

Cinquième partie

RELECTURES CULTURELLES DES SCIENCES SOCIALES

*
**

DUALISME CONFLICTUEL ET RUPTURE DES LOGIQUES JURIDIQUES EN DROIT ALGÉRIEN

Par le Droit, l'Etat moderne assure la cohérence de son action en s'appuyant sur une logique centrée sur les fins qu'il se propose d'atteindre. Le rapport ainsi établi entre « l'Etat et son Droit » permet d'éviter toute contradiction dans la réglementation des conduites et toute prescription contraire aux exigences des fins supérieures communes (1). Il en découle que le caractère essentiel de la règle de droit est la certitude dans son application. La logique qui soutient l'articulation générale de tout système juridique interdit quant à elle, la contradiction intérieure (2).

Poser donc la question des conflits entre systèmes juridiques au sein d'un Etat unitaire semble être un non-sens « dans la mesure où l'Etat qui n'arriverait pas à prendre en mains tout le Droit, ne serait pas vraiment et complètement l'Etat, et dans la mesure où le Droit qui ne serait pas celui de l'Etat, serait anémique ou inexistant comme Droit. Aucun ne peut se passer de l'autre » (3). Ainsi, et d'un point de vue strictement théorique, la question des conflits dans ce domaine et à ce niveau ne devrait jamais se poser dans les termes plus haut formulés. Elle n'aurait de sens que dans l'hypothèse d'un Droit perturbé dans son existence, ou encore en voie de formation. Elle ne se poserait également que

(1) Robert Edouard CHARLIER, *L'Etat et son Droit, leur logique et leurs inconséquences*, Economica, Paris, 1984, p. 29.

(2) R.E. CHARLIER, *L'Etat et son Droit*, ... op. cit., pp. 29-30.

(3) R.E. CHARLIER, *L'Etat et son Droit*, ... op. cit., pp. 28-29.

si ce Droit ne reposait pas sur la croyance des gens, que si l'« animus » (valable tant pour la coutume que pour le Droit écrit) venait à faire défaut.

Transposées en Droit algérien, chacune de ces hypothèses semble se vérifier. Un Droit perturbé. Le Droit algérien ne l'a-t-il pas été dans son évolution par le fait de l'invasion coloniale ? (4). Droit en formation. L'indépendance recouvrée, le Droit algérien ne se présente-t-il pas comme un Droit encore en phase transitoire ? « L'harmonisation et l'unification du Droit algérien restent encore des objectifs à réaliser même après l'abrogation de tout le Droit colonial reçu en héritage » fait remarquer le Professeur Mahiou (5). Enfin, le Droit étant une création de la société, donc de la culture qui l'individualise (6), les règles étrangères à la tradition juridique islamique ne se verront-elles pas refuser l'« animus » nécessaire à leur acception par le groupe social parce que heurtant la sensibilité du « citoyen musulman » ?

Ainsi, le Droit algérien, dont le caractère hétérogène dû à la multiplicité de ses « sources » a souvent été relevé (7), semble contenir tous les éléments susceptibles de provoquer à certains moments et à certains niveaux des situations conflictuelles. Cette situation est traditionnellement présentée comme reflétant un état de crise entre la tradition et la modernité au sein des sociétés islamiques en cette fin du XX^e siècle (8). Les causes sont généralement situées au niveau du dualisme juridique qui caractérise le Droit de ces sociétés et qui n'est en réalité que l'aboutissement logique d'un processus de réflexion qui fait que l'ensemble du corpus juris n'est jamais situé au sein d'une seule et même perspective historique (9). C'est pourquoi ce dualisme se retrouve à tous les niveaux de l'activité sociale. Ses causes sont intimement liées à l'histoire de ces sociétés tant anciennes que contemporaines (10).

Au niveau juridique, le phénomène est évidemment apparent et plusieurs travaux l'ont brillamment démontré (11), mais la quasi-totalité des auteurs ont expliqué cette situation en rattachant leurs arguments au processus d'acculturation juridique que connaissent les sociétés de tradition islamique depuis leurs

(4) Claude BONTEMPS, *Manuel des institutions algériennes. De la domination turque à l'indépendance*, t. I, Ed. Cujas, 1976, pp. 369 et suiv.

(5) Ahmed MAHIOU, « Rupture ou continuité du Droit en Algérie », *RASJEP*, n° spéc. 20^e ann. p. 132 et in *Études de Droit public algérien*, OPU, Alger, 1984, pp. 133 et suiv.

(6) Jean CARBONNIER, *Sociologie juridique*, PUF, Paris, 1978, p. 55.

(7) Bernard CUBERTAFOND, « L'algérianisation du Droit, mythe ou réalité », *RJPIC*, 1976, n° 2, pp. 204-231.

(8) Akbar S. AHMED, « Order and conflict in Muslim society : a case study from Pakistan », *The Middle East Journal*, vol. 36, n° 2, Spring 1982, pp. 184 et suiv.

