

LA CODIFICATION DU DROIT DE LA FAMILLE : UNE HARMONISATION ALEATOIRE DU DROIT ALGERIEN

Ali FILALI

Professeur, Université d'Alger¹

Résumé

Le recouvrement de l'Indépendance nationale devait être accompagné par un retour à la culture et aux valeurs authentiques de la société algérienne. Ainsi est apparue la nécessité d'élaborer un droit algérien devant se substituer à la législation coloniale. Néanmoins, le contexte dans lequel devait être entreprise cette œuvre était très complexe, compte tenu de l'influence de plusieurs systèmes juridiques. Le problème s'est posé spécialement pour le droit de la famille, dont les règles de fond inspirées exclusivement par la chari'a devaient faire l'objet d'une codification de sorte à faire partie intégrante du corpus juridique algérien. Cette démarche a soulevé, toutefois, beaucoup de difficulté, car le procédé de codification emprunté au droit occidental est incompatible avec la nature même des règles de la chari'a.

Mots clés

Acculturation juridique, cohabitation, codification, code de la famille, système juridique, chari'a, harmonisation, concepts juridiques, fiqh.

Au lendemain de l'Indépendance de l'Algérie, l'abandon du droit colonial et le retour au droit authentiquement algérien était une simple évidence, tant le droit était considéré comme un aspect de la souveraineté et en même temps un élément de l'identité nationale. Néanmoins, après 132 ans de colonisation, beaucoup de choses ont évolué et le retour au statu quo ante n'est guère facile, du fait de certains obstacles inéluctables.

Ceux-ci tenaient principalement à l'acculturation juridique conséquence de l'application du droit colonial pendant plus d'un siècle. La génération de juristes algériens, au jour de l'indépendance, ne connaissait que le droit français¹. Il y avait également la stagnation du Droit Algérien en vigueur antérieurement à la colonisation française, devenu, en quelque sorte obsolète pour régir une société qui a considérablement évoluée. De plus, le phénomène du bi-juridisme qui s'est développé au cours de la période coloniale, se traduisait, en ce qui concerne les Indigènes, par l'application du droit musulman ou du droit coutumier, avec certains aménagements : en matière de statut personnel², les justiciables étaient soumis à des juridictions musulmanes (*les mahakmas*), mais, pour le reste de leurs relations, ils étaient soumis à la législation coloniale et aux tribunaux français³.

A ces facteurs liés au phénomène de la colonisation, est venu s'ajouter un problème de faisabilité, dès lors qu'il n'était ni possible ni opportun pour les autorités algériennes d'abandonner du jour au lendemain la législation coloniale et c'est ainsi que fût reconduite la législation en vigueur jusqu'au 5 juillet 1975.

¹- N. Bessadi, Le droit en Algérie entre héritage colonial et tentative (s) d'algérianisation, article in Le Maghreb et l'indépendance de l'Algérie, CRASC, IRMC et KHARTHALA, 2012 p 28.

²- Voir, l'ordonnance du 26 septembre 1842 sur l'organisation de la justice en Algérie et l'ordonnance du 9 novembre 1945 portant organisation du culte israélite en Algérie, in Robert Estoublon et Adolphe Lefébure, Code de l'Algérie 1830- 1895.

³- L'ordonnance du 28 février 1841 étend l'application du Code pénal français au territoire algérien.

Faut-il signaler enfin, un dernier facteur et non des moindres, à savoir, l'option de l'Algérie pour le socialisme comme moyen de développement et de modernisation de la société, sachant qu'il s'agit là d'une doctrine autonome qui n'a rien à voir ni avec le capitalisme ni avec l'Islam malgré les rapprochements tentés par quelques auteurs⁴. C'est dans ce contexte très complexe que va être élaboré le droit algérien post indépendance.

Les premiers textes ont commencé à voir le jour dès 1962, dont notamment la loi n° 63-218 du 18 juin 1963 portant création de la Cour Suprême et l'ordonnance n°65-275 portant organisation judiciaire, néanmoins c'est seulement au cours de l'année 1973, que fût installée la Commission Nationale de la Législation chargée de l'algérianisation de la législation⁵. Les travaux de cette commission devaient être achevés au plus tard le 5 juillet 1975, soit la date fixée pour l'abrogation de la loi du 31 décembre 1962 reconduisant la législation antérieure⁶. Cette commission composée essentiellement de professionnels du droit (magistrats et avocats) avait pour directive selon le discours du feu Président Houari Boumediene de : *« procéder à une refonte de notre législation, à la fois par un retour aux sources du droit musulman et par une adaptation aux besoins et aux objectifs de la révolution socialiste. »*⁷.

⁴-T. Saoud, La place de l'islam dans l'Algérie indépendante. La période des présidents Ben Bella et de Boumediene comme modèle de référence, article in Le Maghreb et l'indépendance de l'Algérie, CRASC, IRMC et KHARTHALA, 2012 p 115.

⁵- Cette commission créée selon Z. Sekfali par le décret du 5 juillet 1973 devait *« parachever en étroite collaboration avec les diverses commissions sectorielles mises en place dans les départements ministériels les travaux de codification. »*, Introduction générale au système judiciaire algérien, éditions Casbah, p 21.

⁶- L'article 4 de l'ordonnance n° 73-29 portant abrogation de la loi n°62-157 du 31 décembre 1962 tendant à la reconduction jusqu'à nouvel ordre de la législation en vigueur au 31 décembre 1962, JORA (Journal officiel de la République Algérienne) 1973, n° 62, p 523.

⁷ - Discours du 13 mars 1971, P. Balta & C. Rulleau, La stratégie de Boumediene, La bibliothèque arabe, Sindbad, p 134.

A la lumière de ces circonstances, la tâche du législateur est loin d'être aisée, car il fallait tenir compte pratiquement de trois systèmes juridiques : le système dit de droit musulman (le peuple algérien étant de confession musulmane), le système de droit socialiste, (l'Algérie ayant opté pour le socialisme comme moyen de développement) et le système des droits dits civilistes, notamment le droit français pour des raisons historiques. Le compromis recherché, soit une cohabitation pacifique entre ces systèmes n'a pu être trouvé pour toutes les matières, dans les délais impartis, spécialement pour ce qui est de la matière du statut personnel, d'où le retard dans la promulgation du Code de la famille qui n'a eu lieu que près de 10 ans après l'échéance fixée⁸. S'il est vrai, que pour les autres matières (droit civil, droit commercial, droit administratif, droit pénal etc.), l'algérianisation du droit français, n'a pas soulevé de difficultés particulières, du fait de leur aspect plus technique que culturel⁹, le phénomène de l'acculturation juridique favorisant cette démarche, il en a été autrement pour le droit familial, qui est plutôt un droit ancestral.

Faut-il rappeler à cet égard, que la matière du statut personnel, appelée généralement droit de la famille (statut personnel, successions, libéralités) n'a jamais relevé de la législation coloniale, ni d'ailleurs des tribunaux français ; elle a été de tout temps, régie par le droit musulman, voire les coutumes locales et les litiges y afférents relevaient de la compétence de la justice dite musulmane. Cette situation justifiée par l'attachement de la société algérienne à sa religion, ainsi qu'à ses coutumes et traditions n'est pas sans soulever de difficultés quant à une éventuelle harmonisation de l'ordre juridique

⁸ - L. Hamdan, Les difficultés de codification du droit de la famille algérien, R I D C, 1985 ; Vol 37 n° 4, pp 1001-1015.

⁹ - Outre le peu de dispositions de la chari'a en la matière.

algérien, dans la mesure où il s'agit d'assurer la cohabitation de deux systèmes juridiques au moins¹⁰. En vérité, il ne s'agissait pas, d'élaborer un ordre juridique à partir de deux systèmes, mais il était beaucoup plus question d'adapter un système juridique à un autre. Autrement dit, il fallait que les règles régissant le droit familial –à savoir la chari'a- puissent se concilier avec le reste des règles juridiques qui relèvent plutôt de la tradition civiliste, favorisant ainsi l'harmonisation de l'ordre juridique algérien.

Cette démarche a été clairement affichée à partir du moment où le législateur a renoncé à ce qui était appelée la justice musulmane¹¹, en lui préférant les juridictions relevant du modèle français¹² comme étant peut être plus modernes. Mais, s'il est vrai ainsi que l'écrivait Z. Sekfali : *«La suppression de ces juridictions a mis fin à la distinction devenue aussi anachronique qu'incompréhensible entre les deux concepts de – justice musulmane- et justice civile- »*¹³, il n'en reste pas moins également vrai que les pouvoirs publics ont fait un choix, en préférant notamment les tribunaux issus du modèle français et appliquant le droit positif, aux mahakmas qui représentaient le modèle musulman et appliquaient la chari'a¹⁴.

¹⁰ - Le droit socialiste ne concernant pas cette matière.

¹¹- Voir le décret n° 63-261 du 22 juillet 1963, portant transfert de la compétence des Mahakmas de cadî en matière contentieuse et gracieuse, aux tribunaux d'instance, JORA 1963, n° 51, p 751.

¹²- La chambre de révision musulmane a été supprimée à la suite de la création de la Cour suprême par la loi n° 63-218 du 18 juin 1963 et dont l'exposé des motifs indique clairement : *« C'est devant elle (C.S) que seront portés désormais les pourvois en annulation de la chambre des révisions musulmane de la cour d'appel d'Alger. »* JORA, 1963, n° 43, p 662.

¹³- op. cit., p 23.

