

LA JURISPRUDENCE EN ALGERIE : TRADITIONS, EMERGENCE ET MUTATION

Hind Belkhir
Maître de Conférences
Faculté de Droit et des Sciences Politiques
Université Oran 2
Chef d'équipe «D.S.E »laboratoire droit social

Ne nous a-t-on pas enseigné depuis des années que la *jurisprudence* a plusieurs sens¹ :

- Dans un premier sens, disparu aujourd'hui, c'est la science du Droit.
- Dans un deuxième sens, c'est l'ensemble des décisions de justice, sur une matière de droit, une suite de jugements uniformes sur un point de contentieux.
- Dans un troisième sens c'est l'habitude de juger de telle ou telle manière une question; c'est la solution constante qu'un tribunal donne à une question controversée. Dans ce sens chaque ordre de juridiction a sa jurisprudence.
- Dans un quatrième sens, c'est l'interprétation de la loi.

Ainsi comprise, la *jurisprudence* se conçoit et s'exerce par le juge, à travers une marche interminable en vue d'une meilleure interprétation de la loi afin de permettre l'évolution du droit et de la justice.

¹ « En droit public, on parle volontiers de « jurisprudence Prétorienne » pour souligner le caractère créateur de la jurisprudence administrative et son rôle de source très importante du droit administratif. » Lexiques Juridiques Français-Arabe , de R. Terki et M. Cabbabé, édit ENAL, Alger, P185.

Or, si la jurisprudence en Algérie est ancestrale, du faite de son appartenance à la civilisation arabo-musulmane, qu'en reste-t-il de cette tradition et sur quelles bases a-t-elle résisté au temps?

Nous proposons, dans ce qui suit, de poser les termes d'une réflexion objective sur la mise en place de la jurisprudence en Algérie et de son évolution à travers le temps. Nous tâcherons de mettre en lumière les données du passé pour établir le lien qui les rattache au vécu d'aujourd'hui. En effet le droit est basé sur l'histoire et le juriste ne saurait faire abstraction de celle-ci¹. Autant de précautions méthodologiques qui font écho à cette réflexion de Ledru-Rollin² pour qui la science « ne parvient guère à revêtir un caractère dogmatique et absolu qu'après avoir traversé les faits, et la jurisprudence, en particulier, ce miroir fidèle et mobile des mœurs, a pour destin inévitable d'être préparé, par les tâtonnements d'une laborieuse pratique. ». C'est donc, sur les traces de l'histoire que nous nous proposons d'esquisser une analyse de la jurisprudence en Algérie.

Dans un premier temps, le développement de cette laborieuse pratique témoigne d'une jurisprudence ancestrale, héritage d'une doctrine juridique musulmane(I). Dans un second temps, cette jurisprudence se trouve noyée dans un système judiciaire différent, témoin d'une civilisation autre que la civilisation musulmane. Cependant, une évolution va se dessiner tendant à trouver des solutions juridiques à des cas d'espèces complexes et à rapprocher les normes et les institutions du *cadat* à celle des normes et des institutions de la justice française. C'est ainsi

¹ Léon HORRIE, *Essai sur la juridiction du *cadi* en Algérie*, Thèse pour le Doctorat en Droit, présentée et soutenue le 22 Décembre 1934. Edit Imprimerie BACONNIER Frères , Alger, 1934,P.24.

² Rapportée par Yve-Louis HUFTEAU, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*. Edit Presses Universitaires de France, Paris, 1965. P138.

qu'au bout de plusieurs réformes législatives et quelques bouleversements sociaux et politiques que se met en place une évolution jurisprudentielle conséquente (II). En conclusion, au lendemain de son indépendance, l'Algérie passe enfin à l'unification juridictionnelle. Un demi-siècle après, le juge algérien poursuit sa marche laborieuse pour la mise en place d'une jurisprudence à l'écho des besoins et des intérêts de la société algérienne.

I. Une jurisprudence témoin d'une tradition ancestrale

Avant l'occupation française, cohabitaient en Algérie plusieurs institutions judiciaires d'une simplicité extrême, mais fortement établie sur le territoire, et répondant aux besoins de chaque communauté. L'examen de l'œuvre de la jurisprudence ne se comprend que si l'on dévoile sa conception et ses auteurs. Nous proposons donc de présenter un exposé succinct de ces différentes institutions (A), et la conception de la jurisprudence des *cadis*, héritage de la doctrine juridique musulmane(B).

A. Les différentes institutions

Sous le règne Ottoman, La justice en Algérie, était confiée aux représentants du sultan (*Dey, Bey, Pacha*) qui se faisaient déléguer en matière criminelle par le *Qaid* et l'*Agha*¹, et en matières civiles par les *cadis* des deux principaux rites qui existaient en Algérie (*Malikite* et *Hanafite*)². Cette délégation,

¹ « Les souverains ont retirés progressivement au *cadi* sa délégation en matière criminelle pour la transférer à des corps administratifs : l'Ouzara en Tunisie ; le *Maghzen* au Maroc ; le *Gaid* et l'*agha* en Algérie. », Arin et Bruno, *La réorganisation de la justice indigène au Maroc*, R.A.1914, p. 185.

² Selon Laugier de Tassy, le grand *cadi* d'Alger *cadi* (*el codat*) était nommé et envoyé par le sultan de Constantinople lui-même, après avoir été approuvé par les grands muftis ottomans. Laugier de TASSY, *Histoire du royaume d'Alger*, Amsterdam, chez Henri du Sauzet, 1725.
gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k862834

source du pouvoir politique, confère au *cadi*, des attributions¹ judiciaires et extrajudiciaires: il était à la fois notaire, exécuteur, curateur, officier d'état civil, protecteur des incapables, responsable du partage des successions, administrateur des biens *habous*, inspecteur des rues et des bâtiments, surveillant des témoins et des syndics². C'est ce qui justifie la qualification de telles attributions de *compétence universelle* par Léon HORRIE³ : « détenteur d'un pouvoir de nature spirituelle lui donnait une influence et une dignité incomparables ; ce juge pourrait à lui seul disposer de la vie, de l'honneur, de l'état civil et des biens des citoyens. Cet excès même de puissance fut la cause de son déclin. ». Cela étant dit, nous ne retiendrons de ses compétences, que la fonction de rendre justice, objet de notre analyse.

¹ « Suivant la doctrine juridico musulmane, des attributions telles qu'énumérées par Al Mawerdi sont au nombre de dix :

- 1- Il revient au *cadi* de trouver une solution aux litiges soit par voie d'arrangement soit par un jugement.
- 2- Il poursuit, au profit des ayants droit, l'exécution de leurs obligations.
3. Il pourvoit à la tutelle de ceux que la démence ou le jeune âge empêchent d'administrer leurs biens.
4. Il surveille les fondations pieuses *wakf*.
5. Il assure l'exécution des actes de dernière volonté
6. Il marie les femmes célibataires, veuves ou divorcées, lorsqu'elles n'ont pas de tuteur matrimonial.
7. Il applique les peines légales écrites « *Hodoud* »
8. Il veille aux faits d'utilité publique dans sa circonscription.
9. Il se livre aux investigations nécessaires au sujet de ses témoins instrumentaires et de ses affidés.
10. Il juge, en les mettant sur un pied d'égalité, entre le puissant et le faible, décide avec équité entre le noble et le plébéien.»Al MAWERDI Abou I-Hassan Ali, *Les Statuts Gouvernementaux ou règles de droit public et administratif*. Traduits et annotés par E.FAGNAN. Typographie Adolphe Jourdin, Imprimeur de L'université, Alger, 1915,

² Ibn Khaldoun Prolégomènes, Revue du Monde Musulman 1911.p512 A. Pérétié

³ Léon HORRIE, *Essai sur la juridiction du *cadi* en Algérie*, Op cit ,P.53.

Le *cadi* était juge unique qui, en première instance, statuait en présence de deux fonctionnaires appelés *Adle* et *Bach-adle*. Ces derniers remplissaient l'office de greffier et de suppléant. Mais l'une des parties du litige pouvait le saisir une seconde fois. Il s'adjoignait alors d'un autre *cadi* d'un autre rite, ainsi que des *muftis* ou juristes « des *Tolbas* » composant ainsi le *Medjless*. Celui-ci (*medjless*) avait un caractère consultatif et non délibératif; son avis ne liait pas le *cadi*. Mais si ce dernier restait en conflit avec l'avis du *medjless*, le *pacha*, à la demande de la partie lésée, convoque par ordre spécial un « *Medjless el Mounadara*. Ce dernier *medjless* faisait office de conseil de recours suprême. C'était une sorte de jury, initié dans le *Pchalik* d'Alger, composé d'anciens *cadis* ou fonctionnaires religieux, et de citoyens privés. A la différence du premier *medjless* il donnait un avis qui était obligatoire, et auquel le *cadi* de première instance devait se conformer¹.

Il est à noter qu'à cette époque cohabitaient plusieurs institutions de justice hors le *cadat*. Au Mzab où le rite Ibadite était prédominant, c'est le *cadat* de la *Djemaâ* qui rendait justice, par délibération. La *djemaâ* était composée du *cheikh* de la mosquée, assisté des *Tolbas* et d'*ihazzaben* (récitateurs du Coran). Dans son recueil *Des délibérations des djemaâs du Mzab*, publié en 1930, Louis Milliot² reconnaît le caractère plutôt législatif que judiciaire des jugements de la *djemaâ* : « En effet, les textes de ces décisions ont un caractère très général et forment de véritables principes de droit. ». Ce mode de rendre justice, n'était pas spécifique au Mzab seulement. En

¹ Léon HORRIE, *Essai sur la juridiction du cadî en Algérie*, Op cit ,p 75.

² Louis MILLIOT, *Recueil de délibérations des Djemaâ du Mzâb*; Avec la collaboration de A. Giacobetti. Paris : Paul Geuthner, 1930. -- Pp. 171-230 : pl. fac-similés h.t. ; In-8 Extrait de la *Revue des Etudes islamiques*. Année 1930 *Droit coutumier -- Mzab (Algérie) -- 1900-1945* Giacobetti, A. 1 LB GIR-527

Kabylie aussi le pouvoir judiciaire était exercé par la Djemaâ qui appliquait la loi coutumière les « *Kanouns* ».

Plus encore, la communauté Israélite en Algérie avait sa propre justice, qui était confié aux *rabbins*. Ch. Roussel ¹, dans l'un de ses articles dédié à la justice Française en Algérie, ne manque pas de signaler le caractère purement arbitral de la juridiction des rabbins. Ces derniers ne disposaient pas, d'après ses travaux, d'une force publique d'exécution de leurs jugements, mais dépendaient seulement de la piété et de la bonne volonté des parties.

Il est intéressant de rappeler que dans la conception évoluée de la doctrine juridique musulmane, ce mode de justice, qui enlève au *cadi* délégué du sultan ou khalif, le pouvoir judiciaire, peut être envisagé dans certains cas d'exceptions.

Al Mawerdi ² relève le cas où, dans un milieu déterminé, il n'existe pas une autorité constituée. Dans ce cas, dit-il, le peuple a le droit de se choisir un juge. Cette conception fait que dans le développement historique du pouvoir du *cadi*, celui-ci devient représentant du public « *العامّة* », alors que pendant longtemps il n'était que représentant du pouvoir politique « sultan ou khalife ». Le peuple exerce donc le pouvoir de désignation de ses juges.

