

THÈSE POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

En Histoire du droit.

École doctorale Droit et Science politique -ED 461

Unité de recherche : Histoire du droit des colonies, UMR Dynamique du droit
5815

En partenariat international avec L'Université Laval, Canada

LE DROIT COUTUMIER KABYLE PENDANT LA COLONISATION FRANÇAISE

Présentée par Amar LAIDANI

Le 14 décembre 2019

Sous la direction du professeur **Éric de Mari**
et du **professeur Bjarne Melkevik**

Devant le jury composé de

Pierre MOUSSERON, Université de Montpellier

Francesco CAVATORTA, professeur, Université Laval

Marc ORTOLANI, professeur, Nice Sophia- Antipolis

Éric GASPARINI, professeur, Aix-Marseille

Éric DE MARI, professeur, Université de Montpellier

Bjarne MELKEVIK, professeur, Université Laval

Président du Jury

Rapporteur

Rapporteur

Rapporteur

Co-directeur

Co-directeur



UNIVERSITÉ
DE MONTPELLIER



UNIVERSITÉ
LAVAL

Résumé

Notre thèse a comme sujet l'analyse des phénomènes de la codification et la réforme des coutumes kabyles qui ont eu lieu pendant la colonisation française.

La « codification » et la « réforme » sont deux éléments clés du droit colonial du Second Empire colonial français. Le droit coutumier kabyle a été le résultat d'une codification des coutumes kabyles qui a été menée par un militaire, Adolphe Hanoteau, et un magistrat, Aristide Letourneux. Cette codification a pris la forme d'un ouvrage en trois volumes, intitulé *La Kabylie et les coutumes kabyles*. Ce droit coutumier a été officiellement reconnu par la législation coloniale française par le biais de l'article 2 du décret du 29 août 1874. Cette reconnaissance officielle des coutumes kabyles a eu comme effet la création d'un statut juridique particulier de droit privé, celui de l'indigène musulman régi par le droit coutumier kabyle.

Les coutumes kabyles codifiées par le régime militaire ont été par la suite réformées par le régime civil. La première coutume à avoir été réformée a été celle de la *chefaa* (retrait successoral), suivie par la tutelle des mineurs kabyles par le biais du décret de 01 juin 1902 et par les coutumes kabyles en matière de divorce et droit successoraux des femmes kabyles à travers les décrets du 2 et du 19 mai 1931.

Notre thèse s'articule autour de deux parties. La première partie est intitulée « invention du droit coutumier kabyle », dans laquelle nous avons décrit les raisons qui ont été à l'origine de la codification des coutumes kabyles. Nous nous sommes concentrés sur la politique menée par les Bureaux Arabes en Kabylie et sur la manière dont les coutumes kabyles ont été rédigées dans l'ouvrage d'Hanoteau et Letourneux, intitulé *La Kabylie et les coutumes kabyles*.

Dans la deuxième partie intitulée « la réforme des coutumes kabyles », nous nous sommes concentrés sur la façon dont la législation et la jurisprudence du régime civil ont réformé les coutumes kabyles en matière de *chefaa*, de tutelle des mineurs et de statut des femmes pendant les années 1871-1930.

Un chapitre final est dédié à l'analyse de l'héritage postcolonial du droit colonial français appliqué en Algérie au sein du droit algérien durant les années 1962-1975

ainsi qu'au sein de l'actuel droit français d'Outre-mer à Mayotte et en Nouvelle-Calédonie.

Mots clés : Droit coutumier, droit colonial, rédaction, codification, réforme.

Abstract

The title of our dissertation is “The kabyles customary law during the French colonisation”. The main topic of our dissertation is the analysis of the phenomena of the codification and the reform of the Kabyle customary law which took place during the French colonial era.

The codification and the reform are two keywords of the colonial law history of the french Second Colonial Empire. Kabyle’s customary law (*droit coutumier*) was the result of the codification of Kabyle’s customs that was made by a soldier, Adolphe Hanoteau and a judge, Aristide Letourneux. The result of this codification was a treatise of three volumes entitled *La Kabylie et les coutumes kabyles*. This customary law was officially recognized by the french colonial legislation by means of Article 2 of the Decree of August 29, 1874. This official recognition of Kabyle customs creates a special legal status, the Muslim indigenous ruled by Kabyle’s customary law. The Kabyle’s customs codified by the military were subsequently reformed by the civil regime. The first customs that have been reformed was the *chefaa*, followed by the guardianship of the Kabyle minors through the decree of the 01 June 1902 and the Kabyle’s customs in matters of divorce and inheritance rights of Kabyle women through the decrees of May 2nd and 19th, 1931.

Our thesis is divided into two parts. In the first part, we have described the reason of the codification of Kabyle’s customs. We focused on the policy of the Arab Bureaux in Kabylia and the way in which the kabyle customs were written in the work of Hanoteau and Letourneux, entitled *La Kabylie et les coutumes kabyles*.

In the second part of the thesis, we focused on the period of the civil regime (1871-1931) and the case law as well as the legislation that reformed the Kabyle’s customs regarding *chefaa*, guardianship of minors and the status of women. A final chapter is dedicated to the analysis of the postcolonial heritage of the French colonial legislation in the Algerian legal system during the years 1962-1975, as well as in the current French overseas law in Mayotte and in New Caledonia.

Keywords : customary law, colonial law, drafting, codification, reform.

SOMMAIRE

PREMIERE PARTIE. L'INVENTION D'UN DROIT COUTUMIER

Titre 1: La Kabylie. La géographie, l'histoire et les coutumes.

Chapitre 1. Les raisons géographiques et les racines historiques du système politique traditionnel kabyle

Chapitre 2. L'image des institutions et des coutumes kabyles véhiculée par les travaux de la Commission scientifique (1830-1854)

Titre 2 : La politique coutumière des Bureaux Arabes (1857-1871)

Chapitre 1. La politique kabyle des Bureaux Arabes

Chapitre 2. Le régime civil et la réformation de la législation du régime des Bureaux Arabes

DEUXIÈME PARTIE. LA RÉFORME DES COUTUMES KABYLES.

Titre 1. Le décret du 29 août 1874 : La consécration du « Code kabyle » et la mise en place du statut particulier kabyle

Chapitre 1. Les décrets du 29 août 1874 et du 17 avril 1889 : le particularisme juridique imposé aux kabyles durant le régime civil

Chapitre 2. Le Comité de libération : l'abrogation de l'indigénat en Algérie le maintien du statut particulier

Titre 2. La réforme des coutumes kabyles par le biais de la jurisprudence et de la législation colonial française

Chapitre 1. La réforme de la *chefaa* kabyle (retrait successoral)

Chapitre 2. La loi du 23 mars 1883 et le décret du 1^{er} août 1902 : la réforme des coutumes kabyles en matière de tutelle des mineurs

Chapitre 3. La réforme des coutumes kabyles en matière de mariage et de divorce

Chapitre 4. La réforme des coutumes kabyles en matière des droits successoraux des femmes kabyles

Chapitre conclusif. L'influence post-coloniale du droit colonial algérien au sein du droit algérien durant les premières années de l'indépendance et du droit français d'Outre-mer

Conclusion.

Liste des abréviations.

A.E.F. : Afrique équatorial française.

A.N.O.M. : Archive nationale d'outre-mer

Archive ANOM, GGA: Archive nazionale d'outre-mer serie GGA Bureaux arabe.

A.O.F. : Afrique occidentale française

Ch. rev. Mus et Chambre de rev. Mus : Chambre de révision musulmane.

DOM -TOM : Départements d'outre-mer et territoires d'outre-mer

H. L : Charles Hanoteaux, Aristide Letourneux

Ibid, Ibidem : Même référence que la précédente

J.O.R.F : Journal officiel de la République française

O.I.T. : Organisation internationale du travail.

Op. cit. : Opere citato : ouvrage déjà cité

Rec. Norès : Recueil Norès.

Rev. Algé. et RA : Revue algérienne de législation et jurisprudence.

UNESCO : United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization :

Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture.

Remerciements

Ce travail n'aurait pas vu le jour sans l'appui de plusieurs personnes auxquelles je désire témoigner ma profonde reconnaissance et ma gratitude.

D'abord je tiens à remercier le Professeur Éric de Mari pour avoir cru en ce projet dès le début et de m'avoir encouragé. Je me souviendrai de la phrase qu'il m'avait dite au cours de notre première rencontre « *votre projet c'est de l'or* ». Je le remercie pour ses conseils et sa patience avec mes fautes de français.

Je tiens également à remercier le Professeur Bjarne Melkevik pour m'avoir accepté en cotutelle et d'avoir permis à ma thèse de traverser l'océan. Je le remercie également pour ses conseils et ses critiques.

Je remercie les membres du Jury pour avoir accepté de participer à ma soutenance.

Je remercie les professeurs de l'Université Laval, en particulier les membres du CIRAM qui m'ont permis de présenter des conférences et d'enrichir mon expérience d'aspirant chercheur.

Je remercie le personnel administratif des écoles doctorales de l'Université Laval et de l'Université de Montpellier pour son aide et sa compréhension durant ces années. En particulier je tiens à remercier chaleureusement Madame Sophie Ségui.

Je remercie mes parents pour le support moral et matériel qu'ils m'ont donné durant ces années, en particulier à ma mère pour les corrections.

Enfin je remercie mes collègues thésards et mes amis.

Introduction

Le droit coutumier kabyle a été, tout comme le droit musulman algérien, une création française. Henry explique que ces deux droits ont été le fruit d'une « *reformulation du Droit antécolonial*¹ ». Le droit coutumier kabyle et le droit musulman algérien ont été les uniques traditions juridiques autochtones algériennes à avoir été reconnues officiellement par la législation coloniale française d'Algérie. Le régime des bureaux arabes avait reconnu les coutumes kabyles par le biais de l'article 59 du décret du 31 décembre 1859 et de celui du 8 janvier 1870. Le régime civil a par la suite consacré le droit coutumier kabyle, par le biais des articles 2 et 4 du décret du 29 août 1874.

Le droit coutumier kabyle a été le résultat d'une opération de codification des coutumes kabyles, menée par un militaire Aristide Hanoteau et un magistrat Aristide Letourneux au cours de la période durant laquelle le territoire de la Grande Kabylie était administré par les Bureaux Arabes (1857-1871). Cette codification avait pris la forme d'un ouvrage en trois volumes intitulé *La Kabylie et les coutumes kabyles*.

Cette étude avait été rédigée pour des finalités pratiques de fournir le plus grand nombre d'informations possible sur les coutumes kabyles aux juges et aux administrateurs français qui administraient la justice dans les cercles militaires en Kabylie². Suite à la chute du Régime des Bureaux Arabes et à l'avènement du régime civil à partir de 1871, l'ouvrage d'Hanoteau et Letourneux devint une source de référence privilégiée, voire même l'unique source de référence, pour les juges français qui étaient appelés à trancher les différends entre Kabyles en appliquant uniquement les coutumes kabyles. L'article 4 du décret du 29 août 1874 prévoyait que les litiges entre Kabyles devaient être tranchés par des juges français

¹ J.R. Henry, *La doctrine coloniale du droit musulman algérien : bibliographie systématique et introduction critique*, Paris, Centre national de la recherche scientifique, 1979, p. 11.

² C. Bontems, « Coutume kabyle, jurisprudence et statut féminin », in *La coutume-Custom*, Troisième partie, Europe orientale, Asie et Islam-Eastern Europe, Asia and Islam, Recueils de la Société Jean Bodin, Bruxelles, De Boeck Université, 1992, p. 247.

Les tribunaux français présents en Algérie s'étaient limités, dans un premier temps, à appliquer à la lettre les coutumes kabyles telles qu'elles avaient été codifiées dans l'ouvrage d'Hanoteau et Letourneux. Cet ouvrage avait été ainsi défini par Bontems comme étant : « [...] *la bible des magistrats et des juristes opérant en Algérie*³ ». Le régime civil avait octroyé au droit coutumier kabyle le statut de source juridique officielle par le biais des articles 2 et 4 du 29 août 1874. L'article 2 de ce décret prévoyait que : « *Le droit musulman ou kabyle continue à régir les conventions civiles ou commerciales entre indigènes arabes ou kabyles, ou musulmans étrangers [...]*⁴ ». Cet article de loi, outre à avoir consacré juridiquement le droit coutumier kabyle, avait aussi aménagé un statut juridique particulier de droit privé prévu uniquement pour les populations kabyles. Par conséquent ces dernières devenaient des indigènes musulmans qui dans les conventions civiles ou commerciales étaient régis par leurs coutumes et non par le droit musulman malékite. Ce nouveau statut avait creusé un fossé entre le statut juridique des musulmans kabyles et celui du restant de la population musulmane algérienne. C'était ainsi que les Kabyles, tout en étant considérés par le droit colonial français comme des indigènes musulmans, ne pouvaient cependant invoquer, au cours d'un jugement, que leur droit coutumier et en aucun cas le droit musulman algérien.

Tout au long de la période qui se situe entre la fin du XIXe siècle et le début du XXe, les Kabyles étaient assujettis à leurs coutumes sur la base d'un critère ethnique et non pas territorial. Les coutumes kabyles étaient imposées aux Kabyles même quand ces derniers résidaient en dehors de la Kabylie et ne pouvaient pas invoquer l'application du droit musulman malékite. Le cas le plus fréquent était celui des contentieux entre Kabyles portant sur des biens immeubles situés en dehors de la Kabylie. Par contre les musulmans algériens qui n'étaient pas Kabyles mais qui vivaient en Kabylie ne pouvaient en aucun cas demander l'application des coutumes kabyles au cours d'un jugement portant sur les matières prévues par l'article 2 du décret de 1874.

Les populations kabyles ont été assujetties à un régime spécial de droit privé qui a été maintenu même à la suite de l'abrogation du régime de l'indigénat (1944).

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*, p. 438.

Les coutumes kabyles ont été les uniques coutumes algériennes à avoir été codifiées et réformées par le droit colonial français. La « codification » et la « réforme » ont été deux éléments clés dans l'histoire du droit colonial du Second empire colonial français en Afrique. Cela dit, dans le cas spécifique de l'Algérie la question du droit coutumier a été avant tout une question berbère. Les seules coutumes algériennes qui firent l'objet d'études ethno-sociologiques approfondies furent les coutumes des populations berbères (Kabyles, Chaouias, Mozabites). Cependant, parmi ces coutumes berbères, comme nous avons vu plus haut, seules les coutumes kabyles firent l'objet d'une codification et d'une réforme. Ce phénomène s'explique par la stratégie politique que les Bureaux Arabes avaient adoptés en Kabylie durant les années 1857-1871. Cette politique consistait en le maintien en place des institutions politiques et des coutumes locales ainsi qu'en la codification des coutumes locales. Ce modèle a par la suite inspiré l'administration mise en place au Sénégal par Faidherbe et Clozel⁵. Cependant, contrairement à ce qui se passa en Kabylie, la codification des coutumes autochtones en Afrique occidentale française avait été menée à la suite d'une initiative étrangère. Cette codification a été voulue par l'Union Internationale de Droit et d'Economie Politique de Berlin au Cour de la Conférence de Berlin. Cette idée fut ensuite relancée par le gouverneur Roume en 1939. Tout comme en Kabylie, la finalité des codifications des coutumiers de l'A.O.F. était de fournir aux juges et aux administrateurs français un outil de travail.⁶ Cependant le phénomène de la codification des coutumes indigènes a eu dans les colonies françaises de l'A.O.F. et de l'A.E. F une portée plus importante qu'au sein des colonies et protectorats français d'Afrique du Nord. L'administration française s'était intéressée aux coutumes de la quasi-totalité des populations de l'Afrique noire, tandis qu'au Maghreb les seules coutumes à avoir intéressé les Français furent celles des populations berbères.

⁵ J. Martin, *L'Empire Renaissance*, Paris, Denoël, 1987, p. 227.

⁶ J. Poirier, « La rédaction des coutumes juridiques en Afrique d'expression française » in *La rédaction des coutumes dans le passé et dans le présent* (sous la dir.) John Gillissen, Bruxelles, 1962, p. 275.

Les problématiques liées à la codification des coutumes autochtones d'Afrique subsaharienne ont continué à être traitées dans des travaux des universitaires français même après la fin de la présence française en Afrique noire. Cela ne fut pas le cas au Maghreb car en effet la décolonisation du Maroc et de l'Algérie avait mis fin à l'intérêt des juristes français pour le thème du droit coutumier des populations berbères algériennes et marocaines.

Ce fut à partir des années 1960, durant la période de la fin de la présence coloniale européenne en Afrique, que des juristes français, belges, néerlandais et britanniques, commencèrent à développer une réflexion critique autour du phénomène de la codification des coutumes africaines qui avait été pratiquée en Afrique subsaharienne. Ce fut ainsi que fut organisé à Bruxelles en 1960 un colloque dirigé par Gilissen ayant pour thème « La rédaction des coutumes, dans le passé et dans le présent ». Ce colloque avait pour objectif de fournir aux États africains (subsahariens) nouvellement indépendants des pistes à suivre pour résoudre les problématiques qui pouvaient surgir des conflits entre les nouveaux droits nationaux et les coutumes locales. Au cours de ce colloque, les juristes Vanderlinden et Poirier ont proposé comme solution aux législateurs africains indépendants d'entamer des rédactions écrites de leurs coutumes locales, en tenant compte des problématiques liées à la rédaction des coutumes, auxquelles avaient été confrontés auparavant les législateurs coloniaux français et belges dans leurs colonies africaines. Par conséquent, ces nouveaux types de rédaction coutumière devaient se différencier des méthodes utilisées durant la période coloniale et tenir compte des réalités anthropologiques locales ainsi que de la jurisprudence des tribunaux locaux. En annexe aux actes de ce congrès, Poirier avait rédigé un questionnaire qui devait orienter le travail de rédaction des coutumes des juristes africains. Cela dit, les législateurs des nouveaux états africains, du moins ceux qui étaient issus de la colonisation française et belge, ne tinrent pas compte des conseils des intervenants et optèrent tous pour une modernisation de leur droit au moyen de codifications modernes. La codification des coutumes locales a été entreprise uniquement au Madagascar.

Le colloque de 1960 a eu tout de même le mérite d'avoir fourni une première réflexion critique post-coloniale sur le phénomène de la rédaction et de la codification des coutumes autochtones. La présence d'intervenants provenant de différents pays européens avait contribué à donner une vision d'ensemble sur le phénomène de la codification des coutumes ainsi qu'à tisser un lien de cause à effet entre le phénomène de la rédaction des coutumes tel qu'il fut pratiqué en Europe et celui qui a été pratiqué dans les colonies. Ce colloque avait fait ressortir deux constats clés dont le premier était que les codifications des coutumes autochtones avaient été menées par l'ensemble des puissances coloniales européennes présentes en Afrique et que cela concernait aussi bien les puissances coloniales de tradition juridique romaniste que les colonies britanniques de Common Law. Le deuxième constat était que la codification des coutumes africaines avait profondément modifié la nature des coutumes en question. Celles-ci avaient été classées à travers les catégories juridiques européennes. Ces coutumes orales avaient été figées dans l'écrit et donc dans leur état au moment de leur codification, ce qui en avait empêché l'évolution et qui explique le fait qu'au début du XXe siècle, les différents législateurs coloniaux avaient été confrontés à la problématique de la remise à jour des coutumes indigènes.

La question de la rédaction des coutumes avait été appréhendée au cours du colloque de Bruxelles en tenant compte uniquement du cas des anciennes colonies européennes d'Afrique sub-saharienne. Ce colloque avait délaissé les pays du Maghreb, cela s'explique d'abord par le fait qu'au moment du colloque en 1960, les anciens protectorats français en Afrique du Nord tels que le Maroc et la Tunisie avaient déjà accédé à leur indépendance, ensuite et surtout par le fait qu'en Tunisie l'administration française n'avait procédé à aucune codification des coutumes locale et qu'au Maroc aucune tentative de codification des coutumes berbères n'avait abouti à un résultat concret. Au Maghreb l'unique codification de coutumes autochtones avait été rédigée en Algérie qui cependant, à l'époque du colloque, était encore un département français.

Ceci étant, la problématique de la réforme des coutumes kabyles en Algérie et des coutumes berbères du Maroc avait été exposée quelques années auparavant dans un colloque qui s'était tenu à Amsterdam en 1955 ayant pour thème « L'avenir du droit coutumier en Afrique ». Ce colloque s'était tenu dans un période qui précédait de très peu le processus de décolonisation qu'avait connu le continent africain à partir des années 1960. Les intervenants avaient proposé des solutions au problème de la réforme des coutumes africaines et cela au vu du fait que les coutumiers rédigés par les puissances coloniales européennes présentes en Afrique étaient devenus désuets. Ce fut ainsi qu'à la fin des années 1950, l'ensemble des puissances coloniales européennes présentes en Afrique étaient confrontées au phénomène de la désuétude des codifications des coutumes africaines menées par des juristes européens. La solution proposée par les intervenants fut d'entamer une réforme des coutumes précédemment codifiées. Il s'agissait d'une réforme qui devait être menée non pas par le biais d'une simple intervention du législateur, comme ce fut le cas dans le passé, mais à travers de nouvelles codifications des coutumes locales. Ces codifications auraient dû servir de mise à jour des coutumes africaines. Ce qui aurait permis au droit colonial d'accompagner l'évolution des coutumes afin de les rendre plus adaptées aux changements sociaux.

Durant le colloque d'Amsterdam, l'économiste et sociologue français Henri Bousquet avait rédigé une communication qui traitait le cas des coutumes kabyles en Algérie ainsi que celui des coutumes berbères du Maroc. Cet auteur, qui par ailleurs avait fortement critiqué la consécration de l'ouvrage d'Hanoteau et Letourneux par des tribunaux français en Algérie, avait cependant proposé comme solution au problème de la mise à jour des coutumes kabyles, une nouvelle codification de celles-ci. Une codification qui aurait dû s'inspirer de la méthodologie de l'*adaatrechet* utilisée par les juristes Néerlandais en Indonésie durant la codification du droit musulman local⁷. L'indépendance de l'Algérie a mis fin à l'intérêt que les juristes français avaient montré jusque-là à l'égard des coutumes kabyles et en même temps aux questions

⁷ G. H. Bousquet, « Le droit coutumier des berbères », in *The Future of customary law in Africa-L'avenir du droit coutumier en Afrique*, (sous dir. P. J. Idenburg.), Colloque Amsterdam, 1955, Leiden, Universitaire Pers Leiden, p. 151.

liées à leur codification. Les juristes français avaient continué à s'intéresser aux coutumes d'Afrique sub-saharienne même à la suite de l'indépendance des pays qui constituaient l'A.O.F. et l'A.E.F. Les juristes du Laboratoire d'Anthropologie Juridique, tels que Alliot et Le Roy, avaient entamé à partir des années 1960 une critique postcoloniale du phénomène de la codification des coutumes indigènes qui avait été pratiquée en Afrique noire par les administrateurs et les juristes coloniaux français et belges⁸.

Comme nous l'avons mentionné plus haut, la décolonisation de l'Algérie mit fin à l'intérêt des juristes français vis-à-vis de la question de la codification des coutumes kabyles durant la période coloniale. Cela en dépit du fait même que les coutumes kabyles furent les premières coutumes autochtones africaines à avoir fait l'objet d'une codification, bien avant que ce phénomène prenne pied en A.O.F. et en A.E.F. au début du XXe siècle. Les rares travaux critiques portant sur le thème des coutumes kabyles ou berbères du Maroc publiés en France durant les années 1960 et 1970, n'avaient été rédigés par des juristes mais par des historiens tels que qu'Agéron, Berques Borrmans et par des sociologues tels que Bourdieu et Charnay. Ce dernier rédigea un ouvrage intitulé *La vie musulmane en Algérie d'après la jurisprudence de la première moitié du xx siècle*. Ce travail représente un des rares travaux de critique post-coloniale publié en langue française portant sur la jurisprudence de la Chambre de révision musulmane de la Cour d'appel d'Alger. En 1972, Borrmans publia une thèse de doctorat ayant pour thème le droit musulman au Maghreb, dans laquelle il affronta le thème de la réforme des coutumes kabyles en matière de statut des mineurs et des femmes kabyles par le biais de la législation française⁹. En 1979, Jean-Robert Henry rédigea une bibliographie systématique sur le droit musulman algérien durant la colonisation française¹⁰. Dans l'introduction de cet ouvrage, Henry développa une des très rares critiques postcoloniales sur la tentative de codification

⁸ Les coutumes kabyles n'étaient plus enseignées dans le cours de coutumes africaines qui était dispensé par Henri Levy-Bruhl à la Faculté de droit de Paris à partir de l'année 1957. Voir : H. Levy-Bruhl, « Introduction à l'étude du droit coutumier africain », in *Revue Internationale de droit comparé*. Vol. 8, N. 1, Janvier-mars 1956, p. 68.

⁹ M. Borrmans, *Statut personnel et famille au Maghreb. De 1940 à nos jours*, thèse présentée devant l'Université de Paris IV, Lille, Service de reproduction des thèses. Université de Lille III, 1972

¹⁰ J.R. Henry, *op. cit.*

du droit musulman qui avait été menée par les juristes français. En 1980, Sainte-Marie écrira deux articles sur les coutumes kabyles en matière de droit foncier¹¹.

En 1980 le Centre d'études juridiques comparatives de l'Université de Paris avait organisé un colloque ayant pour thème l'intitulé: « Sacralité, pouvoir et droit en Afrique ». La conclusion des interventions des participants était que l'Afrique du Nord était dominée par un droit de type religieux, soit la *chariaa*, tandis que la partie du continent africain qui se trouvait au sud du Sahara était sous l'emprise des coutumes. Durant ce colloque, le juriste comparatiste italien Rodolfo Sacco avait nuancé cette vision dualiste qui opposait le droit musulman aux coutumes locales en soulignant l'importance que les coutumes revêtaient au sein des populations berbères islamisées d'Afrique du Nord telles que les Kabyles et les Berbères du Maroc¹². Par la suite, en 1989 Sacco publiait un article intitulé « Il divino e il sacrale nel diritto africano autoctono. Il caso berbero e il caso somalo¹³ ». Dans ce travail, Sacco analysa les coutumes berbères sous l'angle de l'analyse de l'anthropologie juridique et de sa méthode stratigraphique.

En 1992 la Société Jean Bodin organisa à Bruxelles un colloque portant sur le thème de « La coutume ». Ce colloque se voulait être une mise à jour du précédent colloque de Bruxelles de 1960. Durant le colloque de 1992, Bontems - qui avait été enseignant de droit à la Faculté de droit d'Alger après l'indépendance de l'Algérie¹⁴ - intervint avec une communication intitulée « Coutume kabyle, jurisprudence et statut féminin (XIXe-XXe siècle) ». Cette communication analysait le phénomène de la réforme des coutumes kabyles en matière de statut féminin telle qu'elle avait été pratiquée par la législation et la jurisprudence coloniale française. Ce travail fut une des rares réflexions, si ce n'est même l'unique, sur le thème de la réforme des coutumes

¹¹ A. Sainte Marie, « Mehmels et biens communaux dans la Kabylie du Djurdjura à la fin du XIXe siècle », in *Les Cahiers de Tunisie*, tome XXIV, pp. 119-147.

¹² R. Sacco, « Il diritto divino e il sacrale nel diritto africano autonomo. Il caso berbero e il caso somalo », in *Scritti in onore ad A. Falzea*- Vol. IV, p. 398 e ss.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Claude Bontems, « La découverte de l'anthropologie juridique. Un témoignage », in *Cahiers d'Anthropologie du droit, Droit et cultures, Anthropologie et droit. Intersections et confrontations*, 2014, Karthala, p. 78.

kabyles menée par un juriste français après la colonisation française. Ce fut encore Bontems qui en 1994 présenta une autre intervention sur le thème de la réforme des coutumes kabyles au cours d'un colloque tenu à Moncton en 1994 et ayant pour titre « La coutume kabyle et l'implantation des systèmes étrangers ». Ces deux communications avaient eu le mérite d'avoir réintroduit le thème des coutumes kabyles au sein du débat français portant sur l'histoire du droit colonial et de l'anthropologie juridique.

Vers la fin des années 1990 et le début des années 2000 les sociologues Alain Mahé et Moustapha Gahlouz avaient traité dans leurs travaux certains aspects clés de l'histoire des coutumes kabyles pendant la période coloniale française, tels que la rédaction des *qanouns* kabyles. Cependant, hormis les travaux de Claude Bontems, Alain Mahé et Moustapha Gahlouz, la thématique du droit coutumier kabyle pendant la période coloniale a été rarement affrontée, cela malgré le fait que les coutumes kabyles aient été les premières coutumes indigènes à avoir fait l'objet d'une codification et que la question de la réforme des coutumes kabyles ait occupé une place centrale au sein du débat juridique du droit colonial en Algérie.

Loin d'avoir été une source secondaire, le droit coutumier kabyle a occupé une place importante au sein du droit colonial français en Algérie et du droit post-colonial algérien. Une histoire complète sur les thématiques de la codification et de la réforme du droit coutumier kabyle pendant la période coloniale n'avait pas encore été écrite. Notre projet de thèse est né avec l'humble intention de contribuer à combler cette lacune. Nous avons décidé de développer ce projet sous un angle qui se veut avant tout juridique. Notre thèse englobe deux thèmes : la codification des coutumes kabyles et la réforme des coutumes kabyles en matière de droit de *chefaa*, de statut des mineurs, ainsi que de droit au divorce et des droits successoraux. C'est ainsi que nous avons rédigé notre travail en deux parties. La première partie a été dédiée à la description du phénomène de la rédaction et de la codification des coutumes kabyles durant le régime des Bureaux Arabes (1857-1871). Dans la deuxième partie nous avons traité le thème de la réforme des coutumes kabyles durant le régime civil

(1871-1959). La codification et la réforme des coutumes kabyles ont été deux phénomènes strictement liés. Nous avons montré tout au long de notre travail les raisons pour lesquelles les coutumes kabyles avaient été modifiées par les codifications d'Hanoteau et Letourneux. Ces mêmes coutumes, codifiées vers la fin du XIXe siècle, étaient devenues désuètes au début du XXe siècle. Nous avons focalisé notre étude sur les coutumes kabyles qui régissaient la matière du retrait successoral ou *Chefaa*, ainsi que sur celles en matière de la tutelle des mineurs, du mariage, du divorce et des successions des femmes kabyles. Nous avons étudié la façon dans laquelle la réforme de ces coutumes avait été entamée dans un premier moment par la jurisprudence coloniale française et par la suite par l'intervention du législateur français. Nous avons conclu notre travail en analysant les conséquences de la thématique de la codification des coutumes kabyles sur le droit algérien indépendant ainsi que celles du droit colonial français d'Algérie sur le droit d'Outre-mer.

Quant à la méthode utilisée, notre travail étant une thèse d'histoire du droit, nous avons privilégié des sources datant de l'époque coloniale telles que les lois (1830-1957), la correspondance militaire (1857-1874), la jurisprudence des tribunaux français présents en Kabylie (juges de paix et Cour de Tizi-Ouzou) et celle de la Chambre de Révision musulmane d'Alger. Cependant dans la deuxième partie de notre travail nous avons nettement privilégié les sources jurisprudentielles au détriment de celle des archives

Cela est dû au fait que nous avons fait le choix de concentrer notre attention sur des coutumes de droit privé telles que la *chefaa*, le statut des mineurs et des femmes kabyles, des matières sur lesquelles nous avons trouvé très peu de sources d'archives. Nous avons cité ces sources seulement dans la première partie de notre travail dans laquelle nous avons affronté la période du régime des Bureaux Arabes. Notre choix consistant à favoriser la jurisprudence a été aussi guidé par des raisons méthodologiques. Nous nous sommes inspirés des travaux de sociologie du droit menés à partir des années 1960 par Charney¹⁵, une approche connue sous le nom de

¹⁵ J.-P. Charney, *La vie musulmane en Algérie d'après la jurisprudence de la première moitié du XX*

praxéologie sociale¹⁶. Notre intérêt pour le cadre conçu par Charnay est surtout lié à la place qu'occupe la jurisprudence dans son analyse du droit colonial algérien. Celle-ci n'est pas conçue uniquement comme une simple source de droit. La jurisprudence est un terrain privilégié où s'affrontent les différents intérêts des acteurs sociaux¹⁷. Traiter la question de la réforme du droit de *chefaa* ainsi que du statut des femmes et des mineurs kabyles nous a permis de faire un lien avec la jurisprudence algérienne post-coloniale.

Quant à la méthode utilisée dans notre travail, dans la première partie de notre thèse, nous avons utilisé une approche interdisciplinaire qui unit les méthodologies de recherche de l'histoire du droit, celles du droit comparé (École de Turin et de Trento¹⁸) et la théorie du droit (tournant herméneutique). Dans cette première partie nous avons ainsi cité fréquemment des travaux d'historiens et d'anthropologues portant sur les coutumes kabyles (Gahlouz, Roberts) et sur l'histoire coloniale française en Kabylie (Agéron, Lorcin). Ces travaux nous ont permis de faire une mise en contexte sur le plan historique et sociologique des données juridiques recueillies à l'état brut ainsi qu'une mise au point de l'histoire des coutumes kabyles. Cette étude nous a aussi permis de cerner les spécificités propres au territoire de la Kabylie et de les situer dans la longue durée.

Nous avons aussi utilisé comme sources de référence les travaux d'anthropologues du droit (Le Roy, Rouland, Vanderlinden) et de juristes comparatistes (Gellissen, Sacco) portant sur la question des coutumes africaines, ce qui nous a permis d'établir des analogies entre les coutumes kabyles et les autres coutumes africaines.

siècle, Paris, Quadrige/Press Universitaires de France, 1965. J.-P. Charnay, « Sur une méthode de sociologie juridique : l'exploitation de la jurisprudence », dans *Annales. Economies, Sociétés, Civilisation*, N.3, 1965, pp. 513-527. J.-P. Charnay, « Vers une praxéologie sociale : perspectives d'une recherche », dans : *L'Homme et la société*, N.18, 1970. Sociologie économie et impérialisme, pp. 147-172.

¹⁶ J.-P. Charnay, « Vers une praxéologie sociale », in *op. cit.*

¹⁷J.-P. Charnay, « Sur une méthode de sociologie juridique : l'exploitation de la Jurisprudence », in *op. cit.* p. 516.

¹⁸ Dans la deuxième thèse du manifeste de Trento, rédigé entre autres par Rodolfo Sacco, nous trouvons écrit que le droit comparé s'intéresse entre autres aux phénomènes juridiques qui se sont vérifiés dans le passé, en tenant en compte uniquement des événements qui se sont vérifiés de façon concrète. Dans cette deuxième thèse nous trouvons écrit que « *En ce sens, la comparaison utilise le même critère de validation des sciences historique* ». Voir le Manifeste culturel des thèses de Trento, http://www.jus.unitn.it/dsg/convegni/tesi_tn/le_tesi.htm.

Les travaux d'historiens du droit portant sur le rôle joué par les coutumes au sein de l'histoire du droit français (Carbasse, Olivier-Martin) nous ont permis de cerner la thématique de la place occupée par les notions de coutumes, droit coutumier et d'usage au sein de l'histoire du droit français. Ces travaux nous ont permis de mieux appréhender les spécificités romanistes du droit colonial que la France a appliqué en Algérie. Ce qui nous a aidés à mieux cerner les origines historiques du phénomène de la codification des coutumes et les raisons de son application en Kabylie. Nous avons ainsi comparé l'expérience du droit colonial français avec le droit colonial britannique et néerlandais, cela au vu du fait qu'à partir de la fin du XIXe siècle et jusqu'à la moitié du XXe siècle, la doctrine universitaire française d'Algérie était fortement influencée par les travaux de Sumner Maine ainsi que par ceux de l'École de droit musulman néerlandaise. C'est ainsi que la référence au droit comparé est aussi pertinente en raison du fait que les juristes académiciens français de l'Université d'Alger étaient très intéressés par les solutions que les juristes coloniaux Britanniques et les Néerlandais proposaient dans leurs colonies.

La théorie du droit et la philosophie du droit nous ont fourni des outils herméneutiques qui nous ont permis, d'une part, de faire une analyse critique du langage rhétorique des écrits de la Commission scientifique portant sur les coutumes kabyles ainsi que du langage performatif de l'ouvrage d'Hanoteau et Letourneux et, d'autre part, de comprendre les raisons de la consécration de ce dernier par les tribunaux français et de l'argumentaire utilisé par la jurisprudence française qui a réformé les coutumes kabyles. Nous avons utilisé un cadre méthodologique qui s'inscrit pleinement dans le courant herméneutique du droit¹⁹.

Dans la première partie de cette thèse, nous répondons aux questions de recherche suivantes. La première consiste à comprendre les raisons qui ont poussé les Bureaux Arabes à s'intéresser d'aussi près aux coutumes kabyles ainsi que les raisons sous-jacentes du choix de la codification des coutumes kabyles. Nous avons cherché à

¹⁹ B. Frydman, *Le sens des lois : histoire de l'interprétation de la raison juridique*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Penser le droit », 2007, pp. 225-258.

comprendre la possibilité de l'existence d'un lien de cause à effet entre les spécificités de la politique d'administration indirecte menée par les Bureaux en Kabylie et le phénomène de la rédaction et la codification des coutumes kabyles.

Par la suite nous avons analysé les spécificités de l'ouvrage d'Hanoteau et Letourneux quant à (a) la méthodologie utilisée dans la rédaction, (b) la façon dont cette méthodologie s'est démarquée de celle utilisée par les administrateurs coloniaux dans le cas du droit musulman algérien et plus généralement, la façon dont cet ouvrage a marqué une fracture dans l'approche du droit colonial français à la problématique des coutumes autochtones.

Pour répondre à ces questions nous avons avancé trois postulats de recherche. Le premier postulat consiste en le fait que le choix des militaires français d'octroyer un statut spécial aux coutumes kabyles avant même la conquête du territoire kabyle ne s'explique pas uniquement par la volonté de ces derniers de vouloir diviser pour régner, mais plutôt sur la base d'un constat pragmatique. Les militaires français tels que Daumas et Randon qui avaient soutenu la nécessité de conquérir ce territoire avaient pris conscience que les tribus kabyles avaient vécu pendant des siècles dans une situation d'autonomie politique. Par conséquent les militaires français devaient composer avec ces institutions politiques kabyles et avec les coutumes kabyles afin de pouvoir contrôler ce territoire. Ces mêmes militaires avaient compris que les institutions kabyles étaient le fruit de siècles d'autonomie politique. Pour prouver notre postulat, nous avons adopté une méthode interdisciplinaire. Nous ne nous sommes pas limités à utiliser les rares sources juridiques de l'époque mais aussi les travaux d'historiens et sociologues portant sur la Kabylie.

Quant aux sources juridiques, nous citons des sources de première main telles que la correspondance militaire que nous avons consultée aux Archives d'Outre-mer à Aix-en-Provence et les travaux menés par les membres de la Commission scientifique. Quant aux ouvrages historiques et sociologiques nous citons les travaux historiques postcoloniaux de Sainte-Marie, Roberts et Lorcin.

Le deuxième postulat de recherche consiste à prouver que le choix de la codification des coutumes kabyles n'a pas été anodin, et cela bien que la genèse de l'ouvrage

d'Hanoteau et Letourneux s'explique par des exigences pratiques, soit connaître, prouver et contrôler les coutumes kabyles. À cela s'ajoutent des exigences politiques liées à une volonté d'acculturation juridique. Ceci signifiait une rationalisation des coutumes indigènes qui était classées et exposées à travers les catégories du droit français afin de les rapprocher le plus possible du droit français, quitte à les modifier ou voire même à les falsifier.

Le choix de codifier les coutumes kabyles s'explique aussi par des raisons historiques et plus précisément par le rôle qu'a joué le droit coutumier dans l'histoire du droit français. En un mot, Hanoteau et Letourneux se sont inspirés des anciens coutumiers français du Moyen Âge ainsi que des rédactions de coutumes datant de l'Ancien régime.

Pour démontrer ce second postulat nous avons cité des travaux d'histoire du droit colonial et d'histoire du droit français. Nous avons d'abord situé les phénomènes de la codification des coutumes kabyles dans l'histoire du droit colonial français. Nous nous sommes focalisés sur les changements de paradigme qu'avait connus le droit colonial français et européen au début du XIXe siècle. Par la suite nous avons analysé les origines historiques du phénomène de la codification des coutumes et de la notion de « droit coutumier » au sein de l'histoire du droit français. Par la suite et en nous appuyant sur les travaux de Bousquet, Mahé, Tillmann, Le Roy et Rouland, nous avons analysé comment cette notion de droit coutumier a été implantée en Kabylie d'abord et dans les colonies françaises de l'A.O.F. et de l'A.E.F. ensuite.

Cette démonstration nous a permis d'établir un lien avec notre troisième postulat de recherche qui consiste à démontrer que l'ouvrage d'Hanoteau et Letourneux intitulé *La Kabylie et les coutumes kabyles* a été le premier exemple dans l'histoire du droit français d'une codification de coutumes indigènes visant à transformer ces coutumes en un droit coutumier destiné à l'usage des magistrats français. Pour cela, nous ne nous sommes pas seulement appuyés sur des arguments de type chronologique mais nous avons aussi étudié les spécificités de *La Kabylie et les coutumes kabyles* quant à la méthodologie utilisée par ses rédacteurs. Nous avons ainsi comparé cet ouvrage avec les précédents travaux semblables rédigés durant le Premier et le Second empire

colonial français portant sur les coutumes indigènes et le droit musulman. Nous avons fait ainsi l'historique des ouvrages et des travaux ethnologiques datant du Premier empire colonial français ainsi que des premières tentatives de codification du droit musulman algérien du début du XIXe siècle. Par la suite nous avons analysé les points d'originalité de *La Kabylie et les coutumes kabyles* concernant, outre la méthodologie utilisée pour sa rédaction, aussi le choix des sources, le langage utilisé et enfin la façon dont les coutumes kabyles ont été classées. Pour démontrer ce postulat nous avons fait référence à la biographie du commandant Hanoteau rédigée par son fils, ainsi qu'à la correspondance militaire et à l'introduction de la *Kabylie et les coutumes kabyles* rédigée par Hanoteau. Quant à l'analyse du langage de l'ouvrage, nous avons utilisé une grille d'analyse propre à la linguistique juridique et à la théorie des performatifs d'Austin. Nous avons enfin comparé les points communs entre *La Kabylie et les coutumes kabyles* avec les coutumiers qui avaient été rédigés en A.O.F. et en A.E.F. à partir du début du XXe siècle.

Dans la deuxième partie de notre travail nous avons répondu à quatre questions de recherche. La première consiste à cerner l'existence d'un lien de causalité entre le phénomène de la codification des coutumes kabyles datant de l'époque des Bureaux Arabes et celui de l'aménagement par le régime civil d'un statut juridique coutumier de droit privé. Les trois autres questions consistent à comprendre : (a) l'influence de la législation coloniale en matière de droit foncier sur la réforme de la coutume de la *chefaa* kabyle, (b) l'influence et l'impact qu'a eus la jurisprudence des juges de paix sur les lois françaises qui ont réformé les coutumes kabyles en matière du droit de la famille et enfin (c) comment le droit colonial français d'Algérie ou plus précisément comment les problématiques liées à la codification des coutumes kabyles ont influencé le droit algérien et le droit français d'Outre-Mer.

Pour répondre à ces questions, nous avons utilisé les méthodologies de travail propres à l'histoire du droit. Nous avons fait recours à des sources de première main telles que la législation et la jurisprudence coloniales ainsi qu'aux articles de doctrine et aux thèses de doctorat datant des années 1890-1961 qui ont été rédigés autour de la question de la réforme de coutumes kabyles et, enfin, aux actes des débats

parlementaires des sections kabyles de délégations financières. Quant aux ouvrages coloniaux (traités, thèses de doctorat, articles de doctrine) nous avons privilégié les travaux qui ont été rédigés par des juristes qui ont travaillé sur le terrain, en l'occurrence en Kabylie. Ces ouvrages nous ont non seulement offert une expertise sur le droit colonial de l'époque mais aussi des témoignages incontournables sur l'impact qu'a eu le droit colonial français sur la société kabyle.

Dans cette deuxième partie nous avons développé trois hypothèses de recherche. La première repose sur le fait que le décret du 29 août 1874, en consacrant les coutumes kabyles, a indirectement assujéti les populations kabyles à un statut juridique particulier de droit privé qui différait de celui appliqué au reste de la population musulmane algérienne. Pour prouver ce postulat nous avons tracé l'évolution de la jurisprudence qui a été appliquée aux coutumes kabyles sur une base personnelle et non pas territoriale.

La seconde hypothèse de recherche de recherche consiste en le fait qu'il existe un lien entre la législation qui a réformé les coutumes kabyles en matière de droit de la famille et la législation foncière que les français ont appliquée en Algérie. Pour vérifier cette hypothèse nous avons pris pour exemple le phénomène de la réforme des coutumes de la *chefaa* kabyle et celle des arbres *abandou*.

Le troisième postulat consiste en le fait que la législation et la jurisprudence coloniale française ont influencé la législation algérienne de l'époque qui a suivi l'indépendance ainsi que celle du droit français d'Outre-Mer. Pour démontrer ce troisième postulat nous avons fait référence au cas de l'Algérie, aux travaux de Bontems ainsi qu'à la jurisprudence algérienne et aux rares travaux qui ont été menés en Algérie sur la question des coutumes kabyles. Concernant l'héritage du droit colonial algérien sur le droit d'Outre-Mer, nous avons fait référence aux travaux sur le droit musulman à Mayotte et sur le droit coutumier kanak en Nouvelle Calédonie.

Comme nous le verrons tout au long de notre travail, le droit coutumier kabyle a occupé une place spéciale au sein du droit colonial français en Algérie ainsi que du droit colonial et du droit post-colonial algérien.

Notre thématique de recherche s'inscrit dans un phénomène plus vaste connu aussi sous le nom de l'invention de la tradition²⁰. Dans le cas des coutumes kabyles ce phénomène s'est manifesté en deux phases. La première fut celle de la codification des coutumes kabyles qui transforma ces dernières en un droit coutumier kabyle (**1^{er} Partie**), à laquelle succéda la phase de la réforme des coutumes kabyles (**2^{ème} Partie**)

²⁰ E. Hobsbawn et T. Ranger, *The Invention of Tradition*, Cambridge: Cambridge University Press, 1983; T. Ranger, « The Invention of Tradition Revisited: The Case of Colonial Africa », in Terence Ranger et O. Vaugahn, *Legitimacy and the State in Twentieth-century Africa. Essays in Honour of A. H. M. Kirk-Green*, Oxford: The Macmillan Press, 1993, p. 62-111.

PREMIÈRE PARTIE. L'INVENTION D'UN DROIT COUTUMIER

Le professeur Etienne Le Roy, explique que les coutumiers africains rédigés durant l'époque colonial étaient : « [...] *des systèmes juridiques [...] Constitués sur la base des droits traditionnels, leurs modes de formation échappent à l'intervention coloniale alors que leurs modes de fonctionnement en dépendent complètement, à travers l'identification, la collecte, puis la rédaction des coutumes. Leur légitimité est ainsi associée à une procédure de validation, spécifique, dans le cas de la collecte de la coutume à l'occasion d'un jugement, ou générale dans le cadre de la rédaction ou de la codification des coutumes*²¹ ».

Cette définition des droits indigènes faisant référence au cas des codification des coutumes africaines des années 1898- 1930 s'applique pleinement au cas de la Kabylie et plus précisément à la façon dont les coutumes kabyles ont été appréhendées par le droit colonial français. Le droit coutumier kabyle a été le résultat de la rédaction et de la codification des coutumes kabyles. Ces deux opérations ont été menées par un militaire et un magistrat français, Aristide Hanoteau et Adolphe Letourneux. Cette codification a pris la forme d'un ouvrage intitulé *La Kabylie et les coutumes kabyles* qui a été rédigé durant la période pendant laquelle le territoire de la Grande Kabylie était administré par les Bureaux Arabes (1857-1871). La méthode utilisée pour la rédaction de *La Kabylie et les coutumes kabyles* se différencie nettement de celle qui avait été employée auparavant par les juristes français dans l'étude du droit musulman. Dans ce dernier cas les juristes français s'étaient concentrés uniquement sur les sources écrites telles que les traités de droit musulman.

²¹ E. Le Roy, M. Wane, « La formation des droits non étatiques », in *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, Vol. I (1982), Abidjan, Dakar, Lomé, Les Nouvelles Editions Africaines, 1982, p. 355.

Les coutumes kabyles ont été les premières coutumes algériennes à faire l'objet d'une étude approfondie et systématique par les militaires français. Les coutumes orales du restant des populations algériennes non kabyles n'avaient pas attiré leur attention. Le commandant Hanoteau, qui a mené cette étude, ne s'était pas limité à étudier les sources écrites telles que les statuts villageois connus sous le nom de *qanouns*. Ce commandant avait aussi mené des enquêtes sur le terrain afin d'obtenir le plus grand nombre d'informations sur les coutumes kabyles. Hanoteau avait ainsi sillonné les villages kabyles et interrogé les notables locaux.

Dans l'ouvrage d'Hanoteau et Letourneux, les coutumes kabyles ont été appréhendées sous un angle d'analyse purement juridique. Les seules coutumes prises en considération étaient celles qui présentaient quelconque intérêt pour les juristes français, avec une attention particulière accordée au droit privé. En un mot, très peu de place avait été laissé au folklore. Les données acquises ont été successivement ordonnées par un magistrat français, Aristide Letourneux. Les coutumes furent ainsi classées selon les catégories du droit français. Cela rendait les coutumes kabyles facilement applicables par des tribunaux français. Par conséquent, bien que l'ouvrage d'Hanoteau et Letourneux ne fût jamais consacré par le législateur français comme un code officiel, il devint toutefois la source de référence, un véritable « Code Kabyle » non-officiel pour les juges de paix qui à partir de 1874 furent appelés à rendre justice en Kabylie.

Le choix de la codification des coutumes kabyles qui, rappelons-le, ont été les uniques coutumes algériennes à avoir fait l'objet d'une codification, s'explique par la politique menée par les Bureaux Arabes en Grand Kabylie durant les années 1857-1871. Ces derniers avaient voulu maintenir en place les institutions locales telles que les *djemââs*-judiciaires. À cela s'ajoute le fait que les militaires français ne voyaient pas d'un bon œil la présence des juges musulmans en Kabylie ainsi qu'une quelconque influence du droit musulman sur les tribus kabyles. Poussés par le souci de soustraire les coutumes kabyles de l'influence du droit musulman, les militaires

firent le choix de codifier les coutumes kabyles afin de mieux les contrôler.

Outre à codifier les coutumes kabyles, les militaires français qui ont administré les Cercles kabyles firent le choix de maintenir en place les institutions traditionnelles. Les responsables des Bureaux Arabes avaient compris que les tribus kabyles avaient mûri une longue tradition d'autonomie politique à l'égard de la Régence d'Alger. Une autonomie qui puise ses racines dans l'histoire, a perduré jusqu'au moment de la conquête en 1857 et qui avait été possible grâce à une forme de gouvernance que les tribus avaient développée au cours des siècles. Une telle gouvernance s'appuyait sur deux institutions traditionnelles kabyles, l'*arch* (ligue tribale) et la *djemââ* (assemblée villageoise). Ces institutions ont attiré l'attention des militaires-ethnologues français qui, avant même que ce territoire ne soit conquis, les avaient décrites de façon plutôt positive (**Titre 1**).

Suite à la conquête de la Grande Kabylie, les militaires qui avaient été appelés à administrer ce territoire avaient saisi très rapidement l'importance qu'avaient revêtu les *djemââs* au sein du système politique kabyle et décidèrent ainsi de maintenir en place ces assemblées et de leur confier la gestion de la justice dans les procès civils. Les militaires étaient appelés à trancher sur les questions les plus complexes. C'est ainsi que vit le jour la codification des coutumes kabyles, rédigée par un militaire et un magistrat et intitulée *La Kabylie et les coutumes kabyles*.

La chute du régime militaire à partir de l'année 1871 et l'arrivée du régime civil entraînèrent la réformation du régime des Bureaux Arabes (**Titre 2**).

TITRE 1. LA KABYLIE : LA GÉOGRAPHIE, L'HISTOIRE ET LES COUTUMES

«L'organisation politique et administrative du peuple kabyle est une des plus démocratiques et, en même temps, une des plus simples qui se puissent imaginer. Jamais, peut-être, le système de self-government n'a été mis en pratique d'une manière plus complète et plus radicale ²²».

C'est dans ces termes que les auteurs de la *Kabylie et les coutumes kabyles* décrivaient le système politique kabyle. Les militaires français qui avaient mené la conquête de la Kabylie étaient aussi bien conscients du fait que le territoire conquis avait mis en place un système politique plutôt complexe, qui était le résultat de siècles d'indépendance. Les militaires étaient aussi conscients de l'importance que revêtaient les coutumes locales dans la vie sociale des tribus et des villages kabyles. Ces coutumes allaient jusqu'à braver les prescriptions coraniques.

Il est ainsi important, afin de mieux cerner les causes de cette autonomie politique et juridique, de parcourir l'histoire du territoire de la Kabylie et des rapports conflictuels que ce territoire a, depuis l'antiquité, entretenus avec les différents empires centraux qui s'étaient emparés de l'Afrique du Nord. Par la suite, nous décrirons ce qu'étaient les institutions sur lesquelles reposait le système politique et juridique kabyle avant la colonisation française. Cela nous permettra de mieux cerner par la suite les raisons qui ont poussé les militaires français à décider dans un premier lieu de s'appuyer sur l'organisation politique kabyle, ainsi que de comprendre la portée des changements qui ont été apportés à ce système par le régime militaire et par le régime civil.

La Kabylie est un territoire montagneux qui se situe au nord de l'Algérie entre Alger et Constantine. On sépare ce territoire en Grande-Kabylie et Petite-Kabylie. Cette dichotomie qui a été introduite pendant la colonisation, correspond en partie à une

²² A. Hanoteau et A. Letourneux, *La Kabylie et les coutumes kabyles*, Paris, Augustin Challamel, éditeur, 1893, p.1

réalité géographique et historique.

La partie de la Kabylie qui se trouve à l'ouest du fleuve *Soummam* correspond à la *Grande Kabylie* et celle à l'est la *Petite Kabylie*. La *Grande Kabylie* se caractérisait par une pauvreté en ressources naturelles et en terrains cultivables et par un surpeuplement du territoire. Ce n'était pas toujours le cas de la *Petite Kabylie*.

La *Petite Kabylie* a été exposée depuis l'antiquité à l'influence religieuse, culturelle, politique et même juridique des empires qui ont dominé et gouverné l'Afrique du Nord. Cette influence a été moindre, voire quasi absente dans les territoires montagneux de la *Grande Kabylie*.

En *Grande Kabylie*, une forme de gouvernance autonome s'est développée à partir du XIIe siècle à la suite à la montée en pouvoir de la tribu berbère des *Igwawen*. Ce système reposait sur deux institutions politiques, l'assemblée villageoise connue sous le nom de *djemââ* et un système tribal connu sous le nom d'*Arch*. Ces deux institutions étaient présentes dans l'ensemble de l'Afrique du Nord. Les *djemââs* fonctionnaient sur la base d'un principe de pouvoir partagé. Ces institutions édictaient des normes coutumières (les *qanouns*) et tranchaient les différends qui surgissaient entre villageois.

Quant au système tribal des *archs*, ce dernier consistait en une série d'alliances entre tribus et factions. Cela dit, le système politique kabyle ne se résumait pas en un pur système de type clanique. Les jeux d'alliance étaient motivés par des raisons avant tout politiques. Pour cette raison Roberts a récemment démontré que le système des *archs* ne peut pas s'expliquer par le biais de la théorie segmentaire. Roberts soutient aussi que cette autonomie politique et juridique des tribus de *Grande Kabylie* a vu le jour suite à la chute du royaume de *Hassen Belqadi*, un royaume qui demeure l'unique tentative de mise en place d'un pouvoir central en *Grande Kabylie*, soutenu par le pouvoir turc de la Régence d'Alger. C'était donc à partir d'une dialectique que les *archs* de *Grande Kabylie* avaient entamée avec le pouvoir que les tribus kabyles avaient accentué leur autonomie politique et juridique. Ce fut en 1748, qu'un certain

nombre de tribus kabyles ont ratifié un *qanoun* à travers lequel ils décidèrent d'exhérer les femmes kabyles en bravant ainsi les prescriptions coraniques et le droit musulman qui reconnaissaient, par contre, des droits successoraux aux femmes.

Durant le XVIII^e et le début du XX^e siècle, les *archs* kabyles entrèrent en conflit avec le pouvoir turc de la Régence d'Alger. La décision des puissances européennes de mettre fin à la piraterie en Méditerranée, suite au Congrès de Vienne, avait affaibli le pouvoir de la Régence d'Alger. Cela profita aux tribus kabyles qui, en 1818, lancèrent des offensives à l'encontre des forteresses militaires turques (*bordj*) présents en Kabylie. Ce fut le cas du Bordj de *Tizi Ouzou* et de *Boghni*. C'est ainsi que quelques années avant la conquête française, le territoire de la Grande Kabylie demeurait politiquement autonome vis-à-vis des différents pouvoirs centraux qui se sont succédé au Maghreb. Cette autonomie politique avait comme pendant l'autonomie juridique des coutumes kabyles à l'égard du droit musulman malékite, cela notamment en matière des droits successoraux (**Chapitre 1**).

La conquête française en 1857 a mis fin à l'autonomie politique des tribus qui vivaient en Grande Kabylie. Cette conquête se situe en une phase charnière de l'histoire du droit colonial français, celle du début du XIX^e siècle, durant laquelle vit le jour un nouveau droit colonial ayant pour objectif de mener une acculturation juridique des populations autochtones. Les coutumes kabyles avaient été étudiées par les officiers des Bureaux Arabes avant même que ce territoire soit militairement conquis. Ces coutumes furent décrites de façon plutôt positive dans les écrits des militaires qui avaient participé à la mission d'exploration scientifique. Ces coutumes étaient décrites comme étant plus facilement assimilables au droit français que ne l'était le droit musulman. (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 1. LES RAISONS GEOGRAPHIQUES ET LES RACINES HISTORIQUES DU SYSTÈME POLITIQUE TRADITIONNEL KABYLE

L'autonomie politique des tribus kabyles s'explique en partie par la géographie et l'histoire de ce territoire. La Kabylie est un isolat géographique dont le territoire est en grande partie constitué par des espaces montagneux et boisés. Malgré l'absence de terrains cultivables et le manque de ressources naturelles, la Kabylie a été depuis le XII^e siècle un territoire surpeuplé. Toutes ces caractéristiques ont favorisé la naissance d'une autogouvernance qui a permis aux tribus kabyles de jouir d'une forte autonomie politique à l'égard des différents pouvoirs centraux qui se sont succédé en Afrique du Nord depuis l'antiquité. Cette autonomie politique a été à l'origine de bon nombre de spécificités propres aux coutumes kabyles. C'est ainsi qu'il demeure nécessaire de cerner les caractéristiques géographiques de ce territoire (**Section 1**), avant d'aborder l'histoire de la Grande Kabylie qui précède la colonisation française (**Section 2**).

SECTION 1. L'HISTOIRE ET LA GÉOGRAPHIE DE LA KABYLIE

Avant d'aborder les traits caractéristiques des coutumes kabyles, il est nécessaire de situer et de cerner les frontières géographiques de la Kabylie et de décrire les caractéristiques physiques de ce territoire. Ce dernier élément nous permettra de saisir les origines de l'isolat géographique kabyle. Toujours afin de comprendre les traits saillants des coutumes kabyles, il est important de comprendre l'histoire de la Kabylie et plus précisément des événements qui sont à l'origine de l'autogouvernance des tribus kabyles. C'est ainsi que dans les pages suivantes nous allons aborder la

géographie de la Grande Kabylie (§ 1) et par la suite l’histoire de la Kabylie qui précède la colonisation française et donc les origines historiques du « self-government kabyle » (§ 2).

§ 1. LA GÉOGRAPHIE DE LA GRANDE KABYLIE

Situer la Kabylie de façon précise n’est pas une opération facile. Cela en raison du fait que le terme « kabyle » a été souvent utilisé dans l’histoire comme synonyme de berbère. C’est ainsi que dans les pages suivantes nous décrivons les frontières externes du territoire qui fait l’objet de notre thèse ainsi que des frontières internes à ce territoire afin de cerner la différence entre la Petite et la Grande Kabylie (A). Par la suite nous décrivons les spécificités géographiques qui font de ce territoire un isolat géographique (B).

A. LA GRANDE ET LA PETITE KABYLIE

Le terme « kabyle » provient de l’arabe « *qabâ’il* » (au singulier *qabîla*) qui signifie « tribu ». Ce terme désigne les tribus des zones rurales d’Afrique du nord qui demeuraient autonomes vis-à-vis des pouvoirs centraux²³. Dans un ouvrage portant sur l’histoire de la ville de Fès intitulé *Roudh El Qirtas* datant du Moyen Âge, le terme « kabaïls » y est utilisé afin de désigner les soldats berbères qui servaient au sein de l’armée mérinide²⁴.

Dans les récits européens du XVIIIe et du XXe siècle les termes kabyles et *cabailles* étaient utilisés pour désigner l’ensemble des populations berbérophones qui habitaient les zones rurales du Maghreb. Peyssonnel dans sa *Relation d’un voyage sur les côtes*

²³ R. Bellil, « *Kabylie : La région dans les écrits arabes* » ; in 26|Juadisme-Kabylie, Aix-en-Provence, Edisud (« Volumes », n 26), 2004 (en ligne le 01 juin 2011, consulté le 21 janvier 2014.URL : <http://encyclopedieberbère.revue.org/1405>.) p. 2.

²⁴ J. Morizot, *Les Kabyles propos d’un témoin*, Paris, CHEAM, 2012, p. 19.

de Barbarie, rédigée par ordre du Roi de France pendant les années 1724 et 1725, utilisa le terme « Kabyles » pour désigner les « Arabes habitant la montagne²⁵ ».

Ce ne fut qu'à partir de la deuxième moitié du XIXe siècle, suite à la conquête de l'Algérie, que le terme kabyle fut utilisé de façon restreinte, pour indiquer les populations berbérophones d'Algérie qui vivaient dans la région montagneuse située entre Alger et Constantine, connue sous le nom de Kabylie. Par conséquent, le terme kabyle ne fut plus utilisé comme pour indiquer l'ensemble des populations berbérophone d'Algérie, mais uniquement pour désigner les populations berbérophones qui vivaient dans la région montagneuse connue sous le nom de Kabylie.

Les frontières naturelles de la Kabylie sont la mer Méditerranée au nord et les Haut Plateaux au sud. Ce territoire couvre 13.000 km². Durant la période coloniale l'administration française avait notamment séparé la Kabylie en deux zones différentes. Comme rappelé plus haut, la région montagneuse qui se trouve à l'ouest du fleuve *Soummam* a été rebaptisée sous le nom de Grande Kabylie et celle à l'est sous le nom de Petite Kabylie. Les territoires qui correspondent au massif calcaire du *Djurdjura* ont été désignés sous le nom de Haute Kabylie, ceux qui demeurent dans la zone du littoral *Bâbords* sont connus sous le nom de Basse Kabylie²⁶.

La séparation entre la Petite et la Grande Kabylie apparaît pour la première fois dans un ouvrage rédigé durant les premières années de la colonisation française, intitulé « *La Kabylie, recherche et observations sur cette riche contrée de l'Algérie par un colon établi à Bougie depuis les premiers jours d'octobre* » écrit en 1833 par Emile Masqueray²⁷. Plus récemment Tassadit Yassin a expliqué que : « *Malgré la différence conjoncturelle, la répression coloniale en Petite et en Grande Kabylie a eu comme effet de créer une Kabylie homogène.*²⁸ ».

²⁵ *Ibid.*, p. 21.

²⁶ A. Mahé, *Histoire de la Grande Kabylie-XIX-XX siècles. Anthropologie du lien social dans les communautés villageoises*, Paris, Edition Bouchène, 2001, p. 16.

²⁷ J. Morizot, *op. cit.*, p. 24.

²⁸ *Ibid.* p.119.

Durant la période qui a succédé à la défaite de l'Emir Abdelkader, à partir de l'année 1847, les termes tels que « kabyle » et « Kabylie » furent utilisés de façon restreinte afin de désigner les populations berbères qui habitaient le territoire de la Grande Kabylie²⁹. Ainsi en 1848 Daumas, Fabar, et Mac-Carty avait rédigé un ouvrage intitulé « *Ecrits sur la Kabylie proprement dite* ». Carette dans son ouvrage intitulé « *Les époques de la Grande Kabylie* » et Hanoteau et Letourneux dans « *La Kabylie et les coutumes kabyles*³⁰ » utilisent le terme le terme « kabyle » en faisant référence uniquement au territoire de la Grande Kabylie.

Les différences qui subsistent entre la Grande et la Petite Kabylie n'existent pas uniquement sur le plan géographique mais elles subsistent aussi sur le plan historique. En effet les territoires côtiers de la Petite Kabylie ont été depuis l'antiquité exposés aux influences culturelles et politiques étrangères. Les villes côtières telles que Dellys et Tizirt ont été des comptoirs phéniciens, par la suite des colonies romaines et pendant le Moyen-Age des Etats-cités rattachés aux Pouvoirs centraux (Almohade, Almoravide, Mérinides, Hafside). Par contre la Grande Kabylie a longtemps échappé à ces influences. Les romains appelaient cette montagne le *Mons Ferratus*. Comme nous le verrons, Ammien Marcellin avait cité dans ses *Histoires* cette montagne à propos de la révolte de *Firmus*³¹. Ce territoire a été peuplé à partir du XIIe siècle par un ensemble de tribus connues sous le nom d'*igwagwen* (*zwawa* en arabe) qui s'étaient organisées en tribus indépendantes.

Le fossé qui sépare ces deux territoires s'était accentué à partir du XVe siècle. Deux royaumes virent le jour, en Grande Kabylie le Royaume de Koukou et en Petite Kabylie celui des *Aït-Abbès*.³² Aucune tribu ou confédération ne s'étend sur les deux

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ibid.*

³²T. Yassin, « La Kabylie entre 1839 et 1871 : construction identitaire et répression coloniale », dans Abderrahmane Bouchène, Jean-Pierre Peyroulou, Ouanassa Siaty Tengour, Sylvie Thénault, « *Histoire de l'Algérie à la période coloniale* », Édition la découverte et Édition Barzakh, Paris et Alger, 2012. P. 114.

versants³³. Les cols qui assurent le franchissement de la chaîne sont souvent interdits à la circulation, en raison d'un enneigement important³⁴.

B. L'ISOLAT GÉOGRAPHIQUE KABYLE

Le territoire de la Grande Kabylie a été défini comme un isolat géographique et cette caractéristique a été une des raisons qui auraient permis la survie durant des siècles de son particularisme linguistique ainsi que de ses institutions. Il est notoire que le territoire kabyle est un territoire montagneux par anomalie. Cette région est un segment de montagne de l'Atlas Tellien du Nord-Est algérien³⁵. La chaîne de montagnes en question se subdivise d'Ouest en Est en quatre massifs. Le Djurdjura à l'est d'Alger, les Bâbords sur la rive droite de la Soummam, la Kabylie des Bibans à l'Est de L'Oued Sahel et le Collo Numidique à l'Ouest de la ville d'Annaba et au nord de Constantine. 90 % du territoire est représenté par des reliefs montagneux, couverts sur 60% de forêts. Le Djurdjura (*Adrar n'Jerjera*, en kabyle³⁶) est la montagne la plus imposante de Kabylie. C'est une chaîne calcaire qui dépasse 2000 m d'altitude³⁷.

La montagne kabyle est une montagne pauvre en sols fertiles et en ressources géologiques³⁸. Par conséquent, cette pauvreté du territoire n'a pas pu permettre aux Kabyles de vivre dans un isolat absolu. Ces derniers ont souvent dû entretenir des rapports commerciaux avec les zones fertiles des plaines³⁹. Cette région bien que

³³ *Ibid.*

³⁴ *Ibid.*

³⁵ Ces informations ont été prises de l'Encyclopédie E.B. et M. Dahmani, « *Kabylie : Géographie* », in *26 / Judaïsme – Kabylie*, Aix-en-Provence, Edisud, 2004 [En ligne], mis en ligne le 01 juin 2011, consulté le 17 janvier 2014. URL : <http://encyclopedieberbere.revues.org/1395>.

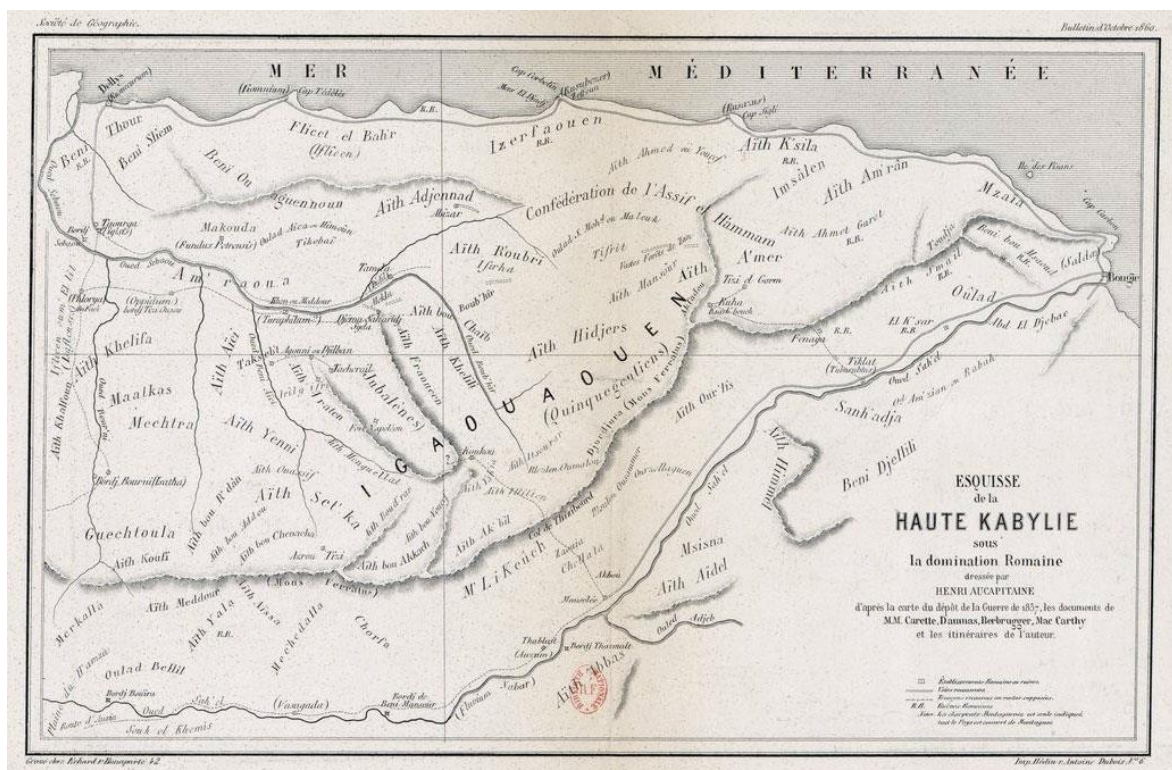
³⁶ Ces informations ont été prises de l'Encyclopédie E.B. et M., « *Djurdjura* », in *16 / Djalut-Dougga, Aix en Provence, Edisud* (volume, n. 16), 1995 [En ligne], mis en ligne le 01 juin 2011, consulté le 17 janvier 2014. URL: <http://encyclopedieberbere.revues.org/1395>, p. 2

³⁷ *Ibid.*

³⁸ M. Dahmani, *op. cit.*, p. 42.

³⁹ N. Abdelfettah Lahmi, « *Du mythe de l'isolat kabyle* », in *Cahiers d'étude africaine*, XLIV (3). 175, 2004, p. 507-531.

pauvre en terres fertiles a toujours été très densément peuplée, voire surpeuplée par une population sédentaire. Cela a poussé les tribus kabyles à développer un commerce intense avec les cités des alentours telles que Bejaia d’abord et la Régence d’Alger ensuite. Pour les raisons citées ci-dessus, nous pouvons conclure que la Kabylie n’a pas demeuré dans une situation d’isolement total.



Carte de la Kabylie “Esquisse de la Haute Kabylie” par Henri Aucapitaine publiée dans le Bulletin de la Société de Géographie (Paris, octobre 1860).

§ 2. L'HISTOIRE DE LA KABYLIE AVANT LA CONQUÊTE ET LA COLONISATION FRANÇAISE : AUX ORIGINES DU « SELF-GOVERNMENT KABYLE »

Le système de gouvernance kabyle a été défini par Hanoteau comme un « self-government », terme emprunté au droit colonial britannique. Cette forme spéciale de gouvernance adoptée par les tribus kabyles puise ses racines dans l'antiquité, ce qui est prouvé par des sources historiographiques romaines (A). Cela dit, ce système de gouvernance n'a commencé à se développer dans sa forme accomplie qu'à partir du XIIe siècle avec l'arrivée de la tribu des Zwawa en Grande Kabylie. Ce système prendra sa forme définitive durant la période ottomane (B).

A. LA PÉRIODE DE L'ANTIQUITÉ

Le territoire qui correspond à l'actuelle Grande Kabylie était habité depuis l'antiquité par des tribus berbères. Celles-ci avaient tissé des alliances politiques avec les royaumes berbères des *maessesyle* et celui des *massyle*⁴⁰.

Les romains désignaient ce territoire sous le nom de *Mons Ferratus*. Cette appellation a été utilisée notamment par l'historien romain Ammien Marcellin dans sa description de la révolte de *Firmus*⁴¹. Les populations berbères qui habitaient le Djurdjura étaient désignées par les romains sous le nom de quinquagentainei. Ce terme évoque la structure sociale de type tribal des populations berbères⁴². D'où le terme latin *Gens*, qui renvoie à la structure tribale connue aussi à Rome. Gsell souligne de sa part que dans le contexte de l'Afrique du nord les romains utilisaient ce terme de façon très

⁴⁰J.- P. Laporte, « Kabylie : La Kabylie antique », in 26 / *Judaïsme – Kabylie*, Aix-en-Provence, Edisud (« Volumes », no 26), 2004 [En ligne], mis en ligne le 01 juin 2011, consulté le 14 janvier 2014. URL : <http://encyclopedieberbere.revues.org/140>, p. 3

⁴¹ Ces informations ont été prises de l'Encyclopédie E.B. et M., « *Djurdjura* », in 16 / *Djalut-Dougga*, Aix en Provence, Edisud (volume, n. 16), 1995 [En ligne], mis en ligne le 01 juin 2011, consulté le 17 janvier 2014. URL : <http://encyclopedieberbere.revues.org/1395>,

⁴² J. Morizot et Xavier Planhol soutiennent l'idée que la Kabylie n'était pas densément peuplée avant l'arrivée des romains, voir Jean Morizon, *op. cit.*, p. 62.

imprécise⁴³. Les romains, en effet, avaient des connaissances très limitées sur les coutumes des populations berbères qui vivaient en dehors des agglomérations urbaines⁴⁴. Hamon explique que le terme *gens* était utilisé par les Romains dans le cadre des populations qui au moment de la conquête ne vivaient pas dans des villes-cités (*civitas*). Le terme indique donc les populations qui étaient organisées en tribus⁴⁵.

La structure sociale traditionnelle des tribus berbères du *Mons Ferratus* de l'antiquité rappelle celle des populations berbères telles que décrites dans les écrits français du XIXe siècle en Algérie et au Maroc du XXe siècle. Les historiens Ibba et Traina tissent un lien entre ces deux mondes et décrivent la *Gens* des berbères de l'antiquité comme étant l'ancêtre de la fédération tribale kabyle connue sous le nom *d'arch*⁴⁶. Tout comme les tribus kabyles décrites par les écrits coloniaux du XXe siècle, les *Gens* berbères de l'antiquité procédaient à la nomination de leurs chefs (*aghelids*⁴⁷) par voie élective (tout comme les *Amins* des *djemââs* kabyles) et non pas par voie héréditaire⁴⁸. Les stèles de *Kerfala* et d'*Abizar* demeurent les rares témoignages archéologiques de ces chefferies locales⁴⁹. Charles-André Julien de son côté décrit les assemblées villageoises présentes des tribus berbères de l'antiquité comme étant le « [...] prototype de la *djemââ kabyle*, qui dirige les affaires communes et frappe les *insoumis*, selon un droit coutumier (le *qanoun kabyle*, l'*azref marocain*)⁵⁰ ».

⁴³ S. Gsell, *Histoire ancienne de l'Afrique du Nord*, Tome V, Paris, Hachette, 1927, p. 54.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ C. Hamdoune, « *Gens, Gentes, Gentiles* », in Encyclopédie berbère 20| Gauda-Girrei, Aix-en-Provence, Edisud (« Volumes », n. 20), 1998 (En ligne), mise le 01 juin 2011, consulté le 16 mars 2014. URL : <http://encyclopedieberber.revue.org/1903>.

⁴⁶ A. Ibba – G. Traina, *L'Afrique romaine-de l'Atlantique à la Tripolitaine (9-439 apr.-C.)*, Rosny s. Bois, Edition Bréal, Collection Histoire ancienne et médiévale, 2006, pp. 82 et suivantes.

⁴⁷ Chacker souligne quant à l'origine du terme *aghelid* que : « *Ce terme est connue depuis l'Antiquité puisqu'on le relève à plusieurs reprises dans des inscriptions libyques (RIL, 2 à 11 et Chaker 1977) sous la forme GLD. Son sens paraît avoir été à l'époque plus large car il désigna alors aussi bien des rois véritables (Massinissa...) que des magistrats municipaux* », in S. Chaker et G. Camps, « *Aggelid* » in 2| *Ad-Ağuh-n-Tahlé* », Aix –en-Provence, Edisud (« volume », n.2), 1985 (en ligne), mis en ligne le 01 décembre 2012, consulté le 28 mars 2014, URL : <http://encyclopedieberbere.revue.org/911>, p. 2 (édition électronique), p. 248 (édition papier).

⁴⁸ Ibba - G. Traina, *op. cit.*

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ Ch.-A Julien, *op. cit.*

L'arrivée des Romains en Afrique du nord n'apporta pas de grands changements à la structure sociale des tribus berbères du *Djurdjura*, cela bien qu'un certain nombre de conflits aient éclaté entre celles-ci et les autorités romaines. Par exemple en 259 apr. JC, les tribus du Djurdjura avaient participé à la révolte des tribus berbères des Bavares⁵¹ ainsi qu'à celle des *Trantagenes en 290*⁵². Shaw⁵³ et Hamdoune⁵⁴ ont souligné que ces révoltes ont été décidées à la suite d'une concertation entre tribus qui s'est déroulée au sein d'un de ces marchés hebdomadaires auxquels les Romains avaient donné l'appellatif de *nundinae*. Ce type de marché avait ainsi une fonction politique. L'archéologue britannique Shaw a tissé une continuité entre les *nundianaes* et les marchés actuels (*souq*) présents au sein des tribus berbères d'Afrique du Nord⁵⁵.

Dans les pages suivantes nous verrons comment durant la période médiévale et ottomane les institutions traditionnelles berbères telles que l'*arch*, la *djemââ* et le marché vont jouer un rôle fondamental dans la fondation de l'autogouvernement des tribus berbères de Grande Kabylie.

B. LE MOYEN ÂGE ET LA PÉRIODE OTTOMANE

À partir du VIIe siècle la Kabylie, comme tout le reste de l'Afrique du Nord, a été marquée profondément par l'arrivée de l'Islam⁵⁶. En Kabylie comme dans plusieurs

⁵¹ M. Bénabou, *La résistance africaine à la romanisation*, Édition la découverte, -Paris, 2005.p. 225.

⁵² *Ibid*, p. 05.

⁵³ B.D. Shaw, « Rural markets in North Africa and the political economy of the roman Empire », in *Antiquités africaines*, 17, 1981, pp. 37-83.

⁵⁴ C. Hamdoune, *op. cit.*,

⁵⁵B.D. Shaw, *op. cit.*

⁵⁶ Au tout début de leur arrivée en Afrique du Nord (642 ap. J.C.) les Arabes sous le calife Omar ne voulaient pas dépasser la frontière naturelle du *Djebel Nefoussa* (Lybie). Ce fut sous le successeur d'Omar, *Othman* que les Arabes attaquèrent les territoires situés à l'ouest du *Djebel Nefoussa*, territoires qui demeuraient sous la domination Byzantine. Mais ce furent des troubles internes au Califat, dus à des révoltes qui se déroulèrent en Syrie et en Egypte, ainsi que la fameuse question de la succession entre le calife *Ali* (gendre du prophète *Mohammed*) et *Muawiya* qui conduisirent les Arabes à la conquête de l'*Ifriqiya*. Ce fut sous *Muawiya*, fondateur de la dynastie des Omeiyades, que l'œuvre de conquête des territoires occidentaux a été à nouveau reprise. En 670 ap. J. *Ibn Nafi* lança un raid contre la ville de Balancines (Tunisie) et fonda la ville-forteresse de *Kairouan*, à partir de laquelle il lança l'attaque finale

territoires berbères d’Afrique du nord, l’islamisation n’a pas coïncidé avec l’adoption de la langue arabe. En effet, en Kabylie la langue la plus pratiquée demeurerait le kabyle qui n’est rien d’autre que la variante locale des langues *amazigh* (berbères). Ce particularisme linguistique a été accompagné par une survie des structures politiques traditionnelles berbères ainsi que des coutumes, ce qui a permis aux tribus kabyles de se maintenir politiquement autonomes à l’égard des différents pouvoirs centraux qui se sont succédé dans l’histoire du Maghreb tels que l’empire Almoravide et Almohade⁵⁷, ainsi que vis-à-vis des cités-états tels que la ville de *Bejaïa*. L’autonomie politique des tribus kabyles a commencé à s’accroître à partir de la montée en force de la tribu des *Ighwawen* à partir du XII^e siècle. L’œuvre de *Ibn Khaldoun* intitulée *L’histoire des berbères* constitue un des rares témoignages sur la situation politique des *Ighwaghen* pendant le XIV^e siècle. *Ibn Khaldoun* se limite à écrire que les *Ighwaghen* ou *Zwawa* (en arabe) avaient reconnu le pouvoir du Sultan de la dynastie Hafside de Bougie alors qu’auparavant ces mêmes tribus s’étaient opposées à l’autorité de ce dernier⁵⁸.

Roberts remarque que dans ce document *Ibn Khaldoun* ne fait aucune référence à l’autonomie politique de la tribu kabyle des *Zawawa* ni au fait que les membres de la tribu en question refusaient de payer les impôts au Sultan. Cela s’explique en partie par le fait qu’*Ibn Khaldoun* était convaincu que les tribus berbères vivaient dans un état d’anarchie permanente auquel l’auteur a donné le nom d’*assabiyya*⁵⁹. Selon Roberts le silence d’*Ibn Khaldoun* prouverait que l’autonomie politique ou *self-government*⁶⁰, qui caractérise, la structure tribale n’avait pas encore atteint sa forme mature et accomplie⁶¹ au moment de la rédaction de *L’Histoire des berbères*.

contre les territoires byzantins de l’ouest. Voir Ch.-A. Julien, *op. cit.*, vol. II, p. 12 et suivante

⁵⁷ Suite à la victoire chrétienne de *Las Navas de Tolosa* en 1236 et aux révoltes des tribus berbères marocaines des *Beni Merine*, l’empire Almohade entra dans une crise profonde qui entraîna sa chute. Suite à la chute de l’Empire Almohade trois dynasties ont gouverné l’Afrique du nord, celles des Mérinides au Maroc (1259-1420), les *Abdelwadides* à Tlemcen (1235-1554) et le Hafside à Tunis (1229-1574). La Kabylie se retrouva sous la domination de ces derniers, mais l’esprit de clan l’emporta, et en 1294 l’émir de la ville portuaire kabyle de *Bejaïa* fit sécession et l’Empire Hafside éclata.

⁵⁸ I. Khaldoun, *Histoire des berbères*, IV vol (trad. Baron de Slane), Paris, Imprimerie nationale, 1925, Vol. I, p. 256.

⁵⁹ C. Lacoste, Y. Lacoste, « *Maghreb, peuples et civilisations* », Édition la Découverte, Paris, 1995, p. 30.

⁶⁰ Ce terme anglais fut utilisé par Hanoteau et Letourneux dans leur ouvrage fondamental « La Kabylie et les coutumes kabyles » Voir A. Hanoteau et A. Letourneux, « La Kabylie et les coutumes kabyles », Paris, Augustin Challamel, éditeur, 1893, p. 1

⁶¹ Telle que décrite durant le XIX^e siècle dans les travaux français d’Hanoteau et Letourneux, ainsi que

Par contre le géographe Léon l'Africain témoigne dans sa *Description de l'Afrique* que les habitants du Djurdjura refusaient de payer l'impôt au Sultan⁶². Ce refus de payer les impôts a persisté par la suite au moment où les tribus kabyles refusèrent de payer les impôts au pouvoir Turc ainsi qu'au gouvernement tyrannique du chef kabyle *Ahmed Bel Qadi*, connu comme le roi de *Koukou*⁶³.

Dès le XVI^e siècle, les Turcs s'étaient emparés du contrôle des villes côtières de la petite Kabylie de Bougie et Dellys⁶⁴ alors qu'en Grande-Kabylie les ottomans avaient encouragé l'ascension du chef de tribu *Hassan Bel-Qadi*⁶⁵. Le Royaume de *Koukou* demeure l'unique tentative d'instauration en Kabylie d'un pouvoir centralisé. Cependant les tribus kabyles se révoltèrent contre *Hassan Bel-Qadi* ce qui décréta la fin du Royaume de *Koukou*. Les tribus kabyles habituées à des siècles d'autonomie et de pouvoir partagé ne pouvaient pas supporter d'être soumises à un pouvoir central. Suite à la chute du royaume de *Koukou*, les Turcs cherchèrent d'exercer leur ingérence dans les affaires politiques kabyles en se limitant à construire des forteresses (*bordj*) telles que celles de *Tizi-Ouzou* et de *Boghni* ainsi que la forteresse de la Vallée du Sebaou⁶⁶. Les deux premières forteresses citées ci-dessus furent des caïdats soumis à l'autorité du *Dey* de *Titery*⁶⁷. Ces forteresses furent souvent assiégées par les tribus qui habitaient dans les territoires limitrophes.

Les *Igwaghens* refusaient de payer les impôts aux autorités turques⁶⁸. Afin de pouvoir soutenir leur indépendance économique, un groupe de tribus kabyles de la Grande Kabylie décida en 1759 de rédiger un *qanoun* (statut villageois) qui exhérait les

par Masqueray

⁶² L. l'Africain, *Description de l'Afrique*, Paris, Maisonneuve, 1981, t. II, p. 40

⁶³ N. Robin, « Note sur l'organisation militaire et administrative des turcs dans la Grande Kabylie », in *Kabylie* », in *Revue Africaine*, n 1, p.136.

⁶⁴ Les premiers, suite à l'expédition de *Pedro Navarro*, occupèrent les villes portuaires situés dans l'actuelle Algérie, telles qu'Alger, Cherchell, ainsi que la ville kabyle de Bougie en 1510. Les seconds, guidés par *Kharoudj* et *Kher- Eldin* (Barberousse), prirent Alger en 1512, en 1517 pénétrèrent dans les villes kabyles côtières de *Dellys*, et en 1555 ils chassèrent les Espagnols de Bougie.

⁶⁵ H. Roberts, *Berber government. The Kabyle Polity in Pre-colonial Algeria*, London, I.B. Tauris, 2014, p. 150.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 151.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 143.

⁶⁸ A. Sainte-Marie, « Communautés rurales et pouvoirs en Grande-Kabylie. Situation précoloniale et mutations de 1857 à 1871 », in *Cahiers de la Méditerranée*, hors-série N. 4, 1980. Communautés rurales et pouvoirs dans les pays méditerranéens (XVI^e-XX siècles). Acte des journées d'études Bendor, 26, 27 et 28 avril 1978, p. 197.

femmes. Comme nous le verrons plus bas, les biens destinés à l'héritage des femmes allaient grossir le trésor public des villages kabyles. Les tribus Kabyles qui avaient ratifié ce statut décidèrent ainsi de destiner la part d'héritage des femmes au trésor public des villages kabyles (biens *mechmels*) et non pas aux fondations pieuses (*habous*). Cette décision visait au financement de l'indépendance des villages kabyles ainsi qu'à l'autogouvernement des tribus kabyles. Cependant les tribus kabyles, ce faisant, bravaient les prescriptions coraniques et le droit musulman malékite qui par contre prévoyait l'octroi de parts d'héritage aux femmes musulmanes. Les autorités turques d'Alger en guise de représailles exercèrent un blocus économique interdisant l'accès à la mer ainsi qu'aux axes commerciaux aux tribus de la Grande Kabylie qui s'étaient insurgées⁶⁹. Dès la fin du XVIIIe siècle, la Régence d'Alger est entrée dans une crise politique due aux attaques des puissances européennes lancées à son encontre. Les puissances européennes qui avaient participé au Congrès de Vienne (1814-1815) avaient décidé de donner le coup de grâce à la piraterie dans la Méditerranée⁷⁰. Ainsi en 1816 le britannique Lord Exmouth bombarda le port d'Alger afin d'obliger le Dey à se soumettre aux décisions du Congrès, c'est-à-dire à mettre fin à la piraterie et surtout au commerce des esclaves chrétiens⁷¹. Cet affaiblissement de la Régence d'Alger profita aux tribus kabyles qui assiégèrent les forteresses militaires bâties par les Turcs en Grande Kabylie. Quelques décennies avant l'arrivée des Français, les Turcs n'étaient plus capables de défendre leurs forteresses situées en Kabylie. En 1818 le *Bordj Boghni* dû capituler à la suite de sept jours de siège⁷². Ne pouvant plus compter sur le commerce dans la Méditerranée, la Régence d'Alger avait reconnu aux Kabyles des permis de commerce pour vendre leurs produits à Alger.

Au temps de la Régence d'Alger, la vie sociale et juridique des tribus kabyles était régie par les coutumes villageoises. Les litiges entre privés portant sur des questions

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ Gallissot souligne que : « De 1622, date du premier bombardement britannique à 1827, l'on compte une vingtaine d'attaques anglaises, françaises, espagnoles, danoises et même au début du XIXe siècle, américaine, contre Alger; à titre de semonce contre la piraterie » in René Gallissot, *Marx, Marxisme et Algérie*, Paris, Unions générale d'Éditions, 1976.

⁷¹ *Ibid.*,

⁷² N. Robin, *Ibid.*

de droit commun étaient tranchés par les assemblées villageoises connues sous le nom de *djemââs*. Par contre les contentieux en matière religieuse étaient laissés à la compétence des marabouts⁷³. Les juridictions de droit musulman des *qadi* malékites ou hanéfites qui opéraient dans les territoires de la Régence d'Alger ainsi que dans le Beylik de Constantine n'avaient aucun essor dans les territoires des tribus kabyles. Les ressortissants kabyles qui vivaient pour des raisons de travail en dehors de la Kabylie et dans des territoires régis par les Turcs jouissaient eux aussi d'un statut juridique particulier. Ces derniers étaient soustraits à la juridiction des *cadis* hanéfites et malékites et ne payaient pas d'impôts aux Turcs⁷⁴. Comme nous le verrons plus loin, la France a, par la suite, conservé ce régime particulariste sur base ethnique à l'égard des Kabyles qui se verront appliquer leurs coutumes sur la base d'un critère *rationae personae*.

Les tribus de Grande Kabylie avaient ainsi joui à partir du XIIe siècle d'une d'autonomie politique à l'égard des différents pouvoirs centraux qui s'étaient succédé en Afrique du Nord. Cette autonomie a été renforcée par la présence en Kabylie d'institutions politiques traditionnelles telles que les *djemââs* et le système tribal des *archs*, des institutions qui comme nous l'avons vu existaient depuis l'antiquité et qui, bien que présentes dans l'ensemble du Maghreb, avaient assumé une importance particulière au sein des tribus kabyles. Dans le chapitre suivant, nous verrons plus en détail les caractéristiques des institutions et des coutumes kabyles (**section 2**).

⁷³ Ch. A. Julien, *Histoire de l'Algérie contemporaine, Tome. I : La conquête et les débuts de la colonisation (1827-1871)*, Paris, Presses universitaires de France, 1964, p. 6.

⁷⁴ C. Bontems, *Manuel des Institutions Algériennes-de la domination turque à l'indépendance. La domination turque et le régime militaire 1518-1870*, Tome I. Editions Cujas, 1976, p. 63. Ch. A. Julien, *Histoire de l'Afrique du Nord*, vol. II, p. 292

SECTION 2. LES COUTUMES ET LES INSTITUTIONS TRADITIONNELLES KABYLES. LES FONDEMENTS DU « SELF-GOVERNMENT KABYLE »

Le système politique traditionnel kabyle repose sur deux institutions : la tribu connue sous le nom de « *arch* » et des assemblées villageoises, les *djemââs*.

Les tribus kabyles étaient constituées par un ensemble de villages kabyles (*thaddart* ou *toufik*). Chaque tribu et chaque village kabyle étaient divisés en deux factions ou partis qui prenaient le nom de *soffs* ou *leffs*. Les tribus, comme les villages kabyles, étaient soudées sur le plan social par un lien de type politique et non de type purement clanique. Ce qui rend la théorie segmentaire inapplicable au système tribal kabyle. Quant aux *djemââs*, ces assemblées occupaient une place fondamentale au sein des tribus et des villages kabyles. Les *djemââs* administraient le patrimoine des villages, édictaient des statuts villageois et rendaient des jugements. Les assemblées villageoises ont contribué à renforcer le rôle des coutumes au sein des villages et tribus kabyles ainsi que leur autonomie à l'égard du droit musulman. Cela bien que ces coutumes se soient développées en marge de la tradition du droit musulman malékite présent au sein du Maghreb. Certaines coutumes kabyles comme celle de l'exhérédation des femmes contredisaient même les préceptes coraniques. Cette autonomie juridique s'explique par une volonté d'indépendance politique et fiscale que les tribus de la Grande Kabylie voulaient obtenir à l'égard de la Régence d'Alger. Dans les pages suivantes nous exposerons les traits saillants des institutions politiques kabyles (§1) et des coutumes kabyles (§2).

§1. LES INSTITUTIONS TRADITIONNELLES KABYLES : L'ARCH ET LA DJEMÂÂ

Le système politique traditionnel kabyle reposait sur deux institutions qui étaient l'*arch* et la *dejmaa*. Le premier est un système d'alliances tribales, tandis que la *djemââ* est une assemblée villageoise. Ces deux institutions ont permis aux tribus

kabyles de mettre en place un système politique d'autogouvernance qui les rendaient indépendantes à l'égard des pouvoirs centraux qui se sont succédé en Afrique du Nord. Dans les pages suivantes nous verrons que ces deux institutions ne reposaient pas uniquement sur un système politique de type clanique mais de type politique. Cela vaut pour le cas du système tribal de l'*arch* (A) ainsi que celui des *djemâs* (B).

A. LE SYSTÈME TRIBAL DE L'ARCH

La société kabyle est une société traditionnelle dont la structure politique repose sur un système d'autogouvernance basé sur des jeux alliances entre tribus et ligues villageoises. L'organisation sociale et politique kabyle s'articule sur les unités sociales suivantes : le village (*Thaddart*), la tribu (*arch*) et les ligues villageoises (*taqbalit*)⁷⁵.

Le village constitue le noyau et l'unité sociale de base sur laquelle repose toute l'organisation politique traditionnelle kabyle. En Kabylie il y avait deux types de villages, le *Thaddart* et le *Toufik*. Le premier est constitué par un ensemble de familles élargies qui se réclament être les descendantes d'un ancêtre commun⁷⁶. Quant au *Toufik*, il s'agit d'un type de village constitué par un ensemble de familles qui ne se revendiquent pas une ascendance commune. Par conséquent le lien social dans ce type de village était de type politique et non clanique⁷⁷.

Plusieurs villages constituent une unité politique plus large, soit la tribu (*axxerrub*, *adrum*). Plusieurs constituent des fédérations, les *arches* (*lerc*)⁷⁸ par le biais de jeux d'alliances.

Le système politique kabyle, à l'instar de celui de l'ensemble des territoires ruraux du Maghreb, s'est constitué de façon autonome en opposition aux pouvoirs centraux. Par

⁷⁵ D. Abrous, « *Kabylie : Anthropologie sociale* », in 26| judaïsme-Kabylie, Aix-en-Provence Edisud ("Volume" n. 26), 2004 (en ligne), mis en ligne 01 juin 2011, consulté le 21 janvier 2013. URL : <http://encyclopedieberbere.revue.org/1416>, p. 2

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ A. Hanoteau, A. Letourneau, *op. cit.*, Vol.2, p. 05.

⁷⁸ D. Abrous, *op. cit.*, p. 2

contre, ce qui distingue le système social kabyle des autres zones rurales berbères du Maghreb reste le fait qu'en Kabylie, dès le XVI^e siècle, s'était établi un véritable système politique ayant un degré d'autonomie politique jamais connu ailleurs. Les fédérations tribales (*archs*) y avaient atteint un degré de pouvoir jamais atteint par les autres populations berbères du Maghreb. Cela avait été remarqué par les militaires français dès le début de la colonisation française. Roberts remarque qu'il n'était pas anodin qu'Hanoteau et Letourneux dans leur second livre de la *Kabylie et les coutumes kabyles* aient utilisé le terme anglais de *self-government* dans leurs descriptions du système politique traditionnel kabyle. L'autonomie politique dont jouissaient les tribus kabyles a contribué au renforcement des pouvoirs des confédérations tribales (*archs*) et des institutions villageoises telles que les assemblées de villages, les *djemââs*.

Chaque tribu kabyle avait en son sein des parties ou factions politiques connues sous le nom de *soffs* ou de *leffs*. Hanoteau et Letourneux définissent les *soffs* comme des « [...] associations d'assistance mutuelle dans la défense et dans l'attaque, pour toutes les éventualités de la vie⁷⁹ ». En effet les *soffs* (ou *çoffs*) défendaient toujours les intérêts de leurs adhérents, cela par parti pris. Un adage kabyle disait : « [...] *Ouinne aïoun ith idhelem ner' medheloum* », soit : « aide les tiens, qu'ils aient tort ou raison⁸⁰ ».

Nous illustrerons dans le chapitre suivant les modes de fonctionnement des institutions kabyles. Nous nous limitons ici à expliquer que les *soffs* étaient représentés dans les assemblées villageoises et que chaque *soff* était présidé par un chef qui exerçait auprès de sa faction la fonction de gardien de l'ordre ainsi que de médiateur dans les cas de conflit entre les adhérents de son parti. Comme nous le verrons plus bas ces fonctions étaient très semblables à celles qu'exerçaient les présidents (*amins*) des assemblées tribales. Ainsi chaque village et chaque tribu kabyle était partagés en deux parti-factions, lesquelles souvent n'avaient pas le même poids politique. Ainsi les *çoffs* les plus faibles tissaient des alliances avec d'autres

⁷⁹ Hanoteau, Letourneux, *op. cit.*, vol. III, p.11

⁸⁰ *Ibid.*, p. 11

soffs de villages voisins. Ces factions étaient dirigées par des chefs qui étaient des personnalités politiques très influentes⁸¹. Les *djemâs* avaient le rôle d'apaiser les conflits politiques. Pour ces raisons, comme nous le verrons dans le chapitre suivant, les différentes factions étaient représentées au sein des assemblées villageoises.

Cependant, les systèmes des *soffs* n'étaient pas un trait spécifique des tribus kabyles, ces factions étaient présentes dans un grand nombre de territoires ruraux d'Afrique du Nord. La présence d'une telle institution a induit les anthropologues britanniques Gellner et Geertz à conclure que les tribus berbères des zones rurales du Maghreb étaient dépourvues en leur sein d'institutions politiques et que par conséquent l'organisation sociale berbère reposait dans le passé et repose encore actuellement uniquement sur des liens de type clanique et non de type politique.

C'est ainsi que Gellner et Geertz ont analysé le système politique traditionnel de l'ensemble des tribus berbères du Maghreb sous la grille de la théorie segmentaire. Cette théorie avait été formulée par l'anthropologue britannique Evans-Pritchard en s'inspirant de la théorie de la solidarité mécanique que Durkheim avait développée dans son ouvrage intitulé *La division du travail*⁸². Dans ce travail le sociologue cite, entre autres et à titre de société archaïque reposant sur une solidarité de type clanique, la société kabyle⁸³. Durkheim opposait les sociétés ayant développé des formes étatiques au sein desquelles les rôles sociaux étaient stratifiés, à celles qui n'avaient pas dépassé le stade tribal et dans lesquelles les rapports de solidarité étaient de type mécanique au sein desquelles les rapports sociaux étaient basés uniquement sur les liens de parenté. Dans ce dernier type de société, le lien politique était le résultat d'un emboîtement entre des agrégats sociaux. Durkheim affirme ainsi ce qui suit :

« [...] chez les kabyles, l'unité politique est le clan fixé sous forme de village (*djemma* ou *thaddart*) ; plusieurs *djemâs* forment une tribu (*arch*) et plusieurs tribus

⁸¹ *Ibid.*, p. 15.

⁸² A. Mahé, « Violence et médiation. Théorie de la segmentarité ou pratiques juridiques en Kabylie », in *Genèses*, 32, 1998, p. 53.

⁸³ E. Durkheim, *De la division du travail social*, Livre I, Paris, Les Presses Universitaires de France, 1967, p. 163

forment la confédération (*thak'ebilit*), la plus haute société politique que connaissent les Kabyles ⁸⁴ ».

Durkheim puisait ses informations sur les Kabyles dans les travaux des ethnologues coloniaux français et citait comme sources de référence *La Kabylie et les coutumes kabyles* de Hanoteau et Letourneux et *la Formation des cités chez les populations sédentaires de l'Algérie* de Masqueray⁸⁵.

Evans Pitchard a repris les thèses de Durkheim et a ainsi élaboré sa théorie segmentaire, résultat de ses recherches empiriques sur le système de parenté des tribus Senoussi de la Cyrénaïque ainsi que de celui des populations Nuer du Chad. La thèse de Pitchard a profondément influencé l'anthropologue britannique Gellner ainsi que son homologue américain Geertz. Ces derniers ont appliqué cette théorie dans leurs études aux tribus berbères du Maroc. Cette influence a été encore plus forte dans l'œuvre de Gellner qui décrit dans son ouvrage intitulé *Les Saints de l'Atlas* le système politique des tribus berbères du Maroc comme étant fondé sur un système d'alliance de lignage. Gellner tire la conclusion que ces tribus berbères ont une structure sociale antiétatique qui repose sur une sorte de conflit perpétuel entre différentes factions tribales, les *çoffs*⁸⁶. Gellner a adopté comme grille d'analyse le modèle *blue print* qui se base sur des oppositions entre berbérité et arabité, tribu contre ville, saints contre Oulémas, ségmentarité contre nationalisme⁸⁷. Cette idée est partagée par l'ensemble des auteurs qui adhéraient à la théorie segmentaire. Gellner s'inspira de la thèse d'Ibn Khaldoun selon laquelle il demeurerait en Afrique du nord un clivage, voire une opposition, entre la cité et la tribu⁸⁸, idée que Ibn Khaldoun avait développée dans son ouvrage intitulé *Les prolégomènes*, dans lequel l'auteur soutient que les tribus berbères étaient incapables de créer des entités étatiques stables. Dans cet ouvrage fondamental, Ibn Khaldoun développe la théorie de

⁸⁴ *Ibid.*, p. 165.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 164.

⁸⁶ E. Gellner, *Les Saints de l'Atlas*, trad. P. Coatelen, Paris, Bouchène, Collection « Intérieurs du Maghreb », 2003.

⁸⁷ L. Addi, *Ernest Gellner, Clifford Geertz, Deux anthropologues au Maghreb*, Paris, Editions des archives contemporaines, 2013, p. 54.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 31.

l'*assabiya* selon laquelle les conflits permanents qui éclataient entre différentes tribus ou factions berbères constitueraient une véritable forme de gouvernement des tribus berbères.

Pour conclure, la théorie segmentaire appliquée à la structure sociale des tribus berbères du Maghreb repose sur deux postulats. Le premier consiste en le fait que la structure politique berbère se fonde uniquement sur des liens de type clanique. Il en découle ainsi un second postulat selon lequel le lien clanique est à la base d'une instabilité permanente qui empêcherait la création d'un état. Les thèses de Gellner étaient critiquées par Addi qui reproche à l'anthropologue britannique d'avoir eu une lecture de l'histoire du Maghreb « [...] *construite sur le présupposé que les Berbères forment une communauté nationale en soi qui n'a pas conscience d'elle-même. Ce présupposé révèle la croyance que le monde obéit, et a toujours obéi, au paradigme westphalien de la souveraineté territoriale*⁸⁹ ». Cette lecture part du postulat que le système politique adopté par les Berbères était « [...] *un système acéphale marqué par l'absence du monopole de la violence et souffrant d'un déficit de sentiment national à l'instar des sociétés industrielles*⁹⁰ » et que par conséquent : « *Ne connaissant pas les rapports d'autorité et les institutions propres à l'état nation, le Maghreb a été alors classé dans la catégorie de l'ethnos par opposition à celle de la polis, la première fonctionnant au lien de sang, à la parenté et aux groupes tribaux, tandis que la seconde repose sur des institutions. L'ethnicité est une notion idéologique et ethnocentriste dès l'origine, désignant des populations présentant des organisations sociales et politiques différentes par rapport à celle de l'Europe*⁹¹ ».

Le postulat selon lequel le pouvoir politique ne peut exister qu'à travers l'État-nation Westphalien doté d'une souveraineté politique a été critiqué par l'anthropologie du XXe siècle, cela notamment par Clastres dans son fameux ouvrage *Les sociétés contre l'Etat*. Dans cet ouvrage, l'auteur affirme que le pouvoir politique subsiste dans tous les types de sociétés même dans celles dites primitives. Clastres affirme

⁸⁹ *Ibid.* p. 67.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 68.

⁹¹ *Ibid.*, p. 69.

ainsi ce qui suit :

« On peut répartir les sociétés en deux groupes : sociétés à pouvoir et sociétés sans pouvoir. Nous estimons au contraire [...] que le pouvoir politique est universel, immanent au social (que le social soit déterminé par les « liens du sang » ou par les classes sociales), mais qu'il se réalise en deux modes principaux : pouvoir coercitif, pouvoir non coercitif⁹² »

Clastres réfute le postulat selon lequel tout « pouvoir politique » pour être considéré comme tel se doit d'être accompagné d'un pouvoir de coercition. Clastres clarifie sur ce point que : *« Le pouvoir politique comme coercition (ou comme relation de commandement-obéissance), n'est pas le modèle du pouvoir vrai, mais simplement un cas particulier, une réalisation concrète du pouvoir politique en certaines cultures, telle l'occidentale (mais elle n'est pas la seule, naturellement). Il n'y a donc aucune raison scientifique de privilégier cette modalité-là du pouvoir pour en faire le point de référence et le principe d'explication d'autres modalités différentes⁹³ »*

Selon Clastre le pouvoir politique est inhérent à toutes les sociétés humaines et explique ainsi que : *« Mêmes dans la société où l'institution politique est absente (par exemple, où il n'existe pas de chef), même là le politique est présent, même là se pose la question du pouvoir rendre compte d'une absence impossible peut-être, quelque chose existe dans l'absence. Si la nature politique n'est pas une nécessité inhérente à la nature humaine, c'est-à-dire à l'homme comme être naturel (...), en revanche elle est une nécessité inhérente à la vie sociale⁹⁴ ».*

Les thèses segmentaires ont par la suite influencé l'anthropologie française à partir des années 1960. Cela fut le cas des travaux portant sur la Kabylie notamment dans les travaux de Bourdieu et de Favret. Cette influence a été d'autant plus marquée dans les travaux de Favret qui a vu dans le système des *çoffs* kabyles l'origine et la cause même des conflits permanents qui éclataient au sein des tribus kabyles. Selon Favret

⁹² P. Clastres, *La Société contre l'Etat*, Paris, Les Editions de minuit, 1974/2011, p. 21.

⁹³ *Ibid.* p. 21.

⁹⁴ *Ibid.*

ces conflits avaient pour fonction de rééquilibrer les rapports de force entre les tribus (*arch*) et les factions de tribus. Favret en reprenant les considérations de Montagne sur les tribus berbères du Haut-Atlas définit le système des *çoffs* comme : « *l'hostilité institutionnalisée de ligues opposées deux à deux et disposées comme les cases d'un échiquier* » et par conséquent « *la cohésion de l'ensemble tribal serait ainsi fondée sur la menace permanente que chacun fait peser sur l'autre*⁹⁵ ».

Cette application de la théorie segmentaire comme grille de lecture et d'interprétation du système tribal kabyle a été remise en cause dès les années 1980. Khelil dans son ouvrage intitulé *La Kabylie ou l'ancêtre sacrifié*, réfute l'idée d'assimiler les tribus kabyles à des structures purement claniques. L'auteur affirme clairement que les *çoffs* kabyles ne sont pas des clans⁹⁶. Khelil précise ainsi ce qui suit :

« Il faut donc faire violence aux faits pour trouver une institution qui corresponde en Kabylie au « clan » tel que le définissent les anthropologues. Ce qui a été traduit par clan n'est rien d'autre qu'une réunion éphémère d'hommes qui se proposent à un moment donné de réaliser une ambition en dehors des règles sociales préétablies ; son caractère événementiel. Sa survenance à ces périodes indéterminées et son absence d'assise sociale précise ne permettent pas d'observer les événements qui les suscitent pour mieux déterminer quels groupes d'homme se mettent en mouvement »⁹⁷ ».

La théorie segmentaire, ou du moins son utilisation comme grille de lecture du fonctionnement de l'organisation politique précoloniale des tribus de la Grande Kabylie, a été récemment remise en question de façon plutôt pertinente et originale par le politologue Hugh Roberts. Ce dernier soutient dans l'ensemble de ses ouvrages que la théorie segmentaire ne peut s'appliquer à la Kabylie pour la raison que comme nous avons déjà écrit que le lien social qui régit l'organisation tribale kabyle ne repose pas entièrement sur un lien de type clanique et familial mais sur un lien de type politique. Roberts affirme que cela vaut pour le cas des villages de type *thaddart* tout comme

⁹⁵ J. Favret-Saada, « La segmentarité au Maghreb », In : *L'Homme*, tome 6 n. 2, 1966, p. 105.

⁹⁶ M. Khellil, *La Kabylie ou l'ancêtre sacrifié*, Paris, l'harmattan, 1984, p. 34.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 34.

pour les villages de type *toufik*⁹⁸. Par conséquent les conflits qui éclatent au sein des factions villageoises ne sont pas de simples conflits de parenté. Sur ce point Roberts affirme que : « *Puisque les villages kabyles n'étaient pas fondés sur un lien de parenté commun mais renfermaient des groupes de parenté distincts, les occasions de disputes, rixes, litiges...étaient sans nombre, ce qui obligeait la jema'a de promulguer un code de loi local très détaillé et de veiller constamment à son respect en pénalisant les infractions*⁹⁹ ».

Cela était le cas aussi des tribus-*Arch*, que Roberts définit comme étant « [...] *l'unité la plus grande de self-government que la société des montagnes et des hautes plaines pouvait supporter durablement*¹⁰⁰ » et ajoute ainsi qu'en Kabylie « [...] *beaucoup des aarch portent des noms empruntés à la topographie [...] d'ancêtres communs (Ath Yahia, Ath Mahmoud etc.). Personne ne suppose que la population concernée soit composée des descendants biologiques de ce personnage plutôt mythique. Les villages constitutifs d'un arch kabyle étaient liés par un accord politique, qui pouvait être rompu [...] et non pas par la parenté, qui trouvait son plafond au niveau beaucoup plus bas, celui de l'adhroum (clan) à l'intérieur du village qui renfermait normalement plusieurs idherman, chacun ayant son propre quartier*¹⁰¹ ».

Roberts soutient encore, comme nous l'avons vu plus haut, que les tribus de Grande Kabylie ont pu développer à partir du XVI^e siècle un véritable système d'autogouvernement qui a perduré jusqu'au moment de la conquête française en 1857. Ce self-gouvernement kabyle a pu se maintenir intact grâce à la présence d'institutions sociales telles que le système tribal des *archs* et des assemblées villageoises, les *djemââs*. Ces institutions, bien que présentes dans l'ensemble du Maghreb rural, ont acquis en Kabylie une importance unique. Par conséquent la théorie segmentaire ne peut pas expliquer le phénomène des factions (*çoffs*) présentes au sein des tribus

⁹⁸ H. Roberts, « Perspectives sur les systèmes politiques berbères : à propos de Gellner et Masqueray, ou l'erreur de Durkeim », In *Insaniyat* n. 27, janvier-mars 2005, p. 47.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 43.

¹⁰⁰ H. Roberts, « Une tradition à prendre au sérieux. Si le pouvoir algérien veut instaurer un rapport sain qu'un vrai règlement de la question kabyle, il devrait prendre en compte la tradition politique de la société non urbaine », in *Afkar -Idée*, Automne 2010, p. 42

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 42.

kabyles. C'est ainsi que Roberts critique l'interprétation que les ségmentaristes ont donnée des travaux des ethnologues coloniaux tels que *La Kabylie et les coutumes kabyles* de Hanoteau-Letourneux et *Formation des cités chez les populations sédentaires de l'Algérie* d'Emile Masqueray.

Les descriptions du système tribal contenues dans les travaux rédigés par les militaires-ethnologues français datant du début du XXe siècle présente la système politique traditionnel comme étant une véritable forme de gouvernance. Roberts remarque très pertinemment que les auteurs de la *Kabylie et les coutumes kabyles* utilisent le terme anglais de *self-government* dans leur description du système tribal kabyle. Cela va à l'encontre de l'idée reçue qu'à l'arrivée des Français les tribus kabyles vivaient dans un état d'anarchie permanente. Contrairement aux partisans des théories segmentaires qui s'étaient intéressés quasi-uniquement sur les raisons des conflits de parenté¹⁰², les militaires français s'étaient posé la question de savoir de quelle façon les tribus kabyles avaient pu s'organiser de façon quasi-indépendante tout en se tenant loin des entités étatiques¹⁰³. Hanoteau et Letourneux affirmaient que « *L'idéal de gouvernement libre et à bon marché, dont nos philosophes cherchent encore la formule à travers mille utopies, est en réalité depuis des siècles dans les montagnes kabyles*¹⁰⁴ ». Avant Hanoteau et Letourneux, Daumas avait décrit la Kabylie comme un « *Suisse Sauvage [...] dont la fédération n'a pas même de caractère permanent, ni de gouvernement central*¹⁰⁵ ». Aucapitaine affirmait que : « *Le principe démocratique est la base du gouvernement en vigueur*¹⁰⁶ ». Tocqueville de son côté déclarait notamment que : « *si Rousseau avait eu connaissance des Kabyles, il aurait trouvé ses modèles dans les montagnes de l'Atlas*¹⁰⁷ ».

Ces affirmations, bien qu'imprégnées d'une rhétorique kabylophile, prouvent que les militaires français avaient constaté que les tribus kabyles avaient développé au cours

¹⁰² *Ibid.*, p. 34.

¹⁰³ H. Roberts, « Perspectives sur les systèmes politiques berbères : à propos de Gellner et de Masqueray, ou l'erreur de Durkheim », *Insaniyat* n. 27, janvier-mars 2005, p. 35.

¹⁰⁴ A. Hanoteau, A. Letourneux, *op. cit.*, Tome II, Chalamel éditeur Paris, 1893, p. 1

¹⁰⁵ Daumas, *op. cit.* p. 191.

¹⁰⁶ H. Aucapitaine, *Les Kabyles et la colonisation de l'Algérie*, Paris, Challamel, Ainé, 1864, p. 21.

¹⁰⁷ A. de Tocqueville, « première lettre sur l'Algérie (23 juin 1837) » dans *Écrit et Discours Politiques*, vol. III, Œuvre Complètes, Paris, Gallimard, 1962, p. 131

des siècles un véritable système politique reposant sur des institutions profondément ancrées dans la société kabyle. Hanoteau et Letourneux décrivent le territoire de la Grande Kabylie comme étant un « [...] *petit état autonome maître de son territoire et de sa politique* ¹⁰⁸ ». Ces deux auteurs insistent sur le caractère politique et non pas clanique des *soffs* kabyles, cela bien que les factions présentes au sein des tribus échappent à l'idée française post-1789 de la notion de partie politique. Ainsi ils expliquent que dans le cas des *soffs* :

« Le mot parti est une des expressions [...] qui, appliquées à la société kabyle, prennent un sens tout différent de l'acception que nous sommes habitués à leur attribuer. Chez nous, un parti est la réunion, dans une même pensée, d'un nombre plus ou moins considérable d'individus ayant pour but commun le triomphe d'une idée politique, religieuse ou sociale. Le but atteint, le parti n'a plus de raison d'être et se dissout de lui-même. Les noms des partis indiquent leurs tendances ¹⁰⁹. ». Ensuite les deux auteurs soulignent que *« Chez les kabyles, rien de semblable. [...] Un çoff kabyle n'est autre chose qu'une association d'assistance mutuelle dans la défense et dans l'attaque, pour toutes les éventualités de la vie ¹¹⁰ »*.

Les études menées par Robert Montagne au Maroc durant les années 1930 ont contribué à mettre en évidence la spécificité du système tribal kabyle ainsi que les aspects qui les différenciaient des tribus berbères de l'Atlas marocain. Montagne l'expliquait par ce qui suit :

« Un des caractères les plus originaux de la Kabylie du Djurdjura est l'existence d'une population dont la densité est souvent supérieure à celle du territoire français. Le plus souvent, on n'y trouve pas de petits hameaux de vingt à trente feux, comme dans le Haut-Atlas des Masmouda, mais plutôt de grands villages de cent cinquante maisons, qui ont gardé jusqu'à nos jours une étonnante activité intérieure. Les institutions républicaines s'y trouvent plus développées que dans le Sud du Maroc et le droit coutumier a résisté, après quatre-vingts ans de conquête, à la transformation

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 178.

¹⁰⁹ A. Hanoteau, A. Letourneux, *op. cit.*, Vol. 3, p. 11.

¹¹⁰ *Ibid.*

*politique et économique du pays*¹¹¹».

Selon Montagne les conflits qui s'étaient déclenchés entre les différentes ligues kabyles, auxquelles avaient assisté Hanoteau, Letourneux et Masqueray, étaient dus à la colonisation française plutôt qu'à une supposée segmentarité des tribus kabyles. Montagne explique ainsi que :

« *Ce qui a pu contribuer à faire accepter l'idée de la prépondérance de l'arche sur le village est la rapide décadence dans laquelle l'arche n'a pas tardé à tomber par suite de la soumission de la Kabylie à la France*¹¹². Selon Montagne les *thaddert* (villages) kabyles demeuraient de véritables « *états autonomes*¹¹³ », des états qui reposaient sur l'institution des assemblées villageoises *djemââs* que nous traiterons dans les pages suivantes.

B. LA DJEMÂÂ : LE SYSTÈME DES ASSEMBLÉES VILLAGEOISES

La *djemââ* (*tajamaet* en kabyle) est une institution qui a revêtu une grande importance dans la vie juridique et politique des tribus kabyles. C'est une assemblée présente au sein de l'ensemble des villages kabyles. Le mot kabyle *tajamaet* (arabisé en *djemââ*) désigne l'institution villageoise ainsi que l'édifice dans laquelle se déroulaient les discussions de l'assemblée nommée ci-dessus¹¹⁴. Les membres qui siégeaient dans ces assemblées étaient pour la plupart des hommes âgés, choisis parmi les familles plus influentes de la tribu (*imgharins*). Cela dit, tout homme adulte ayant atteint l'âge de la majorité avait le droit de participer aux discussions des *djemââs*. La majorité était octroyée à partir d'épreuves initiatiques, par exemple au moment où le jeune homme avait démontré de pouvoir observer le jeûne durant tout le mois du *Ramadhan*.

¹¹¹ R. Montagne, *Les Berbères et le Makhzen dans le sud du Maroc : essai sur la transformation politique des Berbères sédentaires (groupe chleuh)*, Paris, Alcan, 1930, p. 177.

¹¹² *Ibid.* p. 179.

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ A. Hanoteau, H. Letourneux, *op. cit.*, vol. II, p. 7, A. Mahé, *Histoire de la Grande Kabylie-XIX-XX siècles. Anthropologie du lien social dans les communautés villageoises*, Paris, Edition Bouchène, 2001, p. 79.

Tous les différents groupes de familles présentes dans les tribus étaient représentés dans les *djemâs*. Les membres des *djemâs* étaient souvent issus des familles plus influentes, qui souvent cherchaient à influencer et à orienter les décisions de ces assemblées afin qu'elles favorisent leur groupe social¹¹⁵.

Les séances de la *djemâ* se déroulaient en suivant une échéance hebdomadaire¹¹⁶. La date des séances était souvent fixée le lendemain des jours du marché qui eux aussi se déroulaient chaque semaine¹¹⁷. Les *djemâs* étaient situées aux points d'entrée des villages kabyles. Les locaux choisis pour les réunions pouvaient être aussi bien des mosquées que des locaux communs qui, souvent, étaient plutôt exigus¹¹⁸. Les séances de discussion des *djemâs* pouvaient aussi bien avoir lieu en plein air que à l'intérieur des mosquées¹¹⁹.

L'ensemble des villageois de sexe masculin ayant atteint la majorité - et pas seulement les élus - étaient invités à assister au déroulement de ces assemblées à titre d'auditeurs libres. Toute absence non justifiée était sanctionnée par une amende¹²⁰.

Les séances des *djemâs* s'ouvraient et se clôturaient par la récitation d'un verset coranique, la Sourate *El-Fatiha*¹²¹, ce qui conférait un certain degré de sacralité aux séances qui, comme l'explique Sacco, ne porte pas atteinte à la séparation entre le religieux et le juridique qui caractérise le monde berbère mais qui a pour fonction de rapprocher l'activité juridique au monde du rituel¹²², un aspect propre de l'ensemble des sociétés traditionnelles. En effet, Sacco explique que les coutumes berbères, bien qu'étant liées au monde du sacré, ne peuvent pas être définies pourtant comme étant

¹¹⁵ G. Camps, *op. cit.*, p. 297.

¹¹⁶ A. Hanoteau, A. Letourneau, *op. cit.* Vol. II, p. 21.

¹¹⁷ M. Gahlouz, *Ibid.*, p. 118.

¹¹⁸ E. Masqueray, *Formation des cités chez les populations sédentaires de l'Algérie (Kabyle du Djurdjura, Chaouia de la'Aouras, Bael Mezab)*, Paris, Ernest Leroux, Editeurs, 1886, p. 82.

¹¹⁹ A. Mahé, *op. cit.*, p. 85.

¹²⁰ A. Hanoteau, A. Letourneau, *op. cit.*, p. 20.

¹²¹ A. Mahé, *op. cit.*, p. 84.

¹²² R. Sacco, «Il divino e il sacrale nel diritto africano autoctono. Il caso berbero e il caso somalo», in *Scritti in onore di Angelo Falzea*-Vol. IV, Milano, Giuffrè p. 422.

un droit purement religieux¹²³.

Les membres de la *djemma* participaient à la séance assis sur des bancs. L'attribution du nombre de sièges ainsi que leur disposition se faisaient en fonction du poids politique des familles et des différentes factions, *çoffs*, auxquelles appartenaient les membres des *djemâs*. Ainsi les sièges étaient attribués selon le principe proportionnel. L'attribution des sièges selon le principe proportionnel restera en vigueur même après la conquête française. Il en demeurait des traces jusqu'à la période de la Seconde guerre mondiale¹²⁴.

Les discussions des *djemaas* étaient modérées par le président de l'assemblée, soit l'*amin* ainsi que par son assistant, le *T'emman*. Cela afin d'éviter tout débordement de la part des intervenants¹²⁵. Hanoteau qui, en tant que militaire responsable de Cercle militaire avait assisté à des séances de *djemâs*, décrit celles-ci dans *La Kabylie et les coutumes kabyles* comme étant très animées.

Hanoteau souligne l'importance que jouait la joute oratoire au sein des discussions qui se déroulaient au sein des séances des *djemâs* et écrit ainsi que : « *Les séances de la djemââ sont généralement très longues. L'habitude de la vie parlementaire a donné naissance chez les Kabyles à une sorte d'éloquence verbeuse qui saisit toutes les occasions de se produire. Les moindres affaires donnent prétexte à discours sans fin*¹²⁶ ». Pour ces raisons, la plupart des *djemâs* prévoyaient dans leur règlement interne un protocole de règles à suivre visant au maintien de l'ordre durant les séances. De ce fait, quiconque coupait la parole à un intervenant ayant le droit à la parole pouvait être susceptible d'être sanctionné du paiement d'une amende¹²⁷. Comme nous avons vu, tous les citoyens majeurs de sexe masculin avaient le droit de prendre la parole au cours des assemblées. Ce droit n'était pas réservé uniquement aux élus. La prise de la parole durant les assemblées devait être préalablement

¹²³ *Ibid.*, p. 398 e ss.

¹²⁴ A. Mahé, *op. cit.*, p. 85, Laurent, Lanfry, « Fichier de documentation berbère », CHEAM, 1947.

¹²⁵ *Ibid.* p. 22

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ A. Mahé, *ibid.*, p. 85.

autorisée par le président de l'assemblée villageoise, l'*Amin*. Seuls les hommes influents comme les *t'emman*, ou les chefs de famille ainsi que les hommes très âgés, avaient le privilège d'intervenir à tout moment dans les discussions sans devoir demander préalablement aucune autorisation¹²⁸.

Les décisions étaient adoptées après avoir été votées par la majorité des membres permanents de la *Djemââ*. Celle-ci permettait aux membres des familles peu influentes sur le plan social et économique et qui, par conséquent, avaient un numéro faible de représentants de pouvoir participer activement au processus décisionnel¹²⁹. Dans les décisions qui portaient sur des intérêts fondamentaux pour la vie sociale villageoise, tels que la réforme des statuts villageois ou généralement celle des coutumes, la règle en vigueur pour la prise des décisions était celle de l'unanimité. A. Hanoteau et H. Letourneux observaient que : « *S'il n'est pas possible de se mettre d'accord, la discussion est ajournée, reprise à longs intervalles, et souvent même abandonnée*¹³⁰ ». Les *djemââs* étaient en effet les interprètes privilégiés des coutumes villageoises. Ces assemblées avaient le pouvoir de promulguer des Statuts (*qanouns*) ainsi que d'abroger les coutumes retenues désuètes. Ainsi les *djemââs* pouvaient abroger les coutumes qui n'étaient plus en adéquation avec les changements socio-culturels qui se manifestaient au sein des villages et des tribus kabyles. Hanoteau et Letourneux soulignent que les *djemââs* pouvaient modifier la coutume dans : « [...] *ses détails et l'accommoder aux conditions particulières qui résultent de sa position, de son industrie ou de ses mœurs*¹³¹ ». Ces auteurs ajoutent que : « [...] *les pouvoirs de la djemââ s'étendent à tout ce qui intéresse le village. Elle fait des règlements nouveaux, quand elle juge convenable ; abroge ou modifie les anciens [...]*¹³² ».

Les *djemââs* exerçaient une souveraineté presque illimitée sur les coutumes tribales et villageoises, une souveraineté qui allait jusqu'à leur permettre l'adoption de lois qui

¹²⁸ *Ibid.*

¹²⁹ *Ibid.*,

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ *Ibid.*

¹³² A, Hanoteau. A. Letourneux, *op. cit.*, p. 25.

dérogeaient aux prescriptions coraniques. Cela fut le cas, comme nous verrons plus loin, dans l'adoption du *qanoun Saharidj*, en 1748. Ce *qanoun* niait tout droit successoral aux femmes kabyles, cela en pleine violation des prescriptions coraniques. D'autres *qanouns* autorisaient l'adoption des mineurs, cela en violation des normes coraniques qui interdisent notamment l'adoption. Cette souveraineté juridique s'est manifestée de façon plutôt marquée à partir du XVIIe siècle. Sur ce point, Mahé remarque pertinemment que les décisions des *djemââs* ne fassent selon lui : « aucune référence à une ancestrale tradition, ni à l'autorité d'un législateur mythique [...] ni même à celle révélée par le prophète Mohammed, dont l'invocation du nom, a comme nous l'avons dit, servi de rituel d'ouverture et de fermeture des débats¹³³ ». Cela prouve qu'au sein des tribus kabyles la coutume de nature consensuelle primait sur le dogme religieux, sans empêcher toutefois la récitation du verset coranique de la Sourate *El-Fatiha* à l'ouverture et la clôture des séances des *djemââs*¹³⁴. Ce rituel qui conférait un certain degré de sacralité aux séances qui, comme l'explique Sacco, ne porte pas atteinte à la séparation entre le religieux et le juridique¹³⁵. En effet, Sacco explique que les coutumes berbères, bien qu'étant liées au monde du sacré, ne peuvent pas être définies pourtant comme étant un droit purement religieux¹³⁶.

Les coutumes kabyles pouvaient différer de village en village ou de tribu en tribu. Mahé, en s'appuyant sur les travaux que Berque avait menés sur les tribus berbères du Maroc, conclut que ce caractère fragmentaire des coutumes kabyles est une des raisons pour lesquelles les tribus kabyles ne sont jamais parvenues à constituer une « [...] *koïnè juridique*, à l'instar de ce qui s'est passé dans le Sous marocain¹³⁷ ». Pour notre part, nous pensons que ce caractère fragmentaire des coutumes kabyles est le fruit de l'autogouvernement que les tribus ont exercé pendant des siècles, cette gouvernance qui reposait sur le consensus politique des villageois, qui a porté le droit

¹³³ A. Mahé., *op. cit.* p. 86.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 84.

¹³⁵ R. Sacco, «Il divino e il sacrale nel diritto africano autoctono. Il caso berbero e il caso somalo», in *Scritti in onore di Angelo Falzea*-Vol. IV, Milano, Giuffrè p. 422.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 398 e ss.

¹³⁷ A. Mahé., *op. cit.*, p. 96.

coutumier, qui est un droit consensuel, à s'ériger au-dessus du droit musulman.

En effet les coutumes kabyles avant la conquête et la colonisation française étaient restées imperméables à toute ingérence étatique. Cela n'a pas été le cas des coutumes d'autres populations berbères, comme pour les populations berbères marocaines du Haut et de l'Anti-Atlas. Les coutumes de ces populations (*azerf*) avaient fait l'objet à partir du XVI^e siècle d'une codification menée par les juristes appartenant à l'aristocratie *makhzen*¹³⁸.

Les assemblées villageoises kabyles étaient composées de différentes figures institutionnelles. Les personnes importantes et influentes étaient les *amins* et les *ttemans*. Les premiers présidaient les séances des *djemââs* et étaient assistés dans leurs fonctions par les *ttamen* et par des conseillers juridiques connus sous le nom de *leqqal*. Outre à ces figures principales, d'autres figures jouaient un rôle secondaire. Nous pouvons compter dans cette catégorie les représentants des différents groupes familiaux, connus sous l'appellation de « *tixerrubin* » ainsi que les représentants du clergé religieux, « les marabouts »¹³⁹.

La fonction principale de l'*amin*, comme nous avons vu plus haut était celle de présider les séances de la *djemââ*¹⁴⁰ et de veiller sur l'application des sanctions émises par celle-ci¹⁴¹. Dans les ouvrages de l'époque coloniale tels que le second volume de *La Kabylie et les coutumes kabyles*, la figure de l'*amin* est minimisée dans les termes suivants :

« *Cet agent n'est à proprement parler qu'un simple président que l'assemblée se donne elle-même. Il n'exerce le pouvoir que par délégation et, à part quelques menus détails de police municipale, il ne peut prendre de décision en aucune affaire sans la*

¹³⁸ A. El Khatir, « *Droit coutumier amazigh face aux processus d'institution et d'imposition de la législation nationale en Maroc* », site internet http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_100800.pdf, consulté le 22-06-2015, p. 6.

¹³⁹ M. Gahlouz, *op. cit.*, p. 117.

¹⁴⁰ Aucapitaine, *op. cit.*, p. 22.

¹⁴¹ *Ibid.*

*sanction de la djemâa, qui n'abdique jamais ses droits de pouvoir souverain*¹⁴² ».

Des travaux plus récents sur les coutumes kabyles comme l'ouvrage de Gahlouz, qui, rappelons-le, est en grande partie fondé sur une étude des sources coutumières kabyles telles que les *qanouns* kabyles, démentent la description faite par Hanoteau et Letourneux. Gahlouz explique que la fonction d'*amin* était très prestigieuse et que pour pouvoir accéder à une telle fonction l'aspirant candidat devait prouver de posséder plusieurs qualités humaines : « [...] *en matière de direction, d'organisation des projets et affaires ainsi qu'un sens oratoire et diplomatique avéré* ¹⁴³ ».

Théoriquement, tout villageois kabyle de sexe masculin et ayant atteint la majorité (donc ayant conclu le jeûne du Ramadhan), pouvait postuler pour cette fonction. Cependant, dans les faits, les *amins* étaient toujours choisis parmi les membres des familles villageoises les plus influentes du village. La durée du mandat de l'*amin* était illimitée. Néanmoins, les villageois pouvaient exercer un véritable droit de veto qui leur permettait de révoquer leur mandat aux *amins* qui ne se montraient pas à la hauteur de leur tâche¹⁴⁴.

L'*amin* dans toutes ses fonctions était aidé par un assistant le *teman*, connu aussi sous le nom de *ttamen*. Ce dernier, contrairement à l'*amin*, n'avait aucun pouvoir de type exécutif. Le *ttamen* s'assurait du maintien aidé par un assistant de l'ordre dans la fraction de village qui était sous sa protection. Ce dernier devait signaler à son supérieur l'*amin* les éventuelles infractions aux lois villageoises¹⁴⁵. Chaque *ttamen* était responsable du bon déroulement de la vie civique de la fraction villageoise (*taxerrubt*) qui demeurait sous sa compétence. Le *ttamen* était aussi le représentant de sa *taxerrubt* durant les séances des *djemâas*¹⁴⁶. Durant ces discussions, le *ttamen* se faisait le porte-parole des habitants de sa section, qui souvent lui communiquaient leurs doléances. Il se pouvait que le *ttamen* aille jusqu'à critiquer la gestion de son supérieur hiérarchique (*amin*). Ce mécanisme permettait le maintien d'un certain

¹⁴² *Ibid.*

¹⁴³ M. Gahlouz, *op. cit.*, p. 118.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 119.

¹⁴⁵ A. Hanoteau, A. Letourneux, *op. cit.*, p. 10.

¹⁴⁶ M. Gahlouz, *op. cit.*, p. 120

équilibre des pouvoirs entre les différentes familles.

Durant les séances des *djemâs*, différentes autorités religieuses étaient présentes. Il n'était pas rare que des *imams* appartenant à la caste des marabouts assistaient aux discussions des *djemâs*.¹⁴⁷ Leur fonction était limitée à la récitation de versets coraniques. Ils représentaient ainsi une simple caution religieuse. Les marabouts n'était pas admis à s'intéresser aux questions de la cité.

Les *djemâs* étaient appelées à la fonction de juge arbitre quand des conflits éclataient au sein des villages et des tribus. Chaque *djemâ* suivait ses propres procédures¹⁴⁸. Mahé explique le caractère fragmentaire ainsi que l'absence d'homogénéité au sein des procédures suivies par les *djemâs* par un refus de la part des Kabyles de toute forme de rationalité instrumentale¹⁴⁹.

Comme nous le verrons par ailleurs, les Bureaux Arabes qui ont administré les tribus kabyles à partir de l'année 1857 et jusqu'à 1871 cherchèrent à mettre fin au caractère fragmentaire des coutumes kabyles. Les militaires qui administraient les Cercles de Grande Kabylie cherchèrent à faire en sorte que les *djemâs* kabyles suivissent une procédure plus homogène possible et applicable dans l'ensemble des *djemâs*.

Le troisième livre de *La Kabylie et les coutumes kabyles* représente un des rares témoignages sur la façon dont se déroulaient les jugements devant les *djemâs* à l'aube de la colonisation française. Hanoteau a schématisé les jugements auxquels il avait assisté en tant que responsable de cercle militaire, en trois catégories distinctes. La première était celle des jugements qui aboutissaient à des décisions qui tranchaient sur les différends de façon nette et définitive. La deuxième était celle des procès-médiations qui se déroulaient devant des conseils de sages connus sous le nom de *Midjeles* et, enfin, la troisième était celle des procès-médiations qui se tenaient devant les *djemâs*.

¹⁴⁷ Hanoteau, Letourneux, *op. cit.*, p. 10.

¹⁴⁸ A. Mahé, *op. cit.*, p. 96.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 97.

Les procédures plus fréquentes restaient les procédures d'arbitrage pour la raison que les *djemâs* avaient selon Hanoteau une compétence générale sur toutes les matières ainsi que sur juridiction qui n'était pas : « [...] *purement volontaire et elle a le droit de statuer sur toute contestation qui lui est déférée, quelles qu'en soient la nature et l'importance*¹⁵⁰ ».

Ceci dit, les parties pouvaient aussi soumettre leur question à un juge arbitre, choisi parmi les savants du village (*alem*). Les juges arbitres appartenaient à la caste des marabouts ou à celle des *midjelles*¹⁵¹. Ces derniers qui étaient de grands connaisseurs des coutumes kabyles étaient consultés uniquement pour les questions juridiques les plus délicates¹⁵². Hanoteau qui avait assisté aux procédures qui se déroulaient devant les *midjelles* témoigne ce qui suit :

« *Dans les affaires très graves et très délicates, les parties se présentent devant la djemâescortées d'un certain nombre de jurisconsultes ; chacune en amène un qu'elle juge convenable à ses affaires [...]. Si tous se mettent d'accord [...], l'un d'eux est chargé de rédiger le jugement, contre lequel il n'y a pas de recours*¹⁵³ ».

Les *amins* exerçaient aussi la fonction de juge arbitre. Le Baron Aucapitaine qui, en tant que militaire, avait assisté aux séances des *djemâs* décrivait l'*amin* comme « *une sorte de magistrat kabyle* »¹⁵⁴. Durant les procédures d'arbitrages, les *amins* cherchaient à obtenir préalablement une conciliation entre les parties, avant l'ouverture de toute discussion. L'*amin* présidait le procès durant les phases de débat et veillait à la mise en exécution des décisions des *djemâs*.

Dès le moment où les parties avaient fini d'exposer leurs raisons, et que les témoins à charge et à décharge avaient été écoutés, l'*amin* consultait l'assemblée, celle-ci par la suite prononçait son jugement final. Quand les *djemâs* condamnaient les parties au

¹⁵⁰ A. Hanoteau, A. Letourneux, *op. cit.* vol. III, p. 1 et suivantes, p. 5.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 2.

¹⁵² *Ibid.*, p. 4.

¹⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁴ Aucapitaine, *op. cit.*, p. 22.

payement d'une sanction pécuniaire, l'*amin* devait assurer la mise en exécution de la décision ainsi que le payement des amendes. En cas de négligence de la part de l'*amin* dans l'accomplissement de ses fonctions, ce dernier devait payer le montant de l'amende à laquelle il était censé donner exécution¹⁵⁵.

Comme nous avons vu plus haut les *djemâs* cherchaient presque toujours à obtenir une conciliation entre les parties. Cela est mis en évidence par les auteurs de la *Kabylie et les coutumes kabyles*, qui soulignaient ainsi que :

« *La djemâa, et les marabouts surtout, ne peuvent procéder au jugement d'un procès sans avoir préalablement invité, à plusieurs reprises, les parties à consentir une transaction, dont le plus souvent les bases leur sont proposées*¹⁵⁶ ».

La quête permanente d'une conciliation entre les parties au cours des procès demeure un trait commun aux coutumes de l'ensemble des tribus berbères sédentaires d'Afrique du Nord. Cela était donc aussi le cas des populations berbères du Maroc. Plantey dans les travaux sur les coutumes des tribus berbères que ce dernier avait menés durant les années 1910 au Maroc, écrivait que « [...] *les berbères semblent toujours encore confondre conciliation et jugement* ¹⁵⁷ ».

La recherche de la conciliation des parties est un élément commun aussi à l'ensemble des coutumes africaines. Amadou Abdoulaye Diop observe à l'égard des coutumes d'Afrique de l'Ouest ce qui suit :

« *Les sociétés négro-africaines sont des sociétés essentiellement tournées vers la recherche de la paix quand bien même elles sont souvent confrontées à des dysfonctionnements*¹⁵⁸ » Diop ajoute : « *En Afrique, le procès de justice est la dernière partie lorsqu'éclate un conflit. Pour son règlement, l'accent est mis tout*

¹⁵⁵ *Ibid.*.

¹⁵⁶ A. Hanoteau, A. Letourneux, *op. cit.*, Vol. III, p. 48.

¹⁵⁷ A. Plantey- *La réforme de la Justice Marocaine-La justice Makhzen et la Justice Berbère*, Paris Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1952, p. 204.

¹⁵⁸ A. Abdoulaye Diop. « Un procès coutumier sans administrateur », in *Le Juge et L'outre-mer* (Tome 5), *Justicia illiterata : aequitate uti ? Les dents du dragon*, (sous la dir. B. Durant, M. Fabre, M. Badji), Lille, Publication du Centre d'Histoire Judiciaire éditeur, 2010, p. 85

d'abord sur la nécessité de rapprocher les parties ».

L'anthropologie du droit peut nous éclairer sur les raisons de la conciliation dans la justice coutumière des sociétés traditionnelles. L'anthropologue du droit Rouland explique que la plupart des sociétés traditionnelles sont orientées vers la médiation et la conciliation et il affirme ainsi que :

« La structure sociale des sociétés traditionnelles repose sur le principe d'union des contraires [...] inverse de la logique aristotélicienne, qui l'exclue. Ce principe est encore une conséquence du processus de différenciation, dans lequel différence n'est pas synonyme d'opposition. [...]. Cependant, le danger de la division existe toujours [...]»¹⁵⁹.

À côté des trois procédures que nous avons vues plus haut, les coutumes kabyles en prévoyaient une procédure judiciaire qui se tenait uniquement durant les jours de marché. Carette avait défini le marché kabyle un véritable : « *Forum indigène*¹⁶⁰ ». Les auteurs de « *La Kabylie et les coutumes kabyles* » observaient que : « *Le souk est un lieu de réunion qui a pour le Kabyle des attraits irrésistibles et semble aussi nécessaire à sa vie que l'air qu'il respire*¹⁶¹ ». Chaque tribu kabyle organisait un marché hebdomadaire qui avait sa propre *djemââ* -assemblée qui servait de tribunal en cas de conflit entre villageois. Les *djemââs* présentes dans les marchés intervenaient uniquement en cas de délits qui représentaient un certain danger pour la cohésion sociale et qui par conséquent pouvaient déclencher des conflits entre les tribus¹⁶².

Le marché est un des rares exemples d'institution supra-territoriale prévue par les coutumes kabyles. Bien que l'administration du marché fût souvent déléguée à une unique tribu, les souks kabyles demeuraient des terrains neutres et autonomes sur le plan juridique et politique, au sein duquel s'appliquaient des usages propres au lieu

¹⁵⁹ N. Rouland, *L'Anthropologie juridique*, collection « *que sais-je* » no 2528, Presse universitaires de France, 1990, p. 42.

¹⁶⁰ E. Carette, *Etude sur la Kabylie proprement dite*, Paris, 1848, p. 367.

¹⁶¹ Hanoteau, Letourneux, *op. cit.*, T. II, p. 77.

¹⁶² *Ibid.*, p. 82.

où se déroulait le marché, sans que les tribus qui organisaient le marché ne pussent en aucun cas imposer leurs coutumes aux usagers du marché.

Quiconque participait aux activités pratiquées au sein des marchés pouvait jouir de la protection que les coutumes accordaient aux étrangers, connue sous le nom d'*anaïa*. Tout marché était régi par son propre règlement qui prenait la forme d'un *qanoun* qui prévoyait une liste d'amendes. Tout comme c'était le cas pour les tribus berbères de l'antiquité, le marché kabyle revêtait une fonction politique. C'était ainsi que dans les marchés les tribus se réunissaient pour décider de déclencher une guerre ou une révolte. Comme nous l'avons vu plus haut, l'archéologue Shaw a pertinemment tissé des analogies entre le fonctionnement des *nundinae* berbères de l'époque de la domination romaine et les souks berbères des tribus berbères marocaines¹⁶³. Pour notre part, nous soulignons que cet héritage est encore d'autant plus marqué dans le cas de la Kabylie. Comme nous le verrons plus loin, la révolte d'*El-Mokrani* en 1871 avait été décidée à partir d'une *djemââ* présente dans un marché¹⁶⁴.

Les villages kabyles avaient à leur disposition un patrimoine que leur permettait d'exercer l'ensemble de leurs fonctions. Le patrimoine de village prenait le nom de *Mechmels*. Ce patrimoine était composé de donations des villageois et des biens de successions sans déshérence¹⁶⁵. Les *djemââs* avaient à leur disposition les biens communs qui n'étaient pas propriétés des villages, c'était le cas des jardins, figuiers, oliviers, parcelles cultivables. Les *Djemââs* avaient un droit d'utilisation des broussailles et des friches enclavées, des forêts et des pâturages d'altitude¹⁶⁶. Elles avaient le droit d'imposer régulièrement des impôts aux villageois, par exemple l'impôt sur les récoltes (2%) connu sous le nom d'*achour* était levé de façon régulière. Ce patrimoine était utilisé dans l'entretien des lieux publics tels que les

¹⁶³ B. Shaw, *op. cit.*, p. 56.

¹⁶⁴ Hanoteau, Letourneux, *op. cit.*, T.II, p. 77.

¹⁶⁵ A. Sainte-Marie, « Communautés rurales et pouvoirs en Grande-Kabylie. Situation précoloniale et mutations de 1857 à 1871 », in *Cahiers de la Méditerranée*, hors-série N. 4, 1980. « Communautés rurales et pouvoirs dans les pays méditerranéens (XVIe-XXe siècles) » in. *Acte des journées d'études Bendor*, 26, 27 et 28 avril 1978, p. 193.

¹⁶⁶ *Ibid.*

fontaines et les chemins¹⁶⁷.

La *djemââ* était une institution qui occupait une place centrale dans le système politique kabyle. Cette institution administrait les biens des villages, édictait des statuts villageois et rendait les jugements au cours desquels s'appliquaient les coutumes kabyles locales. Nous dédierons les pages suivantes aux sources des coutumes kabyles (**sections 2**).

§2. LES SOURCES JURIDIQUES DES COUTUMES KABYLES

Dans cette section, nous verrons les deux types de coutumes kabyles, à savoir le *Taarif* et l'*Aada* (A). Par la suite nous traiterons la question complexe des rapports que ces coutumes ont entretenus avec le droit musulman, cela en exposant la thématique du *qanoun Sahridj* (B).

A. LE TAARIF ET L'AADA

Les Kabyles utilisaient deux termes pour désigner leurs coutumes. Les coutumes *transmises* oralement dans l'ensemble des tribus kabyles sont désignées sous le nom de l'*aada*¹⁶⁸. Cette coutume *mythisée* contient un ensemble de normes fondamentales qui disciplinent les rapports sociaux entre villageois notamment en matière successorale et de statuts personnels¹⁶⁹. Par contre le terme *Taarif* désigne les usages locaux. Ce mot est d'origine arabe, *urf*. Dans la tradition musulmane ce terme est utilisé afin de désigner les coutumes locales. Le *Taarif* n'est rien d'autre que le résultat de l'adaptation de l'*aada* aux exigences tribales et villageoises, donc le *Taarif* n'est rien d'autre qu'un usage local. Les assemblées villageoises, les *djemââs*, avaient la fonction d'adapter l'*aada* aux exigences des villages et des tribus kabyles. Les normes qui naissent d'un tel processus étaient en parties transcrites dans des statuts villageois connus sous le nom de *qanouns*.

¹⁶⁷ *Ibid.*

¹⁶⁸ Y. Adli, *Les efforts de préservation de la pensée kabyle aux XVIIIe et XIXe siècles*, Tome I, L'odyssée, Edition, Tizi-Ouzou, 2010. p. 181.

¹⁶⁹ A. Hanoteau, A. Letourneux, *op. cit.*, p. 136.

Ces statuts villageois ont attiré l'attention des militaires qui ont participé à l'exploration de l'Algérie. L'origine du terme *qanoun* (ou *qanun*) demeure assez controversée. Les écrits coloniaux recherchaient une origine grecque à ce terme, cela était induit par la similitude marquante avec le mot grec *kanon*. Aucapitaine a de son côté remarqué que le terme *qanun* était utilisé aussi dans les territoires Balkaniques soumis au Turcs, telle que l'actuelle Albanie, afin de désigner la norme coutumière¹⁷⁰.

Les *qanouns* kabyle ont été cités pour la première fois dans la littérature coloniale dans l'ouvrage de Daumas intitulé « *Mœurs et coutumes d'Algérie*¹⁷¹ ». Hanoteau et Letourneux définissent les *qanuns* comme étant : « [...] un tarif d'amendes applicables à ceux qui contreviennent soit au droit pénal, soit au droit civil, à l'aada comme à l'arf¹⁷² ». Dans *La Kabylie et les coutumes kabyles* le terme *qanoun* est utilisé de façon imprécise comme un synonyme de coutume. Il est ainsi utilisé pour désigner les normes villageoises écrites, c'est-à-dire les coutumes transmises oralement de génération en génération. Selon les auteurs de l'ouvrage, les *qanouns* étaient « [...] confiés au souvenir des ak'al et des vieillards¹⁷³ ».

Le ressort territorial des *qanouns* était presque toujours limité au village ou à la tribu qui les ont édictés. Exceptionnellement certains *qanouns* ont engagé des tribus entières ou même des confédérations de tribus. L'exemple le plus connu en ce sens est celui du *qanoun Sahridj* de 1748, un statut qui, rappelons-le, a nié tout droit successoral aux femmes kabyles. Ce *qanun* demeure un rare exemple ayant une portée supra-territoriale et intertribale. Nous traiterons la question dans les pages suivantes.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 57.

¹⁷¹ M. Galouz, « *Les qanuns kabyles-Anthropologie juridique du groupement social villageois de Kabylie* », Ed. Le Harmattan, 2011, p. 57.

¹⁷² A. Hanoteau, A. Letourneux, *op. cit.* Vol. II, p. 138.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 138.

B. LA *ISTIFA* (XVI^e siècle) ET LE *QANOUN SAHRIDJ* (1748) : LE CONFLIT ENTRE LES COUTUMES ET LA CHARIAA.

Dans *La Kabylie et les coutumes kabyles* nous trouvons écrit que le « droit kabyle » reconnaît trois types de sources juridiques dont la première est la *Chariaa*, de nature religieuse¹⁷⁴. Les deux autres sources sont de nature endogène, c'est-à-dire de nature coutumière. Celles-ci sont respectivement l'*aada* et le *taarif*. L'*aada* est la coutume kabyle proprement dite, car commune à l'ensemble des tribus kabyles tandis que le *taarif* est la coutume propre à chaque village. C'est donc le résultat de l'adaptation de l'*aada* aux exigences des villages.

La question des rapports entre les coutumes kabyles et le droit musulman malékite est plutôt complexe. Une idée répandue durant l'époque coloniale était que les coutumes kabyles auraient été totalement opposées au droit musulman. Les travaux qui datent de l'époque coloniale ont appréhendé les rapports entre les coutumes kabyles et les *Fiqh* à travers une grille de lecture propre à la tradition juridique française ou plus généralement à celle de la tradition romaniste. Le droit musulman était assimilé à la loi écrite, à laquelle étaient opposées les coutumes kabyles qui étaient orales. Dans les années 1930 Maunier écrivait ainsi que :

« Le Kabyle s'oppose à l'Arabe, comme un dialecte à une langue. « [...] de la même façon que le droit des Kabyles est un droit populaire et un droit coutumier, et par là il s'oppose au droit écrit des Musulmans. « [...] le droit commun surtout marque l'identité des habitants du Djurdjura. La Kabylie a ses statuts ou ses coutumes. C'est un droit populaire, un droit traditionnel, un règlement oral, transmis « [...] »¹⁷⁵.

Pendant la coutume joue un rôle prépondérant dans le droit musulman, étant donné que la *chariaa* et la *sunna* sont deux sources juridiques ayant une nature coutumière.

¹⁷⁴ *Ibid* , p. 135 et suivantes.

¹⁷⁵ R. Maunier, « La Nation et l'Etat en Algérie » in *La nationalité dans la science sociale et le dans le droit contemporain*, Ed. Libr. du Recueil Sirey, Paris, 1933, p. 198.

En effet, comme ne manque pas de le souligner Abel, le droit musulman classique dans son ensemble appartient au domaine de la coutume¹⁷⁶. La *Sharia* est un corpus normatif qui comprend en soi le Coran et la *Sunna*. Cette dernière est une source juridique de nature coutumière qui remonte au temps du Prophète Mahomet. L'importance de la coutume (*Urf*) est encore plus forte au sein de l'école juridique malékite présente au Maghreb. Les coutumes kabyles appartiennent à la catégorie des coutumes musulmanes qui se sont développées en marge des coutumes des empires centraux qui ont dominé le Maghreb et, plus généralement, le monde musulman¹⁷⁷.

Cependant les tribus kabyles ont dans certains cas bravé les interdits coraniques, notamment en matière successorale. Nous en avons deux exemples, la *Istifta* (rescrit) anonyme datant du 15^{ème} siècle et le *qanun Saharidj* qui date de l'année 1748.

La *Isitfa* du XV^{ème} siècle est un rescrit anonyme qui contenait une question juridique posée aux jurisconsultes musulmans¹⁷⁸. La question était de savoir si la coutume qui consistait à nier les droits successoraux aux femmes était légitime sur le plan du droit musulman¹⁷⁹, au vu du fait que cette coutume était pratiquée par les tribus berbères, qui étaient sous le contrôle de la dynastie des Hafside et remontait au XI^e siècle¹⁸⁰. La deuxième question consistait à savoir, au cas où la pratique était illégitime, s'il était envisageable que les parents mâles des femmes exhéredées pouvaient obtenir à nouveau la propriété sur les biens qui ont été niés à leur parenté féminine¹⁸¹. L'objet de cette dernière question n'était pas la restitution des biens successoraux aux femmes exhéredées, mais plutôt la défense des droits successoraux des descendants de sexe masculin de celles-ci.

¹⁷⁶ A. Abel. « Les deux aspects de la collation des coutumes juridiques dans l'Islam » in *La rédaction des coutumes dans le passé et dans le présent*, (sous la dir.) J. Gillissen, Bruxelles, Editions de l'Institut de Sociologie, 1962, p. 113

¹⁷⁷ M. Gahlouz, « Le droit coutumier kabyle et les rapports entre le « Arf » et la « Chraa » », in *AWAL* n.34, 2006 MSH, p. 96.

¹⁷⁸ D. S. Power, « Law and custom in the Maghrib, 1475-1550: on the disinheritance of women », in *Law, Custom, and Statute in the Muslim World. Studies in Honor of Ahron Layish*, Brill, Leiden, Boston, 2007, p.26-27.

¹⁷⁹ *Ibid.*

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 25.

¹⁸¹ *Ibid.*

Cependant les trois juristes musulmans qui avaient répondu à ce rescrit avaient tous évité de donner un avis tranché sur la question de la légitimité sur le plan religieux de la coutume qui excluait les femmes des droits successoraux, question épineuse pour le fait que la coutume en question violait les prescriptions coraniques.

Le juriste *Abu Salim Ibrahim al-Uqbani*, qui était un juge-cadi originaire de la ville de Tlemcen, s'était limité à écrire que l'exhérédation des femmes n'était pas une pratique assez ancienne pour être considérée comme une coutume. Cependant ce juriste ne reconnaissait à la parenté masculine des femmes exhérédées aucun droit sur les parts d'héritage dont leurs ascendantes féminines ont été exclues de façon illégitime dans le passé¹⁸².

Le deuxième juriste à avoir répondu à la question fut le juge *Al-Sanussi*, originaire lui aussi de la ville de Tlemcen¹⁸³. Tout comme son homologue *Al-Uqbani*, ce dernier avait remis en cause le fait que la coutume en question avait été pratiquée pendant 400 années. *Al-Sanussi* se limita à donner une explication de type économique sur les origines du phénomène de l'exhérédation des femmes¹⁸⁴. Selon *Al-Sanussi* cette coutume était pratiquée durant des périodes de prospérité économique au cours desquelles les hommes subvenaient à l'ensemble des besoins de leur parenté féminine. Ces dernières en contrepartie renonçaient à leurs droits successoraux qui par conséquent étaient ainsi conférés à la parenté masculine.

Le troisième juriste à avoir répondu à la controverse juridique fut *Abdallah Al-Tunsi* qui comme les deux juristes cités ci-dessus évita lui aussi de répondre à la question de la légitimité sur plan religieux de la pratique de l'exhérédation des femmes¹⁸⁵. Ce dernier se limita à affirmer que les droits fonciers non réclamés étaient désormais prescrits et cita comme source de référence doctrinale les travaux du philosophe Averroès, qui, rappelons-le, était aussi un jurisconsulte musulman¹⁸⁶.

¹⁸² *Ibid.*, p. 32.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 34.

¹⁸⁴ *Ibid.*

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 36.

¹⁸⁶ *Ibid.*

En 1748 fut rédigé un *qanoun*, le *qanoun Saharidj*, qui exhérédait de façon officielle les femmes kabyles. Ce *qanoun*, qui a fait couler beaucoup d'encre durant l'époque coloniale, occupe une place spéciale dans l'histoire des coutumes kabyles et du rapport que celles-ci ont entretenu avec le droit musulman. Ce *qanoun* avait été présenté durant l'époque coloniale comme étant la preuve de la tiédeur religieuse des Kabyles ainsi que de l'imperméabilité des coutumes kabyles à l'égard du droit musulman. Cette lecture est désormais désuète. Les travaux de Mahé et de Roberts ont donné une nouvelle lecture de ce *qanoun*.

Le *qanoun Saharidj* de 1748 était un statut intertribal qui a été ratifié en 1748 par les tribus kabyles des *At Iraten*, des *At Frawsen*, des *At Itturey*, ainsi qu'une partie des *At Jennad* et des *At urbi* ayant un ressort supra-tribal¹⁸⁷.

Ce *qanoun* fut adopté suite à la convocation d'une assemblée qui s'est tenue à *Tizra ugwemmun*¹⁸⁸. Au cours de cette assemblée étaient présents les *amins* des tribus citées ci-dessus. Malgré l'importance de l'événement on ne trouve tout de même que très peu de sources kabyles de l'époque qui expliquent les raisons de l'adoption de ce *qanoun*. À vrai dire, l'unique source kabyle du XVIIIe siècle qui offre quelques éclaircissements sur les raisons d'une telle décision reste l'ouvrage intitulé *El-Rissala* (le récit) écrit par le Soufi kabyle El-Wartilani, membre de la confrérie de la *Rahmania*. Cet ouvrage a été rédigé peu de temps après la ratification du *qanoun Saharidj*. El-Wartilani, étant proche du soufisme kabyle, demeurait conciliant à l'égard des coutumes kabyles¹⁸⁹. Ce dernier explique dans la *Rissala* que seules les tribus kabyles arabisées de la Petite Kabylie auraient dans le passé appliqué en matière successorale le droit musulman dans son intégrité¹⁹⁰. Contrairement à ces dernières, les tribus kabyles des zones internes au massif du Djurdjura n'avaient tous droits successoraux aux femmes kabyles et, cela bien avant que le *qanoun* en question

¹⁸⁷ M. Gahlouz, *Les qanouns kabyles*, Paris, L'Harmattan, 2003, p. 74.

¹⁸⁸ *Ibid.*

¹⁸⁹ Y. Adli, *Idem*, p. 70

¹⁹⁰ *Ibid.*

n'avait été adopté.¹⁹¹. En résumé, selon El -Wartilani le *qanun Saharidj* n'aurait été rien d'autre qu'une transcription d'une coutume qui avait été pratiquée depuis longtemps par les tribus kabyles qui vivaient dans les zones internes au massif du Djurdjura. Plus récemment, Saddok soutient pour sa part que les marabouts kabyles, qui étaient les défenseurs de l'orthodoxie musulmane en Kabylie, auraient non seulement toléré une telle pratique mais qu'ils auraient durant les siècles à son dire : « [...] *raffermi, sinon institué*¹⁹² » un tel usage.

Durant la période coloniale, les *qanouns* kabyles furent étudiés et traduits par les militaires français. Le *qanoun Saharidj* a joui d'une attention particulière de la part des militaires. Hanoteau et Letourneux dans *La Kabylie et les coutumes kabyles* décrivent le *qanoun* de 1748 comme étant la preuve du « [...] *triomphe du vieil esprit kabyle sur la loi musulmane*¹⁹³ ». Ce *qanoun* était selon eux la preuve de la tiédeur religieuse des tribus kabyles. Selon les auteurs de *La Kabylie et le les coutumes kabyles* l'obéissance de certaines tribus kabyles aux prescriptions religieuses musulmanes n'aurait été « [...] *qu'une apparence trompeuse ; l'esprit kabyle répugnait à admettre que la femme disposât de cette terre qu'elle était inhabile à cultiver et incapable de défendre*¹⁹⁴ ».

Hanoteau et Letourneux soulignent que la négation des droits successoraux n'était pas une spécificité des populations kabyles et que les populations arabophones voisines elles-aussi avaient l'habitude d'exhérer les femmes en utilisant comme subterfuge juridique la mise en place de fondations pieuses frauduleuses. Ainsi des *Habous* (fondations pieuses musulmanes) étaient mis en place afin de contourner les prescriptions du droit musulman.

Cependant au dire d'Hanoteau les Kabyles, contrairement aux populations arabophones d'Algérie, avaient détourné les prescriptions coraniques de façon explicite sans faire recours à des subterfuges juridiques du *Habous*. Les Kabyles

¹⁹¹M. Hadj-Saddok, « *A travers la Berbèrie Orientale du XVIII Siècle avec le voyageur Al-Warthîlâni*, in *Revue Africaine*, Tome XCV, N, 428-429, 1951, p. 384.

¹⁹² *Ibid.*

¹⁹³ *Ibid.*, p. 283

¹⁹⁴ A. Hanoteau, A. Letourneux, *Ibid.*

avaient décidé de braver les prescriptions coraniques de façon ouverte, notamment par le biais du *qanoun* de 1748.

D'après Hanoteau, les Kabyles firent le choix de priver les femmes de tout droit successoral afin d'éviter que des conflits éclatent au sein des familles au moment de l'ouverture des successions. Ainsi l'adoption du *qanoun* de 1748 était motivée par une volonté de maintien de la paix sociale de la part des tribus kabyles. Les femmes kabyles étaient accusées de dissiper leur part d'héritage. Souvent c'était les époux qui dissipaient le patrimoine hérité par leurs femmes. Ce type de comportement déclenchait des conflits entre les femmes et leurs familles d'origine. Souvent les femmes se voyaient interdire le droit de réintégrer le foyer de leur famille. Selon Hanoteau les femmes kabyles auraient ainsi commencé à renoncer de leur plein gré à leur droit d'héritage afin d'éviter des conflits avec leur famille d'origine et les conséquentes sanctions prévues par leurs coutumes.

L'exhérédation des femmes était un phénomène plutôt fréquent dans les tribus kabyles qui n'avaient pas permis aux juges musulmans (les *khadis*) d'exercer auprès d'elles leurs juridictions.

Dans ces tribus le subterfuge des *habous* n'était pas utilisé. Hanoteau cite l'exemple des tribus des *Imemcheddade*, les *Ait Kani*, et les *Iakouren*¹⁹⁵. Cela n'était pas le cas des tribus de Petite Kabylie. Comme en témoigne Hanoteau, celles-ci, même après l'adoption du *qanoun* de 1758, utilisaient le subterfuge des fondations *habous* afin de ne pas permettre aux femmes d'hériter¹⁹⁶.

Au début du XXe siècle l'instituteur kabyle Amar Boulifa avait critiqué la description des coutumes kabyles en matière successorale contenue dans *La Kabylie et les coutumes kabyles*. Selon Boulifa ce *qanoun* n'a pas été adopté en 1748, mais en 1767 et dans son ouvrage intitulé *Le Djurdjura à travers l'histoire* donne sa propre explication des raisons historiques du phénomène de l'exhérédation des femmes kabyles. Selon cet auteur, le *qanoun Saharidj* puise ses origines dans les faits qui se

¹⁹⁵ *Ibid*,

¹⁹⁶ *Ibid*, p. 284.

sont déroulés durant une période trouble qui frappa la Kabylie à la fin du XVIIIème siècle. Plusieurs hommes kabyles étaient déportés en Espagne comme captifs. Selon les coutumes kabyles, ces captifs devaient être considérés comme présumés morts et par conséquent leurs biens étaient hérités par leurs épouses et leurs descendants. Ces hommes furent par la suite libérés par un traité signé entre la Régence d'Alger et l'Espagne durant l'année 1767 qui avait pour objet l'échange de prisonniers.