¹⁴- Il est vrai par ailleurs, que la chari'a présente beaucoup de contraintes pour les gouvernants des pays nouvellement indépendants, dans la mesure où ils ne peuvent pas remettre en cause l'ordre juridique établi et ils ne sont pas donc maître de l'avenir juridique du pays (notamment après la fermeture des portes de l'idjtihâd, voir Lixant De Bellefonds, Immutabilité du droit

C'est la nécessité d'harmoniser l'ordre juridique algérien qui explique ce choix, sachant par ailleurs que l'efficacité de tout ordre juridique est tributaire de son harmonisation. Celle-ci traduit, en effet, l'unification de la société et sa bonne organisation autour de valeurs communes partagées par l'ensemble de ses membres. D'ailleurs, le propre des règles juridiques est qu'elles sont à l'intérieur d'un même espace social et qu'elles sont non seulement liées les unes aux autres, mais aussi interdépendantes les unes des autres. L'harmonisation des règles juridiques relevant d'un système juridique d'un pays donné embrasse aussi bien les aspects liés à la forme du droit (Section I), que ceux concernant le fond (Section II)

Section I – la codification du droit de la famille une exigence pour l'harmonisation formelle du droit algérien

Outre les commentaires, les critiques, ainsi que les remarques auxquels a donné lieu le Code de la famille depuis sa promulgation, voire même, la polémique qui s'est instaurée depuis entre partisans et adversaires de ce code, les juristes algériens sont partagés quant à la portée de la codification du droit de la famille. Pour certains, la chari'a reste la source officielle et originelle du Code de la famille¹⁵ et la codification ne serait, en fait, rien d'autre qu'une transcription fidèle de la chari'a¹⁶.

musulman et réformes législatives en Egypte, 1955, 7 R I D C, 1955, Vol 7 n°1, pp 5-34), alors que la loi œuvre du législateur leur offre plus de possibilités à l'effet d'affirmer leur autorité et de décider en toute liberté de l'avenir juridique du pays, de le doter de nouvelles institutions, de procéder à des réformes profondes dans le domaine juridique etc.

¹⁵- M. Djaghmag, La polygamie en Algérie divergences autour d'un droit en mutation, article in revue des sciences humaines, Université Mohamed Khider, Biskra, n° 34/35 ; Mars 2014, pp 61-73. Voir également :

العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري د م ج 1994، ص 21، عبد الفتاح تقية، الإشكالات القانونية بين النظرية والتطبيق في قانون رقم 84-11 (تشرع الأسرة الجزائري)، مقال من المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، 2003، العدد 2، ص 83.

¹⁶- Le droit musulman révélé par le prophète Mohamed (ﷺ - cette expression en arabe est une prière sur le prophète, que le musulman est tenu de dire lorsqu'il prononce ou entend le nom du prophète ﷺ et

Cette opinion s'appuie, entre autre, sur les dispositions de l'article 222 du Code de la famille, qui ne souffrent pourtant d'aucune ambiguïté. Une lecture attentive de cet article -rédigé comme suit : « *En l'absence de dispositions dans la présente loi, il est fait référence aux dispositions de la chari'a.* » - suffit pour réfuter cet argument. Il n'y a nul doute la chari'a est considérée comme étant simplement une source subsidiaire en matière de droit familial, d'autant plus que l'article 1^{er} du code de la famille dispose : « *Toutes les relations entre les membres de la famille sont régies par la présente loi* ». Il reste toutefois nécessaire, en considération de ces divergences doctrinales, d'examiner la portée réelle de cette codification du droit de la famille (I), qui a permis, en tout cas, l'insertion de ses règles dans l'ordre juridique algérien(II).

I- La portée de la codification du droit de la famille

La codification du droit de la famille procède de plusieurs soucis : elle ne tend pas uniquement à rassembler, systématiser et clarifier les règles de la chari'a¹⁷, elle se veut également être,

cela en vertu des prescriptions du Saint Coran, notamment la Sourate 33 Al Ahzab (les coalisés), le verset 56 « Certes Allah et Ses Anges prient sur le prophète ; ô vous qui croyez priez sur lui et adressez (lui) vos salutations », Traduction du Saint Coran par le Centre islamique et culturel de Belgique. WWW.centreislamique.be.coran.)- était essentiellement un droit oral transmis par les compagnons du prophète. Il a fait l'objet d'une première codification sous le calife Othman (644 – 656 J.C), pour en garantir sa conservation et sa préservation de toute dénaturation. Cette première codification dite classique consistait en la transcription du Coran et de la Sunna (faits, dires et attitudes du prophète ﷺ). La chari'a est devenue ainsi un droit écrit. La seconde étape de la codification de la chari'a dite moderne, consiste à faire évoluer la forme des textes présentés sous forme de discours, de récits exhortant les fidèles à suivre la voie de Dieu et à s'abstenir des voies du mal, vers une forme plus juridique se limitant à énoncer les prescriptions de la chari'a. En vérité, il s'agit de mettre en forme le contenu de la chari'a suivant le modèle occidental, sans toucher le fond d'origine divine et donc sacré.

¹⁷⁻ Telle, la tentative de codification du droit musulman en Algérie durant la colonisation française, connue sous le nom de projet Code Morand. La codification tend également à séparer le sujet de l'objet de manière à désacraliser la norme et de la ramener à un travail purement humain. La codification est un moyen de dissocier les règles de leurs sources, ce qui facilitera la modification des règles. Voir dans ce sens Harithi Al-Dabagh, Le droit comparé comme instrument de modernisation : l'exemple des codifications civiles des Etats arabes du moyen orient, R D U S 2013, 43. L Gannage, écrit quant à lui : « *en se coulant dans la norme étatique, cette*

non seulement, un moyen de leur adaptation aux exigences de la vie moderne¹⁸, mais aussi et surtout représenter un procédé d'unification du droit algérien, en mettant fin au dualisme juridique légué par les autorités coloniales¹⁹.

Cette démarche n'est pas propre au législateur algérien, qui n'a fait que suivre les législateurs des pays arabo-musulmans qui ont été déjà confrontés au problème de modernisation de leur législation à l'instar de l'Egypte, la Syrie, l'Irak, la Tunisie, le Maroc etc. Or, le procédé de la codification étant étranger à la chari'a, s'est posé le problème de leur compatibilité (A), qui n'a pu être résolu que par la substitution de la loi à la chari'a, puisque toute idée de cohabitation était utopique(B).

A- La codification un procédé inconciliable avec la chari'a

Le procédé de la codification est inconciliable avec la chari'a en raison non seulement de son origine occidentale (1), mais du fait également de la nature même de la chari'a (2).

1- La codification de la chari'a : un procédé emprunté au droit occidental

La codification est une technique propre aux droits de tradition civiliste. D'ailleurs, selon un éminent chercheur, l'idée de codifier la chari'a «...est le résultat d'une invention qui plonge ses racines dans l'irruption européenne sur la scène musulmane. Ce sont les savants orientalistes et les administrateurs coloniaux d'une part, et les gouvernants musulmans et les nouvelles élites modernistes,

tradition est infiniment plus vulnérable parce qu'elle perd progressivement l'immunité qui lui conférerait son origine religieuse.», Synthèse dans Lucette Khaiat et Cécile Maréchal, *L'enfant en droit musulman*, Paris, Société de législation comparée, 2008, p 420.

¹⁸- Harith Al-Dabbag, La réception du modèle juridique français par le droit civil Irakien, article in R I D C, 2005, Vol 57, n°02, pp263-290.

¹⁹-La codification écrit Ch. Chehatta, à propos de la codification du droit Egyptien, « permet d'en finir avec ce dualisme, d'introduire des innovations imposées par les exigences de la vie moderne », Les survivances musulmanes dans la codification du droit civil Egyptien, R I D C, 1965 Vol. 17 n° 4, p 839.

de l'autre, qui ont cherché dans le fiqh ce qui était susceptible d'être coulé dans le moule d'un droit positif de facture napoléonienne.»²⁰.

C'est en effet, sous l'influence et la pression des puissances occidentales qu'est apparue la première codification de la chari'a, en l'occurrence la Medjella el Ahkam al Adlya en 1877²¹, qui est une gigantesque compilation des coutumes et règles du fiqh hanéfite. Les puissances européennes qui entretenaient des relations commerciales avec l'empire Ottoman et profitant de la décroissance de celui-ci n'ont pas hésité à s'ingérer dans les affaires intérieures de cet empire, en subordonnant le maintien de ces relations commerciales, à des réformes dans tous les domaines y compris le domaine juridique (textes et institutions) en suivant le modèle occidental. Ainsi, ont été empruntés au droit occidental les concepts de code et de codification, d'où la promulgation de plusieurs codes. Cette nouvelle politique législative inspirée du droit européen est à l'origine d'un nouveau problème, celui de la conformité de ces codes avec la chari'a²².

La disparition de l'empire Ottoman et l'avènement des Etats-nations, ont été aussi une occasion pour certains pays musulmans de moderniser leur système juridique dans son ensemble en reproduisant le modèle occidental²³. Cette modernisation s'est

²⁰- Duprêt Baudoin directeur de recherche au CNRS, Centre Jacques Berque (Rabat), intervention au séminaire « la charia qu'est ce à dire ? » du 15 avril 2013. Voir également Sana Benachour, La construction d'une normativité islamique sur le statut des femmes et de la famille, Texte de la 655^e conférence de l'Université de tous les savoirs, donnée le 10 octobre 2007.

²¹- Harith Al-Dabbagh, op. cit.,

²²- Cette Medjella écrit Fadhel Moussa : « *qui codifie les parties du droit religieux sous forme d'articles est la première initiative prise par un pays islamique qui ait essayé de codifier et de promulguer comme loi d'Etat des parties du droit religieux.* », La codification du droit musulman, in RED&S.

²³ - C'est au 19^{ème} siècle avec l'avènement de l'Etat nation, le contact du monde musulman avec l'Europe, la décroissance de l'empire ottoman qu'on a cherché à importer des concepts européens et c'est ainsi qu'est apparu le mot droit. C'est dans ces conditions qu'on est passé de la normativité du fiqh à un droit codifié, d'où la promulgation de codes

concrétisée pour l'essentiel à travers la création de tribunaux étatiques, la nomination du personnel judiciaire et la promulgation de codes nationaux répartis par matière (pénal, commercial, statut personnel). Il s'agit en fait de réformes profondes du système juridique (au sens large du terme) qui ont concerné aussi bien la forme que le fond²⁴. Ainsi l'Egypte en tant qu'Etat moderne préoccupé par la modernisation de son droit, a pris exemple sur le modèle français pour rédiger dans un premier temps un recueil de la loi hanéfite en 1875, puis un code du statut personnel en 1920²⁵.