B. La jurisprudence et la doctrine juridique musulmane

Conservons à l'esprit que le *cadat* était une institution ancestrale en Algérie bien avant l'occupation française,

¹ Ch. Roussel, *La justice française en Algérie et les tribunaux indigènes*, Revue des Deux Mondes, Tome 16, 1876, P 3.

² Emile Tyan, *Histoire de l'organisation judiciaire en Pays D'islam*, 2eme édit , LEIDEN .E. J. BRILL , 1960 ,P155.

héritage d'une appartenance au monde arabo-musulman et à sa doctrine juridique particulière.

Les règles de la doctrine juridique musulmane s'imposent en tant que source au *cadi* chargé de juger les litiges dont il est saisi. De ces règles on en retiendra deux: l'une des sept conditions d'aptitude aux fonctions judiciaires est « la connaissance de la science juridique »; l'autre règle répond à la préoccupation de notre présente étude: *El-Ijtihad*, les méthodes de rendre justice.

D'après la doctrine, la connaissance de la science juridique implique celle du permis (licite), du défendu (de l'illicite) et de la science des racines (ou du fondement) du droit « الأصول ». Cette dernière comprend le *Coran*, la *sunna* du Prophète, l'exégèse du *Coran* et de la *sunna* suivant les règles de *ijmaâ* (l'interprétation fixée par les plus anciens). A ces connaissances, il faut ajouter la science de l'analogie, « el *Kyas* », qui permet de statuer lorsque surgissent des difficultés sans solution, ni dans le *Coran*, ni dans la *sunna* ou *Ijmaa*.

Cette connaissance est présentée par un grand nombre d'auteurs musulmans comme une condition d'investiture au *cadat*. Al Mawerdi ¹ insiste particulièrement sur la connaissance de la science juridique qui, selon lui, n'engage pas seulement la connaissance des textes, mais aussi la capacité de déduire, par la méthode orthodoxe de raisonnement, les solutions appropriées; c'est ce qu'on appelle la capacité du *l'ijtihad*. Cet auteur de *Ahkam Sultaniyya* ²

¹ Emile Tyan, *Histoire de l'organisation judiciaire en Pays D'islam*, op cit ,P168.

² « Quant il s'est rendu maître de ces quatre connaissances fondamentales, il est compté parmi ceux qui ont le droit d'investigation indépendante dans le domaine de la loi, il peut donner des consultations et rendre des jugements. » MAWERDI Abou I-Hassan Ali, *Les Statuts Gouvernementaux ou règles de droit public et administratif* .op cit ,P. 136-137

ajoute que la nomination même d'un *cadi* non *mujtahid* est nulle de plein droit, ainsi que ses jugements. Ainsi, Marouf Daoualibi¹, soutient dans sa thèse consacrée à l'étude de la jurisprudence dans le droit musulman, « que la jurisprudence islamique peut être prise de l'habitude de juger de telle ou telle manière une question, et de l'interprétation de la loi. »

Littéralement, l'*ijtihad* est l'effort accompli au moyen d'un raisonnement inductif, par un docteur de l'*Islam*, en vue de fournir des solutions aux nouvelles questions; qui ne sont mentionnées ni dans la *Coran* ni dans la *Sunna*². Le mot arabe *Ijtihad* dérive de la racine arabe *Ijtahada* qui signifie "faire l'effort". On dit « Ijtihada ra'iahou », qui signifie « forcer sa raison à mettre tous ses efforts ». C'est pour cette raison que cette source peut porter d'autres appellations: « ra'i » raisonnement, « aâql » raison, « qiyas » raisonnement inductif.

Dans le développement historique de cette méthode de rendre justice chez les *cadis*, on rappellera que dans sa première période, celle des compagnons du prophète³, l'*ijtihad* n'était soumis qu'à l'appréciation libre⁴ inspirée par l'esprit de l'islam.

¹ Marouf DAOUALIBI. *La jurisprudence dans le droit islamique*. Thèse de Doctorat université de Paris – Faculté de Droit. Librairie orientale et américaine G-P. Maisonneuve, Saint Germain, 1941 .P. 7

² Al Boukhari, Kachful- Assrar. *Commentaire de Bazdawi*, éd Istanbul 1308 Hégir, T,IV,P14.

³ Les jurisconsultes de cette époque ,d'après le nombre de leurs consultations, sont en premier lieu : Omar Ibn Al Khattab , Ali Ibn Abi Talib , Ayicha , Abdullah Ibn Mass'ud, Zayd Ibn Thabet , Abdullah Ibn Abbas , Abdullah Ibn Omar. En deuxième lieu viennent treize autres jurisconsultes, dont Abou Bakr et Um- Salma. D'après Ibn- Al-Jawzié, *A'lam-UL-Muwakki-ine*, éd Nil , t I p. 13.

⁴ Abdullah Ibn Mass'ud : « si l'on pose à l'un de vous une question, qu'il prononce la sentence conformément aux dispositions du Coran ; s'il n'y en a pas, qu'il la prononce conformément à celle du prophète ; s'il n'y en a pas, qu'il rende justice d'après les sentences des hommes justes ; s'il n'en trouve pas, qu'il raisonne minutieusement ijtihad. » D'après Ibn- Al-Jawzié, *A'lam-UL-Muwakki-ine* éd Nil , t I , p. 72.

A savoir ses préceptes et ses principes d'égalité, de bonne foi et d'utilité sociale. Tous les *jurisconsultes* (les *khoulafas*) ont suivi minutieusement les commandements du Prophète faits au juge Mu-az ibn Jabal lorsqu'il fut nommé au Yémen¹.

Dans la deuxième période, celle des docteurs de l'Islam, *al-mujthidine*, l'*ijtihad* fut soumis à des règles servant à interpréter les lois de l'Islam et à développer son droit². Avec la disparition progressive des compagnons du Prophète, on aboutit à la création d'écoles jurisprudentielles. Chacune avait ses principes relatifs à sa doctrine, et a ses disciples³. Cependant deux tendances rationnelles et traductionnelles se dégagent et aboutissent à diviser la jurisprudence (l'*ijtihad*,) en deux écoles principales: l'école de l'Iraq, ayant pour fondateur Abou Hanifa et l'école du Hedjaz,, ayant pour fondateur Malik Ibn Anes.

L'école hanafite, portait l'empreinte de l'école rationnelle enseignée par Ibn Mas'ud. Abou Hanifa. Il se distingue par ses discussions abondantes et ses raisonnements libres, pratiqués sans cesse, dans ses cours et avec ses disciples. Il aura excellé dans le raisonnement inductif, et a développé les principes coraniques et prophétiques avec un souci rigoureux de logique. Ceci est particulièrement sensible dans l'application des principes d'équité et de la bonne foi; principes que l'on va retrouver, plus tard, dans la méthode de raisonnement des juges français en Algérie.

L'école malikite, quant à elle, débute à Medine, siège du Prophète. Malik Ibn Anes érige un système juridique organisé. De son traité "Muwatta", découle une jurisprudence fondée

¹ D'après Ibn- Al-Jawzié , *A'lam-UL-Muwakki-ine* éd Nil , t I , p. 242.

² Il ya quatre sources principales du droit islamique : Le Coran . La sunna. L'ijmaâ le consensus et L'ijtihad.

³ Al-Khoudari , *L'histoires de la législation islamique* , Le Caire , 1920, P199-203.

sur la "tradition" du Prophète, qui intervient comme "argument" juridique. Il traite du culte et du droit général. On attribue à cette école une caractéristique "traditionnelle".

Une troisième école, qui eut pour fondateur Al-Chafi'i, disciple de Malik, a cumulé les cabalistiques des deux écoles précédentes, et a précisé, pour la première fois, les règles de l'usage du raisonnement et de la méthode la plus logique pour la justification de la *sunna*.

Quant au raisonnement inductif du fondateur de la quatrième école, Al-Hambali, il était modelé sur des exemples, et appliqué sur des principes mentionnés dans le Coran et la Sunna. Il a accepté le raisonnement par voie d'analogie et il en a fait une méthode systématique. Par contre il a rejeté et attaqué violemment les appréciations libres dont la confusion conduisait parfois à contrecarrer les textes légaux.

Les docteurs du droit musulman considèrent que les règles de toutes ses écoles, dans leur ensemble, constituent une science intitulée « la sciences des sources de droit »¹. La jurisprudence, l'*ijtihad*, conçue dans le droit islamique, présente un caractère tout à fait nouveau dans l'histoire de la jurisprudence de ce droit. On peut comprendre la description émerveillée que fit Léon HORRIE² des *cadis* de cette époque « Le cadi est éminemment ce qu'était le préteur chez les romains, un juge sans doute, et plus qu'un juge : une espèce de législateur empirique ; une incarnation vivante de la justice, du droit et de la loi. »

Les docteurs de l'Islam distinguent³, dans le domaine de la jurisprudence, entre l'interprétation, Al-Bayan, et le

¹ Marouf DAOUALIBI, op cit , p 8.

² . Léon HORRIE, *Essai sur la juridiction du cadi en Algérie*, op cit, p36

³ Marouf DAOUALIBI, op cit , p 113 .

raisonnement inductif, Al-qyas. La premier tend a préciser le sens du texte en jeu pour savoir si ce dernier pourrait encadrer la question posée , alors que le raisonnement inductif tend à dégager les causes déterminantes des solutions mentionnées ou à préciser l'esprit de la loi, qui offre des principes de justice aidant à résoudre la question posée.

Voilà donc comment se présentait la pensée juridique dans le système musulman à travers son histoire. Une pensée et des méthodes de rendre justice, qui ont poursuivi leur évolution à travers les acteurs principaux, les *cadis*, et à travers les formateurs de ces derniers.

De tous ces faits historiques on retiendra l'intérêt accordé à l'instruction des cadis qu'ils furent de rite *malikite*, *hanafite*, ou *Ibadite*. Tous devaient remplir la condition de la connaissance de la science juridique¹ et de la capacité à émettre des avis d'interprétations, des « Fatouas » ou « el'ijtihad », lorsqu'un cas nouveau non étudié dans la jurisprudence des quatre Imams se présentait a eux.

A titre d'exemple, on peut citer Sidi Abderrahmane ben Mohamed ben Makhlof At-Thaalibi² (de son vrai nom Ibn Zeïd Ibn Makhlof Abderrahmane Et Thaâlibi – de la tribu des Thaâlba), penseur et théologien musulman d'Afrique du Nord auteur de plus de 90 ouvrages. Il côtoya les plus grands docteurs de son temps comme Abi Zeyd el Waghliissi, Abu

¹ « Les Ulémas se déplacent souvent dans le monde musulman pour parfaire leurs connaissances, ou pour débattre des sujets controversés. C'est la rihla ou voyage d'études avec pour destination, Fès, Tunis et le Caire. Ils sanctionnent leur enseignement par une Ijaza, diplôme conférant à l'étudiant en fin de cycle, l'autorisation d'enseigner, à son tour, une ou plusieurs œuvres étudiées. » **Mohamed** Ghalem, « L'Islam algérien avant 1830 : le Malikisme », op.cit.

² http://www.vitamedz.org/biographie-de-sidi-abderrahmane/Articles_17314_141532_16_1.html

Kassam el Mashdalî, Abi Kassem el Boughzalî, Mohamed ibn Khalf el Oubay, durant ses nombreux voyages d'études en Orient avant de revenir s'installer en 1414 à Alger, où on lui confia la magistrature (Cadi) suprême de la ville d'Alger.

