــــر البحــــث، جامعة الجزائر 1

الفهـــــــرس

الاشكالية 05

معتز محمد أبوزيد

ذاتية المجتمع في القانون المدني دراسة مقارنة للقانون المدني في تشريعات بعض الدول العربية 10

نجاة ساسي

الحقوق في القانون المدني: مضمون تقليدي بمقاربة جديدة 36

ذهبية حامق

النظـــــرية العامـة للعقـــــد : تصـور جديـد 77

محمد رحموني

أي دور للقانون المدني في حماية البيئة ؟ 102

شوقي بنّاسي

تأثير القانون الفرنسي والمصري على القانون المدني الجزائري الالتزامات أنموذجا 143

حمزة قتال / سمير شيهاني

علاقة القانون المدني بقانون الأسرة: قواعد الأهلية نموذجا 182

محمد كمال شرف الدين

خواطر حول مكانة القانون المدني الجزائري في منظومة المدوّنات العربية 203

محمد بودالي

أزمة القانون المدني في ظلّ اتّساع نطاق قانون حماية المستهلك 224

محمد عماد الدين عياض

تحولات نظرية العقد في ظل قانون الاستهلاك 246

سامي بن حملة

قانـــون العقـــود في مواجهـة قانـــون المنافســـة 276

خديجة فاضل

عقد الإذعان في القانون المدني والتشريعات الخاصة 305

رياض فخري/ رشيد الطاهر

ظهير الالتزامات والعقود المغربي: بين المرتكزات وإكراهات التعديل 331

أحمد شاعة

تناقض الاجتهاد بين القضاء العادي والقضاء الاداري، ما الحل ؟ انتقال الملكية العقارية بالوفاة نموذجا 345

الطيب زروتي

إجتهاد القضاء الجزائري في مسائل الزواج المختلط 359

خلاصة لأشغال الملتقى 370

الإشكـــــاليـة

صدر القانون المدني في الفترة التي كانت تسعى فيها الجزائر إلى بناء مجتمع اشتراكي، مع العلم أن تحقيق هذا المسعى يقتضي تغييرا جذريا في تنظيم العلاقات داخل المجتمع لكونه يستند إلى معتقد جديد. ومن المعروف أن مثل هذه التغييرات الجذرية يتبناها ويجسدها سياسيون متشبعون بأفكار ثورية جديدة.

غير أن إعداد القانون المدني لم يخضع آنذاك للإجراءات السارية المفعول بشأن سن القوانين الهامة التي تساهم في بناء المجتمع الاشتراكي (قانون الثور الزراعية، قانون التسيير الاشتراكي للمؤسسات، ...)، لا سيما مناقشة مشاريع القوانين من قبل حزب جبهة التحرير الوطني باعتباره حزبا طلائعيا والمصادقة عليه من قبل مجلس الثورة والحكومة باعتباره القيادة الثورية الحكامة. وقد أوكل إعداده إلى مجموعة من محترفي القانون، باعتبار كفاءاتهم العلمية والعملية بغض النظر عن التزامهم السياسي.

ولما كان الأمر يتعلق بإصدار قانون جديد، فمن البديهي أن يكون معاصرا، ومعالجا ومتجانسا مع كل متطلبات المجتمع في ظل هذه التوجهات الجديدة وتطور الفكر القانوني. وهذا ما أكدته الوثيقة التي تحمل عنوان "عرض أسباب مشروع الأمر المتعلق بالقانون المدني"[1]، حيث ورد فيها أنه بعد صدور جملة من القوانين بقي أن يكتمل هذا الصَرْحُ بقانون مدني مستلهم من الإسهامات الإيجابية للعالم المعاصر الذي يتطوّر فيه مجتمعنا.

لقد كانت هذه التوجهات الجديدة محل اهتمام المشرع حتى قبل صدور القانون المدني، خاصة من خلال إصداره بعض القوانين منها: الأمر رقم 66-183 المؤرخ في 21 يونيو 1966 يتضمن تعويض حوادث العمل والأمراض المهنية، والأمر رقم 74-15 المؤرخ في 30 يناير 1974 يتعلق بإلزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار، علما أن تعويض ضحايا هذه الحوادث كان من أهم المسائل التي انشغل بها المجتمع آنذاك.

---

[1] - توجد هذه الوثيقة بمكتبة كلية الحقوق الجزائر تحت رقم Pr/1998.

وللتذكير، فقد كان لتطور المجتمع الأثر البالغ على مبدإ سلطان الإرادة، باعتباره حجر الزاوية الذي بني عليه القانون المدني الفرنسي، إذ عرف تراجعا معتبرا، نتيجة التشكيك في الفرضية التي يستند إليها، وهي مساواة الأشخاص واستقلاليتهم. وهذا ما ساعد على الانتقال من الدولة الحارسة إلى الدولة المتدخلة، وبروز النزعة الموضوعية إلى جانب النزعة الذاتية، وظهور ظاهرتي جميعة العقد وعيممته. كما ظهر أيضا مفهوم المخاطر الاجتماعية بالموازاة مع تطوّر نظام المسؤولية المدنية تبعا لتفشي مخاطر جديدة ذات عواقب وخيمة، خاصة تلك التي تتسبّب فيها حوادث التصنيع وأخطار المنتجات وغيرها.

