



HAL
open science

Les coutumes algériennes et le Code civil dans la jurisprudence de la Cour de cassation au XIXe siècle

Frédéric Charlin

► **To cite this version:**

Frédéric Charlin. Les coutumes algériennes et le Code civil dans la jurisprudence de la Cour de cassation au XIXe siècle. *Droits de l'homme et colonies*, Alexandre Deroche, Oct 2014, Aix-en-Provence, France. p. 281-298. hal-04799541

HAL Id: hal-04799541

<https://hal.science/hal-04799541v1>

Submitted on 23 Nov 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Les coutumes algériennes et le Code civil dans la jurisprudence de la Cour de cassation au XIX^e siècle

Frédéric CHARLIN

Maître de conférences en droit privé, Université de Bourgogne

Docteur en histoire du droit

Membre du CREDIMI & membre associé du GREHDIOM

Le second empire colonial diffère de la première colonisation française aux Antilles, car l'administration aborde une société à part entière, constituée par des coutumes enracinées, musulmanes ou israélites. La transition de l'abolition de l'esclavage fait disparaître une différenciation par le statut et la couleur, entre esclaves et libres. Le Code civil avait vocation à y être limité dans son application, y compris parfois à l'égard des colons, à ménager. La conquête française en Afrique du Nord a plutôt la prétention inverse, à savoir une application idéale des lois françaises. Les motivations des deux colonisations diffèrent. La première avait des objectifs économiques et spirituels (l'évangélisation), réalisés en grande partie avec une population extraite d'Afrique noire. La seconde colonisation recouvre des enjeux contradictoires, à la fois géopolitiques (l'impérialisme français) et messianiques (la mission civilisatrice). Le terme « civilisation » résonne en son sens juridique profond, celui d'une application du Code Napoléon à l'Algérie française, y compris dans la relecture des sources normatives locales.

Le régime législatif et administratif appliqué à l'Algérie reprend en partie celui des « vieilles » colonies, fondé sur le principe de spécialité, qui signifie que la législation métropolitaine ne s'applique que par des dispositions spéciales à la colonie¹. Le territoire algérien est régi par des décrets et des arrêtés des gouverneurs. Mais la régence d'Alger est annexée par une ordonnance du 22 juillet 1834, qui promulgue en un bloc toutes les lois métropolitaines en vigueur à cette date² – dans la mesure du possible, dit en substance la Cour de cassation. Le Code civil (initialement non applicable aux indigènes) transposé par l'ordonnance a localement valeur de règlement. La jurisprudence procède à un tri, distinguant les textes inapplicables des textes partiellement applicables³.

L'ordonnance royale du 10 août 1834 sur « l'organisation de l'ordre judiciaire et l'administration de la justice dans les possessions françaises du Nord de l'Afrique » consacre la distinction entre Français, étrangers et indigènes (et parmi ces derniers, Musulmans et Israélites)⁴. Les tribunaux français peuvent connaître de tous litiges, y compris entre étrangers, du fait de l'abolition des capitulations : « Les tribunaux français connaissent de toutes les affaires civiles et commerciales entre Français, entre Français et indigènes ou

¹ V. notre art, « L'expérience de l'identité législative aux colonies, de la Convention au Directoire », in F. RÉGENT, J.-F. NIORT, P. SERNA, *Les colonies, la Révolution, la loi*, PUR, 2014, p. 93-106.

² Au regard du critère de la conquête ou au regard de celui de l'occupation effective, alors admis par le droit international public, la date de 1834, où seuls quelques territoires côtiers sont occupés, n'est bien sûr pas pertinente : l'essentiel du territoire de la Régence n'est définitivement conquis qu'en 1847 et la Grande Kabylie n'est conquise qu'au début du Second Empire (1857).

³ Y. URBAN, *L'indigène dans le droit colonial français, 1865-1955*, Institut Universitaire Varenne coll. Thèses, 2011, p. 17-18 : « Par ailleurs, quand une loi est déclarée applicable en Algérie par une loi ou par un décret, les lois modificatives et abrogatives s'y appliquent en principe automatiquement, même si la loi ne la mentionne pas. Toutefois la jurisprudence, à l'origine de cette situation, distingue parmi les lois modificatives celles qui sont simplement modificatives, qui se substituent de plein droit aux dispositions antérieures, et les lois profondément innovatrices qui doivent, pour s'appliquer, être introduites en Algérie. De ce fait, le domaine relevant de la compétence législative est plus large en Algérie. S'agissant des lois introduites par décret, le fait que les dispositions simplement modificatives se substituent de plein droit aux dispositions antérieures n'empêche pas le texte de conserver son caractère réglementaire. ».

⁴ Comme en Égypte, la France reprend les catégories de personnes existant en terre d'islam ; en l'absence de minorité chrétienne en Afrique du Nord, elle ne mentionne que la minorité juive.

étrangers, entre indigènes de religion différente, entre indigènes et étrangers, entre étrangers, enfin entre indigènes de la même religion quand ils y consentent » (art. 27). L'indigénat d'Algérie n'est pas confessionnel, il désigne les originaires du territoire annexé. Avant la colonisation, seule comptait l'appartenance religieuse, qui s'efface par la suite derrière la nationalité. L'on distingue les Français et les étrangers, appelés « Européens », des indigènes musulmans et israélites.

Les codes napoléoniens ne sont pas promulgués dans la colonie. La Cour de cassation considère néanmoins dès 1835 que le Code civil, le Code de procédure civile, le Code de commerce, le Code d'instruction criminelle et le Code pénal sont en vigueur en Algérie⁵, au nom du principe selon lequel toutes les lois françaises en vigueur au 22 juillet 1834 sont devenues obligatoires, « dans la mesure où les circonstances locales en permettent l'applicabilité »⁶. Les lois métropolitaines postérieures suivent également le principe de spécialité, comme le rappelle la Cour de cassation, en 1871 : « Si les lois générales de la métropole ont été, dans la mesure des mœurs et des habitudes locales, applicables de plein droit à l'Algérie, par le seul fait de la conquête, les actes législatifs édictés ultérieurement qui ne se bornent pas à apporter de simples modifications à la législation déjà appliquée dans cette colonie, n'y sont devenus exécutoires qu'autant qu'ils ont été l'objet d'une promulgation spéciale. »⁷.

L'autorité judiciaire s'octroie le pouvoir de promulguer des lois dans la colonie. Cette jurisprudence, fort critiquée en son temps, assimile l'annexion coloniale à celle d'un territoire situé en métropole. Comme le note Girault, « promulguer en Algérie des codes que les tribunaux appliquaient déjà a paru ridicule ou fâcheux et les choses sont restées en l'état. »⁸. Les nécessités pratiques commandent aux cours et tribunaux d'appliquer les lois françaises aux Français et aux étrangers comme en métropole. D'après Yerri Urban, « cette vision ignore la hiérarchie des normes et instaure une supériorité implicite des questions de droit privé sur les questions de droit public, celle du Code civil qui a, en Algérie, valeur réglementaire, sur la Constitution. Tout est subordonné à la hiérarchie des mœurs, la sphère publique devient la conséquence de la sphère privée »⁹.