II. L'émergence d'une nouvelle jurisprudence

La France coloniale avait pour principe la substitution de la loi française aux législations locales dès qu'un pays lui était annexé. Ce principe d'assimilation n'a pas été appliqué au début de la conquête sur la population algérienne. La France défend plutôt la cohabitation entre les institutions judiciaires en place des *cadis*, de la *djamaâ* Kabyle ou Mozabite et des *rabbins* et les siennes qu'elle mettait en place progressivement. D'après l'analyse de Ch. Roussel¹, c'est la différence des idées et de mœurs de la population algériennes qui était derrière cette décision.

De cette dualité d'institutions judiciaires, il en résulte que, à part les lois d'ordre public qui étaient applicables à tous, les lois du droit privé étaient soumises à la juridiction et à la loi de chaque communauté (musulmane, kabyle, mozabite, juif).

Dans la continuité du développement historique des institutions judiciaires, une autre forme de justice se met en place, " La justice de paix à compétence étendue". Elle était confiée à un juge français qui avait pour obligation de statuer conformément au droit et aux coutumes de chaque communauté.

Comme l'observait déjà Léon HORRIE, l'émergence d'une nouvelle jurisprudence découle de la complexité même du

¹«L'article 7 de la loi du 30 ventôse an 12 qui édicte que partout où le code civil devient applicable, les législations locales disparaissent. »Ch. Roussel, La justice française en Algérie et les tribunaux indigènes op cit, P 1.

statut juridique de l'Algérie et de son hétérogénéité; de sa particularité¹, une législation spécifiquement algérienne (non codifiée) de création moderne. C'est dire la complexité avec laquelle se pose la question de l'émergence d'une jurisprudence qui, a notre sens, recherche ses racines, ses règles, et son appartenance. Il s'agit donc de comprendre en premier lieu les motifs de son émergence (A) et en second lieu, son développement (B).

A. les motifs

Pour la présente étude nous limitons notre exposé aux seuls motifs: de la cohabitation entre plusieurs institutions et des réformes qui n'en finissaient pas(1); puis à celui qui concerne la capacité intellectuelle des différents juges (2).

1. Aperçu sur la cohabitation des différentes institutions

On distingue la cohabitation entre quatre juges: le *cadi*, la *djamaâ*, le *rabbin*, le *juge de paix*.

Le *cadi*: L'ordonnance du 10 août 1834 intègre le *cadi* dans le cadre de la justice française et de son ministère de la justice, et dispose que les jugements des *cadis* sont susceptibles d'appel devant la Cour d'Alger. L'ordonnance du 26 septembre 1842 sur l'organisation de la justice en Algérie impose aux *cadis* de juger au nom du roi des français.

Cependant, l'intégration des *cadis* connaît un peu plus tard une séparation (arrêté du pouvoir exécutif du 20 août 1848) et la justice des *cadis* se voit rattachée au Ministère de la Guerre. Cette volonté de séparation entre la justice française et la

¹« En Tunisie et au Maroc le problème se pose différemment et il existe des juridictions non françaises, jugeant uniquement au nom du souverain local.» Léon HORRIE, Essai sur la juridiction du *cadi* en Algérie, op cit ,Pp 26- 32.

justice musulmane se concrétise par décret du 1 octobre 1854, sous l'empereur Napoléon III¹. Ce dernier divisa le territoire en circonscriptions de *mahakmas*, pour assurer l'exécution des décisions. Il donna aux medjless la souveraineté juridictionnelle pd'appel, alors qu'il avait juste un avis consultatif. De plus, un Conseil Supérieur de Jurisconsultes fut créé.

Ces changements donnent lieu à une large contestation de la part de certains juristes français qui considéraient l'indépendance de la justice musulmane comme une "erreur"². Le décret du 31 décembre 1859 rétablit de nouveau le rattachement de l'institution musulmane à la Justice française, retire aux medjless, le pouvoir de juridiction d'appel, sans les supprimer (il retrouve son avis consultatif), et remet le recours d'appel à la compétence de la Cour d'Alger.

Un peu plus tard, le décret de 1866 marque un nouveau jalon dans l'histoire de la justice en Algérie. Ce décret revoit l'organisation de la justice des *cadis* (leur statut, leur recrutement, les règles de leur avancement etc.), mais plus encore, propose une nouvelle forme d'option de juridiction aux Musulmans: le recours aux *Juges de paix* qui jugent en se conformant aux normes du droit musulman. Ces juges rentrent en concurrence avec les *cadis*. De plus, le décret du 11 novembre 1875 supprime le Conseil Supérieur qui se composait de cinq jurisconsultes et d'un greffier et qui disposait d'un avis souverain.

¹ « Le décret très libéral de 1854 porte le cachet personnel de napoléon III. Il s'inspire du Droit des peuples à se gouverner eux-mêmes. » Léon HORRIE, Essai sur la juridiction du cadi en Algérie, op cit ,p93.

² Frédéric GODIN. *De l'application du droit Musulman en Algérie* , Thèse pour le Doctorat 1900 ,édit Alger Typographie Adolphe Jourdan ,1900,p 25-26.

Les attributions des *cadis* sont plusieurs fois révisées par des mesures de restrictions. Leurs pouvoirs se limitèrent aux affaires de statut personnel, successoral, et mobilière à un taux réduit (le décret du 17 avril 1889 réorganise la justice musulmane). Le *cadi* se réduit à un simple juge d'exception; une perte de compétences qui se confirmera par la loi du 4 août 1926, et l'ordonnance du 23 novembre 1944. Ces dernières ordonnances offrent une fois de plus au justiciable musulman l'option de juridiction et de législation, donc le choix de demander justice au-près du *juge de paix* sur les matières réservées jusque là à la compétence du *cadi*.

Le nombre des *cadis* se voit restreindre dans les années cinquante à 120 pour toute l'Algérie, et leurs champs de compétence manquent de clarté. Selon A. SEFTA¹, c'est "faute d'application d'un droit devenu théorique". A cela il convient d'ajouter cette nouvelle réorganisation de la justice et de ses auxiliaires (l'ordonnance du 10 avril 1843 déclare le code de procédure civile applicable à l'Algérie et crée les *notaires* et les *huissiers*): qui crée les fonctions de *notaire*, de *greffiers-notaire*, et d'*huissier*. Les *cadis* finissent par perdre les pouvoirs notariaux et exécutoires (loi du 30 décembre 1959).

Par ailleurs, les *cadis-notaires* de la Kabylie se tiennent à la lisière de la vie judiciaire. Mal considérés par les musulmans en raison de leur trop grande proximité avec les autorités coloniales, ils sont systématiquement maintenus à l'écart des transactions et des arbitrages des *Djemaâs* qui continuent à rendre justice.²

¹ Ahmed SEFTA, Une grande et névralgique question du jour, La réforme de la justice Musulmane, p33.

² Arrêté du Gouverneur Général, du 29 septembre 1874, délimitant le ressort des tribunaux de première instance de Tizi-Ouzou et de Bougie, et statuant sur les attributions, les émoluments et les devoirs des *cadis-notaires* de ces deux arrondissements. Cf. ESTOUBLON Robert et LEFEBURE

Ainsi, de la complexité législative émergent quatre nouvelles catégories de *cadis* : le *cadi du territoire civil* régi par le décret de 1889; le *cadi du Sahara* régi par les décrets de 1866 et 1870¹; le *cadi du territoire de commandement situé dans le Tell* régi par le décret de 1886, et enfin le *cadi notaire*. Distinctions entre les attributions des *cadis* par territoire qui prend fin par décret du 6 Mars 1891, lequel soumet toutes les *mahakmas* au décret de 1870.

La Djemaâ: Le pouvoir judiciaire de la Djemaâ appliqué en Kabylie au début de la conquête française, fut remplacé par cinq Juges de paix et deux tribunaux civils à Bougie et à Tizi-Ouzou (décret du 10 mars 1873). Obligation est faite aux juges français et aux juges de paix d'appliquer la loi coutumière ou musulmane (selon la communauté des justiciables). Mais devant l'ignorance des principes du droit musulman et de la loi coutumière des Kabyles « les Kanouns », le gouvernement français décide par décret du 29 septembre 1871, de rétablir l'autorité judiciaire de la Djemaâ dans certains territoires.

Le décret du 29 aout 1874 supprime définitivement le pouvoir judiciaire du *cadi* en Kabylie. Ce pouvoir fut confié au Juge de paix qui appliquait, selon les cas de litiges, le droit coutumier et le droit commun français. Cette discrimination trouve

Adolphe. *Code de l'Algérie annoté*. Alger : Adolphe Jourdan, 1896. p. 451-452.

¹ « Les conditions de recrutement des cadis des territoires du sud diffèrent de ceux du territoire civil. On exige des candidats de bach-adel ou de cadi non pas le diplôme d'études supérieures des médarsas, mais simplement le certificat d'études des médarsas ; à défaut de certificat, il suffit de subir avec succès un examen professionnel spécial (Arrêté du 1 aout 1895 et du 29 juillet 1932). ». De plus les décisions de cadis ou de medjless des territoires du sud ne peuvent être l'objet d'un pourvoi en cassation (décret du 1 octobre 1854 et de 1866). Léon HORRIE, *Essai sur la juridiction du cadi en Algérie*, op cit, P.337- 342.

fondement juridique un peu plus tard dans l'article 7 du décret du 17 avril 1889 qui considère les Kabyles comme des non-arabes, donc ne pouvant se soumettre à la justice des *cadis*.

Par ailleurs, il a fallu attendre près d'une cinquantaine d'années pour que la conquête française atteigne les territoires du sud¹. De même, La France finit par maintenir le système de justice des djemaâs du Mzab qui statuaient suivant la

¹ Jurisprudence, CONSEIL D'ETAT, du 15 mai 1925. *M'Zab, incorporation à l'Algérie*, loi du 24 décembre 1902, territoires du sud de l'Algérie, chef de l'Etat, gouverneur général, pouvoirs recrutement militaire. « sous le n° 77.609, tendant à ce qu'il plaise au Conseil joindre le présent recours aux recours n°8 78.354 et 78.889, et, y statuant par une seule décision, annuler, pour excès de pouvoir, les décisions de la Commission de révision de Ghardaïa, prononcées les 7 juin 1922 et jours suivants et consignées en un procès-verbal des opérations de la dite Commission dont expédition leur a été refusée; Ce faire, attendu que le pays du M'Zab est composé de sept villes habitées par des musulmans de la secte des Ibadites, qui forment, depuis le X^e siècle de l'ère chrétienne, un groupe de population distinct de ses voisins par ses mœurs, son instruction, le caractère de ses croyances et pratiques religieuses; que la caractéristique de cette communauté isolée est son indépendance traditionnelle; qu'à l'époque de l'occupation par les troupes françaises du sud de l'Algérie et des oasis les plus proches, le Gouverneur de l'Algérie et les représentants des communautés mozabites ont conclu, le 29 avril 1853, un traité qui, tout en plaçant le M'Zab sous la protection de la France, maintenait ses institutions et ses franchises qu'en 1882, à la suite de désordres qui se produisirent dans la région, les troupes françaises durent y pénétrer; que, d'après la proclamation même, adressée à la population par le Gouverneur Général de l'Algérie, l'expédition militaire n'avait pour but que de rétablir le calme et la sécurité et de resserrer les liens unissant le pays à la France, sans porter atteinte à ses coutumes, ni à son organisation municipale et judiciaire; qu'à la vérité, le 21 décembre 1882, les ministres de l'Intérieur et de la guerre ont présenté au Président de la République un rapport qui affirme la prise de possession du M'Zab, son annexion aux territoires algériens, organise l'occupation militaire de Ghardaïa, y établit un bureau arabe, et prévoit une organisation administrative du pays » MM. COLSON, prés.; BLONDEAU, rapp.; CAHENSALVADOR, comm. du gouv.; MM. SAINT-MARC et REGRAY, av. Revue algérienne, tunisienne et marocaine de législation et de jurisprudence / publiée par la Faculté de droit d'Alger. Université d'Alger. Faculté de droit Édité Typographie A. Jourdan (Alger) Édité Librairie Ferraris, Alger, 1926.

doctrine du cheikh Abd-el-Aziz Ibn Ibrahim disponible dans ses ouvrages *Kiteb el Nil, ElOuerd el Bessam* et *Ettakmil*¹. Mais pour des raisons d'uniformité, elle donna le nom de *Mahakma du Mzab* aux sept centres urbains qu'étaient : Ghardaïa, Berriane, Guerrara, Beni-Isgen, Melika, Bou-Noura et Al-Ateuf. Et, à leur chef, le nom de « *cadi Ibadite* ». La ville de Ghardaïa, était considérée comme la capitale du Mzab et abritait un *Medjless Ibadite*, qui servait de juridiction d'appel.