(9) Comparer le discours (à travers la presse nationale) qui accompagne la loi relative au domaine national avec celui accompagnant la loi portant Code de la famille adoptées toutes les deux à quelques jours d'intervalle en juin 1984.

(10) V. Mohammed ABED ALDJABIRI, « Iskāliyat al-asāla wa-l mu'āsara fi-l-fikr al-arabi al hadith wa-l mu'āsara : sirā' tabakī am muskil takafī ? » in *al-turāt wa-tahadiyyat al-asr fi-l-watan al-arabi, (al asāla wa-l mu'āsara)*, Ed. Markaz dirasāt al wahda al-arabiyya, 1^{re} éd., Beyrouth, 1985, pp. 29-58.

(11) Sur cette question nous ne pouvons que renvoyer à la bibliographie contenue dans l'ouvrage de J. SCHACHT, *Introduction au Droit musulman*, trad. franç. P. Kempf et A. Turki, Ed. Maisonneuve et Larose, Paris 1983, pp. 179-233.

contacts avec la pensée juridique occidentale (12). Il est évident qu'on ne peut nier les conséquences de cet événement au niveau du Droit dans les sociétés islamiques contemporaines; mais l'étude de l'histoire de la pensée juridique, notamment à travers les œuvres théoriques des *fouqaha*, nous apprend que ce dualisme est beaucoup plus lié à la conception du « Droit » en Islam qu'il n'est la conséquence d'un quelconque phénomène d'acculturation (13). C'est ce que nous allons essayer de démontrer avant d'aborder le contenu du Droit positif algérien pour rechercher les lieux où se situent les conflits. Nous comprendrons alors en quoi se différencie le dualisme classique du dualisme actuel.

La pluralité des systèmes juridiques au sein d'une même société est la cause première de tout conflit au niveau de l'application du Droit. Dans les sociétés de tradition islamique, autant les facteurs socio-culturels que l'histoire sont à l'origine d'un dualisme dont on a cru longtemps qu'il irait en se réduisant puisque seul le droit familial restait encore rattaché à la *char'i'a*. Or, l'activité intellectuelle présente (14) et l'histoire récente montrent que les revendications (donc les conflits possibles) ne se limitent plus au seul « statut personnel » mais s'étendent pour atteindre le droit public (15). C'est là un mouvement qui se situe dans la droite ligne de la volonté d'émancipation qui se manifeste par le rejet de l'« Autre » dans la mesure où cet « Autre » est perçu comme un ennemi. La contradiction n'est pas pour autant évitée car cet « Autre » est aussi considéré comme un « modèle ». C'est dire qu'autant le rejet que l'acceptation ne se fera pas sans crise majeure (16). Ramenée au Droit, la problématique semble être identique. Elle est en tous cas présentée dans les mêmes termes.

Le dualisme est en effet présenté comme étant issu de la juxtaposition de règles appartenant à un droit d'origine occidentale (17) aux règles appartenant à ce qu'il est convenu d'appeler le « droit musulman ». L'explication semble d'autant plus correcte et logique que le phénomène est directement lié au mouvement de codification qu'ont entamé les législateurs des pays musulmans à partir du XIX^e siècle, c'est-à-dire à partir du moment où ces pays sont directement mis en contact avec l'Occident, un Occident supérieur en tout. C'est le cas notamment de l'Empire ottoman (18). Pour l'Algérie, le phénomène est lié

(12) V. Bibliographie in J. SCHACHT, *Introduction...*, op. cit.

(13) Mais la pratique islamique de l'histoire (et notamment l'histoire du Droit) ne permet pas encore une prise de conscience du phénomène au niveau de la société. Sur cette question, voir l'œuvre de M. ARKOUN et notamment « La place et les fonctions de l'histoire dans la culture arabe » in *Histoire et diversité des cultures*, Ed. Unesco, 1984, pp. 259-281 et de façon plus générale, du même auteur : *Pour une critique de la Raison islamique*, Ed. Maisonneuve et Larose, Paris, 1984, 378 p.

(14) De nombreux ouvrages sont actuellement édités sur toutes les « branches » du Droit musulman (civil, commercial, pénal, constitutionnel, administratif, économique...). Par ailleurs, nombreux sont les auteurs qui commentent le droit moderne à partir des principes du *fiqh* classique.

(15) Voir *L'Islam et l'Etat dans le monde d'aujourd'hui*, ouvrage collectif sous la direction d'O. CARRÉ, PUF, Paris, 1982, 270 p.

(16) Le phénomène est clairement analysé par Mohammed ABED AL DJABIRI, art. précité, pp. 39 et suiv.

(17) Pour simplifier nous qualifierons d'occidental tout ce qui est étranger à la pensée islamique.