La première tentative de codification du droit musulman en Algérie remonte à la période de la colonisation française. Elle fût l'œuvre des autorités coloniales qui ont procédé le 6 septembre 1905 à l'installation d'une commission dite de codification du droit musulman. Marcel Morand, membre influent de cette commission et dont le projet de codification porte d'ailleurs son nom, déclarait après 10 ans de travaux : « *Tout en maintenant en certaines matières l'application du droit musulman, nous nous sommes appliqués à amender celle-ci et l'adapter aux exigences des temps nouveaux* »²⁶. Ce projet de code n'a pas abouti en raison non seulement de l'opposition des

et la création de juridictions à l'occidentale. Voir Duprêt Baudoin, Déjeuner débat, vendredi 24 avril 2015, organisé avec le soutien du Mouvement européen Belgique « Qu'est ce le droit musulman aujourd'hui ? ; voir également Harith. Al-Dabbagh, Le droit comparé comme instrument de modernisation : l'exemple des codifications civiles des états arabes du moyen orient, article in R.D.U.S. 2013, 43, pp 389-441.

²⁴- Amira El- AZhari Sonbol, La genèse du droit de la famille : Influence de la *Charia*, du droit coutumier et du droit colonial sur la codification du statut personnel, in Avis de recherche : Egalité et justice dans les familles musulmanes, pp 173-200, www.musawh.org.

²⁵-Voir à propos de cette codification, Nathalie Bernard-Maugiron, Le processus de réforme du droit de la famille et ses limites, Confluences Méditerranée, n° 75, Automne 2010 pp 77-89.

²⁶-Religion et colonisation XVI-XX siècle, Afrique Asie Océanie Amérique, sous la direction de Dominique Borne et Benoit Falaize, p 150. Pour René Monier, un des principaux théoriciens du projet : « *La codification, en soi, par soi, réalise déjà la codification : disons le sans jeu de mots aucun, que codifier, c'est modifier. Car le droit musulman est par nature, un droit oral, et non un droit écrit ; il est un droit traditionnel et jurisprudentiel ; le transformer en droit écrit, par rédaction par fixation, c'est l'altérer.* », Religion et colonisation, op. cit., p 149.

représentants de la partie musulmane- qui considéraient ce projet comme une trahison de la religion musulmane et une violation des coutumes locales-, mais du fait également des colons qui redoutaient une limitation des pouvoirs des juges français par ce code et qui ne pourraient plus imposer les règles du Code civil français à travers la jurisprudence musulmane. Ce projet de code aurait été également abandonné par les autorités coloniales qui craignaient le soulèvement des indigènes²⁷.

La codification de la chari'a est un procédé impropre non seulement du fait de son appartenance à un autre système juridique, mais en raison de la nature même des règles de la chari'a ; elles sont incodifiables.

2- Le fiqh incodifiable par nature

C'est parce qu'il est une doctrine et une méthode que : « *le droit musulman est essentiellement incodifiable* », écrit Joseph Schacht, car dit-il « *il ne possède de valeur religieuse qu'autant qu'il est enseigné de la manière traditionnelle par l'une des écoles du fiqh.* »²⁸. Le fiqh traduit généralement par le vocable droit musulman²⁹ est défini comme « *la connaissance (ilm ou science) des ahkâm (statuts des actes humains) au moyen des indices (adilla, preuves scripturaires). C'est une science pratique, par opposition à la théologie qui est une science théorique.* »³⁰. Le fiqh est une source dérivée qui recense l'ensemble des règles dégagées par les fouquafâs (jurisconsultes)

²⁷ - Etudes Franco-musulmanes, Le « Code Morand » devant la magistrature musulmane- L'impossible réforme du droit familial dans l'Algérie coloniale (1904-1926). Jc-moreau.com/p?= 456.

²⁸ - Esquisse d'une histoire du droit musulman, Paris librairie orientale et américaine, Max Besson, 1953, p 80.

²⁹ -Dupret Baudoin estime pour sa part que le terme fiqh ne peut pas être traduit par droit musulman et il préfère plutôt le terme doctrine et il serait de l'avis de cet auteur : «...*faux de penser la charia et le fiqh en termes de droit, c'est-à-dire en terme de droit tel que nous entendons ce mot aujourd'hui.* », op. cit., loc.cit.

³⁰ -H. Bleuchot, Droit musulman, PUAM, T2, chapitre V. Les fondements du droit musulman, n° 260.

à partir des prescriptions du Coran et de la Sunna, la tradition du prophète ﷺ et ayant trait généralement au culte et aux relations sociales. Le fiqh ne se prête pas au procédé de la codification du fait de sa formulation doctrinale (2.1), de sa casuistique (2.2), nonobstant le caractère immuable de la chari'a étant d'origine divine (2.3).

2.1-Le fiqh : une formulation doctrinale

En se posant la question de savoir où se trouve le droit musulman Hervé Bleuchot répond comme suit : « *La réponse, celle des ulamâ, est simple et unique : dans la doctrine, et qui est plus, non dans les ouvrages des maîtres fondateurs (Abû Hanifâ, Mâlik, Ach-châfi î, Ibn hanbel), mais dans les traités résumés et commentaires de moyenne et basse époque qui sont pratiquement les seuls consultés.* »³¹. Ainsi, Contrairement au positivisme juridique qui considère le droit comme l'expression de la volonté de l'Etat, matérialisée par des formes officielles (les sources formelles), le fiqh n'est pas l'œuvre de l'Etat et ne requiert aucune forme particulière pour être reconnu comme tel. La chari'a n'est pas le droit d'un Etat musulman quelconque, mais plutôt, celui de la communauté musulmane où qu'elle se trouve. La codification étant par essence une prise en charge officielle du droit par l'Etat ne peut être appliquée au fiqh sans risque de dénaturation³².

Le fiqh - qui repose sur l'exégèse et les commentaires des fouquahâs- s'est développé à travers quatre écoles principalement, en raison des divergences relevées à l'occasion de solutions apportées à des cas d'espèce. Or, étant ainsi, la codification du fiqh, n'exclut pas l'existence de solutions parfois contradictoires,

³¹-H. Bleuchot, Droit musulman, Presse universitaire d'Aix Marseille, Collection Droit et religions, éd. 2000, ISBN électronique : 9782821853324, n° 299-5.

³²-Pour R Maunier : « *Codifier c'est modifier* », Loi française et coutume indigène en Algérie, Domat- Montchrestien, 1932, p 68.

dans un même texte censé être harmonieux et homogène, ce qui est inacceptable.

Par ailleurs, compte tenu de sa formulation doctrinale³³, la codification du fiqh requiert une nouvelle présentation des différentes règles, notamment leur mise sous forme d'articles d'une part et leur classement par Livre, Titre, Chapitre, Section etc. au même titre que les dispositions du Code civil, du Code de commerce, ou le Code de la nationalité etc. Or, une telle opération même dépourvue de toute volonté de réforme ne peut pas aboutir sans dénaturation de la chari'a. Au surplus, le fait de mettre seulement sous forme d'articles un corpus doctrinal de caractère casuistique ne va pas sans altérer le contenu et transformer en règles de droit des règles habituellement frappées du sceau du sacré³⁴.

2.2- Le fiqh : une casuistique

Le fiqh est un ensemble de jugements de comportements définis au cas par cas à la lumière des prescriptions du Coran et de la tradition du prophète ﷺ. Les solutions prescrites relèvent de la casuistique, il s'agit de solutions retenues à propos de cas d'espèce et exposées par les fouquahâs dans des recueils, considérés comme « *des collections de cas* »³⁵. Le droit musulman : « *se présente sous formes de décisions particulières concrètes* »³⁶. Quant au légiste musulman, Millot relève qu'il : « *se refusera*

³³ -A. Bessedik, op. cit., p 17.

³⁴ -Il semblerait que le comité des grands savants en Arabie saoudite aurait édicté une fatwa en 1973, qui déclare illicite la codification de la charia, Revue des recherches islamiques saoudienne (en arabe), Riyad, 1411 Hégire (1990), n° 31 p 58 et suiv. cité par Harit Al Dabbag, op. cit. Voir également à propos de la codification de la chari'a :

عبد الرحمان بن سعد بن علي الشتري، حكم تقنين الشريعة الإسلامية، دار الصميعي للنشر والتوزيع 1428 هجري.

³⁵ - Chafik Chehata, op. cit., p 839 et s.

³⁶ - Jean Marc Mousseron, La réception au proche orient du droit français des obligations, RIDC, janvier – mars 1968, Vol 20, n°1, pp 37-78.

à l'abstraction, et à la systématisation, à la codification. Il évitera la généralisation et même la codification »³⁷.

S.Lagnmani³⁸ qualifie le fiqh de casuistique théorique. C'est une casuistique précise – t- il , car le fiqh ne procède pas par des règles générales et elle est théorique parce que les recueils du fiqh ne sont pas comparables aux recueils des précédents connus dans les pays de la Common law. Les cas envisagés par les fouquahâs sont aussi bien des cas réels que des cas supposés, des hypothèses d'école. Il ne s'agit pas de précédents judiciaires c'est-à-dire des décisions de justice rendues à l'occasion de véritables procès qui y sont exposés et qui selon le système de la Common law s'imposent aux juridictions inférieures.

Il en est ainsi parce que la chari'a s'intéresse à la vie quotidienne du croyant ce qui a donné lieu, parfois à une casuistique extrêmement complexe³⁹. Les prescriptions du Coran sont dans certains cas, très détaillées, telles les successions, la quote-part de chaque héritier est déterminée avec précision dans tous les cas de figure susceptibles de se présenter⁴⁰. La tradition du prophète ﷺ qui est

³⁷ - La pensée juridique de l'Islam, R I D C1954, p 441.

³⁸ - Droit musulman et droit positif : le cas tunisien, article in Politiques législatives : Egypte, Tunisie, Algérie, Maroc, CEDEJ 1994 pp p 157-163.

³⁹ - A. Bessedik, Les opérations de financement et d'investissement dans le droit musulman, HAL, 2013, p 18.

⁴⁰ - Voir Sourate 4 An-nisa (Les femmes), il est indiqué notamment aux versets 11 & 12 ce qui suit : « 11. *Voici ce qu'Allah vous enjoint au sujet de vos enfants : au fils, une part équivalente à celles de deux filles. S'il n'y a que des filles, même plus de deux, à elles alors deux tiers de ce que le défunt laisse. Et s'il n'y a qu'une, à elle seule alors la moitié. Quant aux père et mère du défunt, à chacun d'eux le sixième de ce qu'il laisse, s'il a un enfant. S'il n'a pas d'enfant et que ses père et mère héritent de lui, à sa mère alors le tiers. Mais s'il a des frères, à la mère alors le sixième après exécution du testament qu'il aurait fait ou paiement d'une dette. De vos ascendants ou descendants, vous ne savez pas qui est plus près de vous en utilité. Ceci est un ordre obligatoire de la part d'Allah, car Allah est certes, Omniscient et Sage.* 12. *Et à vous la moitié de ce que laissent vos épouses, si elles n'ont pas d'enfant. Si elles ont un enfant, alors à vous le quart de ce qu'elles laissent, après exécution du testament qu'elles auraient fait ou paiement d'une dette. Et à elle un quart de ce que vous laissez, si vous n'avez pas d'enfant. Mais si vous avez un enfant, à elle alors le huitième de ce que vous laissez après exécution du testament que vous auriez fait ou paiement*

la seconde source (à savoir, l'ensemble de ses actes, ses paroles et ses approbations etc.), constitue en fait des réponses apportées aux questions des fidèles à l'occasion généralement de cas concrets ou de cas pratiques supposés.

