

# Le droit musulman et l'école de droit d'Alger

Mohamed N. MAHIEDDIN \*

La connaissance du Droit musulman au cours du XIX<sup>ème</sup> siècle en Europe est limitée à quelques cercles restreints d'orientalistes plus ou moins spécialisés, mais on retrouve, pour cette période, un certain nombre d'écrits sur cette discipline. Les ouvrages rédigés en français sont l'œuvre de professeurs d'arabe<sup>1</sup>, de magistrats, d'historiens du Droit<sup>2</sup>. Mais à quelques exceptions près, l'*outillage* intellectuel utilisé pour analyser et exposer le système juridique islamique est souvent inadapté ce qui a pour conséquence d'interpréter des règles d'organisation et de comportement de la société musulmane sans prendre en considération l'économie de l'ensemble du *corpus* à partir de la philosophie qui anime ses conceptions de base et la logique qui le soutient.

C'est dans cette « ambiance » que le droit musulman, appelé aussi droit *local*, droit *indigène* ou encore droit *coutumier*<sup>3</sup>, est appréhendé en Algérie après son occupation par les troupes de l'armée française. Aussi, autant des militaires, des administrateurs que des juristes (praticiens et théoriciens), tous se sont occupés à étudier le Droit censé être pratiqué au sein de la société algérienne, pour le porter à la connaissance de ceux qui avaient besoin de ce « savoir »<sup>4</sup>. Il est évident que les représentants de chacun des secteurs correspondant à ces différentes fonctions appréhendaient l'objet de leurs études, non seulement en fonction de leur formation respective, mais aussi en fonction des objectifs et des intérêts poursuivis par l'institution au sein de laquelle ils exerçaient leurs compétences.

---

\* Faculté de Droit et des Sciences Politiques, Centre de Recherche et d'Information, Documentaire en Sciences Sociales et Humaines (CRIDSSH), Université d'Oran Es Sénia

1. Ainsi PHARAON Joanny professeur d'arabe à Alger rédige un *Traité de Droit musulman* en collaboration avec un juriste, Théodore Dulau.

2. VIDECOQ, Gérard.- *Etudes sur les législations anciennes et modernes. Législation orientale, 1<sup>ère</sup> partie : Droit musulman*, Paris, 1839 ; Ch., Gillote.- *Traité de droit musulman (d'après Khalil)*.- Bône, éd. Dagand, 1854 ; SABATERY, A.- *Eléments de droit musulman concernant l'organisation de la justice dans le Pachalik d'Alger avant 1830*.- Alger, éd. Paysant, 1866 ; CADOZ, F.- *Initiation à la science du droit musulman*.- Oran, éd. A. Perrier, 1868...

3. Ce qualificatif est notamment consacré par la jurisprudence des tribunaux français en Algérie ce qui n'est pas sans conséquence tant sur les plans juridiques que politiques (Voir trib. Civ. Alger, 6 juin 1931, Revue Algérienne, 1933, 2<sup>ème</sup> partie, p. 202).

4. BONTEMS, Claude écrit «... il est à constater qu'il n'existe pas de personnel enseignant spécialisé en cette matière (le Droit musulman). (Sa) connaissance est laissée à l'initiative des interprètes militaires, des administrateurs civils et des praticiens » in *Les tentatives...*(art. précité), p. 114 - 115. L'auteur cite en note les noms d'un général, d'un administrateur civil, d'un officier ministériel et de trois magistrats de la Cour d'Alger, connus pour avoir publié des études sur le Droit musulman.

Mais il est aussi évident qu'un tel empirisme ne pouvait être longtemps accepté, notamment par les milieux scientifiques et universitaires qui comprennent aisément qu'il est absolument nécessaire de se doter de tous les instruments adéquats pour aborder et étudier convenablement et utilement une quelconque discipline et notamment le Droit musulman. Aussi, c'est dans cette perspective qu'une démarche est entreprise tant au niveau intellectuel qu'au niveau institutionnel pour « gérer » l'apprentissage, l'enseignement et la recherche en Droit musulman. Nous tenterons ensuite d'analyser le contenu de la doctrine élaborée par les juristes de l'Université d'Alger.

Au niveau institutionnel, et au sein de ce qui allait devenir l'Université d'Alger, l'un des premiers établissements mis en place est l'Ecole de Droit<sup>5</sup>. Fondée en 1879<sup>6</sup> pour moins de trente étudiants. Elle connaît un développement rapide<sup>7</sup> et acquiert tout aussi vite un prestige dans les milieux universitaires<sup>8</sup> ce qui lui permet d'être autorisée à décerner le *Certificat d'Etudes de Législation Algérienne*<sup>9</sup> et celui de *Droit musulman et coutumes indigènes* dès 1889<sup>10</sup> et d'être érigée, non sans difficulté<sup>11</sup>, en Faculté en 1909 tout en étant classée parmi les premières d'entre les Universités françaises<sup>12</sup>. L'Ecole, devenue donc Faculté de Droit, évolue parallèlement au développement de la colonisation mais semble fermée aux jeunes Musulmans dont le nombre d'inscrits est très bas par rapport au

---

5. Auparavant une Ecole de Médecine et de Pharmacie est ouverte en 1857.

6. La demande d'ouverture d'une Ecole supérieure de Droit date de 1857 mais c'est le projet de loi de Paul Bert, devenu la loi du 20 décembre 1879 qui crée cet établissement en même temps d'ailleurs que pour les Lettres et les Sciences (Voir Estoublon et Lefebure, *Code de l'Algérie annoté*, Alger, 1896, p. 518) ; VATIN, J.C.- *Science juridique...*, art. précité, p.407) mais le Droit musulman ne fait l'objet d'aucun enseignement officiel dans les établissements dépendant des autorités françaises (Claude Bontems, *Les tentatives de codification du droit musulman dans l'Algérie coloniale en l'enseignement du droit musulman*, sous la direction de M. Flory et J.- R. Henry, éd. du CNRS, Paris 1989, p. 114).

7. Au cours de l'année universitaire 1884-1885, le nombre d'étudiants atteint 117

8. Les étudiants algérois devaient passer leurs examens de Licence devant la Faculté de Droit d'Aix. En 1883, cent pour cent des douze candidats sont admis ce qui laisse présumer que l'enseignement prodigué à Alger était de qualité. Aussi, dès 1885, une loi du 5 décembre habilite l'Ecole à faire subir les examens de la Licence en Droit à ses étudiants qui ne sont plus donc obligés de se déplacer.

9. Modifié plus tard en *Certificat d'Etudes de Législation Algérienne Tunisienne et Marocaine*.

10. Par un décret du 31 décembre 1889. Notons que le *Certificat de Droit Musulman et Coutumes Indigènes* a vu son titre modifié plus tard en *Certificat d'Etudes Juridiques Nord Africaines* par un décret du 24 mai 1949.

11. Les milieux d'affaires et les colons se sont longtemps opposés à la création d'une institution universitaire à Alger pour des raisons apparemment budgétaires (l'opposition venait des Délégations financières) et même après la création des Ecoles supérieures, la Commission de l'Instruction publique n'hésitait pas encore en 1902 à demander leur suppression (Voir *Université d'Alger. Cinquantenaire. 1909-1959*, p. 58).

12 La Faculté de Droit d'Alger est classée aussitôt après celles de Lyon, de Toulouse, de Bordeaux et de Rennes au niveau des Universités de province (voir J.C. Vatin, *Science juridique...*, art. précité, p.400). Au niveau des effectifs étudiants, de 25 en 1880, le nombre d'inscrits à l'Ecole de Droit passe à 117 en 1884-1885 ; à 124 en 1889-1890 ; à 190 en 1894-1895 ; à 239 en 1899-1900 ; à 263 en 1904-1905 et à 338 au cours de l'année où elle est érigée en Faculté en 1909-1910 dépassant ainsi nombre de Facultés françaises. Ces chiffres augmenteront sans cesse sauf entre 1953 et 1957 pour atteindre en 1958-1959 le nombre de 1658 étudiants dont 374 pour la première année de Licence.

chiffre de la population algérienne de *statut civil local*<sup>13</sup>.

En tant qu'École, elle possède dix chaires d'enseignement dont une de *Droit musulman et de coutumes indigènes*<sup>14</sup> et une chaire de *Législation algérienne et tunisienne*<sup>15</sup>. Un décret daté du 4 janvier 1910 lui permet d'en avoir onze tout en maintenant celles de *Législation algérienne et tunisienne* et de *Droit musulman*. L'évolution ainsi initiée se poursuit permettant ainsi à la Faculté de Droit d'Alger d'avoir quinze chaires en 1939, vingt cinq en 1959 et être ainsi classée dès 1942 au premier rang des Facultés de province du point de vue du nombre de chaires.

Par ailleurs, le corps professoral est appelé à dispenser ses enseignements hors de la Faculté de Droit. A la *Médersa* d'Alger<sup>16</sup>, à l'Institut Supérieur Islamique qui lui succède et à l'Institut d'Etudes Orientales, ses membres interviennent pour assurer un cours tant sur la *Législation algérienne*, que sur les *Législations comparées de l'Islam* ou sur la *Procédure et voie d'exécutions musulmanes* et ce, pour former notamment des magistrats musulmans. En outre, des cours portant sur le Droit propre à l'Algérie étaient donnés dans les Universités de France par Marcel Morand qui

---

13. Le tableau du nombre d'étudiants « *de statut civil local* » inscrits à la Faculté donne les chiffres suivants :

- 1913-1914 : 7 étudiants ;
- 1925-1926 : 18 étudiants ;
- 1938-1939 : 12 étudiants ;
- 1946-1947 : 61 étudiants ;
- 1951-1952 : 159 étudiants ;
- 1954-1955 : 196 étudiants ;
- 1955-1956 : 193 étudiants ;
- 1956-1957 : 97 étudiants ;
- 1957-1958 : 137 étudiants ;
- 1958-1959 : 235 étudiants.