Confrontée à la diversité des normes autochtones, la métropole maintient les coutumes régissant chaque groupe ou tribu, selon des critères ethnico-religieux. La conquête soumet à la loi française, c'est-à-dire au « droit commun », le statut réel des indigènes ou tout ce qui a trait aux immeubles. Les Musulmans et les Israélites sont régis par leurs lois personnelles pour tout ce qui concerne l'état civil, le mariage, la filiation et temporairement les successions (y compris entre Français et Musulmans)¹⁰. Plus tard, la loi fait passer les successions du statut personnel au statut réel, pour les soumettre à la loi française. La conservation apparente des coutumes autochtones ou « indigènes » est justifiable, certes, au nom des droits de l'homme... et du citoyen. Ce pragmatisme est typique de la politique du « royaume arabe » de Napoléon III. Le dilemme est déjà posé : maintenir la coutume indigène dans un statut inférieur *ou* la faire disparaître au nom de l'assimilation et de l'égalité civile, autre appellation du libéralisme. Sur le temps long, les deux possibilités peuvent se concrétiser. Le cadre général est fixé par l'arrêt célèbre du 15 février 1864 par lequel la Cour de cassation affirme que « la qualité de Français [peut] seule, désormais, être la base et la règle de [la] condition

⁵ Crim., 9 janv. 1835, J. A. 1835, p. 1 ; Crim., 17 août 1865, J. A. 1865, p. 46.

⁶ Req., 4 fév. 1863, S. 1863, 1, 201 ; J. A., 1863, p. 1.

⁷ Crim., 5 janv. 1871. Il en va ainsi du décret du 2 oct. 1870 sur les cours martiales. La précision s'impose textuellement, ce qui plus évident pour les lois modificatives que pour celles déjà appliquées en Algérie.

⁸ A. GIRAULT, *Principes de colonisation et de législation coloniale*, Recueil Sirey, 1922, p. 219.

⁹ Y. URBAN, *op. cit.*, p. 84.

¹⁰ Req., 9 mai 1855. Est nul l'acte reçu en Algérie par un *cadi*, dans le rayon de 20 km de la résidence d'un notaire français. Cette nullité ne peut néanmoins être demandée que par les Français (ord. du 26 sept. 1842, art. 43).

civile et sociale » des indigènes. D'excellents travaux universitaires éclairent déjà l'ensemble du contexte historique et juridique sur ces problématiques¹¹.

La réflexion des historiens du droit sur les coutumes, la loi royale et le droit romain au Moyen Âge peut apporter de l'eau à notre moulin. Une grille de lecture comparant la loi française aux coutumes indigènes est nécessaire, mais insuffisante. La jurisprudence de la Cour de cassation est analysée comme source non par commodité, mais pour son approche nationale des problèmes de droit locaux, avec un recul n'excluant pas des motivations implicites. Sa jurisprudence nous offre un baromètre pour comprendre sociologiquement la résolution des conflits de normes (et non de conflits de lois au sens du droit international privé) propres au droit colonial. La haute juridiction est confrontée à une pluralité de sources :

- les lois françaises rendues exécutoires par la conquête,
- le Code civil (à valeur réglementaire car non promulgué par la loi en Algérie),
- les coutumes locales appliquées/interprétées par les cadis¹² et les juridictions supérieures (comme la Cour d'Alger et la Chambre de révision musulmane),
- le « droit musulman », lu à travers des codes privés, rédigés par des juristes français ou musulmans (avec une ébauche de doctrine renforcée depuis l'installation de la faculté de droit d'Alger en 1879).

Le Code civil est porteur de valeurs patriarcales et patrimoniales classiques (en droit de la famille), individualistes et libérales (en droit des contrats et en droit des biens). La Cour de cassation reçoit les normes « indigènes », à partir de la connaissance qu'en donnent les juges locaux dans les décisions déferées. Les normes indigènes dont il est question en Algérie sont essentiellement les coutumes musulmanes (dont la coutume kabyle) et la coutume israélite. Elles suscitent un questionnement sur leur compatibilité avec les lois et l'ordre public, non seulement en matière familiale, mais aussi et surtout par rapport au droit de propriété du Code civil, confronté en Algérie à des formes de propriété d'inspiration communautaire. Les coutumes locales se transmettent par voie orale ; leur contenu ne se manifeste à l'écrit que dans la jurisprudence, notamment celle des cadis. Les rédactions de coutumes sont essentiellement d'origine privée, des « codes » remontant parfois jusqu'au XIV^e siècle formant une tradition doctrinale plus ou moins cohérente. Nous n'abordons pas le « droit musulman » *stricto sensu* dans cette étude, si ce n'est pour rappeler les tentatives de codification des universitaires français depuis la fin du XIX^e siècle (par exemple l'avant-projet de « code Morand » en 1916)¹³. Ponctuellement, les tribunaux algériens fondent leurs décisions sur le « droit musulman », qui joue un rôle analogue dans les procès à celui du droit romain après sa redécouverte en France au XII^e siècle. L'analyse globale d'arrêts d'espèce ou de principe plus ou moins techniques, en droit civil et en droit pénal, montre que l'unité du droit français n'est pas rompue. À défaut de classer la jurisprudence, il faut en redécouvrir le sens à travers un double processus, suivant une approche historiciste.

Le conflit de normes ne se laisse pas appréhender aisément, il repose sur des incompatibilités potentielles, qui s'expriment par des différences de fond, de langage ou de formulation notionnelle, ainsi que par des articulations de principes et d'exceptions, sans

¹¹ Sans être exhaustif, en voici les principaux : L.-A. BARRIÈRE, *Le statut personnel des Musulmans d'Algérie de 1834 à 1962* (thèse droit Lyon III), EUD, 1993 ; F. RENUCCI, *Le statut personnel des indigènes : comparaison entre les politiques française et italienne en Algérie et en Libye (1919-1943)*, Aix-en-Provence, 2005 ; M. FABRE, « Le rôle de la Cour de cassation dans l'élaboration du droit colonial », in *La justice en Algérie. 1830-1962, La Documentation française*, 2005, p. 75-92 ; Y. URBAN, *op. cit.* ; C. BONTEMS, *Le droit musulman algérien à l'époque coloniale. De l'invention à la codification*, Slatkine, 2014 ; B. DURAND, *Introduction historique au droit colonial*, Economica, Corpus Histoire du droit, 2015, *passim*. Pour une vision plus générale du droit musulman dépassant le cas de l'Algérie, L. MILLIOT & F.-P. BLANC, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Dalloz, 2001.

¹² Le rôle du *cadi* est essentiellement de trancher les litiges des particuliers. Sur demande des parties, il tient généralement une procédure de conciliation préalable. Dans la tradition du « droit musulman », les cadis rendent leurs jugements sur le fondement de l'*ijma* (consensus des *oulémas*).

¹³ C. BONTEMS, *op. cit.*, p. 203 et s.

oublier l'interprétation divergente d'une même norme, en fonction de tel acteur ou d'une autre norme de référence¹⁴. La norme « indigène » est censée avoir une place résiduelle dans l'ordre juridique de l'Empire français. C'est une autre différence avec le premier empire colonial, qui générerait un droit national spécial, alors qu'en Algérie vivent des populations régies par des coutumes, relativement conservées par la puissance coloniale, mais qui sont soumises aux lois métropolitaines en vigueur. Un tel choix politique permet de maîtriser la société coloniale par le respect des us et coutumes, appliqués par divers acteurs judiciaires, français ou indigènes.

Par l'intégration objective de « normes indigènes » au droit civil, la Cour de cassation fournit un cadre juridique à l'ordre colonial dont elle est la garante (§1). D'un autre côté, l'intégration n'opère pas une entrée en force de normes extérieures dans l'ordre juridique français. La limite de cette intégration en est aussi l'objectif, à savoir la « civilisation » des normes indigènes par la Cour de cassation, qui reste avant tout la gardienne des lois (§2).