Etant ainsi, le fiqh ne se prête pas à une codification, car celle-ci suppose des règles à portée générale et non pas des solutions particulières. L'effort de systématisation qui pourrait avoir lieu⁴¹ dans le but bien évidemment d'une codification des règles du fiqh aboutira sans aucun doute à une rationalisation du contenu des règles de la chari'a⁴².

2.3- Le caractère immuable de la chari'a

Contrairement au droit œuvre de l'Etat, passible de mutation au fur et à mesure de l'évolution de la société sur tous les plans économique, social, culturel etc., la chari'a d'origine divine est immuable ; les solutions prescrites s'imposent pratiquement en tout lieu et en tout temps. Le droit musulman serait selon les dires d'un auteur : « ... *un bloc que personne ne peut tailler* »⁴³. La porte de l'idjtihad (effort intellectuel) autrefois ouverte a été fermée⁴⁴ et en vertu du

d'une dette. Et si un homme, ou une femme meurt, sans héritier direct, cependant qu'il laisse un frère ou une sœur, à chacun de ceux-ci alors, un sixième. S'ils sont plus de deux tous participeront au tiers, après exécution du testament ou paiement d'une dette, sans préjudice à quiconque (Telle est l') Injonction d'Allah ! et Allah est Omniscient et Indulgent.»

⁴¹-C'est à partir du Vème siècle Hégire, XI ème Siècle, que les principes généraux ont commencés à être dégagés sous le nom de kawaed kuliyyat (القواعد الكلية) par un auteur hanéfite, au nombre 4 au début : - l'usage à valeur de règle, - le doute ne doit pas détruite la conviction déjà faite, - l'extrême difficulté appelle la facilitation, - le dommage doit être intégralement réparé. Le nombre de principes dégagés par le fiqh s'est multiplié jusqu'à atteindre le nombre de deux cents, voire plus. D'ailleurs, les 99 articles du titre préliminaire de la Madjellé ont été consacrés à ces kawaed. Ce sont des directives pour le fiqh et non pas des textes de loi qui s'imposent au juge, voir, S. Jahel, op. cit.,

⁴² -voir à propos de la rationalisation du droit par la codification, Max Weber Sociologie du droit Paris PUF 2007, p 195 et s.

⁴³- Bessedik, op. cit., p 7 ; voir également, L. Gannagé, Droit immobile ou droit en mouvement?, Mélanges Oppetit, p 203 2é éd. Litec 2009.

⁴⁴- La formation du droit musulman aurait été achevée à la fin X è siècle, d'où un consensus entre les savants de la communauté musulmane considérant que tout a été dit et que la

principe du taklid (le conformisme) en vigueur depuis, les fouquahâs ne peuvent commenter, analyser et exposer que les œuvres des maîtres du passé ainsi que les règles définitivement établies, toute innovation leur est interdite⁴⁵.

Certains penseurs musulmans se sont de tout temps opposés à la codification de la chari'a, de crainte de favoriser par ce biais sa dénaturation. Faut-il rappeler aussi que c'est par rapport à certaines contraintes de la chari'a que beaucoup de pays appartenant au monde arabo-musulman ont préféré s'inspirer du modèle occidental pour la modernisation de leur droit, plutôt que de s'en tenir à la chari'a.

Certains auteurs refusent même de qualifier la chari'a comme étant du droit à raison notamment de son contenu qui englobe les rituelles propres à la dévotion du musulman et qui n'a pas de lien avec le Droit⁴⁶, c'est un droit métajuridique.

Comment appréhender dès lors la codification de la chari'a ? Ne pourrait-on l'analyser comme une sorte de cohabitation entre les règles de fond d'un système juridique en l'occurrence la chari'a et le procédé de la codification comme instrument propre à un autre système juridique, soit le système dit des droits civilistes ? Une telle approche s'avère cependant impossible, car l'harmonisation recherchée par le législateur algérien ne peut, se faire qu'en préférant un système juridique au détriment de l'autre.

porte de l'idjtihad doit être fermée, voir J. Schacht, Introduction au droit musulman, Maisonneuve & Larose, p 63.

⁴⁵ - S. Jahel, Les principes généraux du droit dans les systèmes arabo- musulmans au regard de la technique juridique contemporaine R I D C, 2003 1 pp 105- 122.

⁴⁶-Dupret Baudoin, précisait en conclusion de son intervention : « S'il y a une idée que je voudrais laisser en conclusion de mon intervention, c'est que l'erreur principale est de penser la charia et le fiqh comme un droit, dans le sens où nous entendons le mot -droit – aujourd'hui dans une assemblée comme la nôtre, et non pas comme une normativité, pouvant avoir bien sûr, une dimension juridique mais ayant surtout une dimension déontologique, éthique, morale et celle-là est fondamentalement plus importante », Intervention au séminaire « la charia qu'est ce à dire? du 15 avril 2013.

B- La codification des affaires familiales : une substitution de la loi à la chari'a comme source du droit familial.

Cette question de substitution de la chari'a par la loi du seul fait de la codification ne fait pas l'unanimité au niveau de la doctrine algérienne comme souligné précédemment. Il n'en n'est pas ainsi vous diront certains auteurs, dès lors que les règles relatives à l'héritage telles que prescrites par le Coran ont été reprises à la lettre et dans le moindre détail, que le droit de répudiation de l'époux a été reconduit, de même que le droit de l'épouse au khol'â, que la présence du wali au mariage de la fille mineure est toujours obligatoire et que l'adoption reste interdite etc.

Cela est certainement vrai, néanmoins, faut-il rappeler la distinction : sources matérielles et sources formelles du droit⁴⁷ ; les premières s'intéressent à l'origine de la règle de droit, alors que les secondes concernent les formes de sa concrétisation, tout en lui conférant par la même son autorité. Il ne fait pas de doute que la chari'a est une source matérielle et qu'elle en est d'ailleurs la principale source, d'où la reprise de la plupart de ses solutions (de la chari'a) dans les dispositions du Code de la famille. En revanche, il nous paraît difficile de la considérer, après la promulgation du Code de la famille, comme étant la source formelle en la matière, tout au moins à titre principale. D'ailleurs, l'article 1^{er} du Code de la famille énonce clairement que : « *Toutes les relations entre les membres de la famille sont régies par la présente loi.* ».

Cet avis est également celui de la jurisprudence de la Cour Suprême. Les juges du droit se contentent, en effet, dans le cadre de leur pouvoir de contrôle des décisions rendues par les juridictions de fond, d'examiner uniquement les aspects liés à la bonne ou mauvaise application de la loi, c'est-à-dire les dispositions

⁴⁷ - C'est là une distinction du droit positif, le chari'a distingue plutôt les sources originelles des sources dérivées.

du Code de la famille, sans se préoccuper du respect ou non de la chari'a.

Ainsi, dans une espèce soumise à son contrôle, la Cour suprême a cassé et annulé l'arrêt d'une cour statuant en appel qui a rejeté la demande de reconnaissance de paternité d'un enfant au motif que celui-ci serait né d'une relation illégitime et que la chari'a n'admet pas dans ce cas la reconnaissance de paternité. Elle relève dans une autre espèce que dès lors que les tests ADN pratiqués conformément à l'article 40 du Code de la famille⁴⁸ ont établi que le défendeur au pourvoi est bel et bien le père biologique de l'enfant, les juges du fond doivent accéder à la demande en reconnaissance de paternité, sans confondre la filiation de l'enfant né du mariage légal, objet de l'article 41 et la reconnaissance de paternité de l'enfant né d'une relation illégitime⁴⁹. Elle a accédé également à la demande en reconnaissance de paternité de l'enfant né d'un viol en application de l'alinéa 2 de l'article 40⁵⁰. Cette décision de la Cour Suprême non conforme à la chari'a a donné lieu, d'ailleurs, à beaucoup de commentaires. La Haute Juridiction, s'est tenue également à une stricte application des dispositions des articles 169 à 172 du Code de la famille relatifs à l'héritage par substitution, sans tenir compte des prescriptions de la chari'a⁵¹, qu'elle continuait pourtant

⁴⁸- L'article 40 rédigé comme suit : « *La filiation est établie par le mariage valide, la reconnaissance de paternité, la preuve, le mariage apparent ou vicié ou tout mariage annulé après consommation, conformément aux articles 32, 33 et 34 de la présente loi.... Le juge peut recourir aux moyens de preuve scientifique en matière de filiation* »

⁴⁹- Ch. Stat Pers & suc (Chambre du statut personnel et des successions), Arrêt du 05/03/2006, n° 355180, Re. C. Sup (Revue de la Cour Suprême), 2006, 1, p 469.

⁵⁰- Ch. Stat. Pers & suc., Arrêt du 15 mars 2012, n° 734072, note F.Z. Tebboub, Rev. C. Sup. 2013,1, 113.

⁵¹- Ch. Stat. Pers & suc. Arrêt du 12/09/2013, n°0759763, Rev. C. Sup. 2014, 1, 327. Dans une autre espèce objet de l'arrêt du 04/01/2006, n° 309029, cette même chambre a cassé l'arrêt dont pourvoi, dès lors que les juges du fond ont estimé que le demandeur au pourvoi n'a pas rapporté la preuve de l'héritage par substitution qui était selon les règles de la chari'a facultatif, or depuis la promulgation du Code de la famille, l'héritage par substitution est de droit, et qu'ainsi les juges d'appel ont violé les dispositions de l'article 169 du code de la famille, Rev. C. Sup. 2006, 1, 443.

à appliquer au titre des situations intervenues antérieurement à la promulgation du Code de la famille⁵².