(18) S.S. ONAR, « La codification d'une partie du droit musulman dans l'Empire ottoman », *AFDI*, 1954, pp. 90-128; H.V. VELIDEDEOGLU, « Le mouvement de la codification dans les pays musulmans. Ses rapports avec les mouvements juridiques occidentaux », *AFDI*, 1959, pp. 1-55.

à la colonisation. Mais s'il est vrai que cette opération n'est pas restée sans influence sur l'évolution de la pensée juridique en pays d'Islam, le dualisme qui caractérise les Droits des pays islamiques n'est pas néanmoins un phénomène nouveau dans les sociétés musulmanes.

Certes en Algérie, par exemple, durant la période coloniale, le législateur n'a pas caché ses intentions de substituer le nouveau Droit (le Droit français) au Droit local qualifié de coutume indigène en utilisant diverses techniques (19). Mais il n'en demeure pas moins qu'après l'indépendance, l'influence du Droit étranger continue de se faire sentir (20) malgré les critiques qu'avaient provoquées les textes adoptés en 1957 et en 1959 (21) et que continuent d'émettre aujourd'hui encore les partisans d'une stricte orthodoxie en matière juridique (22).

Ces éléments ne doivent pas pour autant nous empêcher de reconnaître que ce dualisme n'est pas nouveau, avons-nous déjà dit.

En effet, autant des événements historiques de première importance qu'un contexte culturel particulier ont permis aux théoriciens de la religion et du droit (*fouqaha*) de donner une forme d'expression à l'explication du processus de formation de la règle juridique somme toute assez originale dans le « contexte législatif » de l'époque, mais ce faisant, ils ont élaboré « un ensemble doctrinal qui a permis de lier épistémiquement (et définitivement sommes-nous tentés d'ajouter) l'expression juridique à l'expression théologique » (23).

Une telle démarche ne pouvait logiquement aboutir qu'à une conception du « Droit » (24) qui ignore le rôle créateur de l'autorité politique en matière législative. Dans la société musulmane, il n'y a pas (ou, plus précisément, il ne devrait pas y avoir) de droit étatique puisque « le droit précède l'Etat. Il est l'œuvre exclusive d'Allah » (25). Aussi, « toute la pensée islamique perçoit l'organisation politique et juridique de la société non pas comme une production d'un législateur humain, mais comme une explication de la Parole de Dieu par un effort exégétique dûment codifié et contrôlé » (26). Le « jus divinum » vient donc singulièrement limiter la fonction législative qui permet à l'Etat d'« exister »

(19) P. LUCAS et J.C. VATIN, *L'Algérie des anthropologues*, Maspéro, Paris, 1975, pp. 29 et suiv.; C. BONTEMS, « Une technique jurisprudentielle de pénétration du droit matrimonial français en Algérie : l'option de législation », *RAS/EP*, 1978, pp. 37 et suiv.; voir aussi les différentes tentatives de codification du droit musulman (MORAND, MORES...).

(20) C. BONTEMS, « L'influence française dans le projet de Code de la famille algérienne », *RAS/EP*, 1982, pp. 625 et suiv. (Cet article se trouve également dans *RTD*, 1980).

(21) *El Moudjahid* (Journal qui exprimait le point de vue officieux du GPRA durant la guerre de libération nationale), n° 45, 6 juillet 1959, tome 2, pp. 340-341).

(22) Mouloud Amar MEHLI, *Taghrîrât wa mulâhadât alâ mudawwanat al ahwâl al-sakhsîyya al djar'îyya*, Ed. Dâr al Ba't, Constantine, 1^{re} éd. 1984 (L'auteur émet des critiques à propos d'un avant-projet de code de la famille, 1976).

(23) M. ARKOUN, « Religion et société d'après l'exemple de l'Islam », in *Pour une critique de la Raison islamique*, Ed. Maisonneuve et Larose, Paris, 1984, p. 212.

(24) Rappelons que le terme « droit » au sens que lui donnent les juristes aujourd'hui n'a pas son équivalent dans la langue technique des *fouqaha* qui utilisent les concepts de *char'i'a* et de *fiqh*.

(25) Ann K.S. LAMBTON, *State and Government in Medieval Islam. An Introduction to the study of islamic political theory : the jurists*, Oxford university Press, 1981, p. 1.