كما لوحظ تراجع في الطابع المطلق للحقوق بتقييدها، مراعاة لتحقيق المصالح الخاصة والمصلحة العامة في آن واحد، إذ لم يعد صاحب الحق فردا مستقلا عن المجتمع، بل أصبح جزءا منه، له حقوق وعليه واجبات. وبالموازاة مع ذلك، تم تسجيل زيادة في الحقوق وتنوعها، فظهرت حقوق جديدة منها الحق في السلامة الجسدية، والحق في بيئة نظيفة، والحق في الإعلام ...إلخ.

كما أفرز الواقع، تراجعا في التأمينات الشخصية والعينية التقليدية، من كفالة ورهن عقاري، بظهور تأمينات جديدة مثل الضمانات البنكية (الضمان عند الطلب الأول، الاعتماد المستندي) والضمانات في إطار التأمين، والرهن القانوني، وبند الاحتفاظ بالملكية وغيرها، وهي أكثر نجاعة بالنسبة للدائن، وأقل عبئا على المدين وملاءمة للتطور المجتمع.

لقد عرف المجتمع، بالإضافة إلى كل هذه التطورات القانونية، معاملات جديدة لم تكن معروفة من قبل كعقد حفظ الحق والبيع على التصاميم، وعقود ما قبل التشغيل، وعقد تحويل الفاتورة، وعقد الاعتماد الايجاري، ومن ثم وجب معالجتها قانونا.

ولكن بالرجوع إلى عرض أسباب القانون المدني يبدو أن الهدف الذي سعى المشرع إلى تحقيقه كان أقل طموحا، فلم يتمكن من إحداث ثورة تشريعية، وإنما اكتفى فقط بوضع أداة قانونية بيد القاضي، وهذا ما أكّدته نصوص القانون المدني، إذ جاءت خالية من كل إبداع باستثناء بعض النصوص

منها المادة 90 والمادة 3/107، وبقي المشرع متمسكا بالمبادئ التي كرّسها قانون نابليون.

إن تأثر المشرع بالقانون الفرنسي[2] منعه حتى من إيجاد صياغة جديدة للنصوص القانونية عندما اعتمد في حالات محدودة تصورا جديدا مخالفا لتصور المشرع الفرنسي. فقد تبنى المشرع - على سبيل المثال- فكرة الحقوق الوظيفية – وهي حقوق مقيدة أصلا- وذلك من خلال تعريفه لحق الملكية، وكذا بعض حالات التعسف في استعمال الحق في المادة 41 من القانون المدني (ملغاة[3])، غير أن هذا لم يمنعه من عنونة القسم الثالث من الفصل الأول، الباب الأول، الكتاب الثالث بـ "القيود التي تلحق حق الملكية"، وكأنه يعتبر حق الملكية حقا مطلقا. وفي ضوء هذا التردد يحق لنا التساؤل عن مدى مسايرة القانون المدني لمتطلبات المجتمع؟

أما من حيث المصادر التي اعتمد عليها المشرع في وضعه للقانون المدني فيبدو أن هناك تناقضا واضحا بين نصوص القانون المدني من جهة والوثيقة المتضمّنة عرضه أسبابه من جهة أخرى. فقد جاء، بكل وضوح، في عرض الأسباب أن المشرع يسعى إلى إعداد قانون جزائري أصيل وذلك بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية، وقد تجلى هذا في الخطاب السياسي الرسمي، غداة الاستقلال، الذي كان يرى أنه لا استقلال دون استرجاع الهوية الجزائرية من خلال استعادة اللغة العربية، وكذا الثقافة العربية الإسلامية والأمازيغية مكانتهما. ومما جاء في عرض الأسباب، على وجه الخصوص، أنه بعد صدور جملة من القوانين وإلغاء القانون رقم 62-157 ابتداء من 5 جويلية 1975 بقي عندئذ إكمال هذا الصرح المهم بواسطة اعتماد قانون مدني يجب البحث عن إلهامه في قيمنا العربية – الإسلامية.

---

[2] - لقد تم بموجب القانون رقم 62-157 التمديد إلى أشعار آخر لمفعول التشريع النافذ إلى غاية 31 ديسمبر 1962، وعليه كان القانون المدني الفرنسي بمثابة القانون المدني الجزائري إلى غاية اصدار القانون المدني الجزائر بتاريخ 26 سبتمبر 1975 مع تطبيقه بأثر رجعي من 05 جويلية 1975.

[3] - المادة 124 مكرر مدني في النص الحالي.

ولكن الملاحظ أنه وعلى الرغم من كل ما جاء في عرض الأسباب فإن نص القانون المدني بقي محتفظا، من حيث الشكل والأسلوب والمصطلحات والمضمون والمبادئ، بقانون نابليون، واقتصر نصيب الشريعة الإسلامية على بعض الأحكام الخاصة، منها مجلس العقد، ومرض الموت، والشفعة...الخ. ولعل ما يلفت الانتباه أن هذه الأحكام لم تتكيّف مع المبادئ العامة للقانون المدني، فبقيت مجرد حالات استثنائية. وأما الأعراف فلا محل لها من الإعراب، إذ تولى المشرع تنظيم كل كبيرة وصغيرة في إطار تشييد مجتمع جديد. وتثير كل هذه الاعتبارات التساؤل عن أصالة القانون الجزائري عموما والقانون المدني خصوصا؟

بالإضافة إلى هذا هناك خاصية بالنسبة للقانون الجزائري بصفة عامة والقانون المدني بصفة خاصة، وهي الازدواجية اللغوية. لقد تم تحرير القانون المدني باللغة الفرنسية ثم ترجم ترجمة لغوية إلى اللغة العربية، الأمر الذي أدى في بعض الحالات إلى تناقض بين النص العربي والنص الفرنسي.