§1- L'intégration des normes indigènes par la Cour de cassation, garante de l'ordre colonial

Les normes indigènes, extraites du terrain local, n'apparaissent au droit civil qu'à travers son langage propre. Ce sont des termes civilistes qui permettent de donner un contenu aux coutumes musulmanes et judaïques algériennes, comme le montrent les attendus de la Cour de cassation (A). Les normes indigènes, mentionnées dans une règle de droit (générale, abstraite et obligatoire), sont dénaturées en étant coupées de leur assise traditionnelle. Un phénomène d'altération des normes indigènes est marqué par la réduction et l'idéalisation. Elles perdent en partie leur sens procuré jusque-là par une souplesse propice à la casuistique. Il existe un phénomène d'altération des normes indigènes, aussi bien par la réduction que par l'idéalisation qu'entraîne la reprise d'une coutume, par et au nom de la règle de droit écrit (B).

A- La formulation de coutumes orales dans le langage civiliste

Les normes indigènes applicables à la famille patriarcale, c'est-à-dire au droit français qui régit ces matières, s'intègrent aux règles du Code civil sur la famille. La formulation de la norme indigène, intégrée et parfois modifiée par la règle de droit qui lui donne corps, vise à rapprocher le fait du droit, hors de toute considération idéologique. L'ordre colonial est à l'opposé d'un projet révolutionnaire visant à régénérer les institutions, le droit voire la nation ou le « peuple ». La première étape suivant la conquête est le rattachement juridique des populations locales à un centre, incarné par la métropole.

La norme est entendue au sens large englobant la procédure. L'apport des arrêts qui n'appliquent que la loi en vigueur apparaît limité. L'intégration des coutumes locales revêt une dimension passive, peu perceptible mais non dépourvue d'intérêt. Par exemple, qu'apporte la Chambre civile en indiquant que les jugements ou arrêts rendus entre Musulmans sur appel, par les tribunaux ou la Cour d'Alger, ne sont pas susceptibles de recours en cassation ? Cela revient à intégrer à la sphère procédurale métropolitaine les juridictions locales, qui connaissent et appliquent des coutumes¹⁵. Le langage a une vertu inclusive : l'impossible recours en cassation, « même pour excès de pouvoirs, ou violation du principe de la séparation des pouvoirs et de celui de la non-rétroactivité des lois », confirme l'exclusion d'un recours, mais sous-entend que la justice locale pourrait excéder ses pouvoirs en imposant par exemple une coutume à portée spéciale sur une règle de droit générale.

¹⁴ Les limites opérant dans la résolution de ces conflits normatifs jouent le rôle de l'ordre public en droit international privé.

¹⁵ Civ., 3 mars 1862 (visa du décret du 31 déc. 1859, art. 37).

L'exclusion du recours peut d'ailleurs être temporaire. La Chambre des requêtes confirme que le jugement d'un tribunal, statuant en droit musulman sur l'appel d'une sentence de cadis, n'ouvre aucun droit au recours en cassation pour irrégularité dans la composition du tribunal¹⁶. Cette fois une critique s'ensuit, montrant l'enjeu de l'intégration d'une procédure locale. Le conseiller est favorable à l'admission du pourvoi, alors que la motivation de l'arrêt est curieuse : amener un litige devant la juridiction musulmane primerait la volonté des parties de s'en remettre à la loi française. Pourtant le respect de la loi française est en jeu, d'après le décret du 13 décembre 1866, quand sont en cause la composition du tribunal, les formes procédurales à suivre ou des principes extérieurs au droit indigène¹⁷.

L'ordre colonial, afin d'assurer la stabilité sociale, veille à l'autorité des actes juridiques des indigènes, dont la plupart sont reçus par les cadis. D'après le droit musulman, seule la preuve judiciaire peut l'emporter sur les actes reçus par les cadis, ce qui ouvre assez de possibilités de contestation. La Chambre des requêtes rappelle en 1858, d'une part que les cadis délivrent des actes authentiques, d'autre part que les tribunaux auxquels on demande à faire une preuve testimoniale contre un acte reçu par le cadi, peuvent repousser cette preuve s'il résulte pour eux des faits et circonstances de la cause qu'elle serait inefficace¹⁸. La Cour de cassation rappelle que « la loi musulmane n'exige pas, à peine de nullité, l'existence d'une minute des actes des cadis ». Cet arrêt rendu au visa de l'article 1341 du Code civil, qui protège le contrat écrit contre la preuve testimoniale, renforce l'autorité locale des cadis.

La Cour de cassation rappelle que la loi française ne soumet pas les transactions entre Musulmans au Code civil. Elle approuve en 1877 la Cour d'Alger d'avoir appliqué la coutume musulmane¹⁹. D'après cette dernière, la propriété des immeubles s'acquiert par une possession de dix ans entre étrangers et de quarante ans entre parents, sans qu'il soit besoin de justifier d'un titre ou de la bonne foi. Le motif tiré de l'article 2265 du Code civil permet de valider une forme coutumière d'usucapion. Par ailleurs, la Cour dit « qu'il n'y a pas un mot dans l'ordonnance de 1846 qui puisse faire supposer qu'elle ait eu pour conséquence, en régularisant les propriétés musulmanes, de les soustraire à l'application de leurs lois ».

La reprise de formes solennelles en matière de procédure suit la même approche. La Chambre des requêtes estime que dans les contestations entre Israélites relevant de la coutume mosaïque, le serment ne doit être ordonné que si cette dernière l'autorise ; il n'a pas besoin d'être prêté *more judaïco*. Le serment était valablement prêté dans la forme légale française²⁰. Le serment était auparavant considéré comme un acte d'essence religieuse, lié à des solennités particulières. Mais la doctrine contraire (Zachariae, Aubry et Rau, Marcadé) s'impose dans la jurisprudence. Le serment inspiré d'une coutume indigène apparaît sous une forme laïcisée dans la rhétorique civiliste.

La jurisprudence pénale contient aussi quelques enseignements civils, pour qualifier certains faits au regard des usages locaux : qu'en est-il ainsi d'une déclaration mensongère faite par des indigènes arabes devant un cadi, agissant comme officier public et non comme juge ? Le juge retient un délit de faux par fabrication d'obligations (art. 147 du Code pénal) et

¹⁶ Req., 7 août 1878 ; Cass., 3 mars 1862, *Sirey*, 1862, 1, 832.

¹⁷ Il s'agit de l'art. 37 du décret du 13 déc. 1866 : « Les sentences en dernier ressort des cadis et des juges de paix appliquant la loi musulmane, les jugements et arrêts sur l'appel de ces sentences ne sont pas susceptibles de recours en cassation. » [...] « il en est autrement lorsque la loi française a été appliquée en exécution du § 2 de l'art. 1^{er} du présent décret ». Art. 1^{er} : « la loi musulmane régit toutes les conventions et toutes les contestations civiles et commerciales entre musulmans indigènes et entre ceux-ci et les musulmans étrangers, ainsi que les questions d'état ». § 2 : « Toutefois, la déclaration faite dans un acte par les musulmans qu'ils entendent contracter sous l'empire de la loi française entraîne l'application de cette loi et en même temps la compétence de la justice française... ».

¹⁸ Req., 23 novembre 1858, *Sirey*, 1858, p. 343 (visa des art. 1319 et 1341 du Code civil).