(26) M. ARKOUN, art. précité, p. 213.

au moyen du Droit (27). Les véritables législateurs dans l'Etat musulman seront alors les *fouqaha* et « le droit musulman apparaît comme la construction érudite d'hommes de religion » (28). Bien que ces mêmes *fouqaha* reconnaissent que l'Islam n'a défini aucun mode de gouvernement qui lui soit propre, laissant ainsi aux souverains une grande liberté en matière d'organisation et de fonctionnement des institutions politiques (29), ils n'iront pas néanmoins jusqu'à intégrer les « aspects juridiques » de l'activité politique dans le corpus du *fiqh* classique. Même les systématisations opérées en la matière par Abbou Youssouf, Al-Mâwardî ou Ibn Taymiyya (pour ne citer que les plus célèbres) ne recevront pas cette consécration, les *fouqaha* préférant ne pas se laisser « entraîner dans une liaison trop étroite avec l'Etat » (30); mais nous ne devons pas ignorer pour autant qu'ils ont beaucoup contribué à « fabriquer » pour le pouvoir ses références et à consolider ses assises », écrit le Professeur Yadh Ben Achour qui ajoute, « mais une remarque s'impose, les juristes musulmans, peut-être par la nature même de leur discipline, sont plus « réservés » que les littéraires. Il y a chez eux une sorte d'obligation de réserve au sujet des affaires politiques... L'Etat, sauf exception, n'a pas intéressé les juristes » poursuit l'auteur qui conclut en disant « leur silence n'est peut-être au fond que le résultat de leur intime conviction relative à la non-conformité de l'Etat aux préceptes islamiques et de l'impossibilité dans laquelle ils se sont trouvés de dénoncer la pratique du pouvoir » (31). Cette attitude prouve bien que dans la société islamique, la production du Droit se situe à un double niveau, celui du « pouvoir » religieux et celui du pouvoir politique, entraînant tout naturellement sinon des conflits, du moins une méfiance réciproque. Ainsi se crée un premier dualisme qui n'est que la conséquence du refus des *fouqaha* de reconnaître « officiellement » à l'Etat le droit d'intervenir dans le processus de formation de la règle juridique. Ce dernier se trouve ainsi limité dans ses fonctions par un ordre (32) juridique qui le précède. Celui-ci — le *fiqh* — n'admet pas qu'il soit modifié ou même concurrencé puisqu'il est le seul droit véritable, le seul droit légitime.

(27) Sur la question des limites à la fonction législative, voir Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, trad. franç. L. François et P. Gothot, Dalloz, Paris, 1975, pp. 66 et suiv.

(28) Robert BRUNSCHVIG, « Considérations sociologiques sur le Droit musulman ancien », in *Etudes d'islamologie*, tome 2, Ed. Maisonneuve et Larose, Paris, 1976, p. 119.

(29) Ibrahim HARAKAT, *Al siyâsa wa-l muqtama' fi 'asr al rachidin*, Ed. Al ahliya li-nachr wa-tawzi', Beyrouth, 1985, p. 163.

(30) J. SCHACHT, « Classicisme, traditionalisme et ankylose dans la loi religieuse de l'Islam », in *Classicisme et déclin culturel dans l'histoire de l'Islam*. G.P. Maisonneuve et Larose, Paris, 1977, p. 144; J. SCHACHT, *Introduction au Droit musulman*, op. cit., p. 53. Cet auteur montre comment un ministre d'Etat 'abasside, IBN MUQFFA' (m.140/757), plaide pour un contrôle de l'Etat sur le Droit. Sur l'œuvre principale de ce dernier (*Risâla fi-sahâba*), voir C. PELLAT, *Ibn al-Muqffa', « conseiller » du Calife*. G.P. Maisonneuve et Larose, Paris, 1976, 110 p.

(31) Yadh BEN ACHOUR, « Religion, justice et obéissance au pouvoir dans la pensée politique islamique classique », *RTD*, 1980, pp. 85-86.

(32) Nous utilisons la notion d'« ordre », mais il nous faut faire remarquer sa non conformité avec le langage du Droit musulman. Voir M. SHAKANKIRI, « L'ordre juridique et le langage du Droit musulman » (texte ronéoté d'une conférence donnée à Dijon, inédit (s.d.), 23 p.

Ce dualisme ne vient pas pour autant combler le « retard législatif » ou compenser le « non-fonctionnement » (J. Berque) (33) du « droit vivant » puisque la coutume (34) et la pratique judiciaire viendront à leur tour développer une partie du Droit par le canal des institutions juridiques positives (35). Il y a lieu de noter que d'un point de vue strictement théorique, les *fouqaha* ont maintenu ces différents « canaux » par lesquels se formait la règle juridique dans une totale autonomie les uns par rapport aux autres (36).

Une telle situation ne peut exister sans contradiction ni conflit. Quelle sera donc la logique qui viendra assurer la cohérence de l'ensemble ? L'on sait que l'Etat musulman, comme tout Etat, ne peut exister qu'au moyen du Droit (37). Il va donc « récupérer » celui déjà existant en s'appropriant le corpus déjà élaboré par les *fouqaha*. Pour cela il se qualifie d'Etat musulman (38) et se charge de défendre l'Islam (et donc son Droit) afin de mieux défendre sa propre existence en tant qu'Etat soucieux de durer. Ainsi se trouve appliqué, et par là-même vérifié, le principe de la relation entre le système juridique et l'Etat afin que ce dernier puisse assurer une autorité totale et sans rivale (39).