On remarquera la chute du nombre d'inscrits en 1956-1957 comme il faut souligner qu'en proportion une évolution de ces chiffres est observée. De 1,6% en 1913-1914, le rapport passe à 14,2% en 1958-1959 par rapport au nombre total d'inscrits à la Faculté. Au sein de ces effectifs, notons que le nombre d'étudiantes est passé de 1 en 1946-1947 à 16 en 1958-1959 alors que pour les étudiantes européennes il est de 68 en 1946-1947 comme en 1958-1959 ! après avoir atteint le chiffre de 127 en 1953-1954 et qui n'a jamais été dépassé jusqu'à la veille de l'indépendance de l'Algérie. (Pour toutes ces statistiques, voir *Université d'Alger...*, ouvrage précité, p. 57, p.61, p.79-80).

14. La chaire de *Droit musulman* est occupée par Morand de juillet 1895 à janvier 1932, puis par Milliot d'octobre 1932 jusqu'à octobre 1942 et enfin par Chavanne (détaché en qualité de Doyen de la Faculté de Droit de Beyrouth) à partir de janvier 1953 et qui est en poste encore en 1959.

15. La chaire de *Législation algérienne et tunisienne* est prise en charge notamment par Milliot de 1925 à octobre 1932 puis par Viard à partir de janvier 1939. Notons que d'autres enseignements spécifiques étaient dispensés comme *Droit et Sciences coloniales* (cette chaire est créée par un décret du 4 avril 1942 et dont l'intitulé sera modifié par arrêté ministériel du 7 avril 1959 pour devenir *Droit et Economie d'Outre-mer*) dont le cours est assuré par Milliot, Saint-Germès (un économiste qui dirigeait le Laboratoire de Statistique et d'Economie appliquée à l'Afrique du Nord) qui était chargé également du cours d'*Economie algérienne* (chaire créée par un décret du 13 décembre 1954 dont l'intitulé sera modifié par arrêté ministériel du 7 avril 1959 pour devenir *Economie algérienne et saharienne*) et enfin par Peyrega. Le cours de *Sociologie nord-africaine* (chaire créée par un décret du 14 juin 1944) est confié à Bousquet à partir de 1945.

16. Les *Médersa* seront transformées en Lycées d'enseignement franco-musulmans à partir d'octobre 1946.

enseignait le *Droit musulman* à la Faculté de Droit de Paris et Louis Milliot qui exposait un cours de *Législation algérienne* à l'Ecole coloniale.

Ainsi, l'institution créée par les autorités françaises pour répondre « aux besoins locaux, en y instituant des chaires...sur les coutumes algériennes » selon les vœux de Paul Bert<sup>17</sup>, va donc constituer en toute logique le support idéal pour la diffusion d'un discours académique dans sa forme mais avec, quant au fond, pour objectif de donner un sens à l'arsenal législatif mis en place par les institutions officielles représentant le système colonial en Algérie<sup>18</sup> en vue de justifier sa présence non seulement *scientifiquement* mais plus largement encore sur un plan *civilisationnel*<sup>19</sup> dans sa conception européocentriste et colonialiste et par conséquent pour son seul profit. Il n'est donc pas surprenant qu'elle soit gérée tant administrativement que scientifiquement par les seuls représentants de la « Métropole », c'est à dire la population d'origine européenne et que les enfants de ces derniers soient quasiment les seuls bénéficiaires comme le montrent les statistiques précédemment exposées en note<sup>20</sup>.

C'est dans ce cadre général que sont donc menées les recherches en Droit musulman et que sont organisés les enseignements des matières juridiques correspondantes.

Sur le plan pratique et mis à part les *médersa* où des cours de Droit musulman sont dispensés<sup>21</sup>, celui-ci ne commence officiellement à être

---

17. BERT, Paul (1833-1886).- Universitaire (membre de l'Académie des Sciences en 1882) et homme politique (Préfet puis Député puis Ministre de l'Instruction publique entre 1881 et 1882 et enfin Gouverneur général de l'Annam et du Tonkin) est à l'origine de la création des Ecoles supérieures de Droit et de Lettres à Alger après avoir contribué, en France, à l'adoption du principe de la gratuité et de l'obligation de l'instruction primaire.

18. VATIN, J.C.- in *Science juridique...*, art. précité, p.401, écrit : « L'Ecole de Droit d'Alger, en ses premières décennies révèle –plus que l'histoire de la conquête à travers ses étapes successives (militaires, politiques, économiques, culturelles)- les procédés, succès et revers d'un empire ».

19. « Le développement de l'instruction est le grand moyen, par excellence, de la propagation de la civilisation » écrivait Jean Melia in *L'épopée intellectuelle de l'Algérie. Histoire de l'Université d'Alger*, éd. La Maison des Livres, Alger, 1950, p. 13.

20. Il est possible d'ajouter à ce sujet qu'entre 1938 et 1959, 54 étudiants algériens musulmans ont transféré leur dossier dans une Université de France pour y poursuivre leurs études alors que pour cette même période 883 européens ont procédé à cette démarche.

21. Les *médersa* sont instituées par un Décret en date du 30 septembre 1850. Claude Bontems écrit que « nous ne connaissons pratiquement rien du contenu de l'enseignement juridique » prodigué dans ce type d'établissement (in *Les tentatives ...*, p.127). Lorsque les Médersa ont été transformées en Lycées franco-musulmans, l'enseignement dispensé au cours des deux premières années, consistait en une initiation aux règles du culte musulman (*'ibâdât*), puis à partir de la troisième année, le droit musulman des contrats (*buyû'*), suivi par le droit du statut personnel (enseigné sous le titre général de *nikâh*) et enfin celui des successions (*mawârîth*) sont dispensés. On remarquera qu'aucun enseignement n'est donné dans les matières relevant du droit public ou du droit pénal musulmans mais qu'une initiation aux principes du droit français applicable en Algérie est donnée à travers un cours de *Législation algérienne* dispensé par des professeurs de la Faculté de Droit d'Alger dès 1909, ainsi que des cours d'économie et de sociologie notamment à la Médersa d'Alger (Voir *Université d'Alger...*, ouvrage précité, p.65 et p. 68). Sur l'histoire des *médersas*, voir également M. Weiler, *Les médersa d'Algérie*, Centre des Hautes Etudes Administratives sur l'Afrique et l'Asie Moderne, (CHEAM) (Paris), n°36, où l'auteur montre qu'entre 1850 et 1883 l'enseignement est purement religieux ; voir aussi Alfred Bel, *Les bibliothèques des*

enseigné à l'Ecole de Droit d'Alger que dix ans après qu'elle ait vu le jour<sup>22</sup>. Il faut en effet attendre que les professionnels du Droit aient les connaissances linguistiques indispensables<sup>23</sup> pour avoir un accès direct aux textes spécialisés du *fiqh* et être en mesure de les étudier pour initier un enseignement de qualité.

Il en découle un vaste mouvement de traduction, notamment au cours de la seconde moitié du XIX<sup>ème</sup> siècle<sup>24</sup>, qui permet une diffusion plus large des ouvrages légués par les *fuqahâ*<sup>25</sup>. Certes ce travail n'est pas entrepris par les seuls Français, même si pour le Maghreb en général ils restent relativement les plus nombreux pour des raisons évidentes. En effet l'expansion coloniale européenne permet aux Italiens, aux Hollandais et aux Britanniques de s'initier et de faire connaître le droit musulman dans ses différentes expressions doctrinales selon les Ecoles (*madhab*) et leurs auteurs respectifs (*fuqahâ*) en fonction des aires géographiques et culturelles occupées. Les plus célèbres, comme le Hongrois Ignace Goldziher (1850-1921) ou le Hollandais Christian Snouck-Hurgronje (1857-1935) ou encore (mais plus tard) le Britannique Joseph Schacht<sup>26</sup>, sont les maîtres à penser de ceux qui allaient rayonner à partir de l'Université d'Alger comme Frédéric Peltier (1868-1946), Marcel Morand (1863-1932), Louis Milliot (décédé en 1962) ou Georges-Henri Bousquet (encore en poste en 1962) qui ont été parmi les premiers universitaires français à se consacrer

---

*médersas algériennes* in La lecture publique, éd. E. Droz, Paris, 1931, p. 459. (l'auteur, qui a été Directeur de la *médersa* de Tlemcen, donne des renseignements sur les supports pédagogiques et sur l'encadrement des *médersas*).

22. Par un Décret du 31 décembre 1889 (Estoublon et Lefebure, *Code annoté...*, p.884)

23. En ce qui concerne l'enseignement de la langue arabe des cours sont dispensés officiellement dès le mois de décembre 1832 par le secrétaire-interprète du Général commandant le corps d'occupation. A partir de 1837 cet enseignement est assuré par un orientaliste (Bresnier) et en 1846, des cours publics d'arabe sont dispensés à Oran et à Constantine (Voir Jean-Claude Vatin, *Science juridique et institution coloniale : l'Ecole de Droit d'Alger (1878-1909)*, in Revue Algérienne des Sciences Juridiques Economiques et Politiques, vol. XX, n°4, p. 404). Pour une vue d'ensemble sur l'enseignement de la langue arabe durant le siècle qui a suivi la colonisation, voir A. Cour, *Notes sur les chaires de langue arabe d'Alger, de Constantine et d'Oran (1832-1879)*, in Revue Africaine, n°65, 1924, p. 20 et H. Massé, *Les études arabes en Algérie (1830-1930)*, in Revue Africaine, n°74, 1933, p. 208 et p. 458.

24. La première traduction en langue française d'un ouvrage de droit musulman semble être celle du *Mukhtasar* de Khalil par M. Perron, sous le titre de *Précis de jurisprudence musulmane ou principes de législation musulmane civile et religieuse selon le rite malékite par Khalil ibn Ish'âk*, en 6 volumes de 1848 à 1852, édité à Paris par l'Imprimerie Nationale (série Sciences Historiques et Géographiques) dans le cadre de *L'exploration scientifique de l'Algérie pendant les années 1840-1841-1842* sur ordre du Gouvernement.