Plusieurs captifs kabyles présumés morts firent retour dans leurs foyers et y trouvèrent leurs épouses remariées. À cela s'ajoutait le fait que les biens des hommes présumés morts étaient passés aux nouveaux époux des femmes. Ces découvertes provoquèrent des réactions violentes et sanglantes au sein des captifs kabyles. Pour toutes ces raisons ces tribus kabyles auraient, selon Boulifa, décidé d'exhérer les femmes, cela afin d'éviter de pareilles situations¹⁹⁷. L'interprétation de Boulifa a été critiquée durant les années 1950 par Saddok qui la qualifia de « *pure fantaisie* »¹⁹⁸. Saddok souligne que les faits décrits par Boulifa étaient totalement absents dans l'unique témoignage de l'époque, soit l'œuvre du Soufi El-Wartilani¹⁹⁹.

Plus récemment, la thèse de Boulifa a été aussi remise en question par Roberts. Ce dernier explique que l'origine de l'adoption du *qanoun* ne s'explique pas par une volonté de violer les préceptes de l'Islam, sur ce point Roberts souligne que les tribus kabyles se considéraient comme appartenant à l'*Umma* musulmane²⁰⁰, mais que ce *qanoun* doit être interprété comme un défi lancé par les tribus au pouvoir politique de la Régence d'Alger et de son clergé, les *Oulémas*²⁰¹.

Pour notre part, nous ajoutons qu'en renonçant au subterfuge des biens *habous*, les Kabyles faisaient en sorte que les biens en déshérence fussent destinés à faire partie du patrimoine foncier des *djemââs* et donc destinés au trésor public des tribus

¹⁹⁷ *Ibid.* p. 183.

¹⁹⁸ M. Hadj-Saddok, « A travers la Berbèrie Orientale du XVIII Siècle avec le voyageur Al-Warhîlâni, » in *Revue Africaine*, Tome XCV, N, 428-429, 1951 p. 383.

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 381.

²⁰⁰ H. Roberts, *op. cit.*, p. 285.

²⁰¹ *Ibid.*, p. 282.

kabyles. En effet si les tribus kabyles avaient utilisé le stratagème des fondations pieuses, les biens en question auraient été destinés aux patrimoines du clergé et donc aux Marabouts. Rappelons qu'en Kabylie les biens qui faisaient partie du trésor public des *djemâts* (*mechmels*) faisaient l'objet d'une gestion distincte de celle des biens appartenant aux Marabouts et aux confréries religieuses²⁰².

Mahé remarque que le *qanoun Saharidj* de 1748 n'a pas été ratifié par l'ensemble des tribus kabyles mais seulement par une dizaine de tribus originaires des régions internes du Massif central du *Djurdjura*²⁰³. Mahé met encore en évidence le fait que les dispositions contenues dans ces *qanuns* qui n'iaient tout droit d'héritage aux femmes avaient eu une application limitée dans le temps. En effet, vu que les *qanouns* kabyles étaient le résultat selon lui d'un accord : « [...] *consensuel et conjecturel des représentants et des marabouts de tribus contractantes*²⁰⁴ », par conséquent rien n'aurait empêché les tribus kabyles qui avaient adhéré au *qanoun* de 1748 de faire le choix de ne plus appliquer le statut en question dans leurs territoires. Mahé souligne ainsi que : « [...] *quelques décennies plus tard, l'un des villages de l'une des tribus qui s'étaient associées à la décision a pu faire marche arrière et rétablir des droits successoraux aux femmes. Il s'agit de la tajmat du village Ait Lahcene, de la tribu des Ait Yenni. Le qanun qui porte cette décision a été rédigé en 1818*²⁰⁵ ». Le *qanoun* des *Ait-Lahcen* avait en effet rétabli les droits successoraux des femmes en 1818. Il prévoyait le cas d'un homme « [...] *disparaissant sans postérité masculine, mais en laissant des filles, une veuve ou des sœurs. Le tiers de la succession qui est reconnu à ces femmes est implicitement motivé par le désir de leur dégager de quoi subvenir à leurs besoins. Les collatéraux ou les parents agnatiques patrilatéraux du défunt se partageant le reste de la succession*²⁰⁶.

Comme nous voyons, l'exhérédation des femmes kabyles étaient pratiqués par un

²⁰² A. Sainte-Marie, « Communautés rurales et pouvoirs en Grande-Kabylie. Situation précoloniale et mutations de 1857 à 1871 », in *Cahiers de la Méditerranée*, hors-série N. 4, 1980. *Communautés rurales et pouvoirs dans les pays méditerranéens* (XVIe-XXe siècles). Acte des journées d'études Bendor, 26, 27 et 28 avril 1978, p. 193-

²⁰³ A. Mahé, *op. cit.*, p. 69.

²⁰⁴ *Ibid.*

²⁰⁵ *Ibid.*

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 71.

nombre restreint de tribus kabyles. Ce fut ainsi que les auteurs de *La Kabylie et les coutumes kabyles* élargirent à l'ensemble de la Kabylie des prescriptions qui n'étaient en vigueur qu'au sein d'un nombre restreint de tribus. D'après Mahé, les auteurs de *La Kabylie et les coutumes kabyles* : « [...] furent tellement satisfaits d'avoir mis la main sur une règle juridique écrite et prise à l'échelle de plusieurs tribus qu'ils considèrent comme un dogme que la femme kabyle soit traditionnellement et partout exhérédiée²⁰⁷ .

Pour conclure, le *qanoun* de 1748 a eu une portée dans le temps et l'espace. Ce document aurait été ratifié uniquement par une dizaine de tribus présentes dans les régions du Massif central du *Djurdjura*²⁰⁸. En outre, certains villages ont rétabli les droits successoraux des femmes kabyles. Cela fut le cas de la *djemââ* du village d'*Ait Lahcene*, de la tribu des *Ait Yenni* qui a mis noir sur ce blanc un tel revirement dans un *qanoun* rédigé en 1818²⁰⁹.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 68.

²⁰⁸ A. Mahé, *op. cit.*, p. 69.

²⁰⁹ *Ibid.*

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

Tout au long de la période allant du XIIe siècle jusqu'à la conquête française en 1857, les tribus kabyles avaient joui d'une autonomie politique vis-à-vis des pouvoirs centraux ainsi que de la Régence turque d'Alger. C'était ainsi que ces tribus avaient adopté un système d'autogouvernance dont le fonctionnement était plutôt complexe, un système que les auteurs de *La Kabylie et les coutumes kabyles* avaient qualifié de « self-government », un terme emprunté au droit colonial britannique.

Le « *self-government* » des tribus kabyles s'explique par des raisons géographiques et historiques. Le territoire de la Grande Kabylie est un territoire montagneux traversé par la chaîne de montagne du *Djurdjura*, une chaîne qui a formé un isolat géographique. Cela a permis aux tribus kabyles de se maintenir autonomes à l'égard des pouvoirs centraux qui se sont succédé en Afrique du nord. Cependant cette autonomie politique ne permettait pas aux tribus kabyles de vivre dans une autarcie économique, vu la pauvreté du territoire, ce qui a poussé les tribus kabyles à entretenir des rapports économiques avec les pouvoirs centraux. Comme l'a récemment illustré Roberts, cette gouvernance des tribus kabyles a atteint sa forme accomplie à partir du XVIe siècle en réaction à la tentative de la Régence d'Alger d'appuyer la naissance d'un pouvoir central qui était complaisant avec le pouvoir turc, le royaume de *Belkadi*.

L'autonomie politique des tribus kabyles a été possible grâce à des institutions politiques telles que les tribus (*arch*) et les institutions villageoises (*djemâs*), des institutions dont nous avons des traces depuis l'antiquité. Tout au long des siècles,

les tribus de Grande-Kabylie se sont autogouvernées à travers un système politique qui reposait sur un jeu d'alliances entre ligues tribales et villageoises. Ce système d'allégeance se fondait sur un lien de type politique et non clanique. C'est pourquoi la théorie segmentaire que Gellner et Geertz ont appliquée aux tribus berbères du Maroc ne s'applique pas aux tribus kabyles.

Les assemblées villageoises et tribales connues sous le nom de *djemâs* occupaient une place centrale au sein des villages et des tribus kabyles. Chaque *djemâ* était présidée par un responsable (*amin*) qui était élu par les villageois. Les *djemâs* administraient les biens des tribus et des villages kabyles, édictaient des statuts villageois (*qanouns*), exerçaient une fonction juridictionnelle et tranchaient ainsi sur les différends entre les villageois. Dans ces jugements, les *djemâs* kabyles appliquaient les coutumes kabyles. Ce fut ainsi que l'autonomie politique des tribus kabyles s'est traduite en une autonomie juridique, d'où l'importance que les coutumes (*aada*) avaient revêtue dans la société kabyle. Ces coutumes ne manquaient pas de déroger aux prescriptions du droit musulman, comme fut le cas du *qanoun Saharidj* de 1748.

Dans le chapitre suivant nous verrons comment les coutumes kabyles ont été appréhendées par les Bureaux Arabes (**chapitre 2**).

CHAPITRE 2. L'IMAGE DES INSTITUTIONS ET DES COUTUMES KABYLES VÉHICULÉE PAR LES TRAVAUX DE LA COMMISSION SCIENTIFIQUE (1830-1854)

La conquête de l'Algérie en 1830 et celle de la Kabylie en 1857 ont été achevées au début du Second Empire colonial français. Une époque charnière de l'histoire du droit colonial français au cours de laquelle surgissait un nouveau droit colonial.

Ce nouveau droit colonial s'était fixé comme objectif non seulement d'imposer le droit français dans les colonies mais aussi de familiariser les populations autochtones au droit français à travers une opération d'acculturation juridique.

Ce fut ainsi que le droit colonial, d'un simple instrument de maintien de l'ordre dans les colonies, devint un véritable instrument d'acculturation juridique des populations autochtones. Cela marqua une rupture entre la culture juridique du Premier Empire colonial français et celle du naissant Second empire colonial. Le fer de lance de la civilisation européenne n'était plus le christianisme comme ce fut le cas durant le premier empire colonial français²¹⁰. A' partir du XIXe siècle, cette fonction était désormais déléguée au droit.

Ce nouveau paradigme vit le jour dans un premier temps au début du XIXe siècle au sein des possessions françaises du Sénégal et en Algérie. L'administration française s'était rendu compte que la simple imposition de la législation française aux

²¹⁰ L'amendement à la Bulle de 1493 que le Pape Clément VII avait accordée à François I^{er} au moment de la Conquête du Canada prévoyait que l'entreprise coloniale en Amérique devait être menée en vue de l'évangélisation des peuples autochtones.

populations autochtones n'était pas suffisante, il fallait adopter une stratégie d'acculturation par le bas qui visait à modifier les traditions juridiques autochtones de manière à les rapprocher au droit français. Le moyen adopté fut celui de la codification des coutumes indigènes.

La première coutume autochtone à avoir fait l'objet d'une codification a été la coutume kabyle qui prit la forme d'un ouvrage en trois volumes intitulé *La Kabylie et les coutumes kabyles*, rédigé par un militaire, Adolphe Hanoteau, et un magistrat, Aristide Letourneux. La décision de codifier les coutumes kabyles s'explique en partie par la politique que la France a menée en Kabylie durant les années du régime militaire (1857-1871). La conquête militaire française du territoire de la Grande Kabylie a été menée durant l'année 1857, vingt-sept ans après la conquête d'Alger. Cet événement a mis fin à des siècles d'autonomie politique dans laquelle vivaient les tribus de la Grande Kabylie. Dans un premier temps, Bugeaud fit le choix de mettre en place une stratégie d'administration indirecte qui consistait à nommer des chefs locaux qui auraient dû faire l'intérêt de la France. Durant les années 1854-1857 cette stratégie fut mise de côté et remplacée par une intervention militaire menée contre les tribus kabyles. En 1857 le capitaine Randon, qui avait accompli la conquête du territoire kabyle, s'était engagé à l'égard des tribus kabyles de maintenir en place les structures politiques traditionnelles ainsi que les coutumes. Ces deux derniers éléments avaient fait l'objet d'études approfondies de la part des militaires français, cela avant même que la conquête de la Grande Kabylie n'aboutisse à sa fin. À partir des années 1840 parurent des travaux rédigés par des militaires saint-simoniens qui véhiculaient une image plutôt positive de la structure politique kabyle et des coutumes kabyles. Cela fut le cas de l'ouvrage de Daumas et Fabar, intitulé *La Grande Kabylie. Études historiques*, dans lequel la Kabylie était présentée comme un territoire régi par un système démocratique. Quant aux coutumes kabyles, elles étaient décrites comme étant peu islamisées, voire laïques. Cette image positive des coutumes kabyles s'inscrit dans un phénomène qu'Agéron avait défini sous le nom du « mythe kabyle ». Un mythe moderne présent dans les travaux coloniaux menés par les Français en Algérie qui véhiculait une image positive des populations kabyles,

souvent opposée à l'image négative de la population arabophone. Cette vulgate a perduré pendant les premières années postérieures à la conquête de la Kabylie. Le travail récent de Lorcin explique que cette image positive attribuée aux Kabyles avait comme finalité de convaincre le gouvernement français des avantages que présenterait une annexion du territoire de la Grande Kabylie à la France. L'ouvrage de Daumas et Fabar avait préconisé les bases de la future politique kabyle, soit une politique qui devait s'appuyer sur les structures traditionnelles kabyles telles que les assemblées villageoises, tout en affaiblissant l'autonomie politique des tribus kabyles (*archs*).

Dans les sections suivantes nous aborderons les évolutions qu'avait connues le droit colonial français au moment de la conquête de la Grande Kabylie ainsi que les raisons qui ont poussé les militaires français à s'intéresser aux coutumes kabyles avant que la conquête de la Kabylie ne soit accomplie (**Section 1**). Par la suite nous analyserons les raisons et les arguments que les militaires français ont déployés afin de légitimer la conquête de la Grande Kabylie (**Section 2**).

SECTION 1. LA CONQUÊTE DE LA KABYLIE : LES PRÉMICES DU RÉGIME MILITAIRE

La conquête de la Kabylie a été menée durant les années 1854-1857. Cette conquête se situe dans une période charnière de l'histoire du droit colonial français, précisément celle du début du second Empire colonial français. Ce nouveau droit colonial s'était fixé pour objectif l'acculturation juridique des populations autochtones. Dans les pages suivantes en guise d'introduction nous exposerons la question des fondements du droit colonial français et européen de la moitié du XIXe siècle. Un droit qui marqua le naissant second Empire colonial français (§1). Par la suite nous affronterons le thème de la conquête de la Grande Kabylie et les raisons du choix de l'administration indirecte de ce territoire ainsi que les arguments juridiques et politiques déployés pour légitimer cette conquête (§2).

§1. LA QUESTION DES COUTUMES AUTOCHTONES À L'AUBE DE LA CONQUÊTE DE L'ALGERIE

La conquête et la colonisation de la Kabylie ont été menées au cours d'une période charnière de l'histoire du droit colonial français, une période durant laquelle la France ainsi que l'ensemble des puissances européennes présentes en Afrique s'étaient donné pour mission de civiliser ce continent à travers le droit et plus précisément l'acculturation juridique des populations locales. Dans le cas de la France, un des moyens pour atteindre cet objectif fut celui de codifier les coutumes autochtones. Le choix de la codification des coutumes n'est pas anodin et s'inscrit dans l'histoire du droit français. Ce fut ainsi que le droit colonial français du XXe siècle s'était fixé en Algérie et dans l'ensemble des colonies françaises deux objectifs, imposer le droit français (A) et de contrôler les coutumes des populations colonisées par le biais de la rédaction et la codification des coutumes locales (B).

A. IMPOSER LE DROIT FRANÇAIS !

Rouland explique que : « [...] *les entreprises coloniales ne se réduisent jamais à la seule exploitation économique des territoires conquis* ²¹¹ » et que ces entreprises « [...] *s'accompagnent toujours d'un système de légitimation, auquel l'évolutionnisme fournissait au début du siècle un matériau parfaitement adapté. La culture du colonisateur représentant la civilisation et celle des colonisées la sauvagerie, le sens de l'histoire et la notion de progrès consistaient à faire accéder les seconds à l'enviable état du premier* ²¹² ».

La politique indigène du « deuxième » Empire colonial français a vu le jour à partir de la conquête de l'Algérie en 1830, durant la période de la Monarchie de Juillet ²¹³.

²¹¹ N. Rouland, « Les colonisations juridiques », in *Journal of legal pluralism*, n. 29, 1990, p. 98.

²¹² *Ibid.*, p. 98.

²¹³ J. Lafon, *Itinéraires de l'histoire du droit à la diplomatie culturelle et à l'histoire coloniale*, Paris, Publication de la Sorbonne, 2001, p. 293.

Cette nouvelle politique indigène avait parmi ses objectifs de contrôler les coutumes des populations autochtones. Il devenait ainsi nécessaire pour l'administration coloniale de prendre connaissance des coutumes des populations autochtones. C'est dans ce contexte que vit le jour en Kabylie le phénomène de la codification et de la réforme des coutumes kabyles. Ce phénomène s'inscrit dans un vaste projet d'acculturation juridique des populations indigènes.

Nous trouvons les premières traces de ce nouveau droit colonial dans le discours que Napoléon a tenu le 04 octobre 1798, durant la campagne d'Egypte (1798-1801), dans lequel l'Empereur veut incarner, à ses dires, un nouveau type de : « *législateur conquérant* » qui « [...] *impose ses lois et n'adopte pas celle des vaincus*²¹⁴ ». Contrairement à ce qui se vérifia durant le premier Empire colonial français, à partir du XXe siècle ce fut le droit et non plus le Christianisme à occuper la place de fer de lance de la civilisation européenne dans les écrits coloniaux. Cette nouvelle politique était le résultat d'un changement de paradigme qu'a connu le droit colonial français au début du XXe siècle.

L'expédition d'Egypte, première entreprise coloniale postérieure aux Lumières et à la Révolution française, a été selon Amselle « [...] *le véritable laboratoire de l'expansionnisme français au XIX siècle*²¹⁵ » et à travers cette expédition « [...] *se dessine un projet de colonisation « rationnelle » qui vise à développer les sociétés conquises en utilisant les apports conjoints du relativisme et de l'universalisme*²¹⁶ »

Le droit colonial à partir de la seconde moitié du XIXe siècle, n'était plus une simple branche du droit international. Sa fonction ne se limitait pas à la gestion des rapports entre les puissances coloniales européennes mais elle était également celle de « civiliser » les populations colonisées.

²¹⁴ H. Laurens, *L'expédition d'Egypte. 1789-1801*, Paris, Seuil, coll. « Pions », II édition (première édition Armand Collin, 1989), 1997, p. 172. Y. Urban, *L'indigène dans le droit colonial français 1865-1955*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, coll. des Thèse n. 36, 2009, p. 14.

²¹⁵ J.-L. Amselle, *Vers un multiculturalisme français*, Champs, Flammarion, Paris, 1996, p. 55.

²¹⁶ *Ibid.*, p. 55.

La mission civilisatrice que la France ainsi que l'ensemble des puissances européennes s'étaient donnée d'accomplir en Afrique à partir du début du XIXe siècle devait se concrétiser en une acculturation sur le plan juridique des peuples colonisés. La « Civilisation européenne » devait s'exporter à travers l'implantation dans les colonies des traditions juridiques des différentes puissances coloniales européennes. Dans le cas de la France, cette nouvelle politique avait pour but de contrôler les traditions juridiques autochtones afin de les rapprocher le plus possible au droit français. Ce nouveau paradigme est le résultat d'une nouvelle conscience juridique européenne ainsi que de la volonté d'exporter le droit dans les colonies et de l'imposer aux indigènes. Cela marqua du moins pour le cas de la France, une rupture avec la politique coloniale du premier Empire colonial.

Quant au premier aspect de ce paradigme, il suffit de rappeler que le phénomène des codifications qui s'est manifesté dans l'ensemble des pays européens avait renforcé l'idée au sein des puissances coloniales européennes de l'appartenance à une civilisation juridique commune. Le Code civil de 1804, considéré comme l'incarnation de la rationalité et de la modernité juridique, avait inspiré la plupart des nations européennes à partir du XIXe siècle. Cette nouvelle civilisation juridique devait s'exporter dans les colonies²¹⁷.

Amselle souligne très pertinemment que l'adoption d'une législation rationnelle dans la colonie était le pendant d'une colonisation qui se voulait elle aussi « rationnelle ». Cela fut le cas durant la Campagne d'Egypte menée par Napoléon. Il indique aussi que : « *Bonaparte et son armée proclament clairement la nécessité d'instaurer une législation rationnelle ne laissant qu'une place limitée aux coutumes locales*²¹⁸ ».

Cette idée deviendra encore plus forte dans les années qui suivront le déroulement de la Conférence de Berlin. Ainsi l'identification de la civilisation occidentale ne sera plus liée à la chrétienté mais plutôt à une *koinè* juridique. Cette nouvelle conscience

²¹⁷ C. de Gemeaux, « La Conférence de Berlin », 1885, in Hérodote. Net., article consulté sur le site internet Herodote.net à l'adresse suivante <http://www.herodote.net/Textes/berlin-1885.pdf>, p. 3.

²¹⁸ J.-L. Amselle, *op. cit.*, p. 72.

juridique européenne avait été favorisée par les progrès qui se manifestaient vers la fin du XIXe siècle et le début du XXe siècle dans le domaine du droit comparé. En effet, en 1900 s'était tenu à Paris un Congrès International de Droit Comparé. Durant cette même période (1897) furent rédigés seize coutumiers du Soudan français (actuel Mali) sous l'initiative de L'Union Internationale de Droit et d'Economie Politique de Berlin.

Le droit colonial du Second empire colonial français s'était appuyé largement sur le concept de droit naturel cela afin de légitimer l'action civilisatrice que la France s'était donné d'accomplir dans les colonies. Ce droit naturel faisait référence à la notion de droit naturel moderne du XVIe siècle, théorisée par des juristes protestants tels que Grotius, Wolff et Burlamaqui. Ce nouveau droit naturel est une version sécularisée de la Loi naturelle telle qu'elle avait été théorisée par la tradition aristotélico-thomiste. Les théories de Grotius avaient été combattues par les jansénistes pendant l'Ancien Régime. Le droit naturel moderne ne fit son apparition en France qu'à partir du XVIIIe siècle à travers les travaux du juriste protestant français Barbeyrac, qui avait traduit en langue française et commenté les œuvres de Locke, Grotius et Pufendorf. Cependant l'École moderne du droit naturel n'avait pas reçu bonne presse de la part de certains philosophes des Lumières tels que Voltaire qui avait été fortement critique à l'égard de Wolff. Rousseau, pour sa part, tout en étant critique à l'égard du dogmatisme de Grotius avait tout de même utilisé le concept de droit naturel dans sa théorie du contrat social. Rousseau soutenait l'idée que le droit naturel était présent au sein de l'ensemble des sociétés humaines et que le Contrat social, comme l'explique Amselle, avait pour finalité de « [...] *faire resurgir dans l'état civil le droit naturel présent dans l'état de nature et qui s'est perpétué sous une nouvelle forme dans la société naissante* ²¹⁹».

Ce concept avait été repris au début du Second empire colonial français. Ce fut ainsi que Volney, l'inspirateur de la Campagne d'Egypte et grand ami de l'Abbé Grégoire théorisa un « *impérialisme républicain*²²⁰ » reposant sur la théorie du droit naturel²²¹.

²¹⁹ *Ibid.*, p. 32.

²²⁰ *Ibid.*, p. 59.

²²¹ *Ibid.*

Ce dernier proclamait en 1791 dans son ouvrage intitulé *Les Ruines ou Méditation sur les révolutions des empires* (1791) ce qui suit :

« *O rois et prêtres vous pouvez suspendre quelque temps la publication solennelle des lois de la nature, mais il n'est pas en votre pouvoir de les anéantir ou de les renverser [...] Recherchez des lois que la nature a posées en vous pour nous diriger, et dressez-en l'authentique et l'immuable code ; mais que ce ne soit plus pour tous sans exception ! Soyez le législateur de tout le genre humain, ainsi que vous serez l'interprète de la même nature ; montrez-nous la ligne qui sépare le monde des chimères de celui des réalités, et enseignez-nous, après tant de religions et d'erreurs, la religion de l'évidence et de la vérité*²²² ».

Ce fut à partir du XXe siècle que le droit colonial français s'intéressa aux populations autochtones et aux rapports que celles-ci devaient entretenir avec la France. Ce phénomène était commun à la plupart des puissances coloniales européennes. Tourmé-Jouannet explique ainsi que « [...] *ce n'est réellement qu'à la fin du 19e siècle que sont traitées de façon approfondie, par le biais du droit international et colonial, les grandes questions juridiques sur les protectorats, les régimes spéciaux, les capitulations, les traités inégaux et le statut des colonies*²²³ ».

Ainsi le droit colonial du XXe siècle était en rupture avec le droit des gens du XVIIe et du XVIIIe siècle. Les traités rédigés par Grotius, Pufendorf, Thomasius, Wolff, Barbeyrac, Burlamaqui, Rachel, Bynkershoek et Vattel consacraient très peu de pages à la question coloniale et à celle des rapports entre les Européens et non Européens²²⁴. Normand souligne très pertinemment qu'en Nouvelle France : « *Toute l'argumentation développée par les Européens, qu'elle ait été basée sur des écrits ou des actes à caractère officiel, ne visait certes pas à convaincre un auditoire*

²²² Volney, *Les Ruines ou Méditation sur les révolutions des empires* (1791), présentation de J. Thulard, Paris-Genève, Slatkine, 1979, p. 244-245.

²²³ E. Tourme-Jouannet, « Des origines coloniales du droit international », in *The Roots of International Law. Les fondements du droit international*, Leiden, Boston, Nijhoff publishers, 2014, p. 656.

²²⁴ E. Tourme-Jouannet, *op. cit.*, p. 655-656-

*autochtone. Elle cherchait plutôt à permettre aux puissances coloniales de s'opposer mutuellement leurs prétentions territoriales respectives*²²⁵ ».

Durant le XVII^e et jusqu'au XIX^e siècle, le droit des gens avait été conçu pour régler les conflits juridiques qui surgissaient entre les puissances européennes. Selon Tourmé-Jouannet, cela s'explique par le fait qu'à cette époque le continent européen était traversé par des conflits religieux et que le droit des puissances européennes n'était pas vu comme un modèle juridique pour les colonies du Nouveau Monde²²⁶. Tourmé-Jouannet explique ainsi que : « *le terme « barbare » n'a pris une connotation réellement négative qu'un siècle auparavant avec la guerre de Trente ans (1618–1648), non pas pour désigner ceux que l'on appelait les sauvages d'Amérique, mais pour désigner le voisin européen*²²⁷ », toujours Tourmé-Jouannet précise aussi que : « *Depuis Grotius mais surtout Pufendorf, les auteurs du droit de la nature et des gens cherchent à réhabiliter l'édifice moral des conduites individuelles en l'ancrant sur le socle de la science d'un droit naturel rationnel et non pas d'un droit arbitraire européen. Et on découvre même une vraie tradition critique en ce sens chez les jurisconsultes qui sont féroces vis-à-vis de tout sentiment de supériorité des Européens face aux autres civilisations non européennes*²²⁸. »

Une idée qui était d'ailleurs partagée par Thomasius qui de sa part affirmait ce qui suit :

« [. . .] *Les Mœurs des Nations dites civilisées peuvent être nettement plus cruelles que celles des Nations Barbares comme on le voit à travers le traitement des protestants chez un Prince catholique*²²⁹ ».

Cette idée était aussi présente dans les écrits des explorateurs et des religieux français du XVIII^e siècle qui décrivaient les mœurs des Amérindiens du Canada comme étant sous

²²⁵ S. Normand, « Les droits des Amérindiens sur le territoire sous le régime français », in A. Lajoie, J-M-Brisson, S. Normand, A. Bissonnette, *Le statut juridique des peuples autochtones au Québec et le pluralisme*, Cowansville, Les éditions Yvon Blais, 1996, p. 115.

²²⁶ E. Tourme-Jouannet, *op. cit.*, pp. 668-669.

²²⁷ *Ibid.*, p. 657.

²²⁸ *Ibid.*, p. 657-658.

²²⁹ Thomasius, *Fundamenta Juris Naturae et Gentium*, LXXII, 161

certaines aspects, même supérieures au droit européen. Par exemple l'explorateur Louis Armand de Lom d'Arce, connu sous le nom du Baron de Lahontan²³⁰, voyait dans les coutumes autochtones des parfaits vecteurs des principes universels tels que la justice²³¹. Ce qui n'était pas le cas des lois écrites européennes qui selon Baron se seraient éloignées des principes de justice des droits des nations civilisées²³². C'est ainsi que dans les *Dialogues de Monsieur le baron de Lahontan et d'un sauvage dans l'Amérique* publié en 1703, le personnage Adario affirme : « *Ha ! Vive les Hurons, qui sans Loix, sans prisons et sans tortures, passent la vie dans la douceur, dans la tranquillité, et jouissent d'un bonheur inconnu aux François*²³³. »

Le philosophe des Lumières Boulanger affirme pour sa part que :

« *Les principes des usages universels étoient mieux motivés chez les sauvages que chez les nations policées, à qui les Législations ont fait perdre l'esprit de leurs institutions pour ramener les hommes à une vie meilleure, plus douce et moins inquiète*²³⁴ ».

Dans *L'esprit des lois*, Montesquieu écrivait que les Iroquois avaient un véritable « droit des gens », cela pour le fait que ces derniers : « *envoient et reçoivent des ambassades, connaissent des droits de la guerre et de la paix*²³⁵ » et cela malgré le fait qu'ils « *[. . .] mangent leurs prisonniers*²³⁶ ».

²³⁰ Baron de Lahontan, *Œuvres complètes*, Montréal, éd critique par Réal Ouellet, Presses de l'Université de Montréal, 1990, 2 coll.

²³¹ *Ibid.*, p. 25

²³² *Ibid.*

²³³ Baron de Lahontan, *Mémoires de l'Amérique septentrionale*, dans *Œuvres complètes*, Montréal, PUM, 1990, tome I, p. 643. Passage cité dans l'ouvrage, A. Decroid « La description des peuples amérindiens au XVIII^e siècle entre antiquité et modernité. » in *Les Autochtones et la modernité*, (sous la direction A. Beaulieu et de S. Béreau, Creqta Chaire de recherche du Canada sur la question territoriale autochtone, Université de Montréal. Montréal, 2012, p. 18.

²³⁴ N.-A. Boulanger, *L'antiquité dévoilée par ses usages ou Examen critique des principales opinions, cérémonies et institutions religieuses et politiques des différents peuples de la terre*, Amsterdam, Marc Michel Rey, 1766, p. 402. Passage cité dans l'ouvrage, A. Decroid, *op. cit.* p. 17.

²³⁵ Montesquieu, *L'esprit des lois*, tome I, Garnier Frères, Paris, 1961, p. 9.

²³⁶ *Ibid.*, p. 9.

Le Jésuite Lafiteau soutenait que les mœurs et coutumes des peuples amérindiens avaient une origine commune avec les peuples eurasiens de l'antiquité²³⁷. Nous sommes ainsi très loin de la vision euro-centrique du droit colonial du XIXe siècle.

Cependant au cours du Premier Empire colonial français, la France n'avait pas adopté une politique indigène cohérente. Comme l'explique Yacono :

« Jamais au cours de sa longue histoire coloniale, et pour aucun des territoires possédés, la France n'a réussi à définir une politique indigène et à s'y maintenir. On ne s'étonnera donc pas de trouver, du XVI au XIX siècle, toutes les attitudes que la colonisation peut prendre à l'égard du colonisé²³⁸ ».

En effet l'Ancien Régime connaissait des épisodes de discrimination extrême à l'encontre des esclaves noirs des Antilles et de la Réunion qui étaient soumis au Code noir. Au même moment, l'Ancien Régime reconnaissait aux Amérindiens de la Nouvelle France qui s'étaient convertis au Catholicisme le statut du sujet français et octroyait à ces derniers le droit de se rendre en Métropole. André Robert explique ainsi que :

« Jusqu'à la Révolution le principe assimilateur conduisait à uniformiser les statuts par l'évangélisation ; en effet il n'existait pas de distinction entre les lois civiles et religieuses²³⁹. »

Normand souligne qu'au Canada les Français avaient établi *« des distinctions entre les Amérindiens selon la religion qu'ils professaient et leur endroit de résidence. Durant une assez longue période, les Amérindiens ne furent pas pleinement assujettis au droit français²⁴⁰ ».*

²³⁷ J.-F. Lafiteau, *Mœurs des sauvages américains, comparées aux mœurs des premiers temps*, Paris, Saugrain, 1724, tome I, p. 49. Passage cité dans l'ouvrage A. Decroid, *op. cit.*, p. 16.

²³⁸ X. Yacono, *Histoire de la colonisation française (Que sais-je ?)*, Paris, Presses universitaires de France, 1969, p. 27.

²³⁹ A. P. Robert, « Attitude du législateur française en face du droit coutumier d'Afrique noire » in *The Future of Customary Law in Africa. L'avenir du droit coutumier en Afrique*, (sous dir. P.J. Idenburg.), Colloque Amsterdam, 1955, Leiden, Universitaire Press Leiden, p. 171.

²⁴⁰ S. Normand, *op. cit.*, p. 136.

Un arrêt du Parlement de Bordeaux de 1571 prévoyait que les « sauvages » baptisés devenaient des sujets du roi²⁴¹. Dans ce même esprit, l'article XVII de la disposition de 1634 dans la Charte royale de la Compagnie des Cents Associés, adoptée par Louis XIII à l'instigation de Samuel Champlain, prévoyait que :

« [. . .] *les descendants des Français qui s'habitueront aux dits pays, ensemble les sauvages qui seront amenés à la cognoissance de la foy et en feront profession, soient désormais censés et réputés pour naturels François et comme tels puissent venir habiter en France, quand bon leur semblera, et y acquérir, tester, succéder, accepter donations et legs tout ainsi que les vrais régnicoles et naturels François, sans être tenus de prendre aucune lettre de déclaration ni de naturalité*²⁴² ».

Quant aux Amérindiens qui vivaient en dehors de la colonie, ils n'étaient pas désignés comme sujets du roi mais comme ses alliés²⁴³.

Normand souligne encore que : « *L'assujettissement des Amérindiens au droit français était loin de faire l'unanimité*²⁴⁴», et que malgré le fait qu'au début de la colonie, certains administrateurs ainsi que des communautés religieuses : « [. . .] *semblaient tenir pour acquis que leur autorité s'étendait non seulement aux Français mais aussi aux Amérindiens. Ce point de vue n'était toutefois pas partagé par les commerçants*²⁴⁵ ».

Le fait que les Amérindiens soient français physiquement installés à l'intérieur de la colonie canadienne ne rendait pas ces derniers automatiquement assujettis au droit criminel français. Ce ne fut qu'à la suite de l'adoption de l'Arrêt du Conseil supérieur de Québec du 12 avril 1664 que les Amérindiens furent soumis aux peines prévues par les lois et les ordonnances françaises dans le cas de délit de viol et de meurtre²⁴⁶. Ce fut à la suite de l'adoption des Règlements généraux du Conseil supérieur de

²⁴¹ A. P. Robert, *op. cit.*, p. 13.

²⁴² Y. Urban, *L'indigène dans le droit colonial français 1865-1950*, Collection des thèses, Clermont-Ferrand, Fondation Varenne, 2010, p. 31.

²⁴³ S. Normand, *op. cit.*, p. 126.

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 137.

²⁴⁵ *Ibid.*

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 137.

Québec, pour la police, datant du 11 mai 1676 que tous les Amérindiens se virent assujettis au droit criminel français²⁴⁷. Cela dit, ces derniers n'étaient pas justiciables devant les tribunaux ordinaires mais devant les tribunaux militaires²⁴⁸.

En 1701, un traité de paix avait été établi entre les peuples autochtones de la Nouvelle-France et de la région des Grands Lacs. Un traité connu sous le nom de la Grande Paix avait été rédigé sous les auspices du gouverneur en respectant scrupuleusement les rites des Amérindiens²⁴⁹.

La colonisation du XXe siècle ne se fit plus au nom du christianisme mais au nom d'un droit naturel relu à la lumière d'un nouveau droit des gens appelé à régler les rapports entre les puissances coloniales et les populations autochtones²⁵⁰.

Comme nous l'avons vu plus haut, à partir du XXe siècle l'ensemble des puissances coloniales européennes s'étaient donné comme objectif d'imposer aux populations autochtones leurs propres traditions juridiques. Florence Gauthier explique qu'en France l'utilisation du droit naturel comme argument apte à légitimer l'entreprise coloniale s'explique par la dégradation qu'avait connue ce principe au cours de la Révolution française²⁵¹.

Dans un premier temps, les Jacobins étaient contraires aux conquêtes coloniales. Robespierre pensait que le droit de conquête était incompatible avec les principes du droit civique et du droit des gens déclarés par l'Assemblée constituante²⁵². Les Déclarations des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et 1793 avaient pour fondement le droit naturel conçu comme un droit commun à toute l'humanité. Tout au long des années 1789-1793, les constituants considéraient le droit naturel comme un patrimoine commun appartenant à tous les peuples de la planète Terre. Le 16 mai

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 138.

²⁴⁸ *Ibid.*

²⁴⁹ N. Rouland, *Introduction historique du droit*, Paris, Les presses universitaires de France, 1988, p. 516.

²⁵⁰ E. Tourme-Jouannet, *op. cit.*, p. 658.

²⁵¹ J. L. Amselle, *op. cit.*, p. 62.

²⁵² F. Gauthier, *Triomphe et mort du droit naturel en Révolution 1785-1795-1802*, Pratiques Théorique, Paris, Puf, 1992., p. 129.

1790, le député Jallet affirmait que la guerre de conquête était incompatible avec les droits naturels et que : « *Toute agression injuste est contraire au droit naturel*²⁵³ [. . .] »

Robespierre affirmait que : « *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 était la constitution de tous les peuples*²⁵⁴ ».

Cette idée avait auparavant été soutenue par Locke dans son *Deuxième traité du gouvernement civil*²⁵⁵ ainsi que par Montesquieu qui dans l'Esprit des lois écrivait : « *J'aimerais autant dire que le droit de l'esclavage vient du mépris qu'une nation conçoit pour une autre, fondée sur la différence des coutumes*²⁵⁶ » et concluait que : « *L'esclavage est d'ailleurs aussi opposé au droit civil qu'au droit naturel*²⁵⁷ ».

Durant les premières années de la Révolution le principe de la décentralisation législative s'imposa dans les colonies. Par le biais des lois du 28 mars 1790 et du 24 septembre 1791, l'Assemblée s'interdisait d'adopter dans les colonies « *des lois incompatibles avec les conditions locales*²⁵⁸ ».

Le décret de la Convention du 16 pluviôse de l'an II prévoyait que : « *Tous les hommes sans distinction de couleur, domiciliés dans les colonies sont citoyens français et jouiront de tous les droits assurés par la Constitution* ».

Cependant le Lobby colonial, favorable au maintien de l'esclavage dans les colonies, représenté par les députés Moreau, Maurry et Malouet, avait défendu durant les mois de mai à septembre 1791 au cours du débat qui se tenait à l'assemblée constituante, l'idée selon laquelle le droit naturel ainsi que la Déclaration universelle des droits de l'Homme ne devaient pas être appliqués dans les colonies²⁵⁹. Ce Lobby avait réussi à imposer partiellement ses idées et ce fut ainsi que la Constitution de l'année 1793 marqua une première rupture avec l'idéal universaliste des droits de l'Homme et du

²⁵³ F. Gautier, *op. cit.* p. 130.

²⁵⁴ *Ibid.*, p. 131.

²⁵⁵ J. Locke, *Deuxième traité du gouvernement civil*, Paris, Flammarion, 1977, XVI, p. 175-177.

²⁵⁶ Montesquieu, *op. cit.*, p. 492.

²⁵⁷ *Ibid.*,

²⁵⁸ A. P. Robert, *L'évolution des coutumes de l'Ouest Africain et la législation française*, Paris, Encyclopédie d'Outre-Mer, 1955, p. 195.

²⁵⁹ F. Gautier, *op. cit.*, pp. 169-204.

droit naturel. Tout en supprimant l'esclavage, elle introduit une distinction entre la liberté physique et l'indépendance politique, ce qui avait ouvert une brèche dans la légitimation des conquêtes coloniales sur le plan juridique ²⁶⁰. Par la suite, le 4 août 1795-17 thermidor an III le député Boissy d'Anglas présenta à l'assemblée un rapport dans lequel le député assignait au colonialisme une mission civilisatrice²⁶¹. La Constitution de l'an III que Gauthier a comme étant le « [...] *le triomphe de l'intérêt particulier des possédants et du despotisme de leur pouvoir économique sur le monde*²⁶² » avait été influencée par la thèse de Boissy d'Anglas.

Par conséquent, dans la Constitution de 1795 nous ne trouvons aucune référence à un droit naturel conçu comme un patrimoine commun à l'ensemble de l'humanité, mais plutôt une référence aux droits et aux devoirs de l'homme en société²⁶³.

L'étape suivante fut la Campagne d'Égypte de Napoléon qui, comme nous l'avons rappelé plus haut, sous l'influence de Volney s'était donné comme objectif de changer les traditions juridiques des peuples colonisés. La Campagne d'Égypte a été la première conquête coloniale postérieure aux Lumières et à la Révolution. Ce fut ainsi la première conquête française menée au nom du droit naturel. La conquête de l'Égypte avait été le laboratoire du droit colonial qui par la suite fut appliqué en Algérie.

Au début du XIXe siècle une nouvelle culture coloniale se manifesta en France que dans l'ensemble des puissances coloniales européennes. Le but recherché par ce droit colonial était l'exportation de la tradition juridique européenne au sein des colonies. L'acculturation juridique ne procédait pas uniquement à travers l'implantation de la tradition juridique de la puissance coloniale mais aussi par le rapprochement des traditions religieuses et coutumières locales à la tradition juridique de la puissance européenne.

²⁶⁰ J. L. Amselle, *op. cit.*, p.62.

²⁶¹ F. Gautier, *op. cit.*, p. 279.

²⁶² *Ibid.*, p. 299.

²⁶³ J.L. Amselle, *op. cit.*, p. 62.

Le droit devient tout comme les sciences exactes un des éléments constitutifs du progrès des « nations civilisées ». Cette acculturation juridique se déroula en deux phases qui consistaient en l'implantation dans les colonies du droit de la puissance coloniale et en le rapprochement des traditions coutumières et religieuses locales à la civilisation juridique européenne. Ce furent les pays appartenant à une tradition juridique romaniste, tels que la France et la Belgique, à se livrer à la rédaction des coutumes des peuples autochtones.

Ce fut à partir de la conquête de la Kabylie que le phénomène de la codification des coutumes prit pied au sein du droit colonial français. Cette conquête se déroula dans une période de transition de l'histoire du droit colonial français qui se situe au début du naissant deuxième empire colonial français et qui a précédé la conférence de Berlin.

Au début du XXe siècle, l'administration coloniale française chercha à appliquer dans les colonies le Code civil de 1804, perçu comme l'incarnation de la rationalité et de la civilisation juridique française. Le Code de 1804 aurait dû remplacer, dans un premier temps, les traditions juridiques des populations autochtones qui vivaient dans les possessions françaises en Amérique, en Afrique ainsi qu'en Asie. L'arrêté du 05 novembre 1830 prévoyait l'application du Code civil dans les colonies. Par la suite la loi du 24 avril 1833 rapportait ce qui suit :

« [. . .] *Il était quasiment contraire à « l'humanité et au droit naturel » de refuser aux habitants des colonies le bénéfice des lois françaises* ²⁶⁴».

Dans les possessions françaises au Sénégal, le Code civil aurait dû remplacer le droit musulman ainsi que les coutumes indigènes, cela au vu du fait que ce même Code civil avait unifié le droit privé français. Sur ce point Le Roy ne manque pas de souligner qu'en France, tout comme dans les colonies : « [. . .] *le Code civil est appelé à se substituer totalement aux coutumes, lesquelles ne sont plus considérées*

par le Code Civil que comme des ‘usages locaux’ hiérarchiquement dépendants des lois et des principes généraux du Droit nouveau²⁶⁵ ».

Cependant le législateur colonial s'était rendu compte en très peu de temps qu'un tel remplacement était impossible à accomplir dans un bref délai²⁶⁶. En Algérie le législateur colonial renonça à appliquer le Code civil dans toutes les matières de droit privé aux populations autochtones et laissa une certaine place aux coutumes kabyles et au droit musulman.

Le Roy souligne qu'à partir de la moitié du XIXe siècle la notion de coutumes avait changé de signification au sein du langage du droit colonial français, ce qui marqua le passage selon Le Roy : « [...] d'une conception de la « coutume » comme prestation versée à un chef indigène, à titre habituel, et en vue d'assurer des avantages politiques et commerciaux, à une autre conception où les « coutumes » deviennent les règles de droit privé qui régissent les « indigènes²⁶⁷ » ».

Toujours Le Roy ajoute que ce changement de paradigme s'explique à son dire par « [...] un changement de préoccupation et de stratégie d'intervention. A la traite des esclaves, puis des produits de l'agriculture ou de la cueillette (gomme) succèdent la conquête militaire et l'administration du pays, laquelle s'accompagne du respect, partout affirmé dans les traités de protectorat, des coutumes²⁶⁸[...] ».

Les militaires français s'étaient engagés à respecter les coutumes kabyles dans la Proclamation de Randon datant du 30 mai 1857 par le biais de laquelle les militaires français s'engageaient à ne pas changer les coutumes kabyles. Ce fut aussi en Kabylie qu'a eu lieu la première opération de codification des coutumes indigènes. La codification des coutumes kabyles avait été voulu par des militaires français durant

²⁶⁵ E. Le Roy, « La Coutumes et la réception des droits romanistes en Afrique noire », in *Recueils de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, La coutume*, volume 51-1990, Bruxelles, De Boeck-Wesmael, 1990, p. 127.

²⁶⁶ E. Le Roy, *op. cit.*, p. 127.

²⁶⁷ E. Le Roy, Mamadou Wane, « La formation des droits non étatiques », in *Encyclopédie juridique de l'Afrique* Vol. I (1982), Abidjan, Dakar, Lomé, Les Nouvelles Editions Africaines, 1982, p. 366

²⁶⁸ Etienne Le Roy, Mamadou Wane, *op. cit.*

une période précédente à la Conférence de Berlin. Cependant la rédaction des coutumiers d'Afrique de l'Ouest avait été voulue par les Allemands à la suite de la Conférence de Berlin, comme le remarque Maupoil, l'étude scientifique des coutumes de l'Afrique de l'Ouest « *n'a commencé qu'à l'initiative étrangère de l'Union internationale de droit et d'économie politique* » de Berlin qui adressait, en 1896, un questionnaire aux administrateurs coloniaux par la voie hiérarchique des lieutenant-gouverneurs ²⁶⁹[. . .] ». Nous reviendrons sur ce sujet dans la partie dédiée à l'influence de l'ouvrage d'Hanoteau et Letourneux à l'extérieur de l'Algérie.

B. CONTRÔLER LES COUTUMES AUTOCHTONES

Le choix de la rédaction et de la codification des coutumes kabyles de la part des militaires-ethnologues français n'est pas anodin. Cette décision s'explique par des raisons historiques, c'est-à-dire par l'importance et l'ampleur du phénomène de la codification des coutumes au sein de l'histoire du droit français et plus généralement au sein de l'histoire des droits des pays européens de tradition romaniste. En effet des puissances coloniales telles que la Belgique, la Hollande et l'Italie ont connu au sein de leur propre tradition juridique nationale des mouvements de codification des coutumes locales, ces mêmes états européens avaient entamé dans leurs colonies des opérations de codification des coutumes autochtones.

Le Roy souligne de façon pertinente que la France et les puissances coloniales européennes de tradition juridique romaniste n'ont rien fait d'autre que transposer dans le contexte colonial et plus précisément dans le contexte des colonies africaines la conception romaniste de la coutume qui selon lui se résume à concevoir celle-ci comme : « [. . .] *un corpus de données disparates à unifier et transcender en un Droit soumis au contrôle de l'Etat, sous la formule du droit coutumier*²⁷⁰ ».

Il est nécessaire d'éclaircir la signification du concept de droit coutumier et de la place particulière que ce concept a occupé au sein du droit français. Il existe un

²⁶⁹ *Ibid.*, p. 366.

²⁷⁰ Etienne Le Roy, *op. cit.*, p. 137.

parallélisme entre le processus de la codification qui a eu lieu en France pendant le Moyen Âge et l’Ancien régime et celui qui a eu lieu dans les colonies françaises du XXe siècle. Comme le remarque Rouland, plusieurs auteurs tels que Vanderlinden, Le Roy et Wane, ont souligné « [. . .] *le parallélisme existant entre la rédaction des coutumes françaises et africaines, le précédent français servant de modèle aux autorités coloniales*²⁷¹ ».

Rouland ajoute aussi que : « [. . .] *suivant le même processus qui se produisit à partir de la fin du Moyen Age lors de la rédaction des coutumes en France, la coutume rédigée, c’est-à-dire fixée sous le contrôle de l’autorité étatique - devient en fait du droit étatique, dans la mesure où elle ne pouvait plus évoluer suivant les pratiques du groupe, et correspondait de moins en moins à ses besoins*²⁷²».

Le Roy ne manque pas de souligner qu’en France, tout comme dans les colonies, le phénomène de la rédaction des coutumes était censé être une étape préalable qui aurait dû précéder l’application *sic et simpliciter* du Code civil dans les colonies : « [. . .] *le Code civil est appelé à se substituer totalement aux coutumes, lesquelles ne sont plus considérées par le Code Civil que comme des ‘usages locaux’ hiérarchiquement dépendants des lois et des principes généraux du Droit nouveau*²⁷³ ».

Toujours Le Roy qui par ailleurs ajoute : « [. . .] *on s’efforce de réaliser en une trentaine d’années en Afrique l’équivalent de quatre siècles d’uniformisation progressive assurée par les juristes français pour aboutir au Code civil*²⁷⁴ [. . .] ».

Comme nous avons vu plus haut, le phénomène de la codification des coutumes a revêtu une importance centrale au sein de l’histoire du droit français. Carbasse explique qu’à partir du bas Moyen-Âge la notion romaine de *consuetudo* était utilisée

²⁷¹ N. Rouland, *op. cit.*, p. 97.

²⁷² *Ibid.*, p. 98.

²⁷³ E. Le Roy, « La Coutumes et la réception des droits romanistes en Afrique noire », in *Recueils de la société Jean Bodin pour l’histoire comparative des institutions, La coutume*, volume 51-1990, Bruxelles, De Boeck-Wesmael, 1990, p. 127.

²⁷⁴ Etienne Le Roy, « La coopération judiciaire » in *Observation permanent de la Coopération française*, Paris, Editions Karthala, 1997, p. 47

uniquement dans le domaine de la fiscalité²⁷⁵. Plus précisément, pour désigner les franchises de droit public qui régissaient les rapports verticaux entre le seigneur et ses hommes²⁷⁶. Durant la période médiévale, la notion de *consuetudo* telle que fixée par le droit romain – c'est-à-dire le : « [. . .] *droit qu'un long espace de temps a rendu obligatoire par la volonté de tous, sans intervention de la loi*²⁷⁷ » - avait été oubliée par le droit laïc²⁷⁸. A partir du XIIIe siècle, nous voyons la naissance de la notion de coutumes de droit privé, qui cependant nécessitait d'une répétition de *l'opinio iuris necessitatis*²⁷⁹. La coutume se présente comme un droit territorial, un concept qui est formulé dans les cités italiennes et qui par la suite parviendra en Provence²⁸⁰.

Les juristes appartenant à l'École de droit d'Orléans à partir du XIIIe siècle ont légitimé la mise en écrit des coutumes, une opération qui avait été jusque-là critiquée par l'École de Bologne²⁸¹. Jacques de Revigny a introduit la distinction entre la coutume (*consuetudo*) qui appartenait au domaine du droit (*ius*) et le simple fait (*factum*)²⁸². Cela a marqué une rupture avec l'approche adoptée jusque-là par les glossateurs italiens tels qu'*Accursius*, qui eux identifiaient la coutume avec les usages et les mœurs, en les mettant ainsi sur le même plan.

Les juristes orléanais ont par contre défendu l'idée selon laquelle la mise en écrit des coutumes n'en changeait pas la nature juridique. L'École d'Orléans véhicula l'idée que la mise en écrit d'une coutume servait avant tout à prouver l'existence de celle-ci²⁸³. Cette idée était plutôt répandue dans le milieu des praticiens du Midi de la France ainsi que dans les pays européens fortement imprégnés par la tradition juridique romaine telle que l'Italie et l'Espagne. Dès le bas-Moyen-Âge se forgea une nouvelle notion de coutume qui rapprocha cette source de droit à la loi écrite. Ce fut

²⁷⁵ J.-M. Carbasse, *Manuel d'introduction historique au droit*, Paris, Presses Universitaires de France, 2002, p. 121.

²⁷⁶ *Ibid.*, p. 123.

²⁷⁷ *Ibid.*, p. 41

²⁷⁸ *Ibid.*, p. 121.

²⁷⁹ *Ibid.*

²⁸⁰ *Ibid.*

²⁸¹ *La rédaction des coutumes dans le passé et dans le présent*, (sous la dir.) J. Gillissen, Institut de Sociologie de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1962, p. 35

²⁸² *Ibid.*, p. 17.

²⁸³ *Ibid.*

à Bologne que vit le jour une nouvelle notion juridique à mi-chemin entre loi et coutume, le *jus consuetudinarum* ou droit coutumier²⁸⁴. Cette notion était méconnue des juristes romains. A partir du XIe siècle l'expression de droit coutumier désigne une coutume qui s'applique à un territoire déterminé, donc un droit qui a une portée territoriale précise²⁸⁵.

La notion de droit coutumier, bien qu'elle ait été formulée en Italie, a joué un rôle fondamental au sein du droit français. Comme le soulignait Olivier- Martin²⁸⁶ et plus récemment Zendri²⁸⁷, ce fut en France que la notion de droit coutumier fut utilisée pour la première afin de désigner le droit des pays de droit coutumier. Cela dit, toujours selon Olivier-Martin et Zendri, dans le Midi et dans les pays de droit écrit, le droit coutumier a réussi à absorber la tradition juridique romaniste fortement présente sur ces terres²⁸⁸. C'est une lecture qui raccourcit la dichotomie entre les pays dits de droit écrit et ceux de droit coutumier.

C'est dans les territoires de droit coutumier que sont parus deux types de rédactions coutumières : les rédactions de coutumes officielles effectuées sous l'autorité seigneuriale, suivies par les coutumiers privés qui étaient l'œuvre de praticiens. Ces derniers, bien que n'ayant aucune reconnaissance officielle, demeuraient tout de même des instruments probatoires et avaient comme finalité de prouver l'existence d'une coutume lors d'un jugement. Cependant le pouvoir seigneurial avait exercé une forte mainmise sur les coutumes. Ce contrôle s'accrut encore à partir du bas Moyen-Age et durant les XIIIe et XIVe siècles ce contrôle s'exerça à travers un droit de censure sur les coutumes. Les Seigneurs s'arrogeaient ainsi le droit de censurer les mauvaises coutumes²⁸⁹ (*malaconsuetudo*).

²⁸⁴ C. Zendri, *Pierre Gregoire tra leges e mores. Ricerche sulla pubblicistica francese del tardo cinquecento*, Milano, Monduzzi, 2007, p.12.

²⁸⁵ B. Basdevant-Gaudemet, J. Gaudemet, *Introduction historique au droit XIII-XX siècles*, 2 éditions, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2003, p. 71.

²⁸⁶ F. Olivier-Martin, *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, Paris, CNRS Edition, II édition (Réimpression), 2005, (Edition original Montchrestien 1948).

²⁸⁷ *Ibid.*

²⁸⁸ J. Gaudemet, *Introduction historique au droit XIII-XX siècles*, deuxième édition, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2003, p. 173.

²⁸⁹ Comme l'explique Carbasse la notion de *malaconsuetudo* désignait dans un premier temps uniquement le prélèvement fiscal indû ainsi qu'une taxe inique. C'est à partir du XIIe siècle que cette

Pendant la période de l'absolutisme politique le contrôle étatique sur les coutumes fut institutionnalisé à partir de l'adoption de l'Ordonnance de Montil-lès-Tours (1454). Suite à cette Ordonnance et à l'ordre du Souverain, l'ensemble des coutumes du royaume de France furent mises en écrits. Il est ainsi naturel que des historiens du droit tels que Lebrun, Gaudemet et Krynen et plus récemment Zendri soutiennent que cette ordonnance ait changé la nature des coutumes, qui furent désormais assimilées à la loi écrite²⁹⁰. Néanmoins Olivier- Martin ne manque pas de préciser ce qui suit :

« [. . .] *la rédaction n'a pas changé la nature du droit coutumier qui reste ce qu'il était auparavant, un droit fondé sur la coutume. C'est-à-dire qu'il peut être abrogé par désuétude et que de nouvelles coutumes peuvent toujours naître*²⁹¹ ».

La différence entre la loi et le droit coutumier devient de plus en plus subtile, Grinberg affirme ainsi que : « [. . .] *Les diverses définitions de la coutume proposées par les juristes, depuis la rédaction jusqu'à la Révolution française, ne donnent pas de réponse claire ; L'hésitation demeure entre une équivalence parfaite - la coutume est la loi - et une équivalence approximative - « comme si » elle était la loi*²⁹² ». De sa part Carbasse soutient que l'Ordonnance de Montils-lès-Tours a eu deux conséquences sur le rôle joué par les coutumes au sein du droit français. La première consiste en « [. . .] *la consolidation du droit coutumier et sa pérennisation jusqu'à la Révolution*²⁹³ ». La seconde conséquence consiste en le fait que la rédaction des coutumes a donné aux coutumes « *une seconde vie*²⁹⁴ [. . .] ».

Carbasse définit le phénomène de la rédaction des coutumes comme un des éléments constitutifs du « droit français²⁹⁵ », dans le sens que la rédaction des coutumes a permis le développement d'un droit national. Plus récemment Mousseron souligne

notion va inclure tous les « usages injustes ». J.-M. Carbasse, *Manuel d'introduction historique au droit*, Paris, Presses Universitaires de France, 2002, p. 193.

²⁹⁰ C. Zendri, *op. cit.*, p. 14.

²⁹¹ F. Olivier- Martin, *op. cit.*, p. 423.

²⁹² M. Grinberg, *Écrire les coutumes. Les droits seigneuriaux en France*, Paris, (coll.), Le nœud gordien, PUF, p. 127.

²⁹³ J.-M. Carbasse, *Manuel d'introduction historique au droit*, Paris, Presses Universitaires de France, sixième édition, 2002, p. 199.

²⁹⁴ *Ibid.*, p. 200.

²⁹⁵ *Ibid.*

pertinemment que l'adoption de l'Ordonnance de Montil-lès-Tours » a donné une nouvelle signification juridique au concept de coutume. Ce terme fut utilisé dès lors uniquement en référence aux coutumes rédigées des coutumiers officiels et donc figées dans l'écrit. Par conséquent les coutumes orales et spontanées qui naissaient en dehors de la rédaction officielle furent désormais définies comme étant des « usages »²⁹⁶.

Ce fut ainsi que le phénomène de la rédaction des coutumes qui débuta en France à partir de XVI^e siècle, a été une étape fondamentale dans le processus d'unification du droit français. Les coutumiers ont contribué à la création d'une véritable culture juridique française commune, soit un droit commun qui a préparé le terrain au Code civil de 1804²⁹⁷.

Un des objectifs poursuivis par les rédacteurs des coutumiers était de rationaliser les coutumes en les classant selon des catégories juridiques. Il fallait donc mettre de l'ordre dans les coutumes et c'e fut ainsi qu'en 1550 Dumoulin proposa dans son *Oratio des concordia et unione consuetudinum Franciae* de : « [. . .] ramener les coutumes rédigées à une seule coutume ». Durant le XVII^e siècle, Domat dans son ouvrage intitulé *Les lois civiles dans leur ordre naturel* publié en 1689 décida de mettre « les lois civiles en ordre »²⁹⁸. Cet « ordre » était donné par la logique inductive-déductive²⁹⁹. Domat s'inspira des traités de géométrie auquel il emprunta la façon d'exposer les problèmes selon l'ordre suivant : définition, principe et démonstration³⁰⁰. Le schéma utilisé par Domat a influencé par la suite l'œuvre du juriste Pothier qui mit en ordre la « coutume d'Orléans » selon le schéma adopté par son prédécesseur. Comme on peut voir, le phénomène de la mise en ordre de la coutume selon un schéma reposant sur un ordre systématique inspiré de la géométrie est antécédent à celui de la codification. Ce type de rationalité qui imprégnait les œuvres de Domat et Pothier a eu une certaine influence sur l'idéologie de la

²⁹⁶ P. Mousseron, « Introduction terminologique des comportements aux « bonnes pratiques », in *Journal des sociétés* n. 92, Novembre 2011, p. 17

²⁹⁷ C. Zendri, *op. cit.*, p. 16.

²⁹⁸ *Ibid.*

²⁹⁹ G. Tarello, «Le ideologie della codificazione nel secolo XVIII», in *Corso di Filosofia del diritto*, Genova, E.C.I.G, 1973, p. 142.

³⁰⁰ *Ibid.*, p. 158.

codification du XIXe siècle. La Révolution Française et le Code civil de 1804 ont consacré le royaume de la loi écrite, celle-ci fut dorénavant la principale source du droit et immédiatement applicable³⁰¹. Bontems remarque que cette vision de la loi était en rupture avec la conception prérévolutionnaire qui à son dire : « [. . .] *ne s'imposait que lorsqu'elle devenait coutume*³⁰² », Donc une loi qui pour être applicable devait être acceptée par la communauté. Cette conception de la loi a été celle des juristes du Moyen-Âge et fut partagée par la suite par les juristes humanistes tels que Montaigne et Budé.

Dès 1789 le droit français va réserver une place de plus en plus réduite aux coutumes ainsi qu'aux usages. En effet l'article 3, section 2, chap. III de la Constitution de 1791 proclamait le royaume absolu de la loi. Il est notoire que celle-ci incarnait durant la révolution française l'expression de la volonté générale. Comme le souligne Amodio, la loi incarnait la rationalité qui s'opposait à la tradition³⁰³. Cette dichotomie trouve ses origines bien avant la Révolution Française. Nous la retrouvons présente dans l'œuvre de Montaigne³⁰⁴ ainsi que dans celle de Etienne de la Boétie³⁰⁵. Ces deux derniers auteurs avaient dénoncé le caractère irrationnel de la coutume. En ce sens les rédactions des coutumes s'expliquent par la volonté des rédacteurs de rationaliser les coutumes, c'est-à-dire de les plier à un schéma rationnel.

³⁰¹ C. Bontems, *Le Droit Musulman Algérien à l'époque coloniale*, Genève, Slatkine, Erudition, 2014, p. 20.

³⁰² C. Bontems, « L'institution du Prince de Guillaume Budé », in (Sous la dir. Bontems) *Le Prince dans la France des XVI -XII siècles*, Paris, 1965, p. 67

³⁰³ C. Amodio, *Au nom de la loi. L'esperienza giuridica francese nel contesto europeo*, Torino, Giappichelli Editore, 2012, p. 1.

³⁰⁴ Dans le premier livre de son ouvrage fondamental « *Les essais* », publié en 1580, l'auteur raconte l'histoire d'une bergère qui avait pris l'habitude de caresser un veau dès sa naissance :

« *Mais [...] continuant toujours à ce faire, gagna cela par l'accoutumance, que tout grand boeuf qu'il estoit, elle portait encore*³⁰⁴ ». Selon l'auteur la coutume « [...] établit en nous, a pei apeu, à la desrobée, le pied de son autorité : mais par ce doux et humble commencement, l'ayant rassis et planté avec l'ayde du temps, elle nous descouvre tantost un furieux et tyrannique visage, contre lequel nous avons plus de liberté de hausser les yeux » in M. de Montaigne, « *Les Essais* », Livre I, 23, p. 108-109. L'œuvre est citée par C. Zendri, *op. cit.*, p. 120

³⁰⁵ E. de la Boétie dans « *Le discours de la servitude volontaire* », percevait la coutume comme l'instrument de soumission aux tyrans. Fameux est l'exemple du tyran oriental Mithridate : « [...] qui se fit ordinaire à boire le poison, pour nous apprendre à avaler et ne trouver point amer le venin de la servitude. » in E. de la Boétie, *Discours de la servitude volontaire*, Paris, Petite bibliothèque Payot, frag.-210, p. 148.

La pensée juridique qui s'affirma à partir de 1789 prônait la nécessité de reconduire le droit et surtout le droit civil à une unité. En un certain sens, cela concrétisait les vœux des juristes de l'Ancien Régime tels que Dumoulin, Domat et Pothier. Comme l'explique Ourliac, avant 1789 « [...] *tout pour le droit privé était diversité*³⁰⁶. Ainsi la législation post-1789 voulait reconduire *le* droit à une unité. Les lois du 16 août 1790 ainsi que la constitution de 1791 exprimaient l'exigence d'avoir une législation non seulement « *simple, claire* », mais aussi « [...] *commune à tout le royaume* ».

La Révolution Française et la promulgation du Code civil vont donc contribuer à affaiblir l'influence des coutumes au sein du droit français. Cela dit, ce sera le contexte colonial du XIXe siècle qui va contribuer à remettre la problématique des coutumes à l'ordre du jour du droit français. Plus précisément, ce sera à partir du constat de l'impossibilité de remplacer les coutumes indigènes par le Code civil que durant le XIXe siècle resurgit la problématique liée au conflit entre la loi et la coutume, plus précisément entre le droit colonial et les coutumes. Cette problématique n'avait pas été envisagée durant le premier Empire colonial. Comme nous l'avons vu plus haut, cette volonté de contrôler les coutumes indigènes est propre au Second Empire colonial français. C'est le pendant de la nouvelle politique indigène.

Le législateur colonial français durant l'Ancien Régime ne se préoccupait pas trop de contrôler et de transcrire les coutumes autochtones comme par exemple celles des populations amérindiennes de la Nouvelle France, ni d'imposer à ces dernières la tradition juridique française, ni de les soumettre à la même loi à laquelle étaient assujettis les colons français. Comme nous avons vu l'assimilation culturelle de l'amérindien passait par sa conversion au catholicisme et non pas par le droit. Cela distinguait l'approche coloniale française de celle menée par d'autres empires coloniaux européens, par exemple l'Espagne. Les autorités coloniales espagnoles avaient affiché la volonté d'hispaniser les Amérindiens non seulement sur le plan religieux mais aussi sur le plan juridique, et cela dès le XVe siècle. En ce sens la

³⁰⁶ J.P. Ourliac. J. de Malafosse, *Histoire du droit privé*, Tome III, Le droit familial, Paris, Presse Universitaire de France, Thémis, 1968, p. 1.

cédula royale du 06 août 1555 peut être considérée un premier exemple de rédaction et de mise sous contrôle des coutumes autochtones de la part d'une puissance coloniale européenne de tradition juridique romaniste. Toujours au sein de l'Empire colonial espagnol, nous avons l'exemple de la *Recompilation* qui date de 1680 qui consacre dans son article 4 les « *Lois et les bonnes coutumes indigènes*³⁰⁷ ». En Nouvelle France, comme nous avons vu plus haut, alors que les coutumes des autochtones n'avaient pas beaucoup attiré l'attention des juristes, elles avaient par contre la curiosité des explorateurs et des religieux français. Ces derniers se limitèrent à les décrire, car dans le cas de la Nouvelle-France nous ne trouvons rien qui ressemble à une compilation ou à une rédaction coutumière telle que l'a connue le droit colonial français en Kabylie et en Afrique noire.

Normand explique que certains Amérindiens s'étaient emparés de leur propre gré de la culture juridique française ainsi que des catégories du droit français afin de faire valoir leurs propres droits vis-à-vis du pouvoir colonial français. Par exemple dans la Délibération du Conseil de Québec datant du 23 mai 1719, les Amérindiens signifèrent aux colons Français qu'ils n'avaient pas cédé à ces derniers la propriété de leurs terres mais seulement un droit d'usage et l'usufruit de ces dernières³⁰⁸, le tout en ayant conservé pour eux-mêmes le droit de propriété. Le droit colonial de l'Ancien régime était un droit de nature coutumière. En Nouvelle France la Coutume de Paris était le seul coutumier en vigueur, un régime qui acceptait plus facilement le pluralisme des juridictions. Normand souligne ainsi que : « *L'existence d'un régime particulier d'administration de la justice pouvait s'avérer d'autant plus facile à accepter que l'Ancien Régime connût déjà des juridictions particulières telles que les tribunaux ecclésiastiques pour les religieux*³⁰⁹ ».

Le droit colonial de l'Ancien Régime ne manifesta guère d'intérêt pour les coutumes

³⁰⁷ A. Levaggi, « La réception du système espagnol par les systèmes indigènes en Amérique », in *La réception des systèmes juridiques : implantation et destin. (Sous la dir.) M. Doucet J. Vanderlinden*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 345.

³⁰⁸ Délibération du Conseil, 23 mai 1719, dans « Collection de documents inédits sur le Canada et l'Amérique », Québec, L.J. Demers, 1888, vol. I, p. 196, cité par Olive P. Dichason, *Louisbourg et l'Indien : une étude des relations raciales de la France, 1713-1760*, Ottawa, Parcs Canada, 1979, pp. 84-85. Références prise dans l'ouvrage de S. Normand, *op. cit.*, p. 123.

³⁰⁹ S. Normand, *op. cit.*, p. 137.

des populations autochtones qui demeuraient dans les possessions françaises en Afrique. André Robert souligne sur ce point que : « [...] *dans l'ancien régime et même pendant tout le XXe siècle l'idée d'un droit coutumier africain n'a jamais effleuré l'esprit du colonisateur français*³¹⁰ ».

La naissante doctrine coloniale du Second Empire colonial français donna à la notion « coutume » une signification purement juridique. Ceci dit, le droit colonial français n'a pas défini de façon claire ce qu'étaient les « coutume indigènes ». Le Roy remarque pertinemment que les ouvrages de droit colonial français rédigé aux débuts du XXe siècle, tels que le *Traité de la condition des indigènes en Droit privé*³¹¹ de H. Solus et la *Condition juridique des indigènes* ainsi que les *Principes de colonisation et de législation coloniale*³¹² d'A. Girault, sous-entendent l'idée que les coutumes indigènes devaient être appréhendées avant tout en tant « *qu'institutions juridiques* », d'où le caractère « contingent », donc sous un angle juridique. Plus récemment Le Roy a décrit le droit coutumier indigène comme un produit de la colonisation française, à savoir un « *droit écrit et individualiste* » qui : « [...] *privilégie la recherche des intérêts plutôt que la reproduction du groupe. C'est donc une production normative qui s'inscrit, déjà, dans un « entre deux », celui que la situation coloniale autorise, entre loi et coutume, non comme espace de liberté mais comme un facteur de domestication. L'objectif, en reconnaissant la coutume comme droit coutumier, n'est pas d'assurer le développement du droit endogène mais de provoquer son déclin et de la faire disparaître au plus vite*³¹³ ».

Les phénomènes de la rédaction et de la codification des coutumes indigènes ont vu le jour en Kabylie. L'Algérie et surtout la Kabylie furent des véritables terrains d'expérimentation du droit colonial français du XIXe siècle. C'est en Kabylie que furent adoptées les lois qui ont constitué le régime de l'indigénat ainsi que la codification des coutumes indigènes. La problématique des rapports entre le droit colonial et les coutumes avait surgi durant la conquête de la Kabylie, ce qui est dû

³¹⁰ André P. Robert, *op. cit.*, p. 171.

³¹¹ H. Solus, *Traité de la condition des indigènes en Droit privé*, Paris, Sirey, 1927, p. 588.

³¹² A. Girault, *Condition juridique des indigènes. Principes de colonisation et de législation coloniale*, Paris, 1929, chap. XI, pp. 307-528.

³¹³ E. Le Roy, *Les Africains et l'institution de la Justice, entre mimétisme et métissage*, Paris, Editions Dalloz, 2004, p. 114.

en partie par le type de politique instauré par la France dans ce territoire. Les autorités militaires comprirent que le territoire kabyle avait été administré pendant des siècles par le biais d'une autogouvernance, que ce territoire nécessitait une politique différente de celle utilisée dans le reste de l'Algérie. Dans les pages qui suivront nous illustrerons les étapes de la conquête de la Grande Kabylie (§ 2).

§ 2. DE L'ADMINISTRATION INDIRECTE A LA CONQUÊTE TOTALE DE LA GRANDE KABYLIE (1854-1857)

Les zones internes du massif central du *Djurdjura* ont été les derniers territoires de l'Algérie septentrionale à être conquis par l'armée française, cela notamment à la suite de la capitulation de la tribu des Beni *Rathen* le 10 juillet 1857. Celle-ci était la dernière tribu kabyle encore insoumise à cette date. À partir de ce moment l'ensemble des territoires de la Grande Kabylie est passé sous l'autorité des Cercles militaires français³¹⁴.

Au cours de la période allant de la conquête de la Régence d'Alger (1830) jusqu'en 1857, les tribus kabyles de la Grande Kabylie avaient réussi à se maintenir politiquement autonomes à l'égard de la France. Mais bien qu'autonomes sur le plan politique, ces tribus entretenaient des rapports commerciaux avec les territoires algériens limitrophes qui étaient passés sous le contrôle français. En effet plusieurs commerçants kabyles y pratiquaient le colportage de marchandises. Comme nous le verrons plus loin, les partisans de la conquête de la Kabylie tels que Randon et Carrey avaient tiré parti de cette liberté d'exercer des activités commerciales que la France avait garantie aux Kabyles afin de justifier la conquête de la Kabylie. Cependant les véritables raisons sous-jacentes de la conquête totale de la Kabylie étaient autres. La décision de mettre fin à l'autonomie politique dont jouissait cette enclave berbère indépendante, encore présente au sein de la naissante colonie française, s'inscrit dans

³¹⁴ Nous parlons ici uniquement de la Grande Kabylie au vu du fait que les villes côtières de la petite Kabylie furent conquises dès le début de la colonisation française en Algérie. En effet la conquête française de Bougie-Bejaia s'acheva en 1833 et celle de Dellys en 1844. C'est à partir de cette dernière ville que fut menée l'offensive militaire contre les tribus kabyles qui habitaient les montagnes du Djurdjura, c'est-à-dire la Grande Kabylie.

la stratégie de la conquête totale de l'Algérie voulue par les partisans du Régime du sabre. Ces derniers soutenaient en effet la nécessité de l'annexion du territoire de la Grande Kabylie ainsi que des territoires désertiques du Sahara au restant des territoires qui composaient la colonie algérienne³¹⁵.

Au cours des premières décennies de la présence coloniale française dans les territoires de l'Algérie du nord, les tribus berbères de la Grande Kabylie n'avaient pas adopté à l'égard des militaires français une position univoque. Ces tribus n'étant pas fédérées sous l'autorité d'un seul chef et par conséquent elles ne répondaient pas de façon homogène aux divers appels à la résistance qui avaient été lancés d'abord par le Dey d'Alger et ensuite par l'*Emir* Abd el-Kader. Des siècles d'autogouvernement et d'autonomie politique avaient rendu la plupart des tribus kabyles méfiantes à l'égard de la Régence d'Alger ainsi que de ses voisins algériens.

En 1830 un certain nombre de tribus kabyles avaient choisi de répondre à l'appel à la guerre sainte (*djihad*) lancé par le Dey Hussein contre les troupes expéditionnaires françaises³¹⁶. Par la suite, des tribus de la Kabylie orientale participèrent entre 1837 et 1848 à la résistance armée que le Bey Ahmed de Constantine avait engagée à l'encontre de l'armée française³¹⁷ avec le concours des tribus berbères Chaouïa³¹⁸. En ce qui concerne les rapports entre l'*Emir Abd el-Kader* et les tribus kabyles, ils furent plutôt problématiques. L'*Emir* était notamment membre de la confrérie religieuse de la *Qadiriya*. Fort de son titre de *chérif* (descendant du prophète Mohammed), Abd-el-Kader profita de la capitulation du bey turc de la ville d'Oran³¹⁹ pour fédérer sous sa bannière les tribus maures et berbères de l'Ouest algérien. En tant que *chérif* et *émir*, Abd-el-Kader proclama dans un premier temps la guerre

³¹⁵ Ch-A. Julien, *Histoire de l'Algérie contemporaine. Conquête et colonisation*, Paris, Presses Universitaires de France seconde édition, 1979, p. 210 et suivantes.

³¹⁶ A. Mahé, *Histoire de la Grande Kabylie*, *op. cit.*, p. 165.

³¹⁷ F.-Z. Guerchi, « La résistance d'Hadj Ahmed Bey, dernier bey de Constantine », in *Histoire de l'Algérie à la période coloniale* (sous la direction A. Bouchène, J-P. Peyroulou, O.S. Tengour, S. Thénault), Paris, Alger, Edition La découverte, Edition Barzakh, 2012, pp. 134-137.

³¹⁸ A. Bey, dans une lettre adressée à la Sublime Porte datant du 17 juillet 1835, parle de « [...] rebelles berbères dans les montagnes et d'autres encore », qui ont combattu à ses côtés, in A. Temimi, « Trois lettres de Hadj Ahmed Bey de Constantine à la Sublime Porte, In : *Revue de l'Occident musulman et de la Méditerranée*, n. 3, 1967, p. 145.

³¹⁹ G. Fleury, *Comment l'Algérie devint française, 1830-1848*, Paris, Perrin, 2008, p. 195.

sainte contre la présence de l'armée française en terre d'Islam. Cependant ce premier appel au *djihâd* fut de courte durée. L'*Emir* avait compris que la France représentait pour ses ambitions politiques une formidable source d'opportunités plutôt qu'un obstacle. Par conséquent, Abd-el-Kader sacrifia d'abord sa ferveur religieuse au nom des exigences de la *realpolitik*. De leur côté, les autorités militaires françaises virent dans un premier temps en l'*émir* Abd el-Kader un interlocuteur privilégié. Ainsi les parties choisirent la voie diplomatique. L'*Emir* signa avec les militaires français deux traités de paix. Un premier traité fut signé notamment en 1834 à *La Macta* avec le général Des Michels³²⁰, suivi par un deuxième signé avec le général Bugeaud en 1837 à Tafna³²¹. Dans ce dernier traité, l'*Emir*, en plus de reconnaître « *La souveraineté de la France en Afrique* » (art.1), se vit conférer de la part de la France une souveraineté sur deux tiers des territoires algériens. Cependant, cette entente ne dura pas très longtemps et à partir de l'année 1837 l'*Emir* Abd-el-Kader entra en conflit avec la France. Cela donna lieu à une décennie de guerre entre Abd-el-Kader et l'armée française, guerre qui prit fin précisément le 24 décembre 1847, date de la capitulation de l'*Emir*. Durant ce long conflit, l'*Emir* Abd-el-Kader chercha à rallier les tribus kabyles à sa cause. La stratégie de ce dernier consistait en la mise en place d'une administration indirecte agissant en son nom au sein des tribus kabyles qui lui étaient le plus favorables. En termes concrets, l'*Emir* voulait s'appuyer sur la collaboration de chefs kabyles (*khalifas*) qui faisaient exécuter ses directives en Kabylie. Dans un premier temps, en 1835, Abd-el-Kader octroya le titre de khalife à *El-Hadj Ali Ben Sidi Sadi*³²². En 1838 ce même titre sera donné à *Si Ahmed Tayeb Ben Salem*³²³. Cette politique n'ayant pas porté aux succès espérés, Abd-el-Kader choisit par la suite d'investir trois chefs *aghas*, *Hadj Mohammed Ben Zemmoun*, *El-Ou-Kassi* et *Si El-Djoudi*, mais ces derniers ne réussirent pas à rallier l'ensemble des tribus kabyles à la cause de l'*Emir*³²⁴.

³²⁰ Ch.—R. Ageron, « Premières négociations franco-algériennes » in Ch-R. Ageron, *Politiques coloniales au Maghreb*, Paris, Presses Universitaires de France, Coll. Hier, 1972, p. 13.

³²¹ *Ibid*, p. 13

³²² A. Mahé, *op. cit.*, p. 164.

³²³ *Ibid.*, 164.

³²⁴ *Ibid.*

La tiédeur montrée par de nombreuses tribus kabyles à l'égard de l'appel à la guerre de l'*Emir* Abd-el-Kader avait d'abord induit les militaires français à opter pour une politique d'administration indirecte de la Grande Kabylie³²⁵. Ce même type de stratégie fut utilisé dans le passé non seulement, comme nous l'avons vu plus haut, par l'*Emir* Abd-El-Kader mais aussi par le Dey Hussein³²⁶. Ce dernier en 1830, au moment de la signature de sa capitulation, avait donné aux vainqueurs les consignes suivantes sur la politique que, selon lui, ces derniers auraient dû mener envers les Kabyles :

« [...] *Pour ce qui est des Kabyles, ils n'ont jamais aimé les étrangers, ils se détestent entre eux. Evitez une guerre générale contre cette population nombreuse et guerrière ; vous n'en tirerez aucun avantage. Adoptez à leur égard le plan constamment suivi par les deys d'Alger : c'est-à-dire divisez-les et profitez de leurs querelles*³²⁷ [...] ».

Le général Bugeaud montra lui aussi sa contrariété à toute intervention directe de l'armée française dans les affaires kabyles. Bugeaud aurait, dans un discours présenté à l'assemblée, décrit les populations kabyles dans les termes suivants :

« *Les populations de la Kabylie ne sont ni envahissantes, ni hostiles ; elles se défendent vigoureusement quand on va chez elle, mais elles n'attaquent pas*³²⁸ ».

Les militaires français firent le choix dans un premier temps de ne pas administrer de façon directe le territoire de la Grande Kabylie, mais plutôt de s'appuyer sur la collaboration de tribus kabyles complaisantes. Celles-ci auraient été chargées de la mission de faire exécuter les décisions des militaires français. Cette stratégie fut menée entre 1842 et 1854. Bugeaud choisit d'investir des personnalités kabyles qui jouissaient d'une certaine autorité au sein de leurs tribus respectives (*amins* ou

³²⁵ Ch.-R. Ageron, « La politique kabyle sous le Second Empire », in *Revue française d'histoire d'outre-mer* 53, n. 190-191, premier et deuxième trimestre 1966, p. 67.

³²⁶ *Ibid.*

³²⁷ J. de Saint-Denis, *Considérations statistiques, historiques, militaires et politiques sur le régime d'Alger*, Paris 1831 Cf. Henri Noguères, *L'expédition d'Alger*, Paris, René, Julliard, 1962, p. 315.

³²⁸ D. Borrer, *Narrative of a campaign against the Kabail of Algeria. With the mission of M. Suchet Emir Abdel-Kader for an exchange of prisoners*, London, Longman, Brown, Green and Longmans, 1848, p. 06

marabouts) de la mission de faire exécuter les directives des militaires français. Bugeaud nomma à partir de 1842 un *Khalifa* dans la Vallée du *Sebaou* et un *agha* du *Djurdura*³²⁹. Ces derniers devaient gérer la collecte des impôts en faveur de la France (*lezma*³³⁰). À partir de 1852 le général Randon s'appuya sur des religieux kabyles (marabouts) afin de réprimer des révoltes qui entre-temps avaient éclaté à l'encontre des chefs kabyles précédemment investis par la France. Cela fut le cas du marabout de *Chellata* qui fut engagé pour dompter la révolte menée par *Bou Baghla*. Pour les mêmes raisons fut créé un *bachalick* en faveur du marabout *Sid el Djoudi*³³¹.

La stratégie de l'administration indirecte fut mise de côté à partir de 1854 par le général Randon. Ce dernier fit le choix d'opter pour une action militaire, en l'occurrence pour une attaque frontale qui visait à obtenir la soumission formelle des tribus kabyles à l'autorité des cercles militaires français. Napoléon III se montra d'abord réticent à l'égard de toute idée de conquête totale du territoire kabyle, cependant Randon réussit à convaincre l'Empereur de la nécessité de l'accomplissement d'une telle opération. Par conséquent, à partir de 1854 fut lancée une opération militaire extrêmement sanglante à l'encontre des tribus insoumises des territoires internes du massif du *Djurdjura*³³². Cette guerre prit fin en juillet 1857, notamment avec la capitulation des *Aith-Raten*, la dernière tribu kabyle à demeurer à cette date-là encore insoumise. Par la suite les territoires kabyles furent administrés comme l'ensemble du territoire algérien par des Cercles militaires français, les fameux Bureaux Arabes. Ces derniers ont maintenu en place les institutions politiques traditionnelles kabyles tout au long du régime militaire (1857-1871). Les bases de cette politique dite « kabyle » avaient été déjà théorisées quelques années auparavant. Nous en trouvons les fondements théoriques dans les écrits rédigés par les ethnologues-militaires qui avaient participé à la mission d'exploration de la Grande Kabylie. Une mission qui avait été menée par la Commission Scientifique

³²⁹ Ch. R. Ageron, « La politique kabyle sous le Second Empire », in *op. cit.*, p. 69.

³³⁰ *Ibid.*

³³¹ *Ibid.*

³³² Le général Achille de Saint-Arnaud témoigne des massacres du 17 juillet 1851 dans les termes suivants : « *J'ai fini la campagne comme je l'ai commencée, par une brillante affaire [...] On a tué plus de deux cents Kabyles. Le camp est plein d'armes et d'oreilles* » in F. Maspéron, *L'Honneur de Saint-Arnaud*, Paris, Librairie Plon, 1993, p. 339.

durant les années 1837 -1850. Tout au long de cette opération l'ensemble du territoire de la Grande Kabyle, tout comme le reste des territoires de l'Algérie du nord, avait fait l'objet d'une longue enquête de recensement. Les travaux de militaires comme Daumas et Carette ayant pour objet la description des territoires de la Grande Kabylie concluaient avec la nécessité d'une conquête des territoires kabyles. L'objectif des militaires était d'acquérir le plus grand nombre d'informations sur le territoire algérien qu'ils avaient l'intention de soumettre à leur autorité. Ce fut ainsi que les militaires sentirent le besoin d'obtenir des informations précises sur la structure sociale des tribus kabyles. Cette tâche a été accomplie par la Commission scientifique. Les travaux de cette commission ont contribué à développer le mythe kabyle et les arguments de la conquête de la Grande Kabylie.

SECTION 2. LE MYTHE KABYLE ET LES ARGUMENTS DÉPLOYÉS POUR JUSTIFIER LA CONQUÊTE DE LA GRANDE KABYLIE

Les coutumes et les institutions politiques kabyles avaient été étudiées par les militaires-ethnologues saint-simoniens au cours d'une mission d'exploration scientifique menée durant les années 1837-1850, donc avant même l'annexion du territoire de la Grande Kabylie à la France. Les militaires qui firent partie de la mission avaient véhiculé dans leurs écrits une image positive des coutumes kabyles, ce qu'Augeron a rebaptisé sous le nom de mythe kabyle (A). Les travaux rédigés au cours de la mission d'exploration scientifique, tels que l'ouvrage de Daumas et Fabar, avait posé les bases de la future politique kabyle et avait aussi fourni des arguments aux des partisans de la conquête totale de la Grande Kabylie tels que Carrey et Randon (B).

§ 1. LA COMMISSION SCIENTIFIQUE ET LE MYTHE KABYLE (1837-1850)

Durant les premières années qui succédèrent à la conquête de l'Algérie, les autorités civiles et militaires françaises ne disposaient que de très peu d'informations sur les populations qui vivaient dans les montagnes de Grande-Kabylie. Les informations à leur disposition étaient pour la plupart contenues dans les rares ouvrages rédigés par des voyageurs et missionnaires européens sur les territoires limitrophes de la Régence d'Alger, qui dataient d'avant la conquête française. Les sources disponibles étaient ainsi les récits de voyages d'Haedo, De Tassy, Shaw, ainsi que Venture de Paradis et enfin de l'Abbé Raynal. Ces travaux contenaient très peu d'informations sur la Grande Kabylie. De Tassy dans son *Histoire du Royaume d'Alger* se limite à écrire quelques lignes sur les tribus « *Cabyle*³³³ » qui habitaient des montagnes « [...] *inaccessibles*³³⁴ » et qui ne reconnaissaient pas l'autorité du pouvoir du Dey d'Alger. Le britannique Shaw dans son « *Voyage dans le Régence d'Alger* » décrit les différences qui existaient entre la Petite et la Grande Kabylie³³⁵ et offre quelques témoignages sur la tribu kabyle des *Beni Abbes*³³⁶.

L'abbé Raynal avait décrit les Kabyles comme formant un peuple sédentaire peu attaché à l'islam et amoureux de la liberté³³⁷. Nous pouvons percevoir dans cette description un des premiers échos du Mythe Kabyle, soit l'idée d'une tiédeur religieuse des Kabyles qui fut par la suite reprise durant les premières années de la colonisation française par Alexis de Tocqueville. L'image positive des Kabyles véhiculée par Tocqueville représente un des premiers exemples de ce qu'Ageron qualifia par la suite de « vulgate kabyle » ou de « mythe kabyle ». Tocqueville, comme ne manque pas de le souligner Lorcin, décrit les kabyles à la lumière du

³³³ L. De Tassy, *Histoire du royaume d'Alger*, Amsterdam, 1725, p. 141.

³³⁴ *Ibid.*

³³⁵ H. Roberts, *The berbers government*, *op. cit.*, p. 07.

³³⁶ *Ibid.*, p. 217.

³³⁷ P. Lorcin, *op. cit.*, p. 149.

cliché du bon sauvage.³³⁸ Tocqueville déclara ainsi que : « *Si Rousseau avait eu connaissance des Kabyles, il aurait trouvé ses modèles dans les montagnes de l'Atlas*³³⁹ ».

C'est en tant que bon sauvage que le Kabyle est décrit comme peu religieux et démocratique³⁴⁰. Le mythe du bon sauvage avait imprégné la culture coloniale française de l'Ancien régime. Comme nous l'avons vu précédemment, ce mythe fut utilisé en Nouvelle France dans les descriptions des Amérindiens par le Baron de Lahotan ainsi que par les historiens du courant de l'Histoire Universelle. Boulainvilliers reprendra le mythe du sauvage auquel il opposera la figure du barbare. Amselle souligne pertinemment ainsi que : « [...] *contrairement à la colonisation de l'Ancien régime, essentiellement sur la traite des esclaves d'une part et sur la conversion ou la rédemption des peuples colonisés d'autre part, les entreprises de la colonisation ultérieures ont pour principe de base la « régénération », c'est-à-dire la promotion du peuple sur la base de l'élimination de la couche supérieure despotique. Pour fonctionner, le principe de régénération suppose à son tour l'existence du vieux schéma de la guerre des deux races dont Michel Foucault a bien retracé la généalogie*³⁴¹ ».

Foucault attribuait à Boulainvilliers la paternité de la vision du barbare perçu comme un destructeur des civilisations. Selon Foucault, Boulainvilliers différencie le personnage du barbare de celui du sauvage, par le fait que ce dernier se civilise à partir du moment où il entre en contact avec la civilisation³⁴².

Cette dichotomie fut reprise par Tocqueville qui était un lecteur passionné de Boulainvilliers³⁴³. Tocqueville reprit et adapta les catégories de barbare³⁴⁴ et de bon

³³⁸ *Ibid.*

³³⁹ A. d. Tocqueville, « Première lettre sur l'Algérie (23 juin 1837) » dans A. d. Tocqueville, *Écrit et Discours Politiques*, vol. III, Œuvre Complètes, Paris, Gallimard, 1962, p. 131.

³⁴⁰ *Ibid.*

³⁴¹ J.-L. Amselle, *op. cit.*, p. II.

³⁴² M. Foucault, « *Bisogna difendere la società* », Feltrinelli, 2009, p. 170, traduction en italien, titre original en français "*Il faut défendre la société*", Gallimard, 1997.

³⁴³ S. Abbruzzese, *La sociologia di Tocqueville. Un' introduzione*, Catanzaro, Rubbettino Editore, 2005, p. 4

³⁴⁴ Dans *De la Démocratie en Amérique*, Tocqueville avait utilisé la notion de barbares en référence

sauvage à la situation de l'Algérie. Ce fut ainsi que les « bons sauvages kabyles » furent opposés aux Arabes « barbares ». Tocqueville dans sa lettre sur l'Algérie datant de l'année 1837 oppose les Kabyles aux Arabes et affirme qu'il serait bien de distinguer « [...] avec soin les deux grandes races [...] les arabes et les kabyles³⁴⁵ ». Le Kabyle était décrit comme étant « [...] plus positif³⁴⁶ » pour la raison qu'il était moins « enthousiaste que l'Arabe³⁴⁷ » sur le plan religieux. La structure politique kabyle est présentée comme démocratique et respectueuse des droits des individus³⁴⁸. Tout comme le bon sauvage de Boulainvilliers, le Kabyle décrit par Tocqueville pouvait être facilement civilisé. Ce dernier affirmait que bien que « *Le pays kabyle* [...] » soit fermé à la France « [...] *l'âme des Kabyles nous est ouverte et il ne nous est pas impossible d'y pénétrer*³⁴⁹ ». L'auteur fait miroiter une possible assimilation totale des Kabyles qu'une fois accomplie aurait permis à la France de voir : « [...] *alors les mœurs et les idées des Kabyles se modifier sans qu'ils s'en aperçoivent, et les barrières qui nous ferment leur pays tomberont d'elles-mêmes*³⁵⁰ ».

En parlant d'assimilation juridique des Kabyles, Tocqueville a posé les bases de la future politique kabyle en Algérie. Comme nous avons déjà vu les propos kabylophiles de Tocqueville s'inscrivent dans un courant qu'Ageron a baptisé du nom de Mythe Kabyle. Sans avoir la présomption d'être exhaustif sur un sujet aussi compliqué et débattu, nous nous limitons ici à rappeler que ce concept a été utilisé par la première fois par Ageron. Ce dernier le définit comme étant une « *kabylophilie romantique*³⁵¹ » présente dans les écrits coloniaux français qui ont véhiculé une « [...] *description largement mythique opposant la race kabyle établie dans les montagnes à*

aux Amérindiens des Etats- Unis. Ces derniers selon lui sont très loin d'être des bons sauvages facilement civilisable et affirme que sur ces derniers « [...] *la civilisation a peu de prise.* ». En tant que barbare l'Amérindien : « [...] *loin de vouloir plier ses mœurs aux nôtres, il s'attache à la barbarie comme à un signe distinctif de sa race, et il repousse la civilisation* ». In A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, Paris, Robert Laffont, coll. Bouquins, 1986, pp. 299-301.

³⁴⁵ A. de Tocqueville, « Lettre sur l'Algérie 1837 », in *De la colonie en Algérie*, Bruxelles, Edition complexe, 1988, p. 46.

³⁴⁶ *Ibid.*

³⁴⁷ *Ibid.*

³⁴⁸ Tocqueville *op. cit.* (*supra* note 161), p. 46.

³⁴⁹ P. M. E. Lorcin, « *Kabyle, arabes, français, identités coloniales* », Pulmin, 2005, p. 137 et ss.

³⁵⁰ *Ibid.*

³⁵¹ Ch. R. Agéron, *op. cit.*, p. 68

*la race arabe des vallées et des plaines*³⁵²». Encore Ageron qui prend soin de distinguer le phénomène du Mythe Kabyle de la « politique kabyle » mise en place par les militaires en Kabylie à partir de l'année 1857. Celle-ci serait selon lui : « *une politique réaliste*³⁵³ » visant à « *prendre appui sur les Berbères contre les Arabes*³⁵⁴[...] ».

Mahé souligne de son côté que les travaux postcoloniaux portant sur le thème du Mythe Kabyle se sont contentés de : « [...] *débusquer les visées de politique coloniale tapies derrière le mythe*³⁵⁵ », donc de diviser pour régner et que très peu de travaux ont relevé la fonction du Mythe Kabyle, c'est-à-dire celle de : « [...] *permettre aux colonialistes de trouver le bon sauvage à la mesure de leur idéal assimilationniste*³⁵⁶ ».

Sur ce dernier point, Lorcin explique que bien que les ouvrages rédigés par la Commission scientifique : « [...] *contenaient, à ne pas douter, des éléments rudimentaires de théorie raciale [...] la thèse qu'ils soutenaient n'était pas d'essence raciale*³⁵⁷[...] ». Ce qui fut le cas, selon Lorcin, des travaux rédigés par des médecins comme Baudens³⁵⁸ et Virey³⁵⁹ et, par la suite, des écrits de gouverneurs tels que Sabatier et Warnier à partir de la fin du XIXe siècle. Ces derniers fondaient leur considération sur des bases racistes basées sur un déterminisme biologique.

Récemment Davis a très pertinemment identifié et isolé au sein du Mythe Kabyle un sous-phénomène auquel l'autrice a donné le nom de « *récit environnemental décliniste*³⁶⁰ ». Ce récit se base sur le postulat selon lequel l'Afrique du nord aurait été le grenier à blé de Rome jusqu'aux invasions arabes hilaliennes. Celles-ci auraient

³⁵² *Ibid.*, p. 68

³⁵³ *Ibid.*, , 76.

³⁵⁴ *Ibid.*, p. 67.

³⁵⁵ A. Mahé, *op. cit.*, 148.

³⁵⁶ *Ibid.*

³⁵⁷ P. Lorcin, *op. cit.*, p. 65.

³⁵⁸ Dr Baudens, *Relation de l'expédition de Constantine*, Paris, Baillière, 1838.

³⁵⁹ J.-J. Virey, *Histoire naturelle du genre humain*, Paris, Dufait, 1800, vol. I

³⁶⁰ D. K Davis. *Les mythes environnementaux de la colonisation française au Maghreb*, Athènes, Ohio University Press, Champ Vallon, 2007.

été responsables de la désertification qui a frappé ce territoire à partir du XI^e siècle. Ce récit partage plusieurs points avec le Mythe Kabyle. Ces deux mythes modernes qui auront une forte influence sur la législation française en Algérie, s'appuient sur une vulgate kabylophile, le Mythe Kabyle tout comme celui du récit environnemental décliniste qui a vu le jour à partir des travaux de la commission scientifique, précisément à partir de l'œuvre de Carette. Ce dernier dans son volume sur la Kabylie décrit en termes enthousiastes l'étendue et l'épaisseur des forêts et de la fertilité du sol des montagnes kabyles. Carette conclut qu'une telle prospérité aurait été due à la capacité des Kabyles de gérer leur environnement. Carette soutenait l'idée selon laquelle les populations arabes étaient les responsables du déclin de la civilisation nord-africaine qui était prospère au temps des Romains.³⁶¹ Ainsi la France, grâce à ses progrès techniques dans le domaine de l'exploitation des forêts et de l'agriculture, ainsi que par le biais d'une législation adéquate en matière de propriété privée et de droit des forêts, aurait pu faire renaître une civilisation qui jadis était prospère en Afrique du nord, une prospérité semblable à celle-ci que cette région avait connue naguère durant la période romaine. Pour cela, la France aurait pu compter sur l'appui des populations kabyles présentées comme étant des bons administrateurs de leur territoire.

Yves Lacoste observe que : « *Pour de nombreux historiens européens de l'époque coloniale, le XI^e siècle serait, dans l'histoire du Maghreb, une étape majeure, celle de l'invasion de nomades arabes, phénomène prétendument comparable aux conquêtes de Gengis Khan ou de Tamerlan en Asie. A en croire les idéologues de la colonisation, une véritable catastrophe se serait alors abattue sur le Maghreb avec l'arrivée en Ifriqiya des tribus arabes Banu Hilal et Banu Soleim*³⁶² ». Cette thèse qui est un des postulats du Mythe Kabyle est décrite par Lacoste dans les termes suivants : « *Cette thèse n'a pas de fondement historique sérieux mais elle permettait de prétendre que la colonisation française aurait été pour les sédentaires berbères le*

³⁶¹ *Ibid*, p. 77

³⁶² Y. Lacoste, C. Lacoste, *Maghreb peuples et civilisations*, Paris, Edition La Découverte, Paris, 1995, p. 19.

moyen de reconquérir les plaines et de s'opposer aux arabes et aux nomades dévastateurs »³⁶³.

Tout comme Lacoste, Guillaume remarque que la réécriture de l'histoire de l'Afrique du nord sert à présenter le colonisateur français comme le libérateur des Berbères³⁶⁴ qui étaient présentés : « [...] *comme les malheureux-et authentiques-autochtones d'un pays jadis prospère mais envahi par les Arabes, hordes anti-civilisatrices du désert*³⁶⁵ ». Cette vision simpliste de l'histoire de l'Afrique du nord est réapparue de façon cyclique tout au long de la présence coloniale française en Algérie. L'histoire de l'Afrique du nord était souvent réduite dans les publications coloniales à une succession d'invasions.

Un autre postulat de la vulgate coloniale consistait en l'idée selon laquelle les Kabyles, pour fuir les invasions arabo-musulmanes, auraient vécu dans un isolat géographique qui les aurait rendus ainsi imperméables à tout contact extérieur. Selon les partisans de ces thèses, les montagnes kabyles n'avaient pas été uniquement l'abri des Berbères, mais aussi de toutes les populations d'origine européenne présentes en Afrique du Nord au moment de l'invasion arabe. Par conséquent la culture kabyle avait conservé une bonne partie du patrimoine romano-berbère datant de l'époque de l'Afrique romaine, patrimoine qui, entre autres, aurait survécu dans leurs coutumes. Cela par le fait que les Kabyles seraient le fruit d'un *melting-pot* (*ante-litteram*) de populations européennes de religion chrétienne³⁶⁶. Ces populations isolées auraient ensuite été contraintes à s'islamiser ainsi qu'à s'arabiser. Une telle conversion n'aurait jamais été sincère et ceci aurait permis aux Kabyles de maintenir des caractéristiques qui les distinguaient de leurs voisins arabes. Par conséquent, la faible islamisation des Kabyles expliquerait en partie leurs qualités telles que le caractère

³⁶³ *Ibid.*

³⁶⁴ L'ironie du sort veut que le terme de « berbères » soit à l'origine un péjoratif que les Arabes ont attribué aux populations d'Afrique du nord, qui n'étaient ni *roum* (chrétiens) ni *afariq* (citadins romanisés). Voir P. Boyer, « Barbaresques », in *Encyclopédie berbère*, 9 / *Baal – Ben Yasla* [En ligne], mis en ligne le 01 décembre 2012, consulté le 14 mai 2014. URL : <http://encyclopedieberbere.revues.org/1291>, p. 1.

³⁶⁵ J.-F. Guillaume, *Les Mythes fondateurs de l'Algérie française*, Paris, Editions l'Harmattan, 1992, p. 90

³⁶⁶ Les populations d'origine juive sont toujours absentes dans la plupart des ouvrages.

démocratique de leurs institutions, la tiédeur religieuse et leur sédentarité que leur conféraient une aptitude laborieuse et des sentiments écologistes. Toujours selon les partisans du mythe kabyle, les populations arabophones étaient à l'opposé des Kabyles et donc fanatiques sur le plan religieux et tyranniques sur le plan politique. Les clichés racistes ne s'arrêtaient pas là, les Arabes étaient aussi décrits comme étant de mauvais gestionnaires des ressources environnantes et inaptes à l'agriculture. Tous ces défauts seraient en grande partie dus au caractère nomade de leur organisation sociale.

À partir des années 1840-1842, les militaires français mirent en place une commission scientifique ayant pour objectif l'exploration scientifique du territoire algérien³⁶⁷. Cette commission conçue par le Ministère de la Guerre en 1837 et mise sous l'autorité du colonel Jena Baptiste Bory de Saint-Vincent, était composée d'archéologues et ethnographes ainsi que de biologistes issus pour la plupart de l'école Polytechnique³⁶⁸. Durant la période 1837-1847, des militaires tels qu'Enfantin, Carrette, Daumas et Fabar avaient manifesté un fort intérêt à l'égard de la Kabylie. Ces militaires développèrent leurs opinions sur la société kabyle et sur la politique que la France aurait dû maintenir en Kabylie à partir d'études qu'ils avaient menées sur le terrain durant la période de l'exploration scientifique. Comme le souligne Lorcin, cette mission d'exploration scientifique avait été entreprise pour des raisons de reconnaissance militaire du terrain³⁶⁹ et pour des raisons sécuritaires.

Carrette, Daumas et Fabar étaient en effet des partisans de la conquête totale du territoire algérien. Selon eux, une telle conquête ne pouvait être achevée qu'à travers la soumission des tribus kabyles à l'autorité militaire française. Afin de légitimer les avantages d'une telle opération, les militaires français ne se limitaient pas à décrire le potentiel économique et commercial du territoire kabyle, mais faisaient aussi miroiter aussi les potentialités humaines que les populations kabyles pouvaient offrir à la France. Les travaux de Carrette et de Daumas véhiculaient toujours une image

³⁶⁷ P. Lorcin, *op. cit.*, p. 56.

³⁶⁸ *Ibid.*, p. 62.

³⁶⁹ *Ibid.*, p. 180.

positive des populations kabyles ainsi que de leurs coutumes. Ces écrits défendaient l'idée selon laquelle la France aurait dû appliquer en Kabylie un régime politique particulier qui différait de celui qui avait été appliqué au reste de la population algérienne, un régime qui devait conserver les coutumes kabyles et maintenir en place la structure politique traditionnelle kabyle. Cette idée partait du postulat que les coutumes kabyles, de par leurs qualités intrinsèques telles que le fait d'être laïques et démocratiques, auraient facilité l'assimilation juridique des Kabyles. Les études menées sur les coutumes kabyles ainsi que sur la structure politique kabyle avaient pour but de prouver l'assimilabilité des Kabyles à la culture juridique française³⁷⁰. Ces écrits ont véhiculé une image positive des Kabyles qui était souvent opposée à l'image négative attribuée aux populations arabes.

Cependant, comme l'explique Lorcin, la construction de cette image positive des Kabyles n'a pas été voulue de façon totalement consciente afin de diviser pour régner³⁷¹. Cette littérature kabylophile qu'Ageron a qualifié de mythe kabyle, a été selon Lorcin, la conséquence : « [...] *d'une image formée face aux circonstances de la conquête et de l'occupation alliées à la formation politique et intellectuelle française*³⁷² ». Les militaires étaient donc plutôt animés par des soucis sécuritaires et donc par la volonté de maîtriser l'ensemble du territoire algérien³⁷³. Pour notre part, nous ajouterions aussi bien que la stratégie de diviser pour régner ne fût pas utilisée de façon consciente par les militaires qui ont participé à la Commission scientifique et à la conquête de la Grande Kabylie.

Les premiers militaires à s'être intéressés aux coutumes kabyles furent Daumas et Carette. Leurs études ont posé les bases de la future politique kabyle avant même la fin de la conquête française de la Kabylie. Leur ouvrage intitulé *La Grande Kabylie : études historiques*, constitue un premier exemple de littérature kabylophile qui visait à convaincre l'administration coloniale des avantages que la France pouvait tirer

³⁷⁰ *Ibid.*

³⁷¹ *Ibid.*, p. 13.

³⁷² *Ibid.*

³⁷³ *Ibid.*, p. 56.

d'une conquête de la Kabylie. Les auteurs affirmaient qu'une fois conquise, la Kabylie aurait offert à ces conquérants :

« [...] *une population condensée, laborieuse, non pas sauvage, mais à demi barbare, moins esclave de sa religion que de ses marabouts, indépendante depuis des siècles et aussi invariablement attachée à ses coutumes nationales*³⁷⁴. »

Dans *La Grande Kabylie : études historiques* les populations Kabyles y sont décrites comme étant hostiles aux populations arabes. Nous y trouvons écrit ce qui suit :

« *Les indigènes que nous avons trouvés en possession du sol algérien constituent réellement deux peuples. Partout ces deux peuples vivent en contact, et partout un abîme infranchissable les sépare : ils ne s'accordent que sur un point : le Kabyle déteste l'Arabe, l'Arabe déteste le Kabyle*³⁷⁵».

L'organisation politique traditionnelle kabyle est présentée comme étant démocratique et la Kabylie est décrite comme une « [...] *une espèce de Suisse sauvage* [...]»³⁷⁶

Dans cet ouvrage, nous trouvons une des premières descriptions de la structure politique kabyle faite par des militaires français. Nous y trouvons une description de la structure tribale kabyle³⁷⁷, du système des *soff* (ou *çoff*)³⁷⁸ ainsi que des institutions comme la *djemââ* et le marché. Les coutumes kabyles furent abordées de façon assez détaillée. Nous y trouvons en effet une description des fameux *qanouns* kabyles³⁷⁹.

Les informations présentes dans le travail de Daumas et Fabar ont marqué l'image que les militaires français se firent par la suite des populations kabyles. Daumas et Fabar suggérèrent aux futurs administrateurs français les directives qu'ils devaient suivre dans l'administration du territoire de la Grande-Kabylie, posant ainsi les bases d'une future politique kabyle qui se résume dans les directives suivantes :

³⁷⁴ M. Daumas, M. Fabar, *La Grande Kabylie : études historiques*, Paris, L. Hachette et C, 1847, p. 412.

³⁷⁵ *Ibid.*, p. 75.

³⁷⁶ *Ibid.*, p. 44.

³⁷⁷ *Ibid.*, p. 47.

³⁷⁸ *Ibid.*

³⁷⁹ *Ibid.*, p. 77.

« *Maintien des formes républicaines de la tribu, délégation de l'exercice du pouvoir à ses aînés, à ses marabouts ; emploi judicieux des chefs et des grandes familles qui les dominent pour appuyer notre centralisation sur celle même que les tribus acceptent, et investir de notre autorité précisément les hommes dont l'influence personnelle est déjà reconnue ; respect aux lois antiques du pays, à ces kanoun traditionnels qui d'ailleurs ne froissent en rien nos grands principes de droit public*³⁸⁰ [...] ».

Cet ouvrage a influencé par la suite la politique que les Bureaux Arabes ont menée en Kabylie et qui était notamment basée sur le maintien en place des institutions politiques traditionnelles kabyles. En 1848 furent publiés les comptes-rendus des travaux menés par la Commission scientifique sur l'Algérie. Le résultat fut publié dans un ouvrage en sept volumes dont l'un était entièrement dédié à la Kabylie. Le quatrième volume de l'enquête, rédigé par Carette, était intitulé *Étude sur la Kabylie proprement dite*³⁸¹. Tout comme Daumas, Carette donna une description positive des Kabyles. Ces derniers sont présentés comme un peuple laborieux apte à l'immigration sur le continent³⁸². Ces idées seront entièrement reprises dans le second ouvrage que Carette publiera sur la Kabylie en 1850³⁸³ dans lequel il soulignera que : « [...] *dans les goûts kabyles c'est le travail qui tient le rang*³⁸⁴ », et en reprenant un motif classique du Mythe Kabyle, soit l'opposition entre Kabyles et Arabes, dans les termes suivants :

« *La race arabe et la race berbère ont des habitudes et des inclinations tellement différentes, quand on les observe, on les trouve séparées partout : l'une a fini par absorber ou repousser l'autre [...]. Il existe entre eux une incompatibilité analogue à celle qui sépare l'esprit de la matière [...]. Comme aptitude le Berbère est surtout artisan, l'Arabe voyageur et pasteur : comme caractère, le Berbère est positif*

³⁸⁰ M. Daumas, M. Fabar, *op. cit.*, p. 417.

³⁸¹ A.E.H. Carette, *Études sur la Kabylie proprement dite*, vol. I, Paris, Imprimerie nationale, 1848.

³⁸² *Ibid.*, p. 276.

³⁸³ P. Rozet et Carette, *L'Algérie, l'Univers ou histoire et description de tous les peuples, de leurs religions, mœurs, coutumes etc.*, Paris, Firmin Didot Frères, éditeurs, 1850.

³⁸⁴ *Ibid.*, p. 59.

*pratique, ami exclusif du fait ; l'Arabe est rêveur, contemplatif, amoureux des formes poétiques*³⁸⁵ [...] ».

Carette dans son *Etudes sur la Kabylie* a répertorié dans le moindre détail tous les aspects liés à l'industrie artisanale ainsi qu'aux activités commerciales des Kabyles. Dans son *Études sur le Kabylie* tout comme dans son ouvrage ultérieur rédigé avec Rozet, *L'Algérie, l'Univers ou histoire et description de tous les peuples, de leurs religions, mœurs, coutumes etc.*, Carette donna une description approfondie des institutions coutumières kabyles³⁸⁶. Nous y trouvons une description détaillée des assemblées *djemâs*, et du système des *soff*³⁸⁷. Carette parle d'une « Constitution kabyle » qui selon lui était le résultat d'un compromis entre trois formes de gouvernement qui sont, dans l'ordre, démocratique, aristocratique et théocratique. Carette ne manque pas encore de souligner que les deux dernières formes étaient exogènes à la culture kabyle tandis que seul le principe démocratique serait authentiquement propre à cette culture³⁸⁸. Par ailleurs, Carette affirmait, à l'instar de Daumas, que la véritable nature du système reste le système démocratique, en soulignant ainsi que : « *La forme démocratique est celle qui répond le mieux au génie ombrageux du montagnard, celle à laquelle il revient toujours*³⁸⁹ ».

Selon Carette les Kabyles pouvaient représenter une opportunité pour la France et affirmait ainsi :

« [...] *si ces intrépides montagnards ont gardé jusqu'ici, à l'égard des Français, une attitude farouche, leur amour sauvage pour l'indépendance ne doit pas nous empêcher de leur rendre justice. L'activité, l'adresse, le goût du travail sont des qualités qui, chez eux aussi, annoncent un certain degré de civilisation*³⁹⁰ ».

³⁸⁵ *Ibid.*, p. 222

³⁸⁶ A.E.H. Carette, *Etudes sur la Kabylie proprement dite*, in *op. cit.*, p. 470, Rozet et Carrette. *L'Algérie, l'Univers ou histoire et description de tous les peuples, de leurs religions, mœurs, coutumes etc.*, in *op. cit.*, p. 54.

³⁸⁷ A.E.H. Carette, *op. cit.*, pp. 479 - 483.

³⁸⁸ *Ibid.*, p. 479.

³⁸⁹ Rozet et Carrette. *L'Algérie, l'Univers ou histoire et description de tous les peuples de leurs religions, mœurs, coutumes etc.*, in *op. cit.*, p. 54.

³⁹⁰ A.E.H. Carette, *Recherches sur la géographie et le commerce de l'Algérie méridionale par E. Carette, notice géographique*, Paris, Imprimerie royale, 1848, p. 235.

Plus bas cet auteur affirme que le caractère laborieux des Kabyles ainsi que leur esprit démocratique rendrait ces derniers assimilables par la France et conclut que :

« Ainsi, quelque téméraire que cette opinion puisse paraître, nous croyons que la Kabylie, demeurée jusqu'à nos jours en dehors de notre contact direct, restée en lutte avec toutes les dominations antérieures, doit devenir, d'ici à quelques années, l'auxiliaire le plus intelligent de nos entreprises, et l'associé le plus utile de nos travaux ³⁹¹[...] ».

L'amour pour le travail demeurait un des éléments qui auraient facilité l'exploitation des Kabyles par un système économique capitaliste. Par ailleurs, Carette affirme à propos des Kabyles que :

« Ils sont jardiniers, maçons, armuriers. C'est par eux qu'Alger moresque a été bâtie, c'est de leurs usines que sortent les sabres appelés fliça. Comme les Sahariens, ils fabriquent des tissus de laine ³⁹²[...]. Si, comme on est en droit de l'espérer, la civilisation européenne pénètrait en Algérie, les arts industriels iront chercher le génie des Kabyles³⁹³ [...] » et il ajoute *« Puissions-nous [...] utiliser chaque peuple dans la voie que sa vocation et sa destinée lui tracent ! Utiliser c'est civiliser³⁹⁴ ».*

Daumas était convaincu, comme l'était aussi Carette, que la future politique kabyle que la France aurait dû adopter en Kabylie devait s'appuyer sur le maintien en place des institutions politiques traditionnelles kabyles et conserver les coutumes kabyles. Les militaires devaient être les garants de cette future politique kabyle. C'est ainsi que les militaires soutenaient la nécessité d'une opération de conquête totale de la Grande Kabylie. Une telle conquête aurait apporté des avantages aussi bien à la France qu'aux Kabyles dans ce sens que les qualités humaines des Kabyles auraient pu profiter à la France tout comme la tutelle militaire française aurait pu profiter aux populations kabyles. Ces mêmes travaux véhiculaient aussi l'idée selon laquelle les

³⁹¹ A.E.H. Carette, *Etudes sur la Kabylie proprement dite*, in *op. cit.*, p. 491.

³⁹² *Ibid.*, p. 239.

³⁹³ *Ibid.*, p. 241.

³⁹⁴ *Ibid.*, p. 492.

tribus kabyles laissées indépendantes auraient représenté un obstacle pour le maintien de la présence française en Algérie.

Cette analyse apparemment incohérente sur le plan logique s'explique par le fait que les militaires étaient animés avant tout par un souci de type sécuritaire, soit le maintien de l'ordre et de la paix dans la région, que par la pertinence scientifique de leurs analyses. Ces militaires étaient réellement convaincus que l'indépendance des tribus kabyles du massif central du *Djurdjura*, aurait représenté un obstacle pour le maintien de la présence française en l'Algérie. Pour atteindre leurs objectifs, ils ne se privaient pas de déployer tous les arguments possibles selon une démarche de type rhétorique. Ainsi ces mêmes partisans de la conquête totale de la Kabylie qui faisaient miroiter le potentiel humain que les populations kabyles pouvaient offrir à la France opposaient de façon systématique aux descriptions positives des Kabyles un tableau noirci des populations arabes présentes dans le reste de l'Algérie.

La Commission scientifique avait comme priorité l'acquisition du plus grand nombre de données utiles à la conquête de la Kabylie et au maintien de l'ordre dans cette future colonie. Ce fut ainsi que cette quête de ce genre d'informations primait sur celle d'informations précises et véridiques sur la structure sociale des tribus kabyles ainsi que sur la façon dont celles-ci géraient leurs territoires.

Cependant un certain nombre de constats développés par Carette et Daumas sur la structure politique des tribus kabyles ont été tout de même récemment validés par les travaux de Hugh Roberts portant sur le self-government kabyle. Cependant les postulats des récits déclinistes ont été totalement démentis par les recherches de géographes tels que Yves Lacoste et plus récemment par Diana K. Davis. Cela confirme la thèse de Lorcin selon laquelle le but de la Commission scientifique était avant tout d'acquérir des informations précises sur le territoire que les militaires avaient intention de contrôler.

Il faut préciser qu'à l'instar de Napoléon III, les militaires qui ont mené les explorations scientifiques du territoire kabyle, tout comme ceux qui ont accompli la conquête du territoire kabyle, étaient contraires à l'arrivée massive de colons et s'opposaient aux visées économiques du lobby forestier, ce qui les a conduits à empêcher l'application en Kabylie des lois telles que le *sénatus-consulte* 1863 et la loi forestière de 1851. Ces lois, précisons-le, ont permis l'expropriation des propriétés indigènes ainsi que des forêts algériennes. Les systèmes politiques kabyles ainsi que les coutumes kabyles avaient tout de même attiré l'intérêt des militaires français avant même la conquête de ce territoire. Les travaux des militaires qui avaient participé à l'exploration du territoire algérien menée par la Commission scientifique avaient donné cette image positive des coutumes kabyles. Celles-ci étaient décrites comme étant facilement assimilables au droit français. Ce Mythe Kabyle a exercé une forte influence sur la politique que les Bureaux Arabes ont menée en Kabylie. Cependant, avant d'aborder le thème de la politique kabyle menée par les Bureaux Arabes en Kabylie durant les années 1857-1871, nous dédierons les pages suivantes à l'analyse des arguments politiques et juridiques déployés par les militaires afin de légitimer la conquête de la Grande Kabylie, des arguments présentés dans le récit de la conquête de la Grande Kabylie rédigé par Carrey et dans la Proclamation de Randon.

§ 2. Les arguments des partisans de la conquête de la Kabylie (1850-1857) : le récit de Carrey et la proclamation de Randon

Comme mentionné plus haut, les travaux de la Commission scientifique ont influencé les écrits rédigés par les militaires qui ont mené la conquête de la Kabylie durant les années 1854-1857 et qui par la suite ont administré les tribus kabyles à partir de l'année 1857. Nous pouvons trouver cette influence dans le travail de Carrey intitulé le *Récit de Kabylie* et dans la Proclamation de Randon de 1857. Ce récit est un des documents les plus significatifs pour comprendre les raisons de la conquête kabyle. L'auteur est un ancien diplomate qui, à titre de secrétaire du général Randon, fut témoin de la campagne militaire menée en Kabylie. L'œuvre de Carrey est une

synthèse des arguments qui avaient été déployés par les partisans de la conquête de la Kabylie.

Le premier argument visait à souligner le danger pour la paix que pouvait représenter une enclave berbère autonome aux milieux des départements français d'Algérie. C'est ainsi que selon Carrey les tribus kabyles percevaient les Français comme « [...] *des envahisseurs détestés, qu'ils doivent combattre sans relâche, et que tôt ou tard ils chasseront de leur terre natale* ³⁹⁵ ».

Bien que Carrey ait admis que : « *L'histoire africaine révèle la légitimité de leurs prétentions* », ce dernier concluait que la conquête et la soumission de la Kabylie s'avéraient être pour la France une « *nécessité fatale* ³⁹⁶ ». La France se donnait ainsi pour mission le maintien de son pouvoir sur la région, et pour cela il fallait « [...] *dompter le berbère* ³⁹⁷ » au vu du fait que la Grande Kabylie était selon lui « [...] *le foyer de tout soulèvement des peuples d'Afrique du nord* ³⁹⁸ ». L'autonomie des tribus kabyles et leur insoumission vis-à-vis des envahisseurs étrangers en faisaient des ennemis redoutables pour la France. Une fois domptées et reconduites sous la tutelle française, le caractère téméraire de ces populations kabyles aurait pu les rendre toutefois de formidables alliés de la France.

Il est évident que Carrey reprenait les thèmes clés développés auparavant dans les travaux de la Commission scientifique ayant pour but de justifier la conquête de la Grande Kabylie. Ces mêmes arguments étaient présents dans la Proclamation de Randon de 1857. Cela dit, dans le récit de Carrey et dans la Proclamation de Randon, les arguments kabylophiles étaient mêlés à quelques concepts de droit international, cela bien que très peu d'arguments juridiques de droit colonial aient été avancés au cours de la conquête de la Kabylie.

³⁹⁵ E. Carrey, *Récit de Kabylie-Campagne de 1857*, 2 Edition (La première édition de cet ouvrage est parue en 1858, à Paris, chez Michel Levy), Edition, Grand Alger-livres, Alger, 2007, p. 20.

³⁹⁶ *Ibid.*, p. 20.

³⁹⁷ *Ibid.*, p. 21

³⁹⁸ *Ibid.*

Sur le plan juridique, la Kabylie a été annexée au reste de la colonie algérienne au nom du droit de conquête. Rappelons que les écrits coloniaux français ainsi que le droit international du début du XXe siècle n'avaient pas encore développé une véritable doctrine juridique en matière d'appropriation coloniale. Celle-ci vit le jour à partir de la Conférence de Berlin. Par conséquent, les écrits coloniaux du début du XIXe siècle faisaient encore référence aux formes d'appropriation théorisée par le droit international du XVIIe siècle (Grotius, Pufendorf, Locke) et du XVIIIe siècle (Wolff, Vattel). Celles-ci étaient le droit de conquête, la cession et l'occupation³⁹⁹. En ce sens, la Proclamation de Randon du 30 mai 1857 représente le premier document juridique à avoir discipliné les rapports entre les tribus kabyles et l'autorité militaire française.

Dans ce texte conçu comme une proposition de paix entre les tribus kabyles et les autorités françaises, Randon exposait les avantages que la France aurait pu apporter aux populations kabyles. L'accent était mis sur les bénéfices politiques et économiques dont pouvaient jouir les tribus kabyles qui décidaient de se soumettre à l'autorité des militaires français. Dans ce texte, nous trouvons un des thèmes classiques du droit colonial du XVIe siècle tels que la liberté de commerces.

Un concept qui fit son apparition dès les premiers instants de la conquête française de l'Algérie. La Convention du 05 juillet 1830 signée entre de Bourmont et le Dey d'Alger assurait qu'aucune atteinte n'aurait été portée aux propriétés des populations autochtones d'Algérie⁴⁰⁰. Dans le traité signé par Des Michels et Abd-el-Kader, ce dernier avait garanti à la France une « liberté des commerces » sur ses territoires (art.4)⁴⁰¹. Cette liberté de commerce fut confirmée dans le traité de Tafna (art. 10).

Dans le cas de la Kabylie, Randon rappelle aux Kabyles que grâce à la France ces derniers auraient pu en toute liberté jouir du droit de commercer et de se déplacer au sein des départements algériens qui étaient sous la souveraineté française. Randon

³⁹⁹ I. Merle « La construction d'un droit foncier colonial. De la propriété collective à la constitution des réserves en Nouvelle-Calédonie », in *Enquête* 7, 1999, *Les objets du droit*, p. 4.

⁴⁰⁰ R. Estoublon, A. Lefébure, *Code de l'Algérie annoté*, Alger, Adolphe Jourdan, 1896, p. 1.

⁴⁰¹ Ch-R. Ageron, « Premières négociations franco-algériennes », in Ch-R. Ageron, *Politiques coloniales au Maghreb*, Paris, Presses Universitaires de France, Coll. Hier, 1972, p. 11.

remarque que cela était possible grâce à la *pax gallica* que la France assurait dans l'ensemble de ses départements et souligne ce qui suit :

« *Kabyles, souvent nous vous avons offert de vous faire jouir des avantages de la paix, de vous faire participer aux bénéfices de notre commerce, de laisser vos voyageurs parcourir les contrées souvent soumises à notre paternelle domination pour se livrer au travail ou à l'industrie, et reporter ensuite dans vos montagnes les fruits recueillis sous la tutélaire protection de nos lois*⁴⁰². »

Ce fut ainsi que le droit français, grâce à sa rationalité, aurait dû sécuriser les transactions commerciales qui se seraient déroulées en Kabylie, sans pour cela modifier les coutumes kabyles. Randon était plutôt clair sur ce point quand il affirmait ce qui suit : « *Nous ne venons point changer vos institutions, car elles sont semblables aux nôtres, mais nous voulons que l'autorité émane de nous, que vos chefs, élus par vous, soient confirmés par nous. Vos amins continueront à administrer vos dacheras : vos amins el oumena dirigeront vos tribus d'après vos coutumes et usages, mais l'autorité française donnera la haute impulsion à tous les éléments qui, jusqu'ici, n'ont reconnu pour règle que des caprices personnels, ou des haines aveugles que nulle médication n'était assez énergique pour renfermer dans les limites de la raison.* »⁴⁰³.

Cette déclaration préannonce les lignes directrices de la politique kabyle qui a perduré jusqu'en 1871⁴⁰⁴. Une politique qui chercha dans les limites du possible de maintenir en place les institutions politiques kabyles ainsi que les coutumes locales. Tout comme Carrey, Randon est influencé par les descriptions sur les coutumes kabyles données dans l'ouvrage de Daumas et Fabar. Dans son rapport destiné au ministre de la Guerre du 08 septembre 1857⁴⁰⁵, Randon avait décrit dans le détail la structure politique kabyle présente dans les écrits de Daumas et Carrette. Une

⁴⁰² Estoublon Lefébure, *op. cit.*, p. 199.

⁴⁰³ *Ibid.*

⁴⁰⁴ Voir la Circulaire du 13 janvier 1858 du Cercle militaire de Bougie : « Respect de l'engagement fait par le maréchal Randon de respecter les institutions locales », et du-20 février 1858 du cercle militaire de Fort National.

⁴⁰⁵ ANOM 2H-50.

attention particulière y était donnée au système tribal des *Arch*, des factions *soffs*, des *Dacher* et des *Karroubas*. La Kabylie présentait un système politique structuré sur lequel les militaires s'appuyèrent tout au long du Régime militaire jusqu'en 1871⁴⁰⁶. Selon Hacoun-Campredon, la proclamation de Randon était un document juridique par le biais duquel la France s'engageait à respecter les coutumes kabyles. Selon lui, la Proclamation de Randon constituait le premier engagement que la France avait pris à l'égard des Kabyles au vu du fait que la Capitulation de De Bourmont du 05 juillet 1830 ne s'appliquait pas aux Kabyles. La raison en était selon lui que : « [...] *les Français victorieux ne traitent pas, en 1830, avec les Berbères*⁴⁰⁷ » Il remarque à juste titre que : « [...] *la Capitulation de 1830 ne parle pas des coutumes*⁴⁰⁸ », en précisant que : « *Bien que l'opinion contraire soit généralement admise nous pensons que ce n'est pas dans la Capitulation du 5 juillet 1830 que les Berbères puissent le droit de continuer à être régis par leurs coutumes [...] dire à des Berbères que leur religion sera respectée, ce n'est pas que leurs coutumes conserveront force de loi car, pour eux les deux domaines légaux et religieux sont nettement séparés* »⁴⁰⁹.

En effet c'est à partir de la conquête de la Kabylie que la France se pose la question des coutumes en séparant les coutumes du droit religieux. Dans le reste de l'Algérie les Français pensaient que le droit musulman englobait aussi les coutumes locales. Sur ce point, citant Hacoun-Campredon : « [...] *la Kabylie étant laïque. Il faut donc trouver le fondement de respect des coutumes kabyles uniquement dans nos principes de politique coloniale, confirmés dans les proclamations de nos généraux [...]. La France a d'ailleurs le plus grand intérêt à maintenir ce principe et à laisser subsister le droit berbère* ». Alors que la législation musulmane est emprisonnée dans le Coran, la coutume kabyle se forme au contraire en dehors de la religion. Le droit coutumier peut donc, sans sacrilège, se modifier jusqu'à s'identifier à nos lois⁴¹⁰.

⁴⁰⁶ Ch-R. Ageron, *op. cit.*, p. 68.

⁴⁰⁷ P. Hacoun-Campredon, *Etude sur l'évolution des coutumes kabyles. Spécialement en ce qui concerne l'exhérédation des femmes et la Pratique du Habous*, Alger, Ancienne Maison Bastide-Jourdan, 1921, p. 23.

⁴⁰⁸ *Ibid*, p. 23.

⁴⁰⁹ *Ibid*, p. 23-24.

⁴¹⁰ *Ibid.*, p. 25-26.

C'est ainsi que par le biais de la proclamation de Randon les militaires français s'engageaient au nom de la France à respecter les coutumes et les institutions politiques kabyles. Ce document posait les fondements de la politique kabyle des Bureaux Arabes (**Titre 2**).

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

La conquête de la Kabylie a été menée au début du second Empire colonial français. Elle constitua une période charnière de l'histoire du droit colonial français qui donna naissance à un nouveau droit colonial qui avait comme objectif d'implanter le droit français dans les colonies à travers une acculturation juridique des populations autochtones.

Le droit colonial français du XIX^e siècle n'était plus comme auparavant une simple branche du droit des gens qui se limitait à réglementer les rapports entre les puissances coloniales européennes. Désormais, le droit colonial s'intéresse aux autochtones et à leurs traditions juridiques et religieuses. Traditions qui dorénavant devaient être adaptées aux exigences du colonisateur. Ce fut ainsi qu'il devient nécessaire pour ce dernier de prendre connaissance directe des droits indigènes afin de les contrôler, voire de les réformer.

Dans le cas spécifique de l'Algérie, les deux droits autochtones qui attirèrent l'attention de l'administration coloniale française furent le droit musulman malékite et les coutumes kabyles. Ces droits devaient être connus pour être mieux réformés afin de les rendre plus semblables au « droit commun ».

Les militaires saint-simoniens qui avaient participé à la Commission Scientifique qui avait sillonné le territoire algérien à partir de 1840, s'étaient intéressés de près aux coutumes ainsi qu'au système politique kabyle. Ce fut ainsi qu'à partir des années 1840 se développa une florissante littérature visant à convaincre l'Empereur Napoléon III de la nécessité de la conquête de la Grande Kabylie. Les militaires étaient convaincus que l'indépendance de ce territoire aurait représenté un danger

pour la présence de la France en Algérie. Ces mêmes militaires étaient toutefois convaincus que ce même territoire, une fois soumis à leur autorité, aurait offert des avantages à la France. Les travaux de Carette, Dumas, Fabar et Rozet, vantaient les qualités du système politique et des coutumes kabyles, qui étaient présentés comme étant facilement assimilables par le droit français. Ces mêmes travaux soutenaient l'idée qu'une fois soumis à la France, le territoire de la Grande Kabylie devait pouvoir jouir d'un régime spécial.

Cette littérature a eu une influence sur la décision prise par le Commandant Randon qui dans la Proclamation du mois de mai 1857 promet aux tribus kabyles que la France se serait engagée à maintenir en place leurs institutions politiques et leurs coutumes. Cette promesse, comme nous verrons dans le chapitre suivant, fut en partie respectée par la politique coutumière des Bureaux Arabes (**Titre 2**).

TITRE 2. LA POLITIQUE COUTUMIÈRE DES BUREAUX ARABES (1857-1871)

Le territoire de la Grande Kabylie a été soumis à l'autorité des Cercles militaires tout au long des années 1857-1871. Tout comme dans le reste de l'Algérie, le territoire avait été administré par les Bureaux Arabes. Cependant, les Cercles militaires présents en Kabylie y appliquèrent tout de même une politique qui différait du reste du territoire algérien. En Kabylie, le régime du caïdat ne fut pas appliqué. Les Bureaux Arabes ont maintenu en place les institutions traditionnelles kabyles telles que les assemblées villageoises *djemââs*. Ces assemblées furent mises sous contrôle des militaires des Cercles qui leur avaient octroyé le droit d'édicter des *qanouns* et de trancher les jugements (**Chapitre 1**). La chute du Régime de Napoléon III en 1871 mit fin au régime des Bureaux Arabes qui fut alors remplacé par le Régime civil au cours duquel les *djemââs* furent écartées et remplacées par des juges de paix. Ce fut ainsi le régime de la réformation du régime des Bureaux Arabes (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 1. LA POLITIQUE KABYLE DES BUREAUX ARABES

En 1857, au moment de la capitulation des tribus kabyles, les militaires français s'étaient engagés à travers la Proclamation de Randon à respecter les institutions politiques kabyles et les coutumes kabyles. C'est ainsi que ces derniers firent le choix de maintenir en place les *djemâs* kabyles dans leur fonction administrative et judiciaire.

Ces assemblées furent mises sous le contrôle des responsables des Cercles. Ces derniers avaient imposé aux Kabyles une figure méconnue par ces derniers qui était celle de *l'Amin el oumena*. Ce dernier était un président de *djemââ*, élu par les villageois. Les militaires exerçaient cependant un droit de veto sur les décisions des *djemâs*.

Quant à l'administration de la justice, les militaires déléguaient aux *djemâs* le pouvoir de trancher les différends qui surgissaient entre les villageois en matière de droit privé. Par contre, la répression des délits était laissée exclusivement aux militaires. En matière de droit civil, les Bureaux Arabes s'arrogeaient tout de même un droit de veto sur ces décisions. Les responsables de cercle étaient donc appelés à se prononcer en guise de juges d'appel. Une tâche que ces derniers avaient souvent des difficultés à accomplir, n'ayant pas souvent une formation juridique adéquate. Les Bureaux Arabes firent en sorte que dans le jugement entre Kabyles soient appliquées uniquement les coutumes kabyles et non le droit musulman malékite. Les juridictions musulmanes qui avaient été mises en place dans le reste du territoire

algérien n'opéraient jamais en Kabylie. Les coutumes kabyles avaient été reconnues par l'article 59 du décret du 31 décembre 1859.

Les Kabyles devaient être régis par leurs coutumes. D'ici la nécessité de connaître et de maîtriser les coutumes en question. Ce fut ainsi que les commandants de Cercle se livrèrent à une collecte des *qanouns* kabyles et ensuite à leur codification. Cette opération fut menée par un commandant de Cercle, le commandant Hanoteau, avec l'aide d'un magistrat. La codification des coutumes kabyles prit la forme d'un ouvrage en trois volumes intitulé *La Kabylie et les coutumes kabyles*. Ce travail représente un des premiers exemples de codification de coutumes indigènes dans l'histoire du droit colonial français. Le phénomène de codification des coutumes indigènes s'exporta par la suite en A.O.F., cela à partir de la fin du XXe siècle. Le choix de la codification des coutumes indigènes n'est pas anodin et s'inscrit dans un phénomène profondément ancré dans l'histoire du droit français, celui de la rédaction des coutumes.

De même, les militaires firent en sorte que les lois foncières appliquées dans le reste de l'Algérie telles que le *sénatus-consulte* de 1863 tout comme la loi forestière de 1851 ne fussent pas appliquées en Kabylie. Cela avait préservé les propriétés collectives des tribus kabyles ainsi que les droits d'usage que celles-ci exerçaient sur leurs forêts.

En résumé, la « politique kabyle » que les Bureaux Arabes ont appliquée en Kabylie durant la période de 1857 à 1871 consistait à maintenir en place les institutions traditionnelles kabyles (**section 1**), ainsi qu'à conserver et à codifier les coutumes kabyles (**Section 2**).

SECTION 1. LE MAINTIEN DE L'ORDRE DANS LES TRIBUS : LE CONTROLE DES *DJEMÂÂS* ET DES COUTUMES KABYLES

Les militaires qui avaient combattu les tribus kabyles avaient pour priorité le maintien de l'ordre dans les tribus kabyles. Cet ordre fut maintenu à travers une mise sous contrôle des *djemââs* kabyles (§1) et des coutumes kabyles (§2).

§1. LA MISE SOUS CONTRÔLE DES INSTITUTIONS KABYLES

Tout au long de la durée du régime militaire (1857-1871), les assemblées villageoises ou *djemââs* kabyles furent mises sous le contrôle des responsables des Cercles. Ces derniers avaient classé les *djemââs* en deux catégories, les *djemââs* administratives et les *djemââs* judiciaires.

Les militaires avaient introduit une nouvelle figure au sein des *djemââs* administratives, celle de *l'Amin el oumena*. Ce dernier était élu par les villageois. L'implication des militaires consistait à limiter les conflits entre les *soffs* qui éclataient au sein des *djemââs*.

Quant à l'administration de la justice, les militaires avaient laissé aux *djemââs* le pouvoir de rendre justice et de trancher les différends qui surgissaient entre les villageois en matière de droit privé. Par contre toutes les infractions au droit criminel étaient gérées par les militaires français. En matière de droit civil, les Bureaux Arabes s'octroyaient un droit de veto sur les décisions des *djemââs* tout en évitant le plus possible de froisser les coutumes kabyles. Les responsables étaient donc appelés à se prononcer en guise de juges d'appel, une tâche que ces derniers avaient souvent des difficultés à accomplir n'ayant pas souvent une formation juridique adéquate. À cela s'ajoutait la difficulté d'appliquer des procédures prévues par les coutumes kabyles en matière de jugements, procédures qui avaient un caractère extrêmement fragmentaire et qui dans certain cas étaient irrationnelles.

La politique kabyle se résume ainsi en une démocratisation des procédures suivies par les *djemâas* administratives (A) ainsi que d'une rationalisation de celles suivies par les *djemâas* judiciaires (B).

A. LA DÉMOCRATISATION DES *DJEMÂÂS* ADMINISTRATIVES

En 1857 l'ensemble des tribus kabyles avaient capitulé et s'étaient rendues à l'autorité militaire française⁴¹¹. À partir de ce moment la Grande Kabylie dans son ensemble fut administrée, comme le restant du territoire algérien, par les Bureaux Arabes.

Rappelons que l'institution des Bureaux Arabes avait été voulue par les partisans du Régime du sabre. Le 16 août 1841 Bugeaud avait fondé un « cabinet arabe » qui était soumis à l'autorité du commandant Daumas⁴¹². Par la suite, ces cabinets furent remplacés par les Bureaux Arabes, institués par un arrêté ministériel datant du 1 février 1844 qui leur donna naissance⁴¹³. Ces derniers étaient des administrations dirigées par des militaires qui jouaient le rôle d'intermédiaires entre le gouvernement français et les dirigeants indigènes. Yacono décrit les officiers des affaires arabes en les termes suivants :

« Isolés au milieu de tribus le plus souvent hostiles, les officiers des affaires arabes devaient se montrer à la fois hommes de guerre, diplomates, administrateurs, directeurs de travaux publics, inspecteurs des contributions, conseillers agricoles, juges [...] ».

Les tribus kabyles ont été administrées jusqu'en 1871 par les Bureaux Arabes⁴¹⁴ et cela bien que ces derniers aient été supprimés dans le reste des territoires algériens par le décret du 24 décembre 1870 (à l'exception des territoires désertiques). Les

⁴¹¹ ANOM, 1H12, *Soumission des Beni Rathen*,

⁴¹² X. Yacono, « Bureaux arabes », in *Encyclopédie berbère*, 11| Bracelets-Capriarienses, Aix-en-Provence, Edisud, Vol. 11, pp. 16657-1668.

⁴¹³ *Ibid.*

⁴¹⁴ Dans le cas du Cercle militaire Fort National (Grande Kabylie), le système des Bureaux arabes restera en vigueur jusqu'en 1874, cela par la volonté du général Camille Sabatier.

Bureaux Arabes présents en Grande Kabylie ont adopté une politique qui ne se démarquait pas trop de celles qui avaient été menées dans le reste de l'Algérie.

Les militaires français qui avaient administré les Cercles kabyles prirent la décision de ne pas appliquer en Kabylie le régime du Caïdat qui avait été instauré dans le reste des territoires algériens. Les responsables des Cercles militaires présents en Grande Kabylie avaient compris que le régime des *caïds* n'aurait pas pu fonctionner dans ce territoire, pour la simple raison que le système politique traditionnel kabyle reposait sur une longue tradition de pouvoir partagé et de ce fait les Kabyles auraient difficilement accepté d'obéir à un caïd imposé par France.

Les militaires firent ainsi le choix de maintenir en place les institutions kabyles telles que les *djemââs*. La stratégie des Bureaux Arabes en Kabylie était axée sur deux objectifs : l'affaiblissement du système tribal (*arch*) et le contrôle des *djemââs*.

Dans les territoires arabes les militaires français avaient dans un premier temps utilisé une stratégie d'administration indirecte. Elle consistait dans des jeux d'alliances entre l'administration française et les chefs locaux, les *Khalifes*. Ceux-ci étaient des chefs indigènes dont l'autorité était reconnue par les populations autochtones. Très tôt cependant, cette stratégie fut remplacée par une politique plus intrusive de la part des Bureaux Arabes qui firent remplacer les *khalifes* cités ci-dessus par des caïds, qui étaient des chefs autochtones nommés directement par les autorités militaires françaises. Cependant contrairement aux *khalifes*, les populations autochtones n'avaient toute légitimité aux caïds nommés par la France. Comme le souligne Yacono, ces derniers étaient considérés par leurs administrés comme de simples parvenus⁴¹⁵.

La stratégie du caïdat avait été suivie en Kabylie pour une brève durée durant la phase de conquête. Ce régime fut cependant délaissé par Randon avant même la fin de la conquête de la Kabylie. Les militaires firent le choix de maintenir en place les assemblées villageoises kabyles (*djemââs*). Les présidents des *djemââs* (*amins*) furent choisis par les populations locales par le biais d'une libre élection. Les militaires

⁴¹⁵ X. Yacono, *op. cit.*

mirent en place en Kabylie une politique qu'Ageron a qualifiée d'« *organisation kabyle*⁴¹⁶ ». Cette politique s'est concrétisée par le maintien en place en Grande Kabylie d'un régime d'exception qui a maintenu en place les institutions politiques traditionnelles ainsi que les coutumes kabyles. Les *djemââs* kabyles maintenaient en grande partie leur pouvoir juridictionnel et normatif. Seule la matière du droit criminel et celle de l'instruction criminelle étaient régies par le droit pénal français.

Cette décision de préserver les coutumes kabyles et les institutions traditionnelles kabyles était en grande partie due à l'influence des travaux que la Commission Scientifique avait exercée sur les administrateurs militaires présents en Kabylie. Le maréchal Randon avait été convaincu par des officiers kabylophiles tels que le colonel de Neveu ainsi que par les écrits de Daumas et Carette, de la nécessité de réserver aux tribus kabyles une administration spéciale finalisée au maintien de la domination française en Kabylie.⁴¹⁷ Comme nous l'avons vu au chapitre précédent, le traité de capitulation signé par les tribus kabyles du Djurdjura en 1857 contenait une clause dans laquelle le Marechal Randon promettait aux tribus kabyles la préservation de leur institution traditionnelle. Ce dernier, dans son *Mémoire sur la Kabylie* datant du 15 janvier 1857, ainsi que dans sa Circulaire du 08 septembre 1857⁴¹⁸ et enfin dans ses Proclamations du 30 mai 1857 et du 10 juillet 1857, défendait l'utilité du maintien en Kabylie des structures traditionnelles et de la régularisation de celles-ci⁴¹⁹. Randon proposa par la suite au ministre de la guerre le maintien en place de l'organisation politique et judiciaire kabyle⁴²⁰. Ainsi par le biais de la circulaire n. 497 du 11 janvier 1858, le Randon ordonnait aux officiers administrateurs français présents en Kabylie de renoncer au « système arabe » adopté dans le reste du territoire algérien et plus précisément : « [...] *sans à coup, sans précipitation, faire revenir les Kabyles à l'organisation rationnelle que nous avons trouvée chez eux comme se rapprochant davantage de la nôtre et convenant le mieux*

⁴¹⁶ Ch.A. Julien, Agéron, *Histoire de l'Algérie contemporaine*, vol. II, Presse de France, 1979, p. 139.

⁴¹⁷ *Ibid.*, p. 71

⁴¹⁸ ANOM, 2h/50.

⁴¹⁹ Ch.A. Julien, Agéron *Ibid.*

⁴²⁰ Charles- Robert Ageron, « La politique kabyle sous le Second Empire », in *Revue française d'histoire d'outre mer*, 53, n. 190-191, premier et deuxième trimestre 1966, p. 71.

à leurs idées⁴²¹ ».

Ageron explique que les autorités militaires ont transformé le système tribal kabyle en une « entité administrative plus précise⁴²² ». Dans les faits cependant, Randon a mis fin à l'autonomie politique dont avaient joui les tribus kabyles au cours des siècles. Les *Tajmat* kabyles désormais arabisées en *djemââs*, furent soumises au contrôle de l'autorité des Cercles militaires⁴²³. Pendant les années 1857 - 1870, les militaires renforcèrent le rôle des institutions villageoises telles que les *djemââs* afin d'affaiblir le pouvoir des *amins*, donc des chefs kabyles appartenant aux élites locales⁴²⁴. Les militaires se retrouvèrent à exercer un rôle prépondérant dans le choix des composants des *djemââs*. Les *amins*, qui, comme nous avons vu, étaient les présidents de *djemââ*, étaient tenus à : « [...] rendre compte à l'autorité française de ce qui se passe dans leur village⁴²⁵ ». Ces derniers étaient désormais réduits à un rôle d'agents d'exécution des ordres de l'autorité française⁴²⁶. Les pouvoirs conférés aux *amins* devaient être préalablement approuvés par le gouverneur général. Les *amins* étaient ainsi chargés d'obtenir les impôts des villageois et de les verser à la contribution au trésor. La durée de leur mandat était restreinte à une seule année. Une dérogation était prévue pour les membres les plus anciens qui pouvaient être réélus à la majorité des voix. Les *amins* étaient choisis parmi les appartenant aux factions villageoises (*soffs*) les plus puissantes, tandis que les assistants des *amins*, les *oukils*, étaient désignés parmi le *soff* minoritaire⁴²⁷.

Les Bureaux Arabes ont introduit en Kabylie une nouvelle figure institutionnelle, celle de *l'amin el-oumena*. Cette figure qui peut être définie comme « fonctionnaire sans attributions » était un pur produit de la circulaire numéro 497 du 11 janvier 1858. Chaque village avait son *amin el-oumena* voté à l'unanimité. La nomination devenait définitive seulement après l'approbation du gouverneur général⁴²⁸. Les autorités

⁴²¹ *Ibid.*, p. 72.

⁴²² A. Agéron *op. cit.*, p. 73.

⁴²³ A. Hanoteau, A. Letourneux, *op. cit.*, vol. II, p. 133.

⁴²⁴ A. Agéron, *op. cit.*, p. 139.

⁴²⁵ A. Hanoteau, A. Letourneux, *op. cit.*, vol. II *Ibid.*.

⁴²⁶ *Ibid.*

⁴²⁷ *Ibid.*, p. 73.

⁴²⁸ *Ibid.*, p. 134.

militaires se réservaient un droit de veto qu'ils pouvaient exercer sur le résultat des élections, mais en pratique ce droit ne fut jamais exercé⁴²⁹.

Un projet de règlement datant du 20 mars 1864 prévoyait qu'il fallait : « [...] ramener l'uniformité dans l'exécution des opérations électorales sans pour cela [...] changer la coutume et encore moins de violenter l'opinion et froisser les préjugés en imposant une copie de nos lois, moins bien de consacrer l'état de choses actuel, par un règlement dont l'esprit soit conforme à la constitution Kabyle et dont la mise en exécution assure l'ordre chez les populations et en même temps, nos idées de progrès⁴³⁰ »

Les militaires ne voyaient pas d'un bon œil le système des *soffs* kabyles. La circulaire du 24 février 1865 n. 237 prévoyait la nécessité de renforcer le rôle des *djemâs* et d'affaiblir le rôle des *soffs*⁴³¹. Dans la circulaire n. 1301 du Cercle de Dellys nous trouvons écrit que « *Les élections annuelles des Amins et les Amines al Oumenna occasionnent toujours une certaine agitation dans les tribus et il n'est pas rare de voir cette agitation se manifester par des rixes et des conflits.* » *Cela est dû aux soffs à certains jours déterminés, il importe d'éviter autant que possible toutes les occasions de lutte*⁴³²». La solution proposée était de faire recenser les *soffs* par des officiers arabes et d'interdire aux membres des *djemâs* de se présenter armés aux élections⁴³³.

Les *djemâs* étaient appelées à tenir un registre civil. Dans certains cercles, comme celui de Tizi-Ouzou ces registres étaient tenus par les Bureaux Arabes, et cela dès le 11 octobre 1866⁴³⁴. Dans le Cercle de Dellys c'étaient les *djemâs* qui étaient appelées à tenir ces registres. L'arrêté du 20 mai 1868 prévoyait la mise en place de registres civils dans le Cercle de Dellys⁴³⁵ (Petite Kabylie). Les *djemâs* devaient tenir des registres dans lesquels elles devaient conserver toute la correspondance ainsi

⁴²⁹ Agéron, *op. cit.*, p. 72.

⁴³⁰ FR ANOM GGA II/40, Cercle de Dellys,

⁴³¹ FR ANOM GGA II/40, Cercle de Dellys, Lettre du 1 février 1864, n. 42.

⁴³² FR ANOM GGA 30 II/40

⁴³³ FR ANOM GGA 30 II/40

⁴³⁴ FR ANOM GGA 31 II/1, Cercle de Tizi-Ouzou, n. 8.

⁴³⁵ FR ANOM GGA 30 II/40, Cercle de Dellys.

que les actes judiciaires, les actes de naissance, mariage et divorce et de décès et enfin les verbatims des délibérations, les inscriptions d'impôts et les inscriptions de compatibilité⁴³⁶. Tous ces registres devaient être déposés auprès des *amins*. Seul le registre de compatibilité devait être tenu par les *oukils* et les Khodja des *djemâs*⁴³⁷.

Tout au long de la période du régime militaire, aucune atteinte n'avait été portée à l'encontre du patrimoine des *djemâs* et cela bien que les Bureaux Arabes aient été très informés sur la consistance du patrimoine foncier des *tajmat* kabyles⁴³⁸. Les militaires étaient bien conscients que le séquestre des terres collectives des *djemâs*, tout comme la vente de celles-ci à des colons, auraient entraîné des réactions violentes de la part des tribus kabyles. La priorité des Bureaux Arabes demeurait avant tout le maintien de l'ordre et cela quitte à nuire aux intérêts économiques des colons français.

Comme le souligne Mahé, les militaires étaient farouchement contraires aux visées économiques du lobby colonialiste⁴³⁹. Cela explique par exemple le fait que les allotissements de terre qui furent aménagés dès 1857 en vue de l'arrivée de colons européens furent vendus aux colons seulement à partir de la chute du régime militaire. Certains militaires tels qu'Aucapitaine non seulement s'opposaient à l'arrivée des colons européens mais allaient jusqu'à soutenir l'idée de transformer les Kabyles en colons qui, selon lui, auraient pu coloniser les territoires arabes du reste de l'Algérie⁴⁴⁰. Les Kabyles étaient présentés par Aucapitaine comme plus étant aptes à coloniser les terres des « Arabes⁴⁴¹ » que ne l'étaient les immigrants européens. Un tel projet prévoyait que les Kabyles auraient pu même exporter leurs coutumes et leur organisation dans le reste de la colonie. Selon Aucapitaine : « [...] *le seul intermédiaire possible entre les bienfaits de notre civilisation et l'indigène Arabe, c'est l'indigène Kabyle*⁴⁴² ».

Les Bureaux Arabes présents en Kabylie ont empêché l'application du *sénatus-*

⁴³⁶ *Ibid.*

⁴³⁷ *Ibid.*

⁴³⁸ A. Mahé, *L'histoire de la Kabylie*, op. cit, p. 185.

⁴³⁹ *Ibid.*, p. 206.

⁴⁴⁰ H. Aucapitaine, *Les Kabyles et la colonisation de l'Algérie*, Paris, Challamel, Ainé, 1864, p. 23

⁴⁴¹ *Ibid.*, p. 25.

⁴⁴² *Ibid.*, p. 37.

consulte de 1863 ainsi que celle de la loi forestière de 1851. Comme l'explique Yacono, les militaires étaient conscients du fait que l'opération de cantonnement des terres des tribus menée par le *Senatus- consulte* de 1863 avait eu dans le reste du territoire algérien : « *des répercussions indirectes.* » dues au fait que : « [...] *asseoir la propriété indigène par la distribution de titres réguliers aboutit, au contraire, à la désagrégation foncière*⁴⁴³. » C'est pour éviter une telle désagrégation de la propriété indigène que les officiers des Bureaux Arabes dénoncèrent un tel danger en expliquant la conséquence à la population kabyle. Ce fut ainsi que suite à la promulgation du *sénatus-consulte* du 22 avril 1863, ces officiers, comme l'explique Yacono : « [...] *firent rapidement connaître aux tribus (dans la régions de Fort-Napoléon il fut lu trois fois sur chaque marché), y voyant une garantie pour la propriété indigène avec d'autant plus de raison qu'ils n'avaient même pas à se justifier de ne pas appliquer les clauses prévoyant l'établissement de la propriété individuelle puisque, effectivement - celle-ci était considérée comme se trouvant « déjà constituée, dans toutes les tribus kabyles sur des bases aussi claires et aussi précises qu'en France » (rapport du général Allard au Sénat*⁴⁴⁴) ».

Comme nous verrons, les opérations de délimitation et d'immatriculation des terres, nécessaires à l'application de la loi forestière de 1851 et des lois foncières algériennes de 1863, 1866 et 1873, furent achevées en Kabylie durant la période du régime civil. Ce séquestre fut possible suite aux immatriculations et à l'identification des terres des plaines, qui eut lieu durant les années 1900-1902⁴⁴⁵.

En matière d'administration de la justice, le mot d'ordre de Randon était d'éloigner de la Kabylie les juridictions musulmanes des juges *qadi* (*ou cadi*). Randon dans la circulaire n. 497 du 11 janvier 1858 donnait une directive aux Bureaux Arabes qui opéraient en Kabylie qui consistait à éviter :« [...] *L'introduction dans l'administration kabyle de la justice musulmane*⁴⁴⁶ ».

⁴⁴³ X. Yacono, *op. cit*

⁴⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁴⁵ *Ibid.*, p. 185.

⁴⁴⁶ R. Agéron, *op. cit.*, p. 71.

Rappelons que dans le reste des territoires algériens les tribunaux islamiques de type *cadial* avaient été maintenus en fonction par l'ordonnance du 26 septembre 1842. Ces derniers jugeaient en matière de mariage, divorce et héritage⁴⁴⁷. Par la suite, deux autres décrets, le décret du 1 octobre 1854 et celui du 31 décembre 1859⁴⁴⁸ organisèrent la justice musulmane en Algérie. De nouveau, ces décrets ne furent guère appliqués en Kabylie. L'article 59 du décret du 31 décembre 1859 prévoyait que le décret en question « [...] *ne s'applique point à la Kabylie et à la région en dehors du Tell, qui demeurent régies, l'une par ses coutumes actuelles*⁴⁴⁹[...] ». Cet article de loi avait indirectement reconnu sur le plan juridique les coutumes kabyles, des coutumes qui à l'époque de l'adoption du décret n'avaient pas été encore rédigées ni codifiées par Hanoteau et Letourneux. Ce décret comme l'explique Henry « [...] *introduit une nouvelle catégorie juridique, celle de « kabyle », qui connaîtra par la suite un grand essor*⁴⁵⁰ ».

Ce décret avait été considéré comme une concrétisation des engagements que la France avait pris avec les Kabyles consistant à respecter leurs coutumes. Dans la note d'accompagnement du décret du 8 janvier 1870, nous trouvons cette idée exprimée de façon explicite :

« [...] *D'ailleurs des engagements ont été pris vis-à-vis des djemââs kabyles lors de la soumission du pays et ces engagements comme je l'ai dit ont été consacrés en ce qui concerne l'administration de la justice par l'article 59 du décret du 31 décembre 1859*⁴⁵¹ ».

Tout comme ne fut pas appliqué l'arrêté du 30 septembre 1855 qui aurait dû organiser la justice musulmane en Kabylie, suite à une décision du général Péchot. Cela est prouvé par la lettre du lieutenant Martin du 28 juin 1860⁴⁵².

⁴⁴⁷ A. Estoublon, R. Lefebvre, *Code de l'Algérie annoté, op. cit.*, pp. 28-30.

⁴⁴⁸ *Ibid.*, pp. 173-178.

⁴⁴⁹ Ch. Gillotte, *Traité de Droit Musulman, précédé du décret du 31 décembre 1859*, Paris, Bastide, 1860, p. 38.

⁴⁵⁰ J.-R. Henry, « La norme et l'imaginaire construction de l'altérité juridique en droit colonial algérien », in Procès. Cahiers d'analyse politique et juridique, *Le droit colonial*, n. 18. 1987-1988, p. 19.

⁴⁵¹ R. Estoublon, A. Lefebvre, *op.cit.*, p. 363.

⁴⁵²R. Agéron, *op. cit.*, p. 78.

Les militaires qui administraient les Bureaux Arabes en Kabylie s'opposèrent aussi à la présence de juridictions françaises telles que les Juges de Paix français au sein de leurs Cercles. Ces derniers demeuraient opérationnels sur tout le reste du territoire algérien dès l'année 1866⁴⁵³. Par conséquent, comme nous avons vu plus haut, durant toute la période du régime militaire la justice était rendue en Kabylie par les *djemââs* et par les officiers des Bureaux Arabes. La plupart du temps l'apaisement des différends qui surgissaient entre Kabyles étaient déferés aux *djemââs* qui étaient appelées à régler ces questions en appliquant les coutumes locales. Les différends qui surgissaient en matière de droit commercial étaient jugés par une sorte de cour d'appel créée *ad hoc* par les militaires français. Une cour composée par des « sages » connus sous le nom de *Medjlès*⁴⁵⁴. Seules les affaires commerciales jugées trop complexes par les militaires ainsi que les crimes et les délits qui présentaient une certaine gravité du point de vue du droit criminel français étaient soustraits à la compétence des *djemââs*. Toute infraction au droit criminel français était déferée devant la juridiction des Bureaux Arabes. Ces derniers étaient animés par des soucis sécuritaires. En effet les coutumes kabyles ne prévoyaient pas de peines telles que l'emprisonnement. La matière criminelle était réglée par un système de vendetta qui reposait sur un code de l'honneur connu sous le nom d'*Anaïa*. Tout au long des premières années qui succèderaient à la conquête, les militaires français furent appelés à mettre fin à des situations de conflits internes aux tribus kabyles. Durant la période de guerre qui opposa ces dernières à l'armée française, celles-ci se retrouvant devant un ennemi commun, en application des coutumes kabyles, avaient suspendu la plupart des différends qui auparavant les avaient opposées entre elles, cela afin de combattre l'armée française. La fin de la guerre contre l'armée française et la capitulation des tribus kabyles qui en découla avait mis fin à la trêve intertribale. Par conséquent les années qui suivirent la conquête française furent troublées par l'éclatement d'échange de violence entre les tribus kabyles⁴⁵⁵. Souvent les parties en conflit ne reconnaissaient aucune légitimité aux autorités françaises et ces différends étaient alors apaisés par des *djemââs* kabyles qui opéraient en pleine clandestinité.

⁴⁵³ *Ibid.* p. 256.

⁴⁵⁴ *Ibid.* p. 78.

⁴⁵⁵ A. Mahé, *op. cit.*, p. 187.

Les militaires avaient donné la priorité à la répression des délits forestiers, cela par des Commissions disciplinaires. Comme nous l'avons mentionné plus haut, les militaires firent en sorte que la loi du 16 juin 1851, qui déclarait les forêts algériennes propriétés de l'État français, ne soit pas appliquée en Kabylie. Le *sénatus-consulte* de 1863 ne se limita pas à réglementer la matière des propriétés collectives, mais aussi celles des usages forestiers. Le quatrième paragraphe du *sénatus-consulte* confirme que les bois et les forêts étaient domaines de l'Etat.

Durant les premières années de la colonisation, l'armée s'intéressa peu aux forêts. Comme l'explique De Moulin, l'armée française en Algérie ne pensait qu'à la pacification du pays et au maintien de l'ordre tandis que les forestiers formés en Métropole à l'école nationale des Eaux et Forêts de Nancy voulaient faire appliquer le Code Forestier métropolitain à la lettre⁴⁵⁶. Comme remarque De Moulin l'armée : « [...] percevait le danger que représentait l'application sans nuance du Code Forestier, comme cela était noté par le général de division d'Alger, conscient que l'attitude intransigeante des agents forestiers pouvait attiser les aspirations des Kabyles à l'indépendance⁴⁵⁷ ».

L'excès de zèle de certains agents forestiers avait provoqué le mécontentement de la population de Tizi Ouzou et de Dra el Mizan (ex-Mirabeau). Ainsi les militaires cherchèrent à jouer le rôle de médiateur entre les exigences des populations kabyles et l'application du Code forestier et de la loi du 16 juin 1851⁴⁵⁸. Le général commandant de la Division d'Alger permit aux populations kabyles de débroussailler les forêts, en dérogeant en cela aux prescriptions des Ordonnances adoptées durant les années 1838 et 1847 et qui interdisaient aux populations indigènes d'Algérie les pratiques des feux de broussailles⁴⁵⁹. Les militaires ont défendu aussi le droit des populations locales d'utiliser les forêts pour le pâturage des bêtes. Comme le souligne Dumoulin : « Pour

⁴⁵⁶ J Dumoulin, « Les relations entre l'armée et l'administration forestière en Algérie », in *Forêt méditerranéenne*, t. XXX, n.3, septembre 2009, p. 267.

⁴⁵⁷ *Ibid.*, p. 275.

⁴⁵⁸ *Ibid.*

⁴⁵⁹ *Ibid.*

l'administration forestière, les incendies et le pâturage sont deux fléaux complémentaires⁴⁶⁰ ».

Cette attitude conciliante avait été condamnée par le Commandant du Cercle de Dellys qui dans sa Circulaire n. 58 du 9 mai 1867 affirmait que les mesures prises par l'autorité administrative contre les délits forestiers n'étaient pas suffisantes :

« [...] il importe d'œuvrer dans une voie plus radicale et d'infliger aux délinquants des punitions qui soient des exemples salutaires. Si l'on peut être tolérant dans une certaine mesure pour les bois en litige, on ne saurait se dispenser de faire rigoureusement respecter la loi dans les massifs soumis au service forestier⁴⁶¹ [...]. Une indulgence exagérée serait des plus nuisibles aux intérêts que l'on veut protéger, elle provoquerait le retour certain aux poursuites légales et la liberté de répression serait rendre au service forestier. Il est cependant préférable que l'administration conserve l'initiative dont elle est investie en ce moment, et pour atteindre ce but veuille prescrire une action plus efficace dans le sens de la présente⁴⁶² ».

La Dépêche du 20 avril n. 1001 du Bureau Arabe de Tizi-Ouzou, mettait en garde sur l'application rigoureuse du Code Forestier. Plus précisément cette Dépêche critiquait l'application rigoureuse en Kabylie de la loi de 1851 et des décrets du 2 et 9 avril 1833 et du 11 juillet 1838, principe appliqué dans le reste de l'Algérie pour : *« Tout ce qui est boisé appartenant à l'état en vertu du principe mis en pratique par ces mots si connus : Tiens ! Une forêt, elle doit être à nous⁴⁶³ ».*

Toujours dans cette note nous trouvons l'idée selon laquelle que malgré la mise en garde des militaires sur les dangers que pouvaient représenter l'exploitation illicite du liège qui : *« [...] ruine les forêts⁴⁶⁴ »,* une application trop rigoureuse de ces lois serait nuisible : *« [...] aux principes de justice et de bienveillance que l'autorité*

⁴⁶⁰ ALG-GGA-0 62, Liasse Incendies-11me section-Interdiction du pacage, pâturage dans les forêts incendiées, lettre du service des forêts du 17 octobre 1872 ; lettre des services des forêts du 05 novembre 1872, référence prise in J. Dumoulin, *op. cit.*, p. 270.