Etant une œuvre législative, le Code de la famille à l'instar des autres lois de la République (Code pénal, Code civil et autres textes de la loi) a été élaboré dans le respect des procédures prévues à cet effet. Il a été l'objet d'un projet de texte de loi initié par le chef du gouvernement en vertu de l'article 119 de la Constitution, puis discuté et adopté par le parlement conformément aux dispositions des articles 98 et 152⁵³, ensuite promulgué par le Président de la République dans le cadre de ses attributions conformément à l'article 126 et enfin publié au journal officiel, en application de l'article 4 du Code civil. Aussi, en tant qu'œuvre législative, le Code de la famille n'est pas seulement passible de modification, comme il l'a été d'ailleurs en vertu de l'ordonnance n° 05-02 du 27/02/2005, modifiant et complétant la loi n° 84-11 du 9 juin 1984 portant Code de la famille, mais il peut être également l'objet d'une réforme compte tenu de mutations profondes que pourrait connaître la société, alors que le chari'a est immuable dans ses principes. Par ailleurs, la codification du droit familial a permis son intégration dans l'édifice juridique algérien.

II- L'insertion des règles du droit des affaires familiales dans l'ordre juridique algérien

L'ordre juridique est défini généralement comme un ensemble structuré de normes juridiques en vigueur dans un

⁵² - C. Sup, Ch. Stat. Pers & suc., arrêt du 10/12/2009, n° 526179, Rev. C. Sup. 2010, 1, 231, Les juges ont fait application des règles de la chari'a pour se prononcer sur la validité de l'acte de substitution d'héritier établi le 28/09/1942.

⁵³ - Art 98 : « Le pouvoir législatif est exercé par un Parlement composé de deux chambres, l'Assemblée Nationale Populaire et le Conseil de la Nation...Le parlement élabore et vote la loi souverainement. », Art 122 Constitution : « le parlement légifère dans les domaines que lui attribue la constitution, ainsi que dans les domaines suivants : ...2- les règles générales relatives au statut personnel et au droit de la famille ; et notamment au mariage, au divorce, à la filiation, à la capacité et aux successions ; ».

Etat. C'est un ensemble structuré dans la mesure où les normes qui le composent sont dépendantes les unes des autres⁵⁴. La codification du droit de la famille a permis d'insérer ses règles dans l'ordre juridique algérien⁵⁵ et qu'ainsi la loi portant Code de la famille doit obéir au principe de la hiérarchie des normes (A) et son application se fera concurremment avec les autres des textes de loi (B).

A- Le Code de la famille et le respect de la hiérarchie des normes

Le principe de la hiérarchie des normes est en fait un classement hiérarchisé de l'ensemble des règles en vigueur dans un pays donné, relevant d'un même ordre juridique pour en assurer la cohérence et la rigueur. Le principe de la hiérarchie des normes signifie que la norme supérieure s'impose à la norme inférieure. Autrement dit, le Code de la famille doit respecter, non seulement la Constitution, considérée comme la loi fondamentale source de toutes les lois, mais également les traités, car ce sont des textes supérieurs à la loi portant Code de la famille. Il n'est pas dans notre intention, dans le cadre de cette communication, d'examiner les différents aspects de ces questions, mais on se limitera à ceux spécifiques au Code de la famille.

1-Le respect de la Constitution

En vertu de l'article 165 de la Constitution, le contrôle de la constitutionnalité des lois relève des prérogatives du Conseil constitutionnel, qui pourra le cas échéant, par avis ou par décision, déclarer inconstitutionnelles une ou plusieurs dispositions de la loi (article 169). La question de la constitutionnalité des dispositions du Code de la famille concerne principalement le respect des dispositions de l'article 29 de la Constitution, consacrant l'égalité des sexes.

⁵⁴- C'est l'ordre juridique qui valide la norme.

⁵⁵- «... il n'existe pas, 'dans la nature' de norme juridique isolée » M. Virally, La phénomène juridique, RDP, 1966, p 5.

En effet, les opposants au Code de la famille dénoncent son aspect discriminatoire, en matière de droits des époux à propos du mariage, du divorce, de la succession, de la garde etc. Ce reproche n'est pas le fait de simples citoyens, mais il est également celui des politiciens et des juristes⁵⁶. Cette question de l'égalité des sexes est aussi une des préoccupations du Président de la République, l'évoquant continuellement dans ses discours à l'occasion de la commémoration de la journée de la femme⁵⁷. Les adeptes du Code de la famille sont plutôt d'un avis contraire et soutiennent que la chari'a a libéré et honoré la femme.

Il s'agit, en vérité, d'un problème de cohabitation entre deux systèmes juridiques, cohabitation qui s'est révélée malaisée, voire impossible à réaliser. En effet, il est difficile de parler de l'égalité des époux telle qu'elle résulte des dispositions du Code de la famille (*inspirées principalement par la chari'a*), si on prend comme point de départ l'égalité des sexes telle que conçue par les droits occidentaux (*qui ont inspiré la Constitution algérienne*), lesquels sont fondés sur une toute autre philosophie.

La recherche d'un compromis entre les deux conceptions de l'égalité des époux comme semble le faire le Président de la République, à travers son discours du 8 mars 2006 est difficile à réaliser. Il est dit notamment dans ce discours : « *Dans le domaine législatif, les dernières révisions du Code de la famille et du Code de la nationalité placent l'Algérie au rang des nations les plus*

⁵⁶ - Mme Hanifi, dans sa thèse de doctorat sous le titre : « La dissolution du lien conjugal du vivant des époux », a choisi comme intitulé de la première partie de cette thèse « La discrimination au niveau des causes de la dissolution du lien conjugal », alors que le chapitre 1^{er} porte le titre : « Un semblant d'équilibre entre les époux ».

⁵⁷ - Lors de son discours du 8 mars 2014, le Président de la République qui est revenu sur les modifications apportées au Code de la famille en 2005 précisait : « *Le Code de la famille amendé en 2005, a permis d'introduire davantage d'égalité entre les conjoints, une meilleure protection des enfants mineurs et plus de cohésion familiale. Néanmoins il reste perfectible sur certains aspects matériels...* », Voir également, Nadia Ait Zai, Les discriminations : Obstacles à la réalisation d'une égalité effective entre hommes et femme, in publication du Centre d'information et de documentation sur les droits de l'enfant et de la femme, CiDDEF, 2012, pp 05-19.

avancées tout en sachant que notre peuple est et demeurera farouchement attaché à ses valeurs civilisationnelles immuables et non négociables.». Il est également précisé dans son discours du 8 mars 2007: « Cette transformation des rôles féminins a eu nécessairement des répercussions sur le statut juridique des femmes, consacrant leur plus grande autonomie et un rééquilibrage des responsabilités de l'homme et de la femme au sein de la famille dans le respect fondamental des valeurs de l'Islam. C'est ce que le législateur a accompli il y a deux ans avec audace et mesure en introduisant d'importantes réformes dans les codes de la famille et de la nationalité. ». C'est en raison de ces difficultés objectives nous semble – t –il que le problème de la constitutionnalité des dispositions du Code de la famille n'a jamais fait l'objet de recours devant le Conseil constitutionnel, qui ne peut être saisi au demeurant que par le Président de la République, le Président de l'Assemblée populaire nationale et/ou le Président du conseil de la Nation.

2- Le respect des conventions internationales

Aux termes de l'article 132 de la Constitution, les traités ratifiés par le Président de la République, dans les conditions prévues par la Constitution, sont supérieurs à la loi. Il s'ensuit que les dispositions du Code de la famille ne doivent pas être contraires aux Conventions Internationales auxquelles l'Algérie a adhérees dont notamment celles qui protègent les droits des femmes. D'ailleurs, le Président de la République n'a pas manqué de le rappeler dans son discours prononcé à l'occasion de la célébration de la journée de la femme le 8 mars 2009 : *« Notre pays veut aussi se hisser au rang de ceux qui respectent leurs engagements aussi bien nationaux qu'internationaux puisque l'Algérie est signataire des conventions internationales qui protègent les droits des femmes. ».*

L'adhésion de l'Algérie aux Conventions Internationales suppose également la mise en harmonie de la législation interne

dont le Code de la famille avec Ces conventions Internationales. Lors de son discours du 8 mars 2008, le Président de la République, indiquait que : « ...nous allons retirer les réserves qui avait été formulées par l'Algérie à l'égard de l'article 9.2 de cette convention concernant l'égalité des droits de la mère et du père en matière de transmission de la nationalité algérienne aux enfants, cette égalité étant maintenant reconnue en Algérie. ».

B- Le droit de la famille une branche du droit privé

En adoptant la *summa divisio*: droit public/droit privé, ainsi que la classification française des branches du droit, le droit familial constitue une branche du droit privé. Il entretient des relations avec les autres branches du droit et plus spécialement le droit civil, considéré comme étant le droit commun. La reprise de cette méthodologie propre au droit français n'est pas sans conséquence sur le contenu, voire l'interprétation des dispositions du Code de la famille. La relation entre le droit civil - en tant que droit commun- et le droit de la famille - en tant que branche du droit privé-, ne peut se concevoir théoriquement qu'autant qu'ils partagent la même conception générale, garantissant ainsi l'harmonie générale du système juridique.

Il est vrai qu'une partie de la doctrine algérienne revendique, comme indiqué précédemment, l'autonomie du Code de la famille, en ce que ses dispositions sont des règles de la chari'a. Ce point de vue est confirmé par l'article 222 du Code de la famille, lequel renvoie, à l'application de la chari'a en l'absence de dispositions légales. Outre les arguments que nous avons déjà évoqués contre ce point de vue, une lecture rapide de certaines dispositions du Code civil, notamment celles contenues dans le Livre I intitulé « *Dispositions générales* »⁵⁸, montre clairement que le Code civil

⁵⁸-Ce livre traite des règles relatives à l'application de la loi, des conflits de lois dans le temps et dans l'espace, et des personnes.

est le droit commun et que ses dispositions s'appliquent au droit de la famille, en tant que de besoin. Par ailleurs, les dispositions du Code de la famille relatives à la capacité, au contrat de mariage, au consentement vicié, à la filiation et autres, sont des applications particulières de règles déjà énoncées par le Code civil. Mieux encore, les articles 82 et 83 du Code de la famille font référence aux articles 42 et 43 du Code civil.