Par ailleurs, un *modus vivendi* s'instaure en fait entre les *fouqaha* et les souverains quant à la place du Droit élaboré par ces derniers dans l'exercice de leurs fonctions. Si les *fouqaha* pouvaient se permettre d'émettre un avis à propos des « règlements » des souverains, ces derniers qui n'étaient pas obligés d'en tenir compte, s'interdisaient néanmoins toute immixtion dans l'interprétation des principes de la *Chari'a* et du *fiqh*, laissés aux seuls détenteurs du pouvoir d'exercer l'*ijtihād* (40). Le pouvoir politique ne pouvait codifier et encore moins innover en matière de *fiqh*. Toute tentative dans ce domaine était vouée à l'échec. En contre partie, les *fouqaha* restaient réservés à l'égard de la politique, ne serait-ce que pour sauvegarder leur droit d'exercer l'*ijtihād* (41).

Ainsi, un rapport dialectique est entretenu entre un ordre juridique « majeur » (la *Chari'a*) et un ordre juridique « mineur » (le règlement du souverain) par un rappel permanent aux *maqâsid al-chari'a* (42) (ou objectifs suprêmes de la Loi religieuse) auxquels tous doivent tendre, le souverain y étant

(33) Terminologie reprise par J. SCHACHT, article précité, p. 148.

(34) Sous certaines conditions, la coutume n'est pas toujours écartée par les *fouqaha*, mais elle est considérée comme un « instrument auxiliaire » qu'utilisera le juge pour solutionner les litiges. Voir A. SABOUNI, *Al Madkhal al-fiqhî wa ta'rikh al-tachrî' al-islâmî*. Ed. M. Wahaba, Le Caire, 1^{ère} éd., 1982, pp. 137 et suiv.

(35) J. SCHACHT, article précité, p. 150.

(36) La théorie classique des « sources » (*ouçoul al fiqh*) ignore en effet la coutume et la jurisprudence comme « sources » légale du Droit.

(37) S. ROMANO, op. cit., p. 36.

(38) C. CHEHATA, *Etudes de droit musulman*. PUF, Paris, 1971, p. 12.

(39) R.E. CHARLIER, op. cit., p. 29.

(40) Seuls les califes *rachidûn* ont bénéficié du droit d'exercer l'*ijtihād*. Sur cette notion voir un article intéressant de Saâd GHARAB, « L'*ijtihad* ou l'effort de rénovation continue en Islam », *Islamochristiana*, n° 11, PISAI (Rome), 1985, pp. 135-154.

(41) En effet, la réserve à l'égard de la politique est une condition d'*ijtihād*. Voir GHAZALI, *al-Mustafâh*, tome 2, pp. 35 et suiv., Ed. du Caire, 1937.

(42) Mohammed TAHAR BEN ACHOUR, *Maqâsid al-Chari'a al-islâmiyya*, Ed. ENAL, Alger et STD, Tunis, 1985, 210 p.

soumis en tant que Musulman (43). Le dualisme est ainsi maintenu dans les limites d'une logique d'ensemble qui évite les conflits (44) bien que « les règles émanant du pouvoir politico-administratif ont une force égale et parfois même supérieure à la *Chari'a* » (45).

Si les conflits étaient évités parce que le règlement du souverain émanait après tout d'une autorité musulmane, il n'en était plus de même durant la période coloniale où les exemples de refus de se soumettre à la loi nouvelle ou à celle qui contredit les principes de l'Islam sont nombreux (46), bien que l'on rencontre dans la littérature juridique classique des auteurs comme Ibn Tabâ Tabâ qui ne s'interdit pas d'écrire dans son *Fakhri* que « le prince non musulman mais juste doit être préféré au Musulman injuste et despotique » (47).

En fait, l'histoire nous apprend que tout droit qui ne se situe pas dans la logique des mouvements de pensées ou qui ne prendrait pas en considération les représentations du monde telles que les formulent les penseurs appartenant à la société dans laquelle il est en vigueur (48) ne manquera pas de provoquer un certain nombre de conflits à certains niveaux et à certains moments de son application.

En Algérie, la pensée juridique qui s'est formée dans un contexte historique et culturel étroitement tributaire du facteur religieux s'est trouvée confrontée à une autre forme de penser le Droit depuis le début du XIX^e siècle. Les réactions de rejet enregistrées durant l'occupation coloniale sont donc naturelles et logiques. On ne sera donc pas étonné de rencontrer des situations conflictuelles causées par un dualisme issu, cette fois, de l'acculturation dont est « victime » le système juridique originel et dont les tenants se sentent agressés. Lorsque H.J. Liebesny écrit : « one of the present-day phenomena in the Islamic World is political pressure for a return to a strict application of Islamic principles in legislation and judicial practice » (49), il ne fait que formuler une pensée bien réelle dans l'esprit de beaucoup de Musulmans.