لقد أصبح الإلمام والإحاطة بالقانون في الوقت الحالي من الأمور الصعبة جدا، بالنظر إلى كثرة التشريعات كما ونوعا، فظهرت على مستوى المجتمعات المتقدمة – معالجة لهذا الأمر- حركة واسعة للتقنين، وفق أسلوب جديد يشمل التشريع والتنظيم في آن واحد ، مما يسهل الاطلاع على القوانين من قبل الكافة. ولكن الملاحظ بالنسبة للقانون المدني الجزائري أنه لم يبق على الأسلوب التقليدي فحسب، بل لا زال يلجأ إلى أسلوب التشريعات الخاصة التي تتزايد يوما بعد يوم. ومن المعروف أن تطبيق هذه التشريعات يكون على حساب الشريعة العامة، أي القانون المدني، الأمر الذي يجعلنا نتساءل عن المكانة الحقيقية لأحكام القانون المدني كشريعة عامة في ضوء تزايد التشريعات الخاصة؟ كما يمكننا التساؤل حتى عن مستقبله لا سيما وأن بعض التشريعات، على غرار قانون حماية المستهلك، يستند إلى فرضية مختلفة، وينتهج أسلوبا غريبا عن أسلوب القانون الخاص، وأفرز مبادئ جديدة؟

إنه من الثابت أيضا أن للاجتهاد القضائي دورا كبيرا في استقرار القوانين، وذلك من خلال تكييفها مع المستجدات عند التطبيق، وإيجاد الحلول الملائمة تبعا للتطور المستمر الذي يعرفه المجتمع، ولعل أحسن مثال، في هذا الشأن، هو الاجتهاد القضائي الفرنسي الذي ساعد على استمرار تطبيق نصوص القانون المدني الفرنسي منذ أكثر من قرنين، محاولا في كل مرة معالجة كل المستجدات دون حاجة للرجوع إلى المشرع. والجدير بالملاحظة أن الأمن القانوني – وهو أحد متطلبات العصر – قوامه استقرار القوانين والاجتهاد القضائي. وبالنظر إلى هذا الدور الهام الذي يلعبه الاجتهاد القضائي، في المواد المدنية، يكون من المفيد جدا تناول حصيلة الاجتهاد القضائي الجزائري خلال أربعين سنة من التطبيق.

وفي الأخير، ونظرا لانتماء الجزائر إلى المنطقة المتوسطية، وإلى مجموعة البلدان العربية وفي ضوء ظاهرة العولمة، لعله من المفيد جدا الاستفادة من تجربة القانون المدني الفرنسي باعتباره مصدرا أساسيا وهو حاليا محل إصلاح، وكذا القانون المصري كونه "رائد" القوانين العربية، بالإضافة إلى تجربة بلدان المغرب العربي لا سيما تونس والمغرب لكونهما تأثرا هما كذلك بالقانون المدني الفرنسي ويتقسمان مع الجزائر اللغة والحضارة العربية الإسلامية بالإضافة إلي أنهما بلدان مجاوران لها.

تلكم هي التساؤلات التي تثيرها إشكالية هذا الملتقى الدولي والتي يمكن معالجتها من خلال المحاور الأربعة التالية:

- القانون المدني: مبادئ عامة،
- مستقبل القانون المدني بالنظر إلى تزايد التشريعات الخاصة،
- قراءة في بعض القرارات القضائية،
- قراءة في القوانين المدنية العربية وإصلاح القانون المدني الفرنسي.

اللجنة العلمية

خلاصة لأشغال الملتقى

د. بناسي شوقي، أستاذ محاضر
د. واعراب سليمة، أستاذة محاضرة

لقد كانت الذكرى الأربعون لصدور القانون المدني فرصة مواتية لوضعه في ميزان البحث العلمي من أجل تقييمه شكلا ومضمونا، وهو ما قام به الأساتذة المتدخلون طيلة أشغال الملتقى، وقد توصّلوا إلى ما يلي:

أولا: التفاوت بين القانون المدني والدساتير الجزائرية: إن القانون المدني، باعتباره مكوّنا هاما من مكوّنات المنظومة القانونية الجزائرية، يتعيّن أن يكون منسجما، تمام الانسجام، مع الدستور على أساس أن هذا الأخير يمثل أعلى الهرم القانوني، إلا أن هناك تفاوتا في هذا المجال. يظهر أنه راجع لسببين مهمين: **أولا** صدور القانون المدني في وقت جرى فيه تعليق العمل بدستور 1963. **ثانيا** أنه قد تولى إعداده بعض محترفي القانون من غير السياسيين دون عرضه على مجلس الثورة.