Après avoir reconnu la spécificité de la justice Mozabite et l'avoir institutionnalisée par des mahkamas et un madjless Ibadite, se posait la question des Ibadites qui vivait hors compétence territoriale des mahkamas des Mzab. Dans un premier temps les français donnaient pouvoir aux cadis de statuer sur les litiges des Mozabites vivant hors territoire des Mzab (décret de 1866). Mais Suite à une vive contestation de la part de ces derniers, le pouvoir colonial finit par les exempter de la juridiction des *cadis* (art 7 du décret de 1889), et attribua au *juge de paix* le pouvoir de statuer sur leurs litiges. Non satisfaits, les Mozabites réclament une justice indépendante à l'instar des mahkmas du Mzab. C'est ce qui amène les autorités françaises, à créer, une fois de plus, des mahkamas des Mzab (décret du 29 décembre 1890) hors territoire des Ibadites. Trois cadis ibadites ont une juridiction départementale. Le cadi ibadite d'Alger et celui de Constantine siègent au chef-lieu de leur département, la mahkama ibadite du département d'Oran est établie à Mascara. Prés d'une année plus tard (Arrêté du 26 février

¹ Ernest ZEYS, *Législation civile des Mozabites. Son origine, ses source, son présent, son avenir*, édit. Adolphe Jourdan, Alger, 1886. Droit Mzabite le Nil. Du Mariage et de sa dissolution, édit Adolphe Jourdan, Alger 1891. **LOIS ET COUTUMES DES MOZABITES**, Édit **Le Tour du Monde**, 23 mai 1891.

1891) d'autres mahkamas ibadites annexes furent créées à Boghari, Batna, Souk-Ahras et Tiaret.

Le rabbin: Sur les traces des travaux de Cl. Roussel¹ qui s'est intéressé de près à la justice en Algérie et ce qu'il a appelé « les tribunaux indigènes », il sera possible de recomposer la justice de la communauté juive en Algérie. La juridiction des rabbins purement arbitrale a pris une forme institutionnelle dès le début de la conquête française en Algérie. En effet, l'arrêté du gouverneur général du mois d'octobre 1830 la convertit en un tribunal régulier chargé de juger les litiges au sein de la communauté juive. De plus il a mis à la disposition des rabbins (juges) des gendarmes « maures » pour l'exécution de leurs sentences. Quelques années après, cette communauté perd progressivement son indépendance juridictionnelle (Ordonnance 1834). La compétence pénale fut enlevée au Tribunal rabbinique, puis le pouvoir de juger des constatations relatives au statut personnel des Juifs (nullité ou validité des mariages et répudiations) et soumission des jugements du tribunal rabbinique à l'appel, devant les tribunaux français.

Enfin par les deux ordonnances du 28 février 1841 et du 26 septembre 1842, on retire tout pouvoir judiciaire au rabbin en lui substituant la justice française; il revient aux Juges français d'appliquer la loi hébraïque, aidés par un Conseil supérieur de rabbins qui serait appelé à fournir un avis écrit sur toutes les questions relevant de la religion juive (mariage, divorce, successions). Un peu plus tard le gouvernement français accorde la naturalisation aux Juifs d'Algérie (Décret du 24 octobre 1870) et les soumet à l'organisation judiciaire française et au droit commun.

¹ Ch. Roussel, La justice française en Algérie - les tribunaux indigènes, op cit, , P3.

Le Juge de paix à compétence étendue: L'ordonnance du 19 août 1854 met en place *la justice de paix*¹ en Algérie, à la fois *juge de paix* et de *police*, ce juge avait des attributions beaucoup plus larges que son homologue français. Selon Claude Collot² le juge de paix « restera jusqu'en 1960 un des rouages essentiels et spécifiques de la justice algérienne. ». Selon d'autres auteurs³ « La mise en place du juge de paix réalise un rapprochement indispensable entre justice et justiciables, envisagé sur le plan géographique, financier ou procédural. La JPCE pallie les difficultés liées à la pénurie de personnel et au manque de moyens financiers de la colonie. Elle satisfait le désir de rapprocher la justice du justiciable et répond au souci de rendre une justice plus rapide, plus accessible aux plaideurs et égale ou plutôt satisfaisante pour tous. ».

¹Les justices de paix étaient des institutions juridiques de proximité, en parallèle à la [justice](#) classique mise en place en France par la [loi des 16 et 24 août 1790](#) et supprimée en [1958](#). Les juges de paix avaient pour principale mission de régler les litiges de la vie quotidienne par une *démarche conciliatrice* : petites affaires personnelles et mobilières, conflits bénins entre particuliers, contraventions de simple police.

Accessible gratuitement, le juge de paix était présent dans chaque canton. De plus, l'accès à la fonction ne nécessitait aucune qualification particulière en droit, mais résultait d'un vote, puis d'une nomination. Dès lors, on retrouve principalement des personnes dotées d'une autorité morale et d'une situation sociale établies. Il était également chargé de tâches administratives notamment la présidence de diverses commissions locales.

Les justices de paix sont remplacées par les [tribunaux d'instance](#) et les [médiateurs](#), dont le point de vue sur l'efficacité est relatif à la compétence des intervenants et de la formation de ces professionnels, alors que le besoin d'une justice de proximité s'accroît.

En 2002, le législateur a créé les [juridictions de proximité](#), dont le rôle peut s'apparenter à celui des juges de paix mais qui sont des professionnels du droit. https://fr.wikipedia.org/wiki/justice_de_paix_en_France cite-note-1.

²Claude COLLOT. *Les institutions de l'Algérie durant la période coloniale : 1830-1962*. Paris, CNRS, 1987.

³Maité Lesné-Ferret. *Une juridiction spécifique : le juge de paix à compétence étendue*, Tome 5. Centre d'histoire judiciaire, éditeur, Lille, 2010, p.147.

Le juge de paix devient le juge exclusif en Kabylie à partir du décret de 1874, et de droit commun en matière musulmane par décrets successifs de 1886 et de 1889. Lui revient la compétence de juger les litiges personnels ou mobiliers, civils ou commerciaux, ainsi que pour les immeubles ruraux franchisés depuis 1926. Un nouveau facteur, de nature juridique intervient pour donner plus de pouvoir au juge de paix, celui de l'option de juridiction aux Musulmans en matière de statut personnel, et des droits successoraux¹.

2. De la capacité intellectuelle des différents juges

Pour répondre au besoin de connaître la capacité intellectuelle des différents juges, il est donc naturel de rappeler l'étendue du pouvoir d'intervention de ces juges, de leur compétence, et de leurs méthodes de rendre la justice: à savoir de celle des cadis et des juges français. Comme l'observait déjà le juriste et sociologue Jean-Paul Charnay dans une étude consacrée au rôle du juge français dans l'élaboration du droit musulman algérien, publié en 1963, une explication de l'évolution de la jurisprudence pourrait se trouver dans la formation même de ces magistrats.

Le cas des cadis : il est à noter, que les conditions d'investiture au *cadat* telles que la connaissance et la capacité d'el Ijtihad (déjà mentionné), perdent progressivement de leur force durant l'occupation française. Le pouvoir français tente de réglementer le statut du *cadi* (décrets du 13 décembre 1866 et ceux de 1886 et de 1889). Mais il est curieux de constater que, dans le choix de ce dernier les conditions

¹ « La justice en Algérie : repères historique », *Histoire de la justice* 1/2005 n°16, p. 302. URL: WWW.cairn.info/revue-histoire-de-la-justice-2005-1-page-297.htm

élémentaires étaient volontairement négligées d'où une progressive décadence de leur compétence. Plus encore aucune condition particulière n'est exigée pour être nommé ou promu *cadi ibadite*; il suffisait d'être lettré, de bonne moralité et de rite ibadite.

La question du lien entre la compétence du *cadi* et de la qualité de ses interprétations fut soulevée par grand nombre de juges. L'un d'eux, C. Frégier ¹(président du tribunal de Sétif en 1862) relève dans ses opuscules « l'intérêt considérable qui est attaché au choix des cadis, tant pour le bien des populations indigènes que pour l'avenir de l'Algérie, de la justice musulmane et de son influence ». Ce juge ne manque pas de marquer son indignation devant le désintéressement du pouvoir français aux conditions d'accès à la magistrature musulmane. Léon HORRIE ², à son tour, trouve « curieux qu'on exige moins, en formation intellectuelle et juridique, des magistrats musulmans qui ont la compétence la plus étendue, puisqu'ils sont juges de pleine juridiction, et président une assemblée qui rend des jugements d'appels. ».

La décadence des *cadis* fut telle que bon nombre d'autres juristes musulmans réagissent. Dans un rapport adressé au

¹M. Casimir Frégier était président du tribunal de Sétif en 1862. Il s'est intéressé à la philosophie [en publiant : *Portalis, philosophe chrétien*, Paris : 1861] et a traduit la paraphrase grecque des Institutes de Justinien (1847). Il est l'auteur de plusieurs ouvrages, dont: *Esquisses sur la justice musulmane en Algérie*, Constantine 1862, *Les Juifs algériens, leur passé, leur présent, leur avenir juridique, leur naturalisation collective*, publié en 1865 dans le tome 74 (pages 465-470) des *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*. [http: //www.textesrares.com /philo19/franck_biblio.php](http://www.textesrares.com/philo19/franck_biblio.php)

² Léon HORRIE, *Essai sur la juridiction du cadi en Algérie*, Thèse pour le Doctorat en Droit, présentée et soutenue le 22 Décembre 1934, édit Imprimerie BACONNIER Frères , Alger, 1934, P. 337 .

gouverneur général le 6 juin 1934, le *cadi* Ben Habylés¹, pointe du doigt cette dégradation et revendique le retour au prestige d'antan. L'indignation a continué malgré un nombre important de réformes. Les *cadis* sont réduits à de simples fonctionnaires de l'Etat français, leur nomination est du ressort du ministre de l'Algérie. On institua 262 *cadis* qui devaient prêter serment suivant la formule imposée aux magistrats français: 37 *cadis* pour les questions civiles et 225 *cadis* pour les questions militaires. Les premiers furent mis sous la direction et la surveillance des chefs de Cour, les autres partagent leurs prérogatives avec les généraux commandant les divisions².