L'harmonisation recherchée par le législateur et pratiquement réussie au plan formel semble cependant soulever beaucoup plus de difficultés quant au fond.

Section II –la codification du droit de la famille : une opportunité pour l'harmonisation et la modernisation des concepts

A priori, la question de l'harmonisation des concepts ne devrait pas se poser, puisque nous avons exclu l'hypothèse de la cohabitation à propos de la codification du droit familial.

Autrement dit, à partir du moment où la chari'a est considérée comme uniquement une source matérielle, le législateur n'est pas tenu de reprendre les solutions empruntées à celle-ci dans les termes de leur formulation originelle. L'intégration du droit familial dans le corpus juridique en place commande d'utiliser plutôt la terminologie juridique en usage, notamment celle du droit privé et spécialement le droit civil considéré comme droit commun. Le législateur doit - dans un souci d'harmonisation - adopter également la même méthodologie, les mêmes classifications etc. En vérité, il n'en n'a pas été ainsi, car les solutions de la chari'a sont énoncées au moyen d'une terminologie propre à la langue arabe et qu'ainsi, il n'est pas certain de trouver dans tous les cas de figure, les termes équivalents dans une autre terminologie et/ou à une autre langue. Il y a un risque de dénaturation des solutions empruntées à la chari'a.

Faut-il rappeler à cet égard, que la distinction des systèmes juridiques ne tient pas uniquement à la différence de leurs sources, mais se manifeste aussi à propos des concepts utilisés par chaque

système, des approches et des méthodologies différentes, etc.⁵⁹ Le droit en tant que science et au même titre d'ailleurs que les autres disciplines scientifiques a besoin pour la formulation de ses règles d'un langage technique et d'un vocabulaire normalisé. Cette normalisation des termes juridiques n'exclut pas, cependant, l'existence de différences entre les vocabulaires utilisés par les différents systèmes juridiques. Certains termes juridiques consacrés par un système juridique ne le sont nécessairement pas par un autre et/ ou n'ont pas la même signification etc.

A ces disparités d'ordre conceptuel s'ajoutent des difficultés d'ordre linguistique. A titre d'exemple, si notre pays a certes consacré, le monolinguisme - la langue arabe étant constitutionnellement la seule langue nationale et officielle-, or il existe bel et bien un bilinguisme de fait, étant officieux. Les textes juridiques sont élaborés, promulgués et publiés dans deux langues (l'arabe et le français), appartenant à des cultures et des civilisations différentes. Ce bilinguisme est un élément de complication supplémentaire qui rend l'effort d'harmonisation plus que nécessaire.

Ainsi, l'harmonisation du droit algérien, quant au fond, à la faveur de la codification du droit familial est indispensable. Nous avons choisi à titre illustratif, trois aspects que nous estimons importants et sur lesquels doit porter l'effort d'harmonisation. Il y a l'aspect relatif à l'approche de la chari'a qui est totalement différente de celle retenue par le législateur (I). Il y a ensuite, la classification des actes juridiques préconisée par la chari'a, et adoptée certes par le législateur, mais qui a engendré des difficultés (II). Il y a enfin, la question de l'harmonisation des concepts qui, nous semble- t-il, n'a pas donné les résultats escomptés (III).

⁵⁹-A. Filali, Bilinguisme & bi juridisme, l'exemple du droit Algérien, communication, Colloque international sous le titre, Le bilinguisme juridique dans les pays du Maghreb, Annales de l'Université d'Alger, numéro spécial 2/2012 pp 70-115.

I- Le rejet de l'approche de la chari'a

La chari'a s'intéresse non seulement au temporel en sanctionnant les actes portant atteinte à autrui, mais se préoccupe également du spirituel. Tous les comportements de l'individu aussi bien envers autrui, qu'envers Dieu ou envers soi-même sont pris en considération. Ils sont sanctionnés positivement ou négativement d'une double sanction : une sanction immédiate et une sanction dans l'au-delà. En partant de cette approche tout acte accompli par l'individu est passible, selon le cas, de cinq qualifications comme suit :

- les actes dits «Fard», ou obligatoires, sont sanctionnés positivement ou négativement selon qu'ils ont été ou non accomplis. Ils sont sanctionnés immédiatement et dans l'au-delà, telle l'obligation de s'acquitter de la pension alimentaire due à l'épouse et ou aux enfants, ou l'acquittement d'une dette de loyer ou autre contractée envers un tiers etc.⁶⁰.

- Les actes dits «mandub» ou «moustahab», c'est-à-dire les actes recommandés, qui sont sans aucune conséquence juridique dans l'immédiat, alors qu'ils donnent lieu à une récompense dans l'au-delà, tel l'exemple du choix de l'épouse de même condition sociale, éviter les gaspillages et les consommations abusives de l'eau, de l'électricité, etc., même dans les cas d'abondance, aider les nécessiteux, ainsi que l'exploitation de biens ou à défaut en concéder l'exploitation à autrui.

- Les actes dits «mubah», ou permis dont l'accomplissement n'entraîne aucune conséquence aussi bien dans l'immédiat que dans l'au-delà. Le principe est que tout est permis.

- Les actes «makrûh» ou désapprouvés, détestables, dont l'accomplissement n'entraîne aucune sanction négative, alors que l'abstention de tels actes est récompensée dans l'au delà, tel

⁶⁰- Ces actes sont repartis à leur tour en fard «ayni», soit une obligation personnelle qui doit être acquittée par tout un chacun, et «fard kifaya» ou une obligation à la charge de la collective dont l'exécution par certains libère les auteurs.

l'exemple du divorce, la vente durant l'accomplissement de la prière de vendredi.

- Les actes «harâm», ou interdits qui donnent lieu à une double sanction dans l'immédiat et dans l'au-delà, telle la conclusion du mariage durant le pèlerinage, la chasse pendant la période ihram.

Contrairement à la chari'a, le droit dont le but principal est d'organiser la vie en société ne se préoccupe que des comportements qui peuvent nuire à la paix sociale et ne s'intéresse à l'individu qu'en tant qu'être social. Ainsi, seules les relations avec autrui, de quelque nature qu'elles soient intéressent le droit dans la mesure où elles peuvent menacer la paix sociale. Les sanctions sont un moyen de faire respecter l'ordre social et rétablir les victimes dans leurs droits. Le for intérieur des individus, leur conviction, leur comportement vis-à-vis d'eux-mêmes ou de Dieu n'intéresse pas la loi. Les sanctions quant à elles sont matérielles et immédiates.

L'aspect religieux, moral n'étant pas pris en compte, le législateur ne pouvait donc prendre en considération l'approche de la chari'a.

II- La classification des actes juridiques

C'est en définissant les attributs de la personnalité dans le cadre du Titre II du Code civil, intitulé « Des personnes physiques et morales », que le législateur a énoncé les règles relatives à la capacité. Après avoir édicté à l'article 40 le principe selon lequel toute personne majeure jouissant de ses facultés mentales non interdite a la pleine capacité pour l'exercice de ses droits, le législateur a prévu le cas où la personne est dépourvue de discernement à cause de son âge ou pour cause de sa faiblesse d'esprit ou de démence (article 42), ainsi que le cas de la personne qui a atteint l'âge de discernement sans être majeure

(article 43) etc. Aux termes de l'article 101-1, le contrat conclu par un incapable est passible de nullité relative, alors qu'il est prescrit à l'article 103-2 : « Lorsque, le contrat d'un incapable est annulé en raison de son incapacité, ce dernier n'est obligé de restituer que la valeur du profit qu'il a retiré de l'exécution du contrat. ».

L'article 83 du Code de la famille figurant dans le Livre deuxième « De la représentation légale » dispose quant à lui : « Les actes de toute personne ayant atteint l'âge de discernement sans être majeure au sens de l'article 43 du code civil, sont valides dans les cas où ils lui sont profitables, et nuls s'ils lui sont préjudiciables.... Ces actes sont soumis à l'autorisation du tuteur légal ou du tuteur testamentaire, lorsqu'il y a incertitude entre le profit et le préjudice... En cas de litige la justice est saisi. ». Cette solution préconisée par le droit musulman n'est pas sans soulever de difficultés quant à son application, en raison, disons le tout de suite de l'impossibilité de faire cohabiter deux solutions relevant de conceptions différentes. Aux termes des dispositions du Code civil, le contrat passé par un incapable est annulable, qu'il ait ou non atteint l'âge de discernement et quelque soit la nature du contrat (vente, donation ou autre). Le Code de la famille considère par contre l'acte profitable « valide » et l'acte préjudiciable nul. Les dissemblances n'existent pas seulement au niveau des sanctions, ce qui aurait pu être justifié à la limite par l'adage « le spécial déroge au général », mais elles sont fondées sur des différences dans la classification des actes juridiques. Alors que le Code civil distingue les actes de disposition, des actes d'administration et des actes de conservation, le Code de la famille retient quant à lui une autre classification tripartite, également, à savoir : les actes profitables, les actes préjudiciables et les actes intermédiaires.

L'article 88 du Code de la famille semble, par contre, reprendre, la classification du Code civil, dans la mesure où les actes cités sont considérés comme des actes de disposition :

« Le tuteur est tenu de gérer les biens de son pupille au mieux des intérêts de celui-ci. Il est responsable au regard du droit commun et doit solliciter l'autorisation du juge pour les actes suivants :...1°(Vente partage hypothèque ; 2° Vente de biens meubles d'importance particulière ; ... ». Ainsi, les dispositions de cet article sont en contradiction avec celles de l'article 83 du même code. Est-il par ailleurs concevable d'exiger du tuteur l'obtention au préalable de l'autorisation du juge pour procéder à une vente du bien de l'incapable, alors que la vente consentie par celui-ci serait, valide dans le cas où elle lui serait profitable ?

Faut-il citer une autre classification résultant de ce même article 83 faisant état de l'acte qui a besoin d'une ratification (version en langue arabe). La chari'a distingue à propos de la validité des actes : L'acte valable, l'acte nul, l'acte vicié (fasid), l'acte suspendu (maoukouf) et l'acte non obligatoire⁶¹. C'est là aussi un autre cas de confusion, les actes juridiques ne pouvant être en droit civil, que valables, nuls et/ou annulables. Ainsi un problème d'harmonisation est bien posé et il l'est davantage à propos de l'harmonisation des concepts.