⁴⁶¹ FR ANOM GGA 30 II/40

⁴⁶² Ibid.

⁴⁶³ FR ANOM GGA 30 II/3

⁴⁶⁴ FR ANOM GGA 30 II/3

supérieure s'est toujours fait un devoir d'appliquer aux indigènes, elles constituent une atteinte à la liberté du commerce et aux droits de propriété et de jouissance reconnue par la loi du 16 juillet 1851 sur la constitution de la propriété en Algérie⁴⁶⁵ » et ainsi :

« Les arrêtés cités par M. Le Gouverneur Général a leurs raisons d'être à l'époque où ils ont été pris. C'est l'esprit et non la lettre qu'il faut envisager, au surplus ils sont tombés en désuétude et les questions qui nous occupent sont implicitement régies par la loi de 1851.⁴⁶⁶ »

En Kabylie les incendies de forêts sont souvent involontaires car « [...] le kabyle tient beaucoup aux forêts et si quelques malfaiteurs ont volontairement quelquefois mis le feu c'est un fait isolé qui ne saurait faire préjuger du sentiment de la masse de la population kabyle qui est tout contraire à ces dévastations. Il est vrai de dire que ce sentiment de respect pour les forêts est d'autant plus inné chez elle qu'elle jouit plus librement des ressources qu'elles peuvent lui procurer⁴⁶⁷ » et que dans le cas où ce droit leur est retiré « [...] ce sentiment pourrait faire place à l'indifférence⁴⁶⁸».

Par conséquent, une application de la loi de 1851 pourrait provoquer des désordres ainsi que « [...] la plus grande irritation chez les Kabyles, ce serait donc une mauvaise politique que de lui donner suite. La soumission au régime forestier des forêts de chêne-liège des Beni Djenaad, des Beni Fith et des Beni Ghobri pourrait être la cause de désordres assez graves pour avoir un grand retentissement, malgré la promptitude avec laquelle nous pourrions sans doute les réprimer et un pareil fait n'avancerait pas les affaires de la colonisation algérienne. Ces forêts du reste ne sauraient être revendiquées par l'état sous le prétexte qu'elles appartiennent à l'ancien beylik, elles sont évidemment la propriété des particuliers et des Djema qui comme le prouve le rapport de M. le colonel Martin sont mieux sauvegardées par les Kabyles interpellés quelles ne le seraient par nous-mêmes⁴⁶⁹ ».

⁴⁶⁵ *Ibid.*

⁴⁶⁶ *Ibid.*

⁴⁶⁷ *Ibid.*

⁴⁶⁸ *Ibid.*

⁴⁶⁹ *Ibid.*

Dans cette dépêche, le commandant de Cercle s'opposait à la concession des forêts des tribus kabyles des Beni Kaffoun à des colons européens, ce qui selon lui constituerait une violation de la promesse faite par Randon aux Kabyles de : «[...] *respecter le droit de propriété, d'usufruit, d'usage, les mœurs et les coutumes de ces gens*⁴⁷⁰ » et donc : « [...] *pour respecter cette promesse de ne pas les forcer à se faire chrétiens et à quitter leur coutumes nationales, faut-il encore leur laisser les moyens de vivre la vie de leurs ancêtres*⁴⁷¹[...]».

B. LA RATIONALISATION DES PROCÉDURES DES DJEMÂÂS JUDICIAIRES

Les militaires français cherchèrent à rationaliser la procédure qui se déroulait devant les *djemâs*. La dépêche du n. 106 du 15 avril 1860 du Cercle de Dellys prévoyait que dans le cas où les *djemâs* n'étaient pas capables de se prononcer sur une question juridique complexe, elles devaient en référer au Commandant Supérieur du Cercle⁴⁷². Ce dernier se devait de se prononcer en s'écartant le moins possible : « [...] *des usages de la localité, ou bien du droit musulman si les usages ne sont pas prévus pour le cas. Si les Djemâs émettent deux opinions les militaires responsables des cercles devront se prononcer pour « l'avis qui vous paraîtra le plus conforme au droit et à la justice*⁴⁷³ ».

Le commandant supérieur avait un droit de censure sur ces jugements, à ce sujet nous trouvons écrit dans une note que bien que : « *Les Djemâs ne doivent pas oublier qu'en promettant de respecter leurs coutume*⁴⁷⁴ », les commandants de cercles se réserve le droit : « [...] *d'empêcher tout ce qui serait contraire aux sentiments naturels de justice et d'équité*⁴⁷⁵».

⁴⁷⁰ *Ibid.*

⁴⁷¹ *Ibid.*

⁴⁷² FR ANOM GGA 30 II/1-Division de Dellys

⁴⁷³ *Ibid.*

⁴⁷⁴ *Ibid.*

⁴⁷⁵ *Ibid.*

Ainsi dans la circulaire n. 198 du 20 janvier 1864 les militaires se plaignaient des lacunes de l'organisation kabyle quant à la complexité des procédures judiciaires qui se tenaient devant les *djemâs* : « La « multiplicité de ces juridictions et la confusion qui régnait dans les attributions » rendaient nécessaire une réforme qui fut opérée en 1857. « [...] le Gouvernement mit l'organisation judiciaire en harmonie avec l'esprit des populations⁴⁷⁶[...] ».

« Les indigènes du Cercle de Fort Napoléon et Tizi Ouzou parlent de la tendance des autorités locales à « faire réviser par des *djemâs* mixtes ou tierces des jugements rendus soit par les *djemâs* réglementaires soit par les assemblées désignées » [...] Je désapprouve la révision d'un jugement » concluant que « l'appel des *djemâs* kabyles doit être interdit⁴⁷⁷ ». Cette prescription est appliquée dans le Cercle de Tizi-Ouzou, dans la Circulaire 198 de l'année 1864. Dans cette circulaire prévoyait que : «[...] en principe la révision d'un jugement quel qu'il soit car les décisions des *Djemâs* sont obligatoires et sauf quelques cas bien rares les appels des jugements kabyles doivent être expressément interdits mais pour assurer aux jugements des *djemâs* ordinaires tout le respect auquel ils ont droit il est nécessaire que M. les officiers des Bureaux Arabes au lieu de se contenter de renvoyer simplement les plaignants devant les *djemâs* ou même de remettre aux réclamant les lettres invitant les amins compétents de faire entendre leur demande ainsi que cela est déjà arrivé maintes et maintes fois, prennent leur rôle plus au sérieux et n'oublient point que la responsabilité morale inhérente à leurs fonctions les oblige à se rendre compte de la partie des réclamations qui leur sont soumises. Bien que je n'ignore point quel bureau des affaires arabes est tenu, vu son faible personnel, de renouveler de zèle et d'efforts pour faire face à des exigences de toute nature il est nécessaire que le suivi des réclamations, l'un des plus importants de l'administration indigène soit établi sur des bases qui ne laissent rien à désirer et plus comme l'uniformité dans les procédés d'exécution relatifs aux révisions des jugements kabyles⁴⁷⁸ ».

⁴⁷⁶ FR ANOM GGA 30 II/40

⁴⁷⁷ FR ANOM GGA 30 II/40, Cercle de Dellys

⁴⁷⁸ FR ANOM GGA 30 II/40, Cercle Dellys

La Circulaire 106 du 15 mai 1860 prescrit aux commandants des Cercles de se prononcer sur le jugement émis par les *djemâs* : « *Chaque fois qu'une djemâ fera l'aveu de son impuissance pour prendre une décision ou renvoi un arrêt*⁴⁷⁹ ». Les commandants devront se prononcer en respectant « *les usages locaux*⁴⁸⁰ ». Dans le cas où les *djemâs* émettent deux avis contradictoires sur un même jugement, les Commandants devraient trancher en se prononçant pour ce qui leur « [...] *paraîtra le plus conforme au droit et à la justice*⁴⁸¹ ». Le Commandant était appelé à suspendre les jugements qui ont été prononcés « [...] *par un sentiment autre que celui de la justice et dicté par des sentiments de haine, d'intérêt ou d'esprit de parti, vous en suspendriez l'exécution et vous en rendriez compte*⁴⁸² ».

La Circulaire n. 198 de l'année 1865 qui donne des prescriptions précises sur la procédure à suivre dans les jugements d'appel des *djemâs* dites règlementaires fut révisée pour d'autres *djemâs* dites mixtes. Le commandant de cercle en reformulant « [...] *les prescriptions de la coutume*⁴⁸³ » tranche la question en prescrivant que toutes les affaires civiles et commerciales antérieures à l'installation de l'autorité française étaient prescrites, à l'exception de « *cas particuliers fixés par l'autorité locale sous sa responsabilité personnelle*⁴⁸⁴ ». Quant aux jugements des *djemâs*, ils étaient obligatoires. La seule exception était dans le cas où la *djemâ* qui avait émis le jugement était partie intéressée.

La révision des jugements était accordée, mais « *les prescriptions de la coutume doivent être strictement observées*⁴⁸⁵ ». Selon le Commandant, la coutume kabyle prévoyait que la partie pouvait s'accorder pour faire réviser les jugements d'une *djemâ* par une *djemâ* d'une autre tribu⁴⁸⁶. Dans ce cas les jugements de révision devaient être transcrits et déposés dans les Bureaux Arabes. Cette Circulaire prévoit

⁴⁷⁹ FR ANOM GGA 30 II/, Cercle de Dellys

⁴⁸⁰ *Ibid.*

⁴⁸¹ *Ibid.*

⁴⁸² *Ibid.*

⁴⁸³ FR ANOM GGA 30 II/40, Cercle de Tizi-Ouzou.

⁴⁸⁴ *Ibid.*

⁴⁸⁵ *Ibid.*

⁴⁸⁶ *Ibid.*

la possibilité de faire réviser les jugements par des *djemâs* mixtes sous la condition d'une préalable autorisation du commandant du Cercle⁴⁸⁷.

Les militaires firent en sorte que le décret du 8 janvier 1870, un décret qui réforma la justice musulmane en Algérie, ne s'appliqua pas en Kabylie. L'article 59 du décret cité ci-dessus prévoyait ainsi :

« [...] *le présent décret ne s'applique point à la Kabylie et à la région en dehors du Tell, qui demeurent régies, l'une par ses coutumes actuelles, l'autre par la juridiction des cadis, telle qu'elle existait avant le décret du 1^{er} octobre 1854*⁴⁸⁸ ».

Les rédacteurs de ce décret ont justifié ainsi leur choix :

« *Il a été reconnu toutefois qu'il n'y avait pas lieu de s'occuper pour le moment de la Kabylie, régie par un droit coutumier très compliqué, encore imparfaitement connu et où les intérêts judiciaires et administratifs se trouvent souvent confondus dans les conditions qui rendent très délicate et très difficile la séparation des attributions afférentes aux tribunaux de celles appartenant en propre aux institutions de l'ordre administratif. Par ailleurs, les Kabyles sont très attachés à leurs coutumes. Toucher à ces institutions ce serait porter une grave atteinte à leur constitution politique et s'exposer à des difficultés inextricables*⁴⁸⁹ ».

Les Bureaux Arabes présents en Grande-Kabylie ont essayé dans les limites du possible de ne pas intervenir dans les jugements émis par les *djemâs* kabyles. Les militaires responsables de Cercle ont tout de même essayé de rationaliser les procédures qui se déroulaient devant les *djemâs* kabyles. Les militaires étaient appelés à intervenir dans les jugements portant sur des questions complexes. Tout de même et comme nous avons vu plus haut, les militaires firent en sorte de rendre leurs décisions de la façon la plus fidèle possible aux coutumes du lieu. Ce fut ainsi qu'il devint nécessaire pour les commandants de cercles d'acquérir des connaissances plus précises sur les coutumes kabyles. Les militaires se livrèrent à une collecte des statuts

⁴⁸⁷ *Ibid.*

⁴⁸⁸ R. Estoublon, A. Lefébure, *op.cit.*, p. 363.

⁴⁸⁹ *Ibid.*, p. 363.

villageois et, comme nous verrons dans les pages qui suivront, cela a exigé des *djemâs* la rédaction de *qanouns* sur commande (§2).

§ 2. LA RÉDACTION ET LA CODIFICATION DES COUTUMES KABYLES

Les militaires français ont montré un fort intérêt à l'égard des coutumes kabyles qui s'est traduit par une quête des *qanouns* kabyles, suivie par la codification des coutumes kabyles qui prit la forme d'un ouvrage en trois volumes intitulés : *La Kabylie et les coutumes kabyles*.

Les termes de « codification » et « rédaction » bien que parfois employés comme synonymes, décrivent deux opérations différentes⁴⁹⁰. C'est ainsi que, comme l'explique Cornut, la codification : « [...] suppose une finalité de systématisation de réunion rationnelle en un même corps de règles censées complète ⁴⁹¹ », tandis que la rédaction : « [...] désigne une simple transcription⁴⁹² ».

Dans le cas spécifique de la Kabylie, la rédaction des coutumes kabyles s'est faite par le biais d'une collecte et d'une rédaction des *qanouns* kabyles (A). Quant à la codification, celle-ci a été menée à travers la rédaction d'un ouvrage en trois volumes, intitulé *La Kabylie et les coutumes kabyles* (B).

A. LA RÉDACTION DES COUTUMES KABYLES : LA COLLECTE DES QANOUNS

Les officiers qui ont administré les tribus kabyles se sont intéressés de très près aux coutumes locales. Durant la période du Régime militaire les coutumes kabyles firent l'objet d'études très approfondies. Les administrateurs des Bureaux Arabes avaient ainsi perpétué l'œuvre qui avait été initiée par les officiers qui avaient participé à

⁴⁹⁰ E. Cornut, « La non-codification de la coutume kanak », in (sous la dir. N. Meyer et C. David) *L'intégration de la coutume dans l'élaboration de la norme environnementale*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 138.

⁴⁹¹ *Ibid.*

⁴⁹² *Ibid.*

l'expédition scientifique des années 1840. Comme nous l'avons vu, les études menées étaient finalisées à la quête d'arguments utiles à la propagande visant à convaincre l'Empereur Napoléon III de la nécessité d'une opération de conquête des territoires tribaux de la Grande Kabylie. Ces travaux s'étaient concentrés sur l'étude de la structure politique des tribus kabyles. Les ouvrages de Daumas et Carette illustraient clairement les clivages présents au sein des structures tribales kabyles – tels que le système des *soffs* villageois - que les militaires français auraient pu exploiter pour la conquête de la Grande Kabylie.

Les enquêtes qui ont été menées sur les coutumes kabyles à partir de 1857 étaient destinées à fournir aux militaires français des connaissances utiles pour pouvoir trancher dans les procès entre Kabyles et donc des informations utiles en matière de droit privé.

Une fois obtenu la capitulation de l'ensemble des tribus de la Grande Kabylie, il demeurait nécessaire pour les militaires français d'avoir une connaissance complète des coutumes qui régissaient les rapports sociaux entre les villageois kabyles. Les travaux menés sur les coutumes kabyles à la suite de la conquête de la Grande Kabylie avaient pour but l'acquisition d'informations utiles au maintien de l'ordre en Kabylie. En ce sens les militaires étaient appelés à gérer la justice en Kabylie dans les limites du possible, les coutumes kabyles devaient être appliquées par des *djemâs*. En un mot il fallait dorénavant obtenir un droit privé kabyle.

Les militaires français présents en Kabylie pensaient que pour pouvoir administrer la justice dans ce territoire il était nécessaire de connaître les coutumes kabyles. Cette exigence était due surtout au fait que les cercles militaires opérationnels en Grande Kabylie ne pouvaient pas s'appuyer sur les juridictions musulmanes (*mahakmas*) qui, comme nous l'avons rappelé précédemment, avaient été soigneusement éloignées par Randon.

Par ailleurs, les *djemâs* montraient souvent leurs limites dans leur capacité de gérer la justice. Les décisions des *djemâs* étaient souvent influencées par la pression

qu'exerçaient les *faction-soffs* sur leurs membres⁴⁹³. Les militaires devaient alors intervenir en personne dans les procès et trancher les différends qui surgissaient entre les villageois. En matière de droit civil, les militaires ne pouvant pas utiliser le droit musulman ni le Code civil, ils se devaient de connaître de façon approfondie les coutumes kabyles notamment en matière de droit privé et de droit pénal. La simple connaissance du système politique kabyle n'était plus suffisante pour gérer la justice en Kabylie. Il se rendait nécessaire pour les militaires de connaître les normes qui régissaient les rapports juridiques entre Kabyles. Des sources écrites comme l'étaient les *qanouns* étaient exceptionnelles ; de plus, les *qanouns* n'étaient souvent qu'une liste d'interdits qui contenait très peu d'informations dans des matières pertinentes au droit privé.

La plupart des coutumes kabyles qui régissaient le droit privé étaient orales et donc laissées à la mémoire des anciens. Plus précisément ces coutumes étaient laissées à la mémoire des anciens notables kabyles. La solution adoptée par les militaires a été préalablement de faire un recueil des *qanouns* villageois kabyles disponibles. Etant donné que les informations disponibles étaient insuffisantes, les militaires demandèrent par la suite aux *djemââs* des tribus kabyles de rédiger leurs coutumes. Cette solution se révéla également décevante.

Les militaires français concevaient le droit uniquement sous la forme de lois écrites. Ce fut ainsi que dans un premier temps, les militaires ont focalisé leur attention dans la quête de lois écrites et donc dans la recherche de *qanouns*. Les officiers n'avaient pas saisi l'importance que jouait l'oralité au sein des coutumes kabyles. Ce déni a été pertinemment décrit par Gahlouz comme étant : « *La négation des attributs de l'oralité*⁴⁹⁴ ». Une négation qui s'est traduite par une mise en écrit des coutumes kabyles au moyen de la rédaction et de la codification des coutumes en question.

⁴⁹³ E. Mercier, *Des Abus du Régime Judiciaire, Des indigènes de l'Algérie et des principales modifications à y apporter*, Constantine, Imprimerie Typographique e Lithographie Arnole, 1871, p. 29.

⁴⁹⁴ M. Gahlouz, « Le droit coutumier kabyle et les rapports entre le « Arf » et la Chraa », in *AWAL* n. 34, 2006, MSH, p. 104.

Par conséquent, les officiers des Bureaux Arabes cherchèrent à faire accéder les coutumes kabyles au statut de droit écrit, cela en les mettant par écrit. Cette opération de transcription des coutumes kabyles ne prit pas en compte l'influence que le droit musulman avait exercé sur ces dernières. Par conséquent, les *qanouns* kabyles obtenus suite aux collectes ainsi que les *qanouns* commandités donneront un tableau seulement partiel sur les coutumes appliquées en Kabylie.

Les Bureaux Arabes iront d'abord à la recherche des *qanouns* kabyles présents en Kabylie. Les militaires avaient pris connaissance de l'existence de ces documents grâce aux travaux rédigés par les membres de la Commission scientifique qui avaient sillonné la Kabylie avant que ce territoire soit conquis par la France.

Les *qanouns* kabyles sont cités pour la première fois en 1853 par le général Daumas dans ses ouvrages fondamentaux intitulés *Les qanouns kabyles-Anthropologie juridique du groupement social villageois de Kabylie*⁴⁹⁵ et *Mœurs et coutumes de l'Algérie*⁴⁹⁶. La conquête de la Grande Kabylie ne mit pas fin à la collecte des *qanouns* kabyles. Ainsi en 1860, Féraud découvrit de façon fortuite un document juridique, un *qanoun* rédigé par la *djemââ* des *Oulâd Barchi*. Ce document avait été trouvé par un soldat Zouave au cours d'un combat, dans un gourbi, qui se trouvait au pied du pic de Sidi Maeruf sur les bords de l'*Oued El Hai*, affluent de l'*Oued-El – Kebir*⁴⁹⁷.

Randon dans sa circulaire du 3 décembre 1859 estimait que les *qanouns* kabyles devaient être maintenus dans leur intégrité et que seules les prescriptions « barbares⁴⁹⁸ » devaient être abrogées. Les militaires s'octroyaient un droit de censure sur les coutumes kabyles tout comme ils se réservaient le pouvoir d'imposer aux *djemââs* kabyles de rédiger des *qanouns* sur commande⁴⁹⁹. Cette opération pourrait se résumer en deux phases. Les militaires se lancèrent d'abord, comme nous l'avons vu plus haut, dans une quête des *qanouns* des villages afin d'obtenir des

⁴⁹⁵ M. Gahlouz, *Les qanouns kabyles-Anthropologie juridique du groupement social villageois de Kabylie*, Ed. L'Harmattan, 2011, p. 57.

⁴⁹⁶ E. Daumas, *Mœurs et coutumes de l'Algérie*, Hachette, Paris, p.1853

⁴⁹⁷ M. Gahlouz, *op. cit.*, p. 43

⁴⁹⁸ Agéron, *op. cit.*, p. 79.

⁴⁹⁹ M. Gahlouz, *Les Qanouns Kabyle, op. cit.*, p. 45.

informations sur les coutumes villageoises kabyles. Les résultats de cette collecte n'étant pas satisfaisants et ainsi s'ouvrit une deuxième phase au cours de laquelle les militaires sollicitèrent les notables des tribus kabyles à rédiger des *qanouns ad hoc* prévus spécifiquement afin de rendre les coutumes kabyles le plus homogènes possible et ainsi pour réduire les différences qui existaient entre les usages des différents villages. Les notables kabyles devaient aussi mettre par écrit les coutumes de leurs villages.

Les *qanouns* rédigés sur commande seront dans leur ensemble publiés à partir de 1862. Ainsi le baron Autcapitaine publiera le *qanoun* de la tribu des *Ikhlidjen*⁵⁰⁰ et L. Feraud le *qanoun* de la tribu des « *Zouara*⁵⁰¹ dans la Revue Africaine. Tout au long de l'année 1864 furent rédigés sur la demande des Bureaux Arabes 14 *qanouns* des tribus kabyles qui demeuraient dans le ressort du Cercle de Fort-Napoléon⁵⁰². Les *qanouns* publiés seront précisément ceux des tribus suivantes : *Igouchdhal*, *Ait Bethroun*, *Ait Menguellat*, *Ait Iraten*, *Ait Aissi*, *Maatka*, *Ait Ouaguennoun*, *Ait Djennad*, *Ait Roubri*, *Imecheddalen*. Ce cercle était administré par le général Hanoteau. Ces *qanouns* constituèrent quatorze des dix-huit *qanouns* publiés en annexe au troisième volume de *La Kabylie et les coutumes kabyles*. Ces rédactions de coutumes seront les sources de référence d'académiciens tels que Masqueray et Feraud.

Cependant, comme le remarque Gahlouz les *qanouns* commandités par les autorités françaises étaient tous des *qanouns* tribaux, et non pas des *qanouns* villageois. Les *qanouns* authentiquement kabyles étaient des *qanouns* villageois.

Les *qanouns*-coutumiers rédigés sur commande sont reconnaissables par le fait que certains d'entre eux étaient structurés selon le schéma du Code civil, ce qui s'explique par le fait que les notables kabyles avaient rédigé ces coutumiers en répondant à des questionnaires rédigés par les militaires français. Des questionnaires qui orientaient leurs réponses. Par conséquent les coutumes kabyles étaient

⁵⁰⁰ *Revue Africaine*, numero 40, 1862, p. 276

⁵⁰¹ *Revue Africaine*, numéro 37, n 38, p.

⁵⁰² *Ibid.*

présentées et classées selon les catégories du droit civil français. Une procédure similaire avait été adoptée auparavant en dehors de la Kabylie par les Bureaux Arabes qui administraient les territoires arabophones d'Algérie. Dans le cadre d'une toute première tentative de rédaction du droit musulman algérien, l'avocat parisien Pharaon avait envoyé des questionnaires destinés aux notables musulmans (les *alem* et les *midjels*) visant à orienter leurs réponses vers des matières juridiques. Les résultats de leur réponse ont été par la suite classés dans un ouvrage qui reprenait le schéma et les catégories du Code civil. Bontems remarque comment la méthode de Pharaon n'était pas une : « [...] *approche innocente mais déjà d'une volonté d'acculturation, en effet il convient de substituer la clarté rigoureuse du génie cartésien, au fatras désordonné de la pensée juridique mahométane*⁵⁰³ ».

Cette volonté d'acculturation juridique était encore plus marquée au cours de la rédaction des *qanouns* kabyles. L'opération de la mise en écrit des *qanouns* était finalisée à prouver l'existence des coutumes ainsi qu'à unifier les coutumes kabyles et réduisant les différences qui existaient entre les différents usages villageois. Le colonel Péchot s'était prononcé en faveur d'une coutume kabyle : « [...] *complètement rédigée et la même dans toute les localités*⁵⁰⁴ ».

Les *qanouns* rédigés sur commande ont eu comme conséquence l'uniformisation sur une échelle tribale de plusieurs coutumes kabyles originellement conçues pour être appliquées uniquement au sein d'un village. Le résultat obtenu a été donc de généraliser à l'ensemble des tribus kabyles des usages qui selon Gahlouz n'étaient « [...] *consacrées que dans certains villages*⁵⁰⁵ ». Il est clair que ces coutumiers kabyles ont représenté une étape fondamentale dans le processus de création d'un droit coutumier qui prit sa forme définitive dans la codification des coutumes kabyles, présente dans le second et le troisième volume de « *La Kabylie et les coutumes kabyles* ».

⁵⁰³ C. Bontems, *Le droit musulman algérien à l'époque coloniale. De l'invention à la colonisation*, Genève, Slatkine, 2014, p. 75.

⁵⁰⁴ Ch. R. Ageron, « La politique kabyle sous le Second Empire », in *Revue française d'histoire d'outre mer* 53, n. 190-191, premier et deuxième trimestre 1966, p. 80.

⁵⁰⁵ Mustapha Gahlouz, *Les Qanouns Kabyles. Anthropologie juridique du groupement social villageois de Kabylie*, Paris, L'Harmattan, coll. Tira-Langues, littératures et civilisation berbères. 2011, p. 47.

La doctrine universitaire française s'était prononcée très tardivement sur le phénomène de la codification des coutumes kabyles. Dans les années 1950 Bousquet, connu pour avoir eu une position critique à l'égard de la codification des coutumes kabyles menée par Hanoteau et Letourneux, s'était exprimé de façon favorable à l'égard de la rédaction des coutumes kabyles. Bousquet affirmait ainsi que :

« L'Histoire de notre propre passé juridique et les faits concrets en Kabylie l'établissent avec surabondance : lorsque l'on procéda à la rédaction de nos coutumes sous l'Ancien Régime, un certain nombre de variantes locales ont été supprimées, non sans avantages pour les justiciables. Il régnait en cette matière « une extrême diversité, voire même une grande confusion⁵⁰⁶ ».

Bousquet est un des rares auteurs français qui tissent un lien entre le phénomène de la codification des coutumes kabyles et celui de la codification des coutumes qu'a connu la France durant le Moyen Âge et l'ancien régime. L'auteur cite les classiques de l'histoire du droit français et transpose dans le contexte kabyle les critiques que des historiens du droit tels que Esmstein ou Olivier-Martin avaient développées sur les conséquences qu'avait eues le phénomène de la rédaction des coutumes sur le droit français. Par exemple Olivier-Martin affirmait que les coutumes rédigées : « [...] compliquaient les procès et pouvaient engendrer des abus », d'où l'adage de Loisel : « *Qui mieux abreuve, mieux preuve*⁵⁰⁷ ».

Plus récemment Mahé a lui aussi soutenu l'idée que le phénomène de la Codification des coutumes kabyles puisait ses origines dans l'histoire du droit français. Mahé par ailleurs affirme que : « *Le projet de Hanoteau et Letourneux procède à la fois du modèle des coutumiers d'ancien régime - dans sa méthodologie - du Code Civil - dans son mode d'exposition - et de l'idée, qui triomphera avec les sciences sociales, que les mœurs sont les sources vives du droit*⁵⁰⁸ ».

⁵⁰⁶ G.H-Bousquet, *Justice française et Coutumes Kabiles*, Alger, Imprimerie Nord-Africaine, 1950, p. 46.

⁵⁰⁷ *Ibid.* p. 47.

⁵⁰⁸ A. Mahé, « *Entre mœurs et le droit : les coutumes. Remarques introductives à La Kabylie et les coutumes kabyles* » in Hanoteau et A. Letourneux, *La Kabylie et les coutumes kabyles*, Seconde édition revue et augmentée, présentation de Alain Mahé et Tilamn Hanneman, Tome premier, Paris, Editions Bouchene, 2003, p. XII.

Les *qanouns* kabyles rédigés sur commande n'avaient pas donné les résultats espérés. Malgré la contrainte des militaires français, les notables kabyles qui avaient rédigé les questionnaires n'avaient pas une culture juridique suffisante susceptible de répondre aux attentes des militaires et des juristes français. Les *qanouns* rédigés sur commande avaient très peu de prescriptions en matière de droit privé. En effet les normes en matière de droit des obligations représentaient seulement 4% de l'ensemble des prescriptions contenues dans les *qanouns*, le statut personnel représentait à peine 5 % de l'ensemble, tout comme les normes en matière de droit successoraux qui ne représentaient que 7%⁵⁰⁹, étant ainsi loin derrière les 50 % de normes ayant un caractère répressif en matière de délits contre la personne, l'ordre public et contre la propriété⁵¹⁰. Ainsi les *qanouns* kabyles n'étaient pas conçus pour être des codes mais plutôt une série d'interdits qui servaient au maintien de l'ordre dans les villages. Cela était le cadre des coutumes kabyles rédigées sur demande des militaires.

Tout au long de la rédaction de ces *qanouns*, les Bureaux Arabes n'avaient pas tenu compte du rôle qu'exerçait le *fiqh* musulman au sein des tribus kabyles. En fixant l'attention uniquement sur les coutumes villageoises et tribales, les militaires avaient reçu un tableau partiel des coutumes kabyles. Le droit musulman en Kabylie a eu le mérite de mitiger les coutumes kabyles. Comme l'affirme Mammeri : « [...] *la dure coutume de la montagne s'est humanisée [...] le citoyen du hameau s'est habitué à concevoir que la justice et la charité s'appliquent à la généralité des hommes. Malgré les apparences, les commandements trop cruels de l'impératif social s'humanisent beaucoup en Kabylie*⁵¹¹. »

En Kabylie, le droit musulman, comme l'admettront par la suite les rédacteurs de « *La Kabylie et des coutumes kabyles* », a depuis toujours co-existé avec les coutumes kabyles. Le droit musulman (*fiqh*) avait eu pour fonction de fixer des principes généraux. Cependant comme nous avons vu, tout au long du XIXe siècle, les autorités coloniales françaises étaient convaincues que les coutumes kabyles s'opposaient au

⁵⁰⁹ M. Gahlouz, « Droit coutumier et régulation dans la société kabyle de la fin du XIX siècle », *In Droit et Cultures*, 60/2010, p. 185. In <https://droitcultures.revues.org/2359>

⁵¹⁰ *Ibid.*

⁵¹¹ M. Mammeri, *op. cit.*, p. 99.

fiqh musulman. Ainsi les Bureaux Arabes avaient fait rédiger des *qanouns* par des notables de *djemââs* kabyles sans interpeler les marabouts, pour la raison que ces derniers étaient considérés comme source de problèmes. Par conséquent les militaires en se focalisant uniquement sur les *djemââs*, n'avaient obtenu qu'une série d'interdits seulement.

Cependant dans l'étude du droit musulman les Bureaux Arabes passèrent à un autre extrême. En dehors de la Kabylie ces derniers concentrèrent leur attention principalement, voire uniquement, sur les sources écrites sans tenir compte des coutumes locales. Ainsi tout au long du XXe siècle, les académiciens français se focalisèrent sur le droit musulman érudit, c'est-à-dire sur les traités de doctrine juridique musulmane malékite tels que celui de *Sidi Khalil*. L'étude du droit musulman avait menée en délaissant l'étude des coutumes orales ainsi que des *qanouns* des tribus arabophones. Ce droit musulman érudit était démunie de règles pratiques qui auraient pu être appliquées par des tribunaux français. Comme le souligne Bontems, ce droit demeurait aux yeux des juristes français un ensemble idéal de principes et de règles qui selon lui : « [...] *pour être applicable dans un procès doit passer par un juge kadhi musulman. La traduction de principe en droit est une opération laissée au juge musulman qui se doit de posséder tout un « arsenal de techniques dialectiques*⁵¹².

Les coutumes kabyles ainsi que le droit musulman malékite répondaient à une logique juridique prémoderne. D'ici découle la difficulté qu'avaient les militaires français qui étaient appelés aux droits cités ci-dessus sans avoir un bagage de connaissances en matière d'anthropologie juridique, une discipline qui devait être encore inventée.

Ceci étant, tout au long du XIXe siècle ce seront les coutumes kabyles à jouir d'une attention majeure de la part des militaires français. La codification des coutumes kabyles fut entamée bien avant celle du droit musulman.

⁵¹² C. Bontems, *Le droit musulman algérien à l'époque coloniale, op. cit.*, p. 26

L'entrée des coutumes kabyles dans la modernité juridique représentait en effet une des priorités des Bureaux Arabes. Il était ainsi nécessaire pour ces derniers d'accomplir une rédaction uniforme des coutumes destinées à l'usage des tribunaux français qui pût donner des résultats plus satisfaisants que ceux obtenus par les rédactions des *qanouns*. Cela explique la genèse de l'ouvrage d'Hanoteau et Letourneux intitulé *La Kabylie et les coutumes kabyles*, un ouvrage qui représente une véritable codification des coutumes kabyles (**section 3**).

B. LA CODIFICATION DES COUTUMES KABYLES

Les coutumes kabyles ont été codifiées pour des raisons pratiques. Ce travail devait suppléer au manque d'information qu'avaient à leur disposition les militaires français sur les coutumes kabyles en matière de droit privé. La méthodologie utilisée par le commandant Hanoteau dans l'accomplissement de cette tâche va révolutionner la façon dont les coutumes autochtones ont été rédigées dans l'histoire du droit français. Nous verrons dans les pages suivantes les raisons pour lesquelles cet ouvrage qui est né comme un simple outil pour les magistrats est devenu par la suite un véritable code kabyle.

1. LES RAISONS DE LA CODIFICATION DES COUTUMES KABYLES

Le commandant Hanoteau a été le promoteur du phénomène de la codification des coutumes kabyles. Son intérêt pour les coutumes kabyles lui avait été inspiré par son supérieur, le général Daumas⁵¹³. Hanoteau avait été affecté en Grande Kabylie dans le cercle militaire de *Dra-el-Mizan* à partir du mois de janvier 1859. Durant cette période Hanoteau eut l'occasion d'approfondir sur le terrain ses connaissances sur les coutumes kabyles⁵¹⁴. Hanoteau avait une bonne connaissance de la langue kabyle, ce qui lui permettait d'interroger les notables kabyles sur des questions juridiques sans avoir besoin d'un interprète⁵¹⁵. Sa connaissance de la langue kabyle était tellement profonde qu'il publia une grammaire kabyle⁵¹⁶.

⁵¹³ Ch. Hanoteau, « Quelques souvenirs sur les collaborateurs de « La Kabylie et les coutumes kabyles » », In *Revue Africaine*, Volume 64, 1923, p. 137.

⁵¹⁴ *Ibid.*, p. 136.

⁵¹⁵ *Ibid.*, p. 138.

⁵¹⁶ A. Hanoteau, *Essai de grammaire kabyle*, Alger, 1858.

En tant que commandant du cercle de *Draa-El-Mizan*, Hanoteau était appelé à administrer la justice au sein des tribus kabyles, cela en collaboration avec les *djemâs* locales. Hanoteau fut l'un des initiateurs de l'opération de collecte de *qanouns* kabyles. Contrairement à ses collègues administrateurs, le commandant ne s'était pas contenté des informations obtenues à la suite des opérations de collecte et de rédaction des *qanouns* kabyles qui avaient été menées par les militaires français⁵¹⁷. Hanoteau a entamé une démarche, jusque-là jamais entreprise, la codification de l'ensemble des coutumes des tribus kabyles dans un unique ouvrage. Cette initiative prit la forme d'un ouvrage de trois volumes qu'Hanoteau rédigea avec un magistrat Aristide Letourneux, intitulé *La Kabylie et les coutumes kabyles*.

Cet ouvrage se démarqua de tous les autres travaux menés auparavant sur les coutumes indigènes, par sa façon d'appréhender les coutumes kabyles, c'est-à-dire sous un angle d'analyse juridique et donc destiné à l'usage des juristes français. *La Kabylie et les coutumes kabyles* représente une véritable rupture épistémologique dans la façon d'appréhender les coutumes indigènes.

À partir du mois de novembre 1860, Hanoteau fut nommé commandant supérieur du Cercle de Fort-Napoléon (Grande Kabylie). Durant cette période, ce dernier continua l'œuvre qu'il avait commencée quand il était affecté à Fort-National. Hanoteau s'était muni de l'aide d'un collaborateur kabyle, *Si Moula N'ait Ameur* dont la présence s'avéra décisive pour la future rédaction d'un coutumier kabyle. *N'ait Ameur* était issu d'une famille maraboutique et avait une grande connaissance du droit musulman malékite. Il était fort probable que le fait d'avoir eu un marabout comme collaborateur ait influencé la façon dont Hanoteau choisissait ses sources juridiques. Ce dernier dans la rédaction de *La Kabylie et les coutumes kabyles* tiendra compte du *fiqh* musulman. Cela distancie l'approche pragmatique menée par Hanoteau de celle de ses prédécesseurs qui, comme nous avons vu plus haut, avaient affronté l'étude des coutumes kabyles en les séparant de façon artificielle du droit musulman et en ne tenant compte uniquement que des *qanouns* édictés par les *djemâs* kabyles.

⁵¹⁷ Ch. Hanoteau, *op. cit.*, p. 139.

N'ait Ameur avait introduit *Hanoteau* dans le milieu des notables kabyles qui vivaient à Fort-National. Ces derniers avaient de bonnes connaissances des coutumes kabyles ainsi qu'une connaissance approfondie de plusieurs décisions des *djemâs*. Ces hommes avaient donné à Hanoteau des informations très utiles sur la façon dont les *djemâs* avaient tranché des questions juridiques des plus complexes⁵¹⁸. En un mot, ces notables représentaient de véritables recueils vivants de jurisprudence coutumière kabyle.

Les résultats de quatre années de travail d'enquête qu'*Hanoteau* avait mené en Kabylie, auraient dû dans un premier temps être publiés- tout comme l'avaient été jusqu'ici les *qanouns* kabyles- sous la forme de monographies séparées, dans une revue telle que la *Revue des deux mondes* ou la *Revue africaine*⁵¹⁹. Cette idée fut écartée et remplacée par un projet beaucoup plus ambitieux, la rédaction d'un ouvrage destiné aux juristes. Cependant, et comme en témoigne le fils du commandant, Charles Hanoteau :

« [...] quand il s'agissait du droit, *Hanoteau* qui n'avait jamais étudié le droit se heurta à des scrupules de rédaction. Le choix d'une terminologie adéquate et pertinente à la catégorie juridique française⁵²⁰ ».

Etant donné qu'*Hanoteau* ne possédait pas une grande connaissance juridique, ce dernier s'adressa à un magistrat, Aristide Letourneux, afin de disposer d'informations suffisantes sur la manière de rédiger un Code⁵²¹. La rencontre entre les deux hommes fut fortuite durant un voyage qu'*Hanoteau* avait effectué à Marseille. Les deux hommes collaborèrent à la rédaction de la *Kabylie et les coutumes kabyles* durant la période 1864-1865, bien que le travail fût réellement achevé seulement en 1868⁵²². Le 14 novembre 1869, Letourneux écrivait : « Notre idée fait son chemin. La coutume kabyle unifiée et codifiée serait acceptée par un million de Berbères, même avec des

⁵¹⁸ *Ibid.*, p. 142.

⁵¹⁹ *Ibid.*, p. 143.

⁵²⁰ *Ibid.*

⁵²¹ *Ibid.*

⁵²² *Ibid.*, p. 146.

*magistrats français*⁵²³ ». Ce projet a failli se concrétiser en 1870, mais il fut interrompu par la chute de régime militaire⁵²⁴. Cependant la rédaction de cet ouvrage qui, notamment par la suite, s'avèrera une source de connaissance des coutumes kabyles incontournable pour les juges de paix français, devait à l'origine constituer un premier échelon d'un dessein plus vaste, soit la rédaction successive d'un véritable code civil kabyle officiel. La chute du régime militaire et la prise du pouvoir du régime civil mirent fin à ce projet. Hanoteau dans la préface de la seconde édition du deuxième volume de *La Kabylie et les coutumes kabyles* explique ainsi que :

« *La réorganisation de la justice était la préoccupation constante du maréchal Randon, alors ministre de la guerre. Il préparait l'installation en plein centre de la Kabylie d'un tribunal d'appel emprunté à la Cour d'appel et, comme corollaire, la rédaction par une commission mixte d'un code civil kabyle qui aurait pu, en plusieurs matières, notamment en ce qui touche la tutelle et les conventions, s'approprier le texte à peine modifié de nos lois*⁵²⁵ ».

Le résultat fut un ouvrage qui était à mi-chemin entre le code civil et les coutumiers de l'Ancien Régime. Ce fut un travail qui, par sa structure et par la méthodologie employée pour sa rédaction, marqua une rupture avec la façon dont les coutumes indigènes avaient été appréhendées par le droit colonial français.

Les méthodes utilisées pour la rédaction du deuxième et du troisième livre de l'ouvrage intitulé *La Kabylie et les coutumes kabyles* marquent une rupture épistémologique avec la façon dont jusque-là les coutumes kabyles et plus généralement les coutumes indigènes avaient été considérées. Bontems remarque sur ce point que : « *La confection des Coutumes kabyles marque une rupture profonde avec la méthode mise en œuvre jusqu'à présent pour dévoiler le système juridique des colonisés*⁵²⁶ ».

⁵²³ Ch. Agéron, *op. cit.*, p. 80.

⁵²⁴ *Ibid.*, p. 80.

⁵²⁵ A. Hanoteau, A. Letourneux, *op. cit.* vol. I, p. 8.

⁵²⁶ C. Bontems, *Le droit musulman algérien à l'époque coloniale, op. cit.*, p. 191.

2. L'ORIGINALITÉ DE L'OUVRAGE D'HANOTEAU ET LETOURNEUX

Les traits d'originalité de l'ouvrage d'Hanoteau et Letourneux étaient représentés par le choix des coutumes analysées et des sources utilisées à cette fin, la façon dont l'œuvre a été structurée et enfin le langage utilisé.

L'ouvrage d'Hanoteau et Letourneux se démarque des travaux qui l'ont précédé avant tout du point de vue du choix des sources de référence. *La Kabylie et les coutumes kabyles* est le résultat d'une synthèse entre les coutumes kabyles, le droit français (Code civil, Code pénal et les codes de procédure civile et pénale) et, de façon moindre, du droit musulman. Les rédacteurs de l'ouvrage reconnaissent une place au droit musulman, aussi modeste fût-elle, parmi les sources des coutumes kabyles. Cela avait offert une vision nuancée sur les rapports que les coutumes kabyles entretenaient avec un droit d'origine religieuse tel que le droit musulman, une nuance qui n'était pas présente dans les études effectuées sur le droit musulman. En dehors de la Kabylie, l'étude des droit indigènes se concrétisa uniquement dans une traduction et une codification du droit musulman qui délaissa totalement l'étude des coutumes locales (*l'urf*). Cet aspect avait fait l'objet de critiques de la part de Sabatery qui, dans son ouvrage datant de 1867⁵²⁷, contemporain de *La Kabylie et les coutumes kabyles* - prônait la nécessité d'une codification de l'ensemble des coutumes des populations arabophones.

Dans le deuxième volume de *la Kabylie et les coutumes kabyles*, le droit musulman d'école malékite est cité parmi les sources juridiques qui devaient être prises en compte par quiconque veuille réaliser une étude sur les coutumes kabyles. Ainsi contrairement aux travaux de Daumas et de Carette, Hanoteau n'oppose pas de façon tranchée le droit musulman aux coutumes kabyles. Comme nous avons plus haut, cela est probablement dû au fait qu'il ait profité de la collaboration ainsi que de l'expertise d'un juriste kabyle musulman tel que *N'ait Aneur*. Dans le deuxième volume de la

⁵²⁷ A. Sabatery, *Elément de droit musulman comprenant l'exposé de l'organisation de la justice Dans les Pachalik d'Alger avant 1830, les principes de droit contenus dans le Koran classés dans l'ordre du code Napoléon, la jurisprudence en droit musulman du tribunal supérieur et de la cour impériale d'Alger, depuis leur création*, Alger, Imprimerie typographique de F. Payson, Peyron, librairie, 1867, p. 119.

Kabylie et les coutumes kabyles, le Coran est présenté comme une source juridique subsidiaire, qui est consulté par les *djemâs* non seulement en matière de prescriptions religieuses mais aussi dans les affaires juridiques. Plus précisément le Coran selon Hanoteau : « [...] *ne régit le droit civil que dans les cas où la coutume n'intervient pas* (I.I.I).⁵²⁸ ». Cependant Hanoteau reconnaît l'existence en Kabylie d'écoles coraniques au sein desquelles était enseigné le traité de *Sidi-Khalif*⁵²⁹ tout comme celle de gloses écrites par les différents commentateurs de droit musulman⁵³⁰.

Hanneman a affirmé plus récemment que : « *Les faits et règles juridiques présentées par Hanoteau et Letourneux nous permettent de changer de perspective et de construire une relation à deux pôles où le droit et la coutume sont totalement imbriqués. En fait, à y regarder de près, la différence entre « islam » et « coutumes kabyles » que postule Hanoteau et Letourneux, est des plus ténues, au point souvent de s'effacer*⁵³¹ ».

Hanoteau au cours de son travail avait apporté une seconde innovation méthodologique qui consiste en l'utilisation dans ses études de la méthode des recherches sur le terrain. Hanoteau n'a pas tenu compte uniquement des sources écrites telles que les *qanouns* kabyles qu'il ne considérait pas comme référence totalement fiable. Les *qanouns* devaient être consultés selon lui avec une certaine « *prudence*⁵³² ». Sur ce point Hanoteau affirme clairement qu'il : « [...] *faut donc se garder de considérer le kanoun d'un village uniquement comme l'expression d'une loi commune à toutes les tribus, ou de l'accepter comme la charte d'un droit exceptionnel et spécial à un village*⁵³³ ».

Le commandant était conscient du fait que la plupart des *qanouns* avaient été rédigés de façon artificielle, vu que lui-même avait participé à l'opération de rédaction des

⁵²⁸ A. Hanoteau, A. Letourneux, *op. cit.*, vol. II, p. 136.

⁵²⁹ *Ibid.*, p. 110.

⁵³⁰ *Ibid.*, p. 114.

⁵³¹ T. Hanneman, « La mise en place du droit kabyle dans l'Algérie coloniale (1857-1868) », (*traduit par Pascale Kahr*), in A. Hanoteau et A. Letourneux, *La Kabylie et les coutumes kabyles*, Seconde édition revue et augmentée présentation de Alain Mahé et Tilamn Hanneman, *op. cit.*, p. XXXI.

⁵³² *Ibid.*, p. 138.

⁵³³ *Ibid.*, p. 138.

qanouns sur commande, d'où le choix de sa part de mener des recherches sur le terrain avec l'aide de ses auxiliaires.

Le commandant cité ci-dessus ne se contenta donc pas des informations sur les coutumes kabyles que pouvaient lui fournir des sources écrites telles que les *qanouns*. Hanoteau comprit que dans le domaine du droit privé, les coutumes kabyles demeuraient dans la mémoire des anciens et donc dans l'oralité. Ainsi aidé par sa connaissance de la langue kabyle ainsi que de l'arabe, Hanoteau mena des entretiens avec des notables kabyles, essayant ainsi de réunir le plus grand nombre possible d'informations sur les coutumes kabyles en matière de droit privé. Plusieurs hommes kabyles connus pour leur connaissance des coutumes de leurs villages et de leurs tribus se rendirent dans le cabinet d'Hanoteau à la suite d'une convocation ou même de leur plein gré afin d'éclairer le commandant sur les multiples aspects des coutumes kabyles qui pouvaient présenter quelque intérêt sur le plan juridique⁵³⁴. C'est ainsi que le fils du commandant Hanoteau, Charles Hanoteau, dans une biographie qu'il rédigea sur son père, décrit la méthode utilisée par celui-ci :

« C'est à la suite de ces entretiens que le commandant Hanoteau, après bien des enquêtes renouvelées, des réponses reconnues inexactes, des opinions admises puis rejetées, après avoir examiné de nombreuses délibérations de djemââs, dégagea et mit par écrit les règles qui servaient de base à la société kabyle⁵³⁵ »

L'utilisation de l'instrument de l'entretien et plus généralement de l'enquête de terrain avait pour but de combler les lacunes que présentaient les *qanouns kabyles* en matière de droit privé. Comme nous l'avons vu plus haut, les *qanouns kabyles* réservaient à la matière des statuts personnels une norme restreinte de prescriptions qui ne dépassaient pas 5% de l'ensemble des normes écrites, tout comme celles en matière de droit réel qui ne dépassaient pas 4%. La plupart des coutumes dans des matières assimilables au droit privé étaient laissées à la mémoire des anciens, donc à l'oralité, d'où la nécessité de mener des enquêtes sur le terrain, visant à la collecte des coutumes kabyles susceptibles d'être assimilables aux institutions de droit privé

⁵³⁴ Ch. Hanoteau, *op. cit.*, p. 139.

⁵³⁵ *Ibid.*, p. 140.

français. Les administrateurs des Bureaux Arabes, comme introduit auparavant, étaient appelés à intervenir dans les différends entre villageois. De ce fait il était nécessaire pour eux d'acquérir des connaissances sur le droit privé kabyle, cela quitte à en inventer de toutes pièces ainsi qu'à hybrider les coutumes kabyles avec le Code civil.

Le troisième élément d'innovation consiste en le fait que le droit français soit cité comme une source juridique contraignante ainsi que comme paramètre de référence dans l'interprétation des coutumes kabyles. En ce sens, le Code civil de 1804 était appelé à revêtir la fonction de source supplétive dans les matières où les solutions fournies par les coutumes kabyles étaient insuffisantes. Plusieurs paragraphes renvoyaient directement aux articles du Code civil. Il est clair que ce rapprochement entre les coutumes kabyles et le Code Napoléon n'était pas innocent et visait à dénaturer les coutumes kabyles par le biais de la codification. En effet, les seules coutumes kabyles prises en compte au cours de la codification furent celles qui pouvaient présenter quelque forme d'intérêt pour les juristes français.

L'originalité du travail d'Hanoteau consiste premièrement en le fait que ce dernier ait analysé les coutumes kabyles sous un angle qui se veut avant tout juridique. L'analyse tint compte uniquement des coutumes kabyles qui exerçaient quelque incidence sur les rapports sociaux-économiques et qui par conséquent étaient susceptibles de présenter un intérêt quelconque pour un juriste français. Tous les aspects liés au folklore, aux rites ou même aux simples obligations ayant un caractère d'ordre purement morale présentes dans les *qanouns* kabyles n'étaient presque jamais pris en considération. Bousquet affirme sur ce point que : « *Sauf de très rares exception, H L ne traitent pas de folklore mais de droit*⁵³⁶[...] ».

Cette sobriété méthodologique a épargné à l'ouvrage d'Hanoteau et Letourneux les dérives apologétiques et propagandistes présentes dans les travaux imprégnés par le mythe kabyle. La méthodologie en question avait aussi épargné à *La Kabylie et le*

⁵³⁶ G.H.-Bousquet, *Justice française et Coutumes Kabiles*, Alger, Imprimerie Nord-Africaine, 1950, p. 10.

coutumes kabyles un certain nombre de dérives orientalistes qui caractérisaient les premiers traités français de droit musulman, tels que la traduction du traité de droit malékite de Sidi Khalil écrite par Nicolas Perron. Ce dernier dédia deux volumes entiers, sur l'ensemble des six volumes de son ouvrage, à l'illustration des prescriptions ayant une nature purement religieuse telles que les modalités avec lesquelles se devaient se dérouler le pèlerinage à la Mecque ou les prières quotidiennes. Pour ces raisons, le travail de Perron fut ignoré par les juristes français. Un sort bien différent fut réservé au deuxième livre de *La Kabylie et les coutumes kabyles* qui, comme nous le verrons - suite à la promulgation du décret du 29 août 1874 - devint une véritable source de droit pour les juges français.

Hanoteau afin d'obtenir des informations juridiques sur les coutumes kabyles, utilisa des entretiens et des questionnaires qui dirigeaient les réponses de ses interlocuteurs et les amenaient à répondre sur des aspects purement juridiques des coutumes kabyles. L'utilisation d'entretiens avec les membres des *djemââs* allaient dans le sens de restreindre le champ de recherche aux seuls aspects des coutumes kabyles qui pouvaient présenter une pertinence avec les institutions juridiques du droit français. Hanoteau voulait, comme nous l'avons souvent souligné, obtenir le plus grand nombre d'informations en matière de droit privé, ce qui a permis à Hanoteau de faire le tri entre le droit et le folklore. Par la suite cette sélection d'informations a facilité la tâche au magistrat Letourneux qui a classé les informations obtenues par Hanoteau sur les coutumes kabyles selon les catégories de la tradition romano-germanique propre au droit français. Nous avons ici un des premiers exemples dans l'histoire du droit colonial français d'utilisation de questionnaire dirigé dans les enquêtes menées sur les coutumes indigènes. Comme le témoigne Charles Hanoteau : « *C'est à la suite de ces entretiens que le commandant Hanoteau, après bien des enquêtes renouvelées, des réponses reconnues inexactes, des opinions admises puis rejetées, après avoir examiné de nombreuses délibérations de djemââs, dégagea et mit par écrit les règles qui servaient de base à la société kabyle* ⁵³⁷ ».

⁵³⁷ Ch. Hanoteau, *op. cit.*, p. 140.

Cette méthode qui fut par la suite objet de critique de la part de Bousquet formulée par exemple dans les termes suivants : « [...] *parmi les nombreux crimes du colonialisme, je n'hésite pas à placer au tout premier rang, la « mental cruelty » dont H L a dû faire preuve à l'égard des malheureux Kabiles pour en extraire des réponses sur des sujets dont les victimes ignoraient tout. Les informateurs ont dû subir sur la base du Code Civil un interrogatoire en règle et, affolés, poussés dans leurs derniers retranchements par semblable trituration, ils ont dû répondre ce qu'ils ont pensé faire plaisir à l'autorité (encore une chose dont il faut se méfier⁵³⁸)* ».

Cette critique de Bousquet résume en soi l'ensemble des reproches qui furent adressés par de nombreux anthropologues et sociologues à l'encontre de l'ouvrage d'Hanoteau et Letourneux et à l'égard du phénomène de la codification des coutumes indigènes, précisément pour ne pas avoir tenu compte de la signification que ces coutumes pouvaient avoir pour les populations étudiées d'un point de vue anthropologique et pour avoir opéré ainsi une acculturation juridique.

L'ouvrage n'était pas tout de même totalement dépourvu de considérations anthropologiques. Cependant celle-ci y était intégrées pour des finalités purement didactiques afin d'expliquer des éléments clés de la culture kabyle qui étaient difficiles à cerner pour des juristes français qui ne connaissaient rien de cette culture.

Le second et le troisième volume de *La Kabylie et les coutumes kabyles* appréhendent les coutumes kabyles sous un angle d'analyse qui se veut avant tout juridique. Cela quitte à sacrifier l'authenticité des coutumes en question ou même quitte à inventer des coutumes de plein gré - voir l'exemple des « fiançailles » kabyles. Un autre élément d'originalité est relatif à la place réservée au droit privé. Le deuxième volume décrit dans les détails les coutumes kabyles en matière de mariage, divorce de droit successoraux et de droits fonciers. Pendant le régime civil, le deuxième livre de l'ouvrage en question sera considéré et consacré par les juridictions françaises comme étant un véritable Code civil kabyle. Ce qui s'explique en partie par la structure et le langage employé dans la rédaction de cet ouvrage.

⁵³⁸ G.H-Bousquet, *op. cit.*, p. 14.

3. LA STRUCTURE ET LE LANGAGE DE LA KABYLIE ET LES COUTUMES KABYLES

Le second et le troisième livre de *La Kabylie et les coutumes kabyles* avait été rédigés afin de répondre à une double exigence : rendre les coutumes kabyles le plus facilement applicables par des juridictions françaises, cela quitte à les transformer, et expliquer les coutumes kabyles aux juristes français. En effet, il est indéniable que l'ouvrage a été aussi conçu pour des finalités didactiques. L'ouvrage illustre de façon claire et compréhensible le fonctionnement des coutumes kabyles aux juristes français. Pour cela, ces dernières étaient classées et exposées à travers les catégories juridiques du droit français, des catégories auxquelles justement le juriste français était familier.

Nous trouvons deux types de langages dans l'ouvrage en question : des chapitres rédigés en utilisant un langage de type prescriptif et d'autres où était utilisé un langage de type descriptif.

D'autre part, le langage de type descriptif est utilisé pour des raisons didactiques, c'est-à-dire, comme nous l'avons plus haut, pour expliquer les coutumes kabyles aux juristes français. Le chapitre III du titre IV du deuxième livre nous offre une explication des origines anthropologiques de certaines coutumes kabyles telles que la dot ou même le rituel du mariage qui y est décrit en détail.

Cela dit, le contenu de ces descriptions fut considéré par la suite par la jurisprudence française et par la doctrine juridique coloniale française comme une référence incontournable. Les descriptions des cérémonies de mariage kabyle et celle des fiançailles ont été considérées comme de véritables procédures que les Kabyles suivaient à la lettre.

Le langage prescriptif avait été par contre utilisé dans les chapitres contenant des normes directement applicables par des juges français. Par exemple le chapitre XI qui traite de la dissolution du mariage kabyle offre une liste exhaustive de cas où les

coutumes kabyles autorisent la résiliation du lien matrimonial⁵³⁹. En matière successorale, nous y trouvons décrites avec une précision digne du Code civil les parts d'héritages prévues par les coutumes kabyles. Ces descriptions prescriptives sont presque toujours suivies d'un renvoi aux articles correspondants du Code civil. C'est ainsi que le caractère contraignant qu'a suscité cet ouvrage au sein des juristes français s'explique en grande partie par le type de langage utilisé par les rédacteurs de *La Kabylie et les coutumes kabyles*.

La théorie que Timsit a développée à propos du lien entre le langage d'un énoncé et sa « juridicité », s'applique pleinement à la méthode utilisée par Hanoteau et Letourneux. Ce lien est d'autant plus évident là où Timsit affirme que : « [...] *c'est l'intensité du caractère obligatoire d'une règle, relié à la prédictibilité de son exécution, au « degré de contrôle exercé sur son décodage » qui en fait la juridicité*⁵⁴⁰ ».

La structure du second ainsi que du troisième livre est clairement inspirée du Code civil, du Code pénal ainsi que des codes de procédure civile et de procédure criminelle. La deuxième section du second livre de la *Kabylie et les coutumes kabyles* traite des coutumes kabyles de droit privé ; c'est une véritable Code civil kabyle. Le schéma suivant lequel les coutumes sont disposées ainsi que les catégories juridiques à travers lesquelles celles-ci sont classées sont clairement inspirés du Code civil de 1804⁵⁴¹. Comme nous l'avons rappelé plus haut, la plupart des coutumes en matière kabyle étaient rattachées à une institution équivalente présente au sein du Code civil ou plus généralement à la doctrine civiliste française⁵⁴².

⁵³⁹ Chapitre XI de la dissolution du mariage : Purement prescriptive 1. Par la mort de la femme. 2-Par la mort du mari, dans les tribus où la femme ne reste pas « *suspendue* » (*taalakith*) à son mari mort (voir le chapitre de la Thamamth9. 3-Par l'absence. 4- Par la répudiation suivie de rachat ; 5- Par la fuite de la femme, suivie de rachat, dans les cas déterminés par la coutume, in A. Hanoteau, A. Letourneux, *op. cit.*, p. 173.

⁵⁴⁰ G. Timsit, « Sur l'engendrement du droit », *RDV*, 1988, p. 45.

⁵⁴¹ Ainsi le titre I premier de la *Kabylie et les coutumes kabyles*, tout comme le titre premier du Code civil de 1804, traite d'abord des sources du droit kabyle. Suivi par un Titre II qui décrit les droits civils et la propriété privée. Le Titre III traite de l'absence suivi par le mariage, Titre IV (Chapitre III du code civil).

⁵⁴² Certains instituts coutumiers kabyles n'ont pas été traduits en français et furent laissés en langue kabyle. Dans le troisième volume de *La Kabylie et les coutumes kabyles*, *Op. cit.*, nous trouvons les

La notion même de coutume kabyle avait été francisée. Celle-ci a été définie et classée en y appliquant de façon purement artificielle la dichotomie entre la notion de coutume et celle d'usage, une dichotomie propre au droit français. L'*aada* correspondait donc à la coutume et le *taarif* à l'usage.

L'*aada*, du côté kabyle, est décrite tantôt comme étant une : « coutume *générale, se transmettant, de génération en génération, par la tradition orale*⁵⁴³. », tantôt comme une : « [...] *loi commune de la Kabylie, tout village, en vertu de son autonomie, peut la modifier dans ses détails et l'accommoder aux conditions particulières qui résultent de sa position, de son industrie ou de ses mœurs*⁵⁴⁴ ». Une notion qui renvoie à une constitution ou une loi fondamentale.

Le *taarif* était assimilé à la notion française d'usage local. Le *taarif* est décrit comme le résultat de l'adaptation de l'*aada* aux exigences villageoises, donc comme une : « *modification de la coutume, qui naît du droit propre du village, et qui correspond à peu près à l'expression « usage local*⁵⁴⁵ ». La description se conclut par un renvoi aux articles du Code civil qui disciplinait les usages, précisément aux articles 671-674 du Code civil⁵⁴⁶.

Les biens ainsi que les contrats sont classés selon les catégories du Code civil. Nous avons ainsi la dichotomie entre les biens meubles et les biens immeubles (I, II, I). En matière de contrat⁵⁴⁷ (I, II, III) tout comme en matière d'obligation nous trouvons un renvoi aux articles du Code civil.

Ce droit privé kabyle a été accompagné d'une procédure civile kabyle. Dans le troisième livre, nous trouvons une description des procédures judiciaires qui se

termes suivants laissés en kabyle ; *Mafk'oud*-présupposé absent (A. Han.A. Let. Sec.2.Liv.I, titre III, Chap.I) *Asr'imî* : La donation (A. Han. A. Let Sec.2.Liv.I, titre III, Chap.I), *Aila* : Les biens (A. Han. A .Let Sec.2.Liv.I, titre VI, Chap II), *Ak'al ou thamourth illan* : Les biens immeubles (A. Han. A. Let Sec.2.Liv.I, titre VI, Chap II), *ak'al ou thamourth illan deg* : Les immeubles (A. Han. A. Let Liv II, Titre I, chap. I), *Thamenafekt* : De la femme insurgée (A. Han. A. Let Sec.2.Liv.I., titre IV, chap. XV) *Achabour*, : L'usufruit (A .Han. A. Let Sec. 2. Liv II, Titre IV.).

⁵⁴³ A. Hanoteau, A Letrouneux, *op. cit.*, p. 137.

⁵⁴⁴ *Ibid.*

⁵⁴⁵ *Ibid.*, p. 137.

⁵⁴⁶ *Ibid.*

⁵⁴⁷ *Ibid.*, p. 348

tenaient devant les *djemâs* et qui se rapprochaient de la procédure civile française telle que disciplinée par le Code de procédure civile de 1807, bien que la description commence avec la considération suivante: « *Il n'y a point en Kabylie de magistrats ni de hiérarchie judiciaire : la coutume ne connaît ni les avoués, ni les avocats, ni huissiers*⁵⁴⁸ » et la procédure qui se déroulait devant les *djemâs* était selon les auteurs de *La Kabylie et les coutumes kabyles* : « [...] *réduite à sa plus simple expression* [...]»⁵⁴⁹.

Hanoteau et Letourneux cherchèrent néanmoins à schématiser et à rationaliser dans le troisième livre de leur ouvrage les démarches qui se tenaient devant les *djemâs* en trois catégories, dont la première était la procédure devant un juge arbitre écrite dans le premier chapitre du troisième volume. Une autre catégorie était représentée par les procès-médiations qui se tenaient devant les *Midjeles* (chap. II). Bien que les auteurs de *La Kabylie et les coutumes kabyles* affirment l'absence de juristes dans la culture kabyle, ces derniers parlent néanmoins de la présence en Kabylie d'une figure assimilable à celle des «jurisconsultes » qui interviennent dans les affaires délicates et se constituent en assemblées « *midjelès* »⁵⁵⁰ et ils expliquent ainsi que : « *Dans les affaires très graves et très délicates, les parties se présentent devant la djemâa escortées d'un certain nombre de jurisconsultes ; chacune en amène un qu'elle juge convenable à ses affaires* [...]. *Si tous se mettent d'accord* [...], *l'un d'eux est chargé de rédiger le jugement, contre lequel il n'y a pas de recours*⁵⁵¹ »

La troisième et dernière forme procédurale était celle qui se déroulait devant les *djemâs* villageoises (II, II.). Cette juridiction tranchait sur les différends entre les parties par le biais de sentences contraignantes, cette fonction était confiée à la *djemâa*.

Letourneux a décrit et schématisé les procédures qui se déroulaient devant les *djemâs* à travers des catégories propres au droit civil et criminel français. Cette démarche avait pour finalité d'offrir aux juristes français des informations utiles

⁵⁴⁸A Hanoteau, A. Letourneux, *op. cit.* vol. III, p. 02.

⁵⁴⁹ *Ibid.*, p. 01

⁵⁵⁰ *Ibid.*, p. 4.

⁵⁵¹ *Ibid.*

concernant des coutumes qui pouvaient présenter un quelconque intérêt sur le plan de la procédure civile. Ainsi dans *La Kabylie et les coutumes kabyles* on peut entrevoir une distinction entre les procédures d'arbitrage qui visaient la conciliation des parties et les jugements ordinaires qui par contre avaient pour objectif de trancher les différends entre les parties à travers une décision contraignante sans qu'il y ait une conciliation préalable entre les parties. Nous trouvons la description de coutumes en matière de « fin de non-recevoir » ainsi que de « prescriptions » (III, IV, I), suivie d'une description de nombreuses exceptions prévues par la coutume kabyle et assimilables à l'exception de La chose jugée kabyle⁵⁵², de la transaction⁵⁵³ (III, II, II), de l'aveu de la partie adverse⁵⁵⁴ (III, II, III) et aux exceptions dilatoires⁵⁵⁵ (III, II, IV).

Le titre VI offre une série de moyens probatoires reconnus comme tels par les coutumes kabyles, comme la vérification d'écritures et du faux civil⁵⁵⁶, (6,1) les enquêtes⁵⁵⁷ (6,2), les applications des titres au terrain⁵⁵⁸ (III., 6, 4) et des expertises⁵⁵⁹. Le troisième livre offre une série d'informations en matière d'obligations, en l'occurrence de la mise en interdit⁵⁶⁰ (III, 1,1) ainsi que des effets de l'interdit⁵⁶¹ (III, 2, chap. II) et de l'administration des biens et de la vente⁵⁶² (III,3). Le titre III donne des informations en matière successorale, c'est-à-dire des partages et des licitations⁵⁶³.

Tout comme ce fut le cas pour le droit civil, les auteurs de *La Kabylie et les coutumes kabyles* ont classé les coutumes kabyles à travers les catégories du Code pénal français de 1810 ainsi que selon les phases prévues par la procédure criminelle française de l'époque. Le tout en dépit du fait que les coutumes kabyles, ayant un caractère répressif, ne firent jamais l'objet d'une reconnaissance officielle de la part

⁵⁵² *Ibid.*, p. 17.

⁵⁵³ *Ibid.*, p. 18.

⁵⁵⁴ *Ibid.*, p. 19.

⁵⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁵⁶ *Ibid.*, p. 21.

⁵⁵⁷ *Ibid.*, p. 22.

⁵⁵⁸ *Ibid.*, p. 27.

⁵⁵⁹ *Ibid.*

⁵⁶⁰ *Ibid.*, p. 40.

⁵⁶¹ *Ibid.*, p.41.

⁵⁶² *Ibid.*

⁵⁶³ *Ibid.*, p.44.

du législateur français et que, comme nous l'avons déjà rappelé, les Bureaux Arabes avaient interdit aux *djemâs* d'intervenir dans les affaires de droit criminel.

Le Code pénal français était appliqué dans l'ensemble du territoire algérien administré par les Bureaux Arabes. Cela valait aussi pour la Kabylie et malgré le fait que les vendettas (*oussiga*) étaient encore fréquentes et que, dans les faits, les coutumes kabyles primaient sur le Code pénal. Les normes villageoises de nature répressive constituaient 50 % de l'ensemble des normes villageoises. Celles-ci continuaient à être appliquées par des *djemâs* clandestines qui opéraient de façon non-officielle. Ce phénomène ne pouvait pas être ignoré par le commandant Hanoteau. Ce dernier avait retenu utile de mettre en place une codification des coutumes kabyles selon les catégories du droit pénal français.

La rédaction d'un Code pénal kabyle s'avérait être une opération encore plus ardue que celle de la codification d'un droit privé kabyle. Le fossé culturel qui séparait le droit pénal français et les coutumes kabyles était encore plus prononcé que celui qui existait entre ces dernières et le droit privé. Cela était dû au fait que le droit pénal français, tout comme l'ensemble des droit pénaux des pays européens de l'époque, ne laissait aucune place aux coutumes, cela au nom du principe de typicité des crimes et des délits et de la réserve de loi résumée dans le fameux adage : *nullum crimen nulla poena, sine lege*, Ce qui consacrait la loi écrite comme unique source du droit pénal, une des conquêtes de la philosophie du droit des Lumières milanais (Beccaria, Verri etc..).

Le deuxième obstacle auquel se sont confrontés les rédacteurs de *La Kabylie et les coutumes kabyles* était lié au fait qu'il n'y avait pas de différences entre le droit privé et le droit pénal, une dichotomie qui était totalement étrangère à la logique des coutumes kabyles. Celles-ci considéraient la vengeance souvent comme une affaire privée. Cela était intolérable aux yeux d'un magistrat français tel que Letourneux qui, sur ce point affirmait que :

« *La France, en plantant son drapeau sur les cimes inviolées du Jurjura, ne pouvait souffrir que son ombre abrita les sanguinaires exigences du droit privé*⁵⁶⁴ [...] ».

Un troisième facteur de friction entre les coutumes kabyles et le droit pénal français était dû au fait que les coutumes en question reconnaissaient au groupe et plus généralement à la communauté une protection juridique plus importante que celle accordée aux individus. En un mot le groupe primait sur les individus. Dans les coutumes kabyles, comme dans la plupart des coutumes des sociétés traditionnelles, l'honneur du groupe (*hurma, nif*) primait en effet sur les intérêts des individus. Les normes coutumières rédigées dans les *qanouns* ayant un caractère répressif, avaient comme finalité première la préservation de l'ordre social. Les *djemâs* n'intervenaient pas dans les conflits qui surgissaient au sein des membres d'une même famille. Ces conflits devaient être réglés en famille. Seuls les délits qui portaient une atteinte à l'honneur ou à la sécurité du groupe étaient susceptibles d'être sanctionnés par les *djemâs*. Hormis ces cas précis, tous les autres délits étaient laissés à la vengeance privée (*tamgert*). Seuls les délits comme le parricide ou l'atteinte à un étranger qui jouissait du droit d'asile (*aniïa*) au sein d'un village pouvaient provoquer une intervention de la *djemâa*. Il faut souligner que même dans ces cas la raison de la tutelle n'était pas l'intégrité physique ou le droit à la vie de la victime mais plutôt la bonne renommée du village ou, selon certaines croyances populaires kabyles, pour éviter des malédictions pour l'ensemble du village que certains actes tels que le parricide ou l'atteinte à toute personne physique jouissant du droit d'asile, entraîneraient. Souvent les maisons des coupables étaient détruites ou incendiées afin d'éviter la retombée du mauvais sort sur le village entier. Il faut remarquer que même dans ces cas, l'objet de la tutelle reste toujours la sécurité du groupe et non pas celle des victimes.

Ces mêmes coutumes qui octroyaient une tutelle au groupe n'accordaient aucune protection contre les atteintes à l'honneur des individus singuliers (*hurma*). En effet des comportements assimilables aux délits d'injure ou de diffamation n'étaient pas sanctionnés par les *qanouns* kabyles. La sanction était laissée à la discrétion des

⁵⁶⁴ *Ibid.*, p. 58.

individus⁵⁶⁵. Comme nous l'avons mentionné plus haut, les *djemâs* n'intervenaient pas non plus quand surgissait des différends entre des membres d'une même famille. En plus de cela, les *djemâs* ne tranchaient jamais sur les différends qui opposaient les villageois mais exhortaient toujours les parties à une conciliation.

Un dernier élément de contraste qui opposait les coutumes kabyles au droit pénal français était l'absence au sein de ces coutumes de toute distinction entre le droit ou *jus*-tel qu'il fut inventé en Occident⁵⁶⁶ et réélaboré par la modernité juridique- et les obligations morales et prescriptions qui étaient de l'ordre du *décorum*⁵⁶⁷. Cela rendait aux yeux des juges français un certain nombre de prescriptions contenues dans les *qanouns* inapplicables. Selon les auteurs de *la Kabylie et les coutumes kabyles*, dans les coutumes kabyles : « [...] *des obligations de pure morale y revêtent le caractère de prescriptions légales*⁵⁶⁸», et ajoutaient que : « *Comme chez toutes les nations anciennes, la réglementation est excessive et descend aux moindres détails. Tout est prévu, classé réglé ; le code du village ne procède pas par catégories et par genres, mais par espèces*⁵⁶⁹ ».

Le juriste britannique Sumner Maine, reconnu comme le père de l'anthropologie juridique, avait tenu des propos similaires dans ses études menées sur les coutumes autochtones indiennes, par lesquels il affirmait ce qui suit :

*« Le Droit coutumier primitif offre une double particularité. Il est extrêmement pauvre sur certains points, et excessivement prodigue de réglementations sur d'autres. Or, les matières pour lesquelles les règles abondent sont précisément celles dont l'importance diminue à mesure que les mouvements de la société deviennent plus vifs et plus variés*⁵⁷⁰ »

⁵⁶⁵ M. Gahlouz, *Les Qanouns Kabyles. Anthropologie juridique du groupement social villageois de Kabylie*, Paris, L'Harmattan, coll. Tira-Langues, littérature et civilisation berbères. 2011, p. 186.

⁵⁶⁶ A. Schiavone, *Ius l'invention du droit en Occident*, Editions Belin, 2009.

⁵⁶⁷ La séparation entre le droit et le décor (Decorum) tire son origine de l'œuvre de Thomasius notamment dans le chapitre XXV de son œuvre intitulé *Fundamenta iuris naturae* (XXV).

⁵⁶⁸ A. Hanoteau, A. Letourneux, *op. cit* vol III., p. 57.

⁵⁶⁹ *Ibid.*

⁵⁷⁰ H. Sumner Maine, *Études sur l'Histoire du droit*, Ernest Thorin, Editeur, Paris, 1889, p. 542.

D'ici la nécessité pour le rédacteur de *La Kabylie et les coutumes kabyles* de faire un tri au sein des *qanouns* kabyles qui visait à sélectionner les normes susceptibles d'une application juridique afin de les séparer des prescriptions ayant un contenu purement moral ou liées au *décorum*. Ainsi seules les normes juridiques étaient codifiées suivant le schéma du délit tel que prévu par le Code pénal français de 1810 afin de combler le fait que : « *Aucune théorie pénale n'ayant été formulée par les kabyles leur droit échappant à la classification de nos codes* ⁵⁷¹ ». Le résultat obtenu fut le troisième livre de *La Kabylie et les coutumes kabyles*, dédié au droit pénal.

Dans ce troisième livre nous trouvons deux types de coutumes. La première catégorie regroupe les coutumes inclassables pour les juristes français, le cas de la vendetta et d'autres phénomènes qui entraînent une punition collective. La finalité de cet exposé était de nature purement didactique, visant à expliquer aux juristes français un phénomène très présent en Kabylie, la vengeance privée et ses implications sociales. Ainsi nous y trouvons expliquées les dynamiques de la violence privée (*rek'ba*⁵⁷²) – et des réparations privées telles que le *thoutchith* ou de l'*ousiga*⁵⁷³.

Dans la deuxième catégorie sont classées les prescriptions coutumières présentant un quelconque intérêt pour le droit pénal français, c'est-à-dire le comportement délictueux qui implique une responsabilité individuelle et les normes qui s'appliquaient en dehors du cercle familial.

Les comportements réprimés par les *qanouns* kabyles sont regroupés selon les catégories du droit pénal français, plus précisément celles du deuxième et du troisième livre du Code pénal. Les comportements délictueux sont classés à travers la tripartition des crimes, délits et contraventions. Nous y trouvons un chapitre dédié aux personnes punissables, suivi par une liste de délits classés selon les intérêts lésés, un chapitre dédié aux « délits contre la chose publique et l'honneur du village », qui rappelle le chapitre du Code pénal dédié aux « *Crimes et délits contre la chose*

⁵⁷¹ A. Hanoteau, A. Letourneux, *op. cit* vol III.

⁵⁷² *Ibid*, p. 60.

⁵⁷³ *Ibid.*, p. 73.

publique », un chapitre sur les délits contre les particuliers⁵⁷⁴ (le titre II du premier chapitre du Code pénal), les « attentats contre la propriété⁵⁷⁵ » (chapitre II), des infractions aux règlements concernant la police intérieure du village⁵⁷⁶ .

Le troisième livre de *la Kabylie et les coutumes kabyles* ne fut jamais appliqué par les tribunaux français. Seules les coutumes assimilables au droit privé furent appliquées par les juges de paix français. Cela s'explique par le fait que durant le décret du 29 août 1874 adopté durant le régime civil, avait consacré uniquement les coutumes kabyles en matière de statut personnel, de contrats et de droits fonciers. Plus encore que ne l'avaient fait les Bureaux Arabes, les juges de paix présents en Kabylie vont réprimer les vengeances privées et tout comportement délictueux, notamment à l'encontre des femmes et des mineurs.

En résumé, l'œuvre d'Hanoteau et Letourneux marqua une étape fondamentale dans l'histoire du droit colonial français, le passage des rédactions des coutumes indigènes à la codification de celles-ci. La chute du régime militaire mit fin au phénomène de la codification des coutumes autochtones. Seul le droit musulman fit l'objet d'une tentative de codification de la part du juriste Marcel Morand. Cela dit, la méthodologie utilisée dans la codification des coutumes kabyle marqua et influença la façon dont furent appréhendées les coutumes indigènes dans la plupart de la colonie du naissant second Empire colonial français

SECTION 2. LE PHÉNOMÈNE DE LA CODIFICATIONS DES COUTUMES AUTOCHTONES ENTRE LA FIN DU XIX^e SIÈCLE ET LE DÉBUT DU XX^e SIÈCLE

Le travail de rédaction et de codification des coutumes kabyles a été à l'origine d'un vaste phénomène de rédaction et de codification des coutumes autochtones au sein des colonies françaises. L'ouvrage d'Hanotaux et Letourneux a eu notamment une influence sur les projets de codification du droit musulman algérien de Morand ainsi

⁵⁷⁴ *Ibid.*, pp. 174-225

⁵⁷⁵ *Ibid.*, pp. 231-290

⁵⁷⁶ *Ibid.*,

que sur le projet de codification des coutumes berbères marocaines, tout comme sur les Coutumiers africains en A.O.F. Les opérations de rédaction et de codification des coutumes kabyles présentent plusieurs points de convergence avec des opérations analogues au cours du XXe siècle dans d'autres empires coloniaux européens et sont présents dans les droits coloniaux romanistes ainsi que ceux de Common law.

§1. LES SIMILITUDES ET LES DIFFERENCES ENTRE « LA KABYLIE ET LES COUTUMES KABYLES » ET LES COUTUMIERS DE L'A.O.F. ET DE L'A.E.F.

L'influence du travail d'Hanoteau et Letourneux a été visible en Algérie dès les années 1910 au moment de la rédaction d'un Code musulman de la part du Doyen de la Faculté de Droit d'Alger, Marcel Morand. Tout comme ce fut le cas de *La Kabylie et les coutumes kabyles*, l'avant-projet Morand avait tenu en compte uniquement des aspects du droit musulman - *fiqh* qui présentaient une certaine pertinence avec le droit privé français. Hormis l'exemple du Code Morand, l'avènement du régime civil mit en Algérie fin à l'élan codificateur. Néanmoins, ce mouvement de codification des coutumes autochtones fut exporté dans les colonies et le protectorat français en Afrique et en Cochinchine.

Hannmann affirme sur ce point que : « *L'importance de la Kabylie et les coutumes kabyles s'étend au-delà (du cadre restreint) de la Kabylie. Cette œuvre d'un général - Alphonse Hanoteau - et d'un magistrat - Aristide Letourneux, conseiller de la Cour d'Alger - représente l'une des toutes premières codifications juridiques d'envergure suscitée par l'histoire coloniale européenne*⁵⁷⁷ ».

Le travail de rédaction et de codification des coutumes que les Bureaux Arabes avaient mené en Algérie à partir des années 1860, a eu une certaine influence sur la Politique Berbère menée au sein du Protectorat français au Maroc au début du XXe siècle⁵⁷⁸. Tout comme ce fut le cas en Algérie pour les coutumes kabyles, au Maroc

⁵⁷⁷ T. Hannmann, *op. cit.*, p. XXXII.

⁵⁷⁸ L'œuvre d'Hanoteau, Letourneux a exercé une certaine influence dans d'autres empires coloniaux. Voir P. Parkes, «Canonical ethnography : Hanoteau and Letourneux on Kabyle communal law», in *Out*

l'ensemble des coutumes berbères furent maintenues en place et toujours comme en Algérie l'administration française au Maroc tenta de codifier l'ensemble des coutumes berbères du Maroc.

Tout comme la politique menée par les Bureaux Arabes en Kabylie, la politique berbère voulue par Lyautey visait au maintien en place des structures politiques des populations berbères marocaines. À l'instar de Randon en Kabylie, les gouverneurs français s'étaient opposés à l'implantation dans les territoires berbères du Maroc de tribunaux musulmans. Lyautey était influencé par la thèse de Harnan et précisément par son ouvrage intitulé *Domination et colonisation*⁵⁷⁹ dans lequel l'auteur prônait un modèle de colonisation basé sur le maintien en place des institutions et des usages indigènes⁵⁸⁰.

La Kabylie a ainsi représenté un terrain d'expérimentation pour les futures « politiques berbères » menées par la France au Maroc. Le rapport datant de 1914⁵⁸¹ représente un exemple de l'affinité entre les deux politiques vis-à-vis du droit coutumier et le rapport de 1914 résume l'objectif de la politique française au Maroc⁵⁸². Sur le sujet de la coutume berbère en vigueur auprès de la population de l'Atlas le document donne les instructions suivantes :

« [...] *Nous devons constamment nous inspirer des mœurs et des coutumes locales et, quand nous avons à innover, le faire avec la plus grande prudence, sans nous croire liés, dans ces innovations, par les formes musulmanes que nous suivons ailleurs. [...] En résumé, il faut éviter d'islamiser, d'arabiser les Berbères. S'il est nécessaire qu'ils évoluent, nous dirigerons leur évolution vers une culture nettement européenne, et non purement musulmane [...]*⁵⁸³ ».

of the study an into the field - Ethnography Theory and Practice in French Anthropology , Methodology and History in Anthropology, Volume 22, Edited by R. Parkin and A. de Sales, Bergan Books, New York, 2010. p. 62.

⁵⁷⁹ J. Lafon, *Itinéraire de l'histoire du droit à la diplomatie culturelle et à l'histoire coloniale*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001, p. 317.

⁵⁸⁰ *Ibid.*

⁵⁸¹ A. Plantey, *La réforme de la Justice Marocaine-La justice Makhzen et la Justice Berbère*, Paris, librairie générale de droit et de jurisprudence, 1952, p. 197.

⁵⁸² *Ibid.*

⁵⁸³ *Ibid.*

Pour pouvoir être appliquées, les coutumes berbères devaient être connues et étudiées. Le modèle dont les gouverneurs s'étaient inspirés demeurait naturellement l'ouvrage d'Hanoteau et Letourneux. Les coutumes furent appréhendées de façon très similaire à celle qui fut adoptée pour la rédaction de la « *Kabylie et les coutumes kabyles* », c'est-à-dire sous un angle juridique. Cette influence était reconnue de façon explicite dans les termes suivants :

« *Les travaux faits en Algérie et surtout ceux de Hanoteau et Letourneux nous fourniront pour cela une base solide*⁵⁸⁴ ».

La codification des coutumes kabyles menée par Hanoteau et Letourneux, est vue par l'administration française présente au Maroc, comme un modèle applicable aux coutumes berbères marocaines. Nous trouvons ainsi écrit : « [...] *il importe de recueillir les survivances de cette coutume partout où elles seront signalées, même à l'état fragmentaire. Et c'est seulement lorsque nous posséderons un recueil complet de ces survivances qu'il sera possible d'entreprendre le travail de synthèse analogue au beau travail de Hanoteau et Letourneux sur la Kabylie et ses coutumes*⁵⁸⁵ ».

Le Résident général de France au Maroc avait adressé le 15 juin 1914 à tous les postes du Protectorat un questionnaire indiquant les points à étudier. Le 09 janvier 1915 fut constitué à Rabat un Comité d'Etudes berbères⁵⁸⁶, ayant pour objectif : « [...] *de centraliser les travaux établis dans les différentes régions sur les populations berbères du Maroc*⁵⁸⁷ ». Le questionnaire visait à étudier les coutumes berbères et à les classer selon les catégories du droit privé⁵⁸⁸ et de droit pénal (atteintes à la propriété) et à étudier la procédure qui se tenait devant les *djemâs*.

⁵⁸⁴ *Ibid.*, p. 09.

⁵⁸⁵ *Ibid.*, p. 83.

⁵⁸⁶ *Ibid.*

⁵⁸⁷ Archive Berbère : Publication du Comité d'Etudes Berbères de Rabat. Vol. I Année 1915, p. 06 et suivants

⁵⁸⁸ 1. La famille. A) le Mariage. b) le clan. T -L'Agriculture et l'élevage 2-Le commerce-Les échanges, 3-L'industrie-) c) La propriété (1-Propriété privée, 2-Prop. Collective, 3)-Transmission de la propriété) d) attentats contre la propriété. D) La justice (1-La coutume 2-statut personnel 3-Les contestations (intervention de la djemaa ou des arbitres).

Le phénomène de la codification des coutumes s’exporta par la suite à partir de la fin du XXe siècle dans les colonies de l’Afrique occidentale française (A.O.F.) ainsi qu’en Cochinchine.

Faidherbe importa au Sénégal l’institution du Cercle militaire qui avait instauré en Algérie par les Bureaux arabes.⁵⁸⁹ Faidherbe, avait été affecté en Algérie en 1844 et en 1849 pour la durée de 3 ans⁵⁹⁰. Sous les ordres de Saint Arnaud, ce dernier avait été affecté dans la Campagne de Kabylie où il participa à la construction du fort de *Bou Saada*⁵⁹¹.

Dans son ouvrage intitulé *Les Zenaga des tribus sénégalaises. Contribution à l’étude de la langue berbère*, Faidherbe donna une image très positive des berbères d’Afrique du nord⁵⁹² auxquels il attribue tous les lieux communs du mythe kabyle, comme l’absence de polygamie, un statut avantageux pour les femmes et une gouvernance démocratique. Faidherbe s’inspire de la grammaire kabyle d’Hanoteau afin d’étudier les langues berbères présentes au Sénégal⁵⁹³. Ceci étant, Faidherbe avait néanmoins une image très négative des Berbères maures de la rive droite du fleuve Sénégal qui, selon lui, étaient des fanatiques religieux qui exerçaient une influence négative sur les populations noires du Sénégal⁵⁹⁴.

Comme vu plus haut, l’administration de Faidherbe, fondée sur la Direction des affaires politiques, était inspirée des Bureaux Arabes de Bugeaud⁵⁹⁵. Ainsi Faidherbe mit en place des tribunaux coraniques qui visaient selon lui à protéger la justice indigène des atteintes du droit français⁵⁹⁶. La politique de la Direction des affaires politique fut perfectionnée par la suite par Gallieni⁵⁹⁷.

⁵⁸⁹ J. Lafon, *op. cit.*, p.320.

⁵⁹⁰ J. Amselle, *op. cit.*, p. 122.

⁵⁹¹ *Ibid.*, p. 122.

⁵⁹² L. Faidherbe, *Le Zénaga des tribus sénégalaise, Contribution à l’étude de la langue berbère*, Lille, Danel, 1977, p. 95.

⁵⁹³ *Ibid.*, p. 22-26.

⁵⁹⁴ L. Faidherbe, *Chapitre de géographie sur le nord-ouest de l’Afrique avec une carte de ces contrées à l’usage des écoles de la Sénégambie*, Saint-Louis, Sénégal, Imprimerie du gouvernement, 1864, p. 9. Ouvrage cité dans le livre de Amselle, *op.cit.*, p. 128.

⁵⁹⁵ J.Amselle, *op. cit.*, p. 139-141.

⁵⁹⁶ *Ibid.*, p. 141.

⁵⁹⁷ J. Lafon, *op. cit*, p. 320.

Par conséquent, comme en Kabylie, en A.O.F les militaires français mirent en place une administration indirecte qui consistait à contrôler les tribus locales en affaiblissant le rôle des chefferies et des marabouts, le tout en maintenant en place leurs institutions politiques traditionnelles locales. La politique française en A.O.F fut le triomphe de la politique par association. Tout comme les Bureaux Arabes en Kabylie, l'administration française en Afrique occidentale comme l'explique Maupoil avait : « [...] *posé en principe le respect des coutumes locales en tout ce qu'elles n'ont pas de contraire aux règles admises par la civilisation d'Europe*⁵⁹⁸ ». Tout comme ce fut le cas pour les militaires des Bureaux Arabes présents en Algérie, les administrateurs français en A.O.F avaient comme priorité principale le maintien l'ordre public. L'article 75 du décret du 10 novembre 1903 prévoyait que : « *La justice indigène appliquera en toute matière les coutumes locales, en tout ce qu'elles n'ont pas de contraire aux principes de la civilisation française* ». Ce fut ainsi que les coutumes locales qui menaçaient l'ordre public étaient réprimées. Tout comme en Kabylie, les militaires français se livrèrent eux aussi à l'étude des coutumes locales en vue d'une future rédaction et codification de celle-ci. Ces deux opérations étaient inspirées de la rédaction des *qanouns* kabyles ainsi que de l'ouvrage d'Hanoteau et Letourneux.

Contrairement à ce qui se vérifia en Kabylie, le phénomène de la codification des coutumes d'Afrique de l'Ouest est né d'une initiative franco-allemande et non pas uniquement française. L'initiative avait été prise durant la Conférence de Berlin, à la suite de laquelle en 1885 le Dr Hammacher, membre du Reichstag, avait demandé aux autorités coloniales allemandes d'obtenir le plus grand nombre d'informations sur les coutumes des populations autochtones des colonies allemandes⁵⁹⁹. Le juriste Hermann Post rédigea pour l'Union internationale de droit comparé et d'économie un formulaire portant sur le « droit coutumier des peuples primitifs ou demi-civilisés⁶⁰⁰ ». Cette étude avait reçu le support du Département allemand des affaires

⁵⁹⁸ B. Maupoil, « L'étude des Coutumes juridiques de l'A.O.F », in *Coutumiers Juridiques de l'Afrique Occidentale Française*, Tome I, Sénégal, Paris, 1939, p. 1.

⁵⁹⁹ A. Lyall, «Early German Legal Anthropology: Albert Hermann Post and his Questionnaire», in *Journal of African Law*, 52, 2008, p. 116.

⁶⁰⁰ *Ibid.*, p. 116.

étrangères et de la compagnie allemande des colonies ainsi que celui de l'Union coloniale française⁶⁰¹.

L'initiative de la rédaction des coutumes africaines fut par *L'Union Internationale de Droit et d'Economie Politique* qui avait son siège à Berlin en 1897. Le 3 janvier 1897 le colonel Trentinian, Lieutenant-Gouvernant du Soudan, adressait à tous les Commandants de région, cercles et postes, une note dans laquelle il demandait de répondre au questionnaire qui lui avait été adressé par L'Union internationale de Droit et d'Economie politique à Berlin, en précisant ce qui suit :

« J'attache une grande importance à ce travail, non seulement parce qu'au point de vue scientifique, il est de notre devoir de coopérer à l'œuvre de l'Union internationale par l'apport de documents les plus complets et les plus consciencieusement établis, mais encore parce que ce travail sera d'une très grande utilité pour tous ceux qui viennent servir au Soudan ou s'intéressent à cette colonie. Il devra donc être établi avec le plus grand soin⁶⁰² ».

Par la suite Trentinian ajoutait :

« J'attire votre attention sur l'importance de certaines observations contenues dans l'avertissement qui précède le questionnaire, telles que : ne jamais généraliser, noter les différences locales et les circonstances qui les produisent, donner des renseignements absolument exacts et authentiques plutôt que complets et abondants⁶⁰³ »

Ce fut par la suite et sous les auspices du *L'Union Internationale de Droit et d'Economie Politique*, qui avait son siège à Berlin, qu'en 1897 Charles Monteil rédigea seize coutumiers ayant pour objet les coutumes des populations *Khassoné*⁶⁰⁴.

⁶⁰¹ *Ibid.*,

⁶⁰² B. Mapoil, (introduction), *Coutumier Juridique de l'Afrique Occidentale Française*, Paris, Tome I, Sénégal, Publications du comité d'études historiques et scientifiques de l'Afrique Occidentale Française, 1939, p. 1-2.

⁶⁰³ *Ibid.*, p. 2.

⁶⁰⁴ J. Poirier, « La rédaction des coutumes juridiques en Afrique d'expression française » In (sous la dir. J. Gillissen), *La rédaction des coutumes dans le passé et dans le présent, Etudes d'histoire et d'ethnologie juridiques*, Bruxelles, Université Libre de Bruxelles, Institut de Sociologie, 1962, p. 275.

Le 14 février 1901 le Gouverneur Clozel avait constitué une Commission d'étude ayant comme objectif d'étudier les coutumes des populations *Agni* de la Côte d'Ivoire. Comme il avait été le cas auparavant pour les coutumes berbères marocaines, les travaux de recherche furent menés par le biais de questionnaires juridiques par Villamour et Delafosse⁶⁰⁵. Les données recueillies sur les coutumes *Agni* furent classées selon le schéma du Code civil, en chapitres et articles. L'Arrêté du Gouvernement de la Côte d'Ivoire avait précisé qu'il « [...] *ne s'agit pas là d'un Code devant être rigoureusement appliqué [...] mais plutôt de dresser un tableau clair et précis de ces coutumes au stade actuel de leur évolution, sans arrêter les progrès de celles-ci*⁶⁰⁶».

Au-delà des bonnes intentions, les coutumiers africains visaient à unifier des coutumes et des usages qui étaient très fragmentaires⁶⁰⁷. De façon encore semblable à la politique menée en Kabylie, les coutumes d'Afrique noire avaient été appréhendées sous un angle d'analyse purement juridique en utilisant des questionnaires qui orientaient les recherches vers des problématiques et des matières juridiques telles que les statuts personnels et le droit foncier.

Les coutumiers africains ont été clairement influencés par le travail d'Hanoteau et Letourneux en Kabylie, cela bien que les auteurs des coutumiers africains tels que Brévié, ne citent pas l'œuvre d'Hanoteau et Letourneux, plusieurs éléments laissent penser que ces coutumiers se sont inspirés de l'ouvrage des auteurs de *La Kabylie et les coutumes kabyles* : d'abord, comme nous l'avons mentionné plus haut, Faidherbe connaissait l'œuvre d'Hanoteau et par ailleurs Hermann Post, qui fut l'inspirateur des coutumiers d'Afrique noire, cite maintes fois *La Kabylie et les coutumes kabyles* dans son ouvrage intitulé *Afrikanische Jurisprudenz*⁶⁰⁸. Enfin, à l'image de Hanoteau, Hermann Post utilisa des questionnaires.

⁶⁰⁵ *Ibid.*

⁶⁰⁶ P. Hacoun-Campredon, *Etude sur l'évolution des coutumes kabyles. Spécialement en ce qui concerne l'exhérédation des femmes et la Pratique du Habous*, Alger, Ancienne Maison Bastide-Jourdan, 1921, p. 79.

⁶⁰⁷ J. Poirier, *op. cit.*, p. 275.

⁶⁰⁸ A. Hermann Post, *Afrikanische Jurisprudenz. Ethnologisch-Juristische Beiträge zur Kenntnis des einheimischen Rechte Afrika* vo. I, Olenburg un Leipzig, 1887, p. 174, pp.288-310-364- 360, p. 364-435-437

Le décret du 10 novembre 1903 avait réorganisé la justice dans les colonies relevant du Gouvernement général de l'Afrique occidentale française. L'article 75 de ce décret garantissait aux Africains de la Fédération le maintien de leurs coutumes avec la limite du « [...] *respect des principes essentiels d'humanité* ⁶⁰⁹ ».

Le 25 avril 1905 le gouverneur général de l'A.O. F, Roume, s'adressait aux chefs des colonies dans les termes suivants :

« Notre ferme intention de respecter les coutumes ne saurait nous créer l'obligation de les soustraire à l'action du progrès, d'empêcher leur régularisation ou leur amélioration. Avec le concours des tribunaux indigènes eux-mêmes, il sera possible d'amener peu à peu une classification rationnelle, une généralisation des usages compatibles avec la condition sociale des habitants et de rendre ces usages de plus en plus conformes, non point à nos doctrines juridiques métropolitaines qui peuvent être opposées, mais aux principes fondamentaux du droit naturel, sources premières de toutes les législations ⁶¹⁰ ».

Ce fut au moment de l'adoption du décret du 03 décembre 1931 qui réforma la justice indigène en A.O.F., que l'administrateur M Henri Labourt souleva la question du manque de connaissance de la part des présidents des tribunaux indigènes des coutumes indigènes. Ce dernier conclut ainsi que :

« Seule la rédaction des coutumes sous forme de monographies tribales permettra d'atteindre ce but ⁶¹¹ ».

Le gouverneur Brévié envisagea la rédaction d'un manuel destiné à l'usage des magistrats français contenant uniquement les coutumes civiles⁶¹². Plus que d'une rédaction, il s'agit ici d'une véritable codification des coutumes de l'Afrique occidentale. Ce fut ainsi qu'en 1939 furent publiés les Coutumiers africains voulus par Brévié et rédigés par Coppet. Cet ouvrage en trois volumes constitue une

⁶⁰⁹ B. Mapoil, (introduction), *op cit.*, p. 03.

⁶¹⁰ *Ibid.*, p. 04.

⁶¹¹ *Ibid.*, p. 07.

⁶¹² *Ibid.*, p. 08.

véritable codification des coutumes des populations autochtones⁶¹³ de l'Afrique de l'ouest (l'A.O. F).

De façon similaire aux coutumes kabyles, les coutumes indigènes de l'A.O. F ont fait l'objet d'une rédaction suivie par une codification, deux opérations visant à réduire les différences entre les usages locaux en vue de leur future codification officielle. Mais contrairement à ce qui se passa en Algérie, les juges français en AOF qui statuaient en matière coutumière faisaient très rarement référence aux coutumiers de l'AOF. En ce sens, le témoignage du magistrat André Robert est clair là où il écrit : « [...] nous n'avons jamais vu en Guinée, en Côte d'Ivoire ou en Haute-Volta, les tribunaux indigènes statuer en se référant aux coutumiers d'A.O.F. Les assesseurs font appel à leur mémoire et à leur expérience des pratiques coutumières pour régler les litiges ; personne ne conçoit que les règles coutumières fassent l'objet d'une rédaction et encore moins d'une codification systématique⁶¹⁴ ».

Le phénomène de rédaction et de codification des coutumes indigènes était présent aussi en Cochinchine, cela avant même que la conquête et la colonisation française de ce territoire furent achevées. En effet les coutumes du Tonkin avait fait l'objet d'études de la part des missionnaires jésuites français. Nous avons l'exemple de l'ouvrage du missionnaire de la Bissachère publié en 1812. Cet ouvrage présente plusieurs analogies avec les récits de voyage qui virent le jour sous l'Ancien-Régime. Similairement aux travaux du missionnaire français en Nouvelle France, le travail en question consiste en une description d'un périple contenant quelques informations sur les coutumes locales.

Au début du XXe siècle les coutumes de Cochinchine et du Tonkin firent l'objet d'une rédaction en vue de leur future codification. Ce fut ainsi qu'en 1905 fut publié

⁶¹³ Le premier volume contient les coutumes Wolof du Cayor, les coutumes des Wolof musulmans, ainsi que celle des Sérères N'Doute, Sérères None, Sérères de la Petite-Côte. Le deuxième volume contient les coutumes Bambara des cercles de Bougouni et Bamako, Ségou, Boxo, Marka-Sarakollé, Toucouleur, Sonraï, Kado, Néma. Le troisième volume contient les coutumes Maure, Toubou, Kanouri, Touaregh, Dori, Haoussa, Peul, Azan, Dendi, Maouri, Bété, Aïzo, Fon, Nago, Djédj, Goun, Tankamba.

⁶¹⁴ A. P. Robert, *op. cit.*, p. 1.

l'ouvrage de l'avocat George Garros sur les usages de Cochinchine⁶¹⁵. En 1931 fut lancé le projet d'un Code civil à l'usage des juridictions indigènes du Tonkin, qui aurait dû être mené par une commission composée de MM H Morché et E-J Guillemain⁶¹⁶.

§ 2. LE PHÉNOMÈNE DE LA CODIFICATION DES COUTUMES AUTOCHTONES AU SEIN DES DROITS COLONIAUX EUROPEENS

Le phénomène de la rédaction et de la codification des coutumes indigènes qui prit pied en Kabylie a influencé le droit colonial des colonies belges et hollandaises ainsi que des colonies italiennes, des empires coloniaux européens de tradition juridique romaniste⁶¹⁷. Tout comme dans les colonies françaises la méthode appliquée consistait en la rédaction des différents usages et par la suite en leur codification dans un code coutumier.

La Belgique, la Hollande et l'Italie ainsi que la France sont des pays issus d'une tradition juridique romaniste, qui ont en outre connu au sein de l'histoire de leurs droits nationaux respectifs des mouvements de rédaction coutumière⁶¹⁸. Dans le cas du Congo Belge, le projet de rédaction des coutumes indigènes avait été lancé dès 1924, sous l'impulsion de la Société Juridique du *Katanga*⁶¹⁹. L'œuvre de Sohier et notamment de son *Traité élémentaire de Droit coutumier du Congo belge*, demeure un exemple de codification romaniste du droit coutumier indigène. Le travail de la codification des coutumes kabyles était connu par les juristes coloniaux hollandais tels que Snouck Hurjonje et Cornelis van Vollenhoven. Ces derniers avaient entrepris un important travail de rédaction et de codification des coutumes autochtones dans les

⁶¹⁵ G. Garros, *Les Usages de Cochinchine*, Coudurier e Montégout, Imprimeurs-Editeurs, 1905.

⁶¹⁶ N. Van-To, « Code civil à l'usage des juridictions indigènes du Tonkin », In *Bulletin de l'Ecole française d'Extrême-Orient*, Tome 32, 1932, pp. 524-525.

⁶¹⁷ P. Parkes, *Out of the study and into the field - Ethnography Theory and Practice in French Anthropology*, Edited by R. Parkin and A. de Sales, 2010. p. 62.

⁶¹⁸ J. Gilissen, « La rédaction des coutumes en Belgique aux XVI et XVII siècles », in *La rédaction des coutumes dans le passé et le présent*, (sous la dir. J. Gilissen), Bruxelles, Les Éditions de l'Institut de Sociologie, Université Libre de Bruxelles, pp. 87-111.

⁶¹⁹ J. Vanderlinden, « Vers la rédaction des droits coutumiers congolais », in *La rédaction des coutumes dans le passé et le présent*, (sous la dir. J. Gilissen), Bruxelles, Les Editions de l'Institut de Sociologie, Université Libre de Bruxelles, p. 234.

Indes hollandaises⁶²⁰. Le droit colonial italien avait de même connu un phénomène de rédaction des coutumes indigènes. Cependant l'administration italienne ne fit pas le choix de codifier les coutumes des populations berbères du *Fezzan* et du *Djebel Nefoussa* (Lybie). Contrairement à la France, l'Italie n'a pas mené une véritable politique berbère en Lybie, cela bien que Francesco Beguinot ait étudié les langues berbères à partir des années 1910⁶²¹ et qu'en 1935 un comité italien pour l'étude des populations du Fezzan ait été mis en place afin de mener une enquête démographique⁶²². Dans les actes de cette étude, seules deux pages avaient été dédiées à la description des coutumes des populations berbères⁶²³.

Par contre l'administration coloniale italienne avait mis en place une vaste opération de collecte et de rédaction des coutumes locales en Erythrée dans le but d'obtenir une version unifiée et rationalisée de celles-ci en vue de leur future codification visant à la création d'un « nouveau droit colonial »⁶²⁴. Ce code - tout comme le furent le travail d'Hanoteau et Letourneux en Kabylie et les coutumiers français - devait être le résultat d'une fusion entre la rédaction des coutumes locales et le droit italien⁶²⁵.

Ce fut ainsi que dans la région du *Seraé*, les coutumes de l'ethnie *Atchemè Melgà* firent l'objet d'une rédaction qui fut menée par Ilario Capomazza⁶²⁶. D'autres coutumiers furent rédigés par la suite sur la base de statuts villageois comme le coutumier *Sciottaè Haggèti* rédigé par Mulazzani et Capomazza⁶²⁷.

De même, durant la période fasciste de l'Italie, les coutumes albanaises firent l'objet d'une rédaction en vue d'une future codification. Dans le cas de l'Albanie l'opération était facilitée par l'existence de statuts juridiques écrits, les *kanouns* albanais. Les

⁶²⁰ P. Parkes, *op. cit.*, p. 62.

⁶²¹ E. Panetta, «Sezione culturale in memoriam, Francesco Beguinot (1879-1953)», in *Oriente Moderno*, Anno 33, Nr. 12 (Dicembre 1953), pp. 523-527.

⁶²² S. Saggese, I, Dalla Valle, «I Dauada del Fezza Caratteristiche demografiche»: in *Genus*, vol. 19 N. ¼, (1963), p. 63.

⁶²³ *Ibid.*, p. 63.

⁶²⁴ I. Rosoni, «L'invenzione del diritto consuetudinario», in *Acta Historiae*, 16, 2008, p. 7.

⁶²⁵ *Ibid.*

⁶²⁶ I. Capomazza, *Istituzioni di diritto consuetudinario del Seraè. La legge degli Atchemè-Melgà*, Macerata, Tip. Giorgietti, 1912.

⁶²⁷ I. Capomazza, «Norme di diritto consuetudinario secondo il costume dell'Atchemè Melega risalente al 1898 » in *Geografia della Colonia Eritrea*, Firenze, Bemporad, 1903.

kanouns albanais firent l'objet d'une étude approfondie. Tout comme les *qanouns* kabyles, les *kanouns* albanais furent utilisés pour une codification non officielle des coutumes des tribus du nord de l'Albanie. Ce travail fut mené par Tagliarini⁶²⁸. Le schéma en deux parties, l'une dédiée à l'organisation politique tribale des montagnes et l'autre au droit privé, rappelle celui du second livre de *La Kabylie et les coutumes kabyles*. Le droit musulman malékite (majoritaire en Lybie, Albanie, Somalie) fit l'objet d'une codification menée par David Santillana⁶²⁹.

Les Allemands, comme nous l'avons rappelé plus haut, avaient mené une vaste opération de codification des coutumes des populations autochtones présentes dans leurs colonies africaines. Après avoir étudié les coutumes d'Afrique subsaharienne, les Allemands avaient eux aussi rédigé les coutumes d'un certain nombre de populations d'Afrique du nord. En 1907 le Reichstag avait autorisé et appuyé par le biais d'une résolution du 03 mai 1907 un projet de recherche visant à la rédaction des coutumes des populations nord-africaines. La Commission fut présidée par le Dr Bernard Dernburg avec la collaboration de Joseph Kohler⁶³⁰. Ce dernier était considéré comme le successeur d'Hermann Post. Tout comme son prédécesseur, Kohler avait utilisé un questionnaire qui avait été publié en 1897 dans le volume 12 du *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft* (journal de droit comparé⁶³¹). Le questionnaire de Kohler avait été utilisé par E. Ubach et C. Rackow, dont les résultats furent publiés dans l'ouvrage intitulé *Sitte und Recht in Nordafrika*⁶³².

Les autorités coloniales britanniques avaient rédigé des codifications des coutumes des populations des populations autochtones. Ces codifications avaient été rédigées en tenant compte des précédents jurisprudentiels⁶³³. Rouland souligne sur ce point que la tradition de Common Law, qui est une tradition juridique fondée sur la coutume, était mieux adaptée à appréhender les coutumes des sociétés traditionnelles

⁶²⁸ S. Villari, *Le consuetudini giuridiche dell'Albania. Il kanun de Lek Dukagjin*, Roma, Società Editrice del Libro Italiano, 1940.

⁶²⁹ D. Santillana, *Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafiita*, Roma, Anonima romana editoriale, 1926.

⁶³⁰ A. Lyall, *op. cit.*, p. 122.

⁶³¹ *Ibid.*,

⁶³² *Ibid.*, p. 122.

⁶³³ Norbert Rouland, « Les colonisations juridiques », in *Journal of legal pluralism*, n. 29, 1990, p. 91.

africaines que ne l'était la tradition juridique romaniste⁶³⁴. Ce rôle prépondérant joué par les juges et la jurisprudence dans l'élaboration des coutumiers indigène s'explique par l'histoire de la Common Law. Sans vouloir être exhaustifs sur ce point nous nous limitons à rappeler que la Common Law a été définie par les juristes de 1066 comme étant la « Loi et la coutume de l'Angleterre⁶³⁵ ». Le phénomène de la rédaction des coutumes a pris en Angleterre une ampleur bien différente par rapport à la France. Gaudemet explique que l'unification du droit français a été menée à partir du phénomène de rédaction des coutumes qui vit le jour à partir du XVI^e siècle, tandis que l'unification du droit anglais vit le jour dès le XII^e siècle et fut menée par l'œuvre des *eyres* (du latin « *erre* » voyager⁶³⁶). Ces derniers étaient notamment des seigneurs justiciers royaux envoyés en mission (*eyres*⁶³⁷). Par le biais de ces juges errants, les rois anglais ont exercé dès le Moyen-âge une autorité sur l'organisation judiciaire bien supérieure à celle exercée par les rois de France. Leur activité avait permis à la Common Law d'inclure les coutumes locales, sans que celles-ci aient été codifiées⁶³⁸. Bien que la question de la codification de la Common Law ait été posée tout au long du XVI^e et XVII^e siècles, aucune codification n'avait été jamais faite⁶³⁹.

Ce refus de codifier les coutumes a influencé le droit colonial britannique. Comme l'explique Allot, les juristes coloniaux britanniques s'étaient montrés défavorables à l'égard de la codification des coutumes des populations autochtones qui vivaient dans leurs colonies⁶⁴⁰. La question de la codification des coutumes indigènes s'était posée dès 1835 en Afrique du sud, au moment où le gouverneur de la colonie du Cap, Lord Glenelg, avait proposé un projet de codification de l'ensemble des coutumes des

⁶³⁴ *Ibid.*, p. 90-91.

⁶³⁵ A. Kiralfy, « Customs in Medieval English Law », in *La coutume-Customs, Recueils de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, Deuxième partie, p. 381.

⁶³⁶ B Basdevant-Gaudemet, J. Gaudemet, *Introduction historique au droit XIII-XX siècles*, 2^e Éditions Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 2003, p. 192.

⁶³⁷ *Ibid.*

⁶³⁸ *Ibid.*, p. 192.

⁶³⁹ *Ibid.*, p. 198.

⁶⁴⁰ Antony N. Allot, « Customary Law in British Africa » in *La rédaction des coutumes dans le passé et dans le présent*, (sous la dir.) John Gillissen, Bruxelles, Institut de Sociologie de l'Université libre de Bruxelles, 1962, p. 218.

populations autochtones de la colonie⁶⁴¹. Ce projet fut rejeté en 1883⁶⁴². Cette idée avait tout de même été reprise par la suite par le gouverneur de la Colonie du Natal, Theophilus Shepstones qui, durant les années 1875-1878, avait fait codifier les coutumes des populations zoulous du Natal. Ce code représente le seul exemple de codification de coutumes africaines au sein de l'histoire du droit colonial britannique en Afrique. Les coutumes zouloues ont joui d'un statut spécial dans l'histoire du droit colonial britannique en Afrique du Sud. Cela dit, cette opération de codification avait été néanmoins fortement critiquée par le président de la Cour de la province du Transkei, Sir Henry Elliot, notamment pour le fait qu'une codification aurait figé un système juridique qui était en soi archaïque et peu développé⁶⁴³. En effet, tout comme en Kabylie et dans l'A.O. F, la codification des coutumes zoulous a eu pour effet de figer des coutumes patriarcales et défavorables aux femmes⁶⁴⁴.

Dans le sous-continent indien, les Britanniques ont codifié les coutumes du Punjab en 1880, ce code sera connu comme le Digest of the Civil Law for the Punjab⁶⁴⁵. En effet le sous-continent indien représenta notamment pour les Britanniques un terrain d'expérimentation de leur droit colonial, tout comme l'avait été l'Algérie pour l'empire colonial français. La particularité de l'approche britannique consistait en le fait que ces derniers avaient donné à leurs colonies des codifications modernes, absentes en métropole. Sumner Maine soulignait ainsi que : « *L'Angleterre sous le règne de la reine Victoria, se refuse à elle-même les bénéfices d'une codification ; mais elle a donné à l'Inde, qu'elle a introduite dans l'atmosphère du Droit régulier, des facilités, pour apprendre la loi, que ne possède point encore la masse des Anglais*⁶⁴⁶ ».

⁶⁴¹ Martin Chanock, *The making of South African legal Culture 1902-1936; Fear, Favour and Prejudice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 273.

⁶⁴² *Ibid.*

⁶⁴³ Martin Chanock, *op. cit.*, p. 274.

⁶⁴⁴ T. McClendon, (1995). « Tradition and Domestic Struggle in the Courtroom: Customary Law and the Control of Women in Segregation-Era Natal » in *The International Journal of African Historical Studies*, Vol. 28, No. 3, pp. 527-561.

⁶⁴⁵ Alan Gledhill, « The compilation of the customary law in the Punjab in the nineteenth century, in John Gilissen », in *La redaction des costumes dans le passé, Bruxelles*, (sous la dir. J. Gilissen), Bruxelles, Les éditions de l'Institut de sociologie, Université de Bruxelles, 1960, p. 141.

⁶⁴⁶ H. Sumner Maine, *op. cit.*, p. 542.

Les codifications britanniques avaient pour but de rationaliser les coutumes indigènes afin de les rendre applicables par des juges britanniques. N'ayant pas de modèle de Code duquel s'inspirer, les juristes britanniques se tournèrent vers le Code Napoléon. En effet, mis de côté le projet prévu par la *Charte Act* de 1833 qui envisageait la rédaction de trois codes - dont un Code hindou, un Code musulman et un *lex loci report* pour l'ensemble des Indes - l'administration britannique fit le choix de mener une unique codification, précisément la création d'un droit commun qui fasse fusionner les traditions autochtones de l'Inde avec la Common Law.

Un des rédacteurs de cet *Indian Code* fut Henry Sumner Maine. Ce dernier, à l'instar du commandant Hanoteau, était influencé par le positivisme scientifique de Comte ainsi que par la pensée de Fourier et de Saint-Simon. Tout comme les militaires saint-simoniens français, Sumner Maine était convaincu que le droit devait devenir un instrument d'acculturation et à tel fin la meilleure solution restait la codification des coutumes indigènes et les droits religieux hindous et musulmans⁶⁴⁷.

Cela dit, il demeure des différences entre la façon dans laquelle les britanniques et les français ont menés les codifications des coutumes indigènes dans leurs colonies. Sumner Maine avait bien compris que les coutumes, même mises en écrit, n'étaient pas des lois. Les coutumes rédigées n'avaient pas le niveau de précision et d'abstraction qu'avait les lois écrites. Par conséquent ces coutumes ne pouvaient pas être appliquées à un nombre infini de situations.

Les coutumes, qu'elles soient écrites ou orales, étaient sujettes au phénomène de la désuétude, contrairement aux lois. Ainsi l'administration britannique avait codifié les coutumes autochtones en se basant sur la jurisprudence des tribunaux indigènes. Les administrateurs britanniques avaient codifié les coutumes autochtones à partir de la jurisprudence des tribunaux.

À l'instar de leurs ancêtres *Eyres* pendant le Moyen-Âge, les juristes coloniaux britanniques codifiaient les coutumes autochtones seulement après avoir obtenu un certain nombre d'arrêts qui couvraient un nombre suffisant de questions juridiques

⁶⁴⁷ *Ibid.*

liées aux coutumes. Les juges britanniques extrapolaient les normes coutumières à partir des précédents jurisprudentiels.

Sumner Maine expose avec clarté la méthode utilisée par les juristes anglais en Inde. Selon ce dernier la codification des coutumes devait se faire en se limitant aux sources écrites (religieuses ou coutumières) ou simplement (comme ce fut le cas en Kabylie) en interrogeant « [...] *les souvenirs des anciens du village*⁶⁴⁸ ». Par contre le juriste anglais précise que : « *Il faudra désormais rechercher ce qu'ils affirment être la coutume, dans les décisions des Cours de Justice*⁶⁴⁹ ». Ainsi une fois enregistrée, cette norme extrapolée devenait une : « [...] *véritable loi anglaise*⁶⁵⁰ ».

Les rédacteurs du Code indien ainsi que des codifications des coutumes du *Punjab* ont accordé une grande importance à la jurisprudence des tribunaux indigènes⁶⁵¹.

Comme nous verrons, les théories anthropologiques développées par Sumner Maine ont eu une certaine influence sur la doctrine juridique coloniale en Algérie, cela notamment dans l'œuvre de Besson et Bousquet. Nous nous limitons ici à souligner que durant les années 1950, Bousquet, faisant référence à l'ouvrage d'Hanoteau et Letourneux, formulait les souhaits suivants :

« *On aurait aimé qu'un Henry Sumner Maine français eut étudié ce livre, et surtout les populations dont il traite*⁶⁵² ».

Cette affirmation avait été formulée durant d'une période où l'ouvrage d'Hanoteau et Letourneux avait montré toutes ses limites. La Kabylie et les coutumes kabyles était devenu l'unique source de référence en matière des coutumes kabyles de la part des tribunaux français. Les coutumes décrites par Hanoteau et Letourneux dataient de la moitié du XIXe siècle, par conséquent un certain nombre de ces coutumes étaient devenues désuètes dès les débuts du XXe siècle. En Algérie tout comme dans les

⁶⁴⁸ H. Sumner Maine, *op. cit.*, p. 97.

⁶⁴⁹ *Ibid*

⁶⁵⁰ *Ibid*.

⁶⁵¹ A. Gledhill, «The compilation of customary in the Punjab in the nineteenth century » in J. Gilissen, *op. cit.*, p. 145.

⁶⁵² G.- H. Bousquet, *Justice Française et coutumes kabyles*, Alger Imprimerie Nord-Africaine, 1950, p. 21.

colonies de l'A.O.F. et de l'A.E.F., la rédaction des coutumes eut pour conséquence de figer les coutumes autochtones dans l'état où elles étaient au moment de leur rédaction. Cela d'un côté enlevait aux populations autochtones tout contrôle sur leurs coutumes et empêchait leur adaptation aux changements sociaux. En Algérie la jurisprudence avait suppléé à cette lacune en réformant les coutumes devenues désuètes avec le temps. Ce qui fut le cas dans la réforme des coutumes kabyles en matière de l'adoption, du mariage, du divorce ainsi que des droits successoraux des femmes. Les juges avaient sollicité l'intervention du législateur dans les matières citées ci-dessus. Cependant, comme nous verrons, les législateurs n'avaient pas tenu compte du contenu des décisions des juges.

Bousquet critiqua cette négligence à l'égard du rôle que les juges auraient pu jouer dans les réformes des coutumes indigènes. Dans sa critique cependant, Bousquet ne prit pas pour référence l'expérience britannique mais le droit colonial néerlandais et affirmait ainsi :

« Mes conclusions rejoignent ainsi tout fait celles de la grande école hollandaise du droit coutumier indonésien : « Il est essentiel que l'investigateur ne demande pas quelles sont les règles, mais bien quels sont les cas d'espèce et les exemples⁶⁵³ ».

Le XXe siècle donna naissance en France à une nouvelle culture juridique coloniale qui se donnait pour objectif l'acculturation juridique des populations autochtones. Ce nouveau droit colonial se devait de connaître les coutumes et les droits religieux des peuples colonisés pour pouvoir les contrôler et les rapprocher à la tradition juridique française. Les instruments clés de cette acculturation ont été la rédaction et la codification des coutumes locales.

Ce phénomène prit pied au sein du droit colonial français en Kabylie. Cette conquête se déroula dans une période de transition de l'histoire du droit colonial, qui a précédé la conférence de Berlin mais qui anticipait de quelques décennies la politique

⁶⁵³ *Ibid.*,p. 10.

indigène que la France avait mis en place dans les colonies de l'Afrique occidentale française.

La codification des coutumes kabyles permit à ces dernières d'accéder au rang de sources juridiques officielles durant la période du Régime civil (**chapitre 2**).

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

La codification des coutumes kabyles a été une conséquence de la politique d'administration indirecte menée par les Bureaux Arabes en Grande Kabylie durant les années 1857-1871. L'ouvrage intitulé *La Kabylie et les coutumes kabyles* est né d'une nécessité pratique, en l'occurrence celle de prendre connaissance de manière approfondie des coutumes kabyles afin de rendre les coutumes en question facilement applicables par des militaires français qui étaient appelés à résoudre des questions juridiques des plus complexes.

La Kabylie et les coutumes kabyles marqua une rupture dans la façon dont les coutumes indigènes avaient été jusque-là appréhendées par les juristes coloniaux en Algérie. Les juristes français qui avaient étudié le droit musulman algérien avaient utilisé uniquement des sources écrites comme par exemple le traité de *Sidi-Khalil*, tandis que Hanoteau a mené un travail de recherche sur le terrain. Les informations recueillies ont été par la suite, avec l'aide d'un magistrat, classées et ordonnées selon les catégories du droit français. Ce fut ainsi que les coutumes kabyles devinrent un véritable droit coutumier. La codification des coutumes kabyles permit à ces dernières d'accéder au rang de sources juridiques officielles durant la période du Régime civil, régime qui a mené une réformation de la législation des Bureaux Arabes (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 2. LE RÉGIME CIVIL ET LA RÉFORMATION DE LA LEGISLATION DU RÉGIME DES BUREAUX ARABES

La chute de Napoléon III entraîna la fin du régime des Bureaux Arabes en Algérie. À partir de 1871, le territoire de la Grande Kabylie passa sous le contrôle du Régime civil. Les tribus kabyles précédemment administré par les cercles militaires étaient passés sous l'autorité des préfets. Le nouveau régime a été le régime de la réformation de la politique indirecte menée par le régime arabe en Kabylie ainsi que celle des coutumes kabyles.

Les concepts de réformation et de réforme ont été deux notions clés de l'histoire du droit français. Sur ce point de Mari souligne que ces concepts bien que semblables avaient tout de même acquis au cours de l'histoire du droit français une signification différente. La notion de réformation est propre à l'Ancien régime et renvoie à l'idée d'une « *remise en ordre* » ainsi qu'à une « *correction* » et une « *consolidation* » du droit⁶⁵⁴. Par contre la notion de réforme du droit selon de Mari : « [...] *participe plutôt d'un mouvement de régénération du droit, c'est-à-dire d'un droit ayant une autre fin première : celle du progrès de la société conçu comme un bienfait* »⁶⁵⁵.

Dans la deuxième partie nous reviendrons sur le concept de réforme et de la signification que ce concept a assumée au sein du droit colonial dans le cas spécifique de la réforme des coutumes kabyles. Dans le chapitre suivant nous verront de quel façon la notion de réformation s'applique pleinement au cas de la législation adoptée par le régime civil qui visait à démanteler le précédent régime des Bureaux Arabes. Le régime civil mit fin à la politique kabyle et l'arrêté de 1873 mit fin aux *djemâs*

⁶⁵⁴ E. de Mari, « De la réformation à la réforme du droit, » in *Réformer le droit*, (dir.) Olivier Sautel, Paris, LexisNexis, 2007, p. 07.

⁶⁵⁵ *Ibid.*, p. 07.

administratives, suivi du décret du 29 août 1874 qui abrogea les *djemâts* judiciaires (**section 1**). Celles-ci furent remplacées par des juges de paix français qui désormais avaient une juridiction exclusive dans les matières prévues par l'article 2 du décret du 29 août 1874. Ce fut seulement dans le canton de Fort National, administré par le gouverneur Camille Sabatier, que les *djemâts* furent maintenues en place durant les années 1880-1885 (**section 2**).

SECTION 1. L'AVÈNEMENT DU RÉGIME CIVIL (1870-1900) : LA FIN DE LA POLITIQUE KABYLE

La chute de Napoléon III et la révolte *d'El-Mokrani* ont été les deux événements qui ont entraîné la fin du régime des Bureaux arabes et le conséquent passage des tribus kabyles sous le contrôle du régime civil (§1). Ce nouveau régime appliqua un nouveau découpage administratif du territoire de la Grande Kabylie (§2).

§1. LA FIN DU RÉGIME DES BUREAUX ARABES

La défaite de Sedan (1870) a eu comme conséquence notamment la chute du régime de Napoléon III et l'avènement de la III^{ème} République (04 septembre 1870), ce qui mit fin en Kabylie au régime des Bureaux Arabes en Algérie. Charles-André Julien explique que : « *L'avènement de la III^e république marqua le triomphe de la colonisation par la suppression du « régime du sabre » qui mettait obstacle à son essor*⁶⁵⁶. Toujours selon Julien, les décrets promulgués par le Garde des Sceaux Crémieux allaient dans le sens de : « [...] *détruire le détestable régime militaire, fléau de cette riche colonie et d'y substituer le gouvernement civil, d'assimiler en un mot complètement l'Algérie à la France*⁶⁵⁷ ».

Les décrets Crémieux, qui notamment avaient octroyé la citoyenneté française aux Indigènes israélites d'Algérie, avaient affaibli le pouvoir des Bureaux Arabes. Les

⁶⁵⁶ Ch. André Julien, *op. cit.*, p. 453.

⁶⁵⁷ M. Brahim Salhi, « L'insurrection de 1871 », in A. Bouchène, J.-P. Peyroulou, O. Siari Tengour, S. Thénaul, *Histoire de L'Algérie à la Période coloniale*, Édition la découverte Paris/Éditions Bazahrakh, Alger, 2012, p. 10

institutions algériennes furent ainsi de plus en plus alignées, autant que possible, sur les modèles institutionnels qui à l'époque étaient en vigueur en Métropole⁶⁵⁸.

Les colons convaincus que l'arrivée d'un nouveau régime aurait pu lever tous les obstacles juridiques mis en place par le régime du Sabre en matière d'acquisition des terres indigènes se montrèrent favorables à cette politique d'assimilation.

Les militaires français présents en Algérie étaient désormais perçus par les colons comme des agents d'un régime qui leur avait été hostile ou du moins comme des éléments défavorables à leurs intérêts. Par conséquent, les militaires avaient perdu toute autorité et légitimité aux yeux des colons français. Durant les années 1870-1871, les officiers des Bureaux Arabes firent l'objet de plusieurs attaques de la part de civils qui voyaient dans les « capitulars » de Sedan un obstacle pour leurs projets de colonisation agraire⁶⁵⁹. Cette suspicion était en grande partie nourrie par le fait que certains militaires de leur côté avaient cherché auparavant à convaincre les populations autochtones à les voir comme un rempart contre les abus du régime civil et des colons, ainsi que comme les protecteurs de leur terre⁶⁶⁰.

Le décret du 08 octobre 1870 prévoyait que l'ensemble des tribus algériennes passaient sous l'autorité du Régime Civil et plaçait ainsi les territoires militaires sous l'autorité des préfets⁶⁶¹. Très peu de temps après le décret du 24 octobre 1870, le Gouvernement de Défense nationale a instauré le « régime civil ».

Peu de temps plus tard, entre le 20 et le 23 janvier 1871, en conjonction avec la capitulation de Paris, des révoltes éclatèrent dans l'Est algérien. Celles-ci furent menées par les *smalas* (police sédentaire indigène) à *Moudjebeur* et à *Aïn-Guettar*⁶⁶².

Ce fut dans cette atmosphère tendue qu'éclata en Kabylie la révolte d'*El-Mokrani* qui selon Julien « [...] jouissait d'une puissance sans doute supérieure à celle des autres grands chefs algériens⁶⁶³ ».

⁶⁵⁸ *Ibid.*

⁶⁵⁹ A. Mahé, *op. cit.*, p. 190.

⁶⁶⁰ Ch. A., André Julien, *ibid.*, p. 476.

⁶⁶¹ Ch. R. Agéron, *op. cit.*, p. 09.

⁶⁶² Ch. A. Julien, *op. cit.*, p. 476.

En effet le père de *El-Mokrani* avait auparavant obtenu des régimes des Bureaux Arabes le titre de *Khalifa*, cela grâce que ce dernier avait fourni au maréchal Valée lors du passage des Portes-de-fer au cours de la conquête de la Grande Kabylie⁶⁶⁴. Suite au décès de son père, *El-Mokrani* fut nommé *bachaga* par les Bureaux Arabes⁶⁶⁵. Dans les moments qui suivirent la déclaration de guerre de juillet 1870, *El-Mokrani* fit d'abord partie du groupe des *bachaga* signataires d'un pacte de non-agression stipulé entre ces derniers et le général Durrieu. Cet accord prévoyait de la part de Mokrani la promesse ; « [...] *de ne pas se révolter contre la France*⁶⁶⁶ » ainsi que : « *l'assurance qu'il marcherait en personne contre une insurrection si elle éclatait, insurrection qui, disait-il, ne pouvait venir que du Sud*⁶⁶⁷ ».

La position d'*EL-Mokrani* changea peu de temps après. Ce revirement de décision s'explique par la chute du Régime Miliare et surtout par l'arrivée en place du régime civil qui avait provoqué une forte inquiétude parmi les chefs des tribus kabyles. Ces derniers craignaient d'être déclassés et avaient surtout la terreur de perdre leurs terres suite à l'application en Kabylie du décret du 24 décembre 1871⁶⁶⁸. Aux yeux de *El-Mokrani*, le pacte de non-agression signé avec Durrieu était un engagement pris avec le régime militaire et que, par conséquent, il n'était pas valide avec le Régime Civil. *El-Mokrani* aurait exprimé sa pensée par les mots suivants : « *Je consens à obéir à un soldat mais je ne recevrai pas d'ordres [...] d'un marchand*⁶⁶⁹ ».

Pour ces raisons, une révolte dirigée par *El-Mokrani* avec le concours du chef religieux *Cheikh-Haddad* éclata en 1871 en Kabylie⁶⁷⁰. Les témoignages de Robin⁶⁷¹ et de Rinn⁶⁷² véhiculaient l'idée selon laquelle les militaires auraient favorisé cette

⁶⁶³ *Ibid.*, p. 477.

⁶⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶⁶ *Ibid.*, p. 479.

⁶⁶⁷ *Ibid.*, p. 479.

⁶⁶⁸ *Ibid.*, p. 489.

⁶⁶⁹ J. Martin, *L'Empire renaissant 1789-1871*, Paris, Editeur Denoël, p. 109.

⁶⁷⁰ Agéron fait une distinction entre le « *mythe kabyle* » et le « *système kabyle* » mis en place par les militaires entre 1857 et 1861 et affirme que : « *Le 'système kabyle' répondait à une politique réaliste et non à une kabylophilie sentimentale ; il avait permis de pulvériser les commandements indigènes* » dans Ch. R. Agéron, *op. cit.* p. 76

⁶⁷¹ N. Robin, *L'insurrection de la Grande Kabylie en 1871*, Paris, Lavauzelle. 1901.

⁶⁷² L. Rinn, *Histoire de l'insurrection de 1871 en Algérie*, Alger, Jourdan, 1891.

insurrection afin de se venger des humiliations qu'ils avaient subies de la part des civils.

Cette révolte menée à l'encontre de la France par un ancien allié des militaires, avec la complicité du chef religieux *Cheikh Haddad*, avait eu comme résultat de mettre fin aux promesses faites par Radon à l'égard des tribus kabyles. Comme l'affirma plus tard Vigier dans sa thèse de doctorat sur les coutumes kabyles : « [...] *l'insurrection de 1871 nous releva de nos engagements de respecter l'organisation politique de la Kabylie*⁶⁷³ ».

Ce fut ainsi que le régime civil en rupture avec la politique des Bureaux Arabes mit en place en Kabylie un nouveau découpage administratif (**section 2**).

§2. LE NOUVEAU DÉCOUPAGE ADMINISTRATIF DE LA GRANDE KABYLIE

L'ensemble des territoires du nord de l'Algérie avaient été assimilés sur le plan administratif au territoire Métropolitain au cours de la période qui allait du mois de septembre 1870 jusqu'au 19 décembre 1900⁶⁷⁴. Cela par le biais du décret du 24 octobre 1870 qui avait en outre placé l'Algérie sous l'autorité d'un gouverneur général qui était rattaché au Ministère de l'Intérieur. Cette assimilation administrative du territoire algérien à la Métropole s'était accentuée à la suite de l'adoption du décret du 26 août 1881 qui avait rendu l'apparat administratif française en Algérie dans son ensemble dépendant du Ministère de l'Intérieur. Cependant, successivement, la loi du 19 décembre 1900 avait affaibli cette à assimilation administrative de l'Algérie à la Métropole et octroya à la colonie algérienne une personnalité juridique ainsi qu'une autonomie budgétaire. Cette autonomie fut renforcée par le statut du 20 septembre 1947.

Dès 1871 les territoires tribaux de la Grande Kabylie furent rattachés tout comme, d'ailleurs, le furent le restant des territoires algériens septentrionaux, au Régime civil

⁶⁷³ R. Vigier, *La Succession « ab intestat » de la Femme kabyle en Grande Kabylie*, thèse pour le doctorat de droit, Les Editions Véga, Paris, 1932, p. 33.

⁶⁷⁴ C. Collot, *Les Institutions de l'Algérie durant la période coloniale (1830-1962)*, Centre National de la Recherche Scientifique et Office des Publications Universitaires, Paris, 1987, p. 10 et suivantes.

Le gouvernement de la Kabylie fut confié à l'amiral Guyedon, qui avait réprimé la révolte *d'El-Mokrani*.

Comme le remarque Ageron, la nouvelle politique kabyle s'était donnée pour objectif d'abattre ou du moins d'affaiblir « l'organisation kabyle ». Ce fut ainsi que Guyedon à partir du 6 juillet 1871 commença de façon graduelle à délimiter, à découper les territoires précédemment administrés par les Bureaux Arabes afin de l'annexer au nouveau régime civil ⁶⁷⁵.

L'arrêté du 11 septembre 1871 prévoyait un découpage d'une grande partie de la Grande Kabylie en circonscriptions cantonales⁶⁷⁶. Les Décrets du 11 et du 20 février 1873 avaient permis l'aménagement d'un arrondissement administratif pour la Petite Kabylie, avec Dellys comme chef-lieu et la constitution d'un Cercle spécial de Fort-National⁶⁷⁷.

Les *djemâs* administratives et judiciaires qui précédemment étaient opérationnelles durant le régime militaire furent graduellement écartées pour être finalement supprimées. Ces *djemâs* perdaient leur pouvoir juridictionnel pour être ainsi substituées par des Juges de Paix français⁶⁷⁸. Ces derniers étaient appelés à appliquer le droit coutumier kabyle codifié par Hanoteau et Letourneux.

Les *djemâs* administratives furent abolies par l'Arrêté de décembre 1873⁶⁷⁹. Au tout début, les nouveaux administrateurs se limitèrent à exercer un droit d'ingérence dans les activités des assemblées *djemâs*. Ces dernières étaient présidées par des administrateurs français. Le régime civil avait introduit une nouvelle figure institutionnelle, celle du recenseur⁶⁸⁰. Ce dernier avait pour fonction de tenir un registre des indigènes musulmans ayant pour but la mise en place d'un futur état civil.

Le Cercle militaire de Fort-National échappa cependant aux réformes du

⁶⁷⁵ A. Hanoteau, A. Letourneux, *op. cit.* vol. III, p. 459.

⁶⁷⁶ R. Vigier, *La Succession « ab intestat » de la Femme kabyle en Grande Kabylie*, Paris, Les Editions Véga, 1932, p. 33.

⁶⁷⁷ *Ibid.*

⁶⁷⁸ R. Agéron, *op. cit.*, p. 141.

⁶⁷⁹ R. Vigier, *op. cit.*, p. 34.

⁶⁸⁰ *Ibid.*

gouvernement civil. Ce territoire, qui demeura une exception, avait été administré par le juge Camille Sabatier qui décida de maintenir en place jusqu'en 1883 la précédente organisation kabyle. Nous reviendrons sur ce point dans la section suivantes.

Comme nous l'avons vu plus haut, l'arrêté du 11 septembre 1871 avait découpé le territoire de la Grande Kabylie en circonscriptions cantonales⁶⁸¹. Ces dernières remplaçaient les districts et les Cercles de districts militaires⁶⁸². Les décrets du 20 février et du 11 septembre 1873 avaient fixé les limites des compétences administratives de ces Cantons qui étaient présidés par des officiers à la retraite ou par des officiers sans emploi.

Le régime civil avait posé comme objectif de préparer le territoire kabyle à l'arrivée en masse des colons européens, en vue de quoi le régime civil avait prévu pour la Grande Kabylie deux modèles administratifs. Le premier était celui de la commune de plein exercice, prévu pour les communes habitées par une population majoritairement européenne⁶⁸³. Les communes en question étaient gérées par un conseil municipal composé de français ou de colons européens. Cependant à cause de la faible présence de ces derniers en Kabylie, ces communes ne représentaient pas plus d'un quart du territoire Kabyle (*Dra-el Mizan, Tizi-Ouzou*⁶⁸⁴).

Le second modèle était celui des communes mixtes qui a été appliqué dans les territoires majoritairement habités par des populations kabyles. Ce régime des communes mixtes fut appliqué aux trois quarts du territoire de la Grande Kabylie en vue de la faible présence de colons européens en Kabylie. Les communes en question étaient gérées par un administrateur civil qui se limitait à appliquer les lois françaises⁶⁸⁵. Comme nous le verrons de façon plus approfondie dans la deuxième partie, une des conséquences de l'annexion de la Kabylie au régime civil fut le rattachement des biens communaux des *djemââs* villageoises, les *mechmel*⁶⁸⁶, au patrimoine des communes mixtes. Cependant dans les communes mixtes, des

⁶⁸¹ R. Vigier, *op. cit.*, p. 34.

⁶⁸² A. Hanoteau, A. Letourneux, *op. cit.* vol III, p. 459.

⁶⁸³ A. Mahé, *op. cit.*, p. 270.

⁶⁸⁴ *Ibid.*

⁶⁸⁵ *Ibid.*, p. 270.

⁶⁸⁶ *Ibid.*, p. 271

djemâs non officielles demeuraient encore opérationnelles. Celles-ci continuaient d'exister, aux ordres de la commission civile et du maire. Ces assemblées se réunissaient quatre fois par an ; quinze jours avant la session de la commission municipale, elles étaient revêtues des fonctions exercées par les conseils municipaux des communes de plein exercice.⁶⁸⁷

À partir du 23 août 1898 furent mises en place les premières délégations financières. Celles-ci peuvent être définies comme un véritable parlement algérien⁶⁸⁸. L'administrateur kabylophile Camille Sabatier, cité plus haut, avait fait en sorte qu'au sein de ces délégations aient une section *ad hoc* soit prévue uniquement pour les délégués kabyles⁶⁸⁹. Les élus kabyles étaient issus pour la plupart de familles qui avaient entretenu de bons rapports avec l'administration française⁶⁹⁰. Comme nous verrons dans le prochain chapitre, ces délégations jouèrent un rôle fondamental dans le processus de réforme des coutumes kabyles, cela notamment en matière des droits successoraux des femmes kabyles.

Les délégués kabyles avaient aussi insisté à deux reprises, soit en 1899 et en 1907, pour qu'une rétribution à titre d'adjoints indigènes soit octroyée aux *amins* et aux *tamens* qui siégeaient dans les Commissions Municipales. Cependant cette requête avait été rejetée⁶⁹¹. Par la suite, la loi du 6 février 1919 avait remis en fonction auprès des communes mixtes des *djemâs* administratives dont les membres étaient choisis par les habitants des *douars*⁶⁹². Ce même décret avait remis en place dans leurs fonctions les *amins* et *ttamen*, qui continuaient cependant à ne percevoir aucune rétribution. Seule une exonération fiscale était prévue en leur faveur⁶⁹³.

Durant les années 1930, à la suite de l'avènement en métropole du Front Populaire le modèle d'administration mis en place par le régime civil fut remis en cause. Les

⁶⁸⁷ A. Hanoteau, A. Letourneux, *op. cit.* vol. III, p. 460.

⁶⁸⁸ J. Bouveresse, *Un parlement colonial ? Des Délégations financières algériennes 1898-1945*, Mont Saint-Aignan, Publications des Universités de Rouen et du Havre, II Vol. 2008, 2010.

⁶⁸⁹ *Ibid.*, p. 280.

⁶⁹⁰ *Ibid.*

⁶⁹¹ A. Mahé, *op. cit.*, p. 287

⁶⁹² *Ibid.*, p. 310

⁶⁹³ *Ibid.*, p. 311

députés du Front Populaire qui étaient favorables au sort des autochtones algériens voulaient une réforme du modèle de l'administration municipale présent sur le territoire algérien. Dans l'agenda ces réformes, le nouveau gouvernement avait posé la question de la reconnaissance officielle des institutions politiques kabyles de la part des institutions françaises⁶⁹⁴. Ce fut ainsi qu'en 1937, l'administrateur de la Commune mixte de Fort-National, Chauverin, avait rencontré le directeur du CHEAM Robert Montagne, au vu de l'expérience que ce dernier avait acquise au sein des tribus berbère du Maroc, afin de lui demander de mener une enquête anthropologique sur les tribus de Grande Kabylie. Montagne mena cette enquête qui visait à faire l'état des lieux sur les rapports que les tribus berbères entretenaient avec l'administration française. Il en résultait que les Kabyles avaient familiarisé avec le système électoral⁶⁹⁵. Cet état des lieux avait pour but la mise en place d'une réforme municipale. Chauverin envisageait la création de circonscriptions réduites à la dimension d'un seul village⁶⁹⁶, tandis que Montagne voulait mettre en place en Kabylie des *douars*, constitués par plusieurs villages⁶⁹⁷. L'éclatement de la Seconde guerre mondiale et l'avènement du régime de Vichy mirent fin à cet élan réformateur. Néanmoins à la fin de la Seconde guerre mondiale, les idées de Robert Montagne inspirèrent la réforme des centres municipaux qui avait été adoptée en 1945 durant laquelle furent créés 180 centres municipaux en Kabylie⁶⁹⁸. Sur ce point Mahé remarque ce qui suit : « [...] *le choix des villages kabyles qui ont fait l'objet de réforme* [...]. *Seuls ont été retenus ceux qui possédaient de vigoureuses traditions municipales, des écoles françaises*⁶⁹⁹ [...] *Or, rien de comparable n'a été fait lors du choix des douars arabes*⁷⁰⁰ ».

La mise en place de centres municipaux à partir de 1945 avait entraîné l'affaiblissement des *djemââs* kabyles qui se trouvaient dans les zones rurales les plus reculées de Kabylie. Les *djemââs* présentes dans les zones les moins pauvres étaient

⁶⁹⁴ *Ibid.*, p. 390.

⁶⁹⁵ *Ibid.*

⁶⁹⁶ *Ibid.*

⁶⁹⁷ *Ibid.*

⁶⁹⁸ *Ibid.*

⁶⁹⁹ *Ibid.*

⁷⁰⁰ *Ibid.*

moins affectées par les effets de la réforme de 1945. La vitalité de ce dernier type de *djemââ* était soutenue par les remises des émigrés kabyles qui travaillaient en Métropole⁷⁰¹. Ces assemblées avaient pu récupérer leurs biens communaux grâce à la réforme des centres municipaux⁷⁰². D'autres *djemââs* continuaient à être opérationnelles de façon clandestine et arrivaient à conditionner la vie politique des centres municipaux. Le modèle du régime civil prit fin durant les années 1950, durant lesquelles les autorités coloniales aménagèrent des centres de réforme municipale⁷⁰³.

Le régime civil, en supprimant les *djemââs* administratives et judiciaires avait profondément réformé le système de l'administration indirecte que les Bureaux Arabes avait mis en place en Grande Kabylie durant les années 1857-1871. Nous verrons dans la section qui suit que le nouveau régime avait graduellement écarté les *djemââs* administratives et supprimer les *djemââs* judiciaires. Cependant le système instauré par les Bureaux Arabes avait été maintenu en place jusqu'en 1885 au sein du Cercle de Fort-National pendant la période de l'administration de Camille Sabatier. La politique menée par Sabatier ne pourrait pas tout de même être définie comme une simple survivance de la politique des Bureaux Arabes en Kabylie. Comme nous verrons dans les pages suivantes, l'administration de Sabatier a présenté des éléments d'originalité, notamment en ce qui concerne la participation des populations locales à l'administration de son Cercle (**section 2**).

SECTION 2. L'ORGANISATION JUDICIAIRE DU RÉGIME CIVIL ET L'ADMINISTRATION DE SABATIER À FORT-NATIONAL (1880-1885)

Le régime civil a graduellement écarté les *djemââs* judiciaires et les a remplacées par des juges de paix français qui étaient appelés à appliquer les coutumes kabyles dans les matières prévues par l'article 2 du décret du 29 août 1874 (§ 1). Les *djemââs* judiciaires furent maintenues jusqu'en 1885 au sein du Cercle de Fort-National

⁷⁰¹ *Ibid.*

⁷⁰² *Ibid.*

⁷⁰³ *Ibid.* p. 423.

administré par Camille Sabatier (§ 2).

§ 1. LE REMPLACEMENT DES *DJEMÂÂS* JUDICIAIRES PAR DES JUGES DE PAIX.

Le régime civil avait dans un premier moment accordé la priorité à la réforme du droit criminel. Le nouveau régime avait affiché sa volonté de réformer la justice pénale suite à la répression de la révolte d'*El-Mokrani*⁷⁰⁴. L'amiral Guyedon, qui avait réprimé cette révolte, soutenait l'idée qu'il fallait adopter un Code pénal spécial pour les Indigènes⁷⁰⁵. Une idée qui avait été partagée par son successeur Clauzy⁷⁰⁶. Ce dernier avait mis en place à Alger une commission disciplinaire appelée à gérer les affaires criminelles et spécialement prévue pour les Indigènes⁷⁰⁷. Celle-ci devait être assistée dans son travail par une commission de subdivision et une commission de Cercle⁷⁰⁸. Dans les faits, ce furent seulement ces deux dernières commissions à être entrées en fonction⁷⁰⁹. Une circulaire adoptée par le Gouverneur Général fixa les limites des compétences par matière ainsi que le type de sanction que ces commissions devaient appliquer⁷¹⁰. Fabre remarque de son côté que ce régime de Clauzy posa les fondements du futur régime de l'indigénat qui prit sa forme accomplie à partir des décrets du 19 août 1874 et du 11 septembre 1874⁷¹¹.

Le Régime Civil a modifié la justice civile en Grande Kabylie. Comme nous l'avons mentionné plus haut, les *djemâs* judiciaires furent désormais remplacées par des tribunaux français de première instance ainsi que par des Juges de Paix.

Les décrets du 10 mars et du 11 septembre 1873 donnèrent naissance à une nouvelle procédure judiciaire, le décret du 10 mars 1873 (article 1^{er}) instituant un tribunal de

⁷⁰⁴ M. Fabre, « L'indigénat : des petites polices discriminatoires et dérogatoires, in (sous la dir. De B. Durand, M. Fabre, M. Badji), *Le juge et l'Outre-mer*, Tome 5. *Justicia illiterata : aequitate uti ? Les dents du dragon*, Lille, Publication du Centre d'Histoire judiciaire éditeur, 2010, p. 277.

⁷⁰⁵ M. Fabre, *op. cit.*, p. 277.

⁷⁰⁶ *Ibid.*

⁷⁰⁷ *Ibid.*

⁷⁰⁸ *Ibid.*

⁷⁰⁹ *Ibid.*

⁷¹⁰ *Ibid.*, p. 278.

⁷¹¹ *Ibid.*, p. 274.

première instance à Tizi-Ouzou en Grande-Kabylie et un autre à Bougie en Petite Kabylie⁷¹².

Un premier décret datant du 23 avril 1874 détermina les limites du ressort des tribunaux de première instance de Bougie et de Tizi-Ouzou⁷¹³. Ce même décret prévoyait la mise en place de juges de paix en Kabylie, plus précisément dans les territoires kabyles rattachés aux départements d'Alger et de Constantine. L'art 4 de ce décret faisait un renvoi à un décret ultérieur qui devait déterminer les limites des compétences de ces tribunaux, prévus pour être disciplinés par le décret fondamental du 29 août 1874.

Avant de traiter cette loi qui se révéla d'une importance fondamentale dans l'histoire du droit colonial français en Kabylie, il est utile de citer le contenu d'un rapport que l'Assemblée avait transmis au président de la République et qui était joint au décret du 25 juin 1874. Ce document nous offre une image plutôt claire sur le fonctionnement de l'organisation judiciaire en Kabylie durant les premières années du régime civil. Nous y trouvons écrit ce qui suit :

« Monsieur le président – Un règlement d'administration du 10 mars 1873, a créé en Algérie deux tribunaux et vingt-cinq justices de paix [...] l'un de ces Tribunaux doit être établi à Tizi-Ouzou en Grande Kabylie. Pour que ce tribunal et cette justice de paix puissent fonctionner, il est indispensable de poser préalablement les bases de leur juridiction. Tous les tribunaux de la Kabylie, appelés djemââ, en effet, étaient désorganisés pendant la dernière insurrection et, depuis deux ans, il n'existe plus en réalité de représentants de justice dans cette portion du territoire de l'Algérie -Le projet décret qui est joint au présent rapport a pour but de faire cesser ce désordre et de déterminer les règles d'après lesquelles les juges qui seront institués devront résoudre les procès qui leur sont déférés.

-Ce projet ne s'applique qu'à l'arrondissement de Dellys et à la commune de Fort-National, qui a été rattachée provisoirement à l'un des cantons de cet arrondissement

⁷¹² A. Hanoteau, A. Letourneux, *op. cit.* vol. III, p. 496.

⁷¹³ *Ibid.*, p. 497.

par un décret du 11 septembre 1873. Ce dernier décret a décidé que la partie de la Kabylie laissée en dehors de l'arrondissement de Dellys restait transitoirement placée sous l'administration de l'autorité militaire, responsable de l'ordre et de l'autorité. [...] En matière répressive, la loi pénale française est déclarée purement et simplement applicable dans l'arrondissement de Dellys et le cercle de Fort-National ; de plus certaines infractions spéciales aux indigènes qui seront déterminées par des règlements approuvés par le préfet, seront considérées comme des contraventions de simple police et punies comme telles d'une amende. Enfin dans le cercle de Fort-National, l'intérêt de notre sécurité exige encore que les infractions prévues par les lois françaises soient poursuivies et réprimées selon les règles applicables au territoire militaire. Telle est l'économie du projet, en ce qui touche la loi pénale⁷¹⁴. »

Cela dit, ce sera le décret du 29 août 1874 qui disciplina l'ensemble du droit colonial français en Kabylie. Les articles 2 et 3 de cette loi se révélèrent fondamentaux. Le droit coutumier kabyle devenait désormais, tout comme le droit musulman algérien et la législation algérienne, une des sources officielles du droit colonial français en Algérie.

L'art 2, prévoyait que le : *« droit musulman ou kabyle continue à régir les conventions civiles ou commerciales entre indigènes arabes ou kabyles, ou musulmans étrangers [...] »*⁷¹⁵. L'article 3 statuait que : *« Entre indigènes arabes ou kabyles, ou musulmans étrangers soumis à des lois différentes quant à l'objet de la convention ou de la contestation la loi applicable sera en matière réelle, celle du lieu de la situation de l'immeuble et, en matière personnelle et mobilière, celle du lieu où s'est formé le contrat ou, à défaut de convention, la loi du lieu où s'est accompli le fait qui a donné naissance à l'obligation »*⁷¹⁶[...] ».

L'article 2 a octroyé aux coutumes kabyles le statut de sources juridiques. Cet article de loi a contribué à créer une nouvelle catégorie d'Indigènes, celle de l'Indigène musulman régi par le droit coutumier kabyle. D'une certaine manière, le nouveau

⁷¹⁴ R. Estoublon, A. Lefébure, *Code de l'Algérie annoté, op. cit.*, (note 2), p. 437.

⁷¹⁵ *Ibid.*, p. 438.

⁷¹⁶ *Ibid.*

régime a en partie aménagé un régime juridique spécialement prévu pour les Kabyles, ce qui était en ligne avec la politique voulue précédemment par Randon.

Les articles 2 et 3 du décret de 1874 ont été interprétés par les juges de paix français comme des normes aptes à soustraire la population kabyle à l'emprise du droit musulman en matière de statut personnel et droit foncier. Nous reviendrons sur ce point dans la deuxième partie de notre travail. Nous nous limitons ici à anticiper que la mise en place des juges de paix portera à la naissance d'une jurisprudence qui sera le fruit et le résultat de l'application des coutumes kabyles par les juges de paix français.

Dans un premier temps, les juges de paix français étaient assistés par des assesseurs coutumiers kabyles. L'article 5 prévoyait que : « *Dans les contestations entre Arabes, le juge de paix sera assisté d'un assesseur arabe ; dans les contestations entre Kabyles, d'un assesseur kabyle ; dans les contestations entre Arabe et Kabyle, de l'assesseur arabe et de l'assesseur kabyle.* ». Quant aux fonctions, « *Les assesseurs des juges de paix ont voix consultative. Dans les matières religieuses et d'état, ainsi que dans toutes les causes sujettes à appel, leur avis sur le point de droit sera toujours mentionné dans les jugements*⁷¹⁷ ». Seuls les Gouverneurs pouvaient être : « *nommés, suspendus ou révoqués* » et « *poursuivis seulement par « arrêté du Gouverneur général* ».

L'article 76 du décret du 17 avril 1889 avait supprimé la figure des assesseurs prévoyant que : « *Les emplois d'assesseurs arabes et kabyles près les justices de paix des arrondissements judiciaires de Bougie et de Tizi-Ouzou et près les justices de paix de Bouira, d'Ain-bessem, de Mansourah et de Palestro sont supprimés*⁷¹⁸ ». Ce même article prévoyait que « *Toutefois, en matière de statut personnel, le juge de paix peut, d'office ou sur la demande de toutes les parties en cause, se faire assister du cadi-notaire ou de son suppléant ; en cas d'empêchement de l'un ou de l'autre de ces fonctionnaires, il est assisté d'un notable préalablement désigné par le procureur*

⁷¹⁷ *Ibid.*

⁷¹⁸ A. Hanoteau, A. Letourneux, *op. cit.* vol. III, p. 515.

*général. Cet assesseur à voix consultative ne perçoit aucune vacation de ce chef*⁷¹⁹ ».

L'article 40 du décret susnommé avait maintenu en fonction de façon provisoire les assesseurs kabyles qui demeuraient en fonction auprès de la cour d'appel de Bougie et Tizi-Ouzou au moment de l'adoption du décret. Ces assesseurs pouvaient être suspendus ou révoqués par le garde des sceaux sur la proposition du premier président et du procureur général.

La suppression des *djemâs* et des assesseurs coutumiers a contribué à déposséder les populations kabyles de tout contrôle sur leurs coutumes. Les juges français sont devenus ainsi les uniques interprètes des coutumes kabyles. Comme nous l'avons vu auparavant, les articles 2 et 3 du décret du 29 août 1874 prévoyaient que les conventions civiles ou commerciales entre indigènes étaient régies par les coutumes kabyles et les lois musulmanes. Les juges de paix français présents en Kabylie venaient de la Métropole. Ces derniers furent contraints d'appliquer des coutumes kabyles qu'ils connaissaient très peu et qui souvent étaient en total décalage avec la culture juridique dont ces juges étaient issus. Comme nous verrons dans la deuxième partie, ils se limitèrent dans un premier temps à appliquer à la lettre l'ouvrage d'Hanoteau et de Letourneux.

L'article 8 de la loi de 1874 avait introduit la possibilité pour les autochtones algériens de présenter un recours en appel dans les jugements rendus entre Indigènes. Avant l'adoption du décret du 13 décembre 1879 ces recours devaient être présentés devant la Cour d'appel d'Alger qui était compétente pour l'ensemble des jugements qui avaient été prononcés en Grande Kabylie. La Cour d'appel d'Alger était compétente à accueillir les recours en appel proposés contre des décisions rendues par des tribunaux qui étaient situés dans le ressort du district judiciaire de Tizi-Ouzou, tandis que les recours contre les décisions des cours et des juges de paix du ressort de Bougie, donc en Petite Kabylie, devaient être présentés devant le Tribunal de Constantine.

Le décret du 13 décembre 1879 conféra à la Cour d'appel d'Alger le pouvoir de juger

⁷¹⁹ *Ibid.*

en appel les décisions rendues par l'ensemble des tribunaux qui se trouvaient en Grande Kabylie et en Petite Kabylie.⁷²⁰ Ainsi l'article 10 prévoyait que : « *Les décisions en dernier ressort rendues par les juges de paix, les tribunaux civils et la cour d'appel, appliquant le droit musulman ou kabyle, ne sont pas susceptibles de recours en cassation [...]* ». L'article 12 du décret cité ci-dessus prévoyait que les défenseurs n'étaient pas obligatoires devant ces tribunaux.

Comme nous l'avons anticipé plus haut, le décret du 29 août 1874 prévoyait un régime spécial pour le Cercle de Fort-National tandis que les articles 19 et 20, du Titre II, prévoyaient la possibilité pour des parties de faire recours à une *djemââ*. En effet, selon l'article 19 le juge de paix : « [...] *ne jugera les contestations entre Kabyles que sur la déclaration de toutes les parties qu'elles entendent soumettre à sa juridiction* ». L'article suivant cite que « *en l'absence de cette déclaration, la justice rendue au nom du peuple français, sera provisoirement administrée aux premiers degrés seulement, dans le territoire du cercle par les djemââs judiciaires* ».

L'article 21 prévoyait la mise en place de *djemââs* judiciaires kabyles qui devaient être composées de douze membres de tribus qui devaient opérer dans le ressort territorial de la commune de Fort-National. Tout comme à l'époque des Bureaux Arabes, les membres de ces *djemââs* pouvaient recevoir aucune rémunération.

L'article 22 prévoyait que chaque *djemââ* pouvait juger et élire leur propre président. Les décisions devaient être prises en présence d'un minimum de cinq membres. L'exécution des décisions des *djemââs* était remise aux : « *usages actuellement en vigueur, tant qu'il n'y est pas dérogé par le présent décret* » (article 29). Les parties pouvaient faire appel devant des juges musulmans-*khodja* ou des juges de paix.

Le décret du 21 septembre 1880 avait supprimé les *djemââs* judiciaires (art.8). L'article 9 du même décret avait abrogé les dispositions du titre II du décret du 29 août 1874, qui prévoyait un régime spécial pour le Cercle de Fort-National. Ce dernier fut ainsi découpé en quatre cantons du ressort du tribunal de Tizi-Ouzou. Cependant en dépit de l'abrogation du titre II du décret du 29 août 1874, le

⁷²⁰ A. Hanoteau, A. Letourneux, *op. cit.* vol. III, p. 507.

gouverneur Sabatier avait maintenu en place les *djemâs* dans le Cercle de Fort-National jusqu'en 1885.

§2. LA CONSERVATION DES *DJEMÂS* DANS LE CERCLE DE FORT-NATIONAL DURANT L'ADMINISTRATION DE CAMILLE SABATIER (1880-1885)

Le Cercle de Fort-National représentait une exception à la politique assimilationniste du régime civil. Cela bien que ce cercle fût une commune mixte à partir de l'année 1880. Nous pouvons considérer l'administration mise en place par Camille Sabatier comme un prolongement de la politique kabyle menée par les Bureaux Arabes durant la période 1857-1871. Le cercle de Fort-National était soumis au contrôle d'un commandant qui administrait la subdivision avec l'aide d'un adjoint civil⁷²¹.

Sous le régime de Sabatier les *djemâs* du Cercle de Fort-National furent reconnues de façon officielle. Cette décision allait évidemment à l'encontre des choix politiques menés par le Régime civil dans le reste des Cantons⁷²².

Sabatier avait entamé un certain nombre de réformes administratives dans les Communes qui demeuraient sous son contrôle. En 1880 Sabatier avait réduit les pouvoirs des *amins el oumena*. Ces derniers comme nous avons vu étaient une figure institutionnel inventé de plein grés par les militaires français durant la période des Bureaux arabes.

Sabatier avait mis en place des commissions municipales au sein desquelles des *amins* et des *oukils* étaient élus par les villageois à travers le suffrage universel. À cela viennent s'ajouter les gardes champêtres parmi les membres de la faction- *soff*- qui siégeaient dans les bans de l'opposition.

Selon Sabatier, les coutumes kabyles pouvaient être réformées uniquement par les *djemâs* kabyles. C'était ainsi que ces assemblées devaient se réunir de façon périodique afin de permettre aux élus de débattre sur les coutumes locales qui

⁷²¹ *Ibid.*, p. 460.

⁷²² *Ibid.*, p. 246.

devaient être reformées. Les *djemâs* devenaient ainsi les interprètes privilégiées des changements sociaux qui traversaient la société kabyle.

Pour parvenir à la réforme des coutumes kabyles, Sabatier avait mis en place à partir de 13 juin 1883 une commission de consultation locale qui avait pour but de réformer un certain nombre de dispositions présentes dans les *qanouns* rédigés au sein des Cercles qu'il administrait⁷²³. Le 12 juin 1884 s'était tenue l'élection des membres qui devaient composer un futur conseil de sages qui devait être consulté en vue de la réforme des coutumes locales. Ce conseil devait être composé de quarante-quatre délégués. Chaque tribu pouvait envoyer un nombre de délégués qui allait d'un minimum de quatre à un maximum de huit par tribu.

Durant les premières sessions, les membres de ce conseil avaient exprimé leur désir d'avoir à nouveau un juge conciliateur ainsi que la volonté de réformer les *qanouns* et plus généralement les coutumes kabyles qui portaient sur l'âge minimum prévu pour le mariage des femmes et l'abolition de la polygamie⁷²⁴. Ainsi Sabatier avait soumis les demandes de ses administrés aux juges de paix français présents dans de sa circonscription ainsi qu'au gouverneur général de l'Algérie⁷²⁵. Ce dernier refusa la requête de Sabatier et demanda à ce dernier d'agir par la voie législative et donc de déposer une proposition de loi. Ceci signifiait que les coutumes kabyles pouvaient être réformées uniquement par la voie législative, par le biais d'une loi qui s'applique de façon homogène à l'ensemble du territoire kabyle.

Cela dit les réformes de Sabatier ont eu une influence posthume en matière des réformes des coutumes, mais aussi sur le plan de l'administration des communes kabyles.

Suite de la chute de Sabatier en 1885, le Conseil du gouvernement posa la question du maintien en place de l'élection des *amins* en Grande Kabylie en respectant le principe du suffrage universel. Cependant la réponse fut négative. Ainsi le 10 décembre 1887 les figures des *amins* et les *thamens* des villages furent supprimés en

⁷²³ *Ibid.*, p. 248.

⁷²⁴ *Ibid.*, p. 250.

⁷²⁵ *Ibid.*

vue de renforcer le poids exercée par l'autorité française en Kabylie. Sous la pression des administrateurs kabyles par le biais de l'arrêté du 23 mars 1889 les *amins* furent de nouveau rétablis dans leurs fonctions. Tout de même ces derniers n'étaient ni rémunérés pour leurs fonctions et ni élus non plus directement par les villageois⁷²⁶. Néanmoins, des *djemâs* non-officielles continuaient à opérer en Kabylie. Par conséquent, en 1891 une enquête sénatoriale mit en évidence ce phénomène. Mais aucune disposition légale ne fut prise à cet égard. Les délégués kabyles qui siégeaient au sein des délégations musulmanes, exerçaient une fonction purement consultative.

La politique menée par Sabatier se démarquait de celle du Régime civil, d'autant plus que cette politique avait été menée à la suite de la suppression des *djemâs* et leur remplacement par des juges de paix français par le régime civil.