25. Malgré le travail accompli dans ce domaine, certains n'hésitent pas, aujourd'hui encore, de souligner « l'ignorance de la langue (arabe) et... l'insuffisance ou... l'absence de traduction (qui) privent de l'accès aux sources et aux auteurs » ceux qui s'intéressent au Droit musulman, même en tant que comparatiste (Jean Deprez, *Au carrefour du droit comparé et du droit international privé : quelle place pour le droit musulman ?*, in *L'enseignement du droit musulman*, sous la direction de M. Flory et J.-R. Henry, éd. du CNRS, Paris, 1989, p. 18).

26. Ce professeur qui enseignait à l'Université d'Oxford a reçu le Doctorat *Honoris Causa* de l'Université d'Alger en 1953 qui le décerna d'ailleurs à d'autres orientalistes comme Wensinck de l'Université de Leyde (Hollande) en 1938, à H. A. R. Gibb de l'Université d'Oxford en 1943, à Levi Della Vida de l'Université de Rome en 1951 et à E. Garcia Gomez de l'Université de Madrid en 1952.

quasi exclusivement à l'enseignement du Droit musulman et à la publication de leurs recherches dans cette discipline<sup>27</sup>. Il nous faut souligner, à ce propos, que certains de ceux qui se sont spécialisés dans cette discipline et qui ont acquis une célébrité dans ce domaine n'y étaient pas du tout préparés<sup>28</sup> et que presque tous ont été à un moment ou à un autre à la tête de la Faculté de Droit<sup>29</sup>. Il s'agit donc d'une auto-spécialisation faite « sur le tas » sans maître et notamment pas avec les Algériens musulmans connaisseurs du *fiqh*<sup>30</sup> mais ne détenant pas les titres académiques exigés par l'Université ou en tous cas ne maîtrisant pas la démarche méthodologique qui donne à l'étude entreprise le caractère scientifique. A ce niveau encore, l'institution va « confisquer » le monopole du savoir dans cette discipline à son seul profit et selon son propre point de vue<sup>31</sup> grâce à un formalisme dont les juristes sont les seuls à pouvoir exploiter les multiples possibilités.

Mais assez tôt la recherche et la spécialisation vont se faire selon le cursus classique. Les thèses de doctorat vont donc venir consacrer la spécialisation des nouveaux tant pour présenter des règles du Droit musulman classique en général<sup>32</sup> ou propre à une Ecole<sup>33</sup> que pour étudier les dispositions juridiques propres au Droit algérien posé par l'autorité

---

27. D'autres noms peuvent être cités parmi ceux qui ont participé à l'enrichissement de cette œuvre doctrinale sur le Droit musulman comme Y. Linant de Bellefonds (auteur, entre autres, d'un *Traité de droit musulman comparé*, éd. Mouton, Paris - La Haye, tomes I et II, 1965, tome III, 1973) et R. Brunschwig (dont les articles ont été réunis dans *Etudes d'islamologie*, 2 tomes, éd. A. Maisonneuve, Paris, 1976), pour ne citer que ceux qui ont laissé le plus grand nombre d'écrits dont la valeur scientifique n'est pas à démontrer.

28. Morand et Bousquet étaient arrivés à Alger pour enseigner l'économie. Peltier était historien du Droit et avait soutenu une thèse en Droit romain.

29. Morand a été Directeur de l'Ecole de Droit entre 1906 et 1909 puis Doyen de la faculté de Droit entre 1910 et 1932 (c'est à dire jusqu'à son décès), Milliot a été Doyen de 1933 à 1934.

30. Pour la seule ville d'Alger, Venture de Paradis signale l'existence de « trois universités où est enseignée la doctrine malékite » (in *Alger au XVIIIème siècle*, p. 158, cité in A. Saadallah, *Histoire culturelle de l'Algérie*, éd. Dâr al-Gharb al-islâmî, Beyrouth, 1998, tome I, p. 273). Selon A. Saadallah, ces universités seraient plutôt des « écoles supérieures » (*madâris 'uliyâ*) comme la *Madrasa Qachâchiyya*, la *Madrassat Cheikh al-bilâd* et le *Djâmi' al-kabîr* (p. 274). Ce témoignage montre qu'il existait une tradition dans l'enseignement du *fiqh* en Algérie et s'il n'y a pas d'établissement équivalent à al-Azhar du Caire ou à la Zaytuna de Tunis, les professeurs algériens jouissaient d'un prestige personnel dû à la qualité de leur enseignement qui les mettait au même rang que leurs collègues de Damas, de Médine ou de La Mecque (A. Saadallah, *Histoire...*, op. cit., p. 273).

31. Tant vis à vis des Algériens musulmans que des Français en France. « L'investigation et l'explication de la réalité sociale algérienne devraient appartenir aux originaires européens du pays », P. Lucas et J.-C. Vatin, *L'Algérie des anthropologues*, op. cit., p.40 qui publie deux extraits d'interventions faites au Congrès international de sociologie coloniale de Paris en 1900 où est montrée la volonté des européens d'avoir « le monopole de l'expression et de l'analyse ». C. Marchal, Intervention au Congrès international de sociologie, Paris, 6-11 août 1900, Rousseau, Paris, 1901, vol. I, p. 363-365.

32. Beaucoup de ces thèses sont soutenues dans des Facultés de Droit en France. Ainsi William Marçais a présenté une thèse intitulée *Des parents successibles en Droit musulman* à la Faculté de Droit de Rennes en 1898 et Louis Milliot, lui-même, a soutenu une thèse à la Faculté de Droit de Paris en 1910 intitulée *Etude sur la condition de la femme musulmane au Maghreb (Algérie, Maroc, Tunisie)*.

33. MERCIER, E.- soutient une thèse à la Faculté de Droit d'Alger intitulée *Etude sur le wakf abadhite et ses applications au Mزاب* en 1927.

coloniale<sup>34</sup> ou exposer le droit coutumier<sup>35</sup>. Au service de l'Administration, celle-ci ne manquera pas d'offrir, à certains d'entre eux, des fonctions importantes<sup>36</sup>.

Ainsi, des premiers pas faits dans le cadre de l'Ecole de Droit aux travaux de recherche, de nombreuses étapes sont ainsi franchies dans la connaissance du *fiqh* et les travaux publiés constituent une somme considérable de connaissances non pas seulement en Droit musulman mais intéressent plus largement l'islamologie en général puisque les sources documentaires où puisent les juristes les informations relatives au Droit intéressent tout autant le philologue, l'historien que l'économiste qui s'occupent à étudier l'état de la société et de la culture dans le monde musulman en général et au Maghreb en particulier pendant la période dite classique ou même postclassique<sup>37</sup>. Il est vrai que l'apport fait dans ce domaine par les professeurs de l'Université d'Alger en général et par les juristes de la Faculté de Droit en particulier ne peut être sous estimé.

En effet, la traduction dont nous parlions plus haut, va constituer l'instrument quasi idéal pour se familiariser avec la pensée juridique propre à la société de tradition islamique. Le premier ouvrage de *fiqh* malékite qui a été traduit en français semble être le *Mukhtasar* de Khalîl ibn Ishâq<sup>38</sup>. L'importance de ce livre et la difficulté à le comprendre (en raison de la concision du style et la nécessité de recourir à des commentaires) ont amené les spécialistes de la discipline à le traduire à trois reprises après la première traduction de Perron<sup>39</sup>. D'autres ouvrages importants pour le Droit malékite ont aussi été traduits en français comme celui d'Ibn 'Asim par O. Houdas et F. Martel en 1892<sup>40</sup>. Les arabisants et les juristes français n'ont pas été les seuls à s'initier à ce genre d'exercice. Des Musulmans algériens ont apporté

---

34. Par exemple, la thèse de J. Terras, *Essai sur les biens en Algérie et en Tunisie* soutenue à la Faculté de Droit de Lyon et éditée par les Imprimeries du Salut Public en 1899.

35. Par exemple, VIGIER, R.- *La succession « ab intestat » de la femme kabyle en Grande Kabylie*, Thèse de Droit, Paris, éd. Vega, 1932 ; Laure Bousquet-Lefèvre, *Recherches sur la condition de la femme kabyle (La coutume et l'œuvre française)*, thèse de Droit, Alger, éd. Typo-Litho et Carbonel, 1939 ; P. Hacoun-Campredon, *Etude sur l'évolution des coutumes kabyles, spécialement en ce qui concerne l'exhérédation des femmes et la pratique du habous*, thèse de Droit, Alger, J. Carbonel, 1921.

36. Ainsi LUCIANI, J. Dominique auteur d'un *Traité des successions musulmanes (ab intestat)*, Paris, éd. Leroux 1890, sera Directeur des Affaires indigènes au Gouvernement Général de l'Algérie. Louis Milliot sera également Directeur général aux Affaires indigènes au Gouvernement Général.

37. Une bibliographie exhaustive de tous ces travaux est quasi impossible à réaliser. Un essai a toutefois été fait par Pessah Shinar, *Islam maghrébin contemporain. Bibliographie annotée*. Ed. du CNRS, Paris, 1983, pp. 267 et suiv.

38. Par le Docteur Perron, 7 volumes, Imp. Nationale, Paris, 1844-1852. Une deuxième édition en 1877.

39. C'est ainsi que M. Seignette l'a traduit en 1878 (Constantine réédité en 1911), E. Fagnan en 1889 (éd. Fontana, Alger) et enfin G.-H. Bousquet entre 1956 et 1962 (en 4 volumes, éd. Maisonneuve Paris). Il faut ajouter que cet ouvrage a également été traduit en italien et en anglais.