إن صدور دستور 1976 تجاهل هذا الأخير القانون المدني لاسيما في مجالين يُعدان من أهم ركائزه: الملكية والأشخاص. بالنسبة للملكية كان القانون المدني يقدّس الملكية الخاصة ولا يقيّدها إلا ببعض القيود، في حين أن الدستور، على العكس من ذلك، كان يمجّد الملكية العامة ويحارب الملكية الخاصة إذا كانت وسيلة للثراء، ولا يوفر لها حماية إلا إذا كانت مستعملة لإشباع الحاجات الخاصة. أما من حيث الأشخاص فلم يهتم القانون المدني بموضوع الحقوق الأساسية باعتباره قانونا للأموال، في حين أن الدستور كان يهتم بهذه الحقوق ولكن من منظور وظيفي في إطار الإيديولوجية الاشتراكية، فهو لا يعترف بها للشخص إلا إذا شغل وظيفة معينة كما هو الحال بالنسبة لحقوق العمال وحقوق الفلاحين...إلخ. لقد استمر التفاوت بين الدستور والقانون المدني في ظل دستوري 1989 و1996، فقد تم الاعتراف بالملكية الخاصة على نطاق واسع من أجل المساهمة في التنمية الاقتصادية، في حين أن القانون المدني لم يواكب هذا التطور، وبقي محافظا على نظرته التقليدية للملكية الخاصة باعتبارها حقا مقدسا للأفراد يمارس ضمن القيود القانونية. أما في مجال الحقوق الأساسية للأشخاص، وعلى خلاف دستور

1976، فقد اهتم دستورا 1989 و1996 بما يُعرف بحقوق الإنسان، إلا أن القانون المدني بقي بعيدا كل البعد عن هذه الحقوق، مع أنه كان بالإمكان تكريسها ضمن الباب التمهيدي للقانون المدني كمبادئ عامة حديثة يسير المجتمع المدني في ضوئها، كما هو حال بعض التشريعات الحديثة.

ثانيا: القانون المدني والأصالة: كانت الخطابات الرسمية، قبل صدور القانون المدني، تدعو إلى وجوب الرجوع إلى الشريعة الإسلامية باعتبارها - إلى جانب الأعراف المحلية - مكوّنا من مكوّنات الهوية الجزائرية، ولكن يبدو أنه، في نهاية المطاف، قد تعذّر الرجوع إلى الأصالة لسببين: **أولا** أن الانتماء للعالم العربي جعل القانون المدني سجين التشريعات العربية، لاسيما القانون المدني المصري لسنة 1948، ويرجع ذلك، بالدرجة الأولى، لعوامل سياسية، فقد كانت جمهورية مصر العربية في تلك الفترة رائدة للعالم العربي من جهة، وكانت القومية العربية هي الشعار الرائج آنذاك من جهة أخرى. **ثانيا** أن واضعي القانون المدني كانوا، بفعل ظاهرة التأثر الثقافي، من خريجي المدرسة الفرنسية ومن ثم بدل الاتجاه إلى الاستفادة من التشريعات المدنية المعاصرة، والعمل على استحداث حلول جديدة تتماشى والمعطيات الحديثة، وقع اختيارهم على التمسّك، على غرار القانون المدني المصري، بالقانون المدني الفرنسي، خاصة وأن هذا الأخير قد بقي ساريا بعد الاستقلال إلى غاية 1975. لقد ظنّ واضعو القانون المدني أن سبيل العصرنة، والتفتح على العالم المعاصر، لن يتحقق إلا من خلال الاقتداء بالقانون الفرنسي، وهذا ما جعل القانون المدني يعتمد الحلول التقليدية التي كرّسها قانون نابليون على جميع المستويات: في مجال الالتزامات والعقود الخاصة، والحقوق العينية الأصلية، والحقوق العينية التبعية (التأمينات العينية)، وهذا على الرغم من الفارق الزمني الشاسع بين القانونين، واختلاف ظروف المجتمع الجزائري عن ظروف المجتمع الفرنسي التي تم في ضوئها وضع قانون نابليون، ودون مراعاة التطورات السياسية والاجتماعية والاقتصادية الكبيرة التي حدثت بعد صدور قانون نابيلون.

ثالثا: القانون المدني والمعاصرة: يظهر، بالنظر إلى تاريخ صدور القانون المدني – 1975-، أنه قانون حديث يستجيب للتطورات الاجتماعية والاقتصادية التي طرأت على المجتمع، إلا أن الاطلاع على نصوصه يدل على أن الأمور تجاوزته كثيرا. بقي

من جهة محافظا على التقسيم الثنائي للحقوق: شخصية وعينية، ولم يكرّس ما يُعرف بالحقوق المعنوية، وإنما أشار إليها إشارة عابرة في ظل وجود تشريعات خاصة تنظم هذه الحقوق. و لم يلتفت من جهة أخرى إطلاقا للحقوق الجديدة، كما هو الحال، بالنسبة للحق في السلامة الجسدية، والحق في البيئة...إلخ. بل يمكن القول أن المشرع قد تردّد كثيرا في إحداث إبداعات جديدة، لاسيما في مجالي العقد والمسؤولية. ففي اطار العقد كان بإمكان المشرع تجاوز مبدأ سلطان الإرادة (الذي عرف تراجعا كبيرا)، و اعتمدا مبادئ جديده تساهم في إعطاء تصور جديد للعقد يقوم على المساواة الفعلية العقدية و التوازن العقدي في جميع جوانبه و تعزيز التضامن بين المتعاقدين. أما في مجال المسؤولية ، فقد عرفت التشريعات الخاصة تكريسا حقيقيا لنظام تعويضي عن الأضرار الجسمانية كما هو الشأن بالنسبة لحوادث العمل (1966)، وحوادث المرور (1974)، ومع ذلك تجاهل القانون المدني، عند صدوره، كل هذه المعطيات الجديدة، وفضّل الإبقاء على المسؤولية عن فعل الأشياء (المادة 138)، مثلما وضعها الاجتهاد القضائي الفرنسي، مما يطرح بجدية فائدة هذه المادة في ظل وجود التشريعات الخاصة. بالإضافة إلى ذلك كانت أحكام المسؤولية في ظل المستجدات محل اختلاف في تأويلها وكذا في تطبيقاتها.