Léon HORRIE³ en arrive à cette constatation que « à la différence des *cadis* des autres pays islamiques ceux d'Algérie sont assez démocratisés. Ils jugent au nom du peuple Français. Ils ont dépouillé en grande partie le décorum

¹Sénateur de Constantine de 1951 à 1959, il exerce également la fonction de *cadi* notaire à Drael-Mizan. La plupart de ses interventions portaient sur l'organisation de l'Algérie, dont aucun aspect ne le laisse indifférent : ainsi donne-t-il en 1952 l'avis de la Commission de la justice sur la création d'une justice de paix à Toggourt et dépose-t-il la même année une proposition de loi précisant le fonctionnement près la cour d'appel d'Alger d'une chambre de révision en matière musulmane. Les textes financiers suscitent également son intérêt et il intervient dans la discussion des budgets de la justice, des affaires étrangères, des comptes spéciaux du Trésor, et de l'intérieur pour 1953. L'émergence de la rébellion en Algérie suscite sa vive inquiétude, et il participe au débat organisé le 24 novembre 1954 sur les mesures prises par le Gouvernement en Algérie.

Parmi ses ouvrages, on peut citer : *L'Algérie française vue par un indigène*, 1914 édition Fantana, Alger. *La protection des mineurs indigènes en Algérie*, 1924. *La suppression des pouvoirs juridictionnels du *cadi**, 1924. Bilan cent ans en France 1940 p29. Interventions-débats parlementaires 1954.

http://www.senat.fr/senateur-4eme-republique/benhabyles_cherif000759.html

² Ch. Roussel, *La justice française en Algérie et les tribunaux indigènes*, op cit ,P8.

³ Léon HORRIE, *Essai sur la juridiction du *cadi* en Algérie*, op cit,P 23.

de la légende pour revêtir la banalité administrative: ils font des écritures, rédigent des rapports, dressent des actes.

Fonctionnarisés, ils versent pour la retraite et intriguent pour l'avancement, tout comme les bureaucrates français. »

Ahmed SEFTA ¹, *bachadel* à la *mahakma* d'Alger-Sud souligne l'ampleur de la difficulté de vivre en Algérie à cette époque et la rattache à "la souffrance de l'organisation de la justice musulmane". Il ajoute à cela des causes multiples qui ont fait du *cadi* "un objet de la phobie de certains profanes en la matière, ou de musulmans inconscients de leur foi".

Toutefois, les cadis ne se coupaient point de la vie juridique, ils s'organisaient en association (l'Association des Cadis d'Algérie) et émettaient leurs craintes que la réforme de justice musulmane ne constitue une suppression définitive de leurs attributions².

Le cas des juges français: Le juge français était invité à juger les litiges des différentes communautés. Certes, c'est la loi française qui établit sa compétence mais elle lui fait obligation d'appliquer la loi de la communauté: droit musulman (d'école malikite ou hanafite), droit coutumier, les Kanouns des

¹«Le problème essentiel pour l'être Humain immédiatement après celui du pain : celui de la justice qui na été résolu.» Ahmed SEFTA, *Une grande et névralgique question du jour, La réforme de la justice Musulmane*, Alger-Revue. Été 1960 p.33-36. http://alger-roi.fr/Alger/social/textes/3_limiter_naissances_alger_revue61.htm

² Réunion de l'assemblée générale des cadis datée du 13 juin 1959 : « On sait dans quel contexte politique se place cette initiative. Il s'agit, dit-on, d'unifier, d'uniformiser la justice dans les territoires métropolitains et Algériens. ..de fait, nous pensons que si la réforme envisagée devait recevoir une consécration légale, nous ne tarderions pas à voir disparaître les règles d'inspiration religieuse qui régissent la famille musulmane pour faire place à celles du code civil. » Ahmed SEFTA, *Une grande et névralgique question du jour, La réforme de la justice Musulmane*, op cit. p. 34.

kabyles ou la doctrine du cheikh Abd-el-Aziz Ibn Ibrahim des Mزاب et la loi hébraïque des juifs. Le juge devait donc prendre en compte l'appartenance, les coutumes et usages des parties, lors de l'appréciation de leurs litiges, de la preuve, des éléments de nullité de leurs conventions, de leur âge de capacité à contracter etc... C'est ainsi que le juge français est appelé à acquérir un savoir juridique autre que celui de la science juridique française.

Une première action commence à se mettre en place dans le but d'éviter ce que Jean-Paul Charnay ¹ a appelé "le risque de noyade": c'est la traduction des recueils, gloses, commentaires, des différentes lois et coutumes. Un fort laborieux travail d'interprétation et d'analyse des textes de base fut entrepris: le *Mukhtacar* de Khalil, sidi khlil, de la risala d'ibn Ziad, des normes ibadites de kitabe el nil. La deuxième action se traduit par leurs analyses, clarifications et travaux de compréhension. On peut mentionner quelques œuvres :

Édouard SAUTAYRA, successivement *juge de paix* de Mascara et *juge d'instruction* à Tlemcen (6 décembre 1860), *juge* à Alger (10 septembre 1864), et *président* à Mostaganem (15 octobre 1866). Édouard Sautayra publia une traduction suivie d'autres travaux inspirés du même esprit. Avec la collaboration d'E.CHERBONNEAU, ils publient *Droit Musulman. Du statut personnel et des successions*, 2 volumes, Paris, 1873-1874. ² SAUTAYRA devient successivement: conseiller à la Cour d'Alger le 6 septembre 1870, Président de chambre en 1879 et nommé à la chaire de droit musulman à

¹ Jean-Paul Charnay. "Le rôle du juge français dans l'élaboration du droit musulman algérien" *Revue internationale de droit comparé*, 1963 , volume 15, n°4, p. 706.

² https://fr.wikipedia.org/wiki/Edouard_sautaya

l'école de droit d'Alger, en 1880. Enfin, il est à la première présidence de la même Cour le 28 avril 1881.

Charles-Louis Pinson de Ménerville ¹ (1808-1876) est *juge d'instruction* à [Skikda](#); en 1844 il dirige le parquet du nouveau tribunal d'[Annaba](#). Vice-président du tribunal d'[Alger](#), cinq ans plus tard, il entre à la Cour d'Alger (1852). Le 15 novembre 1874 il accède à la fonction judiciaire suprême en Algérie, celle de premier Président de la Cour d'Alger. Pinson de Ménerville rédige deux ouvrages fondamentaux : *Dictionnaire de la législation algérienne. Code annoté et manuel raisonné des lois, ordonnances, décrets, décisions et arrêtés publiés au Bulletin officiel des actes du gouvernement*, t. 1, 1830-1860, Alger, 1867 ; t. 2, 1860-1866, Alger, 1866 et t. 3, 1866-1872, Alger, 1872. Et *Jurisprudence de la Cour impériale d'Alger en matière Civile et Commerciale*. 1834-1854, recueil contenant l'analyse sommaire de tous les jugements et arrêts rendus sur des questions de droit par le Tribunal supérieur et la Cour depuis l'institution de la Magistrature en Algérie, avec annotations, Alger 1855.

[A. Sabatery](#), pour sa part, écrit « *Éléments de droit musulman* » comprenant: l'exposé de l'organisation de la justice dans le *Pachalik* d'Alger avant 1830, les principes de droit contenus dans le Coran, classés dans l'ordre du code Napoléon, la jurisprudence en droit musulman du Tribunal supérieur et de la Cour impériale d'Alger .. Impr. de F. Paysant, 1866. Marcel Morand, doyen de la faculté de Droit de l'université d'Alger, publie *Droit Musulman Algérien (Rite Malikite) ses origines*, Alger Edit. Typographie Adolphe Jourdan, imprimeur de l'université 1913.

¹https://fr.wikipedia.org/wiki/Chaeles-louis_de_Ménerville

Charnay Jean-Paul, juriste et sociologue avait étudié, au travers de la jurisprudence en matière musulmane, certains aspects de la société et de la vie des algériens qui acceptaient de recourir aux tribunaux français. Il avait pris comme matériau de base les arrêts de la Chambre de révision musulmane de la Cour d'appel d'Alger. On mentionnera son ouvrage *La vie musulmane en Algérie d'après la jurisprudence de la première moitié du XXe siècle*¹. Cet ouvrage de la vie des algériens musulmans des années 1900 à 1958 est devenu un livre d'histoire.

Ernest ZEYS, gravit en Algérie tous les échelons de la magistrature à commencer par la *justice de paix*, à Bône, en 1861, alors qu'il a 26 ans. En 1888, il est nommé Premier Président de la Cour d'appel d'Alger et il achèvera sa carrière en 1896 comme Conseiller à la Cour de Cassation. Cet auteur s'intéresse à la justice des Mzab, à leur rite ibadite et ses normes. A son actif: *Législation civile des Mozabites. Son origine, ses sources, son présent, son avenir*, édit. Adolphe Jourdan, Alger, 1886; *Droit Mzabite: Le Ni, du Mariage et de sa dissolution*, édit. Adolphe Jourdan, Alger 1891; ***Lois et coutumes des Mozabites***, édition, **Le Tour du Monde, 23 mai 1891**.

Malgré tous les efforts, le juge français se trouve face à la complexité de rendre justice. Complexité née de la substitution des institutions judiciaires françaises aux institutions judiciaires locales et de l'obligation faite aux juges d'appliquer le droit de la communauté. C'est le cas lorsqu'un justiciable musulman (sunnite ou Ibadite) ou juif se trouve en première instance devant un juge de sa communauté et, en appel, face à un juge français. C'est également le cas lorsqu'il s'agit de composer avec l'avis des Conseils Supérieurs (Conseil Supérieur des Musulmans, Conseil Supérieur des Rabbins) devenu à un

¹Jean-Paul Charnay, *La vie musulmane en Algérie d'après la jurisprudence de la première moitié du XXe siècle*, Paris, P.U.F, collection Quadrige, 1991

moment une obligation pour le juge français. Ce dernier applique par moment, inconsciemment, un raisonnement en cohérence avec la méthode juridique française, à cause d'un certain détachement envers la matière musulmane, ou bien à cause de son ignorance de certaines coutumes ou lois. Certains ont même parlé¹ de son inexpérience: «Le juge de paix à compétence étendue est l'homme à tout faire de la colonisation; il est omniprésent et a la réputation d'être souvent un juge très jeune, inexpérimenté». Face à tous ces cas de figure, et à la diversité des litiges, émergent les contours d'une jurisprudence à la recherche de ses sources, de ses racines et de son appartenance.

B. La singularité de cette nouvelle jurisprudence

Le système judiciaire colonial, en Algérie, n'a pas cessé d'évoluer durant plus d'un siècle d'occupation. Une étude récente², relie cette évolution à la politique exercée par la France en Algérie et souligne trois périodes: La période de tâtonnement de 1830 à 1841; la période d'autonomie de 1841 à 1870 et une dernière période dite d'assimilation de plus en plus poussée, de 1870 à 1962.

De ces différents politiques s'inspire forcément le législateur; le façonnement des lois se reflète dans les décisions de justice. Selon Claude Collot³, chacune des périodes sus-citées

¹Maité Lesné-Ferret. *Une juridiction spécifique : le juge de paix à compétence étendue*, Tome 5. Centre d'histoire judiciaire éditeur, Lille, 2010, p.118

²Claude COLLOT, *Les institutions de l'Algérie durant la période coloniale : 1830-1962*, Paris, CNRS, 1987. [Synthèse réalisée par Anne-Marie ROCHON, chargée d'études documentaires]. Archives nationales (France) Pierrefitte-sur-Seine, 2002.