40. Il s'agit de l'ouvrage intitulé *Tuh fat al-Hukkâm fi Nakt al-'uqûd wa-l-'ah kâm*, traduit et commenté sous le titre *Traité de droit musulman. La Tohfa d'Ebn Acem*, Alger, 1892. Il est possible encore de citer d'autres traductions d'œuvres de jurisconsultes importants comme Al Wancharisi dont *Le Livre des Magistratures* a été traduit et annoté par O. Houdas et Gaudefroy-Demombynes, éd. Félix Moncho, Rabat, 1937 ou encore

leur concours à cette entreprise comme Ahmed Laïmèche<sup>41</sup> qui publie à Alger en 1928 la traduction d'un extrait de l'ouvrage d'Ibn Rushd, *Bidâyat al-Mujtahid*, qui porte sur *Les donations, les testaments, les successions et les jugements*<sup>42</sup> et en 1940 la traduction d'un autre extrait de ce même ouvrage d'Ibn Rushd qu'il intitule *Le Livre des échanges*<sup>43</sup>. L. Bencheneb traduit en langue française *La Risâla* d'Ibn Abi Zayd al-Qayrawani<sup>44</sup> après que E. Fagnan ait publié sa propre traduction<sup>45</sup>. Mais c'est Georges-Henri Bousquet (1900-1978) qui semble avoir été le plus porté à traduire les ouvrages de *fiqh* intégralement ou en se limitant à des extraits. Ainsi le contenu des ouvrages d'Al-Shirâzi<sup>46</sup>, d'Al-Quduri<sup>47</sup>, de Ghazâlî<sup>48</sup>, de Khalîl ibn Ishâq<sup>49</sup>, d'Al-Shâfi'î<sup>50</sup>, d'Ibn Rushd<sup>51</sup> ou d'Ibn al-Qâsim<sup>52</sup> sont étudiés et portés à la connaissance des francophones. Si les travaux des Algériens musulmans sont axés quasi exclusivement sur le Droit malékite, on observe que les professeurs de *fiqh* de l'Université d'Alger abordent les oeuvres des *fouqaha* sans considération de l'Ecole (*madhab*) à laquelle chacun d'eux appartient. Mais la recherche menée à travers une traduction peut se limiter

---

41. LAÏMECHE, Ahmed était avocat à Oran. En collaboration avec B. Ben Daoud (qui était interprète-capitaine) il a également publié une traduction du Coran aux éditions Heintz, Oran (s. d. 1931 ?).

42. Ed. La Typo-Litho, Alger, 1928.

43. Alger, 1940.

44. Alger, 1945.

45. Alger, 1944.

46. Le *Kitâb al-Tanbîh* de al-Shirâzi est traduit et publié en 4 tomes. Le premier est relatif au *Rituel* (éd. La Maison des Livres, Alger, 1949), le second traite des *Opérations sur le patrimoine* (1952), le troisième expose le *Statut personnel* (1951) et le dernier le *Droit pénal et public. Procédure et preuves* (1960).

47. Le *Mukhtasar* d'al-Quduri est traduit et annoté sous le titre du *Statut personnel en droit musulman hanéfite* en collaboration avec L. Bercher (éd. Sirey, Paris, 1953).

48. Des extraits du *Ihyâ' 'ulûm al-dîn* sont traduits comme *Le livre des bons usages en matière de mariage* en collaboration avec L. Bercher (éd. A. Maisonneuve, Paris & J. Thornton and Son, Oxford, 1953).

49. Le *Mukhtasar* de Khalîl ibn Ishâq (plusieurs fois traduits en langue française) est une nouvelle fois traduit et annoté par G. – H. Bousquet en 4 volumes : le premier traite du *Rituel* (Editions algériennes En-Nahda, Alger, 1956), le second expose *Le Statut personnel* (éd. La Maison des Livres, Alger & A. Maisonneuve, Paris, 1958), le troisième est relatif au *Patrimoine* (éd. La Maison des Livres, Alger & A. Maisonneuve, Paris, 1961) et le quatrième à la *Judicature, le droit pénal, les affranchissements et le statut successoral* (éd. La Maison des Livres, Alger & A. Maisonneuve, Paris, 1962).

50. Publié sous le titre d'«*Abrégé de la loi musulmane selon le rite de l'Imam El-Chafi'î, par Abou Chodja. Traduction nouvelle et commentaires*» dans la *Revue algérienne, tunisienne et marocaine de législation et de jurisprudence*, 1935, première partie, p. 193 et suiv. et en 1936, première partie, p. 1 et suiv.

51. Un extrait de la *Bidayat al-Mujtahid wa Nihâyat al-Muqtasid* d'Ibn Rushd concernant les incapacités est traduit par G. – H. Bousquet sous le titre «*La «Bidaya» d'Averroes. Le livre de l'Interdiction (Kitâb el-Hadjr)*» et publié dans la *Revue algérienne, tunisienne et marocaine de législation et de jurisprudence*, 1949, p.41 et suiv.

52. Il s'agit d'un des principaux auteurs malékites. Son ouvrage *La Moudawwana* (Recension de Sahnoun) n'a pas été intégralement traduit mais G. – H. Bousquet en a présenté une analyse dans les *Annales de l'Institut d'Etudes Orientales de l'Université d'Alger* entre 1958 (tome XVI, p.177 et suiv.) et 1962 (tome XX, p.113 et suiv.) et publié un *Index et la Table générale des matières* dans *Arabica*, tome XVII, fasc. 2, 1970, p.113 et suiv.



à une question précise<sup>53</sup> ou même paraître anachronique à nos yeux<sup>54</sup>. En fait, c'est l'histoire du Droit musulman qui est étudiée tout comme sont étudiées les œuvres qui exposent une démarche méthodologique ou qui mettent en relief tel ou tel aspect du *fiqh*<sup>55</sup>.

C'est pour satisfaire ce souci de parfaire une connaissance historique, mieux déterminer les sources matérielles de la norme islamique et déterminer son origine, que la recherche de la loi, du point de vue de l'Islam, est recherchée également dans les ouvrages de *hadîth*<sup>56</sup>. L'amour du détail est donc d'ordre scientifique. Il n'a pas toujours pour objectif de voir l'institution judiciaire appliquer les principes ou les règles propres au *fiqh*, bien au contraire.

Cette étude du droit musulman est complétée par des enquêtes sur le terrain à la recherche des coutumes. Entreprise au début par des militaires, notamment par le Général Hanoteau<sup>57</sup> en collaboration avec un magistrat, le conseiller Letourneux<sup>58</sup>, qui rédigèrent ensemble le célèbre *La Kabylie et les coutumes kabyles*<sup>59</sup> qui fut pendant longtemps un ouvrage de référence tant pour la doctrine que pour les tribunaux<sup>60</sup>, cette démarche permet aux juristes de l'Université d'Alger de parfaire leur connaissance sur l'ensemble du Droit en appliqué en Algérie et d'élaborer leur doctrine en la matière en donnant à la coutume une place prépondérante.

En effet, en Algérie la recherche de la coutume apparaît comme la démarche qui tend à prouver que le document judiciaire « officiel » n'existe pas parce que c'est un « pays anarchique où l'organisation administrative musulmane est toujours demeurée rudimentaire »<sup>61</sup>. Le Droit musulman n'est donc en réalité qu'un droit théorique. C'est la coutume qui joue le rôle essentiel dans l'organisation et la gestion de la société maghrébine tout au moins en dehors des grandes cités. Aussi, les travaux sur les 'orf kabyles ou

---

53. Ainsi « *Des fraudes en matière pharmaceutique et de leur détection* » du Mouhtasab Abou Abdallah Mohamed ben Abî Mohamed Es-Saqatî de Malaga, traduit par G. – H. Bousquet en collaboration avec Paule Charles-Dominique dans *Algérie Médicale*, vol. 65, n°4, avril 1961, p.315 et suiv.

54. « *Des droits de l'esclave. Fragment extrait de l'ih'ya de Ghazâli, traduit et annoté par G.H. Bousquet* » publié dans les *Annales de l'Institut d'Etudes Orientales de l'Université d'Alger*, tome X, 1952, p. 420 et suiv.

55. « *Quelques ruses du « Kitâb al-H'iyal » d'Abou H'atim Mah'moud b. al-H'asan al-Qazwîni (Edition J. Schacht, traduction française par G. – H. Bousquet)* » publié dans *Bulletin des Etudes Arabes*, 1950, p.101.

56. Ainsi, PELTIER F. a publié en 1909 à Alger la traduction des extraits des *hadîth* du *Sahîh* d'Al-Boukhari qu'il a intitulé *Le Livre des Ventes*. En 1910 à Alger toujours, il publie *Le Livre des Testaments*.

57. Sur cet officier, voir POUSSEREAU, L.M.- *La carrière d'un officier nivernais en Algérie : le général A. Hanoteau (1814-1897)*, éd. Rieder, Paris, 1931.

58. Sur ce personnage, voir Maurice Hanoteau, *Quelques souvenirs sur les collaborateurs de « La Kabylie et les coutumes kabyles »*, in *Revue Africaine*, 1923, p. 144.

59. La publication de cet ouvrage a été assurée par Challamel (Paris) pour la deuxième édition qui date de 1893.

60. Voir les nombreux arrêts publiés dans la revue Algérienne notamment.

61. MILLIOT, L.- *Jurisprudence...*, p. IX.

berbères sont relativement nombreux. Marcel Morand<sup>62</sup>, Louis Milliot<sup>63</sup>, Georges-Henri Bousquet (qui semble avoir été le moins tenté par cette question)<sup>64</sup> et son épouse Laure Bousquet-Lefèvre<sup>65</sup> ou P.Hacoun-Campredon déjà signalé, s'appliquent à rechercher ce droit coutumier et ses rapports avec le droit musulman<sup>66</sup> ou même avec la loi française<sup>67</sup> continuant ainsi le travail de A. Hanoteau et A. Letourneux à propos duquel G.H. Bousquet émet des réserves pour les « erreurs de fait, le défaut de méthode d'investigation et une exposition mauvaise parce qu'artificielle »<sup>68</sup>.

L'orientation donnée à cette recherche<sup>69</sup> et notamment pour essayer de montrer que dans ses rapports avec le Droit musulman, elle a modifié ce dernier, ainsi que l'utilisation qui en est faite par les institutions officielles, entraînent une réaction chez les quelques auteurs algériens musulmans qui publient leurs analyses et leurs réflexions sur ce sujet en essayant de montrer que le *fiqh* est le droit de tous les Algériens et qu'il est appliqué en harmonie avec la coutume<sup>70</sup>.

---

62. MORAND, M.- publie un travail sur *Les kanouns du Mzab*, éd. Jourdan, Alger, 1903, un autre sur *Le statut de la femme kabyle et la réforme de coutumes berbères* in *Revue des Etudes Islamiques*, n°1, 1927, p. 47 et enfin *Etudes de droit musulman et de droit coutumier berbère*, éd. Carbonel, Alger, 1931.