¹⁹ Cass. Req., 14 juin 1877, *Sirey*, 1879, 56.

²⁰ Req., 16 juin 1869 (le serment mosaïque n'était pas revendiqué par les parties).

non le délit de faux témoignage. La déclaration frauduleuse est en effet insérée dans un acte authentique, l'acte du *cadi* étant assimilé à un testament public²¹.

Les autochtones ont aussi leurs propres pratiques professionnelles, dont la portée reste à encadrer. L'exercice d'une activité relève du statut personnel, ce qui pose le problème de la reconnaissance de l'exercice de la médecine. D'après un arrêt de la Chambre criminelle, l'exercice de la médecine sans titre légal n'est permis aux Musulmans et aux Juifs qu'à l'égard de leurs coreligionnaires²². La Cour de cassation officialise deux types de pratique : les médecines coutumières et la médecine légale, la seule qui permet de soigner tous les habitants d'Algérie.

La haute juridiction reconnaît la coutume musulmane comme source normative lorsqu'elle considère qu'il n'y a pas lieu à cassation pour violation de la coutume dès lors que le moyen au pourvoi n'invoque que des opinions de jurisconsultes. *A contrario*, des moyens non doctrinaux, plus solides, justifient-ils de casser un arrêt pour violation de la coutume ? Cette affaire concernait un *habous*²³, contesté par l'une des parties à cause de l'immobilisation de biens meubles qu'il entraînait. L'arrêt de la Cour d'Alger invoque le rite et les usages de constitution des *habous* pour valider ce dernier. La Cour de cassation refuse d'annuler pour défaut de motifs un arrêt fondé sur un usage local compatible. La Cour ne retient non plus le grief relatif au *habous* qui ne renferme pas d'institution pieuse, dès lors qu'il se rattache à d'autres *habous* dont la destination pieuse est constatée²⁴. Le rite local (hanéfite) est considéré en tant que tel, indépendamment des débats propres à la doctrine musulmane. Dès lors qu'une version (toujours orale) de la coutume locale peut s'intégrer à une règle de droit civil, son contenu est indirectement fixé. La mise en forme ou formulation des normes indigènes est tout aussi importante que leur interprétation. Le besoin de simplicité limite sans doute la propension des juges à « théoriser » des coutumes pour mieux les articuler aux lois françaises.

Ces exemples n'ont rien de frappant, ils rappellent seulement que les coutumes locales changent de forme en s'éloignant de leur environnement social. Les hauts magistrats font preuve d'une distance par rapport à ces normes indigènes, qui s'accroît avec l'importance des enjeux à concilier dans l'ordre colonial.

²¹ Crim., 18 avril 1878.

²² Crim., 20 juill. 1872.

²³ T. KHALFOUNE, « Le *habous*, le domaine public et le trust », *Revue internationale de droit comparé*, 2005, n°57, 2, p. 441-470. Le *waqf* est un bien foncier inaliénable qui ne peut être vendu ou échangé. Le fondateur d'un *habous* a un usufruit viager sur le bien. À sa mort, le pouvoir économique est conservé au sein de son groupe familial. Si la lignée des bénéficiaires s'éteint, le bien est affecté à une œuvre pieuse désignée par le fondateur. Le *habous* « public » permet de conserver le patrimoine et le rang social de la famille. Le *waqf* est une catégorie à part entre le *kharâdj* (propriété domaniale) et la propriété *melk* (« privée ») désignant des biens religieux de mainmorte, immobilisés au profit de fondations pieuses. L'ensemble des biens *waqf* d'une région ou d'une même fondation est doté de la personnalité juridique. En tant que donation inaliénable, le *waqf* demeure toutefois la propriété du donateur (*waqif*) durant sa vie et fictivement après sa mort. Le *waqf* est parfois à usage différé, c'est-à-dire affecté à une œuvre charitable future. Le *waqf* est en principe géré par un administrateur avec les profits de la fondation suivant les volontés des donateurs. Cet administrateur peut être le *cadi*, la personne qu'il aura nommée à cet effet ou celle désignée par le donateur. Dans la doctrine musulmane, si la redistribution des revenus est clairement établie par le donateur, les écoles divergent sur la nue-propriété. Selon Abou Hanifa et les malékites, elle continue d'appartenir au donateur et à ses héritiers, même s'ils ne peuvent en disposer. Ibn Hanbal affirme au contraire que la propriété doit revenir aux bénéficiaires de la fondation. L'école chaféiste se range plus tard à la position hanéfite, considérant que la propriété du *waqf* « sacralisée » par la donation n'appartient qu'à Dieu.

²⁴ Civ., 25 mars 1873 (comp. Cass., 4 juin 1872, *Sirey*, 1872, 1, 160).

B- La déformation judiciaire des coutumes locales sous le Code civil

Les normes indigènes reprises et adaptées par la justice sont intéressantes à redécouvrir. Elles se rapportent essentiellement aux problématiques du statut personnel. La structure égalitaire et libérale du droit civil des contrats et des biens est délicate à greffer dans une société autochtone, dans laquelle circulent des expériences de type communautaire en matière de propriété plutôt que des concepts juridiques. Ces formes de propriété « collective » sont respectées, du moins en apparence, par le sénatus-consulte du 22 avril 1863²⁵. Le débat sur le type de propriété à promouvoir est intimement lié à celui qui porte sur l'octroi de la citoyenneté française²⁶. Les coutumes locales sont d'autant mieux adaptables qu'on en déforme et reforme le sens à travers la grille de lecture civiliste.

La Cour de cassation se prononce en 1874 sur les *melk*, sorte de propriété privée distincte du *habous* en droit musulman. Or, en Algérie existent des *melk* collectifs, situation qui interroge sur leur véritable propriétaire. Rejetant un pourvoi, la Chambre des requêtes affirme que les *melk* collectifs, qui sont la propriété du douar ou qui sont revendiqués par lui comme telle, appartiennent à la communauté. Ils ne forment pas une propriété indivise de chacun de ses membres. Les *melk* ne peuvent donc être revendiqués que par les représentants légaux du douar²⁷, division administrative rurale, regroupant tout ou partie d'une tribu.

La Cour de cassation statue à plusieurs reprises sur les *habous*, dont il faut rappeler qu'ils modifient souvent l'ordre des successions. Les hauts magistrats valident la constitution d'un *habous*, remontant en l'espèce à plus de deux siècles, qui excluait les filles et ne désignait aucune institution pieuse ou d'utilité publique comme dévolutive²⁸. Le rite malékite, dans cette affaire, autorisait ce mode de constitution, par ailleurs non contraire à la doctrine musulmane et au Coran, comme le mentionne la Cour d'Alger, indifférente à l'opinion contraire d'un jurisconsulte du xv^e siècle. Encore une fois, toute discussion « exégétique » apparaît hors de propos, évitant de prêter le flanc à des revendications communautaires ou à l'esprit de chicane. Au sujet de la prescription, l'arrêt indique que les juges du fond apprécient en fonction des circonstances si la possession a ou non les caractères de l'article 2229 du Code civil²⁹. Ils décident que cette possession n'est pas interrompue par un autre jugement, rendu dans une instance étrangère, déclarant qu'un ayant-droit aux prétentions injustifiées pourrait le faire plus tard. L'exécution des actes par une possession paisible et continue suffit (ainsi qu'une prescription décennale dans la coutume musulmane).