³ « En revanche, elles maintiennent en matière civile des juridictions musulmanes, mais organisées de façon différente avant et après 1870 selon les principes d'autonomie qui animent la politique du Second Empire, puis selon la tradition assimilationniste de la Troisième

entraînera l'application de principes de droit propre à une politique. Il considère que dans la première période « on revient sur le principe de la personnalité des juridictions corrélatif à la personnalité des lois, et l'ordonnance d'août 1834 jette les premiers jalons de l'organisation définitive sur la base de l'assimilation en respectant la personnalité des juridictions ». Dans la deuxième période « On semble donc s'orienter vers le principe de la personnalité des juridictions en première instance, mais corrigé par l'unité de juridiction en appel. ». La dernière période affiche clairement les principes de droit au service de la politique d'assimilation mise en place définitivement « A compter de 1870, l'organisation judiciaire algérienne est de plus en plus calquée sur celle de la France ».

Il nous semble qu'un autre motif pourrait venir compléter l'émergence d'une nouvelle jurisprudence. Cependant, on retiendra de l'analyse de cette jurisprudence en premier temps: une jurisprudence à la frontière des normes multiples et hétérogènes(1); et, plus tard(2), une jurisprudence en harmonie avec les idées juridiques du droit français.

République. Le maintien d'une justice civile musulmane Procédure et droit musulman, juridiction du *cadi* vont être maintenues parce que les autorités françaises les considèrent comme étroitement liés à la religion musulmane qu'elles ont promis de respecter par la Convention du 15 septembre 1830. L'ordonnance du 26 septembre 1842 limite les attributions du *cadi* et fait de lui une juridiction d'attribution. De plus ses jugements peuvent par voie d'appel être soumis à un tribunal français, la cour d'appel. Toutefois, de 1848 à 1870, la justice musulmane est relativement autonome tandis qu'à partir de 1870 est menée une politique systématique de démembrement quelque peu modérée en 1891-1892. 1) L'autonomie de la justice musulmane. 1848-1870 L'arrêt du 20 août 1848 rattache la justice européenne au ministre français de la Justice et place la justice musulmane sous l'autorité du ministre de la Guerre et donc du gouverneur général. ». Claude COLLOT. *Les institutions de l'Algérie durant la période coloniale : 1830-1962*. Paris, CNRS, 1987.

1. Une jurisprudence à la frontière entre des normes multiples et hétérogènes

Durant la première période de tâtonnement et celle d'autonomie, on relève une complexité jurisprudentielle: la question de l'application de normes multiples et hétérogènes se pose sérieusement.

En effet, ne constatons-nous pas que le *cadi* sunnite était invité (avant la reconnaissance de la justice mozabite) à juger des différends entre Ibadites. La question de la détermination de la norme à appliquer s'est posée à partir du moment où le *cadi* de rite Malikite ou Hanafite devait appliquer les lois coutumières du rite Ibadite - suivant la doctrine du cheikh Abd-el-Aziz Ibn Ibrahim disponible dans *Kiteb el Nil*, *ElOuerd el Bessam* et *Ettakmil*-. Le même cas de figure se pose pour les coutumes des Kanouns chez les Kabyles, alors que les cadis se bornent à appliquer le droit musulman¹, plus encore, ils défendent avec ténacité son application basée sur une règle de droit français « Souvent invoquée par les musulmans, les juges considéreront que l'application du droit musulman en Algérie est fondée sur son insertion dans l'ordre juridique français par des textes français, l'exercice de la religion mahométane restera libre. La liberté des habitants de toutes classes, leurs propriétés, leurs commerces et leurs industries ne recevront aucune atteinte. Leurs femmes seront respectées. Le général en chef en prend l'engagement sur l'honneur. »².

¹ « Le devoir des tribunaux français est de concilier les intérêts de la femme musulmane avec les exigences impérieuses du droit musulman. ». Trib. Alger (app.mus), 30 avril 1931 .Revu algérienne, 1933. II. 18.

² Jean-Paul Charnay. "Le rôle du juge français dans l'élaboration du droit musulman algérien ";op cit, p 705.

Aussi, le juge français d'instance d'appel, est invité à revoir les décisions prises par le *cadi* ou le rabbin. Ce même juge se trouve dans l'obligation de se conformer à l'avis du Conseil Supérieur des Musulmans ou celui des Juifs. Donc à appliquer un droit ou une loi, étrangère à sa formation et à ses normes juridiques. Certaines de ses décisions se trouvent amendées par la Chambre de Révision Musulmane de la Cour d'Alger, comme l'annulation des mariages de musulmane avec un non musulman, ou l'annulation d'héritage de biens appartenant à un Musulman donnés à un non musulman.

De même, l'obligation de statuer suivant des normes juridiques multiples et hétérogènes incite le *juge de paix*, comme l'indique une fois de plus Jean-Paul Charnay ¹: « à tenir compte des coutumes et usages des parties dans l'interprétation des conventions, dans l'appréciation des faits dans l'admission de la preuve, en matière civile et mobilière, laquelle est en principe, soumise à la loi française. ». De plus ce dernier applique par moment les coutumes et droits locaux, en violation à la loi française. Ainsi en est-il, par exemple, lorsqu'il est admis un partage immobilier effectué par accord des représentants des mineurs, en violation de l'article 52 du décret du 17 avril 1889².

Le Conseil Supérieur des Musulmans avait pour mission d'éclairer les magistrats français en cas de difficulté à résoudre les questions d'état et de statut religieux, son avis était obligatoire. Cependant, certains de ses avis compliquent le raisonnement juridique des magistrats français qui y voient un obstacle, comme ce fut le cas lorsque, appelé à émettre une opinion sur la fixation de la durée de la grossesse, il décida,

¹ Jean-Paul Charnay. "Le rôle du juge français dans l'élaboration du droit musulman algérien" op cit, p 706.

² RM 28 juin 1924, *Revue Algérienne*, 1925.II.133, note critique de Morand.

conformément aux commentaires de Sidi Khalil, Ibn-Aaroun, Ibn-el-Khassem et autres auteurs qu'un enfant peut "dormir quatre ans dans le ventre de sa mère"¹.

Ahmed SEFTA, ²*bachadel* et juriste se trouve indigné devant de telles décisions dont il relève le caractère précaire: « position de la chambre de révision musulmane dont les arrêts font force de loi, et qui continuait d'appliquer un droit musulman datant du moyen âge fabriqué par des jurisconsultes qui ont tiré ce droit suivant une interprétation du Coran à leur guise et en harmonie avec les conceptions de leur époque. Or nous sommes au XXe siècle et la conception de l'enfant endormi est périmée. Les découvertes scientifiques récentes ont bouleversé jusqu'aux idées, et puis le droit évolue avec le temps et l'espace».

Malgré tous les travaux de traduction, d'interprétation et d'analyse, entrepris par les juristes, le juge français se perd au milieu des nombreuses sources du droit musulman, et dans l'incompréhension des autres normes. Le débat sur la perfectibilité du droit musulman soulève de nombreuses questions sur l'hétérogénéité de ses sources et la diversité de ses rites. D'où la naissance de l'idée de codifier le droit musulman Algérien, pour permettre au Juge français, de rendre une meilleure justice et de simplifier sa tâche.

En 1905, une *Commission de codification du droit musulman* fut donc créée à l'initiative du Gouverneur Général, Jonnart, qui entame une consultation des délégations financières algériennes et de l'ensemble des magistrats français et musulmans. Sa mission était d'après Marcel Morand « à la fois humanitaire,

¹Ch. Roussel, "La justice française en Algérie et les tribunaux indigènes" op cit, P10. « On limita le recours à ce Conseil à une dizaine de fois seulement durant neufs années de fonctionnement. »

² Ahmed SEFTA, *Une grande et névralgique question du jour, La réforme de la justice Musulmane*, op cit p33-36.

économique et juridique. En premier lieu, elle devait résorber l'écart entre la condition légale des femmes musulmanes et celle des femmes françaises. Ensuite, elle devait clarifier les règles du droit musulman en matière de tutelle et de succession – particulièrement importantes pour déterminer la capacité civile et le droit de propriété – afin de garantir la sécurité juridique des transactions entre européens et indigènes. Enfin, d'une manière plus générale, son but était de rendre le droit musulman plus intelligible, et par la même plus prévisible, autant pour lutter contre l'arbitraire judiciaire que pour dissuader les indigènes d'intenter des procès inutiles ou abusifs »¹.

Et voila qu'un débat va naître sur la nécessité de cette codification, suite à la publication de l'avant-projet du code Morand: les cadis ne restent pas à la lisière de la vie juridique et des reformes, ils commentent et répliquent, défendent leurs droits. Il ne serait pas superflu de citer quelques commentaires.

Parmi les reproches faits à l'avant projet du code Morand, c'est de favoriser des normes et méthodes de raisonnement inspirées du rite *hanafite*, alors que la grande majorité de la population musulmane en Algérie suit le rite *malikite* répandu au Maghreb et en Andalousie par les disciples de Malik².

¹ Avant projet de code présenté à la commission de codification du droit musulman Algérie, par Marcel Morand, Doyen de la faculté de Droit de l'université d'Alger. Edit. Typographie Adolphe Jourdan, imprimeur de l'université 1916.p. 13.

² « Parmi eux le Kairouanais SAHNOUN (776-854), dont l'œuvre -la *Muddawana*- est la source capitale pour le *cadi* malikite. « C'est une somme de fiqh malikite qui contient les corrections et les réponses faites à Sahnoun par un disciple de Malik : Kassim el Utaqui (décédé en 806). Son intérêt pratique réside dans le fait qu'elle met en évidence les rapports de la religion et du négoce. La *Muddawana* a été à l'origine de toute une littérature de commentaires dont le plus célèbre est Ibn Abi Zayd. Elle a inspiré le Mukhtassar d'Ibn Hajib (1248) qui connut un succès au Maghreb. La chaîne de transmission maghrébine part de Sahnoun, Ibn Abi Zayd, el Bordha'i, Ibn Yunus (1059), Ibn Muhriz (1058), el Tunussi et El Lakhmi

Alors que certain auteurs pensent que le rite Hanafite fut appliqué seulement à partir du XVI^e siècle, par les Turcs qui avaient occupé l'Algérie.

Certains cadis défendent l'attachement historique du peuple algérien au rite *malikite*. Un *cadi* de Khenchela (1904) explique que : « *proviennent de ce que les légistes ont suivi l'exemple du Prophète qui, après avoir posé les principes de la loi sous une forme très rigoureuse y a apporté, par la suite, quelques tempéraments. Parmi les musulmans, les uns ont donc adopté la loi sous sa forme très rigoureuse; les autres sous sa forme mitigée. C'est ainsi que dans certains pays la loi mitigée, plus conforme aux usages, est devenue la règle générale, dans d'autres, les textes sont, au contraire, appliqués dans toute leur rigueur.* ». Le prophète lui-même, d'après le *cadi* de Zemmorah (1906), aurait cautionné la diversité des rites musulmans par ces paroles: « *Mes compagnons sont comme les étoiles du Prophète ; quel que soit celui que vous suivez, vous serez dans la bonne voie.*»¹

D'autres *cadis*, vantent les qualités propres de la doctrine malékite, et l'universalisme de Sidi Khelil dont les règles seraient applicables, en rappelant qu'elle fut adoptée par « *les Arabes de l'Andalousie dont la civilisation et le progrès ont atteint un degré connu dans l'histoire des savants d'Europe* » (*cadi* de Guelma : 1926). Que « *depuis des siècles nombreux, tous les peuples [musulmans] puisent dans l'immensité de son*

(1085) ». **Mohamed Ghalem**, « L'Islam algérien avant 1830 : le Malikisme », *Insaniyat / إنسانيات*, 31 | 2006, mis en ligne le 31 janvier 2012, consulté le 28 août 2016. URL : <http://insaniyat.revues.org/9798> ; DOI : 10.4000/insaniyat.9798

¹ Etude Franco-Musulmane, LE « CODE MORAND » DEVANT LA MAGISTRATURE MUSULMANE – L'impossible réforme du droit familial dans l'Algérie coloniale (1904-1926).http://jc-moreau.com/?p=456#_ftn9

œuvre (...) eu égard à la netteté de son texte et à la justice de son point de vue » (cadi de Chéria : 1926)¹.