63. MILLIOT, L. publie une étude sur *Le qanoun des M'âtqâ* in *Revue Hespéris*, n°2, 1922, p.193, une autre sur *Les nouveaux qanoun kabyles. Les livrets de réunion des villages de Tasaft-Guerza et de Ighil-Tiherfiwin* in *Revue Hespéris*, n°6, 1926, p. 365 et également à propos d'*Une réforme du statut de la femme kabyle* in *Renseignements coloniaux*, n°12, décembre 1931, p. 681 (après l'adoption de la loi du 2 mai 1930 concernant la déclaration des fiançailles et l'âge du mariage des Kabyles et le décret du 19 mai 1931 donnant à la femme kabyle le droit de demander le divorce dans certaines conditions (proches de celles prévues par le Droit musulman) et un certain nombre de droits dans la succession du mari) et enfin un article sur *Les institutions kabyles* in *Revue des Etudes Islamiques*, n°6, 1932, p. 127 où l'auteur expose les rapports entre « le 'orf maghrébin et le droit musulman ». Avec A. Giacobetti, il publie dans la *Revue des Etudes Islamiques* un *Recueil des délibérations du Mzab* (1930, p. 171) après avoir étudié *Les qanoun d'Ait Hicham* in *Mélanges Henri Basset*, Paris, 1928, tome 2, p. 171.

64. BOUSQUET, G.H.-*Le droit coutumier des Berbères* in *L'avenir du droit coutumier en Afrique* (Colloque tenu à Amsterdam en 1955), éd. Pers, Leyden, 1956, p. 142..

65. BOUSQUET-LEFEVRE, Laure.- *Recherches sur la condition de la femme kabyle (La coutume et l'œuvre française)*, thèse de Droit, Alger, éd. La Typo-Litho et Carbonel, 1939. (Une autre version de ce travail a été publiée sous le titre *La femme kabyle*, éd. Sirey, Paris, 1939).

66. Voir l'article de MILLIOT, L.- *Les institutions kabyles* précité.

67. MAUNIER, René.- *Loi française et coutume indigène en Algérie*, éd. Domat-Montchrestien et F. Lovitan, Paris, 1932.

68. BOUSQUET, G.H.- *Un culte à détruire : l'adoration de Hanoteaux et Letourneux* in *Revue de la Méditerranée*, n°8, 1950 et également dans *Justice française et coutumes kabyles*, éd. Imp. Nord Africaine, Alger, 1950.

69. Voir, par exemple, CARRET, Jacques.- *Le particularisme ibadite au M'Zab*, in *Afrique-Asie*, I, 1960, p. 38.

70. FEDDAL, M.- *Soumission des Kabyles au Droit musulman* in *Revue Algérienne Tunisienne Marocaine de Législation et de Jurisprudence*, nov.-déc. 1953. Il faut néanmoins ajouter que L. Milliot lui-même reconnaissait que « ce serait une erreur d'apercevoir la solution du problème des rapports entre le droit musulman et le droit coutumier, en Afrique du Nord, dans une séparation et une opposition irréductibles de ces deux systèmes juridiques. L'influence du *shar'* s'exerce en pays de coutume, et, à l'inverse, la coutume réagit sur le *fiqh* en pays de droit musulman » in *Introduction à l'étude du droit musulman*, op. cit., n° 159. Salem Chaker ajoute à ce sujet « ...il n'y a pas de coupure absolue entre le droit coranique et les codes coutumiers berbères...il y a une influence permanente et très ancienne de la chari'a islamique sur les coutumes berbères. Ce ne sont pas deux mondes étanches » in *Imazighen Ass-a*, éd. Bouchène, Alger, 1990, p. 64.

Par ailleurs, le jugement porté sur l'état « anarchique et rudimentaire » des institutions musulmanes en Algérie est fondé sur une méconnaissance voulue de certaines sources documentaires. Pour nous limiter aux seules institutions judiciaires, les recueils de *nawâzil* et de '*amal*, qui existent en Algérie tout autant que dans d'autres pays de droit musulman, comme les *nawâzil* de Mazouna<sup>71</sup> ou le '*amal* de Constantine<sup>72</sup>, montrent que l'autorité morale et scientifique des *fouqaha* algériens est réelle. Les solutions consignées, notamment dans l'ouvrage de '*amal* de Constantine sont revêtues de la formule exécutoire ce qui n'est pas le cas dans le '*amal* de Fès étudié par Louis Milliot<sup>73</sup>. Le jugement excessif et sans appel précédemment rappelé sur l'aspect « anarchique » et « rudimentaire » de l'administration en Algérie avant sa colonisation se veut être, en fait, un discours « scientifique » qui justifie et explique la politique menée en matière juridique et judiciaire en Algérie. En d'autres termes la démarche a pour objectif de légitimer aux yeux des Algériens Musulmans une pratique judiciaire, dont nous aurons à revenir plus loin, pour poser « le » Droit musulman selon la conception que s'en faisait l'institution universitaire d'Alger au service de l'Administration coloniale.

Toutes ces démarches sont sanctionnées par une mise en forme doctrinale à travers des cours magistraux<sup>74</sup>, des articles et des notes de jurisprudence notamment celle de la Chambre de révision musulmane de la Cour d'Appel d'Alger<sup>75</sup>. La *Revue Algérienne*, qui commence à paraître en 1886, sert de support à cette activité et de vecteur pour sa diffusion<sup>76</sup>. Toujours dans ce domaine de la publication, la Faculté de Droit fait paraître, à partir des années cinquante, les *Annales juridiques, politiques, économiques et sociales*, dont un certain nombre de tomes constituent des monographies intéressant le Droit musulman après avoir créé une collection sous le nom de *Bibliothèque de la Faculté de Droit de l'Université d'Alger* riche d'une trentaine de volumes au début des années soixante.

Ces travaux de recension et de doctrine s'articulent autour d'œuvres individuelles ayant pour auteurs Zeys<sup>77</sup>, Georges-Henri Bousquet<sup>78</sup> Fernand

---

71. Cette œuvre a été analysée et commentée d'un point de vue sociologique et anthropologique par Jacques Berque, *L'intérieur du Maghreb. XVème-XVIème siècles*. Ed. Gallimard, Paris, 1978.

72. Le '*amal* de Constantine a notamment été présenté et analysé dans une perspective historique et anthropologique par Houari Touati, *Entre Dieu et les hommes. Lettrés, saints et sorciers au Maghreb (17ème siècle)*, éd. Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales (EHESS), Paris, 1994.

73. TOUATI, H.- *Entre Dieu...*, op. cit., p. 98.

74. Comme ceux de Marcel Morand qu'il n'a jamais voulu publier. *Université d'Alger. Cinquantenaire...*, op. cit., p. 74.

75. M. Morand en publie plus de 200. Les arrêts de principe feront l'objet d'analyse plus détaillée comme, par exemple, celui du 6 mars 1950 concernant l'exercice du droit de « djibr ». Voir G.-H. Bousquet, *Le droit de « djibr » et la Cour d'Alger* in *Revue Algérienne Tunisienne Marocaine de Législation et de Jurisprudence*, n°66, 1950, p. 211.

76. Cette revue est présentée comme « l'une des plus anciennes d'Afrique du Nord et des plus connues de l'extérieur ». *Université d'Alger. Cinquantenaire...*, op. cit., p. 70.

77. Qui publie un *Traité élémentaire de droit musulman malékite*, 2 vol ?, Alger, 1886.

Dulout<sup>79</sup> ou encore Louis Milliot<sup>80</sup> qui présentent le Droit musulman globalement. D'autres se sont consacré à l'étude de sujets précis comme Ernest Mercier<sup>81</sup> Frédéric Peltier<sup>82</sup> ou encore F. Dulout<sup>83</sup>. On rencontre quelques Algériens musulmans, praticiens du droit, qui interviennent également dans le champ doctrinal<sup>84</sup>. Plus tard, avec les interventions du législateur en 1957 en vue de régler la question de la tutelle et l'absence et en 1959 celle du mariage et de sa dissolution, des études sur les nouveaux textes sont publiées<sup>85</sup>. Mais c'est surtout Marcel Morand, présenté, non seulement comme « *le véritable fondateur de la Faculté de Droit* »<sup>86</sup>, mais aussi comme « *l'initiateur de l'étude scientifique du Droit musulman... (et donc) le créateur d'une discipline juridique... (car ce sont) ses travaux (qui) sont la base et le point de départ de tous ceux qui, après lui, ont été consacrés à cet objet* »<sup>87</sup> qui marquera le plus l'histoire de l'institution universitaire algéroise dans le domaine du droit et même l'activité judiciaire par son influence sur les magistrats dont beaucoup ont certainement été formés par lui. Son essai de codification du droit musulman consacre sa célébrité.

Le jugement exagérément élogieux précédemment rappelé n'est donc pas sans fondement. Cet économiste de formation devenu, après son arrivée à Alger, le spécialiste reconnu du Droit musulman, a certainement contribué à faire connaître cette discipline, d'une part par le cours qu'il a professé durant près de quarante années (et qui est resté au stade de polycopié) aux étudiants de la Faculté de Droit d'Alger, mais aussi par la publication d'une première série d'articles qu'il a regroupé et publié en 1910 sous le titre

---

78. Qui publie un *Précis de droit musulman* et *Le droit musulman par les textes*, Alger, 1947.

79. *Traité de droit musulman algérien*, 4 volumes, éd. La Maison des Livres, Alger, 1947.

80. *Introduction à l'étude du droit musulman*, éd. Sirey, Paris, 1953 (Cet ouvrage, critiqué lors de sa parution par Schacht, Bousquet et Rodinson, a été légèrement remanié et la bibliographie remise à jour, puis réédité par François Paul Blanc, Sirey, Paris, 1987).

81. *Le Hobous ou Wakf. Ses règles et sa jurisprudence*. Ed. A. Jourdan, Alger (s. d. 1896 ?)