Dans la tradition coutumière figure aussi le droit de *cheffaà*, c'est-à-dire l'action en retrait, légale ou contractuelle, d'une personne qui renonce à un droit. L'article 17, alinéa 2 de la loi du 16 juin 1851 maintient et encadre ce droit de *cheffaà*, en donnant toutefois aux tribunaux le pouvoir d'autoriser ou de refuser le retrait. La Chambre civile estime que l'exercice de l'action n'est pas modifié, mais qu'il doit seulement, à peine de déchéance, être exercé dans l'année où le retrayant a connaissance de la vente³⁰. La coutume musulmane reprise sous le Code civil est enfermée dans un délai, sa portée en droit français est donc limitée, par impératif de sécurité juridique dans les transactions. La Cour de cassation transpose

²⁵ D. GUIGNARD, « Conservatoire ou révolutionnaire ? Le sénatus-consulte de 1863 appliqué au régime foncier d'Algérie », *Revue d'histoire du XIX^e siècle*, n°41, 2010/2, p. 81-95.

²⁶ J. SURKIS, « Propriété, polygamie et statut personnel en Algérie coloniale, 1830-1873 », *op. cit.*, p. 27-48.

²⁷ Req., 5 août 1874. Intégré à l'administration coloniale, le douar permet de fixer et contrôler la propriété des biens et leur mode de circulation. Le développement de la propriété individuelle en Algérie, souhaité par l'aile « libérale » du pouvoir métropolitain et une partie des militaires, suscite la méfiance au sein de la bureaucratie et de la justice locale.

²⁸ Req., 10 janv. 1877. Il est confirmé que l'établissement de la propriété au profit des indigènes peut résulter de la prescription aussi bien que des titres.

²⁹ « Pour pouvoir prescrire, il faut une possession continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque, et à titre de propriétaire. »

³⁰ Civ., 20 nov. 1877. Même exercé dans l'année, le retrait est frappé de nullité, si, dans les trois jours de son exercice, le retrayant n'a pas réalisé ses offres et payé au retrayé l'indemnité du retrait.

indirectement la culture procédurale française pour permettre la contestation d'un acte juridique dans les délais de droit commun.

Les délais en matière civile sont un moyen pratique de défendre l'intérêt de l'État tout en ménageant les droits des indigènes, qui ne veulent ou ne peuvent toujours les exercer. Certes, « nul n'est censé ignorer la loi », y compris les indigènes d'Algérie. La phase de conquête conduit l'administration coloniale vers divers procédés d'acquisition et d'appropriation. Les susceptibilités autochtones sont ménagées par des apparences de consentement, d'où les vérifications opérées en présence des habitants locaux. L'État avait ainsi pris publiquement possession d'un terrain dit « Blad-el-Baroud », situé sur le territoire d'une tribu. Le domaine public comprenait des biens vacants et sans maître. Or, le sénatus-consulte du 22 avril 1863 avait rendu irrévocable cette appropriation. En 1879, la Chambre des requêtes confirme la déchéance des représentants du douar qui n'ont pas opposé dans le délai de deux mois leur revendication à celle exercée par l'État³¹. Le raisonnement juridique est incontestable, l'État renforçant son domaine public local par le jeu de la prescription acquisitive, dont les indigènes maîtrisent mal les rouages et les moyens de s'y opposer.

Le rôle accordé à la volonté testamentaire suscite d'autres types d'approche. Les coutumes mosaïques permettent d'apprécier la validité d'un testament fait par un Israélite qui veut tester conformément à sa loi personnelle³². Depuis la suppression des tribunaux rabbiniques, ce sont les juridictions françaises qui vérifient si ces testaments sont réguliers par rapport à la loi mosaïque. La Cour de cassation confirme le pouvoir des juges du fond d'interpréter ces coutumes, par exemple pour dire si telle disposition est plutôt impérative ou supplétive, ce qui peut en déformer l'esprit. D'après cette coutume (applicable avant le décret du 14 juillet 1865), la dot des filles doit être prélevée sur la masse de la succession, en concours avec les descendants mâles. Or, la Chambre des requêtes confirme la limite apportée par les juges du fond : ce droit de prélèvement ne peut ni être inscrit à titre de privilège ni être opposable aux acquéreurs ou aux créanciers hypothécaires. La coutume est donc respectée, sous réserve des droits acquis par des tiers sur la masse successorale³³. Les affaires civiles ou commerciales des colons, même s'il ne s'agit pas que d'eux, ne peuvent souffrir des effets imprévus de la coutume.

L'une des institutions emblématiques de la confrontation du juge colonial aux normes coutumières locales est la polygamie, dont les enjeux sont autant patrimoniaux que moraux. Le contentieux généré par une vie matrimoniale atypique au regard du droit et des mœurs français peut en effet générer des solutions accommodantes, comme dans l'affaire *Darienté*³⁴. En résumé, un Israélite s'était uni par un mariage religieux à une femme de sa communauté, puis s'était engagé à contracter un mariage civil dès que celle-ci aurait atteint l'âge de quinze ans. Promesse non tenue, puisqu'il l'avait abandonnée, refusant de contracter un mariage civil... tandis qu'il s'était marié civilement avec une autre personne, refusant de libérer la jeune femme de l'union religieuse par la répudiation hébraïque, qui seule pouvait permettre à la jeune femme de poursuivre sa vie sans être accusée d'adultère. Elle arguait alors d'un préjudice moral au sens de l'article 1382 du Code civil. Le dilemme était donc posé : laisser subsister cette jeune femme dans une situation matrimoniale coutumière ou imposer à l'homme une répudiation pour « libérer » cette femme d'une union religieuse *a priori* sans valeur en droit français, mais reconnue indirectement par le droit colonial au nom du respect des coutumes. La Cour d'Alger notait « qu'à la vérité, la Cour ne peut prescrire cette répudiation, même au moyen de dommages-intérêts moratoires, puisque la répudiation implique l'idée de la validité du mariage à dissoudre, et que le mariage de la demoiselle Lelouch n'existe pas aux yeux du droit civil ». Les juges d'Alger précisaient qu'il est

³¹ Par ex : Req., 19 mai 1879 (application du décret du 23 mai 1863, art 10 et 11).

³² Civ., 29 mai 1865.

³³ Req., 4 août 1879. La solution est fondée sur l'ordonnance du 26 sept. 1842 (art. 37) et celle du 16 juin 1851 (art. 16).

³⁴ Req., 28 fév. 1876, Sirey, 1876, 27-28.

« inexact de dire que la répudiation [est] en elle-même et en droit hébraïque un acte religieux », alors qu'elle est, « comme le mariage lui-même, un acte constaté par un écrit sous seings privés et par témoignages, produisant, il est vrai, des effets au point de vue de la conscience, mais étant, avant tout, un acte d'une nature civile et ordinaire »³⁵. Que l'acte de répudiation soit ou non considéré comme étant de nature exclusivement religieuse³⁶, le refus de l'accomplir était au cœur du problème en l'espèce. La Cour d'Alger interprétait au passage la coutume hébraïque dans un sens favorable à la répudiation « non spontanée », c'est-à-dire sous une forme imposée. La Cour de cassation rejette le pourvoi du mari contre la décision d'appel, par un attendu un peu surnois mais formellement correct, suivant lequel le juge du fond ne peut imposer la répudiation au moyen de dommages-intérêts moratoires mais peut moduler le montant de ces derniers selon que l'auteur fait durer le préjudice ou y met un terme... par la répudiation considérée comme obligation de faire. C'est au visa de l'article 1142 du Code civil³⁷ que la haute juridiction impose une forme de répudiation coutumière à un homme désinvolte pour préserver la dignité d'une jeune femme, dans un esprit libéral porté ici par l'ordre colonial auquel les pratiques coutumières doivent s'adapter.