Plus tard les *cadis* de Michelet et de Azazga en 1926, prônent l'application de l'avant projet du code Morand « *pour toute l'Algérie, sans faire de distinction entre ses différents peuples ... même en Kabylie où des rivalités de tribus ont substitué la coutume actuelle au droit musulman qui régissait le pays à certaines époques de son histoire* ».²

Par ailleurs, les Oulémas algériens lors de leur premier Congrès Musulman Algérien en 1936, ne cachent pas l'utilité d'une codification. Ils défendent davantage une tradition judiciaire d'un principe religieux. Comme l'expliquera dès 1909 le professeur de la médersa de Tlemcen, Aboubekr Adesselam ben Choâïb, rien ne s'oppose fondamentalement à la fusion des écoles juridiques de l'Islam dans le Coran. Et certains *hadiths* permettent même de la justifier, à commencer par celui recommandant aux croyants d'«*apporte(r) dans [leurs] décisions les innovations que réclame la perversité des mœurs*».³ Suite à toutes ces divergences l'avant projet du code Morand fut abandonné, demeurant un ouvrage de pure doctrine, sans aucune force légale⁴.

Aussi, l'application des normes coutumières des Kanouns donnent du fil à retordre aux magistrats français,

¹ Etude Franco-Musulmane, LE « CODE MORAND » DEVANT LA MAGISTRATURE MUSULMANE – L'impossible réforme du droit familial dans l'Algérie coloniale (1904-1926). http://jc-moreau.com/?p=456#_ftn9

² ALGERIE. *Délégations Financières*. N°2. Alger : Imprimerie Administrative Victor Heinz, 1907. Délégation indigène, section kabyle, 9ème séance. Séance du 23 mars 1907. p. 39-41.

³ CHOËÏB, Aboubekr ben Abdesselam. La codification du droit musulman. *Revue du Monde Musulman*, tome VIII, n°7-8, 1909. p. 446-456.

⁴ Jean-Paul Charnay. "Le rôle du juge français dans l'élaboration du droit musulman algérien" op cit, p 710.

principalement dans les litiges opposants les droits de la femme Kabyle, sa liberté physique, pécuniaire et affective. Jean-Paul Charnay relève plusieurs cas d'espèces de ces coutumes, telle la coutume qui interdisait à la femme Kabyle répudiée de voir ses enfants ou d'avoir un droit sur eux¹. Ceci contraignit le juge français à appliquer une règle, non reconnue même en droit musulman. La coutume de donner à la femme divorcée un prix de rachat, « lefdi », plus élevé que la dot dans le but de lui interdire de se remarier. Un tel « lefdi » équivalait à une interdiction absolue de remariage, la femme était ainsi et par le simple caprice d'un individu..., condamnée au célibat perpétuel. Quand, par la force même des circonstances, elle n'est pas fatalement conduite, par ce déplorable état de chose, à l'avortement, l'infanticide ou à la prostitution. Attendu qu'en semblable alternative, il importe que le juge français, et cela dans le but d'équité, d'humanité et de moralité, prenne le droit de réduire le « lefdi » excessif, et permette ainsi à la femme de reprendre dans la vie le rôle naturel pour lequel elle a été créée. »².

Ces constatations répétées qui reflètent une certaine "barbarie de certaines coutumes kanous" à poussé la section kabyle des Délégations Financières en 1907, à demander officiellement que les *kanous* soient réformés en s'inspirant du droit coranique, « *considérant qu'une partie de ces coutumes est non seulement contraire au droit musulman mais encore incomparable avec le progrès (...) en train de s'opérer dans [la] société.* ».

La chambre de révision musulmane constate le manque d'équité des coutumes kanous et crée une jurisprudence en

¹ JP d'Alger (canton Nord). 17 octobre 1923. *Revue algérienne*, 1924.II.217.

² JP d'Alger- Nord. 17 octobre 1923. *Revue algérienne*, 1924.II.314.

*matière de succession des femmes kabyles dans le sens de rétablir la justice et invite le juge français à suivre son avis*¹:
« *Attendu que la jurisprudence de la chambre de révision est fixée en ce sens que le habous est une institution usité en Kabylie pour faire échec à la coutume qui exclut les femmes des successions et qu'une raison d'humanité doit pousser les tribunaux français à le considérer avec faveur toutes les fois qu'il a pour but de corriger la barbarie des coutumes kabyles déshéritant les femmes, mais attendu qu'il ne peut en être ainsi que tout autant que dans les modalités de sa constitution ne vicient pas d'une façon indiscutable le droit musulman.* ».

Ainsi, d'une jurisprudence qui cherche ses racines, son appartenance et ses normes, les juges français et les juges musulmans sont amenés, progressivement, à adopter les idées juridiques du droit français; la jurisprudence invoque petit à petit les notions d'*équité*, de *droit naturel*, de *droit humanitaire*, d'*utilité*, à la place des *lois de la communauté*. La jurisprudence évolue aussi bien en suivant ces principes qu'en demeurant en harmonie avec le droit français.

2. Une jurisprudence en harmonie avec les idées juridiques du droit français

La dernière période de l'occupation française était marquée par une politique d'assimilation. Ce retour à la compétence du *juge* français va, à notre sens, libérer ce dernier de la complexité d'application d'autres normes, et le rattacher à l'application du droit français seulement². Le *juge de paix*

¹ RM 20 décembre 1930, *Revue algérienne*, 19 33.II.10.

² C'est aussi durant cette période (1870) qu'on finit par naturaliser les Juifs d'Algérie, et les soumettre à l'organisation judiciaire française et au droit commun (les tribunaux rabbiniques sont supprimés).

aussi trouve une astuce juridique pour échapper à l'application des lois et coutumes de la communauté.

Au cours de cette période, le pouvoir français rétablit la subordination des juridictions musulmanes à la Justice française. On retire le pouvoir d'appel aux *medjlés* qui redeviennent consultatifs et on en attribue la compétence aux tribunaux français; ce qui les fait disparaître de fait, suite aux décrets de 1886 et de 1889. En 1875 on supprime le Conseil Supérieur des cinq jurisconsultes musulmans. L'étendue du pouvoir des *cadis* se limitera de plus en plus aux affaires de statut personnel, successoral, et mobilières à un taux réduit. Un peu plus tard, la loi Warnier ¹ a pour but de faire prédominer la loi française en matière immobilière de façon à favoriser la colonisation et aussi à éliminer les *cadis* au profit

¹ « La loi Warnier du 26 juillet [1873](#) relative à l'établissement et à la conservation de la propriété en Algérie et qui porte son nom. L'objectif de cette loi était d'établir les droits de propriété sur les terres algériennes et de mettre fin au collectivisme agraire indigène : « après la mort de Napoléon III, les colons ont fait pression pour la privatisation des terres et l'ouverture du marché foncier. En un peu plus d'un siècle, la colonisation n'a pu achever la réalisation du schéma foncier qu'elle avait envisagé pour constituer la propriété privée. Les trois cinquièmes des terres n'avaient pu être immatriculés. Les procédures coûteuses pour établir la propriété avaient surtout profité aux Européens et à ceux qui étaient proches de l'administration coloniale capables de payer les frais d'enquête. Les colons se taillèrent la part du lion : 2 730 000 ha, 27% de la SAU du pays (surface agricole utile). Les grands propriétaires algériens, 5499 propriétaires (1,3% de l'effectif des propriétaires) ont accaparé 1 685 756 ha, soit 23% des terres indigènes. Nous savons que la majorité, constituée de petits paysans et d'ouvriers agricoles misérables soumis à des disettes fréquentes, vivait dans un extrême dénuement. » *Aït Amara, El Watan*, Un historique de la situation foncière en Algérie, mardi 12 octobre 2004. <http://www.algerie-dz.com/article1177.html>.

« Cette loi, connue sous le nom de loi Warnier, cherche à atteindre la francisation de la terre musulmane et la délivrance aux indigènes après enquête de titres de propriété. On constate la propriété individuelle là où elle existe; on la constitue dans les territoires de propriété collective par des procédures d'enquête générale s'appliquant à tout un douar ou à toute une tribu » Augustin Bernard. *Histoire des Colonies Françaises et de l'Expansion de la France dans le monde*. — Tome II : l'Algérie. 1930

des avoués et notaires européens. A partir de 1874 on supprime définitivement le pouvoir judiciaire du **cadi** en Kabylie, et on le confie au *juge de paix*.

Cette mutation dans la législation, en application de la politique d'assimilation, trouve un terrain favorable, puisque la jurisprudence elle-même à contribué à son installation. On constate que bien avant la suppression des Chambres de Révision, les juges musulmans recherchent des solutions juridiques qui nous paraissent influencées par le développement des principes juridiques outrepassant leur attachement à certains rites et dont le but est de rendre une justice d'équité, l'utilité sociale, principes reconnus dans la doctrine juridique musulmane¹. Tel est le cas de la théorie de la rescision pour lésion, en puisant dans la *Tohfah* d'ibn Acem². Les juges musulmans vont au-delà des coutumes kabyles et de la pratique musulmane qui ne connaît que le dol, sur la question de la nullité des contrats passés par un mineur, les juges émettent un avis autre que la doctrine malikite³: « si la doctrine malikite déclare nuls les contrats passés par un mineur non émancipé sans l'assistance de son tuteur, il est de jurisprudence certaine de la chambre de révision musulmane que les engagements contractés par un mineur non émancipé, quel que soit le rite suivi, ne sont pas nuls de plein droit, mais seulement rescindables pour cause de lésion, et que dès lors ils sont valables s'ils ont eu pour résultat d'augmenter le patrimoine ou de sauvegarder les intérêts du mineur. ». Il y a lieu de mentionner également le revirement de la jurisprudence concernant⁴ la théorie de "l'enfant endormi". En effet elle est rejetée, dès 1869, « il est à signaler que le

¹ Ibn- Al-Jawzié *A'lam-UL-Muwakki-ine*, éd. Nil, t I, p 72.

² RM 24 décembre 1926, *Revue algérienne*, 19 29.II.50.

³ RM 27 juin 1932, *Revue algérienne*, 19 37.II.107.