82. Qui a notamment publié, en collaboration avec G.-H. Bousquet *Les successions agnatiques mitigées*. Publications de l'Institut d'Etudes Orientales de la Faculté des Lettres d'Alger, 1935

83. *Les Habous dans le droit musulman et la législation nord-africaine*. Ed. La Maison des Livres, Alger, 1938.

84. BENHABYLES, Chérif.- *La protection des mineurs indigènes et le conseil de gérance*. Ed. Andriano, Constantine, 1924.

85. COLOMER, André.- *La réforme du régime des tutelles et de l'absence en droit musulman algérien* in Revue Algérienne Tunisienne et Marocaine de Législation et de Jurisprudence, n° 75 (1959), p. 87 ; Jules Roussier, *Le mariage et sa dissolution dans le statut civil local algérien*. Ed. La Maison des Livres, Alger, 1960 ; J. Roussier, *Mariage et divorce en Algérie*, in Revue Welt des Islam, n° 6, 1961, p. 248 ; André Canac, *La réforme des régimes musulmans des tutelles et de l'absence en Algérie*, in Revue Juridique et Politique de l'Union Française, 1958, p. 337 ; A. Canac, *Les perspectives d'évolution du statut civil des Musulmans et la réforme des règles du mariage musulman en Algérie*, in Revue Juridique et Politique de l'Union Française, 1959, p. 55 ; André Colomer, *La réforme du régime des tutelles et de l'absence en Droit musulman algérien* in Revue Algérienne Tunisienne et Marocaine de Législation et de Jurisprudence, 1959, n° 5 et 6, p. 97-187.

86. *Université d'Alger. Cinquantenaire...*, ouvrage précité, p. 74.

87. *Université d'Alger*, p. 73-74.

d'*Etudes de Droit musulman*<sup>88</sup> et en 1931 d'une autre série qu'il a intitulé *Etudes de Droit musulman et de Droit coutumier berbère*, sans compter plus de deux cents notes de jurisprudence publiée dans la *Revue Algérienne*. L'œuvre est donc importante en quantité. Elle reste néanmoins objectivement critiquable au niveau scientifique sur certaines questions non seulement en raison des *a priori* idéologiques et des jugements de valeur qu'elle révèle mais surtout pour les erreurs d'analyse commises par le fait des contresens dus à une compréhension et à une interprétation tendancieuse de termes propres au vocabulaire juridique des *fouqaha'*. Ainsi, se fondant sur le *Mukhtasar* de Khalîl ibn Ishâq qui écrit que « *la dot est analogue au prix de vente* »<sup>89</sup>, Morand soutient<sup>90</sup>, à propos de la nature juridique du contrat de mariage, qu'il doit être assimilé à une vente car « *la dot, écrit-il, a...bien...le caractère d'un prix d'achat à payer par le mari...et...que, pour les Musulmans,...le mariage est resté...une convention de vente* »<sup>91</sup>. S'opposant ainsi à Sauteyra et Cherbonneau<sup>92</sup> dont il n'ignore pas les travaux ou même à Wilken qu'il cite d'ailleurs à propos de l'histoire du régime matrimonial en vigueur en Arabie<sup>93</sup>, Morand veut à la fois se singulariser mais aussi participer à la dévalorisation des principes et des règles du *fiqh* pour mieux inscrire les critères et l'échelle des valeurs propres au colonisateur et assurer ainsi le passage de « l'ancienne législation indigène, inefficace et inadaptée au droit de la modernité, qui se trouve être celui du colonisateur »<sup>94</sup>, même si sur cette question, et après quelques hésitations, la jurisprudence des tribunaux français en Algérie a fini par rejeter cette conception<sup>95</sup>.

Ce n'est donc pas un hasard si ce même Morand est sollicité officiellement pour élaborer un projet de codification du Droit musulman par le Gouvernement général de l'Algérie<sup>96</sup>. Certes l'idée de poser les règles

88. Ouvrage que G.H. Bousquet qualifie de « peu important » in *Revue Hespéris* n° 39 (1952), p. 509.

89. Selon la traduction de Fagnan dans *Mariage et répudiation*, p. 74 que cite Morand, *Etudes de Droit musulman algérien*, éd. A. Jourdan, Alger, 1910, p. 120.

90. NORES également, dans son *Essai de codification...*, adopte l'avis de Morand.

91. MORAND, M.- *Etudes de Droit musulman algérien*.- Op.cité.- p. 117 et p.119.

92. Sauteyra et Cherbonneau, *Droit musulman du Statut personnel et des successions*, tome 1, p. 54.

O. Pesle écrit à ce sujet : « La dot...est le signe caractéristique du mariage,...qui le distingue de la fornication » in *Le mariage chez les Malékites de l'Afrique du Nord*, p. 128, cité par F. Dulout, *Traité de droit musulman algérien et moderne*, éd. La Maison des Livres, Alger (s. D.), p. 15

93. Ainsi à la page 115 de ses *Etudes de Droit musulman...*, notes 2 et 4, p. 116, note 4 et p. 117, note 1. Comme Sauteyra et Cherbonneau, qui écrivent que « la dot est destinée à conserver la dignité de l'union conjugale » (cité par Morand, p. 118), Wilken (dans *Das Matriarchat bei den Alten Arabern* cité par Morand, p. 116) démontre que « la dot ou *mahr* ...n'est pas un prix d'achat : c'est une *donatio compensandi usus puellae* ».

94. LUCAS, Philippe et VATIN, Jean-Claude.- *L'Algérie des anthropologues*, F. Maspéro, Paris, 1975, pp. 40 et suiv. Il n'en demeure pas moins que dans son projet de Code de droit musulman, Morand maintient la dot comme condition de formation du mariage.

95. Tribunal de Bougie, Jugement du 25 juin 1927 in *Revue Algérienne*, 1928, 2ème partie, p. 63.

96. L'avant projet élaboré sous la direction de Marcel Morand et présenté à la Commission de codification du droit musulman algérien, mais qui n'a jamais été adopté ni promulgué, a été publié aux éditions A. Jourdan à Alger en 1916.

du *fiqh* dans le cadre d'une démarche méthodologique propre à celle en vogue depuis celle entreprise en France par Napoléon avec le Code civil paru en 1804 est petit à petit généralisée dans la plupart des pays d'Europe tout au cours du XIX<sup>e</sup> siècle et même dans le monde musulman<sup>97</sup>. L'idée est partagée par de nombreuses personnes soucieuses avant tout d'offrir un instrument pratique à ceux qui sont intéressés par le Droit musulman. Mais si certains restent sceptiques quant à l'opportunité d'une telle entreprise, d'autres, en vérité peu nombreux, s'y opposent franchement<sup>98</sup>. Dans le milieu universitaire algérois, seul Emile Larcher se déclare opposé à l'idée de codifier le Droit musulman, alors que Fagnan, Houdas, Luciani, Norès<sup>99</sup> y sont favorables<sup>100</sup>.

Le travail doctrinal ne se veut donc pas seulement théorique. Il doit atteindre des objectifs autant pratiques que politiques. Le législateur doit s'en imprégner et il est important pour l'institution universitaire algéroise d'être parraine de cette œuvre en Algérie. Il est donc intéressant maintenant de se pencher sur cette doctrine.

Auparavant, il convient de s'intéresser aux auteurs eux-mêmes. Il n'y a pratiquement pas d'Algérien. Jean-Robert Henry et Paul Balique en signalent une dizaine seulement. La quasi-totalité de cette littérature est l'œuvre de professeurs venant de France nommés et exerçant à Alger. Certains deviennent vite célèbres, comme Marcel Morand ou Louis Milliot qui exerce des fonctions officielles au niveau du Gouvernement général de l'Algérie. Mais parmi les signataires des différentes publications concernant le Droit musulman articles figurent également des magistrats, des notaires, des avoués et certains avocats. Les quelques Algériens qui rédigent leurs travaux en langue française n'appartiennent pas au corps enseignant

---

97. Les autorités ottomanes codifient la version *hanafite* du Droit musulman à travers la *Mecelle-i ahkâmî Adliyye* (Code de législation ottomane qui régit les obligations et les contrats) en 1876. Quant au droit de la famille, il n'est codifié qu'en 1916 à travers le *Hukuk aile kararnamesi*. Voir sur l'histoire de ces codifications Halil Cin et Ahmed Akgunduz, *Türk Hukuk Tarihi*, éd. Osmanlı Araştırmaları Vakfı, Istanbul, 1996, tome 2, p. 178 et suiv. ; Mehmet Âkif Aydın, *Mecelle'nin Hazırlanışı*, in *İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları*, éd. Yüz Yayıncılık, Istanbul, 1996, p. 59 ; Sur le Droit ottoman en général voir Akmaledin Ihsanoğlu (sous sa direction), *Al-Dawla al-'Othmâniyya. Tâ'rih wa Hadâra*. (trad. arabe S. Saadani), éd. Yildiz Yayincilik, Istanbul, 1999, p. 435 et suiv.

98. BEL, Alfred.- *La codification du droit musulman en Algérie*, in *Revue de l'Histoire des Religions*, n° 96, 1927, p. 175.

99. NORES, Edmond (qui était magistrat) publie d'ailleurs son propre *Essai de codification du droit musulman algérien*, in *Revue Algérienne* de 1903 à 1908 et aux éd. A. Jourdan, Alger, 1909.

100. Pour des raisons différentes, Jacques Berque fait remarquer que « comprendre ce que le juriste musulman comprend à son propre droit...nous garderait de bien des erreurs : d'abord de celle qui consiste à imposer les cadres de nos codifications à une matière qui y reste antipathique à bien des égards ». *Essai sur la méthode juridique maghrébine*, éd. Marcel Leforestier, Rabat, 1944, p. 7. Il y a lieu de rappeler que l'idée de codifier les règles du *fiqh* n'est pas nouvelle dans l'histoire du Droit musulman. Un conseiller du Calife abbasside Abû Dja'far al-Mansûr, 'Abd Allah ibn al-Muqaffa' (mort en 145 h./762 ap. J. C.) y avait songé pour unifier la jurisprudence des tribunaux de l'empire. Le projet, accueilli favorablement par le Calife qui devenait compétent pour choisir et adopter les règles applicables, n'a pas connu de suite en raison de l'opposition de certains *fouqaha* comme Mâlik ibn Anas, par exemple.

universitaire. Ce sont surtout des praticiens (avocats, interprètes judiciaires ou cadis-notaires) qui sont au fait autant de la langue arabe que du Droit musulman et qui sont donc amenés tout naturellement à présenter les règles du *fiqh* par rapport à sa logique originelle et avec la sensibilité propre de ceux qui professent et pratiquent l'islam. Ce second aspect est d'autant plus accentué que bien souvent, leur travail vient en réaction à celui présenté par des non Musulmans qui, outre une analyse effectuée à partir des concepts et des catégories juridiques étrangers à la pensée musulmane<sup>101</sup>, émettent des jugements de valeur sur telle ou telle règle du Droit musulman<sup>102</sup>.