رابعا: القانون المدني والتشريعات الخاصة: لقد تراجعت وظيفة القانون المدني، باعتباره الشريعة العامة، ويظهر أن ذلك راجع لسببين: **أولا:** استقلالية قانون الأسرة، على الرغم من إحالة بعض نصوصه على القانون المدني، لكونه قد اعتمد الشريعة الإسلامية كمصدر مادي حصري، ولاشك أن هذه الأخيرة نظام قانوني مستقل له منطلقاته وتصوراته واصطلاحاته الفنية، ومن ثم فهو يتميز، بالضرورة، عن القانون المدني الذي ينتمي للنظام الروماني- الجرماني، بما له من تصورات واصطلاحات وتكييفات تميّزه عن باقي الشرائع. **ثانيهما:** اعتماد التشريعات الخاصة – لاسيما قانون حماية المستهلك وقانون المنافسة – تصورات جديدة وأساليب معالجة جديدة كانت سببا مهما في بروز مبادئ جديدة أصبحت تشكّل منطقة وسطى بين القانون المدني والتشريعات الأخرى، مما أدى إلى انهيار تصنيف القانون إلى قانون عام وقانون خاص، وأفرز تصنيفات حديثة على شكل طوائف: قانون الأعمال، قانون السوق...الخ.

لقد ساهمت هذه الظاهرة في دفع التشريعات الخاصة إلى الاستقلالية، شيئا فشيئا، عن القانون المدني، وتكوين حلول ذاتية مستمدة من فلسفتها الخاصة في ضوء المبادئ الجديدة، بل إنها أصبحت تهدّد وجود القانون المدني ذاته.

خامسا: القوانين المدنية العربية: إن استقراء القوانين العربية يكشف عن حقيقة مهمة وهي أننا أمام ثلاث عائلات قانونية: تتمثل **العائلة الأولى** في القوانين التي سارت على منوال مجلة الالتزامات والعقود التونسية (1906) وهي: ظهير الالتزامات والعقود المغربي (1913)، وقانون الالتزامات والعقود الموريتاني (1989) ة بدرجة أقل قانون الموجبات والعقود اللبناني (1932). إن ما يميّز هذه العائلة هو اقتصارها على تنظيم الالتزامات والعقود دون باقي مواضيع القانون المدني، كما أنها - باستثناء موريتانيا - وضعت في فترة الحماية الفرنسية، وجرى إعدادها على أساس الاعتماد على القانون الفرنسي فيما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية. أما **العائلة الثانية** فتتمثل في القوانين التي حذت حذو القانون المدني المصري (1948) على غرار القانون السوري (1949)، والقانون الليبي (1951)، والقانون الجزائري (1975). وتتميز هذه العائلة بتأثرها الشديد بالقانون الفرنسي، كما أنها نظّمت كل مواضيع القانون المدني، وقد حدث كل ذلك في ظل التمتع بالاستقلال الوطني، والاتجاه نحو الحداثة، مما أدى إلى اعتبار الشريعة الإسلامية مجرد مصدر احتياطي. وأخيرا **العائلة الثالثة** وهي تضم القوانين التي جعلت القانون الأردني (1976) نموذجا لها كالسودان واليمن والإمارات العربية المتحدة، وقد اعتمدت الفقه الإسلامي كمصدر مادي وحيد، من حيث المضمون، مع بقائها متأثرة بالقانون الفرنسي من حيث الشكل. أما القانون العربي الموحّد (1996)، فقد قرر واضعوه، منذ البداية، اتخاذ الفقه الإسلامي مصدرا ماديا لهم، ولهذا جاء قريبا من القانون الأردني ماعدا بعض التحويرات، ويرجع الفضل له في توحيد المصطلحات على المستوى العربي والاستفادة على نطاق واسع من أحكام الفقه الإسلامي، إلا أنه يُحسب عليه اعتماده على القانون الفرنسي في الجانب الشكلي، فكأنه فقه إسلامي في قالب لاتيني، وهو ما انعكس على مضمونه وشوّه الأحكام المستمدة من الفقه الإسلامي. بالإضافة إلى ذلك، وعلى غرار كل التشريعات العربية، تبدو أحكامه، في بعض الجوانب، قد تجاوزها الزمان وتحتاج إلى تحيين من أجل مسايرة مستجدات العصر.

خامسا: إصلاح القانون المدني الفرنسي: صدر قانون نابليون سنة 1804، ومنذ ذلك الحين أدخل عليه المشرع الفرنسي تعديلات عديدة ولكن في غالبيها لم تمس مادة الالتزامات، لاسيما العقود والمسؤولية، إلا نادرا، وطيلة تلك الفترة لعب الاجتهاد القضائي دورا محوريا في الإبقاء على قانون نابليون حيًّا لمواجهة مستجدات العالم المعاصر، ولكن يبدو أن مناسبة مرور قرنين من الزمن على هذا القانون جعلت الفقه يتحرك بقوة للمطالبة بوجوب الإصلاح الشامل، وهو ما تحقق فعلا على إثر تعديل 10 فبراير 2016 وقد مسّ هذا التعديل النظرية العامة للعقد وأحكام الالتزام والإثبات، وكان فرصة لتقنين بعض النظريات الحديثة كالالتزام بالإعلام ومهلة التفكير وحق الرجوع والإكراه الاقتصادي. ومع ذلك يمكن القول أن الإصلاح لم يكن جذريا، فمن جهة احتفظ التعديل بكثير من النصوص السابقة، ومن جهة أخرى كرّس حلول الاجتهاد القضائي المشهورة، وفي الجملة بقي محافظا على تقاليد قانون نابليون باعتباره مفخرة الفرنسيين.