Or, les législateurs musulmans contemporains ne mettent pas fin à cette situation après les indépendances. Bien au contraire, les règles classiques du droit colonial sont fondues dans les droits nationaux. Ainsi, « l'Algérie (qui) refuse d'introduire dans sa famille juridique le droit colonial en tant que tel...

(43) La théorie enseigne qu'il est chargé de protéger l'Islam en tant que religion et communauté. Voir AL-MAWARID, *al-Ahkâm al-sultâniyya*, rééd. OPU, Alger, 1984.

(44) On ne doit pas ignorer que la technique des *hiyal* (ruses légales) joue également un rôle non négligeable dans le maintien de cet équilibre. Sur la technique des *hiyal*, voir par ex. Mohammed BEN IBRAHIM, *al-hiyal al fiqhîyya*, Ed. Dar al 'arabiyya li-l-kitab, 1985, 419 p.

(45) E. TYAN, « Méthodologie et sources du Droit en Islam », *Studia Islamica*, vol. X, p. 103.

(46) J. DESPARMET, « Les réactions nationalistes en Algérie. IV : Elégies et satires politiques de 1830 à 1914 », in *Bulletin de la Société de Géographie d'Alger et de l'Afrique du Nord*, XXXIV (1933), notamment pp. 45-46; voir également les réactions à la naturalisation par exemple.

(47) Cité par Yadh BEN ACHOUR, article précité, op. cit., p. 91.

(48) M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne. Cours d'histoire de la philosophie du Droit*, Ed. Montchrétien, Paris, 1975.

(49) Herbert J. LIEBESNY, « Judicial systems in the Near and Middle East. Evolutionary development and islamic revival », *Middle East Journal*, vol. 37, n° 2, spring, 1983, p. 202.

préfère l'adapter et le fondre dans le droit national en baptisant comme droit algérien nouveau les règles classiques » (50).

D'aucuns diront que c'est là un mouvement inévitable commandé par l'évolution et le développement que connaissent toutes les sociétés. En fait, ces phénomènes sociaux, somme toute naturels, ne doivent pas provoquer de « cassures » au niveau de l'identité qui caractérise chaque groupe social. En d'autres termes, il y a théoriquement un rapport logique entre continuité et transformation. Bien plus, « il n'y a pas d'identité sans transformation », selon la formule du Professeur J. Berque qui ajoute, « la transformation n'est possible que si elle est transformée en « nous », un « nous » qui se reconnaisse dans ses propres phases, pour contrastées qu'elles puissent paraître » (51). Le Droit doit obéir à ces mêmes principes afin d'atteindre l'harmonie au niveau se son application car « avant d'être norme..., le Droit est attitude de la société même dans laquelle il est en vigueur » (52). La règle juridique ne doit donc pas heurter la sensibilité du sujet de droit. Méconnaître ce principe c'est s'exposer à voir le « droit » s'exercer contre la « loi » (53).

En Algérie de telles attitudes existent, bien qu'il soit difficile de mesurer l'importance du phénomène. Il est possible néanmoins de dire qu'elles se manifestent de deux manières différentes. Soit par le refus de se soumettre à la loi en évitant de porter les litiges devant les juridictions officielles. Telle semble être en tout cas l'attitude des Algériens appartenant au *madhab* ibadite et habitant le Mزاب (54). Soit par la double soumission au Droit positif et à la *Char'a* lorsque leurs solutions divergent par le recours au procédé classique de la *fetwa* (responsa) diffusée d'ailleurs par les médias officiels (55). C'est ainsi que l'auteur d'un accident ayant entraîné la mort d'une personne demandera une *fetwa* sur cette question après avoir été condamné par un tribunal. Il y a donc là une soumission volontaire à deux ordres juridiques différents, ce qui montre bien que la loi positive, même lorsqu'elle sanctionne, n'atteint pas toujours la conscience du citoyen musulman.

A côté du conflit né du refus de l'individu de se soumettre à un Droit qu'il

(50) A. MAHIOU, « Rupture ou continuité » ..., article précité, p. 132. Notons que les mêmes pays qui n'ont pas connu la colonisation directe et qui sont considérés comme les plus attachés à la lettre du droit musulman classique n'échappent pas à l'influence des principes des droits occidentaux. Voir par ex. Farouq ABD AL-ALIM MORSY, *Al Qada' fi ach-Chari'a al Islamiyya*, Djeddah, 1^{re} éd. 1985, où l'auteur critique les dispositions du Statut des magistrats en Arabie Séoudite parce qu'il exige des candidats la nationalité séoudienne alors que le Droit musulman classique ignore la notion de nationalité autre que celle fondée sur le jus religionis (p. 219 et suiv.).