Les idées phares de la politique kabyle de Sabatier, telles que le fait que les coutumes kabyles devaient être réformées en consultant les institutions locales, avaient exercé une forte influence sur la jurisprudence des juges de paix du début du XXe siècle. Cette influence fut encore plus présente dans les arrêts du juge Gaston Ricci⁷²⁷. En effet les intuitions de Sabatier furent prises en considération comme nous verrons plus loin, durant les années 1930, plus précisément durant le débat qui éclata autour de la méthode qu'il fallait utiliser pour réformer les coutumes kabyles en matière des successoraux des femmes kabyles. Les partisans de la méthode Sabatier voulaient qu'une telle réforme se fit en faisant participer les populations intéressées, les Kabyles. Comme nous verrons plus loin, le juge Ricci, afin d'inciter le législateur à réformer les coutumes kabyles en matière de succession et de divorce des femmes, avait cité les vœux des délégués kabyles auprès des délégations financières. En résumé, Sabatier fut un modernisateur des coutumes kabyles par la base. Pour lui, le respect des coutumes passait par le respect de la *diuturnitas* et de *l'opinio juris sive necessitatis* de la population visée.

⁷²⁶ A. Mahé, *op. cit.*, p. 252.

⁷²⁷ *Ibid.*, p. 175.

C'est ainsi que les méthodes et les idées de Sabatier eurent une influence sur la jurisprudence française de la première moitié du XXe siècle qui s'était posé comme objectif de réformer les coutumes kabyles (**Deuxième partie**).

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

Le régime civil a été le régime de la réformation de la politique indirecte que les Bureaux Arabes avaient mené en Grande Kabylie durant les années 1857-1871. Cette réformation a été appliquée à l'ensemble du territoire algérien qui, suite au décret du 26 août 1881, avait été soumis au Ministère de l'Intérieur. Ce fut ainsi que le territoire de la Grande Kabylie fut découpé - à l'exception du Canton de Fort-National - en circonscriptions cantonales. Les *djemâats* administratives virent leurs fonctions de plus en plus réduites jusqu'à leur disparition. Les *djemâats* judiciaires furent supprimées et remplacées par des juges de paix français par le décret du 23 avril 1874. Les décrets du 10 mars et du 11 septembre 1873 ont institué un tribunal de première instance à Tizi-Ouzou en Grande-Kabylie et un autre à Bougie en Petite Kabylie. Les articles 2 et 3 du décret du 29 août 1874, avaient consacré le droit coutumier kabyle en matière de conventions civiles et commerciales. Les tribunaux étaient désormais devenus les uniques interprètes des coutumes kabyles. Les Kabyles furent ainsi dépossédés de leurs coutumes. Cette dépossession a été renforcée par l'article 17 du décret du 17 avril 1889 qui a supprimé les assesseurs coutumiers kabyles, une figure qui avait été introduite précédemment par l'article 5 du décret du 29 août 1874. Le Canton de Fort-National sous l'administration de Sabatier durant les années 1880-1885 représenta une exception à la politique assimilationniste du régime civil. Cette politique a été un prolongement du régime de Bureaux Arabes mais n'était tout de même pas dépourvue d'éléments d'originalité qui en partie inspira la doctrine et la jurisprudence du XXe siècle au moment où se posa la problématique de réforme des coutumes kabyles.

CONCLUSION DU TITRE 2

Les coutumes kabyles ont occupé un rôle important dans la politique d'administration indirecte menée par les Bureaux Arabes. Dans un premier temps les coutumes kabyles ont servi d'argument utilisé par les militaires qui prônaient la nécessité de la conquête de la Grande Kabylie. C'était pour cela qu'avant même que ce territoire fût conquis les officiers français avaient montré un fort intérêt à l'égard des coutumes kabyles. Ces derniers étaient conscients que l'autonomie politique dont jouissaient les tribus de Grande Kabylie était en grande partie due à la forme de gouvernance que celles-ci avaient adoptée durant les siècles. La Kabylie a été définie par Daumas comme une « Suisse sauvage » et par la suite Hanoteau définit ce système en utilisant le terme de « self-government ». Un système politique qui avait permis aux tribus kabyles de se maintenir autonomes à l'égard du pouvoir turc ainsi que des autres pouvoirs centraux qui se sont succédé en Afrique du Nord. Ce fut ainsi que les membres de la Commission scientifique qui explora le territoire algérien durant les années 1837-1850, s'étaient fortement intéressés à la compréhension des mécanismes qui régissaient le système politique des *archs* ainsi qu'à l'institution de la *djemââ*. Ces derniers en conclurent que les coutumes kabyles étaient le fruit d'une culture laïque et démocratique. C'est ainsi que les coutumes kabyles ont servi d'argument à l'Empereur Napoléon III de la nécessité d'une conquête du territoire de la Grande Kabylie. Des officiers tels que Daumas et Fabar avaient plaidé dans leurs écrits en faveur de la nécessité d'administrer ce territoire en s'appuyant sur les institutions politiques kabyles. Ce fut ainsi qu'en 1857 Randon, dans sa proclamation du 30 mai 1857, promit aux tribus kabyles de s'engager au nom de la France à respecter leurs coutumes.

Le régime des Bureaux Arabes avait en partie maintenu les promesses de Randon. Ce

régime renforça le rôle des *djemâs* tout en affaiblissant le système tribal des *archs*. Cette fois-ci les coutumes kabyles avaient été mises en valeur afin d'affaiblir le rôle que le droit musulman exerçait en Kabylie. Pour cette raison, les juges musulmans présents dans le reste du pays ne purent jamais exercer leur juridiction en Grande Kabylie. Les commandants de Cercles firent en sorte que l'ensemble des jugements fussent rendus par des *djemâs* judiciaires. Celles-ci devaient appliquer uniquement les coutumes kabyles. Comme nous l'avons vu, les responsables de Cercle s'octroyaient un droit d'intervention dans les jugements les plus complexes. Ce fut ainsi que ces deniers se trouvèrent devant la nécessité de mieux cerner les coutumes kabyles dans des matières de droit privé telles qu'en matière successorale ainsi que de divorce. Les militaires se tournèrent vers les sources écrites, soit les *qanouns*. Les commandants de Cercles se rendirent compte que ces sources contenaient peu d'information en matière de droit privé et ce fut ainsi qu'Hanoteau, lui-même commandant de Cercle, prit la décision de mener un travail de recherche sur le terrain afin d'acquérir le plus grand nombre d'informations sur les coutumes kabyles, des informations qui furent par la suite ordonnées par un magistrat, Aristide Letourneux. Les résultats de ce travail ont constitué l'ouvrage intitulé *La Kabylie et les coutumes kabyles*.

La codification des coutumes était née pour répondre à une nécessité pratique de cerner les coutumes kabyles ainsi que les rendre intelligibles aux magistrats français. *La Kabylie et les coutumes kabyles* devint durant la période du régime civil un texte incontournable pour tous les magistrats français appelés à exercer leurs fonctions en Algérie. L'originalité de cet ouvrage réside dans la méthode utilisée pour sa rédaction. La plupart des informations sur les coutumes kabyles ont été acquises à travers des études menées sur le terrain. A cela s'ajoute le fait que ces coutumes étaient rendues facilement intelligibles aux juristes français, cela grâce au fait que cet ouvrage était structuré comme un code et que les coutumes kabyles y étaient classées selon les catégories du droit français.

Comme nous verrons dans la deuxième partie, le régime civil fut celui de la consécration et de la réforme des coutumes kabyles. Nous avons vu dans le chapitre

2 que le régime civil a été aussi le régime de la « réformation » de l'administration indirecte menée par le Régime des Bureaux Arabes, réformation qui a consisté à remplacer l'administration indirecte des tribus kabyles par une administration plus intrusive pour ces dernières par le régime civil. Ce fut ainsi que fut adopté le décret du 19 août 1874 qui remplaça les *djemââs* judiciaires par des juges de paix français pour appliquer les coutumes kabyles dans les matières prévues par l'article 03 du décret de 1874. Une réformation qui consacra les coutumes kabyles en leur octroyant le titre de sources juridiques et qui prépara le terrain à leur réforme (**deuxième partie**).

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

La codification des coutumes kabyles a été menée durant la période où le territoire kabyle était administré par les Bureaux Arabes. Ces derniers firent le choix d'adopter en Grande Kabylie un régime spécial qui maintenait en place les institutions politiques traditionnelles ainsi que les coutumes kabyles. Ce choix était dû au fait que les tribus kabyles demeuraient politiquement autonomes au moment de l'expédition de Bouremont de 1830. Les militaires français étaient conscients du fait que cette autonomie politique avait été possible grâce à la forme de gouvernance que les tribus kabyles avaient développée au cours des siècles. Une forme de gouvernement qui était fondée sur des alliances entre tribus (*arch*) et sur un pouvoir de type partagé qui reposait sur des assemblées villageoises (*djemââs*). Les coutumes kabyles (*aada*) occupaient une place fondamentale au sein de la vie sociale des tribus kabyles. Les *djemââs* édictaient des statuts villageois connus sous le nom de *qanouns* et tranchait sur les différends entre Kabyles en appliquant les coutumes locales.

L'autonomie politique que les tribus kabyles s'étaient octroyée à l'égard de la Régence d'Alger dès le XVI^e siècle était à l'origine de l'autonomie juridique que les tribus kabyles nourrissaient à l'égard du droit musulman malékite. Cette autonomie était d'autant plus forte en matière successorale, dont l'exemple le plus connu était le *qanoun Sahridj* datant de l'année 1748. Ce *qanoun*, en pleine violation des prescriptions coraniques et du droit musulman malékite, décrétait que les femmes kabyles ne pouvaient jouir d'aucun droit successoral.

Le régime militaire a été le régime de la rédaction et de la codification des coutumes kabyles. Le choix de codifier les coutumes kabyles s'expliquait par la politique d'administration indirecte que les Bureaux Arabes ont instaurée en Kabylie durant les

années 1857-1871. Cette politique s'était appuyée sur les *djemââs* kabyles et a éloigné de la Grande Kabylie les juridictions musulmanes.

Le choix de la rédaction et de la codification des coutumes kabyles a été la réponse à une exigence pratique, en l'occurrence celle de mieux cerner les coutumes kabyles au vu du fait que les commandants de Cercles étaient appelés à trancher en appel les questions juridiques les plus complexes. Ces militaires par ordre du Général Randon devaient trancher les jugements en appliquant les coutumes kabyles.

La solution envisagée fut d'abord celle de la collecte et la rédaction des coutumes kabyles. La rédaction des coutumes kabyles a été une opération consistant à commanditer des statuts villageois aux notables kabyles. Ces derniers rédigeaient des *qanouns* sur la base de questionnaires qui avaient été précédemment rédigés par les commandants de Cercles. Cependant cette opération n'avait pas donné les résultats espérés, étant donné que les *qanouns* rédigés ainsi donnaient très peu d'informations en matière de droit privé. Ce fut ainsi qu'un commandant de Cercle, Hanoteau décida de mener des recherches sur le terrain avec l'aide de notables kabyles tels que *N'ait Aneur*, afin de collecter nombre d'informations sur les coutumes kabyles, avec une attention particulière pour les matières du droit privé. Avec l'aide d'un magistrat, Hanoteau mit en ordre les résultats de ces recherches et ce fut ainsi que fut réalisé l'ouvrage en trois volumes intitulé *La Kabylie et les coutumes kabyles*.

L'ouvrage d'Hanoteau et Letourneux marqua une rupture dans la façon dont les coutumes indigènes avaient été appréhendées par le droit colonial français. Le deuxième et le troisième livre de cet ouvrage se situent à mi-chemin entre un coutumier de l'ancien régime et le Code civil. Le but de cet ouvrage était de rendre les coutumes kabyles intelligibles et applicables par des magistrats français. Ce fut la raison pour laquelle les coutumes kabyles ont été classées selon les catégories du droit français.

La codification des coutumes et la conséquente transformation de celles-ci en un droit coutumier destiné à l'usage des juristes français a été une conséquence du régime d'administration indirecte que les Bureaux Arabes ont instauré en Kabylie

durant les années 1857-1871. Le régime des Bureaux Arabes a inspiré l'administration indirecte que les militaires français ont appliquée en Afrique de l'Ouest. Gallieni va exporter ce système au Sénégal, un territoire où sera pratiquée la codification des coutumes indigènes.

Le régime civil mit fin à l'administration indirecte menée par les militaires français tout en consacrant l'ouvrage d'Hanoteau et Letourneux. Sans cet ouvrage, le régime civil n'aurait pas, par le biais du décret du 29 août 1874, consacré les coutumes kabyles. Néanmoins il aurait été possible d'aménager un statut juridique particulariste pour les populations kabyles. C'est ainsi que le régime militaire a été celui de la codification des coutumes kabyles. Dans les pages suivantes, nous verrons comment le régime civil a consacré les coutumes kabyles telles qu'elles avaient été codifiées par Hanoteau et Letourneux ainsi que la façon dont le régime civil avait réformé ces coutumes en matière de *chefaa* et de statut personnel des mineurs et des femmes kabyles (**deuxième partie**).

DEUXIÈME PARTIE. LA RÉFORME DES COUTUMES KABYLES

La réforme est un concept qui occupe une place centrale dans l'histoire du droit colonial français. Comme l'expliquent El Mechat et Gayffier-Bonneville : « *Dès lors qu'on s'intéresse aux conditions d'exercice du gouvernement impérial à la période contemporaine, la référence à la réforme apparaît comme une constante [...]. Les politiques de réforme dans les domaines aussi variés que ceux de l'administration, de la justice, de l'éducation, de la fiscalité ou de l'économie, etc... sont souvent perçues comme des politiques d'adaptation destinées à remédier aux dysfonctionnements des institutions et leurs résultats. La réforme est aussi considérée comme un vecteur de la « modernisation » de l'Etat et comme un mode d'émancipation de la société*⁷²⁸ ».

La législation que le régime civil a appliquée dans la quasi-totalité du territoire algérien, y compris la Kabylie, a été le résultat d'une adaptation de la législation coloniale d'Algérie à la politique coloniale de la troisième République. Dans le cas de la Kabylie, cette législation a d'abord réformé le secteur de la justice en remplaçant les *djemâs* judiciaires par des juges de paix, ensuite les coutumes kabyles.

Le régime civil a exercé une forte mainmise sur le droit musulman et sur les coutumes kabyles. Celles-ci ont été en partie réformées par la législation et la jurisprudence coloniales en matière de droit de *chefaa*, de tutelle des mineurs ainsi que du statut des femmes. La réforme des coutumes kabyles a été possible grâce au fait qu'elles avaient fait l'objet d'une codification par Hanoteau et Letourneux.

⁷²⁸ S. El Mechat et A. C. Gayffier-Bonneville, « La réforme au temps des empires. Approche critique et comparative, XIX-XX siècles », in *Outre-Mers, Revue d'histoire*, n. 396-396, décembre 2017, p. 06.

Les articles 2 et 3 du décret du 29 août 1874 prévoyaient que les Kabyles étaient régis par leurs coutumes en matière de conventions civiles ou commerciales. Ce décret a reconnu le droit coutumier kabyle parmi les sources juridiques du droit colonial algérien.

Le décret de 1874 a indirectement introduit un nouveau statut juridique, celui de l'indigène musulman de statut juridique coutumier. Ce dernier était donc un indigène musulman qui de par son appartenance ethnique était régi par les coutumes kabyles et non par le droit musulman. Cela s'ajoutait au particularisme de droit pénal et de droit public qui avait été introduit par le régime de l'indigénat. Ce nouveau particularisme introduit par le décret de 1874 était un particularisme de droit privé. Ce particularisme s'atténua par la suite avec l'adoption du décret du 17 avril 1889 qui accordait aux Indigènes musulmans dans les matières prévues par l'article 2 du décret du 29 août 1874 le droit de renoncer de leur plein gré à leur droit traditionnel en vue de se soumettre au droit français.

Le décret du 29 août 1874 avait remplacé les *djemââs* judiciaires par des juges de paix français. Ces derniers étaient appelés à appliquer les coutumes kabyles dans les matières prévues par l'article 2 et 3 du décret de 1874. Les juges de paix appliquèrent les prescriptions contenues dans l'ouvrage d'Hanoteau et Letourneux, d'abord de façon quasi-littérale. Les coutumes kabyles étaient appliquées sur la base d'un critère purement ethnique et non pas territorial. En effet, les Kabyles continuaient à être régis par leurs coutumes même s'ils résidaient en dehors de la Kabylie.

Les Kabyles, tout en étant considérés par le droit français comme des indigènes musulmans, n'étaient tout de même pas, comme l'était le reste de la population indigène musulmane, assujettis dans les matières prévues par l'article 2 du décret de 1874 au droit musulman. Ce fut ainsi que le décret de 1874 avait aménagé un nouveau type de statut, celui de l'indigène musulman régi par les coutumes kabyles et non par le droit musulman. Le décret en question avait introduit un nouveau particularisme de droit privé qui s'ajoutait au particularisme de droit pénal et de droit public qui avait été introduit par les décrets qui ont constitué le régime de l'indigénat.

Ce particularisme fut en partie mitigé par le décret du 17 avril 1889 qui accordait aux indigènes musulmans kabyles et arabes le droit de renoncer de leur plein gré à leur tradition juridique et de se soumettre au droit français.

Le régime civil qui a gouverné l'Algérie à partir de l'année 1870 avait parmi ses objectifs celui de réformer les coutumes indigènes qui étaient incompatibles avec le droit français. Cependant cette réforme devait être entamée de façon graduelle. Les coutumes qui firent l'objet de réforme furent d'abord celles du droit de *chefaa*, par la suite celle de la tutelle des mineurs et des interdits et enfin les droits des femmes kabyles en matière de divorce et de successions.

Dans un premier temps, le Régime civil avait modifié les coutumes indigènes qui s'opposaient à la libre circulation des biens immeubles, en un mot, les coutumes qui représentaient un obstacle à l'implantation de la propriété privée en Algérie. Un des objectifs du régime en place était d'implanter en Algérie une législation foncière inspirée des théories économiques coloniales libérales. Il fallait ainsi modifier la structure familiale indigène afin de faciliter l'instauration d'un régime foncier qui pouvait faciliter les séquestres des terres collectives indigènes et de sécuriser les transactions foncières entre les Indigènes et les colons européens. En bref, il fallait abroger toutes les coutumes indigènes qui limitaient la circulation des biens fonciers. Les travaux des partisans de l'application des thèses libérales dans les colonies, tels que Besson et LeRoy Beaulieu, soutenaient qu'il y avait un rapport de cause à effet entre les propriétés collectives et le modèle de la famille élargie.

Le législateur intervint en premier lieu en matière de *chefaa*. C'est ainsi que fut adoptée la loi Warnier du 26 juillet 1873. Cette loi fut la première loi foncière coloniale à être appliquée en Grande Kabylie. Cette fameuse loi, en plus d'avoir permis le séquestre et la cadastration des terres collectives des tribus indigènes, a prévu l'obligation pour les Indigènes de se munir d'un patronyme en vue aussi de l'établissement d'un registre d'état civil sur l'ensemble du territoire algérien rattaché au régime civil.

Cette loi a implicitement abrogé l'institution juridique de la *chefaa* telle qu'elle était

pratiquée en Kabylie. La loi Warnier autorisait uniquement le retrait successoral prévu par le Code civil, ainsi que par le droit de *chefaa* pratiquée par le droit musulman malékite.

La loi du 23 mars 1883 avait prévu la mise en place de registres d'état civil pour les musulmans d'Algérie. Le décret du premier août 1902 avait modifié en partie les coutumes kabyles en matière de tutelle et de majorité. Cette loi avait prévu qu'en Kabylie la majorité devait désormais être établie sur la base de l'âge, donc sur la base d'un critère fixe et non pas sur la base de rites de passage ou de mensuration de certaines parties du corps, comme il était prévu par les coutumes kabyles. Cela avait été possible grâce à la mise en place des registres civils qui avaient permis de savoir l'âge des Kabyles. Enfin, le décret de 1902 a réformé la matière de la tutelle des mineurs et des interdits kabyles.

Entre la fin du XIXe siècle et le début du XXe siècle, la question de l'amélioration de la condition sociale de la femme kabyle avait acquis une certaine importance au sein du débat colonial en Algérie. Cette amélioration devait se réaliser aussi bien à travers une réforme des coutumes kabyles en matière de droit du mariage et de divorce qu'à travers celle des droits successoraux des femmes kabyles. En un mot, il fallait combattre la pratique des mariages de filles impubères et reconnaître aux femmes kabyles le droit au divorce et des droits successoraux.

Par le biais du décret du 19 mai 1931, le législateur français a reconnu, sous certaines conditions, aux femmes kabyles le droit au divorce et le droit à recevoir des biens en héritage dans le seul cas d'une succession *ab intestat*. Toutefois l'intervention du législateur avait été précédée par la jurisprudence des juges de paix qui dès le début du XXe siècle avaient accordé aux femmes kabyles le droit au divorce ainsi que des droits successoraux. Le réforme des coutumes kabyles dans ces deux matières avait été fortement soutenue par les délégués kabyles qui siégeaient au sein des Délégations financières.

Le régime civil, par le biais du décret du 29 août 1874, a officialisé le droit coutumier kabyle - tel qu'il avait été codifié par Hanoteau et Letourneux - et a aménagé un

nouveau statut juridique particulier, celui du statut coutumier kabyle (**Titre 1**). Cette reconnaissance officielle du droit coutumier kabyle en a permis par la suite la réforme par la jurisprudence ainsi que par l'intervention du législateur français (**Titre 2**).

TITRE 1. LE DÉCRET DU 29 AOÛT 1874 : LA CONSÉCRATION DU « CODE KABYLE » ET LA MISE EN PLACE DU STATUT JURIDIQUE PARTICULIER « KABYLE »

L'article 2 du décret du 29 août 1874 a consacré les coutumes kabyles en les rendant l'unique droit applicable dans les contentieux entre Kabyles portant sur la matière du statut personnel ainsi que des conventions commerciales. Faisant ainsi, ce décret a indirectement créé une nouvelle catégorie d'indigènes, celle des indigènes musulmans de droit coutumier. Un tel statut avait été réservé uniquement aux populations kabyles qui, dans les cas cités ci-dessus, étaient soustraites à l'emprise du droit musulman.

Les juges de paix français qui étaient appelés à appliquer les coutumes kabyles, appliquèrent les prescriptions contenues dans le second livre de *La Kabylie et les coutumes kabyles*. Ce texte fut appliqué par les tribunaux français en Algérie comme étant un véritable « Code Kabyle ».

Les décrets du 29 août 1874 et du 17 avril 1889 ont aménagé à l'égard des populations kabyles un statut particulier de droit privé, le statut de l'indigène musulman de droit coutumier (**chapitre 1**). Ce statut a été maintenu en vigueur même après l'abrogation du régime de l'indigénat (**chapitre 2**).

CHAPITRE 1. LES DÉCRETS DU 29 AOÛT 1874 ET DU 17 AVRIL 1889 : LE PARTICULARISME JURIDIQUE IMPOSÉ AUX KABYLES DURANT LE RÉGIME CIVIL

Le décret du 29 août 1874 a introduit un nouveau statut juridique, celui de l'Indigène musulman régi par le droit coutumier kabyle. Ce particularisme juridique réservé aux Kabyles s'est accentué avec l'adoption du décret du 17 avril 1889. L'application des coutumes kabyles se fera selon le critère *rationae personnae* et non pas *rationae loci*. Les coutumes kabyles étaient appliquées sur la base du critère ethnique. Les Kabyles étaient assujettis à leurs coutumes même dans le cas où ces derniers vivaient en dehors de la Kabylie. C'était seulement à travers l'option de législation que ces derniers pouvaient échapper à leurs coutumes et se soumettre au droit français en matière de conventions civiles et commerciales. La deuxième option était la naturalisation. L'Indigène musulman naturalisé ne pouvait plus être jugé dans les matières citées ci-dessus en appliquant le droit musulman ou les coutumes kabyles.

Le décret du 29 août 1874 a consacré les coutumes kabyles. Les décrets cités ci-dessus ainsi que le décret du 17 avril 1889 ont soumis la population kabyle à un statut particulier de droit privé (**section 1**). Ce statut particulier était appliqué sur la base d'un critère ethnique. C'est ainsi que ce particularisme fit l'objet de débats critiques de la part de la naissante doctrine universitaire française d'Algérie ainsi que des juristes internationalistes métropolitains (**section 2**).

SECTION 1. LA QUESTION DE LA RECONNAISSANCE OFFICIELLE DES COUTUMES KABYLES PENDANT LE RÉGIME CIVIL

Le décret du 29 août 1874 a reconnu aux coutumes kabyles le statut de source juridique officielle. L'article 2 prévoyait que les conventions civiles ou commerciales entre Kabyles étaient régies par les coutumes kabyles. L'article 4 prévoyait que les différends entre Kabyles devaient être tranchés uniquement par des juges français. Cependant ces derniers, ayant une très faible connaissance des coutumes kabyles, avaient appliqué au cours des litiges entre Kabyles, les coutumes kabyles telles qu'elles avaient été décrites et voire même codifiées dans l'ouvrage d'Hanoteau et Letourneux. Ces coutumes étaient appliquées au cours des procès entre Kabyles sur la base du critère *rationae personnae*. C'était ainsi que la jurisprudence des juges de paix avait consacré le droit coutumier kabyle codifié par Hanoteau et Letourneux (§1), tout en créant en même temps un nouveau statut juridique, celui de l'indigène musulman régi par les coutumes kabyles. Le Décret du 17 avril 1889 a accentué ce particularisme juridique de droit privé pour la raison qu'il prévoyait de façon explicite que les Kabyles étaient assujettis à leurs coutumes mêmes quand ils résidaient en dehors de la Kabylie (§2).

§1. LA CONSÉCRATION DU DROIT COUTUMIER KABYLE

Le décret du 29 août 1874 a octroyé aux coutumes kabyles un rang officiel parmi les sources du droit colonial applicables en Algérie.

Par le biais du décret du 29 août 1874 les coutumes kabyles en matière de statut personnel et de transactions sur les terrains non francisés étaient devenues des sources de droit reconnues par la législation française en Algérie.

Les juges français qui étaient appelés à appliquer les coutumes kabyles dans les matières prévues par le Décret du 29 août 1874 avaient considéré le deuxième et le troisième livre de l'ouvrage d'Hanoteau et Letourneux comme leur unique source de

référence. Bien que le travail cité ci-dessus n'ait jamais reçu une reconnaissance officielle de la part du législateur, la jurisprudence française le considéra comme l'unique source à laquelle faire référence en matière de coutumes kabyles⁷²⁹.

Dans les pages suivantes nous analyserons comment la jurisprudence a appliqué *La Kabylie et les coutumes kabyles* en matière des droits successoraux et du droit au divorce des femmes ainsi que celle des statuts des mineurs kabyles⁷³⁰.

Charnay souligne très pertinemment que : « [...] les magistrats français recherchent des textes en forme », pour les coutumes kabyles ils se tournèrent vers l'œuvre de Hanoteau et Letourneau : *la Kabylie et les coutumes kabyles*⁷³¹. ». En effet l'ouvrage en question était cité dans d'innombrables arrêts de juges de paix et de décisions de la Cour d'appel.

Hacoun-Campredon de son côté affirmait ce qui suit :

« Mais Hanoteau et Letourneux seraient bien surpris s'il leur était permis de voir aujourd'hui l'importance qui a été donnée à leur consultation⁷³² [...] Leur second volume, notamment, est considéré comme un véritable Code Berbère dont les tribunaux font une application rigoureuse, à la lettre. Trop souvent la jurisprudence a considéré comme admises dans toute la Kabylie, des règles coutumières qui ne l'étaient que dans quelques villages. Hanoteau et Letourneux ont été mal interprétés par ceux qui s'en sont tenus à une lecture superficielle de leur ouvrage et qui ont cru se trouver en face d'une rédaction définitive e la coutume⁷³³».

Pour notre part, nous ajoutons que les juges français durant la seconde moitié du XXe siècle ne pouvaient pas penser le droit en dehors du cadre de la loi et du Code. Le culte du code est un clair héritage de l'approche au droit véhiculé par l'école de l'exégèse. Cette influence positiviste était encore plus présente au sein des premiers

⁷²⁹ Telle était surtout l'intention du magistrat Letourneux, voir M. Gahlouz, « *Droit coutumier et régulation dans la société kabyle de la fin du XIXe siècle* », in *Droit et Cultures* n. 60| 2010-2, p. 181.

⁷³⁰ L.M.S., Lefèvre, *op. cit.*, p. 31.

⁷³¹ J. P. Charney, « Le rôle du juge français dans l'élaboration du droit musulman algérien », In : *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 15 n. 4, Octobre-décembre 1963, p. 710.

⁷³² P. Hacoun-Campredon, *op. cit.*, p. 66.

⁷³³ *Ibid.*,

arrêts des Juges de Paix. Dans un premier temps, les magistrats français se considéraient comme les « bouches de la loi » du deuxième et troisième livre de *La Kabylie et les coutumes kabyles*. Cela avait été favorisé aussi par le fait que la coutume kabyle était une matière d'enseignement universitaire à partir de 1879⁷³⁴. Cette approche littéraliste a eu l'effet négatif de figer la coutume kabyle dans l'état où elles se trouvaient dans les années 1860. À partir de ce moment, hormis les travaux sur les terrains menés par deux doctorants, Lefevre et Vigier, les universitaires ainsi que les juges-praticiens ne firent plus d'études sur le terrain sur les coutumes kabyles. Pendant des décennies ces derniers se limitèrent à citer l'œuvre d'Hanoteau et Letourneux⁷³⁵. Bontems souligne sur ce point que : « *Les étudiants kabyles qui fréquentent la Faculté de droit d'Alger connaîtront leur droit, non par sa réalité, mais à travers H. et L.*⁷³⁶ ».

Bousquet de sa part témoigne que : « *Le prestige de la parole écrite est devenu tel que, de nos jours, l'enquêteur en pays Kabile se voit parfois répondre par des indigènes, lettrés ou demi-lettrés, à qui il demande comment les choses se passent effectivement* « Voyez donc cela dans *HL*⁷³⁷ ».

Le Barreau des Avocats de Tizi-Ouzou prenait en compte uniquement les coutumes contenues dans le travail d'Hanoteau et Letourneux. La preuve en fut que le premier avocat stagiaire en Kabylie, Augustin Ibazizen, qui avait fait ses études universitaires ainsi que son stage d'avocat à Paris, de retour en Kabylie se vit refuser l'inscription au Barreau de Tizi-Ouzou⁷³⁸». Le bâtonnier avait justifié sa décision dans les termes suivants :

« *Votre stage à Paris ne suffit pas. Ici il faut ajouter aux connaissances de droit ordinaire celles des coutumes kabyles. Or à Paris, on ignore le traité de Hanoteau et Letourneux*⁷³⁹. »

⁷³⁴ C. Bontems, *op. cit.*, p. 89.

⁷³⁵ *Ibid.*

⁷³⁶ *Ibid.*

⁷³⁷ *Ibid.*, p. 08.

⁷³⁸ A. Ibazizen, *Le pont de Bereq'mouch*, Edition La Table Ronde, 1979.

⁷³⁹ La réponse d'Ibazizen a été la suivante : « *Mais, Monsieur le Bâtonnier, vous oubliez que je suis un enfant du pays ; j'y ai passé toute ma jeunesse et mon adolescence. Puis-je ajouter qu'il y a quelque*

Cette anecdote montre l'attitude quasi-religieuse des juristes français à l'égard de l'œuvre d'Hanoteau et Letourneux, une attitude qui fit notamment l'objet de la critique de Bousquet qui, contrairement à l'idée reçue, n'était pas à priori critique à l'égard du phénomène de rédaction des coutumes kabyles ni de la réforme des coutumes kabyles. Tout comme Besson, Bousquet pensait que la réforme des coutumes kabyles devait être entamée par des tribunaux français. Les coutumes kabyles auraient dû donc être réformées par la jurisprudence et non par les Codes car, à ses yeux, il n'y avait pas une jurisprudence autochtone kabyle et qu'il « [...] *n'y a pas de recueils de jurisprudence, par conséquent, les décisions anciennes ne sont plus remémorées* ⁷⁴⁰».

Bousquet avait rédigé son ouvrage durant les années 1950, cela lui avait permis d'avoir un certain recul, grâce au fait qu'il avait pu être témoin du rôle joué par les juges de paix dans la réforme des coutumes kabyles, notamment en matière de droit au divorce et de droit successoral des femmes kabyles.

La critique de Bousquet ne touchait pas l'ouvrage d'Hanoteau et Letourneux en soi, mais plutôt la conséquence que cet ouvrage a exercé sur l'évolution des coutumes kabyles. En un mot, Bousquet était critique à l'égard du fait que l'application à la lettre du deuxième et troisième livre de *La Kabylie et les coutumes kabyles* avait inhibé l'évolution de ces coutumes. Cela était selon lui dû surtout à l'attitude quasi-scolastique des juristes français à l'égard de ce travail, à l'égard desquels il fit les réflexions suivantes :

« [...] *plus personne depuis l'enquête de HL qui date du lendemain de l'expédition de Randon (1857) n'a examiné, comme ces deux auteurs, ce qui avait lieu effectivement dans une région dont nous sommes censés appliquer les coutumes : on s'est contenté jusqu'à nos jours d'interpréter l'Évangile selon Saints Hanoteau et Letourneux*⁷⁴¹ ».

soixante ans mon propre grand-père a été sollicité en tant que notable kabyle d'apporter sa contribution aux auteurs du coutumier dont vous me parlez » in *Ibid.*, p. 228.

⁷⁴⁰ G. H. Bousquet, *op. cit.*, p. 12.

⁷⁴¹ *Ibid.*, 08.

En effet suite à la publication de l'ouvrage d'Hanoteau et Letourneux, hormis les quelques enquêtes sur le terrain commanditées par le Gouverneur général durant les années 1920 ainsi que les thèses de Lefèvre et de Vigier durant les années 1930, aucune autre étude sur le terrain d'une ampleur comparable ne fut entamée en Kabylie. En ce sens, la thèse de L. M. Lefèvre (dirigée par Bousquet) publiée en 1939 représente une des rares mises à jour sur l'état des lieux de la condition féminine en Kabylie durant les années 1920-30 et aussi une des rares critiques du contenu de *La Kabylie et les coutumes kabyles*.

La thèse de Lefèvre représente un des rares témoignages sur l'état des lieux de l'évolution des coutumes kabyles durant les années 1930. Ce travail représente une véritable mise à jour des études sur les coutumes kabyles ainsi qu'un précieux témoignage sur les conséquences du Décret du 19 mai 1930, qui avait octroyé aux femmes kabyles le droit au divorce et des droits successoraux.

Le thème de la réforme des coutumes kabyles en vue de l'amélioration des conditions des femmes kabyles a occupé une place centrale au sein du débat juridique colonial algérien durant les années 1920-1930. Cette réforme avait été fortement sollicitée aussi bien par la jurisprudence des juges de paix et celle de la Chambre de révision musulmane de la Cour d'appel d'Alger que par les élus kabyles qui siégeaient au sein des Délégations financières.

Les coutumes kabyles furent réformées par la jurisprudence et la législation française. Le législateur avait réformé dans un premier temps la coutume de la *chefaa* kabyle ainsi que le système patronymique kabyle. Ces deux premières réformes avaient pour but de modifier la structure familiale kabyle afin de pouvoir appliquer en Kabylie la loi foncière, cela en atomisant les familles élargies afin d'imposer un modèle de famille nucléaire par le biais de l'introduction du registre civil. La raison en était que le modèle familial kabyle était considéré par une partie des juristes et ethnologues français comme un obstacle à l'implantation de la propriété privée en Kabylie.

Ce fut ainsi que fut mise en place une opération visant à la délimitation des terres en vue de leur cadastration. Quant à la *chefaa*, cette coutume était un obstacle à la libre

vente des terres indigènes. Cependant, comme nous le verrons plus bas, bien qu'elle ait été abrogée par le *sénatus-consulte* de 1873, la *chefaa* telle que pratiquée en Kabylie ou plus précisément telle qu'elle était décrite dans l'ouvrage d'Hanoteau et Letourneux, a été ressuscitée par la jurisprudence des juges de paix.

Par la suite le législateur réforma le régime de la tutelle du mineur et enfin ce fut le tour des coutumes en matière de divorce et des droits successoraux des femmes kabyles. Ces deux matières ont été modifiées par le décret du 19 mai 1930.

Le droit colonial français du XXe se fixa pour objectif de modifier la structure de la famille indigène afin d'accoutumer les indigènes avec la notion de propriété privée. En l'occurrence, des auteurs tels que Le Roy Beaulieu et surtout Besson soutenaient l'idée qu'une politique foncière pouvait être établie en changeant les coutumes indigènes. Il fallait affaiblir l'institution d'origine religieuse ou coutumière qui constituait un obstacle à la libre circulation des biens fonciers.

§2. LES DÉCRETS DU 29 AOÛT 1874 ET DU 17 AVRIL 1889 : LE STATUT COUTUMIER KABYLE ET L'OPTION DE LEGISLATION

Les décrets du 29 août 1874 et du 17 avril ont aménagé un statut particulier pour les Kabyles. Ces derniers étaient des indigènes musulmans assujettis à leurs coutumes dans les matières prévues dans l'article 2 du décret du 20 août 1874. Ces derniers ne pouvaient pas évoquer le droit musulman dans la matière citée ci-dessus. Ces deux décrets créaient ainsi un statut particulier de droit privé, le statut coutumier kabyle (A). L'unique moyen que le droit colonial octroyait aux Kabyles pour échapper à l'emprise de leurs coutumes était à travers la naturalisation et l'option de législation (B).

A. LE STATUT COUTUMIER KABYLE

Le décret du 29 août 1874 a donné une reconnaissance officielle aux coutumes kabyles qui désormais entraient de plain-pied parmi les sources du droit colonial

applicable en Algérie. Ce décret a indirectement aménagé un nouveau statut juridique, celui de l'indigène musulman assujéti au droit coutumier kabyle. Les articles 2 et 3 de ce décret prévoyaient que les Kabyles en matière des conventions civiles et commerciales étaient régis par leurs coutumes.

L'article 2 du décret du 29 août 1874 avait soustrait les Kabyles à l'emprise du droit français et du droit musulman en matière de « *conventions civiles ou commerciales entre indigènes arabes ou kabyles* ». À première vue, la nouvelle politique du Régime Civil ne se distinguait pas trop, en général, de la politique kabyle voulue par Randon. Cependant des différences subsistaient entre l'administration des Bureaux Arabes et celle du nouveau régime civil. La Proclamation de Randon ainsi que l'article 59 du décret du 31 décembre 1859 avaient reconnu les coutumes kabyles dans leur forme originale. Ce décret reconnaissait une valeur juridique aux coutumes kabyles édictées par les *djemââs* ainsi qu'aux coutumes orales qui n'allaient pas à l'encontre de l'ordre public. Le décret de 1859 laissait aux *djemââs* un certain contrôle sur les coutumes locales. Ce qui ne fut pas le cas du décret du 29 août 1874. Au moment de l'adoption de ce décret les *djemââs* kabyles avaient été remplacées par des juges de paix ainsi que par des tribunaux français. A cela s'ajoute le fait que les coutumes kabyles avaient été codifiées en un ouvrage en trois volumes.

Le décret de 1859 avait consacré les coutumes kabyles dans leur forme originale, tandis que celui de 1874 avait consacré le droit coutumier kabyle tel qu'il avait été codifié par Hanoteau et Letourneux. Ce fut ainsi que, comme nous le verrons plus bas, les tribunaux français qui désormais étaient appelés à appliquer les coutumes kabyles ne firent pas référence aux *qanouns* kabyles mais uniquement à l'ouvrage d'Hanoteau et Letourneux. Cela s'explique aussi par le fait, que comme nous avons déjà vu précédemment, les assesseurs coutumiers furent supprimés par l'article 76 du décret du 17 avril 1889⁷⁴². Par conséquent, les différends entre Kabyles étaient tranchés par des juges de paix français qui appliquaient les coutumes kabyles telles qu'elles avaient été codifiées par Hanoteau et Letourneux. Par conséquent les tribus kabyles avaient perdu toute emprise sur leurs coutumes (à l'exception du Cercle de

⁷⁴² P. Hacoun-Campredon, *op. cit.*, p. 72

Fort National). Les coutumes kabyles qui désormais étaient appliquées par les tribunaux français dans les matières prévues par le Décret du 29 août 1874 étaient uniquement les coutumes codifiées par Hanoteau et Letourneux.

Le décret du 29 août 1874 conférait aux Kabyles un statut juridique particulariste en matière de convention civile et commerciale, un statut coutumier qui avait été maintenu de façon officielle en Kabylie jusqu'en 1944⁷⁴³ et de façon non officielle dans d'autres territoires berbérophones tels que le *Mzab* (jusqu'à 1962) et dans les Territoires du Sud (jusqu'en 1957⁷⁴⁴).

Comme nous l'avons souvent rappelé, le décret du 29 août 1874 a introduit une nouvelle catégorie au sein du droit colonial français : celle du statut juridique musulman de droit coutumier. C'est un particularisme qui se manifesta au sein du droit privé.

Les articles 2 et 3 du décret du 29 août 1874 étaient rédigés de façon vague. Le législateur a ainsi laissé aux juges le pouvoir de délimiter le champ d'application des coutumes kabyles. Nous pouvons dire ainsi à la façon de Timsit⁷⁴⁵ que le législateur français s'est livré à « [...] *la pré-détermination du droit en énonçant une règle dont il n'a pas complètement cerné le champ de compétence, laissé pour une part au choix final du juge*⁷⁴⁶ ».

Précédemment, le Sénatus-consulte du 14 juillet 1865 qui règlementait la citoyenneté française en Algérie, et adopté sous le régime de Napoléon III, prévoyait deux catégories d'indigènes : les indigènes israélites et les indigènes musulmans. Cette dernière catégorie aurait dû inclure aussi les Kabyles. Mais la politique de Randon et des Bureaux Arabes les avait soustraits à toute emprise des tribunaux musulmans.

⁷⁴³ J.-P. Charnay, *La vie musulmane en Algérie d'après la jurisprudence de la première moitié du xx siècle*. Paris, Quadriga / Presses Universitaires de France, 1991 (1^{ère} édition 1965), p. 325.

⁷⁴⁴ *Ibid.*

⁷⁴⁵ G. Timsit, *op. cit.*, pp. 39-75.

⁷⁴⁶ Cette expression a été utilisée par Lajoie dans le contexte de la Loi sur les Indiens adoptée au Canada en 1876. Cette loi dans sa version originelle présente plusieurs analogies avec le décret français de 1874 appliqué en Algérie. Voir, A. Lajoie, « Synthèse introductive », in A. Lajoie, J.-M.-Brisson, S. Normand, A. Bissonnette, *Le statut juridique des peuples autochtones au Québec et le pluralisme*, Cowansville, Les éditions Yvon Blais in. 1996, p. 22.

Dans les faits, les Kabyles étaient en grande partie soumis à leurs coutumes. Le Décret du 29 août 1874 séparait les indigènes musulmans encore en deux catégories : celle des indigènes régis par le droit musulman et celle des Kabyles régis par le droit coutumier kabyle.

Néanmoins, ce décret n'abrogeait pas le précédent Sénatus-consulte de 1865, qui comme nous avons vu plus haut, avait introduit au sein du droit colonial français d'Algérie une séparation entre les citoyens de pleine citoyenneté française régis par le droit commun et les sujets indigènes israélites et musulmans qui, eux, étaient sujets aux prescriptions prévues par leurs droits religieux en matière de statut personnel, mariage et succession. Pendant le régime des Bureaux Arabes les autochtones musulmans arabes et kabyles ainsi que les israélites pouvaient intégrer la pleine nationalité française seulement à partir du moment où ils renonçaient à leur droit religieux (musulman ou israélite).

La question de la nationalité qui auparavant était matière de droit privé deviendra désormais une matière de droit public⁷⁴⁷. Dans le cas des indigènes musulmans la situation se compliquait ultérieurement, pour la raison que ce sénatus-consulte en question creusait un fossé entre la notion de nationalité telle que conçue par le droit privé et celle de droit public.

Etienne précise ainsi que :

« Dans l'ancien droit français et jusqu'en 1791, le citoyen français était le naturel. Avec la constitution de 1791, le naturel devient le national. Seuls les citoyens actifs jouissaient de droits politiques [...] Après 1792 la notion de citoyen-électorat l'emporte. Elle est constitutionnelle. Le Code civil le reprend dans son article 7⁷⁴⁸ ».

Au cours de la Révolution française se déroula un débat autour de la problématique de la citoyenneté française dans les colonies. La citoyenneté avait été reconnue en

⁷⁴⁷ Y. Urban, *L'indigène dans le droit colonial français 1865-1950*, Collection des thèses, Clermont Ferrand, Fondation Varenne, 2010, p. 07.

⁷⁴⁸ B. Etienne, *Les Problèmes juridiques des minorités européennes au Maghreb*, Paris, Éditions du Centre National de la Recherche Scientifique, 1968, p. 29.

1791 aux hommes de couleur libres tandis que l'esclavage fut aboli en 1794⁷⁴⁹. Comme l'explique Saada avec la conquête de l'Algérie, le clivage n'était plus entre « libre » et « esclave » mais entre le Français jouissant d'une pleine citoyenneté et le sujet indigène qui en était dépourvu⁷⁵⁰. Saada remarque encore que l'invention de l'indigène : « [...] *avait été paradoxalement précipitée par l'abolition de l'esclavage de 1848*⁷⁵¹ ». En effet malgré le fait que la Capitulation de 1830 ait prévu que la France s'engageait à « [...] *ne porter atteinte à la liberté des habitants de toutes classes et à leur religion* », la décision de la Cour d'Alger du 24 février 1862, jugeant sur l'ordonnance du 22 juillet 1834 portant sur l'annexion de l'Algérie, avait conféré aux populations autochtones d'Algérie le statut de ressortissants français qui cependant ne pouvaient pas être assimilés aux « Français de France » mais qui restaient plutôt des « sujets français⁷⁵² ».

Urban remarque que le Code civil cessa de régir la nationalité au sens du droit interne et la nationalité au sens du droit international public⁷⁵³. Cela avait pour conséquence la création d'une scission entre l'appartenance au peuple français et l'appartenance à la France⁷⁵⁴. Les indigènes algériens musulmans (arabes et kabyles) et israélites étaient des sujets français du point du droit international, mais pas du point de vue du droit interne. Le Sénatus-consulte de 1865 considérait les Kabyles, ainsi que l'ensemble des autochtones musulmans d'Algérie (art1), et les autochtones israélites (art.2) comme des sujets français protégés par la France et non pas des citoyens français appartenant à la communauté nationale française. Pour accéder à la pleine citoyenneté française les indigènes musulmans et israélites devaient renoncer à leur droit religieux (musulman, coutumier et judaïque) dans un certain nombre de matières telles que le mariage. Dès lors durant la période du Régime des Bureaux Arabes les populations autochtones d'Algérie musulmanes et juives pour pouvoir accéder à la pleine citoyenneté française devaient renoncer à leurs traditions juridiques et se

⁷⁴⁹ E. Saada, « Une nationalité par degré. Civilité et citoyenneté en situation coloniale », in P. Weil et S. Dufoix, *L'esclavage, la colonisation et après....*, Paris, Puf, 2005.

⁷⁵⁰ *Ibid.*, p. 198.

⁷⁵¹ *Ibid.*

⁷⁵² *Ibid.*

⁷⁵³ B. Etienne, *op. cit.*, p. 07.

⁷⁵⁴ *Ibid.*

soumettre aux « lois civiles et politiques de la France⁷⁵⁵ ». En un mot l'accès à la nationalité française passait par une acculturation juridique, c'est-à-dire par le renoncement aux coutumes indigènes, surtout en matière de polygamie.

Cependant le Sénatus-consulte du 14 juillet 1865, contrairement au Décret du 29 août 1874, ne faisait pas de différence entre Arabes et Kabyles ainsi qu'entre le droit musulman et les coutumes kabyles. L'article premier prévoyait que les indigènes musulmans dans leur ensemble étaient régis par la loi musulmane. Comme vu plus haut, tout au long de la période du régime des Bureaux Arabes, les Kabyles ne furent jamais soumis à la « loi musulmane », mais dans les limites du possible à leurs coutumes.

Les militaires qui administraient les cercles militaires situés en Kabylie, avaient détourné en faveur des populations kabyles les contradictions et les lacunes présentes au sein du Sénatus-consulte de 1865. Ainsi le fait que les kabyles étaient régis uniquement par leurs coutumes et non pas par le droit musulman ou rabbinique leur permettait d'intégrer la pleine citoyenneté française. Cette idée avait été partagée aussi par le conseiller d'État Flandit. Ce dernier proposait l'octroi de la citoyenneté française à l'ensemble des Kabyles sans que ces derniers eussent à renoncer à leurs coutumes. Dans sa relation présentée à l'Assemblée, Flandit reprit l'ensemble des clichés kabylophiles véhiculés par le mythe kabyle. Les coutumes kabyles étaient pleinement compatibles avec le droit français, sur ce point le conseiller d'état affirmait ce qui suit :

« [...] ; les Kabyles qui descendent de familles chrétiennes réfugiées (sic), diffèrent des autres Arabes sous le triple rapport des mœurs, des lois et du culte même. [...]. Ce million d'hommes qui ne pratique pas la polygamie, dont les familles sont constituées à l'instar des nôtres ; qui s'est montré sensible aux avantages de la civilisation voudra profiter du nouveau bienfait que lui apportera le sénatus-consultes⁷⁵⁶ ».

⁷⁵⁵ X. Yacono, « Assimilation (tentatives d') », in *Encyclopédie berbère* 7, 1989, p. 902.

⁷⁵⁶ X. Yacono, « Assimilation (tentatives d') », in 7| Asarakae-Aurès, Aix-en-Provence, Edisud (« Volumes », n.7), 1989 (en ligne) mis en ligne le 01 décembre 2012, consulté le 24 mai 2016. URL :

Reconnaître aux Kabyles la pleine citoyenneté française leur demandait de renoncer à leurs coutumes et signifiait octroyer aux Kabyles un statut similaire à celui qui fut octroyé aux indigènes musulmans qui résidaient dans les comptoirs français au Sénégal et en Inde. Ces derniers étaient des indigènes musulmans qui avaient obtenu la pleine citoyenneté française sans pour cela devoir renoncer à leurs coutumes ni à leurs lois religieuses. Ce droit avait été reconnu aux Indiens des comptoirs par des textes anciens, dont un règlement du 30 décembre 1769⁷⁵⁷.

L'arrêté gouvernemental datant du 06 janvier 1819 qui régissait le statut des habitants autochtones des comptoirs français en Inde, octroyait dans son article 03 la possibilité pour ces derniers de se faire naturaliser de façon massive sans distinction de religion. L'instruction datant du 27 avril 1848 prévoyait que les autochtones naturalisés pouvaient être jugés sur la base de leur loi religieuse et de leurs coutumes. Sans pour cela perdre leur droit politique. L'article 3 de cette instruction prévoyait que :

« Les indiens soit chrétiens, soit maures ou gentils seront jugés, comme par le passé, suivant les lois, usages et coutumes de leur caste⁷⁵⁸ ».

Le fait d'être jugé en appliquant ses lois et coutumes n'était pas un obstacle à la reconnaissance des droits civiques. Durand souligne sur ce point ce qui suit :

« En 1827, les juridictions françaises, désormais compétentes, appliquèrent en matière civile ces lois, usages et coutumes en même temps que la loi de 1833 étant introduite en Inde, une série de décrets ou d'arrêtés permirent aux indiens de participer aux opérations électorales, nationales ou locales au même titre que les français de souche. Deux arrêts de la Cour de cassation en confirmèrent le droit le 16 juin 1852 et le 2 janvier 1878⁷⁵⁹ ».

http://encyclopedieberbere.revue.org/1199, p. 07.

⁷⁵⁷ B. Durand, « Citoyens et sujets en demande de Justice : Quand la politique s'en mêle ! », in *Le Juge et l'Outre-Mer*, Tome 7 (sous la dir. Bernard Durand, Mamadou Badji, Samba thiam, Sandra Gerard-Loiseau), Le retour d'Orphée, Publication du Centre d'Histoire Judiciaire Editeur, Lille, 2014, p. 153.

⁷⁵⁸ Y. Urban, *op. cit.*, p. 33.

⁷⁵⁹ B. Durand, *op. cit.*, p. 154.

Le 21 septembre 1881 fut adopté un décret qui reconnaissait aux Indiens (d'Inde) le droit de renoncer à leur statut personnel et d'être régis par la loi française. Ce régime changea à la suite de l'adoption de deux arrêts de la Cassation datant du 05 juillet 1882 et du 06 mars 1883 qui prévoyaient que les Indiens qui voulaient rester des citoyens français devaient renoncer à leur statut personnel⁷⁶⁰.

La conquête de l'Algérie marqua un tournant dans l'histoire du droit colonial français. Comme l'explique Urban, dans un premier temps l'Algérie devient un quasi-état d'un point de vue de droit international public, ce qui a favorisé la naissance d'un droit de nationalité propre aux colonisés⁷⁶¹. La loi du 24 avril 1833 qui octroyait les droits civils et politiques à : « [...] *toute personne née libre ou acquis légalement la liberté* » ne fut pas appliquée aux indigènes musulmans d'Algérie⁷⁶².

En ce qui concerne la Kabylie, la chute du régime militaire mit fin à l'élan du courant politique favorable à l'assimilation juridique des Kabyles. Contre toute ambiguïté, ces derniers furent reconduits par le Décret du 29 août 1874 à la catégorie d'indigènes musulmans soumis à la coutume kabyle. Hormis l'exemple de l'administrateur du Cercle de Fort-National, Camille Sabatier, aucune voix ne s'éleva en faveur d'une naturalisation massive des Kabyles. Durant le Régime civils les coutumes kabyles qui au temps de la conquête de la Kabylie avait été considérées comme un atout, étaient désormais considérées par le régime kabyle comme un obstacle à l'octroi de la jouissance des droits politiques. Cela valait aussi dans le cas des Kabyles qui s'étaient convertis au christianisme. Bruno Etienne souligne sur ce point ce qui suit :

« [...] *aussi étrange que cela puisse paraître, aucun texte n'avait prévu qu'un changement de religion put faire sortir de son état, alors, que le critère même de l'indigénat était religieux*⁷⁶³ ».

Les seuls autochtones algériens à avoir été juridiquement assimilés au droit français furent les Israélites (à l'exception des Berbères de religion juive originaires du Mزاب).

⁷⁶⁰ *Ibid.*

⁷⁶¹ *Ibid.*, p. 35.

⁷⁶² *Ibid.*, p. 148.

⁷⁶³ B. Etienne, *Les Problèmes juridiques des minorités européennes au Maghreb*, Paris, Éditions du Centre National de la Recherche Scientifique, 1968, p. 52.

Ces derniers furent naturalisés par le biais du décret du 24 octobre 1874 promulgué par le Gouvernement de Défense Nationale, ce qui les contraignit à renoncer à leur tradition juridique et à s'assujettir au droit commun appliqué au restant de la population française⁷⁶⁴. Cependant les juifs d'Algérie, contrairement aux indigènes des comptoirs d'Inde et du Sénégal, ne pouvaient plus être jugés sur la base de leur droit religieux ni de leurs coutumes. Dans le cas de l'Algérie, l'obtention de la pleine nationalité française avait pour conséquence la perte *ipso-facto* d'un statut particulier, notamment dans le domaine du droit privé tel que le mariage, divorce et successions.

Vers la fin du XXe siècle le territoire du Mzab avait été annexé au reste de l'Algérie. Tout comme en Kabylie, il y avait un courant qui militait pour la naturalisation des populations du Mzab au nom du décret de 1833⁷⁶⁵, mais la Cour d'appel d'Alger dans son décret du 22 avril 1898 et du 25 février 1890 refusa l'octroi généralisé de la citoyenneté française aux populations du Mzab⁷⁶⁶.

Quant aux Kabyles, à partir du XXe siècle, toute hypothèse d'assimilation massive était désormais révolue. L'image des coutumes kabyles avait été ternie par la révolte d'*El-Mokrani*. Les travaux datant de cette époque donnaient une image plutôt négative des populations kabyles ainsi que de leurs coutumes. Nous avons l'exemple de l'ouvrage de Chavériat intitulé *Huit jours en Kabylie*. Ce dernier était magistrat et professeur dans la naissante Université d'Alger. Dans son ouvrage, Chavériat déclarait que les coutumes kabyles et l'organisation politique traditionnelle des Kabyles devaient être considérées comme un danger pour la France, selon lui un danger plus important que l'Islam. Vers la fin du XXe siècle, même les écrits kabylophiles tels que la *Formation des cités chez les populations sédentaires de l'Algérie* d'Emile Masqueray, bien que reconnaissant une certaine rationalité au système politique traditionnel kabyle, ne contenaient pas de prescription encourageant l'assimilation juridique des Kabyles. L'unique exemple d'ouvrage

⁷⁶⁴ P. Weil, *Le statut des musulmans en Algérie coloniale. Une nationalité française dénaturée*, in EUI Working Paper HEC No 2003/3, European University Institute, Badia Fiesolana, Firenze, 2003, p. 03.

⁷⁶⁵ B. Durand, *op cit.*, p. 150.

⁷⁶⁶ *Ibid.*

favorable aux Kabyles restait l'ouvrage de Le Roy Beaulieu, intitulé *La colonisation des peuples modernes*.

Désormais l'unique atout reconnu aux coutumes kabyles restait le fait que celles-ci étaient le fruit d'un *consensus* social et non pas l'objet d'une révélation religieuse comme l'était en grande partie le droit musulman. En un mot, les coutumes en question étaient perçues comme une source juridique laïque, ce qui par conséquent les rendaient facilement modifiables par le législateur français. À cela s'ajoutait le fait que les coutumes kabyles avaient été précédemment codifiées, donc rationalisées dans l'ouvrage d'Hanoteau et Letourneux. Tous ces éléments aidèrent à ce que les coutumes kabyles furent maintenues séparées du droit musulman. Le Décret du 29 août 1874, contrairement au Sénatus-Consulte de 1865, avait creusé un fossé entre les coutumes kabyles et le droit musulman. Par la suite, rappelons-le, le Décret du 17 avril 1889 appliquait les coutumes kabyles sur une base ethnique et non uniquement sur une base territoriale. Le critère appliqué était le critère personnel ou bien *rationae personae*. Le statut d'indigène assujetti au droit coutumier kabyle se transmettait par le bais du droit du sang. Toujours en 1889, fut adoptée une nouvelle loi sur la nationalité française. Cette loi dans son article 2 maintenait en place le sénatus-consulte de 1865. Par la suite fut adopté le décret du 7 février 1897 qui prévoyait dans son article 17 : « [...] *il n'est rien changé à la condition des indigènes dans les colonies françaises* ».

B. L'OPTION DE LÉGISLATION

Le régime civil fit le choix de ne pas abroger formellement le Sénatus-consulte de 1865. Par conséquent, les indigènes musulmans, arabes ou kabyles pouvaient accéder à la pleine citoyenneté française. Cependant, tout comme il advint durant la période du régime des Bureaux Arabes, la condition *sine qua non* pour accéder à ce changement de statut était que l'indigène musulman renonce à sa tradition juridique d'origine en matière de mariage et de droits successoraux. En bref, l'Indigène devait s'assujettir aux prescriptions du Code civil. À cela s'ajoute le fait qu'une fois naturalisé, l'autochtone musulman ne pouvait plus faire appel au droit musulman ni aux coutumes kabyles.

Les Indigènes musulmans non naturalisés pouvaient opter pour la législation française et voir leurs différends réglés par les prescriptions du Code civil, cela même dans les matières que le Décret du 29 août 1874 réservait au droit musulman ou aux coutumes kabyles. Cette option était prévue par l'article 03 du Décret du 17 avril 1889 et pouvait être demandée de façon explicite ou même tacite. Charney définit l'option de législation comme étant une : « [...] *faculté accordée aux musulmans de passer un acte selon la loi française, acte dont les effets seront régis par cette loi* » et entraient « « *ipso facto une option de juridiction*⁷⁶⁷ ».

Par la suite, en 1919 fut adoptée la loi Jonnart qui introduisait dans la législation coloniale une option de législation spécialement prévue pour les Kabyles. Cette loi permettait aux Kabyles d'opter pour la législation française de façon tacite, alors que pour le reste de la population musulmane il était prévu que l'option devait être faite de façon explicite⁷⁶⁸.

Cela dit, les indigènes musulmans régis par le droit musulman ne pouvaient en aucun cas opter pour le droit coutumier kabyle même s'ils résidaient en territoire kabyle et *vice-versa* les indigènes kabyles ne pouvaient pas demander d'être régis par le droit musulman, même s'ils demeuraient en dehors de la Kabylie. Cette application des coutumes kabyles sur base ethnique, c'est-à-dire sur la base du critère *rationae personae*, a été rendue possible par les Décrets du 29 août 1874 et du 17 avril 1889.

Les articles 07-2 du décret du 17 avril 1889 prévoyaient que les coutumes kabyles devaient être appliquées au cours des : « [...] *contestations relatives au statut personnel et aux droits successoraux* [...] » ainsi qu'au cas où : « [...] *les différends sur les mêmes matières entre kabyles en quelque lieu qu'ils soient* ». Ce Décret avait donc renforcé la portée du critère *rationae personae*, cité ci-dessus dans l'application des coutumes kabyles.

L'unique exception à cette règle était celle des contentieux en matière de mariage et de divorce au sein desquels des femmes musulmanes non-kabyles étaient mariées à

⁷⁶⁷ J.P. Charney, *op. cit.*, p. 334.

⁷⁶⁸ M. Borremans, *Statut personnel et famille au Maghreb. De 1940 à nos jours*, thèse présentée devant l'Université de Paris IV, Lille, Service de reproduction des thèses. Université de Lille III, 1972, p. 426.

des hommes Kabyles. Dans ces cas précis, bien que n'étant pas kabyles ces femmes étaient assujetties aux coutumes kabyles et non au droit musulman. Ces coutumes leur étaient appliquées même si elles résidaient en dehors de la Kabylie.

La Cour d'appel d'Alger avait tranché la question du droit applicable dans le cas où les parties étaient des indigènes musulmans non-kabyles habitant en Kabylie, dans son arrêt datant du 07 octobre 1890, de façon plutôt exhaustive dans les termes suivants : « *Le statut personnel des indigènes musulmans habitant le territoire kabyle mais appartenant à des tribus arabes est régi non par la coutume kabyle, mais par la coutume musulmane* ⁷⁶⁹ ».

Le cas qui se présentait le plus fréquemment était celui d'indigènes musulmans non-kabyles, la plupart du temps de sexe masculin qui vivaient en terre kabyle et pour cela au cours d'un procès demandaient l'application des coutumes kabyles quand celles-ci leurs étaient favorables. Il arrivait fréquemment aussi que des femmes kabyles ou des femmes musulmanes non-kabyles mariées à un Kabyle qui résidaient en dehors de la Kabylie demandaient au cours d'un procès que le tribunal leur octroie un droit au divorce ou réclamaient des successoraux, alors que ces derniers leur étaient niés par les coutumes kabyles. Dans ces cas elles demandaient l'application des prescriptions de droit musulman qui leur étaient plus favorables ⁷⁷⁰ ».

L'application du droit musulman ou des coutumes kabyles sur la base d'un critère purement ethnique ne tenait pas dûment compte des conséquences sociologiques liées à l'émigration interne au territoire algérien d'autochtones algériens. Sur ce dernier point Charnay donne l'explication suivante :

« [...] lorsque la transplantation est ancienne, un phénomène d'osmose joue, qui assimile l'émigrant à son nouveau milieu, donc à un nouveau système juridique ⁷⁷¹ ».

Les coutumes kabyles n'étaient pas appliquées sur la base du critère personnel et donc *rationae personnae* dans les cas où le litige avait pour objet la propriété de biens

⁷⁶⁹ *Revue algérienne et tunisienne de législation et jurisprudence*, Tables décennales, années 1885-1894, première partie, p. 226

⁷⁷⁰ J.-P. Charney, *op. cit.*, p. 29.

⁷⁷¹ *Ibid.*, p. 29.

immeubles, la norme applicable en l'occurrence était celle en vigueur dans le lieu où se situait le bien. C'est ainsi que dans le cas d'un procès où les parties étaient des autochtones musulmans d'Algérie et l'objet du contentieux des biens immeubles, la seule coutume applicable était celle du lieu : le droit musulman malékite pour un bien situé en dehors de la Kabylie, les coutumes kabyles si situé en Kabylie.

Cela était prévu clairement par l'article 3 du décret de 1874, dans les termes suivants : « *Entre indigènes, arabes ou kabyles, ou musulman étrangers, soumis à des lois différentes quant à l'objet de la convention ou de la contestation, la loi applicable sera en matière réelle, celle du lieu de la situation de l'immeuble et, en matière personnelle et mobilière, celle du lieu où s'est formé le contrat, ou à défaut la loi où s'est accompli le fait qui a donné naissance à l'obligation*⁷⁷² ».

Par ailleurs l'article 1 du Décret du 10 septembre 1886 prévoyait que : « *Les musulmans continuent à être régis par leurs coutumes en ce qui concerne ceux de leurs immeubles dont la propriété n'est pas établie conformément à loi du 26 juillet 1873*⁷⁷³[...] ». L'article 05 précise ce qui suit : « *En matière réelle entre arabes, kabyles ou musulmans étrangers, la loi ou coutume applicable est celle de la situation des biens*⁷⁷⁴ ».

Le critère *rationae loci* était aussi appliqué dans le cas des successions de femmes kabyles, précisément quand les biens immeubles du *de cujus* se trouvaient en dehors de la Kabylie. Cela demeurait l'unique cas où la loi française accordait des droits successoraux aux femmes kabyles, faisant brèche à l'interdit des coutumes kabyles. Dans la décision du 13 janvier 1891 la Chambre de Révision musulmane d'Alger tranchait sur la question dans les termes suivants :

« *Dès lors, le partage des immeubles dépendant de cette succession doit se faire d'après la loi du lieu de leur situation [...] C'est d'après la loi musulmane et non*

⁷⁷² R. Estoublon, A. Lefebure, *op. cit.*, p. 439.

⁷⁷³ *Revue Algérienne et tunisienne de législation et jurisprudence*, Tables décennales années 1885-1894, première partie. p. 135.

⁷⁷⁴ *Ibid.*

*d'après la coutume kabyle*⁷⁷⁵ »

Cela valait uniquement pour les biens immeubles. Tandis que dans le cas de succession des biens meubles, c'était la coutume du lieu du décès du *de cuius* et qui primait et non pas la coutume de l'ethnie de ce dernier ⁷⁷⁶. Ce qui mitigeait l'application stricte de critère *rationae personnae*.

La doctrine universitaire colonial française d'Algérie n'approuvait pas la lecture que la jurisprudence avait donnée du décret du 17 avril 1889. L'application du critère *rationae loci* en cas de succession d'immeubles dont les héritiers étaient des Kabyles se trouvant hors-Kabylie avait été contestée par Marcel Morand. Ce dernier qui était professeur de droit à l'Université d'Alger et par la suite doyen de cette même université, affirmait qu'en matière successorale la loi applicable était celle de l'ethnie du *de cuius*⁷⁷⁷. Morand soulignait ainsi ce qui suit :

*« Les termes mêmes des art. 3 et 4 du décret du 17 avril 1889 ne permettent pas d'autre solution. C'est donc à tort que la jurisprudence a cru devoir appliquer ici, la loi de la situation des biens*⁷⁷⁸ ».

Selon Morand, les femmes kabyles ou les femmes musulmanes non kabyles mariées à un homme kabyle ne pouvaient jamais hériter d'un bien immeuble même si celui-ci se situait en dehors de la Kabylie. Toujours selon Morand, les femmes kabyles, mais aussi les femmes musulmanes non kabyles mariées à des hommes kabyles, ne pouvaient jouir d'aucun droit au divorce, ces dernières étant *de facto* soumises aux coutumes kabyles. L'idée de Morand avait été partagée par une partie des juges français. Nous avons l'exemple de l'arrêt du 26 juin 1917 qui prévoyait que : *« La femme arabe mariée à un kabyle - D'après la coutume kabyle, la femme non kabyle qui épouse un kabyle suit la condition de son mari. En conséquence, la femme arabe*

⁷⁷⁵ *Revue Algérienne et tunisienne, de législation et de jurisprudence*, Tables décennales années 1885-1894, première partie, p. 416.

⁷⁷⁶ *Ch. Rev. Musulmane, Alger*, 31 mars 1908, Recueil Dalloz, *Jurisprudence générale*, T.1939, 1911, p. 76 et suivantes.

⁷⁷⁷ M. Morand, *Introduction à l'étude du Droit musulman algérien*, Ancienne Maison Bastide-Jourdan, Alger, 1921, p. 23.

⁷⁷⁸ *Ibid.*, p. 25.

*mariée à un kabyle peut être répudiée et se mettre en état d'insurrection, mais non divorcer*⁷⁷⁹ ».

La seule possibilité qu'avait une femme indigène musulmane kabyle ou mariée à un Kabyle de se soustraire à la coutume était de se marier avec un Kabyle qui avait obtenu la citoyenneté française avant la date de leur mariage⁷⁸⁰. Dans ce cas, un arrêt du Tribunal de Tizi-Ouzou datant du 12 mars 1896 prévoyait ce qui suit :

« Du jour de la naturalisation de son mari indigène musulman, la femme indigène musulmane ou kabyle perd elle-même, comme son mari, le bénéfice de son statut personnel, pour tomber sous l'empire de la loi civile française.

*En conséquence, elle acquiert le droit d'invoquer les règles de la loi française, relative aux droits successoraux du conjoint survivant*⁷⁸¹ ».

La même décision précisait que l'obtention de la citoyenneté « *en cours de mariage*⁷⁸² » était « *sans influence modificative [...] en ce qui est du régime des biens, des époux*⁷⁸³ ».

Ces femmes se voyaient refuser tout droit au divorce et tout droit successoral sur les biens meubles ou immeubles situés en Kabylie. Dans ces deux hypothèses, elles ne pouvaient aucunement demander l'application du droit musulman (jusqu'au décret des années 1930), qui dans la matière se montrait plus clément que les coutumes kabyles codifiées par Hanoteau et Letourneux.

À partir du début des années 1930 la jurisprudence de la Chambre de révision

⁷⁷⁹ *Alger Ch Rev. Mus* 26 juin 1917, -*Mebre Arezki c. Ladar* in *Journal de la jurisprudence de la Cour d'Alger 1911-1920*, p. 210

⁷⁸⁰ La première proposition de loi qui avait posé le problème de la citoyenneté des indigènes musulmans avait été déposée en 1886. Les indigènes musulmans privés des droits politiques pouvaient être appelés à partir du 3 février 1912 à faire le service militaire obligatoire. À la suite de la guerre de 1914-1918 où plusieurs indigènes musulmans algériens avaient été combattre en Europe au nom de la France, fut adoptée la loi du 4 février 1919 qui permettait à ces derniers d'être naturalisés à la suite d'une procédure plutôt complexe. In B. Étienne, *op. cit.*, p. 51.

⁷⁸¹ Yamina Ben Mohamed C. Kouffi, in *Journal de la jurisprudence de la Cour Imperiale D'Alger* 1895/11, 1896/11, p. 356.

⁷⁸² *Ibid.*

⁷⁸³ *Ibid.*

musulmane de la Cour d'appel d'Alger avait reconnu à l'indigène musulman kabyle, donc de statut coutumier kabyle, qui vivait en dehors de la Kabylie la faculté d'opter pour le droit musulman au cours d'un procès. C'est ainsi que vit le jour une nouvelle forme d'option de législation qui prévoyait le passage du statut kabyle à celui de droit musulman. Cela a contribué à affaiblir la portée du critère *rationae personae* qui était jusqu'à ce moment appliqué dans les jugements entre indigènes musulmans, ainsi qu'à combler le fossé qui opposait le statut juridique des indigènes de droit musulman à ceux de statut coutumier.

L'arrêt du 29 juin 1929 avait introduit la possibilité pour les indigènes musulmans de statut coutumier kabyle vivant en dehors de la Kabylie d'opter pour le statut juridique de droit musulman. Par le biais de cet arrêt, la Chambre de révision musulmane a octroyé un droit de : « [...] *renonciation tacite au kabyle [...] venu en pays arabe avec ses parents étant encore en bas -âge, que ses frères et sœurs y sont nés et que l'installation de ses parents dans ledit pays*⁷⁸⁴[...] ». Pour ce cas de personne « *il y a lieu de la considérer comme ayant renoncé au statut kabyle pour adopter le statut malékite*⁷⁸⁵ ». La décision du 27 juin 1932 de la Chambre de révision musulmane accorde à tout kabyle le droit d'abandonner : « [...] *sa coutume originnaire pour se placer sous l'empire du droit musulman*⁷⁸⁶ », cela à condition que ce changement soit exprimé de façon explicite dans une déclaration expresse ou présumé et prouvé par des : « [...] *faits et circonstances tellement caractéristiques de cette intention, qu'ils n'auraient pu se produire si elle n'avait pas existé*⁷⁸⁷ ». La Chambre de Révision musulmane a reconnu aussi la possibilité à un Kabyle habitant en Kabylie de rédiger un testament selon les règles du droit musulman en proclamant que : « *Un Kabyle, alors même qu'il habite la Kabylie, peut valablement se soumettre, pour tel acte déterminé, aux règles du droit musulman*⁷⁸⁸.

⁷⁸⁴ Cour d'Alger (Ch. Rév. Mus.) 29 juin 1929, Iguebouchène Mohammed c. Iguebouchène Said, in *Revue algérienne tunisienne et marocaine de législation et de jurisprudence*, vol. XLVIII, 1932, p. 31.

⁷⁸⁵ *Ibid.*

⁷⁸⁶ Cour d'Alger (Ch. de rev. Mus.) 27 juin 1932, Ait Kaci Taous c. Smati Abdelkader et Autres, in *Revue algérienne tunisienne et marocaine de législation et de jurisprudence*, Tome 53, 1937, p. 54.

⁷⁸⁷ *Ibid.*, p. 54.

⁷⁸⁸ Cour d'appel d'Alger (Ch. Rév. Mus.) 3 février 1941. Consort Kadri vs. Zidane Fatima et autres, in *Revue algérienne tunisienne et marocaine de législation et de jurisprudence*, Tome LVII, Année 1941,

Comme nous verrons dans les chapitres suivants, ce fut grâce à la jurisprudence des juges de paix français que les femmes kabyles ont pu jouir de la protection de la loi française, sans pour autant que leur époux ait été naturalisé français, notamment en matière de droit au divorce. Cette application à la lettre des décrets du 29 août 1874 et du 17 avril 1889 de part de la jurisprudence fut critiquée par les juristes internationalistes ainsi que par la doctrine juridique de la naissante faculté de droit d'Alger (**section 2**).

SECTION 2. LE DÉBAT DOCTRINAL AUTOUR DE LA QUESTION DU STATUT PARTICULIER KABYLE

Le statut particulier de droit privé introduit par les articles 2 et 3 du décret du 29 août 1874 et du décret du 17 avril 1889 avait été critiqué par le juriste Emile Larcher qui cependant justifiait l'exclusion des indigènes musulmans algériens arabes et kabyles de la jouissance de la citoyenneté française (§1). La conservation des coutumes kabyles, comme également le statut particulier prévu pour les Kabyles, avait été défendue par Besson, LeRoy Beaulieu et Bousquet (§2).

§1. LE DÉBAT UNIVERSITAIRE FRANÇAIS AUTOUR DES DÉCRETS DU 29 AOÛT 1874 ET DU 17 AVRIL 1889

Les Décrets du 19 août 1874 et du 17 avril 1889 avaient légitimé de façon officielle le pluralisme juridique en matière de droit privé. Ce pluralisme juridique ne se limitait pas uniquement à créer une asymétrie entre les indigènes musulmans et les colons français ou européens, mais opposait aussi les indigènes entre eux. Plus précisément, ces deux décrets opposaient les Kabyles au reste de la population musulmane en matière de statut personnel, d'accords civils et d'accords commerciaux ayant pour objet des terrains non francisés.

Contrairement à ce qui se passa durant le régime des Bureaux Arabes, au cours des premières années du Régime civil les coutumes kabyles ne furent plus considérées

comme étant plus facilement assimilables au droit français que le droit musulman. L'unique atout reconnu à ces coutumes était qu'elles avaient été précédemment codifiées et été le fruit d'un consensus social, ce qui n'en fait pas un droit religieux comme l'était le droit musulman.

Comme nous avons vu, les coutumes kabyles et le droit musulman étaient appliqués sur base ethnique. Cela n'avait nullement dérangé la doctrine juridique algérienne de l'École de droit d'Alger fondée en 1879, future Université de Droit d'Alger en 1909. Cependant cette ethnicisation à outrance qui était omniprésente au sein de la législation coloniale algérienne, avait été critiquée par des juristes internationalistes métropolitains. Ainsi dans un numéro du *Journal du droit international privé*, paru en 1885, le juriste internationaliste Armand Lainé dénonçait les anachronismes présents au sein de la législation coloniale algérienne. Selon l'auteur, le décret du 29 août 1874 avait fait reculer les horloges de l'histoire du droit français. Lainé comparait ainsi la situation qui se créa en Algérie au pluralisme juridique présent dans la Gaule du Ve siècle⁷⁸⁹.

Marcel Morand, juriste universitaire de l'Université d'Alger avait lui aussi critiqué le pluralisme juridique introduit par les Décrets du 29 août 1874 ainsi que celui du 17 avril 1889. Selon Morand, les objectifs que le législateur s'était posé en adoptant ces lois n'étaient pas tant l'acculturation juridique graduelle des indigènes musulmans mais plutôt l'obtention de la paix sociale de leur part. Morand affirme ainsi : « *Il importa de remarquer, toutefois, que si le législateur français, en un certain nombre de matières, soustrait les indigènes, bien que français, à l'empire de la loi française, c'est surtout dans un but politique*⁷⁹⁰ », c'est-à-dire « *Concilier leurs sympathies, tout au moins désarmer leur hostilité et leur faire accepter plus facilement notre domination*⁷⁹¹ »

Par contre Émile Larcher, lui aussi juriste à l'Université d'Alger, jugeait positivement le fait que le législateur français ait soumis les populations autochtones algériennes à

⁷⁸⁹ Lainé souligne tout de même qu'en France à partir du Xe siècle les coutumes étaient appliquées sur une base territoriale. A. Lainé, in *Journal du droit international privé*, 1885-1903, p. 142.

⁷⁹⁰ M. Morand, *op. cit.*, p. 21.

⁷⁹¹ *Ibid.*, p. 21.

un statut juridique particulier. Selon Larcher l'acculturation juridique des populations autochtones algériennes devait se faire de façon graduelle, à la suite d'une longue période de coexistence entre les indigènes musulmans et les colons français.

Larcher qui, dans son fameux ouvrage sur la Législation Algérienne, défendait l'idée qu'il était nécessaire de transformer la colonie algérienne en un véritable état de droit, capable de mettre fin au régime des décrets ainsi qu'à la confusion entre les pouvoirs (législatif et juridictionnel) qui régnait au sein des administrations algériennes, se montra plutôt vague sur la question du statut des indigènes musulmans. D'un côté, selon Larcher, les autochtones musulmans algériens pouvaient *a priori* devenir citoyens français et ainsi jouir des pleins droits politiques sans pour cela devoir renoncer à leur coutume ni au droit musulman. Sur ce point Larcher cite très pertinemment l'exemple des indigènes musulmans d'Inde et du Sénégal en affirmant ainsi : « [...] *au Sénégal et dans les Indes, les indigènes dont beaucoup sont musulmans participent à l'élection des députés et des sénateurs, bien que conservant quant 'au droit privé leur coutumes*⁷⁹² ».

Cependant Larcher affirme que l'Algérie demeure une colonie *sui juris*. Ses dimensions et surtout le poids démographique de sa population autochtones n'auraient pas permis, à son dire, l'application de la même législation que la France avait appliqué dans des petits comptoirs français tel que l'était Sénégal et l'Inde. Par conséquent, conclut comme nous avons vu que selon Larcher l'assimilation juridique des populations autochtones algériennes nécessitait d'une longue période de cohabitation entre Européens et indigènes et affirme ainsi : « [...] *il s'en faut encore de beaucoup que l'assimilation des races indigènes soit accomplie. Il faut considérer la population musulmane telle qu'elle est, si différente de nous par ses mœurs, si éloignée de notre civilisation. C'est folie que de vouloir faire du montagnard kabyle ou du pasteur nomade un électeur*⁷⁹³ ».

Larcher avait tout de même quelques soucis républicains et tenait à remarquer que :

⁷⁹² E. Larcher, *Traité Élémentaire de Législation Algérienne- L'Algérie*, Tome I, *Organisation politique et administrative*, Rousseau Editeur, Paris, 1923, p. 252.

⁷⁹³ *Ibid.*, p. 252.

« On n'a aucune peine à démontrer que les principes de notre droit public ne s'opposent pas à ce que l'électorat soit conféré aux Indigènes. Notre constitution, fondée sur les principes de 1789 ne connaît pas de distinctions suivant les races. Le statut personnel que les sujets musulmans conservent n'est point un obstacle à ce qu'on leur reconnaisse la qualité de citoyen, car il n'y a pas une relation nécessaire entre les droits civils et les droits politiques⁷⁹⁴ ». Larcher reste muet sur la question de la dichotomie introduite par le Décret du 29 août 1874 entre le droit coutumier kabyle et le droit musulman.

§2. LA JUSTIFICATION DU MAINTIEN DU STATUT PARTICULIER KABYLE DE LA PART DE BESSON, LEROY BEAULIEU ET BOUSQUET

Emmanuel Besson justifiait dans sa thèse de doctorat la nécessité d'une séparation entre les coutumes kabyles et le droit musulman telle que prévue par le décret du 29 août 1874, cela dans les termes suivants :

« Les Berbères séparent la loi civile de la religion révélée ; chez eux, le droit et le dogme ont chacun leur sphère distincte [...] Il n'est pas téméraire d'espérer, avec de bons esprits, que cette race encore indomptée se montrera pourtant moins réfractaire que l'élément arabe à notre influence civilisatrice, et se laissera plus facilement imprégner par nos mœurs et nos institutions⁷⁹⁵. »

Besson partageait avec Larcher l'idée qu'il était prématuré d'accorder aux indigènes musulmans algériens la pleine citoyenneté. Cela valait aussi pour les Kabyles qui n'étaient plus vus comme étant plus facilement assimilables au droit français.

Les positions de Besson s'éloignent des idées kabylophiles véhiculées par Daumas et Carette, Randon et Sabatier. Selon Besson, il existait un fossé entre les coutumes kabyles et le droit français. L'auteur s'opposait à la proposition de Sabatier d'octroyer la pleine citoyenneté française à l'ensemble de la population kabyle. Selon Besson, les coutumes kabyles rendaient impossible son application, ces dernières étant

⁷⁹⁴ *Ibid.*

⁷⁹⁵ E. Besson, *La Législation civile de l'Algérie. Etude sur la condition des personnes et sur le régime des biens en Algérie*, Paris, Librairie Maresque. Aîné, 1894. p. 119.

incompatibles avec le droit français.

Sous l'influence de l'ouvrage du magistrat Chavériat intitulé *Huit jours en Kabylie*, Besson pensait aussi que les Kabyles, même les plus éduqués, étaient incapables de saisir les principes basiques du droit français ainsi que ceux de la pensée politique républicaine française. En faisant maintes fois référence à l'ouvrage de Chavériat, Besson affirme ce qui suit :

« *Pas plus que les Arabes, a écrit à ce sujet un témoin oculaire, les Kabyles ne sont encore acquis à la France. Vaincus, ils restent indomptés, pour ne pas dire indomptables. De tous les indigènes ils sont les plus difficiles à gouverner, car ils se montrent plus rebelles, s'il est possible que les Arabes*⁷⁹⁶ ».

Dans son ouvrage Besson interpréta le contenu de l'ouvrage d'Hanoteau et Letourneux à la lumière des thèses en vogue au sein de la naissante anthropologie juridique du XXe siècle. Les ouvrages de référence étaient les travaux de Sumner Maine, de Kowalewski et de Le Play. Les thèses évolutionnistes de Sumner Maine avaient fourni une caution scientifique à Besson, en effet la société kabyle entraînait de plain-pied dans la catégorie des sociétés que Sumner Maine avait définies dans son ouvrage intitulé *Ancien droit* comme étant dominées par le statut. Des sociétés auxquelles le juriste britannique oppose notamment les sociétés dominées par le contrat, telles que l'étaient les sociétés européennes. Selon Besson, les coutumes kabyles et de droit musulman étaient le fruit de sociétés primitives de type clanique.

Besson affirme que même en matière de succession et de mariage, les coutumes kabyles étaient plus arriérées que le droit musulman. Le collectivisme agraire qui se manifestait dans des coutumes kabyles telles que les terres *melks* et *Mechmels* ainsi que de la coutume de la *chefaa*, des coutumes qui limitaient les transactions en matière de propriété privée, était interprété par Besson comme étant les signaux et le fruit de la : « [...] *plus archaïque des sociétés primitives: la solidarité qui assujettit l'individu à la famille et la famille à la tribu ; le mariage par achat ; la polygamie; la répudiation par la seule volonté du mari; la tutelle perpétuelle de la femme; le*

⁷⁹⁶ *Ibid.*, p. 87.

*collectivisme agraire de la tribu, la communauté de village et partout où la propriété individuelle est constituée, l'indivision érigée en règle; en un mot la plupart des usages juridiques que nous discernons vaguement dans la pénombre de notre civilisation*⁷⁹⁷ ».

Contrairement à Hanoteau et Letourneux, qui avaient soigneusement évité de traiter l'épineuse question des terres collectives kabyles en présentant de façon fallacieuse les Kabyles comme étant des propriétaires individualistes proches de la mentalité européenne, Besson affronte la problématique en question de façon tranchée. Ce dernier, influencé par l'anthropologie juridique de son époque, tisse un lien entre le modèle familial élargi des autochtones algériens et le collectivisme agraire, deux aspects considérés comme propres aux sociétés primitives telles que l'étaient les populations autochtones d'Algérie. Selon Besson la cause était l'Islam et affirme ainsi que : « [...] *les populations musulmanes ne suivent point une voie différente de celle du reste de l'humanité, mais qu'elles s'attardent à leur point de départ, sous l'influence d'une religion hostile au progrès social*⁷⁹⁸ » et ajoute : « *Comment s'étonner, après cela, que, dans les pays où règne la loi du Coran, la marche de l'humanité paraisse retardée de plusieurs siècles, et une des formes d'organisation sociale, perdue dans la nuit historique des peuples occidentaux, y revienne à la lumière du jour*⁷⁹⁹. ».

Besson conclut avec une citation de Sumner Maine qui considérait la culture des sociétés traditionnelles comme étant : « [...] *des villes ensevelies sous un monceau de cendres volcaniques*⁸⁰⁰ ». Nous avons ici un exemple de la vulgate évolutionniste du XIXe siècle, qui voudrait que toutes les cultures humaines doivent « évoluer » selon un échéancier unique et applicable à toutes les cultures mais que, dans le cas des autochtones algériens, l'islam demeurerait un frein à cet élan évolutif, aussi bien pour les Arabes que pour les Kabyles. Pour toutes ces raisons, selon Besson le musulman

⁷⁹⁷ *Ibid.*, p. 87.

⁷⁹⁸ *Ibid.*, p. 88

⁷⁹⁹ *Ibid.*

⁸⁰⁰ H. Sumner Maine, *Etudes sur l'ancien droit et la coutume primitive*, Paris, Ernest Thorin Editeur, 1884, p. 95.

demeurait inapte à recevoir : « *notre conception moderne de la vie*⁸⁰¹ », tout comme « *nos lois économiques*⁸⁰² » et « *nos dogmes utilitaires*⁸⁰³ ». Le progrès, pour Besson, était incarné par l'idéal anthropologique de *l'homo démocratiques* de Tocqueville et par *l'homo economicus* de Smith.

Besson réfute l'argument selon lequel l'absence de polygamie au sein de la société kabyle aurait facilité l'assimilation juridique des Kabyles et par conséquent l'octroi de la nationalité française. En citant un passage de *La Kabylie et les coutumes kabyles*, Besson explique que la structure monogame des couples kabyles était due plus à l'avarice des Kabyles qu'à un souci d'équité⁸⁰⁴. Cet auteur cite à cet égard les thèses de Kowalewski et de Le Play, selon lesquelles dans la société patriarcale la femme demeurait « *le travailleur par excellence*⁸⁰⁵ », et les applique aux montagnards kabyles qui, à ses yeux, étant : « *pauvres pour la plupart, [...] restent, en fait monogames*⁸⁰⁶ ».

Quant au thème de la naturalisation des indigènes, Besson soutient l'idée que celle-ci est « *un moyen* » qui « [...] *ne saurait être employé, de longtemps encore, qu'avec extrême réserve*⁸⁰⁷ », pour la raison qu'il existe selon lui « [...] *un contraste trop violent entre la société arabe et notre civilisation*⁸⁰⁸ [...] ». Besson conclut que la naturalisation ne pouvait se faire qu'à la suite d'une « [...] *adhésion libre et entière à nos usages et à nos institutions*⁸⁰⁹ ». Tout comme Larcher, Besson pense que l'assimilation passe par une assimilation juridique, comme « [...] *inculquer aux populations musulmanes la véritable notion du droit*⁸¹⁰ ». Une acculturation qui ne passe pas par une opération de codification. Besson est critique à l'égard de l'instrument de la codification des coutumes indigènes ainsi que du droit

⁸⁰¹ E. Besson, *op. cit.*, p. 171.

⁸⁰² *Ibid.*,

⁸⁰³ *Ibid.*

⁸⁰⁴ « *La plupart des Kabyles n'ont cependant qu'une femme ; mais il faut en rechercher la cause dans leur pauvreté et dans leur avarice* », in A. Hanoteau, A. Letourneux, *op. cit.*, vol II, p. 167.

⁸⁰⁵ E. Besson, *op. cit.*, p.95.

⁸⁰⁶ *Ibid.*, p. 96.

⁸⁰⁷ *Ibid.*, p. 338.

⁸⁰⁸ *Ibid.*

⁸⁰⁹ *Ibid.*

⁸¹⁰ *Ibid.*, p. 341.

musulman⁸¹¹. Ainsi il affirme « *Si nous transformions en lois positives les usages variables et flottants des populations indigènes ; si en d'autres termes, nous consolidions les coutumes sous prétexte de les codifier, nous serions liés désormais par des textes formels*⁸¹² ».

Tout comme Bousquet durant les années 1950, Besson soutient que la transformation des coutumes indigènes devait passer par l'activité des tribunaux français et à travers un contact graduel mais constant dans le temps entre les justiciables kabyles et les juges français, le tout à la suite d'une : « [...] *substitution progressive des magistrats français aux juges indigènes*⁸¹³ » et ajoute ainsi : « [...] *nous pourrions tenter avec quelques chances de succès l'éducation civile de nos-sujets algériens*⁸¹⁴ ».

Besson se montre critique à l'égard de la décision prise par le régime civil qui consistait à supprimer les *djemâts* judiciaires kabyles et à les remplacer par des juges de paix⁸¹⁵. Cependant sous l'influence des thèses de Sumner Maine, Besson propose la solution préconisée par le droit colonial britannique, soit le maintien des juridictions autochtones. De ce fait selon Besson, les juges de paix étaient les sujets les plus aptes à réformer les coutumes indigènes qui demeuraient incompatibles avec le droit français. À son dire les tribunaux français : « [...] *en dégageant le droit musulman de ses parties les plus impures, pourraient utilement coopérer à l'émancipation intellectuelle et morale de la race indigène*⁸¹⁶ ». Les juges étaient vus par Besson comme les interprètes privilégiés des « [...] *règles obscures et disparates du droit indigène*⁸¹⁷ », principes qui devraient à ses yeux être relus « [...] *d'après les principes de l'équité naturelle*⁸¹⁸ ». En résumé, c'est par le biais de la jurisprudence que le droit indigène peut être graduellement rapproché au droit français.

Les thèses de Besson qui, soulignons-le, eurent une forte influence sur la

⁸¹¹ *Ibid.*, p. 341.

⁸¹² *Ibid.*

⁸¹³ *Ibid.*, p. 342.

⁸¹⁴ *Ibid.*

⁸¹⁵ *Ibid.*

⁸¹⁶ *Ibid.*, p. 343.

⁸¹⁷ *Ibid.*

⁸¹⁸ *Ibid.*

jurisprudence française en Kabylie, partageaient un certain nombre d'éléments avec celle de Le Roy Beaulieu. Ce dernier était notamment auteur d'un ouvrage fondamental de la pensée coloniale qui avait été publié au cours de la troisième République et qui avait pour titre *De la colonisation chez les peuples modernes*⁸¹⁹. Dans cet ouvrage Leroy Beaulieu suggère au législateur colonial l'idée selon laquelle l'acculturation juridique des Kabyles pouvait se faire de façon graduelle au moyen d'une mise en contact constante des Kabyles avec la population européenne. Cette mise en contact visait à faire adopter aux autochtones les mœurs de la culture française, cela « [...] soit par la contrainte, soit par la propagande ⁸²⁰ ». Beaulieu rejette l'idée qu'il fallait : « respecter toutes leurs coutumes⁸²¹ ». Cela dit, l'auteur ne prône pas une assimilation totale et précise par ce qui suit :

« Quand nous parlons de fusion de l'élément indigène avec l'élément européen, nous n'entendons pas dire une absorption complète du premier dans le second, de façon qu'il ne restât aucune différence dans les mœurs et dans les habitudes soit extérieures soit intimes⁸²² ».

Il faut tout de même souligner que bien que Besson et Beaulieu aient proposé des solutions similaires à l'égard de la question des coutumes indigènes, les points de départ, donc la vision des coutumes kabyles qu'avaient ces derniers, étaient totalement différents. L'écrit de Leroy Beaulieu est imprégné par les thèses du mythe kabyle. Nous y trouvons les propos suivants : « On peut dire que les Kabyles ne diffèrent des Européens que par un point, la religion : et comme la religion n'influe pas sur leur organisation économique et sociale, qu'elle est tout entière renfermée dans le for intérieur des fidèles, il en résulte que les conditions de production et de développement sont presque les mêmes pour les Kabyles que pour les colons. Comme l'Européen, le Kabyle est monogame, sa femme a le visage découvert, elle est en possession de toute la dignité de l'épouse légitime et unique : comme l'Européen, le Kabyle ne connaît d'autre organisation économique que la propriété privée, entourée

⁸¹⁹ M.P. Leroy-Beaulieu, *De la colonisation chez les peuples modernes*, Paris, Guillaumin Libraires, 1874.

⁸²⁰ *Ibid.*, p. 325.

⁸²¹ *Ibid.*

⁸²² *Ibid.*, p. 326.

*de toutes les garanties de sécurité dans le présent et l'avenir : comme l'Européen encore, le Kabyle est démocrate, il n'admet pas d'aristocratie héréditaire, il a des conseils municipaux ou djemâs qui sont électifs. Comme l'Européen, le Kabyle se gouverne par des lois civiles ou coutumes indépendantes des lois religieuses et qui admettent toutes les perfectionnements que le temps peut apporter*⁸²³[...] ».

Cela dit, à l'instar de Besson, Leroy Beaulieu était un libéral convaincu. Selon ce dernier la colonisation que les Britanniques avaient menée en Inde devait être un modèle pour la France. Une colonisation moderne pouvait fonctionner seulement avec une exploitation capitaliste de la colonie. Cela se traduisait par l'implantation de la propriété privée. Cependant, contrairement à Besson, Leroy Beaulieu pensait que les coutumes kabyles pouvaient faciliter cette acculturation capitaliste. En reprenant les clichés kabylophiles il ne se privait pas d'affirmer que : « *Les Kabyles ont introduit dans leurs coutumes séculaires plusieurs de nos dispositions légales [...] Si tous les habitants non européens de l'Algérie étaient des Kabyles, on peut dire que la question algérienne serait facilement tranchée*⁸²⁴ ».

Mais comme dans l'ouvrage de Besson, l'obstacle à l'implantation de la propriété privée en Algérie restait le modèle de la famille élargie, qui selon lui demeurerait la matrice même du collectivisme. Par conséquent, à son dire le législateur devait dans le cas des Kabyles ainsi que de l'ensemble des populations indigènes musulmanes d'Algérie : « [...] *modifier le système de la tribu, de la propriété collective, de la famille polygame : ces trois points obtenus, il ne resterait plus que des détails dont on viendrait facilement à bout*⁸²⁵ ».

Les juristes coloniaux tissaient un lien entre le particularisme juridique de droit privé introduit par les décrets de 1874 et de 1889 et celui de droit public et pénal prévu par le décret du 14 juillet 1865 avec les décrets qui constituaient le régime de l'indigénat. En un mot, les indigènes algériens étaient soumis à leurs coutumes dans les matières prévues par l'article 2 du décret de 1874 tant que ces derniers ne jouissaient pas la

⁸²³ *Ibid.*, p. 327.

⁸²⁴ *Ibid.*, p. 328.

⁸²⁵ *Ibid.*

pleine citoyenneté française. C'est ainsi que l'indigène musulman qui obtenait la pleine citoyenneté française était automatiquement soumis au droit commun. Par conséquent ce dernier ne pouvait plus évoquer durant les jugements le droit particulier dans les matières prévues par l'article 02 du décret du 29 août 1874.

Le décret du 23 novembre 1944 changea la donne. Ce décret octroyait aux indigènes musulmans d'Algérie la possibilité d'obtenir la pleine citoyenneté française et par conséquent la pleine jouissance de leurs droits politiques tout en conservant leur statut particulier de droit privé. L'abrogation du régime de l'indigénat en 1946 a élargi le droit à jouir de cette option à l'ensemble de la population musulmane algérienne (**chapitre 2**).

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

Les articles 2 et 3 du décret du 29 août 1874 ont octroyé aux coutumes kabyles le rang de source juridique officielle. Les juges français firent le choix dans un premier temps d'appliquer à la lettre les livres II et III de *La Kabylie et les coutumes kabyles*. Le décret du 29 août 1874, en consacrant ainsi les coutumes kabyles dans les articles 2 et 3, avait introduit une nouvelle catégorie d'indigène, l'indigène musulman soumis aux coutumes kabyles. C'est ainsi que les populations kabyles étaient *ipso facto* soustraites à l'empire du droit musulman dans les jugements portant sur les conventions relatives au statut personnel et aux biens immeubles non francisés. Ce fut ainsi que contrairement au droit public et pénal qui prévoyait la seule catégorie d'indigène, celle de l'indigène musulman, le droit privé en prévoyait deux. Cette dichotomie entre Arabes et Kabyles a été accentuée par le fait que les tribunaux français appliquaient les coutumes kabyles sur la base d'un critère personnel, donc ethnique. Les Kabyles étaient assujettis à leurs coutumes même s'ils résidaient en dehors de la Kabylie. La jurisprudence a accentué l'application du critère *rationae personnae* en allant au-delà même des prescriptions contenues dans les décrets du 29 août 1874 et du 17 avril 1889. Les tribunaux français appliquaient les coutumes kabyles dans les jugements ayant pour objet des biens immeubles situés en dehors de la Kabylie. Ceci, en allant à l'encontre des prescriptions contenues dans les décrets du 29 août 1874 et du 17 avril 1889 qui prévoyaient des cas d'espèces pour lesquels la loi applicable était celle où se trouvait le bien immeuble.

Dans le chapitre suivant, nous verrons comment le législateur colonial à partir de 1944 a permis de se voir concéder la pleine citoyenneté française tout en permettant

d'être jugé selon ses coutumes. Les ordonnances du 7 mars et du 23 novembre 1944 et la loi n. 47-1853 du 29 septembre 1947 ont octroyé la pleine citoyenneté française aux Kabyles tout en leur permettant de maintenir leur statut particulier, donc leurs coutumes (**chapitre 2**).

CHAPITRE 2. LE COMITÉ DE LIBÉRATION : L'ABROGATION DE L'INDIGÉNAT EN ALGÈRE ET LE MAINTIEN DU STATUT PARTICULIER

La législation en matière du statut juridique des Indigènes algériens a été profondément réformée à partir de l'année 1944. Ce changement coïncide avec la suppression du régime de l'indigénat.

Les ordonnances du 7 mars 1944 et du 23 novembre 1944 et la loi n. 47-1853 du 29 septembre 1947, introduisaient une nouvelle notion de citoyenneté française qui était désormais compatible avec le statut particulier et par conséquent permettait à l'indigène musulman algérien d'acquérir la pleine citoyenneté française sans à avoir à renoncer à ses coutumes s'il était kabyle, ou bien au droit musulman malékite s'il ne l'était pas. Le décret du 23 novembre 1944 avait introduit une nouvelle catégorie de citoyen français, celle du citoyen français musulman. Au sein de cette catégorie, figurait encore une sous-catégorie, celle du citoyen français musulman kabyle soumis au droit coutumier kabyle et aux décrets du 1^{er} juin 1902 et du 19 mai 1931 (§1). Le statut particulier appliqué en Algérie présente de fortes analogies avec le statut particulier de droit coutumier appliqué au Maroc et en A.O.F. (§2).

SECTION 1. LES ORDONNANCES DU 7 MARS ET DU 23 NOVEMBRE 1944 ET LA LOI N. 47-1853 DU 29 SEPTEMBRE 1947 : LE STATUT PARTICULIER DANS LA PLEINE JOUISSANCE DE LA CITOYENNETÉ FRANÇAISE

Suite à la libération furent adoptées les ordonnances du 7 mars et du 23 novembre 1944 qui avaient octroyé la pleine citoyenneté française aux indigènes musulmans d'Algérie tout en laissant à ces derniers le droit de conserver leurs coutumes. Cette option avait été maintenue par la loi n. 47-1853 du 29 septembre 1947. Ce fut donc

un nouveau statut personnel qui vit le jour, le statut personnel « coutumier » dans la citoyenneté française (§1). L'article 3 de la loi n. 47-1853 du 29 septembre 1947 accordait aux musulmans indigènes algériens un nouveau droit d'option de législation (§ 2).

§1. UNE NOUVELLE CITOYENNETÉ FRANÇAISE

Barrière explique que : « [...] *l'infériorité politique des musulmans d'Algérie fut moins bien comprise lorsque des ressortissants d'autres colonies furent admises dans la citoyenneté française tout en conservant leur statut et lorsque des étrangers établis en Algérie même accédèrent en masse à la citoyenneté en vertu du droit du sol, moyennant, il est vrai l'abandon de leur ancien droit national*⁸²⁶. »

Ce fut ainsi qu'à partir des années 1930 la question de la reconnaissance des droits politiques aux musulmans d'Algérie avait acquis une certaine importance. En 1935 le ministre Maurice Violette avait plaidé à l'assemblée en faveur de la reconnaissance de la pleine citoyenneté française aux musulmans d'Algérie, ce faisant en citant l'exemple des français musulmans d'Inde et du Sénégal qui jouissaient d'une pleine citoyenneté française sans devoir pour cela renoncer à leur statut personnel, donc à leurs coutumes et à leur droit religieux⁸²⁷. En 1936 à la suite de l'avènement du Front Populaire fut déposé à l'assemblée le projet de loi Blum-Violette qui allait dans le sens de la reconnaissance de la citoyenneté française aux musulmans assimilés. Ce projet de loi cependant n'avait pas été adopté.

La question de la citoyenneté des indigènes musulmans avait été remise à jour au moment de la libération. Durant l'année 1944 la matière du statut juridique des indigènes algériens fut modifiée par les ordonnances 7 mars 1944 et du 23 novembre 1944 et la loi n. 47-1853 du 29 septembre 1947. Cette dernière était mieux connue sous le nom de Statut organique de l'Algérie.

Le Comité de Libération avait adopté l'ordonnance du 7 mars 1944 qui prévoyait ce

⁸²⁶ L. A Barrière, « Le puzzle de citoyenneté en Algérie », in *Plein droit* n. 29-30, novembre 1995, article consulté en ligne le 23/05/2019, adresse URL, <https://www.gisti.org/spip.php?article3864>

⁸²⁷ M.R. Mouton, « L'Algérie devant le Parlement Français de 1935 à 1938 », in *Revue française de Science politique*, 12^e année, n. 1, 1962, p. 116.

qui suit :

« Article 1-Les Français musulmans d'Algérie jouissent de tous les droits et sont soumis à tous les devoirs des Français non musulmans. Tous les emplois civils et militaires leur sont accessibles.

Art.2 -La loi s'applique indistinctement aux Français Musulmans. Toutes dispositions d'exception applicables aux Français musulmans sont abrogées.

Toutefois restent soumis aux règles du Droit musulman et des coutumes berbères en matière de statut personnel, les Français musulmans qui n'ont pas expressément déclaré leur volonté d'être placés sous l'empire intégral de la loi française. Les contestations en la même matière continuent à être soumises aux juridictions qui en connaissent actuellement.

Le régime immobilier reste fixé par les lois en vigueur⁸²⁸».

Canac remarque sur ce document que : *« La doctrine estime généralement que l'ordonnance du 7 mars 1944 qui organise une citoyenneté française sans statut civil français, a abrogé implicitement les modes antérieurs d'accession à cette citoyenneté ou, tout au moins leur a retiré tout intérêt⁸²⁹ ».*

Barrière explique que cette égalité sans renoncement au statut personnel particulier introduisait une nouvelle conception de la citoyenneté⁸³⁰. Ce dernier souligne ainsi que : *« En admettant les musulmans algériens dans la citoyenneté française sans renoncement au statut personnel, le législateur français portait atteinte au principe d'égalité devant la loi qui caractérisait auparavant cette citoyenneté. Cela ne l'empêcha pas de rechercher à rétablir cette égalité⁸³¹ ».* Une égalité qui a été rétablie en permettant aux citoyens français musulmans de statut personnel la possibilité de renoncer à ce statut en faveur du Code civil, cela afin d'intégrer la pleine citoyenneté française :

⁸²⁸ B. Etienne, *op. cit.*, p. 52.

⁸²⁹ *Ibid.*

⁸³⁰ *Ibid.*

⁸³¹ *Ibid.*

« Tant que les citoyens de statut personnel musulman disposaient de moins de droits politiques que les personnes de statut personnel régi par le code civil, il était utile politiquement de prévoir une procédure d'accès à la plénitude des droits de citoyens français par l'abandon du statut personnel musulman, pour leur permettre d'entrer plus rapidement non dans la nation mais dans la société métropolitaine. Mais puisque les Français de statut personnel musulman étaient déjà citoyens, il ne pouvait être question que d'une option générale de législation, dissociée, déliée de l'accès à la citoyenneté⁸³². »

L'ordonnance du 23 novembre 1944 a réformé la législation en matière de statut personnel des indigènes musulmans en matière d'option de législation et de juridiction.

L'article premier de cette ordonnance maintenait en place le statut particulier indigène en matière de droit privé et prévoyait ainsi que : *« Les musulmans résidant en Algérie continuent à être régis par leurs droit et coutumes en ce qui concerne leur statut personnel, leurs successions et ceux de leurs immeubles dont la propriété n'est pas établie conformément aux lois françaises sur le régime foncier en Algérie ou par un titre français administratif, notarié ou judiciaire⁸³³ ».*

L'article 2, tout comme la législation précédente, conférait une réserve absolue du droit français en matière criminelle dans l'ensemble des territoires du nord de l'Algérie, y compris la Kabylie *« [...] les territoires du Nord [...] sont régis par la loi française pour toutes les matières non réservées par l'article précédent, ainsi que pour les poursuites et la répression des crimes, délits et contraventions. En matière personnelle et mobilière le juge tiendra compte dans l'interprétation des conventions, dans l'application des faits, dans l'admission de la preuve, les coutumes et usages des parties⁸³⁴ ».*

L'article 3 de l'ordonnance du 23 novembre 1944 dans son article 3 prévoit ainsi : *« Dans l'ensemble du territoire algérien y compris les territoires du Sud et du M'zab*

⁸³² *Ibid.*

⁸³³ A. Canac, « Législation applicable en matière musulmane algérienne et droits d'option », in *Revue algérienne tunisienne et marocaine de législation et de jurisprudence*, mai juin 1957, p.60.

⁸³⁴ *Ibid.*

*et dans toutes les matières réservées, les musulmans peuvent renoncer par une déclaration expresse à l'application de leurs droits et coutumes pour se soumettre à la loi française*⁸³⁵».

Ce même article prévoit que l'option de législation doit être formulée de façon explicite dans un document écrit, en excluant ainsi la possibilité d'option de législation tacite⁸³⁶. La déclaration d'option de législation pour être considérée valide devait s'insérer dans une convention originaire⁸³⁷. L'ordonnance du 23 novembre 1944 a ainsi réformé l'institution de l'option de législation française tel qu'il avait été prévu par le décret de 1889. Cela, premièrement, en élargissant cet institution juridique à l'ensemble du territoire algérien⁸³⁸ et, deuxièmement en excluant la possibilité d'une option tacite, tel que le prévoyait l'article 3 du 17 avril 1889.

L'option de législation consistait désormais en une déclaration écrite qui devait être rédigée par le requérant au sein d'une convention expresse. Cette déclaration devait faire l'objet d'une réception de la part d'un officier public⁸³⁹. L'indigène musulman non kabyle qui faisait le choix de la législation française n'était plus justiciable devant la juridiction musulmane, mais devant les juges de paix français⁸⁴⁰. Cependant la loi de 1889 et l'ordonnance du 1944 ne changeaient en rien la situation des Kabyles qui depuis 1874 étaient justiciables en première instance devant les juges de paix. Ainsi l'option de législation introduite par l'article 13 de l'ordonnance du 23 novembre 1944 n'apporte aucun changement à la situation des Kabyles pour la raison que ces derniers n'ont jamais pu jouir d'une option de juridiction.

L'article 4 de l'ordonnance du 23 novembre 1944 prévoit que : « *En ce qui concerne le statut personnel et les successions, les musulmans sont régis par le rite auquel ils appartiennent ou si leur rite est incertain, par les coutumes de leur pays d'origine. La dévolution d'une hérédité s'opère conformément au rite auquel appartenait le défunt.*

⁸³⁵ *Ibid.* p. 65.

⁸³⁶ M. Borrmans, *Statut personnel et famille au Maghreb. De 1940 à nos jours*, thèse présentée à l'Université de Paris IV, Lille, Service de reproduction des thèses, Université de Lille III, 1972, p. 427.

⁸³⁷ *Ibid.*

⁸³⁸ A, Canac, *op. cit.*, p. 66.

⁸³⁹ *Ibid.*, p. 66.

⁸⁴⁰ *Ibid.*, p. 67.

L'état et la capacité des parties s'apprécient d'après leurs coutumes personnelles⁸⁴¹ ».

Cet article de loi a posé plusieurs problèmes au niveau de l'interprétation. Le juge Canac de son côté remarquait aussi que la formule « rite musulman d'origine » demeurait peu claire et problématique. Cela pour la raison, selon ce dernier, que : « *Dans les territoires du Nord, à l'exclusion de la Kabylie, et dans les territoires du Sud, à l'exclusion du M'zab, tout musulman est présumé, sauf preuve contraire, appartenir au rite malékite. Lorsque le père et la mère n'appartiennent pas au même rite, les enfants sont soumis au rite du père⁸⁴² ».*

D'autre part cet article, contrairement au décret du 29 août 1874 reconnaissait de façon officielle l'ensemble des coutumes algériennes et non pas seulement les coutumes kabyles comme il avait été le cas jusque-là. Cela dit, cet article de loi allait à l'encontre de l'application *rationae loci* de la coutume kabyle qui avait été élaborée par jurisprudence de la Chambre de révision musulmane à partir des années 1910. À cela s'ajoute le fait que les seules coutumes indigènes connues par les juristes coloniaux kabyles étaient les coutumes kabyles.

Le 7 avril 1946 fut adoptée la loi qui abrogea l'indigénat et le 7 mai de la même année fut adoptée la Loi n ° 46-940, connue sous le nom de loi Lamine Gueye qui avait octroyé : « *la qualité de citoyen* » à « *tous les ressortissants des territoires d'outre-mer (Algérie comprise)* », cela « *au même titre que les nationaux français de la métropole et des territoires d'outre-mer* ».

La Constitution de 1946 prévoyait que « *Les citoyens qui n'ont pas le statut civil français conservent leur statut personnel tant qu'ils n'y ont pas renoncé. Ce statut ne peut en aucun cas constituer un motif pour refuser ou limiter les droits et libertés attachés à la qualité de citoyens français* ».

Un nouveau statut de l'Algérie avait été adopté le 20 septembre 1947. Ce statut homologuait les ordonnances et les lois antérieures, tout en introduisant des

⁸⁴¹ *Ibid.*

⁸⁴² *Ibid.*

nouveautés qui ne furent jamais appliquées⁸⁴³, comme par exemple l'art. 50 qui supprimait le régime spécial des territoires du Sud qui devaient être considérés comme départements⁸⁴⁴.

Cette ordonnance avait introduit en Algérie une nouvelle notion de citoyenneté française, celle de la citoyenneté dans le statut particulier. Désormais étaient considérés comme citoyens français tous les descendants d'indigènes musulmans qui se trouvaient en Algérie en 1830 à partir du moment où leurs ascendants n'avaient pas acquis précédemment la citoyenneté française, ainsi que tous les musulmans étrangers naturalisés et les israélites du M'zab qui n'avaient pas acquis la citoyenneté française par eux-mêmes ou en la personne de leurs ascendants, en vertu du *sénatus-consulte* de 1865⁸⁴⁵.

§2. UNE NOUVELLE OPTION DE LÉGISLATION

La loi n. 47-1853 du 20 septembre 1947, qui était le statut organique de l'Algérie, prévoyait que : « *L'égalité effective est proclamée entre tous les citoyens français. Tous les ressortissants de nationalité française des départements d'Algérie jouissent, sans distinction d'origine de race, de langue, ni de religion, des droits politiques économiques et sociaux attachés à la qualité de citoyen de l'Union française garantis par l'article 81 de la Constitution de la République française [...]* ».

L'article 3 proclamait que : « *Tous les citoyens qui n'ont pas expressément renoncé à leur statut personnel continuent à être régis par leurs droits et par leurs coutumes en ce qui concerne leur état, leurs successions et ceux de leurs immeubles dont la propriété n'est pas établie conformément aux lois françaises sur le régime foncier en Algérie par un titre administratif, notaire ou judiciaire. Sauf accord des parties, leurs contestations continuent à être soumises aux juridictions qui en connaissent actuellement selon les règles en vigueur. Quand ils résident en France*

⁸⁴³ M. Borrmans, *op. cit.*, p. 424.

⁸⁴⁴ *Ibid.*, p. 424.

⁸⁴⁵ *Ibid.*, p. 425.

métropolitaine, ils y jouissent de tous les droits attachés à la qualité de citoyens français et sont soumis aux mêmes obligations ».

L'article 4 reconnaissait le droit de vote aux femmes musulmanes et prévoyait que :
« - *Les femmes d'origine musulmane jouissent du droit de vote. Une décision de l'assemblée algérienne, prise dans les conditions prévues aux articles 14-14-16 du présent statut, fixera les modalités de l'exercice du droit de vote* ⁸⁴⁶».

C'est ainsi que les ordonnances du 7 mars et du 23 novembre 1944 ainsi que la Loi n. 47-1853 du 20 septembre 1947 avaient reconnu la pleine citoyenneté française aux hommes et aux femmes autochtones (arabes et kabyles) d'Algérie tout en laissant à ces derniers la possibilité d'être régis par leurs coutumes ainsi que la possibilité d'opter pour la législation française. Toutefois cette législation d'après-guerre ne prévoyait rien sur la question des indigènes kabyles qui voulaient opter pour le droit musulman et *vice versa* celle des indigènes musulmans non kabyles vivant en Kabylie qui voulaient être assujettis à la coutume kabyle. La jurisprudence de la Chambre de révision musulmane des années 1940 avait comblé cette lacune en proclamant le principe selon lequel les indigènes musulmans pouvaient passer d'un rite juridique à un autre au cours d'un jugement (soit du rite malékite au rite hanéfite) sans aucune limite⁸⁴⁷. Cependant à partir des années 1950 la Chambre de révision musulmane avait changé d'orientation et avait rendu très difficile, voire même presque impossible pour un Kabyle résidant en dehors de la Kabylie de se soumettre à la loi coranique en matière de statut personnel. Tout comme il était très difficile pour un Français musulman non kabyle de demander l'application des coutumes kabyles⁸⁴⁸.

La jurisprudence des années 1950 marqua une rupture avec celle des années 1930. Canac remarque sur ce point que : « *La haute juridiction musulmane considère, en effet, une telle option comme une dérogation aux dispositions des articles 2 du décret du 29 août 1874 et 4 du décret du 17 avril 1889 et de l'ordonnance du 23 novembre 1944 prescrivant en matière de statut personnel et de successions l'observation de*

⁸⁴⁶ *Journal officiel de la République Française*, 21 Septembre 1947, p. 9470.

⁸⁴⁷ A. Canac, *op. cit.*, p. 61.

⁸⁴⁸ *Ibid.*, p. 61.

*ladite coutume, quelle que soit la résidence en Algérie de ceux qui y sont assujettis*⁸⁴⁹». Désormais seul le Kabyle qui s'installait en pays de droit musulman pouvait se voir appliquer le droit musulman à condition que cette option fût évoquée de façon expresse et non pas équivoque⁸⁵⁰ .

Le statut particulariste de droit coutumier introduit par les décrets de 1874 et de 1889 a influencé la législation berbère au Maroc et celle de l'A.O.F. (**section 2**).

⁸⁴⁹ *Ibid.*

⁸⁵⁰ *Ibid.*, p. 64.

SECTION 2. ANALOGIES ET DIFFÉRENCES ENTRE LE STATUT PERSONNEL COUTUMIER APPLIQUÉ EN KABYLIE ET LE STATUT COUTUMIER APPLIQUÉ AU MAROC ET EN A.O.F

Le statut de l'indigène soumis au droit coutumier a vu le jour au sein du droit colonial français appliqué en Algérie. Ce fut à partir de la fin du XXe siècle que le législateur français a dû affronter dans les colonies africaines la problématique du statut coutumier de droit privé. Les décrets du 29 août 1874 et celui de 1887 appliqués en Algérie présentent des analogies avec le Dahir berbère de 1930 (§1), ainsi qu'avec le statut coutumier appliqué en A.O.F. (§ 2).

§1. ANALOGIES ET DIFFÉRENCES ENTRE LE STATUT PARTICULIER KABYLE ET LE DAHIR BERBERE DE 1930

Tout comme ce fut le cas pour les populations kabyles, les populations berbères du Maroc avaient joui d'un régime d'exception juridique durant les années du protectorat français. Comme nous avons vu plus haut, les zones berbères marocaines soumises à l'autorité de Lyautey, connurent des tentatives de rédaction et de codification suivant le modèle tracé en Kabylie par Hanoteau et Letourneux.

Contrairement à ce qui se passa en Algérie, le maintien en place des coutumes berbères au Maroc n'avait été officialisé par aucune loi. Au Maroc le pluralisme juridique en faveur des berbères demeurera une situation de fait et non pas de droit. Le Dahir du 16 mai 1930 qui voulait instaurer un statut juridique coutumier en faveur des populations berbères sur le modèle du Décret du 29 août 1874 algérien, se révéla être un échec total⁸⁵¹.

Le Dahir du 11 septembre 1914 représentait un premier pas vers la consécration des coutumes berbères sur le plan juridique. L'article premier de ce décret prévoyait que :

⁸⁵¹ Dans le cas du Maroc les coutumes berbères étaient appliquées sur la base du critère territorial et non pas ethnique.

« Les tribus dites de coutume berbère sont et demeurent régies et administrées selon leur lois et coutumes propres sous le contrôle des autorités ».

Une situation qui rappelle celle des tribus kabyles sous le régime des militaires. Ce décret fut suivi par une première circulaire du 22 septembre 1915 qu'Ageron a définie comme un point de « *départ d'une justice civile berbère*⁸⁵² ». Cette circulaire prévoyait que les usages des tribus berbères de la région de *Meknès* devaient faire l'objet d'une rédaction⁸⁵³. Ces usages, avant d'être rédigés, devaient préalablement être acceptés et confirmés de façon officielle par le secrétaire général du gouvernement chérifien. Par la suite ces coutumes étaient appliquées par des *djemâs* judiciaires berbères⁸⁵⁴.

Les *djemâs* judiciaires furent officialisées au Maroc le 10 juillet 1923. La note présidentielle n. 986DR/2 du 17 août 1923 mit en place dans toutes les fractions de tribus une *djemâ* judiciaire⁸⁵⁵. Contrairement à ce qui se passa en Kabylie sous le régime civil, dans les territoires berbères marocains les *djemâs* judiciaires ne furent jamais supprimées et néanmoins remplacées par des juges de Paix français. La circulaire du 29 janvier 1924 fut amendée par une ultérieure circulaire adoptée le 14 février 1924 qui avait défini les compétences des *djemâs*. Les matières en question étaient le statut personnel, successoral et immobilier⁸⁵⁶ mais, contrairement à ce qui se passa en Kabylie, les coutumes ici furent appliquées sur une base territoriale et non ethnique.⁸⁵⁷

Dès le 8 mars 1924 les *djemâs* judiciaires berbères marocaines commencèrent à exercer des fonctions notariales. Les *djemâs* présidaient à la passation de tous les actes et contrats conclus entre des contractants berbères et conservaient les registres contenant tous les actes immobiliers et successoraux⁸⁵⁸. Après le 11 juin 1924 les

⁸⁵² Ch.- R. Agéron, « La politique berbère du Protectorat du Maroc », In *Histoire de l'Algérie contemporaine*, Presse universitaire de France, Première édition, Paris 1979, p. 126.

⁸⁵³ *Ibid.*, p. 126.

⁸⁵⁴ *Ibid.*, p. 127.

⁸⁵⁵ *Ibid.*, p. 127.

⁸⁵⁶ *Ibid.*, p. 128.

⁸⁵⁷ *Ibid.*

⁸⁵⁸ *Ibid.*, p. 129.

djemâs purent soigner également la conservation des actes de mariage et de divorce⁸⁵⁹.

À partir des années 1930 l'administration française présente au Maroc se fixa comme objectif de réformer la justice coutumière berbère. Cette réforme fut adoptée à la suite de la guerre du Rif (1921-1926) qui avait remis en cause la présence espagnole et française au Maroc et dans l'ensemble du Maghreb. À la suite de cette guerre la politique berbère menée par Lyautey était retenue comme étant la cause de la révolte du Rif, cela bien que la révolte ait éclaté dans un territoire qui n'était pas administré par Lyautey mais par les Espagnols. D'où la nécessité pour l'administration coloniale d'une réforme de la « politique berbère » de Lyautey. Cette réforme devait avant tout se focaliser sur le secteur de l'administration de la justice. Les options qui se présentaient à l'administration française étaient soit le maintien en place et l'officialisation des *djemâs* judiciaires berbères, soit l'adoption de la solution algérienne qui consistait en la mise en place de juridictions françaises qui auraient appliqué les coutumes berbères. Cette dernière solution était fortement souhaitée par le lobby des avocats français présents au Maroc qui voulait s'emparer des contentieux judiciaires qui surgissaient dans les territoires berbères. L'exemple leur venait de leurs confrères d'Algérie, qui grâce à la politique judiciaire du Régime civil avaient réussi à avoir mainmise sur les contentieux entre Kabyles en Kabylie et mêmes en dehors de la Kabylie.

Les partisans de ces deux positions s'étaient confrontés au cours de la première séance qui s'était tenue à la Direction des Affaires Indigènes le 26 février 1930. Cette séance avait pour objet la discussion d'un projet de Dahir qui aurait dû réformer la justice berbère au Maroc⁸⁶⁰.

Le bâtonnier du barreau des avocats de Rabat dans le procès-verbal de la séance du 26 février 1930 affirmait ce qui suit :

« Ce que nous avons réalisé en Algérie en 1874 en pays kabyle, nous devons, en

⁸⁵⁹ *Ibid.*

⁸⁶⁰ J. Luccioni, « L'élaboration du Dahir berbère du 16 mai 1930 ». In *Revue d'Occident musulman et de la Méditerranée*, n. 38, 1984.

1930, pouvoir le réaliser au Maroc où le Berbère, pourvu qu'on lui applique sa coutume, ne demande pas mieux que d'être jugé par un Français (sic) indifférent à toute influence, qu'elle vienne de la tribu ou du caïd⁸⁶¹[...] ».

Cette thèse avait été réfutée par la Direction des Affaires Indigènes qui ne voulait pas adopter une solution kabyle à la question berbère marocaine. Elle voulait simplement reconnaître en droit une situation de fait, c'est-à-dire consacrer, par un texte législatif, de façon officielle les *djemâs* judiciaires berbères⁸⁶² ainsi que « [...] donner une base juridique et légale aux jugements rendus par les *Djemâs*⁸⁶³ ».

Cependant, les partisans de ces deux positions n'avaient pas dûment tenu compte de la présence au Maroc d'un acteur très puissant, le clergé musulman. Contrairement à son homologue algérien, le clergé marocain, constitué par les juristes-*Oulémas*, a pu conserver suite à la constitution du protectorat français un certain pouvoir politique. Ce clergé s'opposa à l'idée d'appliquer aux Berbères marocains un statut juridique particulariste qui puisse soustraire ces derniers à l'emprise du droit musulman. Une telle opération restait à leurs yeux inacceptables. Ce fut ainsi que ces derniers firent allégeance avec le mouvement nationaliste des Jeunes Marocains afin de combattre le Dahir du 16 mai 1930⁸⁶⁴. La situation avait été exacerbée aussi par le fait que peu de temps auparavant une République berbère avait vu le jour dans le Rif et que son chef *Abdelkrim*, juriste de formation, avait entrepris une réforme des coutumes rifaines en vue de leur islamisation. Abdelkrim mit en place des tribunaux religieux administrés par des marabouts qui appliquait la *Charia*⁸⁶⁵. Comme l'explique Montagne, dès son arrivée au pouvoir Abdelkrim supprima : « [...] partout le droit coutumier et instaure la loi divine dans sa plénitude⁸⁶⁶ ».

Toutefois, le Dahir du 16 mai différait du décret algérien du 29 août 1874. Contrairement au décret algérien, les coutumes berbères étaient appliquées sur la base

⁸⁶¹ *Ibid.*, p. 77.

⁸⁶² *Ibid.*

⁸⁶³ *Ibid.*

⁸⁶⁴ A. Plantey, *La réforme de la Justice Marocaine-La justice Makhzen et la Justice Berbère*. Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1952, p. 207.

⁸⁶⁵ R. Montagne, « Abd el Krim », in *Politique étrangère*, n. 3, 1947, p. 307.

⁸⁶⁶ *Ibid.*

d'un critère territorial et non pas ethnique.

Par exemple l'article 01 prévoyait que : « *Dans les tribus de Notre Empire reconnues comme étant de coutumes berbères, la répression des infractions commises par les sujets marocains qui serait de la compétence des Caïds dans les autres parties de l'Empire, est de la compétence des chefs de tribus* ».

L'utilisation de la formule « sujet marocain » et non de « sujet berbère » consacre le principe de territorialité. Par conséquent cela exclut à priori toute application selon le critère *rationae personae* des coutumes berbères.

L'article 02 prévoit que : « *Sous réserve des règles de compétence qui régissent les tribunaux français de Notre Empire, les actions civiles ou commerciales, mobilières ou immobilières sont jugées, en premier ou dernier ressort, suivant le taux qui sera fixé par arrêté viziriel, par les juridictions spéciales appelées tribunaux coutumiers. Ces tribunaux sont également compétents en toute matière de statut personnel ou successoral. Il applique, dans les cas, les coutumes locales* ».

La formule « coutume locale » et non « coutume berbère » exclue que les coutumes berbères soient appliquées sur la base d'un critère purement ethnique. Contrairement à ce qui se passa en Kabylie, le Dahir du 16 mai 1930 évita d'évoquer le critère *rationae personae*, en matière de répartition de compétence entre le droit berbère et musulman, cela avec l'appui de la doctrine juridique française au Maroc. Plantey affirme de façon explicite ainsi :

« *La répartition rationae loci joue par l'intermédiaire des autres critères de la compétence, en déterminant le statut personnel, par exemple*⁸⁶⁷ ».

Cela vaut aussi en matière de biens réels. Contrairement à ce qui fut soutenu par Morand en Kabylie, Plantey était convaincu qu'en matière de contentieux ayant pour objet un bien meuble ou immeuble situé en zone régie par la coutume berbère⁸⁶⁸ la

⁸⁶⁷ A. Plantey, *op. cit.*, p. 219.

⁸⁶⁸ L'arrêté viziriel du 15 septembre 1934 contient « *un tableau fixant par région le siège, le ressort et la composition des tribunaux coutumiers de première instance : il déterminait donc les limites exactes de la zone dite de coutume berbère.* » in A. Plantey, *ibid.*, p. 219.

coutume appliquée devait être celle du lieu. Cela même si une des parties est un sujet marocain (voir un non-berbère) n'étant pas originaire des lieux.⁸⁶⁹

§2. COMPARAISON ENTRE LE STATUT PARTICULIER KABYLE ET LE STATUT COUTUMIER EN A.O.F.

Nous avons vu plus haut qu'au Maroc les coutumes berbères étaient appliquées sur une base territoriale et non ethnique. En A.O.F. et A.E.F. par contre, les coutumes des populations autochtones étaient appliquées par les tribunaux français sur une base ethnique et non pas territoriale, de façon analogue qu'en Algérie. Le particularisme juridique officialisé en Algérie par le décret du 29 août 1874 présentait plusieurs similitudes avec la législation coutumière que la France a appliquée au Sénégal ainsi que dans le reste de ses colonies d'Afrique sub-saharienne. Cette analogie a été encore plus forte avec la plus ancienne de ses colonies africaines, le Sénégal.

Le droit colonial français avait instauré au Sénégal avant l'avènement de la troisième République et de la constitution de l'A.O.F. un régime de pluralisme juridique en matière de droit privé. Un statut particulier était accordé aux indigènes originaires des anciens comptoirs tels que les indigènes de Saint-Louis. Ces derniers jouissaient comme nous avons déjà vu de la pleine citoyenneté française tout en jouissant de la possibilité de conserver leurs coutumes en matière de droit successoral. Le décret du 20 mai 1857 avait institué à Saint-Louis un Tribunal musulman qui avait la compétence de trancher les différends entre indigènes en matière successorale ainsi que de statut personnel. Cette juridiction était réservée uniquement aux indigènes originaires de Saint-Louis. Tout comme ce fut le cas en Algérie, le décret de 1857 créa un statut particulier pour les indigènes de Saint-Louis qui portait le nom de « statut civil réservé ». Comme en Algérie, dans ces matières : « [...] *les intéressées devaient être régis par le droit musulman et par leurs coutumes sauf en cas d'option de législation et de renonciation à statut personnel*⁸⁷⁰ ».

⁸⁶⁹ *Ibid.*

⁸⁷⁰ A. Sow-Sidibe, *Le pluralisme juridique en Droit Sénégalais des Successions ab intestat*. Thèse pour le Doctorat d'Etat en droit, Université de Droit et d'Economie et de Sciences Sociales de Paris (Paris II), 1987. p. 23.

Cependant, contrairement à ce qui se passa en Algérie, l'acquisition de citoyenneté française pour les indigènes de Saint-Louis ne comportait pas la perte de leur statut civil réservé. En un mot, ces derniers pouvaient être encore jugés en matière de droit privé selon leurs coutumes. Ces derniers pouvaient être assujettis à l'empire du Code civil seulement à travers l'option de législation.

Une autre différence entre le décret algérien du 29 août 1874 et le décret sénégalais de 1857 consistait en le fait que ce dernier décret ne distinguait pas de façon tranchée le droit musulman du droit coutumier local. Le décret sénégalais tenait dûment compte de l'influence que l'islam et les marabouts avaient exercée sur les coutumes des populations sénégalaises de Saint-Louis.

Cette vision d'ensemble a été appliquée uniquement dans le contexte des quatre communes. Dans les autres territoires du Sénégal et plus généralement de l'A.O.F. le droit coutumier avait été opposé au droit musulman. Ce qui avait été le cas du Soudan français (Mali) au sein duquel la distinction entre indigène musulman et non musulman était plus nette. Le décret du 16 août 1912 portant sur la réorganisation de la Justice indigène en Afrique occidentale française (Journal de l'A.O.F. du 05 octobre 1912) reconnaît un statut personnel aux sujets de l'A.O.F. Les tribunaux indigènes devaient tenir compte de la coutume et de la religion des sujets pour rendre leurs jugements⁸⁷¹. L'article 07 du décret de 1912 prévoyait pour les indigènes deux types de statut personnel : « *Le statut musulman ou non musulman* ». L'article 10 du décret prévoyait que : « *Il n'existe d'autres formes de procédure que celles résultant des coutumes locales* »⁸⁷².

Comme nous verrons plus bas, l'affaire *Salakbiba*, prouve qu'au Soudan français (Mali), les coutumes locales étaient appliquées sur la base d'un critère ethnique. Cela exacerbait la dichotomie entre le statut juridique des africains animistes soumis au droit coutumier et les africains musulmans auxquels il fallait appliquer le droit musulman. Cela était possible au vu du fait que chaque groupe ethnique possédait son

⁸⁷¹ M. Rodet, « Genre, coutumes et droit colonial au Soudan Français (1918-1939), in *Cahier d'Etude africaines*, 2007, p. 03.

⁸⁷² *Ibid.*, 13.

coutumier spécifique, rédigé par l'administration coloniale. Le Roy ainsi remarque qu'au Sénégal : « [...] à la fin de la période coloniale, plus d'une soixantaine de coutumes officielles sont enregistrées, pour quelque deux millions de Sénégalais et une « dizaine » de races principales⁸⁷³ ».

Dans la rédaction de ce coutumier l'administration fit référence à trois critères, d'abord celui de l'ethnie, suivi par celui de la religion et celui de la circonscription. Ainsi ces coutumiers portaient des intitulés tels que : « [...] la coutume des Ouolofs catholiques du cercle de Baol⁸⁷⁴ » ou bien « la coutume des Mandjacks des animistes du cercle le Zihguinchor⁸⁷⁵ »

Une deuxième sous-catégorie était celle des évolués⁸⁷⁶. Dans le cas du Sénégal les populations des anciens comptoirs français était considérée comme étant plus « évoluées ». Parmi ces populations évoluées, les autochtones de Saint-Louis en tant qu'appartenant au plus ancien comptoir français au Sénégal, avaient joui d'un statut juridique privilégié. Ces derniers avaient la pleine citoyenneté française tout en conservant la possibilité de se faire juger selon leurs propres lois religieuses et coutumières. La loi du 20 Septembre 1916 avait séparé de façon tranchée le régime des : « natifs des quatre communes de plein exercice du Sénégal et leurs descendants⁸⁷⁷ » du reste de la population autochtone sénégalaise.

Tout comme ce fut le cas en Kabylie, au Sénégal qui entretemps au moment de l'adoption de la loi de 1916, était devenu une colonie de l'A.O.F., l'application des coutumes était régie par le critère *rationae personae*. Sow-Sidibe cite dans sa thèse de doctorat l'exemple d'une succession d'un natif de Saint-Louis de Sénégal, donc originaire des quatre communes, qui jouissait de la pleine citoyenneté française⁸⁷⁸. La question était de savoir si sa succession devait être régie par le droit traditionnel islamisé ou au contraire par le Code civil français. Le juge de paix de Kaolach avait tranché la question par une décision en date du 22 Décembre 1925 par laquelle il

⁸⁷³ E. Le Roy, « La coutume et la réception des droits romanistes en Afrique Noire », in *op. cit.*, p. 139.

⁸⁷⁴ *Ibid.*

⁸⁷⁵ *Ibid.*

⁸⁷⁶ *Ibid.*

⁸⁷⁷ A. Sow-Sidibe, *op. cit.*, p. 26.

⁸⁷⁸ *Ibid.*, p. 28.

décida que dans ce cas d'espèce il fallait appliquer les coutumes locales, une décision qui avait été confirmée par la Cour d'Appel de l'A.O. F ⁸⁷⁹.

Tout comme le décret de 1857, le décret de 1916 prévoyait que pour l'indigène sénégalais originaire des quatre communes la jouissance de la citoyenneté française ne comportait pas la perte du « statut personnel musulman⁸⁸⁰ ». Ce privilège avait été maintenu en vigueur par la Loi Lamine Gueye adoptée le 07 mai 1946. Celle-ci élargissait à l'ensemble de la population sénégalaise un privilège jusque-là réservé à une minorité d'indigènes, soit l'obtention de la pleine citoyenneté française tout en maintenant la possibilité d'être jugé en matière de droit privé selon ses propres coutumes⁸⁸¹.

L'application *rationae personae* du droit coutumier kabyle introduit par le Décret du 29 août 1874 rapproche la législation coloniale algérienne beaucoup plus de celle de l'Afrique occidentale que de celle appliquée dans le Protectorat français au Maroc. L'ingérence du législateur français dans le contrôle des coutumes autochtones était encore plus forte dans les colonies qu'au sein des protectorats. En Algérie et en A.O.F, la France exerça sa souveraineté juridique en codifiant les coutumes locales qui furent appliquées sur une base ethnique. Ceci n'avait pas été possible au Maroc car l'administration coloniale française n'avait pas codifié les coutumes berbères ni soustrait la population berbère à l'emprise du droit musulman. L'échec du Dahir berbère de 1930 était aussi dû au fait qu'au Maroc la monarchie chérifienne figurait comme corps intermédiaire entre les populations autochtones et l'administration française. Ce qui ne permit pas à l'administration française présente au Maroc d'exercer une souveraineté juridique absolue sur les droits locaux et de soustraire les populations berbères au droit musulman.

C'est ainsi que la rédaction des coutumes autochtones et leur application sur base ethnique avaient comme finalité de consolider la souveraineté juridique de la France dans ses colonies. Ces droits indigènes devenaient une sorte de droit commun qui

⁸⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁸⁰ *Ibid.*

⁸⁸¹ *Ibid.*, p.36.

aurait pu faire partie de la nouvelle *koinè* juridique française. Tout comme ce fut le cas au temps de la Nouvelle-France, durant la Troisième République où il était à nouveau question de créer un droit colonial commun qui allait inclure les coutumes indigènes. Cela dit, il est presque inutile de souligner que les rapports entre les deux droits étaient basés sur une relation totalement asymétrique.

La codification des coutumes kabyles n'avait pas permis de suivre les évolutions de la société kabyle. Celles-ci restaient figées dans l'état où elles étaient en 1860 alors qu'une remise à jour était de plus en plus ressentie en matière de tutelle des mineurs ainsi qu'en matière de mariage, divorce et succession des femmes kabyles. Ce fut ainsi qu'au début du XX siècle le législateur français fit le choix d'intervenir par le biais de la loi et non à travers de nouvelles codifications des coutumes (**titre 2**).

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

Les ordonnances du 7 mars et du 23 novembre 1944 ainsi que la Loi n. 47-1853 du 20 septembre 1947, prévoyaient que les indigènes musulmans arabes et kabyles pouvaient accéder à la pleine citoyenneté française sans pour cela devoir renoncer à leurs coutumes. Cette législation avait aménagé un nouveau statut juridique, celui du citoyen français de statut particulier. Cela dit, cette loi permettait au citoyen français de statut particulier de pouvoir renoncer à ce statut et de se voir appliquer le droit français par le biais de l'option de législation. Cette option de législation permettait aux français musulmans de changer de rite, c'est ainsi que les musulmans algériens majoritairement malékites pouvaient être jugés en appliquant le rite hanéfite. Cette même législation permettait aux citoyens français musulmans soumis à la coutume kabyle de demander d'être jugés sur la base du droit musulman. Dans les faits, cette option resta lettre morte. Contrairement à la jurisprudence des années 1930, celle des années 1950 ne permettait pas cette option.

CONCLUSION DU TITRE 1

Les décrets du 29 août 1874 et du 17 avril 1889, qui ont été adoptés par le régime civil, ont consacré les coutumes kabyles et ont indirectement créé un nouveau statut juridique, celui de l'indigène musulman soumis aux coutumes kabyles. Ce particularisme juridique que le régime civil avait accordé aux coutumes kabyles et aux populations kabyles avait été possible grâce au fait que les coutumes avaient été précédemment codifiées par Hanoteau et Letourneux durant la période du Régime des Bureaux Arabes. Cet ouvrage avait transformé les coutumes kabyles en un droit coutumier facilement intelligible et directement applicable par des juges français.

Le nouveau régime civil voulait ainsi soustraire les populations kabyles de l'emprise du droit musulman dans les matières prévues par l'article 2 et 3 du décret du 29 août 1874. Le deuxième et troisième livre de la *Kabylie et les coutumes kabyles* ont été appliqués à la lettre par les juges français. Ces coutumes étaient appliquées non pas sur la base d'un critère territorial mais sur la base d'un critère ethnique. Jusqu'à la fin des années 1940, la jurisprudence ne permettait pas aux indigènes musulmans qui n'étaient pas kabyles d'évoquer l'application des coutumes kabyles. Cela même quand ces derniers résidaient depuis longtemps en Kabylie. En même temps les Kabyles résidant hors Kabylie ne pouvaient pas demander l'application du droit musulman. Cela même, dans le cas où l'objet du contentieux était un bien immeuble situé en dehors de la Kabylie. L'unique possibilité pour un Kabyle ou d'un musulman algérien d'être soustrait à son droit local était d'acquérir la pleine citoyenneté française ou bien faire une déclaration d'option de la législation française dans les termes et modalités prévus par le décret du 17 avril 1889.

Les coutumes kabyles étaient appliquées sur une base ethnique, cela même dans les contentieux ayant comme objet des biens immeubles. Cette jurisprudence avait été critiquée par les internationalistes ainsi que par le juriste Morand alors que d'autres

juristes tels que Besson étaient favorables à l'application des coutumes kabyles sur base ethnique.

À partir du début des années 1930, la jurisprudence de la Chambre de révision musulmane de la Cour d'appel d'Alger changea d'orientation. À partir de la décision du 29 juin 1929, celle-ci accorda la possibilité aux indigènes musulmans de statut coutumier kabyle vivant en dehors de la Kabylie d'opter pour le statut juridique de droit musulman. Ce qui fut le cas de l'arrêt 29 juin 1929.

Le particularisme juridique de droit privé a été maintenu même suite à l'adoption de l'ordonnance du 23 novembre 1944 ainsi qu'après l'abrogation de l'indigénat.

Dans le titre suivant nous verrons comment les coutumes kabyles avaient été réformées par la jurisprudence et par la législation française tout au long du régime civil et de quelle façon le régime civil fut le régime de la réforme des coutumes kabyles, en plus de les avoir consacrées (**titre 2**).

TITRE 2. LA RÉFORME DES COUTUMES KABYLES PAR LE BIAIS DE LA JURISPRUDENCE ET DE LA LÉGISLATION COLONIAL FRANÇAISE

Les coutumes kabyles ont été réformées par le législateur français durant les années 1871-1930. Cette réforme avait été facilitée par le fait que ces coutumes avaient été précédemment codifiées et transformées en un droit coutumier par Hanoteau et Letourneux.

Le législateur réforma dans un premier temps l'institution juridique de la *chefaa* qui représentait un obstacle à l'implantation de la législation foncière en Algérie. C'est ainsi que fut adoptée la loi Warnier en 1873. Cette loi, outre à avoir organisé la francisation des terres indigènes, avait modifié la *chefaa* musulmane, abrogé et réformé la *chefaa* kabyle (retrait successoral). Par la suite, en 1902, le législateur modifia les coutumes kabyles en matière de tutelle des mineurs et des interdits kabyles. La réforme de la *chefaa* et du statut des mineurs et interdits avait été menée à la suite de l'initiative du législateur français. Cela n'a pas été le cas de la réforme des coutumes kabyles qui régissaient le mariage, le divorce et les successions des femmes kabyles, qui avait été sollicitée par une partie de la société kabyle. Ces réformes ont été entreprises dans un premier temps par la jurisprudence. Ce fut ainsi que le législateur colonial, après avoir réformé les coutumes de la *chefaa* kabyle (**Chapitre 1**) ainsi que le statut des mineurs et des interdits (**Chapitre 2**), fut sollicité par une partie de la société kabyle et par la jurisprudence à réformer les coutumes kabyles en matière de mariage et de divorce (**Chapitre 3**) ainsi que les coutumes successorales des femmes kabyles (**Chapitre 4**).

CHAPITRE 1. LA RÉFORME DE LA *CHEFAA* KABYLE (RETRAIT SUCCESSORAL)

Le droit de *chefaa* est une institution juridique présent au sein du droit musulman malékite et hanéfite. Cette institution peut être défini comme une sorte de retrait successoral accordé aux héritiers du défunt. Ces derniers avaient le droit de racheter les parts des biens immeubles faisant partie d'un héritage dans le cas où ceux-ci avaient été vendus à un étranger.

Le droit de *chefaa* avait pour conséquence de limiter la circulation des biens immeubles en dehors du cercle familial.

Cette institution était pratiquée aussi en Kabylie où le droit de *chefaa* pouvait s'exercer dans des délais plus courts que ceux prévus par le droit musulman malékite. En outre, les coutumes kabyles reconnaissaient le droit de *chefaa* à de nombreux sujets. En plus des héritiers, ce droit était reconnu à l'ensemble des membres de la famille élargie du défunt (*kharrouba*), de même qu'à l'ensemble des villageois qui habitaient dans le village où se trouvait le bien en question.

Le droit de *chefaa* tel que pratiqué en Kabylie avait été abrogé par la loi Warnier de 1873. Cependant cette institution fut restaurée par la suite par les juges de paix français. Ainsi dans le cas où les biens d'un défunt étaient vendus à un sujet qui était étranger au cercle familial ou tribal, les juges de paix français reconnaissaient aux héritiers du défunt un droit de rachat que ces derniers devaient exercer tout de même dans un délai de seulement trois jours à partir de la date de la vente du bien immeuble. La finalité des juges de paix n'était pas de conserver l'institution de la

chefaa kabyle, mais au contraire de faire en sorte d'éviter l'application en Kabylie du droit de *chefaa* tel qu'il était pratiqué dans le reste de l'Algérie. Cela au vu du fait que le droit malékite prévoyait un délai d'un mois pour pouvoir exercer ce droit. En un mot, les juges ont ressuscité la *chefaa* kabyle en lui appliquant un délai très court afin d'éviter qu'en Kabylie ne soit appliquée la *chefaa* musulmane.

Cette nouvelle *chefaa* kabyle s'inscrit dans un vaste phénomène de réforme des coutumes indigènes qui représentaient un obstacle à l'application de la législation foncière coloniale en Algérie. Il est nécessaire, avant de traiter la question de la réforme de la *chefaa* kabyle, de retracer les moments fondamentaux de la législation algérienne en matière de propriété privée (**section 1**). Par la suite nous verrons de quelle façon la *chefaa* kabyle a été abrogée par la législation française réformée par la jurisprudence des juges de paix (**section 2**).

SECTION 1. L'APPLICATION DE LA LÉGISLATION FONCIÈRE ALGÉRIENNE EN GRANDE KABYLIE

Le régime civil fit en sorte que la législation foncière algérienne fût appliquée en Grande Kabylie. En effet, une des priorités de ce régime civil était d'implanter un régime de propriété privée dans la quasi-totalité du territoire algérien, y compris la Grande Kabylie (§ 1). Alors que le régime militaire avait fait en sorte que les lois qui permettaient l'expropriation ainsi que le cantonnement des terres des tribus, telles que la Sénatus-consulte de 1863, ne fussent pas appliquées aux tribus kabyles, le régime civil appliqua par contre la législation foncière algérienne en Grande Kabylie, à titre de sanction pour le soulèvement de 1871 (§ 2).

§ 1. L'IMPLANTATION DE LA PROPRIÉTÉ PRIVÉE EN ALGERIE

La question foncière a occupé une place centrale au sein du droit colonial français du XIXe siècle (**A**). La législation foncière appliquée en Algérie a marqué le triomphe des théories libérales qui prônaient la mise en place dans les colonies d'une législation rationnelle en matière de propriété privée. L'Algérie a été le laboratoire de la législation coloniale foncière française du XIXe et du XXe siècle (**B**).

A. LA QUESTION DU FONCIER AU SEIN DU DROIT COLONIAL FRANÇAIS DU XX^e SIÈCLE

La question du foncier et plus généralement de l'implantation de la propriété privée dans les colonies a occupé une place centrale dans le droit colonial du XIX^e siècle. En ce sens l'Algérie a été un point de départ d'une nouvelle législation foncière qui était en rupture avec le régime seigneurial qui avait été appliqué dans les colonies du premier empire colonial.

Le droit colonial du second empire colonial français voulait imposer dans l'ensemble des colonies françaises un régime de propriété privée exclusive qui avait été précédemment sacralisé en métropole par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme ainsi que par l'article 544 du Code civil.

La législation foncière du droit colonial du premier Empire colonial français n'était pas centré sur la propriété privée exclusive. Ce qui fut le cas en Nouvelle France où fut appliqué un régime seigneurial et censitaire fondé sur le droit coutumier. Un droit coutumier qui comme l'explique Normand : « [...] reconnaissait l'existence d'une pluralité de droits détenus par des personnes différentes, sur un même héritage. Dans un tel système, un bien était susceptible de propriétés simultanées⁸⁸² ». Selon Normand ce droit s'adaptait mieux aux coutumes autochtones en soulignant ce qui suit :

« Il est vraisemblable qu'en Nouvelle-France, il y eut coexistence de deux régimes distincts gouvernant les rapports entre les personnes et les biens ; alors que les Amérindiens fondaient leur régime sur le partage des ressources, les Français privilégiaient la reconnaissance de titre individuels. Il s'agit sans doute là d'un exemple de pluralisme⁸⁸³ »

Normand ajoute aussi que :

⁸⁸² S. Normand, *op. cit.*, p. 126.

⁸⁸³ *Ibid.*, p. 123.

« *Tout comme les seigneurs et le censitaire tiraient donc des utilités distinctes d'un même bien foncier, les Amérindiens pouvaient considérer détenir la jouissance de certains droits au régime seigneurial. La souplesse du droit des biens en droit coutumier s'accommodait aisément de jouissances simultanées par plusieurs personnes ou groupes. Ces jouissances auraient pu inclure des droits de chasse, de pêche ou de passage* ⁸⁸⁴ ».

Pour le droit coutumier français du XVIII^e siècle, une terre habitée par des peuples autochtones n'était jamais *res nullius*⁸⁸⁵. Pothier dans son traité du domaine affirmait que : « [...] *lorsqu'une terre est habitée, quelque sauvage que nous paroissent les hommes qui l'habitent, ces hommes en étant les véritables propriétaires, nous ne pouvons sans injustice nous y établir malgré eux* ⁸⁸⁶ ».

Cette idée était partagée par Guyoy qui déclara que : « *Nul homme, nul souverain, nulle nation ne peut donc s'approprier un pays occupé, parce qu'il n'y a pas de droit du premier occupant, que par celui qui venit in vacua* ⁸⁸⁷ ».

Durant le premier Empire colonial et contrairement à ce qui se passa par la suite au cours du second Empire colonial, il n'y avait pas une opposition nette entre les concessionnaires et les propriétaires. Ce qui, selon de Mari, s'explique par le fait que durant le premier empire colonial l'utilitarisme était avant tout national, un phénomène qui, à ses yeux, était proprement français. C'est un utilitarisme qui selon de Mari « [...] *exacerbe le mercantilisme d'origine et fait de la concession « une espèce de propriété » aussi bien qu'il fait de la propriété une espèce de concession* ⁸⁸⁸ ».

⁸⁸⁴ *Ibid.*, p. 126.

⁸⁸⁵ *Ibid.*, p. 113.

⁸⁸⁶ R.-J Pothier, *Traité sur différentes matières de droit civil, appliquées à l'usage du Barreau et de la jurisprudence française*, tome 4, Paris, Orléans, Jean Debure/Veuve Rouzeau-Montaut, 1774, p. 375.

⁸⁸⁷ J. N. Guyoy, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, tome 12, Paris, Visse, 1785, p. 294.

⁸⁸⁸ E. de Mari, « *Des devoirs du concessionnaire aux droit du propriétaire : le cas de Saint-Domingue (XVII^e-XVIII^e siècle)* », in *L'empire de la propriété. L'impact environnemental de la norme en milieu contraint. Exemple de droit colonial et analogies contemporaines*, Sous la direction de E. de Mari et D. Taurisson-Mouret, préface de Thierry Revet, Paris, Victoire Editions, 2016, p. 134

Ce fut ainsi que dans les Antilles à partir du XVIII^e siècle fut mis en place un régime original des concessions qui se consolida entre 1713 et 1743⁸⁸⁹. Ce fut un régime où l'habitation se confondait avec la concession et qui permettait la coexistence d'une pluralité de droits réels. Un régime qui toujours selon de Mari « [...] *permettait de s'emparer de terres considérées comme vierges et de les habiter ou de les « habituer », c'est-à-dire de les transformer en « habitations », soit, en unités d'exploitation agricoles dont les plus importantes seront affectées à la culture et à la transformation de la canne à sucre*⁸⁹⁰ ».

Le régime foncier qui fut appliqué en Algérie voulait marquer une rupture avec celui du premier empire colonial français. Cette idée était défendue par des économistes libéraux tels que Le Roy Beaulieu. Ce dernier défendait l'idée que la colonisation des peuples modernes ne doit pas se limiter à être une simple conquête de terres lointaines, autrement dit : « *Des voyages de découverte et de trafic, des comptoirs fondés sur le troc, des noms de la patrie donnés à des rives étrangères*⁸⁹¹[...] ». Coloniser pour les libéraux du XIX^e siècle tels que Leroy Beaulieu c'était : « [...] *s'approprier des terres lointaines par la culture, c'est fonder une société civilisée dans un pays soit vacant*⁸⁹² [...] ».

Dans le cas de l'Algérie, cette nouvelle idéologie avait pris la forme d'un projet politique que Bras a défini très pertinemment comme étant : « [...] *un projet paradoxal, dans le sens où celui-ci repose sur des principes qui ne peuvent tenir ensemble: celui d'une puissance impériale se déployant à partir d'un Etat-nation; celui d'une domination coloniale, induisant une distinction et une disparité des droits entre colonisateurs et colonisées, sans cesse battue en brèche par des ethos universalistes: libéral de l'individu propriétaire, puis républicain des droits de l'homme*⁸⁹³ ».

⁸⁸⁹ E. de Mari, *op. cit.*, p. 108.

⁸⁹⁰ *Ibid.*, p. 109.

⁸⁹¹ P. Le Roy Beaulieu, *op. cit.*, p. 155.

⁸⁹² *Ibid.*

⁸⁹³ J. Ph. Bras, « La charrue avant les bœufs. Sur l'intranquillité du droit foncier colonial et de sa doctrine en Afrique du Nord », in *Faire l'histoire du droit colonial. Cinquante ans après l'indépendance de l'Algérie* (sous la dir. Jean-Philippe Bras), IISMM-Karthala, (Coll. Terres et gens d'islam), Paris, 2015.

Chouquer de sa part souligne que le droit de propriété imposé dans les colonies françaises à partir du XIXe siècle était différent du droit de propriété conçu pour la métropole et explique ce qui suit :

« [...] au moment où le pouvoir français appliquait l'immatriculation sélective dans ses colonies, en métropole, se mettait en place un mode consensualiste d'établissement de la propriété « par le bas », sans cadastre juridique, par convention entre les parties et reposant sur un concept d'égalité civique⁸⁹⁴ ». Chouquer ajoute encore que « [...] depuis le XIX siècle, la propriété est un droit qui ne s'établit pas autrement que par accord ou convention entre les parties, c'est-à-dire que la propriété chez nous est librement convenue, sans que jamais une autorité administrative quelconque ait besoin de la reconnaître pour qu'elle existe⁸⁹⁵ ».

A partir du XIXe siècle, le droit colonial français imposa dans les nouvelles colonies africaines la notion de domanialité universelle, une thèse qui puise ses origines dans la distinction médiévale entre le domaine direct ou éminent et le domaine utile, théorisée par les glossateurs qui utilisèrent les catégories du droit romain afin d'expliquer la répartition des droits sur les terres au Moyen-Âge entre vassal et seigneur⁸⁹⁶. Jallamion souligne tout de même qu'en Métropole le « [...] domaine public n'engloba jamais toutes les terres ni toutes les eaux⁸⁹⁷ ». Ce qui ne se vérifia pas en Algérie.

L'histoire de la législation foncière algérienne a connu deux phases différentes. La première période précédant l'avènement du régime civil, se déroula dans le laps de temps qui se situe entre le début de la colonisation algérienne et l'adoption du sénatus-consulte de 1863. Durant cette phase les lois foncières avaient pour but

⁸⁹⁴ G. Chouquer, « Les termes du récit de l'histoire de la propriété », in *L'empire de la propriété. L'impact environnemental de la norme en milieu contraint III. Exemple de droit colonial et analogies contemporaines*, Sous la direction de Eric de Mari et Dominique Taurisson-Mouret, préface de Thierry Revet, Paris, Victoire Editions, 2016, p. 21.

⁸⁹⁵ *Ibid.*, p. 22.

⁸⁹⁶ C. Jallamion, « Discours judiciaire et propriété aux colonies », In *L'empire de la propriété. L'impact environnemental de la norme en milieu contraint. Exemple de droit colonial et analogies contemporaines*, Sous la direction de Eric de Mari et Dominique Taurisson-Mouret, préface de Thierry Revet, Paris, Victoire Editions, 2016, p. 175.

⁸⁹⁷ *Ibid.*, p. 176.

principal de légitimer la souveraineté juridique de l'état français sur l'ensemble du territoire algérien. Ces lois n'ont pas porté atteinte de manière significative aux modes traditionnels de jouissance des terres, pratiqués jusque-là par les tribus algériennes. Par contre, la seconde période, que nous pouvons situer à partir de la promulgation du sénatus-consulte de 1863 et qui a perduré tout au long du régime civil, a été le moment du triomphe de la thèse libérale en matière foncière. La législation promulguée durant cette période était le résultat d'une volonté délibérée du législateur colonial de changer la structure familiale traditionnelle et d'affaiblir les coutumes indigènes telles que la *chefaa* et la *habous* qui limitaient la circulation des biens immeubles. Cela était le cas de la loi du 23 juillet 1873. Ce fut à partir de l'adoption de cette loi, dite loi Warnier, que le législateur français s'était posé pour objectif de modifier, ou du moins d'affaiblir, des coutumes autochtones qui limitaient la possibilité de circulation des biens fonciers en dehors du cercle familial. Ce fut le cas aussi des coutumes kabyles de la *chefaa*. La législation foncière adoptée par le régime civil voulait soumettre l'ensemble des terres présentes en Algérie à la loi française. Pour cela l'administration coloniale mit en place une véritable opération d'acculturation juridique visant à modifier les coutumes indigènes qui limitaient l'achat et la vente des biens immeubles, surtout les coutumes kabyles. Il demeure tout de même nécessaire, avant de traiter la question de la modification des coutumes kabyles en matière foncière, de tracer les moments fondamentaux de la législation algérienne en matière de propriété privée.

B. LA LÉGISLATION FONCIÈRE COLONIALE FRANÇAISE EN ALGÉRIE

(1830-1897)

Les forces expéditionnaires françaises par le biais de la convention du 5 juillet 1830 s'engageaient à respecter : « [...] *la liberté des habitants de toutes classes* [...] » et à ce que : « *leurs propriétés, leur commerce et leur industrie, ne recevront aucune atteinte* ».

Les ordonnances du 19 octobre 1846 et du 21 juillet 1846 ainsi que la loi du 16 juin 1851 avaient pour finalité d'asseoir la souveraineté de l'état français sur l'ensemble du

territoire algérien. L'article 4 de la loi du 16 juin 1851 prévoyait que : « *Le domaine de l'État se compose [...] de biens et droits mobiliers et immobiliers provenant du beylik, et tous autres réunis au domaine par des arrêtés ou ordonnances rendus antérieurement à la promulgation de la présente loi [...]* »

L'article 4 conférait au domaine de l'Etat français la propriété : « *Des bois et forêts, sous la réserve des droits de propriété et d'usage régulièrement acquis avant la promulgation de la présente loi.* ». Le mode d'exercice de ces usages devait être déterminé par des règlements publics. La loi de 1851 séparait nettement le domaine public du domaine privé. Le domaine public devait inclure les biens qui durant la période de la Régence d'Alger avaient été déclarés comme *Beylick*. Cette catégorie concernait aussi bien les forêts que les biens-*habous* appartenant à la fondation pieuse. À ce but, la loi de 1851 s'était appuyée sur une fiction juridique selon laquelle les musulmans d'Algérie avaient divisé les terres en deux catégories distinctes avant la conquête française : les biens *archs* ou propriétés collectives et les biens *melk* qui par contre étaient des propriétés individuelles. En s'appuyant sur cette catégorisation, l'administration française a décidé que les premières devaient être cantonnées et devenir propriétés du domaine de l'état français. En un mot, la France devenait désormais propriétaire des biens qui auparavant constituaient le domaine du pouvoir turc présent en Algérie ainsi que des terres collectives des tribus.

Le législateur colonial afin de légitimer la domanialité universelle de l'État français sur l'ensemble du territoire algérien s'était même appuyé sur une institution de droit public musulman tel que la thèse du *Khard*. Selon cette thèse la Régence d'Alger était considérée du point de vue du droit musulman une terre de conquête ou bien une « terre de violence » (*Dar- el- Harb*), en raison du fait que le territoire en question avait fait l'objet, durant le XVI^e siècle, d'une conquête militaire menée par les Ottomans. Un coup de force qui octroyait aux Turcs un droit de propriété sur l'ensemble des terres soumises au contrôle de la Régence d'Alger⁸⁹⁸. Par conséquent, selon cette théorie de la « terre de violence », les tribus algériennes autochtones ne

⁸⁹⁸ L.A. Eyssautier, « Terre archs, Quel en est, quel doit en être le juge ? », *In Revue Algérienne et tunisienne de législation et de jurisprudence*, 2-1895, p. 82.

possédaient aucun droit de propriété sur leurs terres, mais uniquement des droits d'usage⁸⁹⁹. En résumé, selon la thèse du Khard en succédant au pouvoir turc, l'État français, tout en proclamant de vouloir respecter les droits réels des tribus autochtones, devenait de fait propriétaire de l'ensemble du territoire algérien.

Eyssautier témoigne que les juristes français puisèrent leurs arguments dans le Coran ainsi que dans les traités de droit musulman et écrit ainsi :

« On fouilla le Coran, le vieux droit musulman et l'on voulut appliquer les principes de la conquête par le sabre de l'Islam à la terre algérienne du XIX siècle, malgré le temps écoulé et les longues possessions, malgré les transformations politiques, la superposition successive de tribus les unes sur les autres, la conquête du sol sur les anciens conquérants par de nouvelles peuplades. On exhuma de ce vieux droit musulman le principe que la terre de violence, la terre conquise, appartient à la communauté musulmane ; qu'elle forme un gage inaliénable dont la jouissance seule avait été laissée aux possesseurs moyennant un tribut (kharadji), tandis que la terre Melk, pleine propriété, est soumise à la dime des fruits⁹⁰⁰ ».

Eyssautier conclut ainsi :

« Par cette théorie archéo-juridique, inventée dix siècles auparavant pour justifier le tribut, on arrivait à obtenir des terres de colonisation, but recherché, sur les terres dont la propriété avait été, trop généreusement peut-être, mais avec la générosité française, garantie aux indigènes par la capitulation⁹⁰¹. »

Mercier témoigne que les militaires français avaient obtenu de la part de religieux complaisants des *fatwas* commanditées qui légitimaient la politique foncière voulue par l'administration française en Algérie. Ce fut ainsi qu'en 1849 le général Charon obtenait à Oran de la part d'un cadi musulman une *fatwa* qui reprenait à la lettre les directives de l'administration française. Cette *fatwa* confirmait la théorie selon laquelle les tribus algériennes au moment de la conquête française n'étaient pas

⁸⁹⁹ *Ibid.*

⁹⁰⁰ *Ibid.*,

⁹⁰¹ *Ibid.*,

propriétaires de leur territoire. Celles-ci n'auraient eu qu'un simple droit d'usufruit. La France ayant conquis ce territoire par la force devenait par conséquent selon le droit musulman, propriétaire de ce territoire⁹⁰².

La loi du 16 juin 1851, sans aller si loin, proclama à l'article 10 les tribus indigènes propriétaires de leurs terres. Cet article prévoyait qu'en Algérie il demeurait un droit « [...] *inviolable, sans distinction, entre les possesseurs indigènes et les possesseurs français ou autres* ».

Une telle tutelle était accordée aussi bien aux propriétés individuelles *melk* qu'aux propriétés collectives *arch*. En effet l'article 11 précisait que : « *Sont reconnus tels qu'ils existaient au moment de la conquête, ou tels qu'ils ont été maintenus, réglés ou constitués postérieurement par le gouvernement français, les droits de propriété et les droits de jouissance appartenant aux particuliers, aux tribus et aux fractions de tribus* ». Un droit qui consistait en la faculté de : « [...] *jouir et de disposer de sa propriété de la manière la plus absolue en se conformant à la loi* (article 14) ». Ce même article déclarait les terres des tribus comme étant des terres inaliénables et que par conséquent : « [...] *aucun droit de propriété ou de jouissance portant sur le sol du territoire d'une tribu pourra être aliéné au profit de personnes étrangères à la tribu* ». Cette loi n'avait pas apporté des changements significatifs aux modes de jouissance des terres qui avaient été adoptés jusque-là par les populations autochtones. L'article 16 prévoyait que l'aliénation des biens musulmans entre musulmans était régie par la loi musulmane. Toute autre aliénation aurait été régie par le Code civil. Ainsi seuls les contrats de ventre entre Européens et Musulmans étaient régis par le Code civil. Le législateur ne chercha pas cependant à remplacer le droit musulman par la loi française dans les transactions qui se déroulaient entre Musulmans.