Le travail prétorien dans un contexte colonial fournit un cadre juridique à l'État. « D'un côté, écrit Yerri Urban, le droit est un outil pour bouleverser la société indigène, de l'autre il est censé exprimer fidèlement les mœurs des colonisés tout en les aménageant peu à peu dans un sens plus civilisé »³⁸. C'est au juge du droit qu'il revient de dire dans quelle mesure ces normes peuvent et doivent être adaptées à l'ordre juridique national.

§2- La « civilisation » des normes indigènes par la Cour de cassation, gardienne de la loi

La « civilisation » des normes indigènes n'est pas un processus voulu ou préconçu. Ce n'est pas un programme, encore moins une idéologie. Aucune donnée naturelle ou universelle n'a de raison d'être au sein de telles constructions politiques. Le Code civil est un instrument de régulation normative dans le conflit présenté au début de cette étude. Il représente l'ordre public, dans le respect duquel la norme autochtone locale peut subsister. Civiliser une coutume signifie parfois en écarter les aspects jugés contraires au droit français, ce qui est souvent le cas en matière de droits réels (A). La Cour de cassation parvient autrement à s'adapter aux normes indigènes, le raisonnement civiliste offrant les ressources adéquates en matière personnelle (B).

A- La tendance au rejet des coutumes locales au nom du droit français des biens

Même si la capitulation du 5 juillet 1830 affirme le respect des propriétés des habitants de la Régence, les premiers colons sont soucieux de pouvoir acquérir facilement des terres, d'où la question de savoir si la tradition musulmane et/ou les coutumes locales autorisent l'aliénation des biens fonciers et dans quelles conditions. Claude Bontems rappelle à juste titre que les premiers ouvrages sur le droit de propriété « tendent à prouver l'aliénabilité du sol de l'Algérie, voire même son appropriation par la seule autorité étatique ; il s'agit de la simple constatation d'une nécessité de la conquête. [...] Par ailleurs, la destruction des archives administratives turques lors de la prise d'Alger, l'absence de toute relation entre les services

³⁵ *Ibid.*, p. 28.

³⁶ La jurisprudence civile considère à l'époque le refus d'effectuer un mariage religieux après le mariage civil comme une cause de séparation de corps.

³⁷ Art. 1142 : « Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur. ».

³⁸ Y. URBAN, *op. cit.*, p. 84.

de l'armée et l'ancienne administration deylicale laissée à l'abandon font qu'il est pratiquement impossible de déterminer quels sont les biens dévolus au nouveau pouvoir. [...] Une connaissance du droit foncier, même superficielle, s'avère donc indispensable. »³⁹. La tendance à réduire la portée des coutumes indigènes est nettement visible en matière de propriété. Le droit de propriété tel qu'il est conçu en France à l'époque est inconnu localement. Certains types de biens alimentent une forme de propriété collective ou communautaire. Les biens *melk*, forme de propriété privée, se transmettent par succession malgré le flou régnant sur les véritables propriétaires. Les biens *habous* sont imprescriptibles et inaliénables d'après la coutume, ce qui les rapproche des biens publics. La difficulté à prouver un titre de propriété offre des perspectives aux gens peu scrupuleux, indigènes ou colons. Dès 1832, les ventes entre colons et Musulmans sont interdites. Pourtant, le fait de n'avoir que la part indivise d'un bien n'empêche pas de vendre et revendre un objet en fraude. Faute de pouvoir remettre la situation en l'état où elle devrait être, une ordonnance de 1844 valide les actes de vente antérieurs et encadre sévèrement les transactions à venir. La Cour de cassation commence par déclarer la mesure de 1844 applicable à l'ensemble des territoires algériens, au besoin contre des mesures locales postérieures⁴⁰. Les transactions nécessitent un titre de propriété établi selon le droit français. Les textes locaux contraires dérogeant à l'ordonnance de 1844 pouvaient faciliter les transactions en général. Par son arrêt rendu en 1855, la Cour de cassation empêche désormais cette possibilité.

À défaut d'adopter des mesures rétroactives, l'État colonial favorise autant qu'il peut la contestation d'actes passés en fraude à la loi. La précarité des titres va jusqu'à entraîner des ventes de terrains inexistantes... ou des ventes organisées de manière à ce que l'acquéreur soit dépouillé après la transaction. La Chambre des requêtes estime ainsi que la déchéance de deux ans relative à l'action en revendication n'est pas applicable à l'action de l'acquéreur en restitution d'un immeuble qu'il prétend avoir été repris ou usurpé par le vendeur qui le détiendrait sans titre et sans qualité⁴¹. Socialement, cette jurisprudence est plutôt favorable aux colons dans leurs acquisitions immobilières.

La volonté de sécuriser la propriété dans la colonie n'emprunte pas toujours le même chemin. Elle suscite une divergence dans l'admission des titres, en fonction des textes en vigueur. Une loi de 1873 fixe un nouveau cadre à la délivrance des titres de propriété, occasion propice à un arrêt de principe en 1888. Dans cette affaire, la Cour d'Alger retenait que le colon propriétaire détenant un titre administratif antérieur à la loi de 1873 devait le faire enregistrer conformément à la nouvelle loi. Au contraire, la Chambre civile affirme que le propriétaire muni de ce titre français n'est pas soumis aux formalités de la loi de 1873. Ce titre de propriété obtenu par un Musulman, bien que conforme à cette loi, est inopposable au propriétaire détenteur d'un titre antérieur régulier⁴². La sûreté de la propriété privée joue en faveur des titres antérieurs réguliers, déjà établis selon la loi en vigueur. L'opposition entre colon et Musulman paraît secondaire, car le titre émis régulièrement avant 1873 aurait pu l'être par un indigène. Cette jurisprudence favorable aux colons demeure rigoureuse au plan technique.

Dans une affaire impliquant le domaine public, les demandeurs revendiquaient la propriété d'un terrain. Le Conseil d'État, confirmant la décision du conseil de préfecture prononçant la nullité du titre présenté, leur avait réservé le droit de se prévaloir de la prescription devant les tribunaux civils. La Cour de cassation procède à cet examen, dans le silence de la loi : « L'ordonnance [de 1846] n'interdit pas aux indigènes de se prévaloir des autres modes

³⁹ C. BONTEMS, *op. cit.*, p. 83-84. V. l'étude de C. JALLAMION, « Le droit de la République au service de la colonisation : la propriété en Algérie », in A. STORA-LAMARRE, J.-L. HALPÉRIN, F. AUDREN (dir.), *La République et son droit (1870-1930)*, Besançon, PU de Franche-Comté (Annales Littéraires de l'Université de Franche-Comté, vol. 885 – Série Historiques, n° 35), 2011, p. 445-459.

⁴⁰ Civ., 19 juin 1855, *Sirey*, 1856, 168.

⁴¹ Req., 8 juill. 1863.

⁴² Civ., 13 nov. 1888, *Sirey*, 1889, 1, 113, note.

d'acquisition de la propriété autorisés par la loi, tels que la prescription ; une telle prétention serait contraire à la capitulation qui garantit aux indigènes leurs propriétés ». Tout ce qui n'est pas interdit est permis et il faut interpréter le silence de l'ordonnance comme une volonté de laisser au juge civil le soin de connaître des autres modes d'acquisition de la propriété⁴³.