(51) Jacques BERQUE, « Identités collectives et sujets de l'histoire », in *Identités collectives et relations interculturelles*. Ed. Complexe, Bruxelles, 1978, p. 13. Rappelons au passage que J. Berque posait la question de savoir « dans quelle mesure l'Islam va-t-il pouvoir assumer le type majeur des civilisations modernes que propage l'Occident industriel en sauvegardant ce qu'il a de personnel, dans sa préface à l'ouvrage, de G. VON GRÜNEBAUM, *L'identité culturelle de l'Islam*. Ed. Gallimard, 1973, p. VII.

(52) Santi ROMANO, op. cit., p. 19.

(53) Rüdigo SCHOTT, « Le droit contre la loi : conceptions traditionnelles et juridiction actuelle chez les Bulsu au Ghana du Nord », in *Dynamiques et finalités des droits africains* (Ouvrage collectif sous la direction de G. CONAC). Ed. Economica, Paris, 1980, pp. 279-306.

(54) P. CUPERLY, « Interview du Cheikh Ibrahim Bayyud sur l'organisation des Ibadites au Mزاب », in *Études Arabes* (IPEA) Rome, 1^{er} trim. 1972, n° 30, p. 48.

(55) Notamment par une émission à la Radio nationale animée par le Cheikh Abdel Rahman AL-DJILALI (L'émission s'intitule *ra'y al-din*).

ne considère pas comme sien, il y a lieu de signaler les conflits qui trouvent leurs sources dans l'activité juridictionnelle officielle elle-même. C'est ainsi que la Cour Suprême algérienne a été amenée à casser un arrêt rendu par la Cour de Mostaganem qui avait pris en considération un verset du Coran, en le qualifiant de « loi », pour motiver sa décision (56). La Haute juridiction s'étonne que la Cour « concède des droits exorbitants au mari » en s'appuyant sur un verset du Coran (57), « texte qui échappe à la compétence des tribunaux » précise la Cour Suprême qui ajoute qu'« ...il apparaît pour le moins anachronique, en tout cas en contradiction formelle avec les textes législatifs » (58). Mais si le législateur viendra en 1975 confirmer cette jurisprudence en donnant la primauté à la loi écrite sur tout autre règle de droit (59) et n'autorisant le recours au Droit musulman qu'en cas de silence de celle-ci (60), il n'en demeure pas moins que les causes de conflits sont toujours présentes.

En effet, si la coutume ne peut faire échec à la loi (61) et si le législateur ne permet d'y avoir recours qu'en l'absence de disposition écrite et après s'être assuré que les principes du Droit musulman font également défaut, il est néanmoins nécessaire de rappeler la relative effectivité de telles dispositions (62). Par ailleurs, il y a lieu de noter que les dispositions du Code civil permettant le recours au droit naturel et à l'équité (63) ne sont pas sans poser problème si l'on veut assurer au système une certaine cohérence. Tout d'abord, le droit naturel ne se situe pas dans la bonne logique des principes de la *Chari'a* (64). Ensuite l'équité pour laquelle « la question se pose de savoir si le juge peut statuer dans certaines espèces en s'y conformant tout en écartant l'application directe de la règle de droit lorsque celle-ci conduit à une solution injuste » (65) est un principe coranique. Or, dans le Code civil, l'équité recommandée par la première « source » du Droit musulman, se retrouve en dernière position et donc

(56) Cour de Mostaganem, Chaboukat C.c/Yahiaoui Z. On lit dans cet arrêt l'attendu suivant : « ... En vertu de l'autorité qui lui est reconnue par la loi, il appartient au mari, contre qui la femme manifesterait des velléités de compréhension de ses devoirs, d'employer à cet effet, les moyens nécessaires pouvant aller de la simple réprimande à la correction » (arrêt du 2 avril 1969).

(57) Sourate IV, verset 34.

(58) Cour Suprême (Ch. crim.) Procureur Général de la Cour de Mostaganem c/Chaboukat C., 24 mars 1970, *RASJEP*, vol. VIII, n° 2, pp. 555-557.

(59) Article 1^{er} du Code civil (alinéa 1^{er}) : « La loi régit toutes les matières auxquelles se rapporte la lettre ou l'esprit de l'une de ses dispositions... ».

(60) Art. 1^{er} (al. 2) : « En l'absence d'une disposition légale, le juge se prononce selon les principes du droit musulman... » ; Art. 222 du Code de la famille (Loi n° 84-11 du 9 juin 1984) : « En l'absence d'une disposition dans la présente loi, il est fait référence aux dispositions de la *chari'a* ».

(61) Cour Suprême (Ch. dr. priv.) 21 juin 1967, Dame Si Salah c/Radjef, *RASJEP*, vol. V, n° 4, décembre 1968, p. 1193.

(62) Le recours aux principes n'est pas d'une application aisée. On a tenté de démontrer les difficultés que présente une telle disposition dans un précédent travail. Voir Mohammed N. MAHIEDDIN, « De la reconduction légale à la reconduction coutumière ou des effets transitoires de l'ordonnance du 5 juillet 1975 en matière de statut personnel », *Publications du CRIDSSH*, n° 8, 1984, pp. 5 et suiv. Par ailleurs il y a lieu de noter que tous les litiges ne sont pas portés devant les tribunaux et toutes les décisions ne font pas l'objet de pourvoi devant la Cour suprême.