La loi de 1851 avait maintenu en place le régime des concessions gratuites des terres en faveur des colons français et européens. Les concessions gratuites des terres allaient à l'encontre de la politique menée par les Bureaux Arabes qui voulaient

⁹⁰² E. Mercier, *La propriété foncière chez les musulmans d'Algérie*, Paris, Ernest Leroux éditeur, 1891, p. 14.

freiner l'arrivée de colons et d'immigrés européens. La pratique des concessions des terres à titre gratuit fut aussi critiquée par les défenseurs de la colonisation libérale tels que Alexis de Tocqueville. Ce dernier était critique à l'égard des concessions de terre gérées par l'Etat. Dans le rapport de 1847 sur le projet de loi portant demande d'un crédit de 3 millions pour les champs agricoles de l'Algérie, Tocqueville dénonça le gaspillage des colonies militaires dans les termes suivants :

« Si l'on songe que les colons envoyés aux frais de l'Etat pour cultiver l'Afrique ont été rassemblés avec si peu de soin que beaucoup d'entre eux étaient absolument étrangers à l'agriculture ou formaient la partie la plus pauvre de notre population agricole, qu'après avoir attendu pendant des mois, quelquefois des années, dans les rues d'Alger la concession promise, livrés à tous les maux physiques et moraux que l'oisiveté, la misère et le désespoir engendrent ⁹⁰³[...] ». Tocqueville soutenait qu'une colonisation « [...] prise en charge par l'Etat et ne faisant pas appel à la libre initiative et à la responsabilité individuelle ne peut être que ruineuse et condamnée à l'échec⁹⁰⁴ ». L'auteur de la *Démocratie en Amérique* s'inspira de la théorie libérale britannique en matière de gestion des colonies. Par exemple Adam Smith soutenait dans *La richesse des nations* que les éléments constitutifs des bonnes colonies idéales étaient : « L'abondance des terres fertiles et la liberté de diriger leurs affaires comme elles le jugent à propos, voilà, à ce qu'il semble les deux grandes sources de prospérité de toutes les colonies nouvelles⁹⁰⁵ ». Les thèses libérales reposaient sur le trinôme propriété - liberté - volonté⁹⁰⁶, une idée qui puisait ses origines dans l'école de droit naturel de Salamanque et qui fut par la suite reprise par Grotius, Locke et Smith. En France ces idées ont été défendues par les physiocrates. Les libéraux tels que Tocqueville et, par la suite, Le Roy Beaulieu étaient critiques à l'égard de la façon dont l'Ancien Régime avait géré la colonie de la Nouvelle France. Selon Le Roy Beaulieu la raison de cet échec était liée à : « [...] la constitution toute féodale de la propriété, système qui ne pouvait séduire les paysans de France au XVII et XVIII

⁹⁰³ A. de Tocqueville, *Textes économiques. Anthologie critique*, (Jean-Louis Benoit et Eric Keslassy), Édition numérique des Classiques des sciences sociales, 2009, p. 388.

⁹⁰⁴ *Ibid.*, p. 387.

⁹⁰⁵ A. Smith, *La Richesse des Nations*, Paris, Flammarion, 1991, p. 184.

⁹⁰⁶ U. Mattei, *Senza proprietà non c'è libertà*, Bari, Idola-Laterza, 2014, p.25.

siècle⁹⁰⁷ [...]», et conclut ainsi que: «[...] *pourquoi le paysan français aurait-il franchi les mers, s'il devait retrouver dans cette contrée nouvelle toutes les institutions vermoulues de la contrée vieille, les grandes propriétés, la mainmorte, la dime, les droits seigneuriaux de toutes sortes, censives, droits de rachat, moulin banal*⁹⁰⁸ ? ».

Les thèses libérales ont exercé une influence sur les décrets du 25 juillet 1860, le sénatus-consulte de 1863 et le décret du 31 décembre 1864. Ces lois ont éliminé les concessions gratuites et ont institué comme unique mode d'aliénation des terres domaniales, le contrat de vente à prix fixe⁹⁰⁹. Le Roy Beaulieu, fervent critique du régime des concessions, salua la réforme de 1851 ainsi que le décret du 25 juillet 1860⁹¹⁰. Ce dernier souhaitait tout de même l'application en Algérie du système de vente aux enchères des terres domaniales que les britanniques avaient adopté en Australie, système connu sous le nom de la doctrine « Wakefield ⁹¹¹ ». La vente des terres domaniales devait attirer des colons fortunés et non des indigents. Une thèse qui plaisait au juriste Girault. Ce dernier affirmait ainsi : « *La vieille conception généralement répandue dans les pays latins, d'après laquelle un des avantages principaux de la colonisation serait d'apporter un remède au paupérisme, doit être considérée aujourd'hui comme un point de vue dépassé. Elle est même le contrepied exact de la vérité. Ce ne sont pas les vaincus de la vie qui doivent aller aux colonies*⁹¹² » et conclu que : « *Le colon doit posséder un « minimum de capital*⁹¹³.

La plupart des terres domaniales furent rachetées par des autochtones et par des sociétés privées comme ce fut le cas avec la Société Générale algérienne. Les colons de leur côté n'ont pas pu acheter les terres en question⁹¹⁴.

⁹⁰⁷ P. Leroy Beaulieu, *op. cit.*, p. 166.

⁹⁰⁸ *Ibid.*

⁹⁰⁹ H. Fourier, *La colonisation et les concessions des terres domaniales en Algérie*, Thèse pour le doctorat, Paris, Libraire-Editeur, 1915, p. 55.

⁹¹⁰ P. Le Roy Beaulieu, *op. cit.*, p. 305.

⁹¹¹ *Ibid.*

⁹¹² A. Girault, *Principe de colonisation et de législation coloniale*, Tome II, Paris, Librairie de la société du Recueil général des lois et des arrêts, 1904.

⁹¹³ *Ibid.*

⁹¹⁴ Fourier, *op. cit.* p. 56.

Napoléon III, contrairement à Bugeaud, était contraire au projet de faire de l'Algérie une terre d'émigration et de colonisation. Dans la lettre que Napoléon III avait écrite au maréchal Pélissier du 6 février 1868, l'Empereur affirmait ainsi :

« Voilà monsieur le Maréchal, [...] je le répète, l'Algérie n'est pas une colonie proprement dite, mais un royaume arabe. Les indigènes ont comme les colons un droit égal à ma protection, et je suis aussi bien l'Empereur des Arabes que l'Empereur des Français. J'ai chargé le maréchal Randon de préparer un projet de Sénatus-consulte dont l'article principal sera de rendre les tribus propriétaires incommutables des territoires qu'elles occupent à demeure fixe et dont elles ont la jouissance traditionnelle, à quelque titre que ce soit⁹¹⁵ ».

Sous le royaume de Napoléon III fut promulgué le fameux sénatus-consulte de 1863 qui avait pour finalité de sédentariser les populations nomades et de cantonner les terres collectives des tribus. Cependant, seules les propriétés individuelles « *melk* » devenaient aliénables, tandis que les propriétés collectives « *arch* » étaient déclarées comme inaliénables, seule l'administration française pouvait exercer le droit d'achat⁹¹⁶. Le sénatus-consulte du 22 avril 1863 donna aux tribus la pleine propriété des territoires dont elles avaient la jouissance. Cela en vue d'implanter graduellement la propriété privée individuelle en Algérie. Le sénatus-consulte de 1863 interdisait l'aliénation des terres à des européens tant que la propriété individuelle n'aurait pas été constituée⁹¹⁷. Selon Didier Guignard, le Sénatus-consulte du 22 avril 1863 avait : « [...] *fait le contre-pied des opérations de cantonnement conduites par l'administration militaire depuis 1845, consistant à transformer la prétendue « jouissance collective » des territoires tribaux en un droit de pleine propriété individuelle sur des surfaces plus réduites⁹¹⁸.* »

⁹¹⁵ *Ibid.*, p. 54.

⁹¹⁶ C. Issawi, « *An Economic History of the Middle East and North Africa* », Columbia University, 1982, p. 139,

⁹¹⁷ Fourier, *op. cit.*, p. 52.

⁹¹⁸ D. Guignard « Conservateur ou révolutionnaire ? Le sénatus-consulte de 1863 appliqué au régime foncier d'Algérie », *Revue d'histoire du XIXe siècle* [En ligne], 41 | 2010, mis en ligne le 30 décembre 2013, consulté le 02 janvier 2014. URL : <http://rh19.revues.org/4047> ; DOI : 10.4000/rh19.4047, p.81.

Le droit colonial français avait élaboré en Algérie dès le début du XIXe siècle des notions-phares de la nouvelle législation foncière telles que la domanialité universelle et la notion de propriété collective des tribus fondée sur l'inaliénabilité. Le sénatus-consulte de 1863 et la loi du 26 juillet 1873 (dite Warnier) avaient pour but de cantonner le territoire des tribus et franciser les terres indigènes.

Dans les pages suivantes nous verrons la façon dont les lois foncières furent appliquées en Kabylie.

§ 2. L'APPLICATION DE LA LOI WARNIER EN GRANDE KABYLIE

Comme nous l'avons vu tout au long de la période du régime des Bureaux arabes la législation foncière algérienne et donc les l'ordonnances du 19 octobre 1844 et celle du 21 juillet 1846 et la loi de 1851 ainsi que le sénatus-consulte de 1863 ne furent pas appliqués en Kabylie. Selon Guinard ces lois avaient déstabilisé le droit foncier en Algérie. L'auteur ajoute que : « [...] *jusqu'à 1870, les autorités prennent soin d'éviter les bastions de résistance à l'occupation française, contournant par exemple la Kabylie à peine soumise (1857)*⁹¹⁹ ». Les militaires présents en Kabylie firent en sorte jusqu'en 1870 le Sénatus-consulte de 1863 ne fût pas appliqué au sein des Cercles que ces derniers administraient.

La première loi foncière appliquée en Kabylie avait été la loi du 26 juillet 1873, dite loi Warnier, suite à la chute du régime des Bureaux arabes. Comme mentionné précédemment, cette loi avait été adoptée afin d'introduire dans l'ensemble du territoire algérien la législation foncière française. Plus précisément, cette loi avait soumis aux lois françaises l'ensemble des opérations de constitution et de conservation ainsi que de transmission de la propriété immobilière qui se déroulaient sur les terres des populations autochtones algériennes. Cette loi a en effet permis le séquestre et la vente aux privés des terres collectives des tribus kabyles insurgées de 1871. L'inspirateur de cette loi, Warnier, était un militaire ainsi qu'un physicien de formation. Ce dernier était un assimilationniste convaincu. Son œuvre intitulée

⁹¹⁹ *Ibid.*, p. 89.

*L'Algérie devant l'empereur*⁹²⁰, regorge de lieux communs kabylophiles⁹²¹. Warnier soutenait que les tribus kabyles n'avaient pas besoin du sénatus-consulte de 1863 et écrit ainsi que : « [...] *les tribus berbères n'avaient pas besoin d'un sénatus-consulte, de commission de délimitation et d'attribution de la propriété ; chez elles, le sol a continué à être régi comme il l'était à l'époque romaine, comme il l'est en France d'après les traditions du droit romain [...]*⁹²² ».

La législation foncière promulguée par le régime militaire avait pour but de déclarer l'Etat français comme propriétaire de l'ensemble des territoires algériens, tandis que celle du régime civil avait pour but de soumettre l'ensemble des terres algériennes à une unique discipline juridique réglée par la loi française. La loi de 1873 aurait ainsi permis aux privés l'achat des terres collectives et imposa le régime juridique français en matière de constitution et de vente des biens immobiliers. L'objectif était de permettre aux colons l'achat des biens immobiliers et d'en garantir les transactions.

Ce fut seulement à partir de l'avènement du régime civil que les terres des tribus kabyles firent l'objet d'une francisation ainsi que d'un cantonnement. Contrairement à ce qui se passa dans le reste du territoire algérien, dans le cas de la Kabylie l'origine des séquestres des terres collectives ne doit pas être principalement reconduite à l'application de la loi du 26 juillet 1873 et celle de 1887. Les séquestres en Kabylie furent plutôt une conséquence des sanctions collectives auxquelles furent soumises les tribus kabyles à titre de dédommagement suite à la révolte *d'El-Mokarni et Haddad* de 1871. Robin affirma que : « *L'application de la mesure du séquestre a permis de donner à la colonisation en Kabylie un immense essor ; les anciens villages ont été considérablement agrandis et il a été créé un grand nombre de nouveaux centres de population européenne pour jalonner les routes principales et les vallées*⁹²³ ».

Dans les procès qui suivirent la révolte en question, les révoltés kabyles furent soumis à une double peine, ils furent jugés comme sujets algériens mais aussi comme

⁹²⁰ A. Warnier, *L'Algérie devant l'Empereur*, Challamel, Paris, 1865.

⁹²¹ D.K. Davis, *op. cit.*, p. 81.

⁹²² A. Warnier, *op. cit.*, p. 24.

⁹²³ J. Robin, *L'insurrection de la Grande Kabylie en 1871*, Paris, Henri Charles Lavauzelle, 1901, p. 531.

citoyens français. C'était en tant que belligérantes que l'ensemble des tribus révoltées furent contraintes par Guyedon à payer dix millions de francs à titre d'impôt de guerre⁹²⁴. Les insurgés furent frappés d'une condamnation de 36 550 000 francs⁹²⁵. Le 31 mars 1871 le gouverneur de l'Algérie, Alexis Lambert, adopta un arrêté qui fut approuvé par le Ministère de l'intérieur et qui prévoyait le séquestre de « l'ensemble des biens » des tribus insurgées. Les tribus furent considérées comme étant « *personnes civiles responsables*⁹²⁶ ». Cet arrêté fit une distinction entre les tribus coupables et les « tribus envahies » qui avaient été contraintes par les tribus insurgées à participer à la révolte⁹²⁷. Le lieutenant-colonel Villot affirmait devant une commission d'enquête :

*« On a voulu accomplir une réaction violente contre le sénatus-consulte de 1863, et l'on a pris les terres même dans les contrées où personne ne s'était insurgé. On a invité les djemâ'a à faire abandon des propriétés des particuliers, et ces titres ont paru suffisants pour justifier la prise de possession »*⁹²⁸. En 1875 le Conseil supérieur constata que le total des terres confisquées sur les tribus, à titre collectif, s'élevait à 324 000 hectares et à titre individuel à 25000 hectares⁹²⁹. Robin écrivait en 1901 ce qui suit :

*« En 1871, la propriété privée n'a plus été respectée ; on a pris aux tribus toutes les terres à notre convenance et on s'est emparé de la totalité des biens meubles et immeubles des individus qui passaient pour avoir pris une part prépondérante à l'insurrection [...] »*⁹³⁰.

L'exiguïté des terres agricoles en Kabylie était la cause qui fit de la Grande Kabylie avoir été la dernière région d'Algérie à avoir subi les opérations d'identification des

⁹²⁴ Ch. A. Julien, *Histoire de l'Algérie contemporaine, La Conquête et les débuts de la colonisation (1827-1871)*, Tome 1, Presses universitaires de France, seconde édition 1979, (Première édition 1964), p. 493

⁹²⁵ *Ibid.*

⁹²⁶ *Ibid.*

⁹²⁷ *Ibid.*

⁹²⁸ *Ibid.*

⁹²⁹ *Ibid.*, p. 494.

⁹³⁰ J. Robin, *op. cit.*, p. 519.

terres prévues par la loi Warnier et la loi de 1887⁹³¹. Les opérations de délimitation des terres visant à séparer les terres *melk* (propriété individuelle) des terres *mechmels* (propriétés communes) commencèrent en 1880 et furent complétées uniquement en 1900-1901⁹³².

Les colons ne pouvaient pas acquérir toutes les terres qui avaient fait objet de séquestre⁹³³. Par conséquent, Gueydon avait autorisé les kabyles à racheter les terres⁹³⁴. Sur ce point Robin témoigne ainsi que : «*Comme on avait remarqué que beaucoup de colons des premiers villages installés en Kabylie avaient vendu leurs terres aux indigènes dès qu'ils avaient reçu leurs titres de propriété, après l'accomplissement des conditions qu'on leur avait imposées, on a eu soin d'introduire dans les nouveaux titres de concession une clause qui interdit la vente dès lors aux indigènes pendant une période de dix ans; de cette manière on empêchait autant qu'il était raisonnablement possible de faire le retour au tribus des terres de colonisation*⁹³⁵ ».

L'implantation du régime de la propriété privée en Kabylie fut aussi le résultat d'une acculturation juridique menée aussi à travers l'abrogation de la *chefaa* kabyle qui était une coutume qui limitait la vente des biens immeubles au sein du même groupe familial. Pour pouvoir imposer un régime de propriété privée en Kabylie, il était nécessaire pour l'administration coloniale de changer aussi le modèle familial autochtone algérien. En ce sens, la réforme des coutumes kabyles en matière de divorce et de succession visait à modifier le modèle familial kabyle fondé sur une parenté agnatique et qui devait être remplacé de façon graduelle par un modèle de famille nucléaire prévu par le Code civil. Le passage d'un modèle familial de type clanique-agnatique vers un modèle qui se rapprochait de la famille telle que conçue par le Code civil, avait aussi pour but de faciliter l'implantation en Kabylie d'une législation foncière qui facilitait et sécurisait la circulation des biens immeubles. Le modèle familial patriarcal était perçu comme une des causes du collectivisme des

⁹³¹ A. Mahé, *op. cit.*, p. 254.

⁹³² *Ibid.*

⁹³³ Ch. A. Julien, *op. cit.*, p. 494.

⁹³⁴ *Ibid.*, p. 494.

⁹³⁵ J. Robin, *op. cit.*, p. 519.

tribus algériennes. Le travail publié par Besson incarne ce nouveau courant. Ce dernier affirmait de façon claire que la réussite de la politique foncière en Algérie ne pouvait passer qu'à travers le changement du modèle familial indigène. Sur ce point Besson affirmait ainsi que :

« L'essor de notre colonisation dépend, en partie d'un bon régime foncier, garantissant la sécurité des transmissions entre indigènes et européens et individualisant la propriété, là où elle n'existe encore qu'à l'état de collectivisme familial⁹³⁶ ». La famille élargie est la raison pour laquelle : « Les registres de l'état civil n'existent point chez les musulmans Arabes et Kabyles [...]. Par suite de l'étroite dépendance dans laquelle l'individu se trouve vis-à-vis de la tribu ou de la famille, les actes les plus importants de la vie civile s'accomplissent au vu et au su de toute la communauté⁹³⁷ ». Selon Besson, le modèle de la famille élargie était un obstacle à la mise en place d'un régime foncier fondé sur la publicité civile et affirme ainsi :

« On conçoit très bien, que dans une société à peine sortie du patriarcat, où la famille agrandie par une extension presque indéfinie de la consanguinité, forme en quelque sorte un être un et indivisible, en qui toutes les individualités se confondent, la preuve testimoniale puisse remplir, jusqu'à un certain point, le rôle qui est dévolu aux registres de l'état civil par la législation des peuples occidentaux⁹³⁸ ».

Le Roy Beaulieu, partageait plusieurs thèses de Besson, mais comme nous déjà vu, contrairement à ce dernier Le Roy Beaulieu restait un kabylophile convaincu. Selon Le Roy Beaulieu modèle familial kabyle représentait une solution au problème de la propriété indigène. Selon cet auteur il fallait élargir au reste de la population musulmane algérienne le modèle familial kabyle afin de familiariser le reste des indigènes algériens à la notion de la propriété privée. Le Roy Beaulieu affirmait ainsi : *« Mais est-il possible d'arriver à ce que un jour tous les indigènes de l'Algérie adoptent une organisation domestique, économique et sociale analogue à celle des Kabyles et se reprochant, par conséquence, sensiblement de celle des*

⁹³⁶ E. Besson, *La Législation civile de l'Algérie. Étude sur la condition des personnes et le régime des biens en Algérie*, Paris, Librairie Maresque. Ainé, 1894, p. 120.

⁹³⁷ *Ibid.*

⁹³⁸ *Ibid.*

Européens. Il faudrait radicalement modifier le système de la tribu, de la propriété collective, de la famille polygame : ces trois points obtenus, il ne resterait plus que des détails dont on viendrait facilement à bout⁹³⁹».

L'idée selon laquelle les coutumes kabyles facilitaient l'implantation de la législation française en Kabylie était partagée par Vignon qui affirmait :

« La question foncière est beaucoup moins préoccupante en Kabylie qu'en pays arabe, à tel point qu'il est presque permis d'espérer que la vie économique, chaque année plus intense, suffira pour la résoudre. C'est que populations arabes et populations kabyles n'ont point même mentalité. Régis par leurs kanouns non par le Coran, les montagnards du Djurdjura ont une loi successorale beaucoup plus simple que leurs voisins. Chez eux, le droit des femmes et des héritiers par les femmes n'existe pas, aussi tout réduit-il en un partage par portions égales entre le fils du de cujus. Les Kabyles ont, d'autre part, horreur de l'indivision : tout est, chez eux, objet de partage, jusqu'aux branches d'un arbre. L'inconvénient, observera-t-on, est que la propriété, là aussi, devient poussière. Il est vrai ; mais, outre que chaque parcelle ou chaque branche a son individualité et son vrai propriétaire révélé, il semble que peu à peu le paysan travailleur, âpre au gain, connaissant la valeur de la terre, individualiste à sa manière, comprenne l'intérêt que présente pour tous le rachat des parts infimes par les plus aisés. Employons-nous à le diriger dans cette voie⁹⁴⁰».

La loi du 26 juillet 1873 répond à l'exigence de reformer le modèle familial afin d'implanter en Algérie un régime juridique de propriété privée modelée sur celle du Code civil. Sainte-Marie explique ainsi que :

« La loi de 1873, prolongée par celle du 28 avril 1887, parait s'attaquer à l'essence même de la société rurale algérienne : la solidarité de groupe et familiale qui s'exprimait notamment par l'usage de biens communautaires et par l'indivision⁹⁴¹ »

⁹³⁹ P. Leroy-Beaulieu, *op. cit.*, p. 328.

⁹⁴⁰ P. Vignon, *Un programme de Politique Coloniale. Les Questions Indigènes*, Paris. Librairie Plon, 1919, p. 405-406.

⁹⁴¹ A. Sainte-Marie, « Législation foncière et société rurale. L'application de la loi du 26 juillet dans les douars de l'Algérois », in *Étude rurales*, n. 57, 1975, p.63.

L'article 17 de cette loi avait imposé à l'ensemble des indigènes musulmans d'Algérie un nom patronymique afin de pouvoir enregistrer leur propriété privée. Cette obligation démontre clairement la volonté du législateur de vouloir en finir avec le modèle des familles élargies. L'article 17 de la loi Warnier avait ouvert la voie à la loi suivante de 1882, une loi qui institua le registre civil en Algérie.

L'article premier de la loi Warnier a abrogé de façon indirecte l'institution de la *chefaa* kabyle (retrait successoral) telle que pratiquée en Kabylie. Le droit foncier était un des enjeux principaux du régime civil. Le législateur, à partir de la loi du 26 juillet 1873 (loi Warnier) et celle de 1882 instituant le registre civil, va faire en sorte que l'implantation graduelle de la propriété privée individuelle s'accompagne par une atomisation du modèle familial indigène. Les mots de Sainte-Marie sur ce point sont clairs :

« Quelle que fut leur valeur, les travaux menés en application de la loi de 1873 agirent profondément sur la société rurale algérienne. Les paysans algériens se trouvèrent dotés pour les besoins de la cause de noms patronymiques et de titres de propriété aux prolongements redoutables : actions en justice, ventes, licitations, sans compter le trouble que laissait derrière lui le passage du C.E comme le souhaitaient ses auteurs, le résultat essentiel de la loi de 1873 fut donc le titre de propriété⁹⁴² ».

Avant l'adoption des lois de 1873 et de 1883, les populations autochtones d'Algérie utilisaient un système d'anthroponymie d'origine berbère qui était fondé sur la filiation lignagère et ethnique. Tout individu possédait un nom personnel (prénom) qui lui était attribué à sa naissance. Ce nom était attribué en liaison avec la filiation patriarcale directe et correspondait ainsi au nom du père et des aïeux de lignée patrilinéaire et à la désignation ethnique⁹⁴³.

Les lois de 1873 et de 1883 ont remplacé le système de dénomination patronymique

⁹⁴²*Ibid.*, p. 64.

⁹⁴³ O. Yermèche, « L'anthroponymie algérienne : entre rupture et continuité ? », article téléchargé du site internet <https://www.crasc.dz/ouvrages/pdfs/2013-nom-propre-maghrebin-fr-yermèche-sadat-ouerdia.pdf>, le 27/03/2018, p. 43.

algérien par le système français⁹⁴⁴. La France a remplacé ce système par un système d'appellation « binominal » composé de deux noms : le patronyme et le prénom. Le patronyme marque la relation à la famille nucléaire⁹⁴⁵.

Cela prouve qu'en Algérie l'implantation de la propriété privée ne se fit pas uniquement par la voie législative, c'est-à-dire par le biais de l'adoption de lois qui imposaient un régime foncier modelé par le Code civil, comme ce fut le cas de la loi Warnier de 1873 et de celle de 1887 et 1897. L'implantation s'est faite aussi « par le bas » en remplaçant graduellement le modèle de famille élargie par un modèle de famille nucléaire et en affaiblissant le poids des coutumes indigènes comme celles de la *chefaa* et des *habous* qui limitaient la circulation des biens immeubles au seul groupe familial.

Dans le cas spécifique de la Kabylie, il était évident que l'acculturation juridique des Kabyles avait été facilitée par le fait que leurs coutumes aient été codifiées et donc rationalisées par Hanoteau et Letourneux. Un ouvrage qui se révéla être un outil fondamental pour les juges français qui étaient appelés à appliquer les coutumes en question dans les contentieux entre Kabyles.

La jurisprudence et la législation française avait réformé les coutumes kabyles en matière de *chefaa*, de tutelle des mineurs ainsi que droit de divorce et successions des femmes kabyles.

La réforme des coutumes en matière successorale a indirectement apporté des changements dans les modes de circulation des biens fonciers en Kabylie. Pour la raison qu'en Grande-Kabylie les successions étaient le mode principal de transmission de la propriété des biens immeubles. Comme dans la plupart des sociétés traditionnelles, les coutumes kabyles qui régissaient les liens de parenté définissaient aussi les modalités de partage et de circulation des biens immeubles. En réformant l'institution de la *chefaa*, les tribunaux français avaient réformé une coutume kabyle

⁹⁴⁴ O. Yermèche, *Les anthroponymes algériens : étude morphologique, lexico-sémantique et sociolinguistique*, thèse de doctorat, Université de Mostaganem, Alger, 2007, p. 105.

⁹⁴⁵ K. Chalal, *Les anthroponymes algériens entre francisation et arabisation : Etude historique et sociolinguistique d'un corpus kabyle (état civil de Tizi-Ouzou)*, (Thèse de doctorat soutenue le 14.01.2016 à l'Université Mouloud Mammeri de Tizi-Ouzou, Tizi-Ouzou, 2016, p. 16.

qui limitait la circulation des biens immeubles à l'intérieur du même groupe familial. Le législateur fit le choix d'abroger et donc de faire disparaître cette coutume par le biais de la Loi Warnier. Les juges de paix firent le choix d'appliquer le droit de *chefaa* telle qu'elle était pratiquée en Kabylie ou du moins telle qu'elle était décrite dans l'ouvrage d'Hanoteau et Letourneux.

Dans les pages suivantes, nous traiterons de la façon dont la coutume de la *chefaa* kabyle a été réinventée par Hanoteaux et Letourneux, abrogée par la loi Warnier et enfin restaurée par la jurisprudence des juges de paix. **(Section 2).**

SECTION 2. L'INVENTION, L'ABROGATION ET LA RÉSTAURATION DE LA CHEFAA KABYLE

La *Chefaa* est une institution présente dans le droit musulman d'école malékite consistant en un droit de retrait successoral reconnu uniquement aux proches du défunt. Le droit de *Chefaa* permettait à ces derniers de racheter des parts d'héritage dans le cas où celles-ci avaient été vendues à des personnes étrangères au groupe familial. Cette institution ne permettait pas la vente des biens immeubles en dehors du groupe familial. La *chefaa* occupait une place importante au sein des coutumes kabyles, raison pour laquelle la *chefaa* pratiquée en Grande Kabylie avait été décrite minutieusement dans l'ouvrage d'Hanoteau et Letourneux. Cette *chefaa* kabyle fut abrogée par la loi Warnier et restaurée par la jurisprudence des juges de paix (§1). Durant les années 1950, la coutume de la *chefaa* telle que pratiquée en Grande Kabylie fut restaurée une deuxième fois, cela en vue de la réforme de la coutume des arbres *abandou* (§2).

§1. LA CODIFICATION ET LA RÉFORME DE LA « CHEFAA KABYLE »

La *chefaa* kabyle a été décrite de façon détaillée dans le deuxième livre de *La Kabylie et les coutumes kabyles* (A). La loi Warnier en reconnaissant uniquement la *chefaa* dite musulmane et le droit de retrait successoral prévu par le Code civil, avait indirectement abrogé la *chefaa* kabyle. Malgré cela les juges de paix français, afin d'éviter d'appliquer la *chefaa* musulmane en Kabylie, firent le choix de n'appliquer dans ce territoire que la *chefaa* kabyle telle que décrite dans l'ouvrage d'Hanoteau et

Letourneux. Cependant le droit de *chefaa* kabyle devait être exercé dans des délais très brefs, trois jours à partir de la date de la mort du défunt. Ce qui la rendait inapplicable (B).

A. LA CODIFICATION DE LA *CHEFAA* KABYLE

La *chefaa* kabyle a été la première coutume kabyle à être réformée par le législateur français. Cette institution puise ses origines dans le droit musulman, en effet nous le retrouvons aussi bien dans la tradition malékite qu'hanéfite. La *chefaa* est un droit de préemption reconnu aux seuls cohéritiers dans l'achat d'une partie de l'héritage. C'est donc un droit de rachat reconnu aux cohéritiers dans le cas où les biens qui faisaient l'objet d'un héritage étaient vendus à un tiers qui était étranger au cercle familial et tribal. Ce droit pouvait s'exercer uniquement sur les biens immeubles qui se trouvaient au moment de la vente dans l'indivision.

Ce droit de rachat était souvent opposé aux étrangers au groupe familial qui voulaient acheter une partie de l'héritage. Ceci rendait très difficile la vente des biens immeubles à quiconque n'était pas un membre de la famille. Les cohéritiers avaient le droit de racheter les biens qui avaient été vendus à un étranger en reversant à l'acheteur la somme versée. Pour ces raisons, Charnay a défini la *chefaa* comme étant un contrat qui : « [...] *s'oppose à la libre circulation des biens, et réduit l'importance de l'activité de l'individu, unité économique de base : donc au fond même du libéralisme économique*⁹⁴⁶ ». Dulout affirme de son côté que le droit de *chefaa* : « [...] *a eu pour but immédiat d'éloigner le tiers acquéreur en lui restituant son prix d'acquisition, conservant ainsi entre ses mains l'intégralité des biens patrimoniaux*⁹⁴⁷ ».

La coutume de la *chefaa* avait pour but de maintenir une grande partie des biens immeubles dans une situation d'indivision ainsi que d'éviter la vente de ces biens aux personnes étrangères au cercle familial. Sur ce point, toujours Charney souligne

⁹⁴⁶ J.-P. Charnay, *La vie musulmane en Algérie d'après la jurisprudence de la première moitié du xxe siècle*. Paris, Quadriga / Presses Universitaires de France, 1991 (1^{ère} édition 1965), p. 149.

⁹⁴⁷ F. Dulout, *Traité de Droit musulman algérien moderne*, Alger Vol. III, La Maison des Livres, Deuxième édition, 1950, p. 311.

pertinemment que cette institution allait à l'encontre du Code civil et affirme ainsi que : « [...] contrairement à l'esprit du Code civil, qui « voit » le fond d'une façon impersonnelle, en tant qu'objet d'appropriation privative par un individu désincarné, le statut immobilier maghrébin se réfère toujours-implicitement bien sûr-à la survivance de l'unité humaine. Par ailleurs la *chefaa* s'oppose à la libre circulation des biens et réduit l'importance de l'activité de l'individu, unité économique de base : donc au fond même du libéralisme économique⁹⁴⁸ ».

Le droit de *chefaa* tel que pratiqué en Grande Kabylie durant la moitié du XIXe siècle avait été décrit de façon précise et détaillée par Hanoteau et Letourneux. Ces derniers définissent le droit de *chefaa* comme étant un : « [...] droit de préférence ou de préemption établie au profit de certaines catégories de personnes contre l'acquéreur⁹⁴⁹ ».

Les auteurs de *La Kabylie et les coutumes kabyles* soulignent la différence entre le droit de *chefaa* pratiqué en Kabylie avec son homologue pratiqué dans le reste du territoire algérien. Une première différence demeure quant aux sujets autorisés à exercer le droit de *chefaa*. Tandis que le droit musulman malékite restreignait le droit d'exercer le droit *chefaa* aux seuls cohéritiers et à leurs associés à l'égard d'un tiers et permettait l'exercice de ce droit sur les biens meubles ou immeubles, les coutumes kabyles autorisaient par contre une application très élastique de l'institution de la *chefaa*. Elles autorisaient ce droit de rachat non seulement à tous les membres de la famille élargie du défunt (*kharouba*) mais aussi à l'ensemble des villageois qui vivaient dans le même village dont était originaire le *de cuius* et enfin ainsi qu'aux membres des confédérations villageoises (*thak'ebilt*⁹⁵⁰) ». Cette catégorie incluait les femmes émancipées à condition d'avoir été associées au *de cuius* et de ne pas être assujetties à la tutelle de leur père⁹⁵¹. Tous ces ayants-droit pouvaient s'opposer à la vente à un étranger au groupe familial et tribal du *de cuius*, d'une partie d'un bien meuble ou immeuble faisant l'objet de la succession de ce dernier.

⁹⁴⁸ J.-P. Charnay, *op. cit.*, p. 149.

⁹⁴⁹ A. Hanoteau, A. Letourneux, *op.cit* vol III, p. 401.

⁹⁵⁰ *Ibid.*, p. 402.

⁹⁵¹ *Ibid.*, p. 404.

Cette multitude de sujets auxquels les coutumes kabyles avaient accordé le droit d'exercer le droit de rachat avait induit Hanoteau et Letourneux à considérer que chez les Kabyles la *chefaa* kabyle était une : « [...] véritable institution sociale⁹⁵² », ayant atteint un : « [...] développement exorbitant⁹⁵³ ».

Hanoteau et Letourneux expliquaient la présence d'un nombre exorbitant d'ayant-droit à exercer le droit de *chefaa* par le fait que : « *Les Kabyles attachent à la terre un prix tout particulier*⁹⁵⁴[...] » et que par conséquent : « *Le principe de solidarité qui réunit les membres d'une même famille s'étend jusqu'au sol qu'elle possède* ». Selon Hanoteau et Letourneux les coutumes kabyles visaient à assurer : « [...] par tous les moyens le maintien des terres dans les mains des associés⁹⁵⁵ ». En résumé, telle que pratiquée en Kabylie, la *chefaa* était présentée comme étant, et encore plus que dans le cas la tradition juridique malékite, nuisible à la libre circulation des biens immeubles en dehors de la communauté familiale ou villageoise. Les auteurs cités ci-dessus affirment clairement sur ce point :

« *Dans la plupart des villages, la vente d'un immeuble à un étranger est sévèrement prohibée ; partout elle est subordonnée à l'agrément de la djemââ, et rendue légalement presque impossible par l'extension à l'infini du droit de chefaa ou de préemption accordée au gens du village*⁹⁵⁶ ».

Hanoteau et Letourneux explique l'origine de la *chefaa* par le fait que la coutume kabyle, dans : « *ses dispositions principales*⁹⁵⁷ » en : « [...] ce qui concerne les mariages, les successions, les testaments, le droit de *chefaa*, a en vue de favoriser le maintien de la famille⁹⁵⁸ ». Un modèle familial qui selon les deux auteurs était : « [...] l'indice d'un état social encore dans l'enfance, où l'autorité et les lois sont impuissantes à protéger les personnes⁹⁵⁹ ». Les auteurs de *La Kabylie et les coutumes*

⁹⁵² *Ibid.*

⁹⁵³ *Ibid.*, p. 402.

⁹⁵⁴ *Ibid.*, p. 396.

⁹⁵⁵ *Ibid.*, p. 396.

⁹⁵⁶ *Ibid.*, p. 140

⁹⁵⁷ *Ibid.*, p. 6.

⁹⁵⁸ *Ibid.*, p. 7

⁹⁵⁹ *Ibid.*

kabyles étaient influencés par l'évolutionnisme. Ces derniers pensaient ainsi que le droit de *chefaa* était une étape que toutes les civilisations avaient traversée avant d'avoir atteint le stade de la propriété privée. Par conséquent ces auteurs affirmaient que l'indivision que les coutumes kabyles auraient imposée aux biens immeubles aurait existé : « [...] avec plus ou moins de développements, dans toutes les législations⁹⁶⁰ ». Hanoteau et Letourneux avaient comparé le droit de *chefaa* avec des institutions analogues présentes dans l'histoire du droit européens telles que l'intuition romaine de la *De Contrahenda emptione*, ainsi qu'avec le *De usibus feudorum* présent dans le droit médiéval⁹⁶¹. Curieusement nous trouvons ainsi une comparaison entre l'institution de la *chefaa* et l'article 580 de la Coutume de Bretagne qui prévoyait un droit de préemption en faveur de l'héritier en cas de vente d'un bien meuble faisant partie de son héritage⁹⁶². La *chefaa* est comparée aussi à l'institution du retrait lignager français qui à l'occasion est défini comme étant une : « [...] véritable *chefaa* au profit des parents du vendeur d'un immeuble, qui obligent l'acheteur au délaissement en le remboursant de ce que l'acquisition lui a coûté⁹⁶³ ». En conclusion encore une fois Hanoteau et Letourneux véhiculaient l'idée, propre au paradigme de l'anthropologie évolutionniste du XIXe siècle, que le droit de préemption n'était qu'une étape que les sociétés humaines mêmes les plus évoluées ont dû traverser pour atteindre un stade de modernité incarnée par la propriété privée individuelle.

Les auteurs de *La Kabylie et les coutumes kabyles* remarquaient que les coutumes kabyles avaient prévu un contrepoids à la *chefaa* kabyle. En effet la plupart des *qanouns* kabyles prévoyait que le droit de rachat-*chefaa* devait s'exercer dans un délai très bref, soit trois jours à partir du moment de la vente. Dans le cas où les ayants droit n'avaient pu prendre connaissance que la vente a eu lieu, dans ce cas le délai prévu était de 15 jours à compter du jour de la vente du bien immeuble⁹⁶⁴. Le délai accordé par les coutumes kabyles pour exercer le droit de *chefaa* était plus court

⁹⁶⁰ *Ibid.*, p. 412, note 1.

⁹⁶¹ *Ibid.*

⁹⁶² *Ibid.*

⁹⁶³ *Ibid.*

⁹⁶⁴ A. Hanoteau, A. Letourneux, *op. cit.* vol. II, p. 406.

que celui prévu par le droit musulman malékite. Ce dernier accordait un délai d'un mois dans le cas où l'ayant droit était présent au moment de la vente et d'un an quand ce dernier était absent.

Certain *qanouns* cités dans le deuxième volume de *La Kabylie et les coutumes kabyles*, prévoyaient des délais qui dépassaient les trois jours. Cela était le cas du *qanoun* de la tribu des *Ait Aissa* et des *Ait Khalifa* qui prévoyaient des délais de 8 jours pour les personnes présentes au moment de la vente. Dans les *qanouns* recueillis par *Ben Sedira* et publiés en 1887 dans son *Cours de langue kabyle grammaire et versions*⁹⁶⁵, nous trouvons des délais pour l'exercice du droit de *chefaa* dépassant abondamment les 3 jours pour la personne présente au moment de la vente. Par exemple l'article 3 du *qanoun* de la tribu des *Flissen Lbeh'ar*⁹⁶⁶ prévoyait un délai de quinze jours.

Comme nous verrons plus loin, la jurisprudence de la Chambre de révision musulmane a décidé que dans les jugements entre Kabyles le droit de *chefaa* pouvait être reconnu aux seuls cohéritiers du défunt dans un délai de trois jours.

Besson avait développé sa vision du droit de *chefaa* tel que pratiqué en Kabylie en se basant sur la façon dont cette institution avait été décrit dans *la Kabylie et les coutumes kabyles*. Cela avait induit Besson à nuancer l'idée véhiculée par le mythe kabyle selon laquelle les coutumes kabyles auraient facilité l'implantation de la propriété privée, au vu du fait que l'institution de la *chefaa* pratiqué en Kabylie était un obstacle à la libre circulation des biens immeubles.

Besson pensait que le modèle de la famille élargie présent au sein de la société kabyle était à l'origine la *chefaa* tel quel pratiqué en Kabylie. L'auteur étudie les coutumes kabyles à travers les grilles d'analyse utilisées par Sumner Maine et Kowaleski dans leurs études sur le système familial indiens et slaves⁹⁶⁷. Besson écrit ainsi :

⁹⁶⁵ Qanouns publiés dans l'ouvrage de B. *Ben Sedira*, *Cours de langue kabyle, Grammaire et Versions*, Alger, A. Jourdan, 1887. Ces qanouns ont été traduits par M. Gahlouz e publiés en annexe dans l'ouvrage M. Gahlouz, *Les Qanouns Kabyles. Anthropologie juridique du groupement social villageois de Kabylie*, Paris, L'Harmattan, coll. Tira-Langues, *Littératures et civilisations berbères*. 2011.

⁹⁶⁶ M. Gahlouz, *op. cit.*, p. 260.

⁹⁶⁷ E. Besson, *op. cit.*, p. 181.

« Aussi bien, sans prétendre diminuer en rien le mérite de nos devanciers, nous croyons que les procédés d'observation et de comparaison dont on dispose aujourd'hui permettent de creuser, plus avant qu'on ne l'ait fait ce jour, l'étude du droit foncier des indigènes. Grace à l'orientation historique que la science du droit a reçue dans ces dernières années nous sommes désormais en possession d'une méthode de travail plus large et plus souple que celle dont disposaient les jurisconsultes formés exclusivement à l'école du Digeste. Les rénovateurs du droit contemporain, parmi lesquels il suffira de nommer MM. Sumner Maine et Rodolphe Dareste ont ouvert aux investigateurs des horizons nouveaux.⁹⁶⁸ ».

Selon Besson les travaux d'anthropologie juridique de Maine, au sein desquels l'auteur britannique comparait l'organisation sociale des tribus indigènes de l'Inde avec celle des tribus Slaves du Sud, pouvaient apporter des éclaircissements sur les origines et les causes du collectivisme des tribus algériennes⁹⁶⁹. Besson réfute la thèse soutenue par Warnier ainsi que par Hanoteau et Letourneux selon laquelle les coutumes kabyles auraient été plus propices à reconnaître la propriété privée de type individuelle que ne l'était celle du restant de la population algérienne. En reprenant les thèses de Chavériat, Besson soutient l'idée que les coutumes kabyles concevaient la propriété privée uniquement dans sa forme commune et indivise⁹⁷⁰. La raison de cet état d'indivision dans laquelle se trouvait la plupart des terrains en Kabylie s'expliquait selon lui par le fait du morcellement des territoires des tribus kabyles⁹⁷¹. Selon Besson, en Kabylie le communisme était donc la règle et la propriété privée individuelle l'exception⁹⁷². Dans les rares cas où les coutumes kabyles reconnaissaient un droit de propriété, celui-ci était paralysé par l'institution de la *chefaa*⁹⁷³, qui serait selon Besson : « [...] la conséquence forcée de la constitution patriarcale de la famille et du collectivisme agraire de la tribu⁹⁷⁴ ». Toujours selon cet auteur, la portée exorbitante de la *chefaa* kabyle s'expliquait par le fait que le

⁹⁶⁸ *Ibid.*, p. 180- 181.

⁹⁶⁹ *Ibid.*, p. 180.

⁹⁷⁰ *Ibid.*, p. 211.

⁹⁷¹ *Ibid.*

⁹⁷² *Ibid.*, p. 213.

⁹⁷³ *Ibid.*

⁹⁷⁴ *Ibid.* p. 214.

droit de *chefaa* kabyle aurait conservé à son dire : « *l'aspect juridique qu'il avait à l'origine*⁹⁷⁵ » et ajoute que le droit de *chefaa* « [...] *a pour destination moins encore de conserver les biens dans les familles que de fermer à l'étranger l'accès du village et de la communauté kabyle*⁹⁷⁶ ». L'institution de la *chefaa* est la preuve de la suprématie du village sur les individus⁹⁷⁷. Le principe de solidarité « [...] *s'oppose à ce que la terre puisse changer de mains dans l'assentiment de la communauté*⁹⁷⁸ ». Besson considère que le droit de la *chefaa* « [...] *telle que la formulent la législation islamique et les kanouns berbères*⁹⁷⁹ » représente un danger « *sous le rapport de la sécurité des transactions immobilières [...]*⁹⁸⁰ ».

Les thèses de Besson ont été partagées en partie par Girault et Dareste. Le premier définissait le droit de *chefaa* comme étant « [...] *la manifestation d'un exclusivisme jaloux à l'encontre de l'étranger*⁹⁸¹ ». Quant à Dareste, ce dernier partageait en partie les constats développés par Besson sur le droit de *chefaa* tout en refusant les solutions proposées par ce dernier. Dareste était contraire à l'abrogation *sic et simpliciter* de l'institution de la *chefaa*, mais plutôt en faveur du maintien en vigueur de cet institution ainsi que des terres collectives, pour la raison que selon lui : « *La propriété collective, dont des vestiges subsistent encore dans les civilisations avancées (sous forme de bien communaux en France), ou qui se manifeste encore par certains droits (retrait successoral, chefaa arabe ou kabyle), doit être maintenue principalement dans ce pays-ci où les collectivités tirent leurs ressources du sol sur lequel elles sont fixées*⁹⁸² ».

Les thèses de Besson avaient été entièrement réfutées par le doyen de la Faculté de Droit d'Alger, Emile Larcher. Dans son *Traité de législation algérienne*, Larcher s'opposait à l'idée selon laquelle les populations autochtones d'Algérie (berbères et

⁹⁷⁵ *Ibid.*, p. 214.

⁹⁷⁶ *Ibid.*, p. 214.

⁹⁷⁷ *Ibid.*, p. 224.

⁹⁷⁸ *Ibid.*

⁹⁷⁹ *Ibid.*, p. 214-215.

⁹⁸⁰ *Ibid.*

⁹⁸¹ A. Girault, *Principes de colonisation et de législation coloniale*, Seconde édition, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 1904 Paris, p. 576.

⁹⁸² P. Dareste, « Lettre du gouverneur général (Clozel) du 23 octobre 1915 », in Recueil Dareste, tome XIX, 1916, p. 224.

arabes) auraient toujours vécu dans un état de communisme agraire⁹⁸³. Larcher s'oppose à la thèse de Besson dans les termes suivants :

« Certains se sont attachés à cette idée et ont soutenu que la physionomie de la famille indigène avait pour conséquence le collectivisme agraire, corollaire ordinaire de l'organisation patriarcale. On a voulu rapprocher le régime foncier de l'Algérie de la communauté de famille telle qu'elle existe aujourd'hui encore chez les Slaves du sud, dans l'Inde et chez les Ossètes du Caucase, ou de la communauté de village qu'on rencontre dans le mir russe et chez les Hindous⁹⁸⁴ ». Il ajoute sur ce point que : « [...] les Kabyles pratiqueraient sous le nom de thadoukeli-boukham, une communauté de famille semblable aux communautés familiales des Slaves du sud. La propriété individuelle, le melk, n'aurait été connue qu'exceptionnellement⁹⁸⁵ ».

Selon Larcher les thèses de Besson se basaient sur : *« [...] des idées profondément erronées, s'arrêtant complaisamment à de superficielles analogies, à de vagues comparaisons avec des institutions mal connues. Elles tombent complètement si on les soumet à une judicieuse critique s'appuyant sur le droit musulman ou sur les faits mêmes, tels qu'ils ont été constatés par les commissions qui, en exécution du sénatus-consulte de 1863, ont relevé l'état de la propriété indigène⁹⁸⁶ ».*

Quant aux Kabyles, Larcher affirme que : *« Tous les territoires kabyles, qui n'ont jamais été soumis effectivement aux Turcs, sont exclusivement de propriété melk et la propriété est redevenue melk dans toutes les tribus assez éloignées de leur centre d'action pour échapper à leur surveillance sur la culture.⁹⁸⁷ ».*

Selon cet auteur, en Kabylie tout comme dans le reste de l'Algérie, il n'y aurait pas de propriétés collectives. Sur ce point Larcher souligne ce qui suit :

« Ce qui a donné naissance à la légende de la propriété collective indigène, c'est que

⁹⁸³ E. Larcher, *Traité élémentaire de législation algérienne, Tome troisième, Les Biens-Les Actes-Tables*, troisième édition, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1923, p. 5.

⁹⁸⁴ *Ibid.*, p. 5-6.

⁹⁸⁵ *Ibid.*, p. 6.

⁹⁸⁶ *Ibid.*

⁹⁸⁷ *Ibid.*, p. 8.

si, juridiquement, la propriété melk se rapproche beaucoup de notre droit de propriété, du moins l'état de fait de la propriété foncière en Algérie présente, avec l'état de la propriété en France, de notables et surprenantes différences. Cela provient principalement de ce que les copropriétaires indigènes demeurent plus facilement dans l'indivision que les campagnards de France. Mais il faut bien le dire, nous ne trouvons là rien qui ressemble à une propriété collective⁹⁸⁸ ».

En Kabylie, la propriété bien que morcelée ne demeure pas dans l'indivision. Cela s'explique, selon Larcher, par le système successoral kabyle qui permet de : « [...] pratiquer le partage immédiat entre les héritiers à la mort de l'auteur commun⁹⁸⁹ ». Cela entraîne tout de même un « [...] morcellement excessif de la propriété⁹⁹⁰ [...] ».

Larcher explique la coutume des arbres *abandou* dans les termes suivants :

« Bien plus, dans leur horreur de l'indivision, les Kabyles en arrivent à partager des choses qui ne nous paraissent pas partageables, par exemple les arbres, oliviers, figuiers ou frênes⁹⁹¹ »

En somme, selon Larcher les travaux précédents portant sur les coutumes kabyles tels que celui de Hanoteau et Letourneux confondaient le phénomène de l'indivision des terres avec un collectivisme ou communisme agraire⁹⁹². Cela s'expliquait par le fait que: « les copropriétaire des terres melk, quel que soit leur nombre, conservent toujours le droit absolu de disposer personnellement de leur part indivise, sans avoir besoin du consentement de leurs consorts ; il peuvent demander le partage quand il leur plait⁹⁹³ » et « leur situation est donc la même que celle des propriétaires par indivis en France ; il est fréquent, dans la métropole, que des frères et sœurs restent, plus ou moins longtemps, dans l'indivision, à la mort du chef de famille. Personne n'a jamais songé à dire que la propriété collective existait en France : on a

⁹⁸⁸ *Ibid.*, pp. 8-9.

⁹⁸⁹ *Ibid.*, p. 09.

⁹⁹⁰ *Ibid.*

⁹⁹¹ *Ibid.*

⁹⁹² *Ibid.*, p. 10.

⁹⁹³ *Ibid.*

*cependant qualifié de propriété collective la même situation en Algérie*⁹⁹⁴ ».

C'est ainsi que selon Larcher le problème de l'indivision des terres en Algérie s'expliquerait non pas par un supposé collectivisme agraire, mais plutôt par le système des successions tel que pratiqué par l'ensemble des musulmans d'Algérie, y compris par les Kabyles. Ce système puise ses origines dans le droit musulman malékite et, selon Larcher, était dépourvu des normes précises et logiques. Les coutumes kabyles demeuraient cependant selon Larcher un rempart contre l'indivision des terres, cela pour la raison que les coutumes en question ne reconnaissaient aucun droit successoral aux femmes, comme il l'affirme dans ce qui suit : « *La meilleure preuve que la complication du régime successoral est bien la cause principale, sinon unique, de l'indivision qui se maintient parmi les indigènes, c'est que partout où la loi successorale n'est pas appliquée l'indivision disparaît avec elle. Ainsi en est-il chez les Kabyles du Djurdjura ; ainsi en est-il aussi en sol arche, où les femmes ne participent pas à la jouissance de la terre* »⁹⁹⁵.

Contrairement à Besson qui voyait en la *chefaa* kabyle et sa portée exorbitante la preuve d'un communisme originaire, Larcher soutenait que le droit de *chefaa* n'était pas un : « [...] *témoignage significatif de l'influence que le communisme originaire de la tribu indigène a exercée sur la condition juridique de la terre* »⁹⁹⁶. Cette institution est définie par Larcher comme : « *une mesure destinée à maintenir la cohésion de la famille musulmane* »⁹⁹⁷ et ajoutait que : « *Le droit de chefaa existe dans les territoires melk, de temps immémorial possédés d'une façon individuelle : et semblable institution se rencontre dans beaucoup d'autre législations où il est impossible de trouver trace de communisme* »⁹⁹⁸.

Larcher n'était pas favorable à une suppression de l'institution de la *chefaa* ni pour sa réduction aux limites prévues par l'article 815 du Code civil (retrait successoral). En ce sens Larcher était critique à l'égard de la loi Warnier et se présentait plutôt comme

⁹⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁹⁵ *Ibid.*, p. 11.

⁹⁹⁶ *Ibid.*, p. 13.

⁹⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁹⁸ *Ibid.*

un partisan de la solution apportée par l'article 17 de la loi de 1897 qui mit en place une nouvelle *chefaa* applicable aussi aux terres franchisées. Nous reviendrons sur ce point dans les pages suivantes.

B. LA RÉFORME DE LA *CHEFAA* KABYLE

La législation française en Algérie a modifié l'institution de la *chefaa* en Algérie. L'ordonnance du 1^{er} octobre 1844 dans son article 3 prévoyait qu'aucun acte translatif signé entre un indigène et un Européen ne pouvait être attaqué « [...] *pour le seul motif que les immeubles ne pourraient pas être vendus en raison de la loi musulmane*⁹⁹⁹ ». En un mot les Musulmans d'Algérie ne pouvaient pas évoquer l'institution juridique du *habous* et de la *chefaa* dans les procès qui les opposaient à des Européens. La Chambre musulmane de la Cour d'appel d'Alger avait jugé que l'article en question visait uniquement les biens *habous* et non l'institution de la *chefaa*¹⁰⁰⁰. Par la suite, la loi du 16 juin 1851 avait ouvert une brèche en faveur de l'institution de la *chefaa*.

L'article 17 de cette loi, bien que prévoyant que : « *Aucun acte translatif de propriété d'un immeuble appartenant à un musulman au profit d'une autre personne qu'un musulman ne pourra être attaqué pour cause d'inaliénabilité fondée sur la loi musulmane* », laissait aux juges la faculté d'appréciation quant aux situations dans lesquelles ces derniers pouvaient reconnaître l'application du droit de *chefaa*. Ainsi l'art 17 prévoyait que : « *Toutefois, dans le cas de transmission par un musulman à toute autre personne d'une portion d'immeubles indivis entre le vendeur et d'autres Musulmans, l'action en retrait, connue sous le nom de chefaa dans la loi musulmane, pourra être accueillie par la justice française et le retrait autorisé ou refusé selon la nature de l'immeuble et les circonstances* ».

Selon Larcher, cette disposition « [...] *laisse donc substituer le droit de chefaa dans la mesure où il est pour les indigènes une garantie contre les spéculations*

⁹⁹⁹ F. Dulout, *op. cit.*, tome III, p. 342.

¹⁰⁰⁰ Alger 21 décembre 1846, J.A.1846, in F. Dulout, *op. cit.*, p. 342.

*malhonnêtes ; elle est de nature à en préserver au contraire les acquisitions sérieuses : l'institution conserve ainsi ses avantages et perd ses inconvénients*¹⁰⁰¹ ».

Ces deux lois, tout comme le sénatus-consulte de 1863, ne furent jamais appliquées en Kabylie. Cela ne fut pas le cas du décret du 27 juillet 1873. Ce décret a abrogé de façon implicite l'institution de la *chefaa* telle que pratiquée en Grande Kabylie. L'article premier du décret de 1873 prévoyait que : « *L'établissement de la propriété immobilière en Algérie, la conservation et la transmission contractuelle des immeubles et droits immobiliers, quels que soient les propriétaires, sont régis par la loi française* » par conséquent il considérait comme étant abolis « [...] *tous droits réels, servitude ou causes de résolution quelconques, fondés sur le droit musulman ou kabyle, qui seraient contraires à la loi française.* ». Dans le cas spécifique de l'institution de la *chefaa*, ce même article prévoyait que cette dernière était désormais applicable uniquement dans les limites prévues par l'article 841 du Code civil en matière de retrait successoral ainsi que dans les limites prévues par le droit musulman. Aucune référence n'est faite aux coutumes kabyles, qui, de fait, étaient en matière de *chefaa* abrogées. Le droit de *chefaa* pouvait être appliqué uniquement dans les contentieux ayant pour objet les terres non francisées (*archs*). Ce droit pouvait être opposé aux acquéreurs uniquement à titre de retrait successoral ou dans des cas subordonnés selon les modalités et limites prévues par le droit musulman malékite¹⁰⁰². La loi de 1887 a par la suite maintenu cette situation.

Larcher témoigne que le décret de 1873, tout comme la loi de 1887 disciplinant les procédures de partage, avait permis plusieurs abus et ainsi :

*« Sous l'empire des lois de 1873 et de 1887, des agents d'affaires, de connivence avec des officiers ministériels peu scrupuleux, achetaient une fraction infime de la propriété, ou soudoyaient l'un des communistes, de façon à provoquer un partage ou une licitation dont les frais énormes atteignaient ou dépassaient la valeur de l'immeuble*¹⁰⁰³ ».

¹⁰⁰¹ E. Larcher, *op. cit.*, tome III, p. 50.

¹⁰⁰² F. Dulout, *op. cit.*, p. 342.

¹⁰⁰³ E. Larcher, *op. cit.*, tome III, p. 157.

Larcher conclut ainsi :

« Il faut pouvoir arrêter les ruineuses procédures de partage ou de licitation ; il faut permettre aux indigènes de rester, s'ils le désirent, dans l'indivision ¹⁰⁰⁴».

La loi de 1897 a créé une nouvelle *chefaa* dite musulmane. Ce droit de *chefaa* spéciale était applicable aux terres francisées. Ce retrait successoral pouvait être opposé à tout créancier d'un copropriétaire, européen ou musulman, qui demande le partage ou la licitation. L'article 17 de la loi exige l'application de la *chefaa* dans les limites qui étaient imposées par l'article 827 du Code civil au retrait successoral. Par conséquent, la vente par licitation devant le tribunal était obligatoire dans le cas où le terrain n'était pas facilement partageable. Cet article fut par la suite modifié par la loi du 4 août 1926 qui remplaça l'article 17 de la loi de 1897 par la disposition suivante : *« Lorsque le partage ou la licitation d'un immeuble rural dont la moitié au moins appartient à des musulmans, sera demandé, soit par un ou plusieurs copropriétaires, soit par le tuteur curateur ou créancier d'un ou de plusieurs copropriétaires, l'article 827 du Code civil ne sera pas applicable. Il ne pourra être procédé à la licitation que si les deux tiers en droit des propriétaires sont d'accord pour demander cette solution, et si l'immeuble n'est pas commodément partageable en nature ».*

En résumé, le législateur reconnaissait aux indigènes le droit de faire recours non seulement au retrait successoral prévu par le Code civil, mais aussi à deux autres types de *chefaa*, soit la *chefaa* proprement dite applicable uniquement sur les terres non francisées et un droit de *chefaa* connu sous le nom de *chefaa* musulmane qui était opposable en cas de transaction de terres francisées. À ces deux catégories, la jurisprudence française en avait ajouté une troisième, celle de la *chefaa* kabyle. Nous anticipons que les tribunaux français s'étaient limités à appliquer à la lettre la description qu'Hanoteau et Letourneux avaient donnée de cette institution. La Chambre de révision musulmane avait statué qu'en Kabylie l'unique forme de *chefaa* reconnue restait le droit de *chefaa* kabyle, c'est-à-dire le *chefaa* décrite dans *La Kabylie et les coutumes kabyles* et non la *chefaa* musulmane ni la nouvelle *chefaa* introduite par le décret de 1897.

¹⁰⁰⁴ *Ibid.*

La jurisprudence de la Chambre de révision musulmane décida que le *chefaa* kabyle pouvait être appliquée uniquement en respectant un délai de trois jours. En imposant ce délai la Cour appliquait à la lettre la description de la *chefaa* contenue dans *La Kabylie et les coutumes kabyles*. Toutefois, la jurisprudence en question n'avait pas tenu dûment compte du fait que plusieurs *qanouns* kabyles prévoyaient des délais qui dépassaient les trois jours. La Cour avait en outre ignoré qu'un certain nombre de *qanouns* kabyles prévoyaient des délais plus longs dans le cas où les ayants droit étaient absents au moment de la vente du bien objet du retrait. Enfin la Cour avait limité les catégories des ayants droit à exercer le retrait de *chefaa* kabyle aux seuls individus qui partageaient un lien de parenté avec le vendeur, ce qui excluait de ce droit les autres sujets auxquels les coutumes kabyles accordaient le droit de *chefaa*, tels que les associés ou les membres de la tribu.

Dans la décision du 18 novembre 1878, la Chambre de révision musulmane de la Cour d'appel d'Alger statuait que dans les litiges entre Kabyles le droit de *chefaa* ne pouvait s'appliquer que dans un délai de trois jours et que : « [...] *celui qui prétend exercer ce droit, doit justifier de sa parenté avec le vendeur* » et « *offrir à l'acheteur l'intégralité de la somme réellement payée par celui-ci*¹⁰⁰⁵ ». Cette décision est un exemple d'application à la lettre des descriptions de la *chefaa* contenues dans l'ouvrage d'Hanoteau et Letourneux. Dans cet arrêt la Cour applique la *chefaa* dans les limites prévues par la Code civil pour le retrait successoral.

La décision de la chambre de révision musulmane du 19 janvier 1892 marqua un revirement à l'égard de sa jurisprudence précédente. Dans cette décision, la cour admettait qu'en Kabylie le droit de *chefaa* pouvait être non seulement reconnu aux parents du vendeur mais aussi aux associés de ce dernier ainsi qu'à l'ensemble des membres de sa tribu. La chambre de révision musulmane statuait, en citant le texte de *La Kabylie et les coutumes kabyles*, qu'au vu du fait qu'en : « *Kabylie, le droit de chefaa appartient non seulement aux copropriétaires ou cohéritiers, mais aux voisins, aux gens de la kharouba, aux habitants du village, aux membres de la*

¹⁰⁰⁵ *Bulletin Judiciaire de l'Algérie*, 16 mai 1879-N.58, p. 158.

*confédération*¹⁰⁰⁶ », un éventuel partage des biens effectué avant que ne soit opéré le retrait ne pouvait être évoqué afin de bloquer une action de *chefaa*. Dans le cas d'espèce, le plaignant *Ali ben Allal* avait exercé le droit de *chefaa* à l'encontre de son neveu. Ce dernier avait vendu une parcelle d'un terrain commun à un tiers, *Kassi ben Gassem*, qui était un étranger au groupe familial. En appel, la défense de ce dernier avait évoqué le fait que le droit de *chefaa* ne pouvait être évoqué à l'encontre de son client pour la raison que le bien objet du rachat avait précédemment fait l'objet d'un partage.

La Cour d'appel rejeta les motifs et concluait ainsi : « *Il importe donc peu, du point de vue de l'exercice de ce droit, qu'il y ait eu partage opéré avant l'aliénation*¹⁰⁰⁷ ».

La Cour avait établi une hiérarchie entre les personnes pouvant exercer le droit de *chefaa*. Dans la décision du 6 juin 1931 la Cour avait constaté ce qui suit :

« *Les divers rites musulmans et les coutumes kabyles ont admis une véritable hiérarchie entre les personnes pouvant exercer le droit du chefaa*¹⁰⁰⁸ [...] » et statua aussi que : « *Cette hiérarchie confère au parent le plus rapproché du vendeur un droit de priorité sur le parent d'un degré inférieur et sur le copropriétaire non parent*¹⁰⁰⁹. »

Cette règle était valide quand : « [...] *l'action en exercice du droit de chefaa s'est trouvée ouverte en même temps au profit de plusieurs ayants droit*¹⁰¹⁰. »

Cependant quand « [...] *plusieurs ayants droit prétendent exercer le droit de chefaa, la préférence doit aller tout d'abord à celui d'entre eux qui, le premier, a manifesté sa volonté et a rempli les formalités, et, à plus forte raison, à celui qui, le premier, a obtenu aimablement la rétrocession de l'immeuble en litige*¹⁰¹¹ »

¹⁰⁰⁶ *Revue algérienne et tunisienne de législation et de jurisprudence*, Alger, Tome VIII-1892, Adolphe Jourdan, 1892, p. 214.

¹⁰⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁰⁸ *Revue algérienne, tunisienne et marocaine de législation et de jurisprudence*, XLIX, 1933, Cour d'Alger 6 juin 1931, p. 10.

¹⁰⁰⁹ *Ibid.*

¹⁰¹⁰ *Ibid.*

¹⁰¹¹ *Ibid.*, p. 10.

Dans la décision du 14 mars 1896, la Chambre de révision de la Cour d'appel d'Alger décida que le délai de trois jours pour pouvoir exercer le droit de retrait ne devait pas commencer à partir du moment de la vente mais à partir du moment où le copropriétaire avait pris connaissance de la vente d'une partie de l'immeuble¹⁰¹².

Les arrêts du 25 mai¹⁰¹³ et du 15 juin 1929¹⁰¹⁴ prévoyaient qu'en matière de *chefaa* : « [...] le prix du bien immeuble racheté doit être consigné entre les mains du cadi-notaire dans les trois jours de la demande ou de la comparution en justice¹⁰¹⁵ ». Dans les villages kabyles, la coutume prévoyait toutefois qu'il n'était pas nécessaire d'exiger que les offres réelles soient suivies de consignation dans les trois jours. La Chambre de révision musulmane d'Alger, dans sa décision du 30 novembre 1929, a affronté cette question en affirmant que :

« [...] si l'habitude s'est établie dans la majorité des cantons de Tizi-Ouzou de ne pas exiger que les offres réelles soient suivies de consignation, il n'y a là qu'une simple pratique qu'il ne faut pas confondre avec la coutume, usage ancien général ayant force de loi et constitue le fond même du droit kabyle¹⁰¹⁶[...]. Attendu que, suivant la coutume primitive, lorsque l'acquéreur refusait d'accepter les propositions de remboursement qui lui étaient faites à deniers découverts par le préempteur, la djemââ faisait déposer la somme offerte entre les mains d'un « mammoun » (homme respectable) et décidait ensuite que la vente était annulée et que les immeubles devenaient la propriété de celui qui exerçait la *chefaa*¹⁰¹⁷ ».

La Cour précisa que la nouvelle *chefaa* kabyle introduite par la jurisprudence française n'avait pas changé l'ancienne coutume kabyle et que par conséquent : « Attendu que la substitution des tribunaux de paix à la djemââ, et la création de

¹⁰¹² *Revue algérienne, tunisienne et marocaine de législation et de jurisprudence*, Tome 12- 1896, p. 113.

¹⁰¹³ *Consorts Kadri c. Kadri Ahmed*, Cour d'Alger 15 juin 1929, in *Revue Algérienne et tunisienne et marocaine de législation et de jurisprudence*, Tome, XLVIII, 1932, p.33.

¹⁰¹⁴ *Akroud Mouloud-Akroud Mohamed*, Cour d'Alger (Ch.rev.Mus.) 25 mai 1929 in *Revue algérienne, tunisienne et marocaine de législation et de jurisprudence*, Tome XLVIII, 1932, p. 153.

¹⁰¹⁵ *Ibid.*

¹⁰¹⁶ *Boudjellal Mohamed-consorts Bougchiche*, Cour d'Alger, (Ch.rév.Mus.), 30 novembre 1929, in *Revue algérienne, tunisienne et marocaine de législation et de jurisprudence*, XLVIII, 1932, p. 52

¹⁰¹⁷ *Ibid.*, p. 52.

cadi-notaires, œuvre de l'occupation française, ne constituent que des modifications de forme ou de compétence qui n'ont pu porter atteinte à l'œuvre même de la vieille coutume kabyle qui prévoyait qu'en cas de non acceptation du remboursement, la somme offerte devait au préalable être déposée entre les mains d'un tiers¹⁰¹⁸ ».

Selon la Cour, le délai des trois jours respecte les coutumes kabyles dans ce sens qu'elles ont : «[...] puisé leurs sources dans le droit musulman dont elles ont respecté les règles dans leurs grandes lignes, que si les deux droits, kabyle et musulman, diffèrent quant à la détermination des personnes habilitées à exercer le droit de chefaa, il se rapprochent sur d'autres points essentiels et que notamment les kanouns sauf un fixent tout comme le droit musulman le délai pour consigner à trois jours ; qu'à la base de tous ces principes que cette cour a déjà décidés dans ses arrêts précédents, notamment ceux du 31 mars 1928 et du 15 juin 1929, les offres réelles doivent, sous peine de forclusion pour le préempteur, être suivies de consignation dans les trois jours de ces offres¹⁰¹⁹ ».

Dans la décision de paix de Bouira du 2 juin 1911, le Juge avait décidé qu'étaient nuls les actes de chefaa « reçus par un cadi-notaire rédigés en langue française¹⁰²⁰ [...] Sont nuls aussi les actes de cadi-notaire qui sont reçus sans témoins instrumentaires ou sans que les témoins instrumentaires aient apposé leurs signatures, ou qui sont rédigés en brevet et non en minute¹⁰²¹ ».

Ce procès qui s'était déroulé en Grande Kabylie avait attiré l'attention de Larcher. Dans ce curieux jugement, le juge de paix se limitât à appliquer à la lettre une circulaire datant du 31 janvier 1911, qui avait été adressée aux procureurs de la République d'Alger, de Bougie et de Tizi-Ouzou, dans laquelle il était prévu que dans la plupart des cantons de Kabylie les cadis-notaires devaient rédiger leurs actes en français¹⁰²².

¹⁰¹⁸ *Ibid.*

¹⁰¹⁹ *Ibid.*, p. 52.

¹⁰²⁰ *Ibid.*

¹⁰²¹ *Hocine Mamès ou Sait et Hocine Taklit ou Sait c. Hami Dahmane ben Hammoun*), Justice de paix de Bouira-2 juin 1911 in *Revue Algérienne, tunisienne et marocaine de législation et de jurisprudence*, Tome XXVII, Année 1911, p. 268.

¹⁰²² *Ibid.*, p. 267.

Le texte de la circulaire était le suivant : « *M. le Gouverneur Général a décidé qu'il convenait de renouveler l'expérience, instituée trop imparfaitement en 1906-1907, de la rédaction en langue française des actes des cadis-notaires. Vous voudrez bien, en conséquence, reprendre cet essai dans les circonscriptions de :*

(Tizi-Ouzou) Bordj-Ménail, Dra-el-Mizan, Fort-National, Michelet et Tizi-Ouzou.

(Bougie) Bougie, Dellys, Djidjel, El-Kseur, Guergour et Kerrata.

(Alger) Ain-Bessem et Bouira.

A dater du 1^{er} février, tous les actes indistinctement dressés par les cadis-notaires et suppléants de ces circonscriptions seront rédigés en français sans qu'il y ait à pressentir au préalable le consentement des parités. Dans la première semaine de chaque mois, le juge de paix procédera à l'examen des actes reçus, en relèvera le nombre et les catégories et exposera les résultats de cet examen dans un rapport que vous me transmettez le 13 du même mois en y joignant vos observations personnelles. La copie d'un acte de chaque catégorie sera annexée à ce rapport¹⁰²³ ».

Cette circulaire selon Larcher était erronée pour la raison qu'en Kabylie les actes des cadis-notaires devaient être rédigés en arabe et non dans la langue de Voltaire. Ce particularisme linguistique appliqué à la *chefaa* kabyle n'avait aucune raison d'être. Ainsi Larcher affirme ce qui suit :

« Il le faut bien, car, quels que soient les progrès que fait l'instruction des indigènes, la presque unanimité de ceux qui ne comprennent rien de notre langue ; et surtout il n'est qu'un nombre infime de cadis ou de cadis-notaires qui, fussent-ils sortis de nos médersas, seraient en état de rédiger un acte ou un jugement en français. La rédaction d'un contrat, la mise en forme d'une décision de justice présentent des difficultés toutes particulières qui excèdent de beaucoup le savoir moyen.¹⁰²⁴ [...] des mots et maintes expressions arabes ne peuvent trouver en français un exact

¹⁰²³ *Ibid.*, p. 218.

¹⁰²⁴ *Ibid.*, p. 268.

équivalent : par exemple, il y une erreur certaine à traduire, [...] chefaa par « retrait successoral¹⁰²⁵ ».

Selon Larcher, la circulaire de 1911 constitue : « [...] *un remarquable abus de pouvoir¹⁰²⁶* » étant donné que cette circulaire va à l'encontre des dispositions des lois précédentes qui prévoyaient que les actes des cadis-notaires devaient être traduits en français.

Larcher cite en sens l'article 15 du décret du 29 août 1874, art. 15 qui prévoit que : « [...] *Les cadis existant dans les arrondissements judiciaires de la Kabylie sont maintenus. Ils continuent à exercer les fonctions de notaire entre musulmans¹⁰²⁷* [...] », ainsi que l'arrêté gouvernemental du 19 décembre 1874 adopté en vue de l'exécution du décret du 29 août 1874 qui prévoyait dans son article 3 que : « *Les cadis-notaires sont tenus d'inscrire tous leurs actes sur leurs registres pour l'interprète judiciaire, qui en opérera la traduction¹⁰²⁸* ». L'article 63 du décret du 17 avril 1889 prévoit que « *Tous les jugements, ainsi que les actes constatant les conventions et les dépôts, sont traduits en extraits par l'interprète de la justice de paix. Cette traduction est insérée dans la colonne à cela destinée et signée de l'interprète¹⁰²⁹* ». Quant à l'article 2 du 22 décembre 1888, il prévoyait que « *La formalité continuera à être requise sur la production de l'expédition et la traduction in extenso de chaque acte ou jugement susceptible d'être enregistré¹⁰³⁰* [...] » et les articles 22 et 23 du décret du 5 janvier 1905 : « *Toutes les expéditions d'actes et de jugements établis par les cadis et cadis-notaires en exécution de l'art. 21 seront accompagnés d'une traduction entière et littérale en français¹⁰³¹* [...] ».

Selon Larcher, l'acte rédigé par les cadis-notaires en français, comme prévu par la circulaire de 1911, était frappé de nullité absolue¹⁰³².

¹⁰²⁵ *Ibid.*

¹⁰²⁶ *Ibid.*, p. 269.

¹⁰²⁷ *Ibid.*

¹⁰²⁸ *Ibid.*, p. 269.

¹⁰²⁹ *Ibid.*

¹⁰³⁰ *Ibid.*

¹⁰³¹ *Ibid.*

¹⁰³² *Ibid.*

L'affaiblissement de la coutume de la *chefaa* va renforcer une autre coutume kabyle, celle des arbres *abandou*.

§2. LA RÉSTAURATION DE LA *CHEFAA* KABYLE AU COURS DU DEBAT SUR LE PROJET DE REFORME DE LA COUTUME DES « ARBRES *ABANDOUS* »

Dans *La Kabylie et les coutumes kabyles* nous trouvons l'idée selon laquelle en Kabylie « *La propriété du sol comporte la propriété du dessus et du dessous*¹⁰³³ ». Les coutumes kabyles se rapprochent curieusement des prescriptions de l'article 552 du Code civil, toutefois elles prévoyaient encore des exceptions à ce principe. Les familles kabyles vivaient très fréquemment dans une maison commune (*axxam*). Souvent dans ces maisons kabyles le premier étage appartenait à une personne différente de celle qui était propriétaire du sol et du rez-de-chaussée¹⁰³⁴. Tout comme pour les maisons, la propriété des arbres tels que les oliviers pouvait être reconnue à un propriétaire différent de celui qui avait la propriété du terrain sur lequel se trouvait l'arbre en question. Cela était rendu possible par une coutume kabyle connue sous le nom des « *arbres abandous* ». Cette coutume prévoyait en effet que les arbres, la plupart du temps des oliviers, pouvaient constituer une propriété immobilière en soi qui était une propriété de celle du sol¹⁰³⁵. Ainsi la propriété de l'arbre pouvait être reconnue à un sujet différent de celui qui avait la propriété du sol sur lequel était planté l'arbre.

Selon Russinger, la coutume des arbres *abandous* n'était : « [...] *qu'un mode particulier du contrat kabyle de tame arsith, répandu depuis les temps les plus anciens chez les berbères d'Afrique du Nord et toujours vivace même en régions juridiquement islamisées sous le nom de mogharassa*¹⁰³⁶ ».

La coutume des arbres *abandous* restait très présente en Kabylie jusqu'à l'année 1957. Russinger, sur la base de son expérience d'avocat en exercice en Grande

¹⁰³³ A. Hanoteau, A. Letourneux, *op. cit.* vol. II, p. 230

¹⁰³⁴ *Ibid.*, p. 230.

¹⁰³⁵ *Ibid.*.

¹⁰³⁶ A. Russinger, *L'institution des arbres « Abandous » v-a-t-elle disparaître de Kabylie ?* In *Revue algérienne, tunisienne et marocaine de législation et jurisprudence*, n. 1, année 1958, p. 55.

Kabylie, affirmait que dans les années 1950 : « *Loin d'être tombée en désuétude en Kabylie, l'institution des arbres abandous a eu au contraire atteint un développement très important qui s'explique par la nature des cultures, le développement démographique et l'évolution de la famille kabyle*¹⁰³⁷ ». Il ajoutait que « *L'institution, pour être toujours vivace n'en a pas moins pourtant un peu évolué dans un sens favorable au propriétaire d'un sol*¹⁰³⁸».

La coutume des arbres *abandous* puise ses origines dans le contrat agricole kabyle connu sous le nom d'*alek'em tamrm*. Ce contrat prévoyait que le propriétaire du sol se réservait aussi un droit de préférence dans l'achat des biens du greffeur. Dans le cas où le propriétaire du sol n'avait pas de lien de parenté avec le greffeur, la coutume de l'*abandou* pouvait paralyser une action en *chefaa* menée par les parents du greffeur. En un mot, selon Russinger, la coutume de l'*abandou* pouvait être un moyen utile pour affaiblir les coutumes de la *chefaa* en Grande Kabylie¹⁰³⁹. Le contrat d'*abandou* permettait l'achat des biens immeubles par un étranger. Cela n'était tout de même possible que dans les cas où les arbres sont considérés comme *abandous* suite à un contrat de greffage¹⁰⁴⁰. Les coutumes kabyles prévoyaient que les arbres étaient déclarés *abandous* suite à un partage, souvent le propriétaire du sol et celui des arbres étaient liés par un lien de parenté¹⁰⁴¹. Dans ce cas les parents des propriétaires des arbres pouvaient exercer le droit de *chefaa* à l'encontre de l'acheteur¹⁰⁴².

Dans son arrêt du 7 janvier 1957, la Chambre de Révision musulmane avait reconnu et appliqué cette coutume¹⁰⁴³.

La Commission Administrative du département de la Grande Kabylie, durant sa session du 18 et 19 juillet 1957 et composée pour les quatre cinquièmes de

¹⁰³⁷ *Ibid.*, p. 57.

¹⁰³⁸ *Ibid.*, p. 60.

¹⁰³⁹ *Ibid.*

¹⁰⁴⁰ *Ibid.* p., 61

¹⁰⁴¹ *Ibid.* p., 60.

¹⁰⁴² *Ibid.*

¹⁰⁴³ *Revue algérienne, tunisienne et marocaine de législation et de jurisprudence*, n. 46, 1957, p. 9.

Kabyles¹⁰⁴⁴, avait émis le vœu d'abolir l'institution des arbres *abandous*¹⁰⁴⁵ et plus précisément : « [...] *qu'un arrêté du ministre de l'Algérie oblige les propriétaires des arbres à les vendre aux propriétaires des terrains, en définissant la valeur par les catégories de ces arbres*¹⁰⁴⁶ ».

Russinger, pour sa part, critiqua cette décision pour la raison que la coutume des arbres *abandou* représentait à son avis un contrepoids à la *chefaa* kabyle et que cela était dû au fait que cette coutume pouvait paralyser les actions de *chefaa* et permettre ainsi la libre circulation des biens immeubles en dehors du cercle familial et villageois. Russinger soutient aussi que la coutume de l'*abandou* : « [...] *facilite [...] une juste protection patrimoniale de la femme kabyle dans le cadre du droit successoral traditionnel amélioré par la législation récente. Elle favorise enfin dans une certaine mesure, l'évolution de structures sociales anciennes telles que la famille patriarcale*¹⁰⁴⁷ ». En effet suite à la promulgation du décret du 19 mai 1931, les arbres étaient offerts comme héritage aux femmes qui en devenaient propriétaires à titre d'*abandou*¹⁰⁴⁸. Cela représentait un compromis entre les coutumes kabyles qui niaient tout droit successoral aux femmes kabyles et le décret du 19 mai 1931 qui accordait aux femmes kabyles un droit d'usufruit sur leur part d'héritage. Russinger affirme que les coutumes kabyles accordent aux femmes kabyles un droit à l'entretien qui se traduisait par un droit d'usufruit partiel sur leurs parts de *succession* ainsi que sur les biens de leurs pères ou de leurs maris¹⁰⁴⁹. La femme kabyle se voyait reconnaître par le décret du 19 mai 1931 : « *un droit d'usufruit sur les mêmes et sur d'autres successions*¹⁰⁵⁰ ». Par conséquent, la suppression *sic et simpliciter* de la coutume des arbres *abandous* aurait porté atteinte au déjà maigre droit d'usufruit accordé aux femmes par le décret du 19 mai 1931¹⁰⁵¹. Russinger soutient que la coutume des arbres *abandous* est une institution : « [...] *trop enracinée dans les mœurs pour qu'une suppression brutale et presque de façon individuelle soit efficace et ce d'autant plus*

¹⁰⁴⁴ A. Russinger, *op. cit.* p.69.

¹⁰⁴⁵ *Ibid.*, p. 54.

¹⁰⁴⁶ *Ibid.*, p. 63.

¹⁰⁴⁷ *Ibid.*, p. 61.

¹⁰⁴⁸ *Ibid.*, p. 64.

¹⁰⁴⁹ *Ibid.*

¹⁰⁵⁰ *Ibid.*

¹⁰⁵¹ *Ibid.*, p. 66.

que le vœu ne suggère aucun procédé précis pour éviter la constitution de nouveaux arbres abandous à l'avenir¹⁰⁵² ».

L'article 1^{er} du projet de loi prévoyait que : *« – Il est interdit à l'avenir dans le département de la Grande Kabylie de donner lors de partage en pleine propriété ou lors de la passation de contrats agricoles à des arbres la qualité d'abandous sur le sol d'un tiers. Le cantonnement des droits des femmes ne pourra pas non plus porter à l'avenir sur des arbres sans sol¹⁰⁵³ ».*

Ainsi le projet de loi aurait supprimé le compromis établi entre les coutumes kabyles et le décret de 1931.

L'article 5 prévoyait que: *« en cas de vente d'un ou plusieurs arbre abandous le propriétaire du sol aura un droit de chefaa en priorité absolue pour racheter l'arbre au prix retenu par leur propriétaire pour la vente¹⁰⁵⁴ »* et l'article 6: *« En cas d'absence du propriétaire du sol lors de la vente le délai de la chefaa sera de quinze jours et ne courra à son encontre qu'à compter du jour où il sera dûment établi qu'il a eu connaissance certaine de la vente, la charge de cette preuve incombant au contestant¹⁰⁵⁵ ».*

En résumé, cette réforme introduisait de façon indirecte une nouvelle forme de *chefaa* en Kabylie, qui cette fois était établie en faveur du propriétaire du sol. L'article 5 prévoyait un délai plus long que celui établi par la jurisprudence. Ce nouveau délai permettait au propriétaire de se protéger des actions en *chefaa* kabyle créées par la jurisprudence. Russinger remarque ainsi :

« Cet article est indispensable pour éviter que le propriétaire du sol ne tombe sous le coup de la jurisprudence de la Chambre de Révision qui décide « qu'à l'égard du retrayant non présent en Kabylie lors de la vente, le délai réglementaire d'exercice du droit de chefaa prévu par la coutume doit en l'état actuel du développement des moyens de communication et comme à l'égard des présents être en principe fixé à

¹⁰⁵² *Ibid.*

¹⁰⁵³ *Ibid*

¹⁰⁵⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵⁵ *Ibid.*

trois jours, à adapter de la connaissance de la vente ». Cette jurisprudence, si elle était appliquée au nouveau droit de chefaa créé par notre texte, aboutirait, comme elle l'a déjà fait pour tous les villages de montagne qui restent parfois huit jours et plus bloqué par les neiges, à supprimer pour leurs fils éloignés le droit de chefaa formellement prévu par la Coutume¹⁰⁵⁶[...] ».

C'est ainsi que la réforme des arbres *abandous* fortement voulue par des délégués kabyles avait pour but de restaurer un droit de *chefaa* en Kabylie.

¹⁰⁵⁶ *Ibid.*

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

La première coutume kabyle à être réformée par la législation du régime civil a été celle de la *chefaa*-retrait successoral telle qu'elle était pratiquée par les tribus de Grande Kabylie. L'article 4 de la loi Warnier de 1873 avait implicitement abrogé la *chefaa* kabyle. Cette loi permettait uniquement le retrait successoral dans les termes et les limites prévus par l'article 841 du Code civil. La loi de 1887 permettait uniquement la *chefaa* musulmane. Ces deux lois avaient ainsi abrogé la *chefaa* kabyle et l'avaient remplacée par la *chefaa* musulmane. La *chefaa* kabyle fut tout de même restaurée par la jurisprudence de la Chambre de révision musulmane. Celle-ci avait statué que la *chefaa* pratiquée en Kabylie devait être appliquée dans un délai de trois jours à compter de la date de l'acte de vente, délai difficilement applicable. C'est pour cette raison que la Cour avait réintroduit la *chefaa* kabyle dans des délais raisonnables.

Après avoir réformé la *chefaa* kabyle, le législateur fit le choix de réformer le statut des mineurs par le biais de la loi du 23 mars 1883 et du décret de la loi 1^{er} août 1902 (**chapitre 2**).

CHAPITRE 2. LA LOI DU 23 MARS 1883 ET LE DÉCRET DU 1^{ER} AOÛT 1902 : LA RÉFORME DES COUTUMES KABYLES EN MATIÈRE DE TUTELLE DES MINEURS

Au début du XIXe siècle, le législateur français par le biais du décret du 1^{er} août 1902 avait profondément réformé les coutumes kabyles dans les matières de la majorité et de la tutelle des mineurs et des interdits. Ce décret fixa l'âge de la majorité pour les deux sexes à 18 ans. Ceci apporta de profonds changements aux coutumes kabyles. Ce fut ainsi que pour la première fois dans l'histoire, les femmes kabyles pouvaient atteindre la majorité juridique. Un droit qui leur était nié par les coutumes kabyles puisque celles-ci octroyaient le droit à la majorité uniquement aux hommes.

Le décret de 1902 avait aussi fixé l'âge de la majorité sur la base d'un critère fixe tel que l'âge légal. Jusque-là les coutumes kabyles fixaient l'âge de la majorité sur la base de mensuration de certaines parties du corps ainsi que de la réussite à des épreuves initiatiques. Cette réforme de l'âge de la majorité avait été possible grâce à l'établissement des registres de l'état civil en Kabylie à la suite de l'adoption de la loi du 23 mars 1883, ce qui permit de connaître l'âge exact des Kabyles.

Le décret de 1902 avait aussi octroyé aux enfants kabyles nés hors mariage, donc *more uxorio* les mêmes droits que les enfants légitimes. Ce qui apporta un grand changement pour les coutumes kabyles qui jusque-là prévoyaient la suppression physique des enfants nés hors mariage. De plus, ce décret réforma profondément le régime de la tutelle des mineurs et des interdits kabyles.

Le décret de 1902 s'appliquait uniquement aux mineurs kabyles et non à l'ensemble des mineurs musulmans. La jurisprudence appliqua ce décret sur la base de critères strictement ethniques. C'est ainsi que les mineurs kabyles qui demeuraient en dehors

de la Kabylie continuaient à être régis par le décret du 1^{er} août 1902. Ces derniers ne pouvaient jouir des tutelles que les décrets de 1936 et de 1957 avaient accordées au reste des mineurs musulmans algériens.

Dans les pages suivantes nous traiterons d'abord la façon dont les coutumes kabyles disciplinaient le statut accordé aux mineurs (**section 1**). Par la suite nous illustrerons de quelle façon ces coutumes ont été réformées par la législation et la jurisprudence française (**section 2**).

SECTION 1. LE STATUT DES MINEURS ET DES INTERDITS AU SEIN DES COUTUMES KABYLES

Les coutumes kabyles qui disciplinaient la matière du statut des mineurs et des interdits ont été décrites de façon détaillée par Hanoteau et Letourneux. Dans les pages suivantes nous verrons de quelle façon les coutumes kabyles disciplinaient le statut des mineurs (§1) ainsi que la tutelle des mineurs et des interdits (§2)

§1. LES COUTUMES KABYLES EN MATIÈRE DE FILIATION ET DE TUTELLE DES MINEURS

Selon Hanoteau et Letourneux, les coutumes kabyles dans les matières du statut des mineurs et des interdits étaient le reflet d'un modèle familial de type patriarcal, comme les coutumes en question reconnaissaient uniquement la filiation naturelle (A) et octroyaient le droit de majorité uniquement aux garçons (B). Ces coutumes dérogeaient au droit musulman par le fait qu'elles permettaient dans certains cas l'adoption. Ce qui explique le fait que les coutumes kabyles octroyaient aux mineurs différentes formes de tutelle autour desquelles les *djemââs* exerçaient un contrôle sur l'œuvre des tuteurs (C).

A. LES COUTUMES KABYLES EN MATIÈRE DE FILIATION

Les coutumes kabyles qui disciplinaient le statut des mineurs ont été codifiées dans le Vème titre du deuxième livre de *La Kabylie et les coutumes kabyles*. Par la suite la

législation intervint dans cette matière par le biais du décret du 1^{er} août 1902. Avant l'adoption de ce dernier décret, au sein des jugements portant sur la tutelle des mineurs kabyles les juges français appliquaient les coutumes kabyles telles qu'elles avaient été décrites dans l'ouvrage *la Kabylie et les coutumes kabyles*.

Les coutumes kabyles admettaient uniquement la paternité naturelle. Cette restriction avait des conséquences tragiques pour les enfants conçus hors mariage ou, pire encore, suite à un adultère. Dans tous ces cas l'enfant était tué avec sa mère¹⁰⁵⁷. La décision de mise à mort de ces derniers n'était pas prononcée par les *djemmas*. La décision de mettre à mort de la femme ainsi que de l'enfant né hors mariage était laissé à la discrétion de la famille de la femme coupable. Certaines tribus remettaient la décision du sort de la femme adultère au jugement des parents de la femme ou de l'époux¹⁰⁵⁸. Les hommes qui commettaient un adultère recevaient un traitement bien plus clément que celui réservé aux femmes adultères. Ils pouvaient être condamnés à de simples amendes. Ces derniers étaient toutefois souvent tués par les maris trahis¹⁰⁵⁹.

Hanoteau et Letourneux décrivent la famille kabyle comme étant une structure patriarcale de type agnatique dominée par la figure d'un patriarche, présenté comme une figure quasi-tyrannique, qui avait les pleins pouvoirs sur les membres de la famille. Les coutumes kabyles permettaient une nette différence de traitement entre les fils et les filles. Les premiers, bien que soumis à une autorité paternelle quasi-absolue tout au long de leur enfance, pouvaient s'émanciper à partir de la puberté. Les filles par contre étaient soumises à l'autorité du père tant qu'elles ne s'étaient pas mariées. Suite à leur mariage, les jeunes filles kabyles passaient de la tutelle du père à celle de l'époux. Dans le cas où celles-ci ne se mariaient pas, elles continuaient à vivre sous l'autorité de leur père même en âge adulte avancé.

Les pères de famille exerçaient un droit absolu sur les biens des enfants mineurs. Ils pouvaient en disposer comme ils le désiraient et sans être soumis à aucun contrôle

¹⁰⁵⁷ *Ibid.*, p. 187

¹⁰⁵⁸ *Ibid.*

¹⁰⁵⁹ *Ibid.*, p. 188.

externe¹⁰⁶⁰. En cas de rupture du lien matrimonial, les enfants, garçons et filles, et même les nourrissons passaient automatiquement sous la charge du père¹⁰⁶¹. Cela dit, les auteurs de *La Kabylie et les coutumes kabyles* remarquaient que les coutumes kabyles prévoyaient de nombreuses exceptions à la situation que nous avons décrite plus haut. Par exemple auprès de la tribu des *Ait- Kani*, les veuves et les femmes répudiées ou insurgées conservaient un droit de garde sur leurs enfants encore nourrissons et pouvaient obtenir de la part de leur mari et de ses héritiers une somme d'argent mensuelle et d'autres aides alimentaires pour subvenir à leurs besoins¹⁰⁶². Cette coutume était clairement influencée par le droit musulman malékite.

Les pères ou les grands-pères patriarches pouvaient exercer sur leurs enfants ou petits-enfants un droit de correction paternel qui ne connaissait aucune limite. Dans certaines tribus, l'enfant insoumis était puni par une amende. La coutume de la tribu des *Ait Khalifa*, par exemple, prévoyait que l'enfant rebelle pouvait être renié par son père pour ne pas s'être soumis à son autorité¹⁰⁶³. Dans les tribus kabyles le délit de parricide était sévèrement puni par les *djémaas*. Selon les croyances locales, ce type de délits aurait entraîné une malédiction sur l'ensemble du village. Ainsi le coupable était expulsé à tout jamais de son village et ses biens étaient détruits par les villageois. L'abandon du père en état d'indigence était aussi un comportement sanctionné par les coutumes et ainsi le fils ingrat pouvait être contraint par la *djemââ* à exécuter ses obligations familiales et, en cas de récidive, ce dernier pouvait facilement être expulsé du village¹⁰⁶⁴. Cette pénalité n'était en aucun cas applicable aux filles, vu que ces dernières ne disposaient d'aucune ressource financière¹⁰⁶⁵.

Bien que seule la filiation naturelle fût admise et autorisée par les coutumes kabyles, l'adoption était toutefois permise. Ce faisant, les coutumes kabyles dérogeaient à la prescription coranique qui, par contre, interdisent l'adoption, cela notamment dans la Sourate coranique numéro 33 verset V intitulée *El-Achab* ou bien *Les factions*.

¹⁰⁶⁰ *Ibid.*

¹⁰⁶¹ *Ibid.*, p. 184.

¹⁰⁶² *Ibid.* p. 185.

¹⁰⁶³ *Ibid.*, p. 192.

¹⁰⁶⁴ *Ibid.*, p. 193.

¹⁰⁶⁵ *Ibid.*, p. 194.

B. LES COUTUMES KABYLES EN MATIÈRE D'ADOPTION ET DE LA MAJORITÉ

Les coutumes kabyles prévoyaient deux types d'adoption. La première est qualifiée par Hanoteau et Letourneux comme étant une « *adoption proprement dite*¹⁰⁶⁶ » le deuxième était une : « *adoption sous condition*¹⁰⁶⁷ ».

Le premier type d'adoption octroyait à l'enfant adopté tous les droits d'un enfant légitime¹⁰⁶⁸. Cela dit, l'enfant adopté ne pouvait pas hériter plus d'un tiers des biens du père adoptif¹⁰⁶⁹. L'adoption devait s'effectuer selon un rite précis qui se déroulait devant la *djemââ*, avec la présence d'un marabout. Ce dernier ouvrait la cérémonie en récitant le verset coranique de la *Fatiha*. Le futur parent adoptif prononçait devant les membres de la *djemââ* la formule solennelle suivante : « *Je prends un tel pour enfant* » et l'adopté devait répondre « *j'accepte*¹⁰⁷⁰ ». À partir de ce moment le mineur était considéré à tous les effets comme adopté.

Quant à la procédure d'adoption « *sous condition* », Hanoteau et Letourneux se limitent à écrire que celle-ci se déroulait dans les mêmes conditions de l'adoption ordinaire avec la seule différence que durant la cérémonie le futur père adoptif acceptait d'adopter le mineur sous certaines conditions précises.

Les écoles juridiques musulmanes malékites et hanéfites reconnaissent uniquement un droit de tutelle en faveur des enfants devenu orphelins. Cette institution est connu notamment sous le nom de *kafala*. Cette tutelle cesse au moment où le mineur atteint sa majorité. Le pupille (*kafil*) n'a aucun droit successoral sur les biens de son tuteur. Les coutumes kabyles connaissent un régime de tutelle semblable à la *kafala*. Cette tutelle était applicable aux jeunes hommes qui avaient perdu leur père.

¹⁰⁶⁶ *Ibid.*, p. 189.

¹⁰⁶⁷ *Ibid.*

¹⁰⁶⁸ *Ibid.*

¹⁰⁶⁹ *Ibid.*, p. 190

¹⁰⁷⁰ *Ibid.*

Par contre les coutumes kabyles ne donnaient pas d'informations précises sur la façon dont les kabyles déterminaient l'âge de la majorité. Les coutumes kabyles ne fixaient pas l'âge de la majorité sur des critères fixes. Seuls les jeunes hommes pouvaient être reconnus comme majeurs et s'émanciper de la tutelle paternelle.

Hanoteau et Letourneux expliquent : « *Il n'existe pas en Kabylie d'actes d'état civil. Les Kabyles ne connaissent pas leur âge ; quelques marabouts cependant constatent par une note spéciale la date de la naissance de leurs enfants.*

Mais si les actes principaux de la vie civile ne sont pas consacrés par des écrits publics, ils ne sont pas moins solennisés par des fêtes et des cérémonies, qui tiennent en Kabylie une trop large place et ont un cachet trop particulier pour qu'il soit permis de les passer sous silence dans une étude où le droit s'explique par les mœurs ¹⁰⁷¹».

Certaines coutumes villageoises déterminaient l'âge de la majorité sur la base de critères physiques qui étaient obtenus à travers la mensuration du cou ou du cartilage du nez. D'autres coutumes prévoyaient des épreuves initiatiques telles que l'accomplissement du jeûne durant tout le mois du *Ramadhan*¹⁰⁷². Le jeûne était considéré comme étant une véritable épreuve initiatique qui, une fois accomplie, conférait le statut de majeur aux jeûneurs qui étaient alors proclamés comme étant entrés dans l'âge adulte devant l'ensemble de la *djemââ* villageoise. À partir de ce moment, le jeune homme s'émancipait de la tutelle paternelle et donc devenait majeur et *sui juris*. Mais le cas échéant, le jeune homme qui n'avait pas accompli le jeûne n'était pas reçu devant la *djemââ* et par conséquent demeurait soumis à la tutelle de son père et, en cas de décès de ce dernier, la tutelle était exercée par les membres mâles de sa famille. La plupart des coutumes kabyles prévoient que la tutelle ne s'exerçait pas seulement sur les enfants. La tutelle pouvait s'exercer aussi sur certaines autres catégories d'adultes tels que les hommes qui n'avaient pas atteint la majorité, les femmes et les personnes atteintes d'handicap psychique.

¹⁰⁷¹ *Ibid.*, p. 209.

¹⁰⁷² *Ibid.*, p. 195.

Le régime de tutelle décrit par Hanoteau et Letourneux était celui appliqué par la tribu des *Ait Ratenn*. Une tribu qui au moment de la conquête de la Kabylie avait un grand poids politique¹⁰⁷³.

La tutelle kabyle se déroulait selon les démarches suivantes. Avant sa mort, le père de famille pouvait choisir de désigner un tuteur qui à la suite de son décès aurait été appelé à s'occuper de ses enfants mineurs. Les tuteurs pouvaient être choisis parmi les parents de l'enfant¹⁰⁷⁴. Les tuteurs pouvaient être choisis aussi bien parmi les parents de la lignée paternelle que ceux de la lignée maternelle. La fonction de tuteur était réservée uniquement aux hommes. Cependant il demeurait tout de même une exception à cette règle : en effet la mère du pupille (et aucune autre femme de la parenté) pouvait être nommée tutrice de ce dernier¹⁰⁷⁵. À défaut de la présence de parenté dans la lignée paternelle et maternelle, la tâche de nommer un tuteur choisi parmi les hommes adultes des villages revenait aux *djemââs* (assemblées villageoises)¹⁰⁷⁶. Dans ce cas, certaines catégories d'individus ne pouvaient en aucun cas être nommés tuteurs, cela en raison de comportements susceptibles d'affecter les intérêts du pupille, par exemple les individus ayant contracté avec la famille du mineur une dette de sang (*rekba*) ou bien les individus ayant un contentieux juridique avec la famille du mineur et enfin les individus ayant une mauvaise conduite notoire¹⁰⁷⁷. Les aïeules des mineurs (paternelles ou maternelles) ne pouvaient en aucun cas être nommées comme tuteurs.

Certaines catégories d'individus étaient dispensées de la tutelle. La demande de dispense devait être présentée devant la famille du mineur et la *djemââ*. Ces dispenses pouvaient être accordées en raison du jeune âge du tuteur désigné ou si ce dernier était frappé par une maladie grave¹⁰⁷⁸. Les dispenses pouvaient être reconnues aussi en raison du fait que le tuteur aurait pu rester absent pour une longue période pour des motifs religieux (pèlerinage à la Mecque) ou pour des raisons professionnelles ou

¹⁰⁷³ *Ibid.*, p. 203.

¹⁰⁷⁴ *Ibid.*, p. 197.

¹⁰⁷⁵ *Ibid.*, p. 197.

¹⁰⁷⁶ *Ibid.*, p. 198.

¹⁰⁷⁷ *Ibid.*, p. 199.

¹⁰⁷⁸ *Ibid.*, p. 198.

d'études. Cela était le cas par exemple des colporteurs et des étudiants en théologie¹⁰⁷⁹.

Le tuteur se devait de prendre soin de la personne du mineur et d'administrer ses biens en bon père de famille ainsi que de le représenter. Le tuteur pouvait à tout moment accepter une succession ou une donation au nom du mineur¹⁰⁸⁰. Cela dit, le tuteur n'avait point besoin de l'autorisation d'une *djemââ* pour pouvoir vendre les biens des mineurs¹⁰⁸¹.

Les mères des mineurs, tout comme leurs familles et les *djemââs*, avaient le pouvoir de destituer les tuteurs dans le cas où ces derniers avaient tenu une conduite nuisible aux intérêts des pupilles. Les comportements sanctionnés étaient la négligence, l'incapacité ou l'infidélité¹⁰⁸². En cas de mauvaise gestion des biens du pupille, le tuteur était toujours passible d'une sanction pécuniaire qu'il se devait de verser au mineur à titre de dommages et intérêts¹⁰⁸³.

Comme nous avons vu plus haut, les mères pouvaient exercer la tutelle sur leurs enfants sous certaines conditions. La mère tutrice avait un pouvoir plus faible que celui exercé par les tuteurs hommes. Les mères ne pouvaient vendre qu'une partie des biens immeubles du mineur. Pour faire cela, elles devaient préalablement obtenir le consentement de la part de la *kharouba* (famille élargie) du père de l'enfant soumis à tutelle. Les mères pouvaient en l'occurrence prélever sur les biens des enfants mâles une somme qui leur permettait de payer à leurs parents et donc à leur famille d'origine une sorte de dot, *thamamth*, afin de s'émanciper de leur autorité¹⁰⁸⁴.

C. LES COUTUMES KABYLES EN MATIÈRE DE LA TUTELLE DES INTERDITS

Les coutumes kabyles accordaient une tutelle aux personnes atteintes de maladie psychique¹⁰⁸⁵. Dans les cas où les sujets en question n'avaient pas de parents proches,

¹⁰⁷⁹ *Ibid.*

¹⁰⁸⁰ *Ibid.*

¹⁰⁸¹ *Ibid.*, p. 201.

¹⁰⁸² *Ibid.*, p.200.

¹⁰⁸³ *Ibid.*

¹⁰⁸⁴ *Ibid.*, p. 204.

¹⁰⁸⁵ Les coutumes accordent une tutelle aux interdits. H.L en reprenant la formule de l'article 489 du

les *djemâs* leur nommaient un tuteur¹⁰⁸⁶. Une fois mis sous tutelle : « *L'interdit perd tout droit sur ses enfants, qui reçoivent un tuteur comme si leur père était mort. L'interdit ne peut pas répudier son épouse* ¹⁰⁸⁷ ». L'interdit qui ne disposait pas de ressources financières avait le droit d'être entretenu par sa famille. Hanoteau et Letourneux soulignent que celle-ci toutefois n'est pas obligée par la coutume¹⁰⁸⁸.

Les coutumes kabyles reconnaissaient aux interdits une tutelle moins importante qu'aux mineurs. Ce fut ainsi que les coutumes kabyles en matière de tutelle des mineurs et des interdits furent réformées dans un premier temps par la jurisprudence des juges de paix et par la suite par le décret du 1^{er} juin 1902 (§ 2).

§2. LA CONDITION JURIDIQUE DES MINEURS KABYLES AVANT L'ADOPTION DU DÉCRET DE 1902

Les prescriptions des coutumes kabyles dans la matière de la tutelle des mineurs et des interdits avaient été réformées par la jurisprudence française dès la fin du XIX^e siècle.

Avant de se pencher sur la matière de la tutelle des mineurs et des interdits kabyles, les tribunaux français avaient réprimé en Kabylie la pratique des délits d'honneur qui étaient commis à l'encontre des enfants nés en dehors du mariage. Ce qui a eu pour conséquence, au début du XX^e siècle, la quasi-disparition en Kabylie des infanticides.

Comme nous avons vu plus haut, la pratique des infanticides sur les enfants naturels était très présente au moment de la rédaction de *La Kabylie et les coutumes kabyles*. Ces aspects négatifs des coutumes kabyles avaient attiré l'attention de la doctrine juridique française.

Certains juristes tels que le juge de paix et docteur en droit Déroulède avaient sollicité dans un article paru dans la Revue Algérienne une réforme des coutumes kabyles qui

Code civil remarquent que : « *L'individu atteint de démence, de fureur ou d'imbécillité, est confié à la garde de ses parents, qui administrent ses biens et pourvoient à ses besoins* », (Livre II, Titre X), p. 207.

¹⁰⁸⁶ *Ibid.*

¹⁰⁸⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸⁸ *Ibid.*

concernait la matière du statut des mineurs¹⁰⁸⁹. Cette réforme devait se limiter à appliquer aux mineurs kabyles la législation française relative à la protection prévue par le Code civil en matière de tutelle des mineurs ainsi que celle de la loi du 25 juillet 1889 qui accordait une tutelle aux enfants (français) maltraités ou moralement abandonnés.

Déroulède dans un article intitulé « *La filiation en droit kabyle*¹⁰⁹⁰ » offre un témoignage sur l'évolution des mœurs kabyles en matière de statut des mineurs au début du XXe siècle d grande importance, surtout parce qu'en tant que juge, il avait été témoin de cette évolution. L'auteur écrit qu'à la fin du XIXe siècle le nombre d'infanticides commis en Kabylie à l'encontre des enfants nés en dehors du mariage avait baissé. L'auteur remarque qu'en 1899 en Kabylie « [...] *les mœurs ont un peu perdu de leur farouche sévérité*¹⁰⁹¹ ».

Déroulède, en se basant sur sa connaissance directe de certains arrêts en matière d'enfants nés en dehors du mariage, témoigne qu'en 1899 lorsqu'en Kabylie un enfant était conçu hors du mariage : « [...] *la coupable n'est plus lapidée : elle est seulement chassée du village*¹⁰⁹² », dans ces cas la femme devait elle-même tuer son propre enfant¹⁰⁹³. L'auteur soulignait que ces cas d'infanticide étaient tout de même tolérés par les Cours d'Assises françaises et il affirme que dans ces cas souvent : « [...] *le jury prend en pitié la malheureuse qui souvent bénéficie d'un verdict d'acquiescement*¹⁰⁹⁴ ». Par exemple la Cour d'Assises d'Alger, dans une décision du 19 janvier 1889, avait acquitté une femme kabyle ainsi que son frère qui avait tué l'enfant que celle-ci avait conçu au cours d'une relation occasionnelle¹⁰⁹⁵.

Comme nous voyons, au début du XIXe siècle, les enfants qui naissaient au sein de couples non officiels étaient tout de même tués, tandis que les femmes kabyles qui

¹⁰⁸⁹ L. Déroulède, « La filiation en droit kabyle », in *Revue algérienne et tunisienne de droit et de jurisprudence*, T. 15, 1899, p. 17 et suivantes.

¹⁰⁹⁰ *Ibid.*,

¹⁰⁹¹ *Ibid.*, p. 20.

¹⁰⁹² *Ibid.*

¹⁰⁹³ *Ibid.*

¹⁰⁹⁴ *Ibid.*, p.20.

¹⁰⁹⁵ *Ibid.*

mettaient au monde des enfants conçus hors mariage n'étaient alors plus lynchées comme c'était le cas quelques décennies auparavant.

Déroulède exhortait le législateur à intervenir dans la matière du statut des mineurs kabyles en adoptant une loi spécialement conçue pour les Kabyles et qui impose à ces derniers de reconnaître sur le plan juridique des enfants naturels nés en dehors du mariage. En effet les coutumes kabyles reconnaissaient uniquement les enfants légitimes. L'auteur se pose la question de savoir si en Kabylie les enfants naturels pouvaient être : « *reconnus et légitimés*¹⁰⁹⁶ » et par conséquent s'il était possible d'entreprendre une recherche de la paternité en cas de défaut de reconnaissance volontaire¹⁰⁹⁷. Sur ce point, les coutumes kabyles demeuraient muettes et ainsi Déroulède exclue l'hypothèse de l'application de la loi musulmane en cas de reconnaissance naturelle, pour la raison qu'à son dire : « *La loi musulmane n'admet ni la reconnaissance ni la légitimation des enfants naturels*¹⁰⁹⁸ » et conclut sur ce point que : « *Le kabyle ne répugne à aucun progrès [...] le moment est venu de faire pénétrer chez lui l'esprit de nos lois*¹⁰⁹⁹ ». Comme la plupart des Juges de Paix, Déroulède soutenait l'idée que la loi française devait être appliquée en Kabylie. Ainsi tout comme nous avons vu en matière des statuts féminins, les juges de paix ont œuvré à la réforme des coutumes kabyles en matière de statut des mineurs kabyles, en anticipant comme toujours l'intervention du législateur qui le fera en promulguant un décret le 1^{er} août 1902. L'auteur souligne que la loi de 188 qui, rappelons-le, avait introduit les registres d'état civil en Algérie, n'avait pas été appliquée en Kabylie¹¹⁰⁰. Déroulède témoigne que dans le canton kabyle de Fort-National, qui était administré comme nous avons vu par le magistrat Camille Sabatier, l'état civil avait été introduit seulement à partir de 1892 et fut maintenu en vigueur jusqu'en 1899. Durant toute cette période, seuls deux enfants naturels avaient été enregistrés¹¹⁰¹.

¹⁰⁹⁶ *Ibid.*

¹⁰⁹⁷ *Ibid.*, p. 22.

¹⁰⁹⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹⁹ *Ibid.*, p. 23.

¹¹⁰⁰ *Ibid.*

¹¹⁰¹ *Ibid.*, p.24.

Déroulède affronte par la suite la coutume du désaveu de paternité tel que pratiqué au sein des coutumes kabyles. C'est le cas des enfants conçus au sein de couples mariés, donc légitimes, mais durant une période de gestation qui dépassait les délais ordinaires. Dans le cas d'espèce les pères suspectaient par conséquent que les enfants n'étaient pas les leurs¹¹⁰². L'auteur décrit une curieuse superstition qui était présente au sein des populations algériennes, celle de « l'enfant endormi »¹¹⁰³. Cette croyance était évoquée par les femmes algériennes et kabyles pour justifier les gestations suspectes qui se manifestaient après que l'époux avait été absent pendant de longues périodes.

Cette superstition très répandue consistait à croire qu'un fœtus pouvait s'endormir et ainsi faire durer la gestation pour une période qui dépassait abondamment les neuf mois. Cela permettait à la femme enceinte d'affirmer que l'enfant avait été conçu avant le départ du mari¹¹⁰⁴. Les docteurs de droit musulman avaient essayé de contenir la portée de cette astuce en limitant à cinq ans le terme d'une telle gestation. La cour d'Alger dans les arrêts du 16 avril et du 13 novembre 1861, ainsi que du 9 février 1869, a fixé une limite maximale de dix mois pour la période de gestation, en se référant à une expertise scientifique¹¹⁰⁵. En 1869 le Conseil Supérieur de droit musulman, sous l'influence de la jurisprudence de la Cour d'Alger, avait fixé la limite temporaire à neuf mois pour la gestation la plus longue et à six mois pour la plus brève¹¹⁰⁶. Déroulède conclut ainsi que, vu que : « *La coutume kabyle ne dit pas dans quel délai et par qui l'action en désaveu peut être intentée [...]* », la jurisprudence de la Cour d'Alger a repoussé la théorie de l'enfant endormi¹¹⁰⁷.

Déroulède affronte aussi la question de la preuve de la paternité ainsi que celle de la filiation légitime. Cela au vu du fait que sur ce point les coutumes kabyles étaient muettes, ou du moins presque muettes. L'unique prescription que les coutumes kabyles prévoyaient dans une telle situation était que la seule preuve admise était

¹¹⁰² *Ibid.*, p. 25.

¹¹⁰³ *Ibid.*, p. 28.

¹¹⁰⁴ *Ibid.*

¹¹⁰⁵ *Ibid.*

¹¹⁰⁶ *Ibid.*

¹¹⁰⁷ *Ibid.*

celle par témoins dans le cas où l'enfant était né en dehors de la Kabylie¹¹⁰⁸. Déroulède conseille comme solution l'application en Kabylie des preuves écrites prévues par le droit français telles que l'acte de naissance. À défaut de ce document, la filiation pouvait être prouvée simplement en appliquant en Kabylie l'article 320 du Code civil. Les articles 16 et 17 de la loi du 23 mars 1882 sur le Statut Civil légitimaient l'application en Kabylie des lois françaises en matière de filiation. Il fallait donc étendre à l'ensemble de la Kabylie le régime qui avait été appliqué sans grand succès dans le canton de Fort National¹¹⁰⁹. Selon Déroulède pour prouver la légitimité d'une filiation naturelle il était suffisant de produire un acte de mariage des parents. Contrairement à ce qui est soutenu dans *La Kabylie et les coutumes kabyles*, Déroulède ne concevait pas le mariage kabyle comme un simple acte de transaction dans lequel la femme était simplement l'objet, mais il y voyait : « [...] un contrat solennel, dont les conditions de validité sont régies par la coutume seule¹¹¹⁰ » et concluait que « la loi du 23 mars 1882 n'a eu qu'un but : imposer aux indigènes de faire enregistrer leurs mariages par l'officier de l'état civil¹¹¹¹[...] ». L'auteur prônait donc l'application en Kabylie de la loi du 23 mars 1883.

Le législateur ne prit pas en considération les arguments du juge Déroulède. Par conséquent en matière de statut personnel, la réforme de 1902 n'appliqua pas aux mineurs kabyles la législation française, mais un décret qui n'était rien d'autre qu'une codification des prescriptions prévues par les coutumes kabyles en matière de tutelle des mineurs. Ainsi le décret du 1^{er} août 1902 avait introduit une nouvelle discipline en matière de tutelle des mineurs et des incapables.

Les délégués kabyles qui siégeaient dans les Délégations financières s'étaient opposés à toute intrusion de la part du législateur français dans la matière du statut et de la tutelle des mineurs kabyles. En 1899 les délégués en question furent appelés à se prononcer sur la possibilité d'accorder aux mineurs indigènes la tutelle que la loi

¹¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 29.

¹¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 30.

¹¹¹⁰ *Ibid.*, p. 33.

¹¹¹¹ *Ibid.*, p. 33.

du 25 juillet 1889 accordait aux enfants maltraités ou moralement abandonnés¹¹¹². Les délégués kabyles furent critiques à l'égard de toute volonté de réforme des coutumes kabyles en matière de tutelle des mineurs. Durant la séance du 15 novembre 1899, le délégué kabyle M. *Ou Rabah* soutenait que l'application de la loi du 15 novembre 1899 dans le contexte kabyle aurait été vaine et inutile. Cela pour la raison que selon lui en Kabylie : « [...] *les groupes familiaux* » offrent une protection aux enfants maltraités ou moralement abandonnés cela « [...] sans qu'il soit besoin dans la majorité des cas, de recourir à l'application de la loi musulmane ou des *kanouns locaux* [...] »¹¹¹³.

Le décret du 1^{er} août 1902 ne s'appliqua qu'aux mineurs kabyles. Ces derniers comme nous verrons plus bas seront exclus de la protection accordée aux mineurs musulmans par la loi de 1936 et celle de 1957¹¹¹⁴. Nous remarquons pour notre part que la loi de 1902 avait été adoptée quelque mois après la signature par la France de la convention de la Haye ayant pour objectif de régler les conflits de lois et de juridictions relatifs à la tutelle des mineurs. Cette Convention a été ratifiée le 12 juin 1902 mais ne sera promulguée que le 21 avril 1904¹¹¹⁵. Comme nous le verrons plus loin, le décret de 1902 va révolutionner les coutumes kabyles en matière de tutelle des mineurs, cela en octroyant un droit à la tutelle aux mineurs nés hors du mariage.

Jusqu'au moment de l'adoption du 29 août 1874 la tutelle des mineurs kabyles qui n'avaient pas de parents était déléguée aux *djemââs* villageoises¹¹¹⁶. Comme nous avons vu plus haut, ces assemblées villageoises désignaient les tuteurs et veillaient au bon déroulement de la gestion de l'intérêt du mineur. Le décret du 29 août 1874 avait remplacé les *djemââs* judiciaires par des juges de paix français et un vide juridique s'ensuivit¹¹¹⁷. L'administration du régime civil essaya de combler ce vide juridique à partir de l'année 1876 en se fixant pour objectif de réglementer de façon uniforme la

¹¹¹² *Délégations financières algériennes*, 1899/11, p. 789 et suivantes,

¹¹¹³ *Ibid.*, p. 790.

¹¹¹⁴ Colomer, *Revue algérienne, tunisienne et marocaine de législation et jurisprudence*, 1959, n. 2 p. 98.

¹¹¹⁵ *Bulletin des lois de la République française*, 1904/02-1904/12, p. 931.

¹¹¹⁶ G. Ricci, « De la tutelle des mineurs et de l'interdiction en Kabylie », in *Revue algérienne et tunisienne de législation et jurisprudence*, 1900-1903, p. 133 et suivantes.

¹¹¹⁷ *Ibid.*

matière de la tutelle des mineurs kabyles. De ce fait le Procureur Général Fourcade par le biais d'une circulaire, adoptée le 06 janvier 1876, prescrivit aux juges de paix d'appliquer en matière de tutelle des mineurs kabyles les prescriptions du Code civil, tout en précisant que les articles du Code Civil devaient être appliqués et interprétés de façon qu'ils soient compatibles avec les coutumes kabyles¹¹¹⁸. Dans la pratique, dans le cas où un mineur kabyle devenait orphelin sans que son père ait précédemment nommé un tuteur, les juges de paix nommait un conseil de famille composé par des membres de la famille du mineur (article 405 du Code civil) qui désignait un tuteur pour le mineur.¹¹¹⁹ Le conseil de famille, une fois nommé le tuteur, rédigeait un inventaire des biens sur lesquels le mineur avait des droits¹¹²⁰.

La circulaire du 06 janvier 1876 n'avait pas donné les résultats espérés. Sur ce point le juge Dulout témoigne de ce que « [...] *les mineurs étaient souvent spoliés*¹¹²¹ » et ajoute :

« Aussi nos juges de paix, dès le début, ont été saisis soit par l'administrateur, un parent...lorsque le père (ou la mère) avait laissé des enfants mineurs. Le magistrat cantonal procédait alors comme il est stipulé à l'article 405 et suivant du code civil : il réunissait un conseil de famille placé sous sa présidence lequel nommait un tuteur et un subrogé tuteur au mineur.

Cette sorte de droit prétorien s'instaurait dans toute la Kabylie, mais souvent des difficultés surgissaient qu'il était impossible, faute d'un texte législatif, de trancher juridiquement en faveur du mineur¹¹²² »

Le juge Ricci tout comme Dulout dénonçait lui aussi le fait que les résultats obtenus par le biais de la circulaire de 1876 demeuraient plutôt modestes. Ricci affirme ainsi que : « [...] *l'inventaire fait était forcément sommaire et ne présentait aucune garantie. Aucune surveillance n'était exercée sur ceux qui géraient les biens des*

¹¹¹⁸ *Ibid.*, p. 134.

¹¹¹⁹ *Ibid.*

¹¹²⁰ *Ibid.*

¹¹²¹ F. Dulout, *Traité de Droit musulman algérien moderne*, Alger, La Maison des Livres, Deuxième édition, 1950, p. 435.

¹¹²² F. Dulout, *op.cit.*, vol. II, p. 134.

incapables ; de sorte qu'on voyait des mineurs, dépouillés par leurs proches, tenter vainement, lorsqu'ils étaient devenus majeurs, de se faire restituer leur patrimoine. Ils ne pouvaient en effet, à défaut d'inventaire, prouver la spoliation dont ils avaient été victimes qu'en invoquant des témoignages qui n'éclairaient nullement le juge, puisqu'ils pouvaient être combattus par d'autres témoignages ».

Cela dit, la circulaire de 1876 posa les fondements juridiques du futur décret du 1^{er} août 1902. Durant les années 1888 et 1895 furent mises en place deux commissions spéciales ayant pour but l'élaboration de l'un des deux projets de loi disciplinant l'organisation de la tutelle des mineurs en Grande Kabylie. Cependant ces deux projets n'aboutirent à aucun résultat¹¹²³.

Par la suite, à partir de l'année 1900, fut constituée une commission appelée à réformer la matière de la tutelle des mineurs et des interdits kabyles. Cette Commission était composée de juristes tels que Wurtz, Lefébure, Bussière, de MM Peyre, Luciani et Masselot¹¹²⁴. Il en résulta l'adoption du décret du 1^{er} août 1902. Ce décret fut approuvé en 1904 par les mêmes délégués kabyles présents auprès des délégations financières qui auparavant s'étaient opposées à l'application de la loi de 1889 en Grande Kabylie¹¹²⁵.

¹¹²³ G. Ricci, « De la tutelle des mineurs et de l'interdiction en Kabylie », in *op. cit.*, p. 135.

¹¹²⁴ *Ibid.*

¹¹²⁵ *Ibid.*, p. 136.

SECTION 2. LA RÉFORME DU STATUT DES MINEURS KABYLES PAR LA LÉGISLATION ET LA JURISPRUDENCE FRANÇAISE

Les coutumes kabyles en matière du statut des mineurs ont été en grande partie réformées par le décret du 1^{er} août 1902 (§1). Ce décret a été appliqué par la jurisprudence française selon le critère *rationae personnae* aux mineurs kabyles jusqu'à la fin de la colonisation française en Algérie. Les mineurs kabyles furent ainsi exclus de la protection juridique qui avait reconnu par le biais des décrets de 1936 et de 1957 au restant des mineurs musulmans (non-kabyles) (§2)

§1. LE DÉCRET DU 1^{ER} AOUT 1902

Le décret du 1^{er} août 1902 a réformé les coutumes kabyles en la matière de la reconnaissance de l'âge de la majorité. Ceci avait été possible grâce à l'instauration de registres de l'état civil dans l'ensemble du territoire algérien à la suite à l'adoption de la loi du 23 mars 1882. Ce qui a permis aux Kabyles de connaître leur âge. Le décret en question avait introduit au sein de la société kabyle une nouvelle notion de la majorité qui désormais était octroyée sur la base de l'âge et non sur les mensurations physiques ou à la suite d'épreuves initiatiques, une majorité qui était reconnue aussi aux femmes kabyles (A). Ce décret a réformé la façon dont fonctionnaient les conseils de famille en adoptant une législation qui demeurait à mi-chemin entre le Code civil et les coutumes kabyles (B). Ce décret avait été appliqué par la jurisprudence française sur la base du critère ethnique et donc aux seuls mineurs kabyles. Cela même dans le cas où ces derniers vivaient en dehors de la Kabylie (C).

A. LA RÉFORME DE LA MAJORITÉ EN KABYLIE

Le décret du 1^{er} août 1902 a profondément réformé les coutumes kabyles en matière de la tutelle des mineurs. L'adoption du décret en question s'expliquait selon le juge Ricci par le fait qu'à son dire : « *La loi française ne pouvait être appliquée purement et simplement en Kabylie. Il fallait adapter, à ce milieu si différent du nôtre, les principes de notre droit, en rendant la procédure aussi simple, aussi rapide et aussi peu coûteuse possible*¹¹²⁶ ».

Selon Borrmans, le décret du 1^{er} août 1902 avait simplement codifié la jurisprudence et les pratiques jusqu'ici adoptées par le juge de paix au cours des jugements auxquels ils étaient appelés à se prononcer sur des questions liées à la tutelle de mineurs kabyles¹¹²⁷.

Le préambule du décret du 1^{er} août 1902 contient le vœu du législateur de vouloir modifier les coutumes kabyles en matière de tutelle des mineurs ainsi que des interdits. Nous y trouvons proclamé ainsi : « [...] *qu'en Kabylie, les intérêts des mineurs et des autres incapables ne sont pas suffisamment sauvegardés ; que la tutelle n'y est régie par aucune disposition précise, que c'est à l'aide d'expédients et par une application très intermittente de la loi française qu'on essaye de protéger les incapables*¹¹²⁸ ».

L'article premier fixe l'âge de la majorité des mineurs kabyles (des deux sexes) à 18 ans révolus. Cet article, en fixant l'âge de la majorité sur la base de critères temporaires, modifiait les coutumes kabyles qui jusque-là fixaient la majorité sur la base de critères physiques. En effet, comme nous l'avons vu, les coutumes kabyles fixaient la majorité sur des critères relevant du développement physique ou d'épreuves initiatiques telles que l'accomplissement du jeûne du ramadhan pour les jeunes garçons. La fixation de l'âge de la majorité à 18 ans n'a été possible que grâce à l'instauration de l'état civil dans l'ensemble du territoire algérien, par le biais de la

¹¹²⁶ G. Ricci, *op. cit.*, p. 135.

¹¹²⁷ M. Borrmans, *Statut personnel et famille au Maghreb. De 1940 à nos jours*, thèse présentée à l'Université de Paris IV, Lille, Service de reproduction des thèses. Université de Lille III, 1972, p. 104

¹¹²⁸ *Revue algérienne et tunisienne de législation et de jurisprudence*, vol 3, 1902, p. 103 (699).

loi du 23 mars 1882. En effet c'est à partir de l'enregistrement des actes de naissance qu'il a été possible de connaître l'âge exact de la population kabyle.

Une deuxième nouveauté apportée par l'article 1^{er} consistait en le fait de reconnaître aux femmes kabyles le droit à la majorité. Par conséquent, le décret du 1^{er} juin 1902 avait émancipé les femmes kabyles de la tutelle paternelle permanente à laquelle elles étaient assujetties tout au long de leur vie par les coutumes kabyles. Cela dit, l'âge de la majorité est tout de même inférieur à celui que le Code civil prévoyait pour les Françaises. Ricci commente positivement cette décision dans les termes suivants :

« Ceux qui n'ont pas vécu au contact direct du peuple kabyle peuvent se demander pourquoi le décret de 1^{er} aout 1902 a fixé la majorité à 18 ans, au lieu d'adopter l'âge de 21 ans fixé par la législation française. L'idée a été excellente. En effet, les Kabyles sont portées d'office au rôle des prestations et des impôts à l'âge de 18 ans. A cet âge d'ailleurs, ils sont souvent mariés et chargés de famille ; le sentiment qu'ils professent pour cette dernière, ainsi que le tempérament de leur race, font qu'ils exercent, très jeunes la profession de colporteurs et qu'ils sont peu enclins à la dépense. Ils ont besoin, pour se livrer au commerce, de pouvoir contracter des obligations et de jouir de leurs droits civils et politiques. Il serait donc injuste de les leur refuser, à cette période de leur existence puisqu'il est reconnu qu'à l'âge de 18 ans ils ont, sinon plus de maturité d'esprit que les européens, du moins une notion plus exacte de leurs intérêts ¹¹²⁹».

Pour notre part, nous soulignons que la fixation de l'âge de la majorité à 18 ans n'a été possible que grâce à l'instauration de l'état civil dans l'ensemble du territoire algérien par la loi du 23 mars 1882.

L'article premier précise que le mariage entre mineurs kabyles ayant moins de 18 ans n'entraînait pas automatiquement l'émancipation juridique de ces derniers. En effet dans le cas de mariage entre mineurs kabyles, les biens de ces derniers devaient être administrés - sans distinction de sexe - par leurs pères respectifs (article 2). Les mineurs demeuraient soumis à la tutelle paternelle même dans le cas où ces derniers

¹¹²⁹ G. Ricci, *op. cit.*, p. 136.

décident de divorcer. L'article 3 prévoit que la garde des enfants (*hadana*) n'est pas régie uniquement par les coutumes kabyles mais aussi par le droit musulman.

Le contenu des articles 2 et 3 du décret de 1902 avaient été commenté de façon positive par Ricci. Ce dernier soutenait qu'il ne fallait pas appliquer aux mineurs kabyles l'article 476 du Code civil qui prévoyait que : « *le mineur est émancipé de plein droit par le mariage* ». Ricci, sur la base de son expérience de juge en Kabylie, remarquait que les mariages en Grande Kabylie étaient pour la plupart contractés par des enfants mineurs et que par conséquent : « *Il serait donc arrivé que des enfants auraient pu, même avant l'âge de raison, avoir la disposition de leurs biens*¹¹³⁰ ». Toujours selon Ricci, l'article 2 qui disciplinait l'administration des biens du mineur n'aurait à son dire : « [...] *rien changé aux coutumes kabyles, qui sont d'ailleurs conformes sur ce point au droit français*¹¹³¹ ».

B. LA TUTELLE DES MINEURS ET DES INTERDITS KABYLE

L'article 4 du décret de 1902 reconnaissait aux veuves kabyles et aux femmes kabyles répudiées le droit d'exercer une tutelle de plein droit (*ouacia*) sur leurs enfants. Cet article ne faisait rien d'autre qu'appliquer des coutumes villageoises kabyles décrites dans le deuxième livre de *La Kabylie et les coutumes kabyles*¹¹³². L'article 6 précise que seule la mère du mineur et aucune autre femme pouvait être nommée tutrice de ce dernier. Les mères kabyles, au moment du décès du père de leurs enfants, n'étaient pas autorisées de façon automatique à exercer une tutelle sur leurs enfants mineurs¹¹³³. L'article 5 prévoyait que : « *La mère peut être nommée tutrice lorsqu'elle parait capable d'exercer cette fonction* ». Dans le cas d'espèce, le législateur a fait le choix de ne pas appliquer aux femmes kabyles l'article 390 du Code civil. En effet l'article 5 fait référence à une procédure de nomination des femmes comme tutrices de leurs enfants prévues spécifiquement pour les femmes kabyles.

¹¹³⁰ *Ibid.*

¹¹³¹ *Ibid.*, p. 140.

¹¹³² *Ibid.*, p. 138.

¹¹³³ *Ibid.*

Hormis l'hypothèse selon laquelle les mères avaient été désignées comme tutrices par le père de leurs enfants avant le décès de ce dernier, pour pouvoir exercer une quelque forme de tutelle sur leurs enfants les mères kabyles devaient être nommées comme tutrices par les juges de paix des cantons où elles résidaient. Pour pouvoir octroyer à une mère kabyle le droit de tutelle sur ses enfants, le juge consultait préalablement le conseil de famille. Ce n'était que seulement après en avoir obtenu un avis favorable que le juge pouvait autoriser à la mère kabyle la possibilité d'exercer le rôle de tutrice sur ses enfants.

Ce même article 5 offrait aussi une tutelle juridique aux enfants nés hors mariage. Cela avait introduit un changement radical au sein des coutumes kabyles qui, comme nous l'avons vu, n'étaient pas tendres envers les enfants illégitimes. Cet article 5 reconnaissait aux mineurs nés lors d'une union *more uxorio* le droit d'avoir un tuteur au même titre que les autres mineurs. Dans le cas des enfants nés hors mariage, le juge de paix avait le plein pouvoir dans le choix du tuteur. La procédure prévue par l'article 5 prévoyait que le juge ne devait pas dans ce cas d'espèce s'adresser à un conseil de de famille.

Les juges de paix ainsi que les cadis exerçaient un pouvoir de contrôle sur le travail des tuteurs. L'article 7 accordait à tout moment aux juges de paix la faculté de destituer et de remplacer les tuteurs qui ne se montraient pas à la hauteur de leur tâche. Les causes qui provoquaient la déchéance d'un tuteur pouvaient être la mauvaise conduite notoire du celui-ci ou bien une incapacité survenue qui rendaient le tuteur inapte à son rôle. Le tuteur destitué pouvait faire appel contre la décision qui l'avait déchu de sa fonction, cependant l'article 7 précise que le recours en appel n'avait aucun effet suspensif sur la décision de révocation.

L'ouverture de la tutelle commençait à partir du moment du décès du père. L'article 8 prévoyait qu'à partir du moment que les officiers de l'état civil recevaient les déclarations de décès, ces derniers devaient inviter au plus tôt les déclarants et les informer ainsi du fait que la personne décédée avait laissé des enfants mineurs. Les officiers d'état civil avaient l'obligation de demander aux mères des enfants sur leurs intentions de se remarier ou si celles-ci avaient des enfants mineurs placés sous leur

tutelle. En cas de réponse positive, les officiers devaient avertir le juge de paix du canton de ce décès ou de ce remariage et de l'existence des mineurs. Par la suite le cadi-notaire devait dresser un inventaire des biens dévolus aux mineurs qui devait par la suite être transcrits sur un registre spécial. Le cadi devait par la suite consulter les autorités indigènes du village pour s'assurer qu'aucune part de la succession n'avait été détournée ou dissimulée. L'article 14 prescrivait aux juges de paix de fixer un conseil de famille qui devait suivre la procédure prévue par l'article 454 du Code civil¹¹³⁴. Ce conseil devait destiner chaque année une somme déterminée qui était destinée à subvenir aux intérêts du mineur, le montant de la somme était fixé par le juge de paix. Les sommes des excédents que le mineur pouvait gagner durant l'année étaient déposées à la caisse d'épargne postale ou *beit-el-mal*. Ces sommes pouvaient être retirées par l'ancien pupille une fois devenu majeur.

L'article 15 prévoyait que le tuteur devait fournir chaque année au cadi-notaire un compte rendu des sommes qu'il avait administrées dans l'intérêt de son pupille. Ces sommes devaient faire l'objet d'un rapport écrit qui devait être par la suite rendu au juge de paix. Sur la base des rapports présentés, le juge de paix se réservait le droit d'écarter les tuteurs qui se montraient « *incapables, négligents ou suspects* » et qui devaient être signalés sur une liste. Par la suite, les juges de paix devaient envoyer chaque année un rapport au parquet.

Ricci jugeait positivement cet article 15 et affirmait que les coutumes kabyles étaient sur ce point : « *plus prévoyantes [...] que la loi musulmane*¹¹³⁵ ». Cela par le fait que les coutumes kabyles avaient formulé des règles précises qui permettaient de contrôler la gestion du tuteur¹¹³⁶. Cela dit, l'article 15 répondait à l'exigence de définir de façon claire quels étaient les devoirs des tuteurs¹¹³⁷.

Le décret du 1^{er} août 1902 disciplina aussi la matière de la tutelle des interdits kabyles. L'article 19 prévoyait que : « *Le musulman kabyle qui est dans un état habituel de démence, d'imbécillité ou de fureur, qui s'est montré manifestement*

¹¹³⁴ G, Ricci, *op. cit*, p. 142.

¹¹³⁵ *Ibid.*

¹¹³⁶ *Ibid.*

¹¹³⁷ *Ibid.*

incapable d'administrer ses biens [...] » devait être déclaré interdit. L'article 20 prévoyait que l'interdiction pouvait être prononcée à la suite d'une demande d'un proche du mineur, soit d'office. Les juges de paix jouaient un rôle central dans la procédure d'interdiction. La demande d'interdiction pour être valide devait être déposée devant le juge de paix. Ce dernier se prononçait à travers un jugement qui était immédiatement exécutoire. Ce jugement pouvait faire l'objet d'un recours en appel. Ce faisant, le législateur français écartait les *djemâs* et les *oukils* kabyles qui, selon les coutumes kabyles, devaient administrer les biens des interdits. L'article 21 prescrivait que la déclaration d'interdiction devait être soumise à un régime de publicité. Ainsi la déclaration d'interdiction devait être affichée dans les études des notaires et des cadis-notaires du canton dans lequel l'interdit était domicilié. Ricci sur ce point remarque que le décret du 1^{er} août 1902 appliquait aux interdits kabyles les prescriptions prévues par le droit musulman en matière d'interdiction et souligne ce qui suit :

« On a comblé ainsi une lacune grave des coutumes kabyles, qui ne prescrivaient aucune publicité et l'on n'a fait, en cela, que se conformer aux dispositions de la loi musulmane. « Le juge doit s'occuper des publications des interdictions contre les mineurs ou les prodigues (Sidi Khelil) à l'art. 501 du C. vi, et au décret du 17 avril 1889 ». Les interdictions doivent être communiquées aux notaires et publiées dans toute l'étendue du ressort ¹¹³⁸».

L'article 22 prévoyait qu'une fois le sujet déclaré interdit, ce dernier devait avoir à sa disposition un tuteur qui devait être nommé conformément aux règles inscrites dans les articles 4 et suivants du dit décret (article 22). Tous les actes juridiques mis en place par l'interdit sans l'autorisation du tuteur étaient frappés de nullité absolue (article 23). Cette nullité pouvait frapper de façon rétroactive les actes mis en place par l'interdit dans une phase antérieure à la déclaration d'interdiction. Cette annulation rétroactive surgissait automatiquement à partir du moment où « *l'interdiction existait manifestement au moment où ils sont intervenus* ». Cela dit l'article 24 prévoit que l'interdiction cessait avec la cause qui l'a déterminée.

¹¹³⁸ G. Ricci, *op. cit.* p. 146.

Tout comme ce fut le cas pour la loi de 1889, le décret de 1902 fit l'objet de plusieurs critiques de la part des délégués kabyles. Ces derniers au cours de la séance du 25 mai 1910 avaient exprimé leur contrariété à la loi en question¹¹³⁹. Le délégué M. Arezki Mezian jugeait négativement la loi de 1902 et les conséquences qui dérivait de son application. Le délégué critiqua le fait que souvent les juges de paix reconnaissent aux mineurs kabyles un droit de vente sur les propriétés que ces derniers recevaient en héritage afin qu'ils puissent payer les dettes qui leur étaient léguées par leurs parents. Le délégué Mezian critiqua aussi la procédure prévue par la loi de 1902 qui imposait un contrôle constant des juges de paix sur la façon dont les tuteurs géraient les biens des mineurs, la jugeant trop onéreuse¹¹⁴⁰. Le délégué concluait ainsi que l'application de la coutume kabyle « *assurait bien mieux la sécurité des biens des mineurs*¹¹⁴¹ ». Dans la séance du 02 juin 1910, les délégués A. Meziane et B. Amar soutenaient qu'une grande partie de la population kabyle était contraire à la présence des veuves devant les juges de paix durant la procédure de la constitution du conseil de famille¹¹⁴². Cela était motivé par le fait que selon eux par le fait que : « *La femme ne jouant chez nous aucun rôle en dehors du ménage ne saurait, d'autre part, gérer une fortune, sans compter que les jeunes veuves ne renoncent pas toujours au mariage*¹¹⁴³», ce qui les amenait à conclure en souhaitant que les veuves ne participent pas en personne à ces conseils mais qu'elles délèguent quelqu'un pour les représenter¹¹⁴⁴. Les délégués kabyles, bien que, comme nous verrons plus bas, très ouvert à l'égard de la réforme des coutumes kabyles en matière de statut féminin, s'étaient par contre montrés hostiles à la réforme des coutumes kabyles en matière des droits et de la tutelle des mineurs. Ils prônaient ainsi la conservation des coutumes kabyles en matière du statut des mineurs.

¹¹³⁹ *Délégations financières algériennes*, 1910, p. 39 et suivantes.

¹¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 39.

¹¹⁴¹ *Ibid.*, p. 40.

¹¹⁴² *Ibid.*, p. 70.

¹¹⁴³ *Ibid.*, p. 71.

¹¹⁴⁴ *Ibid.*

C. L'APPLICATION DU DÉCRET DU 1^{ER} AOÛT 1902 PAR LA JURISPRUDENCE FRANÇAISE

La jurisprudence des juges de paix ainsi que celle de la Chambre de révision laisse voir qu'en matière de tutelle, et plus généralement en matière de statut des mineurs musulmans, les tribunaux français avaient appliqué le décret de 1902 sur la base d'un critère ethnique et non pas territorial.

Dans le cas des mineurs kabyles qui résidaient hors Kabylie, le juge de paix de Blida, dans l'arrêt du 27 novembre 1922, statua ce qui suit :

« En matière de statut personnel, la loi du rite s'attache à la personne. En conséquence, les Kabyles hors Kabylie demeurent régis par leurs lois et coutumes personnelles. Spécialement, la tutelle kabyle, même en dehors des territoires régis par le décret du 19 août 1874, doit être constituée et exercée conformément au décret du 1 août 1902 et non conformément au droit musulman arabe bien que le décret de 1902 soit dit sur la tutelle en Kabylie¹¹⁴⁵ ».

Dans la décision du 27 mai 1935 de la Chambre de révision musulmane d'Alger précisa que : *« Même hors Kabylie, c'est le décret du 1^{er} août 1902 qui régit la tutelle des Kabyles¹¹⁴⁶ ».* Dans cette décision la cour statua que le pouvoir de surveillance et de contrôle sur le bon déroulement de la tutelle des mineurs kabyles résidant hors Kabylie, devait être exercé uniquement par les conseils de famille kabyle et non par les juges-cadis musulmans. Rappelons que cette décision a été prise avant l'adoption de la réforme du statut des mineurs musulmans (non-kabyles) de 1936. La décision de 1935 inversa l'orientation jurisprudentielle suivie jusque-là par la Cour dans la décision datant du 16 juillet 1934 dans laquelle cette dernière avait statué qu'un mineur musulman kabyle vivant hors Kabylie pouvait renoncer à son statut personnel et se soumettre aux normes du rite musulman. La Cour d'appel d'Alger avait prévu ainsi qu'un : *« Kabyle peut renoncer à son statut personnel pour se soumettre aux règles de l'un des rites du droit musulman, à la condition que cette renonciation ne*

¹¹⁴⁵ Justice de Paix de Blida, 27 novembre 1911, vol. 1912, in *Journal de la jurisprudence de la Cour D'Alger 1911-1920*, p. 265.

¹¹⁴⁶ Cour d'Appel d'Alger (Ch. Rév. Mus.), 27 mai 1935 in *Revue Algérienne tunisienne et marocaine de législation et jurisprudence* janvier 1942, p. 17.

*fasse aucun doute et s'induit de faits précis*¹¹⁴⁷ ». La Cour précise que : « [...] l'appréciation des circonstances desquelles résulterait cette renonciation constitue une pure question de fait, et la décision rendue sur ce point par les juges du fond échappe à la censure de la Chambre de révision¹¹⁴⁸ » et ajoute que : « [...] le Kabyle, sujet musulman, est soumis comme tel à une loi d'origine de nature religieuse dont l'institution imprégnée de principes coraniques ne saurait le priver du droit de faire abandon de la coutume kabyle pour se placer à l'avenir sous l'empire du droit musulman¹¹⁴⁹ ».

La jurisprudence n'a pas abrogé les coutumes kabyles qui régissaient la matière de la tutelle des mineurs, celles-ci devaient s'appliquer pour tout : « *ce qui dépasse les causes de dispense ou de refus de la tutelle*¹¹⁵⁰ ». Dans sa décision du 9 avril 1927 la Cour d'appel d'Alger évita de donner une interprétation littérale de l'article 5 du décret de 1902 qui discipline la procédure qui se tient devant le conseil de famille. Dans cet arrêt, la Cour décida que : « *L'irrégularité dans la composition d'un conseil de famille de mineurs kabyles [...] n'entraîne la nullité de la délibération qu'autant que l'irrégularité est le résultat du dol et de la fraude, ou qu'elle a pu nuire aux intérêts du mineur*¹¹⁵¹ ». Dans un autre arrêt datant du 12 juillet 1932, la Cour confirma ce principe et statua que : « *Le décret du 1^{er} août 1902 n'a eu pour objet que de réglementer la manière dont les conseils de famille doivent être constitués*¹¹⁵²[...] », et ajouta que : « *La coutume locale, qui n'a nullement été abrogée par ce texte, doit continuer à s'appliquer pour ce qui dépasse les limites de cette réglementation*¹¹⁵³ [...] » et conclut dans les termes suivants : « *Considérant que la loi française, ainsi que l'expérience l'a démontré, ne peut être en cette matière,*

¹¹⁴⁷ Cour d'appel d'Alger, 16 juillet 1934 (Bendifallah Hacène et autre) in *Revue algérienne, tunisienne et marocaine de législation et jurisprudence*, Tome LII, 1936, p. 18.

¹¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 18.

¹¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 20.

¹¹⁵⁰ F. Dulout, *op.cit.*, p. 435.

¹¹⁵¹ Cour d'Alger-Ch. Révision musulmane 9 avril 1927, Djaffari Taieb- Boutalaout Hamama, in *Revue algérienne, tunisienne et marocaine de législation et jurisprudence*, Tome XLVI, 1930, p. 180

¹¹⁵² Cour d'Alger (Ch.de Rev. Mus.) 12 Juillet 1932, Amiri Akli c. Ait Amara Zohra bent Akli, In *Revue Algérienne* Tome LI, 1935, p. 75.

¹¹⁵³ *Ibid.*

purement et simplement appliquée à la Kabylie¹¹⁵⁴ ».

Selon la Cour dans les cas de dispense et de refus de tutelle, les juges doivent appliquer les coutumes kabyles telles que décrites par Hanoteau et Letourneux. Par conséquent la Cour trancha la question de la manière suivante :

« [...] conformément aux coutumes, les fonctions de tuteur peuvent être refusées lorsqu'il s'agit non pas d'un mineur mais d'un interdit légal¹¹⁵⁵ ».

Dans certains jugements, la coutume kabyle était mise de côté au vu du fait que l'intérêt des enfants devait l'emporter sur toute autre considération¹¹⁵⁶. Cela fut le cas des jugements qui ont appliqué l'article 3 du décret de 1902. Cet article, rappelons-le, reconnaissait aux femmes kabyles le droit d'exercer une garde spéciale sur les nourrissons. Ce faisant, le décret de 1902 introduisait au sein des coutumes kabyles une institution de droit musulman connu sous le nom de *hadana*. Une institution qui jusque-là avait été ignoré par les Kabyles. Dulout précise sur ce point que : *« [...] la pure doctrine kabyle ne veut pas connaître l'institution de la hadana qu'elle repousse comme constituant une limitation inadmissible à l'autorité arbitraire du père, lequel a le droit absolu de garde de ses enfants mineurs des deux sexes, à l'exception de ceux à la mamelle¹¹⁵⁷ ».*

Par la suite Dulout affirme que : *« Par une application très juridique du principe de la hadana - cette institution ayant été créée dès l'origine pour la protection de l'enfance - nos tribunaux ont fait fléchir le droit du père kabyle, reconnu et sanctionné par la coutume, au profit de l'enfant et cela chaque fois que l'intérêt de celui-ci a exigé pareille décision (Tizi-Ouzou, 23 février 1933, pr. Jobert ; Robe 1933, p. 171 ; 19 juin 1942, pr. De Parade ; Robe 1943, p. 218 ; 10 novembre 1944, pr. Albertini, greffe mus. N. 606¹¹⁵⁸) »* et par conséquent : *« c'est essentiellement l'intérêt supérieur de l'enfant qui doit guider le juge dans le choix du gardien et la garde d'un*

¹¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 75.

¹¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 74.

¹¹⁵⁶ F. Dulout, *op. cit.*, p. 436. (Tizi Ouzou, 19 juin 1942, greffe mus.n. 204 ; Alger Ch.A.M.8 juin 1942, Recueil Robe 1943, p. 218)

¹¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 436.

¹¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 437.

*mineur peut, si son intérêt l'exige, être confiée à telle ou telle parenté*¹¹⁵⁹ ».

Dans sa décision du 18 janvier 1932 la Cour d'Alger (ch. rev. mus.) statua que :

*« Bien que la coutume kabyle ne reconnaisse pas le droit de hadana, la garde d'un mineur n'en peut pas moins être confiée à telle ou telle parent (en l'espèce, la grand-mère maternelle) si l'intérêt de l'enfant l'exige, cette considération devant l'emporter sur toutes les autres*¹¹⁶⁰ ».

Cela dit, ni le décret de 1902 ni la jurisprudence n'avaient appliqué les différentes formes d'adoption prévues par les coutumes kabyles. Le décret de 1902 ne fit en aucun moment référence aux différents types d'adoption décrits par Hanoteau et Letourneux dont nous avons parlé plus haut. Cette adoption était méconnue au droit musulman.

La doctrine était bien consciente de l'existence de cette coutume. Dulout remarque bien que : *« [...] en Kabylie, l'adoption est assez rare, mais elle existe : aucune condition d'âge n'est imposée à l'adoptant. Il doit cependant être majeur. Si l'adopté est mineur, le consentement de son père ou de son tuteur est lors expressément exigé*¹¹⁶¹ ».

La jurisprudence en cas d'adoption des mineurs n'avait pas appliqué la loi la plus favorable au mineur, c'est-à-dire l'article 344 du Code civil. Dulout souligne sur ce point que :

*« [...] l'enfant adoptif, tel que l'a créé le droit français assimilable à un enfant légitime, n'existe pas dans la coutume kabyle. Il ne saurait être considéré comme un fils. La jurisprudence est formelle quant aux effets juridiques de l'adoption kabyle (Alger, Ch.A.M., 28 janvier, Recueil Norès*¹¹⁶²) ».

Ainsi l'adoption kabyle a été simplement abrogée par le décret de 1902 qui dans ce

¹¹⁵⁹ *Ibid.*

¹¹⁶⁰ Amrani Ali c. Zamoune Ymouna et autres in *Revue algérienne, tunisienne et marocaine de législation et de jurisprudence*, Tome 49, 1933, p. 81.

¹¹⁶¹ F. Dulout, *op. cit.*, p. 306.

¹¹⁶² *Ibid.*, p. 307.

cas a remplacé les coutumes kabyles par le *fiqh* musulman. Dans d'autres décisions, la Cour a cherché un compromis entre la loi française et la coutume kabyle, cela en appliquant de manière quasi-littérale le décret de 1902. Cela fut le cas dans la décision de la Cour d'appel d'Alger du 30 novembre 1931 qui accorda à une femme kabyle mère d'un enfant mineur de s'adresser à un juge de paix afin de demander le remplacement du tuteur négligent, chose pour laquelle la Cour avait statué que :

« Par application des prescriptions de l'art 7 du décret du 1er août 1902 sur la tutelle en Kabylie, la mère du mineur n'a pas qualité pour réclamer le versement entre ses mains de sommes dont le tuteur peut être comptable envers son pupille. Elle ne peut, en cas de mauvaise gestion, que présenter requête au juge de paix en vue du remplacement du tuteur ¹¹⁶³.

§2. L'EXCLUSION DES MINEURS KABYLES DE LA TUTELLE ACCORDÉE AUX MINEURS MUSULMANS PAR LES DECRETS DE 1936 ET DE 1957

En 1936 et en 1957 furent adoptées deux lois qui avaient discipliné et réformé la matière de la tutelle des mineurs musulmans. Toutefois ces deux lois ne furent guère appliquées aux mineurs kabyles ni aux mozabites, les premiers ont continué à être régis par le Décret du 1^{er} août 1902 et cela jusqu'à l'indépendance de l'Algérie. Ce fut ainsi que les mineurs kabyles, tout comme les femmes kabyles, ont été soumis à un régime juridique particulariste.

Les lois de 1936 et de 1957 avaient été inspirées par les lois adoptées par les législateurs turc et égyptien au cours de la modernisation de leur droit en matière de tutelle des mineurs ¹¹⁶⁴. Ces deux pays étaient de tradition juridique hanéfite et, par conséquent, en s'inspirant des législations de ces deux pays, le législateur français avait remplacé l'ancien droit musulman en matière de *kafala* malékite (tutelle) par une nouvelle législation issue d'une fusion entre la *kafala* hanéfite et le Code civil. L'article 1^{er} du décret du 12 août 1936 fixait l'âge de la majorité sur la base des

¹¹⁶³ Medini Amar Irbou Fatima, Cour d'Alger-Ch. Révision musulmane 30 novembre 1931, in *Revue Algérienne, tunisienne et marocaine de législation et jurisprudence*, Tome L, 1934, p. 122.

¹¹⁶⁴ M. G.-H. Bousquet, « Le nouveau régime de la Tutelle des mineurs musulmans », in *Revue algérienne, tunisienne et marocaine de législation et jurisprudence*, Tome 53, 1937, p. 119.

critères utilisé par l'école juridique hanéfite.¹¹⁶⁵ Cette école juridique fixait l'âge de la majorité à 21 ans. Bousquet sur ce point affirmait clairement que le législateur français appliquait aux musulmans algériens de tradition malékite les préceptes juridiques hanéfites, cela notamment en matière de fixation de l'âge de la majorité, de façon conforme : « [...] *aux principes hanéfites, le mineur est émancipé de plein droit à 22 ans (25 ans d'après les hanéfites), cet âge est reculé jusqu'à 25 ans pour les filles mariées*¹¹⁶⁶ », en les termes du décret de 1936. En outre, l'article premier (alinéa 3) prévoyait que la tutelle du mineur musulman cessait *ipso facto* à partir du moment où ce dernier a atteint l'âge de la majorité¹¹⁶⁷.

Les articles 2 et 3 du décret de 1936 mettaient un frein à la puissance paternelle exercée par les pères musulmans sur leurs enfants. Désormais les pères pouvaient être déchus de leur *patria potestas*. L'article 3 prévoyait que l'administration légale du père cessait de plein droit lorsque ce dernier était frappé par une interdiction judiciaire ou légale ou bien en cas d'absence ou de déchéance de la puissance paternelle. La déchéance pouvait être disposée suite à une requête déposée auprès d'un *Cadi* par le mineur lui-même, sa mère ou les membres de sa famille. La déchéance de la paternité pouvait être déclarée en raison d'une « [...] *cause grave et dument justifiée, mettant en péril le patrimoine du mineur* » (article 3, alinéa 2). Une fois le rôle de père déchu, la tutelle des mineurs pouvait être léguée à des tiers et cela même si le père était encore en vie (article 2).

Les mineurs ayant plus de 18 ans et moins de 21 ans pouvaient être déclarés comme étant émancipés avant même d'avoir atteint l'âge de la majorité. Afin d'obtenir une émancipation anticipée, le mineur devait se montrer capable de gérer son patrimoine (article 115 et suivants). La demande d'émancipation pouvait être déposée par son tuteur datif (article 116) tout comme par le mineur lui-même (article 117). Cela dit, l'article 117 précise que l'émancipation obtenue suite à une décision de justice avant l'âge de 21 ans était une émancipation partielle. Sur ce point, ce même article de loi

¹¹⁶⁵ A. Colomber, « La Réforme du régime des tutelles et de l'absence en droit musulman algérien (Loi du 11 juillet 1957), In *Revue algérienne, tunisienne et marocaine de législation et jurisprudence*, n. 4, Juillet août 1959, p. 98.

¹¹⁶⁶ M. G.-H. Bousquet, *op. cit.*, p. 119.

¹¹⁶⁷ *Ibid.*

prévoyait que : « *L'émancipation peut être que partielle. En pareils cas, son étendue sera définie et limitée par l'acte ou le jugement qui la prononcera* ». Le juge Dulout de sa part précise que : « *La question de savoir si un mineur est ou non émancipé relève du statut personnel et est par conséquent de la compétence de la Chambre de révision musulmane*¹¹⁶⁸ ».

En limitant la puissance paternelle, le décret de 1936 offrait aux mineurs musulmans une protection plus importante que celle accordée par le décret de 1902 aux mineurs kabyles. Ce dernier décret ne prévoyait aucun rempart contre le pouvoir des pères kabyles pour la raison que l'article 7 du décret de 1902 ne prévoyait aucune hypothèse de déchéance de la paternité.

Le 2 juillet 1949 fut établie une commission composée de 10 magistrats dont 5 de statut coranique, qui avaient reçu pour mission de préparer et de réformer les prescriptions de droit musulman malékite en matière de tutelle des mineurs, des interdits mentaux et des absents¹¹⁶⁹, le tout en vue : « *d'harmoniser les principes anciens avec les exigences du progrès*¹¹⁷⁰ ». Le texte fut discuté en janvier 1953, avec avis favorable de cette assemblée¹¹⁷¹. Le 11 juillet 1957 fut adoptée la loi n. 57.778 disciplinant l'âge de la majorité des indigènes musulmans, qui ne fut appliquée ni aux Kabyles ni aux Mozabites. L'art 173 prétendait maintenir intacts pour les uns (Kabyles) le décret de 1902, et pour les autres (Mozabites) leur coutume ibadite¹¹⁷² en prévoyant ainsi :

« *Il n'est en rien dérogé aux dispositions du décret du 1^{er} août 1902 portant réglementation de la tutelle en Kabylie et des textes qui l'ont modifié, en ce qui concerne les populations auxquelles il s'applique, ni aux coutumes du Mzab*¹¹⁷³ ».

La loi de 1957 avait maintenu l'âge de la majorité à 21 ans (article 2). Cette loi avait prévu deux types de tutelles, la tutelle parentale et la tutelle dative. Tout comme le

¹¹⁶⁸ F. Dulout, *op. cit.*, p. 387.

¹¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 97

¹¹⁷⁰ *Ibid.*

¹¹⁷¹ *Ibid.*

¹¹⁷² M. Borrmans, *op. cit.*, p. 462.

¹¹⁷³ *Ibid.*, p. 98.

décret de 1936, la loi de 1957 (article 3) prévoyait la possibilité de révocation de l'autorité parentale par les mères des mineurs et par les mineurs eux-mêmes. La révocation n'était pas prévue uniquement pour des raisons liées à la gestion du patrimoine du mineur, mais aussi pour « *interdiction judiciaire ou légale, l'abandon par l'absence ou de déchéance de la puissance paternelle* ».

Contrairement au décret de 1902, le décret de 1936 et la loi de 1957 n'ont fait aucun renvoi aux articles du Code civil mais uniquement référence au droit musulman. Par exemple dans la partie dédiée à la discipline des conseils de famille, nous ne trouvons aucun renvoi à l'article 413 du Code civil, alors que le décret de 1902 dans son article 5 le faisait.

En résumé, les mineurs kabyles étaient dépourvus de toute protection juridique à l'égard de la puissance paternelle, une protection qui cependant avait été accordée au reste des mineurs musulmans par le décret de 1936 et par la loi de 1957. Le décret de 1902 n'avait pas affecté la structure patriarcale des familles kabyles.

Ce décret a eu aussi le démerite de ne pas avoir mis en valeur les prescriptions coutumières kabyles qui en matière d'adoption qui protégeaient l'intérêt du mineur de façon majeure les intérêts économiques des mineurs ainsi que des majeurs en jeune âge que ne le faisait la *kafala* musulmane. En ce sens, le législateur français en matière d'adoption n'avait pas voulu dépasser les limites imposées par la *kafala* musulmane en matière de tutelle des mineurs. Par conséquent tout mineur musulman (kabylo ou non kabylo) était exclu du droit d'être adopté et d'hériter des biens de son tuteur. Faisant ainsi le législateur français n'a pas appliqué aux mineurs kabyles la discipline qui leur était la plus favorable.

Cela dit, le décret de 1902 a eu le mérite d'avoir prévu un droit à la tutelle aux enfants kabyles nés en dehors du mariage. Le décret en question a étendu aux enfants naturels la même protection juridique accordée aux enfants légitimes. Cela aurait été impossible sans l'intervention du législateur français.

Dans le chapitre suivant, nous verrons comment la jurisprudence et le législateur

français ont réformé les coutumes kabyles en matière de mariage entre Kabyles. Cette réforme, par le biais du décret du 01 mai 1930, interdisait le mariage des filles âgées de moins de 15 ans et octroyait le droit au divorce aux femmes kabyles. (**Chapitre 3**).

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

La réforme des coutumes kabyles en matière du statut des mineurs kabyles n'avait été possible qu'à partir de l'introduction des registres d'état civil en Kabylie dès 1883. Ce qui fut une véritable révolution qui permit aux Kabyles de connaître leur âge et par conséquent de fixer l'âge de leur majorité sur une base fixe. Le décret du 1^{er} août 1902 avait fixé l'âge de la majorité à 18 ans pour les deux sexes, ce qui a profondément réformé les coutumes kabyles qui ne permettaient pas alors aux femmes d'être considérées comme majeures et *sui juris*. À cela s'ajoute le fait que ce décret a reconnu des droits aux enfants nés en dehors du mariage, des droits qui leur étaient niés par les coutumes kabyles. Ce décret n'a tout de même pas tenu compte de celles qui permettaient l'adoption des mineurs.

L'action des juges s'avéra fondamentale dans la réforme du statut des mineurs kabyles. Ces deniers avaient réprimé les cas d'infanticides commis à l'égard des enfants nés hors mariages. Les juges avaient aussi été appelés à combler les vides législatifs en matière de gestion de la tutelle des mineurs avant l'adoption du décret du 1^{er} août 1902.

Le législateur de sa part s'est montré plus intéressé à maintenir les mineurs et les interdits kabyles dans un statut particulariste qu'à faire évoluer les coutumes kabyles en matière de tutelles. Cela est prouvé par le fait que les mineurs kabyles n'aient pas pu jouir du régime de la tutelle prévu pour le reste des mineurs musulmans par le décret de 1936 et de 1957. Ces deux décrets affaiblissaient la puissance paternelle, ce qui ne fut pas le cas du décret du 1^{er} août 1902 qui n'accordait aucun rempart contre le pouvoir des pères kabyles.

En résumé, le fait que les mineurs kabyles aient été privés des tutelles accordées par les décrets de 1936 et de 1957, démontre que le législateur français à partir des années 1930, avait comme préoccupation majeure celle de maintenir les mineurs

kabyles dans leur particularisme juridique plutôt que de faire progresser les droits de ces derniers. Comme nous verrons dans les pages qui suivent, cette même situation se représenta durant les années 1930 pour la question de la réforme des droits des femmes kabyles en matière de droit de mariage et de divorce (**Chapitre 3**) ainsi que des droits successoraux (**Chapitre 4**).

CHAPITRE 3. LA RÉFORME DES COUTUMES KABYLES EN MATIÈRE DE MARIAGE ET DE DIVORCE

Les décrets du 2 et du 19 mai 1931 ont profondément réformé les coutumes kabyles en matière de mariage ainsi que de divorce. Ces coutumes ne permettaient pas aux femmes kabyles d'obtenir quelque forme que ce soit de résiliation du lien matrimonial ou même de quitter le domicile conjugal, cela même dans le cas où les épouses subissaient des maltraitances de la part de leur époux ou vivaient dans un état d'abandon. L'unique possibilité accordée aux femmes par leurs coutumes était de se mettre en état d'insurrection qui en langue kabyle prenait le nom de « *thamenfek't* ».

La réforme des coutumes kabyles en matière de mariage avait été sollicitée par la jurisprudence des juges de paix français, qui vers la fin du XIXe et au début du XXe siècle avait reconnu aux femmes kabyles le droit de quitter leur domicile conjugal et même sans retour en cas de sévices graves et d'abandon conjugal. C'est ainsi que le tribunal de paix de Fort National dans les décisions du 11 janvier 1899, du 23 avril 1902 et du 16 juin 1902 avait nié aux époux kabyles le retour de leurs épouses qui les avaient fuis suite à des sévices qu'ils leur faisaient subir. Dans un premier temps, la Chambre de révision musulmane de la Cour d'Alger avait cassé ces jugements pour le fait que les jugements en question faisaient échec à la coutume kabyle ou du moins à la façon dont cette coutume avait été décrite et codifiée par Hanoteau et Letourneux.