III- L'harmonisation des concepts

Cette question de l'harmonisation des concepts sera examinée en deux étapes : la première concerne les concepts en langue nationale et à ce stade les difficultés linguistiques ne devraient pas se poser, puisque la chari'a et la version officielle du Code de la famille partagent la même langue : l'arabe. Les difficultés appréhendées sont plutôt d'ordre conceptuel (A). La seconde étape intéresse l'harmonisation des concepts au titre de la version en langue française du Code de la famille. Cette version est certes, une traduction de la version officielle, néanmoins elle présente un intérêt non négligeable comme on

⁶¹ - العقد الصحيح والعقد الباطل والعقد الفاسد والعقد الموقوف والعقد غير اللازم.

le verra plus loin. Elle soulèvera d'ailleurs, plus de difficultés, car aux dissensions conceptuelles s'ajoutent les tracas linguistiques. La terminologie du droit français a eu, en effet, une grande influence sur la terminologie utilisée par le Code de la famille (B).

A- L'harmonisation des concepts en langue nationale : le recours aux concepts de droit civil

C'est là une démarche logique dans la mesure où la codification du droit de la famille devait permettre son intégration dans le corpus juridique algérien ; or celle-ci ne sera parfaite que par l'utilisation d'une même terminologie juridique. Faut-il rappeler à cet égard que le Code civil algérien est en fait une sorte d'algérianisation et en même temps d'arabisation du Code civil français. Le texte du Code civil en langue nationale est, certes, une reprise fidèle du texte du Code civil Egyptien, mais celui-ci s'est grandement inspiré du Code Napoléonien.

En vertu du décret n° 64-147⁶², notamment son article 2 : *«Le journal officiel est rédigé en langue arabe... A titre provisoire il comporte une édition en langue française »*. Cette situation qui s'est perpétuée jusqu' au 27 janvier 1970, a fait que la version en langue française des textes algériens inspirés du droit français n'est pas seulement l'équivalent de la version en langue nationale, mais elle en est aussi et surtout, la version originale. Autrement dit, la version en langue nationale n'est, en fait, qu'une traduction de la version en langue française. Cette pratique est toujours en vigueur, bien que depuis le 27 janvier 1970, le journal officiel en langue française porte expressément la mention «TRADUCTION FRANCAISE ». Le Code civil algérien, promulgué en 1975, n'a pas échappé à cette pratique.

Il faut souligner toute fois, - et c'est là un élément important - qu'il s'agit d'une traduction juridique, voire même littérale et

⁶² - Relatif à l'exécution des lois et règlements, JORA, 1964, n° 44, p 610.

non pas d'une transposition juridique, dans la mesure où il est question seulement de formuler en langue arabe les dispositions reprises du Code civil français, sans tenir compte des aspects culturels. La transposition juridique exige quant à elle, non seulement le transfert d'un message juridique d'une langue à une autre, mais le passage également d'une culture à une autre. Il faudra transposer un discours juridique pris d'un système juridique donné dans un autre système juridique⁶³.

Il y a lieu de préciser, par ailleurs, que la terminologie juridique formulée originellement en langue arabe c'est celle de la chari'a. Mais comme, il ne s'agit pas de transposer les dispositions du Code civil français dans la culture algérienne, la traduction de la terminologie du droit français en langue arabe peut se faire par un linguiste. Il ne s'agit pas de rechercher des concepts équivalents, mais seulement des termes en langue arabe à même de traduire le contenu des règles du droit français. C'est une traduction moins contraignante, qui n'exige pas de compétences juridiques et d'où d'ailleurs, certaines divergences de traduction de termes juridiques dans les différents codes civil des pays arabes⁶⁴.

Cela étant, la préférence des concepts de droit civil a l'avantage de favoriser l'harmonisation et la modernisation du droit algérien, néanmoins elle n'est pas sans inconvénient majeur. L'insuffisance des concepts du droit civil va obliger le législateur à revenir parfois aux concepts de la chari'a (1) et à utiliser dans les cas complexes, les concepts de la chari'a et ceux du droit civil, simultanément et conjointement (2).

⁶³ - N. Bessadi, Le traducteur juridique algérien face à la difficulté de traduire certains termes juridiques arabes, in *Alternative francophone*, Vol 1, 3 (2010), pp 40-48.

⁶⁴- Tels les concepts de résolution, résiliation, effets du contrat, nullité etc. traduits différemment en arabe.

1- L'insuffisance des concepts du droit civil

Cette insuffisance est en fait prévisible dans la mesure où les concepts du droit civil, comme précisé précédemment, relèvent d'une autre culture. Nous avons choisi à titre d'illustration trois concepts essentiels du Code de la famille : Ahliya (capacité), Z'awadj (le mariage) et Talak (le divorce) que nous allons exposer ci-après.

1.1- Le concept Ahliyat Z'awadj (capacité de mariage)

Le législateur a emprunté au droit civil le concept de Ahliya (la capacité) pour ce qui est de la conclusion du contrat de mariage, délaissant par la même la distinction de la chari'a entre la femme vierge et celle déjà mariée. Bien qu'ayant un objet spécifique, le mariage demeure un contrat, soit un acte juridique⁶⁵ et qu'à ce titre il doit être soumis aux règles du droit civil régissant le contrat, notamment, celles relatives à la capacité juridique, quitte à prévoir, éventuellement une dérogation dans le cadre du principe « le spécial déroge au général ».

Ainsi, la femme majeure au même titre que l'homme majeur conclut elle-même son mariage. Par contre lorsque le conjoint est mineur qu'il s'agisse de l'époux ou l'épouse, il ne peut conclure de mariage que par l'intermédiaire de son représentant légal. D'ailleurs, les règles relatives à la représentation légale, objet du livre II du Code de la famille ont été élaborées sur la base de cette même conception du Code civil.

L'application, toutefois, de cette solution au contrat de mariage ne traduit pas fidèlement les préoccupations de la chari'a. L'intervention du wali dans la conclusion du contrat de mariage de la fille vierge est toujours nécessaire, combien même elle serait majeure. Mieux encore, l'intervention du wali n'exclut pas le consentement au mariage de la fille vierge, bien

⁶⁵ - Voir art 4 « *Le mariage est un contrat consensuel...* », art 9 : « *Le contrat de mariage est conclu par l'échange de consentement des deux époux* ».

au contraire, il est toujours requis. Ainsi, la notion de capacité empruntée en droit civil ne permet d'expliquer l'intervention du wali dans le contrat de mariage.

1.2- Le concept Z'awadj (mariage)

Le législateur a préféré utiliser, le concept de Z'awadj (mariage) déjà usité par le Code civil dans ses articles 11 à 13 à propos des règles de conflits de loi, par l'ordonnance n° 70-20 relative à l'état civil et par le Code de la nationalité (article 12). Rappelons aussi que le terme Z'awadj est également un concept de la chari'a, néanmoins le législateur a pris la précaution de définir aqd Z'awadj (le contrat de mariage) à l'article 4 du Code de la famille⁶⁶ et d'en préciser les éléments constitutifs aux articles 9 à 17. Cette définition est conforme à la définition de la chari'a du Niqah, un terme synonyme de Z'awadj. En procédant de la sorte, le législateur entendait, peut-être éviter, tout risque de confusion ou de dénaturation, sachant que le terme Z'awadj en usage dans le Code civil est une traduction du concept français « mariage » élaboré dans un contexte culturel bien défini. Le mariage en tant que concept du droit français ne peut pas avoir d'équivalent parfait en droit Algérien, notamment en droit familial⁶⁷.

Le législateur s'est trouvé, ainsi, contraint dans certains cas, d'abandonner le concept de Z'awadj (mariage) lui préférant un terme juridique propre à la chari'a « le Niqah », tel l'exemple de l'article 10 du Code de la famille ou encore l'intitulé du chapitre III⁶⁸ « Niqah Fasid » et traduit en français « mariage

⁶⁶ - «Le mariage est un contrat consensuel passé entre un homme et une femme dans les formes légales. Il a , entre autres buts, de fonder une famille basée sur l'affection , la mansuétude et l'entraide, de protéger moralement les deux conjoints et de préserver les liens de famille».

⁶⁷ - aux termes de l'article 143 du Code civil français: «Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe».

⁶⁸ - Titre I « Du mariage », du Livre premier du mariage et de la dissolution du Code de la famille.

vicié ». Ce revirement s'explique sans aucun doute par l'insuffisance du concept emprunté au droit civil et par le souci du législateur de reprendre fidèlement les règles de la chari'a. Le qualificatif «fasid » semble s'accorder beaucoup plus avec le terme « Niqah » que celui de« Z'zaoudj » (mariage).

1.3- le concept de Talek (divorce)

L'article 48 du Code de la famille reprend le concept « talak » soit le divorce utilisé aussi par l'ordonnance relative à l'état civil. Le Talak comme moyen de dissolution du mariage pourrait intervenir aux termes de cet article par la volonté de l'époux, par consentement mutuel des deux époux ou à la demande de l'épouse. Cette formulation assez générale du Talak ne traduit pas fidèlement la conception de la chari'a. Pour celle-ci, le talak s'entend comme étant seulement la répudiation (et non pas le divorce) de l'épouse par l'époux. La dissolution du mariage à la demande de l'épouse pourra se faire, selon le cas, dans le cadre de ce qui est appelé par les fouqahâs Tatlik ou khol'â qui sont deux cas de figure distincts du Talak. Le législateur a d'ailleurs été dans l'obligation de reprendre les concepts de tatliq et de khol'â aux articles 53 et 54 du Code de la famille. Ces tergiversations du législateur expriment tous les difficultés qu'il rencontre dans le cadre de l'effort d'harmonisation du droit Algérien.

2- L'utilisation conjointe de concepts de la chari'a et ceux de droit civil

C'est à propos des sanctions de l'inobservation des conditions et des empêchements du mariage que le législateur a eu recours, en même temps, aux concepts empruntés au droit civil et à la chari'a. Le chapitre III du Livre du Code la famille a pour titre « Niqah Batel ou fasid » (Mariage vicié et mariage nul). El- boutlane (nullité) est la sanction qui frappe tout acte juridique conclu en violation des conditions de sa formation. C'est la sanction de principe retenue par le droit civil.

Les sanctions prévues par la chari'a sont plus diversifiées, il y a outre la nullité, la résolution, etc. Ainsi, en voulant reprendre les solutions de la chari'a, le législateur a adopté, en la matière, la casuistique de la chari'a, en prévoyant des sanctions spécifiques pour chaque cas de figure, d'où l'échec de l'harmonisation des concepts.