(63) Art. 1^{er} du Code civil (al. 3) : « Le cas échéant, il (le juge) a recours au droit naturel et à l'équité ».

(64) C. CHEHATA, « Logique juridique et droit musulman », *Studia Islamica*, XXIII, pp. 5 et suiv.

(65) Slaheddine MELLOULI, « Le juge et l'équité. Réflexions sur le recours à l'équité par le juge en droit privé interne », *RTD*, n° spécial 1983, p. 509.

non comprise dans les principes du Droit musulman prévus par l'alinéa 2 de son article premier. Cet ordonnancement des sources, outre qu'il heurte la conscience des Musulmans, ne manquera pas de soulever un certain nombre de difficultés s'il est demandé un jour au juge de se prononcer sur la place réelle à donner à chacune de ces sources.

Cette remarque nous amène à aborder la question des conflits au niveau de la pratique judiciaire, lieu privilégié de l'application et de l'interprétation de la loi positive.

C'est ainsi que pour nous limiter au seul droit de la famille et sans vouloir trop nous étendre sur la question, nous relèverons par exemple que les dispositions du récent Code (66) qui régit la question, commandent à la fiancée de restituer ce qui n'a pas été consommé si elle renonce aux fiançailles. Or une telle règle est en contradiction avec les enseignements du Droit musulman malékite (majoritaire en Algérie) qui ordonne, pour « des raisons de justice et d'équité » la restitution de tout ce qui a été offert par le fiancé, qu'il y ait ou non consommation (67). Le juge saisi a tranché en ordonnant un remboursement forfaitaire bien qu'il ne restait plus rien de ce qu'avait offert le fiancé (68).

Si cet exemple nous montre que le législateur ne s'est pas toujours conformé aux règles du *fiqh* classique adoptées par la majorité de la population d'Algérie, son attachement à ce même *fiqh*, à d'autres niveaux, vient parfois perturber la logique qui soutient l'ensemble du système. C'est ainsi que ce même Code de la famille (69) rend insusceptible d'appel les jugements de divorce. Une telle disposition n'est en effet logique que dans le cadre du droit musulman classique ou le *talâq* aboutit à la suite d'une procédure essentiellement domestique sans intervention du juge. Située dans le cadre de la procédure judiciaire actuellement en vigueur en Algérie, une telle disposition paraît illogique, voire même contraire aux principes généraux de notre Droit qui a adopté la règle du double degré de juridiction.

D'autres exemples peuvent être relevés. Ils font apparaître un éclectisme dans le choix des règles de droit qui aboutit à mettre en place un corpus juris qui perdure dans un dualisme devenu maintenant chronique, mais qui n'obéit plus à une logique d'ensemble, comme c'était le cas dans le *fiqh* classique dans ses rapports avec le « Droit » du souverain.

S'il est vrai que la tradition limite les efforts de réforme du Droit (70), il est néanmoins nécessaire de tenir compte d'une logique dans la construction de l'ensemble si l'on veut que le Droit soit le reflet à la fois de la culture à laquelle appartient la société et du dynamisme qui l'engage dans l'avenir.

Mohammed N. MAHIEDDIN *

(66) Article 5, alinéa 4 du Code de la famille.

(67) *Wahba al-Zuhayli, Al fiqh al-islami wa addilatuhu*, tome 7, p. 26. Ed. Dar al-Fikr, 1^{re} éd. Damas, 1984.

(68) Cour d'Oran, S.E.c/A.B., 5 janvier 1986 (n° 117/85), (inédit).

(69) Article 57.

(70) Roger GRANGER, « La tradition en tant que limite aux réformes du Droit », *RIDC*, n° 1, janv.-mars 1979, pp. 37-125.

* Enseignant à la Faculté de Droit d'Oran, Directeur du CRIDSSH.

SIGLES

AFDI	Annuaire français de Droit International (Paris);
CRIDSSH	Centre de Recherches et d'Informations Documentaires en Sciences Sociales et Humaines (Université d'Oran);
ENAL	Entreprise Nationale du Livre (Alger);
IPEA	Institut Pontifical des Etudes Arabes (Rome);
OPU	Office des Presses universitaires (Alger);
PISAI	Pontificio Istituto di Studi Arabi e Islamici (Rome);
RASJEP	Revue Algérienne des Sciences Juridiques, Economiques et Politiques (Institut de Droit d'Alger);
RIDC	Revue Internationale de Droit comparé (Paris);
RJIC	Revue juridique et politique Indépendance et Coopération (Paris);
RTD	Revue Tunisienne de Droit (Tunis);
STD	Société Tunisienne de Diffusion (Tunis).