La décision du Tribunal de Tizi-Ouzou du 26 avril 1922 avait reconnu aux femmes kabyles le droit au divorce. Ce revirement avait été motivé par le fait que les coutumes kabyles avaient évolué par rapport au temps où elles avaient été codifiées par Hanoteau et Letourneux.

Dans un premier temps le législateur français fut appelé à réformer les coutumes kabyles qui permettaient le mariage des filles impubères et niaient le droit au divorce aux femmes. C'est ainsi que fut adopté le décret du 02 mai 1931 qui imposa, pour la validité du mariage, les fiançailles et interdit le mariage aux filles de moins de 15 ans. De même pour le décret du 19 mai 1931 qui dans son titre premier octroya aux femmes kabyles le droit au divorce. Dans les pages suivantes nous analyserons comment les coutumes kabyles disciplinaient le mariage et le divorce (**section 1**) et par la suite comment ces normes ont été réformées par la jurisprudence et la législation française (**section 2**).

SECTION 1. LES NORMES COUTUMIÈRES KABYLES EN MATIÈRE DE MARIAGE ET DE DIVORCE

La condition sociojuridique des femmes kabyles était un sujet qui avait attiré l'attention des militaires-ethnologues français dès la période de la Commission scientifique. Dans l'ouvrage de Daumas et Fabar, la condition des femmes kabyles était décrite de façon plutôt positive. Les femmes kabyles étaient décrites comme étant plus émancipées que le restant de la population féminine musulmane. Cette image idyllique de la condition des femmes kabyles avait été remise en question par Hanoteau et Letourneau. Le deuxième livre de *la Kabylie et les coutumes kabyles*, présentait les coutumes kabyles comme étant défavorables aux femmes kabyles pour la raison que celles-ci ne devenaient jamais majeures et n'avaient pas droit au divorce.

Dans ce qui suit, nous verrons d'abord la façon dont la condition sociojuridique des femmes kabyles avait été décrite dans les écrits coloniaux (§1). Par la suite nous illustrerons comment les coutumes kabyles en matière de mariage et de divorce des femmes kabyles avaient été décrites dans l'ouvrage d'Hanoteau et Letourneau (§2).

§1. LA DESCRIPTION DE LA CONDITION SOCIO-JURIDIQUE DES FEMMES KABYLES DANS LES ECRITS COLONIAUX FRANÇAIS

La condition juridique de la femme kabyle avait été décrite par les militaires qui avaient participé aux travaux de la Commission scientifique. Initialement, les travaux des militaires français étaient influencés par le « mythe kabyle » et ainsi ils véhiculaient l'image d'une femme kabyle socialement émancipée, ou du moins plus que ne l'était sa consœur arabe. Daumas écrivait ainsi :

« Les femmes kabyles ont une plus grande liberté que les femmes arabes ; elles comptent davantage dans la société¹¹⁷⁴ ».

L'ouvrage en question parlait curieusement de « femmes divorcées¹¹⁷⁵ », cela bien que ce fût interdit aux femmes par les coutumes kabyles de mettre fin au lien conjugal. Il est probable que Daumas et Fabar confondaient le divorce avec la répudiation que les femmes kabyles subissaient de façon quasi systématique. Cela dit, les deux auteurs donnent une description plutôt édulcorée des effets que la répudiation provoquait sur la vie sociale des femmes kabyles. Selon Daumas celles-ci pouvaient réintégrer la maison du père et des frères et y jouir « [...] d'une entière liberté de mœurs¹¹⁷⁶ » Carette pour sa part décrit ainsi la condition de la femme kabyle divorcée dans les termes suivants :

« La femme divorcée porte le nom d'adjoula. Elle retourne chez son père et s'y livre à la prostitution, de l'aveu et sous les yeux de ses parents¹¹⁷⁷ ».

Les travaux menés par la Commission scientifique, s'étaient concentrés surtout sur la structure politique des tribus kabyles et plus généralement sur le droit public. Carette, Daumas et Fabar n'avaient pas une grande connaissance des coutumes kabyles en matière de droit privé. Par conséquent, les descriptions de ces auteurs en matière de

¹¹⁷⁴ M. Daumas, M. Fabar, *La Grande Kabylie. Etudes historiques*, Paris, Hachette, 1847, p. 40.

¹¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 41.

¹¹⁷⁶ *Ibid.*

¹¹⁷⁷ P. Rozet, A. Carette, *op. cit.*, p. 63.

mariage et de divorce n'étaient pas détaillées et se limitaient à conclure que les femmes kabyles jouissaient d'un statut qui leur était favorable, cela pour la simple raison que les Kabyles comptaient plusieurs Saintes dans leur histoire. En plus de cela durant la phase de conquête de la Kabylie, les troupes de Randon se confrontèrent à une armée dirigée par une femme connue sous le nom de *Lalla Fatma n'Soumer*. Celle-ci protégea la population des villages de *Tirouda* et *Takliht* des attaques de l'armée française¹¹⁷⁸. Cet évènement renforça chez les militaires français l'idée que les coutumes kabyles accordaient une place importante aux femmes kabyles, jusqu'à même leur permettre de diriger une armée d'hommes.

Cette image a perduré dans les travaux menés par les Bureaux Arabes dans la période postérieure à la conquête de la Kabylie. Aucapitaine, qui fut présent à l'expédition en Kabylie de 1857, a donné une description positive de la condition des femmes au sein de la culture kabyle et observait ce qui suit :

« La femme kabyle sort le visage découvert, et assiste au repas. La législation lui accorde des avantages que le Koran, pris dans l'acception musulmane, est loin d'accorder au sexe faible [...]. Récemment à notre arrivée chez les Zouaoua, on s'entretenait beaucoup de Lella Fathma, épouse et vierge, qui influençait la Djémaa de sa tribu et la poussait à résister à nos armes [...]»¹¹⁷⁹.

Tout de même, durant la période du régime civil, Chavériat, professeur de droit romain à l'université d'Alger et magistrat, avait noirci l'image de la condition des femmes décrite par les premiers écrits coloniaux. Cet auteur soulignait ainsi que :

« Les femmes kabyles jouissent d'une certaine liberté relative et sortent sans voile¹¹⁸⁰ ». Selon lui, celles-ci bien que « Moins islamisées que les femmes arabes et, par conséquent, un peu moins abruties », étaient tout de même à : « [...] peut-être plus à plaindre, par cela même quelles se doutent davantage de leur déchéance [...]. Parfois, en causant avec une Européenne, elles semblent soupçonner toute l'horreur

¹¹⁷⁸ E. Carrey, *Récits de Kabylie – Campagne de 1857*, Grand Alger Livres Editions, p. 11, J. Servier, *Que sais-je-Les Berbères*, Presse universitaire France, 2 Edition 1994, p. 101.

¹¹⁷⁹ Aucapitaine, *op. cit.*, p. 14.

¹¹⁸⁰ F. Chavériat, *Huit jours en Kabylie. A travers la Kabylie et les questions kabyles*, Paris, Librairie Plon, 1889, p. 7.

*de leur existence, et souffrir spécialement de l'absence totale d'affection de la part de leur mari*¹¹⁸¹ ».

Les descriptions de la condition de la femme kabyle contenues dans les ouvrages de Daumas, Fabar et Carette ne donnaient pas d'informations précises sur les normes coutumières kabyles en matière de mariage ainsi que de divorce et de répudiation. Ces derniers accordaient une grande place au décor et au folklore qui se concrétisaient par de longues dissertations sur les tatouages portés par les femmes kabyles, sur le port du voile et sur leur présumé libertinage.

La publication de *La Kabylie et les coutumes kabyles* fit déchanter l'opinion des juristes sur la condition de la femme kabyle. Celle-ci y est décrite comme étant beaucoup plus soumise à l'autorité masculine que sa voisine arabe. Cela représente une rupture avec l'image véhiculée par les études précédentes. Ainsi dans le II volume de *La Kabylie et les coutumes kabyles* nous trouvons les considérations suivantes :

*« Il faut, à l'égard de la femme en Kabylie, se dépouiller des erreurs qu'ont propagées les brillants paradoxes d'éminents écrivains*¹¹⁸²*»* et *« Si la coutume accorde quelques droits à la mère, elle ne lui laisse de ressources contre l'oppression maritale que la fuite et l'insurrection*¹¹⁸³*»*.

Quelques pages auparavant, la condition des femmes kabyles y est décrite ainsi :

« Les femmes qui restent dans la tribu sont privées de presque tous les droits civils. Elles n'héritent que des femmes ; avant comme pendant le mariage, elles sont soumises à l'autorité d'autrui : des mains de leur famille elles passent à celles de leur mari ou de ses héritiers. Ce n'est que lorsque l'âge de la maternité a cessé pour elles, lorsqu'elles n'ont plus de valeur matrimoniale, lorsqu'elles peuvent, sans craindre la réprobation publique, se présenter seules sur le marché, c'est-à-dire à l'âge où elles sont aux yeux des Kabyles dépouillées de la qualité de femme, qu'il

¹¹⁸¹ *Ibid.*, p. 182.

¹¹⁸² A. Hanoteau, A. H. Letourneux, *op. cit.*, Vol II, Ed. Challamel, Paris, 1893, p. 148.

¹¹⁸³ *Ibid.*, p. 148.

*leur est permis de revendiquer une existence civile et d'acquérir pour elles-mêmes*¹¹⁸⁴ ».

Ces considérations introduisent deux thèmes clés, liés au fait que les coutumes kabyles n'accordaient pas aux femmes le droit au divorce ni celui d'hériter des biens et qui feront couler beaucoup d'encre. Ces prescriptions seront prises à la lettre par les tribunaux français.

§ 2. LES COUTUMES KABYLES EN MATIÈRE DE MARIAGE ET DE DIVORCE

Comme nous avons vu plus haut, *La Kabylie et les coutumes kabyles* constitue une véritable codification détaillée des coutumes kabyles en matière de mariage et de divorce. En ce sens, cet ouvrage nous donne de la condition féminine une description qui se veut avant tout juridique. Ce fut à partir des résultats des études que le commandant Hanoteau avait menées sur le terrain, que les deux auteurs de *La Kabylie et les coutumes kabyles* ont pu codifier de façon quasi-systématique un ensemble de normes coutumières en matière successorale directement applicables par des juges français. La quête d'une logique commune à l'ensemble des normes coutumières kabyles primait sur la prise en compte des nuances qui existaient entre les différents usages villageois en matière de divorce et de succession. Cela, comme nous verrons dans le chapitre suivant, sera plutôt évident en matière d'octroi de droit successoral, du moment où les auteurs de *La Kabylie et les coutumes kabyles* avaient élargi un interdit présent au sein de quelques tribus kabyles à l'ensemble des tribus de la Grande et la Petite Kabylie.

Cela dit, dans le deuxième livre de la *Kabylie et les coutumes kabyles*, les coutumes en matière de mariage, de répudiation, divorce et succession y sont décrites dans le détail. Ces normes sont rédigées par le biais d'un langage prescriptif, cela conférerait un effet performatif aux descriptions qui ont ainsi facilité l'application de la part des tribunaux français.

¹¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 142.

Pour ces raisons, il est ainsi logique et naturel que les juges français se soient tournés vers l'ouvrage d'Hanoteau et Letourneux afin de trancher les différends entre Kabyles qui surgissaient dans *les matières prévues* par le Décret du 29 août 1879. Ce choix était d'autant plus motivé par la clarté du langage prescriptif avec lequel ces coutumes étaient décrites dans l'ouvrage en question.

En un mot, les décrets du 29 août 1879 et du 17 avril 1889 ont fourni une procédure civile aux juges français appelés à appliquer les coutumes kabyles et l'ouvrage d'Hanoteau et Letourneux fournit un droit substantiel à appliquer, donc un véritable Code civil kabyle.

Le deuxième livre de *la Kabylie et les coutumes kabyle* resta longtemps l'unique source reconnue par les tribunaux français en matière de divorce et successorale entre époux kabyles. Cela du moins jusqu'aux années 1930.

Hanoteau et Letourneux commencent à parler de la condition féminine en Kabylie dans le titre II qui était dédié au droit civil. Le mariage kabyle y est décrit comme une transaction qui intervient entre les pères des futurs époux, ayant pour objet la jeune fille. Celle-ci était vendue par son père ou, si ce dernier est décédé, par d'autres parents en ligne masculine¹¹⁸⁵. Ces derniers jouissent d'un droit de prélation qui leurs accordent un droit au mariage avec des femmes de leurs familles.

Ce droit de préemption n'était rien d'autre que le droit de « *djebr* » prévu par le droit musulman malékite. Cette institution se présente aussi sous la forme d'un droit accordé au père de choisir le futur mari au sein de la lignée des parents mâles les plus proches et de l'imposer à sa fille. Cette institution est présente dans toute l'Afrique du Nord. Ce qui différencie les coutumes kabyles du droit musulman réside dans le fait que les premières ne posaient aucune limite au pouvoir exercé par le père dans le choix du futur époux de sa fille. Ce dernier pouvait imposer son choix à sa fille cela même sans tenir en compte de l'âge de celle-ci. Il était fréquent que des filles étaient données en mariage alors qu'elles étaient encore impubères. Il était aussi fréquent que

¹¹⁸⁵ *Ibid*, p. 149.

des femmes ayant atteint un âge avancé étaient contraintes par leur père à se marier avec un homme choisi par lui¹¹⁸⁶. Sur ce point les auteurs précisent ce qui suit :

« Lorsqu'il s'agit d'une veuve, le droit de mariage ou de vente appartient, suivant les villages, aux parents de la femme ou aux héritiers du mari. Quant à la femme répudiée, elle ne peut être remariée par ses parents qu'autant que le prix de vente aura été remboursé au mari¹¹⁸⁷ ».

Un autre aspect qui distingue les coutumes kabyles de celles du reste de la population autochtone algérienne reste le fait que les coutumes kabyles rejetaient toute forme de concubinat¹¹⁸⁸. Selon Hanoteau et Letourneux cet aspect ne doit pas être perçu comme un adoucissement des coutumes kabyles vis-à-vis des femmes, plutôt :

« Cette sévérité de la morale publique n'est, malheureusement, point fondée sur le respect de la femme : la position de celle-ci, dans la société kabyle, est effacée et infime. Le mariage, pour ces rudes populations, n'est ni l'union intime de deux êtres dont l'individualité se confond dans une communauté d'affections, ni une société dans laquelle chacun a des droits en harmonie avec ses devoirs : achetée, livrée sans que, le plus souvent, sa volonté intervienne, la femme kabyle n'a pour ainsi dire pas de personnalité légale¹¹⁸⁹ ».

Les coutumes kabyles n'accordaient pas aux femmes kabyles le droit au divorce, mais uniquement un droit d'insurrection. Hanoteau et Letourneux affirment ainsi que : *« Si la coutume accorde quelque droit à la mère, elle ne lui laisse de ressources contre l'oppression maritale que la fuite et l'insurrection¹¹⁹⁰ ».* Sur ces derniers points nous reviendrons dans la partie dédiée au droit à l'insurrection.

Dans leur description de l'institution du mariage kabyle, Hanoteau et Letourneux inventent de plein gré une institution, celui des fiançailles kabyles. Cette erreur, bien qu'elle leur fût par la suite reprochée le siècle suivant par Lefèvre et Bousquet, avait

¹¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 27.

¹¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 151.

¹¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 148.

¹¹⁸⁹ *Ibid.*

¹¹⁹⁰ *Ibid.*

été reprise par le Décret de 1931. Ce décret, en réformant le mariage kabyle, prévoyait que pour être conforme à la loi un mariage entre Kabyles devait contenir une déclaration de fiançailles et que le rite des fiançailles devait être préalablement célébré avant celui du mariage, peine la nullité du mariage.

Le rituel des fiançailles devait se dérouler en deux phases. Avant toute cérémonie nuptiale pour pouvoir se marier tout homme kabyle devait consulter sa future belle-famille (*Kharrouba*). D'abord l'aspirant époux déléguait un parent proche ou un ami pour rencontrer le père de l'épouse et lui communiquer son intention d'épouser sa fille. Cela donnait lieu à des négociations sur le futur mariage¹¹⁹¹. En cas d'accord entre les parties, s'ouvrait une seconde phase. Celle-ci consistait en « *une entrevue officielle* » qui se tenait quelques jours après¹¹⁹². Il est important de souligner que ce moment est défini comme une « *entrevue analogue à des fiançailles*¹¹⁹³ ».

La rencontre entre le futur époux et les parents de la future épouse avait alors lieu. Durant cette cérémonie la future épouse était absente¹¹⁹⁴. Les parties présentes récitaient le fameux verset Coranique de la *Fat'ha*, qui donnait un aspect solennel à la cérémonie nuptiale. Cette cérémonie selon Hanoteau et Letourneux :

« [...] engage irrévocablement les parties ; et si l'une d'elles manquait à la parole donnée, elle serait contrainte de s'exécuter et payerait en outre une amende. Elle entraîne, d'une part, le paiement de la *thamamath* ; de l'autre, la livraison de la femme dans un délai qui n'est pas toujours déterminé, mais dont le maximum paraît fixé à une année¹¹⁹⁵ ». Une fois conclue la cérémonie secrète, les témoins officialisent le mariage dans le village avec des coups de fusil. « *Au fath'a secret succèdent la remise de la *thamamth* et la *fath'a publique* ou *fath'a a dhehara*¹¹⁹⁶ ».*

¹¹⁹¹ *Ibid.*, p. 212.

¹¹⁹² *Ibid.*, p. 213.

¹¹⁹³ *Ibid.*

¹¹⁹⁴ *Ibid.*

¹¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 213.

¹¹⁹⁶ *Ibid.*

En un mot cette cérémonie est décrite comme un véritable contrat préliminaire obligatoire, qui engage par la suite les familles respectives à stipuler un futur contrat définitif de mariage.

Le jeune homme kabyle n'avait besoin d'aucune autorisation de la part de sa famille dans le choix de sa future épouse, mais tout de même nous trouvons écrit dans *La Kabylie et les coutumes kabyles* que : « [...] l'usage lui fait un devoir de consulter ses parents¹¹⁹⁷ ».

La situation est bien différente pour les filles kabyles. Hormis l'hypothèse des filles de marabouts qui doivent être consultées sur le choix de leur futur époux : « [...] lorsqu'elle a atteint l'âge de la raison¹¹⁹⁸ », les autres femmes kabyles pouvaient être données en épouses sans être consultées et ainsi :

« La fille vierge n'est jamais consultée ; la veuve et la femme répudiée ne disposent jamais d'elles-mêmes ; mais, dans la plupart des tribus, on a établi la règle qu'elles avaient la faculté de rejeter à deux reprises les prétendants qui leur étaient présentés. Après deux refus, leur droit est épuisé, et elles sont forcées de subir la volonté de celui qui dispose d'elles.¹¹⁹⁹ ».

Hanoteau et Letourneux concluent leur panoramique sur le mariage kabyle en traitant de l'institution de la dot. Plus précisément plus que d'une dot, ils parlaient plutôt d'un : « [...] prix de vente ou *thamamth*¹²⁰⁰ ».

C'est une somme que le futur mari devait payer à son futur beau-père. Cette transaction est fondamentale pour la validité du contrat de mariage. Car : « *Le refus de paiement peut être une cause légale de répudiation*¹²⁰¹ » et « [...] *Les sommes livrées à titre de thamamth ne sont jamais restituées, lors même que la femme ou le*

¹¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 150.

¹¹⁹⁸ *Ibid.*.

¹¹⁹⁹ *Ibid.*

¹²⁰⁰ *Ibid.*, p. 151.

¹²⁰¹ *Ibid.*, p. 153.

mari viendraient à décéder avant l'introduction de l'épouse dans le domicile conjugal [...] ¹²⁰²».

Le père de l'épouse fixait le montant exact de la somme à verser. Ce dernier avait : « [...] *toute liberté de spéculer sur la beauté et les talents domestiques de sa fille.* ¹²⁰³ ». Les qanouns de certaines tribus du Djurdjura méridional telles que *Imcheddalen* et les *Ait Kani*, fixaient le prix de la somme ¹²⁰⁴.

Les femmes n'avaient aucun droit sur la dote-*thamamth* ¹²⁰⁵. Hanoteau et Letourneux sur ce point citent l'exemple de la tribu kabyle des *Ait-Iraten* afin de comprendre ce que prévoyaient les coutumes kabyles dans les cas où la future épouse avait perdu tous les parents mâles jusqu'au second degré. La question était de savoir si dans un tel cas la mère avait le pouvoir de conserver la somme d'argent qui devait être donnée à titre de *thamamth*. La coutume des *Ait-Iraten* prévoyait que la mère de la future épouse avait le droit de conserver un tiers de la *thamath*. La dote était partagée en trois parts dont deux sont destinées à l'agnat le plus proche et la troisième à la mariée et à sa mère ¹²⁰⁶.

Comme nous verrons plus bas, les problématiques liées à la somme versée à titre de *thamamth* constituaient une question discutée par la jurisprudence des tribunaux français en Kabylie.

Dans le chapitre VII du second livre de *La Kabylie et les coutumes kabyles* nous trouvons une liste exhaustive des différentes formes de contrat de mariage prévues par les coutumes kabyles. C'est ainsi que les auteurs soulignent que : « *Dans la pure tradition kabyle pour ce qui tient de la condition du mariage la thamamth, les cherout et le Cedak sont stipulés en présence de témoins, sans qu'il soit dressé aucun acte* ¹²⁰⁷ ».

¹²⁰² *Ibid.*

¹²⁰³ *Ibid.*, p. 154. Ce phénomène relègue la femme kabyle à une condition d'infériorité par rapport aux autres coutumes berbères telles que celle des Aurès et Touaregs. L., M., S., Lefèvre, *op. cit.*, p. 47, notes 2-3.

¹²⁰⁴ *Ibid.*, p. 153.

¹²⁰⁵ *Ibid.*

¹²⁰⁶ *Ibid.*, p. 155.

¹²⁰⁷ A. Hanoteau, A. Letourneux, *op. cit.*, p. 163.

Le chapitre successif était dédié aux motifs d'empêchement du mariage. Les auteurs se limitent à faire un renvoi au droit musulman malékite, pour la raison que, selon eux, les coutumes kabyles se conforment à cette matière¹²⁰⁸. Les auteurs citent ensuite certains cas spécifiques comme celui du mariage interdit entre parent liés en ligne collatérale et donc entre frère et sœur, neveux et tante, oncle et nièce¹²⁰⁹. Malgré le fait qu'en Kabylie il n'existait pas un système assimilable à une hiérarchie de caste proprement établie, les descendants de marabouts ne pouvaient se marier qu'entre eux. Hanoteau et Letourneux observent une quasi-absence de mariage entre Kabyles musulmans et israélites ainsi que l'interdiction des mariages entre Kabyles et les descendants d'esclaves noirs sub-sahariens¹²¹⁰.

La répartition des tâches et devoirs entre conjoints était établie de façon stricte. Les hommes avaient le devoir de protéger leurs épouses. Par contre celles-ci se devaient d'être obéissantes et fidèles à leurs époux¹²¹¹. Lefèvre de sa part ajoute à la liste un devoir de cohabitation au sein du domicile de l'époux et souligne ainsi que :

« *La jeune femme, dès son mariage, est matériellement intégrée au groupe familial et patriarcal de son mari* » et cela a comme conséquence que « [...] *elle est en fait non seulement sous la dépendance de celui-ci, mais encore la plupart du temps, sous celle de ses beaux-parents (de sa belle-mère notamment)*¹²¹² ».

L'épouse restait propriétaire uniquement des bijoux qui lui ont été données le jour de son mariage¹²¹³. Une fois devenue mère, l'épouse était protégée par le conjoint, qui selon la coutume était tenu à lui procurer une nourrice. Les auteurs de *La Kabylie et les coutumes kabyles* ajoutent que : « *Dans ces circonstances, la femme kabyle trouve dans la coutume une protection efficace et la garantie de soins presque recherchés, qui contrastent avec le sort des femmes arabes dans les tribus sous la tente*¹²¹⁴ ». Les époux kabyles disposaient d'un *jus corrigendi* envers leurs épouses et ainsi les

¹²⁰⁸ *Ibid.*,

¹²⁰⁹ *Ibid.*

¹²¹⁰ *Ibid.*, p. 165.

¹²¹¹ *Ibid.* p.167.

¹²¹² L., M., S., Lefèvre, *op. cit.*, p. 65.

¹²¹³ A. Hanoteau, A. Letourneux, *op. cit.*, p.168

¹²¹⁴ *Ibid.* p. 169.

hommes kabyles pouvaient battre leurs femmes. Comme nous verrons plus loin, cette problématique liée aux violences conjugales fit l'objet de nombreux arrêts des tribunaux français en Kabylie et, ainsi, il sera souligné que la coutume kabyle est plus lourde que la loi musulmane malékite.

L'ouvrage d'Hanoteau et Letourneux avait véhiculé au sein de la doctrine et de la jurisprudence française l'idée selon laquelle les coutumes kabyles n'accordaient aucun droit de divorce aux femmes kabyles. Par contre ces mêmes coutumes octroyaient aux hommes le droit de mettre fin au mariage à tout moment de façon unilatérale. Cela dit, il demeure des situations où ce lien est annulé pour des raisons qui ne dépendent pas de la volonté des époux. Ces hypothèses sont les suivantes :

« 1 Si la femme a été vendue par quelqu'un qui n'avait pas le droit d'en disposer.

2 Si la femme était encore dans les liens d'un premier mariage non dissous par la volonté formellement exprimée du mari.

3 S'il y a inceste volontaire ou involontaire ; dans le cas où l'inceste est volontaire, les coupables et les enfants issus de leur union sont lapidés.

4. Si la femme d'un absent s'est remariée sans avoir fait constater par la djemââ l'expiration des délais légaux.

5 Si le mariage a été consommé pendant le délai d'expectation (Aidda) ; le coupable et ses complices sont, en outre, passibles d'une amende (voir le chapitre des Seconds mariages).

Cette règle n'est pas générale.

6. Si le mariage n'a pas été célébré publiquement. Les conditions de publicité varient suivant les villages (...)

7. Si le mari est impuissant. Dans ce cas on suit les règles du droit musulman. Un délai d'un an est accordé au mari pour faire acte de virilité.

Ce délai passé, le mariage est déclaré nul, et la femme peut se remarier ».

Dans les cas cités ci-dessus « [...] *il y a lieu à restitution de la thamamth*¹²¹⁵ ».

Comme nous avons vu plus haut le mari avait le droit de résilier unilatéralement le lien matrimonial. Hanoteau et Letourneux soulignent ainsi que :

*« De toutes les législations qui ont attribué au mari un droit supérieur au droit de l'épouse, la coutume kabyle est la plus dure à l'égard des femmes*¹²¹⁶ ».

La coutume kabyle prévoit deux types de répudiation, une dite avec fixation de prix (*berroun-tegouri*) ainsi qu'une répudiation sans fixation de prix (*berrou embla tegour*¹²¹⁷).

Dans le premier cas d'espèce, le mari pouvait déclarer la résiliation du lien matrimonial à travers la simple prononciation de la formule suivante :

*« Je te répudie et je mets sur ta tête telle somme.*¹²¹⁸ »

Dans le deuxième cas le mari se limitait à céder son épouse à un tiers en moyennant le paiement de la somme fixée¹²¹⁹.

Les coutumes kabyles permettaient aux époux de renvoyer leurs femmes du domicile familial sans préalablement devoir les répudier¹²²⁰. Ces mêmes coutumes kabyles n'accordaient aux femmes aucune possibilité de demander une quelconque forme de divorce. Du moins cela était une des idées phares véhiculées par l'ouvrage d'Hanoteau et Letourneux. L'unique option que les coutumes laissaient aux femmes kabyles était la possibilité de se mettre dans « état d'insurrection » et de ne plus réintégrer le domicile conjugal. Cette institution kabyle connu sous le nom de *Thamenfek't* sera rebaptisé avec le nom de la : « femme insurgée ».

¹²¹⁵ *Ibid.*, p. 172.

¹²¹⁶ *Ibid.*, p. 176.

¹²¹⁷ *Ibid.*, p. 177.

¹²¹⁸ *Ibid.*

¹²¹⁹ *Ibid.*

¹²²⁰ *Ibid.*, p. 181.

La manière dont cette institution avait été décrit dans *La Kabylie et les coutumes kabyles*, avait fortement influencé la jurisprudence et la législation coloniale. Dans un premier temps, les tribunaux refusèrent d'accorder le droit au divorce aux femmes kabyles, qui ne se mettaient pas préalablement en état d'insurrection. Pour être en état d'insurrection, la femme devait réussir à s'échapper de son domicile conjugal et rejoindre son domicile parental. Une fois arrivée en « zone libre » la femme devait déclarer à ses parents son refus de réintégrer le domicile du mari. Dans un tel cas, le mari conservait la possibilité de répudier son épouse insurgée. Cette répudiation donnait au mari le droit de récupérer la *thamamth* (somme d'argent contractée) ou bien de la laisser *Thamaouk't*¹²²¹. Il apparaît donc que plus qu'un droit au désistement, la *thamenfek't* était une simple protection qui était accordée à la femme uniquement dans le cas où celle-ci parvenait à se réfugier chez ses parents¹²²². Cependant une fois réfugiée chez ses parents, la femme insurgée ne pouvait se remarier que si son mari décidait de la répudier ou plus simplement, si celle-ci obtenait la permission de son époux¹²²³. Les coutumes kabyles prévoyaient qu'à partir du moment où le mari répudie l'épouse insurgée, ce dernier peut se considérer comme étant libéré de toute obligation de protection envers sa femme. Hanoteau et Letourneux affirment que l'épouse kabyle pouvait tout-de-même s'insurger, mais une telle option demeurait comme *extrema ratio*, donc uniquement si la vie de couple devenait insoutenable¹²²⁴.

Hanoteau et Letourneux présente cette faculté accordée aux femmes kabyles comme un « [...] *contrepoids au pouvoir exorbitant du mari* ¹²²⁵ ».

Ce contrepoids est accordé à toute femme subissant de la part des coutumes kabyles des abus considérés comme étant intolérables. Par conséquent :

¹²²¹ *Ibid.*, p. 183.

¹²²² *Ibid.*

¹²²³ *Ibid.*

¹²²⁴ L., M., S., Lefèvre, *op. cit.*, p. 70.

¹²²⁵ *Ibid.*, p. 182.

« La femme est alors en état d'insurrection, et si elle refuse de retourner auprès de son mari, celui-ci a le choix ou de la répudier en recevant, suivant les tribus, soit le prix de la thamamth, soit le lefdi, ou bien de la laisser thamaouk 't¹²²⁶ ».

Dans les faits, cet état de révolte produit la rupture du lien matrimonial et par conséquent :

« Le prix de la thamamth ou du lefdi est tantôt immédiatement exigible des parents, tantôt payé par le nouvel époux lorsque la femme se remarie ¹²²⁷ ».

Les femmes ainsi insurgées réintégraient le domicile familial et passent à nouveau sous la tutelle de son père-patriarce, par conséquent :

La femme insurgée est nourrie par ses parents, et si elle meurt, ceux-ci subviennent aux frais de ses obsèques¹²²⁸ ».

Les auteurs soulignent que ce droit d'asile est assuré uniquement à la femme qui réussit à s'évader et à réintégrer le domicile de ses parents. :

« La coutume ne protège que la femme qui se retire chez ses parents. La moralité kabyle ne lui accorde pas le droit de se réfugier auprès d'un autre homme, ni de contracter un nouveau mariage sans répudier ou sans avoir obtenu l'agrément de son mari ¹²²⁹ ».

Dans ce dernier cas le mari privé de son bien a le droit de se faire dédommager par la famille de son ex-épouse et ainsi obtenir : *« [...] une indemnité des parents ou de la kharouba, dans les tribus qui imposent aux parents la garantie des actions de la femme ».*

En ce qui concerne la garde des enfants, Hanoteau et Letourneux observent ce qui suit :

¹²²⁶ *Ibid.*

¹²²⁷ *Ibid.*, p. 183.

¹²²⁸ *Ibid.*

¹²²⁹ *Ibid.*

« En principe, le mari a le droit de conserver près de lui tous ses enfants, les filles aussi bien que les garçons, même les enfants à la mamelle [...]. Cependant il existe de nombreuses exceptions à cette règle en faveur des enfants qui ne sont pas sevrés [...] dans certaines tribus [...] la femme, veuve, répudiée ou fugitive, doit emporter avec elle la faible créature qu'elle allaite ; mais le mari ou ses héritiers sont tenus de lui fournir une certaine somme mensuelle ou annuelle et quelquefois des vêtements, jusqu'à l'époque où le nourrisson peut se passer du sein de sa mère ¹²³⁰».

Cela dit, une fois répudiée la femme peut contracter un nouveau mariage seulement après avoir laissé écouler un certain délai de temps. Cette *vacatio temporis* est connu sous le nom d'*aidda*. Si le terme n'était pas respecté, le mariage était annulé et par conséquent :

« [...] dans un certain nombre de tribus, la nullité de la seconde union et de plus le paiement d'une amende, qui quelquefois atteint, non seulement le mari, mais les parents et ceux qui ont négocié le mariage ¹²³¹».

Nous trouvons les termes de l'*aidda* des veuves ainsi que des femmes répudiées fixés de façon plutôt précise :

« L'aidda de la veuve est de quatre mois et dix jours complets à partir du jour où le mari est décédé.

Les déterminations de temps par mois s'entendent toujours des mois lunaires, tels qu'ils arrivent et quel que soit le nombre des jours¹²³² ».

L'*aidda* de la femme répudiée prévoit deux cas divers :

« 1. Si la femme est encore impubère ou si, par suite de l'âge, elle n'est plus soumise aux infirmités mensuelles, le délai légal est trois mois et dix jours.

¹²³⁰ A. Hanoteau, A. Letourneau, *op. cit.* vol. II, p. 185.

¹²³¹ *Ibid.*, p. 173.

¹²³² *Ibid.*, p. 174.

2. *Si la femme a ses menstrues, elle peut se remarier après avoir fait constater par les matrones trois menstrues consécutives.*

La femme dont le mariage a été annulé est soumise aux mêmes délais que la femme répudiée.

La durée de cette aïdda est conforme à la loi musulmane, mais le point de départ est différent dans les deux droits.

Les Arabes font courir le délai du jour de la répudiation ou du divorce ; les Kabyles, du jour où le prix de rachat de la femme a été compté.

En cas de grossesse, la femme répudiée ne peut, comme la veuve, se remarier qu'après la délivrance.

Elle peut aussi se déclarer enceinte et jouir du bénéfice de l'enfant endormi. Elle est crue pour son affirmation, sans qu'elle ait besoin de déposer sa ceinture¹²³³».

Comme nous avons déjà vu, dans les premières décennies qui suivirent la publication de *La Kabylie et les coutumes kabyles*, aucune étude de terrain n'avait été menée sur les coutumes kabyles. Il faudra attendre les années 1930 pour avoir une mise à jour sur la situation de la condition féminine. Cette mise à jour a été la thèse de doctorat de Lefèvre qui portait sur la condition des femmes kabyles. La thèse avait donné une vision plus nuancée sur le rôle joué par la femme kabyle au sein de sa communauté. L'autrice explique que l'origine des spécificités des coutumes kabyles s'expliquaient par le type de structure familiale présente en Kabylie, une structure familiale qui reposait sur un fort sens de solidarité du groupe familial. Lefèvre explique que cette institution pouvait aller : « [...] *jusqu'à ses extrêmes limites pour assurer au groupe [...] protection et sécurité. Mais en revanche, elle exige de leur part un abandon complet de leur personnalité individuelle, et subordonnait, comme il est de règle dans le pur droit patriarcal, l'intérêt de chacun à celui de tous* ¹²³⁴ ». Cela dit, le mariage kabyle était présenté comme une nécessité sociale, autrement dit comme une

¹²³³ *Ibid.*, p. 176.

¹²³⁴ L. M. S. Lefèvre, *op. cit.*, p. 16

« contrainte matrimoniale ¹²³⁵ ». Suite à ces études de recherche mené en Kabylie durant les années 1920, Lefèvre souligne que le droit de *djebr* n'était pas ressenti par les filles kabyles comme une contrainte intolérable et cela pour la raison que cette institution était à ses yeux : [...] *tellement ancre dans les mœurs depuis les siècles qu'il leur semble normal et tout à fait naturel* ¹²³⁶ ». Les femmes répudiées tout comme les veuves étaient soumises à cette contrainte, même si elles jouissaient d'une liberté majeure ¹²³⁷. Hanoteau et Letourneux ont affirmé de leur part, que les fils également étaient soumis à l'autorité paternelle, mais cette soumission avait un terme : l'atteinte de l'âge de la majorité. Les deux auteurs affirment, quant au rôle de la mère, qu'à celle-ci était réservé un droit de : « *correction et de jouissance des revenus de ses enfants* ¹²³⁸ », mais qu'elle demeurait aussi sous le contrôle du mari ou de la famille de ce dernier. De sa part Lefèvre souligne que la mère de famille kabyle, dans le cas où elle se retrouve veuve et qu'elle ne se remarie pas, exerce un certain pouvoir sur le choix des futurs conjoints de ses enfants et que cela vaut aussi bien pour les fils que pour les filles.

Il est fort probable que la jurisprudence de la fin du XIXe siècle ainsi que la législation des années 1930 qui fixa l'âge légal pour le mariage et qui introduisit par la suite le droit au divorce et droit sur des parts d'héritages pour les femmes kabyles a profondément changé les coutumes kabyles. C'est ainsi que dans un premier temps le législateur reforma le mariage entre Kabyles en introduisant l'âge légal pour le mariage ainsi que l'obligation de la déclaration des fiançailles, deux réformes qui furent introduites par le biais de la loi du 02 mai 1930 (**section 2**).

¹²³⁵ *Ibid.*, p. 26 et suivantes.

¹²³⁶ *Ibid.*, p.28.

¹²³⁷ *Ibid.*, p. 29.

¹²³⁸ A. Hanoteau, A. Letourneux, *op. cit.* vol. II, p. 192.

SECTION 2. L'INTRODUCTION DE L'ÂGE LÉGAL ET L'OCTROIE DU DROIT AU DIVORCE AUX FEMMES KABYLES

Les juges français étaient appelés à se prononcer dans la validité des mariages entre Kabyles. Dans un premier temps, la jurisprudence française prit à la lettre la description des coutumes kabyles en matière de mariage et divorce présentée dans le second livre de *la Kabylie et les coutumes kabyles*. Ceci étant, la jurisprudence avait sollicité l'intervention du législateur afin que ce dernier réformât les coutumes kabyles en matière de mariage, en interdisant le mariage des filles impubères et en octroyant un droit au divorce aux femmes kabyles. Le législateur intervint dans un premier temps à travers la loi du 02 mai 1930 en introduisant l'âge légal pour la validité du mariage (§1) et par la suite en adoptant le décret du 19 mai 1931 dont le titre premier accordait un droit au divorce aux femmes kabyles (§2).

§1. LA CONSÉCRATION DES « FIANÇAILLES KABYLES » ET L'INTRODUCTION DE L'ÂGE LÉGAL POUR LE MARIAGE (LOI DU 02 MAI 1930)

Vers la fin du XIXe siècle, les juges français qui devaient appliquer les coutumes kabyles en matière de statut personnel choisirent comme sources de référence les prescriptions contenues dans *La Kabylie et les coutumes kabyles*, plus précisément le rituel du mariage décrit dans *La Kabylie et les coutumes kabyles*. Ce rite était interprété comme une procédure précise que les parties devaient suivre pour attester de la validité du mariage. Par conséquent les « fiançailles kabyles » décrites dans l'ouvrage d'Hanoteau et Letourneux avaient été assimilées par la jurisprudence française à un contrat préliminaire, dont l'absence provoquait une nullité du contrat de mariage définitif. Nous avons l'exemple de l'arrêt du Tribunal de Tizi-Ouzou du 18 février 1892 qui prévoyait qu'un contrat de mariage entre Kabyles pour être valide devait respecter les phases suivantes :

« 1- Les parents doivent débattre ensemble et dans le plus grand secret les conditions de l'union projetée ; - 2 S'il se mettent d'accord, une entrevue officielle est ménagée dans un lieu désigné où se rendent le futur, le père de ce dernier et le père de la future, en présence de plusieurs témoins ; - 3 La future n'assiste jamais à cette conférence où se règlent toutes clauses définitives du mariage ; -4 Enfin, les parties en présence récitent la prière dite « fatha » avant de se séparer ¹²³⁹ ».

Dans le cas d'espèce la future épouse avait assisté à la : « [...] conférence où se règlent toutes clauses définitives du mariage », ce qui avait induit la Cour à conclure qu'une telle violation de l'échéancier décrit par Hanoteau provoquait la nullité du contrat de fiançailles et par conséquent :

« Dès lors, lorsqu'il est établi en fait que la future a assisté aux pourparlers qui ont eu lieu et que la fatha n'a pas été récitée, il n'y a pas de fiançailles dans le sens réel des coutumes, entraînant l'irrévocabilité du mariage¹²⁴⁰ ». Cet arrêt anticipera le travail du législateur¹²⁴¹ ».

Durant les années 1930 ce fut au tour du législateur qui, par le biais de la loi du 02 mai 1930, modifia le mariage kabyle en introduisant l'obligation des fiançailles et en imposant un âge légal. Cette réforme avait consacré de façon officielle les « fiançailles kabyles ». Ce fut ainsi que la « déclaration de fiançailles » fut imposée au titre de phase préalable et obligatoire pour la validité du contrat de mariage sous peine de nullité de l'acte de mariage.

L'obligatorité des fiançailles avait eu des conséquences importantes sur le tissu social kabyle. Sur ce sujet la thèse de doctorat de Lefèvre représente une référence incontournable car ce travail représente une des rares critiques académiques contre le choix de législateur français d'imposer aux Kabyles une coutume inventée de toutes pièces que sont les « fiançailles kabyles ». La loi du 02 mai 1930 avait été défini par Lefèvre comme étant : « [...] dépourvue de toute précision juridique ¹²⁴² ». L'autrice

¹²³⁹ *Revue algérienne et tunisienne Tables décennales années 1885.1894*, première partie, p. 276.

¹²⁴¹ *Ibid.*

¹²⁴² *Revue algérienne et tunisienne de législation et de jurisprudence*, 1892, II, p. 76 ; L., M., S., Lefèvre,

témoigne à la suite de son étude menée sur le terrain au début du XXe siècle en Kabylie que les désistements vis-à-vis d'un engagement de mariage provoquait des représailles violentes au sein des villages. La loi du 02 mai 1930 en ayant introduit l'institution des fiançailles comme phase préalable au mariage kabyle avait empiré la condition des femmes kabyles et entraîné des conséquences plutôt néfastes. Étant donné que les coutumes kabyles considéraient le mariage comme un contrat de « vente » stipulé entre le futur époux et le père de l'épouse et que l'objet du contrat était la femme elle-même - l'institution du mariage étant pour les coutumes kabyles un contrat qui chosifiait les femmes-, imposer les fiançailles comme l'avait fait le législateur français c'est-à-dire comme un véritable contrat préliminaire, avait induit un certain nombre d'hommes kabyles à penser que la loi du 02 mai 1930 les autorisait à exiger la consigne de leurs fiancées en cas de désistement de la part des pères. En un mot, l'homme qui se voyait privé de sa fiancée réclamait devant les tribunaux français la « livraison » de la femme qui lui a été promise ¹²⁴³.

Comme nous voyons, l'introduction des fiançailles avait eu pour conséquence l'accentuation de la chosification de la femme kabyle qui se voyait réduite à un statut de bien immeuble dont on pouvait exiger la restitution en passant par un tribunal.

Lefèvre témoigne que souvent des contentieux surgissaient entre les pères des époux ainsi qu'entre le père de l'épouse et le futur mari. Dans ce dernier cas, il arrivait souvent que pour des raisons diverses les pères des futures épouses décidaient de ne plus donner leur approbation au mariage de leurs filles. Dans ce cas précis, les coutumes kabyles autorisaient les pères à reprendre leurs filles. Cependant dans le cas où le désistement provenait de la part du futur époux, les obligations de ce dernier n'avaient : « [...] *pas le caractère absolu de celles qui lient le père de la future épouse*¹²⁴⁴ ». Cela dit, les coutumes kabyles authentiques interdisaient un tel comportement et plusieurs *qanouns* prévoyaient des sanctions à cet égard.

op. cit., p. 43.

¹²⁴³ L. M. S. Lefèvre, *op. cit.*, p. 40

¹²⁴⁴ *Ibid.*, p. 42.

La loi du 02 mai 1930, en plus d'avoir imposé les fiançailles aux Kabyles, a aussi réformé l'âge légal prévu pour la validité du mariage. Comme nous avons vu, dans l'ouvrage d'Hanoteau et Letourneux nous trouvons écrit que les coutumes kabyles ne prévoyaient pas d'âge légal *minimum* pour le mariage. Nous avons aussi vu que par l'introduction du registre civil par le biais du décret de 1873 et de la loi 1883, les Kabyles avaient désormais pris connaissance de leur âge légal. Par la suite le Décret de 1902 avait fixé l'âge de la majorité pour les deux sexes sur la base de critères temporaires et non plus physiques. Toutes ces réformes ont permis d'appliquer la loi du 02 mai 1930.

Avant l'adoption de cette loi, les jeunes filles kabyles étaient données en mariage à un âge qui était bien inférieur à 14 ans. La loi du 02 mai 1930 va fixer l'âge légal à 15 ans révolus¹²⁴⁵. L'article 2 de la loi prévoit en effet ce qui suit :

« Article 2- Aucun mariage des indigènes kabyles visé à l'article 1^{er} ne peut être, en outre, contracté sans que les fiançailles n'aient été préalablement déclarées au fonctionnaire ayant qualité pour recevoir les déclarations de mariage aux termes de l'article 17 de la loi du 23 mars 1882, par le mari, la future femme ou leurs représentants ; il doit être justifié par les parties à ce fonctionnaire de l'identité et de l'âge des fiancés. La justification de l'âge ne peut être faite que par acte de l'état civil ou par jugement en tenant lieu¹²⁴⁶ »

L'inobservance de ces formalités n'entraînait pas seulement la nullité du mariage, mais aussi une peine de prison ainsi :

« [...] elle est, en outre punie d'une peine de prison et d'une amende de 16 à 500 francs ou de l'une de ces deux peines seulement. L'article 463 du code pénal est applicable aux délits prévus par la présente loi, le tout sans préjudice des poursuites auxquelles une consommation prématurée du mariage pourrait donner lieu¹²⁴⁷ ».

¹²⁴⁵ H. Benet, *L'état civil en Algérie*, Imp. Minerva, Alger, 1937, p. 279-284.

¹²⁴⁶ L. M. S. Lefèvre, *op. cit.*, p. 56

¹²⁴⁷ *Ibid.*

Lefèvre observait que durant les années 30 du XXe siècle le mariage des impubères n'était presque plus pratiqué en Kabylie. Du moins, ce type de pratique n'était pas aussi fréquent qu'il l'était au moment de la rédaction de *La Kabylie et les coutumes kabyles*. Lefèvre ajoute que : « [...] *bien que les coutumes kabyles ne fixassent aucune limite au-dessous de laquelle il était interdit [...]* » une telle pratique « *ne constituait cependant pas la règle en Kabylie, surtout au cours de ces dernières années*¹²⁴⁸ ».

Selon Lefèvre la survie, bien que désormais rare, des mariages entre impubères kabyles s'expliquait par : « [...] *l'état social primitif et peu évolué*¹²⁴⁹ » dans lequel se trouvaient les Kabyles ainsi que par les conditions de précarité économique dans laquelle vivaient la plupart des Kabyles. Lefèvre ajoute sur ce point que : « [...] *en mariant ses filles le plus tôt possible : il augmente même son avoir en touchant leur dot*¹²⁵⁰ ».

Cela dit, bien que la pratique du mariage des filles impubères se fût affaiblie durant les années 1930, les prescriptions de la loi du 02 mai 1930 en matière de mariage entre impubères kabyles n'étaient néanmoins pas souvent suivies par les Kabyles. Lefèvre témoigne que la réforme en question restait souvent lettre morte. Les Kabyles n'acceptaient pas l'intrusion des lois françaises dans leurs coutumes¹²⁵¹. Par conséquent le législateur fit un pas en arrière et durant le mois de mai 1931 fut instituée une commission de dispense d'âge qui permettait de déroger à la limite d'âge imposée par la réforme du 02 mai 1931.

Les juges français avaient été très rigoureux dans la répression des déclarations de fiançailles de filles âgées de moins de 15 ans. Les Kabyles afin de contourner la norme sur les fiançailles contractaient des mariages avec des épouses ayant moins de 15 ans de façon clandestine et faisaient par la suite une déclaration de fiançailles au moment où l'épouse en question avait atteint l'âge légal¹²⁵². En 1936 il y eut 47

¹²⁴⁸ *Ibid.*, p. 32.

¹²⁴⁹ *Ibid.*, p. 33.

¹²⁵⁰ *Ibid.*

¹²⁵¹ *Ibid.*, p. 60.

¹²⁵² *Ibid.*, p. 59.

condamnations pour défaut de fiançailles dans le seul arrondissement de Tizi-Ouzou¹²⁵³.

Très peu de temps après avoir imposé aux Kabyles un âge légal pour la validité du mariage ainsi qu'une déclaration préalable de fiançailles, le législateur français par le biais du décret du titre I du 19 mai 1931 réforma les coutumes kabyles en accordant aux femmes kabyles le droit au divorce (**section 2**).

§ 2. L'OCTROI DU DROIT AU DIVORCE AUX FEMMES KABYLES PAR LE BIAIS DU DÉCRET DU 19 MAI 1931 (TITRE I)

La jurisprudence française dès la fin du XIXe siècle avait octroyé aux femmes kabyles un droit au divorce dans le cas où celles-ci étaient victimes de sévices graves. Ce faisant, la jurisprudence avait réformé les coutumes kabyles qui ne permettaient en aucun cas aux femmes de demander la résiliation du contrat de mariage. Cette jurisprudence avec l'appui des vœux des délégués kabyles avait sollicité l'intervention du législateur qui adopta le décret du 19 mai 1931 dont le titre premier octroyait aux femmes kabyles un droit partiel au divorce. Le droit au divorce fut accordé aux femmes kabyles d'abord par la jurisprudence (A) et ensuite par l'intervention du législateur à travers le titre I du Décret du 19 mai 1931 (B).

A L'OCTROI DU DROIT AU DIVORCE AUX FEMMES KABYLES PAR LA JURISPRUDENCE FRANÇAISE

La question de l'octroi aux femmes kabyles du droit au divorce a été une des problématiques les plus complexes que les juridictions françaises aient dû affronter en Algérie.

Initialement, les juges français appliquaient à la lettre les prescriptions contenues dans le second livre de *La Kabylie et les coutumes kabyle* en matière de mariage. Cela avait eu comme conséquence le fait que les juges en question n'accordaient aucun

¹²⁵³ *Ibid.*, p. 58

droit de divorce aux femmes kabyles, même quand celles-ci étaient victimes des pires abus.

À partir de la fin du XIXe siècle la jurisprudence, par la doctrine universitaire française d'Algérie, avait affiché de façon très marquée la volonté de réformer le droit coutumier kabyle en octroyant le droit au divorce aux femmes kabyles. Cette volonté réformatrice fut soutenue par les délégués kabyles les plus progressistes tels que Roumane.

La réponse du législateur arriva avec la promulgation du décret du 19 mai 1931. Bien avant l'adoption de cette loi, les juges de paix avaient dès la fin du XIXe siècle cherché à assouplir les coutumes kabyles en matière de divorce. L'action des juges de paix d'abord et par la suite celle de la Chambre de révision musulmane avaient anticipé, voire même sollicité l'intervention du législateur.

Dès l'année 1892 les juges de paix présents en Kabylie cherchèrent à accorder aux femmes kabyles un droit au divorce en froissant les prescriptions des coutumes kabyles. Cependant initialement, la Chambre de révision musulmane s'opposa à cette volonté réformatrice et se limita jusqu'en 1922 à appliquer à la lettre les prescriptions contenues dans le Code kabyle d'Hanoteau et Letourneux.¹²⁵⁴ Ce ne fut qu'à partir de l'année 1922 que les juges de la Chambre de révision musulmane acceptèrent que les coutumes kabyles en matière de mariage puissent évoluer.¹²⁵⁵

Avant cette année-là seuls les juges de paix offraient aux épouses kabyles la possibilité d'obtenir la résiliation du lien conjugal dans les cas de sévices graves. Les juges français avaient créé ce droit au divorce à travers une interprétation plutôt libre de la coutume kabyle de la femme insurgée, à laquelle s'ajoutait une lecture conjointe du Décret du 29 août 1874 et du Décret du 17 avril 1889. Ce dernier décret prévoyait qu'en cas de conflit entre la loi française et les coutumes kabyles, c'était la première qui devait primer. Cela avait pour conséquence que le juge de paix s'autorisait le droit d'appliquer d'office la loi française du moment que celle-ci était plus favorable aux

¹²⁵⁴ C. Bontems, « Coutume kabyle, jurisprudence et statut féminin » in *op. cit.*, p. 249.

¹²⁵⁵ *Ibid.*

femmes que ne l'était la coutume kabyle. Ce qui est été toujours le cas. Selon cette jurisprudence la femme kabyle insurgée affichait sa volonté de passer sous la protection du Code civil, à travers son acte d'insurrection et donc son refus de réintégrer le domicile conjugal. L'état d'insurrection prouvait aussi la volonté de la femme kabyle de vouloir se faire juger par la loi française. C'est ainsi que l'état d'insurrection satisfaisait pleinement les conditions de l'option de législation étaient satisfaites. La volonté manifeste de se soumettre à la loi française, élément requis par le décret du 17 avril 1889, était prouvé par la fuite de la maison conjugale et dans certains cas par le fait que la femme insurgée déclarait devant le juge de vouloir obtenir le divorce. En un mot, dans le cas spécifique des femmes insurgées l'option de législation était présumée.

C'est sur la base de ces raisonnements que le Tribunal d'Alger dans des arrêts datant du 04 février 1892 et du 31 octobre 1892 avait octroyé aux femmes kabyles le droit de quitter leur domicile conjugal en cas de violences domestiques graves¹²⁵⁶ et ce au nom du droit à l'insurrection tel que décrit dans le deuxième livre de *La Kabylie et les coutumes kabyles*. En outre, la décision du 31 octobre 1892 ajouta un nouvel élément. Cet arrêt avait nié à l'époux de la femme insurgée tout droit à exercer une quelconque forme de contrainte sur celle-ci visant à faire réintégrer à son épouse le domicile conjugal¹²⁵⁷.

De son côté, dans l'arrêt du 04 février datant de 1892, le Tribunal d'Alger imposa pour la première fois une limite au droit de répudiation qui jusque-là était reconnu aux hommes kabyles par leurs coutumes, en statuant que : « [...] *l'exercice de pareils droits ne saurait aller jusqu'à l'injustice et jusqu'à l'abus*¹²⁵⁸ ».

Dans le cas d'espèce, la plaignante *S. Nait Ma Ouali* avait déclaré au juge d'avoir été renvoyée par son mari sans aucune raison, ou du moins l'unique raison plausible était que ce dernier voulait une autre femme¹²⁵⁹. Le mari intima à son épouse de rentrer

¹²⁵⁶ *Revue Algérienne et tunisienne de législation et jurisprudence*, Tables décennales années 1885-1894, première partie, p. 276.

¹²⁵⁷ *Ibid.*

¹²⁵⁸ *Ibid.*

¹²⁵⁹ *Revue algérienne et tunisienne de législation et de jurisprudence*, 1892 (T8), p. 334.

chez son père. Malgré les conditions de misère extrême dans lesquelles elle vivait, la femme essaya tout de même de réintégrer le domicile conjugal, mais sans succès.

La femme s'adressa d'abord au juge de paix afin d'obtenir le divorce et la pension alimentaire. Une première décision datant du 20 janvier 1890 lui donna raison. Cependant cette décision fut réformée par un jugement du juge de paix datant du 10 octobre 1891. Le droit au divorce lui fut refusé pour le simple fait que la coutume kabyle n'accordait pas un tel droit aux femmes. Le mari fut condamné, malgré tout, à payer à sa femme une somme de 400 francs. Ainsi l'époux présenta un recours en appel devant la Cour d'Alger. Le 04 février 1892 la Cour émit un jugement qui confirma la condamnation émise par le juge de première instance. Cependant Cour d'Alger dans sa motivation avait introduit un contrepoids aux pouvoirs exorbitants que les coutumes kabyles conféraient à l'époux kabyle. Le tribunal saisi se prononça ainsi : « [...] *s'il est vrai que suivant les coutumes dont il s'agit le mari kabyle ait seul le droit de répudier sa femme sans que celle-ci ait, de son côté, celui de demander le divorce ; que s'il est vrai encore que le même mari puisse renvoyer sa femme sans répudiation, il n'en demeure pas moins certain que l'exercice de pareils droits ne saurait aller jusqu'à l'injustice et jusqu'à l'abus*¹²⁶⁰ ».

Un autre jugement du Tribunal d'Alger datant du 31 octobre 1891, qui dans le cas d'espèce avait été saisi en tant que juge d'appel, refusa de contraindre une épouse kabyle en état d'insurrection à réintégrer son domicile conjugal. Cela pour le fait que : « [...] *son état d'insurrection est justifié par les mauvais traitements de son mari*¹²⁶¹ ». En agissant ainsi, le Tribunal se conforme à l'orientation jurisprudentielle initiée par la décision de la Chambre musulmane suite à l'adoption de l'arrêt du 04 février 1892. La décision du 31 octobre 1891 réforma celle du juge de paix qui, en première instance, avait intimé à l'épouse qui vivait en condition de précarité extrême et était soumise au châtement de son époux, de réintégrer le domicile de ce dernier. Néanmoins le juge de paix, en contrepoids, a imposé au mari « [...] *d'habiter près de gens honnêtes qui surveilleraient sa conduite et l'empêcheraient de recommencer à*

¹²⁶⁰ *Ibid.*

¹²⁶¹ *Ibid.*, p. 427.

*exercer contre sa femme les sévices révélés par l'enquête*¹²⁶² ». Le Tribunal d'Alger dans sa décision cite comme source de référence le travail d'Hanoteau et Letourneux¹²⁶³.

L'arrêt du 31 octobre 1892 accorda donc à la femme kabyle le droit de s'insurger contre son époux en raison de mauvais traitements. Dans l'arrêt du 04 février 1892 le tribunal limite pour la première fois la portée du droit de répudiation que les coutumes kabyles accordaient aux époux kabyles. Un tel droit ne peut : « [...] *aller jusqu'à l'injustice et jusqu'à l'abus*¹²⁶⁴ ».

La décision émise par le juge de paix de Fort National du 11 janvier 1899 avait reconnu aux juges français la faculté de refuser d'appliquer les coutumes kabyles et d'appliquer le droit français en cas de graves violences conjugales¹²⁶⁵. Ainsi les juges déclaraient d'office la résiliation d'un mariage quand les abus commis au sein du couple dépassaient le seuil de tolérance. Cette résiliation était possible à partir du moment où les femmes qui quittaient le domicile conjugal montraient leur volonté de mettre fin au lien conjugal. Les juges de paix y voyaient une option de législation présumée. Les juges ne faisaient donc rien d'autre qu'appliquer l'option de législation en faveur des femmes kabyles. Ce qui signifiait en un mot que désormais le Code civil remplaçait les coutumes kabyles en matière de divorce.

Dans un premier temps, cette orientation jurisprudentielle avait été contestée par le Cour d'appel d'Alger. Celle-ci interprétait à la lettre le décret du 29 août 1874, une interprétation qui renforçait l'application du critère *rationae personae* dans les procès entre Kabyles. Ainsi la Cour niait aux femmes kabyles tout droit au divorce et statuait ainsi que :

« Si le décret du 29 août 1874 a conservé aux Kabyles leurs droits et coutumes en ce qui concerne leur statut personnel, le juge français a néanmoins la faculté de donner,

¹²⁶² *Ibid.*

¹²⁶³ *Revue algérienne et tunisienne de législation et de jurisprudence*, 1892 (T8), p. 335.

¹²⁶⁴ *Ibid.*

¹²⁶⁵ *Revue Algérienne et tunisienne de législation et de jurisprudence*, 1899 (T.15), p. 520.

*dans certains cas, la préférence à la loi française*¹²⁶⁶.

*« Spécialement, bien que les coutumes kabyles ne reconnaissent point à la femme le droit de divorcer contre le gré du mari et que, d'après ces mêmes coutumes, la femme qui refuse de réintégrer le domicile conjugal doit être déclarée en état d'insurrection, ce qui l'empêche à jamais de se remarier, il échet néanmoins d'accueillir la demande en divorce formée par la femme que son conjoint soumet à de mauvais traitements et qui, par suite de la conformation physique particulière de celui-ci, ne peut supporter les rapports conjugaux sans sérieux dangers pour sa santé*¹²⁶⁷ ».

Dans le cas d'espèce le plaignant, un homme kabyle de 28 ans, *Bouzid Mohamed Ben Abdelaziz*, s'était marié avec *Hamama Bent Mohamed ou Amar*, une jeune fille adolescente kabyle de quinze ans, Celle-ci avait décidé de s'évader du domicile conjugal, suite aux violences qu'elle subissait de la part de son mari. Ce dernier avait réclamé devant juge, que sa jeune épouse réintégrant le domicile conjugal. Le mari refusa de répudier sa jeune femme et nia de reconnaître l'état d'insurrection à sa femme.

Dans son arrêt, le juge de paix décida que dans le cas d'espèce il était préférable de ne pas appliquer à la lettre la prescription des coutumes kabyles. Il affirma dans sa décision qu'il était temps de faire évoluer les coutumes kabyles de façon progressive afin de les rendre plus conformes « [...] à la morale et aux idées de la civilisation française¹²⁶⁸ », afin selon lui « [...] d'amener progressivement les indigènes à adopter nos lois¹²⁶⁹ ». Pour cette raison le juge refusa d'intimer à la jeune épouse de réintégrer son domicile conjugal et décida de prononcer le divorce d'office.¹²⁷⁰ Le juge motiva sa décision en affirmant ainsi ce qui suit :

« Attendu qu'il est universellement connu que la femme a, en général, une situation intolérable et épouvantable chez les Kabyles, pour lesquels elle n'est souvent qu'une

¹²⁶⁶ *Ibid.*, p. 519.

¹²⁶⁷ *Ibid.*, p. 520

¹²⁶⁸ *Ibid.*

¹²⁶⁹ *Revue Algérienne et tunisienne de législation et de jurisprudence*, 1899 (T. 15), p. 521.

¹²⁷⁰ *Ibid.*

*chose humaine et, qu'en conséquence, notre loi doit la protéger suffisamment pour lui permettre d'échapper à la violence et à la contrainte dont elle est l'objet*¹²⁷¹ ».

Un deuxième arrêt suivant la même orientation citée plus haut, avait été prononcé toujours par le juge de paix de Fort National, le 16 juin 1902¹²⁷². Tout comme ce fut le cas dans la décision de 1899, le juge affirma la primauté de la loi française sur les coutumes kabyles. Ainsi en cas d'abus et de violence domestique graves, malgré que le décret du 29 août 1874 ait maintenu les Kabyles sous l'emprise de leurs lois et leurs coutumes en matière de statut personnel, le juge de paix décida que : « *Le juge français conserve toujours la faculté de donner la préférence, dans certains cas, à la loi française*¹²⁷³», et ajouta : « *Il doit en être ainsi, notamment, lorsque le mari demande que sa femme soit condamnée à réintégrer le domicile conjugal, qu'elle n'a fui que pour se soustraire aux mauvais traitements de son mari, sur lesquels elle fonde elle-même une demande en divorce*¹²⁷⁴ ».

Dans le cas d'espèce le plaignant était comme dans le cas précédant un jeune homme kabyle, *A. Ben Rabah*, qui avait demandé sept ans auparavant en mariage une petite fille de sept ans, elle aussi kabyle. Au moment du procès la fille avait quatorze ans. Le résistant était le père de famille de cette jeune fille.

Le plaignant avait versé au résistant, une somme d'argent à titre de prix d'achat de sa fille. Par la suite, la très jeune épouse quitta le domicile conjugal pour rentrer chez ses parents. Le mari ainsi s'adressa au juge de paix afin que ce dernier ordonnât à la jeune fille la réintégration du domicile conjugal. Les parents de la jeune fille affirmaient pour leur part que c'était le mari à avoir chassé leur fille, tandis que ce dernier niait les faits et revendiquait un droit absolu sur son épouse, en affirmant ce qui suit dans la demande présentée au juge de paix ; « *Je ne la lâcherai pas [...] je ne lui donnerai jamais sa liberté*¹²⁷⁵».

¹²⁷¹ *Ibid.*

¹²⁷² *Revue Algérienne et tunisienne de législation et de jurisprudence* 1902 (T. 18), p. 263

¹²⁷³ *Ibid.*

¹²⁷⁴ *Ibid.*

¹²⁷⁵ *Ibid.* p. 264

Le tribunal rejeta la demande du mari pour la raison que ce dernier : « [...] *veut avant tout agir en tyran, c'est-à-dire abuser de ce droit exorbitant que lui donnent des coutumes kabyles, de tenir aussi longtemps que cela plaira à son bon caprice sa jeune femme dans une sorte d'esclavage déguisé, mais non moins réel [...] qu'il serait injuste et inhumain de maintenir l'épouse sous la dépendance du mari [...] que cela serait contraire à la morale*¹²⁷⁶ ».

Le juge de paix affirme encore une fois que le juge français peut conserver la faculté de faire prévaloir la loi française sur la coutume kabyle et ajoute à ce propos :

« [...] *qu'il ne peut, en effet faire violence à sa conscience au point de s'imposer l'obligation de rester esclave de coutumes barbares et monstrueuses, plus conforme à la morale et aux idées de la civilisation française d'amener progressivement les indigènes à adopter nos lois; -Attendu qu'il est universellement connu que la femme a, en général, une situation intolérable et épouvantable chez les Kabyles pour lesquels elle n'est souvent qu'une « chose humaine » (Hanoteau et Letourneux, T. II, p. 148) et qu'en conséquence, notre loi doit la protéger suffisamment pour lui permettre d'échapper à la violence et à la contrainte dont elle est l'objet -Attendu donc que, dans ce cas plus que dans d'autres, le juge français doit, en appliquant la coutume, s'inspirer avant tout des principes de la morale universelle [...] et dissoudre, d'une façon effective une union qui n'est plus formée que par un lien aussi fictif que tyrannique*¹²⁷⁷ ».

Dans un troisième arrêt datant du 23 avril 1902 le juge de paix de Fort-National a mis fin d'office à un mariage pour un cas d'abandon conjugal¹²⁷⁸. Dans le cas d'espèce, l'époux était parti travailler comme colporteur à Alger et avait laissé son épouse en Kabylie sans aucune ressource économique. Le juge prononça d'office le divorce entre les époux étant donné que le mari avait manqué au devoir de subvenir aux

¹²⁷⁶ *Ibid.*

¹²⁷⁷ *Ibid.*, p. 265.

¹²⁷⁸ *Ibid.*, p. 313 et suivantes

besoins matériels de son épouse, une obligation qui par ailleurs était prévue par les coutumes kabyles.¹²⁷⁹ .

Les trois arrêts que nous avons vus plus haut (Tribunal de Paix de Fort National du 11 janvier 1899, du 23 avril 1902, et du 16 juin 1902) ont été tous émis par le juge Gaston Ricci. Ce dernier avait auparavant exercé la profession d’avocat dans le canton kabyle de Fort National. Par la suite Ricci fut élu en 1929 à la Chambre de l’assemblée algérienne. Ce fut à ce titre qu’il continua l’œuvre réformiste qu’il commença en tant que magistrat. Ainsi Ricci présenta un projet de loi ayant pour objet la réforme des coutumes kabyles en matière de mariage kabyle. Il fut un fervent défenseur du droit à la reconnaissance aux femmes kabyles du droit au divorce¹²⁸⁰. Ricci présenta un rapport qui fut discuté à la Chambre qui contribua à l’adoption du projet de loi qui avait fixé l’âge légal minimum requis pour la validité des fiançailles en Kabylie¹²⁸¹.

La décision de Tribunal de *Tizi-Ouzou* datant du 26 avril 1922 a été un ultérieur progrès dans la reconnaissance du droit au divorce aux femmes kabyles¹²⁸². La singularité de cette décision demeure dans l’argumentaire qui y a été déployé. Le tribunal reconnaissait le droit au divorce aux Kabyles en ne faisant pas référence à des principes généraux au droit naturel ou à l’équité. Par contre la Cour avait fondé son jugement sur la base d’un simple constat sociologique à savoir que les coutumes kabyles avaient évolué et que le rôle des juges était d’accompagner cette évolution et ce en reconnaissant aux femmes kabyles le droit au divorce. Les délégués kabyles qui siégeaient au sein des Délégations financières avaient sollicité la réforme des coutumes kabyles en matière de mariage et de successions. Ces délégués affirmaient que les changements qui se vérifiaient au sein de la société kabyle devaient être accompagnés par la réforme des coutumes kabyles. La société kabyle durant le XXe siècle avait été secouée par de nombreux changements et bouleversements dus à la mobilisation de plusieurs hommes kabyles en Europe durant la première guerre

¹²⁷⁹ *Ibid.*,

¹²⁸⁰ *Les Annales coloniales*, 28 mai 1929, p. 1.

¹²⁸¹ *Les Annales coloniales*, 24 avril 1930.

¹²⁸² *Revue algérienne, tunisienne et marocaine de législation et de jurisprudence*, 1922 (T. 38) -1923 (T.39), p. 81.

mondiale ainsi qu'à l'exode rurale de nombreux travailleurs immigrés kabyles vers la métropole¹²⁸³. Ces deux événements ont eu des conséquences négatives comme par exemple le fait que plusieurs pères de famille kabyles qui vivaient en France finissaient par abandonner leurs femmes et enfants.

Quant à l'arrêt de 1922, les faits étaient les suivants. Au cours d'une procédure criminelle, l'accusé *L.N. Mohand Boujema Ben Ali* avait été condamné par le Tribunal de paix de Michelet (Grande Kabylie) le 09 janvier 1922 à un mois de prison ainsi qu'au paiement d'une somme de mille francs pour avoir porté des coups à sa femme. Par la suite l'accusé présenta un recours en appel contre cette condamnation en affirmant que la coutume kabyle lui donnait le droit de battre sa femme *A. Messaoud bent Mohand*. Celle-ci présenta à son tour un recours en appel en demandant le divorce. La demande de l'époux fut rejetée par l'arrêt de la Chambre de Révision du 18 novembre 1922, pour les raisons suivantes :

« [...] s'il est exact qu'en principe la coutume kabyle n'admet pas le divorce au profit de la femme, qu'elle reconnaît au mari le droit de châtier sa femme jusqu'à la mort exclusivement [...] – Attendu que le droit coutumier est révisable quand il se montre par trop contraire au droit naturel ; que la coutume pour modifier la coutume sous la pression de l'opinion publique ou l'impulsion de la jurisprudence¹²⁸⁴ » et sur dernier point il est ajouté que « Attendu que le fait seul d'une femme kabyle osant assigner son mari en dissolution du mariage pour cause de brutalité et de violence, contrairement à la coutume ancestrale, démontre qu'il y a quelque chose de changé dans sa mentalité¹²⁸⁵ » et ainsi il conclut au sujet du rôle du juge français « [...] qu'il y a lieu de l'aider et l'encourager dans cette voie¹²⁸⁶ » et « Attendu qu'en fait en droit, plusieurs coutumes kabyles ont, depuis la conquête, évolué sous des influences multiples¹²⁸⁷ », et « [...] que de nombreuses décisions ont prononcé la dissolution du mariage en matière kabyle pour propos tyranniques et menaçants tenus par le mari

¹²⁸³ L. M. S. Lefèvre, *op.cit.*, p. 109.

¹²⁸⁴ *Revue algérienne et tunisienne et marocaine de législation et jurisprudence*, (T.38), 1923 (T. 39), p. 83.

¹²⁸⁵ *Ibid.*

¹²⁸⁶ *Ibid.*

¹²⁸⁷ *Ibid.*

*contre son épouse, pour condamnation du mari pour crime, et en cas d'absence prolongée*¹²⁸⁸ », et en vue de la brutalité des sévices le juge conclut « *qu'on ne saurait contraindre une épouse, même kabyle, à subir une union odieuse et source permanente de danger pour son existence* ¹²⁸⁹ ».

Dans sa décision, le juge cita les souhaits prononcés par les délégués kabyles des délégations financières, et tint compte des considérations de ces derniers dans les termes suivants :

*« Attendu qu'à la séance des Délégations Financières du 22 juin 1922, M. le délégué Roumane déposait un vœu tendant à ce que, notamment, la femme kabyle puisse obtenir le divorce dans certains cas*¹²⁹⁰ » et à partir du discours de Roumane dans lequel il déposa le vœu de la femme kabyle d'obtenir le divorce, « *qu'une conception nouvelle et plus humaine des droits de la femme s'est fait jour en Kabylie* » et ainsi que l'évolution de cette idée est arrivée à un degré suffisant d'avancement pour constituer une coutume nouvelle qui s'est substituée à l'ancienne et que le moment est venu pour les tribunaux de la reconnaître et de la consacrer ¹²⁹¹ ».

Comme nous voyons déjà vu plus haut, la Chambre de révision musulmane accorde le droit au divorce sur la base de constat sociologique, donc sur la base des changements de la société kabyle.

Il est évident que les vœux du délégué kabyle *Belkacem Roumane* lors de la séance du 22 juin 1922 avaient influencé la décision de la Cour d'accorder le droit au divorce aux femmes kabyles. Cela ouvra une seconde phase dans l'histoire de l'évolution du droit coutumier kabyle. La jurisprudence de la Chambre musulmane, comme souligne Lefèvre « [...] a enregistré et consacré la nouvelle coutume¹²⁹² ». Les juges français ne se comportaient plus en simple exégètes d'un code kabyle, mais devenaient les témoins ainsi que les interprètes privilégiés d'une coutume kabyle en pleine évolution. La coutume judiciaire fit ainsi pour la première fois son apparition dans la

¹²⁸⁸ *Ibid.*

¹²⁸⁹ *Ibid.*

¹²⁹⁰ *Ibid.*, p.85,

¹²⁹¹ *Ibid.*

¹²⁹² L., M., S., Lefèvre, *op. cit.*, p. 111.

jurisprudence coloniale française en Algérie. Cela marqua le passage d'une approche jurisprudentielle influencée par l'école de l'exégèse vers les thèses de François Géný en matière de coutumes. Rappelons que ce dernier avait été professeur de droit à Alger et membre du comité de la *Revue algérienne, tunisienne et marocaine de droit et de jurisprudence* pendant la période où cette revue avait publié l'arrêt du 18 novembre 1922. Cela nous amène à avancer l'hypothèse que bien que Géný ne soit pas cité comme source de référence dans le commentaire d'arrêt du 18 novembre 1922¹²⁹³, il est fort probable au vu des éléments cités plus haut que plusieurs points de convergence existaient entre l'arrêt mentionné ci-dessus et la vision de Géný à propos du rôle du juge. Un juge qui notamment selon Géný était un interprète privilégié des coutumes et de leur évolution. Son ouvrage intitulé la *Méthode d'interprétation en droit privé positif*, paru en 1919, c'est-à-dire trois ans avant l'arrêt du 18 novembre 1922, avait été la première étude systématique dédiée à la notion de coutume qu'a connue le droit français contemporain¹²⁹⁴. Selon Géný, la coutume se compose de deux éléments : l'un de nature matérielle et qui consiste en un long et constant usage et l'autre d'ordre psychologique (*opinio iuris sive necessitatis*) basé sur la conviction d'une sanction juridique spécifiant et qualifiant l'usage comme coutume obligatoire¹²⁹⁵. La coutume est selon Géný un usage consacré par le temps. L'usage est un élément clé de la coutume. L'usage constitue ainsi le : « [...] *substratum nécessaire de toute coutume juridique qui suppose de la part des intéressés, une série d'actes ou de faits parfois même, mais plus rarement, d'omissions, de nature à constituer un rapport bien défini de la vie sociale, et susceptible en même temps d'une sanction juridique*¹²⁹⁶ ».

¹²⁹³ L'œuvre de Géný était citée dans un arrêt portant sur le habous, par exemple dans la décision de la Cour d'Alger (Ch. Rev. Mus.) 14 janvier 1924, (Chenenou Cherifa bent El Hadj Ali, veuve de Djidar El Hadj Rabah/ Djidar Hamoud ben Hadj Rabah) in *Revue algérienne tunisienne et marocaine de législation et de jurisprudence*, Tome XLII, année 1926, p. 148.

¹²⁹⁴C. Braillon, La représentation du droit autochtone dans le discours colonial : le cas du Congo belge et de la « coutume indigène » (1908-1960), p. 160, article consulté en ligne le 05.05.2019, à l'adresse suivante:https://www.academia.edu/11972937/La_repr%C3%A9sentation_du_droit_autochtone_dans_le_discours_colonial_le_cas_du_Congo_belge_et_de_la_coutume_indig%C3%A8ne_1908-1960_Cahiers_du_Centre_de_Recherches_en_Histoire_du_Droit_et_des_Institutions_2011_pp._137-164

¹²⁹⁵ F. Géný, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, Tome premier, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1919, pp. 356-357.

¹²⁹⁶ *Ibid.*, p. 357.

Toujours selon Gény, le juge devait accompagner l'évolution des coutumes et il affirme sur ce point que : « [...] les jugements, actes émanés de l'autorité publique, pourront sans doute préparer les pratiques coutumières, auront surtout le mérite de les colorer, mais ne sauraient, en aucun cas, ni les constituer, ni les remplacer¹²⁹⁷ ». Gény est contraire à l'idée défendue par l'école historique allemande selon laquelle « [...] les jugements puissent normalement constituer les actes d'usage nécessaires à la formation de la coutume¹²⁹⁸ ».

Gény avait tout de même posé comme limite le respect de l'ordre public en soutenant ainsi :

« Hors de là, j'estimerai qu'il y a lieu d'écarter, comme anti-sociales, toutes coutumes, qui heurteraient, soit la morale universelle, soit les principes plus raffinés, qui sont le fond de notre civilisation chrétienne (1), soit encore les bases essentielles de notre organisation politique ou sociale (2). Sous une autre forme, on peut dire, empruntant la formule de l'art. 6 C. civ. franç., que seraient à rejeter toutes les coutumes contraires aux bonnes mœurs ou à l'ordre public (3), pourvu que, sous ces derniers mots, on entende, non pas toutes les règles de nos lois, intangibles à la volonté privée (sauf la réserve précédemment faite), mais seulement les principes d'ordre supérieur, qui constituent notre organisation politique et sociale, dans ce qu'elle a d'essentiel¹²⁹⁹ ».

La position de Gény est très proche des juristes français d'Algérie tels que Hacoun-Campredon qui son côté soutenait l'idée que les juges français devaient accompagner l'évolution des coutumes kabyles, sans pour cela les réformer. Hacoun-Campredon affirmait ainsi que :

« De nos jours, le magistrat ne peut ni compléter ni surtout corriger le droit civil, puisque sa mission consiste au contraire à faire respecter le texte de nos codes¹³⁰⁰ ».

¹²⁹⁷ *Ibid.*, p. 367.

¹²⁹⁸ *Ibid.*, note 5, pp. 366-367.

¹²⁹⁹ *Ibid.*, p. 373.

¹³⁰⁰ P. Hacoun-Campredon, *Etude sur l'évolution des coutumes kabyles. Spécialement en ce qui concerne l'exhérédation des femmes et la Pratique du Hobous*, Alger, Ancienne Maison Bastide-Jourdan, 1921, p. 74.

Mais, en droit kabyle, nous pouvons légalement demander à nos tribunaux de s'emparer d'une coutume nouvelle, de constater l'évolution d'une coutume ancienne, de corriger ce qui jusqu'alors, était considéré à tort comme la véritable tradition¹³⁰¹ ».

La position d'Hacoun-Campredon se rapproche de celle de Sabatier, de Ricci et de Lefebvre. Tout comme Sabatier, Hacoun-Campredon avait été critique à l'égard de la suppression des *djemâs* en 1874 et affirmait ainsi :

« Le législateur de 1874 en supprimant les djemâs, « [...] il arrêta non pas l'évolution des mœurs qui est inéluctable - mais la transformation correspondante de la loi coutumière. Lorsque la justice était rendue par les djemâs, celles-ci, imprégnées des mœurs qu'elles vivaient, homologuaient les coutumes nouvelles au fur et à mesure de leur apparition. C'était le consentement général, le mos majorum, qui recevait sa sanction dans chacun des jugements rendus par ces tribunaux du peuple¹³⁰² ».

Et encore tout comme les auteurs cités ci-dessus, Hacoun-Campredon affirmait :

« Depuis un demi-siècle, la coutume s'est cristallisée, de telle sorte que, ce qui n'était qu'une phase de la civilisation kabyle, avant 1868, menace d'en devenir le terme. Il est grand temps de rechercher le moyen légal qui permettra aux berbères de rajeunir leurs vieilles traditions¹³⁰³ ».

Hacoun-Campredon avait adopté une position qui pouvait être définie comme à mi-chemin entre l'assimilationnisme juridique soutenu par Besson et celle des partisans du protectorat soutenu par les Lapelessiens et par Vignon.

¹³⁰¹ *Ibid*

¹³⁰² *Ibid.*, p. 72.

¹³⁰³ *Ibid.*, p. 70.

Hacoun-Campredon voulait la mise en place d'institutions qui tout comme les « *parloirs aux bourgeois* » et les « *enquestes par tourbe ou turbe* » de l'Ancien régime, permettent de prouver l'existence ou non d'une coutume¹³⁰⁴.

Cet auteur proposa l'élaboration d'un « [...] *tableau clair et précis des coutumes kabyles au stade actuel de leur évolution*¹³⁰⁵ », cela par le biais aussi de la mise en place d'un Comité d'Etudes Berbères, une création qui à son à dire devait : « [...] *après avoir réuni les documents nombreux que nous offre la vie judiciaire et administrative de ce pays, recherchait les moyens légaux de sanctionner le consensus communis actuel des Berbères algériens*¹³⁰⁶ ». Hacoun-Campredon prend comme exemple les travaux sur les coutumes de l'A.O.F. et cita un Arrêté du Gouvernement de la Côte d'Ivoire datant du 5 mai 1903, dans lequel la commission appelée à rédiger les coutumes Agni précisait que l'opération en question n'était « [...] *pas là d'un Code devant être rigoureusement appliqué [...] mais plutôt de dresser un tableau clair et précis de ces coutumes au stade actuel de leur évolution, sans arrêter les progrès de celles-ci*¹³⁰⁷ ».

Cette façon d'appréhender la problématique des coutumes indigènes présentait plusieurs points communs avec celle de Vignon, un partisan du modèle du Protectorat, qui affirmait :

*« Renonçons donc franchement, nous autres Français, aux rêves aux vues idéologiques, à l'exportation des « grands principes » : ne prétendons être pour nos sujets que des tuteurs, des éducateurs pressant à une évolution conforme aux lois naturelles ; convions Africains et Asiatiques à s'administrer eux-mêmes, aidons-les, conseillons-les, afin qu'ils évoluent, tant qu'ils le peuvent et le désirent, les uns et les autres, mais ceci dans le plan de leur mentalité. Rien de plus*¹³⁰⁸ »

¹³⁰⁴ P. Hacoun-Campredon, *op. cit.*, p. 74.

¹³⁰⁵ *Ibid.*, p. 79.

¹³⁰⁶ *Ibid.*

¹³⁰⁷ *Ibid.*, note 1, p. 79.

¹³⁰⁸ P. Vignon, *op. cit.*, p. 315.

Cela dit, la solution proposée était une solution différente de celle de Hacoun-Campredon qui par contre était partisan du Protectorat et affirmait que :

« Une seule politique peut être suivie à l'égard des indigènes, celle du protectorat. Elle est l'art - car c'est art - de conduire les populations, par l'intermédiaire de leurs chefs naturels sans les troubler dans leurs croyances, leurs modes de vivre et habitudes, en se bornant à leur demander de réformer leurs coutumes pour ce qu'elles ont de trop contraire à nos idées morales et juridiques ; l'art de leur faire accepter le contact des colons ou d'abord du moins, de telle sorte qu'elles en souffrent le moins possible et encore l'art de les mener lentement à leur pas sans qu'elles en pâtissent, vers un état social, politique, économique meilleur, état qui, toutefois, ne cessera pas de répondre à leur mentalité, demeurera conforme aux facultés évolutives de leur intelligence¹³⁰⁹ ».

Cette idée avait été en partie critiquée par Hacoun-Campredon qui de sa part considère que les assimilationnistes partageaient avec les partisans du protectorat la même vision évolutionniste selon laquelle les Français doivent être les tuteurs des indigènes¹³¹⁰.

Plus récemment Bontems a remarqué que l'arrêt de la Chambre de Révision du 18 novembre 1922 avait eu pour effet de rapprocher les coutumes kabyles au droit musulman, plutôt qu'au droit français¹³¹¹. Ce qui s'accorde pleinement avec l'attitude évolutionniste qu'avait une partie de la doctrine coloniale qui avait comme chef file le doyen de la Faculté de droit d'Alger, Marcel Morand. Ce dernier percevait le droit musulman malékite comme élément apte à faire évoluer les coutumes kabyles.

Remplacer les coutumes kabyles par le droit musulman allait à l'encontre du Décret du 17 avril 1889 qui prévoyait que les coutumes kabyles pouvaient être remplacées uniquement par le droit français. Cette substitution des coutumes kabyles par les

¹³⁰⁹ *Ibid*, p. 212.

¹³¹⁰ P. Hacoun-Campredon, *op. cit.*, p. 20.

¹³¹¹ C. Bontems, « La coutume kabyle et l'implantation des systèmes étrangers », in. *op. cit.*, p. 91.

prescriptions de droit musulman malékite a été encore plus marquée au sein du titre premier du Décret du 19 mai 1931.

B. LA RÉFORME DES COUTUMES KABYLES EN MATIÈRE DE DIVORCE PAR LE BIAIS DU DÉCRET DU 19 MAI 1931

Sous la pression de la jurisprudence des années 20 le législateur interviendra enfin en matière de droit au divorce des femmes kabyles. C'est ainsi que sera promulgué le Décret du 19 mai 1931. Ce décret avait comme objet la *Réglementation de la condition de la femme kabyle* et accordera notamment le droit au divorce ainsi que des droits successoraux aux femmes kabyles. Le titre premier du Décret du 19 mai 1931 discipline le droit au divorce.

L'article premier limite la possibilité pour la femme kabyle de demander le droit au divorce à quatre hypothèses :

- 1- En cas de sévices graves
- 2- En cas d'abandon du domicile conjugal depuis plus de trois ans et insuffisance d'entretien
- 3- En cas d'absence de plus de deux ans
- 4- En cas de condamnation du mari à une des peines afflictives et infamantes.

Le deuxième article avait interdit aux maris kabyles d'exiger des femmes répudiées ou de leur famille le paiement d'une indemnité de « *quelque nature qu'elle soit* ». Cependant l'article en question permettait au mari kabyle le droit de récupérer, à titre de remboursement pour les dépenses soutenues, les sommes payées uniquement à titre de « dot ». Ce fut ainsi que le législateur, au lieu d'élargir aux femmes kabyles la protection que pouvait leur offrir la loi française, s'était limité à réformer les coutumes kabyles en les remplaçant par des prescriptions inspirées tantôt par le droit musulman malékite tantôt par le Code Civil. Par droit musulman il faut entendre ici le droit musulman tel que codifié par Morand dans son avant-projet de Code musulman

malékite. Les coutumes kabyles en matière de divorce, comme nous verrons plus loin, comme en matière successorale ne furent pas remplacées par le Code civil mais par une législation hybride qui mélangeait le droit malékite au Code civil, solution qui ne satisfaisait personne, ni les partisans de la modernisation et de la francisation des coutumes kabyles ni ceux de l'islamisation de ces dernières. Cela fut d'autant plus évident en matière de divorce. L'article premier du décret du 19 mai 1931 avait élargi aux femmes kabyles les droits octroyés par l'article 231 et 232 du Code civil aux femmes françaises. Cette même réforme avait abrogé l'institution de la dote (*djber*) tel que pratiqué par les coutumes kabyles. Ce qui allait à l'encontre du projet de la réforme du droit musulman tant voulue par Marcel Morand.

La substitution des coutumes kabyles en matière de divorce par des prescriptions du droit musulman malékite allait à l'encontre des idées soutenues par la doctrine universitaire algéroise des années 1920. Celle-ci prônait un changement graduel des coutumes kabyles qui allait dans le sens de les amener dans la direction du droit français. Dans ce cadre, le directeur de l'École de droit d'Alger, Estoublon, s'était montré favorable aux décisions des tribunaux français visant à octroyer le droit au divorce aux femmes kabyles et affirmait ce qui suit :

« Si la loi française, s'inspirant à la fois du droit naturel et d'une juste conception de politique en Algérie¹³¹² [...] a toujours laissé les indigènes musulmans sous l'empire de leurs droits et coutumes en ce qui concerne notamment leur statut personnel, c'est à la condition que ce droit et ces coutumes ne viendraient pas heurter les principes que nous considérons comme étant d'ordre public et d'intérêt social¹³¹³ » et il conclut ainsi : *« Telle est la règle, inhérente à notre souveraineté, que la jurisprudence des tribunaux français a souvent eu l'occasion d'appliquer dans les questions qui touchent au droit de famille¹³¹⁴ »*.

Déroulède de son côté affirmait que :

¹³¹² *Revue algérienne et tunisienne de la législation et de jurisprudence*, Tome VIII, 1892, p. 81.

¹³¹³ *Ibid.*

¹³¹⁴ *Ibid.*

« Il faut bien avouer cependant que [...] les kanouns, avec leurs préceptes énigmatiques, leurs contradictions et leurs incertitudes, laissent trop largement ouvert le champ d'interprétation et qu'il y aurait grand intérêt à en fixer les règles. Comment réaliser ce progrès ?¹³¹⁵ ». La réponse est la suivante « Il n'y a, selon nous, qu'un moyen vraiment efficace et rapide : c'est une codification officielle du droit musulman et des coutumes¹³¹⁶ ». L'auteur conclut avec ce qui suit : « Le kabyle ne répugne à aucun progrès, a-t-on dit : le moment est venu de faire pénétrer chez lui l'esprit de nos lois. Nous ne croyons pas à la possibilité, au moins actuelle, d'une pareille assimilation : mais en l'absence d'un texte kabyle, pourquoi ne pas appliquer la loi française ?¹³¹⁷ ».

Comme l'avaient prévu et souhaité Besson et Hacoun-Campredon la jurisprudence a joué un rôle fondamental dans la réforme des coutumes kabyles et dans le rapprochement de celles-ci à la culture juridique française. Mais le législateur n'en fit pas autant.

Lefèvre témoigne que les résultats du décret du 19 mai 1931 furent plutôt décevants. Le décret avait été appliqué uniquement dans les villes de la Petite Kabylie telles que *Dellys* ou *Tigzirt*, des zones où les coutumes kabyles n'étaient pas fréquemment appliquées en matière de divorce. Pour cette raison, les habitants avaient accueilli favorablement le fait que les femmes puissent demander le divorce et aller déposer la demande par elles-mêmes¹³¹⁸.

La situation était bien différente dans les zones rurales de la Grande Kabylie, comme Fort-National et Michelet. Dans ces zones, l'emprise des coutumes kabyles demeurait très forte. Lefèvre constate qu'en Grande Kabylie la réforme apportée aux coutumes kabyles en matière de divorce par le Décret du 19 mai 1930 y demeurait « [...] à peu près lettre morte¹³¹⁹ ». Les femmes kabyles qui osaient demander le divorce devant un tribunal français, ne pouvaient plus se remarier. En plus, les maris kabyles, une

¹³¹⁵ *Ibid.*, p. 90.

¹³¹⁶ *Ibid.*, p. 91.

¹³¹⁷ *Ibid.*, p. 23.

¹³¹⁸ L., M., S., Lefèvre, *op. cit.*, p. 112.

¹³¹⁹ *Ibid.*

fois prononcée la décision de divorce, se comportaient souvent tout à fait comme s'il y avait eu une répudiation et ainsi exigeaient le remboursement de la somme contractée au moment du mariage, soit la « *thamamth* », et prononçaient ensuite la formule de la répudiation¹³²⁰. Cela dit, les tribunaux français se montraient plutôt propices à accorder ce droit. En effet la jurisprudence française nous démontre qu'en matière de divorce entre conjoints kabyles, les juges français ne reconnaissaient pas de droit de *thamath (dot)* à l'époux kabyle. Dans sa décision du 11 juin 1934 la Cour d'appel d'Alger part de la considération que :

« [...] dans son article 1^{er}, le décret du 19 mai 1931 a contrairement aux coutumes kabyles, autorisé la femme à demander le divorce dans certains cas déterminés, mais muet sur les effets de ce divorce notamment en ce qui concerne la dot¹³²¹[...] ».

« I. L'article premier du décret du 19 mai 1931, en autorisant la femme Kabyle à demander le divorce dans certains cas déterminés, a entendu affranchir celle-ci, quand le divorce est prononcé à son profit, de toute contrainte physique et de toute obligation pécuniaire¹³²²»,

La Cour conclut ainsi que : « [...] le mari n'est pas en droit de réclamer le remboursement de la dot ou tramât¹³²³ ». Selon la Cour cette possibilité est accordée au mari uniquement dans le cas où la femme a été répudiée¹³²⁴.

Le décret de 1931, tout en reconnaissant aux femmes kabyles le droit au divorce, n'avait pas pour autant supprimé le droit à l'insurrection que les coutumes kabyles leur reconnaissaient. Les décisions de justice adoptées après l'adoption du décret de 1931 avaient réaffirmé l'idée que l'état d'insurrection n'excluait pas la possibilité pour les femmes kabyles de pouvoir présenter une demande de divorce. Cela a été le cas de la décision de la Cour d'appel d'Alger du 2 mai 1932 dans laquelle la Cour affirme qu'une demande de divorce présentée par une femme kabyle ne peut pas lui

¹³²⁰ *Ibid.*, p. 114.

¹³²¹ Cour d'Appel d'Alger (Ch. Rév.Mus.) 11 juin 1934, (Bouhar Mohammed, Bouaroun Aicha, in *Revue algérienne tunisienne et marocaine de législation et jurisprudence*, Tome LVII, année 1941, p. 63.

¹³²² *Ibid.*, p. 64.

¹³²³ *Ibid.*

¹³²⁴ *Ibid.*

être niée pour le fait que celle-ci se soit mise en état d'insurrection ¹³²⁵.

Dans la décision du 30 mai 1938 la Cour accorde à la femme kabyle le droit de se déclarer en état d'insurrection sans pour cela : « [...] *avoir à justifier préalablement de la gravité de ses motifs de mécontentement et sans que le mari puisse s'y opposer*¹³²⁶ ».

La Cour laissa au mari deux possibilités qui consistent en « [...] *le choix ou de la répudier, ou de la laisser « thamaoutkh » mais il ne peut la contraindre à réintégrer le domicile conjugal*¹³²⁷ ».

En effet comme remarque Dulout : « *Le décret du 19 mai 1931, prévoyant les difficultés que pourrait trouver la femme à soutenir une instance de cette nature, eu égard à son infériorité traditionnelle de droit et de fait parmi le milieu berbère classique, s'est bien gardé de supprimer la faculté d'insurrection, consacrée par les kanouns, comme une suprême ressource de la femme à l'encontre de l'omnipotence de l'homme*¹³²⁸ ».

Ainsi, le titre I du décret du 19 mai 1931 n'a pas apporté les réformes espérées par les juges de paix réformistes tels que Ricci. Ce décret n'a pas en matière de divorce remplacé les coutumes kabyles par les prescriptions du Code civil. Cette réforme s'est limitée à accorder aux femmes kabyles le droit au divorce tel qu'il était prévu par le droit musulman malékite. Cela tout en permettant aux femmes kabyles de pouvoir jouir de leur droit à l'insurrection tel que le prévu par leurs coutumes. Ce même décret dans son titre II reforma les coutumes kabyles en matière successorale. Une réforme qui, comme nous verrons dans le chapitre suivant, suivit les mêmes dynamiques que celles de son homologue en matière du droit au divorce (**Chapitre 4**).

¹³²⁵ Alger, Ch.de Rev. Msu.2 mai 1932, (Rec.Norés n.683, p. 161, citation prise de l'article de F. Dulout, « Dernier état de la doctrine en jurisprudence. Intervention du législateur algérien », in *Revue algérienne, tunisienne et marocaine de législation et jurisprudence*, Tome LVII, Année 1941, note 22, p. 109.

¹³²⁶ Cour d'Appel d'Alger (Ch. Rév. Mus.) 30 mai 1938 (Bacha Ourida c. Damous), in *Revue algérienne, tunisienne et marocaine de législation et jurisprudence*, Tome LVII, année 1941, p. 65.

¹³²⁷ *Ibid.*

¹³²⁸ F. Dulout, *op. cit.*, , p. 109.

CONCLUSION DU CHAPITRE 3

La loi du 02 mai 1930 et le décret du 19 mai 1931 ont réformé les coutumes kabyles en matière de mariage et de divorce. Ces deux décrets ont été adoptés pour répondre aux attentes de la jurisprudence réformatrice des juges de paix présents en Kabylie et de la Cour d'Appel d'Alger.

La loi du 02 mai 1930 prévoyait que les filles mineures musulmanes d'ethnie kabyle ne pouvaient pas se marier avant d'avoir atteint l'âge de 15 ans. Cette mesure avait été adoptée afin de lutter contre la pratique des mariages de filles impubères. Tout comme ce fut le cas pour la réforme du statut des mineurs kabyles de 1902, cette réforme introduite par la loi du 02 mai 1930 avait été possible grâce à la mise en place des registres de l'état civil en Kabylie à partir de 1883. Ce qui permit de connaître précisément l'âge des Kabyles et par conséquent de fixer un âge minimum pour considérer un mariage valide pour la loi française. Cela dit, les résultats obtenus par la loi du 02 mai 1930 ont été très faibles. Comme nous avons pu voir, grâce au travail mené sur le terrain par Lefevre pendant les années qui ont succédé à cette réforme, les populations kabyles détournaient et violaient facilement les prescriptions prévues par cette loi. Ainsi vers la fin des années 1930 les mariages des filles impubères continuaient à être pratiqués impunément. C'est avec la même impunité que les Kabyles détournaient l'obligation de la déclaration de fiançailles prévue la loi du 02 mai 1930. Ce qui s'explique par le fait que les « fiançailles kabyles » était une pure invention d'Hanoteau et Letourneux. La loi du 02 mai 1930 avait apporté de profonds changements aux coutumes kabyles en matière de mariage, ce qui explique son échec.

La réforme des coutumes kabyles en matière de divorce avait été sollicitée par la jurisprudence des juges paix de façon plus intense que ne l'avait été celle en matière

de mariage. La jurisprudence des juges de paix avait octroyé le droit de divorce aux femmes kabyles, un droit qu'il leur était nié par les coutumes kabyles. Ce faisant, les juges de paix froissaient non seulement les coutumes kabyles mais aussi l'article 2 de décret du 29 août 1874 qui avait consacré les coutumes kabyles comme unique source juridique applicable dans les contentieux en matière de mariage et de divorce.

La décision de Tribunal de *Tizi-Ouzou* datant du 26 avril 1922 a marqué un tournant dans la jurisprudence coloniale française en Algérie. Le point d'originalité de cette décision résidait dans la motivation de ce jugement, car ici la Cour a réformé les coutumes kabyles en se basant sur un constat sociologique que les coutumes kabyles avaient évolué et que la jurisprudence devait suivre cette évolution. Les décrets du 02 mai et du 19 mai 1930 (titre premier) ont été une réponse du législateur aux demandes de réforme sollicitées par les juges français.

Le titre premier du décret du 19 mai 1931 avait réformé les coutumes kabyles en matière de divorce en reconnaissant aux femmes kabyles la possibilité de quitter le toit conjugal, un droit, rappelons-le, nié par leurs coutumes qui cependant autorisaient les femmes victimes de sévices à s'autoproclamer comme femmes insurgées (*thamaoutkth*) et à quitter de leur plein gré le domicile conjugal. Contrairement au décret de 1931, le titre I du décret du 19 mai 1931 n'a pas apporté de profonds changements aux coutumes kabyles. La réponse du législateur n'a pas été à la hauteur des attentes des juges réformistes, tels que Ricci, qui envisageaient un remplacement des coutumes kabyles par les prescriptions du Code civil, ce qui aurait permis aux femmes kabyles de jouir du même droit au divorce que les femmes françaises. Cette option ne fut pas prise en compte par le législateur qui adopta une solution hybride qui consistait à conserver la coutume kabyle de la femme insurgée (*thamaoutkth*) et en même temps à accorder aux femmes kabyles le même droit au divorce qui était jusqu'ici prévu pour le restant des femmes musulmanes algériennes. Les résultats du décret du 19 mai 1931 furent décevants. Très peu de femmes kabyles avaient demandé le divorce. La coutume kabyle avait pris le dessus sur la loi française, malgré le fait que le législateur fût le choix de ne pas froisser les coutumes kabyles.

Bien que la réforme des coutumes kabyles en matière de mariage et de divorce puisse

être définie comme une réforme inachevée, il est tout de même nécessaire de reconnaître que l'action des juges de paix s'avéra un élément fondamental dans la réforme des coutumes kabyles en matière de statut féminin tout comme pour la mise à jour des coutumes kabyles. Dans le chapitre suivant, nous verrons comment l'intervention des juges fut aussi fondamentale pour la réforme des coutumes kabyles en matière successorale ainsi que l'influence que la jurisprudence en matière de réforme du divorce a exercée sur celle de la réforme des coutumes kabyles en matière des droits successoraux des femmes kabyles (**Chapitre 4**).

CHAPITRE 4. LA RÉFORME DES COUTUMES KABYLES EN MATIÈRE DES DROITS SUCCESSORAUX DES FEMMES

La réforme des coutumes kabyles en matière successorale a été une question profondément débattue par la doctrine et la jurisprudence coloniale française, cela dès le début du XXe siècle. Le troisième livre du second volume de *La Kabylie et les coutumes kabyles* avait véhiculé l'idée selon laquelle le *qanoun Saharidj* de 1748 qui, rappelons-le, niait tout droit successoral aux femmes kabyles, aurait été appliqué à l'ensemble des tribus kabyles. Ceci était en réalité faux parce qu'un certain nombre de tribus kabyles n'appliquaient pas ce *qanoun* et de fait reconnaissaient aux femmes des parts d'héritage.

Les juges français avaient eu en matière successorale une attitude initialement semblable à celle qu'ils avaient eue en matière de divorce et ainsi dans un premier temps, les tribunaux français avaient appliqué à la lettre le troisième livre du second volume de *La Kabylie et les coutumes kabyles* et avaient nié tous droits successoraux aux femmes kabyles. Ce faisant, les juges avaient élargi le *qanoun Saharidj* à l'ensemble des tribus kabyles et donc même à celles qui ne pratiquaient pas l'exhérédation des femmes et imposaient ainsi aux villages en question une coutume qui n'était pas la leur. Dans bon nombre de villages kabyles qui n'appliquaient pas le *qanoun Saharidj* de 1748, et en réaction à cette imposition, les villageois avaient pris l'habitude de contourner l'interdit en faisant des donations *inter vivos* destinées à leurs épouses et à leurs filles. Au début du XXe siècle ces pratiques élusives étaient exercées dans l'ensemble des tribus kabyles, cela même au sein des tribus qui

précédemment appliquaient les prescriptions du *qanoun* de 1748. Les juges de paix avaient compris que les coutumes avaient changé et qu'il n'était plus possible d'appliquer à la lettre le *qanoun* de 1748. Ce fut ainsi qu'ils décidèrent de valider l'ensemble des donations *inter vivos* faites par des hommes kabyles à faveur des femmes de leurs familles. La Chambre musulmane de la Cour d'appel d'Alger pour sa part cassait de façon systématique ces jugements et continuait à appliquer à la lettre le troisième livre du second volume de *la Kabylie et les coutumes kabyles* qui niait tous droits successoraux aux femmes.

Cela dit, durant les années 1920, la question de la réforme des coutumes kabyles en matière successorale avait pris une forte ampleur. Une partie de la société civile kabyle ainsi que les juges de paix réformistes comme Ricci avaient fortement sollicité le législateur à réformer les coutumes kabyles en matière successorale. Ces derniers voulaient remplacer les coutumes kabyles par les prescriptions du Code civil et par conséquent octroyer aux femmes kabyles les mêmes droits successoraux que ceux reconnus aux femmes françaises.

Le Gouverneur général à partir du mois de décembre 1923 mit en place une commission appelée à faire l'état des lieux du statut féminin en Kabylie en matière successorale. La réponse du législateur fut l'adoption du décret du 19 mai 1931 (titre II) qui accorda un droit d'usufruit aux femmes kabyles uniquement dans le cadre des successions *ab intestat*, réponse qui s'avéra décevante.

Dans les chapitres suivants, nous verrons de quelle façon les normes coutumières kabyles en matière des droits successoraux ont été codifiées dans le troisième livre du second volume de *la Kabylie et les coutumes kabyles* (**section 1**). Par la suite nous analyserons l'évolution de la jurisprudence des juges de paix en matière de succession des Kabyles ainsi que le rôle qu'a joué la jurisprudence en question dans l'intervention du législateur en matière de réforme des coutumes kabyles (**section 2**).

SECTION 1. LES COUTUMES KABYLES EN MATIÈRE DES DROITS SUCCESSORAIRES CODIFIÉES DANS LA *KABYLIE ET LES COUTUMES KABYLES*.

La description des coutumes kabyles en matière successorale dans « *La Kabylie et les coutumes kabyles* » véhiculait l'idée erronée selon laquelle, à partir de l'adoption du *qanoun* de 1748, l'exhérédation des femmes avait été pratiquée de façon systématique dans l'ensemble des tribus kabyles et que le *habous* n'avait plus été pratiqué en Kabylie. Cela dit, les auteurs de l'ouvrage rappelé ci-dessus ne manquaient pas de citer les coutumes kabyles qui représentaient un contrepoids au *qanoun Saharidj*. Dans les pages suivantes nous verrons de quelle façon sont décrites dans l'ouvrage d'Hanoteau et Letourneux les coutumes kabyles en matière successorale ainsi que celle du « *Habous kabyle* » (§1). Par la suite nous verrons les contrepoids prévus par les coutumes kabyles au phénomène de l'exhérédation des femmes (§2).

§1. LES COUTUMES KABYLES EN MATIÈRE SUCCESSORALE ET L'INSTITUTION DU « *HABOUS KABYLE* »

Les coutumes kabyles en matière successorale ont été décrites dans le troisième livre du deuxième volume de *La Kabylie et les coutumes kabyles*¹³²⁹.

Comme nous l'avons déjà vu, la plupart des coutumes kabyles n'accordaient aucun droit successoral aux femmes. C'est à partir de 1748, par le biais des *qanouns* de la *djemââ Saharidj*, que certaines tribus kabyles décidèrent d'exhérer les femmes. Ce déni des droits successoraux aux femmes kabyles allait à l'encontre des prescriptions coraniques comme aussi des dispositions prévues par l'école juridique malékite qui accordait des parts de succession aux femmes.

Selon Hanoteau et Letourneux, l'exhérédation des femmes était pratiquée par l'ensemble des tribus algériennes. La particularité des coutumes kabyles ne consistait

¹³²⁹ A. Hanoteau, A. Letourneux, *op. cit.*, vol. II, p. 253 et suivantes.

pas tant en le fait que ces derniers bravaient un interdit musulman, mais plutôt en le fait que les Kabyles bravaient cet interdit de façon explicite et directe en adoptant en l'occurrence le fameux *qanoun* de 1748 qui affirmait noir sur blanc que les femmes kabyles ne pouvaient pas hériter. Dans le reste de l'Algérie, l'exhérédation des femmes se faisait à travers l'utilisation d'un subterfuge, soit la dévolution à des fondations pieuses des parts de succession destinées aux femmes. Ces fondations prenaient le nom de *habous*. Ainsi des *habous* frauduleuses étaient créées *ad hoc* afin de contourner la loi islamique qui octroyait des parts d'héritage aux femmes musulmanes. Cela dit, Hanoteau et Letourneux précisent ce qui suit :

« Pendant longtemps, les Kabyles ont suivi fidèlement, au moins en apparence, les prescriptions du droit musulman en matière de succession¹³³⁰ » et cela comportait le fait que les femmes pouvaient participer à la succession, mais ces auteurs soulignent que « Cette obéissance à la lettre de la loi n'était qu'une apparence trompeuse ; l'esprit kabyle répugnait à admettre que la femme disposât de cette terre qu'elle était inhabile à cultiver et incapable de défendre¹³³¹ ».

Les femmes étaient donc accusées d'avoir la mauvaise habitude de dissiper leurs parts d'héritage ou de laisser leurs époux les dissiper. Ces raisons expliquent les sanctions d'interdiction appliquées à leur encontre. Les femmes se voyaient alors interdire le droit de réintégrer le foyer de leur famille d'origine. Pour éviter de tomber dans les mailles des coutumes villageoises, les femmes kabyles auraient ainsi commencé à renoncer à leur droit d'héritage. Suivant le *qanoun* de 1748, décrit par Hanoteau et Letourneux et que nous avons déjà cité, les coutumes primaient sur le droit musulman en Kabylie et, par conséquent cela prouvait le « [...] triomphe du vieil esprit kabyle sur la loi musulmane¹³³² ». Ce « triomphe » était encore plus fort au sein des tribus kabyles qui n'avaient jamais été exposées à l'influence des juges-*cadis* musulmans. Cela était le cas des tribus comme les *Imemcheddade*, les *Ait Kani*, et les *Iakouren*¹³³³ tandis qu'au sein des tribus kabyles arabisées de *Oued Sahel* et du sud

¹³³⁰ *Ibid.*, p. 282.

¹³³¹ *Ibid.*

¹³³² *Ibid.*, p. 283

¹³³³ *Ibid.*,

du mont *Djurdjura*, l'utilisation du subterfuge des fondations *habous* afin de détourner la loi islamique avait persisté même après l'adoption du *qanoun* de 1748¹³³⁴.

L'institution des *habous* est décrite dans deux sections différentes de *La Kabylie et les coutumes kabyles*, d'abord dans le deuxième chapitre du second livre, dédié à la classification des biens¹³³⁵, et ensuite dans le chapitre du troisième livre dédié aux manières d'acquérir la propriété¹³³⁶. Les successions, quant à elles, sont traitées dans la partie dédiée au statut personnel. C'est ainsi que la jurisprudence française a considéré la matière des successions kabyles comme faisant partie de la matière du statut personnel, par conséquent régie par les coutumes kabyles.

L'attention que Hanoteau et Letourneux avaient montrée à l'égard des fondations pieuses-*habous* n'était pas anodine et ni désintéressée non plus. Le but était clairement de faire déclarer ces biens comme appartenant au clergé musulman. Étant donné que ces domaines relevaient précédemment du pouvoir turc, par conséquent la France, ayant succédé à ce domaine, pouvait exercer sur ces biens des droits régaliens. Cela a eu pour conséquence le fait que les biens *Habous* devenaient ainsi pour les auteurs de *La Kabylie et les coutumes kabyles* : « [...] un apanage inaliénable du domaine national¹³³⁷ ».

Cela dit, il est intéressant de remarquer qu'Hanoteau et Letourneux prirent soin de différencier le « *Habous kabyle* » du *Habous* proprement dit. Le *Habous kabyle* est défini comme étant :

« [...] la disposition par laquelle un père de famille affecte à sa femme, à sa sœur, à sa mère, à sa fille, en un mot à ses parentes ou à plusieurs d'entre elles, la jouissance d'un immeuble ou d'une partie de sa succession¹³³⁸. »

¹³³⁴ *Ibid.*, p. 284.

¹³³⁵ *Ibid.*, p. 235 et suivantes.

¹³³⁶ *Ibid.*, p. 235.

¹³³⁷ *Ibid.*, p. 236.

¹³³⁸ *Ibid.* p. 238.

C'est ainsi que le *habous* kabylisé n'avait pas sa raison d'être dans la volonté de contourner un interdit religieux. Au contraire le *habous* kabyle avait pour but d'octroyer aux femmes un droit de jouissance sur une partie de l'héritage. Cela dit, nous voyons précisé que :

« [...] *cette disposition s'écarte de l'usufruit en ce qu'elle paralyse la vente de la nue-propriété et confère au bénéficiaire le droit de faire cultiver par des étrangers les immeubles qui en sont grevés, dans le seul cas où les héritiers refusent de la faire valoir à d'équitables conditions* ¹³³⁹».

Comme nous verrons loin bas, ce mécanisme du *Habous* avait été utilisé au début du XXe siècle pour contourner la coutume kabyle consacrée par la jurisprudence française, afin d'attribuer des parts de successions aux femmes kabyles.

L'idée véhiculée par l'ouvrage d'Hanoteau et Letourneux, selon laquelle les Kabyles ne faisaient guère recours au subterfuge du *Habous*, a été récemment nuancée par Mahé. Ce dernier réfute l'idée présente dans le travail d'Hanoteau et Letourneux selon laquelle les Kabyles, contrairement à leurs voisins arabes, n'utiliseraient pas le subterfuge du *Habous*, à des fins élusives vis-à-vis du droit musulman malékite, qui de sa part réservait une part d'héritage aux descendantes femmes¹³⁴⁰. Mahé affirme que les comportements élusifs finalisés à braver la loi musulmane en matière successorale étaient communs à l'ensemble des communautés rurales du Maghreb, y compris les Kabyles¹³⁴¹.

§2. LES CONTREPOIDS PRÉVUS PAR LES COUTUMES KABYLES POUR PARER AU PHÉNOMÈNE DE L'EXHÉRÉDATION DES FEMMES

Les coutumes kabyles avaient prévu des contrepoinds visant à mitiger les conséquences économiques du fait que les femmes kabyles ne pouvaient pas hériter, en assurant des moyens de subsistance aux femmes exhéredées. Ainsi les héritiers de sexe masculin avaient l'obligation de subvenir aux besoins de leurs mères et de leurs sœurs qui, elles, n'avaient droit à aucune part d'héritage.

¹³³⁹ *Ibid.*

¹³⁴⁰ *Ibid.*, p. 70.

¹³⁴¹ *Ibid.*

Les *qanouns* kabyles se limitaient alors à proclamer de façon générale que les héritiers devaient aider leurs mères et leurs sœurs sans pour cela fixer de façon précise les modalités avec lesquelles ce droit devait s'exercer. D'après Hanoteau et Letourneux : « *La coutume ne règle pas d'une manière précise dans quelles limites s'exerce le droit de la femme qui se trouve dans ces conditions ; elle laisse à la générosité des familles [...] le soin de pourvoir d'une manière convenable aux besoins des déshéritées*¹³⁴² ».

Tout de même, certains *qanouns* kabyles disciplinaient de façon précise la façon dont les femmes exhérées devaient être entretenues et ainsi : « *Chez les Ait el-Ader, la femme qui se trouve lésée a le droit de porter ses griefs devant la djemâa qui fixe la part de revenus dont celle-ci devra disposer. Au village d'Agouni-n-Tesellen et à Taourirt Amran, la jouissance du tiers des biens est réservée aux filles et même aux veuves et proches parentes non mariées. A Taourirt Amran, ce bénéfice ne leur est acquis que tant que le défunt ne laisse pas de descendance mâle*¹³⁴³ ». Le *qanoun* du village de Koukou prévoyait une série de biens qui sont destinés aux femmes, à Azeffoun l'usage local est plus favorable aux femmes.

Dans le cas d'une absence prolongé d'un époux qui donnait lieu à une présomption de mort, là aussi ce sont seulement les héritiers mâles à pouvoir hériter des biens du présumé mort ainsi qu'a : « [...] *procéder au partage de ses biens et des revenus accumulés entre les mains de l'administrateur ou du fondé de pouvoir*¹³⁴⁴ ».

Bien que généralement les femmes kabyles fussent exclues du droit à l'héritage, il demeurait une seule hypothèse qui permettait à celles-ci d'hériter. Le cas était celui où le *de cuius* était une femme. Dans ce cas précis les femmes pouvaient hériter de leurs mères ou de leurs grands-mères. Cette hypothèse paraît à première vue impraticable, pour la raison que les femmes kabyles ne possédaient aucune capitale économique. Cela était en partie vrai, néanmoins certaines femmes kabyles réussissaient à accumuler tout au long de leur vie un certain pécule, que certaines

¹³⁴² *Ibid.*, p. 294.

¹³⁴³ *Ibid.*, p. 295.

¹³⁴⁴ *Ibid.*, p. 146

coutumes villageoises protégeaient permettant ainsi à ces femmes de les laisser en héritage¹³⁴⁵. Dans le deuxième volume de *La Kabylie et les coutumes kabyles* nous trouvons écrit ce qui suit :

« La coutume a fait brèche au principe de l'hérédité kabyle et a introduit les femmes dans les héritages de cette catégorie, mais en les subordonnant toujours à l'élément masculin et en ne leur permettant que d'arriver à sa suite pour recueillir des biens qui seraient tombés aux mains du frère ou du village¹³⁴⁶ ». Par conséquent : « Lorsque une femme meurt, au premier plan se présente la descendance mâle, fils, petit-fils et arrière-petit-fils, les ascendants mâles de lignée paternelle et le mari¹³⁴⁷ ».

Ceci dit, les femmes kabyles étaient toujours exclues de la succession testamentaire. Les femmes ne peuvent donner ni recevoir par testament seulement si elles ont le consentement de la personne qui exerce son autorité sur elles¹³⁴⁸.

Dans les pages qui suivent nous verrons comment ces coutumes kabyles furent réformées par la jurisprudence française (**section 2**).

SECTION 2. L'OCTROI AUX FEMMES KABYLES DU DROIT À LA SUCCESSION AB INTESTAT PAR LA JURISPRUDENCE ET LE LEGISLATEUR FRANÇAIS (TITRE II DU DECRET DU 19 MAI 1931)

Tout comme ce fut le cas pour le droit au divorce, la jurisprudence française avait joué un rôle prépondérant dans la réforme des coutumes en matière successorale. Les décisions des juges de paix avaient accompagné l'évolution des coutumes kabyles en matière successorale (§1). Cette brèche réformatrice supportée par les vœux du délégué kabyle Roumane avait d'abord poussé en 1905 le Gouverneur Général de l'Algérie à se pencher sur la question de l'abrogation de la coutume du lévirat kabyle connu aussi

¹³⁴⁵ *Ibid.*, p. 297.

¹³⁴⁶ *Ibid.*

¹³⁴⁷ *Ibid.*

¹³⁴⁸ *Ibid.*

sous le nom de « la femme pendue » et à mettre en place une commission qui devait s'occuper de cette question (§2).

§1. LA RÉFORME DES COUTUMES KABYLES EN MATIÈRE DES DROITS SUCCESSORAUx DES FEMMES KABYLES

La description des coutumes kabyles en matière successorale contenue dans *La Kabylie et les coutumes kabyles* a exercé une forte influence sur la jurisprudence des tribunaux français en Algérie. Ces derniers s'étaient basés amplement sur un *qanoun* kabyle adopté en 1748 connu sous le nom de *Qanoun Saharidj*, qui niait aux femmes kabyles tout droit d'héritage Hanoteau et Letourneux ont décrit les coutumes kabyles en matière successorale de façon très précise. Les parts d'héritage y sont décrites dans le détail. Cela a poussé les tribunaux français à appliquer à la lettre la prescription contenue dans l'ouvrage en question.

C'est fut ainsi que les auteurs de *La Kabylie et les coutumes kabyles* avaient élargi les prescriptions du *qanoun* de 1748 à l'ensemble de la Kabylie, cela malgré le fait que ces prescriptions n'étaient en vigueur que dans un ensemble limité de tribus. Rappelons que le *qanoun* de 1748 représenta une des rarissimes coutumes écrites datant d'avant l'arrivée des Français. C'était donc une des rares sources juridiques endogènes offrant quelques informations sur une institution de droit privé tel que la succession. Sur ce point Mahé souligne que :

« Alors que ces deux auteurs avaient compilé l'ensemble de leur code en colligeant les codifications des villages préalablement transcrites par leurs soins et ceux de leurs informateurs, ils furent tellement satisfaits d'avoir mis la main sur une règle juridique écrite et prise à l'échelle de plusieurs tribus qu'ils considèrent comme un dogme que la femme kabyle soit traditionnellement et partout exhéredée¹³⁴⁹ ».

Mahé explique encore la quête de détail par l'exemple quasi-comique mais aussi très significatif qui suit :

« [...] Hanoteau et Letourneux échangèrent avec Si Moula Aït Ameur à propos de la

¹³⁴⁹ *Ibid.*, p. 68.

*succession de l'hermaphrodite, dont chacun sait qu'elle était le souci majeur des Kabyles*¹³⁵⁰ ! ». Hanoteau disait bien que « [...] *pour agir en pleine conscience et juger sainement, connaître dans tous ses détails le peuple qu'on administrait et les lois qui le régissaient*¹³⁵¹ ».

L'attitude des auteurs de *La Kabylie et les coutumes kabyles* à l'égard du *qanoun Saharidj* datant de 1748, s'explique par le fait que ce dernier avait été le fruit d'un préjugé favorable à l'égard des coutumes écrites. L'état d'esprit de ces auteurs, comme nous avons vu dans le chapitre premier, était influencé par la culture juridique française, en l'occurrence la mise en écrit des coutumes.

La codification du *qanoun Saharidj* avait eu pour effet de figer dans le temps des coutumes qui étaient devenu déjà désuètes au début du XXe siècle. Comme nous verrons plus loin, la réforme des coutumes kabyles en matière de succession fut sollicitée par des représentants accrédités de la communauté kabyle, tels que l'historien Boulifa, le délégué Roumane et le mufti *Ibnu Zakri*, pour cette raison que la société kabyle avait évolué depuis l'année 1748. Comme nous voyons, bien que l'intention des auteurs de *La Kabylie et les coutumes kabyles* ait été de faire évoluer les coutumes kabyles au nom d'un cheminement progressif de celles-ci vers la culture juridique française, dans certains domaines le travail d'Hanoteau et Letourneux a eu comme effet de geler les coutumes kabyles dans l'état où elles étaient durant la deuxième moitié du XIXe siècle. A l'aube du XXe siècle la société kabyle était prête pour l'abrogation de ses coutumes successorales.

La jurisprudence datant de la fin du XIXe et début du XXe siècles prouve que la volonté de réformer les coutumes kabyles n'émanait pas uniquement des élites kabyles mais aussi des membres de la société civile. En effet il arrivait fréquemment que des pères de famille utilisent des subterfuges tels que la concession de bien en usufruit à leur épouse et à leur fille afin de contourner le *qanoun* de 1748. Ainsi Lefèvre témoigne qu'à partir de la fin du XIXe siècle, « [...] *commence à se dessiner dans les mœurs et usages un mouvement de réaction contre l'exhérédation des*

¹³⁵⁰ *Ibid.*

¹³⁵¹ M. Gahlouz, *op. cit.*, p. 48.

*femmes*¹³⁵²» et ce sont souvent les maris ainsi que les pères de famille qui avaient l'habitude de « [...] *prendre des dispositions afin qu'après leur mort, leurs femmes ne soient pas dépouillées par les héritiers mâles*¹³⁵³». La jurisprudence des années 1910-1930, portant sur des cas de successions entre Kabyles, nous montre que des donations *inter vivos* et des testaments étaient utilisés pour des fins élusifs.

Comme nous avons vu, les auteurs de *La Kabylie et les coutumes kabyles* laissaient sous-entendre que seuls les biens qui faisaient l'objet d'une succession *ab intestat* d'un *de cuius* mâle étaient interdits aux femmes, tandis qu'il était toujours possible pour un *de cuius* kabyle de destiner à sa parenté féminine des donations faites avant son décès, ainsi qu'une part d'héritage testamentaire. Lefèvre témoigne aussi qu'au début du XXe siècle, l'institution du *habous*, précédemment utilisée par l'ensemble des populations du Maghreb, parmi lesquelles aussi les Kabyles (contrairement à ce que soutenaient Hanoteau et Letourneux), afin d'exhérer les femmes, s'était transformée par contre à l'aube du XXe siècle en un instrument utilisé afin de faire hériter les femmes kabyles¹³⁵⁴. L'arrêt du 11 juin 1919 de la Chambre musulmane de la Cour d'Alger mit en évidence que l'institution du *Habous* était devenue un instrument qui désormais servait à « *corriger la barbarie des coutumes*¹³⁵⁵ ». Le *Habous* permettait la constitution d'un droit d'usufruit sur des immeubles au profit des femmes qui devient ainsi inaliénable.

La question des droits successoraux des femmes kabyles avait été posée dès la période du régime militaire. Dans une lettre du 17 avril 1864 du Cercle militaire de Tizi-Ouzou nous y trouvons écrit que : « *Les circonstances actuelles ne nous permettent point de donner suite aux projets d'amélioration sociale de la femme kabyle et la règlementation des successions*¹³⁵⁶[...] ».

Auparavant, en 1861 les commandants du Cercle militaire de Tizi-Ouzou avaient été appelés à se prononcer sur des demandes d'héritage. La position des militaires allait

¹³⁵² L., M., S., Lefèvre, *op. cit.* p. 126.

¹³⁵³ *Ibid.*

¹³⁵⁴ *Ibid.* p. 127.

¹³⁵⁵ Recueil Norès, p. 138 ; L. M. S. Lefèvre, *op. cit.*, p. 128.

¹³⁵⁶ FR ANOM GGA 30 II/40.

dans le sens d'accorder aux femmes kabyles des droit successoraux. Dans un cas d'exhérédation d'une jeune fille kabyle, le commandant de Cercle recommandait à son colonel de faire « l'application de nos lois¹³⁵⁷ » et « [...] à user de votre influence morale pour amener la Djemââ à mettre de côté cette vieille coutume inique et barbare et à donner une décision qui permet aux jeunes filles d'hériter complètement et sans contestation ¹³⁵⁸».

Durant la période du régime militaire les *djemââs* kabyles n'iaient dans leur jugement la constitution de droits successoraux en faveur des femmes kabyles. Nous avons ainsi l'exemple de la réclamation n. 358 de 1861 qui avait été rendue dans le Cercle de Tizi-Ouzou, dans laquelle le commandant de Cercle tout en affirmant que le déni des droits successoraux aux femmes kabyles était « [...] contraire au sens commun, et à la justice¹³⁵⁹ [...] », conseillait cependant aux militaires de ne pas intervenir dans les questions d'héritage, cela pour la raison qu'il : « [...] est toujours très grave de casser un jugement de Djemââ parce que en agissant ainsi nous prenons la responsabilité des réclamations faites par la partie qui se croit lésée et qu'il vaut mieux en général laisser cette responsabilité aux Djemââ elles-mêmes ¹³⁶⁰». C'étaient donc aux *djemââs* de décider de la façon dont les partages devaient s'effectuer. Les décisions devaient être transcrites en français. Celles-ci devaient faire mention de la coutume (*laada*) qui avait été appliquée¹³⁶¹.

Nous remarquons que durant la période précédant la rédaction de *La Kabylie et les coutumes kabyles* les militaires français n'avaient pas à leur disposition de coutumes rédigées sur lesquelles s'appuyer. En matière successorale c'était les *djemââs* qui décidaient d'appliquer l'usage local (l'*aada*). Par conséquent les villages kabyles qui n'avaient pas fait le choix d'exhérer les femmes kabyles n'étaient pas contraints appliquer le *qanoun Saharidj*.

¹³⁵⁷ FR ANOM GGA 30 II/3

¹³⁵⁸ *Ibid.*

¹³⁵⁹ *Ibid.*

¹³⁶⁰ *Ibid.*

¹³⁶¹ *Ibid.*

La situation a changé avec l'avènement du régime civil. À partir de ce moment, comme nous avons vu, l'application des coutumes kabyles fut confiée aux juges de paix, qui de leur côté, appliquaient à la lettre les prescriptions coutumières contenues dans le second livre de *La Kabylie et les coutumes kabyles*.

Les juges français avaient ainsi nié aux femmes kabyles tout droit successoral, cela bien que les auteurs de *La Kabylie et les coutumes kabyles* aient laissé entendre que seule la succession *ab intestat* d'un *de cujus* mâle était interdite aux femmes et que les donations faites avant le décès, ainsi qu'une part d'héritage testamentaire était toujours possible. La Cour d'appel d'Alger annulait systématiquement les donations et les concessions en usufruit *inter vivos* faites par les hommes kabyles à leurs épouses et à leurs filles très peu de temps avant leur décès. Ces donations étaient considérées comme des moyens visant à contourner les interdits des coutumes kabyles. Par exemple, la Cour d'Alger dans la décision qui date du 3 novembre 1890 avait annulé un acte de concession en usufruit d'un immeuble fait par un père de famille à ses filles. La motivation était qu'une telle concession avait des finalités élusives. Cela dit, la Cour ne manqua pas de souligner que les coutumes kabyles ne prévoyaient en aucune façon que la femme puisse : « [...] *devenir propriétaire du sol par voie d'hérédité de mâles, ni par donation faite par des mâles ; elle n'a qu'un droit d'usufruit pour subvenir à son entretien, sa vie durant*¹³⁶² » et par conséquent : « [...] *suivant la coutume kabyle, la femme ne peut devenir propriétaire du sol par hérédité de mâles, ni par donation faite par des mâles ; - Que, dès lors, des biens immobiliers ne peuvent lui être donnés qu'en usufruit*¹³⁶³ ».

Dans cet arrêt, la Cour d'appel d'Alger avait appliqué à la lettre les prescriptions contenues dans l'ouvrage d'Hanoteau et Letourneux, figeant ainsi les coutumes en question dans l'état où celles-ci étaient appliquées à l'époque de la rédaction de leur ouvrage *La Kabylie et les coutumes kabyles*. La Cour, ce faisant, ne tenait aucun compte des changements sociaux qui s'étaient vérifiés entretemps en Kabylie. Les

¹³⁶² *Revue algérienne et tunisienne de législation et de jurisprudence*, T.15, 1889 notes 1, 2, 3, p. 541.

¹³⁶³ *Ibid*, p. 543.

subterfuges que les hommes kabyles utilisaient pour faire hériter les femmes étaient de clairs signaux que les coutumes étaient en train de changer.

Les juges de paix avaient saisi ces changements. Dans un arrêt précédent, datant du 31 octobre 1888, un juge de paix avait validé une donation d'un immeuble de la part d'un homme kabyle à sa mère et à sa sœur¹³⁶⁴. La donation avait été faite durant une période où le donateur était gravement malade. Cela dit le juge de paix n'avait vu dans ce comportement aucune volonté de la part du père kabyle de braver le qanoun *Saharidj*, et cela bien que l'acte de donation eût été dressé quelques jours avant la mort du donateur¹³⁶⁵. Cet arrêt fit l'objet de critiques de la part de la doctrine. Dans le même volume de la revue algérienne où a été publiée cette décision, apparut un commentaire doctrinal rédigé par un auteur qui utilisa l'acronyme L.V. Ce dernier justifiait le phénomène de l'exhérédation des femmes kabyles par des arguments géographiques, voire même géologiques. Selon cet auteur la configuration physique de la Kabylie de part de sa pauvreté de terrains habitables aurait été à l'origine des coutumes locales qui réservaient les droits réels uniquement aux hommes¹³⁶⁶. Selon L.V., ce privilège réservé à la gente masculine s'expliquait par le fait que seuls les hommes avaient la capacité de défendre les terres en question¹³⁶⁷. Bien que l'auteur nie pour les raisons citées ci-dessus la possibilité que les coutumes kabyles puissent octroyer aux femmes un plein droit de propriété, ce dernier n'exclut pas la possibilité que les coutumes puissent autoriser les femmes de jouir de droit viager, tel que l'usufruit.

Les coutumes kabyles s'appliquaient selon le critère *ratione personae* et non pas *ratione loci*. Cela créait des problèmes dans les contentieux ayant pour objet des immeubles situés en dehors de la Kabylie. Comme nous avons déjà vu, dans ces cas les juges appliquaient la coutume du lieu où se trouvait l'immeuble qui faisait l'objet d'une succession. En matière successorale l'application du critère *ratione personae* avait été affaiblie par deux décisions jurisprudentielles. Précisément dans les

¹³⁶⁴ *Revue algérienne et tunisienne de législation et de jurisprudence* T.15, 1889, p. 495.

¹³⁶⁵ *Ibid.*, p. 497.

¹³⁶⁶ *Ibid.*, notes 1,2,3, p. 541

¹³⁶⁷ *Ibid.*

décisions datant du 13 janvier 1891 et 31 mars 1908. Dans ces deux décisions émises par la 1^{ère} chambre de la Cour d'Alger, celle-ci reconnaissait des droits successoraux à des femmes kabyles sur des biens immeubles situés hors Kabylie¹³⁶⁸.

Dans la décision du 13 janvier 1891 la Cour a décidé qu'en cas de : « [...] *dévolution d'un immeuble qui dépend de la succession d'un Kabyle mais qui se trouve en pays arabe* » doit se dérouler en appliquant la loi du territoire où se trouve l'immeuble qui, dans le cas d'espèce, est la loi musulmane et non pas la coutume kabyle¹³⁶⁹ ». Dans ce jugement la Cour affronta aussi la question liée à la problématique du régime juridique qui devait s'appliquer à une femme arabe qui épousait un conjoint kabyle. La Cour trancha la question dans les termes suivants : « [...] *il n'y a pas lieu de se demander, comme l'on fait les premiers juges, si la veuve avait ou n'avait pas perdu, par son mariage avec un Kabyle, sa qualité de femme arabe et si, par le décès de son mari, elle avait ou n'avait pas recouvré cette même qualité ; -Que de pareilles distinctions et une pareille recherche sont sans intérêt et sans objet dans un débat que le statut réel doit seul trancher*¹³⁷⁰ ».

Par la suite, dans une décision datant du 31 mars 1908, la Cour avait statué que : « [...] *les immeubles situés en pays arabe sont soumis quant à leur dévolution à la loi coranique : sur ceux-ci, la veuve du de cujus kabyle vient donc en concours avec les héritiers mâles*¹³⁷¹ ».

Les deux décisions citées ci-dessus firent l'objet de critiques de la part d'Emile Larcher, professeur à la Faculté de droit d'Alger¹³⁷². Ce dernier soutenait que dans le cas d'espèce la Cour aurait dû appliquer les coutumes kabyles et non celles des lieux où se trouvait le bien immeuble. Larcher remarque que dans la décision du 31 mars 1908 la Cour a appliqué la règle de droit international privé en vigueur à l'époque et qui prévoyait une succession immobilière régie par la loi de la situation des biens et

¹³⁶⁸ *Revue algérienne et tunisienne de législation et de jurisprudence*, T. 7, 1891, p. 178 et suivantes.
Revue algérienne et tunisienne de législation et de jurisprudence, T. 25, 1909, p. 247.

¹³⁶⁹ *Ibid.*, p. 179.

¹³⁷⁰ *Ibid.*, p. 1891.

¹³⁷¹ *Ibid.*, p. 249.

¹³⁷² *Ibid.*

celle mobilière régie par la loi du dernier domicile de *de cuius*¹³⁷³. Ainsi la Cour a appliqué l'article 3 du Code civil dans une affaire qui devait être tranchée en appliquant les coutumes kabyles. Cet article à son tour reprenait le principe de droit international cité ci-dessus. Larcher critique la Cour pour avoir appliqué l'article 5 du décret du 17 avril 1889, sans tenir compte de l'article 4 de la loi en question. L'article 5 du décret du 17 avril 1889 prévoyait de façon générale que : « *En matière réelle, entre Arabes, Kabyles, Ibadites [...], la loi ou coutume applicable est celle de la situation des biens* ¹³⁷⁴ ». L'article 4 donnait application aux coutumes du lieu en prévoyant de façon spécifique que : « *En ce qui concerne le statut personnel et les successions, les musulmans sont régis par les coutumes de leur pays d'origine ou par les coutumes du rite spécial auquel ils appartiennent*¹³⁷⁵ ». Ainsi, selon Larcher, au nom de la hiérarchie des lois, la loi spécifique l'emporte sur la loi générale.

En matière de succession de biens immeubles, comme rappelé précédemment, la coutume applicable était celle du lieu où se trouve l'immeuble. Par conséquent et contrairement à ce que nous avons vu en matière de divorce, en matière de succession c'était le critère *ratione loci* qui devait l'emporter.

Cela dit, au début du XXe siècle dans un arrêt datant du 27 novembre 1911, le juge de paix de Blida décida qu'en matière de statut personnel les indigènes musulmans kabyles vivant hors Kabylie : « [...] *demeurent régis par leurs lois et coutumes personnelles* ¹³⁷⁶ ».

L'unique manière qu'avait une femme kabyle d'hériter d'un bien immeuble situé en Kabylie était sa naturalisation, ou simplement la naturalisation de son mari. Ainsi dans la Décision du Tribunal civil de Tizi-Ouzou datant du 12 mars 1896¹³⁷⁷, la Cour a décidé que « *Du jour de la naturalisation de son mari indigène musulman, la femme indigène musulmane ou kabyle perd elle-même, comme son mari, le bénéfice de son statut personnel, pour tomber sous l'empire de la loi civile française.* » et ainsi « *elle*

¹³⁷³ *Ibid.*

¹³⁷⁴ *Ibid.*, p. 250.

¹³⁷⁵ *Ibid.*

¹³⁷⁶ *Journal de la jurisprudence de la Cour D'Alger*, 1911-1920, p. 265.

¹³⁷⁷ *Journal de la jurisprudence de la Cour Impériale d'Alger*, 1805/11 (A37) -1896/11 (A38), p. 356.

acquiert le droit d'invoquer les règles de la loi française, relative aux droits successoraux du conjoint survivant [...] ¹³⁷⁸ ».

Selon la jurisprudence, la femme kabyle mariée à un kabyle naturalisé français avait par conséquent les mêmes droits successoraux d'une citoyenne française.

Nous pouvons conclure qu'en matière successorale, le principe de *rationae personae* a été appliqué de façon moins stricte qu'en matière de divorce.

L'exigence de reconnaître aux femmes kabyles des droits successoraux s'était fait sentir de façon plutôt pressente à partir du début du XXe siècle. Cela était en grande partie lié aux changements sociaux et économiques qui traversaient la société kabyle à partir de la fin de la première guerre mondiale. Durant le premier conflit mondial, plusieurs hommes kabyles avaient été mobilisés et envoyés au front et plusieurs d'entre eux y avaient perdu la vie. Par conséquent, un nombre important de femmes kabyles étaient devenues veuves de Kabyles morts au combat et à ce titre elles recevaient de la part de l'état français des pensions et des allocations qui leur permettaient d'accumuler un pécule¹³⁷⁹. À cela s'ajoutait le fait que dans les zones de la Kabylie où les femmes avaient l'habitude de se voir reconnaître des parts successorales, la population locale usait de stratagèmes pour faire hériter les femmes par le biais de la constitution de fondations pieuses (*Habous*¹³⁸⁰). La jurisprudence datant de la fin du XIXe siècle et du début du XXe prouve que le désir et la volonté de réformer les coutumes kabyles n'avaient pas atteint uniquement les appartenant aux élites intellectuelles ou politiques. Souvent des pères de famille utilisaient des subterfuges tels que la concession de biens en usufruit à leur épouse et à leur fille afin d'éluder les coutumes kabyles en matière successorale, ce qui était devenu la norme applicable à tout Kabyle par le biais du décret du 29 août 1874. Ainsi Lefèvre témoigne qu'à partir de la fin du XIXe siècle : « [...] commence à se dessiner dans les mœurs et usages un mouvement de réaction contre l'exhérédation des

¹³⁷⁸ *Ibid.*

¹³⁷⁹ *Ibid.*, p. 44.

¹³⁸⁰ *Ibid.*, p. 45.

*femmes*¹³⁸¹». Selon l’auteur c’était souvent les maris et les pères de famille qui avaient l’habitude de « [...] *prendre des dispositions afin qu’après leur mort, leurs femmes ne soient pas dépouillées par les héritiers mâles*¹³⁸²». Au début du XXe siècle plusieurs décisions de justice avaient porté sur des *habous* constitués par des hommes kabyles et finalisés à faire hériter leurs femmes et leurs filles. Un bon nombre d’hommes kabyles utilisaient aussi des donations et des testaments afin de contourner le *qanoun Saharidj*. Lefèvre témoigne ainsi du fait que l’institution du *habous*, précédemment utilisée par l’ensemble des populations du Maghreb et aussi par les Kabyles (contrairement à ce que soutenaient Hanoteau et Letourneux) afin d’exhérer les femmes, s’était transformée à l’aube du XXe siècle en un instrument destiné à faire hériter les femmes kabyles¹³⁸³. Dans l’arrêt du 11 juin 1919 de la Chambre musulmane de la Cour d’Alger, la Cour constate que l’institution du *Habous* était désormais devenue un instrument qui servait à : « [...] *corriger la barbarie des coutumes*¹³⁸⁴ ». Le *Habous* était devenu un correcteur qui permettait la constitution au profit des femmes d’un droit d’usufruit sur des immeubles qui devient ainsi inaliénable et ce au nom d’un idéal de justice commutative.

La question de la reconnaissance de la validité juridique des *habous* constitués par des Kabyles ne fit pas l’unanimité au sein de la jurisprudence. Hanoteau et Letourneux avaient véhiculé l’idée selon laquelle les *habous* avaient disparu en Kabylie à partir du temps de la rédaction du *qanoun Saharidj*¹³⁸⁵. Les juges prirent à la lettre l’affirmation selon laquelle : « [...] *le habous n’existe pas en Kabylie*¹³⁸⁶ ». Dans les jugements datant du 9 avril 1902 et du 21 mars 1913, le Tribunal de Tizi-Ouzou avait déclaré la nullité du *habous* qui avait été constitué en respectant le rite musulman malékite. Cela pour le simple fait que ces *habous* avaient été constitués par des Kabyles¹³⁸⁷. Hacoun-Campredon était critique à l’égard de cette jurisprudence

¹³⁸¹ L., M., S., Lefèvre, *op. cit.* p. 126.

¹³⁸² *Ibid.*

¹³⁸³ *Ibid.*, p. 127.

¹³⁸⁴ *Recueil Norès*, p. 138 ; L., M., S., Lefèvre, *op. cit.*, p. 128.

¹³⁸⁵ A. Hanoteau, A. Letourneux, *op. cit.*, vol II, p. 341.

¹³⁸⁶ Tribunal civil de Tizi-Ouzou, 21 mars 1913, *Recueil Robe*, 1913, p. 172, Tribunal civil de Tizi-Ouzou, 26 octobre 1916, *Recueil Robe*, 1917, p. 170. Arrêts cités dans l’ouvrage de P. Hacoun-Campredon, *op. cit.*, p. 120.

¹³⁸⁷ P. Hacoun-Campredon, *op. cit.*, p. 122.

comme il apparaît dans son traité où il écrivait en 1922 qu'il n'était : « [...] *plus possible* » de dire et encore moins de poser en principe que le *habous* proprement dit soit tout à fait inexistant en Kabylie¹³⁸⁸ ».

La jurisprudence de la Chambre de Révision musulmane d'Alger avait établi que le *habous* n'était pas interdit aux Kabyles parce qu'il avait pour objet la jouissance de la terre et non la propriété de celle-ci. Par conséquent le *habous* ne violait pas la coutume kabyle qui niait aux femmes tout droit de propriété du sol¹³⁸⁹. Cette justification avait été critiquée très pertinemment par Hacoun-Campredon qui souligne que le fait que les femmes kabyles soient « *exhérédiées ab intestat* [...] *ne s'ensuit pas quelle ne puisse acquérir un immeuble en toute propriété, soit par acte entre vifs, soit par donation, soit par testament*¹³⁹⁰ ».

Dans d'autres décisions, les tribunaux autorisaient les Kabyles à constituer des *habous* qui devaient respecter les prescriptions du droit musulman. Cela dit, les juges validaient ces *habous* sans se soucier du fait que ces fondations pieuses étaient conformes au droit musulman¹³⁹¹. Dans d'autres décisions, les irrégularités d'un *habous* n'étaient considérées comme des motifs de nullité que dans le cas où celui-ci violait de façon « indiscutable » le droit musulman¹³⁹².

Dans le cas d'espèce qui s'était produit en Petite Kabylie le 9 juin 1906, le plaignant par le biais d'un acte de *cadi* notaire avait fait « *habousér* » l'ensemble de ses propriétés immobilières ainsi que de tous ses biens meubles. Ce *habous* avait été constitué en suivant à la lettre le rite prévu par la doctrine du droit musulman hanéfite. Le *habous* devait être dévolu à ses filles ainsi qu'à son épouse au moment

¹³⁸⁸ *Ibid.*, p. 121.

¹³⁸⁹ Alger, Chambre de rev. Mus., 6 février 1887, Recueil Robe 1887, p. 241, Alger, Chambre de rev. Mus 21 mars 1898, *Revue algérienne et tunisienne de législation et de jurisprudence* n. 2, 1898, p. 205. P. Hacoun-Campredon, *op. cit.*, pp. 123-124.

¹³⁹⁰ *Ibid.*, p. 124.

¹³⁹¹ Cour d'Appel de Tizi-Ouzou, 26 avril 1897, Justice de paix de Bordj Menail, 14 janvier 1916, confirmé en appel (adoption de motifs) par le tribunal de Tizi -Ouzou, le 13 avril 1916 n. 99) Alger (Ch. Rev. Mus.)11 juin 1919, jugements de la Justice de Paix de Fort-National, des 19-26 juin 1918, confirmés par le Tribunal de Tizi-Ouzou, le 16 janvier 1919 (ces derniers inédits — adoption de motifs), décisions citées dans l'ouvrage de P. Hacoun-Campredon, *op. cit.*, p. 125.,

¹³⁹² Alger Ch. de Revis. Musulmane, 11 juin 1921, *Saadi contre Adjaoud*, citée dans l'ouvrage de P. Hacoun-Campredon, *op. cit.*, p. 125.

de sa mort, à condition que cette dernière ne se remariât pas. Les héritiers males (*acebs*) avaient saisi en 1920 devant le juge de paix de Dellys le *habous* en question et en avaient demandé la nullité dans la demande reconventionnelle. Le juge de paix avait accueilli la demande des plaignants et déclaré la nullité du *habous* pour la raison que la doctrine hanéfite interdit les *habous* des meubles ou contenant à la fois des meubles et des immeubles, que le *habous* en question n'a pas été suivi de prise de possession. En appel, le Tribunal de Tizi-Ouzou avait dans son jugement du 28 octobre 1920 annulé la décision du juge de paix en validant ainsi le *habous* et condamné les intimés à délaisser les immeubles « *habousés* ». Le 27 décembre 1920 le Procureur général s'était pourvu contre ce jugement dont il demanda l'annulation, en soutenant que le *habous* en question avait été rendu en violation du droit musulman¹³⁹³. La Chambre de Révision musulmane de la Cour d'appel d'Alger dans la décision du 1 juin 1921 avait ainsi validé la décision de la Cour d'appel de Tizi-Ouzou et a déclaré comme mal fondé le pourvoi du Procureur général¹³⁹⁴.

D'autres décisions prévoyaient que les Kabyles pouvaient constituer un *habous* qui devait être appliqué dans les formes du droit musulman. Un *habous* constitué par un Kabyle doit être régulier et avoir une destination conforme au droit musulman. Dans ce groupe de décisions le tribunal, au lieu de rejeter simplement le *habous*, chercha l'intention du disposant. Ainsi un « [...] *kabyle ignorant de la loi musulmane* » pouvait avoir intitulé un acte qui est plutôt un testament ou une donation ou une constitution d'usufruit¹³⁹⁵.

Nous avons l'exemple d'une autre décision de la Chambre de révision musulmane de la Cour d'Appel d'Alger qui dans sa décision du 30 mars 1898 avait statué qu'un acte de *habous* qui ne contenait pas de destination pieuse, qui n'avait pas été constitué par un Kabyle devant un *cadi* et qui avait été constitué très peu de jours avant le décès de la personne qui l'avait constitué devait être considéré comme un testament et non pas comme un *habous*¹³⁹⁶. La cour décida entre autres que : « [...] *du jour où la maladie*

¹³⁹³ P. Hacoun-Campredon, *op. cit.*, p. 126-127.

¹³⁹⁴ *Ibid.*, p. 130.

¹³⁹⁵ *Ibid.* p. 138.

¹³⁹⁶ *Revue algérienne et tunisienne de législation et jurisprudence*, n.2, 1898, p. 307.

l'a abattu sur sa couche, du moment où l'image de la mort se présente à ses yeux, qu'elle lui arrive avec l'odeur de la poudre dans le combat ou avec le bruit du flot qui bat son navire », le Kabyle ne peut plus disposer de la totalité de ses biens¹³⁹⁷ ». C'est ainsi que les Kabyles ne pouvaient pas constituer des *habous* quand ils étaient sur le point de mourir ou plus généralement en danger de mort.

Cela dit, la cour fit une exception dans le cas d'un Kabyle qui avait constitué un *habous* peu de temps avant d'être envoyé combattre en Europe au cours de la Première guerre mondiale. Dans la décision, la Cour d'appel d'Alger, datant du 11 juin 1921, avait statué sur le cas d'un *habous* qui avait été constitué par un Kabyle qui avait servi l'armée française durant la Première guerre mondiale¹³⁹⁸. Ce dernier, qui s'appelait *Mesbahi*, avait été rappelé pour la mobilisation générale le 2 août 1914 et incorporé dans un régiment de tirailleurs. Ce dernier fut déclaré disparu à Esnes (Meuse) et par la suite, par jugement déclaratif datant du 17 novembre 1920, déclaré décédé à partir du 19 mai 1916¹³⁹⁹. Le tribunal de Tizi-Ouzou avait prévu que « *Attendu [...] que Messahi Essaid était présent sous les drapeaux au moment où il avait constitué le habous et qu'il a été tué sur le front, il est de principe que si le disposant était en danger de mort au moment de la constitution du Habous et n'a pas survécu, le habous ne vaut que comme disposition testamentaire et jusqu'à concurrence du tiers disponible¹⁴⁰⁰ [...] ».*

Cependant, la Chambre de Révision musulmane de la Cour d'Alger, en statuant que « *[...] les questions relatives au habous rentrent dans le domaine du statut successoral ; que la violation des règles relatives à la capacité de disposer par voie de habous constitue donc une violation des droits et coutumes qui régissent les indigènes musulmans en ce qui concerne les successions¹⁴⁰¹ [...] »* et attendu que « *Sidi-Khelil fait figurer parmi les cas d'interdiction, la présence sous les drapeaux en temps de guerre ; mais que les commentaires de cette règle en déterminent la portée et tendent d'ailleurs à faire ressortir, que le danger de mort doit être réel et*

¹³⁹⁷ *Ibid.*

¹³⁹⁸ P. Hacoun-Campredon, *op. cit.*, p. 153.

¹³⁹⁹ *Ibid.*, p. 136.

¹⁴⁰⁰ *Ibid.*

¹⁴⁰¹ *Ibid.*, p. 137.

immédiat ; que c'est ainsi que dans la traduction de Sidi Khelil par Perron on voit qu'est incapable, l'individu présent et combattant dans les rangs de l'armée en bataille et quand même il n'a pas encore reçu de blessures, mais qu'il en serait autrement si cet individu se trouvait dans les troupes placées en réserve afin de venir au secours de ceux qui plieraient devant l'ennemi, ou était dans les troupes d'observation ou dans les troupes d'exploration¹⁴⁰² »,

et en considérant le fait que « [...] Masbahi Essaid qui se trouvait au moment de la constitution du habous, en aout mil neuf cent quatorze à plus de quinze cents kilomètres du front de bataille, qui n'était qu'à la veille de son incorporation et qui n'a été tué que près de deux ans après la constitution du habous¹⁴⁰³ » « [...] ne pouvait se considérer comme s'étant trouvé en danger de mort, parce que présent sous les drapeaux en temps de guerre, Masbahi Essaid qui se trouvait au moment de la constitution du habous, en aout mil neuf cent quatorze à plus de quinze cents kilomètres du front de bataille, qui n'était qu'à la veille de son incorporation et qui n'a été tué que près de deux ans après la constitution du habous¹⁴⁰⁴ », la Cour décida que « [...] le Tribunal de Tizi-Ouzou a donc fait une fausse application dans la cause des principes relatifs à la capacité de disposer par voie de habous, d'où il suit que le jugement déféré doit être annulé¹⁴⁰⁵ ».

L'application incohérente des coutumes kabyles en matière de succession, dû aux fréquents revirements de la part de la jurisprudence ainsi qu'aux changements sociétaux qui traversaient la société kabyle, avaient poussé au début du XIXe siècle le Gouverneur Général à prendre en compte la question des successions des femmes kabyles. Le résultat fut la mise en place d'une commission d'enquête sur l'état des lieux des coutumes kabyles.

¹⁴⁰² *Ibid.*, p. 138.

¹⁴⁰³ *Ibid.*

¹⁴⁰⁴ *Ibid.*

¹⁴⁰⁵ *Ibid.*

§2. L'INTERVENTION DU LEGISLATEUR DANS L'OCTROI DU DROIT À LA SUCCESSION AB INTESTAT AUX FEMMES KABYLES. UNE REFORME MANQUÉE !

L'octroi des droits successoraux aux femmes kabyles avait été voulu et appuyé par trois personnalités kabyles : l'instituteur et historien Amar Boulifa, l'élú Roumane et le *mufti* de la Mosquée d'Alger, Ibnou Zekri (A).

C'est fut ainsi que sollicité par les juges français et par les vœux des élites kabyles, le gouverneur général avait émis une instruction le 13 juillet 1903 dans laquelle ce dernier demandait l'abrogation de la coutume du lévirat kabyle. Quelques années après, le 06 février 1925 le gouverneur général d'Algérie mit en place une commission qui s'était donné comme objectif de réformer les coutumes kabyles en matière successorale. Cette réforme selon le gouverneur devait se faire à travers l'intervention non pas du législateur mais plutôt des décisions des tribunaux (B). Le législateur en décida autrement et réforma les coutumes kabyles en matière successorale par le biais du décret du 19 mai 1931 (C).

A. LA VOLONTÉ RÉFORMISTE DES ÉLITES KABYLES

Les trois personnalités kabyles citées ci-dessus, l'historien Boulifa, l'élú Roumane et le *mufti* de la Mosquée d'Alger, Ibnou Zekri ont vécu entre la fin du XIXe siècle et le début du XXe siècle. Ces trois personnalités qui étaient très différentes entre elles par orientations politiques et religieuses, avaient sollicité le législateur français à réformer les coutumes kabyles en matière successorale, tout en partant de présuppositions idéologiques différentes.

Commençons par Boulifa, ce dernier dans son *Recueil de poésie kabyle*¹⁴⁰⁶ et dans l'ouvrage historique intitulé *Le Djurdjura à travers l'histoire*¹⁴⁰⁷, avait entamé une véritable critique de la façon dont les coutumes successorales kabyles avaient été

¹⁴⁰⁶ S. A. Boulifa, *Recueil de poésies kabyles*, Alger, Jourdan, XCII, 1904, p. XVII

¹⁴⁰⁷ S.A. Boulifa, *Le Djurdjura à travers l'histoire (depuis l'antiquité jusqu'en 1830)*, Alger, J. Bringau, 1925, p. 183 et suivantes.

décrites dans *La Kabylie et les coutumes kabyles*. Boulifa tout en étant favorable à la révision des coutumes kabyles en matière de succession, réfutait l'explication historique et anthropologique que Hanoteau et Letourneux avaient fournie à l'égard du *qanoun Saharidj*. Selon Boulifa le *qanoun* de 1748 avait eu le mérite d'assurer une certaine paix et cohésion sociale au sein des tribus qui l'avait ratifié. Selon lui, l'exhérédation des femmes kabyles avait évité une guerre civile provoquée par le retour des captifs kabyles qui avaient été libérés par les Espagnols. En ce sens, selon Boulifa, le *qanoun Saharidj* incarnait au moment de son adoption : « [...] *la défense de ce droit naturel, droit sacré du foyer, la justice ne pouvait mieux faire qu'approuver sa conduite et de l'absoudre des conséquences fâcheuses de sa révolte*¹⁴⁰⁸ ».

Il est intéressant de remarquer que cet instituteur kabyle utilise un vocabulaire propre à la pensée juridique française et européenne tel que l'était la notion du « droit naturel ». Son regard était clairement celui d'un Kabyle qui essayait d'expliquer ses propres coutumes à travers des catégories empruntées à la culture juridique européenne. Boulifa explique ainsi les raisons anthropologiques qui étaient à la base de l'adoption du *qanoun* de 1748 par la vision qu'avaient les Kabyles de la propriété privée ainsi que les liens qui existaient entre cette institution et la structure familiale kabyle. Selon Boulifa, le *qanoun Saharidj* incarnait « [...] *la raison unanime étant conforme à la raison sociale de la famille et de la cité* [...] » et ajoute que pour les Kabyles : « [...] *la propriété comme l'individu étant sacrée* », « *la cité, la première intéressée dans la solidité et validité de la famille, promulguera cette loi qui rend les biens de familles inviolables* » et ainsi « *la cité* » mettra en place une révision de *qanouns* en éliminant ce que Boulifa définit comme « *la cause principale du morcellement du bien familial*¹⁴⁰⁹ ».

Boulifa conclut que : « *La famille étant la base de son organisation sociale, la cité espère par cette réforme la rendre forte et inébranlable* [...] *ces décisions, peut-être*

¹⁴⁰⁸ *Ibid.*, p. 184.

¹⁴⁰⁹ *Ibid.*, p. 185

draconiennes, mais nécessaires à l'intérêt public, à la prospérité et à la sécurité de la tribu ¹⁴¹⁰».

L'auteur cité ci-dessus soutient que les Kabyles par le bais du *qanoun Saharidj* avaient exclu les femmes kabyles des droits successoraux afin de les protéger des mal intentionnés qui pouvaient voir en ces dernières : « *un objet d'intérêt et de spéculation* ¹⁴¹¹ ».

Comme nous l'avons déjà écrit, l'auteur tout en étant critique à l'égard de la description que la littérature coloniale française donnait des coutumes kabyles et tout en considérant superficielles les descriptions des coutumes kabyles de Hanoteau et Letourneux ainsi que celle d'Hacoun-Campredon, soutenait l'idée que les coutumes kabyles devaient être modifiées et qu'il était temps pour les femmes kabyles de pouvoir jouir des droits de succession. Boulifa affirmait de façon claire et nette qu'il : « [...] *est à souhaiter, quoique la Kabylie soit le pays où la propriété est la plus morcelée, que le régime un peu arbitraire et tout de circonstance, qui lèse la femme dans ses droits naturels, disparaisse et que les Kabyles, revenant à leur ancienne conception sur l'égalité, permettent, conformément à l'esprit de justice moderne, à leurs sœurs de jouir des mêmes droits d'héritage que leurs frères* ¹⁴¹² ». Toujours selon Boulifa, à l'aube du XXe siècle l'exhérédation des femmes n'avait plus de raison d'être, ainsi l'auteur conclut que : « *La Kabylie vivant maintenant en pleine sécurité et aspirant au progrès moderne peut sans crainte effacer de ses kanouns l'article relatif à l'exhérédation de la femme. La justice et le droit respecté, sa famille n'en sera que plus fortifiée* ¹⁴¹³ ».

Hacoun-Campredon voyait dans les écrits de Boulifa un témoignage qui à son dire : « [...] *permet de dire que les Berbères n'acceptent plus aujourd'hui ce qui était exact en 1868* ¹⁴¹⁴ ».

¹⁴¹⁰ *Ibid.*

¹⁴¹¹ *Ibid.*

¹⁴¹² *Ibid.*

¹⁴¹³ *Ibid.*, p. 187.

¹⁴¹⁴ P. Hacoun-Campredon, *op. cit.*, p. 90

L'élan réformiste de Boulifa était partagé dans les années suivantes par Belkacem Roumane. Ce dernier, comme rappelé plus haut, était un élu kabyle qui siégeait auprès des Délégations financières.

Dans un fameux discours tenu le 22 juin 1922, Roumane exhortait le législateur français afin que ce dernier réforme les coutumes kabyles dans le sens du droit au divorce et du droit à l'héritage¹⁴¹⁵. Contrairement à Boulifa, Roumane ne justifie en rien le qanoun de 1748 et se livre à une critique sans merci de ce *qanoun* en affirmant ce qui suit :

« Ce congrès a été animé des sentiments les plus égoïstes. Pour diminuer les luttes entre tribus, il a trouvé bon de remplacer le droit musulman par des coutumes tout à fait barbares¹⁴¹⁶ » et il ajoute *« De toutes les coutumes qu'il avait adoptées celle qui règle le sort de la femme soit du point de vue du mariage, soit du point de vue de l'hérédité, est la plus funeste, car elle favorise les intérêts de l'homme au détriment de la femme¹⁴¹⁷ »* et en soulignant ainsi, en tant qu'élu et représentant des Kabyles, que *« [...] L'opinion publique souhaite, tout en rejetant l'éventualité de l'application du droit musulman à la Kabylie, qu'une coutume funeste, honteuse et barbare, soit modifiée dans le sens des lois françaises [...] Et s'appuyant sur cette opinion manifestée silencieusement et à notre époque où les peuples civilisés entreprennent d'accorder à la femme les mêmes droits politiques qu'à l'homme, la délégation kabyle vient demander à ses collègues et à M. le Gouverneur général de vouloir bien faire introduire dans les vieux kanouns de la grande Kabylie les principes de justice et d'humanité qui sont la base des lois de la France. Car il est inadmissible qu'à côté d'un peuple civilisé, de haute culture morale, vive une population qui conserve encore le régime de l'homme primitif [...] C'est pourquoi nous demandons à la France que nous servons de notre mieux comme notre mère de jeter un rayon de ses lumières pour éclairer nos montagnes¹⁴¹⁸ »*. Comme nous pouvons observer, contrairement à Boulifa, Roumane nient aux coutumes kabyles les attributs de la

¹⁴¹⁵ « Délégation financière algérienne session de 1922 », in *Assemblées financières algérienne*, Alger, 1922, p. 902.

¹⁴¹⁶ *Ibid.*, p.900.

¹⁴¹⁷ *Ibid.*

¹⁴¹⁸ *Ibid.*

justice et de l'humanisme juridique, tandis qu'il les reconnaît au droit français et non aux coutumes kabyles.

Roumane formule les vœux suivants :

« 1- *Que les rapports de la femme avec son mari soient réglés équitablement de manière que la femme n'ait pas trop à souffrir de l'abandon et de la négligence du mari absent ;*

2-*Que, si le mari n'est pour elle d'aucune utilité en menant une vie déréglée, elle ait le droit et la facilité d'obtenir son divorce ;*

3-*Qu'elle bénéficie largement, pour son usage personnel de l'usufruit de la succession maritale ou paternelle, suivant qu'elle est veuve ou jeune fille*¹⁴¹⁹».

Il conclut que « *Cette réforme ainsi réalisée ferait honneur à la France et à son gouvernement* ».

Le discours de Roumane exerça une forte influence sur la jurisprudence de la Chambre Musulmane d'Alger des années 1920.

Une autre personnalité kabyle à avoir pris position en faveur de la réforme des coutumes kabyles fut le *mufti* kabyle Ibnou Zakri¹⁴²⁰. Le fait que ce dernier se soit prononcé en faveur de l'octroi des droits successoraux aux femmes kabyles démontre que la volonté de réformiste n'était pas une prérogative des personnalités kabyles laïques telles que Boulifa e Roumane.

Dans son œuvre rédigée en arabe intitulée *Rissala* (l'épître), Ibnou Zekri avait dédié un chapitre entier à la thématique des rapports que les coutumes kabyles entretenaient avec le droit musulman. Ces coutumes ont été appréhendées sous l'angle de leur conformité avec le droit musulman. Ibnou Zekri traita la matière du divorce et d'exhérédation des femmes.

¹⁴¹⁹ *Ibid.*

¹⁴²⁰ K. Chachoua, *L'islam kabyle. Religion, Etat et société en Algérie, suivi de l'épître (Risala) d'Ibnou Zakri (Alger, 1903), mufti de la Grande Mosquée d'Alger*, Maisonneuve et Larose, Paris, 2001, p. 189.

Le moufti était contraire au fait que les Kabyles aient été soustraits à l'emprise du droit musulman et affirmait ce qui suit :

« Il est impératif que tous les Kabyles savants ou ignorants, célèbres ou routiers, soufi ou soufistes, maîtres de l'ordre et de la vérité ou maîtres de la ruse et de la superstition, d'élever leurs voix ensemble vers la noble république française pour lui demander la faveur de revenir sur certains engagements contenus dans le pacte conclu entre elle et leurs ancêtres ignares au jour de leur soumission (1857¹⁴²¹) ».

Ibnou Zekri critique le *qanoun* de 1748 en le définissant comme étant : « [...] la *chariaa kabyle*, avec ses lambeaux, sa *sunna mensongère*, son consensus (*ijmaa*) erroné¹⁴²² ». Selon Ibnou Zekri: « Tous les Kabyles de la circonscription (*qsim*) de Tizi-Ouzou s'opposent à la *chariaa islamique* d'une façon inadmissible pour un esprit sain ou pour la tradition révélée dans le livre¹⁴²³ » et par conséquent les Kabyles « [...] ont exhéredé les femmes de tout héritage ni par la loi ni par la force¹⁴²⁴ ».