إن بعض الحلول التي اعتمدها تعديل القانون الفرنسي هي أصلا موجودة في القانون المدني الجزائري مثل الظروف الطارئة، ومحاربة الشروط التعسفية في عقود الإذعان ..إلخ، ولكن هذا لا يعني أبدا أن القانون المدني تشريع حديث يواكب المستجدات المعاصرة اجتماعيا واقتصاديا وسياسيا، بل هو، على العكس من ذلك، قانون قد تجاوزه الزمن، في جوانب كثيرة، لاسيما فيما يتعلق بالمسؤولية، والحقوق العينية الأصلية، والحقوق العينية التبعية. يبدو أن القانون المدني، من هذه الزاوية، يحتاج إلى إصلاح عميق، ويظهر أن الجزائر في أحسن رواق لمباشرة هذا الإصلاح، ذلك أنها لا تنظر للقانون المدني نظرة تقديس كما هو الحال بالنسبة لقانون نابليون.

Université d'Alger 1 Benyoucef BENKHEDDA
Vice rectorat de la formation supérieure de doctorat LMD,
de l'habilitation universitaire, de la recherche scientifique
et de la formation supérieure de post-graduation

Colloque international
Alger 24 & 25 Octobre 2016

LE CODE CIVIL,

QUARANTE ANS APRES !

Numéro spécial des Annales de l'Université Nº: 05/2016

Les Annales de l'université d'Alger 1
Numéro spécial

Colloque international

LE CODE CIVIL, QUARANTE ANS APRES !

24 & 25 Octobre 2016

Sous Le patronage du Professeur ***Hamid BENCHENITI***
Recteur de l'université d'Alger 1

Sous la direction du Professeur ***Ali FILALI***

Réalisation
Chahinez BELOUAHCHI

Comité scientifique

Ali FILALI:	Professeur, Université d'Alger 1
Ghanima LAHLOU-KHIAR:	Professeur, Université d'Alger 1
Slimane MOHAMADI:	Professeur, Université d'Alger 1
Dehbia HAMEG:	Maître de conférences, Université d'Alger 1
Farida OUARAB:	Maître de conférences, Université d'Alger 1
Radia AMOKRANE:	Maître de conférences, Université d'Alger 1
Hayette HAMI:	Maître de conférences, Université d'Alger 1
Arara ASSALI:	Maître de conférences, Université d'Alger 1
Chaouki BENNASSI:	Maître de conférences, Université d'Alger 1
Lila KERACHE:	Maître de conférences, Université d'Alger 1

Secrétariat technique

Athmane DCHAICHA:	Maître de conférences, Université d'Alger 1
Ahmed BOUALILI:	Maître-assistant, Université d'Alger 1
Farida MOSTEFA-KARA:	Maître assistante, Université d'Alger 1

Comité d'organisation

Ali HARRATI:	Chef du service de la post graduation
Chahinez BELOUAHCHI:	Ingénieur d'Etat en informatique
Mimi AIOUAZ:	Chargée de l'habilitation universitaire
Lamia IZGUEUR:	Chargé des projets de recherche
Mohamed HANIFI:	Chargé des laboratoires de recherche

SOMMAIRE

Problématique 03

Ali BENCHENEB
Le code civil au prisme du droit constitutionnel algérien 10

Mustapha SAIDI
Le délit civil et le contrat dans le code civil évolution « bijectiviste » perfectible 35

Ghenima LAHLOU-KHIAR
Pour une refonte du droit de l'indemnisation 47

Clotilde JOURDAIN-FORTIER
Vers de nouvelles fonctions de la responsabilité civile ? perspectives d'évolution de la responsabilité civile en droits français et algérien 86

Mahmoud MOHAMED SALAH
Le code mauritanien des obligations et des contrats : un code hybride ? 108

Ali FILALI
Le projet de code civil arabe unifie : entre modernité et authenticité 137

Rémy CABRILLAC
La recodification civile en France 192

Philippe DELEBECQUE
La réforme des contrats : quelles innovations ? 206

Fethi GEDIKLI
The voyage of civil code of turkey from majalla to the present day 217

Salima OUARAB
Le rôle de la jurisprudence dans l'évolution du droit : l'obligation de securite 230

Tayeb ZEROUTI
Traduction: Salima OUARAB / Narimane MESSAOUD-BOUREGHDA
Le mariage mixte dans la jurisprudence algérienne 243

Problématique

Le code civil a été promulgué à un moment où l'Algérie aspirait à l'édification de la société socialiste. La réalisation d'un tel projet nécessite, bien évidemment, un changement radical dans l'organisation des relations au sein de la société, du moment qu'il est question d'une nouvelle idéologie. Or, il est unanimement admis que de tels changements, sont l'œuvre de politiciens, épris de nouvelles idées révolutionnaires.