La Chambre civile dit qu'il faut appliquer dans tous les cas la loi du 16 juin 1851 (art. 17) suivant laquelle un acte translatif d'immeubles, d'un Musulman à un Français, ne peut être attaqué pour cause d'inaliénabilité fondée sur la coutume relative aux *habous*. Celle-ci n'est invocable qu'entre Musulmans... même si la possession du bien est précaire dans les mains du vendeur. Le transfert d'un droit de propriété est accepté en toute connaissance de cause, par un raisonnement simple : accepter la cause d'inaliénabilité du bien reviendrait systématiquement à qualifier de précaire la propriété du vendeur indigène (la propriété suppose l'*abusus*). En résumé, ce *habous* n'est ni la propriété du vendeur, ni celle de l'État, mais seulement une *res nullius*. Sa vente, même viciée, n'a pas besoin d'être annulée puisqu'elle lui confère un propriétaire. Le décret du 30 octobre 1858 vient confirmer (et clarifier) ce régime⁴⁴, qui permet à la jurisprudence de perdurer⁴⁵.

D'après l'extrait d'un arrêt de 1872, « les biens *habous* étant imprescriptibles, c'est avec raison [qu'il est] décidé qu'aucune prescription n'avait été acquise avant la conquête ». Après la conquête, les règles de la prescription du Code civil s'appliquent entre les Musulmans et l'État. Les premiers juges avaient donc légalement décidé qu'il n'y avait pas de possession justifiant la preuve de la propriété par prescription⁴⁶. Sur la forme, le raisonnement est similaire à celui de l'affaire précédente : à défaut de pouvoir revendiquer la possession d'un *habous*, imprescriptible avant la conquête, aucune possession postérieure n'est possible, ce qui bloque toute action en revendication. Ce vide de prescription est favorable à l'État.

Le titre de propriété du possesseur est parfois fragile, mais à l'inverse le propriétaire peut avoir un titre parfaitement légal et une possession précaire. La Chambre civile réaffirme la solution classique : une possession précaire justifie l'action en revendication (ou pétitoire) dans le délai de droit commun, mais elle n'empêche pas le transfert de propriété⁴⁷. Seul est pris en compte le titre établi selon la loi française : un acte de vente verbal et informel n'est pas opposable au propriétaire qui suit le droit civil. Cette solution de la haute juridiction est dictée par « l'intérêt public de la stabilité de la propriété foncière en Algérie »⁴⁸.

Le principe est que les lois françaises sont applicables de plein droit en Algérie, « dans la mesure où les circonstances de temps et de lieu » le permettent, dit la Cour à plusieurs reprises⁴⁹. Si le raisonnement permet d'arrimer d'anciennes coutumes au droit français de la famille, l'argumentation est plus alambiquée dans cette matière complexe qu'est le droit forestier. En 1827, la forêt couvre moins d'un cinquième du territoire français et reste à préserver. Un nouveau code, inspiré de l'ordonnance de Colbert de 1669⁵⁰, restreint encore les droits d'usage des paysans sur les forêts, déclenchant la « guerre des demoiselles » en Ariège. Dans ce contexte, les forêts algériennes ne peuvent a fortiori échapper aux ambitions de l'État

⁴³ Civ., 20 mai 1868, *Sirey*, 1868, 1, 307.

⁴⁴ Civ., 21 mars 1859.

⁴⁵ Req., 18 déc. 1877. Le décret du 30 oct. 1858 ayant purgé les aliénations antérieures de biens *habous* du vice dont elles étaient entachées, par suite de l'inaliénabilité dont elles étaient frappées, ces aliénations doivent être considérées comme valables et produisent leurs effets (C. civ., art. 2, 6 et 1128).

⁴⁶ Req., 13 mai 1872, *Sirey*, 1873, 258.

⁴⁷ Civ., 21 mars 1859.

⁴⁸ Req., 6 nov. 1882 ; dans le même sens, Req., 11 déc. 1889, *Sirey* 1891, 395 (rapport du conseiller Babillet).

⁴⁹ Cass., 17 août 1865 (plusieurs arrêts sont rendus par la Cour).

⁵⁰ De 1661 à 1669 un nouveau code est élaboré visant à réorganiser l'exploitation sylvicole et en assurer la pérennité. En 1669, l'ordonnance « sur le fait des Eaux et Forêts », rédigée sous l'impulsion de Colbert vise à protéger et restaurer la ressource en bois, de chêne notamment, pour la future construction navale. Cette ordonnance rend obligatoire l'aménagement forestier, comme document de référence visant à rationaliser la gestion de toutes les forêts domaniales.

français⁵¹. Cette volonté politique ne pouvait se traduire d'un seul mouvement au plan judiciaire, l'État ayant lors de la conquête laissé subsister en Algérie le droit d'usage et de jouissance des indigènes sur les forêts et massifs boisés, à côté des tribus et des douars. Le bois qu'ils recueillent peut être vendu, d'après la loi du 16 janvier 1851 (art. 4), comme le rappelle la Cour de cassation en 1870, laissant penser que le droit d'exploitation des indigènes est assuré⁵².

La Chambre criminelle opère un revirement en 1883, à l'occasion d'un litige opposant des indigènes possédant des troupeaux à l'État⁵³. Certes, la loi du 16 juin 1851 attribue à l'État la propriété du sol forestier, sous réserve des droits d'usage acquis avant la promulgation de la loi. Cette « présomption de propriété », expression qui annonce la suite, conduit les magistrats à opérer une distinction inattendue, alors que le texte est clair. Rappelant qu'après la conquête le Code forestier est devenu applicable en Algérie, la Cour affirme « que la réserve ne doit s'appliquer qu'aux droits eux-mêmes et non *au mode d'exercice de ces droits* ». Il est par conséquent interdit aux indigènes, même s'ils sont en mesure de prouver un usage ancestral, de faire paître leurs troupeaux dans les forêts. Les juges statuent au nom de l'ordre public et du Code forestier. Des impératifs d'ordre public expliquent cette décision de la Chambre criminelle, qui souffre d'une distinction byzantine...

Enfin, la Cour de cassation rejette l'action en revendication sur des biens que l'État français s'est attribués comme faisant partie du domaine du Beylick⁵⁴. Les hauts magistrats rappellent que la loi de 1851, le sénatus-consulte de 1863 et la loi de 1873 visaient à régler le contentieux de la propriété, pas seulement à délimiter les territoires des tribus. Les textes prévoient pour ces dernières un délai de deux mois pour revendiquer la propriété des *melk* (biens privés). Les possesseurs munis d'anciens titres relatifs à un domaine adjudgé au titre du Beylick à l'État ne peuvent revendiquer, dès lors qu'ils sont forclos (décret du 23 mai 1863, art. 10). Le rapporteur peut conclure sereinement qu'il fallait cesser d'accepter une forme de propriété « éternellement flottante », la même qui convenait aux autochtones pour sa souplesse. Le raisonnement civiliste suscite d'autres réflexions sur la rigueur de l'argumentation judiciaire en matière de droits personnels.