Les coutumes kabyles permettaient aux héritiers de s'accaparer « [...] les meubles en présence de ces filles silencieuses, en train de pleurer le défunt et de s'arracher les cheveux [...]»¹⁴²⁵.

Ibnou Zakri, contrairement aux soufis tels que El-Warthilani, ne chercha pas à donner des explications historiques à l'exhéredation des femmes.

Après avoir traité la question des successions, Ibnou Zakri donne son avis de religieux sur l'institution du mariage tel que conçu par les coutumes kabyles. L'auteur soutient que le thème du droit au divorce soit strictement lié à celui des successions. Ibnou Zakri affirme que : « Cette question est étroitement liée à la première : elle est sa fille ou si l'on veut sa sœur¹⁴²⁶ » et cela est dû au fait que, selon lui, « Dans la

¹⁴²¹ *Ibid.*, p. 363.

¹⁴²² *Ibid.*

¹⁴²³ *Ibid.*

¹⁴²⁴ *Ibid.*

¹⁴²⁵ *Ibid.*

¹⁴²⁶ *Ibid.*, p. 364.

*mauvaise coutume des Kabyles, le divorce ne s'accomplit qu'avec l'agressivité et le dépouillement, que l'épouse soit coupable ou non*¹⁴²⁷ ». En effet l'auteur souligne à juste-titre que la femme répudiée est souvent une femme spoliée et que même si « [...] *ce dépouillement de la femme est autorisé dans le Livre et dans la sunna, il ne saurait pas constituer une règle*¹⁴²⁸ ».

Ibnou Zakri traite par la suite la question du veuvage et condamne le fait qu'en cas de décès du mari « [...] *la femme est considérée comme un héritage qu'il faudrait se partager entre héritiers, comme le meuble parmi d'autres*¹⁴²⁹ » et ainsi « *Le sort de la veuve est en effet confié au choix de l'ensemble des héritiers*¹⁴³⁰ ». Ibnou Zakri juge une telle pratique comme impie et préislamique et il cite ainsi la maxime de l'imam médinois Rézi qui condamna cette pratique présente aussi en Arabie en citant un verset qui interdisait « [...] *de recevoir des femmes en héritage contre leur gré*¹⁴³¹ ».

Ibnou Zakri arrive aux mêmes conclusions que son contemporain Boulifa et du délégué laïc et républicain Belkacem Roumane. Ainsi non seulement ce religieux encourage les Kabyles à changer leurs coutumes afin qu'ils : « [...] *élèvent ensemble leurs voix afin de protéger ces êtres faibles et casser les chaînes qu'elles portent, pour enfin accéder à une meilleure condition*¹⁴³² », mais il sollicite aussi l'intervention du législateur français qui devrait selon lui s'établir « [...] *selon les règles du consensus*¹⁴³³ ». Ibnou Zakri conclut ainsi que : « *Le silence de l'état sur ces pratiques contraires à la chariaa est dû à sa fidélité au pacte qu'il a conclu avec les Kabyles au moment de leur soumission d'une part, et à l'évitement de la critique d'autre part. Car l'état n'a aucun intérêt à cela. Mais c'est un mal abominable à l'égard des femmes car il s'agit bien de la perte de leurs droits du fait qu'elles sont le sexe faible qui vit sous sa protection*¹⁴³⁴ ».

¹⁴²⁷ *Ibid.*

¹⁴²⁸ *Ibid.*

¹⁴²⁹ *Ibid.* p.365.

¹⁴³⁰ *Ibid.*

¹⁴³¹ *Ibid.*

¹⁴³² *Ibid.*, p. 366

¹⁴³³ *Ibid.*

¹⁴³⁴ *Ibid.*, p. 366.

B. L'INSTRUCTION DU GOUVERNEUR GENERAL DU 13 JUILLET 1903
ET LA COMMISSION DU 06 FEVRIER 1925

Le 22 mai 1902, la Section Kabyle de la Délégation financière indigène avait inscrit à l'ordre du jour la question de la réforme des coutumes kabyles en matière de statut féminin. Le 22 juin de la même année, les délégués kabyles avec l'appui du préfet d'Alger avaient exprimé leur volonté de combattre la pratique du lévirat prévu par certaines coutumes kabyles. Les délégués avaient sollicité l'administration française faire disparaître cette coutume qui était présente dans certains villages tels que les douars des Beni-Flick et Yazzouzen de la commune mixte d'Azeffoun¹⁴³⁵. Cette coutume prévoyait que la femme kabyle au moment du décès de son mari fasse elle-même l'objet d'une succession. En un mot, les frères et les cousins de l'époux pouvaient hériter la femme de ce dernier. Cette coutume connue comme sous le nom de la femme « pendue » - ou *taallak'ith* en kabyle- avait été décrite dans le deuxième livre de *La Kabylie et les coutumes kabyles*¹⁴³⁶.

À la suite de cette séance fut ouverte une enquête qui aboutit à une instruction émise par le Gouverneur Général datant du 13 juillet 1903 qui enjoignait à l'Administrateur de la Commune mixte d'Azeffoun : « [...] *de s'attacher, avec le concours des djemââs de douar, à faire disparaître cette coutume*¹⁴³⁷ ». Dans sa note, le Gouverneur Général à la suite de l'enquête remarquait que : « *C'est dans les familles pauvres que cette règle est observée avec le plus de sévérité. Elle tend à perdre de sa rigueur dans les familles aisées où la veuve qui a des enfants est quelquefois consultée sur le choix d'un nouvel époux. Il est à peine besoin de faire remarquer combien cette coutume aggrave la condition déjà dure de la femme dans la société kabyle*¹⁴³⁸ ». Toujours au cours de cette enquête, le Gouverneur remarquait que cette coutume n'était pas observée dans les villages des douars maraboutiques des Tifrit Nait-El-Hadj, Ait bou-sliman, Ait Chafa, Ait Hammad, des villages qui était proches de ceux où cette pratique était en usage. Ce fut ainsi que le préfet proposa que : « *La coutume qui*

¹⁴³⁵ Hacoun-Campredon, *op. cit.*, p. 76.

¹⁴³⁶ A. Hanoteau, A. Letourneux, *op. cit.*, Vol II, p. 156.

¹⁴³⁷ Hacoun-Campredon, *op. cit.*, p. 76.

¹⁴³⁸ *Ibid.*, p. 77.

*règle le sort de la veuve dans les villages de marabouts des douars Beni-Flick et Yazzouzen peut, sans inconvénient, être imposée à tous les autres villages de ces douars*¹⁴³⁹ » et que « *Cette réforme étant réclamée par les notables de la Kabylie ne pourrait être considérée comme portant atteinte au statut personnel des indigènes et comme contraire à la capitulation du 5 juillet 1830*¹⁴⁴⁰ », pour conclure ainsi :

*« J'ai, en conséquence, l'honneur de vous prier de donner les instructions nécessaires à M. l'Administrateur de la commune mixte d'Azeffoun pour qu'il s'attache avec le concours de djemâas de douars, à faire disparaître la coutume dont il vient d'être parlé, et à la remplacer par celle des villages de Tifrit-Nait-El Hadj, Ait-Bou-Sliman, du douar Beni-Flick, Ait-Chafa et Ait Hamed du douar Yazzouzen*¹⁴⁴¹ » cela au nom des « [...] principes d'ordre public qui constituent la base de notre civilisation ¹⁴⁴²».

Cette intervention avait ouvert une brèche au sein du mouvement réformiste des coutumes kabyles. Par la suite, les délégués kabyles ont entamé une démarche visant à réformer les coutumes kabyles en faisant appel à la plus haute instance de l'administration coloniale et métropolitaine. La reconnaissance des droits successoraux aux femmes kabyles était une réforme des coutumes kabyles qui devait être menée avec la plus grande urgence. Cette urgence était encore plus ressentie dans les zones de la Kabylie où l'exhérédation des femmes n'avait jamais été appliquée ou bien elle était devenue une coutume désuète. Dans ces zones l'application du *qanoun Saharidj* de la part des juges français était perçue comme une imposition d'une coutume qui n'était pas pratiquée et donc comme l'imposition d'une coutume étrangère. Ce fut ainsi qu'en 1925 fut mise en place une seconde commission afin de réformer les coutumes kabyles en matière successorale.

Le 06 février 1925 Le Gouverneur Général d'Alger fit adopter un Arrêté qui prévoyait la mise en place d'une Commission qui avait pour objet d'étudier des

¹⁴³⁹ *Ibid.*

¹⁴⁴⁰ *Ibid.*, p. 77.

¹⁴⁴¹ *Ibid.*, p. 78.

¹⁴⁴² R. Vigier, *Succession « ab intestat » de la Femme kabyle en Grande Kabylie*, (Thèse de doctorat), Paris, Les éditions du Vega, 1932, p. 40.

mesures législatives réglementaires juridiques et administratives visant à améliorer les conditions juridiques des femmes kabyles¹⁴⁴³. La première séance fut ouverte par le futur doyen de la Faculté de droit d'Alger, Marcel Morand. Ce dernier affirma de façon explicite que cette commission avait été créée pour donner une réponse concrète aux vœux des élus kabyles de la Délégation financière¹⁴⁴⁴.

Dans un premier temps, les vœux que Roumane avait prononcés en 1922, dans lesquels ce dernier prônait la réforme des coutumes kabyles en matière de droit au divorce et de droits successoraux des femmes kabyles, furent transmis au sous-préfet de Tizi-Ouzou et celui d'Alger ainsi qu'au Gouverneur Général. La réponse de deux sous-préfets était la suivante :

« Le présent vœu ne peut, à mon avis, faire l'objet de mesures administratives quelconques¹⁴⁴⁵ [...] ».

Le Gouverneur Général prit sérieusement en considération les idées de Roumane mais il affirma tout de même que la réforme des coutumes kabyles pouvait réussir uniquement à travers l'œuvre des tribunaux et non par l'intervention du législateur : *« [...] n'est pas d'avantage possible [...] d'agir en cette matière par voie législative ou réglementaire. Je considère qu'il convient de s'en remettre à nos tribunaux du soin d'obtenir par une évolution continue mais prudente et modérée l'adaptation progressive des coutumes kabyles aux principes d'ordre public et social, qui constituent la base essentielle de notre civilisation¹⁴⁴⁶ ».*

Une solution qui se rapproche des thèses d'Hacoun-Campredon.

Suite à la décision de la Chambre de révision musulmane d'Alger du 18 novembre 1922 qui a reconnu le droit au divorce aux femmes kabyles, le Gouverneur fit mener à partir du mois de décembre 1923 une enquête générale, concernant l'ensemble des Communes de Kabylie, qui avait pour objet la prise de connaissance des conditions

¹⁴⁴³ R. Vigier, *op. cit.*, p. 52.

¹⁴⁴⁴ *Ibid.*, p. 52.

¹⁴⁴⁵ *Ibid.*, p. 54.

¹⁴⁴⁶ *Ibid.*

juridiques des femmes kabyles¹⁴⁴⁷. Dans une lettre de réponse au Préfet d'Alger du 17 avril 1924, le Gouverneur Général soutenait qu'en matière successorale il était : « [...] possible dès maintenant d'adoucir la rigueur de la coutume qui exhérède les femmes kabyles et de faire admettre ces dernières au bénéfice des successions dans la mesure où la législation coranique reconnaît des droits à la femme arabe ¹⁴⁴⁸».

Une première solution avait été proposée par Norès, Mirante, Duchène¹⁴⁴⁹. Ces derniers avaient voulu faire participer l'ensemble des *djemâs* kabyles dans le projet de réforme des coutumes kabyles en matière des droits successoraux des femmes kabyles. Cette solution s'inspirait de la méthode appliquée dans le Cercle militaire de Fort-National par le Gouverneur Camille Sabatier, qui rappelons-le, avait donné aux *djemâs* le pouvoir d'abroger ainsi que de réformer les coutumes villageoises. Selon les partisans de cette solution, les seuls vœux de Roumane n'étaient pas en soi représentatifs de l'opinion de l'ensemble de la population kabyle. Il était ainsi à leur avis plus prudent de mener un travail sur le terrain. Cette option était en partie fautive et allait à l'encontre d'une jurisprudence qui prouvait que les Kabyles durant les années 1920-30 utilisaient désormais le subterfuge du *Habous* pour conférer des parts d'héritages aux femmes¹⁴⁵⁰.

La deuxième solution partait d'une supposition différente, c'est-à-dire que le vœu de Roumane représentait l'opinion de l'ensemble de la population kabyle, pour la simple raison que ce dernier avait été élu par celle-ci. Par conséquent au nom du principe de la représentativité qui lui était conférée par son mandat électoral, le vœu de Roumane représentait la volonté générale des Kabyles. Roumane plaida afin de convaincre la commission que ces vœux étaient partagés par l'ensemble de la population kabyle¹⁴⁵¹. Vigier souligne ainsi :

« M. Roumane, délégué financier, exposa qu'avant de publier ses suggestions il s'était assuré que ses vœux répondaient bien aux vœux de la majorité de ses

¹⁴⁴⁷ Lettre de M le Gouverneur Général à M. le Préfet du 12 décembre 1923, n. 17.667, in R. Vigier, *op. cit.*, p. 55.

¹⁴⁴⁸ Lettre du 17 avril 1924 (n. 6983), in R. Vigier, *op. cit.*, p. 55.

¹⁴⁴⁹ R. Vigier, *op. cit.*, p. 58.

¹⁴⁵⁰ *Ibid.*, p. 59

¹⁴⁵¹ *Ibid.*

*coreligionnaires ; que les coutumes ont évolué par suite de la guerre et continueront à évoluer en raison de l'exode croissant des ouvriers indigènes vers la métropole*¹⁴⁵² ». Ce sera cette dernière solution qui sera prise en compte par le Gouverneur Général.

Entre-temps à Paris s'était constituée une autre commission censée affronter la question des droits successoraux de femmes kabyles. Cette commission avait pris le nom de Commission interministérielle des affaires musulmanes et comptait parmi ses membres, entre autres, le sociologue Maunier. Ce dernier mena une recherche sur le terrain en Kabylie et en tira la conclusion suivante :

*« La femme, par les qanouns, est exclue de l'hérédité ; elle a pour seul droit celui de l'entretien, ainsi que de rester jusqu'à sa mort dans la maison de son mari. Tempérament qu'on peut juger insuffisant mais qui indique la vraie nature de l'exclusion des femmes dans les successions*¹⁴⁵³[...] ».

Maunier ajoute :

*« Plusieurs qanouns confèrent à la femme un droit d'usufruit sur une part des biens de son parent défunt même en absence de testament*¹⁴⁵⁴».

Le débat fut tranché par le législateur qui de son côté promulgua le Décret du 19 mai 1930, qui reformera les coutumes kabyles en matière de droit successoraux des femmes.

C. LE TITRE II DU DECRET DU 19 MAI 1931

Le législateur français sollicité par les vœux de délégués kabyles ainsi que par les décisions de la Chambre de révision musulmane d'Alger a décidé d'intervenir en matière de succession des femmes kabyles. C'est ainsi que par le biais du titre II du décret de 1931, intitulé *Droits successoraux de la femme en Grande Kabylie*, le

¹⁴⁵² *Ibid.*, p. 58.

¹⁴⁵³ *Ibid.*, p- 62.

¹⁴⁵⁴ *Ibid.*

législateur français avait reconnu des droits successoraux aux femmes kabyles. Il faut préciser cependant que le législateur intervint uniquement en matière de succession *ab intestat* et délaissera la succession testamentaire ainsi que les successions où le *de cuius* était une femme. Ces deux derniers types de succession continuaient à être régis par les coutumes kabyles. Cela était prévu par l'article 8 du décret cité ci-dessus.

Le titre II du Décret précise que les prescriptions en matière de « droits successoraux de la femme » ont une portée territoriale limitée aux territoires de la Grande Kabylie.

L'article 3 du titre II du décret de 1931, reconnaissait aux femmes kabyles un droit d'usufruit sur les biens que celles-ci héritaient. Ce droit était reconnu aux épouses du défunt ainsi qu'aux filles et aux petites-filles, qui étaient les filles d'un des fils du défunt.

Selon Lefèvre cette réforme : « *ce modèle sur la coutume* ¹⁴⁵⁵ », précisément là où le décret de 1931 n'accordait pas aux femmes kabyles un droit de pleine propriété sur les biens immeubles que celles-ci héritaient, mais plutôt un droit d'usufruit. En outre, ce décret ne reconnaissait pas aux femmes kabyles le droit d'hériter ni de leurs mères ni de leurs sœurs ou d'autres collatéraux de sexe féminin¹⁴⁵⁶.

Les articles 4 - 8 fixaient de façon précise la façon dont les parts d'héritage devaient être calculées. Les femmes avaient le droit d'hériter entre un cinquième et la moitié de l'ensemble des biens laissés en héritage. Ce système de partage des parts d'héritage était plutôt complexe. Une complexité qui selon Vigier était liée au fait que le législateur s'était inspiré du droit musulman¹⁴⁵⁷. En effet le titre II du décret de 1931 tout comme le titre I du même décret étaient influencés par le droit musulman positif tel qu'il fut codifié dans l'avant-projet de Marcel Morand en 1915. Le but du législateur était d'harmoniser les coutumes kabyles avec celui du reste du pays. Le législateur fit le choix de rapprocher les coutumes kabyles au droit musulman malékite, ou du moins au droit musulman tel qu'il avait été codifié par Morand. Cependant le législateur ne fit pas le choix d'appliquer le droit français.

¹⁴⁵⁵ L. M. S. Lefèvre, *op. cit.*, p. 134.

¹⁴⁵⁶ *Ibid.*, p. 135.

¹⁴⁵⁷ R. Vigier, *op. cit.*, p. 112.

Le décret de 1931 allait dans le sens de certains souhaits exprimés durant les séances des délégations musulmanes par certains délégués kabyles tels que Ali Ben Cherif. Ce dernier durant la séance du 25 mars 1907 prononça en référence aux coutumes kabyles un discours dans lequel il reprend ce qui suit :

« Considérant qu'une partie de ces coutumes est non seulement contraire au droit musulman mais encore incomparable avec le progrès qui est en train de s'opérer dans notre société sous l'action bienfaisante de la France [...] Considérant que la délégation kabyle avait demandé, antérieurement au projet de codification du droit musulman, la révision des coutumes kabyles¹⁴⁵⁸ » pour conclure en émettant le vœu *« [...] qu'une commission soit nommée par l'administration en vue de procéder à la réforme des kanouns kabyles¹⁴⁵⁹ »* et, plus important encore, il souligne ceci : *« A mon humble avis, les nouvelles coutumes devraient s'inspirer du droit musulman en ce qui concerne le statut personnel et, pour le reste, des lois françaises et de ce qu'il y a de plus logique dans nos vœux¹⁴⁶⁰ »*.

Cette position n'avait pas été partagée par le délégué Belkacem Roumane qui pour sa part soutenait que, concernant la réforme du droit des successions kabyles, le législateur aurait dû intervenir en remplaçant le droit coutumier par le Code civil. Roumane était d'accord pour abroger les coutumes kabyles, mais seulement en vue de l'application du Code civil et non pas du droit musulman¹⁴⁶¹.

De son côté, la jurisprudence avait donné une interprétation libre du contenu du décret de 1931. Ainsi la Chambre de révision musulmane de la Cour d'Alger dans sa décision du 09 juillet 1946 avait statué que *« [...] le droit d'usufruit accordé dans certains cas par le décret du 19 mai 1931 n'a qu'un caractère alimentaire qui n'élève point, à l'encontre de la coutume, ses bénéficiaires à la qualité d'héritiers [...] »*¹⁴⁶².

¹⁴⁵⁸ « Délégation financière », in *Assemblées financières algériennes*, Alger, 1907/03 (2), p. 40.

¹⁴⁵⁹ *Ibid.*

¹⁴⁶⁰ *Ibid.*, p. 41

¹⁴⁶¹ « Délégation financière, 1922 », in *Assemblées financières algérienne* 1922, p. 902.

¹⁴⁶² B.A.C.R.M, n. 172, 1946, C. Bontems, « Coutume kabyle, jurisprudence et statut féminin » in *op. cit.*, p. 260.

Sur ce point Vigier a de sa part critiqué et remarqué pertinemment que le Décret du 19 mai 1931 ne fait aucune distinction entre la notion de « statut successoral » et de « droits successoraux¹⁴⁶³ ». Ces deux notions sont traitées comme étant des synonymes¹⁴⁶⁴. Dans l'ouvrage de *La Kabylie et les coutumes kabyles* la matière des successions n'a pas été exposée dans la partie dédiée au statut personnel¹⁴⁶⁵.

Cela était le cas aussi dans les traités de droit musulman de Zeys et Morand dans lesquels la matière des successions n'avait pas été traitée dans la partie dédiée au statut personnel. Quant au décret du 29 août 1874, ce dernier disciplinait le statut successoral dans la partie dédiée à la matière religieuse et d'état. Le Décret du 13 décembre 1866 renvoyait quant à la matière des successions aux prescriptions contenues dans le décret de 1874.

De notre part, nous ajoutons que les décisions des juges de paix en matière de successions *ab intestat* ayant pour objet des biens immeubles situés hors Kabylie ont confirmé que dans de tels cas le statut personnel des héritiers et donc le fait qu'ils soient des indigènes musulmans kabyles ou arabes n'avaient aucune importance. Cela au vu du fait que dans les cas d'espèce les juges français appliquaient la coutume du lieu où se situait l'immeuble. Comme vu plus haut, l'application de la coutume du lieu selon le critère *rationae loci* l'emportait sur le statut de l'héritière qui dans les cas d'espèce pouvait hériter même si elle était kabyle.

Bousquets critiquait le décret de 1931 dans les termes suivants :

« Il ne faut donc pas s'étonner que cette loi critiquable soit demeurée lettre morte, d'abord durant assez longtemps. Jugée, non sans raison, compliquée par nos juges, elle était tranquillement ignorée des Indigènes¹⁴⁶⁶. »

Toujours Bousquet constate que durant la décennie postérieure à la promulgation du Décret de 1931, les femmes kabyles étaient réfractaires à faire valoir leurs droits successoraux au sein des tribunaux français¹⁴⁶⁷.

¹⁴⁶³ R. Vigier, *op. cit.*, p. 83.

¹⁴⁶⁴ *Ibid.*

¹⁴⁶⁵ *Ibid.*, p. 84.

¹⁴⁶⁶ G.H. Bousquet, *op. cit.*, p.110.

Tout comme suite à l'introduction de l'obligation des fiançailles, le Décret de 1930 a entraîné des conséquences néfastes sur le plan de l'ordre public. Bousquet témoigne ainsi :

« Je connais à F.N le cas d'un mari tué par ses azeb à cause d'un testament fait par lui en faveur de sa femme, cette dernière étant rouée de coups et ne pouvant entrer en possession de son bien ; et celui d'une femme, veuve d'un officier français arrivée, en talons hauts, pour faire valoir ses droits et qui menacée de mort, a dû reprendre au plus vite l'autobus¹⁴⁶⁸ ».

Les populations kabyles n'avaient pas adopté une position homogène à l'égard de la problématique de l'exhérédation des femmes. Cela s'explique par le fait que les coutumes kabyles en matière successorale étaient plutôt fragmentées. Ce caractère fragmentaire des coutumes kabyles avait rendu impossible toute tentative d'application sur l'ensemble du territoire kabyle d'une quelconque norme coutumière contenant des prescriptions univoques ou même encore d'un décret français. Comme nous l'avons vu, ce fut le cas tout au long la période où les juges appliquaient le *qanoun Saharidj* à l'ensemble de la Kabylie. Durant cette période les tribus kabyles qui n'exhédaient pas les femmes ont retourné le subterfuge du Habous afin de détourner l'interdit. Suite à l'adoption du décret de 1931, les tribus qui habituellement ne reconnaissaient aucun droit successoral aux femmes kabyles firent en sorte de faire renoncer aux femmes de façon volontaire à leur part d'héritage, ou bien elles utilisaient la coutume des arbres *abandous*.

D. LA QUESTION DE LA RÉFORME DES COUTUMES DE L'A.O.F. EN MATIÈRE DE STATUT FEMMININ : LES ANALOGIES ET LES DIFFÉRENCES AVEC LE CAS DE LA GRANDE- KABYLIE

La question de la reconnaissance du droit au divorce ainsi que des droits successoraux aux femmes kabyles durant les années 1920-1930 s'inscrit dans un phénomène plus ample, celui de la condition des femmes indigènes dans les colonies.

¹⁴⁶⁷ *Ibid.*, p. 111.

¹⁴⁶⁸ *Ibid.*

Durant les mêmes années où le législateur français intervenait en Kabylie, la question de la réforme des coutumes s'était imposée aussi dans les colonies d'Afrique occidentale française (l'A.O.F.¹⁴⁶⁹). Tout comme en Kabylie, l'administration française en Afrique occidentale avait été confrontée à la problématique de la réforme des coutumes indigènes en vue de l'amélioration de la condition des femmes indigènes. Tout comme en Kabylie aussi, en A.O.F. s'était présentée la question d'abroger des coutumes qui allaient à l'encontre du droit français.

Deux affaires surgirent au Soudan français (Mali), l'affaire *Sakiliba*¹⁴⁷⁰ (1918) et l'affaire *Haw*¹⁴⁷¹ (1939) qui avaient mis les fonctionnaires devant la nécessité de réformer des coutumes retenues trop archaïques.

La situation en question présentait plusieurs points d'affinité avec le cas kabyle. Comme nous avons vu en Kabylie, les coutumes indigènes de l'A.O.F. avaient fait l'objet de codifications, qui ont pris la forme des Coutumiers africains de l'A.O.F.

Tout comme ce fut le cas en Kabylie, certaines femmes africaines de l'A.O.F. virent dans la justice coloniale une opportunité pour contrevenir aux coutumes patriarcales qui leur étaient imposées¹⁴⁷².

Dans l'affaire *Sakiliba*, un conflit surgissait entre le Code civil et les coutumes *Kassonké*. Tout comme dans certaines parties de la Kabylie les coutumes *Kassonké* n'accordaient aucun droit successoral aux femmes. De plus, les coutumes *Kassonké* prévoyaient que les femmes pouvaient faire l'objet d'une succession. Les parents mâles du défunt pouvaient hériter de l'épouse de ce dernier.

Dans le cas d'espèce, la plaignante *Nika Sakiliba*, bien que veuve d'un employé des chemins de fer *Kabys-Niger* se vit refuser tout droit successoral. Elle fut aussi obligée d'épouser son beau-frère, sur décision du tribunal qui appliqua les coutumes *Kassonké*. L'unique droit que le tribunal accorda à la plaignante fut celui de récupérer

¹⁴⁶⁹ Jean Poirier, *op. cit.*, p. 275 et suivantes.

¹⁴⁷⁰ M. Rodet, *op. cit.*, p. 4

¹⁴⁷¹ *Ibid.*, p. 7.

¹⁴⁷² *Ibid.*, p. 4.

les biens de son ménage qui avaient été pris par son beau-frère. La plaignante opposa contre cette décision un recours en appel, qui fut rejeté.

Il est intéressant de remarquer que dans ce procès, la question s'était posée autour du fait que les coutumes étaient appliquées sur la base d'un critère ethnique. Comme ce fut en Kabylie, il existait ainsi une dichotomie entre le statut musulman et statut coutumier. Dans le cas d'espèce, la plaignante *Salkibiba* se présenta en premier degré comme étant une indigène régie par le statut coutumier et en appel elle se présenta comme étant une indigène de statut musulman¹⁴⁷³. Le tribunal de Cercle, tout comme avait fait en Algérie la Chambre musulmane de la Cour d'Alger, trancha la question en consacrant l'application du critère *rationae persona* de la coutume *Kassonké* en le justifiant ainsi :

« Attendu qu'il est de notoriété publique que les Kassonkés devenus musulmans n'ont pas abandonné leur statut coutumier qui continue à régir leurs affaires de familles¹⁴⁷⁴ ».

Les gouverneurs français qui se succédaient à la tête de l'A.O.F. avaient pour préoccupation majeure le maintien de l'ordre. Un maintien qui passait par la conservation des coutumes indigènes. En ce sens, la situation de l'A.O.F. se rapprochait de celle de la Kabylie durant la période du régime militaire. Le gouverneur Brunet affirmait ainsi en 1920 ce qui suit :

« L'œuvre d'émancipation de l'individu que nos concepts mentaux nous inclinent à poursuivre risque ainsi de troubler profondément l'ordre indigène, d'ébranler un système social sur lequel repose au surplus notre propre domination : je n'ai pas besoin de rappeler que c'est cette autorité du père de famille et, par extension du chef de village et de canton, que, récemment encore, nous mettions en œuvre pour assurer le recrutement des contingents destinés aux champs de batailles européens¹⁴⁷⁵ ».

¹⁴⁷³ A. Rodet, *op. cit.*, 04.

¹⁴⁷⁴ *Ibid.*

¹⁴⁷⁵ *Ibid.*

Le gouverneur du Sénégal Brévié dans le cadre d'une politique de réforme des coutumes indigènes, rédigea une circulaire sur le mariage indigène en 1936 dans laquelle il soulignait que « [...] *ce n (était) pas respecter la coutume que de l'empêcher de se transformer avec le progrès de la vie*¹⁴⁷⁶ ». Cet élan réformiste était fortement appuyé par le clergé catholique africain ainsi que par le Front Populaire. Mais le dernier mot revenait au législateur qui dans les deux cas s'était limité à mitiger les coutumes indigènes.

L'émigration d'hommes indigènes kabyles et africains en Métropole suite au premier conflit mondial avait produit aussi bien en Kabylie qu'en A.O.F. une désagrégation de la structure familiale indigène. L'abandon du domicile conjugal ainsi que des mineurs, devenu monnaie courante auprès des foyers africains, était perçu par l'administration française comme étant le résultat des fruits néfastes de cette désagrégation. Comme le souligne Rodet :

*« L'administration n'était cependant pas fondamentalement opposée à l'évolution des coutumes à condition qu'elle se fit de façon suffisamment progressive pour qu'il n'y ait pas de rupture de bouleversement ou de désagrégation de la société africaine*¹⁴⁷⁷ ».

Nous ajoutons que cette ligne fut suivie par le législateur français en Algérie, notamment avec le Décret du 19 mai 1930.

¹⁴⁷⁶ *Ibid.*, p. 07

¹⁴⁷⁷ *Ibid.*

CONCLUSION DU CHAPITRE 4

Le titre II du décret du 19 mai 1931 n'a pas apporté en matière de succession des femmes kabyles les changements et les attentes espérés par la jurisprudence ainsi que par une partie de la société kabyle. Tout comme ce fut le cas pour la matière du divorce, le titre II s'est limité à remplacer la coutume kabyle par le droit musulman malékite. La question de la réforme des coutumes kabyles en matière a été cependant plus ressentie par une partie de la société kabyle et par l'administration coloniale que celle de la réforme du droit du mariage et du divorce kabyle.

Cela dit, la singularité de la question de la réforme des droits successoraux des femmes kabyles réside dans le fait que celle-ci ne fut pas sollicitée uniquement par les femmes kabyles mais aussi par les hommes kabyles. Cela est prouvé par la multiplication des demandes de validation *inter vivos* de donations faites par des hommes kabyles en faveur de leurs épouses et de leurs filles. Ces derniers allaient jusqu'à créer des *habous* fictifs afin de détourner les coutumes kabyles. Ce fut ainsi que les juges français comprirent que les coutumes kabyles avaient changé et qu'au début du XXe siècle l'exhérédation des femmes prévue par un *qanoun* adopté en 1748 était devenu une coutume désuète. Ce constat valait non seulement auprès des tribus qui n'avaient jamais appliqué ce *qanoun* mais aussi auprès de celles qui l'avaient appliqué.

Cela dit, la jurisprudence qui avait sollicité la réforme des droits successoraux a été influencée par les décisions du Tribunal de Tizi-Ouzou du 26 avril 1922 qui avait reconnu le droit au divorce aux femmes kabyles. Dans cette décision le Tribunal de Tizi-Ouzou avait prévu que le juge français devait accompagner les changements qui se déroulaient au sein de la société kabyle et ainsi abroger les coutumes kabyles

devenu désuètes. Les juges ne devaient plus appliquer à la lettre les prescriptions contenues dans le deuxième volume de *La Kabylie et les coutumes kabyles*.

La réforme des coutumes kabyles la plus sollicitée avait été celle de l'abrogation du *Qanoun Saharidj* et par conséquent la reconnaissance des droit successoraux aux femme kabyles. Cette réforme a été voulue autant par la jurisprudence coloniale française que par une partie de la société civile kabyle.

L'abrogation du *qanoun Saharidj* fit la quasi-unanimité. La question débattue se situait uniquement sur la façon dont le législateur devait abroger ce *qanoun*, plus précisément sur le rôle que devaient jouer les populations intéressées dans cette réforme. Une première solution, soutenue par ailleurs par le juge Sabatier, consistait en la participation de l'ensemble de la population kabyle à cette réforme par le biais d'un sondage. Un deuxième courant avait écarté cette solution pour le fait que les Kabyles avaient déjà exprimé leur opinion en élisant le député Roumane qui de sa part soutenait la reconnaissance des droit successoraux aux femmes kabyles. Ce dernier, en tant qu'élu kabyle, représentait ainsi la majorité de l'opinion publique kabyle. Cela dit, à l'exception du clergé kabyle, les juges français ainsi que Roumane étaient d'accord quant au fait qu'une fois abrogé le *qanoun Saharidj*, les femmes kabyles devaient être soumises en matière successorale aux prescriptions du Code civil. Cependant, comme nous l'avons vu, le législateur est intervenu de façon unilatérale par le biais du titre II du décret du 19 mai 1931 en remplaçant les coutumes kabyles par les prescriptions du droit musulman malékite en matière successorale.

Cette réforme s'est concentrée uniquement sur les successions *ab intestat* et a délaissé les successions testamentaires ou les successions entre femmes kabyles. Le titre II du décret du 19 mai 1931 n'accordait pas aux femmes kabyles un plein droit de propriété sur les parts d'héritage mais un simple droit d'usufruit.

Cette réforme avait déçu les attentes des juges réformistes tels que Ricci et Sabatier comme celles des délégués kabyles tels que Roumane. Le témoignage de Lefevbre et

de Bousquet nous démontre que cette réforme fut en grande partie ignorée par les populations kabyles.

La comparaison avec l'A.O.F. nous a permis de mieux cerner l'ampleur de la question de la réforme des droits des femmes indigènes après la première guerre mondiale. La problématique de la réforme des coutumes indigènes avait poussé l'administration française à se pencher sur une question de genre. Cette problématique a mis l'administration coloniale devant ses propres contradictions. Cette même administration qui justifiait l'indigénat par le fait que les indigènes n'étaient pas encore aptes à être assujettis au droit français protégeait les pratiques patriarcales et demeuraient sourdes aux instances progressistes autochtones qui prônaient l'amélioration du statut des femmes.

Dans la section suivante, nous verrons de quelle façon les problématiques affrontées par le droit colonial français en Algérie telles que celle de la codification et de la réforme des coutumes kabyles ainsi que celle de la citoyenneté française dans le statut particulier, ont laissé des traces dans le droit algérien durant les premières années de l'indépendance ainsi qu'au sein du droit français d'Outre-Mer à Mayotte et en Nouvelle Calédonie et ce jusqu'à nos jours (**Titre 3**).

CONCLUSION DU TITRE 2

Le Régime civil a été le régime de la réforme des coutumes kabyles. Cette réforme a été fortement sollicitée par la jurisprudence des juges de paix et de la Chambre musulmane de la Cour d'appel d'Alger. Dans certain cas, la réforme avait été directement entamée par l'action des juges de paix comme ce fut le cas de la *chefaa* kabyle. Une coutume que le juge de paix avait restaurée en violant les prescriptions de la loi Warnier. Ce furent toujours les juges de paix qui en matière des droits des mineurs comblèrent le vide législatif en organisant les conseils de famille, cela avant même que le législateur eût légiféré dans cette matière.

L'action des tribunaux a été décisive aussi dans la réforme des coutumes kabyles en matière de mariage kabyle et des droits successoraux. Dans ces deux domaines, la jurisprudence des juges de paix, suivie par la suite par celle de la Chambre de révision musulmane, avait affiché une volonté radicale de réformer les coutumes kabyles. La solution proposée par les juges progressistes tels que Ricci et Sabatier était de remplacer les coutumes kabyles en matière de mariage et de successions par les prescriptions du Code civil. Cette solution, rappelons-le, avait été encouragée par les vœux des délégués kabyles qui siégeaient au sein des Délégations financières. Le législateur était d'un avis différent et se limita à remplacer les coutumes kabyles en matière de mariage, divorce et successions des femmes kabyles par des prescriptions de droit musulman malékite. Cette solution prévue par les décrets de 1930-1931 avait déçu les attentes des juges réformistes tels que Ricci et Sabatier et celles des délégués kabyles réformistes tels que Roumane. A cela s'ajoute le fait que les décrets de 1936 et 1957 qui ont réformé la matière de tutelle des mineurs musulmans ainsi que l'ordonnance 59-274 de 1959 qui réforma le mariage musulman et sa dissolution ne furent pas appliqués aux Kabyles qui restaient soumis dans les matières prévues par

l'article 3 du décret du 19 août 1874 aux coutumes kabyles. Plus précisément aux coutumes kabyles codifiées dans l'ouvrage d'Hanoteau et Letourneux.

Les décrets de 1957 ainsi que celui de 1959 étaient inspirés par le droit de la famille présent dans le Code civil égyptien, inspiré par l'école juridique musulmane hanéfite. Cette école juridique octroyait aux femmes et aux mineurs plus de droits que ne le faisait l'école juridique malékite présente en Algérie. Les femmes et les mineurs kabyles furent exclus de ces progrès apportés par le droit hanéfite égyptien. Cette exclusion était d'autant plus marquée pour le cas des femmes kabyles qui, à partir de l'adoption du décret du 19 mai 1931, étaient soumises à une nouvelle version de leurs coutumes. Bien que mitigé par le droit musulman malékite, ce décret leur octroyait moins de droits que ne le faisait le décret de 1959 pour le reste des femmes musulmanes algériennes. Nous pouvons constater que la préoccupation majeure du législateur était avant tout de maintenir les populations kabyles dans un régime de particularisme juridique. Cela quitte à exclure les catégories les plus faibles de la société kabyle (femmes, mineurs et malade mentaux) des acquis juridiques qui étaient octroyés au reste de la population musulmane algérienne. Ce particularisme sera maintenu même après l'abrogation du Code de l'indigénat.

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE

Le régime civil a été le régime de la consécration et de la réforme des coutumes kabyles. Les matières touchées par cette réforme ont été d'abord l'institution de la *chefaa* suivi par celui de la tutelle des mineurs et des interdits et enfin celui du mariage et des successions des femmes kabyles.

La réforme des coutumes kabyles a été possible grâce au fait que celles-ci avaient été précédemment codifiées et les Kabyles assujettis à un statut particulier de droit privé, qui a été une conséquence de la consécration des coutumes kabyles par le décret du 29 août 1874. Leur codification les a en grande partie modifiées.

La réforme de la *chefaa* par la jurisprudence des juges de paix avait pour but de rendre inapplicable cette coutume. Quant à celle du statut des mineurs et des interdits celle-ci avait pour but d'offrir une protection juridique à ces derniers. La question de la réforme des coutumes kabyles dans la matière du mariage, du divorce et des successions a été une question plutôt complexe. Comme vu précédemment, cette réforme avait été fortement voulue par la jurisprudence des juges de paix qui voulaient octroyer aux femmes kabyles les mêmes droits que ceux que le Code civil reconnaissait aux femmes françaises. L'opinion du législateur a été bien différente, ce dernier s'était limité à mitiger les coutumes kabyles avec le droit musulman malékite. Le décret du 19 mai 1931 avait pour priorité celle de maintenir les femmes kabyles dans un statut particulier et non pas celle d'octroyer à celles-ci la protection du droit français. Cela était d'autant plus évident du fait que le législateur colonial avait prévu de façon explicite que les lois qui ont réformé le droit musulman en matière de mariage de 1957 et de 1959 n'étaient pas appliquées aux femmes kabyles. Des lois qui étaient inspirés par le droit musulman hanéfite égyptien qui notamment offrait aux femmes et aux mineurs une tutelle supérieure à celle qu'accordait le droit musulman malékite algérien.

Les femmes kabyles se trouvaient ainsi dans une situation similaire à celles des mineurs kabyles (et mozabites), eux aussi exclus de la jouissance des droits reconnus au reste des mineurs musulmans par la réforme de la tutelle de 1959.

La réforme des coutumes kabyles a été le fruit d'une dialectique constante entre la jurisprudence et le législateur colonial. Le rôle des juges s'est révélé être fondamental. Nous avons vu que la réforme des coutumes kabyles en matière du statut des mineurs et des femmes avait été fortement sollicitée par les juges de paix et les tribus de première instance qui opéraient en Kabylie. Cela s'explique par le fait que ces derniers étaient en contact direct avec la population kabyle et devaient combler les lacunes de la législation française. Ce contact constant avec les réalités kabyles leur fit comprendre que les coutumes locales étaient en constante évolution et que l'application à la lettre de *La Kabylie et les coutumes kabyles* n'était pas suffisante. Les coutumes décrites dans cet ouvrage étaient devenues désuètes au début du XXe siècle. La réforme des coutumes kabyles avait été sollicitée d'abord par les juges de paix et par la suite par les juges de la Chambre musulmane de la Cour d'appel d'Alger. Cette jurisprudence répondait à une demande de mise à jour de coutumes devenues désuètes. Les juges de paix voulaient une modernisation des coutumes kabyles. Du moins telle était la vision de juges tels que Ricci et Sabatier, tandis que la vision du législateur était autre, à savoir maintenir les femmes et les mineurs kabyles dans un statut juridique particulier.

CHAPITRE CONCLUSIF. L'INFLUENCE POST-COLONIALE DU DROIT COLONIAL FRANÇAIS D'ALGÉRIE SUR LE DROIT ALGÉRIEN ET SUR LE DROIT FRANÇAIS D'OUTRE-MER

La législation coloniale que la France a appliquée en Algérie a influencé le droit algérien durant les premières années d'indépendance de l'Algérie. Les problématiques que le droit colonial français a dû affronter en Kabylie présentent des analogies avec des questions encore ouverte dans les territoires d'Outre-mer. Dans ces deux cas, les législateurs algériens et français ont été confrontés à des problématiques liées au pluralisme juridique, qui leur ont été léguées par le même droit colonial.

Dans le prochain chapitre, nous verrons comment le législateur algérien par le biais de la loi du 31 décembre 1962 a maintenu en vigueur la législation française en Algérie jusqu'en 1975¹⁴⁷⁸. Nous verrons aussi de quelle façon au cours de cette période de transition avait vu le jour une nouvelle notion de citoyenneté algérienne qui a été bâtie sur les décombres de la notion de citoyen français de droit particulier, telle que prévue par l'article 75 de la Constitution française de 1955 et, par le biais de la loi n. 63 du 27 mars 1963 un *Code de la nationalité algérienne*. Le législateur algérien concevait désormais une unique catégorie de citoyens, les citoyens algériens sans aucune différence de statut entre Arabes, Kabyles et Mozabites. Ce fut ainsi que le législateur algérien fit le choix d'appliquer la loi française de 1957 qui a réformé le droit du mariage musulman à l'ensemble de la population algérienne, inclus les Kabyles. Ce fut toujours au nom d'une vision unitaire de la citoyenneté algérienne que durant cette période de transition la jurisprudence de la Cour Suprême algérienne

¹⁴⁷⁸ C. Bontems, « La coutume kabyle et l'implantation des systèmes étrangers », in *op. cit.* p. 91.

avait implicitement abrogé le décret français du 19 mai 1931 pour la raison qu'il s'appliquait aux seuls Kabyles. Ce nouveau droit algérien ne pouvait pas tolérer la survie du statut particulier kabyle datant de l'époque coloniale.

Le droit français d'Outre-Mer est encore confronté à des problématiques juridiques proches de celles auxquelles a été confronté le droit colonial français d'Algérie. À Mayotte jusqu'en 2010, et en Nouvelle Calédonie jusqu'à nos jours, le législateur et les tribunaux français ont été très récemment confrontés à des problématiques qui ont caractérisé le droit colonial en Algérie, en l'occurrence la question de la citoyenneté française de statut particulier, ainsi que celle de la codification et de la réforme des coutumes autochtones.

Dans les pages suivantes nous traiterons la thématique de l'emprise de l'héritage du droit colonial français sur le droit algérien (**Section 1**) ainsi que sur le droit français d'Outre-Mer (**Section 2**).

SECTION 1. L'INFLUENCE DU DROIT COLONIAL FRANÇAIS ET DE LA QUESTION DU DROIT COUTUMIER KABYLE AU SEIN DU DROIT ALGÉRIEN POST-COLONIAL (1962-1975)

La problématique de la place que devaient occuper les coutumes kabyles au sein du futur droit algérien avait surgi au cours de l'éclatement de la question berbère et dès l'année 1948, donc avec le déclenchement de la guerre d'Algérie. Durant les années de la guerre d'Algérie (1954-1962), les institutions politiques kabyles avaient repris de l'ampleur en Grande Kabylie (§ 1).

Durant les premières années de l'indépendance algérienne, le législateur algérien avait partiellement maintenu en vigueur la précédente législation française par le biais de la loi de reconduction de 1962 et cela jusqu'en 1974. Ce faisant, le droit algérien avait ainsi abrogé le statut particulier coutumier des Kabyles. La jurisprudence avait abrogé le décret du droit algérien post-colonial, en particulier le décret du 19 mai 1930, dès la fin des années 1960. Cette abrogation n'a tout de même pas effacé les coutumes kabyles dans leur forme authentique, c'est-à-dire l'oralité. Cela dit, la reconnaissance des coutumes kabyles demeure tacite. Le droit algérien est très peu propice à la reconnaissance du privilège identitaire (§ 2).

§ 1. LA RENAISSANCE DES INSTITUTIONS POLITIQUES KABYLES DURANT LES ANNÉES DE LA GUERRE D'ALGÉRIE (1954-1962)

La question des rapports que le futur état algérien devait entretenir avec la question berbère avait été posée au sein du mouvement national algérien dès 1948 pendant la fameuse crise berbériste. Cette question fut instrumentalisée sans succès par le Gouverneur de l'Algérie, Soustelle, tout au long des années de la guerre d'Algérie (1954-1962) (A). Durant ces mêmes années, les villages kabyles qui étaient engagés dans la lutte de libération contre la France avaient restauré les *djemâas* kabyles (B).

A. LA QUESTION KABYLE DURANT LA GUERRE D'ALGÉRIE (1954-1962)

Les bases du futur droit algérien indépendant ont été posées durant la crise berbériste (1948) ainsi que pendant les années de la guerre d'Algérie (1954-1962). C'est durant ces années que surgirent les premiers conflits entre la vision que le FLN avait du droit du futur état algérien et de la place que les coutumes kabyles devaient occuper au sein de ce droit. En plus le décret n. 0.62-126 du 13 décembre 1962 avait rendu exécutoires les décisions rendues en matière civile par les Commissions de Justice du F.L.N et l'A.L. N pendant la guerre d'Algérie.

Toute au long de la guerre d'Algérie (1954-1962) le territoire de la Grande Kabylie avait été placé sous contrôle des militaires français. Cette nouvelle administration militaire mit fin à l'expérience des Centres municipaux des années 1937-1945. L'Algérie était partagée en douze départements. Le chef-lieu kabyle de Tizi-Ouzou était devenu à partir de l'année 1956 un département à part entière. Rappelons que cette ville jusqu'au 7 août 1955 occupait le rôle de sous-préfecture rattachée à Alger¹⁴⁷⁹.

Sans vouloir être exhaustif sur une thématique aussi complexe que la Guerre d'Algérie et du rôle qu'a occupé le territoire de la Grande Kabylie dans cette guerre, nous nous limiterons à rappeler l'insurrection lancée par le FLN le 1^{er} novembre 1954 et la réponse massive de la Kabylie à l'appel du FLN à partir du mois de janvier 1955. Cette adhésion massive des Kabyles à l'appel du FLN avait mis fin aux controverses qui les avaient précédemment opposés au sein du parti PPA-MTLD de Messali Hadj vers la fin des années 1940. En 1949, la question berbère avait en effet provoqué une fracture au sein du PPA-MTLD guidé par Messali Hadj, une diatribe connue comme la « crise berbériste¹⁴⁸⁰ ». Le conflit avait surgi à propos du projet du futur état algérien. Durant cette année, certains membres kabyles du PPA-MTLD

¹⁴⁷⁹ M., Dhamani, *op. cit.*, p. 24

¹⁴⁸⁰ A. Ouerdane, « *La question berbère dans le mouvement algérien 1926-1980* », Alger, Epigraphe, 1980 ; A. Guenon, « *Chronologie du mouvement berbère, 1945-1990. Un combat et ses hommes* », Alger, La casbah, 1999 ; M. Fois, *La minoranza inesistente*, Roma, Carocci editore, 2013, p. 47 et suivantes.

s'étaient opposés au projet soutenu par l'aile panarabiste et islamiste du mouvement de Messali-Hadj¹⁴⁸¹. Les membres kabyles présents au sein du mouvement s'étaient dédiés à des recherches historiques sur le passé préislamique de l'Algérie¹⁴⁸². Ces derniers étaient aussi politiquement inspirés par les mouvements marxistes européens, en particulier par le parti communiste français. Cela pour la raison que les membres du courant berbériste étaient pour la plupart des émigrés kabyles qui avaient rejoint la France dès les années 1910. Cela leur avait permis de militer dans les rangs du PCF et dans les syndicats tels que la CGT. Ce courant était clairement laïc.

Des membres kabyles du PPA-MTL, tels que Rachid Ali Yahia et son frère Abdennour Ali Yahia, le futur avocat de la Ligue algérienne des droits de l'homme, prônaient l'idée d'une future « Algérie algérienne », c'est-à-dire un état de droit qui garantit les droits culturels et linguistiques aux Berbères. Les berbéristes étaient critiques à l'égard des idées de panarabisme qui avaient influencé le manifeste du « comité de Libération du Maghreb arabe » datant du 5 janvier 1948¹⁴⁸³. Pour ces raisons, les berbéristes s'opposèrent dès 1948 à l'adhésion du futur état algérien à la Ligue arabe. De leur côté, les messalistes accusaient les berbéristes de faire le jeu de la colonisation pour la raison qu'ils adoptaient à leurs yeux un discours raciste qui se rapprochait des vulgates kabylophiles datant de la moitié du XIXe siècle¹⁴⁸⁴. Le courant berbériste fut fortement combattu par les dirigeants du PPA-MTL qui avaient exclu tous les éléments berbéristes radicaux. Leurs idées furent qualifiées de « complot berbériste » manipulé par la France. Cela dit, les berbéristes subirent une forte répression de la part des autorités françaises. Les Renseignements Généraux ont arrêté tous les responsables du courant berbériste présents en Kabylie, Amar Ould-Hamouda, Said Oubouzar, Omar Oussdik et Omar Boudaoud¹⁴⁸⁵. Ouerdane explique ainsi les raisons qui ont mis fin au courant berbériste dans les termes suivants :

« Victimes de la répression coloniale en tant qu'aile radicale du mouvement

¹⁴⁸¹ M. Fois, *op. cit.*, p. 56.

¹⁴⁸² *Ibid.*, p. 51

¹⁴⁸³ A. Ouerdane, « La crise berbériste de 1949, un conflit à plusieurs faces », in *Revue de l'Occident musulman et de la Méditerranée*, p. 40.

¹⁴⁸⁴ *Ibid.*, p. 54.

¹⁴⁸⁵ A. Ouerdane, *op. cit.*, p. 43.

nationaliste, combattus au nom de l'islam par la direction du parti, par les Oulémas, par le « Comité de libération du Maghreb arabe » et la Ligue Arabe, isolés sur le plan international, démunis de moyens financiers, les « berbéro-matérialistes » se dispersent¹⁴⁸⁶ ».

La question berbère va être reprise durant les années de la guerre d'Algérie par les militaires français qui administraient la Kabylie. Le Gouverneur de l'Algérie, Soustelle, avec la collaboration de l'ethnologue J. Servier ont contribué à ressusciter le mythe kabyle¹⁴⁸⁷. Selon Camille-Lacoste-Dujardin cette opération visait à : « *utiliser les antagonismes anciens et plus récents à plusieurs échelles : locale entre « tribus », régionale entre « Kabyles » et « Arabes » selon le « berbérisme » évoqué par le gouverneur général,¹⁴⁸⁸ ».*

C'est ainsi que Soustelle a appuyé la naissance en 1959 du « Mouvement berbère africain » ou MBA, un mouvement berbériste pro-colonial et farouchement anti-arabe. Soustelle avait placé l'ensemble du territoire de la Grande Kabylie sous l'autorité militaire et, par le biais de l'arrêté du 26 septembre 1955, avait mis en place en Kabylie des sections administratives spécialisées mieux connues sous le nom de SAS. Ces sections étaient rattachées au service des affaires algériennes (AA). En 1956 le général Olié fit adopter un « plan de pacification générale de la Kabylie », un plan qui visait au rétablissement de la sécurité à travers des réformes administratives, économiques et sociales¹⁴⁸⁹. Le but était de créer une fracture entre les populations kabyles et le FLN. Cette stratégie consistait en l'exploitation des différends entre Arabes et Kabyles existant au sein du FLN et de l'ALN ; l'arrêté du 4 septembre 1959 avait reconnu aux officiers des SAS un statut dans l'administration civile¹⁴⁹⁰. L'officier de SAS devait assurer la liaison entre le maire et le sous-préfet.

¹⁴⁸⁶ *Ibid.*, p. 43.

¹⁴⁸⁷ J. Soustelle, « Troubles, Etat d'urgence. Situation en Kabylie », Cabinet du Gouverneur Général de l'Algérie J. Soustelle, in ANOM, ALG GGA IICAB/38. Référence prise du texte de M. Fois, *op. cit.* p. 102.

¹⁴⁸⁸ C. Lacoste-Dujardin, *Opération oiseau bleu*, 1956, Géostratégie et Ethno politique en montagne kabyle », In *Revue de l'Occident musulman et de la Méditerranée*. N. 41-42, 1986, p. 188.

¹⁴⁸⁹ C. Lacoste-Dujardin, *Opération oiseau bleu*, Paris, La découverte, 1997, p. 17-23.

¹⁴⁹⁰ S. Barter, « Aspect de la pacification en Grande Kabylie (1955-1963). Les relations entre les sections administratives spécialisées (SAS) et les populations », in *Revue française d'histoire d'outre-mer*, tome 85, n. 319, deuxième trimestre, 1998, p. 5.

Durant les années de la guerre d'Algérie (1954-1962) le FLN et l'ALN effectuèrent un découpage territorial secret visant à l'organisation des maquis. La Grande Kabylie devenant la Wilaya III, ce découpage administratif était clairement conçu en opposition à la réforme que la France avait entamée en 1956.

B. L'ORGANISATION DE LA JUSTICE EN KABYLIE DURANT LES ANNÉES DE LA GUERRE D'ALGÉRIE

Tout au long des années de la guerre d'Algérie, le législateur français avait réformé le droit musulman algérien en matière de tutelle des mineurs et du mariage des femmes musulmanes, qui n'avait pas été appliqué aux populations kabyles. Ces réformes étaient inspirées du droit turc, égyptien et tunisien et avaient ainsi pour but de rapprocher le droit musulman aux législations des pays musulmans indépendants.

Le FLN avait joué durant ces années-là la carte de l'Orthodoxie islamique. Les réformes des années 1957-59 avaient fait l'objet d'un boycott, cela bien que ces réformes aient été clairement inspirées de la législation des pays musulmans indépendants tels que la Tunisie et l'Égypte. Le FLN condamnait les réformes des années 1957-59 comme étant l'outillage d'une politique assimilationniste¹⁴⁹¹, le tout au nom d'un retour à la loi coranique¹⁴⁹². Le FLN dans ses communiqués prônait un retour au droit musulman en matière de mariage, de divorce et de remariage des veuves, de la cérémonie de mariage, des règles matérielles du mariage, dont dot et comportement des époux. Le FLN signifiait de façon clandestine à la population algérienne des directives que celle-ci devait respecter en matière de divorce, divorce des mères qui allaitent ainsi que de rupture des fiançailles¹⁴⁹³.

Le FLN avait abandonné la ligne islamiste après le Congrès de Tripoli de 1962. La nouvelle ligne adoptée était progressiste et proclamait une rupture avec le système colonial ainsi qu'avec le passé féodal du Maghreb¹⁴⁹⁴. La condition marginale des

¹⁴⁹¹ M. Borrmans, *op. cit.*, p. 492.

¹⁴⁹² *Ibid.*

¹⁴⁹³ *Ibid.*,

¹⁴⁹⁴ *Ibid.*, p. 494.

femmes algériennes était présentée comme un des derniers résidus de ce passé¹⁴⁹⁵. Ce courant progressiste, qui reprenait des idées clés développées par la plateforme de la Soummam, a par la suite exercé une forte influence sur la Charte d'Alger de 1964.

Durant les premières années d'indépendance, le FLN avait entamé une critique de type « progressiste » du droit colonial français. Ainsi ce droit était désigné comme étant la cause de la situation de marginalisation dans laquelle se trouvaient les femmes algériennes au moment de l'indépendance¹⁴⁹⁶. Borrmans souligne qu'à partir de l'indépendance algérienne : « *Les textes officiels du F.L.N semblent donc entrevoir et promettre une action décisive en faveur de la promotion de la femme et, par suite, d'une modernisation du droit familial, au lendemain de l'indépendance*¹⁴⁹⁷ ».

Le gouvernement provisoire algérien ou G.P.R.A., à travers son organe officiel, le journal *El-Moudjahid*, avait adressé une critique des réformes françaises et plus précisément à l'égard des réformes du droit musulman algérien en matière de droit de la famille. Par esprit d'opposition, le FLN avait promulgué une législation non-officielle qui s'opposait aux visées assimilationnistes des ordonnances du 4 février 1959 : « *Relative au mariage contracté dans les départements d'Algérie, des Oasis et la Saoura par les personnes de statut civil local* » ainsi qu'à celle du décret du 17 septembre 1959.

Le FLN entre 1954 et 1962 avait imposé aux Algériens musulmans un boycott des tribunaux français et de s'adresser directement aux maquisards pour régler leurs différends. En Kabylie cette justice parallèle était rendue par les *djemâs* non officielles.

Les villages kabyles, forts de leur tradition politique, profitèrent de la situation pour restaurer l'ancien système de la ligue villageoise, connu sous le nom de *Archs*. Morizot, qui durant la guerre d'Algérie était affecté en Kabylie en qualité d'administrateur, témoigne dans son ouvrage *L'Algérie kabylisée* ce qui suit :

¹⁴⁹⁵ *Ibid.*,

¹⁴⁹⁶ *Ibid.*, p.495.

¹⁴⁹⁷ *Ibid.*

« Lorsque les Kabyles de la région de Fort-National furent invités à se grouper en centres municipaux, ils ont tout simplement reconstitué officiellement les petites républiques berbères d'avant la conquête que nous pensions mortes¹⁴⁹⁸ ; »

Dans sa relation qui date de 1962, Jean Morizot écrit encore que les *djemâa* occultes demeuraient encore présentes dans les villages kabyles¹⁴⁹⁹. L'organisation traditionnelle kabyle coexistait avec la Municipalité française et il affirme ainsi :

« [...] aux échelons inférieurs, celui des villages, il y avait des organismes occultes, les *djemâs* (kabyles) qui disposaient de ressources propres, les produits des amendes (occultes) ; elles avaient leurs agents d'exécution et réglaient avec beaucoup de liberté les affaires locales. Partout les pouvoirs de police, détenus en principe par l'autorité de tutelle, étaient en réalité entre les mains des collectivités villageoises qui veillaient à l'application de *qanouns*, n'hésitaient pas au besoin à la rénover et jouissaient généralement d'une autorité plus réelle que tout assermenté¹⁵⁰⁰ ».

Russinger, à l'époque juge de paix en Grande Kabylie, témoigne que plusieurs maquisards du FLN originaires de Kabylie avaient incité les villageois kabyles à raviver leurs *djemâs* traditionnelles¹⁵⁰¹. Ces derniers étaient conscients de l'importance qu'avaient revêtu les *djemâs* dans la société kabyle. Ces *djemâs* continuaient à appliquer les coutumes kabyles authentiques et non les coutumes codifiées et réformées qui étaient appliquées par les tribunaux français. Bontems affirme que la coutume kabyle : « [...] n'a jamais disparu. Elle s'est enterrée, enfouie. Elle s'est rendue invisible. Pourchassée dans les prétoires, elle les fuit. Les litiges qui impliquent sa mise en œuvre ne sont pas portés devant la juridiction coloniale, mais devant des institutions officielles qui recueillent la confiance des Kabyles¹⁵⁰². ».

¹⁴⁹⁸ J. Morizot, *L'Algérie kabylisée*, Paris, m éd. Peyronnet et Cie, 1962, p, 117.

¹⁴⁹⁹ *Ibid.* p. 124.

¹⁵⁰⁰ *Ibid.*

¹⁵⁰¹ A. Russinger, « En marge de la pacification : justice française et justice tribale en Kabylie », in *L'Afrique et l'Asie*, volume 40, 1957, p. 61.

¹⁵⁰² C. Bontems, *Le droit musulman algérien à l'époque coloniale. De l'invention à la codification*, op. cit. . p. 237.

Cela dit, les *djemââs* tenaient compte dans leurs jugements des décisions de justice rendues par les juges français. Russinger témoigne que durant les années de la guerre les populations kabyles, tout en boycottant les juridictions françaises, continuaient à demander aux greffiers des tribunaux français présents en Kabylie des documents produits lors des procès précédents, pour les utiliser comme preuves durant les procès non officiels qui se déroulaient devant les *djemââs*¹⁵⁰³.

Les autorités françaises ne pouvaient pas rester indifférentes à ce retour en force du système politique traditionnel kabyle ainsi qu'à la renaissance des coutumes kabyles. Ce fut ainsi que les coutumes kabyles firent à nouveau l'objet d'études. Celles-ci furent menées sur le terrain par des ethnologues. Pour cette raison, un Comité d'information et d'étude (C.I.E.) et un Service des liaisons Nord-Africaines (S.L.N.A) présidé par Paul Schoen furent mis en place avec le but d'étudier la culture kabyle¹⁵⁰⁴. Durant les années 1957 -1962 était publiée la revue *Liens*, qui était le bulletin du Centre d'étude régionale de Kabylie. Contrairement à ce qui se passa durant la période des Bureaux Arabes, les travaux sur les coutumes kabyles étaient désormais destinés à un usage interne à l'administration militaire. Nous avons l'exemple d'une monographie intitulée *Vie d'un peuple mort. Clefs pour la Kabylie*¹⁵⁰⁵. Contrairement à toutes les politiques précédentes, la nouvelle politique kabyle des années d'après 1956 se fera plus discrète¹⁵⁰⁶. Une partie de ces travaux seront publiés dans les années postérieures à la guerre d'Algérie. Cela fut le cas de l'étude menée par l'ethnologue Servier durant les années 1960 sur les coutumes villageoises de la tribu kabyle des *Beni Iflissen*¹⁵⁰⁷.

Les rapports entre les *djemmââs* kabyles et le FLN n'étaient pas toujours sereins.

¹⁵⁰³ A. Russinger, « En marge de la pacification : justice française et justice tribale en Kabylie » in *op. cit.*.

¹⁵⁰⁴ C. Lacoste-Dujardin, « Opération « Oiseau bleu », 1956. Géostratégie et ethnopolitique en montagne kabyle » In *Revue de l'Occident musulman et de la Méditerranée*, N. 41-42, 1986, p. 188.

¹⁵⁰⁵ Y. Romanetti, P. Sas, « *Vie d'un peuple mort. Clefs pour la Kabylie* », Edition du Scorpions, Paris, 1961.

¹⁵⁰⁶ *Ibid.*, p. 103.

¹⁵⁰⁷ J. Servier, « Un exemple d'organisation politique traditionnelle : une tribu kabyle, les Iflissen-Lehbar », in *Revue de l'Occident et de la Méditerranée*, Année 1966, Volume 2, numéro 1, pp. 169-187.

Dans certains cantons de Kabylie, le FLN était entré en conflit avec le système des *djemââs*, comme en Russinger témoigne :

« Selon des nouvelles toute récentes, même en Haute Kabylie, la rébellion aurait donné l'ordre aux djema'as de juger les affaires civiles non plus selon les coutumes kabyles séculaires mais selon le droit musulman. Ce qui dans certains endroits n'irait pas sans résistance, surtout morale et qui serait vite écrasée¹⁵⁰⁸ ».

§ 2. LES RAPPORTS ENTRE LE DROIT COUTUMIER KABYLE ET LE NOUVEAU DROIT ALGERIEN. L'ABROGATION DU DÉCRET DU 19 MAI 1931 (1962-1975)

Durant les premières années de l'indépendance le législateur algérien ne fit pas le choix de faire table rase de la législation de l'époque coloniale. Durant ces années, le législateur algérien s'était donné pour priorité de légitimer la souveraineté du nouvel état sur le plan du droit international et de bâtir une nouvelle notion de citoyenneté algérienne. Une citoyenneté bâtie sur les décombres du statut de l'indigène musulman de statut particulier de l'époque coloniale. Ce nouveau statut avait unifié les Algériens sous un nouveau droit et une nouvelle citoyenneté algérienne (§1). C'est au nom de l'unité de la citoyenneté algérienne et du droit de la famille algérien que la jurisprudence de la Cour Suprême d'Alger a abrogé le décret du 19 mai 1931 (§ 2).

A. UN NOUVEAU DROIT ALGÉRIEN ET UNE NOUVELLE CITOYENNETÉ ALGÉRIENNE

Mahiou distingue trois phases dans l'histoire du droit algérien contemporain. La première a été celle du legs libéral décolonisé (1962-1973) suivi par une tentative de la table rase (1973-1988) et pour finir celle d'une adhésion mal assumée au libéralisme mondialisée qui a vu le jour à partir de 1989¹⁵⁰⁹.

¹⁵⁰⁸ A. Russinger, « En marge de la pacification : justice française et justice tribale en Kabylie », in *Ibid.*, p. 55.

¹⁵⁰⁹ A. Mahiou, « Les séquences du changement juridique en Algérie. Cinquante ans de droit (1962-2012), in *Insaniyat*, 55-57, 2012, pp. 73-89.

Toujours Mahiou explique que : « *La particularité de l'Algérie par rapport aux autres Etats issus de la domination française, notamment ceux d'Afrique, est d'avoir pris formellement position sur le droit, dès le lendemain de son indépendance, par le biais d'une nouvelle Assemblée constituante fraîchement élue*¹⁵¹⁰ ».

Durant la première phase, le législateur algérien avait adopté une attitude ambivalente à l'égard du droit colonial français précédemment en vigueur en Algérie. Durant la période allant de 1962 à 1973, le nouveau droit algérien était caractérisé par une volonté de maintien en place de la législation datant de l'époque coloniale, cela tout en voulant en éliminer le caractère ethnicisant et discriminatoire.

Comme rappelé plus haut, durant les années 1960, le droit algérien avait pour préoccupation majeure de légitimer sur le plan du droit international la souveraineté du naissant état algérien indépendant. Par conséquent, les juristes algériens cherchaient à réduire la portée contraignante des traités d'Evian. C'est ainsi que le premier numéro de la *Revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques* publiée en janvier 1964, avait été entièrement dédié à la question des fondements juridiques de l'État algérien. Ce numéro a été la première revue juridique parue dans une Algérie indépendante.

Les juristes algériens avaient donné une lecture des traités d'Evian, résultat du référendum du 1^{er} juillet 1962, qui différait de celle donnée par les juristes français.

Du point de vue français le référendum de 1962 était « [...] *un acte créateur*¹⁵¹¹ » qui a enfanté un état algérien qui surgissait à partir « [...] *d'un démembrement de l'Etat français*¹⁵¹² ». Le résultat du référendum était donc l'acte constitutif du naissant état algérien. La thèse de la filiation française de l'état algérien s'appuyait sur la Déclaration du 16 septembre 1959, dans laquelle le président de la République française reconnaissait au peuple algérien le droit à l'autodétermination¹⁵¹³. Un droit

¹⁵¹⁰ *Ibid.*, p. 77.

¹⁵¹¹ *Revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques*, vol. I, 1964, p. 9.

¹⁵¹² *Ibid.*

¹⁵¹³ *Ibid.*, p. 10.

qui a été reconnu par la suite aux Accords d'Evian¹⁵¹⁴. Ces accords reconnaissaient l'indépendance de l'État algérien uniquement dans le cadre précis d'une future collaboration avec la France. Du point de vue algérien, le résultat du référendum était conçu comme n'étant « [...] *qu'un acte de ratification consacrant une réalité déjà existante en fait et en droit : l'Etat algérien* ¹⁵¹⁵ ». En un mot l'état algérien préexistait à la colonisation française. Les accords d'Evian étaient par contre considérés par la naissante doctrine algérienne comme étant une simple disposition transitoire qui engageait uniquement l'exécutif provisoire algérien qui avait représenté l'Algérie durant la période du 1^{er} juillet au 25 septembre 1962¹⁵¹⁶. Par conséquent, de ce point de vue on considérait que ces « [...] *accords juridiques font partie de l'ordre juridique français* ¹⁵¹⁷ ».

Le raisonnement des juristes algériens partait du postulat que l'état algérien existait sur le plan juridique avant même que la France n'en reconnaisse l'existence. Cela au nom du principe de l'autodétermination des peuples reconnu par le droit international onusien.

La naissante doctrine juridique de l'Université d'Alger chercha à faire coexister au sein du nouveau droit algérien des éléments français et algériens. Deux filiations qui « *coexistent et se combinent sans jamais coïncider* ¹⁵¹⁸ ».

Le législateur algérien n'a pas choisi de faire table rase de la législation coloniale qui était précédemment en vigueur en Algérie. Ce dernier opta pour une rupture graduelle avec l'ancienne puissance coloniale. Cette option, qui était en ligne avec l'esprit des accords d'Evian, consistait en la conservation de la législation coloniale française en maintenant un bénéfice d'inventaire. Durant les années 1962 - 1973, le législateur algérien a retenu cette dernière option.

Le législateur algérien proclama par le biais de la loi No 62-157 du 31 décembre 1962 le maintien en place de la législation française précédemment en vigueur. Au même

¹⁵¹⁴ *Ibid.*

¹⁵¹⁵ *Ibid.*

¹⁵¹⁶ *Ibid.*

¹⁵¹⁷ *Ibid.*

¹⁵¹⁸ *Ibid.*

moment, l'assemblée algérienne adopta le décret n. 0.62-126 qui avait rendu exécutoire l'ensemble des décisions rendues en matière civile par les Commissions de Justice du F.L.N et l'A.L. N pendant la guerre d'Algérie¹⁵¹⁹.

Cette coexistence était problématique pour la simple raison que les décisions de justice adoptées par les Commissions de Justice du FLN l'avaient été en opposition aux lois que législateur français avait adoptées durant les années de la guerre d'Algérie.

Le premier objectif du législateur algérien fut de mettre fin au particularisme juridique dont était imprégnée la législation de l'époque coloniale. Il fallait bâtir un nouveau statut du citoyen algérien sur les décombres de celui de l'Indigène musulman de statut particulier. Ce fut ainsi que la loi du 31 décembre 1962, tout en conservant la législation héritée de la période coloniale, considérait comme abrogées les lois françaises ayant un caractère discriminatoire contraire à « l'ordre public », ou plus généralement d'inspiration colonialiste¹⁵²⁰.

À partir de la première année de l'Algérie indépendante (1962), le législateur algérien avait entamé un *processus* que Filali a défini comme étant une « algérianisation » du droit¹⁵²¹. Une algérianisation qui s'est d'abord concrétisée par la consécration de l'arabe classique comme langue officielle du droit algérien ainsi que par la récupération du droit musulman en matière de droit de la famille¹⁵²².

Le 27 mars 1963 l'assemblée algérienne adopta la loi n. 63-96 qui institua le Code de la Nationalité algérienne. L'article 34 de ce Code octroyait le droit à la nationalité algérienne à toute personne dont au moins deux ascendants en ligne paternelle sont

¹⁵¹⁹ M. Borrmans, *op. cit.*, p. 502.

¹⁵²⁰ C. Bontemps, « La coutume kabyle et l'implantation des systèmes étrangers », in *La réception des systèmes juridiques : implantation et destin : textes présentés au premier colloque international du Centre international de la common law en français (CICLEF)*, sous la direction de Michel Doucet et Jacques Vanderlinden. Bruylant Bruxelles, 1994, p. 91.

¹⁵²¹ A. Filali, « Bilinguisme et bijuridisme, l'exemple du droit algérien », in *Le bilinguisme juridique dans les pays du Maghreb- Acte du colloque international, Perpignan, 2 e 3 avril 2012*, sous la direction de A. Filali, D. Baisset, Annales de l'Université d'Alger 1, Numéro spécial 02-2012, p. 92

¹⁵²² A. Filali, *op. cit.*, p. 90 et suivantes.

nés en Algérie et y jouissent du statut musulman¹⁵²³ .

Un des rédacteurs de cette loi, le ministre Amar Bentoumi, précisait dans une communication ce qui suit :

« Notre référence au statut musulman, nous y tenons parce qu'elle est absolument conforme aux réalités historiques, sociologiques et juridiques de ce pays. Lorsqu'en 1830, le colonialisme a entrepris de nous dépouiller des attributs de notre personnalité, un seul refuge est resté à cette personnalité algérienne : le statut musulman. Ce statut musulman est un ensemble de règles juridiques régissant aujourd'hui l'immense majorité des habitants de ce pays, exactement dans les mêmes conditions qu'il les régissait avant 1830. Voilà pourquoi conformément à notre théorie de la continuité de la nation algérienne, nous avons tenu à ce que cet ensemble de règles juridiques du statut musulman figure dans ce texte¹⁵²⁴ ».

Ce nouveau code de la nationalité était en rupture avec l'esprit des accords d'Evian au cours desquels les négociateurs algériens avaient assuré le maintien de : *« L'unité de nationalité des habitants de l'Algérie [...] qu'ils fussent d'origine locale ou européenne¹⁵²⁵ ».*

La nouvelle législation algérienne laissait entendre que seuls les algériens qui durant la colonisation avait été soumis au statut juridique de particulier pouvait accéder à la nationalité algérienne. Le Code de la nationalité algérienne excluait les non-musulmans de la citoyenneté algérienne, cela bien que la nationalité algérienne ait été donnée à des algériens musulmans qui durant la colonisation avaient renoncé à leur statut particulier en matière de droit privé et qui par conséquent avait été assimilés au statut juridique français de droit commun¹⁵²⁶.

Ce Code de la nationalité était clairement conçu pour mettre fin au pluralisme juridique et à la diversité de statut présente au sein même de la population autochtone

¹⁵²³ M. Borrmans, *op. cit.*, p. 505.

¹⁵²⁴ *Ibid.*

¹⁵²⁵ *Ibid.*

¹⁵²⁶ *Ibid.*

algérienne, qui avait caractérisé le droit colonial français d'Algérie¹⁵²⁷. La nouvelle citoyenneté algérienne ne reconnaissait aucun statut particulier aux coutumes berbères, kabyles et mozabites, cela du moins en matière de droit privé. Le but du législateur algérien était d'uniformiser le droit et par conséquent d'appliquer la même législation en matière de droit de la famille à l'ensemble de la population algérienne¹⁵²⁸.

B. UN NOUVEAU DROIT DE FAMILLE ALGÉRIEN

Durant les premières années de l'indépendance algérienne, de 1962 à 1975, un vide législatif demeurait en matière du droit de la famille. Dans un premier temps, le législateur algérien avait adopté à l'égard de la législation coloniale une attitude que nous pouvons définir comme ambivalente. Ce nouveau droit de la famille, inauguré avec la loi « Khémisti-Stefanici » promulguée le 29 juin 1963, était en droite ligne avec la précédente législation qui réforma le droit musulman durant l'époque coloniale (A). La rupture était marquée avec la législation française qui avait réformé les coutumes kabyles. Ce fut la jurisprudence de la Cour Suprême algérienne qui avant l'intervention du législateur abrogea le décret du 19 mai 1931 (B). Cependant l'abrogation de la législation coloniale n'a pas été une abrogation des coutumes kabyles qui ont été reconnues de façon tacite (C).

1. LE LEGS DU DROIT MUSULMAN DE L'EPOQUE COLONIALE

Le 29 juin 1963 le législateur algérien adopta la loi « Khémisti-Stefanici », une loi par le biais de laquelle il réforma le droit de la famille algérienne. Cette loi a maintenu en vigueur un certain nombre de dispositions qui étaient contenu dans l'ordonnance française du 4 février 1959. Une ordonnance connue aussi sous le nom d'ordonnance

¹⁵²⁷ Dans le cas de l'Algérie, la période ottomane était caractérisée par une situation de pluralisme juridique. La population turque était justiciable devant les tribunaux musulmans hanéfites tandis que la population locale était justiciable devant les juridictions malékites. Dans le pénal les Turcs étaient jugés par l'agha, tandis que la population locale l'était par l'adjoint de l'agha, le *kahia*. Les Kabyles étaient soustraits à la juridiction musulmane et ne payaient pas les impôts aux Turcs. Ch. A. Julien, Histoire de l'Afrique du Nord, vol. II, p. 292 et suivantes ; C. Bontems, *Manuel des Institutions Algériennes-de la domination turque à l'indépendance- La domination turque et le régime militaire 1518-1870*, Tome I. Édition Cujas 1976, p. 63.

¹⁵²⁸ M. Borrmans, *op. cit.*

« Sidi Cara ». Comme nous l'avons déjà vu, cette loi avait réformé le droit musulman algérien et contenait aussi des dispositions spécifiquement prévues pour les minorités mozabites. Par ailleurs, cette loi ne s'appliquait pas aux populations kabyles.

Par contre le décret du 29 juin 1963 s'appliquait à l'ensemble de la population algérienne y compris les Kabyles et les Mozabites. La loi « Khémisti-Stefanici » avait abrogé les dispositions de loi que l'Ordonnance « Sidi-Cara » avait prévues uniquement pour les Mozabites. La loi algérienne de 1963 avait modernisé l'ordonnance française de 1959. C'est ainsi que Borrrmans souligne à propos de la loi de 1963 que : « *Non seulement elle fixe un âge minimum au mariage, mais encore elle sanctionne l'exigence, formulée en 1959, d'une preuve de mariage par acte ou transcription à l'Etat-Civil, tout en homologuant la législation antérieure relative au statut personnel* ¹⁵²⁹ ».

En effet, cette loi élève l'âge minimum du mariage des filles à 16 ans et dans son article 5 elle prévoit que : « *Nul se peut réclamer le titre d'époux et les effets du mariage s'il ne présente un acte de mariage dressé ou transcrit sur le registre de l'Etat civil* ».

Nous pouvons constater que la loi Khémisti-Stefanici, bien qu'inspirée par le droit musulman, avait complété les réformes instaurées durant la guerre d'Algérie.

Elle était en droite ligne avec l'élan réformiste de la loi française de 1959. Cela s'inscrit dans un élan progressiste qui avait caractérisé la législation algérienne en matière de droit de la famille au début des années 1960.

Le préambule de la première Constitution Algérienne contenait la formule suivante :

« *La révolution se concrétise (entre autres choses) par une politique sociale, au profit des masses, pour accélérer l'émancipation de la femme afin de l'associer à la gestion des affaires publiques et au développement du pays* ». L'art 12 prévoyait que : « *Tous les citoyens des deux sexes ont les mêmes droits et les mêmes devoirs* »

¹⁵²⁹ *Ibid*, p. 511.

A partir du Congrès de Tripoli de 1962, le courant progressiste avait pris le dessus au sein du FLN. Ce courant proclamait une rupture avec le système colonial et avec le passé féodal du Maghreb, dont la ségrégation de la femme était un des derniers résidus¹⁵³⁰. La législation française était elle aussi accusée d'avoir conservé les coutumes patriarcales et par conséquent d'avoir contribué à la marginalisation des femmes algériennes¹⁵³¹. Borrmans souligne qu'au moment de l'indépendance algérienne :

« Les textes officiels du F.L.N semblent donc entrevoir et promettre une action décisive en faveur de la promotion de la femme et, par la suite, d'une modernisation du droit familial, au lendemain de l'indépendance¹⁵³² ».

Ce courant progressiste était contesté par un courant conservateur inspiré par l'idéologie islamiste des Oulémas. Ces derniers voulaient un retour au droit musulman en matière de droit de la famille. En 1963 une commission fut chargée de rédiger un Code de la famille.

Le premier projet de Code des années 1963-64 s'inspirait de l'avant-projet du Code Morand et donc du droit musulman codifié durant la colonisation française¹⁵³³. Sur ce Bontems précise que : *« Ce choix nous montre que le codificateur algérien, ici encore, se comporta sensiblement comme le colonisateur des premiers temps de la présence française, l'option anthropologique fut partiellement écartée, mais il ne semble pas que le recours à un auteur authentiquement adepte du rite malékite ait retenu l'attention, le Code Morand apparut comme le recueil qui se rapprochait le plus de l'authentique droit musulman algérien¹⁵³⁴ ».*

2. L'ABROGATION DU DECRET DU 19 MAI 1931

Un deuxième projet de codification, connu sous le nom de projet M'rabet, fut entamé

¹⁵³⁰ *Ibid.*, p. 494.

¹⁵³¹ *Ibid.*, p.495.

¹⁵³² *Ibid.*

¹⁵³³ *Ibid.*, p. 247.

¹⁵³⁴ C. Bontems, *Le droit musulman algérien à l'époque coloniale. De l'invention à la codification*, op. cit., p. 248.

durant les années 1965-1966. Cet avant-projet était composé de 109 articles qui ne couvraient pas l'ensemble des matières du statut personnel. Le titre premier était inspiré par le code de la famille marocain de 1958, connu sous le nom de la *Mudawwana*. Par contre le titre II était inspiré de la précédente législation coloniale¹⁵³⁵. Ce projet ne fut jamais promulgué.

Durant la période qui va de 1962 à l'adoption du Code civil algérien en 1975, un vide législatif demeurait en matière du droit de la famille. Ce vide était encore plus évident dans le domaine des successions. La jurisprudence de la Cour Suprême algérienne a comblé ce vide en appliquant le droit musulman. Cette jurisprudence a ainsi abrogé le décret du 19 mai 1931 qui avait réformé les coutumes kabyles en matière de droit successoraux et de droit au divorce des femmes kabyles, avant que la loi de reconduction de 1962 soit officiellement abrogée par le législateur algérien. Cela pour la raison que ce décret s'appliquait aux seuls Kabyles.

Bontems explique que : « *Le nationalisme algérien ne peut se satisfaire d'une mosaïque de statuts particuliers qui rappellerait de façon trop sensible la période coloniale - par suppression ou par extension - les privilèges de l'époque antérieure*¹⁵³⁶ » et ainsi : « *Dans un tel contexte la coutume kabyle ne peut trouver sa place*¹⁵³⁷ ». Toujours Bontems souligne que durant les premières années de l'indépendance le législateur algérien avait dû faire face à une résurgence des coutumes kabyles et affirme sur ce point que « [...] *les algériens n'ont pas recueilli que le seul droit musulman dans l'héritage colonial, ils ont également trouvé un système coutumier dont ils se seraient dispensés allègrement*¹⁵³⁸ ».

Pour ces raisons la Cour Suprême algérienne, durant les années 1964-1973, avait abrogé les coutumes kabyles qui faisaient échec au nouveau droit algérien ainsi que le décret du 19 mai 1931 hérité de la période coloniale.

¹⁵³⁵ M. Borrmans, *op. cit.*, p. 518.

¹⁵³⁶ C. Bontems « Coutume kabyle, jurisprudence et statut féminin (XIX et XX siècle) », in *La coutume-customs*, recueils de la société Jean Bodin, Troisième partie, Europe orientale, Asie et Islam, De Boeck Université, Bruxelles, 1992, p. 261.

¹⁵³⁷ *Ibid.*

¹⁵³⁸ C. Bontems, *Le droit musulman algérien à l'époque coloniale. De l'invention à la codification*, *op. cit.*, p. 236.

La jurisprudence de la Cour Suprême algérienne avait déclaré dans un premier temps que les coutumes kabyles étaient une source juridique secondaire qui occupait une position subsidiaire vis-à-vis du droit algérien officiel¹⁵³⁹. Cette jurisprudence reconnut ainsi aux coutumes kabyles une place parmi les sources juridiques. Cela avait été le cas par exemple de l'arrêt du 24 février 1964. Dans cet arrêt la Cour avait reconnu aux populations (kabyles ou arabes) qui habitaient en « pays de coutume kabyle » la faculté de renoncer à tout moment aux coutumes kabyles et de se soumettre aux prescriptions de droit musulman¹⁵⁴⁰.

Quelques années plus tard, la Cour Suprême algérienne avait pris une position plus tranchée vis-à-vis des coutumes kabyles. Dans les arrêts du 26 avril 1967, du 03 mai 1967 et du 12 juin 1968 la Cour Suprême algérienne décida qu'en matière de statut personnel la coutume kabyle ne devait pas faire échec au droit islamique¹⁵⁴¹. Les trois affaires avaient pour objet la garde des enfants suite à la dissolution de mariage entre conjoints kabyles. Les coutumes kabyles, contrairement au droit musulman, n'accordaient pas la *hadana*, soit un droit de tutelle aux mères sur leurs enfants. La cour Suprême dans ces cas avait déclaré les coutumes kabyles non applicables et avait statué ce qui suit :

« La Coutume ne saurait faire échec à la loi en matière d'état des personnes [...] en confiant l'enfant à son père, en se fondant sur les règles du Droit Coutumier qui reconnaît au père kabyle le droit de reprendre son enfant même si celui-ci est âgé de deux ans, les juges de fond n'ont pas justifié¹⁵⁴² ».

Dans l'affaire *Si Salha contre Radjef*, la Cour Suprême statuait que le droit islamique était la « loi » applicable dans les jugements en matière de statut personnel. L'objet du procès était une succession qui avait été ouverte en 1957, donc pendant la période coloniale.

¹⁵³⁹ Arrêt 24 février 1965, in *Annuaire de la Justice*, 1965

¹⁵⁴⁰ G. Moursi Badr, « La relance du droit islamique dans la jurisprudence algérienne depuis 1962 », In : *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 22 N.1, Janvier-mars 1970, p. 52.

¹⁵⁴¹ *Ibid.*, p. 53.

¹⁵⁴² Cette citation est prise de l'article de N. Aït- Zaï, « Le droit musulman et les coutumes kabyles », in *Revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques*, Volume 33-2, 1995, p. 307.

En première instance, les plaignantes Si-Salah Tassadit et Dali Ouardia, respectivement sœur et épouse du *de cuius* Si-Salah Rabah, décédé le 5 juin 1957, avaient opposé le droit de *chefaa* à l'encontre de Radjef, qui était l'unique héritier mâle sur la part d'héritage que ce dernier avait intention de vendre à un tiers. Le juge de première instance accueille la demande des plaignantes, mais le tribunal de grande instance de Tizi-Ouzou dans son jugement du 22 janvier 1964 annule la décision du juge de première instance. Cela pour la raison que : « [...] *la coutume kabyle ne reconnaît aux femmes kabyles qu'un motif d'usufruit dans la succession immobilière de leur auteur*¹⁵⁴³ ». Le jugement fit l'objet d'un pourvoi devant la Cour Suprême qui cassa les deux décisions pour la raison que : « [...] *les juges de fond n'ont pas fait une correcte application du chefaa en matière successorale*¹⁵⁴⁴ » et statua ainsi qu'en matière : « [...] *d'état des personnes, la coutume ne saurait faire échec à la loi*¹⁵⁴⁵ ».

Cependant dans ces décisions deux décisions de la Cour Suprême algérienne faisaient référence à un droit musulman qui cependant n'avait pas encore été codifié par le droit algérien, ainsi qu'à une coutume kabyle que le tribunal de Tizi-Ouzou n'avait pas jamais citée dans ces jugements. Sur ce dernier point, Bontems remarque très pertinemment que : « [...] *le tribunal de Tizi-Ouzou invoquait non pas la coutume kabyle, mais le décret de 1931, c'est-à-dire un texte ayant valeur législative*¹⁵⁴⁶ » et ajoute qu'en « [...] *se plaçant sur le terrain de la hiérarchie des sources du droit, la Cour Suprême se fourvoie, elle met en relief l'opposition entre la coutume légalisée par le décret de 1931 et le droit musulman à caractère coutumier*¹⁵⁴⁷ ».

Pour notre part, nous remarquons que le décret de 1931 n'a pas été une simple rédaction des coutumes kabyles en matière successorale et de divorce, mais plutôt une loi qui a réformé les coutumes kabyles dans ces matières. Une réforme qui visait à rapprocher les coutumes kabyles en matière successorale aux prescriptions du droit musulman malékite. À cela s'ajoute le fait que dans cet arrêt, la Cour Suprême cita

¹⁵⁴³ *Revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques* V.4, 1968, p. 1193.

¹⁵⁴⁴ *Ibid.*,

¹⁵⁴⁵ *Ibid.*

¹⁵⁴⁶ C. Bontems, « Coutume kabyle, jurisprudence et statut féminin », *op. cit.*, p. 262.

¹⁵⁴⁷ *Ibid.*

l'institution du « retrait successoral¹⁵⁴⁸ » et non pas celui de la *chefaa* musulmane. Ceci étant, il est clair que la Cour faisait référence à la *chefaa* et non à l'institution du retrait successoral prévu par le Code civil français. C'est donc la *chefaa* kabyle qui devait être remplacée par la *chefaa* musulmane, comme il était prévu par la Loi Warnier.

Comme nous avons vu, l'article premier de la loi Warnier avait abrogé les coutumes kabyles en matière de retrait successoral durant l'époque coloniale. La loi en question reconnaissait l'application du droit de *chefaa* uniquement dans sa forme prévue par le droit musulman, ainsi que naturellement dans les limites prévues par le Code civil en matière de retrait successoral, donc par l'article 841 du Code civil. Les coutumes kabyles tout comme le droit musulman malékite reconnaissaient aux femmes émancipées la possibilité d'agir en matière de retrait successoral¹⁵⁴⁹.

Dans le cas d'espèce, il est utile de rappeler que contrairement, aux coutumes kabyles, le droit musulman malékite conçoit le droit de *chefaa* non pas comme un droit à titre personnel mais plutôt comme un droit réel, donc un droit qui est reconnu au seul propriétaire de l'immeuble objet de rachat¹⁵⁵⁰.

Les coutumes kabyles reconnaissaient le droit de *chefaa* à toute une série de sujets qui pouvaient exiger des droits réels sur l'immeuble objet de la succession, ou même un simple intérêt moral à écarter tout étranger de l'achat du bien en question. Les coutumes kabyles autorisaient l'exercice du droit de *chefaa* à des individus qui n'étaient ni des héritiers ni propriétaires du bien immeuble. Ce droit était en outre aussi reconnu aux femmes kabyles. En un certain sens, la *chefaa* kabyle était un contrepoids à l'exhérédation des femmes. Pour cette raison, les mêmes coutumes kabyles qui niaient tout droit successoral aux femmes permettaient aux femmes kabyles émancipées d'intenter une action de *chefaa*, donc à acheter des biens immeubles et à en devenir propriétaires, tout en contournant les coutumes kabyles qui ne leur permettaient pas de l'être.

¹⁵⁴⁸ *Revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques*, V.4, 1968, p. 1193

¹⁵⁴⁹ A. Hanoteau, A. Letourneux, *op. cit.*, vol. II, p. 404

¹⁵⁵⁰ F. Dulout, *op. cit.*, Tome III, p. 313

En résumé, le tribunal de grande instance de Tizi-Ouzou dans sa décision du 22 janvier 1964 n'a pas appliqué le droit coutumier kabyle, mais plutôt le décret de 1931 qui reconnaissait aux femmes kabyles le seul droit d'usufruit sur leur part d'héritage et réformait des coutumes kabyles qui avaient été précédemment codifiées par Hanoteau et Letourneux.

Cette décision de la Cour Suprême ne visa pas tant les coutumes kabyles mais plutôt le décret français du 19 mai 1931, qui était la loi en vigueur au moment de l'ouverture de la succession qui a été ouverte en 1957. Selon Bontems, en refusant d'appliquer la loi qui était en vigueur au moment de l'ouverture de la succession, la Cour Suprême algérienne : « [...] *écarte, sans en justifier, tous les principes relatifs à l'application des lois dans le temps et en particulier celui de la non rétroactivité des lois. En admettant que l'accession à l'Indépendance et que le transfert de souveraineté permet d'écarter les règles procédant de l'ordre colonial, il n'en demeure pas moins que la cour commet un abus de terminologie dans l'utilisation des concepts de « loi » et « coutume*¹⁵⁵¹ » ».

Plus loin Bontems ajoute que : « *Lorsque la Cour Suprême utilise la notion de loi, elle fait référence au droit musulman ; lorsqu'elle invoque la supériorité de la loi sur la coutume, elle se réfère à une conception occidentale dans laquelle le mot « loi » est pris dans son sens technique, à savoir une règle générale, abstraite et permanente, confectionnée et promulguée par l'autorité législative*¹⁵⁵² ».

Comme nous l'avons vu, au moment où la décision avait été prise, le législateur n'avait pas encore codifié le droit musulman. Par le fait de la loi de reconduction de 1962, l'unique législation en vigueur en matière de droit privé était la législation française et donc le décret de 1931. Par conséquent Bontems conclut que : « *Selon la conception occidentale, à laquelle la Cour Suprême fait référence, le droit musulman s'apparente davantage à la coutume qu'à la loi*¹⁵⁵³ ».

Tout au long des années 1970, la Cour Suprême entra en conflit avec la Cour d'appel

¹⁵⁵¹ C. Bontems, « Coutume kabyle, jurisprudence et statut féminin », *op. cit.*, p. 262.

¹⁵⁵² *Ibid.*

¹⁵⁵³ *Ibid.*

de Tizi-Ouzou qui voulut appliquer le décret de 1931 en matière successorale.

La Cour Suprême algérienne incarnait l'unité du droit algérien tandis que les juridictions locales kabyles de leur part étaient plus sensibles aux exigences des populations locales¹⁵⁵⁴.

Le 05 avril 1972, la Cour Suprême a cassé une décision rendue par le Tribunal de Tizi-Ouzou qui reconnaissait à une veuve kabyle un simple droit d'usufruit et non la pleine propriété sur sa part successorale. Le Tribunal de Tizi-Ouzou avait ainsi encore une fois appliqué le décret de 1931 dans son jugement, étant donné que l'héritière était kabyle. La Cour Suprême avait cassé cette décision pour la raison que le décret invoqué avait une nature discriminatrice envers les femmes kabyles. La Cour affirme que les lois de l'époque coloniale ayant un caractère discriminatoire étaient implicitement abrogées au sens de l'article 2 de la loi du 31 décembre 1962¹⁵⁵⁵.

Cette décision fit l'objet de critique de la part de Bontems. Ce dernier affirme que l'article 2 de la loi du 31 décembre 1962 « constitue *une mesure d'abrogation tacite et non d'abrogation expresse*¹⁵⁵⁶ » et que par conséquent : « *Il doit être interprété de façon restrictive : l'abrogation constitue l'exception, et le maintien la règle*¹⁵⁵⁷ ». Toujours Bontems qui souligne pertinemment que le décret de 1931 ne consacra pas la coutume kabyle mais : « [...] *la modifia*¹⁵⁵⁸ » et conclut que : « *Déclarer que le décret de 1931 est abrogé, cela revient à dire que l'ancien droit anticolonial revit et que la femme kabyle n'a plus aucune vocation successorale*¹⁵⁵⁹ » et que par conséquent : « *la coutume kabyle perd alors son caractère légal et n'a plus qu'une valeur coutumière, mais elle rentre en conflit avec le droit musulman qui, lui aussi n'a qu'une valeur coutumière en l'absence de promulgation de tout code de la famille*¹⁵⁶⁰ ».

¹⁵⁵⁴ *Ibid.*, p. 261.

¹⁵⁵⁵ *Ibid.*, p. 263.

¹⁵⁵⁶ *Ibid.*, p. 264.

¹⁵⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁵⁸ *Ibid.* p. 253.

¹⁵⁵⁹ *Ibid.*, p. 263.

¹⁵⁶⁰ *Ibid.*

Sur ce dernier point, à notre humble avis, la position de Bontems doit être nuancée. Il faut rappeler que l'exhérédation des femmes n'était pas prévue par l'ensemble des coutumes kabyles. Nous avons déjà vu maintes fois que le fameux *qanoun Saharidj* avait été signé seulement par un nombre restreint de tribus. L'application du *qanoun Saharidj* à l'ensemble des populations kabyles et, par conséquent, l'imposition de l'exhérédation des femmes kabyles même aux tribus qui n'avaient pas souscrit le *qanoun* en question, avaient été le résultat d'une application à la lettre de l'ouvrage d'Hanoteau et Letourneux par des juges de paix français. En abrogeant le décret de 1931, la Cour Suprême algérienne ne restaure pas les coutumes kabyles d'avant 1857, mais se fait plutôt l'interprète des changements sociaux en cours en Kabylie depuis 60 ans. Cela est en partie prouvé par le fait que la plaignante était une femme kabyle qui réclamait ses droits successoraux, ce qui prouve que les mœurs kabyles avaient belle et bien changés en 1972.

Par ailleurs, le décret français du 19 mai 1931 allait à l'encontre du Code de la nationalité algérienne promulguée en 1963, pour la raison que le décret de 1931 prévoyait un régime spécial, donc une législation spéciale, pour une communauté particulière, celle des femmes kabyles.

Dans une autre décision datant du 21 novembre 1973, la Cour Suprême algérienne avait été appelée à nouveau à se prononcer sur un litige portant sur une succession ayant eu lieu entre Kabyles. Cette succession avait été ouverte en 1961, c'est-à-dire avant l'indépendance algérienne. Les plaignantes Ismail Zoulikha et Ismail Baya avaient intenté une action devant le juge de première instance afin de se faire reconnaître leurs droits successoraux. Leur défense avait invoqué dans le cas d'espèce l'application du décret du 19 mai 1931 par le fait que l'héritière était kabyle. Le juge de première instance n'a pas accueilli l'instance des plaignantes pour la raison que la succession en question devait être soumise au droit musulman et non aux coutumes kabyles. Ce jugement fut annulé par la Cour d'Appel de Tizi-Ouzou, qui dans son jugement datant du 22 mars 1972 avait statué que les litiges entre Kabyles en matière successorale devait être régis par les coutumes kabyles. Cela dit, la cour fit référence non pas aux coutumes kabyles authentiques mais aux coutumes réformées par le

décret du 19 mai 1931. Cela pour la raison que la succession avait été ouverte en 1961 et par conséquent la loi applicable au cas d'espèce demeure la loi en vigueur au moment de l'ouverture de la succession. La cour d'appel a motivé sa décision en affirmant que juger autrement : « [...] ouvrirait la porte à de nombreuses contestations à propos des successions ouvertes avant l'indépendance. ».

Ce jugement d'appel a été cassé par la Cour Suprême qui dans sa décision du 21 novembre 1973 évoquait à nouveau le motif de l'ordre public, dans les termes qui suivent :

« [...] l'ordre public actuellement en Algérie s'oppose à l'application des dispositions législatives ayant un caractère discriminatoire comme le décret du 19 mai 1931 ; que cet ordre public doit être pris en considération par les magistrats au moment du prononcé du jugement et non au moment de l'assignation¹⁵⁶¹ »

La Cour Suprême affirmait encore une fois que le décret de 1931 opérait une discrimination à l'égard des femmes kabyles¹⁵⁶². La Cour Suprême algérienne œuvrait à une unification du droit algérien. Cette unification devait passer par une rupture avec la précédente législation coloniale. La jurisprudence algérienne a néanmoins appliqué à la lettre les prescriptions du décret français du 17 septembre et 4 février 1959¹⁵⁶³. Cette même jurisprudence faisait une vague référence au droit musulman sans que celui-ci fût codifié.

Le Code civil adopté en 1975 prévoyait dans son article premier que : « La loi régit toutes les matières auxquelles se rapporte la lettre ou l'esprit de l'une de ses dispositions. En l'absence d'une disposition légale, le juge se prononce selon les principes du droit musulman et à défaut, selon la coutume ».

Le législateur algérien consacre la coutume comme étant une source juridique orale qui devait être appliquée sur une base territoriale et donc selon le critère *rationae loci*

¹⁵⁶¹ L'arrêt a été publié et traduit en français en annexe à l'article de C. Bontems, « Coutume kabyle, Jurisprudence et statut féminin », *op. cit.*, p. 267.

¹⁵⁶² *Idem*, p. 263.

¹⁵⁶³ *Ait Idir/Nabti*, Tribunal de Grande Instance d'Alger, 23 juillet 1965, in *Revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques*, V.4, 1968, p. 1194.

et non sur une base ethnique, comme ce fut le cas des coutumes kabyles durant la colonisation française. Suite à l'adoption du Code de la famille en 1984, le droit musulman a couvert l'ensemble de la matière du droit du statut personnel.

En résumé, le législateur avait fait le choix d'abroger le décret du 19 mai 1931 qui avait réformé les coutumes kabyles en matière de droits successoraux et de droit au divorce des femmes kabyles. Au même moment, le législateur algérien fera le choix quant au droit musulman de recueillir l'héritage colonial français. Ce sera ainsi que l'avant-projet du Code Morand va inspirer le projet de Code de la famille de 1963 et que le décret de 1957 aura force de loi.

L'abrogation des coutumes kabyles ainsi que de la législation particulariste datant de l'époque coloniale que la France avait prévue uniquement pour les Kabyles a été le résultat d'un processus d'érosion graduelle de la législation coloniale qui a été mené par la Cour Suprême algérienne. Cette abrogation graduelle de la législation coloniale a préparé le terrain à l'ordonnance du 26 septembre 1975 qui de son côté avait officiellement abrogé la loi du 31 décembre 1962. C'est ainsi que treize années après l'indépendance algérienne, le législateur algérien a abrogé la législation particulariste que le législateur français avait prévue pour les Kabyles. Les coutumes kabyles ont été écartées de façon graduelle du naissant droit algérien.

Le législateur marocain avait affronté la question des coutumes berbères de façon plutôt rapide en adoptant comme première loi le *dahir* marocain du 25 août 1956. Cette ordonnance avait supprimé d'un trait les tribunaux coutumiers berbères et de façon indirecte les coutumes berbères marocaines connues sous le nom *azref* et le Dahir berbère de 1930. Les tribunaux berbères de l'époque du protectorat avaient été remplacés des juridictions cadiales (musulmanes)¹⁵⁶⁴.

3.LA RECONNAISSANCE TACITE DES COUTUMES KABYLES

Les institutions politiques traditionnelles ont survécu jusqu'à l'époque actuelle, bien

¹⁵⁶⁴ M.A. Mourdji, « Le bilinguisme et le dualisme juridique : Une source de conflit culturel au Maroc ? », In : *Le bilinguisme juridique dans les pays du Maghreb- Acte du colloque international, Perpignan, 2 e 3 avril 2012, op. cit.*, p. 155.

que les coutumes kabyles aient été écartées du droit officiel algérien. Les structures villageoises telles que *l'arch* et les *djemâs* n'ont jamais disparu. Roberts soutient même que durant les années de l'indépendance le parti unique FLN s'était appuyé sur cette organisation afin de pouvoir administrer les wilayas de Grande Kabylie. Les *djemâs* ont survécu aux découpages administratifs menés en 1974 et en 1984¹⁵⁶⁵. Dans certains villages, les *djemâs* continuaient à offrir leur médiation en cas de conflit entre villageois. Durant les années 1970, les assemblées villageoises bravaient le blocage des transactions sur les terres agricoles imposées par la législation agraire socialiste durant la révolution agraire. Les *djemaas* offraient aux villageois une prestation de notariat non-officiel apte à garantir les contrats de vente de biens immeubles¹⁵⁶⁶. Devant ces assemblées se déroulaient des transactions verbales¹⁵⁶⁷. Les *djemâs* s'occupaient aussi de la gestion de travaux d'utilité publique. Ces *djemâs* géraient des travaux collectifs¹⁵⁶⁸. L'ouverture au multipartisme ainsi qu'à la liberté d'association va permettre aux *djemâs* d'obtenir une reconnaissance institutionnelle. Les assemblées villageoises deviendront des comités villageois. Ces comités villageois peuvent offrir une médiation juridique aux villageois. Cela est possible grâce au nouveau Code de procédure civil et administratif adopté en 2008 dont l'article 994 prévoit que :

« En toute matière, le juge doit proposer aux parties la médiation à l'exception des affaires familiales et prud'homales et des affaires susceptibles de porter atteinte à l'ordre public. Si les parties acceptent cette proposition, le juge désigne un médiateur pour entendre leur point de vue, et essayer de les rapprocher en vue de leur permettre de trouver une solution au litige. ».

Le législateur exclue la médiation en matière de statut personnel, et donc de divorce, tutelle des mineurs et successions. Ces matières sont soustraites aux coutumes locales et soumises à l'empire de la loi, voire au Code de la famille de 1984, donc au droit

¹⁵⁶⁵ M. Dahmani, *Economie et société en Grande-Kabylie*, OPU, Alger, 1987, p. 24.

¹⁵⁶⁶ S. Chaker, « Survivance ou renouveau du droit coutumier en milieu berbère », dans M. Flory, J.R Henry, *L'enseignement du Droit Musulman*, Edition du CNRS, 1989, p. 353

¹⁵⁶⁷ Chaker, *Ibid.*

¹⁵⁶⁸ D. Abrous, « Kabylie : Anthropologie sociale », in *Encyclopédie berbère*, 26|judaïsme-kabylie [En ligne] - mis en ligne le 01 juin 2011, consulté le 01 octobre 2015.

musulman malékite codifié. Le décret du n. 83-353 du 21 mai 1983 permet aux femmes kabyles, qui étaient exclues jusque-là par la coutume des droits d'héritage, de faire valoir ces derniers¹⁵⁶⁹.

Cela dit, les coutumes kabyles en matière successorale bien que faisant échec au droit privé algérien et donc au droit positif, continuaient à survivre de façon non officielle. Les femmes kabyles renoncent de leur plein gré aux parts d'héritage qui leur sont accordées par le droit musulman. En 1995 la juriste kabyle Ait-Zai écrivait :

« Aujourd'hui, 28 ans après l'indépendance de l'Algérie, les mentalités en Grande Kabylie n'ont guère changé à l'égard des femmes. Le vieil esprit kabyle demeure toujours. Interrogés, les hommes répondront que la femme n'hérite pas ; mais si elle est veuve ou divorcée, la maison lui est ouverte, où l'attend une chambre et un morceau de terrain dont elle tirera l'usufruit. Les femmes non instruites n'y penseront même pas ; celles qui ont fréquenté l'école et l'université n'oseront pas briser le modèle que les coutumes ont forgé en elle¹⁵⁷⁰ ».

Toujours Ait-Zai conclut que :

« Le Kabyle pour empêcher la fragmentation du patrimoine et la dislocation du groupe, vous dira : « j'applique les règles qui m'arrangent ; la femme étant toujours la « fille d'un tel » ou l'« épouse d'un tel¹⁵⁷¹ ».

C'est ainsi que la coutume kabyle en matière successorale a continué et continue de survivre bien que celle-ci fasse échec au droit musulman. Comme l'explique Bontems la survie des coutumes kabyles au sein de l'Algérie contemporaine s'explique par un : *« [...] mécanisme de défense utilisé par les Kabyles pour préserver leur identité¹⁵⁷² ».* Les coutumes les plus ancrées dans le tissu social kabyle demeurent celles qui touchent à la sphère domestique comme celles de la répudiation et de l'exhérédation

¹⁵⁶⁹ M. Gahlouz, « Le droit coutumier kabyle et les rapports entre ARF et le CHRAA, in *Awal*, Cahiers d'études berbères, Paris, 2006, p. 105.

¹⁵⁷⁰ N. Ait-Zaï, *op. cit.*, p. 311

¹⁵⁷¹ *Ibid.*

¹⁵⁷² C. Bontems, « La coutume kabyle et l'implantation des systèmes étrangers », in *op. cit.*, p. 95.

des femmes¹⁵⁷³, tandis que les coutumes orales qui influencent la sphère économique ont été aisément remplacées par des contrats et donc par le droit étatique. Gahlouz remarque sur ce point que la publication de plus en plus fréquente à partir des années 2000 dans la presse écrite algérienne « [...] *d'avis d'établissement d'actes de notoriété portant reconnaissance de propriété par la voie de la prescription acquisitive de biens immobiliers (le sol principalement) ou d'oppositions [...] qui concernant particulièrement la Kabylie, sont un indice fort du recours à l'écrit*¹⁵⁷⁴ ». Nous assistons au remplacement des *djemâs* par des notaires et donc à l'utilisation d'actes notariés ainsi qu'à la presse afin d'assurer la publicité foncière, ce qui est amplement dû aux changements économiques qu'a connus la Kabylie à partir des années 1970. Sur ce point Bontems remarque pertinemment que : « *Lorsque les Kabyles revendiquent la reconnaissance de leur identité culturelle, ils ne posent pas comme condition fondamentale la reconnaissance d'un système juridique propre. Cette exigence n'est le fait que d'une petite élite ayant une culture juridique. Pour la grande masse des Kabyles, la mise en œuvre d'un droit des obligations ou des contrats étrangers (français) n'est pas ressenti comme une atteinte à l'identité kabyle*¹⁵⁷⁵ [...] ».

Cela a été plus évident par le fait que les différentes mouvances identitaires berbéristes n'ont presque jamais mis en avant les coutumes kabyles qui exhédaient les femmes kabyles. Les mouvements berbéristes cherchaient plutôt, comme le faisait Boulifa au temp de la colonisation, à justifier cette coutume sur le plan historique. L'image promue par ces mouvements se rapproche de celle véhiculée par le mythe kabyle, c'est-à-dire celle d'une femme kabyle émancipée.

Cette mouvance identitaire que Laouhari Addi a définie comme de la néo-berbérité appréhende les coutumes kabyles en se réservant un bénéfice d'inventaire. Cette mouvance qui a vu le jour à partir de la crise berbériste de 1948 et qui après la guerre d'Algérie s'est consolidée dans les milieux de l'immigration kabyle en France

¹⁵⁷³ *Ibid.*, p. 94.

¹⁵⁷⁴ M. Gahlouz, « Le droit coutumier kabyle et les rapports entre ARF et le CHRAA, in *Awal*, Cahiers d'études berbères, Paris, 2006, p. 104-105.

¹⁵⁷⁵ C. Bontems, « La coutume kabyle et l'implantation des systèmes étrangers », in *op. cit.*, p. 94.

notamment, grâce à l'Académie berbère, et qui par la suite est devenue un mouvement de masse à la suite des événements du printemps berbère de 1980 et du printemps noir de 2001, comme l'explique Addi n'est pas animée : « [...] *par des chefs traditionnels ou des notables de village berbérophones*¹⁵⁷⁶ ». Ce dernier affirme encore que : « *Tout sépare la berbérité classique de la néo berbérité. La première est un être social qui se reproduisait dans des structures sociologiques tribales aujourd'hui disparue ou en voie de disparition. La seconde est une conscience exprimée par des couches sociales modernes cherchant à sauver une langue d'un monde disparu*¹⁵⁷⁷ ».

Cette mouvance a par contre souvent prôné l'égalité homme - femme au nom de la laïcité ainsi que de l'établissement d'un état de droit en Algérie. En ce sens, ce courant se situe dans la droite lignée de la mouvance progressiste kabyle des années 1920-30, représentée par Roumane et Boulifa. Tout comme ces derniers, les berbéristes d'aujourd'hui, au vu de la nature coutumière du droit kabyle, sont bien disposés à ce que ce dernier se modernise en matière du droit de la famille. Une telle modernisation doit passer par le Code civil laïc et non pas par le Code de la famille islamique tel que le Code de la famille algérien de 1984. Les coutumes kabyles mises en avant par cette mouvance berbériste sont celles des *djemââs*, perçues comme un facteur de démocratisation par le bas de la vie politique algérienne. Les différents courants berbéristes ont surtout misé sur la reconnaissance culturelle et linguistique du fait *amazigh* et plus récemment du fait kabyle dans sa spécificité régionale.

L'Algérie octroie aux coutumes kabyles et aux institutions politiques traditionnelles kabyles une reconnaissance tacite. La composante culturelle kabyle et plus généralement berbère, qui durant les premières années de l'indépendance avait été niée, voire même réprimée, a été par la suite partiellement reconnue par le biais de la réforme constitutionnelle de 2002 qui a octroyé aux langues *amazigh* le titre de « langue nationale » et comme étant « langue officielle » par l'article 4 réformé en 2016. Cette reconnaissance n'est pas présentée comme étant la valorisation d'un

¹⁵⁷⁶ L. Addi, *Ernest Gellner, Clifford Geertz, Deux anthropologues au Maghreb*, Paris, Éditions des archives contemporaines, 2013, p. 75.

¹⁵⁷⁷ *Ibid.*, p. 75.

élément minoritaire à qui octroyer un « privilège identitaire » mais plutôt comme la valorisation d'une composante structurante de l'unité nationale algérienne. En aucun cas, nous n'avons donc la reconnaissance du « fait berbère » comme fait minoritaire. Cela bien que des populations berbères présentes en Algérie telles que les Kabyles, les Touareg, les Mozabites, les Chaouias entrent pleinement dans la catégorie de minorités nationales telles que définies par le droit international onusien. En 1977, Francesco Capotorti, à l'époque rapporteur spécial de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, a défini les minorités nationales comme étant :

« Un groupe numériquement inférieur au reste de la population d'un État, en position non dominante, dont les membres – ressortissants de l'État – possèdent du point de vue ethnique, religieux ou linguistique des caractéristiques qui diffèrent de celles du reste de la population et manifestent même de façon implicite un sentiment de solidarité, à l'effet de préserver leur culture, leurs traditions, leur religion ou leur langue ».

La Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques des Nations Unies de 1992 prévoit à l'article 1 que :

« Les États protègent l'existence et l'identité nationale ou ethnique, culturelle, religieuse et linguistique des minorités, sur leurs territoires respectifs, et favorisent l'instauration des conditions propres à promouvoir cette identité ».

L'article 4, paragraphe 2, prévoit que les États : *« prennent des mesures pour créer des conditions propres à permettre aux personnes appartenant à des minorités d'exprimer leur propre particularité et de développer leur culture, leur langue, leur tradition et leurs coutumes ».*

Cette déclaration reconnaît une protection au « fait identitaire en tant que tel »¹⁵⁷⁸. Ce sont donc les minorités nationales qui font l'objet de tutelle en tant que fait identitaire¹⁵⁷⁹.

¹⁵⁷⁸ *Ibid.* p. 280.

¹⁵⁷⁹ *Ibid.*

Tout comme son homologue français, le législateur algérien a tendance à refuser toute reconnaissance juridique des particularismes ethnolinguistique. L'attitude du législateur algérien à l'égard des minorités linguistiques est le résultat de l'agencement de trois influences idéologiques. D'un côté nous avons le jacobinisme centralisateur qui est clairement un legs colonial français, l'idéologie tiers-mondiste des pays non-alignés et le enfin le panarabisme. Trois idéologies qui sont peu propices à la reconnaissance des droits collectifs aux minorités ethniques et linguistiques.

Le jacobinisme centralisateur de l'Etat algérien s'est manifesté dans le découpage administratif du territoire algérien. Un découpage qui puise ses origines dans les années de la guerre d'Algérie (1954-1962) et reflète le centralisme français. On peut parler d'un véritable legs colonial. Durant la guerre d'Algérie le FLN et l'ALN avaient effectué un découpage territorial de l'Algérie destiné à l'organisation des maquis, le territoire qui correspondait à la Grande Kabylie étant la Wilaya III. La division du territoire en Wilaya a persisté même dans l'Algérie postcoloniale. Dans le langage de l'administration algérienne, nous trouvons l'absence totale du terme « Kabylie ». Le territoire qui correspond à la Grande Kabylie a été baptisé par l'administration algérienne sous le nom de Wilaya (préfecture) de Tizi-Ouzou. Deux découpages administratifs ont réduit l'espace de cette Wilaya. La première date de 1974, le second de 1984. Ceux-ci contribueront à réduire l'espace territorial de la Wilaya di Tizi-Ouzou de 777,80 km² ¹⁵⁸⁰.

Quant à l'arabisme et à l'idéologie tiers-mondiste panafricaine, il suffit de rappeler que l'Algérie a adhéré dès son indépendance à l'OUA et à la Ligue arabe. L'Algérie est signataire de la *Charte Africaine des droits de l'homme et des peuples* ainsi que de la *Charte Arabe des droits de l'homme*. Une charte qui ne reconnaît aucun droit aux minorités. Du point de vue des gouvernements des pays africains issus pour la quasi-majorité d'un processus de décolonisation, l'Afrique est une : « *terre des confusions ethniques et des minorités sans majorité* ¹⁵⁸¹ ». La question des minorités est tantôt perçue comme une problématique européenne étrangère à l'Afrique, tantôt comme un legs colonial. Comme l'explique Slimane, l'intention des rédacteurs de la *Charte*

¹⁵⁸⁰ M. Dahmani, *Economie et société en Grande-Kabylie*, OPU, Alger, 1987, p. 24.

¹⁵⁸¹ J. Yacoub, *Les minorités dans le monde. Faits et analyses*, Desclée et Brouwer, Paris, 1998, p. 459.

Africaine des droits de l'homme de 1981 n'était pas d'assimiler la notion de « peuples » à celle des minorités ou groupes ethniques¹⁵⁸².

Le monde arabe est aussi très peu propice à reconnaître des droits aux minorités linguistiques et culturelles. Pour des raisons historiques, les seules minorités qui ont été reconnues étaient les minorités religieuses. L'article 37 de la *Charte Arabe des droits de l'homme* prévoit que : « *Les minorités ont le droit de bénéficier de leur culture et de manifester leur religion par le culte et l'accomplissement des rites* ». Cet article consacre le principe d'égalité mais ne reconnaît aucun « privilège identitaire » et offre un faible rempart à l'assimilation forcée des minorités.

A ces trois raisons, s'ajoute le fait que, comme nous l'avons déjà vu précédemment, la notion de citoyenneté algérienne introduite par le Code de la nationalité de 1963 avait mis en place une nouvelle citoyenneté algérienne sur les décombres de celle du français musulman de statut particulier qui date de l'époque coloniale. La reconnaissance de particularités ethniques est perçue comme un legs du passé colonial.

Dans les pages suivantes nous verrons qu'à partir des années 1960 le législateur français a dû se confronter à l'héritage du droit colonial algérien, un héritage qui pèse sur le droit d'Outre-mer. Nous nous concentrerons sur l'exemple de Mayotte et de la Nouvelle Calédonie. Ce choix est lié au fait que ces deux territoires ont été jusqu'à une période récente confrontés à des problématiques très semblables à celles qu'a dû affronter le droit colonial français en Algérie

¹⁵⁸² S. Slimane, « Reconnaître l'existence des minorités en Afrique », article consulté le 03.03. 2019 sur le site internet www.minorityrights.org.

SECTION 2. LES ANALOGIES ENTRE LE DROIT COLONIAL FRANÇAIS D'ALGÉRIE ET LE DROIT FRANÇAIS D'OUTRE-MER AUTOUR DE LA QUESTION COUTUMIÈRE.

Le professeur Parisot a récemment écrit qu'étudier le droit colonial algérien : « [...] permet de mieux appréhender les caractéristiques des conflits coloniaux de lois et par conséquent, les questions qui se posent à l'époque moderne en Nouvelle-Calédonie et à Mayotte¹⁵⁸³ ».

Mayotte et la Nouvelle-Calédonie ont été les deux territoires d'Outre-Mer qui ont été les plus confrontés aux problématiques juridiques liées aux « conflits interpersonnels » entre le droit commun et le statut particulier, ainsi qu'au phénomène de la codification du droit musulman dans le cas de Mayotte et des coutumes dans celui de la Nouvelle-Calédonie¹⁵⁸⁴, des problématiques que le droit colonial français a dû affronter en Algérie. Des analogies demeurent entre la question coutumière auquel le droit est confronté à Mayotte et surtout en Nouvelle-Calédonie et celle que le droit colonial français a dû affronter en Kabylie durant la période coloniale ainsi qu'en A.O. F et en A.E.F.

À la suite de l'abrogation du régime de l'indigénat en 1946 et de l'adoption du statut particulier prévu par l'article 82 de la Constitution de 1946 et par l'article 75 et 77 de la Constitution de 1959, les populations autochtones de Mayotte ainsi que les Kanaks de Nouvelle Calédonie et à l'instar des musulmans d'Algérie, pouvaient jouir de la pleine citoyenneté française tout en conservant leur statut juridique particulier.

Cela dit, il demeure des différences entre la politique autochtone que la France a menée à Mayotte et celle adoptée en Nouvelle-Calédonie. À Mayotte, la France a mené une politique clairement assimilationniste, une politique qui est en ligne avec

¹⁵⁸³ V. Parisot, « L'apport du droit colonial algérien à la science des conflits de lois », in *Faire l'histoire du droit colonial. Cinquante ans après l'indépendance de l'Algérie*. (sous la dir. J.-P. Bras), Paris, IISMM-Karthala, 2015, p. 243.

¹⁵⁸⁴ L. Sermet, « *Juridicité, normativité et pluralisme. De quelques enseignements tirés de la Déclaration des Nations unies sur des droits des peuples autochtone* », in *Méthodologie du pluralisme juridique*, (sous la direction d'O. Ghislain), Paris, Karthala, p. 244.

l'article 75 de la Constitution française et qui prévoit que les citoyens français des collectivités d'Outre-Mer de Mayotte, Wallis et Futuna : « *conservent leur statut personnel tant qu'ils n'y ont pas renoncé* ». Cette renonciation est définitive. L'article 75 est le reflet d'une conception individualiste des droits de l'homme, une telle conception n'accorde pas des droits aux groupes en tant que tels mais seulement aux individus¹⁵⁸⁵.

L'assimilation juridique des Mahorais s'est accentuée suite à la départementalisation de Mayotte en 2011. En Nouvelle-Calédonie le législateur français a nettement favorisé le pluralisme juridique ainsi qu'une assimilation juridique mitigée des Kanaks, prévu entre autres par l'article 77 de la Constitution, un article qui a été réformé en 1998 à la suite des Accords de Nouméa. L'article en question prévoit que les Kanaks peuvent renoncer de façon temporaire à leur statut coutumier et par conséquent réintégrer ce statut lorsqu'ils le souhaitent. Ce choix était une réponse aux revendications autonomistes et indépendantistes des Kanaks. Comme nous verrons dans les pages suivantes, c'est en Nouvelle Calédonie que le législateur et la jurisprudence française ont introduit une notion de statut coutumier qui se rapproche de celui de l'autochtonie tel que prévu par le droit international onusien. Ce droit consiste en un privilège identitaire reconnu aux individus et aussi aux groupes. Ce privilège ne vise pas à l'assimilation des autochtones mais à la conservation de leurs spécificités culturelles.

La question des rapports entre le droit français et les coutumes autochtones est devenue une question post-coloniale influencée par le changement de paradigme qu'a connu le droit international onusien en matière des coutumes autochtones.

Le paradigme onusien de l'autochtonie est mal adapté à l'actuelle législation d'Outre-Mer française. À cela s'ajoute le fait que ce droit d'Outre-mer français est marqué par l'expérience acquise durant la période coloniale. C'est ainsi que dans les pages suivantes nous illustrerons les analogies entre le statut musulman appliqué en Algérie durant la colonisation et le statut particulier en vigueur actuellement à Mayotte. (§ 1)

¹⁵⁸⁵ *Ibid.*, p. 206.

ainsi que celles du pluralisme juridique, de l'autochtonie et de la codification des coutumes kanakes en Nouvelle- Calédonie (§ 2).

§ 1. LES ANALOGIES ENTRE LE STATUT PARTICULIER MUSULMAN APPLIQUÉ EN ALGERIE ET L'ACTUEL STATUT PARTICULIER EN VIGUEUR À MAYOTTE

À partir de 1964 et jusqu'en 2011, le législateur français s'est retrouvé confronté à Mayotte à des problématiques qui rappellent de très près celles que le droit colonial français a dû résoudre en Kabylie et en Algérie durant la période coloniale. Des problématiques liés à la dichotomie qui demeurent entre le droit musulman chaféite mahorais et les coutumes locales, ainsi qu'aux répercussions qu'un tel conflit a exercé sur les tentatives de codification des coutumes musulmanes (§1). Tout comme en Algérie le droit français a été confronté jusqu'à très récemment à Mayotte à la question du maintien de la citoyenneté française dans le statut particulier (§ 2).

A. LA QUESTION DE LA CODIFICATION DES COUTUMES MAHORAISES ET DU DROIT MUSULMAN À MAYOTTE

Mayotte a été l'unique île de l'Archipel des Comores qui après le referendum de 1975 a décidé de rester sous la souveraineté française. À la suite de ce referendum les Mahorais restaient des citoyens français qui continuaient à être régis dans certaines matières par le droit musulman ainsi que par leurs coutumes locales.

Les Mahorais ont continué après l'année 1975 à être régis par la délibération 64-12 bis du 3 juin 1964, qui avait été adoptée par la Chambre des députés des Comores et qui avait été appliquée jusqu'en 1975 à l'ensemble de l'archipel des Comores. Cette délibération présente de fortes analogies avec le décret algérien du 29 août 1874. L'article premier de la délibération 64-12 bis du 3 juin 1964, consacre le droit musulman comorien et ainsi que les coutumes comoriennes. Cet article prévoit que :
« *La justice musulmane connaît toutes les affaires civiles et commerciales entre*

musulmans autres que celles relevant du droit commun. Les litiges entre Comoriens musulmans ayant conservé leur statut traditionnel sont jugés par les tribunaux des Qâdis, les tribunaux des Grands Qâdis (Qâdis-l-qodat 1) ».

L'article 9 de la délibération, citée ci-dessus, prévoit que les juges musulmans mahorais : « [...] *connaissent des affaires relatives au statut de personne (état civil, mariage, dons nuptiaux, garde d'enfant, entretien, filiation, répudiation, rachat Khôl 21 et autres séparations entre époux, etc.). [...] Ils statuent en outre en matière de succession, donation, testament, waqf et "magnahoulé" et en matière d'obligations [...].* ».

Cette délibération consacre le droit musulman chaféite appliqué à Mayotte et ainsi que les coutumes mahoraises qui s'étaient développées en dehors des musulmans telles que le *magnahoulé*.

Tout comme le droit musulman algérien de l'époque coloniale, le droit chaféite comorien a été le résultat d'une réinvention du droit musulman menée par un juriste français, le juge Paul Guy. A l'instar de Morand en Algérie, le juge Guy a traduit et commenté les règles du rite musulman chaféite. Cet ouvrage avait pour titre *Minhaj at-talibin*. Tout comme dans le cas de la tentative de codification du droit musulman algérien menée par Morand, le juge Guy n'avait pas rédigé son ouvrage en tenant compte uniquement des sources écrites. Ce dernier a pris en compte les coutumes et les usages locaux. A l'image de Hanoteau avec les coutumes kabyles en Algérie et Morand avec le droit musulman algérien, Guy a insisté sur « [...] *la nécessité de différencier les « véritables coutumes juridiques » des simples usages*¹⁵⁸⁶».

Contrairement à ce qui se vérifia avec les coutumes kabyles, les coutumes mahoraises tout comme l'ensemble des coutumes des autres îles de l'archipel des Comores ne firent jamais l'objet d'une codification destinée à l'usage des magistrats français. Ces coutumes qui sont demeurées dans l'oralité pouvaient tout de même être évoquées au cours des procès qui se déroulaient à Mayotte devant des juges musulmans. La

¹⁵⁸⁶ P. Guy, *Cours de droit musulman*. Centre d'étude de droit privé et d'histoire, Tananarive 1961, Réimpression 1981, p, 218.

coutume était appliquée à partir du moment où les parties prouvent que cette coutume résulte d'« un long et constant usage » et : « [...] *sur la conviction profonde des individus que son observance est nécessaire, ou que son rejet est contraire au droit*¹⁵⁸⁷ ». Ali précise qu'une fois la coutume prouvée devant les juges celle-ci « [...] *ne peut être rejetée au motif qu'elle contrarie un principe islamique. L'ancrage de ces pratiques dans les mœurs leur donne ainsi une plus grande légitimité*¹⁵⁸⁸».

La structure familiale mahoraise est de type matriarcal et matrilineaire. Pour cette raison, les coutumes mahoraises dérogeaient aux préceptes coraniques en matière successorale. Cela était le cas de la coutume du *magnahouli* qui octroie aux femmes et hommes les mêmes droits successoraux accordés aux hommes. Par conséquent cette coutume mahoraise est plus favorable aux femmes que ne l'est le droit musulman.

B. LA PROBLÉMATIQUE DU STATUT PERSONNEL À MAYOTTE

Le droit français a été confronté jusqu'en 2011 à la problématique du statut personnel applicable aux Mahorais qui résidaient en Métropole. Dans le cas d'espèce, il s'agissait de comprendre si les Mahorais qui avaient opté pour le maintien du statut particulier pouvaient conserver leur statut quand ils vivaient en Métropole. Selon Schultz le statut particulier reconnu aux Mahorais ne s'appliquait à ces derniers que quand ils résidaient à Mayotte¹⁵⁸⁹. Par conséquent le statut particulier ne pouvait pas être appliqué aux Mahorais quand ces derniers se trouvaient en Métropole. Le statut particulier s'appliquait uniquement aux autochtones Mahorais qui n'y avaient pas renoncé et qui résidaient à Mayotte, ce qui signifie que le statut particulier s'appliquait sur base territoriale et non pas personnelle. Parisot a critiqué cette lecture pour la raison qu'à ses yeux une telle lecture allait à l'encontre de l'article 75 de la Constitution de 1958 et il expliquait ainsi que « [...] *le statut personnel, parce qu'il est attaché à la personne de chaque Mahorais, le suit partout au sein de la République française, où qu'il se trouve, dès lors que le constituant a admis le*

¹⁵⁸⁷ A. Ali, *L'assimilation juridique du statut personnel mahorais*, Aix-Marseille Université de droit et de science politique, thèse de doctorat, Aix en Provence, 2016, p. 218.

¹⁵⁸⁸ *Ibid.*,

¹⁵⁸⁹ P. Shultz, « Le statut personnel à Mayotte, in *Droit et cultures*, 1999, n. 37, p. 103.

*principe de son existence*¹⁵⁹⁰ ».

L'ordonnance n. 2010-590 adoptée le 3 juin 2010 portant dispositions relatives au *Statut civil de droit local applicable à Mayotte et aux juridictions compétentes* ainsi que la départementalisation de Mayotte ont abrogé la délibération du 3 juin 1964¹⁵⁹¹.

L'ordonnance de 2010 a marqué un tournant assimilationniste. Désormais les Mahorais ayant choisi le statut particulier peuvent être assujettis au droit français et non plus au droit musulman ni aux coutumes mahoraises. En effet l'article premier de l'ordonnance de 2010 prévoit qu'en cas de : « [...] *silence ou d'insuffisance du statut civil de droit local, il est fait application, à titre supplétif, du droit civil commun* ». Cette assimilation est une conséquence de la départementalisation de l'île de Mayotte avenue en 2011.

§ 2. LA QUESTION DU PLURALISME JURIDIQUE, DE L'AUTOCHTONIE ET DE LA CODIFICATION DES COUTUMES KANAKES EN NOUVELLE CALEDONIE

Le législateur français à partir de l'année 1988 a reconnu de plus en plus d'autonomie politique aux Kanakes de Nouvelle-Calédonie. Cette autonomie a eu pour conséquence la reconnaissance du pluralisme juridique en Nouvelle-Calédonie (§1). Cette ouverture au pluralisme juridique a poussé le droit français d'Outre-mer à se confronter avec la question de l'autochtonie telle que conçue par le droit international onusien, ainsi qu'à celle de la question de la codification des coutumes (§ 2).

A. LE PLURALISME JURIDIQUE EN NOUVELLE CALEDONIE

Selon Vanderlinden le pluralisme juridique est une théorie qui : « [...] *postule l'existence d'une multiplicité d'ordres normatifs susceptibles de revendiquer la*

¹⁵⁹⁰ A. Ali., *op. cit.*, p. 249.

¹⁵⁹¹ S. Blanchy, Y. Moatty, « Le statut civil de droit local à Mayotte, Une imposture ? » in *Droit et société*, 2012/1 (n. 80), p. 118.

*qualification de « juridique » et de s'appliquer simultanément au comportement d'un individu*¹⁵⁹²».

Le législateur français en Nouvelle Calédonie a consacré le pluralisme juridique en reconnaissant aux coutumes kanakes une place parmi les sources juridiques officielles. Cette reconnaissance a été une réponse politique aux visées autonomistes et indépendantistes kanaks qui ont secoué l'île tout au long des années 1980. En Nouvelle Calédonie, suite à la signature des accords de Matignon (1988) et Nouméa (1998) et à l'adoption du statut de la Nouvelle Calédonie de 1999, la place des coutumes kanaks n'a pas cessé de croître¹⁵⁹³. À partir de 1988 le législateur a reconnu de plus en plus les coutumes de ces derniers. Contrairement à ce que si passe à Mayotte, la jurisprudence de la Cour de Cassation n'a jamais fait recours au Code civil pour combler les lacunes des coutumes kanakes¹⁵⁹⁴.

Tout comme à Mayotte, le droit français en Nouvelle Calédonie a été confronté à la problématique des « conflits interpersonnels » de loi et plus récemment à celle de la codification des coutumes kanakes¹⁵⁹⁵. Quant à la première question il suffit ici de rappeler que tout comme les Mahorais, les Kanaks ont été soumis avant 1946 au régime de l'indigénat et se sont vu reconnaître par l'article 75 de la Constitution de 1946 et l'article 82 de la Constitution de 1958 le droit à la citoyenneté française, tout en pouvant conserver leur statut coutumier. Les Kanaks qui avaient opté pour le statut coutumier firent le choix de conserver leurs coutumes en matière d'état civil ainsi que du mariage, divorce, adoption et successorale¹⁵⁹⁶. La délibération de Nouméa n. 116 du 14 mai 1958 avait prévu que les Kanaks pouvaient opter pour le droit commun.

L'histoire du droit colonial français en Nouvelle Calédonie présente plusieurs analogies avec l'expérience française en Algérie. Les deux colonies avaient en commun le fait d'avoir été des colonies de peuplement. De plus, la Nouvelle-

¹⁵⁹² J. Vanderlinden, « L'utopie pluraliste solution de demain au problème de certaines minorités », in (sous la dir. N. Levrat) *Minorité et organisation de l'Etat*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 665.

¹⁵⁹³ S. Blanchy, Y. Moatty, *op. cit.*, p. 241 note 618.

¹⁵⁹⁴ *Ibid.*, 328.

¹⁵⁹⁵ *Ibid.*, p. 244.

¹⁵⁹⁶ D. Levis, *Terres des hommes du Grand Océan. De la coutume au Droit international*, Coll. Logique juridique, Paris, L'Harmattan, 1999, p. 90.

Calédonie a été la terre d'exil de nombreux musulmans algériens arabes et surtout kabyles qui y furent envoyés en guise de peine de détention, suite aux révoltes d'El-Mokrani de 1871¹⁵⁹⁷. Les administrateurs français présents en Nouvelle Calédonie durant la moitié du XIXe siècle étaient issus de l'expérience algérienne. Ces derniers avaient importé en Nouvelle-Calédonie la législation coloniale appliquée en Algérie. Naepels souligne que de fortes similitudes existent entre la politique menée par les Bureaux Arabes en Kabylie et celle menée en Nouvelle-Calédonie¹⁵⁹⁸. Merle de sa part a souligné qu'en Nouvelle-Calédonie, en 1868, le gouverneur Guillain s'était inspiré de la politique du cantonnement des terres collectives appliquée en Algérie à partir de 1840¹⁵⁹⁹. Les Kanaks furent cantonnés dans leurs réserves et furent tout comme les musulmans d'Algérie assujettis au régime de l'indigénat. Cependant, contrairement à ce qui se passa en Kabylie, les autorités françaises présentes en Nouvelle-Calédonie s'étaient désintéressées des coutumes de populations kanakes. La justice coutumière était administrée par les chefs kanaks. Ces derniers agissaient comme médiateurs entre les autorités françaises et les populations locales¹⁶⁰⁰. Ces chefs tranchaient sur les différends qui surgissaient entre les Kanaks. Jusqu'en 1946 seuls les chefs kanaks étaient censés connaître les coutumes.

Ce fut après la fin du régime de l'indigénat que les autorités françaises commencèrent à s'intéresser aux coutumes kanakes¹⁶⁰¹. C'est ainsi qu'entre 1953 et 1955 fut entreprise une première tentative de codification des coutumes kanaks. Une opération qui n'a jamais été conclue en raison du refus du Procureur Général de la Cour d'appel

¹⁵⁹⁷ Les déportés algériens ont été installés dans la région de Bourails. Ces derniers ont exporté dans la colonie de la Nouvelle Calédonie l'institution de la *djemaa* et une partie des coutumes kabyles. Des coutumes comme celle de l'*anaïa* qui dans certains cas ont réglé les rapports entre les Kabyles et les Kanaks. Ce phénomène de l'implantation des coutumes kabyles en Nouvelle-Calédonie a été décrit dans l'ouvrage de M. Ouennouchi intitulé *Les déportés maghrébins en Nouvelle-Calédonie et la culture du dattier (1864 à nos jours)*. Préface de Pierre-Phillipe Rey, Paris, L'Harmattan, 2005, pp. 165-251).

¹⁵⁹⁸ M. Naepels, « The Evolution of a Kanak Chiefstainship under Colonial Rule, in *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 2010/4, p. 927.

¹⁵⁹⁹ I. Merle « La construction d'un droit foncier colonial. De la propriété collective à la constitution des réserves en Nouvelle-Calédonie », in *op. cit.*, p. 98.

¹⁶⁰⁰ G. Agniel, « Statut coutumier kanak et juridiction de droit commun en Nouvelle Calédonie » in *Revue Aspect*, n. 3, 2008, p. 83.

¹⁶⁰¹ E. Cornut, « La non-codification de la coutume kanak », in (sous la dir. N. Meyer et C. David) *L'intégration de la coutume dans l'élaboration de la norme environnementale*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 139.

de Nouméa en 1969. Ce dernier soutenait l'idée que les coutumes kanakes étaient intrinsèquement liées à l'oralité et que par conséquent elles ne devaient pas être mises en écrit.¹⁶⁰²

L'idée de la codification fut à nouveau reprise en 1971 par André Touren, avocat général et conseiller du gouvernement de la Cour de Cassation. Ce dernier avec la collaboration du ministre des départements et territoires d'Outre-mer avait mis en place une « commission des collectivités calédoniennes¹⁶⁰³ », ayant pour objectif la codification des coutumes kanakes. Cependant, cette opération ne vit jamais le jour. Ces travaux avaient été jugés comme étant « *parcellaires et d'une valeur juridique contestable*¹⁶⁰⁴ ». L'idée de la codification fut reprise en 1969 puis en 1971. Toutefois cette idée suscita des perplexités au sein du monde judiciaire qui préféra l'institution d'un : « [...] *magistrat spécialement chargé des questions de droit coutumier*¹⁶⁰⁵ » et par conséquent : « [...] *l'intégration de la coutume par voie judiciaire*¹⁶⁰⁶ ». Cette même idée avait été défendue par Bousquet en Algérie durant les années 1950 qui, comme nous l'avons déjà mentionné, était contraire à la codification des coutumes kabyles et envisageait comme solution pour la mise à jour des coutumes kabyles la codification d'une coutume judiciaire obtenue à partir des décisions des tribunaux français. Une telle solution avait été appliquée par les Britanniques dans leurs colonies en Inde et en Afrique du Sud et qui avait été défendue par Sumner Maine ainsi que par l'école coloniale néerlandaise de l'*adaatrecht*.

L'ordonnance n. 82-877 du 15 octobre 1982 avait introduit dans les tribunaux de première instance ainsi que dans les cours d'appel de Nouvelle Calédonie une nouvelle figure institutionnelle, celle des assesseurs coutumiers¹⁶⁰⁷. Comme remarque Renucci, cette figure n'est pas une nouveauté dans le panorama du droit colonial français. En effet les assesseurs autochtones avaient été utilisés en Algérie auprès de

¹⁶⁰² *Ibid.*, p 84.

¹⁶⁰³ *Ibid.*, p. 85.

¹⁶⁰⁴ E. Cornut, « La non-codification de la coutume kanak », in (sous la dir. N. Meyer et C. David), *L'intégration de la coutume dans l'élaboration de la norme environnementale*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 139.

¹⁶⁰⁵ *Ibid.*, p. 139.

¹⁶⁰⁶ *Ibid.*

¹⁶⁰⁷ JORF du 17 octobre 1982, p. 3106

la Cour d'appel d'Alger dès 1892¹⁶⁰⁸. Comme nous l'avons déjà rappelé, elle avait été supprimée en Kabylie par l'article 76 décret du 17 avril 1889.

Les tribunaux calédoniens étaient appelés à appliquer les coutumes kanakes en matière de statut personnel. Ces tribunaux ne disposaient pas de codification des coutumes kanakes auxquelles faire référence au cours des procès et par conséquent ils ignoraient quel droit coutumier appliquer¹⁶⁰⁹. Les coutumes kanakes étaient et demeurent encore essentiellement orales. Par conséquent, tout comme ce fut le cas en Kabylie et en Afrique de l'Ouest durant la période coloniale, en Nouvelle Calédonie le droit français se trouve confronté encore une fois à la question de la mise en écrit des coutumes.

Cornut résume la question dans les termes suivants :

« Certaines questions sont récurrentes, comme celle de la connaissance de la coutume qui, orale, échappe souvent au juge étatique, d'où l'institution des assesseurs coutumiers, plus généralement au juriste qui y est étranger, si ce n'est également au justiciable coutumier lui-même. Bien que tous semblent admettre son utilité, la problématique de la codification de la coutume apparaît insoluble. En réalité, l'oralité, l'évolutivité, l'attachement de la coutume aux faits, au temps, à l'espace, aux symboles et aux endroits coutumiers s'opposent à sa mise sur le papier¹⁶¹⁰. »

La place occupée par la coutume kanake ne cessera pas de croître. En 1975 se tint notamment le Festival des Arts Mélanésiens, « Mélanésie 2000 », qui déclencha un mouvement de revendication identitaire kanak. Suite aux événements des années 1984-1988, en réponse aux revendications autonomistes et indépendantistes kanaks le

¹⁶⁰⁸ F. Renucci. « Les magistrats dans les colonies : un autre apprentissage des normes juridiques ? ». » *Les cahiers de la Justice Dalloz*, 2016, La crise des institutions de l'oubli, 4, pp.689-697. Article consulté le 06.08.2018, à l'adresse suivante : <http://www.dalloz-revues.fr/revues/Les_cahiers_de_la_justice-47.htm>. <halshs-01434590

¹⁶⁰⁹ C. Demmer, *Faire de la coutume kanak un droit. Enjeux, histoire, questionnements*. (Rapport de recherche), Mission de recherche Droit et Justice, 2017, p. 133, Article consulté le 07.08.2017, à l'adresse suivante : <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01480691/document>

¹⁶¹⁰ E. Cornut, « La juridicité de la coutume kanak » in *Expertise psychiatrique et sexualité (1850-1930)* », 60/2010-2, p. 09.

législateur français a reconnu de façon plus marquée les coutumes kanakes. Cette reconnaissance a été présente dans les accords de Matignon de 1988 et de Nouméa de 1998 ainsi que dans la loi organique de 1999. Cette dernière loi a octroyé une forte autonomie politique à la Nouvelle Calédonie. L'article 7 de la loi organique prévoit que : « [...] *les personnes de statut civil coutumier sont régies par leurs coutumes en matière civile* ». L'article 10 prévoit que : « *L'enfant légitime, naturel ou adopté dont le père et la mère ont le statut civil coutumier, a le statut coutumier* ».

B. LA QUESTION DE L'AUTOCHTONIE ET DE LA CODIFICATION DES COUTUMES KANAKES EN NOUVELLE-CALEDONIE

Actuellement le droit français est confronté en Nouvelle Calédonie à un certain nombre de problématiques liées aux questions du statut personnel coutumier et de la codification des coutumes qui présentent un certain nombre d'analogies avec la situation qu'a connue le droit colonial français en Kabylie et en A.O.F.

Ceci étant, sous l'influence du changement de paradigme qu'a connu le droit international onusien quant à la question des peuples autochtones ainsi que celle des événements qui ont traversé l'île au cours des années 1984-1988, la France a adopté une politique en Nouvelle-Calédonie qui se démarquait de la tradition assimilationniste jusque-là adoptée dans les DOM-TOM. Par exemple en 2011, la jurisprudence calédonienne a ouvert une brèche en faveur de l'autochtonie et du privilège identitaire tels que prévus par la Charte des droits des peuples autochtones de 2007 (A). Cette même jurisprudence, en rupture avec la tradition coloniale française, s'est opposée à la codification des coutumes kanakes. C'est ainsi qu'en Nouvelle Calédonie la solution proposée par la doctrine universitaire est la création d'une coutume judiciaire rappelant de très près les idées soutenues par la doctrine universitaire coloniale française d'Algérie. Cette volonté de rupture avec le phénomène de la rédaction et de la codification des coutumes autochtones a influencé

récemment la rédaction de la Charte des valeurs kanakes (B).

1. DE L'ASSIMILATION GRADUELLE AU PRIVILÈGE IDENTITAIRE

Nous assistons en Nouvelle Calédonie, à la consécration du pluralisme juridique et à l'abandon de la notion française du statut personnel en faveur de l'autochtonie. Cela représente une dérogation à la tradition assimilationniste française. Ce changement ne s'explique pas seulement par les événements qui se sont vérifiés en Nouvelle Calédonie à partir des années 1980. Le choix de l'autochtonie est influencé par le droit international onusien. Les deux notions d'autochtonie et de privilège identitaire sont le résultat d'un changement de paradigme qu'a connu le droit international à partir des années 1960 dans la matière de la tutelle des droits des peuples autochtones et de leurs coutumes. Grâce à l'action de l'ONU et de l'« Organisation internationale du travail » (OIT), plusieurs instruments juridiques de tutelle des droits des peuples autochtones virent le jour¹⁶¹¹.

Cependant, jusqu'aux années 1950, le droit international onusien, tout en appuyant le droit à l'autodétermination des peuples colonisés, avait continué à adopter une approche paternaliste et assimilationniste à l'égard des populations autochtones qui vivaient encore en marge des états-nations. Vis-à-vis de ces peuples, le droit international était resté imprégné par une approche de type assimilationniste, ce qui était un héritage de l'expérience coloniale des puissances européennes. Ce fut ainsi que les coutumes autochtones ont été préservées pour une période limitée, étant donné que les autochtones devaient par la suite renoncer à leurs coutumes en vue de leur assimilation juridique au sein des états nations. Par exemple, la Convention 107 de l'année 1957, entrée en vigueur e 1959, ayant pour objet : « *La protection et l'intégration des peuples aborigènes et autres populations tribales ou semi-tribales dans les pays indépendants* », garantissait aux autochtones la possession de leurs territoires jusqu'au moment où ces derniers n'étaient pas assimilés à la société dominante. Otis et Melkevik soulignent que la convention 107 n'avait pas pour objet

¹⁶¹¹ G. Otis, B. Melkevik, *Peuples Autochtones et Normes Internationales. Analyse et textes relatifs au régime de protection identitaire des peuples autochtones*, Québec, Les Editions Yvon Blais, 1996, p.05.

la préservation de l'identité autochtone, mais qu'elle prescrivait un intégrationnisme relatif visant à : « [...] *l'adaptation de la situation culturelle autochtone aux conditions jugées essentielles à la modernisation* ». Cette convention véhicule la conception évolutionniste « selon laquelle l'égalité des droits passe par la disparition progressive des particularismes culturels jugés incompatibles avec la modernité sociale et économique¹⁶¹² ». En 1966 deux pactes fondamentaux avaient été signés : *Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques* et le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*¹⁶¹³. L'article 27 prévoit que : « *Dans les Etats où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion ou d'employer leur propre langue* ».

La convention 107 ainsi que l'ensemble des politiques assimilationnistes des peuples autochtones, firent l'objet de critiques à partir des années 1970. Ces critiques étaient déclenchées par les revendications des Amérindiens d'Amérique du Nord ainsi que par les nouvelles dramatiques en provenance d'Amérique Latine sur les conditions tragiques auxquelles étaient confrontés les Amérindiens. Tous ces éléments ont amené les Nations Unies à se pencher sur la question des peuples autochtones. Ce fut ainsi que furent organisés des travaux sur le terrain visant à faire le point sur la situation juridique des peuples autochtones. En 1977 fut organisée à Genève une conférence « *Sur la discrimination contre les peuples indigènes des pays d'Amérique, organisée dans le cadre de la Décennie des Nations Unies contre le racisme et la discrimination raciale* ». En 1971 une commission présidée par l'ambassadeur de l'Equateur Marinez Cobo ayant pour objet *La lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités* fut mise en place. Les résultats de ces recherches furent publiés en 1987, dans le fameux rapport Cobo.

Le rapporteur spécial de la Sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et la protection des minorités des Nations Unies, Francesco Capotorti a introduit en 1979 une méthode d'interprétation de l'article 27 du *Pacte*

¹⁶¹² *Ibid.*, p. 26.

¹⁶¹³ *Ibid.*, p.09.

international relatif aux droits civils et politiques qui, selon Melkevik, privilégie « les exigences de la situation¹⁶¹⁴ », le « développement culturel adéquat¹⁶¹⁵ » ainsi que la perspective et le privilège d'une minorité de « *préserver sa propre culture*¹⁶¹⁶ ». Melkevik définit cela comme un virage identitaire du droit international. Capotorti forge la notion du « droit de groupe » et promeut l'exigence d'une « *discrimination positive et préférentielle* » sur la base d'une culture minoritaire¹⁶¹⁷ .

A partir des années 1980, grâce à l'ascension des ONG, le droit international onusien œuvra pour la promotion des droits des autochtones à la diversité culturelle et du pluralisme juridique. En 1989 fut adoptée la convention 169 *relative aux peuples indigènes et tribaux*. Cette convention était en rupture avec l'esprit assimilationniste de la convention de 1957. Elle avait pour finalité de préserver les spécificités culturelles des peuples autochtones. Durant les années 1990 et 2000, la défense va encore s'accroître.

En 2005 fut adoptée à Paris la *Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles*. Le 13 septembre 2007 l'Assemblée générale des Nations unies a adopté en 2007 la résolution portant sur la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* qui a été ratifiée par la France en 2010. Cette convention a consacré le principe du pluralisme juridique, notamment dans son article 5 qui prévoit que « *Les peuples autochtones ont le droit de maintenir et de renforcer leurs institutions politiques, juridiques, économiques, sociales et culturelles distinctes* ». L'article 11 prévoit le droit « *d'observer* » et de « *revivifier* » leurs coutumes.

Sermet explique que le texte de la Déclaration de 2007, tout en n'ayant pas une nature contraignante, ne doit pas cependant être classé dans la catégorie du « soft law » ou « *droit mou*¹⁶¹⁸ », pour la raison que : « *La densité normative de la Déclaration*

¹⁶¹⁴ B. Melkevik, « La reconnaissance d'un privilège identitaire : réflexions sur le nouveau droit international », in B. Melkevik, *Philosophie du droit*, Volume 2, Sainte-Foy, Presses de L'Université Laval, 2014, p. 279.

¹⁶¹⁵ *Ibid.*,

¹⁶¹⁶ *Ibid.*.

¹⁶¹⁷ B. Melkevik, *op. cit.*, p. 280.

¹⁶¹⁸ L. Sermet, « *Juridicité, normativité et pluralisme. De quelques enseignements tirés de la*

dépasse bien souvent la proposition principielle pour décrire des règles, des prescriptions, des droits et des obligations ¹⁶¹⁹».

Cet auteur remarque encore que la ratification de cette convention par la France demeure problématique par le fait que selon lui : « *La France a sorti une déclaration qui trouve ses prémisses dans des principes constitutionnels défavorables à toute conception collective des droits de l'homme que symbolisent les droits des peuples autochtones*¹⁶²⁰ ». Sermet explique aussi que : « *Le concept de statut personnel* » prévu par les articles 75 et 77 de la Constitution française « [...] est très éloigné de celui des peuples autochtones. Les tendances qui les animent sont centrifuges. Le premier s'inscrit dans la logique de l'assimilation à la République française, [...], parce que le pouvoir de la IV^e République imaginait que la coexistence entre des sujets de droit commun et de droit local favoriserait le premier par sa clarté, sa rigueur, son axiologie égalitaire. L'autochtonie prend ses prémisses dans des raisons bien différentes ; elles sont le refus de l'assimilation, et donc de l'entreprise coloniale qui présidait à celle-ci. Par rapport au statut personnel, il s'agit d'une étape postérieure qui nie l'assimilation au profit de la singularité¹⁶²¹ [...] ».

La Nouvelle-Calédonie constitue quant au statut des autochtones une exception au modèle de la citoyenneté, tel que conçu par la tradition républicaine française. Le statut juridique des Kanaks, se rapproche de plus en plus de celui de l'autochtonie reconnue par le droit international onusien qu'à celui de statut particulier appliqué par le droit français d'Outre-mer. Le privilège identitaire n'est plus reconnu uniquement aux individus mais aussi au groupe. Cet aspect s'est accentué à partir des années 2010. La Cour d'appel de Nouméa dans les décisions du 22 août 2011, n. 10/00531 et n. 10/00532 a reconnu une personnalité juridique au « clan » kanak. Dans ces deux décisions, la Cour s'appuie sur la définition que Maurice Leendhardt a donnée de la structure clanique kanake dans son ouvrage intitulé *Gens de la Grande Terre*, qui selon cet auteur demeure : « [...] l'unité sociale essentielle, véritable colonne

Déclaration des Nations unies sur des droits des peuples autochtones » in G. Otis, *Méthodologie du pluralisme juridique*, Paris, Editions Kartala, 2012, p. 213.

¹⁶¹⁹ *Ibid.*, p. 214.

¹⁶²⁰ *Ibid.*, p. 203.

¹⁶²¹ *Ibid.*, p. 207.

vertébrale de cette société ». La Cour consacre la notion d'autochtonie et de privilège identitaire en affirmant que : « [...] *refuser au clan la personnalité juridique serait une forme de déni complet de la société autochtone, en déniait à cette structure, seule investie de devoirs et donc de prérogatives, le droit d'agir pour leur défense* ».

La notion d'autochtonie onusienne serait incompatible avec une hypothétique rédaction et codification des coutumes kanakes inspirées par la méthode de l'époque coloniale telles qu'elles avaient été pratiquées par la France en Kabylie et en A.O.F. durant la période coloniale. L'exemple du droit coutumier kabyle nous a montré que la codification des coutumes autochtones a pour effet de dépouiller les populations concernées de tout contrôle sur l'évolution de leurs coutumes.

Comme nous avons vu précédemment, ce projet de codification des coutumes kanakes avait été exclu par les juridictions françaises présentes en Nouvelle Calédonie, cela avant même que l'ouverture du droit français d'Outre-Mer à l'autochtonie. La question de la codification des coutumes kanakes a ressurgi tout de même au moment du débat portant l'élaboration de la norme environnementale en Nouvelle Calédonie. Il est intéressant de remarquer comment le phénomène de la codification des coutumes pratiqué en Kabylie et Afrique noire a poussé une partie de la doctrine universitaire française à écarter toute opération de codification. Ce qui démontre que l'expérience algérienne continue à marquer le droit français d'Outre-Mer par crainte de commettre à nouveau les erreurs perpétrées en Kabylie. Récemment Cornut a refusé l'option de la codification de la norme environnementale en se référant au cas de l'Algérie et de L'A.O.F., en affirmant que : « *La rédaction fut ethnocentriste et finalement peu coutumière. Ainsi le coutumier de l'Afrique Occidentale Française (AOF) de 1937 offre l'image de la table des matières d'un manuel français de droit civil. De même en Algérie où la codification des droits locaux autant que la limitation de la compétence du cadi furent les moyens pour renforcer l'emprise du droit français au détriment du droit local. Le droit mahorais connaît depuis quelques années le même sort, accentué par la départementalisation de Mayotte*¹⁶²² ». Par la suite Cornut ajoute que : « *La rédaction entrainera la*

¹⁶²² E. Cornut, « La non-codification de la coutume kanak », in *op. cit.*, p. 154.

création d'un droit coutumier aux côtés de la coutume. La règle coutumière se fige dès qu'elle est rédigée, alors que la coutume, qui l'a inspirée, continue, elle, son évolution par les pratiques, les faits et le temps, elle reste muable¹⁶²³ ».

Cornut prône comme unique solution la coutume judiciaire qui selon lui : « [...] s'effectue selon « un processus de maturation des principes et des solutions dans lequel le dialogue » entre les juges et le monde coutumier traditionnel, par l'intermédiaire des assesseurs coutumiers, joue un rôle qui lui est refusé par la rédaction des normes. Il y a ici un phénomène d'acculturation juridique réciproque, que ne permettrait pas la coutume rédigée¹⁶²⁴ ».

Encore selon Cornut, les assesseurs coutumiers actuellement en fonction en Nouvelle-Calédonie exercent la fonction qu'avaient les enquêtes par tourbe de l'ancien régime, soit celle d'un groupe (*turba*) diligenté par les juges ayant comme fonction de rapporter les conditions d'application de la coutume. Ce qui donne « [...] à la juridiction étatique sa formation coutumière¹⁶²⁵ ». Une solution qui, comme nous avons vu, avait été proposée dans le cas de la Kabylie par Hacoun-Campredon.

2. LE REFUS DE LA CODIFICATION DES COUTUMES KANAKES

Le Congrès de la Nouvelle Calédonie en août 2012 a émis à l'unanimité le vœu portant sur l'adoption d'une *Déclaration des Nations Unies sur les Droits des Peuples Autochtones*. Ainsi le 20 avril 2013 le Sénat de la Nouvelle Calédonie a adopté une délibération visant à établir le *Socle commun des valeurs kanak et les principes fondamentaux des droits autochtones coutumiers*. Cette unique charte autochtone rédigée presque entièrement par des Kanaks avec la collaboration de juristes kanaks, français et canadiens. Cette Charte présente plusieurs analogies avec la déclaration des Assemblées des premières nations canadiennes et marque un rapprochement au modèle de l'autochtonie onusien et nord-américain. Dans le préambule, nous y trouvons écrit que la finalité de cette charte est de « [...] doter le Peuple Kanak d'un cadre juridique supérieur embrassant une réalité historique, de fait, et garantissant

¹⁶²³ *Ibid.* p. 157.

¹⁶²⁴ *Ibid.*, p. 158.

¹⁶²⁵ *Ibid.*

son unité et l'expression de sa souveraineté inhérente. » ainsi qu'« *A' œuvrer pour l'affirmation d'un pluralisme juridique coopératif et équilibré permettant aux Valeurs et Principes de la présente Charte fondée sur l'humanisme Kanak/océanien de se décliner dans les différents secteurs et domaines de la société, ainsi que dans l'ensemble des institutions du Territoire ou de l'Etat* ». Cela au vu du fait que le peuple kanak est un « *peuple autochtone colonisé* » et que la Nouvelle Calédonie est un « *territoire non autonome inscrit au titre de la résolution 1514 de l'ONU sur la liste des territoires à décoloniser* ».

Une des finalités des rédacteurs était de fixer le point clé des coutumes kanakes sans pour cela les codifier. Cette charte marque une rupture avec la codification des coutumes indigènes de la période coloniale. Contrairement au Statut organique de 1999, la délibération visant à établir le *Socle commun des valeurs kanak et les principes fondamentaux des droits autochtones coutumier*, la coutume kanake n'est pas décrite sous un angle purement juridique.

Les représentants kanaks ont participé à la rédaction de ce document. Ces derniers ont défini leurs coutumes par eux-mêmes. Les documents en question n'appréhendent pas uniquement les coutumes kanakes ayant une portée juridique mais dans un sens plus large en y incluant les aspects folkloriques et anthropologiques de la culture autochtone kanake qui sont à l'origine de ces coutumes. La coutume kanake ne se réduit pas à un usage consacré par le temps. Cornut explique clairement sur ce point que : « *Malgré l'emploi de ce terme, la coutume kanake ne se réduit à la notion de coutume telle qu'admise par le droit étatique. Il ne s'agit pas seulement d'usage ou de comportements de nature ou ayant une valeur juridique et qui seraient sanctionnés. Il s'agit de règles d'organisation sociale, d'origine mythique, d'usage divers, transmises de père en fils au sein d'un clan* ¹⁶²⁶ ».

Dans l'article 36 la consécration du rite et du récit prévoit ainsi que : « *La force de l'oralité dans la Coutume procède de la pratique continue et répétée des discours coutumiers à l'occasion des cérémonies ainsi que des contes, des berceuses, des*

¹⁶²⁶*Ibid.*, 138.

chants « Aé, Aé » et des danses. Elle constitue une composante importante des rituels coutumiers forgeant inlassablement les mentalités et les pratiques de génération en génération ».

Cette Charte marque un passage dans l'histoire du droit français en consacrant non plus un droit coutumier mais plutôt ce que Melkevik a défini comme la conception « légal-coutumière autochtone¹⁶²⁷ » qui est une conception « *narrative de la loi* » qui repose sur : « [...] *la cosmogonie autochtone traditionnelle, sur l'histoire initiale et sur le récit des temps historiques de sa nation*¹⁶²⁸ ».

La Charte reconnaît une grande importance à la notion de patrimoine immatériel défendu par la *Convention de L'UNESCO pour la sauvegarde du Patrimoine culturel immatériel* de 2003. Une convention que la France a ratifiée en 2006. La coutume kanake rentre pleinement dans la catégorie du patrimoine immatériel. Un patrimoine qui doit être préservé dans son caractère oral. C'est ainsi que l'article 37 prévoit que : « *La Parole des vieux est un patrimoine oral et immatériel que détiennent chaque clan et chaque chefferie et qu'ils doivent entretenir et perpétuer. L'oralité de la Coutume est maintenue et préservée* ».

La section 5 du deuxième chapitre de la charte affronte les questions proprement juridiques, c'est-à-dire les rapports que le droit commun doit entretenir avec les coutumes kanakes. L'article 100 prévoit une réserve de juridiction en faveur des tribus pour les conflits en matière de terres coutumières. Les ressources naturelles rentrent de plain-pied dans le patrimoine immatériel des Kanaks. L'article 82 prévoit que « *Les terres et les ressources naturelles (minérales, végétales, animales et les savoirs du patrimoine culturel associés du Pays) constituent le patrimoine matériel et immatériel du Peuple Kanak [...]* ». L'article 83 prévoit que « *La terre fait partie d'abord d'un patrimoine culturel avant d'être un levier économique* ».

¹⁶²⁷ Melkevik a développé ce concept en faisant référence au cas précis des autochtones d'Amérique du Nord. Ces considérations s'appliquent pleinement au cas des Kanak de la Nouvelle-Calédonie. Voir B. Melkevik, « Réflexions sur la philosophie du droit », in B. Melkevik, *Philosophie du droit*, vol 1, Sainte-Foy, Presse de l'Université Laval, 2010. p. 288.

¹⁶²⁸ *Ibid.*, p. 288.

L'article 103 consacre la notion de « coutume jurisprudentielle » qui se concrétise en un « *ordre public coutumier* » qui se manifeste dans une « *justice non cloisonnée* » qui doit être destinée à « *développer en bonne harmonie le principe et la pratique d'un droit jurisprudentiel pour tout ce qui touche à la coutume et à la sphère coutumière* ». L'article 104 accentue le pluralisme juridique en proclamant que « *Dans un souci de bonne administration de la Nouvelle Calédonie, la coexistence et l'articulation des deux systèmes souverains d'administration de la justice, l'un coutumier, l'autre national, doivent être organisées* ».

Cette charte a tout de même attiré les critiques de Salomon et Demer. Ces derniers affirment que le sénat coutumier, selon eux « [...] *porte en réalité la voix d'hommes, cooptés souvent parmi les clans* ¹⁶²⁹ » et soutiennent aussi que « [...] *les tenants de la « coutume judiciaire » ne tiennent pas compte* » des évolutions des coutumes ¹⁶³⁰ ». La population kanake est confrontée à des changements sociaux dus à des raisons économiques, « *le développement de l'industrie du nickel* », et à une sensibilité de genre qui affaiblit le caractère patriarcal des structures familiales kanaks ».