L'élaboration du code civil n'a pas obéit aux procédures en cours pour l'élaboration des lois importantes, tendant à l'édification de la société socialiste (telles les ordonnances portant révolution agraire et gestion socialiste des entreprises). Les projets de loi étaient, en effet, débattus au sein du parti FLN, considéré comme le parti d'avant-garde avant d'être approuvés par le Conseil de la révolution en tant qu'Autorité révolutionnaire suprême.

La préparation du code civil a été confiée à une commission composée de professionnels du droit, choisis beaucoup plus pour leurs compétences théoriques et pratiques, que pour leur engagement politique.

S'agissant de la promulgation d'un nouveau code, celui-ci se doit d'être moderne, d'actualité et de répondre de toute évidence aux attentes de la société, compte tenu des nouvelles orientations politiques et de l'évolution de la pensée juridique. D'ailleurs, c'est ce que révèle le document intitulé « Exposé des motifs du projet d'ordonnance portant code civil »[1] dans un de ses passages: «*Il restait cependant à compléter cet important édifice par l'adoption d'un code civil dont l'inspiration devait être recherchée dans nos*

[1]- Ce document élaboré sous le timbre du Ministère de la justice, non daté et non signé est disponible au niveau de la bibliothèque de la faculté de droit d'Alger sous la référence PR/1998.

valeurs arabo-islamiques ainsi que les apports positifs du monde moderne dans lequel évolue notre société»[2].

Ces nouvelles orientations ont d'ailleurs retenu l'attention du législateur avant même la promulgation du code civil. La réparation des dommages causés par les accidents du travail et ceux de la route était considérée, à l'époque, parmi les questions les plus préoccupantes pour la société. Et c'est ainsi que deux ordonnances ont été prises pour pallier à cette situation ; il s'agit de l'ordonnance n°66-183 du 21 juin 1966, portant réparation des accidents du travail et des maladies professionnelles et de l'ordonnance n°74-15 du 30 janvier 1974, relative à l'obligation d'assurance des véhicules automobiles et au régime de l'indemnisation.

Pour rappel, notons aussi, que l'évolution de la société a eu un grand impact sur le principe dit de l'autonomie de la volonté, considéré comme la pierre angulaire du droit civil français. C'est par rapport au doute qui s'est installé autour de son postulat à savoir l'égalité et l'autonomie des sujets de droit, que ce principe a commencé à régresser. Et c'est à la faveur de ces circonstances que l'Etat interventionniste a pris le relai de l'Etat gendarme, que la conception objective a émergé au coté de la conception subjective, que sont apparus les phénomènes dits de socialisation et publicisation du contrat etc.

C'est également dans ce même ordre d'idée, qu'est né le concept de risques sociaux, parallèlement à l'évolution du régime de la responsabilité civile, consécutivement à l'apparition de nouveaux risques aux conséquences graves, notamment ceux liés à l'industrialisation, au machinisme et ceux en relation avec les différents produits mis sur le marché etc.

---

[2]- p. 2 de l'exposé des motifs suscité.

Il est relevé dans le même temps un certain recul des droits subjectifs, il n'y a pratiquement plus de droits absolus. Les droits reconnus à leurs titulaires sont en fait limités, car il faudra tenir compte dans l'exercice de ces droits aussi bien de l'intérêt général que des intérêts privés. Les titulaires de ces droits subjectifs ne sont plus considérés comme des sujets autonomes ; ce sont des membres de la société et à ce titre ils n'ont pas seulement des droits envers elle, mais sont tenus également à des devoirs. Néanmoins, nous relevons au même moment un accroissement et une diversification des droits subjectifs. Ainsi, sont apparus des droits nouveaux, dont le droit à l'intégrité physique, le droit à un environnement sain, le droit à l'information etc.

De la même manière, on a pu constater, sur le plan pratique, une régression dans le domaine des suretés traditionnelles aussi bien personnelles que réelles, telles, l'hypothèque immobilière, la caution, en raison de l'avènement de nouvelles formes de garantie plus efficaces pour le créancier et moins contraignantes pour le débiteur. C'est le cas par exemple des garanties bancaires (caution à la première demande, crédit documentaire), des assurances etc.

Outre ces évolutions d'ordre juridique, de nouvelles transactions ont vu le jour, pour une meilleure prise en charge des besoins sociaux, à l'instar du contrat de réservation, du contrat de vente sur plan, du contrat d'emploi des jeunes, du factoring, du leasing. Ce sont là de nouvelles figures juridiques qui ont fait l'objet d'une règlementation.

Cependant, pour revenir à l'exposé des motifs du code civil, il semble que l'objectif du législateur était moins ambitieux, il n'est pas parvenu à une révolution législative. Il s'est contenté de mettre à la disposition du juge un instrument juridique pour lui faciliter la tâche et ceci est d'ailleurs, confirmé par les dispositions du code civil, en ce qu'elles n'ont rien

apporté de nouveau à l'exception de quelques unes, notamment celles des articles 90 et 107 al 3. Le législateur est resté attaché aux principes consacrés par le code napoléonien.

L'influence du droit français[3] a été telle que le législateur n'a pas été en mesure de trouver des formulations originales, qui exprimeraient mieux les nouvelles solutions retenues et qui relèvent d'une conception autre que celle du droit français. A titre d'exemple, il n'y a aucun doute que le législateur, à l'occasion de la définition du droit de propriété et des cas d'abus de droit objet de l'ancien article 41, s'est rallié à l'idée des droits fonctions qui sont en fait des droits limités par essence. Or, ceci ne l'a pas empêché de titrer la 3éme section du Chapitre 1, Titre 1, livre III « De la restriction au droit de propriété », comme s'il considérait encore le droit de propriété comme un droit absolu.