B- L'interprétation restrictive des coutumes locales en droit des personnes

Les coutumes orales, idéalisables dans leur phase de (re)construction, disparaissent à l'instant même de leur affirmation par le juge français, qu'il constate leur inapplicabilité ou leur désuétude⁵⁵. Maîtriser le droit de la preuve est primordial afin d'assurer la sécurité juridique nécessaire à l'économie locale. Les modes de preuve admis par les coutumes musulmanes, attachées à la valeur de la parole donnée, s'effacent devant ceux du droit civil utilisés par le citoyen français. Les juges peuvent admettre la preuve testimoniale entre Musulmans, mais sans imposer l'application de la législation civile. En l'espèce, le problème était de savoir si un tribunal peut appliquer l'adage *testis unus, testis nullus* adopté par la coutume musulmane, contre la preuve résultant de la déposition d'un témoin entendu, renforcée par d'autres considérations⁵⁶.

⁵¹ Crim., 17 nov 1865. La Chambre criminelle rappelle en 1865 que la prorogation du délai de la vidange d'une coupe de bois n'entraîne pas par elle-même la prorogation du délai de la coupe. Des pénalités (art. 40, C. for.) sont donc applicables à l'adjudicataire qui, après l'expiration du délai de la coupe, continue d'abattre des arbres dans le délai de vidange.

⁵² Cass., 29 déc. 1870, *Sirey* 1871, 183.

⁵³ Crim., 25 janv. 1883, *Sirey*, 1883, 286.

⁵⁴ Req., 8 nov. 1882, *Sirey*, 1883, 117.

⁵⁵ L'hypothèse où les normes indigènes seraient incompréhensibles est par définition invérifiable en pratique.

⁵⁶ Req., 20 juin 1864 (visa de l'art. 1341 C. civ.).

La même évolution caractérise le droit de la famille. Ainsi le mariage devant l'officier d'état civil français entre des Israélites ne saurait être annulé pour une cause fondée sur la coutume israélite, en l'occurrence l'impuissance naturelle⁵⁷. Le passage devant l'officier d'état civil entraîne aussi l'application d'une disposition supplétive, l'usage ou la coutume ne pouvant s'y substituer en présence d'une loi non impérative. De quel statut relèvent les Israélites mariés sans contrat devant l'officier d'état civil français ? D'après la Cour de cassation, ils sont réputés avoir adopté le régime de la communauté légale du Code civil. L'apport est limité, mais avant cette jurisprudence subsistait une incertitude ouvrant la voie à des revendications juridiques communautaires⁵⁸. D'autres affaires aux aspects plus techniques ont un intérêt résiduel⁵⁹.

Dans beaucoup de cas, la jurisprudence s'éloigne des coutumes israélites en faveur du Code civil. La Chambre des requêtes rappelle que la loi française s'impose contre la coutume mosaïque pour régler l'ordre des successions. Les successions des Israélites relèvent non plus du statut personnel mais du statut réel après 1865, ce qu'entérine la Cour de cassation⁶⁰. Le droit d'opter pour l'une des normes ne subsiste que pour le statut personnel. La Cour devient indifférente aux coutumes difficilement applicables ou dont l'application n'est pas souhaitée. Les lois personnelles survivent donc dans la mesure de leur compatibilité avec le Code civil.

Conclusion

L'organisation d'un statut juridique inférieur des populations indigènes n'a rien de glorieux avec le recul, alors que les acteurs contemporains préparaient une assimilation lente des lois civiles par les autochtones. Imposer autoritairement le Code civil risquait d'après cette vision d'en provoquer le refoulement, en faveur de normes clandestines. À défaut d'être protégées, les « lois personnelles » des indigènes sont tolérées dans le respect de l'ordre public local. Les coutumes algériennes, officiellement préservées par la conquête, constituent une source normative au degré d'application variable d'une juridiction à l'autre. Cette variabilité est à considérer dans l'espace mais aussi sous l'angle de la hiérarchie judiciaire, les cadis et les tribunaux approchant de plus près ces coutumes orales que la Cour d'Alger, parfois tentée de les corriger par un « droit musulman » plus ou moins maîtrisé. Les « lois » musulmane et judaïque peuvent ainsi se fondre dans le moule civiliste. Sur plusieurs décennies, le mouvement se traduit par la disparition de beaucoup d'entre elles et par des raisonnements judiciaires atypiques, devant la difficulté de contourner les situations.

L'apport de la Cour de cassation en matière coloniale dans la seconde moitié du XIX^e siècle ressort dans sa double dimension, procurant un cadre juridique plutôt favorable à l'État français, mais rappelant l'autorité de la loi contre des intérêts particuliers. La politique ne guide jamais directement la haute juridiction ; tout au plus joue-t-elle son rôle de conciliation pour articuler le plus rigoureusement possible l'ordre colonial et le Code Napoléon. Le droit public français s'applique par induction, dans une hiérarchie des normes arrimée au droit privé qui redéfinit les populations autochtones, indigènes qualifiés de « sujets français » dans la tradition des capitulations. L'enseignement à en tirer relève plutôt de la sociologie du droit, qui permet de mieux comprendre l'intégration judiciaire de normes auxquelles le juge n'est *a priori* guère accoutumé. Notre étude rappelle que la maîtrise de la formulation permet

⁵⁷ Civ., 15 avril 1862 (ord. du 26 sept. 1842, art. 37 et 49 ; C. civ., art 180 et 181).

⁵⁸ Req., 5 janv. 1876 (ord. du 26 sept. 1842, art. 7 ; C. civ., art. 1393).

⁵⁹ Civ., 14 mars 1877. En cas de conflit entre le statut des parents et celui des enfants, le premier doit être appliqué (statut personnel). Ainsi la mère israélite algérienne naturalisée française, en vertu du sénatus-consulte du 14 juillet 1865, a droit à l'usufruit légal des biens de ses enfants mineurs restés israélites algériens. Peu importe qu'il s'agisse d'une succession ouverte antérieurement au sénatus-consulte de 1865, et sous l'empire de la loi israélite. Mais la mère n'a droit à l'usufruit légal qu'à compter du décret de naturalisation ; ce décret ne rétroagit pas, au profit de la mère, à la date de la promulgation du sénatus-consulte.

⁶⁰ Req., 5 déc. 1871.

d'appréhender des normes enracinées au contenu incertain, qui n'obéissent finalement qu'à la règle de droit écrite qui les maintient en vie. L'office de la Cour de cassation est reconsidéré au nom de l'ordre public colonial, qui la contraint à participer à la définition du contenu de normes indigènes, *question de fait* similaire au travail d'examen des preuves par les juges du fond. La frontière apparaît mince entre le fait et le droit « pur »⁶¹ devant la haute juridiction...

Le doute est permis sur le terme propice à traduire cette évolution. La « civilisation » est historiquement associée à l'assimilation, distincte de l'intégration. Les droits de l'homme, vecteur du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, n'auraient-ils pu fonder un droit des populations coloniales à disposer de leurs coutumes⁶² ?

Frédéric CHARLIN

Maître de conférences à l'Université de Bourgogne

⁶¹ Sur cette question, v. la thèse déjà ancienne de Gabriel Marty, *La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, Paris, Recueil Sirey, 1929. Une recherche récente s'intéresse à nouveau au problème (D. LOUIS, *La distinction du fait et du droit en droit judiciaire privé*, thèse droit Montpellier I, 2014).

⁶² La Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, adoptée le 13 septembre 2007, dispose en son article 34 : « Les peuples autochtones ont le droit de promouvoir, de développer et de conserver les structures institutionnelles et leurs coutumes, spiritualités, traditions, procédures ou pratiques particulières et, lorsqu'ils existent, leurs systèmes ou coutumes juridiques, en conformité avec les normes internationales relatives aux droits de l'homme ».