Ces deux auteurs sont aussi critiques à l'égard de la codification des coutumes kanakes. Salomon et Demer citent l'exemple d'un code coutumier en vigueur dans le district de Lifou et adopté en 2009 qui prévoyait des sanctions pour les femmes qui avortaient, renvoyait les femmes qui échappaient à leurs maris ou qualifiées d'adultères en même temps que le bannissement des homosexuels ¹⁶³¹. Ces normes coutumières vont à l'encontre des principes du droit français. Ainsi la consécration de ces coutumes demeure problématique. C'est ainsi que le droit français se trouve à affronter le problème de la réforme des coutumes kanaks. Cette entreprise demeure problématique dans le contexte calédonien, cela lié au fait qu'en matière de droit de la famille, les coutumes ne sont pas considérées comme des sources secondaires. La plupart des coutumes kanakes n'ont pas été rédigées. Le législateur français doit affronter des problématiques qui se rapprochent de celles qu'il a dû affronter en

¹⁶²⁹ C. Demmer, C. Salomon, « Droit coutumier et indépendance Kanak », in *Vacarme*, 2013/n. 64, p. 73.

¹⁶³⁰ *Ibid.*

¹⁶³¹ *Ibid.*

Kabylie et en A.O.F. à partir de la fin du XIXe et durant la première moitié du XXe siècle, soit celles de la réforme des coutumes autochtones. Cela dans un contexte où demeure un conflit entre la notion des droits de l'homme individualiste et abstraite présente dans la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen de 1789, et la notion de l'autochtonie et du privilège identitaire prôné par le droit international onusien. Ce droit, comme nous avons vu, privilégie les droits collectifs et la conservation des spécificités ethnoculturelles au détriment de l'assimilation juridique¹⁶³². Un conflit existe entre une culture juridique libérale fondée sur la notion d'individu et des traditions légal-coutumières au sein desquelles le groupe prime sur les individus.

La notion de groupes ou de nations distincts ou de corps intermédiaires et de privilège identitaire demeure problématique dans le contexte juridique français. La notion de privilège rappelle les pages noires de l'histoire de l'Ancien régime et de la colonisation. La coutume judiciaire reste une solution intermédiaire entre le contrôle étatique du droit et le respect des coutumes kanakes. Les tribunaux coutumiers permettent un dialogue constant entre les juges français et les assesseurs coutumiers. C'est donc une négociation permanente entre le droit français et les coutumes locales. La négociation est, comme l'explique Melkevik, un moyen d'inclusion des autochtones dans la tradition juridique libérale. Melkevik affirme encore que la négociation « [...] *se distingue de la politique étatiste consistant à « essentialiser », à naturaliser, les identités*¹⁶³³ ». Une négociation permet un dialogue entre deux entités qui se posent dans un rapport asymétrique : les autochtones qui demeurent « en bas » et l'État nation qui demeure « en haut ».

La Charte Kanak du 26 avril 2014 constitue un progrès dans le sens de l'inclusion. Ce document est le résultat d'un dialogue entre le Sénat coutumier et les institutions de l'Etat de la Nouvelle-Calédonie. Loin d'être une norme de clôture qui fige les coutumes kanakes, au contraire, cette Charte met en place un mécanisme d'ouverture et de dialogue entre les institutions kanakes et les institutions étatiques. Un dialogue

¹⁶³² *Ibid.*, p. 291.

¹⁶³³ B. Melkevik, « Tolérance et modernité juridique », in B. Melkevik, *Philosophie du droit*, vol 2, Sainte-Foy, Presse de l'Université Laval, 2014.

qui doit se faire en forçant le droit français à abandonner en matière de droit autochtone le paradigme de la rationalité et donc de la rationalisation des coutumes locales en faveur de la logique de la raisonabilité, une logique qui a été réintroduite dans la pensée juridique par Recaséns-Siches¹⁶³⁴, Perelman¹⁶³⁵ et Aarnio¹⁶³⁶. Une rationalité qui comme l'explique Perelman se rattache : « *aux réactions du milieu social et à leur évolution* ». Le raisonnable ce dernier : « *diffère du rationnel. Alors que le rationnel se réfère [...] à des vérités éternelles et immuables, à un droit ou à une morale universellement valable, à des preuves contraignantes, à l'esprit de système, à l'usage des meilleurs moyens en vue d'une fin donnée, le raisonnable est une notion plus floue, au contenu conditionné par l'histoire, les traditions, la culture d'une communauté*¹⁶³⁷ ».

Le raisonnable permet de mieux appréhender le droit coutumier. Perelman affirme sur ce point que : « *L'idée d'un système de droit, analogue à un système de logique ou de mathématique, est tellement opposée à celle d'un droit coutumier ou d'un droit émanant d'une autorité souveraine, qu'elle ne peut se concevoir que comme une idée tardive, présupposant un long travail préalable*¹⁶³⁸ » et souligne que dans les sociétés dites primitives : « *[...] il est bien difficile de distinguer le droit de la morale et de la religion*¹⁶³⁹ ». Un tel système n'ayant pas atteint le stade de droit systémique ou codifié ne peut se développer qu'à travers le conflit et la médiation des juges. Perelman remarque encore que : « *Dans cette première étape ce qui caractérise le droit, c'est l'existence d'une autorité judiciaire palliant les insuffisances des règles coutumières et tachant d'imposer une solution acceptable aux conflits qui risquent de dégénérer*¹⁶⁴⁰ [...] *Dans cette conception d'un droit, qui naît et se développe*

¹⁶³⁴ L. Recaséns-Siches, « La Logique du matériel du raisonnement juridique », in *Le Raisonnement juridique. Legal Reasoning, Die juristische Argumentation*, Hubert Hubien, Bruxelles, 1971.

¹⁶³⁵ Ch. Perelman, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit. Au-delà du positivisme juridique*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1984.

¹⁶³⁶ A. Aarnio, *Le rationnel comme raisonnable. La justification en droit*, (trad. G. Warland), Bruxelles, Kluwer, 1992.

¹⁶³⁷ Ch. Perelman, *op. cit.*, p. 169.

¹⁶³⁸ *Ibid.*, p. 68.

¹⁶³⁹ *Ibid.*

¹⁶⁴⁰ *Ibid.*.

*graduellement, à l'occasion de conflits qui surviennent spontanément*¹⁶⁴¹ ». Les tribunaux sont les lieux d'apaisement des conflits qui existent entre les droits autochtones et le droit étatique et de négociation entre ces deux éléments. Cela nous a été démontré par le rôle que les tribunaux ont eu dans l'accompagnement de l'évolution des coutumes kabyles tout au cours de l'histoire de la colonisation française en Algérie et plus récemment par l'action des juges français en Nouvelle Calédonie. Le rôle du juge est donc essentielle, pour cette raison que comme le souligne Perelman : « [...] *le juge recherche une solution acceptable pour les plaideurs, ses supérieurs et l'opinion publique éclairée, il doit connaître les valeurs dominantes dans la société, ses traditions, son histoire, la méthodologie juridique, les théories qui y sont reconnues, les conséquences sociales et économiques de telle ou telle prise de position, les mérites respectifs de la sécurité juridique et de l'équité dans la situation donnée*¹⁶⁴²[...]».

Toutes ces considérations s'appliquent pleinement à l'activité que les juges français ont menée en Algérie durant la période coloniale. Ces derniers étaient des observateurs privilégiés de l'évolution des mœurs et coutumes de la population autochtone algérienne. Charnay, en référence à l'activité menée par les juges français en Algérie, affirme que l'activité de ces derniers était le fruit de : « [...] *la nécessité de choisir — ou de concilier — entre les normes locales et les normes françaises ; donc d'apprécier les valeurs sous-tendantes des normes, et leur degré d'adhérence aux réalités sociologiques ambiantes* [...]»¹⁶⁴³ ». Comme nous l'avons déjà rappelé, dans le cas de la Kabylie les juges tels que Ricci ont été les meilleurs interprètes de l'évolution des coutumes kabyles.

¹⁶⁴¹ *Ibid.*.

¹⁶⁴² *Ibid.*, p. 84.

¹⁶⁴³ J-P. Charnay, « Le rôle du juge français dans l'élaboration du droit musulman algérien », in *Revue Internationale de droit comparé*, Vol. 15, n. 4, Octobre-décembre 1963, p. 706

CONCLUSION DU CHAPITRE CONCLUSIF

Le droit colonial français d'Algérie a exercé une certaine influence sur le droit algérien post-colonial ainsi que le droit français d'Outre-Mer.

Dans le premier cas, cette influence s'explique par le fait que le législateur algérien durant les premières années de l'indépendance ne fit pas le choix de faire table rase de la législation coloniale. Ce dernier opta pour le maintien en place de la précédente législation coloniale en se réservant le droit d'abroger les lois coloniales ayant un caractère discriminatoire. Le législateur algérien tout au long des années 1962-1975 conserva la précédente législation coloniale avec un bénéfice d'inventaire. Par le biais de la loi numéro 62-157 du 31 décembre 1962 le législateur algérien fit le choix de maintenir jusqu'à nouvel ordre les lois françaises en se réservant le droit d'abroger les lois ayant un caractère discriminatoire ou portant atteinte à l'ordre publique.

Ce fut ainsi que pour combler un vide législatif en matière de droit de la famille que le législateur fit le choix de maintenir en vigueur la loi française de 1957-59 et de s'inspirer du droit musulman algérien de l'époque coloniale, soit l'avant-projet du Code Morand. Cette loi fut en partie modifiée par la loi *Khémisti-Stefanici* et fut appliquée à l'ensemble de la population algérienne y compris les Kabyles et les Mozabites. Ce fut ainsi que seulement au moment de l'indépendance de l'Algérie que les femmes, ainsi que les mineurs et les malades mentaux kabyles purent jouir des droits qui étaient accordés jusque-là au reste de la population algérienne par les décrets de 1957-1959, maintenus en vigueur par le législateur algérien, cela notamment par le biais de la loi du 31 décembre 1962. Ces deux décrets avaient été conservés car ils comblaient un vide législatif en matière de droit de la famille (mariage, divorce et filiation) au sein du nouveau droit algérien. Dans ces dernières matières, le législateur fit le choix d'appliquer les décrets de 1957 et de 1959. Ces lois

furent étendues à l'ensemble de la population algérienne, y compris aux Kabyles qui en avaient été exclus par le droit colonial.

Ceci dit, la jurisprudence de la Cour Suprême algérienne avait implicitement abrogé le décret du 19 mai 1931, pour la raison que cette disposition ne s'appliquait qu'aux femmes kabyles. Ce qui est engendrait un particularisme juridique qui désormais était incompatible avec la notion de citoyenneté algérienne introduite par le Code de la nationalité algérienne de 1963. Comme nous avons vu, cette abrogation a rencontré l'opposition de la Cour d'appel de Tizi-Ouzou qui, pour sa part, utilisa une loi française qui avait réformé les coutumes kabyles afin de conserver les coutumes kabyles en matière successorale.

L'abrogation du décret du 19 mai 1931 n'a pas entraîné celle des coutumes kabyles tout-court mais plutôt celles des coutumes kabyles réformées par le décret en question. Les coutumes kabyles ont continué à être présentes au sein de la société kabyle actuelle dans la forme qui leur est propre, celle de l'oralité. Ces coutumes sont devenues des coutumes parmi d'autres et sont appliquées sur base territoriale et non plus sur une base ethnique. C'est ainsi qu'en abrogeant le décret du 19 mai 1931 le législateur algérien a écarté du nouveau droit algérien un héritage de l'époque colonial représenté par le décret en question. Le législateur algérien a écarté un décret qui a réformé les coutumes kabyles codifiée par Hanoteau et Letourneux et non pas les coutumes kabyles tout court. Le droit colonial fut ainsi maintenu en vigueur en Algérie jusqu'à l'adoption de l'ordonnance du 5 juillet 1973 qui abrogea la loi du 31 décembre 1962

Nous avons pu observer aussi que dans les territoires d'Outre-Mer de Mayotte (jusqu'en 2010) ainsi qu'en Nouvelle Calédonie, le législateur français a été lui aussi confronté à des problématiques juridiques qui rappellent de très près celles auxquelles le droit colonial français a été confronté en Algérie.

À Mayotte, tout comme en Algérie, le droit français a été confronté à la problématique de la citoyenneté française dans le statut particulier ainsi que celle de la codification des coutumes. En plus, toujours dans le cas de Mayotte, nous avons vu

comment la délibération 64-12 bis du 3 juin 1964 qui organisait la justice musulmane présentait plusieurs analogies avec le décret algérien du 29 août 1874 et que la codification du droit musulman chaféite mahorais (*Minhaj at –talibin*) présente des ressemblances sur le plan méthodologique avec la manière dont Morand avait codifié le droit musulman algérien. Contrairement à ce qui fut fait en Algérie et en A.O.F., les coutumes mahoraises qui se développaient en dehors et à l'encontre du droit musulman ne firent pas l'objet de codification. Ces coutumes ont été laissées dans l'oralité. Nous avons vu que l'administration française en Nouvelle Calédonie tout comme à Mayotte a refusé de codifier les coutumes des Kanaks.

En Nouvelle-Calédonie, suite à la crise indépendantiste des années 1984-1988, le législateur français fit le choix à travers le traité de Matignon et de Nouméa de reconnaître officiellement les coutumes kanakes. Cette reconnaissance a été influencée par les principes dictés par le droit onusien en matière des droits des peuples autochtones dès les années 1970, un droit en rupture avec l'idée coloniale de l'assimilation forcée des peuples autochtones à la culture dominante et qui va plutôt dans le sens de la valorisation de tous les aspects de la culture des peuples autochtones, qui considère aussi les coutumes de ces derniers qui désormais sont considérés comme faisant partie du patrimoine immatériel de ces peuples. Ce nouveau paradigme a influencé récemment le choix de l'administration française consistant à ne pas codifier les coutumes des Kanaks, mais plutôt à laisser à ces derniers la faculté de définir par eux même les fondements de leurs coutumes. Ce qui a été le cas de la délibération du Sénat de la Nouvelle Calédonie datant du 20 avril 2013 visant à établir : *Le Socle commun des valeurs kanak et les principes fondamentaux des droits autochtones coutumiers*.

Le cas de Mayotte et de la Nouvelle Calédonie démontre une claire volonté de rupture de la part du droit français d'Outre-Mer avec le phénomène de la codification des coutumes datant de la période coloniale.

CONCLUSION

L'histoire du droit coutumier pendant la colonisation française a été l'histoire d'un malentendu et d'une promesse qui n'a pas été maintenue. En Kabylie, la France s'était engagée à conserver des coutumes que les militaires français ne connaissaient pas et avait promis aux Kabyles que les uniques changements qui auraient été apportés aux coutumes kabyles visaient à moderniser celles-ci par le seul biais du droit français et non par celui du droit musulman malékite. Cependant le résultat fut que les populations kabyles avaient été dépouillées de tout contrôle sur leurs coutumes en n'obtenant en échange qu'une version dénaturée de ces dernières.

Cependant il est indéniable que les coutumes kabyles ont occupé une place spéciale au sein de l'histoire du droit colonial français en Algérie. Ces coutumes ont été les uniques coutumes algériennes à avoir fait l'objet d'une codification, d'une reconnaissance officielle et d'une réforme de la part du législateur français. Elles ont été également les premières coutumes à faire l'objet d'une codification moderne au cours de l'histoire du droit colonial du Second Empire colonial français.

Dans le cas spécifique de l'Algérie, les problématiques liées aux conflits entre le droit français et les coutumes autochtones ont été avant tout une question kabyle. Avant la conquête de la Grande Kabylie, les juristes et les administrateurs français s'étaient intéressés uniquement au droit musulman. Ces derniers considéraient uniquement des sources juridiques écrites, telles que les traités du droit musulman malékite comme le *Muktashar*. Ces administrateurs s'étaient désintéressés des coutumes orales des populations algériennes, ce qui s'explique en partie par le fait que la Capitulation de Bourmont en 1830 contenait une clause qui engageait la France à respecter la

religion musulmane et, par conséquent, à respecter le droit musulman. Cet engagement n'incluait pas les populations de la Grande Kabylie, qui à l'époque étaient indépendantes et le restèrent jusqu'en 1857.

En Kabylie les militaires français s'étaient engagés par le biais de la Proclamation de Randon de 1857 à respecter les coutumes kabyles, non le droit musulman. Pour ce faire, ils durent affronter pour la première fois des problématiques liées à la dichotomie qui existait entre des coutumes locales et le droit musulman malékite. Ceci étant, Randon s'était engagé à respecter des coutumes que les militaires français connaissaient très peu. Les seules informations à leur disposition étaient celles disponibles dans les travaux rédigés par les membres de la Commission scientifique qui avaient sillonné le territoire de la Grande Kabylie durant les années 1840-1853. Ces travaux avaient offert une image plutôt positive des coutumes kabyles. Celles-ci étaient présentées comme facilement assimilables au droit français ou, du moins, comme étant plus facilement assimilables que le droit musulman malékite pratiqué dans le reste de l'Algérie. Sous l'influence du « Mythe Kabyle », des militaires français tels que Daumas et Randon avaient véhiculé dans leurs écrits l'idée selon laquelle les populations kabyles, bien que musulmanes, étaient moins islamisées que le reste de la population autochtone algérienne et, par conséquent, elles étaient régies par des coutumes antéislamiques et non par le droit musulman malékite. Comme nous avons vu, cette vision était plutôt simpliste et ne tenait pas compte du fait que les coutumes kabyles n'étaient pas totalement hermétiques au droit musulman malékite.

Cependant les militaires-ethnologues qui participèrent à l'expédition de la Commission scientifique avaient bien saisi le fait que les tribus de Grande Kabylie avaient joui au cours des siècles d'une forte autonomie politique à l'égard de la Régence d'Alger. Ces mêmes militaires avaient aussi compris que l'autonomie politique des Kabyles avait été en grande partie possible grâce au système politique d'autogouvernance qui avait perduré durant des siècles en Grande Kabylie. Cette forme de gouvernance s'appuyait sur deux institutions : l'*arch* et les *djemââs*. Comme nous avons pu le voir, le premier était un système d'alliances tribales plutôt complexe, les secondes étaient des assemblées villageoises qui édictaient des statuts

coutumiers (*qanouns*) et rendaient justice en appliquant les coutumes locales. Les statuts villageois édictés par les *djemââs* allaient souvent à l'encontre des prescriptions coraniques, comme ce fut le cas pour le *qanoun Saharidj* de 1748 qui ne reconnaissait aux femmes aucun droit successoral.

Les institutions de l'*arch* et de la *djemââ*, bien que présentes aussi dans l'ensemble du territoire de l'Algérie et plus généralement de l'Afrique du nord, avaient acquis en Grande Kabylie un pouvoir considérable, qui dépassait de très loin en termes d'importance celui dont jouissaient leurs homologues présents dans le reste du Maghreb. Ce fut pour ces raisons qu'au moment de la conquête de la Grande Kabylie, les Bureaux Arabes renoncèrent à appliquer à ce territoire le régime du caïdat et optèrent pour une forme de gouvernance indirecte qui s'appuyait sur les *djemââs* kabyles. Les responsables des cercles militaires firent le choix de conserver et de maintenir un contrôle sur les *djemââs*, qui furent classées en *djemââs* administratives et *djemââs* judiciaires.

L'article 59 du décret du 31 décembre 1959 avait consacré les coutumes kabyles dans leur forme authentique. Cet article s'était limité à prévoir que la juridiction musulmane n'avait pas droit de cité en Kabylie et que ce territoire devait être régi uniquement par ses coutumes. En éloignant les juges musulmans des Cercles qu'ils administraient en Grande Kabylie, les militaires visaient à affaiblir le poids du droit musulman et à renforcer celui des coutumes kabyles, cela en imposant que les différends entre Kabyles devaient être tranchés uniquement par des *djemââs* judiciaires, qui appliquaient exclusivement les coutumes kabyles.

Les responsables des Cercles militaires n'intervenaient que très rarement dans les jugements entre Kabyles et ils y appliquaient encore plus rarement le droit français. Seules les questions de droit criminel étaient jugées directement par les militaires français, d'où la nécessité pour ces militaires de mieux cerner les coutumes kabyles surtout en matière de droit privé. Les phénomènes de rédaction et de codification des coutumes kabyles ont vu le jour pour répondre à une exigence pratique de mieux cerner les coutumes kabyles afin d'éviter de faire recours au droit musulman et au droit commun. La rédaction et la codification des coutumes kabyles ont été une

conséquence de la politique coutumière menée par les Bureaux Arabes en Grande Kabylie durant les années 1857-1871. Mahé compare ainsi l'ouvrage d'Hanoteau et Letourneux aux franchises particulières et aux « [...] *dérogations au droit commun dont jouissaient les villes françaises durant l'Ancien régime*¹⁶⁴⁴ ».

Les raisons qui ont poussé les militaires-ethnologues français à s'intéresser aux coutumes kabyles étaient multiples et complexes. Avant la fin de la conquête du territoire de la Grande Kabylie, l'intérêt pour les coutumes kabyles s'expliquait par des fins de propagande. Les ouvrages de Domas, Fabar et Carette voulaient donner une image positive des coutumes kabyles afin de convaincre Napoléon III de la nécessité de conquérir le territoire de la Grande Kabylie.

Durant la période qui avait suivi la capitulation des tribus kabyles en 1857, les militaires qui étaient appelés à administrer les Cercles de Grande Kabylie avaient saisi pleinement l'importance qu'avaient revêtu ces coutumes au sein de la société kabyle et compris la nécessité de composer avec ces coutumes afin de pouvoir maintenir et pérenniser leur pouvoir en Grande Kabylie. Pour cela, les militaires français firent le choix de rédiger et de codifier les coutumes kabyles pour pouvoir mieux les maîtriser. La codification des coutumes kabyles avait aussi pour but de répondre à un besoin d'informations sur ces coutumes en matière de droit privé. Avant de se lancer dans la codification des coutumes kabyles orales, les militaires avaient d'abord focalisé leur attention sur les sources écrites et mené une collecte des *qanouns* kabyles. Ces statuts villageois s'étaient révélés des sources décevantes. Ces statuts étaient de simples listes d'interdits et contenaient très peu d'informations en matière de droit privé. Ce manque d'information s'est révélé problématique au vu du fait que les militaires étaient sollicités à juger en appel dans des questions de divorce et de successions. Ces militaires firent le choix de donner des questionnaires aux notables kabyles afin d'obtenir des informations dans des matières de droit privé. Cependant les résultats avaient été encore une fois aussi décevants. Ce fut ainsi qu'un commandant de Cercle, Aristide Hanotaux, prit l'initiative de mener une enquête sur

¹⁶⁴⁴ A. Mahé, « Entre mœurs et le droit : les coutumes. Remarques introductives à La Kabylie et les coutumes kabyles », in *op.cit.*, p. XII.

le terrain afin de combler les lacunes des *qanouns* kabyles. Les résultats de cette enquête prirent la forme d'un ouvrage qu'Hanotaux avait rédigé avec l'aide d'un magistrat, Letourneur, intitulé *La Kabylie et les coutumes kabyles* et qui fut une véritable codification des coutumes kabyles en trois volumes. Cette codification non officielle des coutumes kabyles visait aussi à rapprocher ces coutumes au droit français, ce qui la rendait un redoutable moyen d'acculturation juridique. Codifier et rédiger une coutume orale signifie modifier celle-ci en la figeant dans l'écrit et en la classant selon des catégories juridiques qui lui étaient culturellement étrangères. Les coutumes kabyles ont été classées dans des catégories appartenant au droit privé, public et criminel français. Le but était clairement de rendre les coutumes kabyles facilement intelligibles aux juristes français et directement applicables par les tribunaux coloniaux. La codification des coutumes kabyles a eu pourtant pour conséquence de les figer dans le temps et d'en empêcher la désuétude.

La codification des coutumes kabyles a été le pendant de la Politique Kabyle que les Bureaux Arabes avaient instaurée en Grande-Kabylie. *La Kabylie et les coutumes kabyles* marque un tournant dans l'histoire du droit colonial français. Cet ouvrage a changé la manière dont les coutumes autochtones avaient été jusque-là appréhendées par la législation coloniale. Ce travail est le résultat d'une longue recherche menée sur le terrain. Les coutumes kabyles collectées furent classées et ordonnées selon les catégories propres au droit français. Le travail d'Hanotaux et Letourneur affronte la question des coutumes kabyles sous une perspective qui est avant tout juridique, très peu de place est laissée à l'anthropologie et au folklore. L'ouvrage en question s'inspire des coutumiers datant de l'Ancien régime. Ce fut aussi devant l'impossibilité d'appliquer le Code civil et les traités de droit musulman que le commandant Hanotaux décida de codifier les coutumes kabyles.

Les phénomènes de la rédaction et de la réforme des coutumes kabyles présentent aussi plusieurs analogies avec la politique coutumière que la France avait menée en Afrique occidentale française (A.O.F). Nous avons prouvé qu'il existe un lien entre l'ouvrage d'Hanotaux et Letourneur et la rédaction et la codification des coutumes autochtones de l'Afrique de l'Ouest. Nous avons vu que la politique des Bureaux

Arabes avait influencé l'administration que Faidherbe et Rome avaient appliquée dans un premier temps au Sénégal et par la suite à l'ensemble des colonies de l'A.O. F et de l'A.E.F. Une politique qui voulait maintenir dans les limites du possible les chefferies et les coutumes locales. Ce fut ainsi que, comme en Kabylie, les coutumes du Sénégal, et généralement de l'ensemble des populations autochtones de l'A.O. F., firent l'objet d'une rédaction et d'une codification. Ces deux opérations présentaient plusieurs points communs avec la Kabylie. Comme nous avons pu le voir, Faidherbe ainsi qu'Hermann Post qui étaient les deux initiateurs de l'opération de rédaction et codification des coutumes d'Afrique noire, connaissaient très bien l'ouvrage d'Hanotaux et Letourneur. Tout comme ce fut le cas en Kabylie, les coutumes africaines de l'A.O.F. avaient été étudiées pour des finalités pratiques. La mise en écrit des coutumes était destinée à rendre ces coutumes intelligibles aux juges français. Cependant et contrairement à ce qui se passa en Kabylie, en A. O. F. les assesseurs coutumiers ne furent jamais supprimés. Ce fut ainsi que les coutumiers de l'A.O.F. datant de 1939 n'ont jamais remplacé les coutumes africaines. Les juges français préféraient consulter les assesseurs coutumiers plutôt qu'appliquer à la lettre les coutumiers de l'A.O.F. Contrairement aux populations de Grande Kabylie, les populations autochtones d'Afrique noire n'ont pas été totalement spoliées de leurs coutumes. Le régime civil avait remplacé les *djemâs* kabyles par des juges de paix français. Ces derniers étaient appelés à appliquer les coutumes kabyles dans les matières prévues par l'article 3 et 4 du décret du 29 août 1874 qui avait consacré les coutumes kabyles en matière de statut personnel et de droit réel sur les terrains non francisés. Contrairement au décret du 31 décembre 1859, celui de 1874 ne consacrait pas les coutumes kabyles dans leur forme authentique mais plutôt telles qu'elles avaient été codifiées par Hanotaux et Letourneur. À cela s'ajoute le fait que l'article 76 du décret du 17 avril 1889 avait supprimé les assesseurs coutumiers. Ce fut ainsi que les juges français étaient devenus les seuls interprètes des coutumes kabyles. Ces derniers appliquaient à la lettre l'ouvrage d'Hanotaux et Letourneur qui fut reconnu comme étant un véritable « Code kabyle », mais qui avait figé les coutumes kabyles dans leur état des années 1860. Les *djemâs* judiciaires ne pouvaient plus se faire interprètes de l'évolution des coutumes. Par conséquent au début du XXe siècle, les

juges français continuaient à appliquer des coutumes kabyles qui étaient devenues pourtant désuètes.

Le régime civil a été le régime de la réforme des coutumes kabyles. Tout comme ce fut le cas pour la codification, la réforme des coutumes kabyles naquit d'exigences pratiques. Dans un premier temps le régime civil avait réformé les coutumes kabyles qui faisaient obstacle à l'implantation et la circulation de la propriété foncière et individuelle en Algérie. Par la suite, la réforme avait eu pour but d'accompagner l'évolution des coutumes kabyles précédemment codifiées au moment où celles-ci étaient devenues désuètes ou se révélaient être contraires à l'ordre public.

Ce fut pour ces raisons que la loi Warner abrogea la coutume de la *cheva* telle qu'elle était pratiquée en Grande Kabylie. Cette même loi, comme nous avons vu, modifia en même temps le modèle familial autochtone algérien en imposant à l'ensemble de la population algérienne un patronyme. En 1883, furent mis en place des registres civils qui avaient permis aux Kabyles de connaître précisément leur âge et, par la suite, de réformer les coutumes kabyles en matière de majorité et de statut des mineurs kabyles par le biais du décret du 1^{er} août 1902. Ce décret avait reconnu aux femmes kabyles le droit à la majorité, un droit qui leur était nié par leurs coutumes qui considéraient les femmes comme des mineures à vie.

La jurisprudence des juges de paix et de la Chambre de révision musulmane de la Cour d'appel d'Alger a joué un rôle très important dans la réforme des coutumes kabyles. Les juges de paix français avaient sollicité le législateur à réformer les coutumes kabyles en matière de divorce et de succession des femmes kabyles. En effet les coutumes kabyles qui autorisaient le mariage des filles impubères et celles qui niaient aux femmes kabyles tout droit de divorce et tout droit successoral étaient devenues désuètes au début du XX^e siècle. Aucune mise à jour n'avait été faite sur l'état des lieux des coutumes kabyles dans les matières citées ci-dessus, des coutumes qui, entre-temps, avaient évolué. Il devenait nécessaire de réformer les coutumes kabyles en matière de statut féminin, une évolution liée en grande partie aux

changements sociaux apportés par la colonisation. Ces changements étaient encore plus marqués en matière de droit de divorce et des droits successoraux des femmes kabyles qui leur étaient niés par le *qanoun* de 1748, souscrit par un certain nombre de tribus kabyles. Le décret de 1902 avait ouvert une brèche dans le processus d'amélioration du statut juridique des femmes kabyles en les rendant sujets juridiques ayant le droit à la majorité et ayant la capacité de gérer les patrimoines de leurs enfants, ce qui leur était impossible par les coutumes kabyles qui, comme dit plus haut, les considéraient comme des mineures à vie.

Au début du XXe siècle, le législateur français avait été sollicité pour réformer le statut juridique des femmes kabyles en interdisant le mariage des filles impubères, en réprimant la coutume du lévirat kabyle ainsi qu'en octroyant le droit au divorce et des droits successoraux à ces femmes. Ce dernier intervint sur la question en 1930-1931, une intervention qui avait été sollicitée d'abord par la jurisprudence des juges de paix et ensuite par celle de la Chambre de révision musulmane. Nous avons pu voir que cette intervention avait été requise par le délégué kabyle Roumane. Les coutumes kabyles en matière de statut féminin avaient été d'abord réformées par les décisions de justices des juges de paix et par celles de la Chambre musulmane de la Cour d'appel d'Alger. Au début du XXe siècle, les juges de paix ne se limitaient plus à être des simples exégètes du Code Kabyle. Ces derniers en tant que juges de première instance étaient en contact direct avec les justiciables kabyles, ce qui leur permettait d'avoir une connaissance directe des changements sociétaux qui traversaient la société kabyle au début du XXe siècle. Ce furent des juges tels que Ricci et Sabatier qui se rendirent compte de la nécessité d'une mise à jour des coutumes kabyles. Dans un premier temps, les juges de paix permirent aux femmes kabyles victimes de violences conjugales de quitter définitivement le domicile conjugal. Par contre la décision du 26 avril 1922 du Tribunal de Tizi-Ouzou octroya le droit au divorce aux femmes kabyles, malgré que ce droit leur ait été nié par leurs coutumes. Le juge décida d'office la résiliation du mariage en consacrant la primauté du droit commun sur les coutumes kabyles au vu du fait que les coutumes kabyles avaient évolué. Cette décision de justice avait révolutionné l'approche que les juges français avaient adoptée jusque-là à l'égard des coutumes kabyles. La coutume kabyle était reconnue

dans sa capacité d'évoluer. Une vision de la coutume qui se rapproche de celle défendue par le juriste François Géný au début du XXe siècle. Cette décision de justice du 26 avril 1922 a eu une forte influence sur la jurisprudence en matière des droits successoraux.

La reconnaissance des droits successoraux aux femmes kabyles a été une question fortement ressentie par différents acteurs de la société kabyle ainsi que par les juges de paix français tels que Ricci et Sabatier. L'abrogation du *qanoun* de 1748 a été la réforme des coutumes kabyles la plus sollicitée par les Kabyles et les juristes coloniaux, car malgré le fait que les coutumes en question qui niaient les droits successoraux aux femmes kabyles n'étaient pas appliquées dans l'ensemble des tribus kabyles, les juges de paix français avaient tout de même élargi l'application de ce *qanoun* à l'ensemble de la Grande Kabylie. Ce fut ainsi que l'exhérédation des femmes avait été imposée à des tribus qui ne la pratiquaient pas auparavant. Devant l'impossibilité de pouvoir laisser des parts d'héritage à leur épouse ainsi qu'à leurs filles, de nombreux hommes kabyles avaient au début du XXe siècle détourné l'interdit en instituant des fondations pieuses - *habous* fraudant en faveur de leurs héritières femmes. Les juges de paix se trouvèrent alors devant un nombre important de donations *intra vivos* faites par des hommes kabyles pour détourner l'interdit du *qanoun Saharidj*. Ces donations ont été validées par les décisions des juges de paix et par les décisions de la Cour d'Alger datant du 13 janvier 1891, du 31 mars 1908 et du 18 novembre 1922 qui avaient reconnu des droits successoraux aux femmes kabyles¹⁶⁴⁵. Ainsi la jurisprudence a validé un subterfuge que les Kabyles avaient utilisé pour contourner l'interdit imposé par le *qanoun Saharidj*. Les juges de paix français comprirent que la coutume avait changé et que le *qanoun Saharidj* n'était pas détourné uniquement par les tribus qui ne l'avaient jamais appliqué mais aussi par les tribus qui avaient souscrit le *qanoun* en question. En un mot la coutume avait bel et bien évolué. Comme nous avons vu, la jurisprudence qui réforma les coutumes kabyles en matière successorale avait été influencée par celle qui très peu de temps auparavant avait octroyé aux femmes kabyles un droit au divorce. La décision du

¹⁶⁴⁵ *Revue algérienne et Tunisienne de législation et de jurisprudence*, 1891 (T 7), p. 178 et suivantes. *Revue algérienne et tunisienne de législation et de jurisprudence*, 1909, (T.25), p. 247.

Tribunal de Tizi-Ouzou qui datait du 26 avril 1922 avait influencé celle de la Chambre de révision de la Cour d'appel d'Alger du 18 novembre 1922, par laquelle la Cour avait accordé aux femmes kabyles des droits successoraux. Ces deux décisions avaient été motivées par un constat sociologique, à savoir que les coutumes kabyles avaient changé et que la jurisprudence devait accompagner ce changement.

L'abrogation du *qanoun Saharidj*, comme nous l'avons rappelé plusieurs fois, avait été sollicitée par les tribunaux français et par les interventions des élus kabyles qui siégeaient au sein des Délégations financières. La solution qui fut proposée par les délégués kabyles ainsi que par des juristes tels que Sabatier et Ricci et par le sociologue Maunier, consistait en un simple remplacement des coutumes qui disciplinaient la matière du divorce et des successions des femmes par les articles du Code civil. Cependant le législateur fit un choix différent, un choix plus prudent, mais néanmoins décevant. Ce dernier se limita à réformer les coutumes kabyles en les remplaçant par des prescriptions du droit musulman malékite. Un droit musulman qui entre-temps fit l'objet d'une tentative de codification, connue sous le nom de l'avant-projet Morand. Les décrets du 02 mai 1931 et du 19 mai 1931 qui ont réformé les coutumes kabyles en matière de fiançailles, divorce et de successions furent ainsi adoptés. La réforme des coutumes kabyles n'a été possible qu'à travers l'intervention du législateur. Le légicentrisme propre à la culture juridique française ne concevait pas une réforme des coutumes autochtones autrement que par une codification ou l'intervention du législateur. Ce qui ne permit pas le développement d'une coutume jurisprudentielle à l'anglaise tant voulue par Haroun-Campredon et Henri Bousquet. Les coutumes codifiées et par conséquent figées dans l'écrit perdaient leur capacité de se réformer par elles-mêmes.

La codification des coutumes kabyles a été menée plus facilement que celle du droit musulman. Cela s'explique par le fait que les coutumes kabyles puisaient leur légitimité dans un consensus social tandis que le droit musulman puise ses racines en grande partie dans un texte sacré, le Coran. Ce qui explique la raison pour laquelle le législateur colonial avait eu une attitude différente à l'égard du droit musulman malékite et évité de réformer des instituts de droit musulman tels que la tutelle des

mineurs, le mariage et les successions, des instituts qui trouvent leurs sources au sein des prescriptions coraniques. Ce fut ainsi qu'en matière de droit musulman, le législateur ne fit jamais le choix d'exclure les juristes musulmans. En effet la réforme du droit musulman algérien a été en grande partie menée durant une période critique, celle de la guerre d'Algérie, par une administration coloniale qui cherchait à se légitimer auprès des Musulmans d'Algérie. C'est ainsi que le législateur chercha à appliquer aux Musulmans d'Algérie une législation qui en matière du statut personnel se rapprochait le plus possible de celle qui fut adoptée dans les pays musulmans indépendants tels que la Turquie, l'Égypte et la Tunisie, pays qui, soulignons-le, avaient choisi de moderniser le droit musulman en s'inspirant du Code civil français. Dans ce sillage et en pleine guerre d'Algérie, le législateur français adopta la loi du 30 juillet 1957 qui réforma le régime de la tutelle des mineurs et des interdits musulmans. En 1959, fut adoptée l'ordonnance n. 59-274 qui réforma le mariage musulman et sa dissolution. Le législateur français s'était inspiré des prescriptions du droit musulman hanéfite qui allaient remplacer celles de droit malékite appliqué en Algérie. Ces réformes avaient en parti émancipé les femmes et les mineurs de l'emprise des pères et des maris en affaiblissant le patriarcat, une émancipation dont n'ont pas pu jouir les mineurs et les femmes kabyles qui ont été exclus de la loi du 30 juillet 1957 et de l'ordonnance n. 59-274 de 1959. Ces derniers continuaient à être régis en matière de tutelle par le décret de 1902 et en matière de divorce et succession des femmes kabyles par celui du 19 mai 1931.

Le statut particulier coutumier imposé aux Kabyles par le décret du 29 août 1874 avait mis ces derniers dans une position défavorable bien que la Kabylie ait été conquise en vue de l'assimilation juridique de sa population considérée comme facilement intégrable à la culture française. L'unique conséquence de la politique coutumière que la France a menée en Grande Kabylie était que les Kabyles avaient été dépouillés de toute souveraineté sur leurs coutumes. Le droit colonial français avait failli dans sa mission d'acculturation juridique des Kabyles. Le modèle patriarcal kabyle tant critiqué par la doctrine juridique de la fin du XIXe siècle ne fut pas affecté par les décrets de 1902 et de 1931, il fut seulement islamisé.

Notre travail a démontré que la codification des coutumes n'a pas abouti au résultat espéré, le rapprochement entre les coutumes kabyles et le droit français. Par contre la codification des coutumes kabyles a rendu celles-ci plus facilement malléables par les juges et le législateur français. Cependant ces deux acteurs principaux du droit colonial français poursuivaient deux objectifs différents, les juges visaient plus à l'acculturation juridique des populations kabyles, donc au remplacement des coutumes kabyle devenu désuètes par le droit français, par contre, comme nous avons vu, le législateur avait pour préoccupation majeure de maintenir les Kabyles dans un particularisme juridique les isolant du reste la population algérienne. Cela s'explique par le fait que les mineurs et les femmes kabyles avaient été exclus de la législation qui avait réformé le statut des mineurs et des femmes musulmanes. A cela s'ajoute les décrets de 1902 et de 1931 qui n'ont pas rapproché les coutumes kabyles du droit français mais du droit musulman malékite. Ce faisant, le législateur allait à l'encontre des objectifs de la politique coutumière menée par les Bureaux Arabes et le régime civil et de celle mise en place durant les premières années du régime civil, qui avaient une volonté commune d'éloigner les coutumes kabyles du droit musulman malékite. Cette posture n'était pas partagée par les juges ni par les universitaires français qui se sont montrés extrêmement critiques à l'encontre du décret du 19 mai 1931.

L'histoire de la codification et de la réforme des coutumes kabyles est l'histoire d'un contraste entre les coutumes et la modernité juridique. C'est l'histoire d'un déni des attributs de l'oralité. Les coutumes kabyles appartiennent au monde de la tradition et de l'oralité, le Code au monde de l'écriture. Gahlouz explique que la codification des coutumes kabyles a été le résultat d'une « *négarion des attributs de l'oralité*¹⁶⁴⁶ ». Rouland précise que l'oralité et l'écriture se basent sur deux modes de remémoration et souligne que : « *La première est de type « générative » et dépourvue de support exact et intégral : on entend une parole qui s'élabore à partir d'une structure et de points de repères, d'où la flexibilité des versions d'un même mythe. Le récitant brode sur un motif. Ainsi la coutume évolue-t-elle dans les sociétés traditionnelles. En revanche l'écriture permet l'établissement d'une version de référence précise. On voit un texte ; la remémoration est alors « exacte » ou « mécanique ». La possibilité du*

¹⁶⁴⁶ M. Gahlouz, *Les qanouns kabyles*, op. cit., p. 75.

changement existe aussi. Elle s'opère à partir de l'accumulation chronologique d'interprétations de textes qu'on réorganise, notamment par les compilations et codifications, entre lesquelles il faut choisir. Mais elle suppose souvent une rupture plus affirmée et plus consciente du modèle initial : une loi – a fortiori une constitution – est plus difficile à modifier qu'une coutume orale. De plus, les opérateurs du changement ne sont plus les mêmes. Les coutumes rédigées continuent à évoluer, mais sous l'influence des légistes et des pouvoirs qu'ils servent : elles s'éloignent de ceux censés les observer¹⁶⁴⁷ ».

À l'aube des indépendances, l'ensemble des législateurs africains des anciennes colonies françaises d'Afrique a refusé de codifier les coutumes locales et a préféré adopter des codifications modernes qui s'inspirent des Codes français, des codifications qui ont été appliquées de façon homogène à l'ensemble de leurs populations. Cela a été aussi le cas du législateur algérien qui, malgré son choix de maintenir en place la législation française durant une période transitoire, refusa d'accorder un statut particulier aux Kabyles et à leurs coutumes au nom de l'unité du statut de la citoyenneté algérienne et de l'unité du droit algérien.

Le législateur français a été confronté jusqu'à des temps récents à la problématique de la codification des coutumes autochtones dans le contexte de l'Outre-Mer, précisément en Nouvelle Calédonie. Le choix du refus de la codification des coutumes kanakes est marqué, voire même hanté, par l'expérience du droit colonial en Kabylie et en A.O.F. Récemment en Nouvelle Calédonie, nous assistons à la consécration des coutumes judiciaires et à l'abandon de la rédaction et de la codification des coutumes autochtones. Cela marque un changement de paradigme au sein du droit français, un changement qui a été influencé par le droit onusien qui refuse l'acculturation des peuples autochtones au nom du privilège identitaire.

L'histoire de la codification et de la réforme du droit coutumier kabyle pendant la colonisation française est l'histoire d'un malentendu qui a cependant eu des effets qui ont dépassé de très loin les attentes des responsables de cette codification et de cette

¹⁶⁴⁷ N. Rouland, *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Paris, Les Presses universitaires de France, 1996, p. 388.

réforme. Les problématiques soulevées par le droit colonial français en Algérie ont influencé le droit colonial à la fois français et européen de la fin du XIXe et du début du XXe siècle, le droit post-colonial algérien tout comme le droit français d'outre-mer. C'est en Nouvelle-Calédonie que nous assistons actuellement au triomphe de la coutume judiciaire tant voulue et défendue un siècle auparavant en Kabylie par Hacoun-Campredon, Lefvure et Bousquet, bien que toutes ces questions aient été à l'origine limitées à un temps et un espace restreint, ceux du droit coutumier kabyle pendant la colonisation française.

SOURCES ET BIBLIOGRAPHIE

SOURCES D'ARCHIVES

Archives d'Outre-mer d'Aix-en-Provence. Archive ANOM, GGA.

Serie H

- 1 H2 Proclamation de de Bourmont.
- 1H12 Soumission des Beni- Rathen (1850-1854).
- 2 H 4 Agha de Kabylie
- 2 H 12 Kabylie-Ouest Sahel, 1851.
- 2 H 13 Kabylie-Oust Sahel (1851-1852).

- 2 H 24 Rapport politique sur les Beni Rathen
- 2 H 50 Organisation de la Kabylie (1857-1860).
Organisation communale des tribus kabyles de la division d'Alger et de Constantine.
Etat nominatif des amins et des amins el oumena, 1858-1860.

- 2 H 51 Grande Kabylie. Contribution de Guerre (1857-1867).
- 2 H 73 Insurrection 1871 (1871-1875)
- 17 H Justice musulmane.
- 8 H 13 Enquêtes de 1862 sur les djemaas ; Enquête de 1873 sur les Djemaas.
- 9 H 1 Crimes entre indigènes et Européens, 1844-1912.
- 9 H 101 Emigration kabyle en France (1923).
- 19 H 69 Centres municipaux, 1946-1947.
- 71 MI 289 Chefs indigènes 1858-1880.
- 71 MI 295 Inspection générale cercle de Tizi-Ouzou (1857-1861-1863, 1866-1868).
- 71 MI 303 Division d'Alger, subdivision de Fort National, Cercle de Fort National.
Chefs indigènes années 1873, 1875.

Série GGA Bureaux Arabes.

- GGA 30 II/1 Cercle de Dellys
 - Correspondance générale du départ (1860-1862)
 - Correspondance générale du départ (1860-1861)
- GGA 30 II/ 3

- GGA 30 II/ 4 Cercle de Draa El Mizan
Correspondance militaire au départ (1869-1877).
- GGA 30 II/25 Cercle de Fort National.
Correspondance 1^{er} octobre 1869/29 février 1872
- GGA 30 II/27 Cercle de Fort National
Correspondance 14 novembre 1874/22 février 1877.
- GGA 30 II/40 Cercle de Tizi Ouzou (1856/1873)
- GGA 31 II/1 Etat Major (24 octobre 1867/5 juillet 1871).

I. REVUES ET RECUEILS DE LOIS ET DE JURISPRUDENCES COLONIALES

- *Assemblées financières algérienne (1907-1922)*

- *Revue algérienne, tunisienne et marocaine de législation et de jurisprudence*, (1885-1962),
site: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/cb32856287z/date>

- *Revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques (1964-1995)*.

Estoublon, Lefébure, « *Code de l'Algérie annoté* » (1830-1895).

- *Journal de la jurisprudence de la Cour Impériale d'Alger*. (1870-1924).

- *Bulletin judiciaire de l'Algérie* (1870-1883).

- Dalloz, *Jurisprudence générale* (1909-1932).

- *Journal international de droit privé* (1881-1913).

II. OUVRAGES, TRAITES, THESES DE DOCTORATS.

Anonyme, *Archive Berbère : Publication du Comité d'Etudes Berbères de Rabat*, Vol. I
Année 1915, 117 p.

Anonyme, *Kanoun Kabyles*, 1895, Téléchargé du site internet Scribd.com.

ADDI Lahouari, *Ernest Gellner, Clifford Geertz, Deux anthropologues au Maghreb*, Paris,
Editions des archives contemporaines, 2013, 295 p.

ADLI Younes, *Les efforts de préservation de la pensée kabyle aux XVIIIe et XIXe siècles*,
L'odyssée, Edition, Tizi-Ouzou, 2010, II volumes, 254 p. et 239 p.

AGERON Charles-Robert, *Histoire de l'Algérie contemporaine*, Vol I, Paris PUF, 1977,
126 p. ; *Histoire de l'Algérie contemporaine, De l'insurrection de 1871 au déclenchement*

de la guerre de libération (1954) vol- II, Presse Universitaire de France, 1979, 615 p.

AMODIO Claudia, *Au nom de la loi. L'esperienza giuridica francese nel contesto europeo*, Torino, Giappichelli Editore, 2012, 294 p.

AMIR Ali, *L'assimilation juridique du statut personnel mahorais*, Aix-Marseille Université de droit et de science politique, thèse de doctorat, Aix en Provence, 2016, 496 p.

AMSELLE Jean-Loup, *Vers un multiculturalisme français. L'empire de la coutume*, Champs, Flammarion, Paris, 1996, 179 p.

AUCAPITAINE Henri (Baron), *Les Kabyles et la colonisation de l'Algérie*, Paris, Challamel, Ainé, 1864, 180 p.

BARRIÈRE Louis Augustin, *Le Statut personnel des musulmans d'Algérie de 1834 à 1962*, Dijon, Éditions universitaire de Dijon, 1993, 490 p.

BEN HOUET Yazid, *L'Algérie des tribus – le fait tribal dans le Haut Sud-Ouest contemporain*, Paris, L'harmattan, 2009, 389 p. ; *Le Maghreb entre deux guerres*, Paris, Le Seuil, 1962, (rééd. 1978), 496 p. ; « *Maghreb histoire et sociétés* », S.N.ED Duculot, Alger 1974, 227 p.

BEAUVOIS Eugène, *En colonne dans la Grande Kabylie. Souvenirs de l'insurrection de 1871, 1872*, Paris, Challamel, 38 p.

BERBRUGGER Adrien, 1857, *Epoques militaires de la Grande Kabylie*, Alger, Bastide, 318 p.

BENABOU Marcel, « *La résistance africaine à la romanisation* », Édition la découverte, Paris, 2005, 634 p.

BENET Henri, *L'état civil en Algérie*, Imp. Minerva Alger, 1937, 449 p.

BESSON Emmanuel, « *La législation civile de l'Algérie* », Edition Chevalier Marescq, 1894, 364 p.

BOUSQUET Georges-Henri, *Justice française et coutume kabyle* », Alger, 1950, 133 p.

BONTEMS Claude, « L'institution du Prince de Guillaume Budé », in (Sous la dir. Bontems) *Le Prince dans la France des XVI^e XII^e siècles*, Paris, 1965 ; « *Manuel des institutions algériennes. De la domination turque à l'indépendance* », Paris Cujas, 1976, 564 p. ; *Le droit musulman algérien à l'époque coloniale. De invention à la codification*, Edition Slatkine, Genève, 2014, p. 378.

BORRER, Dawson, *Narrative of a campaign against the Kabail of Algeria. With the mission of M. Suchet to the Emir Abdel-Kader for an exchange of prisoners*, London,

Longman, Brown, Green and Longmans, 1848, 400 p.

BORREMANS Maurice, *Statut personnel et famille au Maghreb. De 1940 à nos jours*, thèse présentée devant l'Université de Paris IV, Lille, Service de reproduction des thèses. Université de Lille III, 1972, 693 p.

BOULIFA Amar, *Recueil de poésies kabyles*, Alger, Jourdan, XCII, 1904, 555 p. ; *Le Djurdjura à travers l'histoire. Organisation et indépendance des Zouaouas*. Alger, Berti Editions, 1925, rééd. 1999, 297+7 p.

BOURDIEU Pierre, *Sociologie de l'Algérie*, Paris, PUF, 1958, 128 p. ; *Esquisse d'une théorie de la pratique, précédé de trois études d'ethnologie kabyle*, Paris, Seuil, 1972, rééd. 2000, 429 p.

BOURDIEU Pierre, **SAYAD** Abdelmalek, *Le déracinement : La crise de l'agriculture traditionnelle en Algérie*, Paris, 1964, Les Éditions de Minuit, 220 p.

BOUVERSSE Jacques, *Un parlement colonial ? Des Délégations financière algériennes 1898-1945*, Mont Saint- Aignan, Publications des Universités de Rouen et du Havre, II volumes 2008, 2010, 996 p. et 787 p.

CARBASSE, Jean-Marie, *Manuel d'introduction historique au droit*, Paris, Presses Universitaires de France, 2002, 312 p.

CARETTE Antoine, **ROZET** P. *L'Algérie, l'Univers ou histoire et description de tous les peuples, de leurs religions, mœurs, coutumes etc.*, Paris, Firmin Didot Frères, éditeurs, 1850, 692 p.

CARETTE Antoine, 1848, *Exploration scientifique de l'Algérie : études sur la Kabylie proprement dite*, Paris, Imprimerie royale, Vol IV et V, IV-500 et (p. 459) ; *Etude sur la Kabylie proprement dite*, 2 volumes, Paris, 1848, 500 p. et 459 p.

CARREY Emile, *Récits de Kabylie. La conquête de 1857,1858*, 2-ème édition, Alger 2007, Alger, 326 p.

CHANOCK Martin, *The making of South African legal Culture 1902-1936; Fear, Favour and prejudice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, 569 p.

CHARNAY Jean-Paul, *La vie musulmane en Algérie d'après la jurisprudence de la première moitié du xx siècle*. Paris, Quadriga / Presses Universitaires de France, 1991 (I édition 1965), 429 p.

CHAVÉRIAT François, *Huit jours en Kabylie. A travers la Kabylie et les questions kabyles*, Librairie Plon, Paris, 1889, 290 p.

CLASTRES Paul, *La Société contre l'Etat*, Paris, Les Editions de minuit, 1974/2011, 192 p.

COLLOT Claude, *Les Institutions de l'Algérie durant la période coloniale (1830-1962)*, Centre National de la Recherche Scientifique et Office des Publications Universitaires, Paris, 1987, 343 p.

DAHMANI Mohamed, *Economie et société en Grande-Kabylie*, OPU, Alger, 1987, p. 240 ;

« *Kabylie : Géographie* », in *26 / Judaïsme – Kabylie*, Aix-en-Provence, Edisud, 2004 [En ligne], mis en ligne le 01 juin 2011, consulté le 17 janvier 2014. URL <http://encyclopedieberbere.revues.org/1395>,

DAUMAS Eugène, « *Mœurs et coutumes de l'Algérie Tell-Kabylie- Sahara* », Paris 1853, 398 p.

DAUMAS Eugène et **FABAR** Paul, 1847, *La Grande Kabylie, études historiques*, Paris /Alger, Hachette et Cie, I, 488 p.

DAVIS Diana, *Le mythes environnementaux de la colonisation française au Maghreb*, Ohio University Press, Champ Vallon, 2007, 332 p.

DAWOD Hosham dir., *Tribus et pouvoirs en terre d'islam*, Armand Colin, Paris, 2004, 304 p.

DE LAHOTAN (Baron) Louis Armand, *Œuvres complètes*, Montréal, éd critique par Réal Ouellet, Presses de l'Université de Montréal, 1990, II vol., 786-688 pp.

DE TOCQUEVILLE Alexis, « première lettre sur l'Algérie (23 juin 1837) » dans A. d. Tocqueville *Écrit et Discours Politiques*, vol. III, Œuvre Complètes, Paris, Gallimard, 1962, 496 p. ; *De la colonie Algérie*, Bruxelles, Edition complexe, 1988, 179 p. ; *De la démocratie en Amérique*, Paris, Robert Laffont, coll. Bouquins, 1986, 631 p. ; *Textes économiques. Anthologie critique*, (Jean-Louis Benoit et Éric Keslassy), Edition numérique des Classiques des sciences sociales, 2009, 399 p.

DEVAUX Charles, 1859, *Les Kebâiles du Djerdjera : études nouvelles sur les pays vulgairement appelés la Grande Kabylie*, Marseille-Paris, Camoin frères, 468 p.

DIRECHE Karima, *Histoire de l'immigration kabyle en France au XXe s. : réalités culturelles et politiques et réappropriations identitaires*, Paris, L'Harmattan, 1997. 220 p.

DULOUT Fernand, *Traité de Droit musulman algérien moderne*, Alger Vol. I- et III, La Maison des Livres, 1950, 635 p. 559 p.

DURKHEIM Emile, *De la division du travail social (1897)*, Livre I, Paris, Les Presses Universitaires de France, 1967, 416 p.

ÉTIENNE Bruno, *Les Problèmes juridiques des minorités européennes au Maghreb*, Paris, Editions du Centre National de la Recherche Scientifique, 1968, 414 p.

EYSSAUTIER Louis Auguste, « Terre archs, Quel en est, quel doit en être le juge ? », In *Revue Algérienne*, 2-189, pp. 77-114.

EVANS PRITCHARD Edward Evan, 1937, trad. française 1968, *Les Nuer. Description des modes de vie et des institutions politiques d'un peuple nilote*, Paris, Gallimard,

FAIDHERBE Louis Léon César, *Le Zénaga des tribus sénégalaise, Contribution à l'étude de la langue berbère*, Paris, Ernest Leroux, 1877, 96 p.

FAVRET SAADA Jeanne, *Algérie 1962-64 – Essais d'anthropologie politique*, Bouchène, 2005, 117 p.

FILALI Ali, « Bilinguisme et bijuridisme, l'exemple du droit algérien », in *Le bilinguisme juridique dans les pays du Maghreb- Acte du colloque international, Perpignan, 2 e 3 avril 2012*, sous la direction de A. Filali, D. Baisset, Annales de l'Université d'Alger 1, Numéro spécial 02-201, pp. 70-116.

FLEURY George, *Comment l'Algérie devint française, 1830-1848*, Paris, Perrin, 2008, 544 p.

FOIS Marisa, *La minoranza inesistente. I berberi e la costruzione dello Stato algerino*, Roma, Carocci, editori, 2013, 118 p.

FOURRIER Henri, *La colonisation et les concessions des terres domaniales en Algérie, Thèse pour le doctorat*, Paris, Libraire-Editeur, 1915, 126 p.

FREMEAUX Jacques, 1993, *Les Bureaux Arabes dans l'Algérie de la conquête*, Paris, Denoël, 310 p.

FUSTEL DE COULANGES Numa Denis, 1864, rééd. 2009, *La cité antique*, Paris, Flammarion, 663 p.

GAUDEMET Jean, **BASDEVANT-GAUDEMET** Brigitte, *Introduction historique au droit XIII-XX siècles*, 2 éditions, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2003, 450 p.

GAHLOUZ Mustapha, *Les qanouns kabyles-anthropologies juridiques du groupement social villageois de Kabylie*, L'harmatan, Paris, 2002, 303 p.

GALLISSOT René, 1976, *Marx, Marxisme et Algérie*, Paris, Union générale d'éditions, 432 p.

GARROS Georges, *Les Usages de Cochinchine*, Coudurier e Montégout, Imprimeurs-Editeurs, 1905, 503 p.

GAUTHIER Florence, *Triomphe et mort du droit naturel en Révolution 1785-1795-1802*, Pratiques théoriques, Paris, Puf, 1992, 310 p.

GELLNER Ernst, *Les Saints de l'Atlas*, trad. P. Coatelen, Paris, Bouchene, Collection « Intérieurs du Maghreb », 2003, 300 p.

GÉNY François, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, Tome premier, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1919, vol I-II, 446 p., 422 p.

GILLISSEN John (Dir.) *La rédaction des coutumes dans le passé et dans le présent*, (Dir.) John Gillissen, Institut de Sociologie de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1962, 339 p.

GRANDGUILLAUME Gilbert, 2001, « Mythe kabyle ? Exception kabyle ? », *Esprit*, novembre, pp. 20-27.

GEERTZ Clifford, 1986, *Savoir local, savoir global*, Paris, PUF, 293 p.

GIRAULT Arthur, *Principes de colonisation et de législation coloniale*, Paris, 1895, 764 p.

GRINBERG Martine, *Ecrire les coutumes. Les droits seigneuriaux en France*, Paris, (coll.) Le nœud gordien, PUF, 2006, 212 p.

GUENOUN Ali, 1999, *Chronologie du mouvement berbère. 1945-1990*, Alger, Casbah Editions, 223 p.

GUILLAUME Jean-François, *Les Mythes fondateurs de l'Algérie française*, Paris, Editions l'Harmattan, 1992, 334 p.

GUY Paul, *Cours de droit musulman*. Centre d'étude de droit privé et d'histoire, Tananarive 1961, Réimpression, 1981, p. 247.

GSELL Stéphane, *Histoire ancienne de l'Afrique du Nord*, Tome V, Paris, Hachette, 1927, 302 p.

HACOUN-CAMPREDON Pierre, *Étude sur l'évolution des coutumes kabyles. Spécialement en ce qui concerne l'exhérédation des femmes et la Pratique du Hobous*, Alger, Ancienne Maison Bastide-Jourdan, 1921, 148 p.

HANOTEAU Adolphe, 1867, *Poésies populaires de la Kabylie du Jurjura*, Paris, Imprimerie impériale, 475 p.

HANOTEAU Adolphe, **LETOURNEUX** Aristide, *La Kabylie et les coutumes kabyles*, 3 vol. Paris, Imprimerie nationale, Réédition 1893, III volume, 582. p. et 552 p. et 524 p.

HANOTEAU Adolphe, **LETOURNEUX** Aristide, 1872-73, *La Kabylie et les coutumes kabyles*, 3 vol. Paris, Imprimerie nationale (rééd. 2003, Editions Bouchène), 1340 p.

HENRY Jean Robert, *La doctrine coloniale du droit musulman algérien : bibliographie systématique et introduction critique*, Paris, Centre national de la recherche scientifique, 1979, 178 p.

IBBA Antonio, **GIUSTO** Traina, *L'Afrique romaine-de l'Atlantique à la Tripolitaine (9 -439apr.-C.)*, Rosny s. Bois, Edition Bréal, Collection Histoire ancienne et médiévale, 2006, 121 p.

IBAZIZEN Augustin, *Le pont de Bereq'mouch*, Paris, Édition La Table Ronde, 1979, 323 p.

IBN BATTUTA, 1982, *Voyages* T. 1 : « De l'Afrique du Nord à La Mecque », Paris, Maspéro, traduction de C. Defremery et B. R. Sanguinetti, 476 p.

IBN KHALDOUN, 1852, *Histoire des Berbères et des dynasties musulmanes de l'Afrique septentrionale*, T. I, trad. De Slane, Alger, Imprimerie du gouvernement, 1852, 534 p. ; *Discours sur l'histoire universelle*, traduction par Vincent Monteil, Sinbad, Paris, 1978, III volumes, 1426 p. ; *La Voie et la Loi ou le Maître et le Juriste*, Sinbad, Paris, 1991, 309 p.

AL- IDRISI, *Le Maghreb au VIe siècle de l'Hégire*, Paris, Publisud, 1983, 219 p.

IMACHE Amar, *L'Algérie au Carrefour-La marche vers l'inconnu*, Impr.centrale, Paris, 1937, 24 p.

JULIEN Charles-André, 1951, *Histoire de l'Afrique du Nord : Des origines à 1830*, Payot & Rivages, Paris, 1951, 866 p. ; *Histoire de l'Algérie contemporaine, La conquête et les débuts de la colonisation (1827-1871)*, Tome 2, Paris, PUF, 1964, rééd. 1979, 619 p.

KHELLIL Mohand, *La Kabylie ou l'ancêtre sacrifié*, Paris, l'Harmattan, 1984, 176 p.

L'AFRICAIN Leon, *Description de l'Afrique*, Paris, Maisonneuve, 1981, II volumes, 630 p.

LACHERAF Mustapha., *l'Algérie nation et société*, Casbah édition, Alger, 2004, 520 p.

LACOSTE- DUJARDIN Camille, **LACOSTE** Yves, « *Maghreb, peuples et civilisations* », Édition la Découverte, Paris, 1995, 210 p.

LACOSTE-DUJARDIN Camille, *Bibliographie ethnologique de la Grande Kabylie*, Paris-La Haye, Mouton, 1962, 104 p. ; *Un village algérien - Structures et évolution*

récentes, Alger, SNED, 1976, 164 p. ; *Opération oiseau bleu. Des Kabyles, des ethnologues et la guerre d'Algérie*, Paris, Editions, La Découverte, 1997, 308 p.

LAFON Jacques, *Itinéraires de l'histoire du droit à la diplomatie culturelle et l'histoire coloniale*, Paris, Publication de la Sorbonne, 2001, 349 p.

LAHMI Abdelfettah Nedjma, « *Du mythe de l'isolat kabyle* », *Cahiers d'étude africaine*, XLIV (3). 175, 2004, pp. 507-531.

LAOUST-CHANTREAUX Germaine, 1990, *Kabylie côté femmes. La vie féminine à Aït Hichem, 1937-1939. Notes d'ethnographie*, Aix-en-Provence, IREMAM / Edisud, 304 p.

LARCHER Emile, *Traité Élémentaire de Législation Algérienne- L'Algérie*, Tome I-III, Organisation politique et administrative, Rousseau Editeur, Paris, 1923, 777 p. et p. 670, p. 652 p.

LASSERE Jean-Marie, *Ubique populus, Peuplement et mouvement de population dans l'Afrique romaine, de la chute de Carthage à la fin de la dynastie des Sévères*, Paris, Edition du Centre Nationale de Recherche Scientifique, 1977, 740 p.

LEFEVRE Laure, *Recherche sur la condition de la femme kabyle (La coutume et l'œuvre française)*, Thèse de doctorat, Impr. « La typolitho » et J. Carbonel, Alger, 1939, 163 p.

LEON L'AFRICAIN, *De l'Afrique*, traduit par Jean Temporal, Impr. Cordier, Paris, 1830, 4 T., 640 p., 581 p., 576 p., 758 p.

LEROY-BEAULIEU Paul, *De la colonisation chez les peuples modernes*, Paris, Guillaumin Libraires, 1874, 616 p.

LEVIS Danièle, *Terres des hommes du Grand Océan. De la coutume au Droit international*, Coll Logique juridique, Paris, L'Harmattan, 1999, 193 p.

LYALL Andrew, *Early German Legal Anthropology: Albert Hermann Post and his Questionnaire*, in *Journal of African Law* 52, 2008. pp. 114-138.

LORCIN Patricia, 2005, *Kabyles, arabes, français : identités coloniales*, Limoges, PULIM, 374 p.

LUCAS Philippe et VATIN Jean-Claude, 1975, *L'Algérie des Anthropologues*, Paris, Maspéro, 294 p.

LUC Bernard, *Le droit kabyle*, Thèse de doctorat, Université de Droit de Toulouse, Toulouse, 1911, 288 p.

MAMMERI Mouloud, 1991, « Une expérience de recherche anthropologique en Algérie », *Culture savante, culture vécue* (études 1936-1989), Alger, Tala (repris de la notice sur Mouloud Mammeri, in Salem Chaker (dir.), *Hommes et femmes de Kabylie (Dictionnaire*

biographique de la Kabylie), T. 1, Aix-en-Provence, Edisud, 2001 ; « La société berbère » in Tassadit Yacine (dir.), *Les Kabyles – Éléments pour la compréhension de l'identité berbère en Algérie*, (réédition d'articles parus dans la revue *Aguedal* : n°5 d'oct. 1938 ; n°6 de déc. 1938 ; n°1 de fév. 1939), 1992.

MATTEI Ugo, *Senza proprietà non c'è libertà*, Bari, Idola-Laterza, 2014, 84 p.

MATHIAS Grégor, 1998, *Les sections administratives spécialisées en Algérie -Entre idéal et réalité (1955-1962)*, Paris, L'Harmattan, 256 p.

MAHÉ Alain, *Histoire de la Grande Kabylie, XIXe-XXe siècles. Anthropologie du lien social dans les communautés villageoises*, Saint-Denis, Editions Bouchène, 2001, p. 654.

MAUNIER Renée, *Loi française et coutume indigène en Algérie*, Paris 1932, 172 p.

MARTIN Jean, *L'Empire Renaissance*, Paris, Denoël, 1987, 330 p.

MASPERON François, *L'Honneur de Saint-Arnaud*, Paris, Librairie Plon, 1993, 480 p.

MELKEVIK Bjarne, **OTIS** Ghislain, *Peuples Autochtones et Normes Internationales. Analyse et textes relatifs au régime de protection identitaire des peuples autochtones*, Québec, Les Editions Yvon Blais, 1996, 218 p.

MERCIER Ernst, *Des Abus du Régime Judiciaire, Des indigènes de l'Algérie et des principales modifications à y apporter*, Constantine, Imprimerie Typographique e Lithographie Arnole, 1871, 355 p. ; *La propriété foncière chez les musulmans d'Algérie*, Paris, Ernest Leroux éditeur, 1891. 49 p.

MIDDLETON John et **TAIT** David (Ed.), *Tribes without rulers. Studies in African Segmentary Systems*, 1958, London, Routledge and Kegan Paul, 234 p.

MORGAN Lewis, 1971, *La société archaïque*, Paris, Editions anthropos, (édition. Anglaise, *Ancient Society*, 1877), 1971, 653 p.

MONTAGNE Robert, *Les Berbères et le Makhzen dans le sud marocain*, Paris, Alcan, 1930, 426 p.

MONSTESQUIEU Charles-Louis (de), *L'esprit des lois*, tome I-II, Granier Frères, Paris, 1961, 756 p.

MORAND Marcel, [*Avant-projet de code présenté à la commission de codification du droit musulman algérien*](#), typographie Adolphe Jourdan, 1916, Alger, 543 p ; [*Études de droit musulman algérien*](#), typographie Adolphe Jourdan, 1910, Alger, 508 p. ; *Introduction à l'étude du Droit musulman algérien*, Ancienne Maison Bastide-Jourdan, Alger, 1921, 213 p.

MORIZOT Jean, *L'Algérie kabylisée*, Paris, J. Peyronnet, 1962, 163 p. ; *Les Kabyles, propos d'un témoin*, Paris, CHEAM, 1985, 279 p.

NOGUERES Henri, *L'expédition d'Alger*, Paris, René Julliard, 1962, 473 p.

OLIVIER-MARTIN François, *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, Paris, CNRS Edition, II édition (Réimpression), 2005, (Edition original Montchrestien 1948), 760 p.

OTIS Ghislain, *La rencontre des systèmes juridiques autochtones et étatiques : confrontation ou coopération ? The intersection of Indigenous Law and State Law: Confrontation or Cooperation?*, Sainte-Foy, Presse de l'Université Laval, 2019, 472 p.

OUERDANE Amar, *La question berbère dans le mouvement national algérien - 1926-1980*, Québec, 1990, 255 p.

OURLIAC Paul, **DE MALFOSSE** Jean, *Histoire du droit privé*, volume II-III, Paris, Presse Universitaire de France, Thémis, 1961, 1968, 425 p et 554 p.

PERELMAN Chaïm, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit. Au-delà du positivisme juridique*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1984, 203 p.

PLANTEY Alain, *La réforme de la Justice Marocaine-La justice Makhzen et la Justice Berbère*, Paris Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1952, p. 335.

POWER David, «Law and custom in the Maghrib, 1475-1550: on the disinheritance of women», in *Law, Custom, and Statute in the Muslim World. Studies in Honor of Ahron Layish*, Brill, Leiden, Boston, 2007, pp. 17-40.

RANDON Jacques Louis, *Rapport adressé à Mr le président de la République par le ministre de la guerre sur les opérations militaires qui ont eu lieu en Algérie au printemps 1851*, Paris, Paris, Imprimerie nationale 16 août 1851, p. 63.

ROBERTS Hugh, *Berber Government. The Kabyle Polity in Pre-colonial Algeria*, (2014), London. I.B Tauris, 329 p.

ROMANETTI Yvan., **SAS** Pierre, *Histoire d'un peuple mort*, Les éditions du scorpion, Paris, 1960, 264 p.

RINN Louis, *Histoire de l'insurrection de 1871 en Algérie*, Alger, Jourdan, 1891, 672 p.

ROBIN Joseph Nil, *La grande Kabylie sous le régime turc*, Saint-Denis, Editions Bouchène, 1998, (réédition de « Notes sur l'organisation militaire et administrative des Turcs dans la Grande Kabylie », *Revue africaine*, 1873, pp. 132-140 et 196-207) ; *Notes*

historiques sur la grande Kabylie de 1830 à 1838, Saint-Denis, Editions Bouchène, 84 p. ; *L'insurrection de la Grande Kabylie en 1871*, Paris, Lavauzelle, 1901, 579 p.

ROULAND Norbert, *Introduction historique au droit*, Les Presses universitaires de France, 1988, 722 p. ; *L'Anthropologie juridique*, collection « que sais-je » no 2528, Presse universitaires de France, 1990, 127 p. ; *Aux confins du droit*, Les Editions Odile Jacob, 1991, 282 p. ; *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Paris, Les Presses universitaire de France, 1996, 485 p.

SACCO Rodolfo, **GUADAGNI** Marco, *Il diritto africano*, UTET, Torino, 1995, 396 p.

SACCO Rodolfo, *Le droit africain. Anthropologie et droit positif*, (traduit de l'italien par Michel Cannarsa), Dalloz, Paris, 2009, 566 p.

SHAW Thomas, *Voyage dans la régence d'Alger*, Paris, Marlin, 2 T., [1743] 1830, 405 p.

SOW-SIDIBE Amasatou, *Le pluralisme juridique en Droit Sénégalais des Successions ab intestat*. Thèse pour le Doctorat d'Etat en droit, Université de Droit et d'Economie et de Sciences Sociales de Paris (Paris II), 1987, 661 p.

STORA Benjamin, *Dictionnaire biographique des militants nationalistes algériens*, Paris, L'Harmattan, 1985, 404 p, *La gangrène et l'oubli, la mémoire de la guerre d'Algérie*, Paris, La Découverte -Syros, 1991, rééd. 1998, 376 p. ; *Histoire de l'Algérie depuis l'indépendance (1962-1988)*, Paris, La Découverte, 2001, 125 p. ; *Histoire de l'Algérie coloniale (1830-1954)*, Paris, La Découverte, 2002, 130 p.

SCHEELE Judith, 2009, *Village Matters. Knowledge, Politics & Community in Kabylia, Algeria*, Woodbridge, James Currey, 224 p.

SOLUS Henry, *Traité de la condition des indigènes en Droit privé*, Paris, Sirey, 1927, 590 p.

SUMNER MAINE Henry, *Etudes sur l'ancien droit et la coutume primitive*, Paris, Ernest Thorin, Editeur, 1884, 522 p.; *Etudes sur l'Histoire du droit*, Ernest Thorin, Editeur, Paris, 1889, 704 p.

TARELLO Giovanni, *Le ideologie della codificazione nel secolo XVIII, Corso di Filosofia del diritto*, Genova, E.C.I.G, 1973, 422 p.

YACINE Tassadit dir., 1992, *Les Kabyles- Eléments pour la compréhension de l'identité berbère en Algérie*, Paris, Groupement pour le droit des minorités, 181 p.

YACONO Xavier, *Histoire de la colonisation française (Que sais-je)*, Paris, Presses universitaires de France, 1969, 128 p.

URBAN Yerri, *L'indigène dans le droit colonial français 1865-1955*, Librairie Générale de Droit et de jurisprudence, coll. des Thèse n. 36, 2009, 674 p.

VANDERLINDEN Jacques, *Le système juridique africain*, Presse universitaire, 1983, 127 p. ; *Anthropologie juridique*, Dalloz, Paris, 1996, 123 p.

VIGIER René, *La Succession « ab intestat » de la Femme kabyle en Grande Kabylie*, thèse pour le doctorat de droit, Paris, Les Editions Véga, 1932, 196 p.

VIGNON Paul, *Un programme de Politique Coloniale. Les Questions Indigènes*, Paris. Librairie Plon, 1919, 569 p.

WARNIER Auguste, *L'Algérie devant l'Empereur*, Challamel, Paris, 1865, 328 p.

WEIL Patrick, *Le statut des musulmans en Algérie coloniale. Une nationalité française dénaturée*, in EUI Working Paper HEC No 2003/3, European University Institute, Badia Fiesolana, Firenze, 2003, 17 p.

YERMECHE Ouerdia, *La anthroponymes algériens : étude morphologique, lexicosémantique et sociolinguistique*, thèse de doctorat, Université de Mostaganem, Alger, 2007

ZENDRI Christian, *Pierre Gregoire tra leges e mores. Ricerche sulla pubblicistica francese del tardo cinquecento*, Milano, Monduzzi, 2007, p. 232.

III. ARTICLES.

ABDELFETTAH LALMI Nedjma, 2004, « Du mythe de l'isolat kabyle », *Cahiers d'études africaines*, n°175, pp. 507-531.

ABOULKACEM El Khatir, 2006, « Être Berbère ou Amazigh dans le Maroc moderne – Histoire d'une connotation négative », in Hélène Claudot-Hawad dir., *Berbères ou Arabes ? Le tango des spécialistes*, Paris/ Aix-en-Provence, Editions Non-lieu/IREMAM, pp. 115-135.

ABROUS Dabha, « *Kabylie : Anthropologie sociale* », in 26| judaïsme-Kabylie, Aix-en-Provence Edisud ("Volume" n. 26), 2004 (en ligne), mis en ligne 01 juin 2011, consulté le 21 janvier 2013. URL : <http://encyclopedieberbere.revue.org/1416>, 2 p.

ABEL Arman, « Les deux aspects de la collation des coutumes juridiques dans l'Islam » in *La rédaction des coutumes dans le passé et dans le présent*, (sous la dir.) J. Gillissen, Bruxelles, Editions de l'Institut de Sociologie, 1962, pp. 275-292.

AGERON Charles-Robert, « La politique kabyle sous le Second Empire », in *Revue française d'histoire d'outre-mer* 53, n. 190-191, premier et deuxième trimestre 1966, pp. 65-105 ; *Les Algériens musulmans et la France (1871-1919)*, Paris, PUF 2 vol, 1968, 608 p. et 690 p. ; *Politiques coloniales au Maghreb*, Paris, PUF, 288 p. ; « Premières négociations franco-algériennes » in Ch. Agèron, *Politiques coloniales au Maghreb*, Paris,

Presses Universitaires de France, Coll. Hier, 1972 ; « Du mythe kabyle aux politique berbères », in Cahiers Jussieu, Le mal de voir, 1976, pp. 331-349.

AGNIEL Guy, « Statut coutumier kanak et juridiction de droit commun en Nouvelle Calédonie » in *Revue Aspect*, n. 3, 2008, pp. 81-96.

AGOSTINO Marc, 1994, « Invention française de la Kabylie », in *Découvertes et explorateurs*, Actes du Colloque International, Bordeaux 12-14 juin 1992, Bordeaux, L'Harmattan, pp. 475-482.

AIT-ZAI Nadia, « Le droit musulman et les coutumes kabyles », in *Revue algérienne*, Volume 33-2, 1995, pp. 305-312.

ALLOT Antony, « Customary Law in British Africa », in *La rédaction des coutumes dans le passé et dans le présent*, (sous la dir.) John Gillissen, Bruxelles, Institut de Sociologie de l'Université libre de Bruxelles, 1962, p. 218.

AUCAPITAINE Henri (Baron), « Notice sur la tribu des Aït Fraoucen », *Revue africaine*, pp. 446- 458.

BARRIÈRE Louis-Augustin, « Le puzzle de la citoyenneté en Algérie », in *Plein droit* n. 29-39, novembre 1995, consulté en ligne le 23.05.2019, URL : <https://www.gisti.org/spip.php?article3864>.

BARTER Sylvain, « Aspect de la pacification en Grande Kabylie (1955-1963). Les relations entre les sections administratives spécialisées (SAS) et les populations », in *Revue française d'histoire d'outre-mer*, tome 85, n. 319, deuxième trimestre, 1998, pp. 3-31.

B. E., « Djurdjura », in *16 /Djalut-Dougga, Aix en Provence, Edisud* (volume, n. 16), 1995 [En ligne], mis en ligne le 01 juin 2011, consulté le 17 janvier 2014. URL : <http://encyclopedieberbere.revues.org/1395>

BEN HOUET Yazid, « Des tribus en Algérie ? », *Cahiers de la Méditerranée*, n° 75, 2007 pp. 150-171, « Gérer la tribu-Le traitement du fait tribal dans l'Algérie indépendante (1962-1989) », *Cahier d'études africaines* n°191, mis en ligne le 26 septembre 2008, consulté le 08-09-2018 ; « Le concept de tribu en anthropologie », *Revue africaine des livres*, CODESRIA, vol. 5 n°1, 2010, pp. 11-13 ; « La tribu comme champ social semi-autonome », *L'homme*, n°194, avril-juin, pp. 57-74.

BERQUE Jacques, « Qu'est-ce qu'une tribu nord-africaine ? » (1954). *Eventail de l'histoire vivante. Hommage à Lucien Febvre*, Colin ; (réed. 2001), *Opera Minora*, T.II, Paris, Editions Bouchène, pp. 161-170. ; « Cent vingt-cinq ans de sociologie maghrébine », *Annales ESC*, XI (3), 1956, pp. 296-324.,

BLANCHY Sylvie, **MOATTY** Yves, « Le statut civil de droit local à Mayotte Une imposture ? » in *Doit et société* 2012/1 (n. 80), pp. 117-139.

BLÉVIS Laure, « Les avatars de la citoyenneté en Algérie coloniale ou les paradoxes d'une catégorisation », *Droit et société*, 48, 2001, pp. 557-580 ; « Juriste et légistes au service de l'Etat colonial : de la mise en forme technique du statut des algériens à sa difficile légitimation », in *Sur la portée sociale du droit* (sous la dir. G. Sacriste, A. Vauchez, L. Willemez.), C.U.R.A.P.P, PUF, Paris, 2005, pp. 310-323

BOUSQUET Georges-Henri, « Le nouveau régime de la Tutelle des mineurs musulmans », in *Revue Algérienne*, 1937, pp. 118-124 ; « *Un culte à détruire : l'adoration de Hanoteau et Letourneux* », in *Revue Méditerranéenne*, n. 8, 1950 ; « Le droit coutumier des berbères », in *The Future of customary law in Africa-L'avenir du droit coutumier en Afrique*, (sous dir. P.J. Idenburg.), Colloque Amsterdam, 1955, Leiden, Universitaire Pers Leiden, pp. 142-155.

BONTEMS Claude, « Coutume kabyle, jurisprudence et statut féminin », in *La coutume-Custom*, Troisième partie, Europe orientale, Asie et Islam-Eastern Europe, Asia and Islam, Recueils de la Société Jean Bodin, Bruxelles, De Boeck Université, 1992, (pp. 245-268) ; « La coutume kabyle et l'implantation des systèmes étrangers », In *La réception des systèmes juridiques: implantation et destin: textes présentés au premier colloque international du Centre international de la Common law en français (CICLEF) / sous la direction de Michel Doucet et Jacques Vanderlinden*, pp. 78-101 ; « L'invention du droit musulman algérien à l'époque coloniale (XIX siècle). Une approche anthropologique », in *Le débat juridique au Maghreb* (sous la dir. A. Mahiou), Publisud, Iremam, 2009, pp. 39-51 ; « La découverte de l'anthropologie juridique. Un témoignage », in *Cahiers d'Anthropologie du droit, Droit et cultures, Anthropologie et droit. Intersections et confrontations*, 2004, Karthala, pp. 73-85

BOURDIEU Pierre, « L'identité et la représentation – Eléments pour une réflexion critique sur l'idée de région », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n°1, vol. 35, 1980 pp. 63-72 ; « Espace social et genèse des "classes" », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 52-53, juin, 1984, pp. 3-14.

BRAS Jean- Philippe, « La charrue avant les bœufs. Sur l'intranquillité du droit foncier colonial et de sa doctrine en Afrique du Nord », in *Faire l'histoire du droit colonial. Cinquante ans après l'indépendance de l'Algérie* (sous la dir.) Jean-Philippe Bras, IISMM-Karthala, (Coll. Terres et gens d'islam), Paris, 2015, pp. 85-113.

LEVY-BRUHL Henry, « Introduction à l'étude du droit coutumier africain », in *Revue Internationale de droit comparé*. Vol. 8, N. 1, Janvier-mars 1956, pp. 67-77.

CANAC André, « Législation applicable en matière musulmane algérienne et droits d'option », in *Revue algérienne*, mai -juin 1957, pp. 53-70

CARLIER Omar, 1984, « La production sociale de l'image de soi – Note sur la crise berbériste de 1949 », *Annuaire de l'Afrique du Nord* n° XXIII, pp. 347-371.

CHACHOUA Kamel, *L'islam kabyle. Religion, Etat et société en Algérie*, Paris, Maisonneuve et Larose, 2001, 448 p. ; notice « Nnif », *Encyclopédie berbère*, n°XXIV, Aix-en-Provence, Edisud, 2012, 5560 p.

CHAKER Salem et **CAMPS** Gabriel, « *Aggelid* » in 2/ *Ad-Ağuh-n-Tahlé* », Aix –en-Provence, Edisud (« volume », n.2), 1985 (en ligne), mis en ligne le 01 décembre 2012, consulté le 28 mars 2014, URL : <http://encyclopedieberbere.revue.org/911>

CHAKER Salem, « Berbères : une identité en construction », (dirigé par Salem Chaker), *Revue de l'Occident musulman et de la Méditerranée*, Aix-en-Provence, n° 44, 1987, 151 p. ; « L'affirmation identitaire berbère à partir de 1900. Constantes et mutations (Kabylie) », in *Revue de l'Occident musulman et de la Méditerranée*, Volume 44, 1989, pp. 13-34 ; « Survivance ou renouveau du droit coutumier en milieu berbère (Kabylie) », in M. Flory, J.-R. Henry dir., *L'enseignement du droit musulman*, Paris, Editions du CNRS, 1989, pp. 351-355 ; *Berbères aujourd'hui*, Paris, L'Harmattan, 1989, 147 p. ; *Hommes et femmes de Kabylie (Dictionnaire biographique de la Kabylie)*, T. 1, Aix-en-Provence, Edisud, 2001, 207 p. ; « Boulifa », in Salem Chaker (dir.), *Hommes et femmes de Kabylie (Dictionnaire biographique de la Kabylie)*, T. 1, Aix-en-Provence, Edisud, 1002, pp. 119-123 ; « La question berbère dans le Maghreb contemporain », *Diplomatie-Magazine*, n°3, mai-juin, 2003, pp. 75-77 ; Notice « Kabylie : la langue », *Encyclopédie berbère* n°XXVI, Aix-en-Provence, Edisud, 2004, pp.4055-4066.

CHARNAY Jean-Paul, « *Le rôle du juge français dans l'élaboration du droit musulman algérien* », In : *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 15 n. 4, Octobre-décembre 1963, pp. 705-721

CHOUQUER Gérard, « Les termes du récit de l'histoire de la propriété », in *L'empire de la propriété. L'impact environnemental de la norme en milieu contraint III. Exemple de droit colonial et analogies contemporaines*, Sous la direction de Eric de Mari et Dominique Taurisson-Mouret, préface de Thierry Revêt, Paris, Victoire Editions, 2016, pp. 13-33.

CORNUT Etienne, « La juridicité de la coutume kanak » in *Expertise psychiatrique et sexualité (1850-1930)*, 60/2010-2, pp. 151-175 ; « La non-codification de la coutume kanak », in (sous la dir. Meyer Nadège et David Carine) *L'intégration de la coutume dans l'élaboration de la norme environnementale*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 137-160.

DE GEMEAUX Christine, « La Conférence de Berlin », 1885, in *Hérodote. Net.*, article consulté sur le site internet Herodote.net à l'adresse suivante <http://www.herodote.net/Textes/berlin-1885.pdf>.

DEMMER Christine, « *Faire de la coutume kanak un droit. Enjeux, histoire, questionnements* ». (Rapport de recherche), in *Mission de recherche Droit et Justice*, 2017, 233 p.

DEMMER Christine, **SALOMON** Christine, « Droit coutumier et indépendance Kanak », in *Vacarme*, 2013/n. 64, pp. 63-78.

DEROULEDE Léopold-Léonie, « La filiation en droit kabyle », in *Revue algérienne et tunisienne de droit et de jurisprudence*, T. 15, 1899, pp. 17-34.

DIRECHE Karima, notice « Pères Blancs de Kabylie », in Salem Chaker (dir.), *Hommes et femmes de Kabylie (Dictionnaire biographique de la Kabylie)*, T. 1, Aix-en-Provence, Edisud, 2001, pp. 179-186 ; « Le mouvement des 'arch' en Algérie: pour une alternative démocratique autonome ? », *Revue des Monde musulmans et de la Méditerranée*, n° 103-104, 2006, pp. 183-196.

DIOP ABOULAYE Amadou. « Un procès coutumier sans administrateur », in Le Juge et L'outre-mer (Tome 5), *Justicia illiterata : aequitate uti ? Les dents du dragon*, (sous la dir. B. Durant, M. Fabre, M. Badji), Lille, Publication du Centre d'Histoire Judiciaire éditeur, 2010, pp. 81-100.

DUMOULIN Jacqueline, « Les relations entre l'armée et l'administration forestière en Algérie », in *Foret méditerranéenne*, T. XXX, n.3, septembre 2009, pp. 267-276.

DURAND Bernard « Citoyens et sujets en demande de Justice : Quand la politique s'en mêle ! », in Le Juge et l'Outre-Mer Tome 7 (sous la dir. Bernard Durand, Mamadou Badji, Samba thiam, Sandra Gerard-Loiseau), *Le retour d'Orphée, Publication du Centre d'Histoire Judiciaire Editeur*, Lille, 2014, pp. 145-201 ; « Prolégomènes : les justices indigènes : un état des lieux par les autorités coloniales », in Le Juge et l'Outre-Mer Tome 5, *Justicia illiterata ; aequitate uti ? Les dents du dragon* (sous la dir.) B. Durand, M. Fabre, M. Badji, Publication du Centre d'Histoire judiciaire Editeur, Lille, 2010, pp. 13-80.

El Khatir Aboukacem, « Droit coutumier amazigh face aux processus d'institution et d'imposition de la législation nationale au Maroc », Site internet http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/normes/documents/publication/wcms_100800.pdf

FABRE Martine, « L'indigénat : des petites polices discriminatoires et dérogatoires, in (sous la dir. De B. Durand, M. Fabre, M. Badji) Le juge et l'Outre-mer, Tome 5. *Justicia illiterata : aequitate uti ? Les dents du dragon*, Lille, Publication du Centre d'Histoire judiciaire éditeur, 2010, 273-310 pp.

GILLISSEN John, « La rédaction des coutumes en Belgique aux XVI et XVII siècles », in *La rédaction des coutumes dans le passé et le présent*, (sous la dir. J. Gilissen), Bruxelles, Les Editions de l'Institut de Sociologie, Université Libre de Bruxelles, pp. 87-111.

GLEDHILL Alan, « The compilation of the customary law in the Punjab in the nineteenth century, in John Gilissen, *La rédaction des coutumes dans le passé*, Bruxelles, Les éditions de l'Institut de sociologie, Université de Bruxelles, 1960, p. 136 et suivantes.

HANNEMANN Tilemann, « La mise en place du droit kabyle dans l'Algérie coloniale (1857-1868) », (traduit par Pascale Kahr), in Hanoteau et A. Letourneau, *La Kabylie et les coutumes kabyles*, Seconde édition revue et augmentée présentation de Alain Mahé et Tilemann Hanneman, pp. XXXI – CXXIV.

LUCCIONI Joseph, « L'élaboration du Dahir berbère du 16 mai 1930 ». In *Revue d'Occident musulman et de la Méditerranée*, n. 38, 1984, pp. 75-81.

MOURSI BADR Gamal, « La relance du droit islamique dans la jurisprudence algérienne depuis 1962 », In : *Revue international de droit comparé*. Vol. 22 N.1, Janvier-mars 1970, pp. 43-54.

MOURSI BADR Gamal, « La relance du droit islamique dans la jurisprudence algérienne depuis 1962 », In : *Revue international de droit comparé*. Vol. 22 N.1, Janvier-mars 1970, pp. 43-54.

PARISOT Valerie, « L'apport du droit colonial algérien à la science des conflits de lois », in *Faire l'histoire du droit colonial. Cinquante ans après l'indépendance de l'Algérie*. (sous la dir. Jean-Philippe Bras), Paris, IISMM-Karthala, 2015, pp. 241-271.

PARKES, Peter, « Canonical ethnography: Hanoteau and Letourneau on Kabyle communal law », in *Out of the study and into the field - Ethnography Theory and Practice in French Anthropology*, (sous la dir. R. Parkin, A. de Sales), Edited by R. Parkin and A. de Sales, Bergan Books, New York, 2010, (pp. 45-75).

SAADA Emmanuelle, « Une nationalité par degré. Civilité et citoyenneté en situation coloniale », in P. Weil et S. Dufoix, *L'esclavage la colonisation et après...*, Paris, Puf, 2005, p. 193-229.

GUERCHI Fatma- Zohra, « La résistance d'Hadj Ahmed Bey, dernier bey de Constantine », in *Histoire de l'Algérie à la période coloniale* (sous la direction A. Bouchène, J-P. Peyroulou, O.S. Tengour, S. Thénault), Paris, Alger, Edition La découverte, Edition Barzakh, 2012, pp. 134-137.

GUIGNARD Didier, « Conservateur ou révolutionnaire ? Le sénatus-consulte de 1863 appliqué au régime foncier d'Algérie », *Revue d'histoire du XIXe siècle* [En ligne], 41 | 2010, mis en ligne le 30 décembre 2013, consulté le 02 janvier 2014. URL : <http://rh19.revues.org/4047> ; DOI : 10.4000/rh19.4047, pp. 81-95.

HADJ-SADDOK, « À travers la Berbérie Orientale du XVIIIe Siècle avec le voyageur Al-Warhîlâni », in *Revue Africaine* Tome XCV, N, 428-429, 1951, pp. 315-399

HAMDOUNE Christine, « Gens, Gentés, Gentiles », in *Encyclopédie berbère* 20 | Gauda-Girrei, Aix-en-Provence, Edisud (« Volumes », n. 20), 1998 (En ligne), mise le 01 juin 2011, consulté le 16 mars 2014. URL : <http://encyclopedieberber.revues.org/1903>

HENRY Jean Robert, « La norme et l’imaginaire construction de l’altérité juridique en droit colonial algérien », in Procès. Cahiers d’analyse politique et juridique, Le droit colonial, n. 18. 1987-1988, pp. 13- 19 ; « La norme juridique à l’épreuve du « nationalisme juridique » : l’héritage du droit musulman algérien » in (dir.) Ahmed Mahiou (sous la dir.), *Le débat juridique au Maghreb*, Paris, Publisud-Iremam, 2009, pp. 52-69.

JALLAMION Carine, Le juge et les successions chinoises en Indochine : favoriser la vie des affaires in (sous la dir. Bernard Durand et Eric Gasparrini) *Le Juge et l’outre-mer*, tome 3, Publication du Centre d’Histoire Judiciaire éditeur, Juillet 2007, pp. 177-210 ; « Discours judiciaire et propriété aux colonies », *L’Empire de la propriété : L’impact environnemental de la norme en milieu contraint, Exemples de droit colonial et analogies contemporaines III*, E. de Mari et D. Taurisson-Mouret, dir., Victoires Editions, 2016, p. 174-184.

KIRALFY Albert, « Customs in Medieval English Law », in *La coutume-Customs*, LII Recueils de la société Jean Bodin pour l’histoire comparative des institutions, Deuxième partie, Bruxelles, 1990, pp. 379-409.

LACOSTE-DUJARDIN Camille, « Genèse et évolution d’une représentation géopolitique : l’imagerie kabyle à travers la production bibliographique de 1840 à 1891 » in Jean-Claude Vatin et al., *Connaissances du Maghreb– Sciences sociales et colonisation*, Paris, Editions du CNRS, 1984, pp. 257-277 ; « Opération ‘Oiseau bleu’, 1956. Géostratégie et ethnopolitique en montagne kabyle », *Revue de l’Occident musulman et de la Méditerranée*, n°41-42, 1986, pp. 167-193. « Histoire et représentation de la guerre aux Iflissen lebahar », in Charles-Robert Ageron dir., *La guerre d’Algérie et les Algériens - 1954-1962*, Paris, Armand Colin / Masson, 1997, pp. 71-91 ; « Une ethnologue en Kabylie : situation postcoloniale et culture traditionnelle », in Dionigi Albera et Mohamed Tozy dir., *La Méditerranée des Anthropologues*, Paris, Maisonneuve et Larose, Maison méditerranéenne des sciences de l’homme, 2005, pp. 65-82 ; « Un effet du « postcolonial » : le renouveau de la culture kabyle », *Hérodote*, no 120, 2006, pp. 96-117.

LANFRY Jacques, « Les Zwawa (Igawawen) d’Algérie centrale (essai onomastique ethnographique) », in *Revue de l’Occident musulman et de la Méditerranée*, n° 26, 1978, pp. 75-101 ; notice « Genevois Henri », in Salem Chaker (dir.), *Hommes et femmes de Kabylie (Dictionnaire biographique de la Kabylie)*, T. 1, Aix-en-Provence, Edisud, 2001, pp. 139-141.

LAPORTE Jean-Pierre, « Kabylie : La Kabylie antique », in *26 | Judaïsme – Kabylie*, Aix-en-Provence, Edisud (« Volumes », no 26), 2004 [En ligne], mis en ligne le 01 juin 2011, consulté le 14 janvier 2014. URL : <http://encyclopedieberbere.revues.org/140>.

LE ROY Étienne, **WAYNE** Mammadou, « La formation des droits non étatique », in *Encyclopédie juridique de l’Afrique* Vol. I (1982), Abidjan, Dakar, Lomé, Les Nouvelles Editions Africaines, 1982, pp. 353-357.

LE ROY Etienne, « L’introduction du modèle européen de l’Etat en Afrique francophone. Logiques et mythologiques du discours juridiques », C. Coquety Vidrovitch et A. Forest (eds.), *Décolonisation et nouvelles dépendances*, Paris, PUF, 1986, (pp. 81-

110) ; « L'esprit de la coutume et l'idéologie de la loi », colloque de l'ARSOM, Bruxelles, La Connaissance du Droit en Afrique, Bruxelles, ARSOM, pp. 210-240 ; « Justice africaine et oralité juridique. *Bulletin de l'IFAN*, XXXVI, 3, pp. 559-581 ; « L'esprit de la coutume et l'idéologie de la loi à travers quelques exemples sénégalais contemporains », in J. Vanderlinden, (sous la dir.), La connaissance du Droit en Afrique, Bruxelles ARSOM, 1984, pp. 210-240 ; « La Coutumes et la réception des droits romanistes en Afrique noire », in *Recueils de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, La coutume*, volume 51-1990, Bruxelles, De Boeck-Wesmael, 1990, pp. 117-150 ; « Les fondements anthropologiques des droits de l'homme, l'accès à l'universalisme par la dialogue interculturel, in *Revue Générale de Droit*, Ottawa, 1995 ; « La coopération judiciaire » in *Observation, permanent de la Coopération française*, Paris, Editions Karthala, 1997, pp. 37-67.

MAHIOU Ahmed, « Les séquences du changement juridique en Algérie. Cinquante ans de droit (1962-2012) », in *Insaniyat* 55-57, 2012, pp. 73-89.

MAMMERI Mouloud, 1991, « Une expérience de recherche anthropologique en Algérie », *Culture savante, culture vécue* (études 1936-1989), Alger, Tala (repris de la notice sur Mouloud Mammeri, in Salem Chaker (dir.), *Hommes et femmes de Kabylie (Dictionnaire biographique de la Kabylie)*, T. 1, Aix-en-Provence, Edisud, 2001 ; « La société berbère » in Tassadit Yacine (dir.), *Les Kabyles – Eléments pour la compréhension de l'identité berbère en Algérie*, (réédition d'articles parus dans la revue *Aguedal* : n°5 d'oct. 1938 ; n°6 de déc. 1938 ; n°1 de fév. 1939), 1992.

MARI Éric (de), « De la réformation à la réforme du droit, » in *Réformer le droit* (dir.) Olivier Sautel, Paris, LexisNexis, 2007, pp. 07-10 ; *Des devoirs du concessionnaire aux droits du propriétaire : le cas de Saint-Domingue (XVIIe-XVIII siècle)*, in L'empire de la propriété. L'impact environnemental de la norme en milieu contraint. Exemple de droit colonial et analogies contemporaines, Sous la direction de Éric de Mari et Dominique Taurisson-Mouret, préface de Thierry Revêt, Paris, Victoire Editions, 2016, pp. 108-154.

MAHÉ Alain, « Violence et médiation. Théorie de la segmentarité ou pratiques juridiques en Kabylie », *Genèses*, n° 32, 1998, pp. 51-65 ; « *Guerre et paix dans la théorie segmentaire*, in "Guerres civiles, économies de la violence et forme dans le monde arabe", Paris, ed. Cermoc, 1999, pp. 47-67 ; « Entre les mœurs et le droit : les coutumes », Remarques introductives à la réédition de *La Kabylie et les coutumes kabyles*, Paris, Editions Bouchène, 2003, pp. I-XXX ; « La révolte des anciens et des modernes », *Alternatives Internationales*, mars-avril, n°7, 2004, pp.22-23 ; « De la tribu à la commune dans la Kabylie contemporaine », in Hosham Dawod dir., *Tribus et pouvoirs en terre d'islam*, Paris, Armand Colin, pp. 201-235.

MELKEVIK Bjarne, « Identité et loi, affirmation et autodétermination à la croisée des chemins : les premières nations et le Québec », in B. Melkevik, *Philosophie du droit*, Volume 1, Sainte-Foy, Presses de L'Université Laval, 2014, pp. 277-300 ; « La

reconnaissance d'un privilège identitaire : réflexions sur le nouveau droit international », in B. Melkevik, *Philosophie du droit*, Volume 2, Sainte-Foy, Presses de L'Université Laval, 2014, p. 277-296.

MERLE Isabelle, « La construction d'un droit foncier colonial. De la propriété collective à la constitution des réserves en Nouvelle-Calédonie », in *Enquête* 7, 1999, *Les objets du droit*, pp. 97-126.

MESSAOUDI Alain, 2010, « Renseigner, enseigner. Les interprètes militaires et la constitution d'un premier corpus savant « algérien » (1830-1870) », in *Revue d'histoire du XIXe siècle*, n°41, pp. 97-112.

MILLIOT Louis., « Les nouveaux qanoun kabyles », *Hespéris* 6, 1926, pp. 365-418 ;« *Les institution kabyles* », in *Revue des Etude Islamique* 6, 1932, pp. 365-418.

MONTAGNE Robert, «Abd el Krim», in *Politique étrangère*, n. 3, 1947, p. 303-324.

MOURDJI Mohamed Amel, « Le bilinguisme et le dualisme juridique : Une source de conflit culturel au Maroc ? » in *Le bilinguisme juridique dans les pays du Maghreb- Acte du colloque international, Perpignan, 2 e 3 avril 2012*, sous la direction de A. Filali, D. Baisset, *Annales de l'Université d'Alger* 1, Numéro spécial 02-201, pp. 154-169.

MOUSSERONS Pierre, « Introduction terminologique des comportements aux « bonnes pratiques », in *Journal des sociétés* n. 92, Novembre 2011, pp. 12-24.

MOUTON Marie-Renée, « L'Algérie devant le Parlement Français de 1935 à 1938 », in *Revue française de science politique*, 12^e année, n. 1, 1962, pp. 93-128.

NORMAND Sylvio, « Les droits des Amérindiens sur le territoire sous le régime français », in Lajoie Andrée, Brisson Jean-Maurice, Normand Sylvio, Bissonnette Alain (dir.), *Le statut juridique des peuples autochtone au Québec et le pluralisme*, Cowansville, Les éditions Yvon Blais in. 1996, pp. 107-143.

OUERDANE Amar, « La « crise berbériste » de 1949, un conflit à plusieurs face », *Revue de l'Occident musulmane et de la Méditerranée*, n°44, 1987, pp. 35-47

POIRIER Jean, « La rédaction des coutumes juridiques en Afrique d'expression française » in *La rédaction des coutumes dans le passé et dans le présent* (sous la dir.) John Gillissen, Bruxelles, 1962, pp. 275-292.

ROBERTS Hugh, *Towards an understanding of the Kabyle question in contemporary Algeria*, in *The Maghreb Review*, (1980), Vol. n. 5, nos 6_6, pp. 115-124 ; Roberts H., *The Economics of Berbersim: the Material Basis of the Kabyle Question in Contemporary Algeria*, in *Gouvernement and opposition*, (1983) volume 18, (2), 1983, pp. 218-235 ; «

Perspectives sur les systèmes politiques berbères : à propos de Gellner et de Masqueray, ou l'erreur de Durkheim », *Insaniyat* , n°27, 2005, pp. 29-54.

RENUCCI Florence, « Le juge et les unions mixtes (colonies françaises et italiennes, fin du XIX siècle-1945), in *Le Juge et l'outre-mer, tome III : Médée ou les impératifs du choix*, 2007, pp. 89-106 ; « Le juge et la connaissance du droit indigène. Eléments de comparaison entre l'Algérie et la Libye aux premiers temps de la colonisation », dans *Le juge et l'Outremer, tome III : Médée ou les impératifs du choix*, B. DURAND et E. GASPARINI (dir.), Lille, CHJ éditeur, 2007, p. 211-226

« La doctrine coloniale en République. L'exemple de deux jurisconsultes algériens: Marcel Morand et Emile Larcher », France (2008) article consulté sur le site internet <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00599932/document> le 04/09/2018 ; « Le meilleur d'entre-nous ? Ernest Zeys ou le parcours d'un juge de paix en Algérie », dans B. DURAND et M. FABRE (dir.), *La petite justice Outremer, tome VI : Justicia illitterata:aequitate uti ? La conquête de la toison*, Lille, CHJ éditeur, 2010, pp. 67-85 ; « Le débat sur le statut politique des israélites en Algérie et ses acteurs (1870-1943), in Contribution du séminaire sur les administrations coloniales (2009-2010), France (2010), article consulté sur le site internet <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00599296> le 04/09/2018 ; « Les magistrats dans les colonies : un autre apprentissage des normes juridiques?. » in *Les cahiers de la Justice Dalloz*, 2016, La crise des institutions de l'oubli, 4, pp.689-697.

REMOND Martial, « L'élargissement des droits politiques des indigènes. Ses conséquences en Kabylie », *Revue africaine*, 1927. pp. 213-253, *Un village kabyle*, Alger, Les cahiers du centenaire de l'Algérie, Imprimerie Heintz, 1930, 1933, rééd. 2001 pp. 161-220, *Au cœur du pays kabyle*, Alger, Editions Zyriab, *Révolution africaine*, 2 novembre 1963, 202 p

RICCI Gaston, « De la tutelle des mineurs et de l'interdiction en Kabylie », in *Revue algérienne et tunisienne de législation et jurisprudence*, 1900-1903, pp. 133-148.

ROBERT André, « Attitude du législateur française en face du droit coutumier d'Afrique noire » in *The Future of Customary Law in Africa. L'avenir du droit coutumier en Afrique*, (sous dir. P.J. Idenburg.), Colloque Amsterdam, 1955, Leiden, Universitaire Press Leiden.

ROBIN Joseph Nil, « Notes sur Yahia Agha », *Revue africaine*, 1874 pp. 59-75 et 89-118 ; « Les Oulad ben Zamoun », *Revue africaine*, 1875, pp. 32-49.

RODET Marie « Genre, coutumes et droit colonial au Soudan Français (1918-1939), in Cahier d'Etude africaines n. 187-188, 2007, pp. 593-602.

ROULAND Norbert, « Les colonisations juridiques », in *Journal of legal pluralism*, n. 29, 1990, pp. 39-136

RUSSINGER André, «En marge de la pacification : justice française et justice tribale en Kabylie », in *L'Afrique et l'Asie*, volume 40, 1957, pp. 55-66 ; « *L'institution des arbres*

« *Abandous* » *v-a-t-elle disparaître de Kabylie ?* », In Revue algérienne n. 1, année 1958, pp. 54-69 ; « Quelques problèmes humains posés par le développement agricole en Grande Kabylie », Liens, avril-septembre 1959, n. 10, pp. 123-143 ; « La municipalisation en Grande Kabylie », Liens, 2 trimestre 1960, n. 13, pp. 81-90.

SABATIER A., 1885, « Akbou en Kabylie », *Bulletin de la société de géographie de Marseille*, T. 9, pp. 5-27.

SACCO Rodolfo, « Il diritto divino e il sacrale nel diritto africano autonomo. Il caso berbero e il caso somalo », in *Scritti in onore ad A. Falzea*- Vol. IV, pp. 397-430; *Antropologia giuridica*, Ed. Il Mulino, Bologna, 2007, 352 p.

SAI Fatima-Zohra, « Le statut personnel pendant la période coloniale a travers la législation et la jurisprudence », in *Dossier n. 27, Le statut personnel pendant la période coloniale*, 2010, pp. 2-9.

SAINTE MARIE Alain, « Législation foncière et société rurale », *Etudes rurales*, n. 57, 1975 (pp. 61-87) ; « Aspects du colportage à partir de la Kabylie du Djurdjura à la fin du XIX siècle », *Les cahiers de la Tunisie*, tome XXIV, 1976, pp. 119-147 ; « Mechmels et biens communaux dans la Kabylie du Djurdjura à la fin du XIXème siècle », in *Les Cahiers de Tunisie*, tome XXIV, 1976, pp. 119-147 ; « La commune d’Azzefoun à la fin du XIX siècle », *Revue algérienne de science juridiques, économiques et politiques*, tome XI (2), pp. 435-459 ; « Centres de colonisation en Kabylie : Une tentative avortée ; Azeffoun (1872-1877) », *Cahiers de la Méditerranée*, n. 14, pp. 21-39 ; « Réflexions sur le banditisme en Algérie à la fin du XIX siècle. A propos de la Grande Kabylie (1890-1895) », *Oran, CRIDSSH, histoire sociale* n. 11, 1984 ; « De la tribu au douar commune en Algérie central au XIX siècle », *Actes du troisième congrès d’histoire et de civilisation du Maghreb*, Alger, Opu, 1987, pp. 367-389 ; « Etudes des migrations dans la régence d’Alger. Formation et développement des tribus au XVIII et au début du XIX siècle », *Les Cahiers de la Méditerranée, série spéciale* n. 2 », pp. 158-173.

SALHI Mohamed Brahim, « Modernisation et traditionalisation à travers les champs associatif et politique : le cas de la Kabylie », *Insaniyat*, n°8, 1999, pp.21-42 ; « L’insurrection de 1871 », in A. Bouchène, J.-P. Peyroulou, O. Siari Tengour, S. Thénaul, *Histoire de L’Algérie à la Période coloniale, Edition la découverte Paris/Editions Bazahrakh Alger*, 2012, pp. 103-109.

SERMET Laurent « *Juridicité, normativité et pluralisme. De quelques enseignements tirés de la Déclaration de Nations unies sur des droits des peuples autochtones* » in G. Otis, *Méthodologie du pluralisme juridique*, Paris, Editions Kartala, 2012, pp. 201-245.

SERVIER Jean, 1966, « Un exemple d’organisation politique traditionnelle : la tribu des Iflissen Lebhar », *Revue de l’Occident musulman et de la Méditerranée*, n°2, pp. 169-187 ; *Que sais-je-Les Berbères*, Presse universitaire France, 2 Edition 1994, 128 p.

SHAW Bernard « Rural markets in North Africa and the political economy of the roman Empire », in *Antiquités africaines*, 17, 1981, pp. 37-83.

SELLES-LEFRANC Michèle, 2007, « Réforme communale et institutions locales en Kabylie pendant la période coloniale : les ambiguïtés des outils méthodologiques d'une politique administrative (1937-1962) », *Bulletin de l'IHTP*, n°87, pp. 16-29.

SERVIER Jean. « *Un exemple d'organisation politique traditionnelle : une tribu kabyle, les Ifflisseen-Lebhar.* » In : *Revue de l'Occident musulman et de la Méditerranée*, N. 2, 1966, pp. 169-187.

SHATZMILLER Maya, 1983, « Le mythe d'origine berbère, aspects historiographiques et sociaux », *Revue de l'Occident musulman et de la Méditerranée*, n° 35, pp. 145-156.

TEMIMI Abdeljelil, « Trois lettres de Hadj Ahmed Bey de Constantine à la Sublime Porte, In : *Revue de l'Occident musulman et de la Méditerranée*, n. 3, 1967, pp. 133-152.

TIMSIT Gérard, « Sur l'engendrement du droit », in *RDP.*, 1988, pp. 39-75.

TOURNE-JOUANNET Emmanuelle, « Des origines coloniales du Droit International à propos du droit des gens moderne au XIX siècle », in *The Roots of International Law. Les fondements du droit international*, Leiden-Boston, Edicté Pierre-Marie Dupuy-Vicent Chetail, Martinus Nijhoff publishers, 2014, pp. 649-672.

YACONO Xavier, « Bureaux Arabes », in *Encyclopédie berbère*, 11| Bracelets-Caparienses, Aix-en-Provence, Eidsus, Vol. 11., <https://journals.openedition.org/encyclopedieberbere/1882> consulté en ligne le 15.08.2016 ; « Assimilation (tentatives d') », in 7| Asarakae-Aurès, Aix-en-Provence, Edisud (« Volumes », n.7), 1989 (en ligne) mis en ligne le 01 décembre 2012, consulté le 24 mai 2016. URL : <http://encyclopedieberbere.revue.org/1199>.

VANDERLINDEN Jacques, « L'utopie pluraliste solution de demain au problème de certaines minorité », in (sous la dir. N. Levrat) *Minorité et organisation de l'Etat*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 665-675 ; « Le juriste et la coutume : un couple impossible ? » in *François Gény, Mythe et réalités. 1899-199 centenaire de méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, Dalloz, Paris, 2000, pp. 55-98.

VIGIER René, « la femme kabyle. Quelques remarques sur le décret du 19 mars 1931 », extrait de la *Revue des études islamiques*, Paris, Geuthner, 1931, 19 p.

YERMECHE Ouerdia, « De la francisation à l'arabisation des noms propres berbères: quel constat, pour quelle normalisation ? » Colloque international sur la toponymie amazighe, OCLA Barcelone 6/7/8 novembre 2008, actes du colloque international de Barcelone ; « Les anthroponyme algériens : entre discours, écriture et identité falsifiés », Séminaire international ENS Bouzaréah 18-20 novembre 2008 : Influences et enjeux des contextes plurilingues sur les textes et les discours, actes du colloque international de

l'ENS, Alger aux éditions, l'Harmattan Paris ; « L'anthroponymique algérienne : entre rupture et continuité ? », article téléchargé du site internet <https://www.crasc.dz/ouvrages/pdfs/2013-nom-propre-maghrebin-fr-yermeche-sadat-ouerdia.pdf>, le 27/03/2018.

INDEX DES NOMS

A

Al-Husayn III ibn al-Husayn (Dey Hussein), 101, 103

Abdelkader, 27

Ageron, 106, 108, 109, 113, 133, 134, 200, 273,

Aucapitaine, 46, 61, 136, 371,

B

Belkad iAhmed, 71.

Besson 1, 191, 224, 232, 234, 250, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 284, 303, 312, 313, 314, 315, 405, 410,

Bousquet, 6, 14, 153, 163, 165, 191, 192, 231, 232, 233, 250, 253, 257, 362, 375, 452, 453, 459, 506, 553, 537,

Bontems, 1, 2, 8, 9, 16, 36, 96, 152, 155, 159, 231, 393, 407, 451, 464, 472, 479, 481, 482, 484, 486, 487 et ss., 492, 493

Bonaparte, 104, 119, 125, 127, 137, 144, 148, 151, 157, 160, 163, 190, 195, 196, 216, 236, 298, 527.

Boulifa Amar, 67, 68, 425, 438, 439 et ss., 493, 494,

Bourdieu Pierre, 7, 43,

Bouremont de, 210.

C

Charnay, 7, 11, 230, 236, 245, 308, 309, 520,

Chavériat , 242, 254, 313, 371, 541.

Clastres, 43

D

Daumas, 13, 27, 46, 61, 74, 74, 105, 112, 113, 114, 115 et ss., 122, 131, 133, 148, 160, 216, 253, 369 et ss. 525,

Dulout, 308, 318, 319, 347, 358, 359, 360, 363, 412, 485,

Durkheim, 40, 41.

E

EL- MOKRANI, 59, 196 et ss., 200. 205, 242, 505.

F

Fabar, 59, 196, 197, 198, 200, 205, 242, 505.

Faidherbe, 3, 179, 182, 529

G

Gény, 43, 404, 532, 544

H

Hacoun-campredon , 123, 230, 404, 405, 406, 407, 410, 433, 434, 440,

Hanoteau , II, IV, VII, 1, 2,6,10 et ss., 19 et ss., 30 33 et ss., 50 et ss, 61 et ss., 74, 90, 129, 134, 138, 151 et ss., 200 et ss., 243, 248, 254, 256, 272, 283, 285, 310 et ss, 320 et ss, 334 et ss., 341, 359, 360, 368, 369, 372 et ss., 418 et ss., 433, 439, 445, 461, 485, 486, 501, 522, 527.

I

Ibn khaldoun, 33, 41

L

Letourneux , II, IV, VII, 1, 2,6,10 et ss., 19 et ss., 30 33 et ss., 50 et ss, 61 et ss., 74, 90, 129, 134, 138, 151 et ss., 200 et ss., 243, 248, 254, 256, 272, 283, 285, 310 et ss, 320 et ss, 334 et ss., 341, 359, 360, 368, 369, 372 et ss., 418 et ss., 433, 439, 445, 461, 485, 486, 501, 522, 527

Lefevre , 231, 386, 391, 413

Leroy-Beaulieu , 82, 234, 250, 253, 258, 259, 290, 296, 303, 546

M

Mahé , 9, 53, 55, 65, 69, 109, 153, 161, 203, 421, 424, 527

Maunier, 63, 449, 553

Montagne Robert, 47, 48, 203

R

Randon Jacques Louis, 13, 74, 89, 100, 104, 105, 119, 120 et ss., 132 et ss., 143, 148, 177, 208, 216, 220, 232, 235, 236, 253, 298, 371, 525

Roberts, 11, 13, 22, 33, 34, 39, 44, 45, 46, 65, 68, 71, 106, 118, 491

Rouland , 11, 14, 58, 76, 85, 91, 187, 535, 536, 549, 559

Roumane , 393, 402, 423, 425, 442 et ss. 451, 458, 460, 494, 531

S

Sacco Rodolfo, 8, 11, 49, 52,

Soustelle , 466, 469

Sumner Maine , 12 189, 190, 191, 254, 255, 312, 313, 506, 549

T

Tocqueville, 108, 256

Annexe A : Proclamation du maréchal Randon, gouverneur général aux tribus kabyles insurgées. 30 mai 1857¹⁶⁴⁸.

Kabyles- Souvent nous vous avons offert de vous faire jouir des avantages de la paix, de vous faire participer aux bénéfices de notre commerce, de laisser vos voyageurs parcourir les contrées soumises à notre paternelle domination pour se livrer au travail ou à l'industrie, et reporter ensuite dans vos montagnes les fruits recueillis sous la tutélaire protection de nos lois. Quelques-uns avaient compris nos bonnes intentions et, par de sages et prévoyant conseils, avaient amené leurs frères à partager leur louables idées. Nommés intermédiaires entre hommes qui vouaient le pouvoir pour eux-mêmes a fait appel aux mauvaises passions et a combattu ceux qui étaient nos amis.

Aujourd'hui la France a résolu de porter au sein de votre montagnes son étendard victorieux ; l'heure de la récompense pour les hommes fidèles et de la punition pour les intrigants est arrivée et dans peu de jours chacun sera jugé suivant sa conduite.

C'est à vous surtout, gens de Beni Raten, que nous nous adressons. Vous avez manqué à la foi jurée ; vous avez méconnue les obligations que vous imposaient vos promesses, faites au Sept des Beni Yahia d'abord et plus tard à Alger. Vous avez osé lever le drapeau de l'insurrection en face de celui de la France, porté par les chefs que nous avons nommés. Vous avez non seulement semé le trouble et le désordre au milieu de votre pays, vous avez encore prêché la révolte chez vos voisins, les beni fraoussen, Beni Khelil, Beni bou Chaib, Beni Yahia, qui depuis longtemps goutaient, sous notre propre protection, les douceurs de la paix. Enfin vous êtes venus braver notre puissance en attaquant Tizi-Ouzou.

N'accusez donc que vous-même des ravages de la guerre et des maux qu'elle entraîne. Vous serez responsable envers vos frères qui ne voulaient que profiter des bienfaits de la tranquillité. Nous saurons distinguer ceux qui, comme vous, ont été les conseillers intéressés du désordre, et ceux qui se sont laissé égarer. Aux premiers nous ferons sentir toute notre sévérité, aux seconds nous offrons encore aujourd'hui les effets de notre

¹⁶⁴⁸ Estoublon, Lefébure, *op. cit.*, p. 199

indulgence, s'ils viennent à nous avec des gages de leurs bonnes intentions et de leur sincérité.

Quand la France songe à combattre, et qu'elles ont le pouvoir de vaincre, le châtement à infliger n'occupe pas seul sa pensée ; elle cherche par ce moyen extrême à fonder dans l'avenir la prospérité des pays sur lesquels a dû s'appesantir un instant sa colère. Elle veut y rétablir l'ordre par la sagesse du commandement, le respect des propriétés et le maintien des bonnes institutions.

Nous ne venons donc pas pour vous dépouiller de vos biens, nous ne voulons point changer vos institutions, car elles sont semblables aux nôtres, mais nous voulons que l'autorité émane de nous, que vos chefs, élus par vous, soient confirmés par nous. Vos amins dirigeront encore vos tribus d'après vos dacheras, vos amins el oumena dirigeront encore vos tribus d'après vos coutumes et usages, mais l'autorité française donnera la haute impulsion à tous les éléments qui, jusqu'ici, n'ont reconnu pour règle que des caprices personnels ou des haines aveugles que nulle méditation n'était assez énergique pour renfermer dans les limites de la raison.

A vous donc, Beni Fraoussen, Beni Khelili, Beni bou Chaib, Beni l'oubli et le pardon du passé si vous le désirez, car vous n'avez été qu'égarés. A vous, Beni Raten, qui recherchez la lutte, la punition de votre faute, puis, la clémence du vainqueur. A tous les bienfaits de la paix, le règne de l'ordre, les bénéfices du commerce et le bon accueil au milieu de nous, quand vous vous présenterez avec franchise, le cœur pur et l'esprit animé du désir du bien.

Annexe B : Décret du 29 août 1874. Organisation de la justice française en Kabylie¹⁶⁴⁹.

TITRE PREMIER Section première. — Justice civile.

ARTICLE 1^{er}. — Les tribunaux de Tizi-Ouzou et de Bougie, et les juges de paix de leur ressort, statuant sur les actions civiles et commerciales autres que celles qui intéressent exclusivement les indigènes kabyles ou arabes ou musulmans étrangers, appliqueront la loi française d'après les règles établies pour les autres tribunaux et justices de paix de l'Algérie et sauf les modifications qui résultent du présent décret.

Un arrêté du gouverneur général délimitera les circonscriptions dans lesquelles doit s'exercer la juridiction de chacun des juges de paix créés par le décret du 23 avril 1874.

Si dans quelques-unes de ces circonscriptions, des mahakmas ou des djemas de justice sont maintenues pour le jugement des contestations entre indigènes ou musulmans étrangers, le même arrêté fixera les limites dans lesquelles elles continueront d'exercer leur juridiction. Dans ce dernier cas les articles 19, 20, 21, 22, 23, 24 et 25 du présent décret seront appliqués.

ART. 2. — Le droit musulman ou kabyle continue à régir les conventions civiles ou commerciales entre indigènes arabes ou kabyles ou musulmans étrangers, ainsi que les questions religieuses et d'état, sauf les modifications qui ont pu ou pourront y être apportées,

Toutefois, la déclaration faite par les parties lors de la convention ou depuis, qu'elles entendent se soumettre à la loi française, entraîne l'application de cette loi.

ART. 3 — Entre indigènes arabes ou kabyles, ou musulmans étrangers soumis à des lois différentes quant à l'objet de la convention ou de la contestation, la loi applicable sera en matière réelle, celle du lieu de la situation de l'immeuble, et, en matière personnelle et mobilière, celle du lieu où s'est formé le contrat, ou, à défaut de convention, la loi du lieu où s'est accompli le fait qui a donné naissance à l'obligation. Si les parties ont indiqué, lors du contrat à quelle loi elles entendaient se soumettre, cette loi sera appliquée.

Art. 4. — Entre toutes personnes autres que les indigènes arabes ou kabyles ou musulmans étrangers, les juges de paix des deux arrondissements de la Kabylie, y compris ceux des deux chefs-lieux d'arrondissement, connaîtront :

1^o Des matières spéciales attribuées aux juges de paix de France par les lois des 25 mai 1838, 20 mai 1854 et 2 mai 1855, dans les limites du premier ressort fixées par lesdites lois, et en dernier ressort jusqu'à la valeur de cinq cents francs ;

2^o Des actions purement personnelles et mobilières, civiles ou commerciales, à savoir : en dernier ressort, jusqu'à celles de 500 Fr. et en premier ressort jusqu'à celle de 1,000 Fr.

¹⁶⁴⁹ Estoublon, Lefébure, *op. cit.*, pp. 437-442.

Ils exercent, en outre, à l'exception des juges de paix de Tizi-Ouzou et de Bougie :

1° Les fonctions de présidents des tribunaux de première instance, comme juges de référés en toute matière, et pourront, comme eux, ordonner toutes mesures conservatoires ;

2° Toutes les attributions conférées par la loi française au président du tribunal en ce qui concerne l'exequatur à donner aux sentences arbitrales.

Entre indigènes arabes ou kabyles, ou musulmans étrangers, les juges de paix de ces deux arrondissements connaîtront :

En premier ressort :

1° De toutes contestations relatives aux matières religieuses ou d'état, qui sont énumérées par l'article 24 du décret du 13 décembre 1866 ;

2° De toutes autres actions personnelles ou mobilières, civiles ou commerciales ;

8° De toutes les actions immobilières jusqu'à soixante franc de revenu, déterminé soit en rentes, soit par prise de bail.

En dernier ressort :

De toutes les actions personnelles et mobilières dans les limites fixées par les deux premiers paragraphes du présent article.

En cas d'arbitrages d'après la coutume indigène, le juge de paix qui serait compétent pour connaître de la contestation, désignera le tiers-arbitre à défaut d'accord entre les parties, dans tous les cas où cette désignation appartenait à la djemaa ou à l'amin.

ART. 5. — Dans les contestations entre Arabes, le juge de paix sera assisté d'un assesseur arabe ; dans les contestations entre Kabyles, d'un assesseur kabyle ; dans les contestations entre Arabes et Kabyles, de l'assesseur arabe et de l'assesseur kabyle. Les assesseurs des juges de paix ont voix consultative. Dans les matières religieuses et d'état, ainsi que dans toutes les causes sujettes à appel, leur avis sur le point de droit sera toujours mentionné dans le jugement.

L'assesseur ou les deux assesseurs sont nommés, suspendus ou révoqués par arrêté du Gouvernement général, rendu sur la proposition du Premier Président ou du Procureur général. Ils ne peuvent être poursuivis qu'après l'autorisation du Gouverneur général. En cas d'autorisation, ils sont traduits en matière correctionnelle devant la première chambre de la cour d'appel d'Alger ; en matière criminelle, devant la cour d'assises du département.

Un arrêté du Gouverneur général déterminera le mode et l'importance de la rétribution des assesseurs de Juges de paix. (Vacations.)

ART. 6. — Seront applicables en justice de paix, entre indigènes arabes ou kabyles, ou musulmans étrangers, les articles 15, 25, 27, 30 et 82 du décret du 13 décembre 1866.

Les obligations imposées dans ces articles au cadi ou à l'adel, incombent au juge de paix ou à son greffier.

Les juges de paix pourront exceptionnellement, en cas d'urgence spécifié dans le jugement, et en exigeant une caution, — ordonner l'exécution provisoire de leurs décisions, nonobstant appel.

ART. 7. — Entre toutes personnes autres que les indigènes arabes ou kabyles, ou musulmans étrangers, les tribunaux de première instance de Tizi-Ouzou et de Bougie connaîtront en premier ressort :

1° De toutes les actions personnelles et mobilières qui, è raison soit de leur nature, soit de leur valeur indéterminée ou supérieure au taux de la compétence générale ou spéciale des juges de paix, ne sont pas de la compétence de ces derniers ;

2° Des actions immobilières.

En dernier ressort :

1° Des actions personnelles et mobilières jusqu'à la valeur de deux mille fr.

2° Des actions immobilières jusqu'à soixante fr. de revenu déterminé en rentes ou par prise de bail.

En appel :

De tous les jugements rendus en premier ressort par les juges de paix.

Entre indigènes arabes ou kabyles, ou musulmans étrangers, les tribunaux de Tizi-Ouzou et de Bougie, connaîtront :

En premier ressort :

Des actions immobilières d'une valeur indéterminée, ou supérieure à soixante fr. de revenu déterminé en rentes ou par prix de bail.

En appel :

De tous jugements rendus en premier ressort par les juges de paix et les djemas ou mahakmas organisées par le présent décret.

ART. 8. — L'appel des décisions rendues en premier ressort par les tribunaux de Tizi-Ouzou et de Bougie, entre toutes les personnes autres que les indigènes arabes ou kabyles, ou musulmans étrangers, est porté devant la Cour d'appel d'Alger.

Les appels des jugements rendus en premier ressort entre indigènes, Arabes ou Kabyles, ou musulmans étrangers, par le tribunal de Tizi-Ouzou, sont portés à la cour d'Alger ; ceux du tribunal de Bougie, au tribunal de Constantine ',

Entre indigènes arabes ou kabyles, le tribunal civil siégeant, soit en première instance, soit en appel, sera composé de deux magistrats français et d'un assesseur musulman ou kabyle, si le litige existe entre Arabes ou Kabyles seulement. Si le litige existe entre Arabes et Kabyles, le tribunal sera composé de trois magistrats français et, soit de deux assesseurs arabes ou kabyles, soit d'un assesseur arabe et d'un assesseur kabyle, selon les distinctions établies au paragraphe précédent.

Les assesseurs près la cour et les tribunaux, auront voix délibérative. Ils sont nommés par décret du Président de la République, sur la proposition du garde des sceaux, ministre de la justice, le gouverneur général consulté. Ils peuvent être suspendus par arrêté ministériel, et révoqués par un décret.

Ils ne peuvent être poursuivis en justice que dans les formes établies au chapitre IHI, du titre IV, du livre II du Code d'instruction criminelle.

Ils sont rétribués conformément à l'article 9 du décret du 13 décembre 1866.

ART. 9. — Sont applicables devant les juridictions d'appel entre indigènes, kabyles ou arabes, ou musulmans étrangers, les articles 83, 34,35, § 1, 2, 3 et 4 du décret du 13 décembre 1866.

Le désistement de l'appel sera reçu et notifié à qui de droit dans les mêmes formes que la déclaration d'appel.

ART. 10. — Les décisions en dernier ressort rendues par les juges de paix, les tribunaux civils et la cour d'appel appliquant le droit musulman en Kabylie, ne sont pas susceptibles de recours en cassation.

Lorsque le droit français a été appliqué, le recours est ouvert conformément aux règles de la législation française.

ART. 11. — Les jugements ou arrêts définitifs rendus entre indigènes ou Musulmans étrangers par les juges de paix, les tribunaux et la cour, s'exécutent selon les règles et usages actuellement en vigueur, par les soins des cadis entre musulmans, et entre Kabyles, par les soins des chefs de la djemaa de section, ou de son suppléant.

ART. 12. — Le ministère des défenseurs n'est pas obligatoire devant les tribunaux ni devant la cour pour les affaires entre Arabes et Kabyles ; mais si leur ministère est requis, ils ont droit à des honoraires et ont action pour le recouvrement. Ces honoraires restent dans tous les cas à la charge de la partie qui a requis l'assistance du défenseur. Ils sont taxés en un seul chiffre pour les soins donnés à l'affaire, et pour la plaidoirie, par l'un des juges qui auront connu de l'affaire. Il pourra être délivré exécutoire par le greffier. Cet exécutoire sera susceptible d'opposition ;

L'opposition sera formée dans les trois jours de la signification à personne ou domicile. Il y sera statué sommairement par le tribunal ou chambre du conseil, sans appel ni recours en cassation.

ART. 13. — Il est créé trois emplois de défenseurs près chacun des tribunaux de Tizi-Ouzou et de Bougie, et un emploi d'interprète judiciaire près chaque tribunal et chaque justice de paix. Il sera pourvu à ces emplois selon le mode en vigueur en Algérie.

Toutefois, transitoirement, le diplôme de licencié en droit ne sera pas exigé de ceux des aspirants aux emplois de défenseurs près lesdits tribunaux, qui justifieront :

1° Du certificat de capacité ;

2° De cinq années de cléricature dans une étude d'avoué en France ou de défenseur en Algérie.

ART. 14. — Il sera créé au fur et à mesure des besoins, des emplois de notaire et d'huissier.

Il y sera pourvu selon le mode en vigueur en Algérie. Leur résidence sera fixée par l'acte de nomination, ainsi que leur ressort.

Les notaires résidant au chef-lieu de chaque arrondissement pourront instrumenter dans toute l'étendue de cet arrondissement, sans exception.

Dans les cantons judiciaires où il n'existera pas de notaire, les greffiers de justice de paix pourront être désignés par le garde des sceaux pour en remplir les fonctions,

ART. 15. — Les cadis existant dans les deux arrondissements judiciaires de la Kabylie, sont maintenus.

Ils continuent à exercer les fonctions de notaires entre les musulmans, concurremment avec les notaires français. Dans les circonscriptions judiciaires où les cadis ne conservent pas les attributions du juge, ils continuent d'exercer celles qui leur sont conférées, par les articles 38 et 40 du décret du 13 décembre 1866.

Dans le cas où il s'élèverait des difficultés quelconques, soit dans l'exécution des jugements, soit sur le partage et la liquidation des successions, le cadi sera tenu d'en saisir le juge de paix, qui statuera en premier ou en dernier ressort, comme en matière de référé, avec assistance d'assesseurs et suivant les distinctions établies par le présent décret.

Section deuxième. — Justice répressive.

ART. 16. — En ce qui touche la poursuite et la répression des crimes, délits et contraventions prévus et punis par le Code pénal français, ainsi que par les lois, décrets et arrêtés locaux, les deux arrondissements de Tizi-Ouzou et de Bougie seront soumis aux mêmes règles que les autres territoires de l'Algérie.

Les crimes commis dans le ressort de Tizi-Ouzou sont déférés à la cour d'assises d'Alger ; ceux commis dans le ressort de Bougie sont portés devant la cour d'assises de Constantine.

Est réservée aux conseils de guerre la connaissance des crimes et délits commis par des musulmans non naturalisés, en dehors du territoire civil. Est également maintenue en territoire militaire, à l'égard des mêmes personnes, l'organisation des commissions disciplinaires et des pouvoirs inhérents au commandement.

Art. 17. — En territoire civil, les indigènes non naturalisés pourront être poursuivis et condamnés aux peines de simple police fixées par les articles 464, 465 et 466 du Code pénal, pour infractions spéciales à l'indigénat, non prévues par la loi française, mais déterminés dans des arrêtés préfectoraux, rendus sur les propositions des commissaires civils, des chefs de circonscription cantonale et des maires !

La peine de l'amende et celle de la prison pourront être cumulées, et s'élever au double en cas de récidive, prévue par l'article 483 du Code pénal.

Les juges de simple police statueront en cette matière sans frais et sans appel.

TITRE II.

Cercle spécial de Fort-National. Section première. — Justice civile.

ARTICLE 18. — Jusqu'à l'incorporation au territoire civil de Tizi-Ouzou de la totalité ou de portions détachées du cercle de Fort-National, les dispositions ci-dessus n'y seront appliquées que sous les modifications suivantes :

ART. 19. — Le juge de paix de Fort-National statuera conformément aux règles établies ci-dessus, sur les litiges autres que ceux qui intéressent exclusivement les Kabyles.

Il ne jugera les contestations entre Kabyles, que sur la déclaration de toutes les parties qu'elles entendent se soumettre à sa juridiction. Cette déclaration sera reçue par le greffier de la justice de paix. Elle pourra aussi être faite lors de la convention ou depuis devant la djemaa ou le notaire français. Elle sera irrévocable. Elle ne pourra pas être faite après la décision de la djemaa.

ART. 20. — En l'absence de cette déclaration, la justice, rendue au nom du Peuple français, sera provisoirement administrée au premier degré seulement dans le territoire du cercle, par les djemaas judiciaires réorganisées, et fonctionnant d'après le mode ci-après déterminé.

ART. 21. — Dans chacune des sections de la commune indigène de Fort-National, il est institué une djemaa de justice composée de douze membres choisis parmi les notables de la section, par le général commandant la subdivision, qui pourra les suspendre ou les révoquer.

Leurs fonctions sont gratuites.

ART. 22. — La djemaa élit dans son sein un président et un vice-président.

La djemaa ne peut statuer qu'au nombre de cinq membres au moins.

La voix du président est prépondérante en cas de partage.

ART. 23. — Les parties sont appelées et procèdent, et la djemaa rend ses décisions dans les formes prescrites par la coutume.

Toutefois, ses décisions devront être motivées.

ART. 24. — Le khodja de chaque section fait office de greffier ; il écrit les décisions sous l'autorité du président ; elles seront toutes consignées sur un registre spécial.

Elles sont revêtues de la signature et du cachet du président, et du cachet de la djemaa.

ART. 25. — Les décisions des djemaas sont susceptibles d'appel, si l'objet du litige est supérieur à deux cents francs de capital pour les actions personnelles et mobilières, et pour les actions immobilières supérieures à trente fr. de revenu, soit en rentes, soit par prise de bail.

ART. 26. — L'appel des décisions, des djemaas, portant sur un litige supérieur à ce taux, ou d'une valeur indéterminée ou concernant les matières religieuses ou d'état civil, sera porté devant le tribunal de Tizi-Ouzou, statuant comme il est dit en l'article 9 ci-dessus.

Les articles 10, 11 et 12 sont également applicables dans ce cas.

ART. 27. — La déclaration d'appel sera reçue par le khodja de la section, ou le greffier de la justice de paix.

L'appel sera non recevable, s'il n'est interjeté dans le mois du prononcé de la décision, si elle est contradictoire ; et si elle est par défaut, dans le mois de l'avis donné au défaillant par le khodja.

Le désistement d'appel sera reçu par le khoja qui aura reçu la déclaration d'appel.

ANT. 28. — Il sera donné suite à la déclaration d'appel et procédé sur l'appel, comme il est dit en l'article 6 ci-dessus.

ART. 29. — Les jugements définitifs des djemàas sont exécutés selon les usages actuellement en vigueur en tant qu'il n'y est pas dérogé par le présent décret, ou selon les dispositions d'un règlement qui pourra être rendu par le gouverneur général, sur la proposition des chefs de la cour d'Alger.

Section deuxième. — Justice répressive.

ART. 30. — Les crimes, délits et contraventions quelconques, prévus par les lois françaises, les décrets et arrêtés locaux, seront poursuivis et réprimés selon les règles appliquées au territoire militaire.

ART. 31. — Les djemaas sont investies du droit de prononcer pour les infractions spéciales à l'indigénat, prévues par la coutume, et qui ne sont réprimées par aucune loi ou par aucun règlement de l'autorité française, une peine qui ne pourra excéder cent francs d'amende.

Leurs décisions portant condamnation d'une amende supérieure à cinquante fr., seront susceptibles d'appel devant le tribunal de Tizi-Ouzou.

Le produit des amendes sera versé dans la caisse de la commune indigène.

La déclaration d'appel sera soumise aux formes et délais établis par le premier paragraphe de l'article 62 de l'Ordonnance du 26 septembre 1842.

Annexe C. DECRET DU 19 mai 1931¹⁶⁵⁰.

Réglementation de la condition de la femme kabyle

Le président de la République française.,

Sur le rapport du garde des sceaux, ministre de la justice, et du président du Conseil, ministre de l'intérieur,

Vu le Décret du 29 août 1874 sur l'organisation de la justice en Kabylie ;

Vu le Décret du 1er août 1902 réglementant l'exercice de la tutelle en Kabylie ;

Vu la loi du 2 mai 1930 concernant la déclaration des fiançailles kabyles ;

Vu les conclusions de la commission instituée au gouvernement général de l'Algérie pour rechercher les mesures susceptibles d'améliorer la condition de la femme kabyle ;

Vu les vœux émis par la commission interministérielle des affaires musulmanes en faveur de l'amélioration de la condition de la femme kabyle ;

Vu les propositions présentées par le gouverneur général de l'Algérie, après avis du conseil de gouvernement Décrété :

TITRE I

DIVORCE ET RÉPUDIATION

Art. 1- La femme peut demander le divorce pour sévices pratiqués par le mari, abandon depuis plus de trois ans, par le mari, du domicile conjugal ou insuffisance d'entretien imputable au mari, absence de ce dernier remontant à plus de deux ans, condamnation de celui-ci à une peine afflictive et infamante.

Art.2- Il est interdit au mari, en cas de répudiation, d'exiger de la femme répudiée ou de ses parents, le paiement d'une indemnité de quelque nature que ce soit et notamment d'une lefdi exception faite pour le remboursement de la dot. En quelque circonstance que ce soit, la somme réclamée par le mari à titre de remboursement de la dot ne pourra être supérieure au montant de la somme qu'il aura effectivement versée de ce chef au moment de la conclusion du mariage.

TITRE II

DROIT SUCCESSORAUX DE LA FEMME EN GRANDE KABYLIE.

1650

Art. 3-II est reconnu à la veuve dans la succession de son mari, à la fille dans la succession de son père et dans celle de sa mère, à la petite-fille née du fils, en l'absence de successible de premier degrés, dans la succession de son grand-père paternel et dans celle de sa grand-mère paternelle, un droit d'usufruit dont la quotité est fixée ainsi qu'il suit :

ART. 4- Si le conjoint décédé est le mari il est alloué :

1. Le sixième en usufruit à la veuve ou à la fille, si le défunt a laissé des descendants mâles ou des descendants paternels mâles seulement.

2. Le quart en usufruit conjointement à la veuve et à la fille, en présence des héritiers ci-dessus désignés.

3. Le tiers en usufruit conjointement à la veuve et aux filles ou, en l'absence de veuve, aux filles, dès qu'il en est deux au moins, présence des héritiers ci-dessus désignés.

4. Le quart en usufruit à la veuve et à la fille si le défunt a laissé des collatéraux mâles de la ligne paternelle.

5. Le tiers en usufruit à la veuve ou à la fille en présence des héritiers ci-dessus désignés.

6. La moitié en usufruit à la veuve et aux filles ou, en l'absence de veuve, aux filles, s'il en est deux au moins, que le défunt ait laissé des collatéraux mâles de la ligne paternelle ou qu'il n'en ait pas laissé.

Art. 5.-Si le conjoint décédé est la femme, il est alloué :

1. Le sixième en usufruit à la fille venant en concours avec des descendants mâles, des ascendants paternels et le mari, ou avec des descendants et le mari, ou des ascendants et le mari, ou seulement avec des descendants ou des ascendants ;

2. Le quart en usufruit à la fille en concours avec des collatéraux de ligne paternelle et le mari, ou avec des collatéraux mâles seulement, ou avec le mari seulement ;

3. Le quart en usufruit conjointement aux filles au nombre de deux, en présence de collatéraux mâles, d'ascendants paternels mâles et du mari :

4. Le tiers en usufruit conjointement aux filles au nombre de deux, en présence de collatéraux mâles de la ligne paternelle et du mari ou de collatéraux mâles seulement ou du mari seulement ;

5. Le tiers en usufruit conjointement aux filles, s'il en est trois au moins, venant en concours avec des descendants mâles, des ascendants paternels mâles et le mari ;

6. Le tiers en usufruits conjointement aux filles, quel qu'en soit le nombre, en présence de descendants mâles et du mari ou d'ascendants paternels mâles et du mari ou de descendants mâles seulement ou d'ascendants paternels mâles seulement ou du mari seulement :

7. La moitié aux filles au nombre de trois au moins en présence de collatéraux mâles de la ligne paternelle et du mari ou de collatéraux mâles seulement, ou du mari seulement,

Art. 6. Les attributions édictées à l'article 4 ci-dessus ne seront pas modifiées du fait de l'existence de plusieurs veuves.

Entre tous les ayants droit à l'usufruit, celui-ci se partage par tête. Au cas de décès de l'une des usufruitières, sa part accroît à celles qui ont survécu.

Art. 7.-En l'absence de descendants du premier degré, la petite fille née du fils a tous les droits de la fille dans la succession.

Art. 8-Il n'est pas dérogé aux dispositions de la coutume concernant la situation faite à la femme appelée à la succession d'une autre femme, en l'absence de collatéraux males de la ligne paternelle et de son mari.

Art. 9- Le droit d'usufruit attribué à la veuve, à la fille et à la petite-fille est inaliénable, insaisissable et imprescriptible. Toutefois la veuve qui se remarie perd son droit d'usufruit à compter du jour de son remariage.

L'acte portant désignation des biens grevés de cet usufruit, doit mentionner qu'ils sont inaliénables, insaisissables et imprescriptibles. Il est consigné à la requête de l'officier public qui l'a reçu ou du greffier de la juridiction qui a rendu le jugement, sur un registre spécial, tenu au greffe de la justice de paix de l'ouverture de la succession et publié par les soins du même officier public ou ministériel, à trois reprises à huit jours d'intervalle, sur les principaux marchés du canton du lieu de la situation des biens.

Art. 10.-Le garde des sceaux, ministre de la justice et la président du conseil, ministre de l'intérieur, sont chargés, chacun en ce qui le concerne, de l'exécution du présent décret, qui sera publié au Journal officiel de la République française, ainsi qu'au Journal officiel de l'Algérie.

RÉSUMÉ.....	II
ABSTRACT	IV
SOMMAIRE	V
LISTE DES ABRÉVIATIONS.	VII
REMERCIEMENTS	VIII
INTRODUCTION.....	1
PREMIÈRE PARTIE. L'INVENTION D'UN DROIT COUTUMIER.....	18
TITRE 1. LA KABYLIE : LA GÉOGRAPHIE, L'HISTOIRE ET LES COUTUMES	21
CHAPITRE 1. LES RAISONS GEOGRAPHIQUES ET LES RACINES HISTORIQUES DU SYSTÈME POLITIQUE TRADITIONNEL KABYLE.....	24
SECTION 1. L'HISTOIRE ET LA GÉOGRAPHIE DE LA KABYLIE	24
§ 1. LA GÉOGRAPHIE DE LA GRANDE KABYLIE	25
A. LA GRANDE ET LA PETITE KABYLIE	25
B. L'ISOLAT GÉOGRAPHIQUE KABYLE.....	28
§ 2. L'HISTOIRE DE LA KABYLIE AVANT LA CONQUÊTE ET LA COLONISATION FRANÇAISE : AUX ORIGINES DU « SELF-GOVERNMENT KABYLE »	30
A. LA PÉRIODE DE L'ANTIQUITÉ	30
B. LE MOYEN ÂGE ET LA PÉRIODE OTTOMANE.....	32
SECTION 2. LES COUTUMES ET LES INSTITUTIONS TRADITIONNELLES KABYLES. LES FONDEMENTS DU « SELF-GOVERNMENT KABYLE »	37
§1. LES INSTITUTIONS TRADITIONNELLES KABYLES : L'ARCH ET LA DJEMÂÂ.....	37
A. LE SYSTÈME TRIBAL DE L'ARCH	38
B. LA DJEMÂÂ : LE SYSTÈME DES ASSEMBLEES VILLAGEOISES	48
§2. LES SOURCES JURIDIQUES DES COUTUMES KABYLES.....	60

A. LE TAARIF ET L'AADA.....	60
B. LA <i>ISTIFA</i> (XVII ^e siècle) ET LE <i>QANOUN SAHRIDJ</i> (1748) : LE CONFLIT ENTRE LES COUTUMES ET LA CHARIAA.	62
CONCLUSION DU CHAPITRE 1.....	71
CHAPITRE 2. L'IMAGE DES INSTITUTIONS ET DES COUTUMES KABYLES VÉHICULÉE PAR LES TRAVAUX DE LA COMMISSION SCIENTIFIQUE (1830-1854)	73
SECTION 1. LA CONQUÊTE DE LA KABYLIE : LES PRÉMICES DU RÉGIME MILITAIRE.....	75
§1. LA QUESTION DES COUTUMES AUTOCHTONES À L'AUBE DE LA CONQUÊTE DE L'ALGERIE	76
A. IMPOSER LE DROIT FRANÇAIS !.....	76
B. CONTRÔLER LES COUTUMES AUTOCHTONES.....	90
§ 2. DE L'ADMINISTRATION INDIRECTE A LA CONQUÊTE TOTALE DE LA GRANDE KABYLIE (1854-1857).....	100
SECTION 2. LE MYTHE KABYLE ET LES ARGUMENTS DÉPLOYÉS POUR JUSTIFIER LA CONQUÊTE DE LA GRANDE KABYLIE.....	105
§ 1. LA COMMISSION SCIENTIFIQUE ET LE MYTHE KABYLE (1837-1850)	106
§ 2. Les arguments des partisans de la conquête de la Kabylie (1850-1857) : le récit de Carrey et la proclamation de Randon	119
CONCLUSION DU CHAPITRE 2.....	125
TITRE 2. LA POLITIQUE COUTUMIÈRE DES BUREAUX ARABES.....	127
(1857-1871)	127
CHAPITRE 1. LA POLITIQUE KABYLE DES BUREAUX ARABES.....	128
SECTION 1. LE MAINTIEN DE L'ORDRE DANS LES TRIBUS : LE CONTROLE DES <i>DJEMÂÂS</i> ET DES COUTUMES KABYLES.....	130
§1. LA MISE SOUS CONTRÔLE DES INSTITUTIONS KABYLES.....	130
A. LA DÉMOCRATISATION DES <i>DJEMÂÂS</i> ADMINISTRATIVES.....	131

B. LA RATIONALISATION DES PROCÉDURES DES <i>DJEMÂÂS</i> JUDICIAIRES	143
§ 2. LA RÉDACTION ET LA CODIFICATION DES COUTUMES KABYLES	147
A. LA RÉDACTION DES COUTUMES KABYLES : LA COLLECTE DES <i>QANOUNS</i>	147
B. LA CODIFICATION DES COUTUMES KABYLES.....	156
1. LES RAISONS DE LA CODIFICATION DES COUTUMES KABYLES	156
2. L'ORIGINALITÉ DE L'OUVRAGE D'HANOTEAU ET LETOURNEUX.....	160
3. LA STRUCTURE ET LE LANGAGE DE LA KABYLIE ET LES COUTUMES KABYLES	166
SECTION 2. LE PHÉNOMÈNE DE LA CODIFICATIONS DES COUTUMES AUTOCHTONES ENTRE LA FIN DU XIXE SIÈCLE ET LE DÉBUT DU XXE SIÈCLE.....	175
§1. LES SIMILITUDES ET LES DIFFERENCES ENTRE « LA KABYLIE ET LES COUTUMES KABYLES » ET LES COUTUMIERS DE L'A.O.F. ET DE L'A.E.F.	176
§ 2. LE PHÉNOMÈNE DE LA CODIFICATION DES COUTUMES AUTOCHTONES AU SEIN DES DROITS COLONIAUX EUROPEENS	185
CONCLUSION DU CHAPITRE 1.....	194
CHAPITRE 2. LE RÉGIME CIVIL ET LA RÉFORMATION DE LA LEGISLATION DU RÉGIME DES BUREAUX ARABES.....	195
SECTION 1. L'AVÈNEMENT DU REGIME CIVIL (1870-1900) : LA FIN DE LA	196
POLITIQUE KABYLE.....	196
§1. LA FIN DU RÉGIME DES BUREAUX ARABES.....	196
§2. LE NOUVEAU DÉCOUPAGE ADMINISTRATIF DE LA GRANDE KABYLIE	199
SECTION 2. L'ORGANISATION JUDICIAIRE DU RÉGIME CIVIL ET L'ADMINISTRATION DE SABATIER À FORT-NATIONAL (1880-1885)	204
§ 1. LE REMPLACEMENT DES <i>DJEMÂÂS</i> JUDICIAIRES PAR DES JUGES DE PAIX.....	205
§2. LA CONSERVATION DES <i>DJEMÂÂS</i> DANS LE CERCLE DE FORT-NATIONAL DURANT L'ADMINISTRATION DE CAMILLE SABATIER (1880-1885).....	211
CONCLUSION DU CHAPITRE 2	215

CONCLUSION DU TITRE 2	216
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE	219
DEUXIÈME PARTIE. LA RÉFORME DES COUTUMES KABYLES.....	222
TITRE 1. LE DÉCRET DU 29 AOÛT 1874 : LA CONSÉCRATION DU « CODE KABYLE » ET LA MISE EN PLACE DU STATUT JURIDIQUE PARTICULIER « KABYLE »	227
CHAPITRE 1. LES DÉCRETS DU 29 AOÛT 1874 ET DU 17 AVRIL 1889 : LE PARTICULARISME JURIDIQUE IMPOSÉ AUX KABYLES DURANT LE RÉGIME CIVIL	228
SECTION 1. LA QUESTION DE LA RECONNAISSANCE OFFICIELLE DES COUTUMES KABYLES PENDANT LE RÉGIME CIVIL.....	229
§1. LA CONSÉCRATION DU DROIT COUTUMIER KABYLE	229
§2. LES DÉCRETS DU 29 AOÛT 1874 ET DU 17 AVRIL 1889 : LE STATUT COUTUMIER KABYLE ET L’OPTION DE LEGISLATION	234
A. LE STATUT COUTUMIER KABYLE.....	234
B. L’OPTION DE LÉGISLATION.....	243
SECTION 2. LE DÉBAT DOCTRINAL AUTOUR DE LA QUESTION DU STATUT PARTICULIER KABYLE	250
§1. LE DÉBAT UNIVERSITAIRE FRANÇAIS AUTOUR DES DÉCRETS DU 29 AOÛT 1874 ET DU 17 AVRIL 1889	250
§2. LA JUSTIFICATION DU MAINTIEN DU STATUT PARTICULIER KABYLE DE LA PART DE BESSON, LEROY BEAULIEU ET BOUSQUET.....	253
CONCLUSION DU CHAPITRE 1.....	261
CHAPITRE 2. LE COMITÉ DE LIBÉRATION : L’ABROGATION DE L’INDIGÉNAT EN ALGÈRE ET LE MAINTIEN DU STATUT PARTICULIER	263
SECTION 1. LES ORDONNANCES DU 7 MARS ET DU 23 NOVEMBRE 1944 ET LA LOI N. 47-1853 DU 29 SEPTEMBRE 1947 : LE STATUT PARTICULIER DANS LA PLEINE JOUISSANCE DE LA CITOYENNETÉ FRANÇAISE	263

§1. UNE NOUVELLE CITOYENNETÉ FRANÇAISE.....	264
§2. UNE NOUVELLE OPTION DE LÉGISLATION.....	269
SECTION 2. ANALOGIES ET DIFFÉRENCES ENTRE LE STATUT PERSONNEL COUTUMIER APPLIQUÉ EN KABYLIE ET LE STATUT COUTUMIER APPLIQUÉ AU MAROC ET EN A.O.F.....	272
§1. ANALOGIES ET DIFFÉRENCES ENTRE LE STATUT PARTICULIER KABYLE ET LE DAHIR BERBERE DE 1930.....	272
§2. COMPARAISON ENTRE LE STATUT PARTICULIER KABYLE ET LE STATUT COUTUMIER EN A.O.F.	277
CONCLUSION DU CHAPITRE 2	282
CONCLUSION DU TITRE 1	283
TITRE 2. LA RÉFORME DES COUTUMES KABYLES PAR LE BIAIS DE LA JURISPRUDENCE ET DE LA LÉGISLATION COLONIAL FRANÇAISE	285
CHAPITRE 1. LA RÉFORME DE LA CHEFAA KABYLE (RETRAIT SUCCESSORAL).....	286
SECTION 1. L'APPLICATION DE LA LÉGISLATION FONCIÈRE ALGÉRIENNE EN GRANDE KABYLIE.....	287
§ 1. L'IMPLANTATION DE LA PROPRIÉTÉ PRIVÉE EN ALGERIE.....	287
B. LA LÉGISLATION FONCIÈRE COLONIALE FRANCAISE EN ALGÉRIE.....	292
(1830-1897)	292
§ 2. L'APPLICATION DE LA LOI WARNIER EN GRANDE KABYLIE	299
SECTION 2. L'INVENTION, L'ABROGATION ET LA RÉSTAURATION DE LA CHEFAA KABYLE.....	307
§1. LA CODIFICATION ET LA RÉFORME DE LA « CHEFAA KABYLE »	307
A. LA CODIFICATION DE LA CHEFAA KABYLE.....	308
B. LA RÉFORME DE LA CHEFAA KABYLE	318
§2. LA RÉSTAURATION DE LA CHEFAA KABYLE AU COURS DU DEBAT SUR LE PROJET DE REFORME DE LA COUTUME DES « ARBRES ABANDOUS ».....	327

CONCLUSION DU CHAPITRE 1.....	332
CHAPITRE 2. LA LOI DU 23 MARS 1883 ET LE DÉCRET DU 1^{ER} AOUT 1902 : LA RÉFORME DES COUTUMES KABYLES EN MATIÈRE DE TUTELLE DES MINEURS	333
SECTION 1. LE STATUT DES MINEURS ET DES INTERDITS AU SEIN DES COUTUMES KABYLES.....	334
§1. LES COUTUMES KABYLES EN MATIÈRE DE FILIATION ET DE TUTELLE DES MINEURS	334
A. LES COUTUMES KABYLES EN MATIÈRE DE FILIATION	334
B. LES COUTUMES KABYLES EN MATIÈRE D'ADOPTION ET DE LA MAJORITÉ.....	337
C. LES COUTUMES KABYLES EN MATIÈRE DE LA TUTELLE DES INTERDITS	340
§2. LA CONDITION JURIDIQUE DES MINEURS KABYLES AVANT L'ADOPTION DU DÉCRET DE 1902.....	341
SECTION 2. LA RÉFORME DU STATUT DES MINEURS KABYLES PAR LA LÉGISLATION ET LA JURISPRUDENCE FRANÇAISE	349
§1. LE DÉCRET DU 1^{ER} AOUT 1902.....	349
A. LA RÉFORME DE LA MAJORITÉ EN KABYLIE	350
B. LA TUTELLE DES MINEURS ET DES INTERDITS KABYLE.....	352
C. L'APPLICATION DU DÉCRET DU 1 ^{ER} AOUT 1902 PAR LA JURISPRUDENCE FRANÇAISE	357
§2. L'EXCLUSION DES MINEURS KABYLES DE LA TUTELLE ACCORDÉE AUX MINEURS MUSULMANS PAR LES DECRETS DE 1936 ET DE 1957	361
CONCLUSION DU CHAPITRE 2	366
CHAPITRE 3. LA RÉFORME DES COUTUMES KABYLES EN MATIÈRE DE MARIAGE ET DE DIVORCE	368
SECTION 1. LES NORMES COUTUMIÈRES KABYLES EN MATIÈRE DE MARIAGE ET DE DIVORCE	369
§1. LA DESCRIPTION DE LA CONDITION SOCIO-JURIDIQUE DES FEMMESKABYLES DANS LES ECRITS COLONIAUX FRANÇAIS	370
§ 2. LES COUTUMES KABYLES EN MATIÈRE DE MARIAGE ET DE DIVORCE.....	373

SECTION 2. L'INTRODUCTION DE L'ÂGE LÉGAL ET L'OCTROIE DU DROIT AU DIVORCE AUX FEMMES KABYLES	387
§1. LA CONSÉCRATION DES « FIANÇAILLES KABYLES » ET L'INTRODUCTION DE L'ÂGE LÉGAL POUR LE MARIAGE (LOI DU 02 MAI 1930)	387
§ 2. L'OCTROI DU DROIT AU DIVORCE AUX FEMMES KABYLES PAR LE BIAIS DU DÉCRET DU 19 MAI 1931 (TITRE I)	392
A L'OCTROI DU DROIT AU DIVORCE AUX FEMMES KABYLES PAR LA JURISPRUDENCE FRANÇAISE	392
B. LA RÉFORME DES COUTUMES KABYLES EN MATIÈRE DE DIVORCE PAR LE BIAIS DU DÉCRET DU 19 MAI 1931	408
 CONCLUSION DU CHAPITRE 3	 413
 CHAPITRE 4. LA RÉFORME DES COUTUMES KABYLES EN MATIÈRE DES DROITS SUCCESSORAUX DES FEMMES.....	 416
 SECTION 1. LES COUTUMES KABYLES EN MATIÈRE DES DROITS SUCCESSORAUX CODIFIÉS DANS LA <i>KABYLIE ET LES COUTUMES KABYLES</i>.	 418
§1. LES COUTUMES KABYLES EN MATIÈRE SUCCESSORALE ET L'INSTITUTION DU « <i>HABOUS KABYLE</i> »	418
§2. LES CONTREPOIDS PRÉVUS PAR LES COUTUMES KABYLES POUR PARER AU PHÉNOMÈNE DE L'EXHÉRÉDATION DES FEMMES.....	421
 SECTION 2. L'OCTROI AUX FEMMES KABYLES DU DROIT À LA SUCCESSION <i>AB INTESTAT</i> PAR LA JURISPRUDENCE ET LE LEGISLATEUR FRANÇAIS (TITRE II DU DECRET DU 19 MAI 1931).....	 423
§1. LA RÉFORME DES COUTUMES KABYLES EN MATIÈRE DES DROITS SUCCESSORAUX DES FEMMES KABYLES	424
§2. L'INTERVENTION DU LEGISLATEUR DANS L'OCTROI DU DROIT À LA SUCCESSION <i>AB INTESTAT</i> AUX FEMMES KABYLES. UNE REFORME MANQUÉE !	438
A. LA VOLONTÉ RÉFORMISTE DES ÉLITES KABYLES	438
C. LE TITRE II DU DECRET DU 19 MAI 1931	449
D. LA QUESTION DE LA RÉFORME DES COUTUMES DE L'A.O.F. EN MATIÈRE DE STATUT FEMMININ : LES ANALOGIES ET LES DIFFÉRENCES AVEC LE CAS DE LA GRANDE-KABYLIE.....	453
 CONCLUSION DU CHAPITRE 4.....	 457

CONCLUSION DU TITRE 2.....	460
CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE.....	462
CHAPITRE CONCLUSIF. L'INFLUENCE POST-COLONIALE DU DROIT COLONIAL FRANÇAIS D'ALGÉRIE SUR LE DROIT ALGÉRIEN ET SUR LE DROIT FRANÇAIS D'OUTRE-MER	464
SECTION 1. L'INFLUENCE DU DROIT COLONIAL FRANÇAIS ET DE LA QUESTION DU DROIT COUTUMIER KABYLE AU SEIN DU DROIT ALGÉRIEN POST-COLONIAL (1962-1975)	466
§ 1. LA RENAISSANCE DES INSTITUTIONS POLITIQUES KABYLES DURANT LES ANNÉES DE LA GUERRE D'ALGÉRIE (1954-1962)	466
A. LA QUESTION KABYLE DURANT LA GUERRE D'ALGÉRIE (1954- 1962)	467
B. L'ORGANISATION DE LA JUSTICE EN KABYLIE DURANT LES ANNÉES DE LA GUERRE D'ALGÉRIE	470
§ 2. LES RAPPORTS ENTRE LE DROIT COUTUMIER KABYLE ET LE NOUVEAU DROIT ALGERIEN. L'ABROGATION DU DÉCRET DU 19 MAI 1931 (1962-1975)	474
A. UN NOUVEAU DROIT ALGÉRIEN ET UNE NOUVELLE CITOYENNETÉ ALGÉRIENNE	474
B. UN NOUVEAU DROIT DE FAMILLE ALGÉRIEN	479
1. LE LEGS DU DROIT MUSULMAN DE L'EPOQUE COLONIALE	479
2. L'ABROGATION DU DECRET DU 19 MAI 1931	481
3. LA RECONNAISSANCE TACITE DES COUTUMES KABYLES	490
SECTION 2. LES ANALOGIES ENTRE LE DROIT COLONIAL FRANÇAIS D'ALGÉRIE ET LE DROIT FRANÇAIS D'OUTRE-MER AUTOUR DE LA QUESTION COUTUMIÈRE.....	498
§ 1. LES ANALOGIES ENTRE LE STATUT PARTICULIER MUSULMAN APPLIQUÉ EN ALGERIE ET L'ACTUEL STATUT PARTICULIER EN VIGUEUR À MAYOTTE.....	500
A. LA QUESTION DE LA CODIFICATION DES COUTUMES MAHORAISES ET DU DROIT MUSULMAN À MAYOTTE.....	500
B. LA PROBLÉMATIQUE DU STATUT PERSONNEL À MAYOTTE	502

§ 2. LA QUESTION DU PLURALISME JURIDIQUE, DE L'AUTOCHTONIE ET DE LA CODIFICATION DES COUTUMES KANAKES EN NOUVELLE CALEDONIE	503
A. LE PLURALISME JURIDIQUE EN NOUVELLE CALEDONIE	503
B. LA QUESTION DE L'AUTOCHTONIE ET DE LA CODIFICATION DES COUTUMES KANAKES EN NOUVELLE-CALEDONIE	508
1. DE L'ASSIMILATION GRADUELLE AU PRIVILÈGE IDENTITAIRE.....	509
2. LE REFUS DE LA CODIFICATION DES COUTUMES KANAKES	514
CONCLUSION DU CHAPITRE CONCLUSIF	521
CONCLUSION	524
SOURCES ET BIBLIOGRAPHIE	538
INDEX DES NOMS.....	563
ANNEXE A : PROCLAMATION DU MARECHAL RANDON, GOUVERNEUR GENERAL AUX TRIBUS KABYLES INSURGEES. 30 MAI 1857.	566
ANNEXE B : DECRET DU 29 AOUT 1874. ORGANISATION DE LA JUSTICE FRANÇAISE EN KABYLIE.....	568
ANNEXE C. DECRET DU 19 MAI 1931.....	575