En ce qui concerne le contenu des études elles-mêmes, il y a lieu de reconnaître qu'il s'agit d'un travail remarquable de par les efforts qu'il suppose et pour ce qu'il apporte comme connaissances restées souvent oubliées pendant de longs siècles. Il donne un aperçu sur la diversité et sur la richesse des réflexions menées par les juristes musulmans à propos des questions intéressant la société et le droit qui la régit. Mais, les juristes français de l'Ecole de Droit d'Alger, formés au Droit romain, abordent et analysent le Droit musulman avec l'esprit, les notions et les catégories juridiques propres aux systèmes romano-germaniques élaborées par les théoriciens du système législatif légué par Justinien. Pourtant Jacques Berque, en fin connaisseur du monde musulman, recommandait qu'il faut « s'appliquer à comprendre ce que le juriste musulman comprend à son propre droit, telle devrait être l'une des tâches préalables de toute exégèse du *fiqh* »<sup>103</sup>.

En fait, le travail doctrinal revêtu de son caractère scientifique par la caution apportée par l'institution universitaire, devait être utile à l'entreprise coloniale en Algérie. Cette démarche apparaît clairement à travers les mutations formelles opérées lors de l'analyse et la présentation du *fiqh*. Ce dernier est *romanisé* par l'introduction des notions et des catégories juridiques propres au droit français. Le droit musulman est ainsi présenté selon la classification héritée du droit romain et certaines notions du droit canon de l'église chrétienne sont même utilisées pour traduire celles propres au *fiqh*<sup>104</sup>. L'autre démarche a pour objectif de *nationaliser* le *fiqh* islamique

---

101. Ce n'est qu'à partir des années cinquante et les travaux initiés notamment par Joseph Schacht (suivi par G.H. Bousquet à Alger) sur l'histoire de la formation de la pensée juridique dans la société de tradition islamique que l'on commence à observer un changement méthodologique dans l'appréhension du Droit musulman (Voir J. Schacht, *Notes sur la sociologie du Droit musulman*, in *Revue Africaine*, n°96, 1952, pp. 311 et suiv. ; Voir aussi du même auteur *An Introduction to Islamic Law*, éd. Oxford Clarindon Press, 2ème éd., 1966.)

102. Louis Augustin Barrière note que « Le sentiment de la supériorité des règles du Code civil sur le Droit musulman resta...très vif chez les professeurs de la Faculté d'Alger ».- in *Le Statut Personnel des Musulmans d'Algérie de 1834 à 1962*, thèse de Droit, Lyon, 1990.- p. 258.

103. BERQUE, J.- *Essai sur la méthode juridique* ....- ouvrage précité.- p. 7.

104. Comme par exemple le terme de *khitba*, qui, pour les *fouqaha* signifie « demande en mariage » (Saadi Abou Djaib, *Al-Qâmûs al-fiqhî*, éd. Dâr al-Fikr, Damas, 1ère éd., 1982, p. 118 ; Mohammed Abou Zahra, *Al-AHwâl al-Shakhsiyya*, éd. Dâr al-Fikr al-'Arabî, (s. d.), p. 26) et qui, est aujourd'hui, assimilé aux *fiançailles* par la doctrine musulmane moderne ( Abdarrahmane Ater, *Khitbat al-Nikâh*, éd.

en l'inscrivant dans le cadre de l'Algérie colonie de la France, donc en quelque manière de le *laïciser* par le fait qu'il s'agit maintenant d'un droit posé par une institution étatique et non plus d'un droit de légistes et de *fouqaha*<sup>105</sup>. Enfin le Droit musulman est considéré comme *droit coutumier* ou en tout cas certainement modifié par la coutume<sup>106</sup> par le fait que ses normes ne sont pas des lois au sens formel. Il sera donc hiérarchiquement inférieur à la loi posée par le législateur<sup>107</sup>, ce qui n'est pas sans conséquence tant du point de vue juridique que politique. L'intention étant en fin de compte de substituer les règles du Code civil à celle du Droit musulman tout comme il est déclaré sans détour que la justice musulmane doit céder devant la justice française.

Il est évident qu'en procédant ainsi, l'image donnée du *fiqh* devient quelque peu déformée pour le Musulman qui ne le reconnaît plus et qui devient plus réticent à accepter la version qui en est donnée. Les juristes français qui se sont consacré à l'étude du Droit propre à la société musulmane vont donc participer à la création d'un phénomène d'optique qui fait percevoir le *fiqh* tant dans l'histoire de l'Algérie avant la colonisation que par rapport à la conception des rapports du Droit à l'Etat et au citoyen selon leurs propres conceptions et compréhensions de la société de tradition islamique<sup>108</sup>. Ainsi, Morand essaie, en s'appuyant sur des idées émises par Snouck-Hurgronje<sup>109</sup>, de démontrer que le droit réellement appliqué entre les Musulmans en Algérie n'est pas celui consigné dans les ouvrages de *fiqh*<sup>110</sup>. Nul doute que ces auteurs, influencés par les théories

---

Maktabat al-Manâr, al-Zarqâ', 1ère éd., 1985, p. 53). Le législateur algérien la définit même comme *une promesse de mariage* (Voir *Code de la famille*, art. 5) ce qui le rapproche de la définition donnée par la jurisprudence française. On peut également lire, de temps à autre, dans des arrêts et jugements des juridictions algériennes (Arrêt de la Cour Suprême du 25 décembre 1989. Dossier n° 58224 in *Al-Madjalla al-Qadaiyya*, n° 4, 1991, p. 110 ; Arrêt Cour Suprême du 16 janvier 1989, dossier n° 51715 in *Al-Madjalla al-Qadaiyya* n° 2, 1992, p. 55) les termes de « *zawâdj 'urfi* », ou *mariage coutumier*, pour désigner le mariage non transcrit à l'état civil. Or il s'agit là d'une terminologie utilisée par les tribunaux français en Algérie pour désigner le mariage conclu conformément aux règles du *fiqh*, qualifié de coutume par ces mêmes tribunaux. L'utilisation par les juridictions algériennes de ces termes, en arabe, nous paraît être, aujourd'hui, un non-sens par rapport au droit en vigueur

105. HENRY, Jean-Robert.- *Droit musulman et structure d'Etat moderne en Algérie : l'héritage colonial*.- in *Islam et politique au Maghreb*, Paris, éd. du CNRS, 1981.- p.p. 305 et suiv.

106. MILLIOT, L.- *Introduction à l'étude du droit musulman*.- op. cité.- p. 29 ; Jacques, Berque.- *Problèmes initiaux de la sociologie juridique en Afrique du Nord*.- in revue *Studia Islamica*, 1953.- p. 160.

107. La jurisprudence ira jusqu'à déclarer « *En Algérie, seules les coutumes et non les textes des juriconsultes musulmans ont force de loi* ». Tribunal civil d'Alger, 6 juin 1931, *Revue Algérienne*, 1933, 2ème partie, p. 202

108. L'imaginaire collectif créé par une littérature séculaire, qui présente l'Islam, son Droit et ses institutions négativement, a certainement joué un rôle non négligeable dans la formation de ces attitudes intellectuelles.

109. SNOUCK-HURGRONJE avait développé ses idées à partir de l'observation de l'application du Droit musulman en Indonésie.

110. M.Morand.- *Le droit musulman algérien (rite malékite), ses origines*.- in *Revue Algérienne*, 1913.- p. 221.



sur les transformations du Droit<sup>111</sup>, ne pouvaient concevoir une société où « quelque lent que puisse être le développement politique, social ou économique... les rapports juridiques se soient si peu modifiés (et) que les mêmes règles... soient demeuré applicables... et... appliquées. »<sup>112</sup> Mais on ne peut non plus négliger l'idée que toutes ces démonstrations visaient des objectifs favorables à la politique mise en œuvre par les autorités coloniales dans le champ législatif.

Couper le droit musulman de ses sources doctrinales<sup>113</sup> et engager une nouvelle réflexion à son sujet sans tenir compte de la sensibilité des Algériens musulmans, telle a été l'œuvre des juristes de l'Université d'Alger pendant toute la période coloniale. Ils ont ainsi participé à la mise en place d'un *nouveau* Droit musulman, propre à l'Algérie et qui a d'ailleurs été très tôt dénommé *Droit Musulman Algérien*.

Par ailleurs, il s'agit d'un Droit musulman réduit dans sa théorie et dans son contenu. D'une part, les spécialistes français de ce Droit développent l'idée que ses sources sont ailleurs que dans les traités classiques. D'autre part, ils ne consacrent l'essentiel de leurs études qu'aux questions intéressant ce que le pouvoir colonial a admis au sein du système législatif en vigueur en Algérie. En effet, « certaines parties du droit musulman sont abandonnées, d'autres hypertrophiées, d'autres reformulées et plus ou moins « francisées » selon les époques »<sup>114</sup> et les besoins de la colonisation qui met en place une organisation judiciaire<sup>115</sup> pour réguler cet ensemble et intervenir sur les points que le législateur voulait plus ou moins ignorer en tant qu'instance politique<sup>116</sup>. Le travail universitaire va donc suivre ce mouvement et tenter sinon de le justifier du moins de l'expliquer. La réflexion menée restera néanmoins en dehors de la sensibilité propre à la société algérienne bien que les expériences menées dans d'autres pays musulmans soient continuellement citées pour légitimer les interventions du législateur français en Algérie<sup>117</sup>. Certes, les textes qui ont le plus modifié le

---

111. TARDE, Gabriel.- *Les transformations du Droit*. - Paris, éd. F. Alcan, 1893.

112. MORAND, M.- *Le droit musulman....* - art. précité.- p. 225.

113. En hypertrophiant le rôle de la coutume dans la formation de la règle de droit sans montrer que, non seulement, le phénomène n'est pas exceptionnel, mais qu'il est prévu et codifié par le Droit musulman lui-même.