Devant ces hésitations, nous nous interrogeons sur les nouveautés qui devaient accompagner le code civil et nous nous demandons dans quelle mesure celui-ci était en adéquation avec les exigences de la société ?

En ce qui concerne les sources dont s'est inspiré le législateur pour l'élaboration du code civil, il semble qu'il y ait une contradiction flagrante entre les dispositions du code d'une part et le document portant exposé des motifs d'autre part. Il est dit clairement dans l'exposé des motifs ; « … *L'une des principales préoccupations de l'Etat fut de restituer au droit algérien son caractère authentiquement national…Code civil dont l'inspiration devait être recherchée dans nos valeurs arabo-islamiques…..Il s'agit beaucoup plus, en puisant dans le droit musulman…. Et l'introduction de*

[3]-La législation française en vigueur au 31 décembre 1962 a été reconduite par la loi n° 62-157 jusqu'à nouvel ordre et qu'ainsi le code civil français a fait office de code civil algérien jusqu'au 5 juillet 1975, date d'entrée en vigueur (avec effet rétroactif) du code civil algérien promulgué le 26 septembre 1975 .

règles s'appuyant sur les pratiques en cours dans le monde musulman mais néanmoins adaptée à l'évolution sociale…»[4].

Cependant, en dépit du contenu de l'exposé des motifs, le code civil est resté attaché dans sa structure, son style, sa terminologie, son contenu et ses principes au code napoléonien. Les dispositions reprises de la Chari'a se limite à quelques solutions particulières ayant trait, entre autres, à la séance contractuelle, la dernière maladie, le droit de préemption etc. D'ailleurs, ces solutions spécifiques, ne pouvant s'accommoder des principes généraux du code civil, sont considérées comme des cas d'exception. Les us et les coutumes qui constituaient une source importante du droit algérien avant la colonisation française, n'ont plus droit de cité, le législateur ayant règlementé le moindre détail dans le cadre de l'édification d'une société nouvelle. Ainsi, faut-il s'interroger, au regard de ces considérations, sur l'authenticité du droit algérien en général et du code civil en particulier ?

A cela vient s'ajouter une autre particularité de notre droit en général et de notre code civil en particulier, il s'agit de son bilinguisme. Le code civil de 1975 a été rédigé dans la langue de Molière et traduit de manière très approximative en langue arabe ; ce qui conduit parfois à la coexistence de deux règles juridiques différentes.

L'accessibilité du droit est devenue actuellement très difficile du fait de la prolifération des textes législatifs et règlementaires. Il est apparu dans les sociétés avancées (concernant cet aspect) un mouvement très vaste de codification accompagné d'une nouvelle méthode (codification discontinue) regroupant en même temps les dispositions législatives et règlementaire, facilitant par la même l'accès au droit à tous.

[4] - p.1&2 de l'exposé des motifs suscité.

Mais, notre code civil quant à lui s'en tient au style traditionnel de codification, bien plus le législateur continue de recourir à la technique des législations particulières dont le nombre ne cesse d'augmenter, alors que l'application de celles-ci se fait toujours au détriment de la législation de droit commun , c'est-à-dire le code civil. Ceci nous amène à nous interroger sur la place réelle des règles du code civil en tant que droit commun à la lumière de toutes ces législations particulières. Nous nous interrogeons également sur son avenir, surtout que certaines législations comme celle concernant la protection du consommateur se réfère à un autre postulat, recours à une méthodologie étrangère au droit privé et met en relief de nouveaux principes.

Il est également établi que la jurisprudence joue un grand rôle dans la stabilité des lois et ceci à travers leur adaptation constante à l'occasion de leur application aux nouvelles situations, sans qu'il soit nécessaire de recourir au législateur. L'exemple de la jurisprudence française est très édifiant à cet égard ; celle-ci a contribué à la continuité de l'application des textes du code civil français pendant plus de deux siècles. Il est à noter, aussi, que la sécurité juridique (l'une des exigences du siècle) repose également sur la stabilité des lois et de la jurisprudence.

En considération de ce rôle important que joue la jurisprudence dans la stabilité et l'harmonisation des solutions juridiques, il serait très utile de procéder à l'évaluation de la jurisprudence algérienne durant quarante ans d'application du code civil.

Nous considérons enfin, compte tenu de l'appartenance de l'Algérie à la région Méditerranéenne et au monde arabe et à la lumière du phénomène de la mondialisation du droit, qu'il serait très utile de tirer profit de l'expérience du code civil français, en

tant que référence fondamentale, actuellement en cours de réforme. Il serait également avantageux d'examiner l'expérience du code civil Egyptien qui est à l'avant-garde des codes civils arabes, sans oublier l'expérience des pays du Maghreb arabe, notamment la Tunisie et le Maroc, influencés également par le code civil français et qui partagent avec l'Algérie, la langue et la civilisation, en sus du fait qu'il s'agit de pays voisins avec l'Algérie.

Ce sont là les interrogations qui constituent la problématique de ce séminaire international et que l'on pourra traiter à travers les quatre axes suivants :

- Le code civil : principes généraux,

- L'avenir du code civil compte tenu de la prolifération des législations particulières,

- Regard sur quelques décisions de justice,

- Regard sur les codes civils des pays arabes et sur la réforme du code civil français.

Le Comité scientifique