⁴ JP de Kerrata, 26 avril 1922, *Revue algérienne*, 1929.II.24.

rite malikite fixe à onze mois la plus longue durée de la grossesse, qu'il y a donc lieu de calculer les délais d'accouchement selon la loi française. »

Aussi bien que les juges musulmans, les juges français retrouvent leurs méthodes de raisonnement, leurs principes juridiques, l'application de leurs normes à travers l'option de juridiction, et de législation offerte aux justiciables musulmans (le choix de demander justice auprès du juge français). Leurs jurisprudences prônent les notions d'*équité*, d'*humanité*, et de *moralité*. Le juge accorde à la femme répudiée une pension alimentaire durant le délai de viduité «pour des raisons d'humanité, la solution contraire l'exposant à se trouver absolument d'épouillée de ressources. ». Il accorde aussi à la femme kabyle divorcée, si elle se trouve dans le besoin, de demander la pension alimentaire pour son enfant par la voie correctionnelle¹ « poursuivre par la voie correctionnelle, comme les femmes d'origine française, le montant de la pension allouée pour l'entretien de son enfant ».

Plus encore, face à l'absence de techniques juridiques et de procédure dans le système judiciaire de la justice des *cadis* ou celui des *djamaa*, réputé² pour sa simplicité, rapidité, économie, et absence de formalisme, la jurisprudence intervient à travers son développement dans le façonnement des normes de procédure. Les juges rappellent³ « l'obligation faite au juge (musulman ou juge de paix) de faire application

¹ JP d'Alger (canton Nord), 22 mars 1933, *Revue algérienne*, 1933.II.192.

² « La justice en islam a toujours été sommaire ; point de délais, point d'ajournement ni d'assignation, point d'instruction préparatoire, point de détention préventive, point de remises ; chacun se présentait quand bon lui semblait, exposait sa cause, défendait ses intérêts : le jugement était prononcé, et c'était fini » Léon HORRIE, *Essai sur la juridiction du cadi en Algérie*, Thèse pour le Doctorat en Droit, présentée et soutenue le 22 Décembre 1934, édit Imprimerie BACONNIER Frères , Alger, 1934,P56.

³ Trib. de Tizi-Ouzou (app. Mus) , 28 juillet 1927, *Revue algérienne*, 1928.II.29 .

du droit français pour la solution des litiges dont il est saisi.». Les juges se saisissent de cette obligation pour créer des droits d'actions. tels que le droit d'user de l'action paulienne en matière musulmane, l'action reconnue au dévolutaire éventuel d'un « Habous » afin de s'opposer à toute dilapidation. Ce qui amena Jean-Paul Charnay¹ à constater l'impact de la jurisprudence sur le développement des procédures judiciaires:« La jurisprudence s'efforce de développer, voir de créer, des droits d'action, qui permettront aux justiciables de mieux défendre leurs intérêts. ». Cet impact donne au *juge de paix* la qualification de *préteur*².

Par ailleurs, dans son étude, Jean-Paul Charnay³ ne manque pas de signaler le facteur économique qui influence à cette période la marche laborieuse du juge à travers sa jurisprudence: «mais la jurisprudence ne pouvait pas ne pas tenir compte de la vie économique : elle demeure, à cet égard, influencée par le capitalisme libéral, dont, très inconsciemment sans doute, elle tire application. Elle se soucie également du maintien de la petite unité d'exploitation agricole. ». Une jurisprudence qui prend pour certains auteurs la qualification de son temps « jurisprudence d'assimilation »⁴

¹ Jean-Paul Charnay. "Le rôle du juge français dans l'élaboration du droit musulman algérien" ; *Revue internationale de droit comparé*, 1963, volume 15, n°4, p 716.

² Ch. Roussel, "La justice française en Algérie et les tribunaux indigènes", *op cit*, P 3.

³ Jean-Paul Charnay. "Le rôle du juge français dans l'élaboration du droit musulman algérien" *op cit*, p 718.

⁴ Ch. Roussel, "La justice française en Algérie et les tribunaux indigènes", *op cit*, P 3.

Conclusion

Au lendemain de l'indépendance algérienne, M. Bedjaoui¹, alors Ministre de la Justice, déclarait que « l'Algérien libre porte à la justice un culte sacré, qu'il doit à son tempérament à ses traditions, à son passé de lutte...un attachement parfois émouvant à la justice et son éminente force sociale...les salles des tribunaux sont pleines de curieux qui suivent avec passion les débats judiciaires. A travers eux c'est tout le sentiment populaire qui juge les juges». Une telle déclaration marque le coup d'envoi d'un processus visant le pouvoir de contrôle du peuple algérien sur son Juge². On relève aussi que l'Algérie indépendante a choisi un système juridique de droit écrit. Dans ce type de système c'est en fonction de la loi et du respect des principes de *légalité* et d'*égalité*³ que le Juge doit résoudre les litiges.

Ces principes tant prônés et chers à la jurisprudence d'avant l'indépendance, se trouvent renforcés par la dernière Constitution dans les dispositions de l'article 140 qui prévoit « la justice est fondée sur les principes de légalité et d'égalité. Elle est égale pour tous, accessible à tous et s'exprime par le respect du droit.». La *légalité* est ainsi associée à la justice car elle doit promouvoir certaines valeurs qui justifient le rôle qu'on lui accorde, référence de l'obligation de juger⁴.

¹ Interview accordée à la revue « El-Djeich », Alger, juillet 1966.

² Article 60 de la constitution de 1963 (JDP du 10 Septembre 1963, Ahmed BEN BELLA) « : La justice est rendue au nom du peuple algérien dans les conditions déterminées par la Constitution. ».

³ Principes rappelés par l'article 8 de la loi organique n 04-11 du 6 septembre 2004 portant statut de la Magistrature.

⁴ Le déni de justice est considéré comme faute disciplinaire qui peut donner lieu à une sanction disciplinaire; art. 68 de la loi organique n 04-11 du 6 septembre 2004 portant statut de la Magistrature.

Cette obligation qui s'inscrit dans l'exercice de la fonction du juge plus d'un demi-siècle après l'indépendance prolonge cette marche laborieuse du juge « cadi d'autre fois ». Lorsque le juge statue, dans une hypothèse de silence ou d'insuffisance ou de lacune de la loi, il se prononce en fonction d'une norme, d'un principe. La solution donnée ne peut être que l'expression d'un jugement de valeur, l'expression d'une préférence, la reconnaissance d'une certaine forme d'équité dont la teneur transparaîtrait de sa motivation. Motivation garantie par la constitution en son article 144 : « les décisions de justice sont motivées et prononcées en audience publique. Les ordonnances judiciaires sont motivées. » .

Cette jurisprudence post-indépendance, s'inscrit à notre sens dans le courant d'une jurisprudence à l'écho des besoins et des intérêts de la société. Elle prospère toujours, comme autre fois, au milieu de ce qu'Ahmed Mahiou¹ à appelé « un droit singulier » qualifié, dans un autre temps, de « droit complexe ».

Les décisions reflètent comme en tout temps l'intérêt économique et le juge algérien ne manque pas de servir les impératifs de la société². C'est ce qu'on a constaté à travers la position de la Cour suprême dès 2009³ à contre-courant de toutes les jurisprudences antérieures. Le juge social admet la requalification du contrat de travail, mais il pose une condition de temps « l'action visant à modifier la nature du contrat de travail doit impérativement actionner pendant la

¹ Ahmed Mahiou. Interview publié dans El Watan le 08-06-2008 titre de l'article « les juges Algériens interprètent les lois de façon erronée »

² « Car c'est par les décisions de justice qu'on révèle les réalités sociales et les évolutions internes peu perceptibles. », Charles-Robert AGERON, *Compte rendu, Revue Française d'Histoire d'outre-mer*, année 1993, n°299, pp 364-365 .

³ "تر فعد عوباعادة تكييف عقد العمل منعقد محدد المدة بالبعقد غير محدد المدة أثناء سير بانالعقد وليس بعد تنفيذ هبدو نتحفظوا انتهاه عمدته"
المجلة. (أج)، شركة نفط الوحدة الكيفان تلمسان ضد 06/01/2009، قرار بتاريخ 4765025 اجتماعية، ملف رقم غ،
القضائية سنة 2010 .

durée du contrat et non à la fin de son exécution». Enfin par arrêt du 2 juin 2011¹, alors que jusque là, la chambre sociale ne conditionnait pas l'employé par un temps limite pour demander la révision de son contrat et qui intervenait généralement à sa fin. Il nous semble qu'une telle condition est motivée par le désir de limiter les contestations dans le but de créer une certaine stabilité économique, la Cour Suprême affirme vivement cette condition, plus encore, elle la considère comme une jurisprudence constante.

Influencée par les facteurs économiques, la justice devient relative à l'économie et sa politique². Une tendance apparue aux Etats-Unis d'Amérique vers la fin des années cinquante qui propose d'apprécier toute règle par ses effets et son impact économique. Il s'agit donc d'une nouvelle logique de raisonnement qui impose à la jurisprudence de s'adapter. Une adaptation jugée dangereuse par Ahmed Mahiou³: « Il ne faudrait pas qu'en raison d'une dépendance économique, le plus riche obtienne justice uniquement du fait de sa position.

يحيى أنها لا يبينو قانعالد عوبكاعمر ضها الحكمالمطعون فيها أو منحيثياتها أنالمطعون ضدهقد أثار مسألة مخالفةالعقد لأحكامالمادة¹¹، التي يجب أن يثيرها الطرف ذي المصلحة ولا يمكن للقاضي أن يثيرها تلقائيا 12 حيثالإضافةإلماسيقفانالاجتهاداستقر علناتالمطالبةبتكيفةعقدالعملالمددالمدةإذاجاءمخالفاًلأحكامالمادة، يجبانتظر حللنا المحكمة خلاللمدةسرياناالعقد أو تنفيذها ما بعدإنهاء مدةالعقدو قيد عوبالحالبعده سنةوإنقائمكنالمطالبةبتجاء، "إدوةالتكيفةعقد عملقدانتهى، وبقضائهم كإفعلفانالحكمالمطعون فيهاخالفاالقانونتعر ضلننقصو لإبطال مؤسسـةالبترولوية المواد وتوزيع لتسويق الوطنية المسؤولية-02/6/2011: بتاريخ622703:القرار رقم اجتماعية.غ ذلك أن العقد 213 ص2، عدد2011س القضائية المجلة . (ع،أ):ضد الطاعنة- اقتصادي طابع ذات عمومية ينقضى لما يحل أجله والمنازعة في الطبيعة القانونية للعقد المحددة المدة تكون أثناء قيام علاقة العمل بسعي " من العامل وليس بعد انتهاء العقد غ. اجتماعية ، ملف رقم 0871546 قرار بتاريخ 09-01-2014 قضية) ب.ر (ضد شركة واسترن جيكو افرسيس انك قسم واسترن جيكو .المجلة القضائية 2014 العدد 01 ، ص.293

²« La conscience attentive des juristes des finalités sociales et économiques justifie le périmètre et la profondeur de leurs interventions du droit. ». Jean-Marc Sauvé vice-président du Conseil d'Etat français. Texte d'ouverture du colloque *L'entreprises et la sécurité juridique*, le 21 Novembre 2014 .

³Ahmed Mahiou. « les juges Algériens interprètent les lois de façon erronée » op cit.

Il faudrait donc à l'avenir faire attention à tout cela, car l'indépendance du juge est importante à tous égards et il ne s'agit pas de quitter une dépendance pour tomber sous une autre. »

Enfin, et pour clore notre présente contribution, nous ne résistons pas au désir de faire appel à cette citation de Ferrière, en 1769, de la jurisprudence: « il ne faut donc pas s'étonner si la raison nous fait regarder la jurisprudence comme le plus ferme appui et le bel ornement de la société humaine. ».