B- L'influence de la terminologie du droit français sur le Code de la famille

Officiellement, la version en langue française du Code de la famille est une simple traduction de la version officielle en langue nationale. Elle ne présente, à priori, aucun intérêt particulier pour qu'on s'y attarde. On pourrait même s'interroger sur son utilité, dès lors que la langue arabe est la langue originelle de la chari'a, considérée comme source matérielle et principale du Code de la famille. Cette approche théorique est cependant réfutée par la pratique pour plusieurs raisons, dont certaines ont déjà été évoquées au cours de cette communication. La version française des textes constitue généralement la version originale⁶⁹ et à ce titre elle revêt une importance considérable pour la compréhension et l'interprétation du texte. C'est en effet dans le droit français et «... *dans la langue française que le législateur puise les concepts et les modes de raisonnement...* »⁷⁰. La terminologie

⁶⁹ - Et cela de l'aveu des magistrats de la Cour Suprême qui déclarent dans un arrêt du 20/10/2008 « Attendu qu'en application de l'article 335 du Code pénal libellé en langue française, la violence constitue un élément constitutif de l'infraction d'attentat à la pudeur violente ; contrairement au texte original rédigé en langue arabe qui, par erreur, a fait référence à l'attentat à la pudeur sans violence », Rev C Sup 2008, 1. 305. Arrêt cité et traduit par Mme Lahlou Khiar, Le bilinguisme juridique en Algérie et l'effectivité de la règle de droit, communication, Colloque international, Le bilinguisme juridique dans les pays du Maghreb, in Annales de l'Université d'Alger, n° spécial 2/2012 p 284. Voir également Chérif Benadji, La terminologie juridique : science auxiliaire du droit ? (Une expérience algérienne), communication, Colloque international Le bilinguisme juridique dans les pays du Maghreb, in Annales de l'Université d'Alger, n° spécial 2/2012 p 233.

⁷⁰ - Mme Lahlou-Khiar, Ibid.

juridique en langue française a de tout temps constituée pour le législateur algérien la terminologie de référence pour l'élaboration des textes de loi.

Ce penchant pour la culture juridique française explique non seulement la nécessité d'une version en langue française du Code de la famille, mais également la francisation des concepts empruntés à la chari'a. Les concepts qui n'ont pas d'équivalents en droit français ont été dénaturés (1) et le législateur s'est senti, par ailleurs, obligé d'inventer des concepts en français pour traduire les concepts de la chari'a transcrits phonétiquement en langue française (2).

1- La dénaturation des concepts de la chari'a

Nous avons choisi comme exemple de dénaturation la notion de « wali », dans la mesure où cette institution constitue un des principaux points de discordance entre les partisans de la modernité et ceux revendiquant une application stricte de la chari'a. Le wali dans le mariage est un concept propre à la chari'a qui n'a pas d'équivalent en droit français. La chari'a distingue le wali dans le mariage, du wali dans le cadre de la représentation légale de l'incapable, plus spécialement le mineur. Le rôle du wali dans le mariage est différent de celui qu'il assume dans le cadre de la représentation légale.

L'institution du wali en matière de mariage n'est pas justifiée par l'état de minorité de l'épouse, mais s'explique par le fait que celle-ci est « vierge », en ce qu'elle n'a pas été déjà mariée. Par ailleurs, le consentement du wali n'exclut pas celui de l'épouse qui doit donner son consentement. Autrement dit, il y a le consentement de l'épouse vierge auquel vient s'ajouter celui du Wali. Formellement, le Code de la famille distingue ces deux situations dans la mesure, où il question de wali en matière de mariage (articles 9 et 11), alors qu'il est fait état du tuteur dans le cadre de la représentation légale (articles 81, 87, 88).

Le droit français par contre ne connaît que l'institution de la tutelle dans le cadre de la représentation de l'incapable et à ce titre, le tuteur n'intervient qu'en sa qualité de représentant légal du conjoint mineur dans la conclusion de l'acte de mariage, qu'il s'agisse de l'époux ou de l'épouse. Et telle semble être l'interprétation donnée à l'institution du wali en matière de mariage en vertu des dispositions de l'article 11 du Code de la famille, conçu comme suit: « *La femme majeure conclut son contrat de mariage en présence de son « wali » qui est son père ou un proche parent ou toute autre personne de son choix....Sans préjudice de l'article 7 de la présente loi, le mariage du mineur est contracté par le biais de son « wali » qui est le père, puis l'un des proches parents. Le juge est le tuteur de la personne qui en est dépourvue.* »⁷¹.

2- La traduction en langue française des concepts de la chari'a

La traduction des concepts juridiques n'est pas chose aisée, car il ne s'agit pas de traduire le concept pris dans la langue source par un quelconque vocable dans la langue cible dès lors qu'il a la même signification ou un sens approximatif. Il faudrait rechercher dans la terminologie juridique de la langue cible le concept équivalent. Lorsque il n'y a pas de concept équivalent, - ce qui n'est pas rarissime - il faudra se contenter de la transcription phonétique en français du terme juridique arabe et il appartiendra au lecteur d'en rechercher, le cas échéant, la signification exacte. C'est ce que le législateur a fait à propos des notions de « wali » dans les articles 9, 11 et 13, de « khol'â » dans les articles 54 et 57 du Code de la famille.

Le législateur ne s'est pas tenu, toutefois, à cette démarche dans tous les cas de figure, la transcription phonétique du terme

⁷¹ - Avant sa modification par l'ordonnance n° 05-02 du 2 février 2005, cet article était rédigé comme suit : « *La conclusion du mariage pour les femmes incombe à son tuteur matrimonial qui est soit son père, soit l'un de ses proches parents....Le juge est le tuteur matrimonial de la personne qui n'en a pas.* ».

arabe a été précédée parfois d'une traduction. C'est ainsi que le chapitre 1 (version française) a été intitulé « Des fiançailles - El khitba - et du mariage », alors que l'énoncé en langue arabe est « El Khitba wa Z'zawedj ». Autrement dit le législateur tout en traduisant « El Khitba » par fiançailles a repris entre guillemets la transcription phonétique du terme arabe⁷². Ce procédé a été utilisé plusieurs fois, à propos de différentes notions juridiques, dont la dot de parité « sadaq el mithl »⁷³, l'adoption « tabanni »⁷⁴, la retraite légale ('idda)⁷⁵, le droit de garde (hadana)⁷⁶.

Lorsque les termes juridiques de la chari'a sont totalement ignorés par le vocabulaire juridique français, puisqu'il s'agit de situations inexistantes dans la société française, le législateur a inventé des expressions en langue française pour les traduire. C'est ainsi que la « kafala » est appelée le recueil légal, que « aceb » est considéré comme héritier universel, que le « hadjb » a été traduit par l'éviction en matière successorale, que « aoul » est traduit par la réduction proportionnelle des réserves successorales etc⁷⁷. Ces expressions ne peuvent en aucun cas être considérées comme des concepts dans le vocabulaire juridique français.

En conclusion, nous pouvons dire que la revendication d'un droit authentiquement algérien dont il a été question dans les discours politiques et rappelée à plusieurs reprises dans l'exposé des motifs du Code civil⁷⁸ n'a pas abouti. Cet échec

⁷² - voir également les arts 5 & 6 du Code de la famille.

⁷³ - Art 15 du Code de la famille.

⁷⁴ - Art 46 du Code de la famille.

⁷⁵ - Voir titre Chapitre 2, du titre II du livre 1.

⁷⁶ - Art 62, parfois le terme garde est employé seul (art 68 à 72).

⁷⁷ - Voir respectivement les articles 116, 139, 150, 159 et 166 du Code de la famille.

⁷⁸ - Il est dit notamment : « ...l'une des principales préoccupations de l'Etat fut de restituer au droit algérien son caractère authentiquement national, ... L'adoption d'un Code civil dont l'inspiration devait être recherchée dans nos valeurs arabo-islamiques...il s'agit tout en puisant dans le droit musulman... ».

n'est pas le fait de ne pas avoir essayé, mais s'explique plutôt par l'acculturation juridique qui n'a pas pu être vaincue.

La culture juridique française, considérée au lendemain de l'indépendance, non seulement comme étrangère au peuple algérien, mais comme la culture de l'ennemi qu'il fallait donc, évincer au plus vite, a fini par s'imposer comme culture nationale.

La consécration constitutionnelle de la langue arabe comme la seule langue nationale et officielle et de l'Islam comme religion de l'Etat, la politique d'arabisation menée dans les prétoires et dans les universités, l'intensification de la coopération dans le domaine de l'enseignement avec les pays arabes (envoi d'enseignants et l'acquisition d'ouvrages de droit en langue arabe) n'ont pas eu raison de la culture juridique française. Mieux encore, l'arabisation du droit français et son « appropriation » par les pays arabes à l'instar de l'Egypte (pays abritant la ligue arabe et leader du monde arabe), ont permis aux juristes arabes de se familiariser, voire d'adopter la culture juridique française comme culture nationale.

Cette démarche dictée par la nécessité pour les Etats arabes de moderniser leur système juridique en s'ouvrant par la même sur le monde occidental en plein essor, a été favorisée également par le déclin du monde arabo- musulman. Plusieurs facteurs sont à l'origine de cette décadence, dont : le retard technologique, le détournement du commerce international du monde arabo musulman vers d'autres continents, le refus de l'innovation en matière de pensée, l'archaïsme qui caractérise les institutions, la dégradation de l'enseignement et son inadéquation aux besoins de l'économie, l'étouffement de la liberté de penser etc.

Aujourd'hui, le retour à un droit algérien authentique semble illusoire, compte tenu des phénomènes de régionalisation et de mondialisation du droit. La tendance générale est aujourd'hui beaucoup plus à l'intégration juridique au niveau régional, voire

au niveau mondial. La multiplication des conventions internationales autour de questions qui intéressent l'humanité toute entière telles les questions relatives aux droits de l'homme, au commerce international, à l'environnement, à la propriété intellectuelle etc. sont en fait une remise en cause des droits nationaux.

Ceci dit, rien n'empêche théoriquement d'élaborer un droit qui traduit véritablement la culture et les valeurs de la société algérienne, il faut seulement avoir les moyens de sa politique.