114. HENRY, J.R., -. *Droit musulman et structure d'Etat....* - art. précité.- p. 308.

115. Plusieurs textes sont adoptés entre 1834 et 1944 pour organiser la *Justice indigène* en Algérie (Voir Estoublon et Lefébure, Code l'Algérie annoté

116. En recourant notamment à la notion d'*ordre public* pour écarter certaines règles de *fiqh* considérées comme « primitives » (E. Besson, *Etude comparative sur la constitution de la famille chez les Kabyles et chez les Arabes algériens*, in Bulletin de la Société de Législation Comparée, 1893-1894, p. 12.) ou même carrément « barbares et monstrueuses » (Jugement du Tribunal de Justice de Paix de Fort-National du 16 juin 1902 in Revue Algérienne 1902, p. 263 ; Voir également Arrêt de la Chambre de révision musulmane (Alger) du 11 juin 1921 in Revue Algérienne 1922, p. 187).

117. MORAND, M. dans son avant-projet s'appuie, pour légitimer la démarche de codification du Droit musulman en Algérie sur les expériences législatives menées en Turquie et en Egypte. Dans son étude sur *La réforme des régimes musulmans des tutelles et de l'absence en Algérie*, André Canac écrit « D'autres pays musulmans, imbus de modernisme juridique, n'hésitent pas à l'heure actuelle à adapter l'Islam aux

Droit musulman en matière de statut personnel interviennent après que la Tunisie<sup>118</sup> et le Maroc<sup>119</sup> aient adopté chacun un Code dans ce domaine, mais il est clair aussi que si l'intervention législative a été timide pendant toute la période coloniale, le Droit musulman était atteint dans son essence dès le moment où les troupes françaises ont débarqué sur le sol algérien en 1830.

En effet, si à la fin des années cinquante il ne restait plus que le statut personnel formellement encore affilié au *fiqh*, certaines de ses dispositions étaient depuis longtemps modifiées. Certes, au tout début de la colonisation, l'ignorance du Droit musulman et des coutumes locales avait entraîné les juges à commettre des erreurs et à porter atteinte au Droit propre à la société algérienne. Mais avec le temps il devenait évident que les atteintes répétées sont la conséquence d'une volonté délibérée de voir certaines règles modifiées en fonction des conceptions propres à la société européenne mais aussi et surtout des intérêts de la colonisation. Les tribunaux vont jouer un rôle clé dans cette démarche. Les règles du *fiqh* jugées trop incompatibles avec celles du Code civil français sont ainsi abrogées par des décisions de justice allant ainsi à l'encontre du principe qui interdit les arrêts de règlement en Droit français mais en arguant de la nécessité de maintenir un ordre public tel que le conçoit l'autorité coloniale car « le droit étranger (ici le Droit musulman) doit être intégré au droit national (le droit français), de manière à créer un ordre juridique nouveau et unitaire qui soit l'expression de l'unité et de la souveraineté agrandie. Les exigences de cet *ordre public* en devenir, commanderont la *mutilation* du droit annexé »<sup>120</sup>. On ne peut être plus clair quant au désir de voir petit à petit le champ d'application du Droit musulman se réduire en Algérie au profit des règles du Code civil français.

La résistance de la société algérienne s'est certes manifestée pour condamner ces atteintes et refuser de s'y soumettre, mais, et c'est là le paradoxe, aujourd'hui, le Droit national algérien, continue d'être tributaire de cette doctrine qui a déstructuré non pas seulement le Droit musulman, une de ses sources historiques<sup>121</sup>, mais qui a altéré également et c'est là, à

---

conditions présentes, en rejetant les traditions médiévales qui s'opposent à leur évolution. Il est naturel que l'Algérie s'insère dans ce mouvement dont la France n'a pas pris l'initiative et dont on ne peut, par conséquent, lui reprocher la hardiesse iconoclaste » in *Revue Juridique et Politique de l'Union Française*, 1958, p. 337.

118. COLOMER, André.- *Le Code de Statut personnel tunisien* in *Revue Algérienne Tunisienne et Marocaine de Législation et de Jurisprudence*, 1957, n°4, 5 et 6, p. 115-239 ; J. Roussier, *Le Code tunisien de Statut personnel* in *Revue Juridique et Politique de l'Union Française*, 1957, p. 213/

119. COLOMER, André.- *Le Code de Statut personnel marocain* in *Revue Algérienne Tunisienne et Marocaine de Législation et de Jurisprudence*, 1961, n° 4, 5 et 6, p. 79-201 ; J. Lapanne-Joinville, *Le Code marocain de Statut personnel* in *Revue Juridique et Politique de l'Union Française*, 1959, p. 75.

120. ELIESCO, *Essai sur les conflits de lois dans l'espace sans conflit de souveraineté*, thèse de Droit, Paris, 1925, p. 371.

121. Comme l'est le Droit romain pour le Droit français, le Droit espagnol ou le Droit italien, par exemple.

notre avis, que réside le problème le plus difficile à résoudre, les modes d'expression même du phénomène juridique propre à la société algérienne. Le discours juridique ne peut plus être unitaire. Il répond à plusieurs logiques qu'il est difficile de concilier<sup>122</sup>. Le législateur n'échappe pas non plus à cet état de fait et ne peut y échapper en réalité. Il le consacre dès l'instant où la production du Droit devient une compétence de l'Etat national. Mais, conséquence de l'histoire du Droit dans les sociétés de tradition islamique et en Algérie depuis 1962 les règles du Droit national sont posées, dans un cadre et une perspective où évoluent deux logiques qui peuvent s'avérer contradictoires entre elles de temps à autre<sup>123</sup>. Aussi, il n'est pas étonnant de rencontrer des difficultés pour la compréhension et l'interprétation de la norme légale dans certains secteurs du Droit en Algérie où il n'est pas possible, aussi, d'ignorer que le rapport à la norme n'est pas construit à partir d'une conception où prévaut la *légalité* mais plutôt à partir de son caractère *licite* ou non.

On doit donc admettre que le développement de la pensée juridique ne peut se faire et être accepté que s'il se situe dans la perspective de l'héritage doctrinal en la matière. Il suppose donc, non pas une remise en cause totale du droit classique ni sa remise en œuvre dans son intégralité, mais son appréhension dans sa réalité historique pour bien comprendre les facteurs de sa genèse et de son développement. Tout comme il est indispensable de bien comprendre les besoins actuels de la société en la matière.

Il est évident aussi, que cette situation est liée à l'état de développement social et culturel. Le Droit est fonction de ces données tout comme il est fonction des valeurs de civilisation de la société qu'il est censé gérer et qu'elle draine à travers son histoire. Le Droit musulman vivant de la période dite classique reflétait l'état économique et social de la société musulmane et exprimait le génie de ses *fouqaha*<sup>124</sup>. La décadence politique et économique du monde musulman a entraîné sa décadence culturelle et inévitablement celle de son Droit. En d'autres termes, les problèmes juridiques ne sont pas de la compétence du juriste. Ce sont ceux de la

---

122. SAADI, Rabah Nourredine.- *Quelques réflexions sur l'état de la science juridique en Algérie.* - in Revue Algérienne des Sciences Juridiques Economiques et Politiques, vol. XXII, n° 1, 1985.- p. 11.

123. MAHIEDDIN, Mohamed N.- *Dualisme conflictuel et rupture de logiques juridiques en droit algérien.* - in Annuaire de l'Afrique du Nord, (CNRS, Paris), tome XXIII, 1984.- p. 323.

124. Il faut souligner que les règles du *fiqh*, contrairement à la plupart de celles des droits positifs actuels, sont élaborées en tenant compte à la fois de l'aspect social, éthique, psychologique et parfois même médical des questions abordées. La laïcisation, poussée à l'extrême, a réduit la norme à ne revêtir qu'un aspect purement technique ce qui aboutit à la nécessité, aujourd'hui, de recourir à des comités d'éthique et autres conseils pour poser des règles en vue de mieux appliquer le Droit ! D'où, aussi, la difficulté que rencontrent les juristes qui essaient d'intégrer les constructions du *fiqh* aux cadres théoriques des droits européens ou qui essaient de démontrer que les règles des droits actuels sont déjà formulées dans le droit musulman classique. Ces démarches sont d'autant plus inutiles qu'elles ne règlent aucun problème théorique et ne présentent, selon nous, aucun avantage pratique sinon de démontrer que les règles de droit sont universelles, ce qui est historiquement faux.

société tout entière. Le juriste n'est là qu'à titre de « technicien » pour mettre en forme, commenter, expliquer, peut-être justifier. Il est donc au service de la société pour l'aider à mieux comprendre le phénomène juridique dans son ensemble en tant que théoricien et les règles particulières du Droit en tant que praticien.

Dans cette étude consacrée au rôle joué par une institution officielle, créée pour satisfaire des besoins conjoncturels, nous avons essayé de montrer comment un savoir se construit à partir d'une demande sociale exprimée par une population en fonction de ses intérêts politiques mais dans une perspective culturelle autre que celle qui particularise l'Algérie. Il n'est donc pas possible, aujourd'hui, de continuer à exploiter cette production scientifique ou, pour le moins, d'en faire un facteur important dans la construction du savoir juridique en Algérie sans, au moins, s'en rendre compte. *La sagesse est de revêtir chaque siècle de son vêtement et de dominer l'époque par la politique qui lui répond*<sup>125</sup>.

---

125. Al Hadjûi, *Al Fath al-'arabî*, Tunis, 1931, p. 28 (Cité par J. Berque, *Essai sur la méthode juridique...*, op. cit., p. 15).